



ISSN:1309-6826

TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Ekim 2025 • Sayı 64 • Yıl:16



yayin.taa.gov.tr

64



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

"Gelenekten Geleceğe Adalet Eğitimi"

64

YIL: 16 - SAYI: 64 - EKİM 2025

www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER**Bekir ALTUN**

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Akademi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR**Dr. Onur ZORLUER** / HAMER Müdür Yardımcısı**SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF****Saniye Gizem OKUTAN** / Adalet Uzmanı**YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD****Bekir ALTUN**

Türkiye Adalet Akademisi Yayın Kurulu Başkanı

Doç. Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN

Türkiye Adalet Akademisi Daire Başkanı / HAMER Müdürü

Dr. Onur ZORLUER

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü / HAMER Müdür Yardımcısı

Dr. Banu Fatma GÜNARSLAN

Law and Justice Review Dergisi Editörü / HAMER Müdür Yardımcısı

Adnan DÖNDERALP

Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Beşir Fatih DOĞAN

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Abdulkерim YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN

Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/ANKARA

Tel: +90 (312) 489 81 80 • Faks: +90 (312) 489 81 01

E-Posta: bilimselmakale@taa.gov.tr - adaletakademisi.dergi@gmail.com**Web:** www.taad.taa.gov.tr**BASKI / PRINT**

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası

İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

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

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

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

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

Ondokuz Mayıs Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ

Nuh Naci Yazgan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemal ŞANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çetin ARSLAN

Hâkimler ve Savcılar Kurulu Üyesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ersan ÖZ

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGINTOBB Ekonomi ve Teknoloji
Üniversitesi Hukuk Fakültesi**Prof. Dr. Halil AKKANAT**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZARYozgat Bozok Üniversitesi Hukuk
Fakültesi**Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU**

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇKıbrıs Aydın Üniversitesi Hukuk
Fakültesi**Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ**İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk
Fakültesi**Prof. Dr. İbrahim AYDINLI**Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi**Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY**Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi
Hukuk Fakültesi**Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN**

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZAnkara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi**Prof. Dr. İsmail KAYAR**Fatih Sultan Mehmet Vakıf
Üniversitesi Hukuk Fakültesi**Prof. Dr. İsmail KIRCA**TOBB Ekonomi ve Teknoloji
Üniversitesi Hukuk Fakültesi**Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi**Prof. Dr. Kadir ARICI**Ankara Bilim Üniversitesi Hukuk
Fakültesi**Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi**Prof. Dr. Kayıhan İÇEL**İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk
Fakültesi**Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCAİstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi**Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN**İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi**Prof. Dr. Mehmet DEMİR**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUKİstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi**Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE**Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi**Prof. Dr. Mehmet HELVACI**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLUAnkara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi**Prof. Dr. M. Fatih UŞAN**Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi**Prof. Dr. Muharrem KILIÇ**Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi**Prof. Dr. Muharrem ÖZEN**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat BATI

Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANİTEZ

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Bilimleri Enstitüsü

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

AİLE HUKUKU

Araştırma Makalesi/Research Article

NAFAKA YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN ÇATIŞMASI

Conflict of Alimony Obligations

Semih YÜNLÜ s. 1-30

Araştırma Makalesi/Research Article

DİJİTAL BOŞANMA BAĞLAMINDA HOLLANDA'DA GELİŞTİRİLEN ÇEVİRİM İÇİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM ARAÇLARI (Rechtwijzer uit elkaar ve Uitelkaar.nl) ve TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Online Dispute Resolution Tools Developed in the Netherlands in the
Context of Digital Divorce (Rechtwijzer uit elkaar and Uitelkaar.nl)
and Their Assessment under Turkish Law

Gamze TURAN BAŞARA s. 31-44

Araştırma Makalesi/Research Article

AİLE MAHKEMELERİNDE GÖRÜLMEKTE OLAN DAVALARDA NAFAKANIN ISLAH YOLUYLA ARTIRILMASI SORUNU: GÜNCEL YARGI KARARLARI IŞIĞINDA BİR İNCELEME

The Problem of Increasing Alimony Through Improvement in Cases
Held in Family Courts: An Examination in Light of Current Judicial
Decisions

Selin SERT SÜTÇÜ; Şelale SÜER s. 45-62

Araştırma Makalesi/Research Article

YABANCI BOŞANMA KARARLARININ TÜRK MAHKEMELERİNDE TANINMASINDA KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK KOŞULU

The Public Policy Exception in the Recognition of Foreign Divorce
Judgments by Turkish Courts

Elif Selen BATIGÜN s. 63-94

Araştırma Makalesi/Research Article

**ANA BABANIN ENGELLİ ÇOCUĞA KARŞI EĞİTİM VE BAKIM
YÜKÜMLÜLÜĞÜ: TÜRK MEDENİ KANUNU HÜKÜMLERİ
ÇERÇEVESİNDE BİR İNCELEME**

Parents' Duty of Education and Maintenance towards the
Disabled Child: An Examination within the Framework of Turkish
Civil Code Provisions

Esmâ KIRAÇ ADIR s. 95-140

Araştırma Makalesi/Research Article

**HETEROLOG YAPAY DÖLLENMEDE ANNENİN TESPİTİNE İLİŞKİN
BİR DEĞERLENDİRME**

An Evaluation of the Determination of Motherhood in Heterologous
Artificial Insemination

Dilşah Buşra KARTAL s. 141-166

Araştırma Makalesi/Research Article

**MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME
VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA
EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI**

The Right to Marry and Found a Family under the International
Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention
on Human Rights

Hacı Ali AÇIKGÜL s. 167-200

Araştırma Makalesi/Research Article

**EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMSİLİ VE SÖZLEŞMELERİN NİSPİLİĞİ
ÇERÇEVESİNDE YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2022/132 K.
2023/100 T. 22.2.2023 KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

The General Assembly of Civil Chambers Decision (E. 2022/132,
K. 2023/100, 22 Feb 2023) within the Framework of Marital
Representation and the Principle of Privity of Contracts

Elif KARA s. 201-230

Araştırma Makalesi/Research Article

**ÇOCUKLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİNDE AÇIK RIZA VE
YAŞ SINIRINA İLİŞKİN MUKAYESELİ BİR İNCELEME**

A Comparative Analysis of Explicit Consent and Age Limit in the
Processing of Children's Personal Data

Esra KARATAŞ s. 231-284

Araştırma Makalesi/Research Article

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE VE MİRAS HUKUKUNDA AİLE KONUTUNUN SAĞ KALAN EŞE ÖZGÜLENMESİ

The Assignment of the Family Residence to the Surviving Spouse
under the Regime of Participati on in Acquired Property and
Inheritance Law

Burak DOĞAN s. 285-308

Araştırma Makalesi/Research Article

ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ BAĞLAMINDA KORUYUCU AİLE KURUMU

The Foster Family Institution in the Context of the Best Interests of
the Child Principle

Büşra ALTINBAY s. 309-342

ÖZEL HUKUK

Araştırma Makalesi/Research Article

ÖLÜMDEN SONRA GEÇERLİ VEKÂLETNAMELER (TRANSMORTAL VOLLMACHT): ALMAN VE TÜRK HUKUKU BAĞLAMINDA KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME

Post-Mortem Powers of Attorney (Transmortale Vollmacht):
A Comparative Analysis of German and Turkish Law

Mehmet ALTUNKAYA s. 345-376

Araştırma Makalesi/Research Article

TAŞINMAZ DEVRİNE İLİŞKİN YAPILAN ARABULUCULUK ANLAŞMASININ ÖNALIM HAKKI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of Mediation Settlement Agreements Concerning
the Transfer of Immovable Property in Terms of the Right of Pre-
emption

Gökhan ŞAHAN s. 377-396

Araştırma Makalesi/Research Article

GÖÇMEN İŞÇİLERİN HUKUKSAL KONUMU

The Legal Status of Migrant Workers

Mustafa KILIÇOĞLU; Batuhan ESKİCİNDİL s. 397-432

Araştırma Makalesi/Research Article

MEDENİ USÛL HUKUKUNDA ÇİFTE ETKİLİ VAKIALAR

The Concept of Doubly Relevant Facts in Civil Procedure

Cansu ATICI KABALAK s. 433-466

Araştırma Makalesi/Research Article

**KAT MÜLKİYETİ HUKUKU ÇERÇEVESİNDE EVCİL HAYVAN
BULUNDURMA VE EVCİL HAYVANIN İÇGÜDÜSEL DAVRANIŞINDAN
DOĞAN SORUMLULUK**

Pet Keeping and Liability Arising from Instinctive Behavior of Pet
under Condominium Ownership Law

Güray TÜRKER s. 467-496

KAMU HUKUKU

Araştırma Makalesi/Research Article

1924 ANAYASASI VE KURUCU İKTİDAR TARTIŞMALARI

The 1924 Constitution and the Constituent Power Discussions

Mustafa KOÇAK s. 499-520

Araştırma Makalesi/Research Article

**AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE BAŞKANLIK, KARARNAME
VE DİN-DEVLET İLİŞKİLERİ**

Presidency, Presidential Decree and State-Religion Relations in
the United States

Hasan Tahsin FENDOĞLU s. 521-554

Araştırma Makalesi/Research Article

**DOKTRİN VE DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ YARGI
MERCİLERİNİN ÖZEL HUKUK KURALLARINA BAŞVURABİLMESİ**

In the Light of the Doctrine and the Decisions of the Council of
State, Administrative Courts' Ability to Apply to Private Law Rules

Abdulvahap DARENDERELİ s. 555-594

Araştırma Makalesi/Research Article

**KAMU GÖREVLİLERİNİN SOSYAL MEDYA PAYLAŞIMLARI
DOLAYISIYLA DİSİPLİN SORUMLULUĞU**

Disciplinary Liability of Public Officials for Social Media Posts

Sümeyye ŞİMŞEK KARABEKİROĞLU s. 595-620

Araştırma Makalesi/Research Article

**ULUSLARARASI HUKUKUN SINIRLARINDA BİR MÜDAHALE
ARACI: SİBER YAPTIRIMLAR VE SİBER KARŞI ÖNLEMLER ÜZERİNE
HUKUKİ BİR DEĞERLENDİRME**

An Instrument of Intervention within the Limits of International
Law: A Legal Assessment of Cyber Sanctions and Cyber
Countermeasures

Zeynep ERHAN BULUT s. 621-658

Araştırma Makalesi/Research Article

**KAMU MENFAATİNİN GÖZCÜLERİ: AİHM KARARLARI IŞIĞINDA
BİLGİ UÇURANLAR**

Guardians of the Public Interest: Whistle-Blowers Under ECHR
Judgments

Yakup YILDIRIM s. 659-698

Araştırma Makalesi/Research Article

**AİHM KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI; SÖZLEŞME'Yİ AŞAN BİR
SONUÇ OLARAK OBJEKTİF ETKİ**

Binding Force of ECHR Judgments: Objective Effect as a Result
Transcending the Convention

Cemre Belçim GÖLBAŞI UÇAR s. 699-734

Araştırma Makalesi/Research Article

**YAPAY ZEKÂNIN KULLANIMINDAN KAYNAKLI SORUNLARIN GÖÇ
HUKUKUNA ETKİSİ**

The Impact of Problems Arising from the use of Artificial
Intelligence on Immigration Law

Necip Fazıl AKBURAKCI s. 735-768

Araştırma Makalesi/Graduate Thesis Article

**EŞYA MÜSADERESİNİN TÜRK CEZA KANUNU'NUN (TCK) 54/1.
MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ***

Evaluation of Property Confiscation within the Scope of Article 54/1
of the Turkish Penal Code (TCK)

Sultan ÖNDEŞ s. 769-800

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;

TRDİZİN



Jurix

Veri Tabanlarında Taranmaktadır.



AİLE HUKUKU

NAFAKA YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN ÇATIŞMASI

Conflict of Alimony Obligations

Semih YÜNLÜ*

Özet

Kanun koyucu ihtiyacın niteliğine ve kaynağına göre bazı kişiler arasında çeşitli yardımlaşma yükümlülükleri düzenlemiştir. Bunlardan genel hükümlerle düzenlenmiş en önemli olanları bakım yükümlülüğü ile tedbir, iştirak, yoksulluk ve yardım nafakalarıdır. Bakım veya nafaka yükümlüsü olan kişiler, ilgili kimselere kanun veya hâkim tarafından belirlenen süre ve miktarda ödemeler yaparlar. Bu yükümlülüklerin ailevi, sosyal, ahlaki ve benzeri dayanakları vardır.

Söz konusu bu yükümlülükler somut olayda bir arada bulunabilir. Örneğin bir kimseden yardım nafakası, yoksulluk nafakası ve iştirak nafakası ödemesi istenebilir. Buna bir engel yoktur. Kişinin ödeme gücü yeterli ise hâkim şartları oluşan tüm talepleri kabul edecektir. Ancak ödeyecek kişinin maddi gücünün tüm talepleri karşılamaya yeterli olmaması durumunda önemli bir sorun vardır. Burada hangi talebin öncelikli olarak karşılanması gerektiğine karar vermek gerekir.

Kanun koyucu böyle bir sorunun nasıl çözüleceğini ayrıca düzenlememiştir. Bu sebeple sorunun ele alınması ve çözülmesi görevi yargıya ve doktrine düşecektir. Çalışmamız da tam olarak bu çatışmaların nasıl çözülmesi gerektiğine odaklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yoksulluk Nafakası, Yardım Nafakası, İştirak Nafakası, Tedbir Nafakası, Bakım Yükümlülüğü

Abstract

The legislator has regulated various financial support obligations depending on the nature and source of the needs of the individuals. The most important of these, regulated by general provisions, are the obligation of maintenance and temporary, participation, post-divorce and support alimony. The person under the obligation of maintenance or alimony makes payments to the relevant persons in the period and amount determined by the judge. These obligations have familial, social, moral and similar bases.

These obligations may coexist in a concrete case. For example, a person may be asked to pay support alimony, post-divorce alimony, and obligation of maintenance at the same time. There is no provision preventing this. If the person has sufficient ability to pay, the judge will accept all demands that arise. However, there is a significant problem if the financial means of the person who will pay is not sufficient to meet all the demands. In this case, it is necessary to decide which demand should be met first.

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.07.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Doç. Dr., Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Tekirdağ/Türkiye, E-posta: syunlu@nku.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-2191-1482>.

The legislator has not specifically regulated how such a problem will be solved. For this reason, addressing and solving the relevant problem will fall to the judiciary and doctrine. Our study focuses exactly on how these conflicts should be resolved.

Keywords: Post-Divorce Alimony, Support Alimony, Participation Alimony, Temporary Alimony, Maintenance Obligation

GİRİŞ

Aile hukuku, birbirlerine maddi ve manevi bağıllık içerisinde olan kişiler arasındaki temel ilişkileri yakından inceler ve düzenler. Gerek kanunlar gerek Anayasal düzeydeki somut hükümlerle¹ korunan ailenin ne derece önemli bir sosyal yapı ve kurum olduğunu izaha gerek yoktur². Aileyi oluşturan her birey, bu doğrultuda birer yapıtaşısı olarak nitelendirilir ve korunur³.

Bireyler ailelerin, aileler hısımların, hısımlar ise bir bütün olarak toplumun temel unsurlarıdır. Özelden genele tüm unsurlar bir araya gelerek, oluşturdukları üst seviye yapının sağlamlığını inşa ederler. Bu sebeple mikro düzeydeki tekil unsur olan bireyin maddi ve manevi bütünlüğü hem devlet tarafından korunmalı hem de diğer kişiler buna ilişkin haklara riayet etmelidir. Zaten kanun koyucu da bu durumun gereklerine uygun bir biçimde taraflar arasındaki ilişkileri birer kamu hukuku meselesi gibi ele almıştır⁴. Öyle ki kanaatimizce, devlet gözetiminin yoğunluğu, hâkim müdahalesinin genişliği, emredici hükümlerin çokluğu ve irade serbestisinin (borçlar hukukuna nazaran) sınırlı olması gibi muhtelif özellikler aile hukukunu kamu hukukuna yakınlaştırır.

Söz konusu bu koruma ihtiyacı, kanun koyucu tarafından somutlaştırılmış ve bilhassa Türk Medeni Kanunu’nun Aile Hukuku kitabındaki sair hükümlerle düzenlenmiştir. Bu kapsamda eşler arasındaki bakım yükümlülükleri ile tedbir, iştirak, yoksulluk ve yardım nafakaları kaleme alınmıştır. Sayılan yükümlülük-

¹ AY m 41: “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır; teşkilatı kurar...”.

² Bkz Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku – İkinci Cilt – Aile Hukuku* (25. Bası, Beta 2024) 3 vd; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku – Cilt III – Aile Hukuku* (20. Bası, Filiz 2025) 2; Süleyman Yılmaz ve Abdülkerim Yıldırım, ‘Medeni Hukuk – I’ iç İbrahim Ermenek (ed), *Temel Hukuk Dizisi* (4. Bası, Seçkin 2023) 181 vd; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (4. Bası, Turhan 2019) 1 vd; Cem Baygın ve Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri II – Aile Hukuku* (Yetkin 2025) 1 vd.; Aydın Zevkililer, Emre Cumalıoğlu ve Mehmet Beşir Acabey, *Medeni Hukuk - III – Aile Hukuku* (Adalet 2024) 35; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan 2015) 2 vd; Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk* (10. Baskı, Legal 2024) 141; Detaylı olarak bkz Faruk Acar, *Aile Hukuku – Fasikül I – İlkeler ve Nişanlanma* (Vedat 2025) 1 vd.

³ Aile hukukuna dair mevzuat üzerine genel olarak bkz Özkan Özyakışır, ‘Aile Hukukuna Giriş ve Nişanlanma’ iç Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr), *Medeni Hukuk II – Aile Hukuku* (2. Bası, Adalet 2024) 33 vd.

⁴ Nitekim aile hukuku, devletin yoğun müdahale ve sınırlamaları ile şekillendirilmiş olup; adeta bir kamu hukuku alanı gibidir. Özel hukuktan alıştığımız irade özgürlüğü, bu alandaki çoğu noktada yerini emredici hükümlere ve hâkimgözetimine bırakır.

ler sebebiyle verme borcu altında olan kişi, alma hakkına sahip olan kimselere, şartları oluşması halinde maddi destekte bulunmak mecburiyetindedir.

Bir kimse yalnızca bir kişiye bakmak veya nafaka ödemekle yükümlü olduğunda sorun yoktur. Alacaklının ihtiyacı ve verme yükümlüsünün maddi olanakları ölçüsünde somut olayın şartlarına göre bir nafaka miktarı hâkim tarafından tayin edilir. Yükümlü de bu verme borcunu ifa eder. Ne var ki bazı durumlarda, birden fazla kimsenin aynı veya farklı nafaka türlerine bağlı destek ihtiyacı ortaya çıkar. Özellikle yükümlünün ödeme gücünün kısıtlı olduğu örneklerde bu durum bariz bir sorun meydana getirir.

Hangi nafaka türünün daha öncelikli olduğu veya hangi alacaklının ihtiyacının öncelikli olarak karşılanması gerektiğine yönelik çatışmanın çözüme kavuşturulması gerekir. Lakin kanun koyucu tarafından bu hususta ayrıca ve açıkça bir düzenleme yapılmamış; nafakalar arasında bir öncelik sıralaması tesis edilmemiştir.

O halde bu gibi çatışmaların çözümü yargıya, hakkaniyetli tespit ve çözüm önerileri sunmak ise bilhassa doktrine düşmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda, söz konusu nafaka yükümlülüğü çatışmalarına yönelik öncelik sıralamasının nasıl olması gerektiğine ilişkin değerlendirme ve belirlemeler yapılacaktır.

I. AİLE HUKUKUNDAKİ YARDIMLAŞMA YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Kanun koyucu ihtiyacın niteliğine ve kaynağına göre kişiler arasında çeşitli yardımlaşma yükümlülükleri düzenlemiştir. Bunlardan bilhassa Türk Medeni Kanunu kapsamında düzenlenmiş en önemli olanları, bakım yükümlülüğü ile tedbir, iştirak, yoksulluk ve yardım nafakalarıdır⁵.

Hemen belirtmek gerekir ki, yoksulluk nafakası bir kenara bırakılacak olursa, bakım yükümlülükleri ile tedbir, iştirak ve yardım nafakası kavramları kanun koyucu tarafından özel olarak isimlendirilmemiştir. Dayanak hükümler muhtelif maddelerde kendilerine yer bulurken; yapılan isimlendirmeler doktrinsel ele alınışlara göre şekillenmiştir. Bu bağlamda söz konusu nafaka türleri, değişik kaynaklarda birbirinden farklı kapsamaları bünyesinde barındıracak şekilde değerlendirilebilmektedir.

Çalışmamızda bu yükümlülükler detaylı bir şekilde incelenmeyecek olmakla birlikte, âdet olduğu üzere ve hatırlatma amacıyla, bazı temel hususlara bu ilk

⁵ Tedbir, iştirak ve yoksulluk nafakaları bakım nafakaları başlığı altında da incelenebilmektedir, bkz Sadık Furkan Mıdık, *Türk Hukukunda Genel Olarak Nafaka Türleri ve Özellikle Yoksulluk Nafakası ile Nafakanın Süresiz Olması Sorunu* (Adalet 2024) 23 vd; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (2. Bası, Seçkin 2024) 497; Merve Bilge Akbulut, *Türk Medeni Kanunu Kapsamında Yoksulluk Nafakası* (Seçkin 2022) 21; Elce Tutar, *Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Yoksulluk Nafakası* (Seçkin 2025) 25; Burçin Yazıcı, *İcra ve İflas Hukukunda Nafaka Alacağı* (Adalet 2022) 31; Bununla birlikte çalışmamızda özel olarak bir ayırım yapılmayacaktır.

kısımda çok kısaca işaret edilecektir. Bu kapsamda ilgili kişiler arasındaki kanundan doğan bakım yükümlülükleri ile nafaka yükümlülüklerinin farklı hususlar olduklarının altını çizmeliyiz.

B. Bakım Yükümlülüğü

Bakım yükümlülükleri, aile halinde bir arada yaşayan bazı kimselerin birbirlerine vermekle yükümlü oldukları maddi desteği konu edinir. Burada bilhassa eşlerin birbirlerine ve ana-babanın ergin olmayan çocuklarına bakmakla yükümlü oldukları görülür. Bu yükümlülüklerin varlığı ve devamı için hâkim hükmüne dahi gerek yoktur. İlgililer zaten kanun ve hatta ilişkinin doğası gereği bu maddi katkı ve ödemeleri yapmalıdırlar. Bu sebeple hâkim hükmüne dayanan nafakalar ile esasen etimolojik⁶ ve teknik olarak kendisi de nafaka olan bakım yükümlülüklerini ayırmaktayız⁷.

Eşler, aralarında halihazırda (yani evlenme öncesinde) kanunun izin verdiği derecede bir hısımlık yoksa, salt evlenme vesilesiyle kan veya kayın hısımlı haline gelmezler. Çoğunlukla da aralarında ne kan ne de kayın hısımlılığı bulunur. Buna karşılık her durumda (ki olması gereken odur), yaşamı birlikte sürdürme yönünde ortak ve resmileştirilmiş iradeleri vardır. Bunun sonucunda ise birbirlerini koruyup kollamak, maddi ve manevi olarak desteklemek yükümlülüğü altındadırlar⁸. Bu yükümlülükler, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan çeşitli hükümlerle de somutlaşmıştır. Sadakat, yardımlaşma, bilgi verme gibi yükümlülükler bunlardan bazılarıdır (bkz. TMK m. 185 vd.). Taraflar aralarındaki bu ilişkiyi mahkeme huzurunda sona erdirmedikleri sürece bu yükümlülükler devam eder.

Keza ana ve baba, aralarında soybağı kurulmuş olan çocuklarına da bakmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük ile korunan değer en üst düzeyde korunan insan hakları arasındadır⁹. Çocuğun yeme, içme, giyinme, barınma, sağlık, eğitim gibi ihtiyaçlarına ilişkin her türlü destek (ve bilhassa konumuz özelinde maddi ödemeler) bu kapsamda ele alınır¹⁰. Bu yükümlülük evlat edindikleri çocuklara karşı

⁶ Ayr bkz Hüseyin Karakaya, 'İslam Hukukunda Eşlerin Mali Mükellefiyetleri' (2023) 1(2) Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 55; Akbulut (n 5) 17; Betül Peker, *Tedbir Nafakası* (Seçkin 2022) 17; Mıdık (n 5) 15; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Nafaka Hukuku* (4. Bastı, Seçkin 2021) 21; Mecit Demir, *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası* (Seçkin 2018) 17; Mehmet Dirik, 'İslâm Aile Hukukunda Kocanın Nafaka Mükellefiyetini Düşüren Haller' (2015) (25) İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 138; Yazıcı (n 5) 23.

⁷ Bu özelliğine de vurgu yapmak amacıyla çalışmamız başlığını nafaka kavramı ile bütünlük bir şekilde sınırlayarak tespit etmiş bulunmaktayız.

⁸ Ayr İslam hukukunda evlilik nafakası kavramına ilişkin bkz Dirik (n 6) 138 vd.

⁹ Evelyne Gmünder, 'ZGB 276' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (eds), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)* (4. Auflage, Orell Füssli 2021) 625.

¹⁰ Gmünder, 'ZGB 276' (n 9) 626.

da aynen geçerlidir. Hatta kişinin kendi çocukları gibi, eşlerinin çocuklarına da kısmen maddi ve bilhassa manevi ilgi ve özen göstermesi gerektiği görülmektedir¹¹.

Bu kapsamda ve Kanuna göre genel olarak, eşlerin birliğin mutluluğunu el-birliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlü oldukları TMK m. 185/2’de (ZGB art. 159/2¹²) yer alan maddede¹³; eşlerin birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorunda olmaları durumu TMK m. 185/3 (ZGB art. 159/3¹⁴) hükmünde; eşlerin birliğin giderlerine emek ve malvarlıkları ile katılacakları hususu TMK m. 186/3’te (ZGB art. 163¹⁵) yer alan maddede¹⁶; hâkimin taraflardan birinin talebi üzerine, ailenin geçimi için her birinin yapacağı parasal katkıyı belirleyebilecek olması TMK m. 196/1 (ZGB art. 173/1¹⁷) kapsamında¹⁸; çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderlerin bizzat ve ilk olarak ana ile baba tarafından karşılanacağı ise TMK m. 327/1 (ZGB art. 276¹⁹) hükmünde düzenleme bulmuştur²⁰.

¹¹ Bkz TMK m 338: “Eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler. Kendi çocuğu üzerinde velâyeti kullanan eşe diğer eş uygun bir şekilde yardımcı olur; durum ve koşullar zorunlu kıldığı ölçüde çocuğun ihtiyaçları için onu temsil eder.”.

¹² Bkz Heinz Hausheer, Ruth Reusser und Thomas Geiser, ‘ZGB 159’ in Heinz Hausheer (ed), *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht – BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/1/2* (2. Auflage, Stämpfli 1999) 67 vd; Michael Schlumpf, Christian Fraefel, ‘ZGB 159’ in Ruth Arnet, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (eds), *Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz – CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. Auflage, Schulthess 2023) 544 vd; Ursula Schmid, ‘ZGB 159’ in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (eds), *ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch – OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)* (4. Auflage, Orell Füssli 2021) 376.

¹³ Ahmet Kalender, ‘Evliliğin Genel Hükümleri’ iç Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr), *Medeni Hukuk II – Aile Hukuku* (2. Bası, Adalet 2024) 212 vd.

¹⁴ Schmid, ‘ZGB 159’ (n 12) 376-377; Hausheer, Reusser und Geiser, ‘ZGB 159’ (n 12) 70 vd.

¹⁵ Heinz Hausheer, Ruth Reusser und Thomas Geiser, ‘ZGB 163’ in Heinz Hausheer (ed), *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht – BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/1/2* (2. Auflage, Stämpfli 1999) 179 vd; Michael Schlumpf, Christian Fraefel, ‘ZGB 163’ in Ruth Arnet, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (eds), *Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz – CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. Auflage, Schulthess 2023) 554 vd.

¹⁶ Kalender (n 13) 215, 234.

¹⁷ Ursula Schmid, ‘ZGB 173’ in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (eds), *ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch – OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)* (4. Auflage, Orell Füssli 2021) 403; Verena Bräm, ‘ZGB 173’ in Verena Bräm (ed), *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90 251 ZGB) - ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. II/1c* (3. Auflage, Schulthess 1988) 511 vd.

¹⁸ Kalender (n 13) 235.

¹⁹ Bkz Sabine Aeschlimann und Jonas Schweighauser, ‘ZGB 276’ in Roland Fankhauser (ed), *Scheidung – Band I: ZGB und Band II: Anhänge – FamKomm* (4. Auflage, Stämpfli 2022) 1088 vd; Gmünder, ‘ZGB 276’ (n 9) 625 vd.

²⁰ Semih Yünlü, ‘Soybağının Hükümleri: Genel Hükümler ve Velayet’ iç Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr), *Medeni Hukuk II – Aile Hukuku* (2. Bası, Adalet 2024) 386; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 391.



Görülmektedir ki, hâkim tarafından re'sen veya talep üzerine bir belirleme yapılmasına gerek olmaksızın, eşler birbirlerine bilhassa maddi olarak destek olmak ve çocuklarına ise her durumda bakmak durumundadırlar. Çocuklar lehine olan bu yükümlülük kural olarak erginliklerine kadar devam eder²¹. Eğitimlerinin devam ediyor olması ise bir uzama sebebidir (bkz. TMK m. 328)²².

Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde hâkimin ilişkiye müdahale etmesi mümkündür. Bilhassa çocuklara dair meselelerde hâkim re'sen hareket edebilme gücüne dahi sahiptir. Dolayısıyla söz konusu yükümlülükler hükmeldilmesi ve ifasının sağlanması noktasında kimi zaman talep dahi söz konusu olmadan harekete geçilebileceğini belirtebiliriz.

C. Tedbir Nafakası

Bakım yükümlülüğünün en önemli özelliği, hâkim hükmüne gerek duyulmaksızın kanun gereğince kendiliğinden mevcut olması idi. Ancak bazı durumlarda taraflardan biri veya birden fazlası, bu kanuni yükümlülükler hiç ya da olması gerektiği gibi riayet etmemektedir. Bu gibi hallerde ilgili kanuni düzenlemelere dayanmak suretiyle hâkimden bir kimseyi diğer kimseye karşı bir verme borcu ile yükümlü kılması talep edilir. Söz konusu talep karşısında hâkim hükmü ile tesis edilen verme yükümlülüklerin ilki *tedbir nafakası*²³ olarak nitelendirilir. Hatta tedbir nafakası için talebe dahi gerek olmadan hâkimin re'sen de harekete geçebileceğini belirtebiliriz²⁴.

Tedbir nafakası kavramı ile genellikle anlaşılan husus, eşlerin birbirinden ayrı yaşama hakları bulunan ya da bilhassa ayrılık ve boşanma davası süreçleri ile somutlaşan dönemlerde diğer taraftan talep ettikleri parasal destek ve katkıdır. İlk durumdaki tedbir nafakası doktrinde *bağımsız tedbir nafakası*²⁵, ikinci durumdaki tedbir nafakası ise *geçici tedbir nafakası*²⁶ olarak isimlendirilebilmektedir. Tedbir nafakasıyla özellikle, henüz aralarındaki evlilik bağı sona ermemiş eşlerin bakım yükümlülüklerini aksatmaması amaçlanır²⁷.

²¹ Evelyne Gmünder, 'ZGB 277' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (eds), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)* (4. Auflage, Orell Füssli 2021) 630; Stephan Hartmann, 'ZGB 277' in Ruth Arnet, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (eds), *Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB - Partnerschaftsgesetz, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. Auflage, Schulthess 2023) 988.

²² Gmünder, 'ZGB 277' (n 21) 630; Hartmann, 'ZGB 277' (n 21) 988.

²³ Bkz Akıntürk ve Ateş (n 2) 286 vd; Akbulut (n 5) 21; Mıdık (n 5) 25 vd; Ruhi ve Ruhi (n 6) 21 vd; Yazıcı (n 5) 32; Tutar (n 5) 25 vd.

²⁴ Akbulut (n 5) 22; Ruhi ve Ruhi (n 6) 26.

²⁵ Mıdık (n 5) 31; detaylı olarak bkz Peker (n 6) 51 vd.

²⁶ Mıdık (n 5) 25; detaylı olarak bkz Peker (n 6) 115 vd.

²⁷ Özellikle 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'dan doğan ödeme yükümlülükleri için ayr bkz Mıdık (n 5) 36 vd; Ruhi ve Ruhi (n 6) 29.

Örneğin, boşanma davası devam ederken maddi durumu yeterli olmayan eşin barınma, yeme-içme gibi temel gereksinimleri için yapılması emredilen ödemeler bu kapsamda değerlendirilir. TMK m. 169 hükmüne göre de hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan ve özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri boşanma veya ayrılık davası açılınca kendiliğinden alacaktır²⁸.

Genellikle boşanma davası devam ederken çocuklar lehine ödenecek nafakalar da tedbir nafakası başlığı altında ele alınır²⁹. Ancak soybağına sahip kişilerin çocuklara bakım yükümlülüklerinin devamlı nitelikte olduğunu ve tarafların evli-boşanmış, velayet hakkı sahibi olan-olmayan ayrımı yapılmaksızın bu yükümlülük altında olduklarının altını çizmeliyiz. Bu tedbir, boşanmanın kesinleşmesi ile birlikte iştirak nafakası olarak devam edecektir³⁰.

Kişiliği, ekonomik güvenliği veya aile huzurunun bozulması tehlikesi sebebiyle ayrı yaşama hakkını elde etmiş olan kişi de boşanma ya da ayrılık davası açılmamış olsa bile tedbiren geçimi için gerekli olan katkının diğer tarafça ödenmesini isteyebilir. Bu durum da tedbir nafakası ile çevrelenen kapsam içerisinde sayılmaktadır.

Tarafları ayrı yaşamaya veya ayrılık ve boşanma davasına iten sebeplerin diğer taraftan, bir üçüncü kişiden veya olaydan kaynaklanmış olması önemli değildir. Keza bir dava var ise bunun kim tarafından açıldığı da önem arz etmez³¹. Kanundaki diğer şartlar sağlanmış ve ihtiyaç da söz konusu ise tedbiren nafakaya hükmedilebilecektir.

²⁸ Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (9. Bası, On İki Levha 2021) 129; Seda Gayretli Aydın, ‘Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları’ iç Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr), *Medeni Hukuk II – Aile Hukuku* (2. Bası, Adalet 2024) 174; Yılmaz ve Yıldırım (n 2) 229; Ekrem Kurt, ‘Boşanma Davasında Hâkimin Alacağı Geçici Önlemler (MK m. 169)’ (2013) (1) Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101 vd.

²⁹ Akbulut (n 5) 21; bunun tam aksine, boşanma davası sürecinde çocuklar lehine ödenecek nafakanın iştirak nafakası olarak ifade edilmesi hususunda bkz Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 142.

³⁰ Akbulut (n 5) 23; ayr bkz Cüneyt Pekmez, ‘Tedbir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi’ (2021) 7(1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143, dn 1; Yargıtay’ın bu kapsamdaki tespitleri için bkz “...Tedbir nafakası, 4721 sayılı Kanun’un “Geçici önlemler” başlıklı 169 uncu maddesi ile düzenlenmiş olup; buna göre boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri resen almakla yükümlüdür. Boşanma veya ayrılık davasının devamı sırasında, çocuk kendisine bırakılmamış olan eşin çocuğun bakımına ne ölçüde katılacağını hâkimtedbir kararında açıklar. İşte uygulama ve öğretide alınan bu önlemin geçiciliğini daha açık vurgulamak amacıyla boşanmanın kesinleşmesine kadar olan dönem için çocuk yararına ödenen nafakaya tedbir, boşanma kesinleştikten sonra iştirak nafakası denilmektedir. Diğer bir ifadeyle boşanma davası içinde ileri sürülen iştirak nafakası hakkında; yargılama süresince tedbir nafakası, kararın kesinleşmesinden itibaren iştirak nafakası adı altında ödenmesine karar verilir...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2022/657, K 2023/672, 21.06.2023 (YKA: Yargıtay Karar Arama <<https://karararama.yargitay.gov.tr/index>> Erişim Tarihi 9 Ağustos 2025).

³¹ Erdem ve Makaracı Başak (n 5) 158.



Bu nafaka tedbir gerekliliğini oluşturan durumun varlığı boyunca devam eder. Örneğin, boşanma davası süresince ihtiyaç içinde olan eşe ve çocuğa tedbir nafakası ödenecektir. Hâkimin nafaka miktarını değiştirme ve nafakanın kaldırılmasına karar verme hakkı her zaman mevcuttur. Eşin ihtiyacı sona erer veya çocuk ergin olursa tedbir nafakasının hukuki sebebi de ortadan kalkmış olur. Zira bu kurumun temeli ihtiyaca dayanır. İhtiyaç ortadan kalktığında hükmün değiştirilmesi talep edilebilir. Çocuğun ergin olması durumunda tedbir nafakası yönünden hukuki sebep ortadan kalksa da yardım nafakası yönünden talep imkanının devam edeceği açıktır.

D. İştirak Nafakası

Aile hukuku ilişkilerinde, bilhassa ergin olmayan çocukların korunmasına hizmet eden nafaka türü ise doktrinde *iştirak nafakası*³² olarak ifade edilen nafakadır. İştirak nafakası kavramı, bakım ve diğer nafaka yükümlülüklerinden farklı olarak salt çocuk lehine hükmedilen verme borçları için kullanılmaktadır.

Boşanma davası neticesinde tarafların ortak ve ergin olmayan çocuklarına ilişkin de karar verilmek gerekir. Bu kapsamda boşanmaya rağmen tarafların her ikisinin velayet hakkı sahibi olarak devam etmelerine imkan veren *ortak velayet*³³ kurumunun uygulanmasına bir engel yoktur. Ancak genellikle hâkim, boşanma (ve hatta evliliğin hükümsüzlüğü) davası sonucunda çocukların velayetini taraflardan birine verir. Velayet hakkına sahip olunan çocuk, hakka sahip olan kişi ile birlikte yaşar. Velayet hakkı sahibi olan bu kişi, çocuğa bakar; onu korur ve yönetir³⁴.

Velayet kendisine bırakılmayan ve doğal olarak çocukla birlikte de yaşamayan ebeveyn ise çocuk üzerinde velayet hakkına bağlı kararlara katılamaz. Ancak soybağı gereği çocuğun bakım, eğitim, barınma, beslenme gibi masraflarına katılmak zorundadır. Bu sebeple salt çocuk lehine olmak üzere belirli bir maddi katkı sunması gerekir (TMK m. 327 vd.). İşte bu katkının hâkim kararına bağlı olarak somutlaşmış haline iştirak nafakası denilmektedir³⁵. İştirak nafakası tarafların kusuruna bağlı değildir. Çocuğun ihtiyacı olması gerekli ve yeterlidir. Zira

³² Bkz. Akıntürk ve Ateş (n 2) 288 vd; Tutar (n 5) 33; Akbulut (n 5) 23; Ruhi ve Ruhi (n 6) 64 vd; Mıdık (n 5) 25 vd; Yazıcı (n 5) 40; Gayretli Aydın (n 28) 203; Doğa Ekrem Doğancı, ‘İştirak Nafakası Hesaplama Metotları: Türk ve İsviçre Hukuku Karşılaştırmalı Bir İnceleme ve Bazı Öneriler’ (2023) 13(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 705 vd; Zevkliler, Cumalıoğlu ve Acabey (n 2) 313; Sera Reyhani Yüksel, *Yargıtay Kararları İle Zenginleştirilmiş Aile Hukuku Meseleleri* (Aristo 2023) 139; Ebru Ceylan, ‘İştirak Nafakasının Belirlenmesiyle İlgili Seçilmiş Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2017) 133 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 300 vd.

³³ Oldukça tartışmalı ve güncel kavramlardan biri olan ortak velayet hakkında kanunlarımızda açık ve izin veren bir hüküm yoktur. Ancak yasaklanmış da değildir. Uygulamaya gelindiğinde ise ortak velayete hükmedilebildiği tespit edilmektedir.

³⁴ Velayetin kapsam ve içeriğine ilişkin ayrı bkz Yünlü, ‘Soybağı’ (n 20) 395 vd; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 2) 394 vd; Hayrunnisa Özdemir, ‘Velâyet’ iç Şebnem Akipek Öcal ve Hayrunnisa Özdemir (edr), *Aile Hukuku* (Seçkin 2024) 469 vd.

³⁵ Akıntürk ve Ateş (n 2) 288; Yılmaz ve Yıldırım (n 2) 233; Ruhi ve Ruhi (n 6) 64.

bu yükümlülük velayet hakkına değil soybağına bağlıdır. Soybağının ne şekilde kurulduğu da önemli değildir.

İştirak nafakası, kural olarak boşanma davasının kesinleşmesi ile başlar ve çocukların ergin olmalarına kadar devam eder. Boşanma davası süresince tedbir niteliğinde olan nafaka, bu aşamadan itibaren iştirak nafakası olarak yürürlük kazanır (bkz. TMK m. 169, 182/3, 185/2, 327 vd.). Ayrıca erginlik ile birlikte sona ermesi beklenen nafaka, çocuğun eğitiminin devam etmesi halinde uzatılacaktır³⁶. Örneğin, 18 yaşını doldurduğu için iştirak nafakası alacağı sona ermesi gereken kişinin üniversite eğitimine devam etmesi durumunda, ona verilecek nafaka da devam edecektir. Bu durumda ödenen nafakaya kolayca anlaşılabilmesi için *eğitim nafakası*³⁷ da denilmektedir³⁸.

Öte yandan iştirak nafakası için yalnızca boşanma kararı olmasına gerek yoktur. Örneğin, ana-babası baştan beri evli olmayan ve özellikle babası ile soybağı sonradan kurulmuş çocuk da nafaka talep edebilecektir. Hatta babalık davası süresince tedbiren ödeme yükümlülüğü getirilen babanın³⁹, davanın kesinleşmesi ile birlikte iştirak nafakası ödemesi kararlaştırılabilir⁴⁰.

E. Yoksulluk Nafakası

Kanunda açıkça ve ismen düzenlenmiş nafaka türü ise *yoksulluk nafakası*dır (bkz. TMK m. 175)⁴¹. Yoksulluk nafakası, boşanmanın gerçekleşmesi yüzünden yoksulluğa düşecek tarafın, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında maddi destek talep etmesidir⁴².

³⁶ Ruhi ve Ruhi (n 6) 86; Tutar (n 5) 34; Detaylı olarak bkz Tuba Birinci Uzun, ‘Eğitimine Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak Nitelendirilmesi’ (2018) 20(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91 vd.

³⁷ Bkz Ahmet Türkmen, ‘Eğitim Nafakası (TMK m. 328/II)’ (2013) 8(Özel) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 2707 vd.

³⁸ Midık (n 5) 49; ayrıca iştirak nafakasının artırılması ve azaltılmasını gerektiren durumlara ilişkin Yargıtay kararlarının detaylı örneklendirilmesi için bkz Ceylan, İştirak (n 32) 312 vd.

³⁹ Bu kapsamda TMK m 333’e göre, babalık davası ile birlikte nafaka istendiğinde, hâkimbabalık olasılığının kuvvetli olduğuna kanaat getirirse, nihai hükümden önce de çocuğun ihtiyaçları için uygun bir nafakaya karar verebilecektir.

⁴⁰ Ruhi ve Ruhi (n 6) 68, 69.

⁴¹ Bkz Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 163 vd; Erdem ve Makaracı Başak (n 5) 203 vd; Akıntürk ve Ateş (n 2) 304 vd; Midık (n 5) 67 vd; Akbulut (n 5) 24; Ruhi ve Ruhi (n 6) 43 vd; Yazıcı (n 5) 36; Gayretli Aydın (n 28) 193 vd; Christine Arndt, ‘ZGB 125’ in Ruth Arnet, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (eds), *Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB - Partnerschaftsgesetz CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. Auflage, Schulthess 2023) 488 vd; Renata Brianza, ‘ZGB 125’ in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (eds), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)* (4. Auflage, Orell Füssli 2021) 348 vd; Andrea Büchler und Zeno Raveane, ‘ZGB 125’ in Roland Fankhauser (ed), *Scheidung – Band I: ZGB und Band II: Anhänge – FamKomm* (4. Auflage, Stämpfli 2022) 265 vd; Baygın ve Nar (n 2) 364; Zevkliler, Cumalıoğlu ve Acabey (n 2) 306.

⁴² Mukayeseli hukuk (ve özellikle İsviçre hukuku) bağlamında detaylı olarak bkz Tutar (n 5) 76 vd;

Bu yükümlülüğün doğması için ne alacaklının kusursuzluğuna ne de yükümlünün kusuruna ihtiyaç yoktur⁴³. Alacaklının diğer taraftan daha az veya eşit kusurlu olması dahi yeterlidir⁴⁴.

Nafaka yükümlülüğünün doğabilmesi için boşanmadan itibaren bir yıllık zaman aşımını süresi (TMK m. 178) içinde nafaka talebinde bulunulmuş olmalıdır⁴⁵. Yani tedbir nafakası gibi re'sen hükmedilebilen yükümlülüklerden farklı olarak mutlaka talep aranacağını görmekteyiz⁴⁶. hâkim tarafından hükmedilen nafaka, tek seferde veya irat şeklinde ödenecek biçimde olabilir.

Hakim tarafından kaldırılmasına karar verilmediği veya kendiliğinden sona erme sebeplerinden birisi gerçekleşmediği müddetçe, yükümlü olan taraf irat şeklindeki yoksulluk nafakasını ödemeye devam edecektir (bkz. TMK md. 175-176).

Özet olarak yoksulluk nafakasında, boşanmış olan eşlerin belirli sosyal ve iktisadi düşüncelerle birbirlerine bakmak yükümlülükleri olduğu kabul edilmektedir⁴⁷. Bu nafaka yükümlülüğünün, hemen her noktası ile uygulama ve doktrinin en tartışmalı kavramlarından biri olduğundan ve olmaya da devam edeceğinden şüphe duyulmamak gerekir.

F. Yardım Nafakası

Kısaca değineceğimiz bir diğer nafaka yükümlülüğü ise *yardım nafakası*⁴⁸ olarak adlandırılmaktadır⁴⁹. Yardım nafakası, hısımların zor durumda kaldıkların-

Ali Demirbaş, 'Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası' (2018) 5(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 220 vd; Özge Arpacı, 'İsviçre Federal Mahkemesi'nin Evlilik Sonrası Nafakaya İlişkin Kararlarında Güncel Gelişmeler' (2013) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 633 vd; Betül Özlük, 'Modern Nafaka Düzenlemeleri ve Türk Hukukunda Revizyon Gereği' (2018) 13(146) Terazi Hukuk Dergisi 42.

⁴³ Akıntürk ve Ateş (n 2) 306; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 164; Demir (n 6) 35 vd.

⁴⁴ Hatemi (n 28) 137.

⁴⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 171; Akbulut (n 5) 24; Akıntürk ve Ateş (n 2) 312.

⁴⁶ Ruhi ve Ruhi (n 6) 50; Ebru Ceylan, 'Geçmişten Bugüne Yargıtay Kararlarında Yoksulluk Nafakası Talebinde Etkili Olan Unsurları Değerlendirme' (2018) 92(5) İstanbul Barosu Dergisi 16.

⁴⁷ İslam hukukundaki *iddet nafakası* kavramı için kısaca bkz Karakaya (n 6) 64.

⁴⁸ Bkz Hayrunnisa Özdemir, 'Yargıtay Kararları Işığında Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakası' (2014) 9(14) Terazi Hukuk Dergisi 65 vd.; Hatice Karacan Çetin, 'Aile Topluluğu' iç Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr), *Medeni Hukuk II – Aile Hukuku* (2. Bası, Adalet 2024) 417 vd; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 412 vd; Ruhi ve Ruhi (n 6) 86 vd; Erdem ve Makaracı Başak (n 5) 497; Akıntürk ve Ateş (n 2) 451 vd; Yılmaz ve Yıldırım (n 2) 272; Mıdık (n 5) 17 vd; Akbulut (n 5) 24; Tutar (n 5) 34; Yazıcı (n 5) 44; Kılıçoğlu (n 2) 531 vd; Zevkliler, Cumalıoğlu ve Acabey (n 2) 423; Özlem Tüzüner, 'Korunmaya Muhtaç Yaşlılara Bakan Kurumlar Ve Nafaka Yükümlüsü Hısımlar' (2014) 9(113-114) Bahçeşehir Hukuk Dergisi 80 vd; Barış Demirsatan, 'Yoksulluğa Karşı Bir Tedbir Olarak Yardım Nafakası (MK m. 364-366)' iç Adem Sözüer (ed), 6. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, 30 Eylül - 6 Ekim 2016 (On İki Levha 2016) 69 vd.

⁴⁹ *Muavenet nafakası* için ayr bkz Sıtkı Tuğer, 'Muavenet Nafakası' (1955) 5(7) Adalet Dergisi 684 vd; Ayr bkz Ebru Ceylan, 'Türk Hukukunda Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakasının Belirlenmesinde Etkili Olan Unsurları Değerlendirme, (2018) (271-272-273) Yargı Dünyası Dergisi 33 vd.

da birbirlerine bakmaları gerektiği düşüncesinden doğmaktadır. Sosyal temelleri olduğu gibi ahlaki ve dini⁵⁰ temelleri olduğu da kabul edilebilir.

Yardım nafakası kavram Türk Medeni Kanunu'nun 364 (ZGB art. 328) ve devamı maddelerinde yer alır. Buna göre kendi çaba ve varlıkları ile geçimlerini sağlayamayan ve kendisine yardım edilmemesi durumunda yoksulluğa düşecek olan üst soy – altsoy hısımları ile kardeşler, birbirlerine nafaka vermekle yükümlüdür⁵¹. Dolayısıyla tüm hısımlar değil, yalnızca belirli hısımların karşılıklı olarak bu yükümlülük altında oldukları görülür.

Yardım nafakası yükümlülüğünde mirasçılıktaki sıra takip edilir⁵². Önceki sıradaki kişinin ödeme gücü yoksa bir diğer sıraya geçilir. Örneğin, kişinin ödeme gücüne sahip bir babası varsa dedesinden yardım nafakası istenemez. Çocuk, torun, torunun çocukları..., ana-baba, kardeşler, büyük ana-babalar şeklinde bir öncelik sıralaması vardır⁵³.

Kardeşlerin birbirinden nafaka isteyebilmesi için refah içinde olmaları gerekir⁵⁴. İsviçre'de ise revizyonlar⁵⁵ ile kardeşlerin kapsam dışı bırakılmış olması yanında, üst-soy altsoy arası nafaka yükümlülüğü de refah şartına tabi kılınmış durumdadır⁵⁶. Kardeşlerin yükümlülük dışında olmasına ilişkin durum Almanya'da da mevcuttur⁵⁷. Özellikle İsviçre'deki bu revizyonun sosyal sigortaların gelişmesi ve hısımlık ilişkilerindeki uzaklaşmadan kaynaklandığına işaret edilmektedir⁵⁸. Bu durum şüphesiz toplumdaki bireyselleşme ile de ilişki içerisindedir.

Genel olarak nafaka yükümlülüğüyle, kişinin temel ihtiyaçlarını karşılayabilecek asgari maddi güce ulaştırılması amaçlanır. Ona refah düzeyinde katkı

⁵⁰ Bu hususta İslam hukuku özelinde bilhassa *hısımlık nafakası* kavramı incelenmelidir; Kavram hususunda ayrı bkz, Fethiye Birsan Kaymak ve Ayten Erol, 'İslâm Aile Hukukunda Hısımlık İlişkisi Bakımından Ebeveyn Nafakası' (2020) 5(10) Kalemname 450 vd; Celal Erbay, 'Nafaka' (2006) Cilt 32 Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi 283.

⁵¹ Akıntürk ve Ateş (n 2) 453, 454.

⁵² Mıdık (n 5) 19; Akıntürk ve Ateş (n 2) 454.

⁵³ Yılmaz ve Yıldırım (n 2) 272; Akıntürk ve Ateş (n 2) 454; Baygın ve Nar (n 2) 579.

⁵⁴ Erdem ve Makaracı Başak (n 5) 498; Ruhi ve Ruhi (n 6) 88; kardeşler arası yükümlülük için ayrı bkz Seda İrem Çakırca, 'Kardeşler Arasında Nafaka Yükümlülüğü' (2015) 64(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77 vd.

⁵⁵ Bkz ZGB art 328; ayrı bkz Ceylan, Yardım (n 49) 39.

⁵⁶ Peter Breitschmid, 'ZGB 329' in Ruth Arnet, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (eds), *Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB – Partnerschaftsgesetz – CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. Auflage, Schulthess 2023) 1183 vd.

⁵⁷ Nitekim söz konusu yükümlülüğü düzenleyen BGB § 1601'de, birbirlerine bakmakla yükümlü olan kişiler, yalnızca üst-alt soy hısımları işaret edilerek kaleme alınmıştır. Metnin orijinali için ayrı bkz "Verwandte in gerader Linie sind verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren."

⁵⁸ Roland Fankhauser, 'ZGB 328' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (eds), *ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch - OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)* (4. Auflage, Orell Füssli 2021) 762.



sağlamak gerekli değildir. Ayrıca kişinin yoksulluk tehlikesinden kurtulması durumunda nafaka alacağının hukuki temeli de ortadan kalkar.

II. NAFKA TÜRLERİ ARASINDA SIRA VE ÇATIŞMA DURUMU

Bakım yükümlülüklerine dayanan talepler ile bizzat nafaka yükümlülüklerine dayanan talepler somut olayda bir arada bulunabilirler. Buna hukuki bir engel yoktur. İlgili kişilerin ödeme gücü elverdiği müddetçe sorun olmaz. hâkim birden fazla ödeme yükümlülüğüne hükmedebilecektir. Örneğin bir kimse aynı anda, annesine yardım, boşandığı eşine yoksulluk, velayeti kendisine ait olmayan çocuğuna iştirak, boşanma aşamasında olduğu mevcut evliliğindeki eşine tedbir nafakası ödeyebilir. Hatta çocuklarından küçük olanına bakım, yetişkin olan diğerine ise yardım nafakası ödemek durumunda da olabilir. Bunlara teorik olarak bir engel yoktur. Ancak maddi nitelikli engeller ve durumlar, ilgili nafakalar arasında bir öncelik-sonralık sıralaması yapmayı gerekli kılar. Bu sıralama, kanun koyucu tarafından açık ve net bir şekilde yapılmadığı için, uygulamaya ve doktrine yani en nihayetinde bize düşmektedir.

Bu kapsamda muhtemel ihtimaller, aşağıda karşılaştırmalar yapılarak incelenecek; nafaka çatışmalarında nasıl hareket edilmesi gerektiğine ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır⁵⁹.

A. Bakım Yükümlülüğü Karşısındaki Çatışmalar

1. Bakım Yükümlülüğü – Bakım Yükümlülüğü

Somut olayda bir kimse, birden fazla bakım yükümlülüğünü üzerinde bulundurabilir. Esasen bu durumla sıklıkla karşılaşılacaktır. Örneğin, evli olan ve bir çocuğu olan kişi, hem eşine hem de çocuğuna bakmakla yükümlü olacaktır. Keza evli olsun veya olmasın, iki veya daha fazla çocuğa sahip olan kişi de tüm çocuklarının bakımını üstlenmek durumundadır. Kişinin maddi gücünün yeterli olması halinde bir sorun yoktur. Ancak örneğin, yalnızca eşi veya çocuğundan birine tam olarak destek olabilecek kişinin ödeme yükümlülüğü nasıl olmalıdır?

Kanaatimizce bu gibi bir durumda ağır basan yükümlülük çocuk lehine olmalıdır. Tabiri caizse, elde kalan bir lokma varsa bunun öncelikle paylaşılması gereken kişi çocuk olacaktır. Hatta aşağıdaki çocuk bulunan çatışma ihtimallerinin tümünde aynı kuralın uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim kaynak İsviçre Medeni Kanunu'na sonradan eklenen art. 276a⁶⁰ hükmünde de bu kabulümüzü destekleyen ifadenin açıkça düzenlendiği görülmektedir⁶¹. Söz konusu

⁵⁹ Tedbir nafakası özel olarak incelenmeyecek olup, bakım yükümlülüklerine ilişkin yapılan açıklamaların, niteliğine uygun düştüğü ölçüde tedbir nafakası için de geçerli olması gerektiğini belirtmekle yetinilecektir.

⁶⁰ Çocuğa öncelik tanıyan bu haklı düzenlemenin *çocuğun üstün yararına* da uygun olduğu açıktır.

⁶¹ Bkz Stephan Hartmann, 'ZGB 276a' in Ruth Arnet, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (eds),

hükme göre küçük çocuk lehine olan bakım yükümlülükleri diğer aile hukuku yükümlülüklerinden önce gelecektir. O halde bir çocuk ve özellikle ergin olmayan çocuk varsa, öncelik sıralamasının buradan başlaması gerekir⁶².

Peki bu gibi bir dramatik kurgu örnekte eşin durumu ne olacaktır? Bu durumda da somut olayın şartlarına bakılmalıdır. Bakım ihtiyacı içindeki eşe maddi destek verebilecek bir yardım nafakası yükümlüsü varsa, buna başvurmak mümkündür. Esasen kişinin bakım yükümlüsü bir eşinin bulunması yardım nafakası talep etmeye engeldir. Öncelikle eşler birbirlerine destek olmalıdır. Ancak eşlerin de yeterli veya hiç destek sağlayamamaları halinde hısımlara müracaat edilerek yalnızca kendileri için yardım nafakası talep edebilmeleri mümkün olur.

Öte yandan, çocuklara ilişkin bakım yükümlülüğü erginliklerine kadar sürdüğünden⁶³, çocuğun ergin olması halinde öncelik eşe geçecektir. Ergin çocuğun zihinsel veya fiziksel sebeplerle bakıma muhtaç olması gibi ağır durumlar hariç olmak üzere sıralamayı bu şekilde yürütmek uygun olacaktır. Yani yine somut olay incelenmelidir.

Her durumda, bir veya birden fazla kimse için yeterli gelmeyen ödeme gücü söz konusu olduğunda, diğer hısımların yardım nafakası desteklerine ve sosyal devletin tesis edeceği imkanlara başvurmaktan başka çare kalmamaktadır.

Sonuç olarak, bakım yükümlülükleri gibi hem toplumsal ahlak kurallarından hem de kanuni düzenlemelerden temel alan bir kavram değerlendirilirken, tıpkı yukarıda verilen İsviçre düzenlemesinde olduğu gibi çocuktan başlanarak bir sıralama çizilmesi gerekir. Buradaki sıralamanın temel kaynağı ise bilhassa koruma yönünden daha zayıf olan kişi ve gruplara öncelik verilmesi düşüncesidir. Nitekim bu bakış açısı Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku kitabının ruhuna ve hayatın genel akışı ve dinamiklerine de uygundur. Bu kabul, aksi belirtilmediği sürece, aşağıda yapacağımız diğer karşılaştırmaların da temel dayanağını oluşturmaktadır diyebiliriz.

2. Bakım Yükümlülüğü – Yardım Nafakası

Somut olayda bakım yükümlülüğü ile çatışması muhtemel bir diğer yükümlülük, yardım nafakasıdır. Buradaki çatışma durumunda çeşitli alt alternatiflerle karşılaşılabılır. Bunlara aşağıdaki şekilde değinmek ve önceliklendirmek mümkündür.

Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB - Partnerschaftsgesetz, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (4. Auflage, Schulthess 2023) 986; Evelyn Gmünder, 'ZGB 276a' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (eds), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)* (4. Auflage, Orell Füssli 2021) 629; Derya Ateş, 'İsviçre Hukukundaki Gelişmeler Işığında Ana Babanın Ergin Çocuğun Bakım Ve Eğitim Giderlerini Karşılama Yükümlülüğü' (2021) (47) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 200.

⁶² Ancak ergin olan çocuklar karşısında eski eşe yapılan ödemelerin devam edeceğinin yüksek mahkeme tarafından halen kabul edildiği de zikredilmektedir, Gmünder, 'ZGB 276a' (n 60) 629. Burada zaten hükümdeki öncelik de bilhassa ergin olmayan çocukları kapsamaktadır. Hükmün ikinci fıkrasına uygun ve bakıma muhtaç bir ergin çocuk olmadıkça, aksi uygulanmayacaktır.

⁶³ Gmünder, 'ZGB 277' (n 21) 630.



Öncelikle, kişinin çocuklarından bir kısmı bakım, diğer kısmı ise yardım nafakası talebinde olabilir. Yardım nafakası talebinde bulunanların ergin olmak suretiyle diğer ergin olmayan çocuklara göre daha avantajlı ve bakımlarını karşılayabilir olma potansiyelleri yüksektir. Dolayısıyla kıt kaynağın mutlaka bir kişiye verilmesi gerekliliği doğarsa, kanaatimizce öncelikle ergin olmayan çocukların bakım ihtiyacına öncelik verilmelidir. Bazı somut örnekler daha da zorlayıcı sıralamaları yapmayı gerektirebilir. Çocuklardan birinin küçük, diğerinin ergin ama zihinsel veya bedensel olarak engelli olması durumu böyledir. Bu durumda makul olan, küçük çocuğa ödeme yapılmasının öncelikli olması; yoksul durumdaki ergin çocuğun varsa diğer hısımlarından yardım nafakası talep etmesi; bu da mümkün değilse, Anayasal ifadeyle *sosyal bir hukuk devleti* olmaktan doğan sorumlulukların devlet tarafından yerine getirilmesidir.

Diğer bir ihtimal ise kişinin çocuklarının bakım ihtiyacı ile torunları, ana-babası, büyük ana-babaları ile kardeşlerinin yardım nafakası ihtiyacı içinde olmalarıdır. Burada da yukarıdaki yoruma paralel olarak, öncelikli olarak çocukların bakım yükümlülüklerinin karşılanması gerektiğini söylemeliyiz. Kendilerine ödeme yapılamayan kimseler, sırasıyla yükümlü olabilecek diğer kimselerden yardım nafakası talep etmeli; mümkün değilse yine devlet tarafından korunmalıdır.

Yardım nafakası ile eşlerin karşılıklı bakım yükümlülüklerinin çatışması halinde nasıl hareket edilmesi gerektiği hususu da oldukça zorlayıcı bir soru teşkil eder. Örneğin, kişinin öncelikle eşine mi yoksa yoksulluk içindeki ana-babasına mı yardım etmesi gerektiği sorusu böyledir. Burada kanaatimizce, aile içindeki bakım yükümlülükleri ağır basmalı ve kıt kaynakların öncelikle eşin ihtiyaçlarını karşılamasına öncelik verilmelidir. Aynı mantıkla, bakım alacaklı olan eş de öncelikle bakım yükümlüsü diğer eşe başvurmalı; bu mümkün olmadığında yardım nafakası yükümlülerine gitmelidir⁶⁴.

Kişinin eşinin bakım, yetişkin çocuklarının ise yardım nafakası talep ettiği durumlarda da, olayda başka bir bilgi olmadığı (örneğin, yardım nafakası talep edecek hısımları olmadığı) sürece eşin ihtiyacına öncelik tanınması gerektiğini belirtebiliriz. Nitekim İsviçre yargı uygulamasında da eşlerin bakım yükümlülükleri ile ergin konumdaki çocukların ihtiyaçları karşılaştırıldığında eşlerin ihtiyaçlarının öncelikli olduğunun kabul edildiğine işaret edilmektedir⁶⁵. Dolayısıyla ergin olmayan çocukların eşlerin bakım ihtiyaçları karşısındaki öncelikli konumu, ergin olmayan çocuklar için geçerli değildir.

Özetle, bakım yükümlülüklerinin varlığı kural olarak yardım nafakası talebine engel olur⁶⁶. O halde sınırlı ödeme gücü ile öncelikli olarak karşılanması gereken bakım yükümlülükleridir. Nitekim daha yakın ilişki içerisinde bulunan

⁶⁴ Öztan (n 2) 1208; Ceylan, Yardım (n 49) 35, 42.

⁶⁵ Ateş (n 61) 201.

⁶⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 416; Karacan Çetin (n 48) 425.

kimselerin karşılıklı koruma, bakım, geçindirme gibi temel ihtiyaçlar yönünden birbirleri karşısında daha sıkı şekilde sorumlu oldukları kabul edilmelidir. Bu, maddenin yapısının ve genel mantık kurallarının da bir gereğidir. Öyle ki kişi, ilk başta en yakınındakine ve ardından daha uzağındakilere yardımcı olmalıdır. Kişinin ailesi (yani öncelikle ergin olmayan çocuğu ve eşi) onun hayattaki en yakın olması gereken kişiler olduklarından, kişinin öncelikle onların maddi ve manevi durumları ile ilgilenmesi, ardından diğer kişilere (ana-baba, kardeş gibi) yardımda bulunması doğal bir gerekliliktir.

3. Bakım Yükümlülüğü – İştirak Nafakası

Somut olayda bakım yükümlülüğü ile iştirak nafakası da çatışabilir. Burada iştirak nafakası talep eden tarafta ergin olmayan bir çocuk, bakım talep eden tarafta ise yine bir ergin olmayan çocuk veya eş bulunur. O halde meseleyi bu şekilde ikiye ayırarak incelemek gerekir.

İlk durumda ergin olmayan bir çocuk⁶⁷ bakım ihtiyacı içinde iken; yine yükümlünün boşandığı eşinin himayesinde bulunan ergin olmayan çocuğun iştirak nafakası ihtiyacı bulunur. Burada ergin olmayan iki öz çocuk söz konusudur. Sadece birisi kişinin kendi hakimiyetinde diğeri ise boşandığı eşinin velayet ve hakimiyetindedir. Öncelikle böyle bir örnekte çocuklara önem sırası verilemez. Seçim yapmak mümkün değildir⁶⁸. Bu gibi durumlarda eldeki maddi gücün yarıya bölünerek pay edilmesi de düşünülebilir. Bunun daha uygun olduğuna ilişkin veriler varsa, hukuken engel yoktur.

Ayrıca buradaki gibi, yükümlünün maddi imkanlarının birden çok alacaklıya yeterli gelmeyeceği durumlarda somut olayın tüm verilerini de değerlendirerek (özellikle çocuklardan birinin başka bir kimse tarafından desteklenip desteklenemeyeceğine bakılarak) bir sonuca varılmalıdır.

İkinci olarak, mevcut evlilikteki eşin bakım ihtiyacı ile sona eren evlilikteki eşin velayetinde kalan öz çocuğun iştirak nafakası ihtiyacı çatışabilir. Burada mevcut eş kendisine bakılmasını, eski eşte bulunan çocuk ise kendisine iştirak nafakası ödenmesini ister. Bu gibi son derece zorlayıcı bir örnekte yine olayda başka bir veri yoksa (yani kendisinden yardım alınabilecek başkaca bir hısım yoksa) çocuğun ihtiyacına öncelik verilmelidir. Ancak yine somut olayda başkaca bir veri olması durumunda hakkaniyet gereği farklı bölüşüm ve sıralamalar yapılabilmesi de akla gelebilir. Örneğin, boşanılan ve ortak çocuk üzerinde velayet

⁶⁷ Bu çocuk eski eşle ortak bir çocuk olup, yükümlünün velayetine bırakılmış olabilir ya da yükümlünün şimdiki eşiyle ortak çocukları olabilir.

⁶⁸ Daha rahat anlaşılabilmesi için bkz: Ana-1 ile Baba-1'in ortak çocukları Çocuk-1, tarafların boşanması sonrası Ana-1'in velayetinde olsun. Baba-1 daha sonra Ana-2 ile evlenmiş ve devam eden evlilikte Çocuk-2 dünyaya gelsin. Burada Çocuk-1, Baba-1'den iştirak nafakası, Çocuk-2 ise Baba-1'den bakım ödemesi talep edecektir. Bunlar arasında bir öncelik sırası yoktur. Zira ikisi de ergin olmayan öz çocuktur. Ancak boşanılan eski eşin ve mevcut olan eşin ödeme durumları, somut olayın çözümündeki denklemi değiştirebilir. Somut olaya uygun başka bir karar alınabilir.



hakkı olan eşin refah içinde yaşaması; nafaka yükümlüsünün şimdiki eşinin ise kendi gücüyle ya da başkaca destekle kendini geçindiremeyecek olması durumu böyledir. Bu gibi bir örnekte zaten iyi bir şekilde bakılmakta olan çocuğa nafaka ödenmesinin istenmesi ve kişinin mevcut evliliğindeki eşinin ise bakım alacağından mahrum bırakılması hakkaniyetle bağdaşmaz.

O halde özetle, ergin olmayan çocukların bakım ve nafaka ihtiyaçlarının başta eşler olmak üzere diğer kişiler karşısında öncelikli olduğunu; iki ergin olmayan çocuk arasında kural olarak bir ayırım yapılamayacağını; her durumda kıt kaynağın makul şekilde kullanılabilmesi için taraflara yardım edebilecek diğer kanuni yükümlülerin araştırılmasının uygun olacağını belirtmeliyiz. Dolayısıyla, kısaca buradaki temel sıralama dayanağının da bilhassa daha zayıf durumda olanın korunması şeklindeki genel ve önemli gerekçe ile açıklanması mümkündür.

4. Bakım Yükümlülüğü – Yoksulluk Nafakası

Talepler arasında çatışmanın söz konusu olabileceği ihtimallerden bir diğeri ise bakım yükümlülüğü ile yoksulluk nafakasının aynı kişiden talep edilmesi durumunda ortaya çıkar. Burada kişi, bir yanda boşandığı eşinin yoksulluk nafakası talebi ile diğer yanda ise velayeti altındaki çocuğun ve/veya mevcut evlilikteki eşinin bakım ihtiyacı ile karşı karşıyadır. Her ikisi de kanun tarafından korunan bu talep ve ihtiyaçların tümünün karşılanabilir olması durumunda sorun yoktur. Kişi, sayılan kimselerin tümüne ayrı ayrı ödeme yapabilir. Ancak kıt bir kaynaktan, yani ancak tek bir kimse için yeterli olabilecek bir maddi imkandan bahsedildiğinde bir seçim yapmak gerekir.

Öncelikle, toplumun en önemli yapıtaşlarından birinin aile olduğunu ve bunun anayasal düzeyde devlet güvencesi altında olduğunu söylemiştik. Ailenin maddi ve manevi refahının korunmasının önemi hususunda şüphe yoktur. Bu bağlamda mevcut ve yürütülmekte olan bir ailenin huzurunun daha güncel ve önemli olduğunu kabul etmek durumundayız. O halde sona ermiş bir evlilikteki eşe yoksulluk nafakası ödemek, önem derecesi olarak mevcut evlilikteki eşin güncel ihtiyaçları karşısında ikinci planda kalmalıdır. Genel mantık kuralları gereğince de bir kimsenin boşandığı eşine bakmaya devam etmesi ama mevcut eşinin bakımını aksatması kabul edilebilir bir durum değildir. O sebeple kanaatimizce, mevcut ve eski eş arasındaki tercih net bir durumdadır. Nitekim doktrinde de yoksulluk nafakası yükümlüsünün ödeme gücü tespit edilirken, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ihtiyaçlarının da göz önüne alınacağı haklı olarak belirtilmektedir⁶⁹. Elbette somut olaydaki meseleyi çözümleyen mahkemeler de ilgili tüm değişkenleri nazara alacaklardır.

Aynı yorumu velayet altındaki çocuğun mu yoksa eski eşin mi ihtiyaçlarını daha öncelikli olarak karşılamalıyız sorusu için de yapmak gerekir. Velayet al-

⁶⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 165; Baygın ve Nar (n 2) 368.

tındaki çocuk ister ortak ister ayrı çocuk olsun ve kiminle kıyaslanırsa kıyaslan-sın, ergin olmayan çocuğun bakım ihtiyacının her durumda daha önemli ve ağır bastığını kabul edeceğiz. Dolayısıyla yeni eş gibi çocukların bakım ihtiyaçları da eski eşin yoksulluk nafakası talebinden önce gelecektir⁷⁰.

Burada özet olarak, hem mevcut eşin hem de ortak veya ayrı çocukların bakım ihtiyaçlarının yoksulluk nafakasından önce gelmesi düşüncesi de çeşitli etkenlerle izah edilebilir. Mevcut eşe tanınan öncelik, ailenin korunması ve kişinin öncelikle daha yakınında olan kimselerin bakımını üstlenmesi gerekmesi yönündeki yukarıdaki başlıklarda da izah edilen genel mantık kuralları ile uyuyacaktır. Çocukların öncelikli olması ise yine önceden de açıkladığımız üzere daha zayıf olanın daha öncelikli olarak korunması gerektiği düşünce ve kabulüne dayanacaktır.

B. Yardım Nafakası Karşısındaki Çatışmalar

1. Yardım Nafakası – Yardım Nafakası

Yardım nafakası üstsoy, altsoy ve kardeşler arasında karşılıklı olarak talep edilebilecek, kan hısımlığına bağlı bir nafakadır⁷¹. Bu kapsamdaki kişiler, yardım etmedikleri takdirde yoksulluğa düşecek olan hısımlarına yardımla mükelleftirler (bkz TMK m. 364 vd.)⁷².

Bir kimse somut olayda birden fazla hısımlarına nafaka ödemesine ilişkin taleple karşılaşabilir⁷³. Örneğin, kişinin hem yetişkin çocuğu hem de babası yardım ihtiyacı içinde olup, yardım nafakası talep edebilirler. Her ikisine de maddi yönden cevap verilebiliyorsa sorun yoktur⁷⁴. Ancak yalnızca birisi için yeterli ödeme gücü varsa, bu durumda bir tercih yapılmak durumunda kalınır⁷⁵.

Yukarıda incelediğimiz diğer çatışma durumlarından farklı olarak burada, yani yardım nafakasinda, öncelik sıralamasını belirleyebilmek için kanun koyucu tarafından bizzat kaleme alınan bir dayanak hüküm bulunduğunu görmekteyiz. İlgili hüküm TMK m. 365/1’de yer almaktadır. Söz konusu hükme göre nafaka davası, mirasçılıktaki sıra göz önünde tutularak açılacaktır.

Esasen bu hüküm, yardım nafakası yükümlülerinden hangisine başvurmamız gerektiğini düzenleyen bir hükümdür. Ancak temel düzenleme mantığından yola çıkıldığında, yükümlünün önce kime nafaka ödemesi gerektiğini tespit etmeye

⁷⁰ Baygın ve Nar (n 2) 368.

⁷¹ Bkz TMK m 364 vd.

⁷² Baygın ve Nar (n 2) 573.

⁷³ Demirsatan (n 48) 87.

⁷⁴ Demirsatan (n 48) 88.

⁷⁵ Uygulamada, nafaka için önce dava açarak hüküm elde eden kimsenin, diğer kimselerin daha sonradan açtıkları davalardaki nafaka taleplerine engel olduğu (zira nafaka yükümlüsünün ödeme gücünün kalmadığı) ifade edilmekte; bu durumda nafaka yükümlüsünün nafakanın uyarlanması için dava açma imkanının ise baki olduğuna işaret edilmektedir, bkz Demirsatan (n 48) 88.



de yardımcı olabilecek niteliktedir. Esasen böyle bir hüküm olmamış olsaydı da aynı mantıkla hareket etmemiz makul olacaktı.

Buna göre örneğin, kişinin babası ve torunu yardım nafakası ödenmesi için yükümlüye aynı anda başvurduğunda, şartları da oluşmuş olmak kaydıyla, öncelikle torunun nafaka ihtiyacı karşılanmak durumundadır. Kişinin yardım nafakası ödeme gücünden bir şey kalmışsa, bu kalan kısım babanın ihtiyacı için kullanılabilir.

Bu sıralamayı yaparken, nafaka talep edenlerin kendi özel konumları da dikkate alınır. Örneğin, nafaka isteyen torun daha öncelikli sırada olsa da torunun evli olması ve eşinin ona bakabilecek durumda olması halinde, eşinin bakım yükümlülüğüne başvurması gerektiği açıktır⁷⁶. Nafaka talep eden baba ise olayda başkaca bir veri yoksa, yardım nafakasını talep etmeye ilk sırada hak kazanacaktır.

Nafaka alacaklılarının aynı sırada olmaları durumunda ise aralarında ayırım yapmak mümkün olmaz. Örneğin, 2 çocuğun ikisinin veya ana-babanın her ikisinin yardım nafakası talep etmesi hali böyledir. Alacaklıların ailevi bağlardan kaynaklanan başkaca bakım hakları yoksa, yardım nafakası alacağına eşit şekilde bölünmek suretiyle hak sahibi olacaklardır⁷⁷.

2. Yardım Nafakası – Yoksulluk Nafakası

Önemli meselelerden biri de yardım nafakası ile yoksulluk nafakasının çatışması halidir. Burada kişi, boşandığı eşinin geçimi için kendisine ödeme yapılması gerektiğine ilişkin talebi ile çocuğu, ana-babası, kardeşi gibi yakın kan hısımlarının yardım talebi arasında konumlanmaktadır. Yine tüm çatışmalarda olduğu gibi burada da eğer ödeme gücü yeterli ise her iki nafaka türü alacaklısının talebinin de karşılanması gerektiğini ekleyebiliriz.

Nafaka yükümlüsünün ödeme gücünün hem yoksulluk hem de yardım nafakası için yeterli olmadığı durumlarda, bunlardan birisine öncelik tanınması gerekecektir. Uygulamada bazı somut olaylarda yoksulluk nafakası alacağının yardım nafakasından öncelikli olduğu belirtilebilmektedir⁷⁸. Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız.

Şöyle ki bir kişinin, arasında çoğunlukla kan veya kayın hısımlığı bulunmayan ve artık eş olma sıfatıyla da bağlı olmadığı üçüncü bir kişiyle, kendisine son derece yakın ve kan bağıyla da bağlı olan ana-babası, çocuğu, kardeşi gibi hısımları arasında yapacağı seçimde eski eşine öncelik vermesi mantık kuralları bir kenara, kişinin öz benliği ile bağdaşmayacaktır. Bu gibi bir durumun kabulü,

⁷⁶ TMK m 364/3'e göre, eş ile ana ve babanın bakım borçlarına ilişkin hükümler saklıdır.

⁷⁷ Veya birinin destek ihtiyacı daha az ise ona daha az yardım nafakası tahsis edilebilir.

⁷⁸ Örneğin, İsviçre'de Federal mahkeme tarafından, eski eşe karşı bakım yükümlülüğünün ergin olan çocukların bakım ihtiyaçlarının karşısında devam ettiğine hükmedildiğine işaret edilebilmektedir, bkz Gmünder, 'ZGB 276a' (n 60) 629.

kişiyi maddi olarak etkilediğinden daha fazla, manevi olarak etkiler. Zira örneğin, kişiyi doğurup büyüten ve onu karşılıksız olarak sevmesi beklenen annesi ihtiyaç içerisindeyken, artık aralarında hiçbir sosyal bağ olmayan üçüncü bir kimsenin bakımının üstlenilmesi kabul edilebilir bir durum değildir. Keza kişinin, babası, kardeşi, yetişkin öz çocukları dururken, elindeki kısıtlı maddi gücü boşandığı eşine vermesi, mantık, hakkaniyet, ahlak gibi düşüncelerle de açıklanamaz. Hatta tam tersine bu ilkeleri ihlal eden bir durum oluşturur. O halde, yardım nafakası yükümlülüğünün yoksulluk nafakasından öncelikli olması gerektiğini belirtmeliyiz.

Ayrıca, yardım nafakasının sosyal, ailevi ve ahlaki baskınlığı Yargıtay tarafından da vurgulanmaktadır. Öyle ki, söz konusu hısımlar arasındaki ailevi yakınlığın azalmış olmasının da yardım nafakasının ödenmesine bir engel oluşturmadığına hükmedilmektedir⁷⁹.

Diğer taraftan aynı örneklerde, yardım nafakası talep eden kişi yoksulluk nafakası ödeyen kimse dışındaki hısımlarının yardımına başvurabiliyorsa, bu durumda hem boşanılan eş yoksulluk nafakası alabilir hem de yardım nafakası ihtiyacı olan hısım bu ihtiyacını diğer hısımlardan karşılayabilir. Bu ihtimalde sorun her iki alacaklının tatmin edilmesi ile sonuçlanmış olacak ve denge sağlanacaktır.

Dikkat edilmesi gereken özel durum ise yardım nafakasının (kanaatimize göre) öncelikli olması sebebiyle, kişinin gerçek olmayan bir yardım nafakası ihtiyacını karşılamak için muvazaalı olarak bir hısımlarına maddi yardımda bulunması ve bu şekilde yoksulluk nafakası ödeme yükümlülüğünden kurtulmak istemesidir. Elbette bu kötü niyet korunamaz. Bu sebeple yardım nafakası ödenmesi talep edildiğinde bunun gerçek bir ihtiyaçtan kaynaklanıp kaynaklanmadığı tespit edilmelidir. Gerçek dışı ihtiyaçlar ve gereksiz yardım ödemeleri karşısında gerçek bir yoksulluk nafakası ihtiyacına öncelik tanınması gerektiği açıktır.

Son olarak şunu da ekleyebiliriz ki, yoksulluk nafakası talep eden kişinin bunun yerine yardım nafakasına başvurması zorunluluğu yoktur. Yani kişinin maddi durumu müsait olan kan hısımları bulursa bile boşandığı eşinin yoksulluk nafakası ödemesinin öncelikli olduğu kabul edilmektedir⁸⁰.

3. Yardım Nafakası – İştirak Nafakası

Yardım nafakası ile iştirak nafakası arasında da bir çatışma olabilmesi mümkündür. Bu gibi bir durumda, kişinin yukarıda belirtilen hısımlarından birine

⁷⁹ “...Yardım nafakası, aile bireylerini yoksulluk ve düşkünlükten kurtarmaya ilişkin bir nevi sosyal yardımlaşma olup, ahlâk kuralları ile geleneklerin zorunlu kıldığı bir ödevdir. Aile bağlarının herhangi bir nedenle zayıflamış olması yükümlülüğü ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle kanun koyucu, yardım nafakasını kişinin ve toplumun vicdanına bırakmamış, kanuni bir ödev olarak düzenlemiştir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 13.03.2015 tarih, 2013/3-1627 E., 2015/1020 K. sayılı kararı)...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2017/995, K 2018/514, 21.03.2018 (YKA).

⁸⁰ Öztan (n 2) 1208; Erdem ve Makaracı Başak (n 5) 206; Ceylan, Yardım (n 49) 42; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 165.



yardım etmesi ve aynı zamanda velayeti kendisinde olmayan küçük çocuğu lehine de ödeme yapması istenmektedir. Yani alacaklılardan en az birisi ergin olmayan çocuktur⁸¹.

Çalışmamızda istikrarlı bir şekilde işaret ettiğimiz üzere, çocuk ve özellikle ergin olmayan bir çocuğun bulunduğu örneklerde, çocuğun ihtiyaçlarının karşılanması önceliklidir. Eldeki sınırlı kaynakların öncelikle onlar için sarf edilmesi gerekir. Dolayısıyla bir küçük çocuk ve bir yetişkin arasındaki sıralama küçük çocuk lehine olacaktır. Zira buradaki korunmaya daha fazla muhtaç ve savunmasız kişinin küçük çocuk olduğu kabulü genel mantık kurallarının da bir sonucudur.

Keza her iki tarafta birer çocuk olan durumlarda da aynı mantık ile hareket edilebilir. Örneğin, bir tarafta ergin olan ve yardım nafakası talep eden çocuk, diğer tarafta ise velayeti yükümlüde bulunmayan küçük bir çocuk varsa, öncelik küçük çocuğun iştirak nafakasının ödenmesi olacaktır.

Burada özetle, kişinin hem fiziksel hem de hukuki olarak daha yakınında olan kimselerle olan maddi ve manevi bağın daha sıkı olması gerektiği kabul edilmelidir. O halde hısımlık yönünden kişiye daha yakın olan kimselerin diğer hısımlara nazaran daha öncelikli olduğu sonucu açık olmalıdır. Hısımlık derecesi yönünden yakınlıkları aynı olan iki kişi (örneğin bir küçük ve bir ergin çocuk) arasında ise korumaya daha muhtaç olan, yani zayıf durumdaki tercih edilmelidir. Her durumda bakım ve iştirak nafakası yükümlülükleri yardım nafakasından önce gelecektir. Buradaki sıralama yapılırken aynı doğrultuda hareket edilerek, yükümlünün ödeme gücünün hâkim tarafından tartışacağı ve buna göre karar verileceği de aşiktir⁸².

C. Yoksulluk Nafakası Karşısındaki Çatışmalar

1. Yoksulluk Nafakası – Yoksulluk Nafakası

Sıkça karşılaşılan bir durum olmamakla birlikte meydana gelebilecek bir diğer çatışma durumu da birden fazla yoksulluk nafakasının birbiri ile çatışmasıdır.

Öncelikle yoksulluk nafakasının sona ermesi sınırlı sayıdaki sebepten birine dayanabilir⁸³. TMK m. 176/4'e göre bunlar alacaklı tarafın yeniden evlenmesi, taraflardan birinin ölümü, alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş

⁸¹ Kavramlar (iştirak-yardım) arasındaki ele alınış için ayr bkz “...Yardım nafakası ise, çocuk ergin olduğu hâlde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlü olmasından kaynaklanmaktadır. Ergin çocuğa yardım nafakası, boşanma veya ayrılık davası açılınca davanın devamı süresince eş ve çocuklara ilişkin alınması gereken geçici önlemler dışında bağımsız olarak alınabilecek olan genel önlemler arasındadır. Ergin olmayan çocuğa ödenen iştirak nafakası, istem hâlinde çocuk ergin olduktan sonra yardım nafakasına dönülmektedir...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2022/657, K 2023/672, 21.06.2023 (YKA).

⁸² Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 416.

⁸³ Bkz Demir (n 6) 97 vd.

gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi şeklindedir. Görüldüğü üzere nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi nafakanın sona ermesi sebeplerindense de nafaka yükümlüsünün yeniden evlenmesi yoksulluk nafakasını sona erdirmeyecektir. Bu durumda kanun koyucuya göre yükümlü, hem mevcut evliliğindeki bakım yükümlülüklerini yerine getirmeli hem de boşandığı eşinin bakımını sağlamalıdır⁸⁴. Özetle bir yükümlü yeniden evlenmiş olsa da yoksulluk nafakası ödemeye devam eder.

Eski eşine yoksulluk nafakası ödemekte olan kişi, yeniden evlenip boşandığında, boşandığı ikinci eşinin de yoksulluk nafakası talebini karşılamalıdır. Kişinin nafaka ödeme gücü yettiği müddetçe, yoksulluk nafakası ödediği kişi sayısında bir sınırlama yoktur. Her biri karşısında ayrı ayrı ve tam olarak yükümlü olacaktır.

Kişinin yoksulluk nafakası ödeme gücünün boşanılan eşlerden yalnızca birinin maddi ihtiyaçlarını karşılamaya yettiği durumlarda ise yoksulluk nafakası talepleri arasında bir çatışma oluşur. Kanun koyucu bu gibi bir durumu da özel olarak düzenlemediğinden, somut olayın şartları da incelenerek bir neticeye varılmalıdır.

Öncelikle talep edilen yoksulluk nafakaları arasında kanun tarafından düzenlenmiş bir üstünlük olmadığı açıktır. Bu durumda kanaatimizce, somut olayda başkaca da bir veri yoksa, halen devam etmekte olan nafaka alacağının konumunun öncelikli olduğunu kabul etmek uygun olur. Zira aksi durumda kişi, birden fazla evlilik yapmak suretiyle, yeni evlendiği ve muvazaalı şekilde boşandığı eşinin nafaka almasını sağlayarak, bir önceki eşinin aldığı yoksulluk nafakasının sona erdirilmesini sağlayabilir. Bunun önüne geçmek için devam etmekte olan eski yoksulluk nafakasının devamına karar verilmesi ve ikinci boşanmadaki eşin yoksulluk nafakası talebine ise ödeme gücünün yetersizliği sebebiyle olumsuz cevap verilmesi daha makuldür.

Öte yandan, ikinci ve takip eden evliliklerin sona ermesinden sonra yoksulluk nafakası taleplerini inceleyen hâkim, güncel durumları kendi içerisinde değerlendirecek, sona eren ihtiyaçlar veya kötüye kullanılan eski bir nafaka talebi varsa, eskisini kaldırmak suretiyle yeni nafaka taleplisinin ihtiyaç ve alacağına da üstünlük tanıyabilir. Örneğin, eski nafaka alacaklısının ana-babası tarafından bakılmakta olması, buna karşılık son boşanılan eşin ise yardım nafakası dahi talep edemeyecek bir durumda olması halinde gerçek ihtiyacın kimde olduğuna bakılarak onun ihtiyacını karşılayacak bir hüküm de tesis edilebilir. Özetle, somut olayın değişkenlerine bakılmak şarttır.

2. Yoksulluk Nafakası – İştirak Nafakası

Yoksulluk nafakası ile iştirak nafakası aynı anda bir arada veya farklı zamanlarda ayrı ayrı talep edildiğinde, boşanılan eşin yoksulluktan korunması ihtiyacı

⁸⁴ Bu durumun eleştirisi ve çözüm önerileri için bkz Semih Yünlü, ‘Yeniden Evlenmenin Yoksulluk Nafakasına Etkisi’ iç Meliha Sermin Paksoy (ed), *Türk Medeni Hukukunda Güncel Tartışmalar Sempozyumu II - Bildiri Özetleri* - 28 Mayıs 2020 (On İki Levha 2020) 7 vd.



ile velayetin kendisinde olmadığı öz çocuğun bakım ihtiyacı çatışacaktır. Daha doğrusu çatışma, yükümlünün maddi gücünün aynı anda her ikisini de karşılamaya yetmediği durumlarda ortaya çıkacaktır.

Yetişkin bir kimse ile ergin olmayan bir çocuğun maddi ihtiyaçlarının karşı karşıya geldiği buradaki gibi örneklerde, çalışmamızda hareket ettiğimiz düzlem üzerinde kalarak, iştirak nafakasının öncelikli olmasına karar verilmesi gerekir. O halde hem yoksulluk hem de iştirak nafakası talep edilip, yükümlünün maddi gücü her ikisini de tam olarak karşılamıyorsa, iştirak nafakası talebi tam olarak kabul edilmeli; kalan varsa yoksulluk nafakasına tahsis edilmelidir. Nitekim yoksulluk nafakası yükümlüsünün ödeme gücü tespit edilirken, yeni eşi ve çocukları gibi kimselerin ihtiyaçlarının da göz önüne alınması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁵. Yoksulluk nafakası için hiçbir kaynak kalmamışsa, retten başka bir seçenek yoktur. Bu kişi kendi hısımlarının yardım nafakası yükümlülüklerine başvurmalıdır.

Devam eden bir yoksulluk nafakası varken, sonradan bir iştirak nafakası talep edildiği durumlarda da aynı şekilde hareket edilmesi gerekir. İştirak nafakasının öncelikli olduğunu kabul ettiğimizden dolayı, yükümlünün ödeme gücündeki bu ödemedir kaynaklanan azalma veya sona erme, yoksulluk nafakasının akıbetinde rol oynamalıdır. Bu durum elbette kişinin yoksulluk nafakası ödeyemeyeceği anlamına gelmektedir. Ancak kişinin ödeme gücünün yetersiz olması bir nafakanın kaldırılması için gerekçe olsa da kendiliğinden düşme, sona erme sebebi değildir. Dolayısıyla yoksulluk nafakasının (yeni ortaya çıkan ve öncelikli olan yükümlülükler sebebiyle) ifası talebinin yükümlü üzerinde uygun olmayan bir yük oluşturduğu anlaşıyorsa, bu durumda yoksulluk nafakasının kaldırılması için TMK m. 176/4'e dayanarak dava açılması gerekir. Aksi durumda her iki nafaka yükümlülüğü de devam eder.

D. İştirak Nafakası Karşısındaki Çatışmalar

1. İştirak Nafakası – İştirak Nafakası

Velayetin kendisine bırakılmadığı tarafça ergin olmayan çocuğun bakımı için ödenen iştirak nafakası, birden fazla kişi lehine talep edilebilir. Yükümlü maddi imkanları yeterli olduğu müddetçe bunların tümüne cevap verebilmek mecburiyetindedir⁸⁶.

Ergin olmayan çocuklara verilecek olan bu iştirak nafakası yükümlülüklerinde bir öncelik sıralaması yapmak uygun olmayacaktır. Hepsi eşit konumda olan bu kimselerin nafaka alacağını pay edilmiş şekilde almaları gerekir. Ancak çocukların alacaklı olarak aynı sırada yer almaları, her birinin eşit miktarda nafaka alacakları anlamına gelmez. Yaş, eğitim, hastalık veya özel ihtiyaçlar sebebiyle bir çocuğun temel ihtiyaçları daha fazla olabilir. Yükümlü, eğer ödeme gücü varsa

⁸⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 165.

⁸⁶ İştirak nafakası hesaplamaları hususuna ilişkin genel olarak bkz Doğanç (n 32) 703 vd.

her birini ifa etmelidir. Ancak çocukların ihtiyaçlarının aynı ya da farklı olduğu ve özellikle yükümlünün maddi gücünün tüm iştirak nafakası alacaklarını ifaya yeterli gelmediği durumlarda ödeme gücünün paylaşılması gerektiği açıktır. Buradaki paylaşımın yapılması için mutlak ve nisbi olarak ifade edebileceğimiz iki yöntem⁸⁷ akla gelmektedir⁸⁸.

Mutlak (eşit) paylaşım olarak isimlendirdiğimiz yönteme göre örneğin, yükümlünün kendi temel ihtiyaçları dışında nafaka için ayırabileceği 6 birim parası vardır. Yaş ve eğitimleri sebebiyle çocuklardan birinin ihtiyacı 5 birim, diğerinin ihtiyacı ise 10 birimdir. Eşitliğin sağlanması ve birinin fazla ihtiyacının diğerinin daha az alacak elde etmesine sebep olamaması için mutlak eşit paylaşım yapılabilir. Buna göre her ikisi de 3'er birim para alacak ve geri kalan 2 ve 7 birimlik ihtiyaçlar diğer bakım yükümlüsü tarafından veya yardım nafakası ile ya da devlet desteğine müracaat edilerek karşılanmaya çalışılacaktır. Nitekim yargı uygulamalarının bir kısmında da eşit nafakaya hükmedildiğinin altı çizilebilmektedir⁸⁹.

Nisbi paylaşım olarak isimlendirdiğimiz paylaşım yönteminde ise yine 6 birim ödeme gücü ile 5 ve 10 birimlik nafaka ihtiyaçları olduğunu kabul edelim. Burada ise $5/15 \times 6 = 2$ ve $10/15 \times 6 = 4$ hesaplaması ile ilki 2 ve diğeri ise 4 birim iştirak nafakası elde edecektir. hâkim somut olayda hakkaniyet dengesini sağlayacak en uygun yöntemi tespit ederek uygulamalıdır.

Ayrıca, devam eden süreçte nafaka alacaklılarının ihtiyaçlarının artması ve azalması söz konusu olacağından, paylaşımın revize edilmesi esnasında nafaka alacaklılarının birbirlerine ödenecek payı zincirleme şekilde etkileyeceklerini de belirtmeliyiz.

ÇATIŞMALARININ GENEL DEĞERLENDİRMESİ VE SONUÇ

Sosyal adalete, dayanışmaya, aile ve akrabalık ilişkilerine dayanan nafaka ve bakım yükümlülükleri kanunda en sade halleri ile düzenlenmiştir. Bir yoksulluk veya yardım nafakası talep edildiğinde nasıl hareket edilmesi gerektiği görece açıktır. Ancak ödeme taleplerinin sayı ve sebepçe çeşitlilik gösterdiği durumlarda nasıl hareket edileceği düzenlenmemiştir. Bu gibi meselelerin çözümü yargı ve doktrine düşmektedir.

Öncelikle, aynı kişiden birden fazla nafaka talep edilebilmesine bir engel yoktur. Bu kişi, ödeme gücü elverdiği müddetçe tüm taleplere cevap vermek durumundadır. Tüm talepler karşılandığından burada bir çatışmadan da bahsedile-

⁸⁷ Söz konusu yöntemler uygulamadan alınmamış olup, teorik bir kapsamda tarafımızca önerilmektedir.

⁸⁸ Dikkat edilmelidir ki, buradaki hesaplama bir yükümlünün vermesi gereken iştirak nafakası miktarının hesaplanması değildir. Verebileceği azami iştirak nafakası hesaplandıktan sonra bunun birden fazla ihtiyaç sahibine nasıl pay edileceğinin hesaplanmasıdır.

⁸⁹ Bkz Doğancı (n 32) 806 ve dn 389.



mez. Ancak yükümlünün ödeme gücünün bir veya birden fazla talebi karşılamaya yetmeyeceği durumlarda çatışma durumu ortaya çıkar.

Çatışma durumu çalışmamızda her bir ihtimalin kısaca ve ayrı ayrı incelenmesi ile ele alınmıştır. Buna göre ulaşılan en bariz sonuçlardan biri özellikle ergin olmayan çocukların bakım ve nafaka alacaklarının diğer kimselerin bakım ve nafaka alacaklarından öncelikli olduğudur. Zira bu kimselerin diğer kimselere nazaran korumaya daha muhtaç ve zayıf olduklarının kabul edilmesi, ergin olmayan çocukların öncelikli bir konumda değerlendirilmelerini gerektirmiştir.

Aynı sebep ve sıfatla ileri sürülen nafaka ve bakım talepleri arasında ise kural olarak bir sıralama yoktur. Yardım nafakası talep eden ana ve baba, iştirak nafakası talep eden iki çocuk eşit konumdadır. Dolayısıyla burada bir öncelik sıralaması yapmaya da gerek kalmaz.

Bu genel hususlar dışında, yaptığımız incelemeler neticesinde elde ettiğimiz kanaatler doğrultusunda, özet olarak ve kolay anlaşılabilmesi için tablo/maddeler halinde şu şekilde bir sıralama yapılabilir⁹⁰.

Bakım Yükümlülüğü – Bakım Yükümlülüğü çatışmasında, (1.) sırada çocukların bakım alacağı, (2.) sırada ise eşin bakım alacağı yer almalıdır.

Bakım Yükümlülüğü – Yardım Nafakası çatışmasındaki sıralama ise (1.) sırada küçük çocukların bakım alacağı, (2.) sırada eşin bakım alacağı, (3.) sırada ergin çocukların yardım nafakası alacağı, (4.) sırada diğer hısımların yardım nafakası alacakları şeklinde olmalıdır.

Bakım Yükümlülüğü – İştirak Nafakası çatışmasında, (1.) sırada küçük çocukların bakım alacağı ve yine (1.) sırada küçük çocukların iştirak nafakası alacağı sıralaması yapılmalıdır. Yani burada sıra yönünden eşitlik olduğu görülür. Ardından ise (2.) sırada eşin bakım alacağı gelecektir.

Bakım Yükümlülüğü – Yoksulluk Nafakası çatışmasında ise (1.) sırada küçük çocukların bakım alacakları, (2.) sırada mevcut eşin bakım alacağı, (3.) sırada eski eşin yoksulluk nafakası alacağı gelmelidir.

Yardım Nafakası – Yardım Nafakası çatışmasında (Kanuna göre), (1.) sırada çocuklar, torunlar, diğer altsoy..., (2.) sırada ana-babalar, (3.) sırada kardeşler, (4.) sırada büyük ana-babalar, diğer üstsoy... şeklinde bir sıralama takip edilmelidir.

Yardım Nafakası – Yoksulluk Nafakası çatışmasında ise (1.) sırada tüm yardım nafakası alacaklıları sırayla, (2.) sırada eski eşin yoksulluk nafakası alacağı gelmelidir.

Yardım Nafakası – İştirak Nafakası çatışmasında, (1.) sırada küçük çocuğun iştirak nafakası alacağı, (2.) sırada tüm yardım nafakası alacaklıları sırayla değerlendirilecektir.

⁹⁰ Yapılan sıralamaların hukuki, ahlaki, mantıksal ve sosyal gerekçelendirmeleri için yukarıda izah edilen hususları inceleyiniz.

Yoksulluk Nafakası – Yoksulluk Nafakası çatışmasında, (1.) sırada halen devam eden eski yoksulluk nafakası alacağı, (2.) sırada ise talep edilen yeni yoksulluk nafakası alacağının bulunması uygun olacaktır.

Yoksulluk Nafakası – İştirak Nafakası çatışmasında, (1.) sırada küçük çocuğun iştirak nafakası alacağı, (2.) sırada boşanılan eşin yoksulluk nafakası alacağı gelmelidir.

İştirak Nafakası – İştirak Nafakası çatışmasına gelindiğinde ise her ikisi de (1.) sırada olacak şekilde değerlendirme yapmak uygun olacaktır.

Öncelik sıralaması sebebiyle bakım veya nafaka yükümlülüğü karşılanamayan kimseler ise sırasıyla, yardım nafakası yükümlüsü kişilerin yükümlülüğüne müracaat etmeleri, bu da yeterli gelmediğinde sosyal devletin destek, bakım ve koruma gibi yükümlülüklerini talep etmeleri gerekir.

KAYNAKÇA

- Acar F, *Aile Hukuku – Fasikül I – İlkeler ve Nişanlanma* (Vedat 2025).
- Aeschlimann S und Schweighauser J, ‘ZGB 276’ in Roland Fankhauser (ed), *Scheidung – Band I: ZGB und Band II: Anhänge – FamKomm* (4. Auflage, Stämpfli 2022) (ZGB 276).
- Akbulut MB, *Türk Medeni Kanunu Kapsamında Yoksulluk Nafakası* (Seçkin 2022).
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku – İkinci Cilt – Aile Hukuku* (25. Bası, Beta 2024).
- Arndt C, ‘ZGB 125’ in Ruth Arnet, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (eds), *Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB - Partnerschaftsgesetz CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. Auflage, Schulthess 2023) (ZGB 125).
- Arpacı Ö, ‘İsviçre Federal Mahkemesi’nin Evlilik Sonrası Nafakaya İlişkin Kararlarında Güncel Gelişmeler’ (2013) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 629-679.
- Ateş D, ‘İsviçre Hukukundaki Gelişmeler Işığında Ana Babanın Ergin Çocuğun Bakım Ve Eğitim Giderlerini Karşılama Yükümlülüğü’ (2021) (47) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 179-214.
- Baygın C ve Nar A, *Medeni Hukuk Dersleri II – Aile Hukuku* (Yetkin 2025).
- Birinci Uzun T, ‘Eğitimine Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak Nitelendirilmesi’ (2018) 20(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-125.
- Bräm V, ‘ZGB 173’ in Verena Bräm (ed), *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familien-*



recht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90 251 ZGB) - ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. II/1c (3. Auflage, Schulthess 1988) (ZGB 173).

Breitschmid P, ‘ZGB 329’ in Ruth Arnet, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (eds), *Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz – CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. Auflage, Schulthess 2023) (ZGB 329).

Brianza R, ‘ZGB 125’ in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (eds), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)* (4. Auflage, Orell Füssli 2021) (ZGB 125).

Büchler A und Raveane Z, ‘ZGB 125’ in Roland Fankhauser (ed), *Scheidung – Band I: ZGB und Band II: Anhänge – FamKomm* (4. Auflage, Stämpfli 2022) (ZGB 125).

Ceylan E, ‘Geçmişten Bugüne Yargıtay Kararlarında Yoksulluk Nafakası Talebinde Etkili Olan Unsurları Değerlendirme’ (2018) 92(5) İstanbul Barosu Dergisi 15-32. (Yoksulluk)

Ceylan E, ‘İştirak Nafakasının Belirlenmesiyle İlgili Seçilmiş Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2017) 133 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 299-324. (İştirak)

Ceylan E, ‘Türk Hukukunda Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakasının Belirlenmesinde Etkili Olan Unsurları Değerlendirme (2018) (271-272-273) Yargı Dünyası Dergisi 33-46. (Yardım)

Çakırca Sİ, ‘Kardeşler Arasında Nafaka Yükümlülüğü’ (2015) 64(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65-101.

Demir M, *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası* (Seçkin 2018).

Demirbaş A, ‘Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası’ (2018) 5(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219-235.

Demirsatan B, ‘Yoksulluğa Karşı Bir Tedbir Olarak Yardım Nafakası (MK m. 364-366)’ iç Adem Sözüer (ed), *6. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, 30 Eylül - 6 Ekim 2016* (On İki Levha 2016) 69-99.

Dirik M, ‘İslâm Aile Hukukunda Kocanın Nafaka Mükellefiyetini Düşüren Haller’ (2015) (25) İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 135-159.

Doğancı DE, ‘İştirak Nafakası Hesaplama Metotları: Türk ve İsviçre Hukuku Karşılaştırmalı Bir İnceleme ve Bazı Öneriler’ (2023) 13(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 701-817.

Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku – Cilt III – Aile Hukuku* (20. Bası, Filiz 2025).

Erbay C, ‘Nafaka’ (2006) Cilt 32 Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi 282-285.

Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (2. Bası, Seçkin 2024).

Fankhauser R, ‘ZGB 328’ in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (eds), *ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch - OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)* (4. Auflage, Orell Füssli 2021) (ZGB 328).

Gayretli Aydın S, ‘Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları’ iç Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr), *Medeni Hukuk II – Aile Hukuku* (2. Bası, Adalet 2024) 171-207.

Gmünder E, ‘ZGB 276 - ZGB 276a - ZGB 277’ in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (eds), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)* (4. Auflage, Orell Füssli 2021) (ZGB 276, 276a, 277).

Hartmann S, ‘ZGB 276a - ZGB 277’ in Ruth Arnet, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (eds), *Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB - Partnerschaftsgesetz, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. Auflage, Schulthess 2023) (ZGB 276a, ZGB 277).

Hatemi H, *Aile Hukuku* (9. Bası, On İki Levha 2021).

Hausheer H, Reusser R und Geiser T, ‘ZGB 159 - ZGB 163’ in Heinz Hausheer (ed), *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht – BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/1/2* (2. Auflage, Stämpfli 1999) (ZGB 159, ZGB 163).

Helvacı S ve Erlüle F, *Medeni Hukuk* (10. Baskı, Legal 2024).

Kalender A, ‘Evliliğin Genel Hükümleri’ iç Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr), *Medeni Hukuk II – Aile Hukuku* (2. Bası, Adalet 2024) 208-244.

Karacan Çetin H, ‘Aile Topluluğu’ iç Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr), *Medeni Hukuk II – Aile Hukuku* (2. Bası, Adalet 2024) 417-454.

Karakaya H, ‘İslam Hukukunda Eşlerin Mali Mükellefiyetleri’ (2023) 1(2) Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43-69.

Kaymak FB ve Ayten E, ‘İslâm Aile Hukukunda Hısımlık İlişkisi Bakımından Ebeveyn Nafakası’ (2020) 5(10) Kalemname 444-471.

Kılıçoğlu AM, *Aile Hukuku* (4. Bası, Turhan 2019).



Kurt E, 'Boşanma Davasında Hâkimin Alacağı Geçici Önlemler (MK m. 169)' (2013) (1) Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97-109.

Mıdık SF, *Türk Hukukunda Genel Olarak Nafaka Türleri ve Özellikle Yoksulluk Nafakası ile Nafakanın Süresiz Olması Sorunu* (Adalet 2024).

Özdemir H, 'Velâyet' iç Şebnem Akipek Öcal ve Hayrunnisa Özdemir (edr), *Aile Hukuku* (Seçkin 2024) 469-516.

Özdemir H, 'Yargıtay Kararları Işığında Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakası' (2014) 9(14) Terazi Hukuk Dergisi 65-78.

Özlük B, 'Modern Nafaka Düzenlemeleri ve Türk Hukukunda Revizyon Gereği' (2018) 13(146) Terazi Hukuk Dergisi 40-47.

Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan 2015).

Özyakışır Ö, 'Aile Hukukuna Giriş ve Nişanlanma' iç Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr), *Medeni Hukuk II – Aile Hukuku* (2. Bası, Adalet 2024) 32-70.

Peker B, *Tedbir Nafakası* (Seçkin 2022).

Pekmez C, 'Tedbir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi' (2021) 7(1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141-160.

Reyhani Yüksel S, *Yargıtay Kararları İle Zenginleştirilmiş Aile Hukuku Meseleleri* (Aristo 2023).

Ruhi C ve Ruhi AC, *Nafaka Hukuku* (4. Bası, Seçkin 2021).

Schlumpf M, Fraefel C, 'ZGB 159 - ZGB 163' in Ruth Arnet, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (eds), *Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz – CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. Auflage, Schulthess 2023) (ZGB 159, ZGB 163).

Schmid U, 'ZGB 159 - ZGB 173' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (eds), *ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch – OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)* (4. Auflage, Orell Füssli 2021) (ZGB 159, ZGB 173).

Tuğer S, 'Muavenet Nafakası' (1955) 5(7) Adalet Dergisi 684-689.

Tutar E, *Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Yoksulluk Nafakası* (Seçkin 2025).

Türkmen A, 'Eğitim Nafakası (TMK m. 328/II)' (2013) 8(Özel) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 2707-2764.

Tüzüner Ö, 'Korunmaya Muhtaç Yaşlılara Bakan Kurumlar Ve Nafaka Yükümlüsü Hısımlar' (2014) 9(113-114) Bahçeşehir Hukuk Dergisi 79-107.

Yazıcı B, *İcra ve İflas Hukukunda Nafaka Alacağı* (Adalet 2022).

Yılmaz S ve Yıldırım A, ‘Medeni Hukuk – I’ iç İbrahim Ermenek (ed), *Temel Hukuk Dizisi* (4. Bası, Seçkin 2023).

Yünlü S, ‘Soybağının Hükümleri: Genel Hükümler ve Velayet’ iç Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr), *Medeni Hukuk II – Aile Hukuku* (2. Bası, Adalet 2024) 378-416 (Soybağı).

Yünlü S, ‘Yeniden Evlenmenin Yoksulluk Nafakasına Etkisi’ iç Meliha Sermin Paksoy (ed), *Türk Medeni Hukukunda Güncel Tartışmalar Sempozyumu II - Bildiri Özetleri* - 28 Mayıs 2020 (On İki Levha 2020) 7-9 (Nafaka).

Zevkliler A, Cumalıoğlu E ve Acabey MB, *Medeni Hukuk - III – Aile Hukuku* (Adalet 2024).

DİJİTAL BOŞANMA BAĞLAMINDA HOLLANDA'DA GELİŞTİRİLEN ÇEVİRİM İÇİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM ARAÇLARI (Rechtwijzer uit elkaar ve Uitelkaar.nl) ve TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Online Dispute Resolution Tools Developed in the Netherlands
in the Context of Digital Divorce (Rechtwijzer uit elkaar and Uitelkaar.nl)
and Their Assessment under Turkish Law*

Gamze TURAN BAŞARA*

Özet

Geleneksel boşanma prosedürleri, teknolojik gelişmelerle birlikte değişime uğramaya başlamıştır. Bu kapsamda çeşitli ülke hukuklarında çevrim içi boşanma uyuşmazlığı çözüm araçları geliştirilmiş ve uygulamaya konulmuştur. Dijital boşanmaya yönelik özellikle Hollanda'da önemli gelişmeler yaşanmaktadır. Bu çalışma, dijital boşanma bağlamında uyuşmazlık çözüm aracı olarak Hollanda'da geliştirilen *Rechtwijzer uit elkaar* ile halefi *Uitelkaar.nl* örneklerinin incelenmesini konu almaktadır. Mevcut çevrim içi boşanma platformlarının yalnızca düşük çatışmalı boşanmalarla sınırlı kaldığını, yüksek çatışmalı boşanmalar için ise dava yönetim sistemlerine dönüştürülerek farklı disiplinlerden uzmanların sürece katılımını kolaylaştıracak şekilde yeniden yapılandırılmaları gerektiği değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, tarafların hak ve menfaatlerini koruyacak, süreçleri daha etkin ve erişilebilir kılabilecek yenilikçi çözümler geliştirmek amacıyla çok sayıda pilot uygulama yapılmasına ihtiyaç vardır. Hollanda'da uygulanan çevrim içi boşanma platformları Türk hukuku bakımından değerlendirildiğinde, mevcut yasal düzenlemeler kapsamında Türk boşanma sisteminde dijital boşanmanın, mahkemesiz boşanma biçiminde gerçekleşmesinin mümkün olmadığı, ancak usul ekonomisi sağlamak ve uyuşmazlık çözümünü destekleyerek boşanma sürecini hızlandırmak amacıyla çevrim içi boşanma araçlarının entegrasyonunun fayda sağlayacağı söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Dijital boşanma, çevrim içi uyuşmazlık çözüm araçları, yüksek çatışmalı boşanma, *Rechtwijzer uit elkaar*, *Uitelkaar.nl*

Abstract

Traditional divorce procedures have begun to undergo transformation in parallel with technological developments. In this context, several jurisdictions have introduced and implemented online divorce resolution tools. Significant progress has been made, particularly in the Netherlands, in the field of digital divorce. This article provides an analysis of the Dutch platforms *Rechtwijzer uit elkaar* and its successor *Uitelkaar.nl*, both of which were developed in the context of digital divorce. It is argued that existing online divorce platforms remain limited to low-conflict divorces,

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 05.09.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara/Türkiye, E-posta: gamzeturan@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-7729-6039>

and that for high-conflict cases they should be restructured into case management systems that facilitate the involvement of multidisciplinary experts. In this regard, further pilot projects are needed to develop innovative solutions that protect the rights and interests of the parties while making divorce proceedings more efficient and accessible. When evaluated from the perspective of Turkish law, it can be observed that, under the current legal framework, digital divorce cannot take place in the form of divorce without a court judgment. However, the integration of online divorce tools may prove beneficial in terms of procedural economy, supporting dispute resolution, and expediting divorce proceedings.

Keywords: Digital divorce, online dispute resolution tools, high-conflict divorce, *Rechtwijzer uit elkaar*, *Uitelkaar.nl*.

GİRİŞ

Dijitalleşmenin, hukuki uyuşmazlık çözüm yöntemlerini nasıl şekillendirdiği hususunda çok sayıda akademik çalışma bulunmaktadır. Buna karşılık, dijitalleşmenin boşanma ve ayrılık süreçlerine dâhil olan kişiler üzerindeki etkileri konusunda yapılan araştırmalar sınırlı kalmıştır. Bu çalışmada, özellikle düşük çatışma düzeyine sahip boşanmalarda, anlaşmaya varmak için yapıcı bir biçimde iletişim kurabilen taraflara yönelik¹ Hollanda'da geliştirilmiş olan “*Rechtwijzer uit elkaar*” adlı çevrim içi uyuşmazlık çözüm aracı ya da platformu incelemiştir. “*Rechtwijzer uit elkaar*” ifadesi Türkçeye “boşanma sürecinde olanlar için hukuki rehber ya da yol haritası” olarak çevrilebilir.

Düşük çatışmalı boşanma davaları için geliştirilen bu çevrim içi platformdan sonra yüksek çatışmalı boşanma davalarında dijital unsurların uyuşmazlık çözümüne katkı sağlayıp sağlayamayacağı konusunda tartışmalar başlamıştır. Bu bağlamda, yüksek çatışmalı boşanma ve ayrılık süreçlerinde dijitalleşmenin etkilerinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Boşanma ve ayrılık süreçleri, çoğunlukla uzun süren çekişmeli yargılamalar ve yoğun duygusal sarsıntılarla anılmaktadır. Ancak dijital çağda bu alan önemli bir dönüşüm geçirmektedir. Özellikle düşük çatışmalı boşanmalarda, teknolojik araçların, çevrim içi uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının ve boşanma platformlarının kullanıldığı ülke uygulamalarında süreç daha şeffaf ve hızlı hâle gelmiş; tarafların özgüveninin arttığı yönünde bulgular elde edilmiştir.² Aile hukukunda uyuşmazlık çözümüne ilişkin dijital gelişmeler, kişilerin sorunlarını adil ve zamanında çözebilmelerine imkân tanımayı hedeflediğinden teşvik edici nitelikte olduğu değerlendirilmektedir.

Bu çalışmada, düşük çatışmalı boşanma davaları için geliştirilen çevrim içi platformlar incelendikten sonra, bu platformların yüksek çatışmalı boşanma da-

¹ Bregje Dijksterhuis ve Tim Verheij, ‘The Added Value of The Dutch Online Divorce Resolution Tools Rechtwijzer uit elkaar and successor Uitelkaar.nl for High-Conflict Divorcees’ (2024) [4] FamPra.ch 963, 963.

² Esme A. Bickel, Maria A. J. van Dijk ve Ellen Giebels, *Online Legal Advice and Conflict Support: A Dutch Experience* (University of Twente 2015) 36.

valarında olası faydaları ele alınacaktır. Bu kapsamda, Rechtwijzer uit elkaar ve halefi Uitelkaar.nl'nin işleyiş mekanizması ve fonksiyonları incelenecektir. Ayrıca bu platformun gelişim süreci ve Uitelkaar.nl'nin getirdiği yenilikler açıklanacak; diğer ülkelerde boşanma süreçlerinde kullanılan çeşitli teknolojik uygulamalara yer verilecektir. Makalede, ayrıca dijital araçların yüksek çatışmalı boşanma ve ayrılıkların çözümüne nasıl olumlu katkı sağlayabileceğine dair ihtimallerin ortaya konulması hedeflenmektedir.

Son olarak, çevrim içi boşanma platformlarının fayda ve sınırlamalarını tartışarak; yüksek çatışmalı boşanma ve ayrılık davalarının çözümünde kullanılabilecek çevrim içi uyuşmazlık çözüm unsurlarının nasıl uyarlanabileceğine ilişkin önerilerde bulunulacaktır.

I. DİJİTAL BOŞANMA KAVRAMI VE USULÜ

Dijital boşanma kavramı, teknolojideki gelişmelerin boşanma sürecine etkisi bağlamında ortaya çıkmıştır. Geleneksel boşanma usullerinin yerini zamanla farklı düzenlemeler almış ve buna bağlı olarak yeni boşanma usulleri uygulanmaya başlanmıştır. Teknolojik gelişmeler sayesinde hızlı ve basit boşanma usulleri geliştirilmiştir. Zira taraflar bakımından boşanmanın kısa sürede gerçekleşmesi onların gelecekteki yaşamlarına yön verebilmeleri bakımından son derece önemlidir.³

Dijital boşanma usulü, eşlerin boşanma ve boşanmanın mali sonuçları ile çocuklara ilişkin konularda anlaşmaları durumunda, fiziksel olarak bir araya gelmelerine ihtiyaç olmaksızın boşanabilecekleri, etkin bir boşanma yolu olarak görülmektedir.⁴

Dijital boşanma, boşanma prosedürünün büyük oranda çevrim içi ortama taşınarak tarafların fiziksel olarak bir araya gelmesinin doğurabileceği olumsuzlukları en aza indirmek amacıyla geliştirilmiştir. Dijital boşanmada, tarafların boşanmaya ilişkin belge ve bilgileri, belirli platformlar aracılığıyla çevrim içi ortama kaydetmek suretiyle yürüttükleri bir süreç söz konusudur.⁵ Boşanma taleplerinin çevrim içi dijital bir ortama aktarılmasıyla başlayan dijital boşanma usulünde, sürecin sonunda mahkemenin boşanma anlaşmasını onaylamasıyla boşanma gerçekleşmektedir. Burada dikkat çekici olan, taraflar fiziksel olarak bir araya gelmek zorunda olmaksızın boşanmaya hükmedilebilmesidir.⁶

³ Nitekim Anayasa Mahkemesi güncel tarihli kararında, 9 yıldır devam eden boşanma yargılaması bakımından devletin boşanma davalarını makul sürede sonlandırma yükümlülüğünü yerine getirmedişine ve Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinde güvence altına alınan evlenme hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir (Nurcan Çelik ve diğerleri, B no 2022/22017, (AYM, 14.05.2025).

⁴ Emrah Aktürk, 'Mahkeme Dışı Boşanmanın Türk Hukukunda Uygulanması İmkânının Değerlendirilmesi' 2025 11 [1] Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 31, 45.

⁵ Seldağ Güneş Peschke, 'Dijital Boşanmaya İlişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları' 2018 IV [1] KADEM Kadın Araştırmaları Dergisi 121, 129.

⁶ Güneş Peschke (n 5) 130.

Dijital boşanma, Hollanda ve Birleşik Krallık'ta uygulanmaya başlamış ve uygulanmaya başlandığı tarihten itibaren önemli ölçüde gelişme kaydetmiştir. Bu çalışmanın konusunu oluşturan Hollanda örneğinde çevrim içi platformlar aracılığıyla boşanma başvurusuna olanak verilmesiyle birlikte bir taraftan boşanmaya hükmedilmesi için geçen süreler kısılırken diğer taraftan boşanma masrafları azalmıştır.

Dijital boşanmada tarafların başvuru formunu eksiksiz doldurup sisteme yüklemeleriyle başlayan süreç, tarafların yapmış oldukları anlaşmayı mahkemenin sistemine aktarması ve mahkemenin boşanma ve sonuçlarına ilişkin anlaşmayı onaylamasıyla tamamlanır. Bu yönüyle dijital boşanma, bir çok ülke hukukunda ve ülkemizde uygulanan anlaşmalı boşanmaya benzemektedir. Almanya'da anlaşmalı boşanma söz konusu olduğunda boşanma başvurusunun çevrim içi olarak yapılması kısmen mümkündür. Bununla birlikte boşanma dilekçesinin aile mahkemesine sunulması yetkili bir avukat tarafından yapılmalıdır. Zira Alman hukukunda boşanma davalarında avukatla temsil zorunludur (FamFG, § 114/1). Ayrıca boşanma yargılamasında hâkim eşlerin şahsen mahkemede hazır bulunmalarını emreder ve onları dinler (FamFG, § 128/1). Bununla birlikte, avukatla çevrim içi yazışmaların mümkün olması, randevuya gerek kalmaması ve belgelerin çevrim içi gönderilebilmesi gibi nedenlerle, boşanma süreci daha kısa sürede tamamlanabilmektedir.⁷

Boşanma davalarının çevrim içi uyuşmazlık çözümüne elverişli olduğu kabul edilmektedir. Zira taraflar, fiziksel olarak bir araya gelmeseler dahi birbirlerini yeterince tanımakta ve bu sayede karşı tarafın davranışlarını ve motivasyonlarını değerlendirebilmektedir. Bu durum, yapıcı bir anlaşmaya ulaşma ihtimalini artırmaktadır. Bununla birlikte, boşanma süreci çoğu zaman tarafların yoğun duygusal katılımını içermekte olup bu unsur, tarafların dikkatinin çözülmesi gereken hukuki ve pratik meselelerden uzaklaşmasına yol açabilmektedir. Çevrim içi uyuşmazlık çözüm araçları ise tarafları, çatışmanın duygusal boyutlarından ziyade çözüme kavuşturulması gereken somut konulara yönlendirmektedir.⁸

II. RECHTWIJZER UIT ELKAAR'IN VE UITELKAAR.NL'NİN ÇALIŞMA USULÜ

Rechtwijzer uit elkaar, 2012 yılında tarafların boşanma ve ayrılık süreçlerini, geleneksel mahkeme yollarına başvurmaksızın yönetebilmelerine yardımcı olmak amacıyla geliştirilmiştir. Platform, kullanıcıya aşamalı rehberlik sağlayan bir yapı sunmuş; kanuni hak ve yükümlülükler hakkında bilgi vermiş; tarafların müzakere

⁷ Christiane Eichenberg, Jessica Huss ve Cornelia Küsel, 'From Online Dating to Online Divorce: An Overview of Couple and Family Relationships Shaped Through Digital Media' 2017 39 [4] Contemporary Family Therapy 249, 255.

⁸ Martin Gramatikov ve Laura Klaming, 'Getting Divorced Online: Procedural and Outcome Justice In Online Divorce Mediation' 2012 14 [1] Journal of Law & Family Studies, 97, 100.

ve arabuluculuk yoluyla anlaşmaya varmalarını desteklemiştir. Rechtwijzer uit elkaar, 2018 yılında faaliyetini sonlandırmıştır.⁹ Ardından, sosyal girişim Justice42, platformu yeniden yapılandırarak Uitelkaar.nl adı altında faaliyete geçirmiştir.

Rechtwijzer uit elkaar, geniş kapsamlı bir platform olup bilgilendirme ve danışmanlık hizmetlerinin yanı sıra, arabuluculuk ve diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerini de bünyesinde barındırmaktaydı. Böylece odak noktası yalnızca uyuşmazlık çözümü değil, aynı zamanda tarafların kendi kendini güçlendirmesi (self-empowerment) olmuştur. Ayrıca Rechtwijzer uit elkaar, daha erişilebilir ve maliyet açısından daha verimli bir hukuki yardım sisteminin gerçekleştirilmesinde bir araç olarak görülmüştür.¹⁰

Uitelkaar.nl ve onun öncülü olan platform benzer bir işleyişe sahiptir. Kullanıcıların izlediği aşamalar şu şekilde özetlenebilir¹¹:

1. Taraflardan biri “ön bilgi (giriş)” modülünü doldurarak başlar. Ardından diğer taraf da aynı modülü doldurmak üzere davet edilir.
2. Her iki tarafın giriş modülünde verdiği yanıtlara göre, sistem otomatik olarak farklı bölümlerden (çocuklar, nafaka, mal paylaşımı gibi) oluşan bir “boşanma planı” taslağı üretir.
3. Taraflar, bu boşanma planı üzerinde değişiklik yapabilir; birbirleriyle çevrim içi sohbet edebilir; gerekirse arabuluculuk, hukuki veya mali danışmanlık talep edebilir. Ayrıca, nafaka hesaplamalarına ilişkin danışmanlık da platform üzerinden sunulmaktadır. Belgeler ve diğer bilgiler gerektiğinde sisteme yüklenebilir. Arabulucular ve avukatlar, tarafların anlaşmaya varmalarına destek olmak için platforma bağlanabilmektedirler.
4. Tarafların anlaşmaya varması halinde, tam bir boşanma planı oluşturulur ve avukat tarafından incelenir. Avukat, gerekli gördüğünde taraflardan ek bilgi sağlamalarını veya bazı hususların yeniden değerlendirmelerini isteyebilir.
5. Avukat incelemesinden sonra hazırlanan plan, boşanmayı kesinleştirmek için mahkemeye sunulur.

Uitelkaar.nl, boşanma sürecini sadeleştirmeyi ve kullanıcı dostu bir platform sunmayı amaçlamaktadır. Bu platform, kişilerin hak ve yükümlülüklerini daha iyi anlamalarına imkân tanımakta; belgelerin kolay yönetimini ve genel olarak sürecin şeffaf takibini mümkün kılmaktadır. Ayrıca çevrim içi uyuşmazlık çözümü, fiziksel mevcudiyet ve bürokratik işlemleri azalttığından görece daha düşük maliyet-

⁹ Dijksterhuis ve Verheij (n 1) 963, 965.

¹⁰ Dijksterhuis ve Verheij (n 1) 963, 965.

¹¹ Uitelkaar.nl, platformunun işleyişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., <https://uitelkaar.nl/hoe-werkt-het?gad=1&gclid=Cj0KCQjwhL6pBhDjARIsAGx8D5-Jo_smgZODdcU0DMpgS8duVJrr.> erişim: 25.08.2025.

lidir. Uitelkaar.nl platformu, insanları uyum içinde süreci yönetmeye teşvik eder. Bununla birlikte, şu sorular gündeme gelmektedir: İletişim kuramayan çiftlerle, büyük güç dengesizliklerinin yaşandığı ya da şiddet geçmişi bulunan ilişkilerle nasıl başa çıkılmalıdır? Bu gruplar mevcut haliyle çevrim içi uyuşmazlık çözüm platformundan yararlanamayabilir. Ayrıca platformu kullanan taraflardan belirli bir derecede kendi kendilerine yetebilmeleri beklenmektedir.¹²

Belirtmek gerekir ki, Uitelkaar.nl platformu, boşanma ve ayrılık alanındaki çeşitli konuları kapsasa da, hukukçuların özel müdahalesini gerektiren karmaşık ya da son derece özel durumlar için uygun olmayabilir. Karmaşık veya yüksek çatışmalı boşanmalar için platformun mevcut haliyle kullanılması mümkün olmamaktadır. Platform, daha ziyade anlaşmaya varmak üzere yapıcı bir şekilde iletişim kurabilen taraflara yöneliktir. Bunun yanı sıra, bazı teknolojik sınırlamalar da bulunmaktadır. İnternet erişimi olmayan veya gerekli teknik becerilerden yoksun olan kişiler platformdan etkin şekilde yararlanamayabilir. Kurucular, bu noktada Uitelkaar.nl'nin bir "arka ofis" sistemi olarak avukat, arabulucu ve mali danışmanlar aracılığıyla kullanılabileceğini ileri sürmektedir.¹³ Ancak bu durumda, tarafların güçlendirilmesi ilkesi zayıflamakta ve uzmanlara bağımlılık artmaktadır.

Uitelkaar.nl gibi platformlar insani dokunuştan yoksun olabilir. Bazı durumlarda, boşanma sürecinde daha kişisel ve empatik bir deneyim sağlamak için hukukçularla ve sosyal uzmanlarla yüz yüze etkileşimler gerekli olabilir.

Hollanda Barosu, Rechtwijzer uit elkaar hakkında, müvekkilin kimlik doğrulanmasının garanti edilmediği; avukatların sürece yalnızca son aşamada dâhil olmaları nedeniyle boşanma süreci boyunca taraflara yeterli bilgi vermeleri ve tarafların yaptığı anlaşmayı anladıklarından emin olmalarının çoğu zaman mümkün olmadığı eleştirilerini yöneltmektedir. Bu durumun özen yükümlülüğü ve gizlilik ilkelerine aykırılık riski taşıdığı ifade edilmektedir.¹⁴

Güncel platformda bu eleştirilerin dikkate alındığı görülmektedir. Her dava için kişisel bir vaka yöneticisi atanmakta, daha fazla çevrim dışı müdahale imkânı sağlanmakta, arabulucu, avukat süreçte daha erken aşamalarda rol almaktadır. Ayrıca tarafların anlaşmalarını değiştirebilmesine olanak tanıyan bir "(aftercare)" modülü eklenmiştir.¹⁵

III. BOŞANMA SÜREÇLERİNDE KULLANILAN MEVCUT DİJİTAL ARAÇLAR VE SINIRLAMALARI

Boşanma süreçlerinde diğer ülkelerde kullanılan başka dijital uyuşmazlık çözüm aracı örnekleri de bulunmaktadır. Bu farklı platformlara genel bir bakış

¹² Dijksterhuis ve Verheij (n 1) 963, 966.

¹³ Dijksterhuis ve Verheij, (n 1) 963, 967.

¹⁴ Hollanda Barosu'nun (Dutch Bar Association) Rechtwijzer uit elkaar hakkındaki görüşlerinin açıklandığı bu metin için bkz., <<https://www.advocatenorde.nl/nieuws/nova-signaleert-knelpunten-bij-rechtwijzer-uit-elkaar>> erişim: 25.08.2025.

¹⁵ Dijksterhuis ve Verheij (n 1) 963, 968.

sağlamak ve teknik işlevleri hakkında bilgi vermek, yüksek çatışmalı boşanma davalarında dijital araçların uygulanmasına yönelik olası fırsatları ve engelleri daha iyi anlamaya yardımcı olur.

Bireylerin adalet gereksinimlerini karşılamalarının önündeki engeller; mali kısıtlamalardan, coğrafi sınırlamalardan ya da mevcut kurallar ve düzenlemeler hakkındaki bilgi ve farkındalık eksikliklerinden kaynaklanabilmektedir.¹⁶ Son yıllarda geliştirilen dijital çözümler, özellikle otomasyon ve dönüşüm yoluyla bu mali ve coğrafi engeller ile bilgiye erişim engellerini ortadan kaldırmak için dijital çözümler ortaya konulmuştur. Otomasyon, mevcut iş akışlarına teknolojinin entegre edilmesini ifade ederken, dönüşüm, teknolojinin sunduğu yeni olanaklar sayesinde ortaya çıkan yeni hizmetleri tanımlar.¹⁷ Son yıllarda, boşanma ve ayrılık uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik farklı ülkelerde çok sayıda çevrim içi araçlar ve platformlar geliştirilmiştir. Aşağıda bunlardan bir kısmı hakkında genel bilgi verilecektir.

Kanada’da kullanılan Legal Aid BC (önceki adıyla *MyLawBC*) platformu, boşanma ve ayrılık konularında bilgi hizmetleri sağlamaktadır. Bu platform, çiftlere boşanma sürecinde nelerle karşılaşabileceklerini ve hangi konularda anlaşmaları gerektiğini göstermektedir. *MyLawBC*, görselleştirilmiş yollarla, açıkça belirtilmiş müdahale aşamalarını ve zaman çizelgelerini kullanıcıya sunmuştur.¹⁸

*My Divorce Papers*¹⁹, *CompleteCase*²⁰, *3StepDivorce*²¹, *Divorce Writer*²², *LegalZoom*²³, *Divorce.com*²⁴ ve *Hello Divorce*²⁵ gibi Amerika Birleşik Devletlerinde geliştirilen platformlar ise anlaşmalı boşanmalarda kullanılmak üzere belge oluşturma hizmetleri sağlamaktadır. Kullanıcıların platform üzerinde yanıtladığı sorulara göre boşanma anlaşmaları oluşturulmakta ve uzmanlar tarafından kontrol edilmektedir. Bu platformlar web sitelerinde sundukları hizmetleri, mahkeme sürecine kıyasla daha ucuz bir alternatif olarak tanıtmaktadır. Bu platformların çoğu mahkeme tarafından kabul edileceği garantisini vermektedir.²⁶

¹⁶ Richard E. Susskind, *Online Courts and the Future of Justice* (Oxford University Press 2019) 55.

¹⁷ Dijksterhuis ve Verheij (n 1) 963, 969.

¹⁸ Bu bu platform hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., <<https://www.familylawinbc.ca/>> erişim: 27.08.2025.

¹⁹ <https://www.mydivorcepapers.com/registration_step1.php> erişim: 27.08.2025.

²⁰ <<https://www.completecase.com/>> erişim: 27.08.2025.

²¹ <<https://www.3stepdivorce.com/>> erişim: 27.08.2025.

²² <<https://www.divorcewriter.com/>> erişim: 27.08.2025.

²³ <<https://www.legalzoom.com/country/nl>> erişim: 27.08.2025.

²⁴ <<https://divorce.com/>> erişim: 27.08.2025.

²⁵ <<https://hellodivorce.com/>> erişim: 27.08.2025.

²⁶ Dijksterhuis ve Verheij (n 1) 963, 970.

BlissDivorce²⁷, DivorceNet²⁸ (ABD), Amica²⁹ (Avustralya), ayrıca yukarıda bahsedilen Uitelkaar.nl ve onun öncülü Rechtwijzer uit elkaar'a arabuluculuk gibi çevrim içi uyuşmazlık çözüm hizmetleri de eklenmiştir. Bunlar, tarafları avukatlarla buluşturan bilgilendirici bir platform olarak hizmet veren DivorceOnline³⁰ (İngiltere) gibi platformlardan farklı olarak, çevrim içi uyuşmazlık çözüm platformlarıdır.³¹ Uitelkaar.nl, boşanma sürecinin resmi olarak tamamlanmasından sonra taraflara anlaşmalarının değişen koşullar çerçevesinde gözden geçirilmesi ve rehberlik bilgileri sağlanması şeklinde bir dizi destek hizmeti sunmaktadır. Yukarıda bahsedilen dijital çözümlerin uygulama kapasitelerinin artırılması bakımından temel engeller; hükümet desteğiyle finanse edilseler dahi, çoğunlukla özel girişimler olması ve yüksek çatışmalı ya da karmaşık boşanmalara hizmet edememeleridir.

IV. MEVCUT DİJİTAL ARAÇLARIN YÜKSEK ÇATIŞMALI BOŞANMA DAVALARINDA KULLANILMAK ÜZERE UYARLANMASI

Yüksek çatışmalı boşanmaların başlıca özellikleri, taraflar arasında kökleşmiş anlaşmazlıkların olması, iletişim eksikliği ve düşmanlık içeren uzun süreli çatışmaların devam etmesi, tarafların birbirlerine yoğun öfke duymaları, boşanma anlaşmasından büyük memnuniyetsizlik duymaları ve kin tutmaya devam etmeleri, bazen çocukların bu çatışmalarda piyon olarak kullanılması şeklinde özetlenebilir.³²

Yüksek çatışmalı boşanmalar karmaşık yapılarından ötürü özel müdahaleler ve uzmanlık gerektirir. Bu tür bir davada, velayeti değerlendirecek uzmanlar, mali danışmanlar, çocuk psikologları gibi farklı disiplinlerden uzmanların aynı anda sürece dahil olması gerekebilir. Bu nedenle dijital araçların yüksek çatışmalı boşanmalar bakımından uygulanmasında bir takım zorluklar ve engeller ortaya çıkmaktadır. Dijital boşanma platformlarının en önemli özelliği olan yapıcı iletişime odaklanması, yüksek çatışmalı durumlarda son derece zordur. Söz konusu platformların, bu tür davalarda sık görülen güç dengesizliklerini giderme kapasitesinin sınırlı olması, bir diğer güçlük olarak karşımıza çıkmaktadır. Kullanıcılardan belirli bir ölçüde kendi kendilerine yeterli olmasının beklemesi, yüksek çatışmalı boşanma davalarında gerçekçi olmayabilir.³³ Birden fazla uz-

²⁷ <<https://www.blissdivorce.com/>> erişim: 27.08.2025.

²⁸ <<https://www.divorcenet.com/>> erişim: 27.08.2025.

²⁹ <<https://portable.com.au/work/amica>> erişim: 27.08.2025.

³⁰ <<https://www.divorce-online.co.uk/>> erişim: 27.08.2025.

³¹ Dijksterhuis ve Verheij (n 1) 963, 971.

³² Orna Cohena ve Ziva Levite, 'High-Conflict Divorced Couples: Combining Systemic and Psychodynamic Perspectives' (2012) 34 Journal of Family Therapy 387, 388 vd.

³³ Dijksterhuis ve Verheij (n 1) 963, 973.

manın eş zamanlı olarak sürece dahil olmalarının sağlanması mevcut platformlarda mümkün olmayabilir.

Mevcut platformların, amacı ve ana işlevini tamamen değiştirip yeniden tasarlanarak, kullanıcı temelli uyuşmazlık çözüm mekanizmasından, uzmanların hem birbirleriyle hem de taraflarla işbirliği yapabilecekleri bir dava yönetim platformuna dönüştürülmesi, yüksek çatışmalı boşanma davalarında uzmanların kritik rolü göz önünde bulundurulduğunda, büyük önem arz etmektedir.³⁴

Hollanda’da kullanılan Rechtwijzer uit elkaar ve Uitelkaar.nl gibi platformlar mevcut halleriyle yüksek çatışmalı boşanmalara hizmet edememektedir. Ancak sundukları bazı faydalı özellikler, yüksek çatışmalı boşanmalar bağlamında kullanılmak üzere uyarlanabilir. Bunlar arasında³⁵;

- Kullanıcıdan alınan girdilere ya da önceden belirlenmiş şablonlara dayalı olarak belgeleri otomatik şekilde üreten belge üretim araçları,
- Belgeler üzerinde eşzamanlı düzenleme yapılmasına olanak tanıyan, yapılan değişikliklerin kesinleşmeden önce bir avukat ya da danışman tarafından izlenip onaylanmasını sağlayan ve böylece fiziksel olarak hazır bulunmaya gerek olmadan anlaşmaların müzakere edilmesini kolaylaştıran denetimli gerçek zamanlı belge değişiklik araçları,
- Taraflara görevlerin ya da hedeflerin ilerlemesini izleme olanağı sağlayan ilerleme takip sistemleri,
- Belgeleri düzenlemek, depolamak ve geri çağırmak için kullanılan ve böylece dosyalara kolay erişim ve güvenlik sağlayan etkili dosya yönetimi araçları,
- Boşanma veya ayrılık sonrasında eşlerin sağlaması gereken mali desteğin miktarını belirlemek için kullanılan nafaka hesaplama formülleri yer almaktadır.

Ayrıca yapay zekâ teknolojileri (örneğin doğal dil işleme, duygu analizi gibi), taraflar arasındaki potansiyel çatışma tırmanışlarını incelemek için kullanılabilir. Doğal dil işleme (NLP), sohbet kayıtları, e-postalar ya da sosyal medya gibi metin verilerini analiz ederek duygu, ifade ve sorun sinyali veren anahtar kelimeleri tespit edebilir.³⁶

Farklı disiplinlerden uzmanları bir araya getiren platformlar, farklı alanlardan profesyonellerin bilgi paylaşımını ve birlikte çözüm üretmesini hedefler. Teknoloji, bu uzmanlar arasında iletişimi, koordinasyonu ve bilgi alışverişini kolaylaştırır. Boşanma uyuşmazlıklarının çözümünde bu özelliklerin nasıl uyarlanabileceğini görmek için çok sayıda pilot uygulama yapılmasına ihtiyaç vardır.

³⁴ Dijksterhuis ve Verheij (n 1) 963, 973.

³⁵ Anılan özellikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dijksterhuis ve Verheij (n 1) 963, 974 vd.

³⁶ Mattia Vicari ve Mauro Gaspari, ‘Analysis of News Sentiments Using Natural Language Processing and Deep Learning’, (2021) 36, AI & Society 931, 933.

V. BOŞANMA SÜREÇLERİNDE KULLANILAN ÇEVİRİMİÇİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM ARAÇLARININ TÜRK BOŞANMA SİSTEMİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hollanda'da kullanılan Rechtwijzer uit elkaar ve onun halefi Uitelkaar.nl platformları, düşük çatışmalı boşanmalarda dijital araçların taraflara zaman, maliyet ve erişilebilirlik açısından önemli katkılar sağladığını göstermiştir. Bununla birlikte, yüksek çatışmalı boşanmalarda bu araçların yetersizlikleri de ortaya konulmuştur. Bu bölümde söz konusu dijital araçlara ilişkin değerlendirmeler, dijitalleşme süreçlerini deneyimleyen Türk hukuku açısından incelenecektir.

Türk Medeni Kanunu (TMK) kapsamında eşlerin anlaşmak suretiyle boşanmaları (md. 166/III) mümkün olmakla birlikte, hâkim kararı olmaksızın mahkeme dışında evlilik birliğine son vermeleri mümkün değildir. TMK'nın 166/III. maddesinde düzenlenen ve anlaşmalı boşanma olarak ifade edilen boşanmada, boşanma konusunda ortak iradeye sahip eşlerin, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hakkında kabul ettikleri düzenlemenin mahkemece uygun bulunması halinde boşanmaya hükmedilir.³⁷ Esasında bu yönüyle TMK'nın 166/III. maddesinde düzenlenen anlaşmalı boşanma, Hollanda'da boşanma süreçlerinde kullanılan dijital araçlara benzemektedir. Zira dijital boşanmada da, boşanmak isteyen tarafların çevrim içi platformları kullanmak suretiyle, boşanmanın mali sonuçları ve çocuklar hakkında vardıkları anlaşma, mahkeme tarafından onaylandıktan sonra boşanma kesinleşmektedir. Ancak anlaşmalı boşanmadan farklı olarak dijital boşanmada boşanma ve sonuçları konusunda tarafların yapmış oldukları anlaşmanın mahkeme tarafından onaylanarak boşanmanın kesinleşmesi için hâkimin eşleri bizzat dinlemesine ihtiyaç yoktur. Tarafların hazırladıkları boşanma anlaşmasının ve gerekli diğer evrakların mahkeme sistemine yüklenmesi yeterlidir. Buna karşılık TMK'nın 166/III. maddesi kapsamında anlaşmalı boşanmanın gerçekleştirilmesi için, hâkimin eşlerin serbest iradeleriyle boşanmayı isteyip istemediklerini tespit etmek üzere eşleri bizzat dinlemesi gerekir.³⁸ Buradan hareketle, mevcut yasal düzenlemeler kapsamında Türk hukukunda tamamen çevrim içi boşanma imkânsız olup, mahkeme kararı ve anlaşmalı boşanmada, boşanmaya karar verilebilmesi için hâkimin tarafları bizzat dinlemesi zorunludur.

³⁷ Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku* (17. bs Filiz Kitabevi 2022) 124; Feride Demirbaş, 'Anlaşmalı Boşanma Protokolünün Taşınmazlar Üzerindeki Aynı Haklara İlişkin Hükümleri ile İlgili Bazı Hukuki Sorunlar' (2020) 2, Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi 559, 564; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, (Seçkin Yayınları 2022) 136.

³⁸ Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (10. bs. On İki Levha Yayıncılık 2023) 126; Demirbaş (n 37) 559, 563; Sevtap Yücel, 'Yargıtay Kararları Işığında Anlaşmalı Boşanma Davası Sonrasında Nafaka ve Tazminat Talepleri' (2018) 4 [1] Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239, 243; Aybüke Basım, 'Anlaşmalı Boşanma Çekişmesiz Yargı İş mi?' (2022) 69 Adalet Dergisi 513, 536; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 37) 124; Aydın Zevkliler, Emre, Cumaloğlu ve M. Beşir Acabey, *Medeni Hukuk III Aile Hukuku* (Adalet Yayınevi 2024) 285; Erdem ve Makaracı Başak (n 37) 135.

Dijitalleşmenin ve yapay zekâ sistemlerinin giderek yaygınlaşmasının Türk hukukundaki önemli yansımalarından, UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) ve e-Devlet uygulamaları, dava açma, dosya takibi ve belgelerin elektronik ortamda paylaşılmasını mümkün kılmaktadır. Ancak bu sistem, yalnızca usul ekonomisi sağlamaktadır; boşanma davalarına özgü maddi sorunların çözümünde doğrudan işlev görmemektedir. Bununla birlikte, özellikle anlaşmalı boşanmada tarafların önceden çevrim içi araçlarla anlaşma protokolü hazırlamaları, nafaka ya da mal paylaşımına ilişkin anlaşmaların dijital araçlarla düzenlenmesinin boşanma sürecinin hızlanmasında katkı sağlayacağı değerlendirilmektedir.

Buna karşılık, aile içi şiddet vakaları ve özellikle güç dengesizliği bulunan ilişkilerde boşanma sürecin çevrim içi araçlar kullanılarak yürütülmesi, taraflardan birinin dezavantajlı konuma düşmesine neden olabilir. Özellikle yüksek çatışmalı boşanmalarda mahkemenin tarafları bizzat dinlemesi, sosyal hizmet uzmanlarının ve psikologların sürece doğrudan katılması çoğu zaman vazgeçilmezdir. Yüksek çatışmalı boşanmalarda dijital araçlar tek başına çözüm üretmekten uzak görünse de, belirli işlevleriyle sürece önemli katkılar sağlayabilir. Özellikle belgelerin standart formlar üzerinden hazırlanması, dosyaların güvenli şekilde paylaşılması ve sürecin hangi aşamada olduğunun taraflarca izlenebilmesi, uyuşmazlığın daha düzenli ve şeffaf yürütülmesi bakımından önemlidir. Bu tür dijital destekler, boşanmanın hâkim kararıyla gerçekleşmesi gerçeğini değiştirmese de, sürecin daha verimli, kontrollü ve tarafların daha iyi yönlendirildiği bir zeminde yönetilmesine hizmet eder.

Öte yandan dijital platformların kullanılması, boşanma davalarında çocuğun yüksek yararının sağlanması bakımından da sürece katkı sağlayabilir. Şöyle ki, boşanma davalarında çocuğun ebeveynler arası çatışmada araç olarak kullanıldığının tespiti halinde, çocuğa bağımsız temsilci atanması hususunda doğrudan mahkeme hakimine yetki veren bir sistemin kabul edilmesi, çocuğun yüksek yararının korunması bakımından son derece önemlidir. Hakimin, barolarda oluşturulacak çocuk hakları biriminden ya da Adli Destek ve Mağdur Hizmetlerinde oluşturulacak bir birimden doğrudan sistem üzerinden talepte bulunarak çocuğu temsil etmek üzere bir temsilci görevlendirilmesini sağlayabileceği bir usul geliştirilmelidir. Zira mevcut kayyım atanması prosedürü zaman zaman yargılamada gecikmelere sebebiyet verecek kadar uzun sürmektedir. İşte bu noktada çevrim içi dijital platformların kullanılması yoluyla, çocuğun yüksek yararının korunması bakımından önem arz eden temsilci tayininin, sistem üzerinden hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi olanaklı hale gelebilir. Burada dijital platformlar, hakim, avukat, psikolog, pedagog gibi çeşitli disiplinlerden uzmanların hızlı bir şekilde eş zamanlı olarak bir araya gelmesini; gerekli bilgi ve belgelerin sistem aracılığıyla pratik ve güvenli bir şekilde paylaşılmasını mümkün hale getirecek, böylece çocuk dostu adalet ilkelerine uygun olarak çocuğa temsilci tayini gerçekleştirilecektir.

Netice itibariyle, diğer ülke uygulamalarında olduğu gibi Türk hukuku bakımından da dijital boşanmada, boşanmanın tamamen çevrimiçi bir işlem olarak, yani mahkemeye gitmeksizin tek tuşla sonuçlandırılabilmesi bir usul öngörülmemektedir. Dijital boşanma platformu, boşanma belgelerinin çevrimiçi olarak hazırlanması, bilgi ve belgelerin güvenli bir şekilde paylaşılması, farklı disiplinlerden uzmanların eş zamanlı olarak süreçte hazır bulunması, nafaka hesaplama ve mal paylaşımına ilişkin danışmanlık hizmeti sağlanması, boşanma ve sonuçlarına ilişkin anlaşma protokolünün hazırlanması ve avukat tarafından incelenmesi gibi olanakların sunulduğu çevrimiçi boşanma uyuşmazlığı çözüm araçları şeklinde geliştirilebilir. Bu şekilde geliştirilen çevrim içi boşanma uyuşmazlığı araçlarının, elektronik ortamda dava açılmasının mümkün olduğu UYAP ve e-Devlet uygulamalarıyla entegrasyonu sağlanmalıdır.

Ancak boşanma kamu düzenine ilişkin sonuçlar doğurduğundan, sürecin dijitalleşmesi yalnızca teknik değil, aynı zamanda normatif açıdan da bir takım düzenlemeler yapılmasını gerektirmektedir. Bu noktada tarafların, velayet, nafaka ve mal paylaşımı konularında dijital ortamda anlaşmaya varabileceklerine yönelik mevzuatta açık düzenlemeye yer verilmelidir. Ancak bu halde de anlaşmanın kesinlik kazanması için mahkemeye sunulmasına yönelik kural geçerliliğini koruyacaktır. Diğer taraftan anlaşmalı boşanma için gerekli olan hakimın eşleri bizzat dinlemesi şartının, anlık ses ve görüntü nakline olanak sağlayan çevrimiçi araçlarla gerçekleştirilebileceğine yönelik olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasının düzenlendiği 149. maddesine paralel bir düzenleme yapılmalıdır. Burada Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkındaki Yönetmelik'in 11/(5). maddesinde e- Duruşmaya katılımın sağlanabileceği ortama ilişkin olarak yapılan açıklamalara uygun bir düzenleme yapılması önerilmektedir. Buna göre yapılacak düzenlemede, tarafların dinlenme usulüne ilişkin olarak, hâkimin eşlerin serbest iradeleriyle anlaşmalı boşanmayı isteyip istemediklerine kanaat getirmesine olanak sağlayacak şekilde, her türlü etki ve yönlendirmeden uzak, tarafların yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, davranışlarını gözlemleyeceği, duygularını anlamaya ve söylediklerini net bir şekilde duymaya olanak sağlayacak bir ortamda eşleri dinleyeceği hususlarına yer verilmesi isabetli olacaktır.

SONUÇ

Boşanma uyuşmazlıklarının çözümünde dijital ortam, çeşitli platform ve araçların ortaya çıkmasıyla önemli ölçüde gelişmiştir. Bununla birlikte sürdürülebilirlik sorunları ve uzun vadeli kamu finansmanının yetersizliği, bu platformların yaygınlaştırılmasının önündeki temel engellerdir.

Rechtwijzer uit elkaar ve Uitelkaar.nl gibi platformlar, esas olarak düşük düzeyde çatışma içeren davalara hitap etmektedir. Bu platformlar, yapıcı iletişime dayalı olmaları, güç dengesizliklerini ele alma konusunda sınırlı yetenekleri, çok

sayıda farklı uzmanın eşzamanlı katılımını gerektiren davalara uygun olmamaları nedeniyle yüksek çatışmalı boşanmalarda yetersiz kalmaktadır. Bununla birlikte çevrim içi iletişim ve belge yönetimi, uzmanlar ile tarafların işbirliği gibi mevcut uyuşmazlık çözme mekanizmalarının çeşitli işlevlerinin, çatışma düzeyinin yüksek olduğu boşanma davalarının çözümüne dâhil edilmesi mümkündür. Ayrıca doğal dil işleme ve duygu analizi gibi yapay zekâ teknolojilerinin, taraflar arasındaki potansiyel çatışma tırmanışlarını erken aşamada tespit ederek zamanında müdahale olanağı sağlayabileceği belirtilmektedir.

Mevcut platformların amaç ve işlevlerinde köklü bir dönüşüm yapılarak, bunların yalnızca kullanıcı odaklı uyuşmazlık çözüm araçları olmaktan çıkarılıp uzmanların ve tarafların birlikte çalışmasını kolaylaştıran dava yönetim platformlarına dönüştürülebileceği önerilmektedir. Ayrıca bu platformlara farklı disiplinlerden uzmanların dahil edilmesi, veri paylaşımının teşvik edilmesi ve gerçek zamanlı işbirliğinin desteklemesi mümkündür.

Türk hukukunda mevcut yasal düzenlemeler kapsamında dijital boşanmanın, mahkemesiz boşanma biçiminde gerçekleşmesi mümkün değildir. Ancak usul ekonomisi sağlamak ve uyuşmazlık çözümünü destekleyerek boşanma sürecini hızlandırmak amacıyla çevrim içi boşanma araçlarının entegrasyonu fayda sağlayabilir.

Sonuç olarak, dijitalleşme, düşük çatışmalı boşanmaların çözümünde önemli kolaylıklar sağlamıştır. Ancak yüksek çatışmalı boşanmaların karmaşık ve duygusal açıdan yüklü doğasına uygun dijital araçlar geliştirmek için yenilikçi yaklaşımlara ihtiyaç vardır. Bu alanda yapılacak araştırma ve geliştirme çalışmaları, yüksek çatışmalı boşanmaların zorluklarıyla başa çıkılmasında bireylere destek sağlama potansiyeline sahiptir.

KAYNAKÇA

Aktürk E, ‘Mahkeme Dışı Boşanmanın Türk Hukukunda Uygulanması İmkânının Değerlendirilmesi’ (2025) 11 [1] Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31-56.

Basım A, ‘Anlaşmalı Boşanma Çekişmesiz Yargı İş mi?’ (2022) 69 Adalet Dergisi 513-554.

Bickel, E A, van Dijk M A J ve Giebels E, *Online Legal Advice and Conflict Support: A Dutch Experience* (University of Twente 2015).

Cohena O ve Levite Z, ‘High-Conflict Divorced Couples: Combining Systemic and Psychodynamic Perspectives’ (2012) 34 Journal of Family Therapy 387-402.

Demirbaş F, ‘Anlaşmalı Boşanma Protokolünün Taşınmazlar Üzerindeki Ayni Haklara İlişkin Hükümleri ile İlgili Bazı Hukuki Sorunlar’ (2020) 2 Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi 559-598.

Dijksterhuis B ve Verheij T, 'The Added Value of The Dutch Online Divorce Resolution Tools Rechtwijzer uit elkaar and successor Uitelkaar.nl for High-Conflict Divorces' (2024) 4 FamPra.ch 963-977.

Dural M, Ögüz T ve Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku* (17. bs. Filiz Kitabevi 2022).

Eichenberg C, Huss J ve Küsel C, 'From Online Dating to Online Divorce: An Overview of Couple and Family Relationships Shaped Through Digital Media' (2017) 39 [4] Contemporary Family Therapy 249-260.

Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (Seçkin Yayınları 2022).

Gramatikov M ve Klaming L, 'Getting Divorced Online: Procedural and Outcome Justice In Online Divorce Mediation' (2012) 14 [1] Journal of Law & Family Studies 97-120.

Güneş Peschke S, 'Dijital Boşanmaya İlişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları' (2018) IV [1] KADEM Kadın Araştırmaları Dergisi 121-146.

Hatemi H, *Aile Hukuku* (10. bs. On İki Levha Yayıncılık 2023).

Susskind R E, *Online Courts and the Future of Justice* (Oxford University Press 2019).

Vicari M ve Gaspari M, 'Analysis of News Sentiments Using Natural Language Processing and Deep Learning' (2021) 36 AI & Society 931-937.

Yücel S, 'Yargıtay Kararları Işığında Anlaşmalı Boşanma Davası Sonrasında Nafaka ve Tazminat Talepleri' (2018) 4 [1] Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239-257.

Zevkliler A, Cumalıoğlu E ve Acabey M B, *Medeni Hukuk III Aile Hukuku* (Adalet Yayınevi 2024).

AİLE MAHKEMELERİNDE GÖRÜLMEKTE OLAN DAVALARDA NAFAKANIN ISLAH YOLUYLA ARTIRILMASI SORUNU: GÜNCEL YARGI KARARLARI IŞIĞINDA BİR İNCELEME

*The Problem of Increasing Alimony Through Improvement in Cases Held in
Family Courts: An Examination in Light of Current Judicial Decisions*

Selin SERT SÜTÇÜ*
Şelale SÜER**

Özet

Aile mahkemelerinde görülen nafaka davalarında talebin ıslah yoluyla artırılıp artırılamayacağı hususu, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.11.2019 tarihli, 2018/3-564 E. ve 2019/1150 K. sayılı kararı ile belirli ölçüde çözüme kavuşturulmuş görünmekle birlikte, sonrasında Yargıtay'ın farklı dairelerince verilen ve bu içtihattan ayrılan kararlar, söz konusu yaklaşımın güncelliği ve bağlayıcılığı noktasında tereddütler doğurmuştur. Bu bağlamda, aile mahkemelerinde görülmekte olan davalarda nafaka talebinin ıslah yoluyla artırılabilmesi olasılığı, öğretide ve uygulamada yeniden tartışılmaya başlanmıştır. Çalışmada, nafakanın hukuki mahiyeti, kamu düzeniyle olan ilişkisi, usul ekonomisi ilkesi bağlamındaki işlevi ile ıslah ve kısmi dava kurumları kapsamlı şekilde incelenmiş; nihayetinde nafaka taleplerinin ıslah yoluyla artırılmasının mümkün olup olmadığı hususunda bütüncül bir değerlendirme ve kanaat ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Nafaka, ıslah, kısmi dava, yargı kararları, arttırım

Abstract

The issue of whether requests for alimony in cases seen in family courts can be increased through amendments has been somewhat resolved by the decision of the General Assembly of the Court of Cassation dated November 7, 2019, with the number 2018/3-564 E. and 2019/1150 K. However, subsequent decisions given by different chambers of the Court of Cassation that diverged from this precedent have raised doubts about the relevance and binding nature of this approach. In this context, the possibility of increasing requests for alimony through amendments in cases currently being heard in family courts has begun to be reevaluated in both theory and practice. The study comprehensively examines the legal nature of alimony, its relationship with public order, its function in the context of the principle of procedural economy, as well as the institutions of amendments and partial lawsuits; ultimately aiming to present a holistic assessment and opinion on whether it is possible to increase alimony requests through amendments.

Keywords: Alimony, amendment, partial lawsuit, court decisions, increase

- Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.
- Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 14.09.2025
- Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Antalya-Türkiye, E-Posta: selinsert@akdeniz.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-7483-6394>.

** Hâkim, Antalya 7. Aile Mahkemesi, Antalya-Türkiye, E-Posta: selalesuer2@gmail.com, <https://orcid.org/0009-0008-3536-4505>

GİRİŞ

Aile mahkemelerinde görülen davalar arasında nafaka davaları, gerek uygulamada en sık rastlanan uyuşmazlık türlerinden biri olması gerekse taraflar ve çocuklar bakımından doğrudan ekonomik sonuçlar doğurması nedeniyle özel bir önem¹ taşımaktadır. Ekonomik hayatın dinamik yapısı, alım gücündeki değişimler ile sosyal ve ekonomik koşulların sıkça farklılaşması, nafaka miktarının belirlenmesi ve gerektiğinde yeniden uyarlanması sorununu gündeme getirmektedir. Bu durum, özellikle velayet hakkına sahip anne veya babanın, çocuğun değişen ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla nafaka miktarının artırılmasını talep etmesi hâlinde somutlaşmaktadır.

Velayet kurumu, yalnızca bir ebeveynlik hakkı değil, aynı zamanda çocuğun bakım, eğitim ve korunmasına ilişkin yetki ve yükümlülüklerin bir bütünüdür. Dolayısıyla, velayet hakkına sahip ebeveynin çocuğun ihtiyaçlarını karşılamak üzere açtığı nafaka davaları, tarafların bireysel menfaatlerinin ötesinde, çocuğun üstün yararı ve kamu düzeninin korunmasıyla yakından ilişkilidir. Bu nedenle, nafaka miktarının belirlenmesi ve gerektiğinde güncellenmesi hususlarında hâkimin takdir yetkisi, taleple bağlılık ilkesinin sınırlarını aşabilmektedir.

Yargılamaların uzun sürmesi ve ekonomik koşulların hızlı değişimi, tarafların dava açarken belirledikleri nafaka miktarıyla bağlı kalmalarını çoğu zaman hakkaniyete aykırı sonuçlara götürmektedir. Bu bağlamda, devam eden davalarda nafaka taleplerinin ıslah yoluyla artırılıp artırılamayacağı veya kısmi dava konusu yapıp yapılamayacağı yönünde uygulamada tartışmalar ortaya çıkmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.11.2019 T., 2018/3-564 E. ve 2019/1150 K. sayılı içtihadı, aile mahkemelerinde görülmekte olan davalarda talep edilen nafakanın artırılmasının mümkün olmadığı yönünde bir yaklaşım benimsemiştir. Söz konusu karar, nafaka davalarında taleple bağlılık ilkesinin kamu düzenine üstün gelip gelmediği, hâkimin re'sen değerlendirme yetkisinin sınırlarının ne olduğu ve nafaka taleplerinin dinamik toplumsal koşullar karşısında nasıl yorumlanması gerektiği hususlarında yeni bir tartışma alanı yaratmıştır. Bu nedenle, çalışmamızda anılan Yargıtay kararının gerekçesi incelenecek; nafaka taleplerinin devam eden davalarda ıslah yoluyla artırılıp artırılamayacağı veya kısmi davaya konu olup olmayacağı çalışmamız kapsamında değerlendirilecektir.

I. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 07.11.2019 T. 2018/3-564 E. VE 2019/1150 K. KARARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, yoksulluk nafakasının arttırılması ve bakım nafakası istemine ilişkindir. Davacılar vekili, müvekkilinin

¹ “Kadın Dayanışma Vakfı tarafından 2024 yılında yapılan araştırmada 16 farklı ilde Aile/Asliye Hukuk Mahkemelerince görülmüş 155 adet boşanma davası ve boşanma sonrası açılan nafaka davası dosyalarını incelenmiş ve dosyaların 118’i hem boşanma hem nafaka davası olarak, 37’si ise yalnızca nafaka davası olarak açıldığı tespit edilmiştir. Bu durum aile mahkemelerinde görülen davaların büyük ölçüde nafaka taleplerine ilişkin olduğu görülmüştür.”, <<https://www.kadindayanismavakfi.org.tr/yoksulluk-nafakasi-arastirma-raporumuz-yayimlandi/>> E.T.: 16 Ekim 2025

07.07.2010 tarihinde boşandığını, müşterek çocuklarının velayetinin davalı babaya verildiğini, davalının müşterek çocukları 01.07.2015 tarihinden sonra müvekkili annenin evine gönderdiğini, çocukların lise ve üniversite öğrencisi olduklarını, aylık giderlerinin arttığını, müvekkili lehine 2010 yılında hükmedilen aylık 230,00TL yoksulluk nafakasının ihtiyaçların artması nedeniyle yetersiz kaldığını, devlet memuru olan davalının ekonomik durumunda düzelme olduğunu ileri sürerek, davacı anne için yoksulluk nafakasının 350,00TL'ye çıkartılmasına ve müşterek çocukları için de ayrı ayrı 300,00TL nafakanın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, davacılar vekili 19.01.2016 tarihli ıslah dilekçesi ile davacı anne için yoksulluk nafakası talebini 1.500,00TL'ye, müşterek çocuklar için bakım nafakası talebini ise ayrı ayrı 500,00TL'ye yükseltmiştir. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda mahkemece, davacı çocuklar yönünden hükmedilen yardım nafakasına ilişkin olarak 19.01.2016 tarihli ıslah dilekçesi de dikkate alındığında, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nın m. 26 hükmü uyarınca davacıların talebi aşılmak suretiyle karar verilip verilmediği noktasında toplanmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu HMK m. 176 vd. hükümlerinde düzenlenen “ıslah kurumunu” ve “ıslahın şartlarını” değerlendirmiş, ıslahın kısmen veya tamamen yapılabileceğini ifade etmiştir. Aynı şekilde HMK m. 180 hükmü davanın tamamen ıslahının ve m. 181 hükmü davanın kısmen ıslahının ne anlama geldiği değerlendirilmiştir. Davanın tamamen ıslah edilmesinin dava için yapılan tüm usul işlemlerinin yeniden yapılması anlamına geldiği, davanın kısmen ıslahında davada yapılan belirli bir usul işleminin ıslah edilmesi söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Kısmi dava ise, alacağın yalnızca bir bölümü için açılan dava olarak tanımlanmıştır. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden doğmuş olması ve alacağın şimdilik belirli bir kesiminin dava edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kısmi dava açılabilmesi için talep konusunun bölünebilir olması gerektiği ifade edilmiştir. Yardım nafakası ise, aile bireylerini yoksulluk ve düşkünlükten kurtarmaya ilişkin bir nevi sosyal yardımlaşma olup ahlak kuralları ile geleneklerin zorunlu kıldığı bir ödevdir. Aile bağlarının herhangi bir nedenle zayıflamış olması da yükümlülüğü ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle kanun koyucu, yardım nafakasını kişinin ve toplumun vicdanına bırakmamış, kanuni bir ödev olarak düzenlemiştir. 743 sayılı Medeni Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.03.1963 tarihli ve 2/99-21 sayılı içtihadındaki “*Babanın sosyal durumu bakımından çocuğun okutulmasının gerekmesi halinde iştirak nafakasının çocuğun erginleşmesinden sonra da (okumaya devamı sebebiyle) ödenmesi, Medeni Kanun'un hükümlerindendir. Zira, evlilik birliğinin boşanma ile ortadan kalkmış olması, ana ve babanın çocuğa karşı olan borçlarında bir değişiklik meydana getirmez. Diğer deyimle, ana ve babanın beraber yaşamaları halinde nasıl her ikisi beraberce çaba göstererek çocuğu sosyal du-*

rumlarına göre okutmakla ödevli idiyşeler, boşanmadan sonra dahi bu ödevleri sona ermez” ilkesi, kanun koyucu tarafından TMK’nın 328/2. maddesi hükmüyle yasal kural hâline getirilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında talep edilen nafaka miktarının aşılması suretiyle talep edilenden daha fazlasına hükmedilmesi suretiyle karar verilmesinin uygun olmadığı ifade edilmiştir. Kararın incelenmesi ve değerlendirilmesi için öncelikle nafaka, nafaka davası, ıslah ve kısmi dava kavramlarına göz atılması gerekmektedir.

A. NAFKA KAVRAMI

Nafaka², hukuken bir kişinin, başka bir kişiye, belirli koşullar altında ve kanun tarafından öngörülen düzenlemelere uygun olarak maddi destek sağlamasını ifade etmektedir. Türk Medeni Kanunu (TMK) tedbir, yoksulluk, ıştirak ve yardım nafakası olmak üzere dört çeşit nafaka türünü düzenlemiştir.

Tedbir nafakası³, TMK’da düzenlenen bir nafaka türüdür ve boşanma sürecinde ya da ayrı yaşamaya karar verilmesi durumunda, eşlerden birinin veya çocukların maddi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla mahkeme kararıyla bağlanmaktadır. Tedbir nafakası, boşanma davası sonuçlanıncaya kadar veya ayrı yaşam koşulları sona erene kadar geçici olarak hükmedilen nafakadır. Boşanma sebebiyle ekonomik olarak güçlüğü düşecek olan eşin TMK m. 169 hükmü gereği, ayrı yaşama hakkı olan eşlerden birinin talebi üzerine mahkeme bu kararı verebilecektir. Tedbir nafakasının ödenmesine mahkeme boşanma sebebiyle ekonomik olarak güçsüzlüğe düşecek olan eş için karar verebileceği gibi eşlerin müşterek çocuklarının barınma, eğitim, sağlık ve diğer ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla çocuklar için de verilmesine karar verebilecektir⁴.

² Dilimize Arapçadan geçen nafaka sözcüğü, güncel Türk Dil Kurumu Sözlüğü ’ne göre “Geçinmek için gerekli olan şeylerin bütünü, geçimlik” ve “Birinin geçindirmekle yükümlü olduğu kimselere, mahkeme kararıyla bağlanan aylık” anlamlarına gelmektedir. <www.sozluk.gov.tr, E.T.: 25.03.2025.

³ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş: *Medeni Hukuk* (Beta Yayıncılık 2024) 285; Bilge Öztan: *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2015) 747; Mehmet Erdem: *Aile Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2018) 203-204; Erkan Ertürk: *4721 Sayılı Yeni Medeni Kanuna Göre Uygulamada Nafaka Davaları* (Kazancı Kitap 2005) 474; Ömer Uğur Gençan: *Nafaka Hukuku* (Yetkin Yayıncılık 2018) 780; Ümit Gezder: *Türk Medeni Hukuku- Başlangıç, Kişiler, Aile Hukuku* (Beta Yayıncılık 2014) 111; Hüseyin Hatemi: *Aile Hukuku Ders Kitabı* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 106; Ahmet M. Kılıçoğlu: *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2019) 179; Mustafa Kırmızı: *İçtihatlı Aile Hukuku* (Bilge Yayınevi 2018) 662; Aydın Zevkililer, Mehmet Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla: *Medeni Hukuk* (Seçkin Yayıncılık 2000) 943; Mehmet Hamzaçebi: ‘Türk Medeni Kanunu’na Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası (Düzenleniş Biçimi, Mukayesesi, Uygulamadaki Yeri ve Değeri’, (2022) 10 (3-4) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28; Azra Arkan Serim: ‘Yoksulluk Nafakası’, (2007) 65 (1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 288; Aziz Erman Bayram: ‘Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi’, (2019) 144 (1) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 222.

⁴ Akıntürk/Ateş (n 3) 285; Öztan (n 3), 747; Hamzaçebi (n 3) 28; Bayram (n 3), 222.

Yoksulluk nafakası, TMK m. 175 hükmünde düzenlenen ve boşanma sonrasında ekonomik olarak güç duruma düşecek tarafa, diğer eş tarafından ödenen nafaka türüdür⁵. Bu nafaka, boşanmanın bir sonucu olarak ihtiyaç sahibi olan tarafın yaşamını idame ettirebilmesi amacıyla verilmektedir. Yoksulluk nafakasına mahkeme kendiliğinden hükmetmemektedir, nafakaya karar verilebilmesi için mahkemeden talep edilmesi gerekmektedir. Nafakanın kapsamında sadece yoksulluğa düşecek olan eşin temel ihtiyaçlarının karşılanması amacı bulunmaktadır. Boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek olan eş tarafından boşanma davasının açılmasıyla birlikte talep edilebileceği gibi boşanma davasından sonra da talep edilebilecektir.

İştirak nafakası, TMK’na göre boşanma veya ayrılık durumunda, velayeti kendisine bırakılmayan eşin, çocuğun bakım, eğitim, sağlık ve diğer temel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla ödediği nafaka türüdür⁶. Bu nafaka, çocuğun üstün yararının gözetilmesi amacıyla ve çocuğun temel yaşam gereksinimlerini karşılamak için öngörülmüş bir nafaka türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Nafakanın amacı, çocuğun boşanmadan sonraki dönemde ekonomik olarak eski hayatını ve yaşam standartlarını korumaya çalışarak, çocuğun boşanmadan olumsuz olarak etkilenmesini önlemektir. Kanun koyucu iştirak nafakasının kural olarak çocuğun ergin olmasına kadar ödeneceğini bazı özel durumlarda – örneğin, çocuğun eğitim- öğretimine devam etmesi gibi- bu nafakanın erginlikten sonra da ödenebileceğini hüküm altına almıştır. İştirak nafakası, çocuğun temel ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlayan bir yükümlülüktür. Bu nafaka doğrudan çocuğun hakkıdır ve kişisel ihtiyaçlarına yöneliktir.

Yardım nafakası, TMK ’nun m. 364 hükmü kapsamında düzenlenmiştir⁷. Yardım nafakası, yalnızca kan hısımları arasında talep edilebilir ve kişinin temel yaşam ihtiyaçlarını karşılamak için düzenlenmiştir. Kanun koyucu TMK m. 364 hükmünde, yardım nafakasını talep edebilecek olan kişileri, üstsoy, altsoy ve kardeşler olarak belirlemiştir. Yardım nafakası talebinde bulunulabilmesi için kardeşlerden birinin geçimini sağlayamayacak ölçüde maddi desteğe ihtiyaç duyması, diğer kardeşin ise bu desteği karşılayabilecek ekonomik güce sahip

⁵ Akıntürk/Ateş (n 3) s. 302; Mesut Öcal: *Yoksulluk Nafakasının Süresi* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 91; Elce Tutar: *Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Yoksulluk Nafakası* (Seçkin Yayıncılık 2025) 42; Mine Uzun: *Türk Medeni Kanunu ve Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası* (Vedat Kitapçılık 2013) 6; Burçak Çitak: ‘Yoksulluk Nafakası’ (2016) 74 (1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 243; Abdülkerim Yıldırım: ‘Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu’ (2016) 14 (157) *Legal Hukuk Dergisi* 62; Özgecan Sırma: *Yoksulluk ve İştirak Nafakası* (Platon Hukuk 2022) 26.

⁶ “...Ana babanın bakım yükümlünün doğal sonucu olan iştirak nafakası ise, çocuğun korunmasına yönelik olup, kamu düzenine ilişkindir ve hâkim talep bulunmasa dahi kendiliğinden iştirak nafakasına hükmetmelidir...” Y. 2. HD. 14.11.2019 T., 2017/1513 E., 2019/1182 K. sayılı kararı, <www.kazanci.com.tr>, E. T.: 25.03.2025.

⁷ Öztan (n 3), 1201; Hayrunnisa Özdemir: ‘Yargıtay Kararları Işığında Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakası’ (2014) 9 (100) *Terazi Hukuk Dergisi* 65; Akıntürk/Ateş (n 3) 316.



olması gerekmektedir⁸. Yardım nafakası, belirli bir kişinin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla öngörülmüş bir yükümlülüktür⁹. Bu nedenle, yardım nafakası genelde kişisel bir hak olarak değerlendirilmektedir. Bu kişisel nitelik, nafakanın mirasçılara intikalini sınırlamaktadır. Yardım nafakası, yalnızca nafaka alacaklısının (yardım alan kişinin) yaşadığı süre boyunca ödenecektir.

B. NAFKA DAVASI

Nafaka davası, TMK’nda düzenlenen ve boşanma, ayrılık veya aile bireylerinin birbirine karşı yükümlülüklerinden doğan mali destek taleplerini konu alan davalardır. Nafaka davalarında amaç, geçimini sağlayamayan eş veya çocukların mağdur olmamasıdır. Nafaka davaları aile mahkemelerinin görev alanındadır. Aile mahkemelerinin olmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. Nafaka hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olup, bu hakkın kullanılması yalnızca nafaka alacaklısı tarafından veya onun yetki verdiği bir vekil aracılığıyla mümkün olabilmektedir¹⁰. Nafaka yükümlüsünün birden fazla olması durumunda ise, davanın herhangi bir nafaka yükümlüsünün yerleşim yeri ya da davacının yerleşim yeri mahkemesinde açılabilmesi mümkündür (HMK m. 6).

Nafaka miktarının belirlenmesi sürecinde, hâkimlerin uyması gereken temel prensipler bulunmaktadır. Bu prensipler, nafaka borçlusu ve alacaklının yaşam tarzları ile her bir davanın kendine has koşullarını göz önünde bulundurarak nafakanın miktarını ve ödeme şeklini belirlemektir¹¹. TMK m. 365/II, hâkimin bu tür kararlar verirken bazı kriterlere bağlı kalmasını şart koşmaktadır. Bu maddeye göre, bir dava esas olarak, davacının geçimini sağlamak amacıyla, karşı tarafın mali gücüne uygun bir yardım talebinden oluşmaktadır¹². Dolayısıyla, nafakanın miktarı saptanırken, öncelikle alacaklının ihtiyaçları ve borçlunun mali kapasitesi

⁸ “...nafaka şahsî hak olmakla beraber dava açmakla “mameleki hak” niteliği aldığı için davalının ölümü halinde davanın mirasçılar aleyhinde devam edeceğine ve dava günü ile ölüm tarihi arasında geçerli olmak üzere nafaka takdir edilmesi gerektiğini mahkemece de bu kurala uygun karar verilmiş olmasına göre...”, Y. 2. HD., 03.04.1979 T., E. 2535, K. 2750; “...Miras bırakanın sağlığında kullanmadığı nafaka isteme hakkı, ölümü halinde mirasçılardan kullanılamaz ise de, dava açıldıktan sonra hak sahibi öldüğü takdirde mirasçılar, davayı külli halef olarak yürütebilirler. Çünkü dava açılmakla hak, mameleki nitelik alıp, ölümle de ölenin terekesine dâhil olur. Ancak açılmış davayı yürütme imkânı, dava günü ile ölüm günü arasındaki süre için gerçekleşmiş nafaka ile sınırlıdır...”, Y. 2. HD., 06.05.1974 T., E. 2936, K. 2795, <www.kazanci.com.tr> E. T.: 26.03.2025.

⁹ Özdemir (n 7) 65; Öztan: (n 3) 580; Akıntürk/Ateş: (n 3) 444; Gonca Gülfem Bozdağ, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka*, (Yetkin Yayıncılık 2015) 30-31; İzzet Doğan: ‘Türk Medeni Kanunu Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası’, (2015) 35 (1) *Marmara Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni* 60.

¹⁰ Ali İhsan Özüğür: *Nafaka Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2015) 463.

¹¹ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş: *Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2025) 408-409.

¹² Dural/Ögüz/Gümüş (n 11) 408.

detaylı bir şekilde incelenmelidir. Nafaka değerlendirmesi yapılırken, tarafların ekonomik ve sosyal durumları, güncel ekonomik şartları ve adalet anlayışı göz önünde bulundurulacaktır¹³.

Nafaka kararları, davanın görüldüğü dönemin koşullarına dayanarak verilir ve bu nedenle kesin nitelik taşımaz. Zaman içerisinde tarafların ekonomik ve sosyal durumlarında meydana gelen önemli değişiklikler, lehe veya aleyhe olsun; hâkim tarafından dikkate alınarak nafaka miktarının yeniden düzenlenmesi yönünde adil bir karar verilecektir¹⁴. Dolayısıyla, dava sonrasında tarafların ya da taraflardan bağımsız gelişen ve onların durumlarını etkileyen değişiklikler meydana gelebilecektir. Bu tür değişiklikler, ödeme gücünü veya tarafların yoksulluk ve ihtiyaç durumlarını olumlu veya olumsuz yönde etkileyebilecektir. Nafaka miktarının adil bir şekilde yeniden değerlendirilmesi ve güncellenmesi gerekebilecektir¹⁵.

C. ISLAH

Islah, HMK m. 176 hükmünde “*Taraflardan her biri, yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebilir*” şeklinde düzenlemiştir. Islah, kelime anlamı itibarıyla, düzeltme, iyileştirme demektir¹⁶. Islah kelimesinin anlamından da anlaşılacağı üzere ıslah kurumu ile yargılamadaki taraflardan her biri yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen değiştirebilecek veya düzeltebilecektir. Islah kurumunu en kısa haliyle, dava (iddia veya savunma) değiştirmenin bir yolu olarak ifade edilebilecektir¹⁷.

HMK m. 141 hükmüne göre “*Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır*”. Madde metni açıkça iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağını düzenlemiştir. Madde metninde ayrıca bu yasağın istisnasının ıslah kurumu olduğu da ayrıca belirtilmiştir. Dolayısıyla iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi mümkün değilken bu durumu mümkün hale getiren müessese ıslaktır.

¹³ Öztan (n 3) 592.

¹⁴ Y. 2. HD. T. 05.03.1954, E. 1954/1102 K. 1954/1174, <<https://www.hukukturk.com/anasayfa>> ET. 16.05.2025); Dural/Öğüz/Gümüş (n 11) 409-410.

¹⁵ Oğuz Ersöz: ‘Yoksulluk Nafakasının Sona Ermesi’ (2018) 12 *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 498-499.

¹⁶ <www.tdk.gov.tr> E.T.: 13.08.2025.

¹⁷ Saim Üstündağ: *Medeni Yargılama Hukukunun Esasları* (Sulhi Garan Matbaası 1973) 327; Mahmut Bilgen: *Hukuk Muhakemeleri Kanununda Islah ve Belirsiz Alacak Davası* (Adalet Yayınevi 2021) 43; Ejder Yılmaz: *Islah* (Yetkin Yayıncılık 2021) 228; Orhan Eroğlu: *Islah* (Seçkin Yayıncılık 2025) 304; Aybuke Uzunpınar Tüfek: ‘Kısmi Davada Islah’ (2021) 9 (2) *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 525.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu davanın tam ıslahında davanın açıldığı tarihten itibaren gerçekleşen bütün usul işlemlerinin yeniden yapılması gerektiği, davanın kısmi ıslahı halinde ise davanın açıldığı tarihten itibaren kısmen bazı usul işlemlerinin yeniden yapılmasının gerekmesi sebebiyle söz konusu olacağını, bu sebeple de aile mahkemelerinde görülmekte olan davalarda nafaka arttırımının ıslah yoluyla gerçekleşmeyeceğine karar vermiştir.

D. KISMİ DAVA

HMK m. 109/1 hükmü “*talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebileceği*” hükmüne yer verilmiştir. Davacının aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan bölünebilir alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya kısmi dava denilmektedir¹⁸. O halde para alacaklarına ilişkin her dava para alacağının bölünebilir olması sebebiyle kısmi dava niteliğinde de açılabilir. Kısmi dava açılabilmesi için üç şart gereklidir: Alacak bölünebilir olmalıdır. Kısmi dava açılmasında davacının hukuki yararı olmalıdır. Ayrıca alacağın tümü aynı hukuki ilişkiden doğmalıdır¹⁹.

Nafaka alacağına ilişkin davanın kısmi dava olarak açılmasının YHGK kararında nafakanın bölünemez bir alacak olmasının kabul edilmesi sebebiyle mümkün olamayacağı ifade edilmiştir.

II. YARGITAY VE BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN DİĞER KARARLARININ İNCELENMESİ

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir kararında ıslahın ne zamana kadar yapılacağını belirtmekle birlikte tedbir ve yoksulluk nafakasının ıslah ile arttırımı karşısında taleple ilgili olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerektiğinden bahsetmiş-

¹⁸ Cenk Akil: *Kısmi Dava* (Yetkin Yayıncılık 2013) 63; Süha Tanrıver: ‘Kısmi Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler’, *Makalelerim II 2006-2010* (Adalet Yayınevi 2011) 852; Bektaş Kar: ‘Islah Kısmi ve Ek Dava Kavramları ile Dava Konusunun Islah Yoluyla Arttırılmasının Getirdiği Sorunlar’ (2002) 28 (3) *Yargıtay Dergisi* 438; Ahmet İyimaya: ‘Kısmi Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar’, (1985) 11 (3) *Yargıtay Dergisi* 193; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammed Özkes: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (On İki Levha Yayıncılık 2024) 313; Ali Cem Budak ve Vural Karaaslan: *Medeni Usul Hukuku (Filiz Kitabevi 2024)* 132; Süha Tanrıver: *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin Yayıncılık 2024) 589; Baki Kuru: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin Yayıncılık 2015) 308; Şahin Çil ve Bektaş Kar: *6100 Sayılı HMK’ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava* (Yetkin Yayıncılık 2012) 27; Cemil Simil: *Belirsiz Alacak Davası* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 98; Cengiz Kulaksız: *Die Teilklage im deutschen und türkischen Zivilprozessrecht* (Peter Lang 2004) 1113; Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım: *Medeni Usul Hukuku Esasları* (Beta Yayıncılık 2009) 212; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası: *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin Yayınları 2020) 290; Abdurrahim Karslı: *Medeni Muhakeme Hukuku* (Filiz Kitabevi 2020) 323; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan: *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin Yayınları 2020) 343; L. Şanal Görgün, Levent Börü, Mehmet Kodakoğlu: *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin Yayınları 2025) 276; İdil Tuncer Kazancı, “Yargıtay Uygulaması Işığında Kısmi Davaya İlişkin Bazı Sorunlar” (2020) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28 (3) 1509.

¹⁹ Pekcanitez/ Atalay/Özkes (n 18) 313.

tir²⁰. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir başka kararında; davacının boşanmanın fer'isi olan nafaka ve tazminat taleplerini ıslah etmesi karşısında HMK m. 176 vd. hükümlerine göre, tarafların her birinin dava/cevap dilekçesini ıslah ederek yeni bir vakıa ekleyebileceğini, yeni vakıa için delil gösterebileceğini, boşanma davasının eki niteliğinde olan maddi-manevi tazminat isteminde bulunabileceğini; ıslahın karşı tarafın veya mahkemenin kabulüne bağlı olmadığı gibi bu konularda harç ödemesine de gerek olmadığını; mahkemece; davacının ıslah dilekçesi davalıya tebliğ edilerek, davacının tazminat ve nafaka talepleri konusunda bir karar verilmesi gerekirken, ıslah istemi dikkate alınmaksızın, yazılı şekilde hüküm kurulmasının doğru olmadığını belirtmiştir²¹.

Antalya Bölge Adliye Mahkemesi kararı ile; iştirak nafakasının arttırılması talebinin niteliği itibariyle bölünebilir bir alacak olmadığından ıslah yolu ile de arttıramayacağını, kısmi davaya da konu olamayacağını belirterek dava dilekçesindeki talebin aşıl原因 olarak verilmesini hatalı bulmuştur²².

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi kararı ile yoksulluk nafakasının arttırılması istemi ile karşı dava olarak açılan taleple ilgili yoksulluk nafakasının arttırılması niteliği itibariyle bölünebilir bir alacak olmadığından kısmi davaya konu olmayacağı gibi ıslah ile de arttırılması mümkün olmadığından ıslahı hiç yapılmamış kabul ederek kesinlik sınırının dava dilekçesinde talep miktarı dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir²³.

Adana Bölge Adliye Mahkemesi kararı ile; yardım nafakasının ıslah ile arttırıldığı davada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına atıf yaparak yardım nafakasının arttırılması talebinin niteliği itibariyle bölünebilir bir alacak olmadığından ıslahının da mümkün olmadığına ve mahkemece hatalı olarak ıslah doğrultusunda talebin aşıl原因 olarak nafaka takdirine gidilmesinin doğru olmadığına karar vermiştir²⁴.

Sakarya Bölge Adliyesi Mahkemesi, iştirak nafakası talebinin niteliği itibariyle bölünebilir bir alacak olmadığı dikkate alındığında, ıslah yoluyla arttıramayacağı gibi, kısmi davaya da konu olamayacağı (HGK 07.11.2019 T., 2018/3-564 E., 2019/1150 K.) hususu göz önünde tutularak ilk derece mahkemesinin taleple bağlılık ilkesi gereği verdiği kararı usul ve yasaya uygun bulmuştur²⁵.

²⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 10.03.2021 T., 2021/553 E., 2021/2113 K. karar sayılı kararı; <www.kazanci.com.tr> E. T.: 26.03.2025.

²¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 22.01.2018 T., 2016/9968 E., 2018/929 K. sayılı kararı; <www.kazanci.com.tr> E. T.: 20.04.2025.

²² Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi 29.02.2024 T., 2024/55 E., 2024/525 K. sayılı kararı; <www.uyap.gov.tr> E.T.: 15.08.2025.

²³ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi 17.09.2024 T., 2024/1103 E., 2024/1359 K. sayılı kararı; <www.uyap.gov.tr> E.T.: 20.08.2025.

²⁴ Adana Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi 26.09.2024 T., 2023/2064 E., 2024/2071 K. sayılı kararı; <www.uyap.gov.tr> E.T.: 27.08.2025.

²⁵ Sakarya Bölge Adliyesi Mahkemesi 2. Hukuk Mahkemesi 26.09.2024 T., 2024/1534 E., 2024/1616 K. sayılı kararı; <www.uyap.gov.tr> E.T.: 25.08.2025.



Davacının dava dilekçesinde 1.250,00 TL tedbir nafakası talebinde bulunduğu ve fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmadığını belirterek ilk derece mahkemesince dava dilekçesinde belirtilen nafaka miktarının ıslah dilekçesi ile yargılama sırasında artırılmasının mümkün olmadığını, davacı lehine ilk dava dilekçesinde belirtilen miktar olan 1.250,00 TL'yi aşmamak üzere nafakaya hükmedilmesi gerekirken, ıslah dilekçesi dikkate alınarak kararın kesinleşmesinden sonra geçerli olmak üzere 2.000,00 TL tedbir nafakasına karar verilmesinin doğru olmadığına karar vermesi üzerine davacı vekilinin tedbir nafakası arttırılması istemine yönelik açtığı davada fazlaya ilişkin haklarını saklı tuttuğunu belirterek kesinleşmiş mahkeme kararına dair yargılamanın yenilenmesini istediği dosyada Bursa Bölge Adliye Mahkemesi kararında davacı vekilinin yargılamanın nedenlerine ilişkin ileri sürdüğü hususların HMK m.375 hükmünde sayılan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden hiç birini kapsamadığı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2018/3-564 E., 2019-1150 K. Sayılı kararına göre nafaka taleplerinin ıslah yolu ile arttırılamayacağı yönündeki kararı dikkate alınarak yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine karar vermiştir²⁶.

Ankara BAM kararında her ne kadar ıslah talebi olmasa da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun nafakanın ıslah yolu ile arttırılamayacağına dair içtihadı benimseyerek kararına eklediği ve kararına "...iştirak nafakasının arttırılması talebi niteliği itibarıyla bölünebilir bir alacak olmadığından ıslah yolu ile arttırılamayacağı gibi kısmi davaya da konu olamayacağı..." şeklinde karar vermiştir²⁷.

Van Bölge Adliye Mahkemesi kararında, "...boşanma ve fer'ilerine yönelik olarak açılan davada verilen kararın temyizi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 16/01/2024 T., 2023/2892 E., 2024/266 K. karar sayılı bozma kararı ile hakim taleple bağlı olup fazlaya hükmedemeyeceğini, her ne kadar iştirak nafakası talep olmadan dahi hâkim tarafından re'sen verilebilecek ise de bunun taleple sınırlandırılması halinde talebin aşılamayacağını ve buna göre ortak çocuk lehine talep miktarının aşılarak iştirak nafakasına karar verilmesinin doğru olmadığını belirterek kararı bozmuş ve ilgili Hukuk Dairesi HMK m. 256 hükmü gereğince hakim davacının talebi ile bağlı olduğunu, talepten fazlasına hükmedemeyeceğini, nafakanın ıslah yolu ile arttırılamayacağını..." belirterek taleple bağlı olarak iştirak nafakasına karar vermiştir. Karara muhalif kalan hakim üye muhalefet şerhinde, "...iştirak nafakası kamu düzeninden olup talep olmasa bile hakim re'sen hükmedebileceğini, nafakanın bölünebilir bir alacak olmadığı iddiasının fer'i olarak talep edilen eldeki davaya uygulanma olanağının olmadığını, Aile Hâkiminin velisi tarafından az nafaka talep edilen çocuğu gerekirse velisine karşı da korumak zorunda olduğunu; salt şekli hukuk kuralları kapsamında değerlendirme yapılarak kamu vicdanında yara açmanın kesinlikle doğru olmadığını;

²⁶ Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi 15.06.2023 T., 2022/409 E., 2023/507 K. sayılı kararı; <www.uyap.gov.tr> E.T.: 17.08.2025.

²⁷ Ankara BAM 1. Hukuk Dairesi 26.09.2024 T., 2024/552 E., 2024/1334 K. karar sayılı kararı; <www.uyap.gov.tr> E.T.: 19.08.2025.

kişilere müstakil iştirak nafakası davası açabilme hakkı bulunduğu düşüncesiyle kamu düzeninden olan iştirak nafakası talebine genel para alacağına dair hükümlerin uygulanmasının Anayasamıza, taraf olduğumuz Çocuk Sözleşmelerine, Çocuk Koruma Kanunu'na, TMK m.2 hükmüne, Aile hukuku kitabına, hakkaniyete ve özetle hukuka aykırı olduğunu, iştirak nafakası velinin değil küçüğün hakkı olduğunu, usul hukukunun esas hukukun efendisi değil hizmetçisi olduğunu...” belirtmiş ve taleple bağlı kalınmaksızın çocuğun lehine uygun olacak bir nafaka miktarı tayinine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁸.

Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi kararında; boşanmanın fer'isi olarak açılan karşı davada nafaka, maddi ve manevi tazminat istemlerinin ıslahına yönelik olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıdaki kararına atıfta bulunarak ıslah mümkün olmadığından karşı dava dilekçesinde talep edilen nafakadan fazlasına hükmedilemeyeceğini belirtmiştir²⁹.

Bölge Adliye Mahkeme kararlarında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından aile mahkemelerinde devam eden davalarda nafakanın arttırılmayacağına ilişkin yaklaşımının devam ettiği tespit edilmiştir. Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi yeni tarihli kararlarında farklı yaklaşımlar sergilemektedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir kararında başkaca bir tartışmaya girmeksizin tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumlarına, nafakanın niteliğine, günün ekonomik koşullarına göre karşı davacı kadın yararına takdir edilen yoksulluk nafakası azdır diyerek aslında talep miktarının ıslah dilekçesi ile arttırılan miktarına göre bir değerlendirme yapılması gerekliliğinden bahsetmiştir³⁰.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir başka kararında davalının boşanma ve fer'isi istemlerine yönelik davada davalının iştirak nafakasının ıslah ile arttırdığı talebine yönelik olarak ilk derece mahkemesinin cevap dilekçesinde 4000 TL talep edilmişken ıslah dilekçesi ile arttırılan miktarı kısmen kabul ederek 10.000 TL iştirak nafakasına hükmedilmesine dair verdiği kararı onamıştır³¹.

Nafakanın boşanma davası içerisinde ya da münhasıran ayrı bir dava olarak talep edilmesi durumunda ve ilerleyen yargılama aşamasında talebin ıslah dilekçesi sunularak arttırılması halinde iş bu taleplerin uygulamada nasıl değerlendirildiği ise Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin çok yeni bir tarihte verdiği bir kararı³² ile “...

²⁸ Van Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi 2024/526 E. ve 2024/740 K. karar sayılı kararı, <www.uyap.gov.tr> E.T.: 20.08.2025.

²⁹ Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi 23.01.2023 T., 2022/1611 E., 2023/92 K. karar sayılı kararı; <www.uyap.gov.tr> E.T.: 15.08.2025.

³⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2023/2686 E. ve 2023/5765 K. sayılı kararı; <www.uyap.gov.tr> E.T.: 20.08.2025.

³¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 28.05.2024 T., 2024/3018 E., 2024/3928 K. sayılı kararı; <www.uyap.gov.tr> E.T.: 25.08.2025.

³² Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 25.03.2025 tarihli 2024/5989 E. ve 2025/3061 K. sayılı kararı; <www.uyap.gov.tr> E.T.: 17.08.2025.



her ne kadar boşanmanın fer'isi niteliğindeki manevi tazminat talebi bölünmezlik ilkesi gereği ıslah ile arttırılamaz ise de nafakaların bölünemez alacak niteliğinde olmamaları nedeni ile ıslah ile arttırılabileceği...” denilmek suretiyle açıkça aslında nafakaların bölünemez alacak niteliğinde olmadığını vurguladığını ve iş bu karar ile aslında nafaka davalarının boşanmanın fer'isi olarak açılın ve/veya ayrı bir dava olarak açılın aslında ıslah yolu ile arttırılabileceğine dair görüş sergilediğini düşünüyoruz. Yine aynı yönde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir başka kararında, “... Manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi gereği ıslah ile arttırılamaz ise de nafakaların ıslah ile arttırılabileceği, yine maddî tazminatın ıslah ile istenebileceği, bu hale göre erkek yararına usulü kazanılmış hak oluşturan bir yön bulunmadığı da göz önüne alınarak yoksulluk nafakasının ve maddî tazminat miktarının ıslah beyanına göre değerlendirilmesi gerekirken dikkate almaması doğru bulunmamıştır...” kararıyla da devam eden bir davada nafakanın ıslah yoluyla arttırılabileceğine hükmedilmiştir³³.

III. DEĞERLENDİRME

Nafaka, kanundan doğan³⁴ bir alacaktır³⁵. Her hak gibi nafaka alacağı hakkı da kişiye karşı ileri sürülebilen haklardandır³⁶. Dolayısıyla tarafların nafaka ödenmesi konusunda sözleşme yapmaları mümkün değildir. Ancak taraflar kendi aralarında nafaka ödenmesi hususunda bir sözleşme yapmış olsa bile bu durum nafakanın kanundan doğan bir alacak olduğu sonucunu değiştirmeyecektir³⁷. Nafaka davalarında talep konusunun açıkça belli olması, ancak mahkeme kararı ile mümkün olabilecektir.

Nafaka, aile hukukuna özgü, kanundan doğan, miktarının belirlenmesi hâkimin takdirine bağlı olan ve önceden belirlenemeyen alacaklardır. HMK m. 107/1 hükmünde belirsiz alacak davası “*davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını*

³³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2024/926 E., 2024/8200 K. Karar sayılı kararı; <www.uyap.gov.tr> E.T.: 20.08.2025.

³⁴ “Nafaka alacağı, kanunda düzenlenmiş olması, örf ve âdet hukuku düzenlemeleriyle genel ahlak ilkelerinden ortaya çıkması sebebiyle diğer borç ilişkilerinden farklıdır. Nafaka borcunun ödenememesi halinde icra yoluyla nafakanın tahsil edilmesi hatta tazyik hapsi dahi uygulanabilmektedir”. Ahmet Cemal Ruhi: *Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2010) 20; Aylin Somkan Fırat: *Yoksulluk Nafakası*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (2010) 3.

³⁵ “Nafaka verilmesi, nafakanın artırılması veya azaltılmasına ilişkin davalar haksız fiilden doğan veya sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklar olmayıp; kanundan doğan bir alacağın tespiti ve tahsili davası niteliğinde olan alacaklardır”. Ahmet Cemal Ruhi: *Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklılarının Yabancı Ülkelerde Tahsili*, (Seçkin Yayıncılık 2003) 19-20.

³⁶ Ahmet Mithat Kılıçoğlu: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Turhan Kitabevi 2020) 37-39; Fikret Eren: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin Yayıncılık 2020) 58.

³⁷ “... Nafaka alacağı kişiye bağlı alacak haklarından ve TMK düzenlemelerinde belirlenen şartların varlığı halinde nafakanın mahkemeden talep edilmesiyle nafaka alacağı malvarlığı hakkına dönüşecektir”. Mecit Demir: *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası* (Seçkin Yayıncılık 2018) 23.

yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabileceği” şeklinde nitelendirilmiştir. O halde madde metnindeki “*Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde...*” ibaresinden belirsiz alacak davasının istisnai bir dava türü olduğu anlaşılmaktadır. Nafaka davalarının açıldığı tarihte nafaka miktarının belirsiz olması veya tespit edilmesinin imkânsız olması gibi bir durum söz konusu değildir. Nafaka alacağında belirsiz olan davanın açıldığı tarihle davanın sonuçlandığı tarih arasındaki geçen sürede talep edilen nafaka miktarının değişmesindeki zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Bu sebeple nafaka davalarının belirsiz alacak davası şeklinde açılması değil açılmış olan davada ıslah yoluyla arttırım yapılması daha doğru olacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 07.11.2019 T. 2018/3-564 E. ve 2019/1150 K. Sayılı kararında, yardım nafakasının aile bireylerini yoksulluk ve düşkünlükten kurtarmaya ilişkin bir nevi sosyal yardımlaşma olup ahlak kuralları ile geleneklerin zorunlu kıldığı bir ödev olduğunu açıkça ifade etmiştir. Aile bağlarının herhangi bir nedenle zayıflamış olması da yükümlülüğü ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle kanun koyucu, yardım nafakasını kişinin ve toplumun vicdanına bırakmamış, kanuni bir ödev olarak düzenlemiştir. Böylece nafaka ödemenin bir kanuni alacak ve ödev olması, nafakanın sosyal yardımlaşma aracı olmasını da zorunlu hale getirmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararıyla nafakaların bölünemez alacak olduğunu ifade etmek ve bu sebeple ıslah yoluyla arttırılmayacağını kabul etmek doğru olmayacaktır. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi 02.06.2011 T., 2010/8242 E., 2011/9737 K. sayılı kararında dava dilekçesinde talep olmadığı halde sonradan iştirak nafakası istenmesi davanın veya talebin genişletilmesi niteliğinde olmayıp, istenmesi hatta artırılması için ıslaha da gerek olmadığı yönünde karar vermiştir.

Nafaka alacağı, hâkimin takdirinde olduğundan ne kadar verileceğinin önceden bilinmesi mümkün değildir. Özellikle iştirak nafakasının verilmesi ya da arttırılmasına yönelik davalarda çocuğun ihtiyaçlarının dava açıldıktan sonra dahi devam ettiği bilinen bir gerçektir. Hâkim taleple bağlıdır ve her davayı davanın açıldığı tarihteki durum ve koşullarına göre değerlendirir kuralı iştirak nafakasının artırılması istemi ile açılan davalarda uygulama alanı bulamaz. Dava açıldığı tarihte henüz kursa gitmeyen çocuk kursa başlayabilir, ergenlik dönemine girdiği için bir anda vücut yapısı değişebilir, sağlık durumunda olumsuz gelişmeler yaşanabilir ve dahi zorunlu ihtiyaçları günden güne değişip artabilir. İştirak nafakası verilmesi istemli davalarda davanın mahiyeti gereği çocuğun büyüyen yaşı göz önünde bulundurularak takdir edilecek nafaka miktarı mahkeme hakimince belirlenmeye çalışılmaktadır. Davacının dava açtığı esnada çocuğun içinde bulunduğu durum ve koşullar değişmesi, talep edilen nafaka alacağı miktarını de-



ğiştirilmesine sebep olabilecektir. Bu konuda davacının ıslah yoluna başvurusu adeta zorunlu bir gereklilik olarak ortaya çıkacaktır.

Özellikle ülkemizde artan dava sayıları nedeniyle mahkemelerin iş yükü ve dahi ortalama bir yılı bulan yargılama süreleri ile çocuğun büyüyen yaşı karşısında dava açıldığı tarihteki nafaka miktarından daha fazlasına hükmedemezsin, ıslah ile nafaka miktarını arttıramazsın demek konunun istinaf aşamasına taşınması süreci de ele alındığında hem ihtiyaçlara cevap vermez hem de yeni davaların açılmasına sebebiyet vereceğinden usul ekonomisine uygun düşmez. Aynı durum yardım nafakası verilmesi ya da yoksulluk nafakası verilmesi ya da arttırılmasına yönelik davalar için de benzer hususlar söylenebilecektir. Dava açıldığında tarafların mevcut durumlarında değişiklikler olması ve talebin değiştirilmesi adeta zorunlu hale gelebilmesi mümkündür. Burada nafaka talebi kanundan doğan bir alacak hakkıdır ve aslında tartışılması gereken husus bu talebin en nihayetinde devamlılığı olan bir para alacağı olduğunu kabul etmek ve para alacaklarının da bölünebilir olduğunu kabul etmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Hukuk yargılamasının katı biçimselliğine takılarak münhasıran açılan nafaka davalarında ıslahı kabul etmemek demek mevcut ekonomik ve sosyal durumların değişmesi karşısında tarafların arasındaki uyuşmazlığın adaletli bir şekilde çözümlenmesini engellemek demektir. Böyle bir tutum hukuk yargılamasının güttüğü amaca ters düşecektir. İslah kurumu tarafların yargılama işlemlerinde yanlış ve/veya eksikliklerini gidermeye olanak sağlayan bir kurum olduğu gibi toplumumuzun da gerek ekonomik gerekse kültürel yapısı baz alınarak getirilmiş bir kurum olduğundan ve ıslah ile değişen koşullara göre hükmün değiştirilmesini amaçladığından ve yeniden dava açılmasını da engellediğinden iş bu hukuksal çareye nafaka davalarında da başvurulabileceği kanaatindeyiz.

HMK m. 26 hükmünde düzenlenmiş olan “*taleple bağlılık ilkesi*” hâkimin tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olması anlamına gelmektedir. “*Kamu yararı*” veya “*kamu düzeni*” kavramı, bireylerin sübjektif menfaatlerinin ötesinde, toplumun genel çıkarlarını ve hukuk düzeninin temel ilkelerinin korunmasını amaçlayan bir hukukî prensip olarak karşımıza çıkar. Kamu düzenine ilişkin konularda taraf iradeleri sınırlanabilir; bu kapsamda hâkim, tarafların talepleriyle mutlak surette bağlı olmaksızın, kamu düzeninin ve toplum yararının gerektirdiği şekilde re’sen inceleme ve karar verme yetkisine sahiptir. Kamu yararının korunmasını gerekli kılan durumlarda hâkim, taleple bağlılık ilkesine sıkı biçimde bağlı kalmaksızın, kamu düzeninin sağlanması amacıyla re’sen değerlendirme ve hüküm tesis etme yetkisini haizdir. Boşanma davasının fer’isi olarak açılan iştirak nafakasında talep miktarı belirtilmiş olsa dahi, bu miktarın aşılması yönünde hâkimin karar vermesi halinde bu durum, Türkiye’nin tarafı olduğu BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, Anayasa m. 90 hükmü ve çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde mümkün kabul edilmelidir.

SONUÇ

Nafaka, TMK’nda düzenlenmiş, aile hukukuna özgü, tarafların iradelerinden bağımsız olarak doğan ve hâkimin takdirine bağlı bir alacak türüdür. Tedbir, iş-tirak, yoksulluk ve yardım nafakası çeşitleriyle kişilerin en temel ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlayan bu kurum, yalnızca bireysel menfaatleri değil, aynı zamanda toplumsal düzeni de koruyan bir işlev üstlenmektedir. Bu yönüyle nafakanın, salt özel hukuk ilişkisi çerçevesinde değerlendirilemeyecek, kamu düzeniyle doğrudan bağlantılı bir yükümlülük olduğu kabul edilmelidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 07.11.2019 T. ve 2018/3-564 E., 2019/1150 K. sayılı kararında nafakanın “bölünemez alacak” niteliğinde olduğu gerekçesiyle ıslah yoluyla artırılmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bölge Adliye Mahkemelerinin büyük kısmı söz konusu içtihadı benimserken, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin özellikle 2023 ve 2024 tarihli kararlarında farklı bir yaklaşım sergilediği görülmüştür. Daire, bazı kararlarında talebin ıslah yoluyla artırılmasını kabul etmiş ve hatta nafakanın bölünemez alacak niteliğinde olmadığını açıkça ifade etmiştir. Bu durum, uygulamada yeknesaklık sorununa yol açmakta ve taraflar açısından belirsizlik yaratmaktadır.

Kanaatimizce, nafakanın “bölünemez alacak” olarak nitelendirilmesi ve bu sebeple ıslah yoluyla artırılmayacağı sonucuna varılması, aile hukukunun kendine özgü dinamikleriyle bağdaşmamaktadır. Zira nafaka alacağı, davanın açıldığı anda kesin biçimde öngörülebilir bir alacak değildir. Özellikle iştirak nafakasında çocuğun yaşı, eğitim hayatı, sağlık durumundaki değişiklikler gibi etkenler, yargılama süreci içerisinde dahi ihtiyaçların artmasına yol açabilmektedir. Benzer şekilde ekonomik koşulların hızlı değişimi, tarafların sosyal ve mali durumlarının da kısa sürede farklılaşmasına neden olmaktadır. Bu bağlamda, dava açıldığı andaki nafaka talebinin yargılama sürecinde yetersiz hale gelmesi sıkça karşılaşılan bir durumdur.

HMK’da düzenlenen ıslah kurumu, taraflara yapmış oldukları usul işlemlerini düzeltme ve değiştirme imkânı tanıyan, yargılamanın daha adil ve sağlıklı yürütülmesini sağlayan bir hukuki araçtır. Nafaka davalarının niteliği, ıslah kurumunun en çok ihtiyaç duyulduğu alanlardan biridir. ıslah yoluyla nafaka talebinin artırılmasına imkân verilmesi, hem tarafların gereksiz yere yeni davalar açmasının önüne geçerek “usul ekonomisi ilkesine” hizmet edecek, hem de değişen ihtiyaçların yargılama sürecine yansıtılmasını sağlayarak “hakkaniyetin gerçekleşmesine” katkıda bulunacaktır.

İştirak nafakası bakımından, “çocuğun üstün yararı” ilkesinin gözetilmesi zorunludur. Zira nafaka alacağı, velayet hakkını kullanan ebeveynin değil, bizzat çocuğun kişisel hakkıdır. Bu yönüyle iştirak nafakası, ebeveynler arasındaki bir borç ilişkisinden ziyade, çocuğun temel yaşam, bakım ve gelişim hakkının bir yansıması niteliğindedir. Dolayısıyla, çocuğun menfaatlerini korumakla yükümlü olan hâkimin, şekli usul kurallarına sıkı biçimde bağlı kalarak talebin ıslah

yoluyla artırılmasına izin vermemesi, çocuğun maddi güvenliğini zayıflatmakta ve onun anayasal düzeyde korunan temel haklarının ihlaline yol açabilmektedir.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları belgeleri, özellikle *Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme* m.3 hükmünde düzenlenen “çocuğun üstün yararı” ilkesi uyarınca, tüm yargısal ve idari işlemlerde çocuğun menfaatinin öncelikli olarak gözetilmesi gerekmektedir. Ayrıca, Anayasa m. 90 hükmü uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerinin kanun hükümlerine üstünlüğü dikkate alındığında, çocuğun üstün yararını doğrudan ilgilendiren nafaka taleplerinde usule ilişkin katı sınırlamaların esnetilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, iştirak nafakasının ıslah yoluyla artırılabilmesine cevaz verilmesi, yalnızca usul hukukunun değil, aynı zamanda anayasal çocuk hakları korumasının ve uluslararası yükümlülüklerin de bir gereğidir.

Sonuç olarak, nafaka alacağının ıslah yoluyla artırılmasının mümkün olmadığı yönündeki görüş, aile hukukunun koruma amacına, toplumun sosyal ihtiyaçlarına ve günümüz ekonomik koşullarına uygun düşmemektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin son dönemdeki kararlarında da işaret edildiği üzere, nafakanın bölünebilir alacak niteliğinde olduğu kabul edilmeli ve bu doğrultuda nafaka taleplerinin ıslah yoluyla artırılmasına imkân tanınmalıdır. Böyle bir yaklaşım, hem adalet ve hakkaniyet ilkeleri ile hem de usul ekonomisi ve çocuğun üstün yararı gibi anayasal ve uluslararası yükümlülüklerle daha uyumlu olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıntürk T ve Ateş D, *Medeni Hukuk* (Beta Yayıncılık 2024).
- Akil C, *Kısmi Dava* (Yetkin Yayıncılık 2013).
- Alangoya Y, Yıldırım K, Yıldırım N. D, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (Beta Yayıncılık 2009).
- Arkan Serim A, ‘Yoksulluk Nafakası’, (2007) 65 (1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 287-302.
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin Yayınları 2020).
- Atalı M, Ermenek İ, Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin Yayınları 2020).
- Bayram A E, ‘Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi’ (2019) 144 (1) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 213-248.
- Bilgen M, *Hukuk Muhakemeleri Kanununda Islah ve Belirsiz Alacak Davası* (Adalet Yayınevi 2021).
- Bozdağ G G, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka* (Yetkin Yayıncılık 2015).

- Budak A C ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (Filiz Kitabevi 2024).
- Çil Ş ve Kar B, *6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava* (Yetkin Yayıncılık 2012).
- Çitak B, 'Yoksulluk Nafakası' (2016) 74 (1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 241-257.
- Demir M, *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası* (Seçkin Yayıncılık 2018).
- Doğan İ, 'Türk Medeni Kanunu Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası' (2015) 35 (1) *Marmara Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni* 59-95.
- Dural M/Öğüz T/ Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2025).
- Erdem M, *Aile Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2018).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin Yayıncılık 2020).
- Ersöz O, 'Yoksulluk Nafakasının Sona Ermesi' (2018) 12 *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 463-509.
- Eroğlu O, *Islah* (Seçkin Yayıncılık 2025).
- Ertürk E, *4721 Sayılı Yeni Medeni Kanuna Göre Uygulamada Nafaka Davaları* (Kazancı Kitap 2005).
- Gençcan Ö U, *Nafaka Hukuku* (Yetkin Yayıncılık 2018).
- Gezder Ü, *Türk Medeni Hukuku- Başlangıç, Kişiler, Aile Hukuku* (Beta Yayıncılık 2014).
- Görgün L Ş, Börü L, Kodakoğlu M: *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin Yayınları 2025).
- Hamzaçebi M, 'Türk Medeni Kanuna Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası (Düzenleniş Biçimi, Mukayesesi, Uygulamadaki Yeri ve Değeri' (2022) 10 (3-4) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23-48.
- Hatemi H, *Aile Hukuku Ders Kitabı* (On İki Levha Yayıncılık 2020).
- İyimaya A, 'Kısmi Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar' (1985) 11 (3) *Yargıtay Dergisi* 193-205.
- Kar B, 'Islah Kısmi ve Ek Dava Kavramları ile Dava Konusunun Islah Yoluyla Arttırılmasının Getirdiği Sorunlar' (2002) 28 (3) *Yargıtay Dergisi* 416-450.
- Karşı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (Filiz Kitabevi 2020).
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Turhan Kitabevi 2020).
- Kılıçoğlu A M, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2019).
- Kırmızı, M, *İçtihatlı Aile Hukuku* (Bilge Yayınevi 2018).

Kulaksız C, *Die Teilklage im deutschen und türkischen Zivilprozessrecht* (Peter Lang 2004).

Kuru B, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin Yayıncılık 2015).

Öcal M, *Yoksulluk Nafakasının Süresi* (On İki Levha Yayıncılık 2019).

Özdemir H, ‘Yargıtay Kararları Işığında Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakası’, (2014) 9 (100) *Terazi Hukuk Dergisi* 65-78.

Öztan B, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2015).

Özüğür A İ, *Nafaka Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2015).

Pekcanitez H./Atalay O./ Özokes M, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (On İki Levha Yayıncılık 2024).

Ruhi A C, *Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklılarının Yabancı Ülkelerde Tahsili*, (Seçkin Yayıncılık 2003).

Ruhi A C, *Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2010).

Sırma Ö, *Yoksulluk ve İştirak Nafakası* (Platon Hukuk 2022).

Simil C, *Belirsiz Alacak Davası* (On İki Levha Yayıncılık 2013).

Somkan Fırat A, *Yoksulluk Nafakası*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (2010).

Tanrıver S, ‘Kısmi Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler’, *Makalelerim II 2006-2010* (Adalet Yayınevi 2011) 851-866.

Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin Yayıncılık 2024).

Tuncer Kazancı İ, ‘Yargıtay Uygulaması Işığında Kısmi Davaya İlişkin Bazı Sorunlar’ (2020) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28 (3) 1507-1543.

Tutar E, *Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Yoksulluk Nafakası* (Seçkin Yayıncılık 2025).

Uzun M, *Türk Medeni Kanunu ve Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası* (Vedat Kitapçılık 2013).

Uzunpınar Tüfek A, ‘Kısmi Davada Islah’ (2021) 9 (2) *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 523-555.

Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukukunun Esasları* (Sulhi Garan Matbaası 1973).

Yıldırım A, ‘Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu’ (2016) 14 (157) *Legal Hukuk Dergisi* 59-88.

Yılmaz E, *Islah* (Yetkin Yayıncılık 2021).

Zevkliler A, Acabey M B, Gökyayla K. E, *Medeni Hukuk* (Seçkin Yayıncılık 2000).

YABANCI BOŞANMA KARARLARININ TÜRK MAHKEMELERİNDE TANINMASINDA KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK KOŞULU

The Public Policy Exception in the Recognition of Foreign Divorce Judgments by Turkish Courts

Elif Selen BATIGÜN*

Özet

Küreselleşme ve bireylerin artan uluslararası hareketliliği, farklı hukuk sistemleri arasında etkileşimi kaçınılmaz hale getirmiştir. Bu bağlamda, yabancı mahkemelerden alınan boşanma kararlarının, Türk hukuk sisteminde geçerlilik kazanabilmesi için tanıma ve tenfiz mekanizmaları hayati bir rol üstlenmektedir. Nitekim çalışmamız yalnızca yabancı mahkemeden alınan boşanma hükmünün tanınmasıyla sınırlı bir inceleme ihtiva etmektedir. Çalışma konumuzun merkezinde ise 5718 sayılı MÖHUK'ta düzenlenen tanımaya ilişkin öngörülen koşullar arasında yer alan "hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması" şartı yer almaktadır. Bu doğrultuda çalışmada, yabancı boşanma kararlarının eşlere eşit boşanma hakkı tanınmadan verilmesi, boşanma sebebine dayanmaması, Türk hukukunun hatalı uygulanması veya usule ilişkin temel kurallara aykırılık gibi durumlarda kamu düzenine aykırılık oluşturabileceği değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Talak, kamu düzenine aykırı boşanma sebepleri, yabancı boşanma kararlarının tanınması

Abstract

Globalization and the increasing international mobility of individuals have made interaction between different legal systems inevitable. In this context, recognition and enforcement mechanisms play a crucial role in ensuring that divorce decrees issued by foreign courts gain validity within the Turkish legal system. Indeed, this study is limited to the examination of the recognition of divorce judgments rendered by foreign courts. At the core of our research lies the requirement stipulated under Article 54 of the Turkish Private International and Procedural Law (PIPL) No. 5718, which states that the judgment must not be "manifestly contrary to public policy." Accordingly, this study evaluates whether foreign divorce judgments may be deemed contrary to public policy in cases where equal divorce rights are not granted to both spouses, where the judgment lacks a valid ground for divorce, where Turkish law has been misapplied, or where fundamental procedural guarantees have been violated.

Keywords: Foreign divorce judgments, public policy, talaq, grounds for divorce contrary to public policy, recognition of foreign divorce judgments

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 18.07.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Dr. Arş. Gör., Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Denizli/Türkiye,
E-posta: elifselenbatigun@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-4027-5645>

GİRİŞ

Günümüzde küreselleşmenin ivme kazanması ve bireylerin uluslararası dolaşımının artmasıyla birlikte, aile hukuku kapsamında ortaya çıkan ihtilaflar da giderek daha karmaşık bir hal almaktadır. Bu husus, aile hukukuna ilişkin meselelerin yalnızca bir devletin sınırları içinde çözümlenmesini neredeyse imkânsız hale getirmiştir. Özellikle farklı ülkelerde tesis edilen evliliklerin sonlandırılması ve bu kapsamda verilen yabancı boşanma kararlarının Türkiye’de tanınması hem uygulamada hem de doktrinde önem arz eden bir konu haline gelmiştir¹.

Bu noktada, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da (MÖHUK)² öngörülen tanıma ve tenfiz kurumları, yabancı mahkeme kararlarına Türk hukuk sisteminde etki tanınmasında merkezi bir rol oynamaktadır. Zira yabancı mahkemelerden alınan boşanma kararlarının Türk hukuk düzeninde geçerlilik kazanabilmesi bu kararların tanınmasıyla; velayet ve nafaka gibi icraya yönelik hükümlerinin bulunması halinde ise bu hükümlerin tenfiziyle mümkün hale gelmektedir.

Çalışmamızda ise yabancı bir mahkemenin verdiği boşanma kararındaki boşanma hükmünün tanınmasıyla sınırlı bir inceleme yapılmıştır.

Yabancı bir boşanma kararının tanınması bu kararın, MÖHUK m. 54’te düzenlenen şartları taşımasına bağlıdır. Bu şartlardan biri de Türk mahkemelerinde yabancı boşanma kararlarının tanınmasında, MÖHUK m. 54(1)(c)’de düzenlenen “hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması”dır. Bu çalışma konusunun tercih edilmesinde ise yabancı boşanma kararlarının tanınması davalarında kamu düzeni müdahalesinin uygulamada en çok karşılaşılan meselelerden biri olması etkili olmuştur³.

Ne var ki, MÖHUK m. 54(1)(c)’de yer alan “hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması” şartının odak noktasında bulunan “kamu düzeni” kavramı, yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında çoğu zaman tartışmaların ve belir-

¹ Hadrian N Hatfield, ‘Private International Law Concepts in Divorce’ (2005) 19[2] American Journal of Family Law 77, 77.

² Resmî Gazete 12/12/2007, 26728.

³ Aydanur Gürzûmar, ‘Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri’ (1994) 14[1-2] Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 21, 43. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 43. Bu sınırlandırma yapılırken AB hukukundaki normatif düzenlemelerin belirli konuları tasnif ediş biçiminden esinlenilmiştir. Zira AB hukukunda boşanmanın kendisine ilişkin kurallar ile velayet veya nafaka gibi boşanmanın fer’isi niteliğinde kabul edilen konuların ayrı yasal düzenlemelere tabi tutulduğu göze çarpmaktadır. Bu kapsamda boşanmanın kendisine ilişkin talepler ile velayet veya nafaka yükümlülüklerine ilişkin uygulanacak hukuk, yetki ve tanıma tenfiz konularının farklı düzenlemelere tabi oldukları görülmektedir. (Francisco De Paula Puig Blanes, ‘Divorce: Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement’ iç Justice Programme of the European Union (ed), English for Judicial Cooperation in Family Law Handbook (2016) 19, 19.) Çalışmamızın sistematliğini temellendirmek açısından dikkate aldığımız bir başka eser için bkz.; Gürzûmar (n 3) 42.

sizliklerin merkezinde yer almaktadır. Çünkü kamu düzeni kavramı, somut bir hukuk kuralı olmanın ötesinde, zamana ve ülkeden ülkeye değişebilen bir ölçüt niteliği taşımaktadır. Devletin temel değerlerini, anayasal ilkelerini, toplumun genel ahlak ve adalet anlayışını korumaya yönelik bir güvenlik mekanizması işlevini üstlenen kamu düzeni, milletlerarası özel hukukta kimi zaman esnek, kimi zaman ise katı bir uygulama alanı bulabilmektedir.

Bu kapsamda, yabancı boşanma kararlarının Türk mahkemelerinde tanınmasında, özellikle kararın dayandığı hukuki ve usuli esaslar, kararın taraflar bakımından doğuracağı sonuçlar ile temel hak ve özgürlüklere uygunluk bakımından kamu düzenine aykırılığın dar kapsamda incelenmesi büyük önem taşımaktadır.

Bu doğrultuda çalışmamızda ilk olarak Türk hukukunda boşanmaya ilişkin maddi hukuk düzenlemelerine ana hatlarıyla yer verilmiş ve ardından karşılaştırmalı hukuk kapsamında boşanma hakkı ve boşanma sebepleriyle sınırlı farklılıklara değinilmiştir. Bu farklılıklar, devletlerin kendi kamu düzeni anlayışları, toplumsal değer yargıları ve aile kurumuna yükledikleri anlamla doğrudan bağlantı kurmaktadır. Bu nedenle yabancı boşanma kararlarının tanınması sürecinde bu farklılıklar özellikle MÖHUK m. 54(1)(c)'de düzenlenen "hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması" şartı bakımından belirleyici bir rol üstlenmektedir.

Takiben ikinci bölümde, Türk hukukunda tanıma-tenfiz kurumunun işleyişi ekseninde yabancı boşanma kararlarının tanınmasının hukuki çerçevesi ele alınmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise MÖHUK m. 54(1)(c) uyarınca yabancı bir boşanma hükmünün hangi durumlarda kamu düzenine aykırılık teşkil edebileceği incelenmiştir. Bu kapsamda kamu düzenine aykırılığın kapsamı, sınırları ve kamu düzenine aykırılık yaratabilecek haller kapsamlı şekilde ele alınmıştır.

I. MADDİ HUKUK KAPSAMINDA BOŞANMA

A. Türk Hukukunda Boşanma

Boşanma, eşler arasında geçerli bir şekilde kurulan evlilik ilişkisinin; eşler hayattayken, kanunda düzenlenen sebepler doğrultusunda, eşlerden birinin dava açması neticesinde hâkim kararıyla sonlandırılması şeklinde tanımlanmaktadır⁴.

⁴ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Medeni Hukuk* (27. bs İstanbul 2023) 271; Ahmet M Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (4. bs Ankara 2019) 88; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. bs Ankara 2015) 637–638; Bilgin Tiryakioğlu, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Ankara 1996) 1; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi İstanbul 2019) 103–105; Blanes (n 3) 19–34; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (11. bs Beta İstanbul 2024) 166; Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10. bs Ankara 2024) 347; Muammer Raşit Seviğ ve Vedat Raşit Seviğ, *Devletler Hususi Hukuku* (3. bs İsmail Akgün Matbaası İstanbul 1962) 486 vd; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (23. bs Beta İstanbul 2021) 257.



Türk hukukunda boşanma, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)⁵ Aile Hukuku kitabında birinci kısmın ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda boşanma, eşlerden birinin Kanunda yazılı boşanma sebeplerinden birine dayanarak boşanma davası açması halinde, hâkim kararıyla gerçekleşebilmektedir⁶.

Boşanma kararı, kişi hallerine ilişkindir. Boşanma kararı verildiği anda etkisini göstermekte ve kişinin kişisel statüsünde değişiklik yaratmaktadır. Bu kararın kesinleşmesiyle taraflar açısından medeni statü değişikliği gündeme gelmektedir. Yani tarafların yeni bir medeni duruma geçmeleri söz konusu olmaktadır. Bu özelliğiyle boşanma kararının “*bozucu yenilik doğuran bir etki*”ye neden olduğu ifade edilmektedir. Kararın kesinleşmesi sonucunda, medeni statünün değişmesinden ötürü taraflar açısından yeniden evlenebilmek mümkün hale gelmektedir⁷. Hukuki statüyü değiştiren boşanma hükmünün yanında bir boşanma kararı ayrıca; mal rejimi tasfiyesi, velayet, kişisel ilişkinin kurulması ve nafakaya ilişkin hükümler içerebilmektedir⁸.

Boşanma davasının tarafları eşler olduğundan bu davada davacı ve davalı sıfatları da sadece eşlere ait olabilmektedir. Bu husus ayrıca dava açma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğunu da vurgulamaktadır⁹.

Boşanmada yargılama usulüne ilişkin hükümler TMK m. 184'te düzenlenmiştir. Bu çerçevede hâkimin maddi olgulara yönelik re'sen ya da başvuru üzerine taraflara yemin teklif etme yetkisi bulunmamaktadır (TMK m. 184(2)). TMK m. 184(3)'e göre tarafların ikrarda bulunmuş olmaları hâkimi bağlamayacaktır. Bu durumda bir boşanma sebebine dayanılarak açılan davada davalının bu sebebe yönelik bir ikrarda bulunması halinde bu ikrar hâkimi bağlamayacaktır. TMK m. 184(4)'e göre hâkimin delilleri serbest bir şekilde takdir etme yetkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda TMK m. 184 hükmü merkezinde hâkimin vicdani kanaatine yer vermektedir. Zira TMK m. 184(1) gereğince, “Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış sayamaz.” TMK m. 184(6) hükmü ise duruşmanın eşlerden birinin talebiyle gizli yapılabileceğini hükme almaktadır.

Bir boşanma davasının sonuna gelindiğinde hâkim tarafından boşanma ya da ayrılık kararı verilebilmektedir. Çünkü TMK m. 170(3)'e göre, “Dava boşanmaya ilişkinse, ancak ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunduğu takdirde ayrılığa karar verilebilir.” Nitekim bu takdir yetkisinin sınırları bulunmaktadır.

⁵ Resmî Gazete 8/12/2001, 24607.

⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 4) 104–105.

⁷ Tiryakioğlu (n 4) 6.

⁸ Akif Karaca, ‘Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusundaki Avrupa Konseyi Roma III Tüzüğü Kapsamında Hukuk Seçimi’ (2019) 27[2] Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 241, 243; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 4) 166-167.

⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 4) 129.

Bu çerçevede TMK m. 166(3)'te düzenlenen anlaşmalı boşanma veya TMK m. 166(4) kapsamında düzenlenen fiili ayrılığa ilişkin boşanma davalarında Kanundaki şartların gerçekleşmiş olması halinde mutlak biçimde boşanmaya karar verilmelidir¹⁰. TMK m. 170(3) hükmü ise davanın yalnızca ayrılığa ilişkin olması halinde boşanma kararı verilemeyeceğini düzenlemektedir.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Boşanmaya İlişkin Farklılık Arz Edebilecek Hususlar

1. Boşanma Hakkı Bakımından

Boşanma hakkı bazı durumlarda yalnızca bireylerin boşanma olanağına ulaşabilmesine veya bu imkânın ayrımcılığa yol açmayacak şekilde herkes için eşit şekilde sağlanması gereğine işaret etmektedir. Öğretide bazen kişinin, herhangi bir kusur şartına bağlı olmaksızın tek taraflı olarak evliliği sonlandırma yetkisine sahip olup olmadığı meselesinin de boşanma hakkı ekseninde değerlendirildiği görülmektedir. Bu bakış açısına göre, kişinin boşanma talebinin engellenmesi, onun boşanma hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Dolayısıyla burada bahsedilen boşanma hakkı, belirli ve somut bir boşanma rejimini talep etme yetkisi şeklinde yorumlanmaktadır¹¹.

Günümüzde birçok hukuk sisteminin boşanmayı kabul ettiği ifade edilmektedir. Bunun yanında “çoğulcu görüş” şeklinde adlandırılan ve evlilik birliğinin devamlılığını vurgulayan hukuk sistemleri bulunmaktadır¹². Bu hukuk sistemlerinde “boşanma” kurumunun bulunmaması esas olarak boşanma hakkının da mevcut olmamasına atıf yapmaktadır. Örneğin, nüfusunun çoğunluğu Katolik olan Filipinler'de¹³ ve Vatikan Şehir Devleti'nde boşanma hukuken yasaktır. Bu çerçevede boşanmaya izin vermeyen Katolik Kilise hukuku esas alındığında adli yargı makamları tarafından ayrılığa veya evlenmenin geçersizliğine karar verilebilmektedir¹⁴.

Katolik Kilise hukukunun mahkeme kararlarına etkisi ise ülkeden ülkeye önemli ölçüde değişiklik göstermektedir. Kilise mahkemelerinin evliliğe ilişkin kararlarının belirli ölçüde adli mahkemeler nezdinde geçerlilik kazanmasına imkân

¹⁰ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 4) 135-136.

¹¹ Ram Rivlin, 'The Right to Divorce: Its Direction, And Why It Matters' (2013) 4 International Journal of the Jurisprudence of the Family 133, 133-134.

¹² Tiryakioğlu (n 4) 2; Mehmet Tezgel, *Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Ankara 2012) 4; Ömer Uğur Gençcan, *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku* (2010) 109; Haluk Tandoğan, *Aile Hukuku Ders Notları* (1965) 69; Öztan (n 4) 367.

¹³ Filipinler'de yalnızca ülke nüfusunun yaklaşık %6'sını oluşturan Müslüman azınlığa boşanma hakkı tanınmaktadır. (Nirasha Piyawadani ve Gaea Katreena Cabico, *The Right to Get Divorce (or the Absence of It) in Sri Lanka and the Philippines* (UN Women Asia and the Pacific, 2021) 1.)

¹⁴ Piyawadani ve Cabico (n 13) 1; Tiryakioğlu (n 4) 6; Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (18. bs Beta İstanbul 2024) 258.



tanıyan ülkeler arasında Kolombiya, Dominik Cumhuriyeti, İtalya, Portekiz ve İspanya gibi örnekler dikkat çekmektedir. Bu ülkelerde, Vatikan’la yapılan anlaşmaların etkisiyle, boşanma kararı verilmeksizin evliliğin geçersizliğine veya ayrı yaşamaya ilişkin kararların adli yargıda tanındığı görülmektedir¹⁵. Dolayısıyla bu ülkelerde boşanma hakkı bulunmakla birlikte Katolik Kilise hukukunun adli yargı üzerinde belli ölçüde etki gösterdiği söylenebilir.

Günümüzde hukuk sistemlerinin birçoğunda hâkimin boşanma kararı verebilmesi, evlilik birliğinin taraflarından en az birinin boşanma davası açmasına bağlıdır. Bu hususta eşler arasında eşitlik ilkesi gereği, eşlere boşanma hakkı eşit bir şekilde tanınmaktadır. Nitekim bazı hukuk sistemlerinde boşanma hakkının yalnızca eşlerden birine tanınması söz konusudur¹⁶.

İslam hukuku kapsamında erkeğin tek tarafı olarak kullandığı “talak” (“talaq”) yetkisi ile gerçekleştirilen “üçlü talak” (“talaq-e-biddah”) ile boşanma hali, bu durumun en tipik örneği olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁸. Bu uygulama eşitlik

¹⁵ Charles Donahue Jr, ‘Comparative Reflections of the ‘New Matrimonial Jurisprudence’ of the Roman Catholic Church’ (1977) 75 Michigan Law Review 994, 995; Tiryakioğlu (n 4) 2.

¹⁶ Tiryakioğlu (n 4) 2; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 4) 105; Tezgel (n 12) 5; Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Yabancı Boşanma İlamlarının Tanınması ve Tenfizi* (2. bs İstanbul 2020) 5; Gençcan (n 12) 86–87.

¹⁷ Talak yetkisi, erkek eş tarafından kullanılması “talak” kelimesinin üç kere zikredilmesi suretiyle kullanılmaktadır. Talak yetkisinin yalnızca erkek eş lehine tanınmasının eşler arasında eşitlik ilkesini ihlal etmesinin yanında bu usulün adil olmayan bir uygulama sunduğu da ifade edilmektedir. Şöyle ki insanların öncelikle duygusal varlıklar olması nedeniyle bir anlık öfkeyle “talak” sözcüğünün üç kere söylenmesi söz konusu olabilmektedir. Evlilik gibi önemli bir aile hukuku kurumunun sona ermesi açısından belirlenen bu kolay yöntem insan doğasının karmaşıklığını göz ardı etmektedir. Bir anlık öfke halinin dışında da talak yetkisinin yalnızca kocaya tanınması ve bu yetkiyle boşanmanın kolaylıkla gerçekleştirilebilmesi bu durumun kadınlara karşı kullanılabilmesini olanaklı hale getirmektedir. (Nitika Mahajan, ‘Comparative Study Of Tripple Talak In Different Countries’ (2024) 2[9] Journal of Novel Research and Innovative Development 146, 146.)

¹⁸ Mahajan (n 17) 147–162; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 4) 105; İrham Zahir, ‘Comparative Analysis of Talaq That Passed Outside the Court in the Perspective of Islamic Law and Compilation of Islamic Law, Jurnal Al-Dustur 4(1), 2021, s. 1–18, s. 1.

Bu ifademiz İslam hukukunun uygulandığı ülkelerde boşanmanın yalnızca erkeğin beyanıyla gerçekleşebilen bir kurum olduğunu anlatmamaktadır. Nitekim bu noktada talak yetkisinin kullanılması halinde yalnızca erkeğe boşanma hakkının tanınmasının söz konusu olmasına dikkat çekilmektedir. Günümüzde Suudi Arabistan, Lübnan, Fas İran ve Pakistan gibi Şeriat hukukunun uygulandığı devletlerde boşanmak isteyen evli bir kadın, yetkili bir mahkemeye başvurarak boşanma talebinde bulunma hakkına sahiptir. Bu süreçte hem tarafların beyanları dinlenmekte hem de olaylar yargıç tarafından değerlendirilmektedir. Bu şekilde mahkeme yoluyla gerçekleşen ayrılık, yalnızca erkeğin tek tarafı olarak kullandığı ‘talak’ yetkisinden farklı olarak, fesih niteliğinde bir boşanma sayılmaktadır. (Sumeyra Yakar, ‘Günümüz Suudi Arabistan Hukuk Sisteminde Örfün Kullanımı: Mahkemelerdeki Boşanmalar’ (2019) 6[11] Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 371, 375; Mahajan (n 17) 147–156.; Zahir (n 18) 16. Suudi Arabistan hukukunda talak yetkisi kullanıldığı anda etki doğurmaktadır. Bu yetkinin bazı durumlarda kadın eşin haberi yokken kullanılması nedeniyle kadınları talak yetkisinden SMS yoluyla haberdar etmek için Suudi Arabistan Adalet Bakanlığı’nın idari bir düzenleme yaptığı ifade edilmektedir. Bu şekilde talak yoluyla boşanma gerçekleştiğinde bildirim yükümlülüğü yerine getirilmektedir. (Mahajan (n 17) 151–152.) Bu hususta

ilkesinin ihlaline yol açarak ayrımcılık yaratmakla kalmamakta, bunun yanında kadının toplum karşısında kendini güvende hissetme şansını yok etmekte yani onun sosyal güvenliğini ve korunma hakkını tamamen elinden almaktadır. Yani talak uygulamasının hukuk öğretisi açısından eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı ve onurlu bir yaşam hakkının kadınlardan esirgenmesi bağlamında önemli sonuçlara yol açtığı aşıkardır¹⁹. Buna karşın, Birleşmiş Milletler tarafından kaleme alınan 1996 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi²⁰ devletlere, evlilik süreci ile evliliğin sona ermesi aşamalarında kadın ve erkeklerle eşit hak ve yükümlülükler tanıma yükümlülüğü getirmektedir²¹. Sözleşmenin temin ettiği hakların korunması için karı ve kocaya aynı yasal statüyü sağlayacak ve onları tek taraflı boşanmaya karşı koruyacak yasal düzenlemelerin bulunması önem arz etmektedir²².

2. Boşanma Sebepleri Bakımından

Boşanma, aile birliğinin sona ermesini konu aldığından esas olarak kamusal boyuta sahip bir hukuki kurumdur. Bu nedenle boşanmanın belirli sebeplerin varlığı halinde gündeme gelebilmesi söz konusudur. Genel olarak ilgili yasal

bkz.; <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-46770612> Erişim Tarihi 9.7.2025. Nitekim Pakistan hukukunda bir anda üç kere talak sözcüğünün zikredilmesiyle boşanmanın gerçekleşmesi kabul edilmemekte, talak yetkisinin erkek tarafından kullanılmasının ardından 90 gün geçtiği halde erkeğin boşanma yönündeki iradesinin devam etmesi halinde boşanma kesinleşmektedir. (Mahajan (n 17) 152.) İslam hukukunun uygulandığı Irak'ta ise durum farklıdır. Irak hukukunda 1959 tarihli Irak Kişisel Statüler Yasası'nın 35. maddesi, talak beyanının evliliği gerçekten sona erdirmek amacı taşımadığını hükme almaktadır. Aynı zamanda anılan Yasanın 34 ve 39. maddelerine göre talak beyanının belirli bir şer'i usulle mahkeme önünde her iki eş tarafından aynı anda ilan edilmesi ve onaylanması sonucunda mahkeme tarafından boşanma kararı verilebilmektedir. (Mahajan (n 17) 148-149; Zahir (n 18) 16.) İran hukukunda ise "mufavvıda talak" şeklinde adlandırılan ve Türkçeye "devredilmiş talak" olarak çevirebileceğimiz yolla kadınların talak yetkisine sahip kılınabilmeleri mümkündür. Nitekim bu durum yalnızca kadınlara kocalarının bu yetkiyi vermesi yani devretmesiyle ile mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla İran hukuku kapsamında bir kadın, kocasının bu hakkı kendisine tanınması hâlinde kendi adına boşanma davası açabilmektedir. Bu hakkın, kocanın başka bir kadınla evlenmesi gibi bir şart gerçekleştiğinde kullanılabilecek şekilde şartlı niteliği haiz olabilmesi veya mutlak biçimde de tanınabilmesi mümkündür. Teokratik bir devlet olan Fas'ta uygulanan Fas Aile Yasası'na göre talak yetkisinin koca tarafından kullanılmasıyla boşanmak mümkündür. Bu yetki koca tarafından mahkemede, diğer eşinde hazır bulunmasıyla yöneltilebilmektedir. Kadının boşanma davası açabilmesi için ayrıca boşanma sebeplerinin varlığı gerekmektedir. Bir kadın, kocasının maddi bakımından kendisini geçindirememesi, tedavisi mümkün olmayan kalıcı bir hastalığa yakalanması, müşterek hayat kurmaması ve kocalık görevlerini yerine getirmemesi gibi hallerde mahkemeye başvurarak boşanma talebinde bulunabilmektedir. Lübnan'da da talak yetkisi sadece koca tarafından kullanılabilir. Kadının ise mahkemeye çeşitli boşanma sebeplerinin mevcudiyeti halinde başvurarak boşanabilmesi mümkündür. (Mahajan (n 17) s. 154.)

¹⁹ Mahajan (n 17) 162.

²⁰ Türkçeye "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi" şeklinde çevirdiğimiz "Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women"ın İngilizce metni için bkz.; <https://chr-observatories.uwazi.io/en/entity/pruz0c2is28/toc> Erişim Tarihi 7.7.2025.

²¹ Piyawadani ve Cabico (n 15) 1.

²² Mahajan (n 17) 162.



düzenlemelerin tanımladığı, sınırlı sayıda olan bu sebepler doğrultusunda bir boşanma kararının alınabilmesi mümkündür²³.

Boşanma sebeplerinin ileri sürülebilmesi bakımından eşlere eşit fırsat tanımayan hukuk sistemlerinin bulunduğu görülmektedir. Örneğin, İslam hukukunun uygulandığı sistemlerde, yalnızca kocanın ileri sürebileceği boşanma sebepleri bulunmaktadır²⁴.

Boşanma sebeplerinin kategorize edilmesi adına farklı hukuk sistemlerinde benimsenen ilkeler bulunmaktadır. Bu kapsamda ele alınması gereken ilk ilke kusur ilkesi olarak adlandırılmakta ve boşanma sebepleri bağlamında “kusura dayanan boşanma”dan veya “müeyyide teşkil eden boşanma”dan bahsedilmektedir. Yani bu ilkeye göre boşanma sebepleri kusurlu bir harekete dayanmaktadır. Bu ilkeye göre kusursuz eş, diğer eşin kusurlu davranışını boşanma sebebi olarak ileri sürerek dava açabilecektir. Yani söz konusu ilke kusuru bulunmayan eşi koruma amacıyla ona dava açma hakkı tanınmamasını öngörmektedir. Bu hususta boşanma sebeplerinin davalının kusuruna bağlı kılınması söz konusudur²⁵.

Bir hukuk sistemi bakımından boşanma sebeplerinin belirlenmesinde, hukuk düzeninin ait olduğu toplumsal yapının “ahlak anlayışı”da etkili olabilmektedir. Eşlerden birinin suç işlemesi, haysiyetsiz bir yaşam tarzı sürmesi veya mahkûm olması gibi hallerin bu doğrultuda boşanma sebebi olarak kabul edilebilmesi olanaklıdır²⁶. Nitekim ahlak anlayışının toplumdan topluma değişmesi ve sübjektif özellik göstermesi, boşanma sebeplerinin de aynı doğrultuda farklılık göstermesine neden olabilir. Bir toplumun ahlak anlayışına aykırı olan ve ilgili hukuk sistemi açısından bir boşanma sebebi olarak kabul edilen bir davranışın, başka bir devletin hukuku bakımından boşanma sebebi olarak kabul edilmemesi söz konusu olabilmektedir.

Boşanma sebeplerinin belirlenmesinde esas alınan bir diğer ilke ise “elverişsizlik ilkesi”dir. Bu ilke evliliğin taraflarının bir sebeple evliliği devam ettirme kabiliyetlerini yitirmelerine atıf yapmaktadır. Bu doğrultuda beden ve ruh sağlığının kaybı gibi hallerin boşanma sebebi olarak sayılabilmesi gündeme gelmektedir²⁷.

Boşanma sebepleri bakımından esas alınan bir diğer ilke ise 1970’lerde ortaya çıkan “kusurdan bağımsız boşanma devrimi”nin sonucunda kendisine uygulama alanı temin eden “irade ilkesi”dir. Modern hukuk düzenlerinde sıklıkla bu ilkenin boşanma sebeplerinin belirlenmesinde etkili olduğu görülmektedir. Bu ilke doğrultusunda, boşanma sebebinin mutlaka kusur unsuruna dayandırılması zorunlu değildir. Bu çerçevede “kusura dayanmayan boşanma” veya “evlenmenin iflasına

²³ Tiryakioğlu (n 4) 3; Tezgel (n 12) 7; Akıntürk ve Ateş (n 4) 238.

²⁴ Tiryakioğlu (n 4) 4.

²⁵ Tiryakioğlu (n 4) 4; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 4) 105.

²⁶ Tiryakioğlu (n 4) 4.

²⁷ Tiryakioğlu (n 4) 4; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 4) 105.

dayanan boşanma”dan bahsedilmektedir. Eşlerin evliliği karşılıklı olarak sonlandırma iradesine sahip olmaları, bir diğer ifadeyle anlaşmalı boşanma iradelerini ortaya koymaları, pek çok hukuk sisteminde başlı başına bir boşanma sebebi olarak kabul edilmektedir. Bu yaklaşım, özellikle bireylerin evlilik birliğini sürdürme konusundaki iradelerinin kalmadığı durumlarda, evlilik kurumunun cebri bir birliktelik haline gelmesini engellemeyi ve tarafların kişisel özgürlüklerini korumayı amaçlamaktadır²⁸.

Aile hukuku, onu yaratan toplumun geleneklerinden beslenen bir hukuk dalı olduğundan, boşanma sebeplerine yön veren ilkeler esas olarak boşanmayı düzenleyen hukuk sisteminin ait olduğu toplumun genel yapısını yansıtmaktadır. Dolayısıyla boşanma sebeplerine yön veren her bir ilkenin farklı devlet hukuklarında bağımsız veya birlikte uygulanabilmeleri mümkündür. Boşanma sebeplerini ortaya koyan bu ilkelerin zaman içerisindeki değişimine bakıldığında, boşanmanın geçmişten günümüze daha kolay hale geldiği görülmektedir. Zira geçmişten günümüze eşlerin anlaşması veya evlilik birliğinin sarsılması gibi sebepler oldukça ağır sayılabilecek davranışları içeren kusurlu boşanma sebeplerinin yerini almıştır²⁹.

Özetle karşılaştırmalı hukuk bakımından benimsenen boşanma sebeplerinin; tarafların kusuru, evliliği devam ettirme kabiliyetinin eksikliği ve tarafların anlaşması ekseninde şekillenmesi söz konusudur.

Buna karşın bu ilkeler kapsamında kategorize edilemeyen boşanma sebeplerine de bazı hukuk sistemlerinde rastlanmaktadır. Örneğin, Finlandiya hukukunda, eşlerin tek taraflı boşanma iradelerini mahkemeye iletmeleri halinde boşanma gündeme gelebilmektedir³⁰. Tek taraflı irade beyanına karşı diğer eşin itirazda bulunmasının ise hiçbir önemi bulunmamaktadır. Zira mahkeme tarafından diğer eşin itirazları dikkate alınmamaktadır. Tek taraflı irade beyanının iletilmesinin ardından 6 aylık bir düşünme süresinin geçmesi neticesinde eşlerden biri veya her ikisi boşanmanın kesinleşmesiyle ilgili ikinci bir dilekçe verdiklerinde, boşanmanın gerçekleşmesi söz konusu olmaktadır³¹.

İslam hukuku ekseninde yönetilen hukuk sistemleri açısından da benzer bir uygulama talak yetkisiyle boşanmanın bazı türlerinde gözlemlenebilmektedir. Talak yetkisinin tek taraflı olarak kocaya tanınmasının eşler arası eşitlik ilkesini ihlal etmesinin yanında bu uygulama, boşanma sebebi bakımından da farklılık arz etmektedir. Yani bu durumda boşanma sebebi olarak eşlerden birinin kusuru,

²⁸ Tiryakioğlu (n 4) 4; Liberal González ve Tarja K Viitanen, *The Effect of Divorce Laws on Divorce Rates in Europe* (Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit Institute for the Study of Labor Bonn 2006) 7; Tezgel (n 12) 4; Akıntürk ve Ateş (n 4) 237; Gençcan (n 12) 100.

²⁹ González ve Viitanen (n 28) 7.

³⁰ Benzer bir uygulamaya Norveç ve İsveç hukuklarında ve Amerika Birleşik Devletleri’nde bazı eyalet hukuklarında rastlanmaktadır. (González ve Viitanen (n 28) 2-10.)

³¹ González ve Viitanen (n 28) s. 8.



elverişsizliği veya eşlerin anlaşmaları gerekmemekte, tek taraflı bir irade beyanıyla adeta “sebepsiz” bir şekilde boşanmanın gerçekleşebilmesi mümkün olabilmektedir.

Öğretide boşanma isteminin tek taraflı irade beyanlarıyla mahkemeye iletilmesine yönelik düzenlemelerin artmasının boşanma istatistiklerinin artmasına neden olacağı ifade edilmektedir³².

II. YABANCI BOŞANMA KARARLARININ TANINMASI

Devletlerin yargı yetkisini yargı organları eliyle kullanmaları esas olarak egemenlikle alakalı bir tasarruftur. Bu hususta mahkeme kararlarının belirli bir alanda etki göstermesi söz konusudur. Yani her devlet kendi ülkesi sınırları kapsamında bu yetkilerini bir egemenlik tasarrufu şeklinde kullanmaktadır. Bazı durumlarda ise, mahkeme kararlarının, mahkemenin ait olduğu devletten başka bir devlette sonuç veya etki doğurması gerekebilmektedir. Bu nedenle, günümüzde birçok hukuk sistemi, yabancı mahkeme kararlarının kendi ülkelerinde geçerli olabilmesi için gerekli şartları ve izlenecek usulleri iç hukuklarında düzenlemiş ya da bu konudaki milletkerarası sözleşmelere taraf olmuştur.³³

Yabancı bir mahkemeden alınan kararın Türk hukuku bakımından etki gösterebilmesi için bu kararın niteliğine göre tanınması ya da tenfiz edilmesi gerekmektedir. Yabancı bir mahkeme kararının yerel bir mahkeme kararıyla aynı hukuki sonucu doğurabilmesi için tanıma veya tenfiz kararı verilmesi zorunludur. Bu hususta yabancı bir mahkeme kararının yerel bir mahkeme kararı niteliğini ve kuvvetini haiz olabilmesi yani bu karara “hukuki sonuç bağlanması” için tanıma ve tenfiz isteminin taraflarca Türk mahkemelerine veya makamlarına iletilmesi gerekmektedir³⁴.

Bu bağlamda mahkeme kararlarının iki tip sonuç doğurdıkları ifade edilmektedir. Bunlar; “kesin hüküm kuvveti” ve “icra edilebilirlik” olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta tanıma, yabancı bir mahkemeden alınan kararın” kesin hüküm kuvvetinin yabancı bir devlete de teşmili”ni yani yabancı bir devlet nezdinde kabul edilmesini anlatmaktadır. Tanıma kavramı aynı zamanda yabancı bir

³² González ve Viitanen (n 28) 2-4.

³³ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 648; Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli (n 4) 112; Nomer (n 4) 507; Gracious Timothy Dunna, ‘Introducing “Public Policy” to Enforcement of Foreign Judgments: Lessons from the Law of Arbitration’ (2018) 2 The Transnational Dispute Management Journal Special Issue on International Commercial and Investment Disputes in and with India 1, 2–3.

³⁴ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 648–650; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (2. bs Beta İstanbul 2020) 1; Çelikel ve Erdem (n 14) 721; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (3. bs Yetkin Ankara 2022) 288; Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli (n 6) 112; Nomer (n 4) 507; Ruhi (n 16) 89; Tezgel (n 12) 113–114; Şeref Ertaş, ‘Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi’ (1987) 3[1–4] Kudret Ayiter Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 365, 402–403.

mahkeme hararının haiz olduğu kesin hüküm kuvvetinin, icra edilebilirliğinden ayrı biçimde dikkate alınmasına atıf yapmaktadır³⁵.

İcra edilebilir olmayan bir yabancı mahkeme kararının Türk hukuku bakımından doğurabileceği etki, esasen yalnızca bu kararın kesin hüküm kuvvetinin tanınmasıyla sınırlıdır. Bu durumda, söz konusu kesin hüküm etkisinin hukukumuzda geçerlilik kazanabilmesi için Türk mahkemeleri tarafından tanıma kararı verilmesine ihtiyaç duyulmaktadır³⁶. Tenfiz ise, yabancı bir mahkemeden alınan eda (ifaya ilişkin) kararlarını konu edinmektedir. Zira bu tür kararlar hem kesin hüküm kuvveti hem de icra edilebilirliğe sahip olduklarından, Türk mahkemeleri tarafından tenfiz kararı verilmesi suretiyle Türkiye’de icra kabiliyeti kazanabilmektedir³⁷.

Bu hususta boşanma kararlarının tanınmanın mı yoksa tenfizin mi konusu olabileceği incelenmelidir.

Yabancı mahkemeden alınan bir boşanma kararı bünyesinde tanımaya veya tenfize konu olabilecek farklı nitelikte hükümler içerebilmektedir. Bu bağlamda boşanma kararının bünyesinde bulunan “boşanma hükmü”, yenilik doğurucu, inşai bir karar niteliğindedir. Bu hususta yabancı boşanma kararının yalnızca boşanma hükmünü kapsaması halinde, kararın kesin hüküm etkisi doğurabilmesi, kararın tanınmasına bağlıdır. Buna karşın, yabancı boşanma kararının ayrıca bir eda hükmü içermesi, kararın icrası için tenfiz kararının verilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu kapsamda boşanma kararında yer alan nafaka ve velayet gibi fer’i veya yan hükümlerin icra edilebilmesi için tenfiz edilmeleri gerekmektedir³⁸.

Çalışmamızda, yabancı mahkemelerce verilen boşanma kararlarının yalnızca boşanma hükmüne ilişkin yönü ele alınacak olması nedeniyle inceleme, boşanma kararının tanıma yoluyla Türk hukuk düzeninde kesin hüküm kuvveti doğurması üzerinde yoğunlaşacak; eda niteliği taşıyan ve icrası gereken hükümlerin tenfizi ise bu çalışmanın sınırları dışında tutulacaktır. Böylelikle, çalışma konusu yal-

³⁵ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 651; Çelikel ve Erdem (n 14) 806; Güngör (n 34) 308; Feriha Bilge Tanrıbilir, ‘Türk Hukukunda Yabancı Makamlarca Verilen Boşanma Kararlarının Tanınmasına İlişkin Gelişmeler’ iç Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli (ed), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu* (Savaş Ankara 2019) 375, 377.

³⁶ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 652; Nomer (n 4) 508.

³⁷ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4); Güngör (n 34) 288; Tanrıbilir (n 35) 376; Nomer (n 4) 512-513.

³⁸ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 655; Gürzumar (n 3) 44; Çelikel ve Erdem (n 14) 807; Sevim Didem Bekiş, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul Hukuku Bakımından Kamu Düzenine Aykırılık Halleri* (Seçkin Ankara 2024) 23; Güngör (n 34) 308-310; Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli (n 4) 113; Nomer (n 4) 512; Tiryakioğlu (n 4) 7; Ebru Şensöz, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi İstanbul 2012) 298; Patrick Kinsch, ‘Enforcement as a Fundamental Right’ (2014) 7 University of Luxembourg Law Working Paper 540, 540.



nızca statü değişikliği niteliği taşıyan boşanma hükmü bakımından ve tanıma kurumunun sağladığı hukuki etki çerçevesinde sınırlandırılmıştır.

Yabancı bir mahkemeden alınan kararın tanınması MÖHUK m. 50’de “kararın taşınması gereken nitelikler” ve MÖHUK m. 54 ve m. 55(2)’de düzenlenen diğer koşullar yönünden bir değerlendirme yapılması söz konusu olmaktadır³⁹.

MÖHUK’ta öngörülen şartların yabancı mahkeme kararında bulunması halinde, Türk hâkimi tanıma kararı vermekle yükümlüdür. Bu noktada hâkimin tanıma talebinin değerlendirilmesi aşamasında MÖHUK’da sayılan şartların bir yabancı mahkeme kararı bakımından mevcut olduğunu tespit ettiği halde bu kararın tanınmasını ya da tenfizini takdir yetkisi bağlamında reddedemeyeceği ifade edilmektedir. Tam tersi bir senaryoda, MÖHUK’da zikredilen şartlardan bir kısmının veya şartların tamamının yabancı mahkeme kararı bakımından sağlanamaması halinde hâkimin takdir yetkisini kullanarak bu kararın tanınmasını veya tenfizini kabul etmesi de söz konusu olamaz⁴⁰.

Tanımaya ilişkin ön koşullar MÖHUK m. 50(1)’de sayılmıştır⁴¹. Hükme göre, “Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.”

Tanınmanın ön koşulları gereğince, “yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilmiş bir ilam”ın bulunması, “yabancı mahkeme kararının hukuk davalarına ilişkin olması” ve söz konusu kararın kesinleşmiş olması gerekmektedir⁴². Bu doğrultuda yabancı bir mahkemenin verdiği boşanma kararı hukuk davalarına ilişkin olma şartını doğrudan karşılamakta; bunun yanında kararın kesinleşmiş olması halinde bu karar tanınmanın ön şartlarını karşılamaktadır.

Tanıma ve tenfiz esnası koşulları ise MÖHUK m. 54 uyarınca belirlenmiştir. Bu şartlar; kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuya ilişkin olması (MÖHUK m. 54(1)(b)), verilen kararın “kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması” (MÖHUK m. 54(1)(c)), kararın “davalının savunma haklarına riayet edilerek” verilmesi (MÖHUK m. 54(1)(d)) ve MÖHUK m.

³⁹ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 657; Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli (n 4) 117-125; Tanrıbilir (n 35) 377. Bu kapsamda tanıma ve tenfizin “karşılıklılık” koşulu hariç aynı koşullara tabi tutulması söz konusudur. (Nomer (n 4) 547; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 656; Çelikel ve Erdem (n 14) 807; Güngör (n 34) 308.)

⁴⁰ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 657-658.

⁴¹ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 663.

⁴² Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 664-676; Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli (n 4) 133; Güngör (n 34) 294; Nomer (n 4) 517.

55(2)'ye göre tanıma ya da tenfize engel başka bir nedenin⁴³ bulunmaması şeklinde sayılmaktadır⁴⁴.

III. YABANCI BOŞANMA KARARININ TANINMASINDA KAMU DÜZENİNE AYKIRILIĞIN BİR TANIMA ŞARTI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Çalışmamız kapsamında bir boşanma hükmünün tanınmasına ilişkin esas koşulları düzenleyen MÖHUK m. 54(1)(c) uyarınca düzenlenen “kamu düzenine açıkça aykırılık” koşulunun yabancı boşanma kararlarının tanınması bakımından nasıl uygulanacağı ele alınmaktadır. Yabancı mahkemece verilen boşanma kararının yalnızca boşanma hükmü yönünden tanınabilmesine yönelik şartlardan birisi de hükmün Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesidir⁴⁵.

Yabancı bir mahkeme kararındaki boşanma hükmü kapsamındaki kamu düzenine aykırılığın ele almasının, yabancı idari ya da adli makamlar tarafından verilen boşanma kararlarının doğrudan tesciline⁴⁶ ilişkin 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 27/A'nın “Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması” şartı yönünden de özel bir önemi bulunmaktadır. Bu çerçevede boşanma hükmünün tanınmasında dikkate alınan kamu düzeni anlayışının, Nüfus Hizmetleri Kanunu⁴⁷ m. 27/A'da kamu düzeninin çerçevesini de belirlemesi söz konusudur⁴⁸.

Bu çerçevede kamu düzeni, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde temel bir savunma aracı olarak işlev görmekte, kararın Türkiye’de hüküm

⁴³ MÖHUK m. 55(2) uyarınca “Karşı taraf ancak bu bölüm hükümlerine göre tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek itiraz edebilir.” Bu noktada yabancı bir mahkeme kararının bir kısmının veya tamamının yerine getirilmiş olması ve yabancı kararın yerine getirilmesi hususunda engel teşkil eden bir sebebin mevcut olması birer tenfiz engeli olarak öngörülmüştür. (Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 726-729.)

⁴⁴ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) s. 677-726; Nomer (n 4) 518.

⁴⁵ Güngör (n 34) 298; Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli (n 4) 138.

⁴⁶ Doğrudan tescil” kavramıyla ilgili ayrıca bkz.; Güngör (n 34) 312; Tanrıbilir (n 35) 378-383.

⁴⁷ Resmi Gazete 29/04/2006, 26153.

⁴⁸ Ayhan İzmirli, ‘Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdari Yoldan Tanınması’ (2018) 22[4] Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67, 104. Maddede öngörülen, yabancı mahkeme kararının kamu düzenine aykırı olmaması şartı, düzenlemenin lafzından anlaşıldığı üzere, tescil talebinin yöneltildiği idari makam tarafından değerlendirilecektir. Ancak bu noktada, idari makama, yabancı bir mahkeme veya idari makam kararının kamu düzenine aykırılık yönünden incelenmesi konusunda tanınan takdir yetkisinin ne ölçüde uygun olduğu ve idarenin böylesi bir değerlendirmeyi yapabilecek uzmanlığa ve donanımına sahip olup olmadığı önemli bir tartışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır. (Burak Huysal, ‘Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili’ (2017) 37[2] Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 473, 494.)



ve sonuç doğurmasını engelleyebilmektedir⁴⁹. Bu nedenle “milletlerarası özel hukukta kamu düzeni” kavramının iç hukuk kapsamında kabul edilen kamu düzeninden⁵⁰ daha dar ve sınırlı bir kamu düzeni anlayışını yansıtması gerekmektedir⁵¹.

Öte yandan Nomer, tanıma ve tenfiz hukukunda kamu düzeninin etkisinin görece sınırlı olduğunu, fakat buna karşın uygulama alanının oldukça geniş olduğunu belirtmektedir. Zira tanıma ve tenfizin engellenmesi sonucunu doğuran kamu düzeni müdahalesi hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ilişkindir⁵².

Kamu düzeninin “geniş, muğlak, izafi ve değişken” bir kavram olması, kavramın zaman içerisinde değişik şekilde anlaşılmasını ve uygulanmasını da mümkün kılmaktadır⁵³. 2012 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında ise kamu düzeni, “niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor bir her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavram” şeklinde tarif edilmiştir⁵⁴. Dolayısıyla somut bir uyumsuzluk bakımından kamu düzenine aykırılığın belirlenmesi, tanıma veya tenfiz anının dikkate alınmasını gerektirmektedir⁵⁵.

Bu çerçevede Yargıtay’ın 1984 tarihli bir kararında⁵⁶, o dönemde Türk hukukunda anlaşmalı boşanma kabul edilmediği için⁵⁷ yabancı mahkemenin anlaşmalı boşanmaya ilişkin kararının tanınması kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddedilmiştir. Buna karşın mevcut TMK’nın anlaşmalı boşanmayı hükme alması sebebiyle günümüzde anlaşmalı boşanmanın kamu düzenine aykırı bulunarak bir tanıma engeli teşkil etmesi söz konusu değildir⁵⁸.

Yukarıda yabancı boşanma kararındaki boşanma hükmünün yanında fer’i nitelikte hükümlerinde bulunabileceğini belirtmiştik. Bu doğrultuda boşanma

⁴⁹ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 700; Ruhi (n 16) 24; Gürzumar (n 3) 31; Karen E Minehan, ‘The Public Policy Exception to the Enforcement of Foreign Judgments: Necessary or Nemesis?’ (1996) 18 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 795, 795.

⁵⁰ Bu hususta bkz.; Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni* (Seçkin Ankara 2001) 36.

⁵¹ Ruhi (n 16) 6-7.

⁵² Nomer (n 4) 533-534. Ayrıca bkz.; 3. HD, E 2016/22640, K 2018/9156, T 27/9/2018; 2. HD, E 2023/4533, K 2023/5831, T 30/11/2023 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 14.07.2025.

⁵³ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 704; Ruhi (n 16) 7; Gürzumar (n 3) 24.

⁵⁴ E 2010/1, K 2012/1, T 10/2/2012. (Ruhi (n 18) 7; Gürzumar (n 3) 24.)

⁵⁵ Ekşi (n 34) 295.

⁵⁶ 2. HD, E 1984/2674, K 1984/4577, T 15/5/1984. (Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 6) 704, dn 505.)

⁵⁷ 1926 tarihli 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda, 1988 yılında yürürlüğe giren 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu, anlaşmalı boşanma kurumu hukuk sistemimize girmiştir. (Zeynep Özgenç, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni ile Davanın Esasına Girme (Revision Au Fond) Yasağı Arasındaki İlişki’ (2023) 29[2] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1390, 1398, dn 49.)

⁵⁸ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 704, dn. 505; Ayhan Dolunay, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni’ iç Prof. Dr. Yıldırım Uler’e Armağan (Lefkoşa 2014) 45, 48; Özgenç (n 58) 1398.

hükmü kamu düzenine aykırı bulunup tanınmadığında, söz konusu kararın içeriğinde bulunan nafaka ve velayete ilişkin hükümlerin tenfizinin de mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁵⁹. Bu çerçevede anlaşmalı boşanma ile birlikte taraflar arasında velayet, nafaka veya mal rejiminin tasfiyesi gibi hususları kapsayan bir protokol düzenlenmişse, bu protokolün anlaşmalı boşanmanın ayrılmaz bir parçası olduğu; dolayısıyla protokol hükümlerinin geçerli olmadığı ya da tenfizinin mümkün olmadığı durumlarda, boşanma kararının tek başına tanınmasının kamu düzenine aykırılık teşkil edebileceğinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Protokolün, boşanmanın esaslı unsurlarından biri olarak kabul edildiği hâllerde, protokolün tanınma veya tenfizi sağlanamazsa, anlaşmalı boşanma kararının tanınmasının da MÖHUK m. 54(1)(c) kapsamında engellenmesi gerektiği savunulmaktadır. Ancak, tarafların açıkça protokol hükümlerinin uygulanmaması hâlinde dahi anlaşmalı boşanmayı kabul ettiklerini belirtmeleri halinde ise, boşanma kararının protokolden bağımsız şekilde tanınabileceği ifade edilmektedir⁶⁰.

B. Kamu Düzenine Aykırılığın Tespiti Açısından Öngörülen Sınırlar

Taninan yabancı boşanma kararının kamu düzenine aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi, yabancı kararın hüküm fıkralarının değerlendirilmesiyle sınırlıdır. Bu nedenle MÖHUK m. 54(1)(c) özellikle “Hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması” ifadesine yer vermiştir⁶¹. Hüküm kararı ya da hüküm fıkraları ise, yargılama sürerken ulaşılan “hukuki sonuç veya sonuçlar”ı yani davanın sona ermesini sağlayan nihai kararı işaret etmektedir⁶².

1997 tarihli bir Yargıtay kararında⁶³ ifade edildiği üzere yabancı mahkemeden alınan boşanma kararının içeriği kapsamında dikkate alınan maddi ve usul hukukuna ilişkin kurallardan bağımsız bir şekilde yalnızca hüküm fıkralarının incelenmesiyle yabancı boşanma kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğuna hükmedilmiştir.

Bu durum aynı zamanda revizyon yasağına, yani esasa girme yasağına işaret etmektedir. Bu yasağa istinaden boşanma kararlarının sınırlı biçimde incelenmesi, yabancı mahkemenin uyguladığı maddi hukuk ve usul hukukunun ya da olayların doğruluğunun denetlenememesi anlamına gelmektedir⁶⁴. Zira, “Şu hâlde boşan-

⁵⁹ Tiryakioğlu (n 3) 79.

⁶⁰ Şensöz (n 38) 300.

⁶¹ Nomer (n 4) 531; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) s. 704; Gürzumar (n 3) 30; Bekiş (n 38) 89.

⁶² Nomer (n 4) 531.

⁶³ 2. HD, E 13000, K 14704, T 17/2/1997. (Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) s. 704-705, dn. 506.)

⁶⁴ Ekşi (n 34) 315-316; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 705; Nomer (n 4) 520; Şensöz (n 38) 298. Ayrıca bkz 2. HD, E 2023/5954, K 2023/6509, T 26/12/2023 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 14.07.2025; Yargıtay’ın 2012 tarihli bir kararında ise Almanya Selgenstadt Asliye Hukuk

ma davasına ilişkin olsa dahi tanıma davası, boşanma istemi niteliğinde kabul edilemez. Tanıma davası, tanınması istenen yabancı ilamın tarafları arasında bir hukuki durumun kanunda gösterilen biçimlere uygun oluştuğunun tespitinden ibarettir. Boşanma olgusu yabancı kesin ilamın oluşması ile tamamlanmıştır⁶⁵.”

Öte yandan, kamu düzenine aykırılığın mevcut olup olmadığı değerlendirilirken, esasa ilişkin kimi konuların değerlendirilmesi istisnai bir biçimde gerekli görülebilir. Bu durumda revizyon yasağının istisnası gündeme gelebilmektedir. Bu durumun özellikle “kamu düzenine aykırılık itirazları”nın incelenmesi bakımından önem arz ettiği ifade edilmektedir. Örneğin, yabancı bir mahkemeden alınan boşanma kararına ilişkin belgelerin sahte olduğu iddia ediliyorsa, tanıma istemiyle Türk hakiminin önüne gelen bu karardaki esasa ilişkin hususlar hakkında zorunlu bir araştırma yapılmasının, “teknik anlamda” esas incelemesi olarak değerlendirilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır⁶⁶.

Tanınması talep edilen yabancı mahkeme kararının, kararın incelendiği forum ülkesinin kamu düzeni ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı hususu, yetkili mahkeme tarafından değerlendirilmektedir⁶⁷. Yabancı bir boşanma kararının Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığını hâkim takdir yetkisi kapsamında belirlemektedir. Takdir yetkisinin sınırlı bir şekilde kullanılması yönünde MÖHUK m. 54(1)(c) hükmünün içeriğinde bulunan “açıkça” sözcüğünün yönlendirici bir ifade olduğu ileri sürülmektedir⁶⁸. Dolayısıyla bu ifade aynı zamanda kamu düzeninin, “son çare” (“ultimum remedium”) olarak devreye girmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁶⁹.

Bu çerçevede yabancı bir boşanma kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırı kabul edilebilmesi, karar kapsamındaki hüküm fıkralarının yani hukuki hükümlerin, Anayasa’ya ya da Türk hukukunun temel veya vazgeçilmez şeklinde nitelendirilen ilkelerine, Türk toplumunun benimsediği örf, adet ve ahlak kurallarına aykırı sayılacak nitelikte olması gerekmektedir⁷⁰. Bir ülkede hangi ilkele-

Mahkemesince verilen boşanma kararının tanınmasının “talep edilen hükmün içeriğinin ayrıntılı olmadığı” gerekçesiyle reddedilmesi, esasa girme yasağı kapsamında kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilmemiştir. (2. HD, E 2011/19791, K 12/16687, T 18/6/2012. (Ekşi (n 34) 315-316.))

⁶⁵ 2. HD, E 1994/11220, K 1994/12667, T 19/12/1994. (Ali Önal, ‘Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği’ (2017) 37[2] Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 576, 587, dn 33.)

⁶⁶ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 705; Nomer (n 4) 520.

⁶⁷ Hatfield (n 1) 80; Law Commission of India, *Sixty-Fifth Report on Recognition of Foreign Divorces* (Government of India Press Delhi 1977) 105.

⁶⁸ Ruhi (n 16) 52; Gürzumar (n 3) 30; Nomer (n 4) 520.

⁶⁹ Law Commission of India (n 68) 107; Gizem Ersen Perçin ve Dilara Baytaroglu, ‘Public Order Intervention on the Recognition and Enforcement of Foreign Court Decision’ (2019) 2 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 303, 319; Blanes (n 3) 40.

⁷⁰ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 701; Ruhi (n 16) 26; Gürzumar (n 3) 22; Ekşi (n 34) 298; Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli (n 4) 136, dn. 144; Nomer (n 4) 509-520.

rin vazgeçilmez ve temel nitelik teşkil edeceği ise o ülkenin benimsediği hukuk anlayışı ve izlediği hukuk politikası tarafından belirlenmektedir⁷¹.

Takdir yetkisinin sınırlarına ilişkin verilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında⁷², “hâkim, milletlerarası özel hukukun varlık sebebini ve bu hukukun genel prensiplerini dikkate almak durumundadır. Bu itibarla tenfiz hâkimi, sırf Türk hukukundakinden farklı maddi ve usuli kurallar uygulanarak verildiği için yabancı bir kararı kamu düzenine aykırı sayıp tenfizini reddedemez.” şeklinde bu husus vurgulanmaktadır. Bu kapsamda tanıma-tenfize konu olan yabancı mahkeme kararının Türk hukukunun maddi hukuk hükümlerinden farklı kural-lara dayanması veya Türk hukukunda olmayan kurallara dayanması, yanlışlıklar veya eksiklikler içermesi bu kararı kamu düzenine aykırı hale getirmeyecektir⁷³. Nitekim Türk hukukunda geçici boşanma kararlarına yer verilmediği için, yabancı mahkemelerce verilen geçici nitelikteki boşanma kararlarının Türkiye’de tanınması, genellikle Türk kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir⁷⁴.

C. Kamu Düzeni Müdahalesine Aykırılık Teşkil Edebilecek Haller

Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması sürecinde, söz konusu kararların Türk kamu düzenine uygunluğunun incelenmesi, MÖHUK m. 54(1) (c) kapsamında zorunlu bir aşamadır. Tanıma ve tenfiz davalarında MÖHUK’un 50 ve 54. maddelerinde öngörülen koşullar kamu düzeniyle ilgili olduğundan, bu davalarda kural olarak re’sen inceleme ilkesi uygulanmaktadır. Dolayısıyla hâkim, tenfiz şartlarının varlığını tarafların ileri sürmesine gerek kalmaksızın görevi gereği kendiliğinden dikkate almaktadır. Bu kapsamda özellikle yabancı bir boşanma kararının Türk hukuk sistemi bakımından doğurabileceği sonuçların kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği her somut olay çerçevesinde ayrıca incelenmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde yabancı boşanma kararlarının tanınmasında kamu düzenine aykırılık teşkil edebilecek bazı haller hem yargı kararları hem de doktrindeki görüşler ışığında sistematik biçimde incelenecektir

1. Yabancı Boşanma Kararında Uygulanan Hukukun Kamu Düzenine Aykırı Bulunması

a. Yabancı Hukukun Uygulandığı Hallerde

Çalışmamızın ilk bölümünde değindiğimiz üzere karşılaştırmalı hukukta boşanma hakkı ve boşanma sebepleri yönünden Türk hukukundan farklı düzenlenen hususlar bulunmaktadır. Bununla birlikte bu farklılıklar tek başına kamu düzenine aykırılığı gündeme getirmeye yeterli değildir.

⁷¹ Gürzûmar (n 3) 22.

⁷² HGK, E 2013/11-1135, K 2014/973, T 26/11/2014; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 4) 700–701.

⁷³ Ekşi (n 34) 298.

⁷⁴ 2. HD, E 5858, K 7609, T 30/6/1999. (Şensöz (n 38) 300.)



Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 2012 tarihli kararında⁷⁵ da açıkça ifade edildiği üzere; “...Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır.”

Bu kapsamda, yabancı bir boşanma kararının, eşlere boşanma hakkını eşit şekilde tanımayan bir yabancı hukuk kuralına dayanması veya boşanmanın herhangi bir gerekçeye dayanmaksızın, “sebepsiz” olarak gerçekleştirilmiş olması gibi durumlar, bu başlık altında değerlendirilmelidir. Doktrinde, özellikle İslam ve Musevi hukukunda yalnızca kocanın tek taraflı irade beyanıyla gerçekleşen talak ve get yoluyla boşanmaların tanınmasının, eşlere eşit boşanma hakkı tanınmaması nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açabileceği belirtilmektedir⁷⁶.

Boşanma sürecinde eşler arasında eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi durumunda, bu tür kararların Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri zedelediği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, eşler arasında eşitliği sağlamayan yabancı boşanma kararları, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmektedir⁷⁷. Bu hususta talak yetkisinin kullanılmasıyla eşlerin boşanması, doğrudan kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilemez. Önceden değindiğimiz üzere, Irak hukukunda talak beyanının geçerli olabilmesi için hem kadının hem de erkeğin mahkeme önünde hazır bulunup iradelerini birlikte beyan etmeleri ve mahkeme tarafından onaylanması gerektiğinden, eşler arası eşitlik ilkesinin bu noktada açıkça ihlal edildiği söylenemez. Benzer şekilde İran hukukunda “mufavvida talak” ile kocanın talak yetkisini kadına devretmesi halinde, kadın kendi adına boşanma davası açma hakkına sahip olduğundan, bu durumda da eşler arasında boşanma hakkı bakımından bir eşitliğin sağlanabilmesi mümkündür.

Öğretide yabancı bir mahkeme tarafından verilen bir boşanma kararının Türkiye’de tanınması talep edildiğinde, Türk hakiminin öncelikle davalı eşin boşanmayı kendi özgür iradesiyle kabul edip etmediğini dikkate alarak karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) kararlarında tanıma ve tenfiz yargıcına yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) düzenlenen

⁷⁵ İBK, E 2010/1, K 2012/1, T 10/2/2012 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 14.07.2025.

⁷⁶ Şensöz (n 38) 299-300; Ata Sakmar, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma* (İstanbul 1976) 137.

⁷⁷ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanteş (n 4) 701.

⁷⁸ Ayhan İzmirli (n 49) 98-99; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma* (Beta İstanbul 2006) 82.

temel hakların ihlaliyle sınırlı olmak kaydıyla, içerik denetimi yapma yükümlülüğü getirildiğini söylemek mümkündür. Nitekim AİHM, D.D. v. Fransa davasında, başvuru şikâyetini geri çekmiş olsa da, kadının boşanma iradesi dikkate alınmadan yalnızca kocaya boşanma hakkı tanıyan Cezayir aile hukuku kuralına dayalı boşanma kararının Fransız mahkemelerinde tanınmasını, 7 No’lu Ek Protokol’ün 5. maddesinde güvence altına alınan eşlerin evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde medeni haklardan eşit yararlanma ilkesine aykırı bulmuştur. Bu yaklaşım, AİHM’in tanıma-tenfiz yargıcına, esasa uygulanacak hukukun Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını inceleme zorunluluğu getirerek, esas inceleme yasağına istisna tanıdığını göstermektedir⁷⁹.

Yargıtay’ın bu konuyla alakalı son verdiği kararlarda da bu bakış açısının hâkim olduğu görülmektedir⁸⁰. Bu kapsamda Anayasa’nın düzenlediği temel hak ve özgürlükleri ihlal eden boşanma kararlarının Türk kamu düzenine açıkça aykırı kabul edilmeleri söz konusu olmaktadır⁸¹.

2018 tarihli bir Yargıtay kararına⁸² konu olan olayda, Türk ve İran vatandaşlıklarına sahip tarafların İran’da boşanma davası açmaları ve davanın neticelenmesi söz konusu olmuştur. Bu dava neticesinde kocanın üç aylık süre zarfında noter vasıtasıyla boşanma yetkisine sahip kılınmasına karar verilmiştir. Yargıtay, boşanma davasında kadının iradesini dikkate almayan söz konusu kararın Anayasa m. 10’un güvence altına aldığı “kanun önünde eşitlik hakkı”nı ihlal ettiğine hükmetmiştir. Dolayısıyla yabancı boşanma kararının MÖHUK m. 54(1)(c) kapsamında kamu düzenine açıkça aykırı olduğuna ve tanınamayacağına karar verilmiştir⁸³.

⁷⁹ D.D. v Fransa Baş. no 3/22 (AİHM, 8/11/2005) Kararın ilgili bölümü için bkz.; Özgenç (n 58) 1400.

⁸⁰ Özgenç (n 58) 1401.

⁸¹ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 701.

⁸² 2. HD, E 2018/3127, K 2018/15305, T 25/12/2018 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 12.07.2025. Karara ilişkin değerlendirme için bkz.; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 701, dn. 501; Güngör (n 34) 309, dn. 226. Aynı yönde verilen Yargıtay’ın 2021 tarihli bir kararına konu olan olayda, kocanın talak yetkisini kullanmasını takiben 3 aylık süre zarfında karısıyla tekrar aile birliği kurmadığı gerekçesiyle Suudi Arabistan Krallığı Cidde Aile mahkemesinde boşanmanın kesinleştiğine dair hüküm kurulması söz konusu olmuştur. Bu durumda da Yargıtay tarafından “kadının iradesinin yok sayılması”nın Türk kamu düzenine açıkça aykırı kabul edilmesiyle tanınmanın reddine karar verilmiştir. Karar için bkz.; 2. HD, E 2020/6076, K 2021/411, T 20/1/2021. (Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 701.)

⁸³ Kararda, “Tarafların boşanmalarına, yabancı mahkemece karar verilmeyip üç ay süreyle geçerli olmak üzere, erkeğe notere başvurmak suretiyle tek taraflı irade beyanıyla boşanma yetkisinin verilerek kadının iradesinin yok sayılması niteliğindeki karar, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bu itibarla yabancı mahkeme kararının tanınmasına karar verilmesi olanağı bulunmamaktadır.” ifadelerine yer verilmiştir.



Buna karşılık, Kadıköy 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin bu konuda verdiği karar⁸⁴ dikkat çekicidir. Somut olayda, Suudi Arabistan vatandaşı bir erkek, Türk vatandaşı eşini Cidde’de bir kadı önünde düzenlenen talâk senediyle boşanmış ve bu karar kesinleşmiştir. Daha sonra, Türk vatandaşı kadın, bu boşanma kararının Türkiye’de tanınması talebiyle dava açmıştır. Mahkeme, yalnızca kararın hükmünü incelemiş ve tanıma talebinin Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği sonucuna ulaşmıştır. Çünkü somut olayda, kadının tanıma talebiyle mahkemeye başvurusu, boşanma iradesinin açık bir göstergesi olarak kabul edilmiştir.

Doktrinde ise tanıma talebinin bizzat Türk vatandaşı kadın tarafından ileri sürülmesi ve diğer gerekli şartların da sağlanmış olması hâlinde, tanıma kararının verilmesinin hukuken yerinde olacağı yönünde değerlendirmeler yer almaktadır. Nitekim Mahkeme, kararın tanınmasının kadın açısından Türk kamu düzenine aykırı bir sonuç doğurmayacağına kanaat getirerek, kadının tanıma talebini kabul etmiştir⁸⁵. Zira bu boşanma talebinin tanınmasını isteyen taraf kadın olduğundan, bu noktada üzerinde durulması gereken mesele, hangi durumlarda bir yabancı boşanma kararının tanınmasının reddedilmesinin, tarafların temel haklarının ihlaline yol açabileceğidir⁸⁶.

Görüldüğü üzere, Türk hukuku kapsamında kocanın tek taraflı irade beyanıyla boşanmak mümkün olmamakla birlikte, yabancı bir mahkemenin talak ile boşanmayı hükme bağlayan kararının ülkemizde tanınabilmesi olasılık dahilindedir⁸⁷. Doktrinde, aile hukukuna ilişkin kararlar söz konusu olduğunda, kamu düzeni istisnasının uygulanma eşiğinin daha düşük olduğu ileri sürülmektedir⁸⁸.

İkinci durumda ise, yabancı bir mahkeme tarafından herhangi bir boşanma sebebine dayanmaksızın verilen boşanma kararının, tanınması amacıyla Türk mahkemelerine sunulması hâlinde, bu kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı incelenmelidir.

Bu hususta Finlandiya, İsveç, Norveç ve Amerika Birleşik Devletleri’ndeki bazı eyaletlerin maddi hukuklarında boşanmanın eşlerden birinin tek taraflı iradesiyle gerçekleşmesi halinde, sebebe dayanmayan bir boşanmanın söz konusu olduğu kanaatini taşımaktayız⁸⁹. Çünkü tek taraflı boşanma kararı, karşılaştırmalı hukukta boşanma sebepleri açısından benimsenen ilkelerin hepsini dışlamaktadır. Bu usul, eşlerin karşılıklı rızasına, evliliği devam ettirme olanaklarına veya kusurlarına odaklanmamaktadır.

⁸⁴ Kadıköy 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, E 1990/853, K 1991/941, T 7/2/199. Kararın ilgili kısmı için bkz.; Özgenç (n 58)1400.

⁸⁵ Özgenç (n 58) 1400-1401.

⁸⁶ Kinsch (n 38) 540.

⁸⁷ Ersen Perçin ve Baytaroğlu (n 70) 319.

⁸⁸ Yuhan Ji, *Recognition of Foreign Judgments* (Eleven Den Haag 2022) 61.

⁸⁹ González ve Viitanen (n 28) 2-10.

Türk hukukunda ise boşanma, aile birliğinin sona erdirilmesini konu edinen ve esas itibarıyla kamu düzeniyle yakından ilişkili bir hukuki kurumdur. Anayasa m. 41 kapsamında ailenin korunması bir hak olarak düzenlenmiş ve Türk hukukunda boşanmanın gerçekleşebilmesi için TMK kapsamında öngörülen belirli ve sınırlı sebeplerin bulunması zorunlu tutulmuştur. Dolayısıyla bir boşanma sebebinin varlığına gerek duymaksızın, tek taraflı bir beyanla boşanmayı mümkün kılan bu usulün, bir yabancı mahkeme kararına konu olması ve bu kararın Türk mahkemelerinin önüne tanıma istemiyle gelmesi halinde, MÖHUK m. 54(1)(c)'nin uygulanacağını ve tanıma talebinin reddedileceğini düşünmekteyiz.

b. Yabancı Mahkeme Tarafından Türk Hukukunun Hatalı Uygulanması Halinde

Yabancı bir mahkemede görülen boşanma davasında esasına uygulanan hukukun Türk hukuku olması halinde, Türk hukukunu “hatalı uygulaması” söz konusu olabilmektedir.

Bu durumda yabancı mahkeme kararının tanınma talebiyle Türk mahkemesinin önüne gelmesi halinde kamu düzenine aykırılık nedeniyle tanıma talebinin reddedilmesi gündeme gelebilecektir. Esasa girme yasağı gereği hâkim, Türk hukukunun yanlış uygulanıp uygulanmadığını incelerken yeni maddi vakıa veya hukuki sebeplerin ileri sürülmesine imkân tanıyamaz. Dolayısıyla hâkim, ancak yabancı boşanma kararından Türk hukukunun hatalı şekilde uygulandığının açıkça anlaşılması hâlinde ve bu durumun kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturduğunu tespit ederse tanıma veya tenfizi reddedebilecektir. Nitekim Yargıtay da 26.05.1988 ve 14.04.1987 tarihli kararlarında⁹⁰, Türk hukukunun yanlış uygulandığının yeni maddi vakıa ve delillerle ispat edilmesini aramamış; yabancı kararda dayanak yapılan Medeni Kanun hükmünün unsurlarının mevcut olup olmadığının ve hangi delillerin toplandığının karar metninden anlaşılamamasını, tanıma veya tenfiz talebinin reddi için yeterli kabul etmiştir. Bu durumda önem arz eden husus, Türk hukukunun hatalı uygulandığını ileri sürerek itiraz eden davalının, bu itirazını yabancı mahkeme nezdinde de ileri sürmüş olmasıdır⁹¹.

Buna karşın Yargıtay 2008 tarihli bir kararında⁹², yabancı mahkeme kararında Türk hukukunun “yanlış uygulanması başlı başına kamu düzenine aykırı değildir.” şeklinde ifade etmek suretiyle Türk hukukunun hatalı uygulanmasının daima kamu düzenine aykırılık yaratmadığını vurgulamaktadır⁹³.

⁹⁰ 2. HD, E 1988/3211, K 1988/5558, T 26/5/1988 ve 2. HD, E 1987/2561, K 1987/3270, T 14/4/1987 sayılı kararların ilgili kısımları için bkz.; Gürzumar (n 3) 49.

⁹¹ Ruhi (n 16) 55-56; Gürzumar (n 3) 48-49.

⁹² argıtay 2. HD, E 2017/16684, K 2018/16665, T 4/12/2008. (Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli (n 4) 137-138, dn. 146.)

⁹³ Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli (n 4) 137. Kararda ayrıca “...Türk hukuk düzeninin temelinin teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerin ihlâl edilmesi hâlinde kamu düzeninin açıkça ihlâl edildiğinden söz edilebilir. Davalı (kadın) Türk hukukunun uygulanmadığını yahut yanlış



Öte yandan yabancı mahkemenin Türk hukukunu hatalı yorumlaması hali, Türk hukukunun hatalı uygulanması ile aynı doğrultuda değerlendirilmemektedir⁹⁴. Bu çerçevede tanıma konusu olan yabancı mahkeme kararı verilirken mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları gereği Türk hukuku yetkili olmasına rağmen Türk hukukunu uygulamaması kamu düzenine aykırılık teşkil etmediğine değinilmektedir⁹⁵. Yargıtay 2009 tarihli bir kararında⁹⁶, Hamburg Asliye Hukuk Mahkemesinin Türk Medeni Kanunu’nu uygulaması gerekirken Alman Medeni Kanununu uyguladığı boşanma davasının tanınma talebini kamu düzenine aykırı bulmamıştır.

2. Tanınması İstenen Yabancı Boşanma Kararının Bir Türk Mahkeme Kararıyla Çelişmesi

Yabancı bir mahkeme tarafından verilen boşanma kararına ilişkin bir başka kamu düzenine aykırılık halinin ise tanıma istemiyle Türk hakiminin önüne gelen yabancı mahkeme kararının bir Türk mahkeme kararının hükümleriyle çelişen hükümler içermesi halinde gündeme gelebileceği savunulmaktadır⁹⁷. Esas olarak Türk mahkemesinin karşı karşıya kaldığı bu yabancı mahkeme kararı, ile kararın çeliştiği Türk mahkemesi kararı; “konu, taraflar ve hukuki sebep” yönünden aynıdır. Bu doğrultuda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)⁹⁸ m. 114(i) uyarınca dava şartlarından biri olarak sayılan “aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması”nın tanıma davalarında da dikkate alınması sonucunda söz konusu yabancı mahkeme kararının tanınması dava şartı noksanlığı sebebiyle reddedilmektedir. Görüldüğü üzere bu durumda kamu düzenine aykırılık nedeniyle tanımanın reddedilmesi söz konusu değildir⁹⁹.

Bununla birlikte, yabancı mahkeme kararının Türk mahkemesince daha önce verilen bir kararla çelişmeden aynı hükmü içermesi, tanıma talebinde hukuki yararın bulunmadığına işaret etmektedir. Bu konu çerçevesinde verilmiş 2007 tarihli bir Yargıtay kararında¹⁰⁰, Karaman Asliye Hukuk Mahkemesi kararıyla boşanan eşlerin, yabancı bir mahkeme nezdinde de boşanmaları ve yabancı mahkemeden aldıkları boşanma ilamını Türkiye’de tanıtmak istediklerinde “hukuki yararları-

uyulandığını ileri sürerek yabancı mahkeme önünde istinaf yahut temyiz yoluna da başvurmamıştır. Bu açıklama karşısında boşanma kararı yönünden 5718 sayılı yasanın 58. maddesinin aradığı şartlar gerçekleşmiştir.” ifadelerine yer verilmiştir. Kararın ilgili kısmı için bkz.; (Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli (n 4) 138, dn. 146.)

⁹⁴ 2. HD, E 1993/5243, K 1993/6131, T 25/6/1993. (Ruhi (n 16) 56.)

⁹⁵ Çelikel ve Erdem (n 14) 809; Gürzumar (n 3) 51.

⁹⁶ 2. HD, E 2008/4290, K 2009/10608, T 2/6/2009. (Ekşi (n 34) 297-299.)

⁹⁷ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 708-709.

⁹⁸ Resmî Gazete 4/2/2011, 27836.

⁹⁹ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 709.

¹⁰⁰ Yargıtay 2. HD, E 2007/2219, K 2007/2792, T 26/2/2007. (Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 709, dn. 510.

nı kanıtlayamamış” olmalarından dolayı tanıma talebinin kabul edilmediği ifade edilmektedir¹⁰¹.

Yabancı mahkeme kararının bir Türk mahkemesi kararıyla hüküm yönünden çelişmesi ve bu yabancı mahkeme kararının tanıma istemiyle Türk mahkemesinin önüne gelmesi söz konusu olduğunda iki karar arasında HMK m. 114(i) hükmü kapsamındaki unsurlardan (tarafklar, konu, hukuki sebep) birinin eksik olması halindeyse, tanımanın dava şartı noksanlığı nedeniyle reddedilmesi gündeme gelmeyecektir. Nitekim bu senaryoda yabancı kararın tanınmasının Türk kamu düzenine aykırılık oluşturacağı ifade edilmektedir. Zira çelişkili hükümler içeren iki hükmün Türkiye sınırları içerisinde etki doğurması ve aynı anda kesin hüküm teşkil etmelerinin, karar ahengini bozan bir uygulamaya mahal vermesinden dolayı kamu düzenine açıkça aykırı olacağı ifade edilmektedir. Bahsettiğimiz “çelişki”nin kararlar bakımından tespit edilmesi de revizyon yasağının göz ardı edileceği başka bir istisnai duruma örnek teşkil etmektedir¹⁰².

3. Savunma Hakkına Riayet Koşuluna Uyulmaması

Kamu düzenine aykırılığın, MÖHUK m. 54(1)(ç) hükmü uyarınca düzenlenen “O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.” hükmüyle yakından ilişki içerisinde olduğu ileri sürülmektedir¹⁰³. Nitekim AİHS m. 6(1) kapsamında teminat altına alınan temel savunma hakları dikkate alınmadan verilen yabancı mahkeme kararlarının Türk mahkemelerine tanıma veya tenfiz talebiyle gelmesi halinde bu kararların AİHS m. 6(1)’i ihlal etmeleri nedeniyle, MÖHUK m. 54(1)’in c veya ç bentleri doğrultusunda tanıma-tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁴.

¹⁰¹ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 709, dn. 510.

¹⁰² Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 711-712. Aksi yönde bir görüşe göre, bu halde revizyon yasağının ihlal edilmesi için önemli bir neden bulunmadığından ve yabancı mahkeme ve Türk mahkemesinin kararlarının aynı yönde olması beklenemeyeceğinden, kamu düzenine aykırılığın gündeme gelmemesi gerekmektedir. (Ekşi (n 34) 318.)

¹⁰³ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 718; Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli (n 4) 138.

¹⁰⁴ Bu duruma örnek teşkil eden Pellegrini v. İtalya davasında Kilise Mahkemesi’nin başvuru “haberdar edilmeden” evliliğin geçersizliğine karar vermesinin AİHS m. 6(1)’in ihlal edilmesi anlamına geldiğine hükmedilmiştir. Karara konu olayda başvuru, “evliliğin iptali davası hakkında kendisine ayrıntılı bilgi verilmediğini ve bir avukat yardımı alma imkânının olduğundan haberdar edilmediğini yeniden dile getirmiştir. Ayrıca, ilk derece yargılamasının çok hızlı yürütüldüğünü belirtmiştir. Başvuru, Temyiz Mahkemesi’nin de kilise mahkemelerinde yürütülen yargılamalara ilişkin dosyayı incelememiş olmasını eleştirmiş ve bu dosyanın kendisi lehine deliller içerebileceğini ileri sürmüştür. Bunun yanı sıra başvuru, mali açıdan muhtaç durumda olduğunu ortaya koyduğunu ve bu nedenle nafaka almaya hak kazandığını iddia etmiştir.” (Pellegrini v İtalya Baş. no 30882/96 (AİHM, 20/7/2001), para 27; <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-59604%22%5D%7D>)

Öğretide MÖHUK m. 54(1)(ç)’de zikredilen durumlardan birine karşılık gelmeyen savunma hakkı ihlallerinin, kamu düzenine aykırılığa sebep olabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁵. Buna karşın yargı kararlarına bakıldığında kimi zaman MÖHUK m. 54(1)(ç) kapsamında düzenlenen davalının usulüne uygun bir şekilde çağırılmamış veya temsil edilmemiş olması ya da yokluğunda karar verilmiş olması halleri de MÖHUK m. 54(1)(c)’de düzenlenen “hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması” şartı dahilinde incelenmektedir. Bu durumda hâkimin kamu düzenine aykırılığı re’sen araştırması gerektiğinden araştırma için davalının ayrıca itirazda bulunması da gerekmemektedir¹⁰⁶.

Yargıtay’ın 1987 tarihli bir kararında¹⁰⁷, “davalının usulen çağırılmaksızın ve geldiğinde dinlenmeksizin karar verilmiş olması”nın Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu kabul edilmiştir¹⁰⁸. Aynı yönde başka bir Yargıtay kararında¹⁰⁹ da Yargıtay, yabancı mahkemede görülen davanın karar aşamasında ne davalı ne de davacıyı temsil eden bir vekilin hazır bulunmaksızın, tarafların yokluğunda boşanma kararı verilmesinin kamu düzenine aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Öte yandan Yargıtay’ın 2012 tarihli bir kararında¹¹⁰; anlaşmalı boşanma kararının tanınması talebinde, tarafların yabancı mahkemede bizzat dinlenmemiş olmasının tek başına Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeyeceği özellikle vurgulanmıştır. Yargıtay, kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “*Yabancı mahkeme ilamına konu anlaşmalı boşanmada, tarafların yabancı mahkemede bizzat dinlenilmemiş olmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğundan söz edilemez. Ayrıca davalının, hükmü veren yabancı mahkemede de o yer kanunları uyarınca usulüne uygun şekilde avukat ile temsil edildiği de anlaşılmaktadır. O halde; yabancı mahkeme ilamının tanıma koşulları olduğu halde yazılı gerekçe ile isteğin reddi doğru değildir.*”

Cevap dilekçesinin mahkeme kayıtlarına alınmaması, davalının savunma hakkını fiilen kullanmasını engelleyen ağır bir usul eksikliği şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda anılan olgu hem MÖHUK m. 54(1)(ç) kapsamındaki

Erişim Tarihi 12.07.2025. Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için ayrıca bkz.; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 717, dn. 523.

¹⁰⁵ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 718; Ruhi (n 16) 59; Ekşi (n 34) 326.

¹⁰⁶ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 718; Ruhi (n 16) 59; Nomer (n 4) s. 508.

¹⁰⁷ 2. HD, E 1986/11341, K 1987/68, T 18/1/1987. (Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 718, dn. 524.)

¹⁰⁸ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) s. 718.

¹⁰⁹ 3. HD, E 2019/3374, K 2019/7658, T 9/10/2019 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 14.07.2025 Aynı yönde; davacının yokluğunda boşanma kararının verilmesini kamu düzenine aykırılık oluşturduğunu kabul eden Samsun 2. Aile Mahkemesi’nin kararı (2023/1350 E, 2023/2003 K) için bkz.; 2. HD, E 2023/7278, K 2024/3409, T 14/5/2024 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 14.07.2025.

¹¹⁰ 2. HD, E 2011/19791, K 2012/16687, T 18/6/2012. Ekşi (n 34) 315-316.

kategorilerden biri olarak, hem de kamu düzenine aykırılık başlığı altında değerlendirilebilecek niteliktedir¹¹¹.

Tarafların aynı avukat tarafından temsil edilmesi de adil yargılanma güvencelerini zedeleyen bir uygulama olarak kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirilmiştir. Bu bağlamda, 2009 tarihli bir Yargıtay kararında¹¹² yabancı mahkemede tarafların aynı avukatla temsil edilmeleri, kamu düzenine aykırı bir uygulama olarak nitelendirilmiştir¹¹³.

MÖHUK m. 54(1)(ç)’de açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, davalıya usulüne uygun tebligat yapılmasına rağmen nihai kararın tebliğ edilmeden kesinleşmesi ve bu kararın Türk mahkemelerinde tanınması talep edildiğinde, kamu düzenine aykırılık gündeme gelebilmektedir¹¹⁴.

2024 tarihli bir Yargıtay kararında¹¹⁵, Basel-Landschaft West Sivil Bölge Mahkemesinin 21.03.2018 tarihli 120 17 595 III sayılı boşanma kararının davalıya usule uygun bir şekilde tebliğ edilmesi, davalının savunma hakkı kapsamında değerlendirilmiş ve bu kapsamda kamu düzenine aykırılıkla savunma hakkı arasındaki keskin bağlantı vurgulanmıştır. Bu çerçevede Yargıtay, “*kararın 19.04.2018 tarihinde kesinleştiği, yabancı mahkemece dava dilekçesi ve mahkeme kararının davalıya tebliğ edildiği, davalının savunma hakkının ihlal edilmediği, Yabancı mahkeme ilamında Türk kamu düzenine aykırılık da bulunmadığı*” doğrultusunda karar vermiştir. 2023 tarihli Yargıtay kararına¹¹⁶ konu olayda Belçika Limburg Asli Hukuk Mahkemesinde davalının ikamet ettiği adres bulunmadığı için Belçika Yargı Kanunu m. 40 uyarınca davalı yerine Kraliyet Savcısı’na tebligat yapılmıştır. Nitekim tanıma talebiyle Türk mahkemesinin önüne gelen bu yabancı karar, “davalının savunma haklarının ihlal” ettiği gerekçesiyle kamu düzenine aykırı kabul edilerek tanınmamıştır¹¹⁷.

4. Yabancı Mahkemenin Türk Hukukundaki Yargılama Usulüne İlişkin Hükümlere Uymadan Karar Vermesi

TMK m. 184, boşanma davalarında yargılamaya ilişkin bazı temel güvenceler getirmiştir. Buna göre, hâkim, taraflara yemin teklif edemez; tarafların boşanma sebebine ilişkin ikrarları ise hâkimi bağlamaz. Ayrıca, hâkim delilleri serbestçe değerlendirmekte ve hâkim yalnızca davanın dayandığı olgulara vicdanen kanaat getirdiğinde bunlar ispatlanmış sayılabilmektedir.

¹¹¹ 2. HD, E 2024/5888, K 2024/6528, T 26/9/2024 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 14.07.2025.

¹¹² 2. HD E. 7321, K. 20304, T. 23.11.2009. (Gençcan, s. 1594; Ekşi (n 34) 301.)

¹¹³ Ekşi (n 34) s. 301.

¹¹⁴ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 718; Ruhi (n 16) 59; Ekşi (n 34) 326.

¹¹⁵ 2. HD, E 2023/7657, K 2024/1916, T 19/3/2024 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 14.07.2025.

¹¹⁶ 2. HD, E 2022/10551, K 2023/2200, T 4/5/2023 (Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 718, dn. 526.)

¹¹⁷ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 4) 718, dn. 526.

Kanaatimizce yabancı mahkeme tarafından verilen bir boşanma kararının tanınmasında, kararın dayandığı usul uygulamalarının da kamu düzenine açıkça aykırılık yaratan sonuçlar doğurup doğurmadıklarının incelenmesi büyük önem arz etmektedir. Zira yabancı mahkeme, taraflara yemin teklif etmişse, yalnızca taraf ikrarlarını esas alarak karar vermişse veya hâkimin vicdani kanaati oluşturmaksızın hüküm tesis edilmişse, bu durumlar Türk kamu düzeni açısından ciddi sakıncalar doğurabilme potansiyeline sahiptir.

5. Başka Bir Nedenle Evliliğin Sona Ermesi

MÖHUK'da tanıma davası açma hakkı, evlilik birliğinin devam ettiği durumlar için düzenlenmiştir. Yani boşanma kararının tanınmasından önce taraflar arasında geçerli bir evlilik birliğinin bulunması beklenmektedir.

Bu hususta yabancı mahkemece verilen boşanma kararının tanınması talebi, eşlerden birinin tanıma davası devam ederken ölmesi halinde, evlilik birliği ölümle zaten sona ermiş olduğundan, tanıma kararının güncel bir hukuki yarar sağlayıp sağlamayacağının ve bu durumun kamu düzenine aykırılık boyutunun incelenmesi önemli hâle gelmektedir.

Bu çerçevede 2012 tarihli bir Yargıtay kararında¹¹⁸, yabancı mahkemece verilen boşanma kararının tanınmasına ilişkin davanın, ilamda taraf olan annenin vefatı sonrasında, onun yasal mirasçısı olan küçük çocuğu adına kayyım tarafından açılmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir.

Konuya ilişkin 2. Hukuk Dairesinin 2012 tarihli kararında¹¹⁹ da yabancı mahkeme kararının kesinleşmesiyle ortaya çıkan hukuki sonuçların (örneğin miras hakkı) mirasçılar açısından önemli olabileceği, bu nedenle ölenin yasal mirasçılarının tanıma/tenfiz davasına devam edebileceği, bu konuda hukuki yarar bulunduğu belirtilmiştir. Öte yandan karara yazılan muhalefet şerhinde, kararın tanınmasının, evliliğin ölüm gibi başka bir nedenle zaten sona erdiği durumlarda farklı sonuçlar doğurabileceği belirtilmiş ve bu kapsamda kamu düzenine aykırılık ekseninde değerlendirme yapılmıştır. Muhalefet şerhinde özellikle tanıma davası devam ederken eşlerden birinin vefatı hâlinde, evlilik birliğinin kendiliğinden sona erdiğine dikkat çekilmektedir. Böyle bir durumda, sağ kalan eş ölüm anında miras hakkını elde etmektedir. Yani esas olarak yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tanınmaması nedeniyle, taraflar hukuken hâlen evli kabul edilmekte ve bu nedenle sağ kalan eş, mirastan yararlanma hakkını sürdürmektedir.

¹¹⁸ 2. HD, E 2009/7321, K 2009/20304, T 23/11/2009. (Nuray Ekşi, 'Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 3.4.2012 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi' (2012) 32[1] Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 33, 43.) Yargıtay'ın yabancı mahkeme kararının tanınması ya da tenfizi davasında davacının ölümü halinde, ölenin mirasçılarının davaya devam edebileceğini ve bu kişilerin hukuki yararı bulunduğunu ifade ettiği başka bir kararı için bkz.; 2. HD, E 2011/21901, K 2012/8257, T 3/4/2012. (Ekşi (n 121) 43.)

¹¹⁹ Ekşi (n 121) 37.

Ayrıca muhalefet şerhinde, MÖHUK'un tanıma davası açma hakkını yalnızca devam eden evlilikler için öngördüğü, ölümle sona ermiş evliliklerde ise bu hakkın kullanılamayacağı ifade edilmektedir. Bu yaklaşım, boşanma kararının tanınmasının ancak taraflar hâlen evliyse hukuki bir anlam taşıyacağı düşüncesine dayanmaktadır. Ancak, tanıma davası görülürken eşlerden birinin ölmesiyle evlilik zaten sona erdiğinde, tanıma kararının sağ kalan eşin miras hakkı gibi kazanılmış hakları etkilemesi söz konusu olabilmektedir. Yargıtay'ın ilgili muhalefet şerhinde de ölüm nedeniyle sona ermiş bir evliliğe ilişkin boşanma kararının tanınmasının, özellikle miras hakkı bakımından kamu düzeniyle bağdaşmayacağı vurgulanmıştır.

AIHM, Selin Aslı Öztürk ve Türkiye davasına¹²⁰ konu olayda, başvuranın babası 1.02.2001 tarihinde boşanmış ve boşanma kararının tanınması için herhangi bir başvuruda bulunmadan 22.05.2001 tarihinde vefat etmiştir. Babasının vefatının ardından, babasının eski eşinin mirastan pay almasını önlemek amacıyla söz konusu boşanma kararının tanınması için kızı tarafından dava açılmış, ancak Türk mahkemeleri, başvurunun taraf sıfatı bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. AIHM, 6'ya karşı 1 oyla, başvurunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine (AIHS m. 6(1)) ve mülkiyet hakkının da (1 No'lu Ek Protokol m. 1) ihlal edildiğine hükmetmiştir. Yani AIHM'in verdiği karar bağlamında, bir boşanma davasının taraflardan birinin vefatının ardından tanınmamasının temel hakları ihlal edebileceği ve bu doğrultuda kamu düzenine aykırı bir sonuca yol açabileceği de söylenebilir¹²¹.

Kanaatimizce, mirasçılarının tanıma davasına devam edebilmesini kabul eden Yargıtay yaklaşımı isabetlidir. Zira yabancı boşanma kararının tanınması yalnızca evliliğin sona ermesiyle sınırlı kalmamakta ve mirasçılarının menfaatine doğrudan etki etmektedir. Bu nedenle, tanıma davasının mirasçılara kapatılmasının hak kayıplarına yol açabileceği ve temel haklarla bağdaşmayacağı açıktır.

SONUÇ

Türk hukukunda boşanma, kişilerin medeni durumunu doğrudan etkileyen ve kamu düzenini ilgilendiren önemli bir aile hukuku kurumudur. Bu bağlamda Türk hukukunda boşanmanın sınırlı sayıda ve belirli sebeplere bağlanmış olması, aile kurumunun korunması amacıyla getirilen önemli bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim çalışma konumuzun yabancı bir mahkemeden alınan boşanma kararına ilişkin olması bu noktada, karşılaştırmalı hukukta yer alan boşanma sebepleri ve boşanma hakkına ilişkin farklı yaklaşımları da incelemeyi gerekli

¹²⁰ Selin Aslı Öztürk ve Türkiye Baş no 39523/03 (AIHM, 13/10/2009) <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-125175> Erişim Tarihi 15.07.2025.

¹²¹ Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz.; K Sedat Sirmen, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Taraf Sıfatı Sorunu ve Hukuki Yarar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Selin Aslı Öz-Türk/Türkiye Kararı' iç Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan (2012) 1013, 1013–1023.

kılmaktadır. Bu farklılıkların, yabancı boşanma kararlarının Türk hukukunda tanınması sürecinde kamu düzeni engeli açısından kritik rol oynaması söz konusudur.

Öncelikle, yabancı boşanma kararlarının tanınmasında kamu düzeni kavramının esnek ve dinamik bir yapıya sahip olduğu görülmektedir. Bu durum, kavramın somut olaylar ışığında her defasında ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmesine yol açmaktadır. Bu bağlamda, MÖHUK'un 54(1)(c) maddesinde önemle vurgulanan "açıkça aykırılık" ölçütü, kamu düzenine aykırılığın bir tanıma engeli olarak kabul edilmesinin istisnai nitelikte olduğunu ve son çare olarak başvurulması gereken bir savunma mekanizması olduğunu ortaya koymaktadır.

Eşitlik ilkesi açısından eşlerin haklarını ihlal eden yabancı boşanma kararlarının, Anayasa'da koruma altına alınan temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi nedeniyle kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği ve Türk mahkemelerinde tanınmadıkları görülmektedir. Özellikle tek bir eşe boşanma hakkı tanıyan, örneğin yalnızca kocanın sahip olabildiği talak yetkisi gibi tek taraflı bir yetkinin boşanmayı gerçekleştirebilmesi, bu kapsamda ciddi sorunlar oluşturmaktadır. İslam hukukunun uygulandığı hukuk sistemlerindeki değişik talak uygulamaları ve bu doğrultuda talak yetkisinin kullanılmasıyla boşanmanın her halükârda kamu düzenine aykırılık oluşturmaması ise dikkat edilmesi gereken bir hususlardır. Bunun yanı sıra, hiçbir somut boşanma sebebine dayanmayan, salt tek taraflı irade beyanına dayalı boşanma kararlarının da kamu düzeni açısından sorun teşkil etmeleri mümkündür.

Yabancı mahkemelerin yargılama sırasında savunma hakkına riayet etmemeleri de kamu düzenine aykırılığın önemli bir göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Savunma hakkının ihlal edildiği, davalının usulüne uygun çağrılmadığı ya da temsil edilmediği durumlarda, tanınmanın Türk kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddedilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akıntürk T ve Ateş D, *Medeni Hukuk* (27. bs İstanbul 2023)

Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma* (Beta 2006)

Bayata Canyaş A, 'Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi' (2015) 19 [3] Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3

Bekiş SD, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul Hukuku Bakımından Kamu Düzenine Aykırılık Halleri* (Seçkin Yayıncılık 2024)

Bilgin Tiyakioğlu, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996)

Blanes F de P P, 'Divorce: Jurisdiction, Applicable Law, Recognition And Enforcement' in *Justice Programme Of The European Union, English For Judicial Cooperation In Family Law Handbook* (2016) 19

- Çelikel A ve Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (18. bs Beta 2024)
- Demir Gökyayla C, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni* (Seçkin 2001)
- Doğan V, Yılmaz AÇ ve İzmirli LA, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10. bs Ankara 2024)
- Dolunay A, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni’ içinde *Prof. Dr. Yıldırım Uler’e Armağan* (Lefkoşa 2014) 45
- Donahue Jr C, ‘Comparative Reflections of the “New Matrimonial Jurisprudence” of the Roman Catholic Church’ (1977) 75 [5] *The Michigan Law Review* 994
- Dunna GT, ‘Introducing ‘Public Policy’ to Enforcement of Foreign Judgments: Lessons from the Law of Arbitration’ (2018) 2 *Transnational Dispute Management Journal* 1
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III: Aile Hukuku* (14. bs Filiz Kitabevi 2019)
- Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (2. bs Beta 2020)
- Ekşi N, ‘Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 3.4.2012 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi’ (2012) 32 [1] *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 33
- Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (23. bs Beta 2021)
- Ersen Perçin G ve Baytaroğlu D, ‘Public Order Intervention on the Recognition and Enforcement of Foreign Court Decision’ (2019) 2 *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 303
- Ertaş Ş, ‘Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi’ (1987) 3 [1-4] *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 365
- Gençcan ÖU, *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku* (2010)
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (3. bs Yetkin Yayınları 2022)
- Gürzümar A, ‘Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri’ (1994) 14 [1-2] *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 21
- Hatfield HN, ‘Private International Law Concepts in Divorce’ (2005) 19 [2] *American Journal of Family Law* 77
- Huysal B, ‘Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili’ (2017) 37 [2] *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 473

İyilikli AC ve Ersöz O, ‘Türk Vatandaşlığına Geçişte Yabancıların Birden Fazla Evliliğinin Nüfus Siciline Tescilinin Türk Kamu Düzenine Aykırılığı Üzerine Bir İnceleme’ (2023) 71 [2] Adalet Dergisi 827

İzmirli LA, ‘Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelere Verilen Boşanma Kararlarının İdari Yoldan Tanınması’ (2018) 22 [4] Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67

Ji Y, *Recognition of Foreign Judgments* (Eleven Den Haag 2022)

Karaca HA, ‘Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusundaki Avrupa Konseyi Roma III Tüzüğü Kapsamında Hukuk Seçimi’ (2019) 27 [2] Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 241

Kılıçoğlu AM, *Aile Hukuku* (Genişletilmiş 4. bs Ankara 2019)

Kinsch P, ‘Enforcement as a fundamental right’ (2014) 7 University of Luxembourg Law Working Paper

Law Commission of India, *Sixty-Fifth Report on Recognition of Foreign Divorces* (Government of India Press Delhi 1977)

Mahajan N, ‘Comparative Study Of Tripple Talaq In Different Countries’ (2024) 2 [9] Journal Of Novel Research and Innovative Development 146

Minehan KE, ‘The Public Policy Exception to the Enforcement of Foreign Judgments: Necessary or Nemesis?’ (1996) 18 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 795

Önal A, ‘Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği’ (2017) 37 [2] Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 576

Özgenç Z, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni ile Davanın Esasına Girme (Revision Au Fond) Yasağı Arasındaki İlişki’ (2023) 29 [2] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1390

Öztan B, *Aile Hukuku* (6. bs Ankara 2015)

Piyawadani N ve Cabico GK, ‘The Right to Get Divorce (or the Absence of It) in Sri Lanka and the Philippines’ (2021) UN Women Asia and the Pacific

Rivlin R, ‘The Right to Divorce: Its Direction, And Why It Matters’ (2013) 4 International Journal of the Jurisprudence of the Family 133

Ruhi AC, *Türk Hukukunda Yabancı Boşanma İlamlarının Tanınması ve Tenfizi* (2. bs İstanbul 2020)

Sakmar A, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma* (İstanbul 1976)

Seviğ MR ve Seviğ VR, *Devletler Hususi Hukuku* (3. bs İsmail Akgün Matbaası 1962)

Sirmen KS, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Taraf Sıfatı Sorunu ve Hukuki Yarar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Selin Aslı Öz-Türk/Türkiye Kararı’ in *Tuğrul Arat’a Armağan* (2012) 1013

Şanlı C, Esen E ve Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (11. bs Beta 2024)

Şensöz E, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (Galatasaray Üniversitesi SBE Doktora Tezi 2012)

Tandoğan H, *Aile Hukuku Ders Notları* (1965)

Tanrıbilir FB, ‘Türk Hukukunda Yabancı Makamlarca Verilen Boşanma Kararlarının Tanınmasına İlişkin Gelişmeler’ in Doğan V, Yılmaz AÇ ve İzmirli LA (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu* (Savaş Yayınları 2019) 375

Tezgel M, *Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Ankara 2012)

Yakar S, ‘Günümüz Suudi Arabistan Hukuk Sisteminde Örfün Kullanımı: Mahkemelerdeki Boşanmalar [The Usage of Custom in the Contemporary Legal System of Saudi Arabia: Divorce on Trial]’ (2019) 6 [11] Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 371

Yakar S, ‘Günümüz Suudi Arabistan Hukuk Sisteminde Örfün Kullanımı: Mahkemelerdeki Boşanmalar [The Usage of Custom in the Contemporary Legal System of Saudi Arabia: Divorce on Trial]’ (2019) 6 [11] Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 371

Zahir I, ‘Comparative Analysis of Talaq That Passed Outside the Court in the Perspective of Islamic Law and Compilation of Islamic Law [Mahkeme Dışında Gerçekleşen Talakın İslam Hukuku ve İslam Hukuku Derlemesi Perspektifinden Karşılaştırmalı Analizi]’ (2021) 4 [1] Jurnal Al-Dustur 1-18

ANA BABANIN ENGELLİ ÇOCUĞA KARŞI EĞİTİM VE BAKIM YÜKÜMLÜLÜĞÜ: TÜRK MEDENİ KANUNU HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE BİR İNCELEME

*Parents' Duty of Education and Maintenance towards the Disabled Child:
An Examination within the Framework of Turkish Civil Code Provisions*

Esma KIRAÇ ADIR*

Özet

Türk Medeni Kanunu'na göre ana ve baba çocuğu yetiştirmek ve ona, yetenek ve eğilimlerine uygun genel ve mesleki eğitim sağlamakla yükümlüdür. Diğer taraftan çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılama yükümlülüğü de ana babaya aittir. Ana babanın bu bakım yükümlülüğü kural olarak çocuk ergin oluncaya dek devam eder. Ancak bu noktada çocuğun eğitimi hala sürmekte ise, somut olayın koşullarına göre beklenebilir olduğu ölçüde ana ve baba bakım yükümlülüğü altında olmaya devam edecektir. Bu prensipler şüphesiz engelli çocuklar için de geçerlidir. Bununla beraber engelli çocukların özel gereksinimleri, gerek ana babanın eğitim gerekse bakım yükümlülüğü üzerinde etkili olacaktır. Ebeveyn çocuğa uygun bir eğitim sağlamak için onun engelliliğini hesaba katmalıdır. Diğer taraftan engelli çocuğun özel gereksinimleri, ana babanın bakım yükümlülüğünün kapsam, içerik ve sınırlarını da belirleyecektir.

Bu çalışmanın amacı ana babanın eğitim ve bakım yükümlülüğünü, engelli çocuklar özelinde ele almaktır. Çalışmanın odak noktası evvela, çocuğun engelliliğinin ana babanın eğitim ve bakım yükümlülüğü üzerinde hangi etkilere sahip olduğunu ortaya koymaktır. Öte yandan ana babanın engelli çocuğa karşı bakım yükümlülüğü onun ergin olmasıyla beraber kural olarak sona erecektir. Oysa ergin engelli çocuğun gereksinimleri bu noktadan sonra da devam edecektir. Türk Medeni Kanunu'nda ergin engelli çocuğa karşı ebeveynin bakım yükümlülüğünü düzenleyen özel bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu'nda yer alan diğer imkanlara başvurmak gerekmektedir. Bu kapsamda çalışmanın devamında eğitim nafakası (TMK m. 328/II) ve yardım nafakası (TMK m. 364), engelli çocuk özelinde incelenecek ve eğitimi devam eden veya engelli çocuğa terekeden uygun bir ödeme yapılmasını düzenleyen TMK m. 674/II üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Engelli Çocuk, Eğitim Yükümlülüğü, Bakım Yükümlülüğü, Eğitim Nafakası, Yardım Nafakası, Uygun Ödeme

Abstract

According to Turkish Civil Code, parents must raise the child's and provide for the child a general and vocational education appropriate to her/his abilities and inclinations. On the other hand, parents must provide for the child's maintenance, including the costs of caring, education and measures

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 05.08.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara/Türkiye, esma.kirac@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-7352-7055>



taken for his or her protection. Parents' duty of maintenance lasts in principle until the child attains the age of majority. However if at that point the child's education is continuing, parents must pay for his or her maintenance, to the extend conscionable in the overall circumstances. These principles are undoubtedly applicable to disabled children as well. However the special needs of disabled children will have an impact on parents' duty of education and maintenance. Parents should take the child's disability into account in order to provide an suitable education. On the other hand, the special needs of disabled child will also determine the scope, content and boundaries of parents' duty of maintenance.

The aim of this study is to examine the parents' duty of education and maintenance, specifically for disabled children. The focus of study is, primarily, to show which impacts the child's disability has on the parents' duty of education and maintenance. On the other hand, parents' duty of maintenance lasts in principle until the child attains the age of majority. However the special needs of disabled child will exist after this point. There is no specific provision in the Turkish Civil Code regulating the parents' duty of maintenance for major disabled child. Therefore it is necessary to resort to other means existing in the Turkish Civil Code. In this context, respectively, education alimony (Art. 328/II) and duty of assistance (Art. 364) will be examined specifically for disabled child and (Art. 674/II, regulates the granting appropriate advance payment for the children still in education or with disability from the inheritance, will be analysed.

Keywords: Disabled Child, Duty of Education, Duty of Maintenance, Education Alimony, Duty of Assistance, Advance Payment

GİRİŞ

Her çocuk, eğitim almaları ve bakılmaları yönünde talep hakkına sahiptir. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin¹ 28. maddesi çocuğun eğitim hakkını tanımakta ve taraf devletlerin bu konuda alacağı önlemlerin genel çerçevesini çizmektedir. Sözleşmenin 7 ve 18. maddeleri ise çocuğun bakılması-na ve yetiştirilmesine ilişkindir. Bu kapsamda sözleşmenin 7. maddesi çocuğun mümkün olduğu ölçüde ana ve babası tarafından bakılma hakkına sahip olduğunu ifade ederken, sözleşmenin 18. maddesi taraf devletlerin, çocuğun yetiştirilmesi ve gelişiminin sağlanması hususlarında ana ve babanın birlikte sorumluluk taşıması ilkesinin temini için her türlü çabayı göstermelerini öngörmektedir. Anayasa'nın 42. maddesi, "kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz" demek suretiyle eğitim hakkını güvence altına alırken, 41. maddesinin üçüncü fıkrası ile de "Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir" demek suretiyle çocuğun bakımını güvence altına almaktadır.

Özel hukuk perspektifinden incelendiğinde uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile teminat altına alınan çocuğun eğitiminin ve bakımının sağlanması, evvela ana ve babaya yüklenen bir görev olarak Türk Medeni Kanunu hükümlerinde kendine yer edinmiştir. Gerçekten de Türk Medeni Kanunu'nun 340. maddesi, ana babanın olanakları ölçüsünde çocuğu yetiştirmesini ve ona uygun genel ve mesleki eğitim sağlamasını öngörmüştür. Çocuğun yetiştirilmesi ve ona uygun

¹ Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, BM genel kurulu tarafından 20.11.1989 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye'de bu sözleşme 14.09.1990 tarihinde imzalanmış ve 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuştur. Sözleşme Türkiye bakımından 04.05.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. RG (T. 27.01.1995, S. 22184), <https://resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf> ET (10.06.2025).

bir eğitim sağlanması, ana babanın hem hakkı hem de yükümlülüğüdür². Bu prensiplerle de uygun biçimde ana babanın çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü Türk Medeni Kanunu'nun 327 ve devamı maddelerinde hükme bağlanmıştır. Buna göre çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli olan giderlerin, yani çocuğun bakımının, ana baba tarafından karşılanması esastır(TMK m. 327/I). Görüldüğü üzere, Türk Medeni Kanunu bir yandan çocukların bakım ve eğitim haklarını düzenlerken diğer yandan ana babanın bu alandaki yükümlülüklerini kurala bağlamaktadır.

Çalışmamızda özellikle ele almakta olduğumuz engelli çocuklar da hiç şüphesiz zikredilen eğitim ve bakım haklarına sahiptir. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 23. maddesi, taraf devletlerin engelli çocukların toplumdaki saygınlığı, topluma etkin surette katılımı, özel gereksinimlerine uygun bakımı ile genel ve mesleki eğitimi için uygun önlemleri alma, bu konuda gerekli destekte bulunma ve uluslararası alanda bilgi alışverişini sürdürmelerini öngörmektedir³.

Uluslararası metinler ve Anayasa ile güvence altına alınan bu hakları ve bu kapsamda sunulan imkanları, ana baba çocuğa temin etmekle yükümlüdür. Ana baba engelli çocuğunu yetiştirme, ona yetenek ve eğilimlerine uygun eğitim verme ve onun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılama yükümlülüğü altındadır.

² Kurt Affolter-Fringeli ve Urs Vogel, in Heins Hausheer ve Hans Peter Walter (Hrsg), *BK – Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die elterliche Sorge/der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB – das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB, Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB* (Stämpfli Verlag AG 2016) Art. 302 ZGB para 4; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Aile Hukuku* (25. Baskı, Beta 2024) 420.

³ Konumuzla ilgili olması sebebiyle ilgili madde metninin aktarılması uygun görülmüştür:
“1. Taraf devletler zihinsel ya da bedensel özürlü çocukların saygınlıklarını güvence altına alan, özgüvenlerini geliştiren ve toplumsal yaşama etkin biçimde katılmalarını kolaylaştıran şartlar altında eksiksiz bir yaşama sahip olmalarını kabul ederler.
2. Taraf devletler, özürlü çocukların özel bakımdan yararlanma hakkını tanırlar ve eldeki kaynakların yeterliliği ölçüsünde ve yapılan başvuru üzerine, yardımdan yararlanabilecek durumda olan çocuğa ve onun bakımından sorumlu olanlara, çocuğun durumu ve ana-babanın veya çocuğa bakanların içinde bulundukları koşullara uygun düşecek yardımın yapılmasını teşvik ve taahhüt ederler.
3. Özürlü çocuğun, özel bakıma gereksinimi olduğu bilincinden hareketle bu maddenin ikinci fıkrası uyarınca yapılması öngörülen yardım, çocuğun ana-babasının ya da çocuğa bakanların parasal (mali) durumları gözönüne alınarak, olanaklar ölçüsünde ücretsiz sağlanır. Bu yardım özürlü çocuğun eğitimi, meslek eğitimi, tıbbi bakım hizmetleri, rehabilitasyon hizmetleri, bir işte çalışabilecek duruma getirme hazırlık programları ve dinlenme/eğlenme olanaklarından etkin olarak yararlanmasını sağlamak üzere düzenlenir ve çocuğun en eksiksiz biçimde toplumla bütünleşmesi yanında, kültürel ve ruhsal yönü dahil bireysel gelişmesini gerçekleştirme amacını güder.
4. Taraf devletler, uluslararası işbirliği ruhu içinde, özürlü çocukları koruyucu sıhhi bakımı, tıbbi, psikolojik ve işlevsel tedavileri alanlarına ilişkin gerekli bilgilerin alışverişi yanında, rehabilitasyon, eğitim ve mesleki eğitim hizmetlerine ilişkin yöntemlerin bilgilerini de içerecek şekilde ve taraf devletlerin bu alanlardaki güçlerini, anlayışlarını geliştirmek ve deneyimlerini zenginleştirmek amacıyla bilgi dağıtımını ve bu bilgiden yararlanmayı teşvik ederler. Bu bakımdan, gelişmekte olan ülkelerin gereksinimleri, özellikle gözönüne alınır”. Bkz. <https://www.unicef.org/turkiye/cocuk-haklarına-dair-sözleşme#:~:text=Madde%2023,yaşama%20sahip%20olmalarını%20kabul%20ederler.ET> (10.09.2025).



Engelli bireylerde eğitim ve bakımın önemi tartışmasızdır. Engellilik, bireyi hem fiziksel veya zihinsel hem de sosyal açıdan etkileyen çok yönlü bir olgudur. Elde edilen güncel verilere göre dünya nüfusunun tahmini %16'sı bir tür engellilik hali yaşamaktadır⁴. Engelli bireyler özel gereksinimlere sahiptir ve her modern hukuk sistemi, engellilerin bu gereksinimlerini karşılamak için en uygun ve adil çözümü sunmalı ve böylelikle onların toplumsal yaşama engelli olmayan bireylerle eşit şekilde katılmasını mümkün olduğu ölçüde sağlamalıdır. Bu çerçevede ana babanın TMK m. 340 kapsamındaki çocuğu yetiştirme ve ona uygun eğitim sağlama yükümlülüğü ve TMK m. 327 ve devamı hükümler uyarınca çocuğun eğitim ve bakım giderlerini karşılama yükümlülüğü, şüphesiz engelli çocuklar için de geçerli olacaktır. Bununla beraber zikredilen hükümler genel kaideler olup engelli çocukların içinde bulundukları özel koşulları nazara alan kapsamlı herhangi bir hususiyet içermemektedir. Oysa engelli çocuklar, farklı biçimlerde özel gereksinimlere sahip bireylerdir. Onların bu özel gereksinimleri hiç şüphesiz alacakları eğitimi ve talep hakkına sahip oldukları bakımı şekillendirecektir. Başka bir ifadeyle çocuğun içinde bulunduğu koşullar ve gereksinimler ana babanın bakım ve eğitim yükümlülüğünün kapsam ve sınırlarının tayininde belirleyici bir unsur olarak rol oynayacaktır. Açıklanan bu nedenlerle ana babanın engelli çocuğa karşı eğitim ve bakım yükümlülüğünün incelenmesi, bu yükümlülüğün kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi ve özellikle Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerinin engelli çocuklar açısından ne şekilde yorumlanması gerektiğinin tespiti özel bir öneme sahiptir.

Bu çalışmada, Türk Medeni Kanunu'nun çocuğun eğitim ve bakımına ilişkin hükümleri, İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) hükümleri ve İsviçre öğretisindeki görüşler de nazara alınarak, engelli çocuklar özelinde ele alınacaktır. Bu yapılırken mevcut hükümlerin nasıl yorumlanması gerektiği, yeterli olup olmadığı, kapsamı ve sınırları tespit edilecektir. Amacımız, engelli çocukların eğitim ve bakımlarına ilişkin ana babanın yükümlülüklerini ve bu kapsamda Türk Medeni Kanunu'nun sunduğu imkanları değerlendirmek olduğundan, konular incelenirken özellikle engelli çocuklar açısından önem arz eden noktalar üzerinde durulacak ve hususiyet arz etmeyen meselelere yalnızca gerekli olduğu ölçüde yer verilecektir. Ayrıca çalışmanın kapsamı, ana babanın yükümlülüklerini incelemek ile sınırlı olduğu için devletin alabileceği önlemler üzerinde durulmayacaktır.

I. ENGELLİLİK KAVRAMI

“Engellilik”⁵, üzerinde uzlaşılmış bir tanımın bulunmadığı çok yönlü ve multidisipliner bir kavramdır. Engellilik kavramı, ele alındığı alana ve benimsenen

⁴ https://www.who.int/health-topics/disability#tab=tab_1 ET (01.07.2025).

⁵ Terimsel açıdan bakıldığında “engelli” veya “engellilik” kavramının genel olarak tercih edildiği görülmektedir. Bununla beraber, artık terk edilmek istenen “sakat” veya “özürlü” ibarelerine de kimi zaman rastlamak mümkündür. Türk Medeni Kanunu'nda, 25.04.2013 tarihli ve 6462 sayılı

yaklaşım tarzına göre farklı biçimlerde açıklanabilir. Bu kavramın, bugüne dek⁶ başlıca iki anlayış ekseninde açıklandığı söylenebilir. Bunlar medikal/tıbbi yaklaşım ve sosyal yaklaşımdır⁷. Medikal/tıbbi yaklaşım bireyin engelli oluşunu, onun içinde bulunduğu patolojik soruna (dar anlamdaki fiziki veya zihinsel engeline) odaklanarak incelemeye çalışmaktadır. Bu anlayışa göre engellilik hali tedavi edilmesi gereken bir eksiklik ya da hastalığı ifade eder. Tıbbi yaklaşım, engellilerin karşılaştığı problemlerin çözümü hususunda, engelli kimsenin tedavi edilmesi veya rehabilitasyonunu amaç edinir⁸. Bu yaklaşım, engellilerin özellikle sosyal güvenlik alanında kendilerine olumlu etkide bulunacak birçok hak elde etmesine hizmet ederse de sadece bu anlayışa odaklanmak dar bir bakış açısına takılı kalmak anlamına gelir. Zira bir kimsede mevcut olan fiziki veya zihinsel bozuklukların tedavisi her zaman ve her koşulda mümkün olmayacağı gibi bireyler tedavi edilmeyen hastalık ve eksikliklerine (dar anlamda engellerine) rağmen, uygun şartlar sağlandığında toplumsal yaşama oldukça etkin biçimde katılabilmektedir⁹.

kanun ile yapılan değişiklik sonrası, başlangıçta kullanılan “sakat” ve “özürlü” ibarelerinden isabetli biçimde vazgeçilmiş ve bunun yerine “engelli” kavramı benimsenmiştir. Bu değişikliğin sebebi ilgili kanunun genel gerekçesinde ifade edildiği üzere, sakat veya özürlü kavramlarının negatif bir etkisinin olması ve “engelli” kavramını tercih eden BM Engelli Haklarına Dair Sözleşme ile bir uyum yakalanmasının arzu edilmesidir. Aynı zamanda “engelli” kavramının benimsenmesi, bu alanda artık sosyal yaklaşımı takip eden bir anlayışın etkin olmaya başladığının da göstergesidir. İlgili kanun için bkz. 25.04.2013 tarih ve 6462 sayılı “Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbarelerin Değiştirilmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG (T. 03.05.2013, S. 28636), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/05/20130503-1.htm>. ET (01.07.2025). Kanun’un genel gerekçesi için bkz. https://www.lexpera.com.tr/ayrintilar/gerekce?_ReturnUrl=/resmi-gazete/metin/kanun-ve-kanun-hukmunde-kararnamelerde-yer-alan-engelli-bireylere-yonelik-ibarelerin-degistirilmesi-3/gerekce?MajorVersion=1. ET (01.07.2025). Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. Michael Oliver ve Colin Barnes, *Disabled People and Social Policy: From Exclusion to Inclusion* (Addison Wesley Longman Limited 1998) 14.

⁶ İlk zamanlardan itibaren engelliliğe toplumlarca olumsuz bir anlam atfedilmiştir. Bu anlayış engellilerin başlarda toplumdaki dışlanması gerektiği yargısının kabulüne yol açmıştır. Aydınlanma çağı ile beraber engellilere karşı tutum belli ölçüde olumlu yönde evrilmeye başlamış ve mümkün olanlar bakımından engellilerin tedavisi için çaba sarfedilmiştir. 1960’lı yıllardan sonra ise engelli hakları savunulmaya başlamıştır. Engelliliğin tarihsel süreçte geçirdiği aşamalar hakkında açıklamalar için bkz. Resa Aydın, “Engellilik Araştırmaları ve Değişen Paradigmalar” Başak Baysal, Mustafa Keskin, Hande Heper ve Gizem Arslan (Eds), *Engelli Hakları I-II 2023-2024 Akademik Yılı Konferansları* (On İki Levha Yayıncılık 2025) 1 vd.

⁷ Alan S Gutterman, “Definitions and Models of Disability” (2023) SSRN 1,6; Seda Ünlü, Aslıhan Bağcıvan ve Bülent Kara, “Geçmişten Günümüze Türk Kültüründe Engelli Anlamlandırılmaları” (2022) 6(1) Milli Kültür Araştırmaları Dergisi 96, 99. Engellilik kavramını açıklayan anlayışlar bunlarla sınırlı değildir. Anılan bu iki yaklaşıma ilave olarak kökleri geçmişe dayanan “ahlaki model” de zikredilebilir ki bu anlayışa göre engellilik hali bir günahın sonucunu ifade eder. Açıklamalar için bkz. Deborah Kaplan, “The Definition of Disability: Perspective of the Disability Community” (2000) (3) J. Health Care R. & Pol’y 352, 352.

⁸ Gutterman (n 7) 6; Kaplan (n 7) 352; Ünlü, Bağcıvan ve Kara (n 7) 99.

⁹ Kaplan (n 7) 355. Zira çoğu engellilik hali bir hastalık teşkil etmez. Bkz. Gutterman (n 7) 6.



Engellilik kavramını açıklayan diğer bakış açısı sosyal yaklaşımdır. Gerçekten de değişen ve gelişen anlayışlar engellilik kavramını artık sosyal bir bakış açısıyla ele almakta ve çözüm arayışlarını da bu alan dahilinde gerçekleştirmektedir. Buna göre engellilik olgusu, bünyesinde yalnızca biyolojik yapıyı değil, aynı zamanda sosyal, kültürel ve toplumsal detayları da barındıran daha geniş bir kavramdır¹⁰. Yıllardır her toplumca tecrübe edilen ve edilecek olan engellilik olgusu, gerek çevrenin gerekse sistemlerin yapılandırılmasında ne denli bilinir ve kabul edilir olursa, engelliliğe bağlı dezavantajlı birçok sonuç da ortadan kalkabilir¹¹. Görüldüğü üzere sosyal yaklaşım engelliliği, kişinin içinde bulunduğu patolojik durumdan ziyade, kişinin sahip olduğu fiziksel, zihinsel veya duysal bozuklukla yaşamasını zorlaştıran ve böylelikle kişiyi sosyal hayatın dışına iten çevresel ve toplumsal kısıtlamalara odaklanarak açıklamaya çalışır¹². Buna bağlı olarak sosyal yaklaşımda amaç, tıbbi yaklaşımın aksine tedavi veya rehabilitasyon değil, kişinin topluma diğer bireylerle eşit biçimde katılmasını sağlayan her türlü hukuki ve finansal düzenlemeleri kabul ederek uygun çözüm bulmaktır¹³. Özetle tıbbi yaklaşım kişideki dar anlamdaki engele (fiziksel, zihinsel veya duysal bozukluk) odaklanır, buna karşın sosyal yaklaşım, kişide var olan dar anlamdaki engel ile engelli olma halini birbirinden ayırır. Bu anlamda bir engele sahip olan bireyi toplumsal koşullar engelli bir birey haline getirebilir¹⁴. Son zamanlarda ağırlık kazanan sosyal yaklaşım¹⁵, engellilik olgusunun bilimsel açıdan daha geniş bir alanda ele alınmasını sağlamakta ve özellikle insan hakları temelinde inceleme ve araştırmaların yapılmasına hizmet etmektedir¹⁶. Belirtmek gerekir ki sosyal yaklaşımın gelişimi, tıbbi modelin ve dar anlamdaki engel kavramının reddedildiği anlamına gelmez¹⁷. Bununla beraber bu anlayış, engelliliği sadece bireye odaklayan ve olası problemleri adeta yalnızca onun omuzlarına yükleyen tutumun değişimine imkan vermektedir.

Yapılmış bazı tanımlara bakmak gerekirse Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde engelli kimse, "Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duysal veya sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmiş, toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri çeken kimse" olarak tanımlanmaktadır¹⁸. Başka bir tanıma ise 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'da rastlanmaktadır. Kanun'un "tanımlar" başlığını taşıyan

¹⁰ Ünlü, Bağcıvan ve Kara (n 7) 99.

¹¹ Kaplan (n 7) 355.

¹² Oliver ve Barnes (n 5) 70.

¹³ Gutterman (n 7) 7.

¹⁴ Oliver ve Barnes (n 5) 70. Açıklamalar için bkz. Gutterman (n 7) 7.

¹⁵ Sosyal yaklaşımda, bir kimsenin bedeninden ziyade toplumsal koşullar tarafından engellendiği kabul edilir. Bkz. Gutterman (n 7) 3.

¹⁶ Aydın (n 6) 7.

¹⁷ Oliver ve Barnes (n 5) 70.

¹⁸ <https://sozluk.gov.tr/ET> (01.07.2025).

ikinci maddesinin c bendine göre engelli “fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey” olarak tanımlanmıştır¹⁹. “Erişkinler için Engellilik Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik” de aynı tanımlı içermektedir²⁰.

Uluslararası alandaki tanımlara bakıldığında Türkiye’nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Engelli Haklarına Dair Sözleşme’ye göre engelli birey, “karşılıklı etkileşimdeki çeşitli kısıtlamalar sebebiyle toplum hayatına diğer bireylerle eşit biçimde katılımı engelleyebilecek olan, uzun süreli bedensel, zihinsel, ruhsal veya duysal bozukluğa sahip insanlar”dır²¹. Dünya Sağlık Örgütü de engelliliği, vücut yapı veya işlevindeki bozukluklar; faaliyet sınırlamaları ve toplumsal hayata katılım kısıtlılıkları bakımından şemsiye bir kavram olarak görmektedir. Buna göre engellilik, sağlık sorunu bulunan bir bireyin, kişisel ve çevresel koşulları ile etkileşiminin olumsuz yönlerini ifade eder²².

Görüldüğü gibi “engellilik” kavramı üzerinde uzlaşılmış bir tanım mevcut değildir²³. Bununla beraber BM Engelli Haklarına Dair Sözleşme’nin içerdiği tanımlı, çalışmamız açısından da benimsemek mümkündür. Zira engellilik kavramı ne tek başına bir fizyolojik bozulmayı ne de tamamen sosyal açıdan maruz bırakılan kısıtlamayı ifade eder. BM Engelli Haklarına Dair Sözleşme, hem bireyde mevcut olan dar anlamda engel durumunu, hem de engelliliğin oluşmasında toplumsal hayat koşullarının rolünü vurgulamaktadır. Başka bir ifadeyle bu tanımda, hem tıbbi hem de sosyal yaklaşımın izleri bulunmaktadır.

II. TÜRK MEDENİ KANUNU UYARINCA ANA BABANIN ENGELLİ ÇOCUĞA KARŞI EĞİTİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Türk Medeni Kanunu’nun 340. maddesi “eğitim” başlığını taşımakta olup ana ve babanın çocuğa karşı eğitim yükümlülüğünü iki fıkra halinde düzenlemektedir. Buna göre “(1) Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel,

¹⁹ 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanun, RG (T 07.07.2005, S. 25868), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5378&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> ET (01.07.2025).

²⁰ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=31275&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> ET (01.07.2025).

²¹ <https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf> ET (01.07.2025). Birleşmiş Milletler Engelli Haklarına Dair Sözleşme BM Genel Kurulu tarafından 13.12.2006 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi 30.03.2007 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin onaylanması, 03.12.2008 tarihli ve 5825 sayılı kanun ile uygun bulunmuştur. Sözleşme Türkiye bakımından 28.10.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. RG (T. 14.07.2009, S. 27288), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/07/20090714-1.htm> ET (01.07.2025).

²² <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/42407/9241545429.pdf?sequence=1> ET (01.07.2025).

²³ Bir başka tanıma göre engellilik “kişi ile çevresi arasındaki kesişimin bir ürünü olarak biyolojik, sosyal, kültürel, politik, hukuki ve ekonomik yönleri sahip biricik bireysel bir deneyim”dir. Bkz. İlkur Meşe, “Engelliliği Açıklayan Sosyal Model Nedir?” (2014) (33) Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi 79, 90.



zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar. (2) Ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel engelli olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlarlar”. Çocuğun eğitimini düzenleyen bu hüküm, hem çocuğun yetiştirilmesi ve terbiye edilmesi hem de onun öğreniminin temin edilmesi yükümlülüğünü kapsar²⁴.

A. Çocuğun Yetiştirilmesi

Maddenin ilk fıkrası ana babaya çocuğu olanaklarına göre eğitme ve onun fiziksel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlama ve koruma yükümlülüğü yüklemiştir. Bu fıkra ile güdülen amaç, çocuğun fiziksel ve zihinsel gelişimini desteklemek, onun kişiliğinin dengeli biçimde gelişmesini ve böylelikle bağımsız bir birey olarak topluma entegre olabilmesini sağlamaktır²⁵. Bu noktada hem ana ve babanın koşulları hem de çocuğun kabiliyet ve eğilimleri dikkate alınmalıdır²⁶. Anılan bu unsurlar her ne kadar ikinci fıkradaki genel ve mesleki eğitim için zikredilmiş olsa da, aynı ölçütlerin bu fıkra kapsamındaki çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesi sürecinde de belirleyici olduğu kabul edilmelidir²⁷. Çocuğun yetenek ve eğilimleri ile ana babanın içinde bulunduğu koşullar, hem çocuğa verilecek eğitimin kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi hem de ana babanın bu konuda göstermesi gereken özenin derecesinin tayininde etkilidir²⁸.

Fiziki gelişimin kapsamına çocuğun beslenmesi, giyinmesi, sağlığı ve barınmasına özen gösterilmesi dahildir. Ana baba hem çocuğun fiziki gelişimine ihtimam göstermeli, bu konuda gerekli önlemleri almalı hem de onun, temel ihtiyaçlarını ileride bağımsız biçimde giderebilecek şekilde yetişmesine çalışmalıdır²⁹. Zira çocuğa yaşamsal becerilerin kazandırılması da çocuğun yetiştirilmesinin kapsamına dahildir³⁰. Özellikle engelli çocuklarda, onun ileride mümkün olabildiğince bağımsız bir birey olmasına hizmet eden önlemlerin alınması son derece önemlidir.

Çocuğun zihinsel gelişimini sağlamak ve korumak da çocuğun yetiştirilmesi ve eğitiminin bir parçasıdır. Ana ve baba, çocuğun zihinsel gelişimini koruyacak ve geliştirecek bir eğitim modeli tercih etmelidir. Bu açıdan çocuğun yetenekleri-

²⁴ Akıntürk ve Ateş (n 2) 421.

²⁵ Hükümün İsviçre Medeni Kanunu’ndaki karşılığı (ZGB) Art. 302’dir. Açıklamalar için bkz. Ingeborg Schwenzer ve Michelle Cottier, in Thomas Geiser ve Christiana Fountoulakis (Hrsg), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-450 ZGB* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2018) Art. 302 ZGB para 7.

²⁶ Peter Breitschmid, in Ruth Arnet, Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (Hrsg.), *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB- Partnerschaftsgesetz* (4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2023) Art. 302 ZGB para 1.

²⁷ Schwenzer ve Cottier, Art. 302 ZGB (n 25) para 2.

²⁸ Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku – Çocukların Hakları ve Korunması* (9. Baskı, Pegem 2024). 243.

²⁹ Affolter-Fringeli ve Vogel, Art. 302 ZGB (n 2) para 15; Schwenzer ve Cottier, Art. 302 ZGB (n 25) para 4.

³⁰ Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2024). 460.

ne ve eğilimlerine uygun yetiştirilmesi, onun zihinsel gelişiminin bir gereğidir³¹. Ana ve baba, çocuğun zihinsel gelişimini olumsuz yönde etkileyecek unsurlara karşı gerekli önlemleri almalıdır. Örneğin ana ve baba, yeni teknolojiler karşısında çocuğun internet ortamında yaşı ve gelişimine uygun içeriklere erişmesi yönünde çaba sarf etmelidir. Ayrıca, çocuğa sosyal ve iletişimsel beceriler kazandırmak ve çocuk yetişkin olduğunda ona toplumsal hayata katılmasına imkan verecek bir eğitim sağlamak, ana babanın yükümlülüğünün kapsamındadır³². Özellikle engeline bağlı olarak toplum hayatına diğer bireylerle eşit katılmak hususunda sınırlamalar yaşayan çocukların ebeveynleri, onların özellikle iletişimsel becerilerinin gelişmesi için daha fazla çaba sarf etmelidir. Bu bakımdan engelli çocukları kaynaştırma veya sosyalleştirmeye hizmet eden program ve etkinliklere çocukla beraber katılmak, ana babanın yükümlülüğünün kapsamına dahildir.

Ana ve baba çocuğu yetiştirirken, onun ruhsal, ahlaki ve toplumsal açıdan gelişmesi ve korunmasını da sağlamalıdır. Bu kapsamda çocuğa, genel kabul görmüş ahlaki ve toplumsal değerler ile iyi ve doğru davranmanın gerekleri aşılanmalıdır³³.

Ana baba çocuğun eğitiminde kural olarak serbesttir. Riayet edilmesi gereken hukuki sınırlamalar bir yana bırakılacak olursa, ana baba çocuğun eğitiminde izleyecekleri yolu ve takip edecekleri modeli serbestçe tayin edebilir. Elbette çocuğun üstün yararı, bu serbestinin sınırını teşkil etmektedir³⁴. Bu açıdan, çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimi sürecinde hiyerarşik bir düzenden ziyade, mümkün olduğu ölçüde karşılıklı görüş alışverişi ve anlayışın hakim olduğu bir yöntem izlenmelidir³⁵.

B. Uygun Genel ve Mesleki Eğitimin Sağlanması

Türk Medeni Kanunu'nun 340. maddesinin ikinci fıkrasına göre "Ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel engelli olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlarlar". Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi'nin 24. maddesine göre, "Taraf devletler engellilerin eğitim hakkını tanır. Taraf devletler, bu hakkın fırsat eşitliği temelinde ve ayrımcılık yapılmaksızın sağlanması için eğitim sisteminin bütünleştirici bir şekilde her seviyede engellileri içine almasını ve ömür boyu öğrenim imkanı sağlar". Anayasa da 42. maddesiyle herkesin eğitim hakkına sahip olduğunu vurgulamakta ve 61. maddesi ile de "Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır" demek suretiyle engellilerin haklarını güvence altına almak için gerekli önlemlerin alınmasını öngörmektedir. Ana baba-

³¹ Schwenzer ve Cottier, Art. 302 ZGB (n 25) para 5.

³² Affoltel-Fringeli ve Vogel, Art. 302 ZGB (n 2) para 19.

³³ Hayrunnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, Çocuk Hukuku (On İki Levha 2019). 295.

³⁴ Luca Maranta, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (Hrsg), ZGB Art. 302, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar (4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2021) Art. 302 ZGB para 1.

³⁵ Breitschmid, Art. 302 ZGB (n 26) para 2.



nın engelli çocuğa uygun bir genel ve mesleki eğitim sağlama ödevi ise, TMK m. 340/II ile bir özel hukuk yükümlülüğü olarak zikredilmiştir. Çocuğun genel eğitiminden esas olarak, çocuğun ilk ve orta öğrenimine devam etmesi anlaşılmaktadır³⁶. Ana baba olanakları uyarınca, çocuğun anılan bu zorunlu eğitimleri almasını sağladığında yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. Ancak genel eğitim yalnızca bununla sınırlı değildir. Çocuğun sosyal, kültürel veya sportif yönlerini geliştirecek eğitimler almasının da bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir³⁷. Diğer taraftan, çocuğa yetenek ve eğilimlerine uygun bir mesleki eğitimin sağlanması da yükümlülüğün kapsamına dahildir. Mesleki eğitim, çocuğun bir meslek öğrenmesi ve ekonomik bir faaliyette bulunması amacını taşıyan her türlü eğitim biçimini ifade eder³⁸. Mesleki eğitim belirlenirken ana babanın koşulları ile çocuğun yetenek ve eğilimleri dikkate alınmalıdır. Yetenek ve eğilimlerin uygun eğitim planına etkisi, bir yandan çocuğun daha iyi olduğu alanların tespitinde, diğer taraftan onun zayıf ve yetersiz olabileceği konuların fark ve kabul edilerek hesaba katılmasında kendini gösterir³⁹. Bu son husus özellikle engelli çocuklar açısından önem taşır. Zira çocuğun engellilik hali ve buna bağlı dezavantaj yaşayacağı alanlar, mesleki eğitim planlamasında göz önünde bulundurulmalıdır.

Türk Medeni Kanunu'nun 340. maddesinin ikinci fıkrası, ana babanın çocuğa genel ve mesleki eğitim sağlama yükümlülüğünü düzenlerken, bedensel veya zihinsel engelli çocuklara özel bir vurgu yapmaktadır. Buradan elde edilebilecek en temel sonuç, engelli çocukların engelli olmayan çocuklarla eşit biçimde, kendi yetenek ve eğilimlerine uygun genel ve mesleki eğitim talep haklarına sahip olduğudur⁴⁰. TMK m. 340/II, özellikle bedensel ve zihinsel engelli çocukları zikrederken, esasında uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile güvence altına alınan eğitim hakkının engelli çocuğa uygun biçimde sağlanması için ana babaya yükümlülük atfederek, onların bu konuda gerekli adımları atması ve lazım gelen önlemleri alması için yasal bir motivasyon oluşturmaya amaçlamaktadır. O halde engelli çocuklar uygun bir genel ve mesleki eğitim talep hakkına sahip olup bu eğitimin çocuğa temin edilmesinde ana ve baba öncelikli olarak yükümlüdür. Diğer taraftan devlet de, engelli çocukların hayatlarını, bu kapsamda eğitim hayatlarını da, koruyacak ve geliştirecek her türlü önlemi alma yükümlülüğü altındadır⁴¹.

³⁶ Schwenzer ve Cottier, Art. 302 ZGB (n 25) para 9.

³⁷ Maranta, Art. 302 ZGB (n 34) para 2; Breitschmid, Art. 302 ZGB (n 26) para 3; Affolter-Fringeli ve Vogel, Art. 302 ZGB (n 2) para 25.

³⁸ Affolter-Fringeli ve Vogel, Art. 302 ZGB (n 2) para 26.

³⁹ Breitschmid, Art. 302 ZGB (n 26) para 4.

⁴⁰ Schwenzer ve Cottier, Art. 302 ZGB (n 25) para 11; Affolter-Fringeli ve Vogel, Art. 302 ZGB (n 2) para 45.

⁴¹ Kişinin engellilik hali pekçok sebepten kaynaklanabilir ve bu durum engelli bireylerin özel eğitim strateji ve yöntemlerine tabi olmasını gerektirebilir. Ülkemizde Milli Eğitim Temel Kanunu "fırsat ve imkân eşitliği" başlığını taşıyan sekizinci maddesinde, "özel eğitime ve korunmaya muhtaç çocukları yetiştirmek için özel tedbirler alınır" ifadesini içermek suretiyle engelli

Türk Medeni Kanunu m. 340/II ile özellikle vurgulanan çocuğun genel ve mesleki eğitim alma hakkının kapsamı, elbette engelli çocuğun içinde bulunduğu koşullar ile onun yetenek ve eğilimleri çerçevesinde şekillenecektir. Engelli çocuk açısından bu madde ile öngörülen eğitimin amacı, çocuğun engellilik derecesine göre ona ekonomik açıdan tam bir bağımsızlık sağlamaktan ziyade, onun somut kabiliyetlerine göre mümkün olabilecek en üst derecede bağımsızlık ve yaşam kalitesi temin eden bir eğitimin verilmesidir⁴². Engelli çocuğun eğitimi bir yandan çocuğun koşulları ile şekillenirken, diğer yandan ana babanın olanakları ile de ilişkili olacaktır. Şu halde ana babanın eğitim yükümlülüğünün üst sınırını, onların içinde bulunduğu mali koşullar ile sahip oldukları zihinsel ve entelektüel kabiliyetleri tayin edecektir⁴³. Hal böyle olmakla beraber, bu prensibin engelli çocuklarda daha farklı anlaşılması gerekir. Şöyle ki engelli çocuğun eğitiminin kapsamı, onun engelinin biçimine ve seviyesine göre şekillenir. Bu ise engelli çocuğa eğitim verecek olan kimsede belli yetenek ve bilgilerin mevcut olmasını gerektirir. Zira engelli bir çocuğun gerek bireysel gerekse bütüncül açıdan desteklenme ihtiyaçları, oldukça farklı olabilir. Çocuğa karşı eğitim yükümlülüğü altında olan ana ve babanın, çocuğun engel türü ve seviyesine uygun eğitim için gerekli olan bilgi, tecrübe ve kabiliyetlerden yoksun olması pek tabiidir. İşte bu ihtimalde ebeveyn, icap ettiği ölçüde üçüncü kişilerin desteği aracılığıyla engelli çocuğuna uygun eğitimi sağlamalıdır⁴⁴.

İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) ana babanın eğitim yükümlülüğünü düzenleyen 302. maddesinin (Art. 302) üçüncü fıkrası, çocuğun eğitimi kapsamında, ebeveynin okul ve diğer ilgili kurumlarla işbirliği yapması biçiminde, medeni hukuksal bir yükümlülük öngörmüştür⁴⁵. Buna göre ana ve baba, çocuğun eğitimi ve gelişimi açısından gerekli ve uygun olduğu sürece okullar ve diğer ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yükümlülüğü altındadır⁴⁶. Bu yolla ana babanın ilgisizliği sebebiyle, özellikle okullarda gösterilen ve çocuğun eğitimi ve kişiliğinin gelişimi bakımından olumsuz etkiye sahip olabilecek tutumların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ana baba bu yükümlülük vasıtasıyla eğitim sürecinde

çocukların eğitim hakkını güvence altına almakta ve bu konuda gereken önlemlerin alınmasını öngörmektedir. Bkz. 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu, RG (T. 24.06.1973, S. 14574) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.1739.pdf> ET (01.07.2025) Özel eğitim ihtiyacı olan bireylerin eğitim haklarından yararlanmalarını sağlamaya yönelik usul ve esaslar için bkz. Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliği, RG (T. 07.07.2018, S. 30471) <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=24736&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> ET (01.07.2025)

⁴² Affolter-Fringeli ve Vogel, Art. 302 ZGB (n 2) para 45.

⁴³ K. Ali Sonat, "Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü (2013) 19(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 235,249.

⁴⁴ Ana ve babalara bu hususta eğitim ve rehberlik hizmeti verilmesi gerektiği yönünde bkz. Akyüz (n 28) 245. İsviçre öğretisindeki benzer açıklamalar için bkz. Affolter-Fringeli ve Vogel, Art. 302 ZGB (n 2) para 46.

⁴⁵ Maranta, Art. 302 ZGB (n 34) para 3.

⁴⁶ Affolter-Fringeli ve Vogel, Art. 302 ZGB (n 2) para 53.



çocukların maruz kalabileceği özensiz veya onların gelişimleri ve eğitimleri açısından tehlike oluşturabilecek faktörlerden çocuklarını koruyabilecektir⁴⁷. Türk Medeni Kanunu’nun 340. maddesinde ise böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla beraber, kanaatimizce ana babanın işbirliği, TMK m. 340 uyarınca çocuğa eğitim sağlama yükümlülüğünün kapsamında değerlendirilebilir. Özellikle bakımları nispeten daha zor olan ve böylelikle daha fazla çaba ve emek talep eden engelli çocukların ebeveynleri, onların devam ettiği eğitim kurumları ile olan işbirliği ile çocuğun üstün yararına uygun bir eğitim planının uygulanmasını mümkün kılacaktır.

III. ANA BABANIN ENGELLİ ÇOCUĞUN BAKIM VE EĞİTİM GİDERLERİNİ KARŞILAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Ergin Olmayan Engelli Çocuğa Karşı

1. Yükümlülüğün Kapsamı ve Sınırları

Ana babanın çocuğa karşı bakım yükümlülüğü Türk Medeni Kanunu’nun 327 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. TMK m. 327/I uyarınca “çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır”. Bu hüküm, çocuğun bakım giderlerinin karşılanması yükümlülüğünün öncelikle ana babaya ait olduğu kuralını koymaktadır. Bu yükümlülük, TMK m. 328/I uyarınca çocuğun ergin olmasına dek devam eder. Ana babanın bu yükümlülüğü soybağının hükümlerinden olup⁴⁸ ana için çocuğun doğumu ile baba için

⁴⁷ Akyüz (n 28) 244.

⁴⁸ Tuba Birinci Uzun, “Eğitimine Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak Nitelendirilmesi” (2018) 20(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89,91; Derya Ateş, “İsviçre Hukuku’ndaki Gelişmeler Işığında Ana Babanın Ergin Çocuğun Bakım ve Eğitim Giderlerini Karşılama Yükümlülüğü” (2021) (47) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 179, 180; Semih Yünlü, “Soybağının Hükümleri, Genel Hükümler ve Velayet” Özlem Tüzüner ve Metin İkizler (Eds), *Medeni Hukuk – II (Aile Hukuku)* (Adalet 2023) 386; Sonat (n 43) 240; Özge Uzun Kazmacı, “Anne ve Babanın Çocuğa Karşı Bakım Yükümlülüğü” Şebnem Akipek Öcal (Ed), *Medeni Kanunu’nun ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku, C. I* (Yetkin 2017) 702; Akyüz (n 28) 200; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Yetkin 2015) 1045; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (2. Baskı, Vedat 2005). 244. İsviçre hukukunda ana babanın bakım yükümlülüğü ZGB Art. 276 ve devamı hükümlerde düzenlenmektedir. Açıklamalar için bkz. Stephan Hartmann, in Ruth Arnet, Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (Hrsg.), *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Art. 1-456 ZGB – Partnerschaftsgesetz* (4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2023) Art. 276 ZGB para 3; Christiana Fountoulakis ve Peter Breitschmid, in Thomas Geiser und Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-450 ZGB* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2018) Art. 276 ZGB para 1a; Cyril Hegnauer, in Heinz Hausheer (Hrsg.), *BK – Berner Kommentar Band/Nr. II/2/2/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Kommentar zu Art. 270- 275 (mit Supplement); Die Unterhaltspflicht der Eltern, Kommentar zu Art. 276-295 ZGB* (Stämpfli Verlag AG 1997) Art. 276 ZGB para 45; Evelyn Gmünder, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (Hrsg.),

ise soybağının kurulması ile başlar⁴⁹ ve velayet hakkından bağımsızdır⁵⁰. ■■■■■■

Ana babanın yerine getirmesi gereken bakım yükümlülüğü, çocuğun yaşamı için ihtiyaç duyduğu her şeyi içerir. Bu bir yandan örneğin onun beslenme, barınma veya tıbbi destek gibi fiziksel ihtiyaçlarının, diğer yandan ise zihinsel ve duygusal gereksinimlerinin karşılanması anlamını taşır⁵¹. Sadece beslenme, giyinme, barınma, tedavi ve eğitim giderleri değil aynı zamanda onun ulaşım, cep harçlığı, eğlence ve dinlenme giderleri de karşılanmalıdır⁵². Şu halde bakım yükümlülüğü, çocuğun yardıma ihtiyaç duyan bir durumdan kendi öz sorumluluğuna sahip bir bireye dönüşmesi için ihtiyaç duyduğu her şeyi kapsar⁵³.

Bakım yükümlülüğünün çerçevesi çizilirken, diğer faktörlerin yanında çocuğun ihtiyaçları etkin bir rol oynar. Nitekim TMK m. 330 bu hususu “Nafaka miktarı, çocuğun ihtiyaçları ile ana ve babanın hayat koşulları ve ödeme güçleri dikkate alınarak belirlenir” demek suretiyle tespit etmektedir. Bu prensip engelli çocuklar söz konusu olduğunda daha da önem arz eder. Zira engelli çocuklar özel gereksinimlere sahiptir. Onun bu gereksinimleri, engelli olmayan bir çocuğa göre daha yüksek olabilir ve bu da ana babanın, çocuğun giderlerini karşılayabilmek için mali kaynaklarını daha fazla tüketmesini gerekli kılabilir⁵⁴. Gerçekten de

OFK – Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag 2021) Art. 276 ZGB para 2

⁴⁹ Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk C. III Aile Hukuku* (Yetkin 2023). 529; Ateş (n 48) 182; Birinci Uzun (n 48) 92. Soybağının reddi davası sonucu çocukların biyolojik babası olmadığı anlaşılan kimsenin, kendisini evlilik birliği içinde doğmuş olan çocukların babası olarak addettiği dönemde onların bakımı ve yetiştirilmesi için yaptığı masrafları, biyolojik babadan maddi zararın tazmini biçiminde talep edebileceği yönündeki karar için bkz. Yargıtay HGK, E. 2019/485, K. 2019/314, T. 19.03.2019 bkz. <https://www.lexpera.com.tr>, ET (10.09.2025). Öğretide, biyolojik babaya yöneltilen talebin hukuki dayanağının, Yargıtay’ın görüşünden farklı olarak, vekaletsiz işgörmeye veya sebepsiz zenginleşme hükümleri olabileceği ifade edilmektedir. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Fatma Zeynep Altınar Yolcu, “Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba” (2020) 6(2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249, 258 vd. Öğretide Akçaal, masrafları yapan kocanın biyolojik baba adına işi gördüğü hususunda bir bilinç veya iradeye sahip olmaması nedeniyle gerçek vekaletsiz işgörmekten bahsetmenin mümkün olmadığı kanaatindedir. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme açısından ise masrafları yapan koca iyiniyetli olarak kabul edileceğinden yine sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanı bulacağını savunmaktadır. Bkz. Mehmet Akçaal, “Evlilik Birliği İçinde Doğan Çocuklar İçin Koca Tarafından Yapılan Giderlerin Biyolojik Babadan Talebinin Hukuki Dayanağı” (2019) 7(14) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 433, 453. Yargıtay’ın aksine bu konuda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Altınar Yolcu (n 49) 281. Bu hususta Türk Medeni Kanunu’na açık bir hükmün eklenmesinin daha pratik olacağı ve tartışmaları ortadan kaldıracığı yönünde bkz. İsmahan Gülen Erdoğan, “Kanuni Babanın Evlilik Birliği İçinde Doğan Çocuk İçin Yaptığı Masrafları Biyolojik Babadan İsteme Hakkı ve Kapsamı” (2024) 28(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239, 264.

⁵⁰ Erdem ve Makaracı Başak (n 30) 433; Sonat (n 43) 240; Akyüz (n 28) 200.

⁵¹ Gmünder, Art. 276 ZGB (n 48) para 3; Fountoulakis ve Breitschmid, Art. 276 ZGB (n 48) para 21.

⁵² Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2010) 121.

⁵³ Hegnauer, Art. 276 ZGB (n 48) para 21.

⁵⁴ Regina E Aebi-Müller ve Debora Tanner, “Das behinderte Kind im Zivilrecht” Franziska Sprecher ve Patrick Sutter (Hrsg), *Das behinderte Kind im schweizerischen Recht* (Schulthess Juristische



engelli çocuk için lazım gelen bedensel ve zihinsel tedavi ve önlemler, özel beslenme biçimi, onun engeli sebebiyle ihtiyaç duyduğu araçların temin edilmesi, tıbbi terapiler veya diğer bazı eğitici ve geliştirici destek programlar ve benzerlerinin, çocuğun bakım giderlerini arttıracakları açıktır. Bununla beraber, engelli bir çocuğun ihtiyaçlarının ve bu kapsamdaki giderlerin, engelli olmayan çocukla mukayese edildiğinde daha fazla olması, ana babanın bakım yükümlülüğünü etkilemez⁵⁵. Engelli çocuğun özel gereksinimleri ve buna bağlı artan bakım giderleri karşısında ana ve baba TMK m. 327/I uyarınca bakım yükümlüsü olmaya devam eder⁵⁶. Ana ve baba, engelli çocuğun artan ihtiyaçlarını karşılamak üzere, sahip olduğu tüm bedensel, mali ve entelektüel kaynaklarını tüketmekle yükümlüdür⁵⁷. Öyleyse engelli çocuğun ebeveyni, çocuğun yüksek ihtiyaçlarını gerekçe göstermek suretiyle bakım yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınamaz. Diğer taraftan engelli çocuğun özel ve daha yüksek nitelikteki ihtiyaçlarının giderilmesi bakımından kardeşler arası eşit muamele ilkesinin⁵⁸ göz ardı edilebileceği de öğretilde ifade edilmektedir⁵⁹.

Ebeveynin ergin olmayan çocuğuna karşı TMK m. 327/I'den kaynaklanan bakım yükümlülüğü, çocuğun kendi malvarlığına sahip olmasından bağımsızdır⁶⁰. Ana baba çocuğa karşı bakım yükümlülüğünü kendi ekonomik imkan ve araçlarıyla, öncelikle ve birlikte karşılamalıdır⁶¹. Bakım yükümlülüğünden söz etmek için ana babanın varlıklı olması gerekmez. Onların çalışabilecek durumda olması yeterlidir⁶². Bununla beraber, ana babanın mali gücü bu yükümlülüğün sınırlarını belirleyecektir. Gerçekten de ekonomik açıdan refah içinde bulunan bir ebeveynin, çocuğun ihtiyaçlarının giderilmesi açısından daha fazla mali kaynak tüketebileceği açıktır⁶³. Önemli olan ana babanın sahip olduğu tüm imkanları seferber ederek,

Medien AG 2006) 90.

⁵⁵ Aebi-Müller ve Tanner (n 54) 90.

⁵⁶ Janine Camenzind, "Die Auswirkungen einer Behinderung auf die Unterhaltspflicht der Eltern" (9. April 2018) Jusletter, para 5.

⁵⁷ Bkz. Fountoulakis ve Breitschmid, Art. 276 ZGB (n 48) para 25.

⁵⁸ Öztan (n 48) 1053.

⁵⁹ İsviçre hukukunda savunulan bu görüş için bkz. Aebi-Müller ve Tanner (n 54) 90.

⁶⁰ Uzun Kazmacı Ö, "Nafaka" Şebnem Akipek Öcal ve Hayrunnisa Özdemir (Eds), *Aile Hukuku* (Seçkin 2024) 184; Akıntürk ve Ateş (n 2) 408; Ateş (n 48) 181; Öztan (n 48) 1054; Baygın (n 52) 121.

⁶¹ Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (8. Baskı, Turhan Kitabevi 2025). 621; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Filiz Kitabevi 2024). para 1677; Akyüz (n 28) 201; Baygın (n 52) 121.

⁶² Akyüz (n 28) 201; Sonat (n 43) 262; Baygın (n 52) 121. Ana babanın küçüğe karşı bakım yükümlülüğü koşulsuzdur. Bu yükümlülük, ebeveynin ekonomik edim kabiliyetinden bağımsızdır. Ancak bu unsur, nafaka miktarının belirlenmesinde dikkate alınabilir. Bkz. Fountoulakis ve Breitschmid, Art. 276 ZGB (n 48) para 2.

⁶³ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 61) para 1675.

çocuğun bakımı için gerekli giderleri kendi malvarlıklarından karşılayacak ve kural olarak, çocuğun mallarına başvuramayacak olmalarıdır. Bununla beraber, çocuğun malvarlığı varsa ve bu mallardan gelir elde ediliyorsa, ana ve baba çocuğun mallarının gelirlerini, TMK m. 355 uyarınca onun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için sarf edebilecektir. TMK m. 356/I uyarınca da olağan ihtiyaçların gerekli kılması halinde, sermaye biçimindeki ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler çocuğun bakımı maksadıyla ana baba tarafından kullanılabilir. Yine, çocuğun kişisel kazancı varsa ve evde ana babası ile yaşıyorsa, ana ve baba çocuktan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteme hakkına sahiptir (TMK m. 359/II)⁶⁴. Görüldüğü gibi ana ve baba ancak çocuk mallarının gelirleri ile şartları var olduğu takdirde onun mallarının sermaye kısmını bakım ve eğitim için sarf etme imkanına sahiptir ve bunun için hakimden izin alınması gerekmez. Çocuğun taşınır mallarının da bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir⁶⁵. Sayılanların dışındaki çocuk mallarını ise ana baba kural olarak sarfedemez. Bunun mümkün olabilmesi TMK m. 327 ve TMK m. 356 ile hakim iznine tabi kılınmıştır. Gerçekten de TMK m. 327/II uyarınca “Ana ve baba, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı halinde, hakimden izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitime yetecek belli bir miktar sarfedebilirler”. TMK m. 356/II uyarınca da “Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hakim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanıyabilir”. İki hüküm incelendiğinde, çocuğun engelli olması ve bu nedenle bakım ve eğitiminin olağanın üzerinde harcama yapılmasını gerektirmesi halinde⁶⁶, hakimden izniyle çocuğun diğer malları örneğin bir taşınmazın satılması mümkün görülmelidir⁶⁷.

Bakım yükümlülüğünün amacı, öz sorumluluğa sahip ve bağımsız bireylerin yetişmesini sağlamaktır. Engelli çocuklarda bu amaç daha da ön plana çıkmaktadır. Bununla beraber çocuğun içinde bulunduğu engelin türü ve bu engelin onun bedeni, zihni ve sosyal hayatı bakımından sebebiyet verdiği kısıtlamalara bağlı olarak, onun gelecekte bağımsız bir bireye dönüşecek olması bazen kuşkuyla olabilir. Ancak bu durum, ana babanın bakım yükümlülüğünün ortadan kalkması-

⁶⁴ Aynı kuralın, çocuğun ana baba ile beraber oturmadığı ihtimalde de uygulanabileceği yönünde bkz. Hayrunnisa Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması” (2013) 17(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81, 91.

⁶⁵ Şeref Ertaş, “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi” (2007) 9(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 391, 395.

⁶⁶ Ertaş (n 65) 397; Serozan (n 48) 244. Ayrıca bkz. Kılıçoğlu (n 61) 621.

⁶⁷ Öğretide bir görüş hakimden alınacak iznin, taşınmazın satışına ilişkin değil satıştan elde edilecek değer için çocuğun ihtiyaçları için sarf edilmesine ilişkin olduğunu savunmaktadır. Bkz. Özdemir, “Çocuk Malları”(n 64) 97. Diğer görüş ise iznin satışı da kapsadığı, bu nedenle izin alınmadan yapılan bir satış işleminin sakatlanacağı kanaatindedir. Bkz. Ertaş (n 65) 397.



na sebebiyet veremez⁶⁸. Ana baba bu ihtimalde de, hem TMK m. 340/II uyarınca engelli çocuğa onun kabiliyetlerine ve eğilimlerine uygun genel ve mesleki bir eğitim verme, hem de TMK m. 327/I uyarınca engelli çocuğun bakımını karşılamakla yükümlülüğü altında olacaktır. Engelli çocuk, ebeveyninin gerçekleştirebileceği en iyi bakımı talep hakkına sahiptir⁶⁹. Bu noktada, engelli bir çocuğun ebeveyninin yaşam biçimini belirleme ve kendini geliştirme hakkının, çocuğun özel gereksinimlerinin giderilmesi ihtiyacı karşısında sınırlandığını kabul etmek gerekir. Diğer bir deyişle, engelli bir çocuğun ebeveyni, engelli olmayan bir çocuğun ebeveynine kıyasla gerek kişiliğini geliştirme hakkından gerekse sahip olduğu yaşam kalitesi ve standardından daha fazla ödün verme, daha çok sorumluluk alma hali içinde olacaktır. Ancak bu, ana babanın kişiliğini geliştirme hakkı ve onların yaşam standartlarının bütünüyle gözardı edileceği anlamına da gelmez⁷⁰. Ana ve baba gerek fiziksel ve entelektüel açıdan gerekse ekonomik bakımdan sahip olduğu imkan ve kaynaklarını engelli çocuğu için tükettiğinde, ebeveynin bakım yükümlülüğünü yerine getirdiğinin kabulü gerekir. Bu ihtimalde engelli çocuğun özel gereksinimleri hala karşılanamıyorsa, aşağıda göreceğimiz yardım nafakası imkanına başvurulabileceği gibi sosyal devlet anlayışı çerçevesinde bu gereksinimlerin karşılanması için devlet desteği de talep edilebilir⁷¹. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 350. maddesinin ikinci fıkrasına göre "Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu giderler (birinci fıkrafta belirtildiği üzere bakım ve eğitim giderleri), devletçe karşılanır. Belirtmek gerekir ki 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu bu amaca hizmet eden hükümler içermektedir⁷².

2. Yükümlülüğün İfa Biçimi

Ana babanın bakım yükümlülüğünü, doğal bakım veya parasal bakım biçiminde ifa edebileceği kabul edilmektedir⁷³. Doğal bakım özellikle çocuğun giydirilmesi, yedirilmesi, barınması ve sağlık hizmeti gibi ihtiyaçlarının doğrudan karşılanması anlamını taşır. Özellikle engelli çocuk ana babası ile beraber yaşıyorsa onun sayılan ihtiyaçlarının giderilmesi doğal bakımı ifade eder⁷⁴. Engelli çocuğun ihtiyaç duyduğu sağlık veya terapi hizmetlerinin temin edilmesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir⁷⁵. Parasal bakım ise çocuğun ihtiyaçlarının doğrudan giderilmesi yerine bu ihtiyaçların karşılanması için gerekli meblağın veril-

⁶⁸ Camenzind (n 56) para 6.

⁶⁹ Bu yönde genel olarak bkz. Fountoulakis ve Breitschmit, Art. 276 ZGB (n 48) para 23 ve 25.

⁷⁰ Aebi-Müller ve Tanner (n 54) 92.

⁷¹ Öztan (n 48) 1045; Yünlü (n 48) 386; Uzun Kazmacı, "Bakım Yükümlülüğü" (n 48) 704.

⁷² 24.05.1983 tarih ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu: RG (T 27.05.1983, S. 18059) <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2828&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> ET (05.07.2025).

⁷³ Ateş (n 48) 182.

⁷⁴ Hegnauer, Art. 276 ZGB (n 48) para 23.

⁷⁵ Camenzind (n 56) para 10; Aebi-Müller ve Tanner (n 54) 92.

mesi anlamına gelir⁷⁶. Çocuk ana ve/veya babası ile beraber yaşamıyorsa, çocuk yanında bulunmayan ebeveyn bu yükümlülüğü parasal olarak yerine getirecektir. Örneğin engelli çocuk tedavi amaçlı bir rehabilitasyon merkezinde kalıyorsa durum böyledir⁷⁷. Belirtmek gerekir ki bakımın her iki türüsü, yani hem doğal hem de parasal bakım denktir. Ana babanın çocuğun bakım yükümlülüğüne katkısı hesap edilirken bu husus dikkate alınmalıdır⁷⁸.

3. Dava Hakkı

Ana ve baba TMK m. 327/I ile kendilerine yüklenen bakım ödevlerini yerine getirdiği sürece onlara bakım yükümlülüğünü yerine getirmek üzere herhangi bir talep yöneltilmesi gerekmez. Ancak ana ve babanın biri veya her ikisi bu yükümlülüğünü kendiliğinden yerine getirmez veya kendilerine bu amaçla yöneltilen talebi karşılamazsa çocuğun ana ve/veya babasından dava yoluyla nafaka talep etme hakkı vardır⁷⁹.

TMK m. 329/III uyarınca ayırt etme gücüne sahip küçükler bu hakkı kendi başlarına kullanabilir. Bu hak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç duyulmaz⁸⁰. TMK m. 329/I uyarınca “Küçüğe fiilen bakan ana veya baba, diğerine karşı çocuk adına nafaka davası açabilir”. Örneğin çocuk engeli sebebiyle ayırt etme gücüne sahip değilse ve ana veya babadan biri çocuğa fiilen bakıyorsa, bu ana veya baba bakım yükümlülüğünü yerine getirmeyen diğerine karşı çocuk adına nafaka davası açabilecektir. Çocuğa vasi veya kayyım atanmışsa TMK m. 329/II uyarınca nafaka davasını bu kimselerin açması da mümkündür.

4. Yükümlülüğün Süresi

Ana ve baba TMK m. 328/I uyarınca çocuk ergin oluncaya dek onun bakımını üstlenmekle yükümlüdür. Gerçekten de hükme göre “Ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder”⁸¹. Kabul edilen bu prensip engelli çocuklar bakımından da geçerlidir⁸². Engelli çocuk ergin olduğunda TMK m. 328/I uyarınca ana babanın bakım yükümlülüğü sona erer. Engelli çocuk, örneğin zihinsel engelli olması sebebiyle mahkeme kararıyla erginlikten sonra da velayet

⁷⁶ Ateş (n 48) 182. İsviçre hukuku yönünden bkz. Hegnauer, Art. 276 ZGB (n 48) para 25.

⁷⁷ Aebi-Müller ve Tanner (n 54) 92.

⁷⁸ Gmünder, Art. 276 ZGB (n 48) para 5; Hartmann, Art. 276 ZGB (n 48) para 1.

⁷⁹ Uzun Kazmacı, “Nafaka” (n 60) 186; Akyüz (n 28) 202; Özdemir ve Ruhi (n 33) 258. Belirtmek gerekir ki bu açıdan bakım yükümlülüğü, ayrılık, boşanma veya iptal davaları esnasında çocuk kendisinde kalmayan eş bakımından tedbir nafakası, boşanma ya da iptal kararıyla evliliğin son bulduğu hallerdeyse çocuk kendisine verilmeyen taraf bakımından iştirak nafakası olarak devam edecektir. Bkz. Baygın (n 52) 121; Akyüz (n 28) 201; Uzun Kazmacı, “Nafaka” (n 60) 184.

⁸⁰ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 61) para 1679; Özdemir ve Ruhi (n 33) 258; Baygın (n 52) 123.

⁸¹ Ana veya baba çocuğa bu nedenle halihazırda iştirak nafakası ödemekteyse çocuk ergin olduğunda bu borç da kendiliğinden sona erer. Bu ihtimalde nafaka ile yükümlü olan kimsenin dava açmasının gerekmediği yönünde bkz. Kılıçoğlu (n 61) 623.

⁸² Camenzind (n 56) para 11.



altında kalmaya devam edecek⁸³ veya vesayet önlemlerine tabi olacak⁸⁴ ve özünde kendi bakımını gerçekleştiremeyecek durumda olsa bile kural değişmez⁸⁵. Diğer taraftan engelli çocuğun ihtiyaçlarının ergin olduktan sonra da devam edebileceği açıktır. Elbette bu ihtimalde engelli çocuğun ana babanın desteğinden tamamen mahrum kalmasından söz edilemez. Ne var ki Türk Medeni Kanunu m. 327/I ile düzenlenen ve m. 328/I uyarınca erginlikle beraber sona erecek olan bakım yükümlülüğünün engelli çocuklarda erginlikten sonra da devam edeceğine ilişkin bir istisnaya veya engelli çocukların bakım ve desteğinin bu aşamadan sonra da süreceğine dair özel bir hükme rastlanmamaktadır. Bu durum özellikle, süresiz yoksulluk nafakasına hükmetmenin mümkün olduğu hukuk sistemimiz bakımından haklı olarak eleştirilmiştir⁸⁶. Bununla beraber olan hukuk açısından hükümlerin açık lafzı karşısında, ergin çocukların gereksinimlerinin karşılanmasına imkan veren Türk Medeni Kanunu hükümlerini incelemek, bu hükümlerin engelli çocuklarda nasıl yorumlanacağını ve sunulan imkanların yeterli olup olmadığını tayin etmek bir çare olarak görünmektedir. Bu kapsamda TMK m. 328/II uyarınca ana babanın eğitimi devam eden ergin çocuğa karşı bakım yükümlülüğü (eğitim nafakası) ile TMK m. 364 ve devamı hükümlerde düzenlenen yardım nafakası, engelli çocuklar özelinde ele alınmalı ve hükümlerin yeterli çözüm sunup sunmadığı üzerinde durulmalıdır. Bunun yanında, TMK m. 674/II ile eğitime devam eden veya engelli çocuğun terekeden alacak hakkı da incelenmelidir.

⁸³ Ergin bir kimsenin kısıtlanmasıyla beraber kendisine bir vasi atanması yerine, velayet altında kalmasına karar verilmesi halinde “uzatılmış velayet” söz konusu olur. Bu durumda, TMK m. 328/I uyarınca ana babanın bakım yükümlülüğü çocuğun ergin olmasıyla sona ereceğinden, TMK m. 327/I ile çocuğa tanınan bakım talep hakkından söz edilemeyecektir. Bu ihtimalde ergin kısıtlı çocuğun eğitimi devam ediyorsa ana babanın bakım yükümlülüğü TMK m. 328/II uyarınca mevcut olabilecektir. Ancak bu durum uzatılmış velayet hakkından bağımsızdır. Bkz. Dilşad Keskin, “Ergin Kısıtlı Üzerinde Velayet Hakkı (Uzatılmış Velayet) (2014) 9(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27, 27 vd ve 45.

⁸⁴ Belirtmek gerekir ki, İsviçre Medeni Kanunu’nda yapılan değişiklik ile erginlerin kısıtlanması yerine, onların nitelikleri, koşulları ile ihtiyaçları dahilinde ve somut olayın özellikleri çerçevesinde, orantılılık ilkesi ile uyumlu “yetişkinlerin korunması” müessesesi kabul edilmiştir. Bu kapsamda İsviçre Medeni Kanunu’nda önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Örneğin yetişkinlerin korunması kapsamında kısıtlılık veya yasal danışmanlık kurumları terk edilmiş, bunun yerine meselelerin bütünüyle “kayyımılık” müessesesi ile çözülmesi ilkesi benimsenmiştir. Bu yolla kişinin hukuki ehliyetine mümkün olduğunca az müdahale edilmesi ve kişinin bizzat karar verme hakkının temin edilmesi amaçlanmıştır. Hukukumuz bakımından da bu amacı güden düzenlemelerin yapılması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir. Açıklamalar için bkz. Fulya Erlüle, “Engelli Bireylerin Vesayet Altına Alınması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri” Başak Baysal, Mustafa Keskin, Hande Heper ve Gizem Arslan (Eds), *Engelli Hakları I-II 2023-2024 Akademik Yılı Konferansları* (On İki Levha Yayıncılık 2025) 108. vd.

⁸⁵ Aebi-Müller ve Tanner (n 54) 93.

⁸⁶ Uzun Kazmacı, “Bakım Yükümlülüğü” (n 48) 706.

B. Ergin Engelli Çocuğa Karşı: Eğitim Nafakası

1. Yükümlülüğün Amacı ve Hukuki Niteliği

Türk Medeni Kanunu'nun 328. maddesinin ilk fıkrası, ana babanın bakım yükümlülüğünün çocuk ergin olduğunda sona ereceğini kurala bağlamış, ikinci fıkrasında ise bu kurala bir istisna getirmiştir. Buna göre “çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler”. Görüldüğü üzere ergin olmasına rağmen eğitimi devam eden çocuğa karşı ana babanın bakım yükümlülüğü şartları var olduğu sürece devam edecektir. Öğretide ana babanın bu yükümlülüğü “eğitim nafakası” olarak adlandırılmaktadır⁸⁷. Hükmün temelinde, TMK m. 340/II ile öngörülen ana babanın çocuğa karşı onun yetenek ve eğilimlerine uygun eğitim sağlama yükümlülüğü yer alır. Gerçekten de ana baba çocuğa onun yetenek ve eğilimlerine uygun bir eğitim sağlamalı ve bu eğitim gerektirdiği sürece, bu kapsamda bakım yükümlülüğü altında olmaya devam etmelidir⁸⁸. Nitekim çocuğun eğitim giderleri de bakım yükümlülüğünün kalemlerindendir⁸⁹.

Ana babanın eğitimi devam eden ergin çocuğa karşı bu bakım yükümlülüğü soybağının bir sonucudur⁹⁰ ve doğrudan kanundan doğan bir borçtur⁹¹. Nitekim bu yükümlülük TMK m. 327/I ile genel olarak düzenlenmiş olan bakım yükümlülüğünün, erginlikten sonra çocuğun mesleki eğitiminin süresi ve içeriğiyle uygun biçimde devamı anlamını taşır⁹². Niteliği itibariyle bu nafaka bir bakım nafakasıdır⁹³. Bundandır ki Yargıtay'ın eğitimi devam eden ergin çocuğa ana babanın ödeyeceği nafakayı yardım nafakası olarak nitelendirdiği bazı kararlarına⁹⁴

⁸⁷ Ateş (n 48) 183.

⁸⁸ Benzer açıklamalar için bkz. Ateş (n 48) 182.

⁸⁹ Affolter-Fringeli ve Vogel, Art. 302 ZGB (n 2) para 36.

⁹⁰ Ahmet Türkmen, “Eğitim Nafakası (TMK m. 328/II), Education Alimony” 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 2707, 2712; Sonat (n 43) 240; Ateş (n 48) 185.

⁹¹ Türkmen (n 90) 2712.

⁹² Türkmen (n 90) 2715. Benzer yönde bkz. Sonat (n 43) 243.

⁹³ Bu yönde bkz. Erdem ve Makaracı Başak (n 30) 438; Birinci Uzun (n 48) 93; Türkmen (n 90) 2712; Ateş (n 48) 184. Gerek TMK m. 328/II'nın kanun sistematigi içindeki yeri gerekse bu fıkranın, ana babanın bakım yükümlülüğünün çocuğun ergin olması ile sona ereceği kuralını getiren TMK m. 328/I hükmünün bir istisnasını teşkil etmesi bu sonuca varmak bakımından haklı gerekçelerdir. Bkz. Sonat (n 43) 242, 243. Hukukumuzda nafaka başlıca iki çeşittir. Bunlar bakım nafakası ve yardım nafakasıdır. Bakım nafakası, eşlerin birbirlerine ve çocuklarına karşı temel ihtiyaçların karşılanmasına yönelik olan bakım yükümlülüğünü ihtiva eden nafakadır. Bkz. Uzun Kazmacı, “Nafaka” (n 60) 171. Eğitim nafakası ile yardım nafakasının koşulları hakkında bir mukayese için bkz. Kılıçoğlu (n 61) 622.

⁹⁴ Bu yönde bkz. Yargıtay 3. Hd, E. 2012/4452, K. 2012/8976, T. 28.03.2012; Yargıtay 3. Hd, E. 2014/67, K. 2014/6803, T. 05.05.2014; Yargıtay 3. Hd, E. 2015/16866, K. 2016/2458, T. 23.02.2016. www.legalbank.net. ET (20.07.2025). Yargıtay'ın tutumunun eleştirisi için bkz. Erdem ve Makaracı Başak (n 30) 437. Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Birinci Uzun (n 48) 117 vd.



katılmak mümkün değildir. Bu tespitin doğal bir sonucu olarak, eğitimine devam eden ergin çocuk lehine hükmedilecek nafaka için çocuğun yoksulluğa düşmesi bir şart olmadığı gibi nafakanın kapsamı da yalnızca çocuğun geçim giderleri ile sınırlı olmayıp onun sosyal ve kültürel ihtiyaçları ile eğitimi için gereken masrafları da kapsayacaktır⁹⁵.

Ana babanın ergin çocuğa karşı bakım yükümlülüğünün kabulü için ergin çocuğun eğitiminin devam ediyor olması ve bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin ana babadan beklenebilir olması gerekir(TMK m. 328/II). Erginlik 18 yaşın doldurulması ile kazanılabileceği gibi evlenme veya mahkeme kararı ile de elde edilebilir. Öğretide, evlenme veya mahkeme yoluyla erginliğin kazanılması halinde çocuğun eğitim nafakası talep edemeyeceği savunulmaktadır⁹⁶. TMK m. 328/II ile düzenlenen eğitim nafakasının, çocuğun mesleki eğitimi sebebiyle doğacak giderleri kapsadığı kabul edilmektedir⁹⁷. Hükümle güdülen amaç, çocuğun küçüklükten beri görmekte olduğu genel ve mesleki eğitimin, çocuk ergin olduktan sonra da temin edilmesini ve böylelikle çocuğun bilhassa ekonomik açıdan geçimine imkan verecek, kabiliyetleriyle uyumlu bir meslek edinmesini sağlamaktır⁹⁸.

Her ne kadar TMK m. 328/II ile öngörülen bakım yükümlülüğü TMK m. 327/I'nın devamı niteliğini arz etse de her iki hükmün uygulama şartları farklıdır. Bu sonuç doğaldır. Zira TMK m. 328/II, ergin çocuklar karşısında ana babanın bakım yükümlülüğünü düzenlemektedir. Kural, ergin olmuş çocuğun henüz ergin olmamış bir çocuğa göre daha bağımsız ve daha sorumluluk sahibi olduğudur. Bu gerçek karşısında, ergin çocuğun ihtiyaçlarını öncelikle kendisinin görmesi beklenir. Bu nedenle, ergin çocuğun TMK m. 328/II uyarınca eğitim nafakası talep edebilmesi, bazı ilave şartların mevcudiyetine bağlanmıştır⁹⁹. Bu şartlar aşağıda incelenecektir.

2. Eğitim Nafakasının Maddi Şartlarının Ergin Engelli Çocuklar Özelinde Değerlendirilmesi

TMK m. 328/II uyarınca ergin çocuk lehine eğitim nafakasına hükmedilebilmesi için bazı maddi şartların somut olayda ifa edilmesi gerekir. Bunlar genel itibarıyla, ergin çocuğun eğitimine devam ediyor olması (objektif şart) ve bu bakım yükümlülüğünün somut olay koşulları altında ana babadan beklenebilir

⁹⁵ Ateş (n 48) 184. İsviçre hukukunda eğitim nafakası ZGB Art. 277 Abs. 2 ile düzenlenmektedir. Açıklamalar için bkz. Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 42; Fountoulakis ve Breitschmid, Art. 277 ZGB (n 48) para 8.

⁹⁶ Yünlü (n 48) 387; Ateş (n 48) 186. Ayrıca bkz. Türkmen (n 90) 2746.

⁹⁷ Türkmen (n 90) 2714.

⁹⁸ Türkmen (n 90) 2714. İsviçre öğretisinde de bu eğitimin, çocuğun kendi geçimini bizzat sağlamasına yönelik olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Hartmann, Art. 277 ZGB (n 48) para 2.

⁹⁹ Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 88.

olması (subjektif şart) biçimindedir¹⁰⁰. Diğer taraftan ergin çocuğun bu nafakayı talep etmesi de gerekir. Zira çocuk bu talepte bulunmaksızın ana veya babanın talebi üzerine ya da re'sen mahkeme tarafından eğitim nafakasına hükmedilemez¹⁰¹. Aşağıda TMK m. 328/II uyarınca eğitim nafakasının maddi koşulları, engelli çocuklar özelinde incelenecektir.

a. Engelli Ergin Çocuğun Eğitiminin Devam Etmesi

TMK m. 328/II, ergin çocuğa karşı ana babanın bakım yükümlülüğünü, onun eğitiminin devam ediyor olması şartına bağlamıştır. Hemen belirtmek gerekir ki eğitimin devam ediyor olmasından, bu eğitim aşamasının zorunlu olarak ergin olmadan önce başlamış ve ergin olma esnasında devam ediyor olması anlaşılmalıdır¹⁰². Nitekim mehz İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 277 Abs. 2'de isabetli olarak çocuğun eğitiminin devam ediyor olmasından değil, onun uygun eğitiminin bulunmamasından bahsedilmektedir¹⁰³.

Türk Medeni Kanunu m. 328/II'da geçen "eğitim" kavramının, daha önce izah etmiş olduğumuz TMK m. 340/II'da zikredilen mesleki eğitim kavramı ek-seninde düşünülmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁴. Hatırlanacak olursa TMK m. 340/II uyarınca ana ve baba çocuklarına, özellikle bedensel veya zihinsel engelli olanlara, yetenek ve kabiliyetlerine uygun bir mesleki eğitim vermekle yükümlüdür. İşte TMK m. 328/II ile öngörülen bakım yükümlülüğü, ana babanın TMK m. 340/II ile kabul edilen çocuğa mesleki eğitim verme yükümlülüğünün bir parçası ve uzantısı niteliğindedir¹⁰⁵. Şu halde TMK m. 328/II ile şart koşulan devam eden mesleki eğitimin anlamı, kapsamı ve sınırları TMK m. 340/II çer-çevesinde çizilecektir.

TMK m. 328/II ile hedeflenen amaç, çocuğun ergin olmadan önce başlamış olan genel ve mesleki eğitiminin ergin olduktan sonra da ona uygun biçimde tamamlanarak, çocuğun ekonomik açıdan geçimini sağlayabilecek ölçüde mesleki bir yeterliliğe kavuşmasını temin etmektir¹⁰⁶. Esasında, ergin çocuğun TMK m. 328/II ile talep edebileceği nafakanın kapsamını, onun ergin olduktan sonra da devam eden genel ve mesleki eğitimi oluşturmaktadır. Ancak öğretide, çocuğun yetiştirilmesi kapsamındaki genel eğitimin erginlikten sonra devam etmesi ha-linde niteliği gereği bir bakım yükümlülüğü doğurmayacağı ifade edilmektedir.

¹⁰⁰ Türkmen (n 90) 2713; Uzun Kazmacı, Bakım Yükümlülüğü (n 48) 704 vd; Sonat (n 43) 244. İsviçre hukuku için bkz. Fountoulakis ve Breitschmid, Art. 277 ZGB (n 48) para 11; Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 23; Hartmann, Art. 277 ZGB (n 48) para 3.

¹⁰¹ Birinci Uzun (n 48) 98, 99; Ateş (n 48) 186.

¹⁰² Akyüz (n 28) 202; Öztan (n 48) 1059; Baygın (n 52) 122; Türkmen (n 90) 2719.

¹⁰³ ... "noch keine angemessene Ausbildung" ... (ZGB Art. 277 Abs. 2).

¹⁰⁴ Birinci Uzun (n 48) 94.

¹⁰⁵ Benzer yönde bkz. Ateş (n 48) 182.

¹⁰⁶ Ateş (n 48) 187; Yılmaz (n 49) 529.



Bu nedenle burada asıl vurgulanmak istenenin, çocuğun ekonomik bağımsızlığını kazanmasına hizmet edecek (mesleki) eğitim olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁷. Bu mesleki eğitim, çocuğun yaşadığı yerdeki alması gereken zorunlu temel eğitimlerden başlamış olan ve onun kabiliyetlerine uygun bir mesleki yeterlilik kazanmasına dek uzanan aşamalı ve kapsamlı bir süreci ifade eder¹⁰⁸. Bu kapsama, meslek liselerinde görülen eğitim, önlisans, lisans, yüksek lisans eğitimleri ile meslek edindirmeye hizmet eden kursların dahil olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹.

Mesleki eğitimin “uygun” olması gerekir¹¹⁰. Bir mesleki eğitim, bu eğitimle hedeflenen planlanmış ve gerçekçi amaca erişildiğinde uygun addedilebilir¹¹¹. Uygun mesleki eğitim belirlenirken, bir yandan çocuğun yetenek ve eğilimleri ile özellikle onun ihtiyaçları, diğer yandan ise ana babanın edim kabiliyeti dikkate alınarak karşılıklı bir denge gözetilmelidir.

TMK m. 340/II uyarınca engelli çocuklar da yetenek ve eğilimlerine uygun genel ve mesleki eğitim talep hakkına sahiptir. Bu kapsamda, şartları var olduğu ölçüde eğitimi devam eden engelli ergin çocuklar TMK m. 328/II hükmünden de istifade edebilecektir. Engelli çocukta uygun eğitim, onun fiziksel ve zihinsel kabiliyetlerine göre anlamlı ve erişilebilir ölçüde bir bağımsızlık ve yaşam kalitesi sağlayan eğitimi ifade eder¹¹². Daha önce de belirtildiği üzere eğitim, önceden planlanan ve çeşitli aşamalardan oluşan bir süreçtir. Çocuğun daha küçükken sahip olduğu engeli nedeniyle ileride bağımsız bir bireye dönüşecek olması kuşkuyla bile olsa ana baba bakım yükümlülüğü altında olacaktır. Bununla beraber çocuğun engeli onun eğitim almasına tamamen mani oluyorsa, hiçbir şekilde eğitim alamayan bu çocuk bakımından ana babanın TMK m. 328/II uyarınca bakım yükümlülüğünden söz edilemeyecektir.

Ana babanın bakım yükümlülüğü, çocuk uygun mesleki eğitimi tamamladığında sona erer. Eğer engelli çocuk bu eğitimi ergin olmadan önce veya erginlikle beraber tamamlamışsa ana babanın bakım yükümlülüğünden de bahsedilemeyecektir¹¹³. Başka bir ifadeyle bu durumda, engelli çocuk ergin olduktan sonraki aşamada eğitimine devam etmiyorsa ana babanın TMK m. 328/II uyarınca bakım yükümlülüğünden söz edilemez. Engelli ergin çocuk ister erginlikten önce veya

¹⁰⁷ Yılmaz (n 49) 529; Ateş (n 48) 187; Birinci Uzun (n 48) 93.

¹⁰⁸ Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 29.

¹⁰⁹ Uzun Kazmacı, “Bakım Yükümlülüğü” (n 48) 705; Birinci Uzun (n 48) 94 vd. Yüksek lisans ve doktora eğitiminin bu kapsamda olmadığı yönünde bkz. Yılmaz (n 49) 530; Baygın (n 52) 123; Türkmen (n 90) 2722. İsviçre öğretisi için bkz. Fountoulakis ve Breitschmid, Art. 277 ZGB (n 48) para 22a. Üniversite hazırlık kurslarını karşılama yükümlülüğünün bu kapsama dahil olduğu yönünde bkz. Sonat (n 43) 255.

¹¹⁰ Sonat (n 43) 248.

¹¹¹ Gmünder, Art. 277 ZGB (n 48) para 3; Fountoulakis ve Breitschmid, Art. 277 ZGB (n 48) para 12.

¹¹² Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 33.

¹¹³ Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 34.

erginlikle beraber isterse erginlikten sonra uygun mesleki eğitimini tamamlamış olsun, onun bu aşamadan sonra herhangi bir işte çalışmıyor/çalışmıyor olması, bir işte çalışmasına rağmen düşük bir gelir elde etmesi veya geliri düşük olmakla beraber engeline bağlı ihtiyaçları sebebiyle gelirinin kendisine yetmemesi, bu sonucu değiştirmez. Anılan bu ihtimallerde de ana babanın bakım yükümlülüğü sona ermiştir¹¹⁴.

Ana babanın bakım yükümlülüğünün uygun eğitimin tamamlanmasıyla nihayete ermesi karşısında çocuğun ikinci veya ek eğitimlerinin durumu da incelenmelidir. Kural, ilk eğitimle çocuk uygun bir mesleki eğitim almış kabul edilebiliyorsa ana babanın artık ikinci eğitimi karşılama yükümlülüğünün bulunmadığıdır¹¹⁵. Bununla beraber, çocuğun uygun mesleki eğitimini tamamlamasına rağmen sonradan engelli hale gelmesi sebebiyle genel anlamdaki çalışma gücünü veya uygun mesleki eğitimini tamamlamak suretiyle kabiliyet kazandığı kendi mesleğini yapma yeteneğini kaybetmesi durumu ayrıca incelenmelidir. Bu ihtimalde sonradan engelli olmuş ergin çocuğun yeni bir mesleki eğitim almak istemesi halinde, ana babanın bu eğitimin giderlerini karşılama yükümlülüğü altında olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, çocuk uygun mesleki eğitimini tamamladığında, sonradan engelli hale geldiği için bu mesleği icra edemese bile, ana babanın bakım yükümlülüğü sona erer. Bu durumda ebeveyn ancak şartları varsa çocuğa karşı yardım nafakası ile yükümlü olabilir¹¹⁶. Diğer bir görüşe göre, böyle bir durumda somut olayın şartları ve tarafların koşulları değerlendirilmeli ve bu değerlendirmeye göre bir karar verilmelidir¹¹⁷. Kanaatimizce, eğer bir kimse sonradan engelli hale geldiği için mesleğini icra edemeyecek durumda ise ve onun yeteneklerine uygun yeni bir eğitim almasına ilişkin giderlerin karşılanmasını ana babadan özellikle ekonomik olarak beklemek mümkünse, bu ikinci eğitimin de karşılanması gerekir¹¹⁸.

Diğer taraftan çocuğun aldığı ek eğitimlere gelince, bu eğitimler ancak asıl mesleki eğitimi için zorunlu ve onun ayrılmaz bir parçası ise ana babanın bakım yükümlülüğünün kapsamına dahil edilmelidir¹¹⁹. Bu noktada, engelli çocuklar bakımından daha esnek bir anlayış gözetilmelidir. Her ne kadar, ergin engelli çocuğun eğitiminin devamı sebebiyle ana babadan bakım yükümlülüğünü yerine getirmesini talep edebilmesi için devam eden bu eğitimin belli ölçüde de olsa mesleki bir yön arz etmesi ve çocuğa asgari bir iş becerisi kazandırmaya elve-

¹¹⁴ Aebi-Müller ve Tanner (n 54) 94.

¹¹⁵ Baygın (n 52) 123; Ateş (n 48) 192.

¹¹⁶ Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 34.

¹¹⁷ Fountoulakis ve Breitschmid, Art. 277 ZGB (n 48) para 12.

¹¹⁸ Benzer yönde bkz. Sonat (n 43) 261.

¹¹⁹ Türkmen (n 90) 2723.



rişli nitelikte olması gerektiği ifade edilse de¹²⁰, bu kabul dar ve katı yorumlanmamalıdır¹²¹. Engelli çocukların mesleki eğitim alması ve buna uygun meslek icra edebilmesi, özellikle toplumsal hayata ve çalışma yaşamına uygun surette adapte olabilmesi için gerekli olan destekleyici tüm eğitimler, mesleki eğitimin ayrılmaz bir parçası olarak görülmeli ve bakım yükümlülüğünün kapsamına dahil edilmelidir. Bunlar engelli çocuğun mesleki kabiliyet kazanmasına doğrudan veya dolaylı olarak katkıda bulunan örneğin bağımsız hareket eğitimleri, bilgisayar kullanma veya bireyi sosyal ya da psikolojik açıdan destekleyici eğitimleri de kapsamalıdır. BM Engelli Haklarına Dair Sözleşme'nin 24. maddesi, taraf devletlerin engelli bireylere hayat boyu öğrenim imkanı sağlamasını öngörmektedir. Ülkemizde Engelliler Hakkında Kanun 15. maddesiyle engellilerin hayat boyu öğrenme hakkına vurgu yapmaktadır. Milli Eğitim Bakanlığı Hayat Boyu Öğrenme Kurumları Yönetmeliği'nde hayat boyu öğrenme şu şekilde tanımlanmaktadır: "Bireysel, toplumsal ve istihdam ile ilgili bir yaklaşımla bireyin bilgi, beceri ve yetkinliklerini geliştirmek amacıyla örgün eğitimi dışında hayatı boyunca katıldığı her türlü öğrenme etkinlikleri"dir¹²². Engelli çocuğun bu kapsamda gerçekleştirilen eğitim ve açılan kurslara katılması ve bu şekilde belli alanlarda kabiliyet kazanmasının sağlanması, ana baba tarafından temin edilmeli ve bu amaçla yapılacak ve devlet tarafından karşılanmayacak giderler TMK m. 328/II uyarınca ana baba tarafından karşılanmalıdır. Her ne kadar TMK m. 328/II'daki eğitim mesleki eğitim olarak kabul edilse de özellikle engelli çocukların hayat boyu öğrenme hakları çerçevesinde alacakları eğitimler de, geniş bir perspektifle bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Ana babanın ergin çocuğa karşı bakım yükümlüsü olabilmesi için çocuğun eğitimin gereklerine uygun olması ve bu eğitimi belli bir ciddiyet ve sebatla sürdürmesi gerekir¹²³. Haklı bir sebep olmaksızın çocuk makul sürede eğitimi tamamlayamıyorsa ya da eğitimi kesmişse ana babanın bakım yükümlülüğünün devamından söz edilemez¹²⁴. Bununla beraber, eğitimin kesilmesi veya uzaması haklı bir sebebe dayanıyorsa, somut olayın koşullarına göre ana babanın bakım yükümlülüğünün devamı gerekir¹²⁵. Bu noktada, değinilen bu hususların engelli çocuklarda daha esnek biçimde gözetilmesi gerekir¹²⁶. Mesleki bir eğitimin ta-

¹²⁰ Camenzind (n 56) para 20.

¹²¹ Ana babanın, eğitimi devam eden ergin çocuğa karşı bakım yükümlülüğünü düzenleyen TMK m. 328/II hükmünün alabildiğine geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Serozan (n 48) 245.

¹²² Milli Eğitim Bakanlığı Hayat Boyu Öğrenme Yönetmeliği, RG (T. 11.04.2018, S. 30388) <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=24507&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> ET (15.07.2025).

¹²³ Türkmen (n 90) 2728; Baygın (n 52) 122. İsviçre öğretisindeki görüşler için bkz. Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 112; Gmünder, Art. 277 ZGB (n 48) para 4.

¹²⁴ Baygın (n 52) 122; Öztan (n 48) 1059; Türkmen (n 90) 2729.

¹²⁵ Ateş (n 48) 199.

¹²⁶ Aebi-Müller ve Tanner (n 54) 94.

mamlanması engelli çocuk bakımından daha önemli ve zordur. Engelli olmanın mesleki eğitimin zorluğu yanında iş piyasasında da bir dezavantaj oluşturabileceği yadsınamaz bir gerçektir. Bu nedenle, engelli çocuğun eğitimi yarıda bırakması veya çocuğun bu alanda başarısız olması, peşinen çocuğun ciddiyetsizliği olarak değerlendirilmemeli, aksine eğitimin kesilmesi veya uzaması çocuğun engeli sebebiyle yaşadığı dezavantajlı durumlardan kaynaklanıyorsa, somut olayda haklı bir sebebin varlığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, ana babanın içinde bulunduğu koşullar da nazara alınarak, engelli çocuğun engeli sebebiyle eğitimini zamanında bitirememesi ya da kesintiye uğratması hallerinde de ana babanın bakım yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmelidir¹²⁷.

Benzer çıkarımlar, eğitim planının değiştirilmesi için de yapılabilir. Çocuk ergin olduktan sonra, eğitim planında değişiklik yapmak isterse, çocuğun bu isteğindeki samimiyeti de nazara alınmak suretiyle, somut durumun koşullarına göre bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır¹²⁸. Buna göre ergin çocuk, eğitimi devam ederken bir sağlık problemi veya engellilik haline maruz kalmışsa, ana babanın ekonomik koşullarına da uygun olmak kaydıyla eğitimin değiştirilmesi yoluna gidilebilmelidir¹²⁹. Diğer taraftan, engelli çocuklarda eğitimin değiştirilme ihtiyacı başka sebeplere de dayanabilir. Şöyle ki engelli çocuğun sonradan fark edilen ya da gelişen yetenek ve eğilimleri onun uygun yeni bir mesleki eğitim almasını gerektirebilir. Belirtmek gerekir ki uygun mesleki eğitim bir süreç olup bu süreç daha çocuk henüz çok küçükken işlemeye başlar. TMK m. 339/I uyarınca, çocuğun ergin olmadan önce, onun eğitimi hususunda karar alma yetkisi, velayet hakkı sahibi ana babadadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre “Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanılır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar”. Hüküm uyarınca kural ana babanın çocuğun eğitim planı hususunda yetkili olmasıdır. Bununla beraber, çocuk ilerleyen yaşına uygun olarak olgunlaştıkça bu plan, ana baba ve çocuğun karşılıklı fikir alışverişleri sonucu vardıkları bir kararla şekillenecektir(TMK m. 339/III)¹³⁰. Ana babanın bu aşamada çocuğun meslek seçimi üzerindeki etkisi, çocuğu yönlendirmek ve çocuğun hatalı bir meslek seçimini önlemek için gerekli tavsiyelerde bulunmak biçiminde kendini gösterecektir¹³¹. Sürecin bahse konu tüm bu aşamalarında, çocuğun yetenek ve eğilimleri dikkate alınmalıdır. Bu nedenle çocuğun yetenek ve eğilimlerine uygun bir eğitim planı belirlenmiş ve uygulamaya koyulmuşsa, kural olarak, çocuğun ergin olduktan sonra keşfettiği yetenekleri sebebiyle ikinci bir eğitimi ana babadan talep edeme-

¹²⁷ Aebi-Müller ve Tanner (n 54) 94.

¹²⁸ Türkmen (n 90) 2723; Ateş (n 48) 192.

¹²⁹ Benzer yönde bkz. Fountoulakis ve Breitschmid, Art. 277 ZGB (n 48) para 13.

¹³⁰ Benzer açıklamalar için bkz. Türkmen (n 90) 2716.

¹³¹ Sonat (n 43) 248.



yeceği kabul edilmektedir¹³². Ancak kanaatimizce engelli çocuklarda bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Engelli çocuklarda, gerek onların engellerinin getirdiği belirsizlikler, gerek tıbbi gelişmeler ve gerekse çocuğun gelişim süreci, engelli çocukta çok zaman sonra, başlarda fark edilmemiş veya hiç var olmayan bazı kabiliyetlerin teşhis edilmesine yol açabilir. Kanaatimizce bu ihtimalde, engelli çocuğun durumuna özgü bir değerlendirme yapılmalı¹³³ ve bu yeni yetenek ve eğilimlerin onun farklı uygun bir mesleki eğitim almasını haklı kılması halinde, ana babanın yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmelidir. Öte yandan çocuğun engel durumunun da etkisiyle ona uygun olan eğitim, sürecin başından beri hatalı belirlenmiş olabilir. Bu ihtimalde de, çocuğun nitelik ve kabiliyetlerine uygun ikinci veya yeni bir eğitim verme ve bu eğitimin giderlerini karşılama yükümlülüğü devam etmelidir¹³⁴. Anılan bu ihtimallerde ana babanın, engelli çocuğun daha uzun süren eğitim sürecinin giderlerine veya ona uygun ikinci ya da ek bir eğitimin finanse edilmesine katlanması beklenmelidir¹³⁵.

b. Çocuğun Bakım ve Eğitim Giderlerinin Karşılansının Beklenebilir Olması

Ana babanın eğitimi devam eden ergin çocuğa karşı bakımla yükümlü olabilmesi için bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin kendilerinden durum ve koşullara göre beklenebilir olması gerekir. Beklenebilirlik, somut olayın şartları çerçevesinde ilgili tüm koşullar nazara alınarak tayin edilmelidir¹³⁶. Bu kapsamda yükümlülüğün ana ve babadan, hem ekonomik koşullar çerçevesinde hem de çocukla olan kişisel ilişkileri dahilinde beklenebilir olması gerekir. Aşağıda bu unsurlar incelenecektir.

aa. Ekonomik Koşullar Açısından Beklenebilirlik

Ana babanın eğitimi devam eden ergin çocuğa karşı bakım yükümlülüğünün yerine getirilmesi, onlardan ekonomik açıdan beklenebilir olmalıdır. Ekonomik koşullar açısından beklenebilirlik tayin edilirken, hem ana babanın içinde bulunduğu ekonomik koşullar hem de çocuğun mali durumu dikkate alınmalıdır¹³⁷. Ergin çocuk açısından bakıldığında eğer çocuğun herhangi bir kazancı veya geliri varsa onun bu kazanç veya geliri öncelikle eğitimine sarf etmesi beklenir¹³⁸. Aynı

¹³² Sonat (n 43) 257.

¹³³ Camenzind (n 56) para 22.

¹³⁴ Camenzind (n 56) para 22.

¹³⁵ Aebi-Müller ve Tanner (n 54) 95.

¹³⁶ Hartmann, Art. 277 ZGB (n 48) para 3; Fountoulakis ve Breitschmid, Art. 277 ZGB (n 48) para 14.

¹³⁷ Ateş (n 48) 193. İsviçre hukuku yönünden bkz. Hartman, Art. 277 ZGB (n 48) para 4; Gmünder, Art. 277 ZGB (n 48) para 5.

¹³⁸ Uzun Kazmacı, “Nafaka” (n 60) 185.

kural, çocuğun eğitimi için edindiği burslar için de geçerlidir¹³⁹. Bu kapsama, çocuğun varsayımsal gelirleri de dahil edilmektedir. Gerçekten de çocuğun eğitimi devam ettiği sürece, eğitimine uygun bir işte çalışması kendisinden beklenebiliyor ise bu varsayımsal gelir de ana babanın yükümlülüğünün kapsamı tayin edilirken hesaba katılacaktır¹⁴⁰. Bununla beraber kanaatimizce, engelli çocuğun eğitimine devam ederken aynı zamanda ondan bir işte çalışmasının beklenmesi güç görünmektedir. Çocuğun geri kalan mallarına gelince, onun gelir ve kazançlarını eğitimine sarf etme yükümlülüğünün, malvarlığını oluşturan parasal nitelikteki sermaye değerleri için devam ettiği buna karşın onun diğer malvarlığı değerlerini eğitimi için sarf etmekle yükümlü olmadığı kabul edilmektedir. Bununla beraber çocuğun bu mallarının değerinin ana babanın içinde bulunduğu mali koşullara kıyasla çok daha fazla olduğu bir durumda, çocuğun eğitim giderleri için bu mallara başvurusu gerektiği ifade edilmektedir¹⁴¹.

Ana babanın ekonomik koşulları da beklenebilirliğin tespitinde ele alınmalıdır. TMK m. 327/I uyarınca ana babanın bakım yükümlülüğü kural olarak çocuk ergin oluncaya dek devam eder ve bu aşamadaki bakım yükümlülüğünden bahsedebilmek için bu yükümlülüğün ana babadan ekonomik anlamda beklenebilir olması şartı aranmaz. Ana baba bu aşamada mümkün olduğu ölçüde tüm mali araçlarını, çocuğun bakımı için kullanmalı ve tüketmelidir. Oysa eğitime devam eden ergin çocuk söz konusu olduğunda durum farklıdır. Ergin çocuk açısından bakım yükümlülüğünün devamı için bu yükümlülüğün ana babadan ekonomik açıdan beklenebilir olması gerekir¹⁴². Ana baba artık tüm araçlarını tüketmek yerine yalnızca kendi bakımlarını karşıladıktan sonra geriye kalan mali araçlarını belli şartlar dahilinde bu uğurda sarf etmekle yükümlü olabilir¹⁴³. Ana ve babanın yoksul olması halinde, ergin çocuğa karşı bakım yükümlülüğünün varlığından söz edilemeyecektir¹⁴⁴. Öyleyse, ana ve baba, çocuk ergin olduktan sonra ona karşı bakım yükümlülüğünü üstlenmeyi haklı kılacak yeterlilikte ekonomik şartlara sahip değillerse, TMK m. 328/II uyarınca bakım yükümlülüğünün varlığından söz edilemeyecektir¹⁴⁵. Hangi ekonomik koşulların, beklenebilirlikten söz etmeye imkan vereceğinin tespiti kolay değildir. İsviçre hukukunda ana babanın, ergin çocuğa vermesi düşünülen nafaka düşüldükten sonra, zorunlu ihtiyaçlarını karşılamaları için gereken tutarı en az yüzde 20 oranında aşacak toplam gelire sahip olmaları gerektiği kabul edilmektedir¹⁴⁶.

¹³⁹ Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 93.

¹⁴⁰ Sonat (n 43) 265.

¹⁴¹ Sonat (n 43) 266.

¹⁴² Ana ve babanın koşulları, her biri açısından ayrıca değerlendirilmelidir. Bkz. Türkmen (n 90) 2731.

¹⁴³ Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 102.

¹⁴⁴ Türkmen (n 90) 2732.

¹⁴⁵ Sonat (n 43) 262.

¹⁴⁶ Gmünder, Art. 277 ZGB (n 48) para 5; Fountoulakis ve Breitschmid, Art. 277 ZGB (n 48) para 17.



Eğitimine devam eden engelli çocuklar bakımından ekonomik beklenebilirlik kriteri özenle irdelenmelidir. Her şeyden önce, engelli çocukların ebeveynlerinin onun bakım ve eğitimi için mali kaynaklarını daha fazla sarf etmek durumunda kalacağı açıktır. Bu nokta, eğitim nafakasında ekonomik koşullar açısından beklenebilirliğin tayininde de esas alınmalı ve ana babadan, eğitimine devam eden ergin çocuğa ödenecek nafaka bakımından daha fazla bir fedakarlık beklenebilmelidir. Nitekim İsviçre öğretisinde de, ekonomik koşullar açısından beklenebilirliğin tespitinde tercih edilen yüzde 20 ölçütünün, somut olayın şartlarına göre aşağı veya yukarı çekilebileceği kabul edilmektedir¹⁴⁷. O halde engelli çocuklarda, somut olayın şartlarına göre, ana babanın kendi asgari geçimini sağladıktan sonra kalan tüm mali araçlarını ergin engelli çocuğun eğitimi için sarf etmesinin beklenebilir olduğu söylenebilir.

Bu başlık altında son olarak değinilmesi gereken husus, somut olayda henüz ergin olmayan ve böylelikle TMK m. 327/I uyarınca ana babanın kendisine karşı bakım yükümlülüğü altında olduğu bir çocuk ile eğitimi devam eden engelli ergin bir çocuğun varlığı halinde, yükümlülüğün sınırları ve kapsamının belirlenmesidir. Bu durumda nasıl bir yol izleneceğine dair Türk Medeni Kanunu herhangi bir hüküm içermemektedir. İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 276a ise bu meseleyi düzenlemektedir. Hükmün ilk fıkrasına göre küçüğün bakım talebi, diğer aile hukuku ilişkilerinden doğan bakım taleplerinden önceliklidir. O halde küçüğün bakım talebi, eğitimine devam eden ergin çocuğun bakım talebine göre önceliklidir. Hükmün ikinci fıkrasında ise haklı sebeplerin varlığı halinde hakim bu kuraldan ayrılabilmesi düzenlenmiştir. Öğretide, İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 276a ile kabul edilen bu ilkelerin Türk hukuku bakımından da uygulanabilir olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁸. Öyleyse hukukumuzda da küçüğün bakım talebi, normal şartlar altında ergin ancak eğitimi devam eden diğer çocuğun bakım talebinden öncelikli olacaktır¹⁴⁹. Ancak ergin çocuk engelli ise hakim, çocuğun bu özel durumunu nazara alarak, menfaat durumlarına daha uygun bir çözüm bulabilir¹⁵⁰. Eğitimi devam eden engelli ergin çocuğun özel gereksinimleri haklı sebep sayılarak ana babanın bakım yükümlülüğünün kapsamı buna göre biçimlendirilebilir. Bunun sebebi, engelli ergin çocukların tıpkı küçükler gibi belli ölçüde ana babaya daha bağımlı olmasıdır. Bu nedenle somut olay şartları, engel durumu ve engelin ağırlığı, ergin engelli çocuğun gördüğü eğitim ve onun yaşı gibi ölçütler dikkate alınarak, ana kuraldan sapılabileceği söylenebilir¹⁵¹.

¹⁴⁷ Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 104; Gmünder, Art. 277 ZGB (n 48) para 5.

¹⁴⁸ Ateş (n 48) 201.

¹⁴⁹ Birinci Uzun (n 48) 97, 98.

¹⁵⁰ Ateş (n 48) 201.

¹⁵¹ Camenzind (n 56) para 40.

bb. Ana Baba ile Çocuk Arasındaki Kişisel İlişkiler Açısından Beklenebilirlik

Ana babanın eğitim nafakası ödemesinin onlardan beklenebilir olup olmadığı değerlendirilirken, ana baba ve çocuk arasındaki kişisel ilişkiler de belirleyici olacaktır. Buna göre ana ve baba, ergin olmasına rağmen bakım yükümlülüğünün devam edeceği çocuklarından, onların özellikle hem TMK m. 322 ile öngörülen aile hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini hem de genel davranış normlarına riayet etmesini bekleme hakkına sahip olabilmelidir¹⁵². TMK m. 322 uyarınca “ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdür”. Hükümden başlıca üç tip yükümlülük elde edilmektedir. Bunlar, yardım etme, saygı gösterme ve aile onurunu gözetme biçimindedir¹⁵³. Bu yükümlülükler çocuğun ergin olması, evlenmesi veya ana ve babadan farklı bir yerde yaşaması ile son bulmaz¹⁵⁴. Diğer taraftan, çocuğun toplumda genel kabul görmüş davranış yükümlülüklerine de uygun davranması beklenir¹⁵⁵. Ayrıca, mesleki eğitimin gidişatı ve durumu hakkında çocuğun ebeveyni (doğru) bilgilendirme yükümlülüğünün var olduğu da söylenebilir¹⁵⁶. İşte çocuğun anılan bu yükümlülükleri haklı bir sebep olmaksızın, kusurlu biçimde ve ağır şekilde ihlal etmesi ve böylelikle ana baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin kurulamaması veya kopması halinde, bakım yükümlülüğünden söz edilemeyecektir¹⁵⁷.

Kişisel ilişkinin kurulamaması, zedelenmesi veya kopması hususunda değerlendirme yapılırken her iki tarafın davranış biçimleri ve somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu hususta hakimnin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu söylenebilir¹⁵⁸. Kişisel ilişkilerin kopmasında çocuk açısından haklı sebeplerin var olması halinde, değerlendirme bu çerçevede yapılmalı ve ana babanın bakım

¹⁵² Ateş (n 48) 197.

¹⁵³ Dural, Öğüz ve Gümüş (n 61) para 1648; Öztan (n 48) 1020. Yükümlülüklerin içeriklerine dair geniş bilgi için bkz. Kılıçoğlu (n 61) 609. Anılan bu yükümlülüklerin ifası için dava açma veya cebri icra yoluna başvurma mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bununla beraber bu yükümlülüklerin ihlali örneğin TMK m. 510 uyarınca mirasçılıktan çıkarılmaya veya Türk Borçlar Kanunu m. 295 b. 2 uyarınca, yapılan bağışlamanın geri alınmasına sebebiyet verebilir. Bkz. Erdem ve Makaracı Başak (n 30) 417; Yılmaz (n 49) 521; Yünlü (n 48) 381; Akıntürk ve Ateş (n 2) 400. Bu hükümde anılan yükümlülükler, daha ziyade başkaca kuralların yorumlanmasında ve bunların boşluklarının doldurulmasında rol oynar. Bkz. Serozan (n 48) 242.

¹⁵⁴ Akyüz (n 28) 223; Öztan (n 48) 1022; Akıntürk ve Ateş (n 2) 400.

¹⁵⁵ Örneğin çocuğun haysiyetsiz bir yaşam sürmesi ya da kendisine eğitimi için verilen mali araçları başka amaçla tüketmesi hallerinde, ana ve babanın bakım yükümlülüğünden kaçınması mümkün olabilir. Bkz. Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 127.

¹⁵⁶ Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 128.

¹⁵⁷ Uzun Kazmacı, “Nafaka” (n 60) 705. İsviçre hukukundaki görüşler için bkz. Hartmann, Art. 277 ZGB (n 48) para 5; Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 130; Gmünder, Art. 277 ZGB (n 48) para 5.

¹⁵⁸ Sonat (n 43) 249. Kişisel ilişkilerin kurulamaması veya kesilmesi ana ya da babanın kusurlu bir davranışından ileri geliyorsa bu ihtimalde, ilgili ana veya babanın bakım yükümlülüğünün devam ettiğinin kabulü gerekir. Bkz. Hartmann, Art. 277 ZGB (n 48) para 5.



yükümlülüğü yönünde karar verilmelidir. Nitekim İsviçre hukukunda, örneğin boşanmanın yol açtığı ağır duygusal sonuçlara maruz kalan çocuğun ana veya babası ile ilişkileri incelenirken, daha ihtiyatlı yaklaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Zira çocuk üzerinde olumsuz duygulara ve böylelikle ana veya babası ile gerginliklere yol açabilecek bu süreç, kişisel ilişkinin kopmasında çocuğun sorumluluğunu da ortadan kaldırabilir¹⁵⁹.

Ana baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkiler, ergin çocuğun engelli olduğu ihtimalde titizlikle değerlendirilmelidir. Engelli çocuğun geçirmiş olduğu psikolojik ve sosyolojik gelişim süreci sebebiyle, onun ebeveynin anlayışlarına uygun davranış sergilemesinin beklenmesi mümkün değilse, nafakaya hükmedilmesinde kişisel ilişkileri nazara almamak gerekir¹⁶⁰. Gerçekten de örneğin çocuğun zihinsel engeli sebebiyle ilgili yükümlülükleri ihlal etmesinde kendisine kusur atfedilmesi mümkün olmuyorsa, bu kriter bir anlam taşımamalıdır¹⁶¹. Kanaatimizce bu yorumu daha da geniş tutmak mümkün olabilir. Şöyle ki bir çocuğun engeli, her durumda onun ayırt etme gücünü etkilemez. Ortopedik veya görme engelli bir çocuğun durumu buna örnektir. Bununla beraber, engelli olmanın getirdiği zorlukların, engelli kimsenin ruhsal durumunu, davranış biçimlerini ve toplumdaki diğer bireylerle, özellikle de ailesiyle ilişki kurma tarzını etkilemesi kaçınılmazdır. Başka bir ifadeyle bu kimselerin engelli olmayan bireylere nazaran kişisel ilişkilerde bazı zamanlar daha gergin, tutarsız ya da sabırsız olması ve hatta hırçınlaşması olağandır. İşte ana baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkiler değerlendirilirken hiç şüphesiz engelli bireyin içinde bulunduğu durum ve buna bağlı sergilediği davranış biçimleri de gözardı edilmemelidir. İsviçre hukukunda boşanmanın çocuk üzerinde bıraktığı olumsuz etki nasıl dikkate alınıyorsa, aynı şekilde engellilik halinin kişide bıraktığı olumsuz etkiler de kişisel ilişkiler bakımından dikkate alınmalıdır. Nitekim engelli bir çocuğun tüm zorluklarına rağmen bağımsız bir birey olmak uğruna verdiği çabanın etkisinde kalabileceği ve böylelikle ana babasına agresif veya saygısız tavırlar sergileyebileceği unutulmamalıdır. Öyle ki TMK m. 322 ile düzenlenen karşılıklı saygı ve anlayış gösterme biçimindeki yükümlülük, ana baba ve çocuğun sosyal ve psikolojik açıdan yardımlaşma ve dayanışma içinde olmasını; hem günlük yaşama dair problemlerin çözümünde hem de sağlık veya diğer gereksinimlerinin karşılanmasında birbirlerine destek olmalarını kapsar¹⁶². Nihayet engelli çocuğun engeli sebebiyle örneğin bir rehabilitasyon merkezinde kalması ve evden uzak olması sebebiyle ana baba ile kişisel ilişkilerinin zayıflaması da, eğitim nafakasına hükmedilmesinde etkili olmamalıdır¹⁶³.

¹⁵⁹ Gmünder, Art. 277 ZGB (n 48) para 5; Hartmann, Art. 277 ZGB (n 48) para 5.

¹⁶⁰ Aebi-Müller ve Tanner (n 54) 95.

¹⁶¹ Camenzind (n 56) para 16.

¹⁶² Dural, Ögüz ve Gümüş (n 61) para 1650.

¹⁶³ Camenzind (n 56) para 16.

3. Yükümlülüğün Süresi

Ana babanın eğitim nafakası kapsamındaki bakım yükümlülüğünün süresi, çocuğun eğitimi tamamlayacağı makul süre olarak kabul edilmektedir¹⁶⁴. Bu bakımdan bir yaş sınırının mevcut olmadığı belirtilmelidir¹⁶⁵. Haklı bir sebep olmaksızın, eğitim makul sürede bitirilemiyorsa, ana babanın çocuğun kalan eğitimi bakımından nafaka ödemesinin beklenemeyeceği ifade edilmektedir¹⁶⁶. Bununla beraber eğitimin uğradığı geçici kesintiler veya başarısızlıklar nafaka yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Diğer taraftan çocuğun eğitimi bakımından verdiği uzun süreli ara, çocuğun eğitimi sona erdirmiş olduğu yönünde zımni bir irade yansıttığının kabulü sonucunu doğurabilir ve böylelikle ana babanın bakım yükümlülüğü son bulabilir¹⁶⁷. Yükümlülüğün hangi süre zarfında devam edeceği bakımından çocuğun eğitime karşı gösterdiği ciddiyet de belirleyicidir. Bu meseleye daha önce değinildiği için burada tekrar edilmeyecektir¹⁶⁸.

Ana babanın eğitimi devam eden ergin engelli çocuğa karşı bakım yükümlülüğü, çocuk uygun mesleki eğitimi tamamladığında sona erer. Hakim eğitim nafakasına hükmederken bu nafaka için kesin bir süre öngörmüşse, sürenin sonunda ana babanın yükümlülüğü kendiliğinden son bulacaktır. Diğer durumlar için nafakanın kaldırılması amacıyla dava açılması gerekir. Nitekim TMK m. 331/I uyarınca “Durumun değişmesi halinde hakim, istem üzerine nafaka miktarını yeniden belirler veya nafakayı kaldırır”. Nihayet ölüm de nafaka yükümlülüğünü sona erdirecektir¹⁶⁹.

IV. ENGELLİ ÇOCUKLARDA YARDIM NAFAKASININ ROLÜ VE UYGULANMASI

Aile olmanın getirdiği yardımlaşma ve dayanışma yükümlülüğü TMK m. 364-366 arasında hüküm altına alınmış ve böylelikle ahlaki bir ödev kanuni bir düzenleme halini almıştır¹⁷⁰. Yardım nafakasını genel itibarıyla hükme bağlayan TMK m. 364/I uyarınca “Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür”. Hüküm-

¹⁶⁴ Türkmen (n 90) 2720; Ateş (n 48) 199; Kılıçoğlu (n 61) 623; Baygın (n 52) 122.

¹⁶⁵ Birinci Uzun (n 48) 96; Erdem ve Makaracı Başak (n 30) 435. İsviçre hukuku yönünden bkz. Hartmann, Art. 277 ZGB (n 48) para 6; Fountoulakis ve Breitschmid, Art. 277 ZGB (n 48) para 21.

¹⁶⁶ Türkmen (n 90) 2720; Ateş (n 48) 199.

¹⁶⁷ Ateş (n 48) 200.

¹⁶⁸ Bkz. Yuk. III, B, 2, a başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁶⁹ Benzer yönde bkz. Öztan (n 48) 1052.

¹⁷⁰ Hayrunnisa Özdemir, “Yargıtay Kararları Işığında Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakası” (2014) 9(100) Terazi Hukuk Dergisi 65, 66; Ayşen Çilenti Konuralp, “Türk-İsviçre Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğünün Hakkaniyete Aykırılık Nedeniyle Azaltılması veya Kaldırılması” (2020) 22(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1021, 1024; Seda İrem Çakırca, “Kardeşler Arasında Nafaka Yükümlülüğü” (2015) 15(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65, 69; Uzun Kazmacı, “Nafaka” (n 60) 203; Yılmaz (n 49) 562.



den anlaşıldığı üzere altsoy ve üstsoy ile kardeşler, karşılıklı olarak¹⁷¹ nafaka yükümlülüğü altındadır. Öyleyse ana ve baba da çocukları karşısında, şartları var olduğu takdirde yardım nafakası yükümlüsü olabilir. Bununla beraber yardım nafakası, bakım nafakasına göre tali niteliktedir. TMK m. 364/III düzenlemesinden bu sonuca varmak mümkündür. Buna göre “Eş ile ana ve babanın bakım borçlarına ilişkin hükümler saklıdır”. Öyleyse konumuz açısından engelli çocuğun geçimi, bakım yükümlülüğü kapsamında ana babasınca sağlanabilecek durumda ise çocuğun TMK m. 364 uyarınca nafaka yükümlülerinden yardım nafakası talep etmesi mümkün değildir¹⁷².

Yardım nafakası, bakım nafakasından farklı olarak, nafaka talep edecek olan kimsenin bu yardım sağlanmadığı durumda yoksulluğa düşecek olmasını şart koşar(TMK m. 364/I). Bu madde anlamında yoksulluktan, kişinin yaşamı ve geçimi için zorunlu olan araçları kendi imkanları ile temin edemeyecek durumda olması anlaşılmalıdır¹⁷³. Yoksulluğun tayininde evvela kişinin içinde bulunduğu imkanlar değerlendirilmelidir. Nafaka talep eden kişi çalışabilecek durumda olmasına ve çalışma imkanına sahip bulunmasına rağmen çalışmıyorsa, talep reddedilmelidir¹⁷⁴.

TMK m. 365/II nafaka miktarının sınırlarını belirlemektedir. Buna göre nafaka miktarı talep sahibinin geçinmesine yetecek ölçüde ve karşı tarafın mali gücüne uygun olmalıdır. Öyleyse yardım nafakası, kişinin geçimi için gereken miktar ile sınırlıdır. Bunlar genel olarak kişinin giyinme, beslenme, barınma ve sağlığı ile ilgili giderlerdir¹⁷⁵. Nafaka yükümlüsünün daha fazlasını karşılayabilecek durumda olması bu sonucu değiştirmez¹⁷⁶.

Yardım nafakası ile yükümlü olacak kişi altsoy veya üstsoy ise bu kimsenin ödeme gücünün olması yeterlidir¹⁷⁷. Ödeme gücünün var olmasından, bu kimselerin yardımda bulunduğu takdirde yoksulluğa/zor duruma düşmeyecek olması

¹⁷¹ Hatice Karacan Çetin, “Aile Topluluğu” Özlem Tüzüner ve Metin İkizler (Eds), *Medeni Hukuk – II (Aile Hukuku)* (Adalet 2023) 421; Baygın (n 52) 444; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 61) para 1763; Akıntürk ve Ateş (n 2) 455; Çilenti Konuralp (n 170) 1025; Özdemir, “Yardım Nafakası” (n 170) 66; Öztan (n 48) 1205; Serozan (n 48) 246.

¹⁷² Ateş (n 48) 183; Sonat (n 43) 241; Erdem ve Makaracı Başak (n 30) 499; Çakırca (n 170) 84.

¹⁷³ Erdem ve Makaracı Başak (n 30) 500; Baygın (n 52) 450; Birinci Uzun (n 48) 103; Yılmaz (n 49) 567; Uzun Kazmacı, “Nafaka” (n 60) 204. Nafaka talep eden kişinin mutlak şekilde yoksulluğa düşmesi şart değildir. Onun, kendisine yardım edilmediği durumda yoksulluğa düşme tehlikesi içinde olması da bu kapsamdadır. Bkz. Çakırca (n 170) 72; Karacan Çetin (n 171) 423; Özdemir, “Yardım Nafakası” (n 170) 68; Öztan (n 48) 1210; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 61) para 1765.

¹⁷⁴ Akıntürk ve Ateş (n 2) 457; Birinci Uzun (n 48) 103; Karacan Çetin (n 171) 424; Erdem ve Makaracı Başak (n 30) 502; Yılmaz (n 49) 567; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 61) para 1768. Benzer yönde bkz. Çilenti Konuralp (n 170) 1028; Öztan (n 48) 1211; Baygın (n 52) 451.

¹⁷⁵ Akıntürk ve Ateş (n 2) 459; Çakırca (n 170) 81. Ayrıca bkz. Özdemir, “Yardım Nafakası” (n 170) 74.

¹⁷⁶ Birinci Uzun (n 48) 112; Yılmaz (n 49) 569; Karacan Çetin (n 171) 431; Öztan (n 48) 1218.

¹⁷⁷ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 61) para 1773; Özdemir, “Yardım Nafakası” (n 170) 70; Yılmaz (n 49) 568; Birinci Uzun (n 48) 106; Erdem ve Makaracı Başak (n 30) 502; Uzun Kazmacı, “Nafaka” (n

anlaşılmalıdır¹⁷⁸. Buna karşın kardeşlerin yardım nafakası yükümlüsü olabilmesi bakımından kanun refah içinde olma şartını aramıştır(TMK m. 364/II)¹⁷⁹. Nafakanın hangi sırada talep edileceği ise TMK m. 365/I ile düzenlenmiştir. Buna göre yardım nafakasına ilişkin dava, mirastaki sıra gözetilerek açılacaktır.

Niteliklerini ve koşullarını genel itibariyle açıklamış olduğumuz yardım nafakası, engelli çocukların bakım ve geçim giderlerinin karşılanmasında başvuru- labilecek bir araçtır ve bu noktada bazı açılardan önem taşır. Öncelikle, engelli çocuğun ana babasının bakım yükümlülüğü TMK m. 327/I kapsamında devam ettiği ve giderler karşılandığı ölçüde, TMK m. 364 ve devamı hükümlerle düzenlenen yardım nafakasına hükmedilemez. Zira belirttiğimiz üzere bakım nafakası yardım nafakasından önceliklidir. Bununla beraber, engelli çocukların içinde bulundukları özel gereksinimlere bağlı olarak geçim ve bakım giderleri yüksek olabilir¹⁸⁰. Bu ihtimalde ana ve baba sahip olduğu tüm mali imkanları tüketse de, çocuğun ihtiyaçları bu yolla tam olarak karşılanamayabilir. İşte söz konusu bu durumda, ana babanın bakım yükümlülüğünün ifası ile karşılanamayan kısım için, şartları mevcutsa, diğer yükümlülere karşı yardım nafakası talebi yöneltilebilir¹⁸¹. Bu durum özellikle, henüz ergin olmamış engelli çocukların bakımı açısından önem taşıyabilir.

Yardım nafakasının engelli çocuklar bakımından diğer önemli yönü kendini, engelli çocuğa karşı ana babanın bakım yükümlülüğünün sona erdiği ancak engelli çocuğun desteklenme ihtiyacının devam ettiği ihtimallerde gösterir¹⁸². Öyle ki engelli çocuk ergin olunca ana babanın bakım yükümlülüğü TMK m. 328/I uyarınca sona erecektir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nda, engelli çocukların ihtiyaçlarının artarak devam etmesi gerçeğine rağmen bu çocuklar bakımından ana babanın bakım yükümlülüğünün devam edeceğini öngören özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere, bu ihtimalde ana babanın bakım yükümlülüğünün devamı ancak engelli ergin çocuk eğitime devam

60) 204; Çakırca (n 170) 85; Çilenti Konuralp (n 170) 1029; Karacan Çetin (n 171) 425; Öztan (n 48) 1213; Akıntürk ve Ateş (n 2) 458; Baygın (n 52) 456.

¹⁷⁸ Erdem ve Makaracı Başak (n 30) 502; Çilenti Konuralp (n 170) 1029; Birinci Uzun (n 48) 106; Yılmaz (n 49) 568; Çakırca (n 170) 85; Karacan Çetin (n 171) 425.

¹⁷⁹ Refah içinde olmak genel itibariyle kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmesinin yanında, tasarrufta bulunabilme, yatırımlar yapabilme ve ortalama üstü bir hayat standardına sahip olma, lüksü yaşayabilme anlamını taşır. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Kılıçoğlu (n 61) 677; Özdemir, "Yardım Nafakası" (n170) 67; Baygın (n 52) 447. Kardeşlerin nafaka yükümlülüğü bakımından öngörülen bu koşul, kardeşlerin nafaka yükümlüsü olma ihtimalini altsoy ve üstsoya nazaran zorlaştırmaktadır. Bkz. Çilenti Konuralp (n 170) 1027. İsviçre hukukunda kardeşlerin birbirine karşı nafaka yükümlülüğü kaldırılmıştır. Bu yükümlülük sadece altsoy ve üstsoy ile sınırlı olarak varlığını sürdürmektedir. Bununla beraber alt ve üstsoyun nafaka yükümlülüğü de hukukumuzdan farklı olarak "refah içinde olma" şartına bağlıdır. Bkz. Çakırca (n 170) 86.

¹⁸⁰ Baygın (n 52) 126.

¹⁸¹ Camenzind (n 56) para 28. Ayrıca bkz. Serozan (n 48) 246.

¹⁸² Aebi-Müller ve Tanner (n 54) 95.



ediyorsa (TMK m. 328/II) mümkün olabilecektir. Oysa engelli çocuk eğitimini erginlikle beraber tamamlamış olabilir, ergin olduktan sonra eğitimine devam etmeyebilir ya da edemeyebilir. Buna rağmen onun özel gereksinimleri ve bakım ihtiyacı varlığını sürdürebilir¹⁸³. Bu ihtimalde ana babanın bakım yükümlülüğünün devam edeceğine dair açık bir hükme rastlanmadığı için uygun çare yardım nafakası olacaktır¹⁸⁴. Benzer durum, engelli çocuğun uygun mesleki eğitim almasına rağmen onun herhangi bir gelir getirici işte çalışmaması, yani işsiz olması¹⁸⁵ ihtimalinde de geçerlidir. Öyle ki engelli bir bireyin çalışma imkanlarının her daim daha sınırlı olacağı bir gerçektir. Bu durumda da geçim giderleri için engelli çocuk TMK m. 364 ve devamı hükümler uyarınca ana babasından ve diğer nafaka yükümlülerinden şartları dahilinde yardım nafakası talep edebilecektir.

Kanaatimizce engelli ergin çocuğun uygun mesleki eğitimi tamamlaması ve buna uygun bir işte çalışması sebebiyle bir gelirinin olması da dikkatle incelenmelidir. TMK m. 364'ün nafaka için aradığı yoksulluk şartı, nafaka talep eden kimsenin herhangi bir gelirinin olmamasını gerektirmez. Kişinin belli oranda bir geliri olabilir ancak bu gelir ona yetmediği için onun kendisine yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olmasından bahsedilebilir¹⁸⁶. Bu durum engelli bireyler bakımından çok daha önemlidir. Gerçekten de aynı gelire sahip olmakla beraber içlerinden biri engelli olan buna karşın diğerinin engelli olmadığı iki birey mukayese edildiğinde, her birinin şartları, gereksinimleri ve buna bağlı zorunlu giderlerinin farklı olacağı açıktır. Bu ihtimalde engelli olmayan kimse geliri ile temel ihtiyaçlarını karşılayarak yaşamını sürdürebilirken, aynı geliri elde eden engelli bireye bu miktar yetmeyebilir. Kişi engelli bir birey olduğu için gelirinin büyük bir kısmını özellikle artan tedavi, rehabilitasyon veya terapi ihtiyaçlarına harcamak durumunda olabilir. Yoksulluk olgusu değerlendirilirken o kişinin temel beslenme, barınma, giyinme ve sağlık ihtiyaçları nazara alınmaktadır. Bu kapsamda engellilerin artan tıbbi gereksinimleri de bu hesaba katılmalıdır¹⁸⁷. Kanaatimizce bu noktada engelliliğe bağlı diğer giderler de göz önünde bulundurulmalıdır¹⁸⁸.

¹⁸³ Aebi-Müller ve Tanner (n 54) 95.

¹⁸⁴ Engelliler açısından açıklamalar için bkz. Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 34. Genel açıklamalar için bkz. Yünlü (n 48) 387. Yargıtay da, çalışmayan ergin çocukların zorunlu geçim giderlerinin karşılanması için babanın yardım nafakası ödemesine hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 3. Hd, E. 2013/17433, K. 2014/1538, T. 04.02.2014. www.legalbank.net ET (01.07.2025).

¹⁸⁵ İşsizlik halinde ana babanın bakım yükümlülüğü mevcut olmaz, olsa olsa onun ZGB Art. 328 (TMK m. 364) uyarınca çocuğa karşı yardım yükümlülüğü (yardım nafakası) mevcut olabilir. bkz. Hegnauer, Art. 277 ZGB (n 48) para 62.

¹⁸⁶ Çakırca (n 170) 73; Erdem ve Makaracı Başak (n 30) 501.

¹⁸⁷ Aebi-Müller ve Tanner (n 54) 95.

¹⁸⁸ Yardım nafakasının tayininde hakim geniş takdir yetkisi olup hakim nafaka miktarını takdir ederken, diğer unsurların yanında tarafların sağlık ve engellilik durumunu da hesaba katmalıdır. Bkz. Karacan Çetin (n 171) 431. Yardım nafakasının miktarının tayininde hakim nafaka alacaklısının örneğin sağlık durumu veya sürekli bakıma muhtaç olması gibi koşullarını da nazara almalıdır. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş (n 61) para 1792.

Şöyle ki engelliliğe bağlı ihtiyaçlar sadece tıbbi gereksinimlerle sınırlı değildir. Engelli bireyler temel ihtiyaçlarını karşılarken dahi engelli olmayan bireylerle mukayese edildiğinde çok daha fazla gider yapmak durumunda kalabilir. Bu bakımdan yaşamsal temel ihtiyaçlarını karşılamak için ücreti mukabilinde bir yardımcı istihdam eden engelli bireyin bu gider kalemi de, onun geliri ve giderleri ile yoksulluğa düşme olgusu değerlendirilirken dikkate alınmalıdır. Özetle yardım nafakasındaki yoksulluk ibaresinin anlamı tayin edilirken ve engelli kimse lehine hükmedilecek yardım nafakasının sınırını oluşturan geçim giderinin kapsamı belirlenirken, engelli kimsenin içinde bulunduğu koşullara göre daha geniş bir yorum yapılarak karar verilmelidir. Engellilere karşı bakım yükümlülüğünün devamına dair açıkça bir hüküm içermeyen Türk Medeni Kanunu'ndaki bu eksiklik, anılan çözüm yolu ile giderilmelidir. Bunun yanında sosyal devlet anlayışı gereği etkin bir devlet desteğinin önemi de burada tekrar vurgulanmalıdır.

Nihayet belirtmek gerekir ki, sahip oldukları engelleri sebebiyle özel gereksinimleri olan engelli ergin çocukların ihtiyaçlarının dayanağı olarak TMK m. 364 ve devamı hükümlere başvurulacak olması öğretide yetersiz addedilmiştir. Nitekim bu hükümler hem ikincil nitelikte hem de kapsam açısından sınırlı bir işleve sahip olacaktır¹⁸⁹. Hukukumuzda süresiz olarak yoksulluk nafakasına hükmedilmesi mümkün iken engelli çocuklar açısından erginlikten sonra da devam edecek bir bakım yükümlülüğünün bulunmaması, onların bakım giderlerinin yardım nafakası ile çözülecek olması eleştirilmiştir¹⁹⁰. Engelli çocuklar özel gereksinimlere sahip olacağı ve bu gereksinimlerin engel durumları var olduğu sürece, çocuğun ergin olmasından bağımsız olarak devam edeceği düşünüldüğünde, engelli ergin çocuğa karşı ana babanın bakım yükümlülüğünü öngören bir hükmün mevcut olmaması ilk bakışta bir eksiklik gibi görünmektedir. Bununla beraber kanaatimizce gerek TMK m. 328/II'nın yukarıda açıklanan biçimde yorumlanması, gerekse TMK m. 364 ve devamı hükümlerin ifade edildiği biçimiyle uygulanması, bu konuda etkin bir çözüm sağlayabilecektir. Diğer taraftan sosyal devlet anlayışı çerçevesinde bu alanda devletin sunduğu imkanların iyileştirilmesi ve geliştirilmesi de önem taşımaktadır. Amaç, gerek çocuğun eğitiminin gerekse onun bakımının temin edilmesini sadece ana babanın vicdanına bırakmak yerine, ana babanın bu yönde gerekli ve doğru adımları atmasını mümkün kılacak motivasyonları, özel hukuk yükümlülükleri vasıtasıyla mümkün kılmaktır.

V. EĞİTİMİ DEVAM EDEN VEYA ENGELLİ ÇOCUĞUN TEREKEDEN ALACAK HAKKI

Türk Medeni Kanunu'nun "eğitim ve öğrenim giderleri" başlığını taşıyan 674. maddesinin ikinci fıkrasına göre "Eğitim ve öğrenimini tamamlamamış olan

¹⁸⁹ Benzer yönde bkz. Keskin (n 83) 46.

¹⁹⁰ Uzun Kazmacı, "Bakım Yükümlülüğü" (n 48) 706.



veya engelliliği bulunan çocuklara, paylaşmada hakkaniyete uygun bir ödeme yapılır”. İncelemekte olduğumuz konu çerçevesinde bu mesele de ele alınmalıdır. Zira TMK m. 674/II, çocuğun eğitim ve bakım giderlerinin karşılanması ile yakından ilgilidir¹⁹¹. Bu hükümde, mirasbırakanın ölüm anında henüz eğitimini tamamlamamış veya engelli bir çocuğu varsa, ona terekeden uygun bir ödeme yapılacağı öngörülmüştür¹⁹². Bu hakka sahip olanlar, “eğitimini tamamlamamış” veya “engelli” çocuklar olarak zikredilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki hükmün açık lafzı karşısında bu haktan yalnızca mirasbırakanın çocukları yararlanabilir, hükmün kapsamının tüm altsoya genişletilmesinden bahsedilemez¹⁹³. Diğer taraftan bu hakkın mirasçılık sıfatına bağlı olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, hükümde geçen nitelikleri taşıyan çocuklar mirasbırakandan önce ölmüşlerse, onların mirasçıları talepte bulunamayacaktır. Benzer şekilde feragat, ret, yoksunluk veya iskat gibi sebeplerle mirasçı olamayan çocukların da bu hakka sahip olduklarından söz edilemez¹⁹⁴.

Eğitimine devam eden veya engelli çocuğa terekeden uygun bir ödemenin yapılmasını öngören bu düzenlemenin emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁵. Hak sahibine terekeden yapılacak bu ödemenin, onun saklı payına mahsup edilemeyeceği, başka bir ifadeyle eğitimi devam eden veya engelli çocuğun saklı payının yanında bu vasıflarına bağlı olarak terekeden uygun bir ödeme de elde edebileceği kabul edilmektedir¹⁹⁶. Mirasbırakan yapacağı bir tasarrufla, çocuğu bu haktan mahrum bırakamaz¹⁹⁷.

¹⁹¹ Hükmün İsviçre Medeni Kanunu’ndaki karşılığı ZGB Art. 631 Abs. 2’dir. Açıklamalar için bkz. Arnold Escher, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang* (Art. 537-640) (3. Auflage, Schulthess & Co AG Zürich 1960) Art. 631 ZGB para 12 ve 14.

¹⁹² Bu ödemenin hukuki niteliğinin tazminat olduğu yönünde bkz. Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku - Miras Hukuku* (12. Baskı, Seçkin 2024) para 2038. Bu bir tazminat değil özel bir alacak hakkıdır. Bkz. Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi* (TMK m. 640-682) C. III (On İki Levha 2020) para 696.

¹⁹³ Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku (Cilt IV), Miras Hukuku* (19. Baskı, Filiz Kitabevi 2023) para 1435; Çabri (n 192) para 698. Aksi yönde bkz. Roland Fankhauser, in Ruth Arnet, Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (Hrsg.), *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB*, (4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2023) Art. 631 ZGB para 5.

¹⁹⁴ Dural ve Öz (n 193) para 1443. Aksi yönde bkz. Çabri (n 192) para 695.

¹⁹⁵ İnan, Ertaş ve Albaş (n192) para 2041. İsviçre hukuku yönünden bkz. Rolando Forni ve Giorgio Piatti, in Thomas Geiser ve Stephan Wolf (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB)* (6. Auflage, Helbing Lichten hahm Verlag 2019) Art. 631 ZGB para 7; Fankhauser, Art. 631 ZGB (n 193) para 5.

¹⁹⁶ Martina Bosshardt, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (Hrsg.), *OFK – Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag 2021) Art. 631 ZGB para 4; Forni ve Piatti, Art. 631 ZGB (n 195) para 7; Escher, Art. 631 ZGB (n 191) para 17.

¹⁹⁷ Dural ve Öz (n 193) para 1441; İnan, Ertaş ve Albaş (n192) para 2041. Bu ihtimalde mirasbırakanın bu şekilde yaptığı ölüme bağlı tasarrufların kendiliğinden geçersiz olmadığı ancak ilgililerin iptal davası açmak suretiyle alacak hakkını talep edebileceği yönünde bkz. Çabri (n 192) para 697.

TMK m. 674/II uyarınca terekeden kendisine ödeme yapılacak ilk grup, mirasbırakanın eğitimi devam eden çocuklarıdır. O halde eğitimi ebeveynin ölüm anında henüz tamamlamamış olan çocuk, engelli olsun veya olmasın, bu hakka sahip olacaktır¹⁹⁸. Düzenleme ile hedeflenen asıl amaç, eğitimi devam eden ve eğitim giderlerini muhtemelen kendisine kalacak miras payından karşılayacak olan çocuğa, daha önce doğmaları sebebiyle mirasbırakanın sağlığında eğitim giderleri mirasbırakanca yapılmış diğer çocuklar karşısında bir eşitlik sağlamaktır¹⁹⁹. Eğitimi tamamlamış veya eğitimi yarıda kesmiş ve devam etmeyecekleri de sabit olan çocuklar bakımından bu hüküm uygulama alanı bulmaz²⁰⁰.

TMK m. 674/II ile terekeden kendilerine uygun bir ödeme yapılacak ikinci grup, mirasbırakanın engelli çocuklarıdır. Burada mirasbırakanın engelli çocukları ile ilk etapta kastedilen, onun artık hiçbir suretle eğitim süreci içinde olmayan veya kendilerine eğitim sağlanamayacak durumda olan engelli çocuklarıdır²⁰¹. Engelli çocuklara bu hakkın tanınmasının temel düşüncesi, onların engeli ve içinde bulunduğu koşulları sebebiyle maruz kaldığı özellikle de ekonomik dezavantajların belli ölçüde tolere edilmesidir²⁰². Engelli çocukların kapsamına görme, işitme, ortopedik veya zihinsel engelliler, gelişim yavaşlığı bulunanlar, epilepsi hastaları veya belli bir sebeple kısmen veya tamamen çalışma gücü kaybı yaşıyanlar dahildir²⁰³.

Engelli çocuğun talep hakkı açısından belirleyici olan şey, bu çocuğun, eğer yaşasaydı ebeveyninin desteğine hangi ölçüde ihtiyaç duyacak olduğudur. Nitekim özellikle İsviçre öğretisinde engelli çocuklara tanınan bu hakkın, ZGB Art. 328 ve devamı (TMK m. 364 ve devamı) hükümlerde yer alan yoksulluğa düşecek olan kimseye aile fertlerinin yardım etme yükümlülüğünün genişletilmiş bir

¹⁹⁸ İsviçre Medeni Kanunu ZGB Art. 302 Abs. 2 (TMK m. 340/II) ile bu eğitim hakkına engelli çocukların da sahip olduğu vurgulanmıştır. Bu nedenle ZGB Art. 631 Abs. 2'de (TMK m. 674/II) tekrar eğitimi devam eden engelli çocuklar ibaresine yer verilmemesi yerinde görülmektedir. Bkz. Paul Eitel, in, Heinz Hausheer (Hrsg.), *BK – Berner Kommentar Band/Nr. III/2/3, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Der Erbgang, Die Ausgleichung, Art. 626-632 ZGB* (Stämpfli Verlag AG 2004) Art. 631 ZGB para 37.

¹⁹⁹ Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (17. Basım, Der Yayınları 2024) 534. İsviçre hukuku için bkz. Fankhauser, Art. 631 ZGB (n 193) para 5; Escher, Art. 631 ZGB (n 191) para 12; Bosshardt, Art. 631 ZGB (n 196) para 5; Forni ve Piatti, Art. 631 ZGB (n 195) para 9; Eitel, Art. 631 ZGB (n 198) para 38. Buna karşın Dural ve Öz, hükmün amacının böyle bir eşitlik sağlamaktan ziyade eğitim ve öğretimi desteklemek ve kolaylaştırmak olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Dural ve Öz (n 193) para 1434. Her iki amacın var olduğu yönünde bkz. Çabri (n 192) para 693.

²⁰⁰ Dural ve Öz (n 193) para 1436; Çabri (n 192) para 700.

²⁰¹ Eitel, Art. 631 ZGB (n 198) para 37.

²⁰² Eitel, Art. 631 ZGB (n 198) para 38; Bosshardt, Art. 631 ZGB (n 196) para 6.

²⁰³ İyileşmesi mümkün olmayan, sürekli bakım ve tedavi gerektiren hastalıkların da bu kapsamda olduğu yönünde bkz. Dural ve Öz (n 193) para 1438. Engelli çocuklar, zihinsel kabiliyetleri geç gelişen çocuklar ve çalışma gücünü kaybetmiş kimseler hükmün kapsamına dahildir. Bkz. İmre ve Erman (n 199) 534. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Escher, Art. 631 ZGB (n 191). para 14.



halini arz ettiği de belirtilmektedir²⁰⁴. Bu nedenle, eğer engelli çocuk, geçimini sağlayacak ölçüde bir gelir ya da kazanç elde ediyorsa, onun terekeden kendisine yapılacak ödemeden bütünüyle mahrum kalabileceği savunulmaktadır²⁰⁵. Kanaatimizce bu görüşe katılmak güçtür. Hükümün amacı engelli çocuğu desteklemek olmakla beraber hüküm emredicidir. Onun geçimini sağlayacak bir geliri olsa dahi kendisine terekeden uygun bir ödeme yapılmasını talep edebileceği kabul edilmelidir. Bu ihtimalde, çocuğun geliri ancak ödemenin miktarı üzerinde etkili olacak ve hakim onun gelir ve kazancını dikkate alarak çok düşük bir miktarda da olsa engelli çocuk lehine terekeden ödeme yapılmasına hükmedecektir²⁰⁶.

Engelli çocuğa terekeden yapılacak olan bu ödeme uygun miktarda olmalıdır. Bu miktarın üst sınırını, çocuğun engeline bağlı olarak maruz kaldığı çalışma kabiliyeti kaybı ve eğer mirasbırakan ebeveyn yaşasaydı, çocuğun geçimi için yapacak olduğu katkı teşkil eder²⁰⁷. Bu noktada engelliliğin süresi önem arz etmez. Yine de engellilik halinin belki de yıllar boyunca sürecektir olduğu da gözardı edilmemelidir. Bu husus, örneğin terekenin toplam değeri gibi diğer unsurlarla beraber, yapılacak ödemenin miktarının belirlenmesinde etkili olacaktır²⁰⁸.

Engelli çocuğa terekeden uygun bir miktar ödeme yapılması için onun engellilik halinin başlangıç anının belirleyici olup olmadığı tartışmalıdır. İsviçre hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre bu ödeme için çocuğun engellilik halinin o ergin olmadan önce meydana gelmiş olması gerekir²⁰⁹. Kanaatimizce hükmün lafzında bu şarta işaret eden herhangi bir ibarenin veya imanın bulunmaması ve maddenin geniş düzenlemesi karşısında, TMK m. 674/II kapsamında engelli çocuğun kendisine terekeden uygun bir ödeme yapılmasını isteme hakkı, onun engelliliğinin başlangıç anından bağımsız olmalıdır²¹⁰. Önemli ve belirleyici olan mirasbırakan ebeveynin ölümü anında çocuğun engellilik halinin mevcut olmasıdır. Çocuğun ergin olup olmaması da bu açıdan önemli değildir²¹¹. Onun yaşı

²⁰⁴ Escher, Art. 631 ZGB (n 191) para 13.

²⁰⁵ Forni ve Piatti, Art. 631 ZGB (n 195) para 11. Engelli çocuğa düşen miras payı onun ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte ise aynı prensipler geçerlidir. Bkz. Escher, Art. 631 ZGB (n 191) para 14.

²⁰⁶ Eitel, Art. 631 ZGB (n 198) para 40. En azından sembolik bir miktara hükmedilmesi gerektiği yönünde bkz. Dural ve Öz (n 193) para 1441.

²⁰⁷ Forni ve Piatti, Art. 631 ZGB (n 195) para 11; Bosshardt, Art. 631 ZGB (n 196) para 6; Eitel, Art. 631 ZGB (n 198) para 40; Escher, Art. 631 ZGB (n 191) para 14.

²⁰⁸ Escher, Art. 631 ZGB (n 191) para 14.

²⁰⁹ Forni ve Piatti, Art. 631 ZGB (n 195) para 10.

²¹⁰ İsviçre hukukunda bu yönde ileri sürülen görüşler için bkz. Fankhauser, Art. 631 ZGB (n 193) para 5; Forni ve Piatti, Art. 631 ZGB (n 195) para 10; Eitel, Art. 631 ZGB (n 198) para 41.

²¹¹ Forni ve Piatti, Art. 631 ZGB (n 195) para 10; Eitel, Art. 631 ZGB (n 198) para 41; Escher, Art. 631 ZGB (n 191) para 14; Bosshardt, Art. 631 ZGB (n 196) para 6; Fankhauser, Art. 631 ZGB (n 193) para 5.

veya engellilik halinin başlangıcı veya niteliği, kendisine ödenecek miktarın tayininde rol oynayacaktır²¹².

Eğitimi devam eden veya engelli çocuğa yapılacak ödeme sermaye veya irat biçiminde olabilir. Taraflar ödemenin ne şekilde yapılacağını kararlaştırabilir. Aksi halde ödemenin türüne, hakim karar verecektir²¹³. Eğitimi devam eden veya engelli çocuğun alacak hakkını, mirasın paylaşılması esnasında ileri sürmesi gerektiği kabul edilmektedir²¹⁴.

SONUÇ

Engellilik kavramının üzerinde uzlaşmış bir tanımı yoktur. Genel olarak, karşılıklı etkileşimdeki çeşitli kısıtlamalar sebebiyle topluma diğer bireylerle eşit olarak katılıma engel olabilecek uzun süreli fiziksel, zihinsel, psikolojik veya duysal bir bozukluktan müzdarip olan kişileri ifade eder. Engellilik sadece tıbbın ilgilendiği bir bozukluğu (dar anlamda engel) ifade etmez, aynı zamanda sosyal boyutu olan çok yönlü bir kavramı ifade eder.

Çocuğun uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile teminat altına alınan eğitim ve bakım hakkını sağlama yükümlülüğü, özel hukuk perspektifinden değerlendirildiğinde Türk Medeni Kanunu ile ana babaya yüklenmiştir. Ana baba TMK m. 340 ile çocuğu yetiştirme ve ona yetenek ve eğilimlerine uygun genel ve mesleki eğitim sağlama yükümlülüğü altındadır. Ana baba aynı zamanda TMK m. 327/I uyarınca çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılamakla yükümlüdür. Anılan bu hükümler engelli çocuklar yönünden de geçerlidir.

Ana baba çocuğu olanaklarına göre eğitmeli ve onun fiziksel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlamalı ve korumalıdır. Bu kapsamda ana baba çocuğun yetiştirilmesine özen göstermeli ve özellikle onun temel yaşam becerilerini kazanarak bağımsız bir yetişkin olabilmelerini sağlamalıdır. Bu son husus özellikle engelli çocuklar açısından daha büyük bir önem taşımaktadır. Ana baba çocuğa, onun yetenek ve eğilimlerine uygun genel ve mesleki bir eğitim sağlama-lıdır. Bu noktada TMK m. 340/II bu yükümlülüğü düzenlerken özellikle bedensel ve zihinsel engelli çocuklara vurgu yapmıştır. Bu durum, ana babanın engelli çocuklarına karşı eğitim yükümlülüğü altında olduğunu tekrarlamak bakımından değerlidir. Engelli çocuğun eğitimi ile güdülen amaç, onu tamamen bağımsız bir birey haline getirmektense somut koşulları uyarınca ona mümkün olan en iyi ve bağımsız yaşayabileceği bir hayat kalitesi sunan eğitimi sağlamaktır.

²¹² Eitel, Art. 631 ZGB (n 198) para 41.

²¹³ Formi ve Piatti, Art. 631 ZGB (n 195) para 12; Escher, Art. 631 ZGB (n 191) para 15; Eitel, Art. 631 ZGB (n 198) para 27. İrat şeklinde ödeme halinde, bu ödemenin belirli zamanda yapılması sağlam ve kesin teminatlara bağlanmalı ve hakim bu hususa özellikle dikkat etmelidir. Bkz. İmre ve Erman (n 199) 535. Alacağın sermaye şeklinde ödenmesi gerektiği yönünde bkz. Çabri (n 192) para 703.

²¹⁴ Çabri (n 192) para 704.



Ana ve baba TMK m. 327/I'e göre çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılamalıdır. Ana babanın bu bakım yükümlülüğü kural olarak çocuk ergin oluncaya dek devam eder. Çocuğun engelli olması sebebiyle ihtiyaçlarının daha fazla olması ve bu durumun ana babanın mali araçlarını daha fazla tüketmesini gerektirmesi, bakım yükümlülüğü üzerinde etkili değildir. Ana baba engelli çocuğun ihtiyaçlarını karşılamakla yükümlüdür ve bu özel gereksinimlerin daha fazla gider yapılmasını gerektirdiğini gerekçe göstererek bakım yükümlülüğünden kaçınmaları mümkün değildir. Bakım yükümlülüğü, çocuğun ileride bağımsız bir birey olmasına hizmet eder. Engelli çocuğun içinde bulunduğu koşullar ve gelişim süreci, onun ileride bağımsız bir birey olabilmesini kuşkuyla hale getirebilir. Fakat bu durum da ana babanın bakım yükümlülüğünü etkilemez. Bununla beraber ana ve baba engelli çocuğun bakımı için sahip olduğu fiziksel, entelektüel ve finansal araçlarını sarf etmişse, yükümlülüğün uygun şekilde yerine getirildiği kabul edilmelidir. Bu noktadan sonra engelli çocuğun ihtiyaçları hala karşılanamamış ise yardım nafakası talep edilebileceği gibi devletin sunduğu imkanlardan da istifade edilebilir.

Ana babanın bakım yükümlülüğü çocuğun ergin olmasıyla beraber sona erer. Bu kural engelli çocuklar için de geçerlidir. Türk Medeni Kanunu'nda, ana babanın ergin engelli çocuğuna karşı bakımla yükümlü olduğunu öngören herhangi bir düzenleme yoktur. Oysa engelli çocuğun ihtiyaçları bu andan sonra da muhtemelen devam edecektir. Bu ihtimalde onun bakım ve geçim giderlerinin karşılanması için Türk Medeni Kanunu'nda iki imkan vardır. Bunlar TMK m. 328/II ile düzenlenen eğitim nafakası ve TMK m. 364 ve devamı hükümlerle düzenlenen yardım nafakasıdır.

Eğitim nafakasına hükmedilebilmesi için ergin engelli çocuğun eğitiminin devam ediyor olması gerekir. Bu eğitim genel kabule göre mesleki eğitimidir. Bununla beraber kanaatimizce engelli çocuklarda bu kapsam daha geniş tutulmalıdır. Onların mesleki kabiliyet kazanmasına hizmet eden diğer ek eğitimler de yükümlülüğün kapsamı dahilinde görülmelidir. Aynı zamanda, Birleşmiş Milletler Engelli Haklarına Dair Sözleşme ile de güvence altına alınan hayat boyu öğrenme hakkı çerçevesinde, devlet tarafından sağlanan eğitimlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ana baba çocuğun bu imkanlardan yararlanmasını temin etmeli ve bu kapsamda gereken giderleri yapmalıdır. Engelli kişinin özel koşulları gerektiriyorsa ana baba ikinci bir mesleki eğitimi de karşılamalı ve eğitim süresinin uzamasına veya eğitimin değiştirilmesine de katlanmalıdır. Eğitim nafakasına hükmedilebilmesi için bu nafakanın ödenmesinin ana babadan beklenebilir olması gerekir. Beklenebilirlik özellikle ana baba ve çocuğun ekonomik koşulları ile kişisel ilişkileri dahilinde değerlendirilir. Bu noktada ana babadan ekonomik açıdan daha büyük bir fedakarlık yapması beklenebilmelidir. Diğer taraftan ana baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin kopmasında, çocuğun örneğin zihinsel engelli olması sebebiyle ona atfedilebilecek

kusurlu bir davranışı bulunmuyorsa, nafakaya hükmedilmesinde kişisel ilişkiler nazara alınmamalıdır.

Ergin engelli çocuk eğer eğitimine devam etmiyorsa, TMK m. 328/II'nin tanıdığı eğitim nafakasından istifade edemeyecektir. Bu durumda onun gereksinimlerinin karşılanması TMK m. 364 ve devamı hükümlerle düzenlenen yardım nafakası ile mümkün olacaktır. Engelli çocuk uygun bir mesleki eğitim almış olmasına rağmen gelir getirici bir işte çalışmıyor olabileceği gibi engellilik halinin etkisiyle uygun bir mesleki eğitim alacak durumda da olmayabilir. Bu ihtimallerde şartları var olduğu sürece ana ve baba çocuğa karşı yardım nafakası ödemekle yükümlü olacaktır. Yardım nafakası bakım nafakasına göre hem koşulları hem de kapsamı farklı olan bir nafaka biçimidir. Bu nafakaya hükmedilebilmesi için talepte bulunan kişinin kendisine yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olması gerekir. Nafakanın kapsamı ise kendisine nafaka ödenecek kişinin temel geçim giderleri ile sınırlıdır. Engelli çocuk lehine yardım nafakasına hükmedilirken yoksulluk olgusu ve geçim giderleri, onun içinde bulunduğu duruma göre tayin edilmelidir. Bu kapsamda engelli çocuğun özel gereksinimlerinin daha fazla masrafı gerektirmesi, örneğin çocuğun aldığı tedaviler veya terapiler sebebiyle giderlerinin fazla olması nafakaya hükmedilmesi ve nafaka miktarının tayininde dikkate alınmalıdır. Ayrıca engelli çocuğun gelir getirici bir işte çalışıyor olması, yardım nafakasına hükmedilmesine mani olmamalıdır. Çocuğun engelli olması sebebiyle özel gereksinimlerinin daha fazla masraf yapmayı gerektirmesi, gelirin çocuğa yetmemesi ve yoksulluğa düşecek olması sonucunu doğurabilir.

Nihayet eğitimi devam eden veya engelli çocuk TMK m. 674/II uyarınca terekeden kendisine uygun bir ödemenin yapılmasını isteyebilir. Eğitimine devam eden çocuk engelli olsun veya olmasın bu talepte bulunabileceği gibi eğitimi tamamlamış veya eğitim alamayacak durumda olan engelli çocuk da kendisine terekeden uygun bir ödemenin yapılmasını isteyebilir. Terekeden uygun bir ödeme yapılabilmesi, çocuğun yaşından veya engelinin başlangıç anından bağımsızdır. Kanaatimizce engelli çocuk bir gelire ya da kazanca sahip olsa dahi, düşük miktarda da olsa kendisine uygun bir ödeme yapılmalıdır. Ödeme sermaye veya irat biçiminde olabilir.

Bu çalışmanın amacı ana babanın eğitim ve bakım yükümlülüğünün engelli çocuklardaki görünüm şeklini açıklamak ve özellikle ergin olmasına rağmen özel gereksinimleri ve bakım ya da destek ihtiyacı devam eden engelli çocuklar açısından özel bir hükmün bulunmaması sebebiyle Türk Medeni Kanunu'nda yer alan imkanların engelli çocuklarda nasıl bir çözüm getirdiğini ortaya koymaktır. Engelli çocukların eğitim ve bakımı ile aralarındaki biyolojik bağ sebebiyle yükümlü olan ana babanın bu yükümlülüğünü yerine getirmesi yalnızca onların vicdanına bırakılmamalı, hükümler geniş yorumlanmak suretiyle engelli çocuğun eğitim ve bakım yükümlülüğünün özel hukuk perspektifinden temin edilmesine gayret edilmelidir.

KAYNAKÇA

Aebi-Müller RE ve Tanner D, “Das behinderte Kind im Zivilrecht” Franziska Sprecher ve Patrick Sutter (Hrsg), *Das behinderte Kind im schweizerischen Recht* (Schulthess Juristische Medien AG 2006).

Affolter-Fringeli K ve Vogel U, in Heins Hausheer ve Hans Peter Walter (Hrsg), *BK – Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die elterliche Sorge/der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB – das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB, Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB* (Stämpfli Verlag AG 2016).

Akıntürk T ve Ateş D, *Aile Hukuku* (25. Baskı, Beta 2024).

Akyüz E, *Çocuk Hukuku – Çocukların Hakları ve Korunması* (9. Baskı, Pegem 2024).

Akcaal M, “Evlilik Birliği İçinde Doğan Çocuklar İçin Koca Tarafından Yapılan Giderlerin Biyolojik Babadan Talebinin Hukuki Dayanağı” (2019) 7(14) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 433-457.

Altınar Yolcu FZ, “Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba” (2020) 6(2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249-286.

Ateş D, “İsviçre Hukuku’ndaki Gelişmeler Işığında Ana Babanın Ergin Çocuğun Bakım ve Eğitim Giderlerini Karşılama Yükümlülüğü” (2021) (47) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 179-214.

Aydın R, “Engellilik Araştırmaları ve Değişen Paradigmalar” Başak Baysal, Mustafa Keskin, Hande Heper ve Gizem Arslan (Eds), *Engelli Hakları I-II 2023-2024 Akademik Yılı Konferansları* (On İki Levha Yayıncılık 2025) 1-17.

Baygın C, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2010).

Birinci Uzun T, “Eğitime Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak Nitelendirilmesi” (2018) 20(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-125.

Bosshardt M, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (Hrsg), *OFK – Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag 2021).

Breitschmid P, in Ruth Arnet, Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (Hrsg.), *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB- Partnerschaftsgesetz* (4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2023).

Camenzind J, “Die Auswirkungen einer Behinderung auf die Unterhaltspflicht der Eltern” (9. April 2018) Jusletter.

Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682) C. III* (On İki Levha 2020).

Çakırca Sİ, “Kardeşler Arasında Nafaka Yükümlülüğü” (2015) 15(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65-102.

Çilenti Konuralp A, “Türk-İsviçre Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğünün Hakkaniyete Aykırılık Nedeniyle Azaltılması veya Kaldırılması” (2020) 22(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1021-1051.

Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 19. Bası, Filiz Kitabevi 2024).

Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku (Cilt IV), Miras Hukuku* (19. Baskı, Filiz Kitabevi 2023).

Eitel P, in, Heinz Hausheer (Hrsg.), *BK – Berner Kommentar Band/Nr. III/2/3, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Der Erbgang, Die Ausgleichung, Art. 626-632 ZGB* (Stämpfli Verlag AG 2004).

Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2024).

Erlüle F, “Engelli Bireylerin Vesayet Altına Alınması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri” Başak Baysal, Mustafa Keskin, Hande Heper ve Gizem Arslan (Eds), *Engelli Hakları I-II 2023-2024 Akademik Yılı Konferansları* (On İki Levha Yayıncılık 2025) 89-111.

Ertuş Ş, “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi” (2007) 9(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 391-398.

Escher A, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640)* (3. Auflage, Schulthess & Co AG Zürich 1960).

Fankhauser R, in Ruth Arnet, Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (Hrsg.), *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB*, (4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2023).

Forni R ve Piatti G, in Thomas Geiser ve Stephan Wolf (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB)* (6. Auflage, Helbing Lichten hahn Verlag 2019).

Fountoulakis C ve Breitschmid P, in Thomas Geiser und Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-450 ZGB* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2018).

Gmünder E, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (Hrsg.), *OFK – Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag 2021).



Guttermann AS, “Definitions and Models of Disability” (2023) SSRN 1-14

Gülen Erdoğan İ, “Kanuni Babanın Evlilik Birliği İçinde Doğan Çocuk İçin Yaptığı Masrafları Biyolojik Babadan İsteme Hakkı ve Kapsamı” (2024) 28(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239-270.

Hartmann S, in Ruth Arnet, Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (Hrsg.), *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Art. 1-456 ZGB – Partnerschaftsgesetz* (4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2023).

Hegnauer C, in Heinz Hausheer (Hrsg.), *BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/2/2/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Kommentar zu Art. 270- 275 (mit Supplement); Die Unterhaltspflicht der Eltern, Kommentar zu Art. 276-295 ZGB* (Stämpfli Verlag AG 1997).

İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (17. Basım, Der Yayınları 2024).

İnan AN, Ertaş Ş ve Albaş H, *Türk Medeni Hukuku - Miras Hukuku* (12. Baskı, Seçkin 2024).

Kaplan D, “The Definition of Disability: Perspective of the Disability Community” (2000) (3) J. Health Care R. & Pol’y 352-365.

Karacan Çetin H, “Aile Topluluğu” Özlem Tüzüner ve Metin İkizler (Eds), *Medeni Hukuk – II (Aile Hukuku)* (Adalet 2023).

Keskin D, “Ergin Kısıtlı Üzerinde Velayet Hakkı (Uzatılmış Velayet) (2014) 9(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27-60.

Kılıçoğlu A, *Aile Hukuku* (8. Baskı, Turhan Kitabevi 2025).

Maranta L, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (Hrsg.), *ZGB Art. 302, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar* (4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2021).

Meşe İ, “Engelliliği Açıklayan Sosyal Model Nedir?” (2014) (33) Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi 79-92.

Oliver M ve Barnes C, *Disabled People and Social Policy: From Exclusion to Inclusion* (Addison Wesley Longman Limited 1998).

Özdemir H ve Ruhi AC, *Çocuk Hukuku* (On İki Levha 2019).

Özdemir H, “Yargıtay Kararları Işığında Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakası” (2014) 9(100) Terazi Hukuk Dergisi 65-78.

Özdemir H, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması” (2013) 17(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-106.

Öztañ B, *Aile Hukuku* (Yetkin 2015).

Schwenzer I ve Cottier M, in Thomas Geiser ve Christiana Fountoulakis (Hrsg), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-450 ZGB* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2018).

Serozan R, *Çocuk Hukuku* (2. Baskı, Vedat 2005).

Sonat KA, “Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü (2013) 19(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 235-292.

Türkmen A, “Eğitim Nafakası (TMK m. 328/II), Education Alimony” 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 2707-2764.

Uzun Kazmacı Ö, “Anne ve Babanın Çocuğa Karşı Bakım Yükümlülüğü” Şebnem Akipek Öcal (Ed), *Medeni Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku, C. I* (Yetkin 2017) s. 701-712.

Uzun Kazmacı Ö, “Nafaka” Şebnem Akipek Öcal ve Hayrunnisa Özdemir (Eds), *Aile Hukuku* (Seçkin 2024).

Ünlü S, Bağcıvan A ve Kara B, “Geçmişten Günümüze Türk Kültüründe Engelli Anlamlandırmaları” (2022) 6(1) Milli Kültür Araştırmaları Dergisi 96-130.

Yılmaz S, *Medeni Hukuk C. III Aile Hukuku* (Yetkin 2023).

Yünlü S, “Soybağının Hükümleri, Genel Hükümler ve Velayet” Özlem Tüzüner ve Metin İkizler (Eds), *Medeni Hukuk – II (Aile Hukuku)* (Adalet 2023).

Elektronik Kaynaklar

<<https://resmigazete.gov.tr/>>

<https://www.who.int/health-topics/disability#tab=tab_1>

<https://www.lexpera.com.tr/ayrintilar/gerekce?_ReturnUrl=/resmi-gazete/metin/kanun-ve-kanun-hukmunde-kararnamelerde-yer-alan-engelli-bireylere-yonelik-ibarelerin-degistirilmesi-3/gerekce?MajorVersion=1>

<<https://www.mevzuat.gov.tr/>>

<<https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf>>

<<https://sozluk.gov.tr/>>

<<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/42407/9241545429.pdf?sequence=>>>

<<https://www.swisslex.ch/>>

< <https://dergipark.org.tr>>

<<https://legalbank.net/>>

<<https://www.lexpera.com.tr>>

HETEROLOG YAPAY DÖLLENMEDE ANNENİN TESPİTİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

*An Evaluation of the Determination of Motherhood
in Heterologous Artificial Insemination*

Dilşah Buşra KARTAL*

Öz

Çocuk sahibi olmak isteyen kişilere tıbbi destek sağlamaya imkan veren üreme teknolojilerindeki gelişmeler, üçüncü kişilerin üreme hücrelerinin veya rahminin kullanıldığı heterolog yapay döllenmenin sperm bağıışı, yumurta bağıışı, embriyo bağıışı ve taşıyıcı annelik türlerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bir kadının rahmine erkeğin spermi ile bir başka kadının yumurtası döllenerek oluşturulan embriyonun nakledilebilmesi, çocuk sahibi olmak isteyen birçok kişiye yeni bir umut olmuştur. Ancak bu teknikler, çocuğu doğuran biyolojik anne ile yumurtası kullanılan çocuğun genetik annesinin ayrışması sonucunu da doğurmuştur. Biyolojik anne tarafından dünyaya getirilen çocuk, yumurtası kullanılan kadının DNA'sını taşımaktadır. Türk Hukukunda çocuğu doğuran kadının anne olduğu yönündeki analık karanesi Türk Medeni Kanunu m. 282/I'de açıkça düzenlenmiştir. Ancak bu hüküm heterolog yapay döllenme dikkate alınarak düzenlenmemiştir. Türk Hukukunda heterolog yapay döllenme yasaktır. Buna izin verilen ülkelerde bu yöntemler kullanılarak dünyaya getirilen çocukların anne ile soybağı ise kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmemiştir. Genetik anne ve biyolojik annenin farklılaştığı senaryolarda annenin tespiti için analık karanesi artık yeterli değildir. Doktrinde de analık karanesinin güncel tıbbi gelişmeler karşısında ihtiyaca cevap verip veremediği, bu karinenin kesin karine teşkil edip etmediği tartışmalı hale gelmiştir. Bu çalışmada da heterolog yapay döllenmede annenin kim olduğu meselesi incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yapay döllenme, yumurta bağıışı, embriyo bağıışı, taşıyıcı annelik, soybağı, analık karanesi

Abstract

With advances in reproductive technologies, new forms of heterologous artificial insemination such as egg donation, embryo donation and surrogacy have emerged. The transfer of an embryo, that is fertilised with another woman's egg, into a recipient's uterus offers new hope to many individuals seeking to become parents. However, these methods have resulted in situations where the biological mother who gives birth and the genetic mother who donates egg are different individuals. In such cases, there is no genetic link between the birth mother and the child, who instead carries the DNA of the genetic mother. According to Turkish law, the maternity presumption establishes that the

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 15.08.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Kocaeli/ Türkiye, E-posta: dilsah.kartal@kocaeli.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-2615-5698>.

woman who gives birth is the mother. Yet, this rule was not framed with heterologous artificial insemination in mind. Heterologous insemination is prohibited in Turkey. If such methods are carried out abroad, the legal determination of the mother–child relationship remains uncertain. In such cases, the maternity presumption alone does not suffice. It is also debated in doctrinal level whether this presumption constitutes an irrebuttable rule and whether it meets the needs posed by recent medical developments. This study examines the the issue of determining motherhood in cases of heterologous artificial insemination.

Keywords: Artificial insemination, egg donation, embryo donation, surrogacy, parentage, presumption of maternity

GİRİŞ

İnsanlık tarihi boyunca çocuk sahibi olmak hem bireysel bir arzu hem de toplumun devamının temel unsuru olmuştur. Ancak araştırmalar çocuk sahibi olamayan kişilerin de dünya nüfusunun ciddi bir kısmını teşkil ettiğini göstermektedir. Birleşmiş Milletler tarafından 2025 yılında yayımlanan World Fertility 2024 raporuna göre, 2024 yılında kadın başına ortalama doğum sayısı 2.2’dir. Bu oran 1960’lı yıllarda 5, 1990 yılında ise 3.3 idi¹. Doğum oranlarındaki azalmanın başlıca nedenlerinden biri, sağlık sorunlarıdır. Nitekim başka bir araştırmaya göre 1990 ile 2021 yılları arasında nüfus artışının da etkisiyle kısırlık vakaları dünya genelinde %65 oranında artmıştır². Ayrıca Dünya nüfusunun yaklaşık %17’sinin hayatının bir aşamasında kısırlıkla mücadele etmek zorunda kalacağı öngörülmektedir³. Haliyle üreme teknolojileri, tıp dünyasında yoğun araştırmaların yürütüldüğü bir alana dönüşmüştür. Bu araştırmalar sonucunda üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinde önemli ilerlemeler kaydedilmiş ve yalnızca tıp alanında değil, aynı zamanda sosyolojik, psikolojik ve hukuki bağlamda da aile, anne, baba ve çocuk kavramlarının yeniden tartışılmasına zemin hazırlanmıştır.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri arasında en çarpıcı sonuçlar doğuran yöntemlerden biri kuşkusuz yapay döllenmedir. Yapay döllenme geniş anlamıyla cinsel birliktelik olmaksızın, kadın üreme hücresi olan yumurta ve erkek üreme hücresi olan spermin yapay yollarla döllendirilip rahme yerleştirilmesi; dar anlamıyla ise spermin tıbbi müdahale ile kadına enjekte edilerek döllenmenin kadının bedeninde gerçekleştirilmesi anlamına gelir⁴. Yapay döllenme homolog ve heterolog döllenme olarak ayrılır. Homolog yapay döllenme, kadın ve erkek part-

¹ ‘World Fertility 2024’ (United Nations 2025) UN DESA/POP/2024/TR/NO. 11 VII <un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/undesa_pd_2025_wfr_2024_final.pdf> (E.T. 7.8.2025).

² Jiale Feng vd., ‘Epidemiological Characteristics of Infertility, 1990–2021, and 15-Year Forecasts: An Analysis Based on the Global Burden of Disease Study 2021’ (2025) 22 Reproductive Health 1, 12.

³ ibid 2.

⁴ Yasemin Erol, *Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik* (Yetkin 2012) 35; Melike Belkıs Aydın, ‘Yapay Döllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi SBE Özel Hukuk Ana Bilim Dalı 2013) 2; Cahit Ağaoğlu, ‘Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşıyıcı Annelik İle Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu’ (2020) 40 Public and Private International

nerin kendi üreme hücrelerinin döllenmesi ve kadın partnerin rahmine yerleştirilmesi yoluyla gerçekleştirilir⁵. Homolog yapay döllenmede, kadının kendi üreme hücreleri kullanıldığı için çocuğun annesinin kim olduğu konusunda hukuki bir problem ortaya çıkmaz. Bu nedenle, homolog döllenme çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır. Diğer yandan heterolog yapay döllenme aşağıda açıklanacağı üzere üçüncü kişilerin üreme hücreleri veya rahmi kullanılarak gerçekleştirilir. Bu durum biyoetik ve hukuk alanında birçok tartışma doğurur. Bu tartışmaların her biri ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek niteliktedir. Çalışmamızın odak noktası ise kadının üreme hücreleri kullanılarak heterolog yapay döllenmenin gerçekleşmesi halinde doğan çocuğun annesinin kim olacağıdır. Bu mesele velayet hakkı, hısımlık, miras hakkı, evlenme yasakları gibi birçok konuda belirleyicidir. Annenin tespiti için Roma Hukukundan günümüze kadar kabul gören doğuran kadının anne olduğu yönündeki analık karinesinin heterolog yapay döllenmede nasıl uygulanabileceği değerlendirilmelidir. Bu çalışmada da analık karinesinin hukuki niteliği tartışılarak, annenin kim olduğu sorusuna yanıt aranmaktadır.

I. HETEROLOG YAPAY DÖLLENME KAVRAMI

A. Heterolog Yapay Döllenmenin Tanımı ve Türleri

Heterolog yapay döllenmede, çocuk sahibi olmak isteyen partnerlerden en az birinin üreme hücreleri yerine üçüncü kişiye ait üreme hücreleri; tek başına çocuk sahibi olmak isteyenler bakımından ise kendi üreme hücrelerinin yerine veya bunlarla birlikte başka bir kişiye ait üreme hücreleri ya da rahmin kullanılması söz konusu olur⁶. Bu da çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Erkeğin üreme hücrelerine ilişkin heterolog yapay döllenmede, yabancı bir erkeğin spermi ile kadının yumurtasının döllenmesi neticesinde meydana gelen embriyo kadının rahmine yerleştirilir⁷. Kadının üreme hücrelerine ilişkin heterolog yapay döllenmede ise erkek partnerin veya üçüncü kişinin spermi ile kadın partnerin veya üçüncü kişinin yumurtasının döllenerek kadın partnere veya bir başka kadının rahmine nakledilmesi söz konusu olur⁸. Yani kadının üreme hücrelerine ilişkin

Law Bulletin 437, 441; Cemile Turgut, *Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar* (On İki Levha 2016) 3–4; Kemal Akar, *Soybağının Tespiti* (Seçkin 2015) 24.

⁵ Işıl Tüzün Arpacıoğlu, ‘Yapay Döllenmenin Soybağına Etkileri’ (2013) 5 Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi 11, 14; Aydın (n 4) 13; Didem Kayalı, ‘Milletlerarası Taşıyıcı Annelik Sonucu Doğan Çocuğun Soybağına Uygulanacak Hukuk’ (2024) 44 Public and Private International Law Bulletin 221, 225; Turgut (n 4) 27; Nagehan Kırkbeşoğlu, *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları* (Vedat 2006) 44; Erol (n 4) 37; Merve Buse Kalaycı, ‘Yapay Döllenme ve Taşıyıcı Annelik’ içinde Selin Sert Sütçü (ed), *Tıp Hukukunda Güncel Sorunlara Genel Bakış ve Çözüm Önerileri* (Adalet 2016) 42; Akar (n 4) 24.

⁶ Giancarlo Tamanza vd., ‘“Doubly Mother”: Heterologous Artificial Insemination Between Biological and Social Parenthood: A Single Case Study’ (2019) 75 World Futures 480, 481; Aydın (n 4) 14; Kayalı (n 5) 226; Turgut (n 4) 37; Erol (n 4) 44; Kalaycı (n 5) 44; Akar (n 4) 24.

⁷ Erol (n 4) 33; Turgut (n 4) 39.

⁸ Erol (n 4) 33–34; Turgut (n 4) 37.



heterolog yapay döllenme erkek üreme hücrelerinin heterolog döllenmeye konu olmasından daha karmaşık sonuçlar doğurur. Çünkü üçüncü kişinin sperminin kullanıldığı her durumda tıbbi açıdan baba tektir ve spermi kullanılan kişidir. Diğer yandan heterolog yapay döllenmenin kadın cephesinde yumurta ve rahim farklı kişilere ait olduğunda annenin kim olduğu tıbben de hukuken de karmaşık hale gelmektedir.

Heterolog yapay döllenmede, yumurta hücresi kullanılan kadın genetik anne, rahmi kullanılan kadın ise biyolojik anne olarak nitelendirilir⁹. Yumurta da rahim de aynı kişiye ait olduğunda genetik anne ve biyolojik anne aynı kişidir. Yumurta ve rahim farklı kişilere aitse genetik anne ve biyolojik anne farklılaşır. Buna ek olarak yumurtanın da rahmin de sahibi olmamakla birlikte doğan çocuğu sahip- lenme arzusunda olan ve bu iradeyle hareket eden kadın sosyal ebeveyn/anne olarak nitelendirilmektedir¹⁰.

Heterolog yapay döllenmenin analık karinesini tartışmaya açan türleri yumur- ta nakli, embriyo nakli ve taşıyıcı anneliktir¹¹. Yumurta naklinde bir kadının yu- murtası ve erkeğin spermi kullanılarak laboratuvar ortamında döllenembriyo

⁹ Erol (n 4) 155.

¹⁰ Tamanza vd. (n 6) 481; Hazal Ungan Çalışkan, ‘Bırakınız Taşınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış’ (2016) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 489, 491; Şafak Parlak Börü, ‘Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler’ (2019) 39 Public and Private International Law Bulletin 63, 68; Alexandra Rumo-Jungo, ‘Kindesverhältnisse Im Zeitalter Vielfältiger Familienformen Und Medizinisch Unterstützter Fortpflanzung’, *Die Praxis des Familienrechts* (Stämpfli 2014) 847. Sosyal anne yerine gönüllü anne terimi de kullanılabilir. Bkz: Erol (n 4) 68.

¹¹ Embriyonun oluşup doğuma kadar geliştiği kadın üreme organı olan rahim de bir kişiden bir başkasına nakledilebilmektedir. Rahim kişinin hayatının devamı için gerekli bir organ olmayıp, yaşam kalitesini artırdığı için rahim nakli işlemleri kompozit doku nakli olarak nitelendirilmektedir. Bkz: Sevtap Metin, ‘The New Maternity Order: Uterus Transplant With Its Ethical and Legal Aspects’ (2023) 14 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 304, 309. Kendisine rahim nakli yapılan kadın da erkeğin sperm hücresi ile kendi yumurta hücreleri veya üçüncü kişinin yumurta hücreleri ile dölenen embriyonun rahme yerleştirilmesi suretiyle çocuk sahibi olabilir. Eğer kendisine nakil yapılan kadının üreme hücreleri kullanılarak yapay döllenme gerçekleşirse çocuğu doğuran anne de çocuğun genetik olarak bağlı olduğu anne de aynı kişi olacağı için çalışmamız bağlamında bir sorun gündeme gelmez. Diğer yandan kendisine nakil yapılan kadın, üçüncü kişiye ait kadın üreme hücreleri vasıtasıyla çocuk sahibi olursa çalışmamız kapsamında yumurta nakli de gerçekleşmiş olacak ve anneliğe ilişkin bir değerlendirme gerekecektir. Bir kadının yumurtalıklarının başka bir kadına nakledilmesi halinde de bir organ nakli türü olan ve buna ilişkin hükümlere tabi olan yumurtalık nakli söz konusu olur. Bkz: Turgut (n 4) 55–56. Yumurtalık naklinde, doğan çocuk yumurtalığı nakledilen kadının genetik özelliklerini taşımaktadır. Bkz: Jacques Donnez ve Marie-Madeleine Dolmans, ‘Transplantation of Ovarian Tissue’ (2014) 28 Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology 1188, 1194. Yani burada da çocuğu doğuran anne ve genetik anne farklılaştığı için çalışmamız kapsamında incelenen annenin tespiti meselesi gündeme gelmektedir.

başka bir kadının rahmine yerleştirilir¹². Döllenmede kullanılan yumurta hücresi, embriyonun rahmine yerleştirileceği kadının tanıdığı birine ait olabileceği gibi anonim birinin de olabilir. Yurtdışında bu alanda hizmet veren üreme klinikleri ve hastaneleri aracılığıyla yumurta nakline başvurulduğunda yumurtası kullanılan kişi çoğu zaman anonim olmaktadır¹³. Yumurta nakli yoluyla döllen embriyonun kimin rahmine yerleştirildiği de önem arz eder. Embriyo, başka bir kadının yumurtasını kullanmak için sağlık merkezine başvuru yapan kadının rahmine nakledilebileceği gibi, çocuğu taşıyıp doğurması ve sonra kendilerine teslim etmesi için ayrı bir anlaşma yapılan taşıyıcı annenin rahmine de yerleştirilebilir. Her iki durumda da çocuğu doğuran biyolojik anne ile yumurtası kullanılan genetik anne farklıdır. Taşıyıcı annelik durumunda buna ek olarak kendi üreme hücreleri kullanılmayan ancak çocuğu sahiplenmek isteyen ve taşıyıcı anne ile bu konuda sözleşme akdeden sosyal anne de denklemin içine girmektedir. Sonuçta da çocuk ile hangi anne arasında soybağının kurulması gerektiği sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Hem spermin hem de yumurtanın heterolog yapay döllenme yoluna başvuran çiftin dışındaki kişilerden alınması yoluyla dölenen embriyonun kadın partnerin veya taşıyıcı annelik yapması konusunda anlaşılan başka bir kadının rahmine nakledilmesi, embriyo nakli olarak adlandırılmaktadır¹⁴. Embriyo naklini yumurta naklinden ayıran şey sadece yumurta hücresinin değil, sperm hücresinin de üçüncü kişiye ait olmasıdır. Bu bakımdan yumurta naklinde annenin kim olduğuna ilişkin tüm tartışmalar embriyo naklinde de aynı şekilde geçerlidir¹⁵.

Heterolog yapay döllenmenin en problemli ve dolayısıyla doktrinde de en çok incelenen türü taşıyıcı anneliktir. Taşıyıcı annelikte, çocuk sahibi olmak isteyen partnerler veya kişi ile taşıyıcı anne arasında, taşıyıcı anneye, sözleşmenin diğer

¹² Aydın (n 4) 16; Turgut (n 4) 55; Erol (n 4) 47; Ingeborg Schwenzer ve Michelle Cottier, 'Art. 252' içinde Thomas Geiser ve Christiana Fountoulakis (edn), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch*, C I (6. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag 2018) n 7.

¹³ Türk vatandaşları tarafından da tercih edilmesi nedeniyle heterolog yapay döllenmenin yasal olduğu Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde yer alan birkaç klinik ve hastanenin web siteleri incelendiğinde yumurtasını bağışlayanların anonim olduğu açıkça yazılmaktadır. Örnek olarak bkz: "Yumurta bağışı anonim olarak yapılması sebebiyle donörün kimliği gizli tutulur." <<https://cyprusivfhospital.com/tr/kibrista-yumurta-donasyonu-ile-tup-bebek-tedavisi/>> (E.T. 13.8.2025); "Yumurta donasyonunda çiftin tercih edeceği fertil bir yakını donör (bilinen donör) olarak kullanılabilmeyle birlikte ağırlıklı olarak kimliği çift tarafından bilinmeyen (anonim donör) donörler tercih edilmektedir." <<https://kolanbritishivfcenter.com/yumurta-donasyonu/>> (E.T. 13.8.2025); "Kıbrıs'ta donör kullanımı anonim olmalıdır. Yani, donör ve alıcısı hiçbir şekilde görüşürülemez veya iletişim bilgileri paylaşılamaz. Gizlilik çift tarafı çalışır. Yani, yumurta donörü de alıcı çift hakkında iletişim veya kişisel bilgiye sahip olamaz." <<https://www.kktctupbebek.com/tedavilerimiz/yumurta-donasyonu-ile-tup-bebek-tedavisi/>> (E.T. 13.8.2025).

¹⁴ Kayalı (n 5) 226; Erol (n 4) 34; Turgut (n 4) 62; Kırkbeşoğlu (n 5) 66; Andrea Büchler ve Sandra Clausen, 'Art. 4 Verbotene Praktiken', *Fortpflanzungsmedizinengesetz (FMedG) SHK - Stämpfli Handkommentar* (Stämpfli 2020) n 7; Kalaycı (n 5) 46; Schwenzer ve Cottier (n 12) n 7.

¹⁵ Turgut (n 4) 275; Erol (n 4) 172.



tarafına ya da üçüncü kişilere ait üreme hücrelerinden meydana gelen embriyonun, taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilmesi ve dünyaya gelen çocuğun anlaşmanın diğer tarafına teslimi hususunda sözleşme yapılır¹⁶. Bu bakımdan taşıyıcı annelik de birkaç farklı şekilde meydana gelebilir. Taşıyıcı annelik, taşıyıcı annenin ve sözleşmenin diğer tarafındaki erkeğin üreme hücrelerinden oluşan embriyonun; sözleşmenin diğer tarafındaki partnerlerin üreme hücrelerinden oluşan embriyonun veya sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin üreme hücrelerinden oluşan embriyonun taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilmesi şeklinde gerçekleşebilir¹⁷. Taşıyıcı annelik, bizzat taşıyıcı annenin yumurta hücresi kullanılarak gerçekleştirildiğinde genetik ve biyolojik anne aynı kişi olacağı için soybağı hukuku ve analık karinesi bakımından bir tartışma meydana gelmez. Bu ihtimalde Türk Hukuku bakımından taşıyıcı anne ile sözleşme akdederek çocuğu sahiplenmek isteyen kadının (sosyal anne) elindeki imkan evlat edinmedir¹⁸. Taşıyıcı anneye sözleşme tarafı kadının veya üçüncü kişinin yumurta hücresiyle meydana gelen embriyonun nakledilmesi halinde ise biyolojik anne ve genetik anne farklılaştığı için çalışmamıza konu olan annelik sorunu doğar.

B. Heterolog Yapay Döllenmeye İlişkin Hukuki Düzenlemeler

Heterolog yapay döllenme, sağlık sebebiyle kendi üreme hücreleri veya rahmi ile çocuk sahibi olamayan, gebelik ve doğum ile uğraşmadan çocuk sahibi olmak isteyen ya da tek başına çocuk sahibi olmak isteyen kişiler tarafından başvuru bir yöntem olarak kabul edilmektedir¹⁹. Heterolog yapay döllenme, kadın vücudunu ve insanların üreme hücrelerini metalaştırması, doğanın düzenini bozması, soybağının karışmasına neden olması, çocuk ve kadın istismarının önünü açması, geleneksel aile bağlarını temelinden sarsması, dini değerlerle bağdaşmaması ve sınırlarının artık öngörülemez olması gibi birçok risk, etik ve ahlaki tartışma barındırmaktadır²⁰. Bu tartışmalar devletlerin hukuk politikalarına da etki etmiş ve

¹⁶ Aydın (n 4) 21; Ebru Şensöz Malkoç, ‘Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk’ (2015) 35 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 13, 14; Kayalı (n 5) 226; Erol (n 4) 61–62.

¹⁷ Gülşah Sinem Tek, ‘AİHM’in Güncel Kararları Işığında Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ içinde Herdem Belen vd. (edn), *Çocuk Hukuku I ve II Sempozyum Tam Metin Kitabı* (On İki Levha 2023) 13; Aydın (n 4) 21–22; Şensöz Malkoç (n 16) 22–23; Turgut (n 4) 108 vd.; Erol (n 4) 65–66; Kalaycı (n 5) 70–71; Akar (n 4) 25; Katherine Voskoboynik, ‘Clipping the Stork’s Wings: Commercial Surrogacy Regulation and Its Impact on Fertility Tourism’ (2016) 26 Indiana International & Comparative Law Review 336, 340–341.

¹⁸ Sendi Yakuppur, ‘İleri Teknoloji Kullanılarak Gerçekleştirilen Taşıyıcı Annelik’, *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk*, C I (On İki Levha 2019) 288.

¹⁹ Erol (n 4) 107 vd.; Turgut (n 4) 6 vd.

²⁰ Sevtap Metin, ‘Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik’, *Sağlık Hukuku Makaleleri II* (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 24–29; Müge Ürem, ‘Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar’, *Sağlık Hukuku Makaleleri II* (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 94, s. 98; Büchler ve Clausen (n 14) n 12.

bazı ülkelerde bu işlemler yasakken, bazı ülkelerde serbest hale getirilmiştir²¹. Seyahat imkanlarının ve sağlık turizminin dünyada son derece gelişmiş olması nedeniyle yasaklar, çiftlerin heterolog yapay döllenme yoluna başvurmasına engel olmamaktadır. O kadar ki, çiftlerin çeşitli sebeplerle heterolog yapay döllenme yoluna başvurmak üzere başka ülkelere giderek tedavi olması fertilitite turizmi adında yeni bir sağlık turizmi alanının gelişmesine yol açmıştır²². Buna izin verilen bir ülkede heterolog yapay döllenme yoluyla çocuk sahibi olan kişilerin çocukla aralarındaki soybağı ilişkisi kendi ülkelerinde bazen hukuki bir probleme dönüşmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti heterolog yapay döllenmeyi yasaklamaktadır. 1979 yılında kabul edilen 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna (ODASANK) eklenerek 2018 yılında yürürlüğe

²¹ Örneğin Almanya'da Gesetz zum Schutz von Embryonen § 1 ile yumurta nakli, embriyo nakli ve taşıyıcı annelik açıkça yasaklanmıştır. İsviçre'de Fortpflanzungsmedizingesetz Art. 4 de benzer bir düzenleme içermektedir. Avusturya'da Fortpflanzungsmedizingesetz § 3 belirli şartlarla yumurta bağışına izin vermektedir; §2 ise taşıyıcı anneliği ise yasaklamaktadır. Danimarka'da LBK nr 902 af 23/08/2019 sayılı Lov om Assisteret Reproduktion Kapitel 2 § 5 yumurta ve sperm bağışına cevaz verirken, Kapitel 3 § 12 kadın üreme hücrelerinin satışa konu olamayacağını ve § 13 taşıyıcı anneliğin de yasak olduğunu hüküm altına almaktadır. İspanya'da da durum benzerdir. 14/2006 sayılı Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida m. 5 ve m. 11/4 (b) gamet, sperm ve yumurta bağışına cevaz verirken, m. 10'da taşıyıcı annelik açıkça yasaklanmış ve bu yolla doğan çocukların annesinin doğuran kadın olduğu da hüküm altına alınmıştır. Ayrıntılı bilgi ve diğer hukuk sistemlerindeki durum için bkz: Marina Wellenhofer, 'BGB § 1591 Mutterschaft', *Münchener Kommentar zum BGB* (9. Baskı, CH Beck 2024) n 37 vd.; Büchler ve Clausen (n 14) n 13.

²² Ayfer Uyanık, 'Fertilitite Turizminin Hukuki Arka Planı', *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk*, vol I (On İki Levha 2019) 2; Voskoboynik (n 17) 338; Stine Willum Adrian ve Charlotte Kroløkke, 'Passport to Parenthood: Reproductive Pathways In and Out of Denmark' (2018) 26 NORA - Nordic Journal of Feminist and Gender Research 112, 114; Wellenhofer (n 21) n 1; Örneğin, Danimarka sperm bankalarının serbestçe ticari faaliyette bulunabilmesi nedeniyle fertilitite turizminin destinasyonlarından biri haline gelmiştir. Bkz: Adrian ve Kroløkke 117; Hindistan'da da taşıyıcı anneliğin 2002 yılında yasallaşmasından sonra ülke, ticari taşıyıcı anneliğin dünyadaki merkezi haline gelmiştir. Voskoboynik (n 17) 347. Ancak Hindistan kanun koyucusu taşıyıcı anneliğin ticari bir faaliyet olmasının önüne geçmeye karar vermiştir. 2019 tarihli Taşıyıcı Annelik Kanunu ile taşıyıcı annelik sözleşmelerinin ivazsız olarak akdedilebileceği ve ancak belirli şartlarla geçerli olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu yola başvurmak isteyen çiftlerin mevzuatta öngörülen şartların sağlandığını gösterir nitelikte uygunluk sertifikası ve gereklilik sertifikası temin etmeleri gerekmektedir. Bu konuda bkz: <<https://prsindia.org/billtrack/the-surrogacy-regulation-bill-2019>> (E.T. 25.9.2025); Ukrayna Medeni Kanunu m. 290'da fiil ehliyeti bulunan kişilerin üreme hücreleri bağışçısı olabileceği hüküm altına alınmıştır. Taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçerliliği konusunda ise yasal bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde söz konusu sözleşmeler geçerli kabul edilmektedir. Ukrayna Aile Kanunu m. 123'te ise taşıyıcı annelik yoluyla dünyaya gelen çocukların üreme hücreleri kullanılan genetik ebeveynler ile soybağının tesis edileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı hükümde erkek eşin spermi ve üçüncü kişinin yumurtası kullanılarak meydana gelen embriyonun kadın eşe nakledilmesi sonucu dünyaya gelen çocuğun annesinin doğuran kadın olacağı da düzenlenmiştir. Hüküm taşıyıcı anneliğin soybağına ilişkin sonuçlarını heteroseksüel evli çiftler açısından düzenlediği için taşıyıcı annelik sözleşmesinin sadece evli ve heteroseksüel çiftler tarafından akdedilebileceği ileri sürülmektedir. Bkz: Emilia Sarnacka ve Ivan Demchenko, 'Legal Regulation of Surrogacy in Poland and Ukraine – a Comparative Analysis' (2024) 57 Review of European and Comparative Law 232–233; Voskoboynik (n 17) 348.



giren Ek m. 1 hükmüne göre; “Doğal yollarla çocuk sahibi olunamadığı veya tıbbi gereklilik bulunduğu hâllerde, kadın ve/veya erkeğin üreme hücrelerinin tıbbi yöntemlerle döllenmeye elverişli hâle getirilmek ve vücut içinde veya dışın-da döllenmesini sağlamak suretiyle üreme hücreleri veya embriyo anne adayına uygulanabilir... Eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır. Başkasına ait üreme hücresi ve/veya embriyonun kullanılması suretiyle donasyon işlemi yapılması ve bu amaçla üreme hücresi ve/veya embriyo bağışlanması, satılması, bulundurulması, kullanılması, saklanması, taşınması, ithalatı, ihracatı ve bu işlemlere aracılık edilmesi yasaktır.” Kanun, açıkça yumurta, sperm, embriyo bağışını ve taşıyıcı anneliği yasaklamaktadır. ODASANKH m. 15 ile de bu yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırım hüküm altına alınmıştır. Buna göre, “Bu kanuna aykırı şekilde embriyo ve üreme hücresi bağışlayan, aşılayan, bulunduran, kullanan, saklayan ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya komisyonculuğunu yapanlar veya bu fiilleri özendiren, bunlara yönlendiren veya bunlara yönelik ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç teşkil etmediği takdirde üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin günden iki bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.” Görüleceği üzere yaptırım sadece tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren veya altyapısını hazırlayan sağlık çalışanlarına veya araçılara değil, çocuk sahibi olmak için bu yola başvuran kişilere ve üreme hücresi kullanılanlara da uygulanacaktır. Heterolog yapay döllenmenin Türk Ceza Kanunu m. 231 uyarınca soybağını değiştirme suçu teşkil ettiği de kabul edilmektedir²³.

ODASANKH Ek m. 1 ve m. 15 yürürlüğe girmeden önce 30.9.2014 tarih ve 29135 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik (ÜYTE), heterolog yapay döllenmeyi açıkça hüküm altına alan tek hukuki düzenleme idi. Hala yürürlükte olan ÜYTE m. 1 ve m. 19/II uyarınca üremeye yardımcı tedavilerden ancak evli çiftler yararlanabilir. ÜYTE EK 17’de de şu hüküm yer almaktadır: “ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve sperm ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkezin ruhsatı/faliyet izni ve bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir. Ayrıca bu kişilerin bir daha merkezlerde çalışmasına izin verilmez ve adli yünden işlem yapılmak üzere cumhuriyet savcılığına bildirilir.” ÜYTE de sperm, yumurta veya embri-

²³ Gülen Sinem Tek, ‘Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler’, *Sağlık Hukuku Makaleleri II* (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 119.

yo bağışını ve taşıyıcı anneliği açıkça yasaklamaktadır. Ancak ne ÜYTE ne de ODASANKH soybağı hukuku açısından bir yaptırım ve düzenleme içermektedir²⁴.

Sonuç olarak Türk Hukukunda sadece evli çiftlerin üreme hücreleri ile gerçekleştirilen homolog yapay dölleme yasal olup heterolog yapay döllemenin tüm türleri yasaklanmıştır. Ancak bu yasak, yukarıda da ifade edildiği üzere, çiftlerin yurtdışına giderek orada bu işlemleri gerçekleştirmesini engelleyememektedir. Ayrıca daha az karşılaşılrsa da homolog yapay dölleme yoluna başvuran kadınların yumurtalarının veya çiftlerin embriyolarının kasten veya ihmelen karışması neticesinde heterolog yapay döllemenin gerçekleşmesi de mümkündür²⁵.

Kanaatimizce, çocuk sahibi olma arzusu insani bir duygu olsa da bunun nasıl gerçekleştirildiği önemlidir. Yetişkinlerin çocuk sahibi olabilmesi için çocukların neseplerinde karışıklık yaratılması, menfaatlerinin zedelenmesi riskinin artırılması yerinde değildir. Hele ki, üreme hakkının ticari bir faaliyete dönüşmesi son derece sıkıntılıdır. Bu nedenle Türk Hukukunda heterolog yapay döllemenin yasaklanmasının yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Bununla birlikte yasağa rağmen kasıtlı ya da ihmelen heterolog yapay dölleme yoluyla dünyaya gelen çocukların soybağına ilişkin olarak kanunkoyucunun düzenleme yapmasının kamu düzeninin, genel ahlakın, çocuğun üstün menfaatinin ve hukuk güvenliğinin korunabilmesi için elzem olduğunu da değerlendirmekteyiz.

II. ANALIK KARİNESİ VE HETEROLOG YAPAY DÖLLENMEDE UYGULANABİLİRLİĞİ

A. Analık Karinesinin Anlamı

Her çocuk ana ve babasına hukuken soybağı ile bağlanır²⁶. Soybağının tesisi ana ve baba bakımından farklılaşır. Babanın çocuğun doğumunda bir dahli olmadığı için çocuk ile arasındaki soybağı doğal bir olguya değil, hukuki bir duruma dayanır. Buna göre baba ile çocuk arasındaki soybağı ana ile evlilik, tanıma veya babalık hükmü ile kurulur (Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 282/II). Baba ile çocuk

²⁴ Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (2. Baskı, Vedat 2005) 167.

²⁵ Erol (n 4) 131. ABD’de gerçekleşen bir olayda sperm donörü kullanarak hamile kalmak isteyen bir kadına yanlışlıkla bir başkasına ait embriyo transfer edilmiştir. Gerçekler çocuğun doğumundan sonra ortaya çıkmış ve genetik aile ile yaşanan hukuki uyumsuzluk sonrasında çocuk genetik aileye verilmiştir. Bkz: <<https://apnews.com/article/ivf-lawsuit-fertility-clinic-embryo-97190518b80b0805494fc4897c477073>> (E.T. 13.8.2025). Avusturalya’da gerçekleşen benzer bir olay için bkz: <<https://www.tgrthaber.com/dunya/tup-bebek-tedavisinde-buyuk-skandal-baskasinin-bebegini-dogurmus-3212908>> (E.T. 13.8.2025).

²⁶ Andrea Büchler ve Sandra Clausen, ‘Fortpflanzungsmedizin Und Kindeswohl! Kindeswohl Und Fortpflanzungsmedizin?’, *Die Praxis des Familienrechts* (Stämpfli 2014) 234; Tülay Aydın Ünver ve Şeyda Dursun Karaahmetoğlu, ‘Ana ile Çocuk Arasında Kurulan Soybağının Reddi’, *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk*, C I (On İki Levha 2019) 300; Kırkbeşoğlu (n 5) 8; Ahmet M Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (8. Baskı, Turhan 2024) 515; Akar (n 4) 17; Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, C III (20. Baskı, Filiz Kitabevi 2025) 294.



arasındaki soybağı tanınmanın iptali (TMK m. 297 vd.) veya soybağının reddi davalarıyla (TMK m. 286 vd.) ortadan kaldırılabilir. Çocuk ile ana arasındaki soybağı ise doğal bir olgu olan doğuma dayanır. Roma Hukukundan bu yana anneliğin belirlenmesinde esas alınan bu olgu, *anne her zaman bellidir (mater semper certa est)* ilkesinin de temelini oluşturur²⁷. Doğum olgusu, çocuk ile ana arasındaki kan bağının o kadar açık bir ispatıdır ki, hukuk sistemleri bu olguya dayalı olarak analık karinesini düzenlemiştir. Örneğin, Mehaz İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 252/I, Alman Medeni Kanunu (BGB) § 1591 ve Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) § 143'te çocuğu doğuran kadının anne olduğu karinesi düzenlenmiştir. Common Law yaklaşımını takip eden hukuk sistemlerinde de durum farklı değildir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD), federal bir kanun olan 2017 tarihli Uniform Parentage Act (UPA) Art. 2 Section 201'de taşıyıcı anneliği düzenleyen Art. 8'deki şartlar gerçekleşmediği müddetçe çocuk ile onu doğuran kişi arasında soybağının kurulacağı hüküm altına alınmıştır²⁸. İngiliz Hukukunda da Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA) m. 33'te doğuran kadının ana olduğu kabul edilmiş ancak m. 54'te heterolog yapay döllenme halinde belirli şartlarla çocuğun genetik veya sosyal annesinin nüfusuna yazılmasına cevaz verilmiştir²⁹. Türk Hukukunda TMK m. 282/I de çocuk ile ana arasındaki soybağının doğumla kurulacağını hüküm altına almıştır. Çocukla ana arasında soybağı kuran ikinci yol ise evlat edinmedir (TMK m. 282/III). Ancak evlat edinmenin hısımlık, miras hakkı ve evlenme yasaklarına ilişkin hukuki sonuçları doğumla kurulan soybağından farklıdır.

Kadın üreme hücreleri kullanılarak heterolog yapay döllenme yöntemlerinin uygulanmadığı dönemlerde analık karinesi aksinin ispatı mümkün olmayan bir kesin karine olarak kabul edilmekteydi³⁰. Bu karineye göre çocuğun gerçek annesi dışında bir kadının nüfusuna kaydedilmesi, çocuk ile nüfus sicilinde görünen ana arasında bir soybağı tesis etmez. Bu durumda çocuğun gerçek annesi ile arasındaki soybağı, bir tespit davası niteliğinde olan nüfus kaydının düzeltil-

²⁷ Stephanie Wiesner-Berg, “‘Babyklappe’ Und ‘Anonyme Geburt’: - Rechtskonflikte Zwischen Mutter Und Kind?”, *Die Praxis des Familienrechts* (Stämpfli 2010) 528; Ungan Çalışkan (n 10) 500; İpek Nurcan, ‘Roma Hukukunda Hısımlık’ (2015) 21 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 167, 183 dn. 44; Kayalı (n 5) 241; Süleyman Sirac ve Mehtap İpek İşleyen, ‘Türk Hukukunda Soybağının Kurulması’ (2018) 4 İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105, 112; Cem Baygın ve Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri Aile Hukuku*, C 2 (Yetkin 2025) 393; Schwenzer ve Cottier (n 12) n 6; Andrea Büchler ve Nora Bertschi, ‘Gewünschtes Kind, Geliehene Mutter, Zurückgewiesene Eltern?’ (2013) *FamPra.ch Die Praxis des Familienrechts* 33, 40.

²⁸ Kanun metni için bkz: <<https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-96?CommunityKey=c4f37d2d-4d20-4be0-8256-22dd73af068f&tab=librarydocuments>> (E.T. 24.9.2025).

²⁹ Kanun metni için bkz: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>> (E.T. 24.9.2025). Bu şartlarla ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Turgut (n 4) 130–131.

³⁰ Serozan (n 24) 165; Tek (n 17) 27; Aydın (n 4) 36; Kayalı (n 5) 241; Aydın Ünver ve Dursun Karaahmetoğlu (n 26) 302; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, C 2 (23. Baskı, Beta 2021) 328; Akar (n 4) 23; Büchler ve Bertschi (n 27) 40.

mesi davası ile tespit edilir³¹ ve kayıt düzeltilir³². Çocuğun doğuran kadın dışında biriyle arasındaki soybağı ise evlat edinme yoluyla kurulabilir. Türk Hukukunda evlat edinmeden sonra da çocuk ve biyolojik ailesi arasındaki soybağı ve hısımlık ilişkisi devam etmektedir (TMK m. 314/IV)³³. Yani evlat edinme kurumu, hukukumuz bakımından soybağının tekliği ilkesine istisna teşkil eder³⁴. Her ne kadar nüfus kütüğünde anne hanesinde evlat edinen kişinin adı yazsa da çocuk ile biyolojik annesi arasındaki soybağı da devam edeceğinden, analık karinesi de varlığını muhafaza edecektir.

Üreme teknolojilerindeki gelişmeler, Roma Hukukundan beri sarsılmaz bir olgu olan doğumun, anneliği gerçekten ispatlayıp ispatlamadığını tartışmalı hale getirmiştir. Heterolog yapay dölleme uygulamaları, genetik ve biyolojik anneyi farklılaştırdığı için analık karinesinin hala kesin karine olarak kabul edilip edilemeyeceği de gündeme gelmiştir. İngiliz ve ABD Hukukları gibi heterolog yapay döllemeye izin veren sistemlerde, çocuk ile anne arasındaki soybağının tesisinde bu yöntemler de dikkate alınmaya başlamış ve doğumdan sonra soybağının her zaman biyolojik anne ile değil, duruma göre genetik anne veya hatta sosyal anne ile kurulmasına da imkan tanınmıştır³⁵. Türk Hukuku gibi mevzuatında heterolog yapay dölleme yoluyla gerçekleşen doğumlarda analık karinesinin akıbetine ilişkin açık bir düzenleme bulunmayan sistemlerde ise doktrin de lege fera ve de lege ferenda çözümler üretme yoluna gitmiştir. Ana ile soybağının çocuğun üstün yararı, aile birliğinin korunması, miras, velayet, hısımlık gibi birçok hukuki yönü olduğu için analık karinesinin heterolog yapay döllemedeki durumunun yeniden değerlendirilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir.

B. Heterolog Yapay Döllemede Annenin Tespitine İlişkin Görüşler

1. Genel Olarak

Heterolog yapay döllemede biyolojik anneye mi genetik anneye mi üstünlük tanınması gerektiği hususunda doktrinde üç temel görüş ile karşılaşılmalıdır. Bu görüşlerden ilki, çocuk ile biyolojik anne arasındaki soybağına, ikincisi, çocuk ile genetik anne arasındaki soybağına üstünlük tanımaktadır. Üçüncü

³¹ Aydın Zevkililer, Emre Cumalıoğlu ve Mehmet Beşir Acabey, *Medeni Hukuk III Aile Hukuku* (Adalet 2024) 336; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (10. Baskı, On İki Levha 2023) 143; Kırkbeşoğlu (n 5) 15.

³² Serozan (n 24) 165; Aydın Ünver ve Dursun Karaahmetoğlu (n 26) 304; Zeynep Özcan, 'Soybağının Kurulması: Genel Hükümler ve Tanıma' içinde Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edn), *Medeni Hukuk Aile Hukuku*, C 2 (2. Baskı, Adalet 2024) 318; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Aile Hukuku*, C 3 (2. Baskı, Yetkin 2025) 439; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 26) 296.

³³ Ali Er, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Küçüklerin Evlat Edinilmesi* (Filiz 2020) 93; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 26) 374; Murat Aydoğdu, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme* (2. Baskı, Adalet 2010) 70.

³⁴ Er (n 33) 94.

³⁵ Bu konuda bkz: UPA Art. 8, HFEA Art. 54.



görüş ise her iki anne ile de çocuk arasında soybağı tesis edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Çalışmamız kapsamında heterolog yapay döllenme neticesinde dünyaya gelen çocuğun annesinin tespiti bakımından da her bir görüş ayrı ayrı incelenecek ve görüşlere ilişkin değerlendirmelerimize ise kendi görüşümüzü açıklarken yer verilecektir.

2. Biyolojik Anneye Üstünlük Tanıyan Görüş

Çocuk ile anne arasında gebelik ve doğum yoluyla meydana gelen bağa üstünlük tanıyan görüşe göre³⁶, heterolog yapay döllenmede de analık karinesi kesin karine olarak kabul edilmelidir. Bu görüşe gerekçe olarak gösterilen hususlardan ilki, çocuk ve biyolojik anne arasında gebelik ve doğumla oluşan simbiyotik bağın üreme hücresi kullanılan genetik anne ile çocuk arasında kurulamamasıdır³⁷. Ayrıca genetik annenin tespitinin zor ve çoğu zaman da imkansız olmasının, biyolojik anneyi tercih etmeyi daha güvenilir kıldığı da belirtilmektedir³⁸. Biyolojik anne ile olan soybağının reddinin önünü açmanın çocuğun en azından bir süre annesiz kalmasına sebep olabileceğine ve çocuğun üstün yararını ihlal edebileceğine ilişkin risk de bu görüşün dayanaklarından birini teşkil etmektedir³⁹. Türk Hukuku özelinde ileri sürülen bir gerekçe de Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte heterolog yapay döllenme yöntemlerinin ülkemizde ve dünyada bilinmesidir. Kanun koyucunun buna rağmen heterolog yapay döllenmede analık karinesinin aksinin ispat edilip edilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme yapmamış olmasının, bunun olumsuz bir irade ile düzenlediği şeklinde yorumlanması gerektiği ve analık karinesinin kesin karine vasfını koruduğu ileri sürülmektedir⁴⁰. Temelde biyolojik anneye üstünlük tanıyan ancak genetik özellikleri de

³⁶ Serozan (n 24) 166–168; Tek (n 17) 27; Ağaoğlu (n 4) 468; Mehmet Beşir Acabey, *Soybağı* (Güncel Hukuk Yayınları 2002) 221; Turgut (n 4) 60–61; Sirac ve İşleyen (n 27) 113; Zevkliler, Cumaloğlu ve Acabey (n 31) 334 vd.; Özcan (n 32) 318 dn. 15; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022) 335; Baygın ve Nar (n 27) 396; Abdullah Emre Kayaalp, *Türk Hukukunda Soybağı ve Soybağının Reddi* (Yetkin 2023) 185; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha 2010) 18; Schwenzer ve Cottier (n 12) n 9; Kırkbeşoğlu (n 5) 59–60, s. 76–79; Ürem (n 20) 96; Seda Ergüneş, ‘Yapay Döllenme’, *Sağlık Hukuku Makaleleri II* (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 174; Wellenhofer (n 21) n 17; Christine Budzikiewicz, ‘BGB § 1591 Mutterschaft’, *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch* (19. Baskı, CH Beck 2023) n 2; Cordula Lötscher ve Johannes Reich, ‘Art. 252’, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4th edn, Schulthess 2023) n 8; Büchler ve Clausen (n 26) 235; Claudia Stehli, ‘Art. 252’, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)* (4. Baskı, Orell Füssli 2021) n 2; Akar (n 4) 26.

³⁷ Serozan (n 24) 166; Turgut (n 4) 60.

³⁸ Serozan (n 24) 167.

³⁹ Acabey (n 36) 221; Ürem (n 20) 96.

⁴⁰ Tek (n 17) 27; Ancak doktrinde kanun koyucunun bunu bilinçli olarak düzenleme dışı bırakmadığı ve esasında kanunu düzenlerken yapay döllenmeyi dikkate almadığı da ileri sürülmektedir. Bkz. Aydın Ünver ve Dursun Karaahmetoğlu (n 26) 299; Zevkliler, Cumaloğlu ve Acabey (n 31) 328.

göz ardı edemeyen bir görüşe göre⁴¹, biyolojik anne ile soybağı reddedilemese de evlenme yasakları ve mirasçılık bakımından hem biyolojik hem de genetik anne dikkate alınmalıdır.

Biyolojik anneye üstünlük tanıyan görüş kapsamında taşıyıcı annelik sözleşmesi yoluyla çocuk sahibi olan kişilerin doğan çocuğu nasıl sahiplenebileceği sorusu gündeme gelir. Çünkü taşıyıcı annelikte, çocuğu doğuran biyolojik anne çocuğu sahiplenmek istememekte ve doğumdan sonra sözleşmenin diğer tarafına vermek üzere çocuğu taşımaktadır. Bu durumda çocuk ile üreme hücresi kullanılan genetik anne arasındaki soybağının tesisi ancak evlat edinme yoluyla gerçekleşebilir⁴². Bunun için de biyolojik annenin rızası dahil olmak üzere evlat edinme için aranan tüm şartlar da gerçekleşmelidir (TMK m. 305 vd.). Alman Federal Mahkemesi de bir kararında benzer bir hüküm vermiştir. Karara konu olayda, Alman Hukuku taşıyıcı anneliğe cevaz vermediği için Alman vatandaşı olan çift Ukrayna'ya giderek kendi üreme hücreleri ile taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmuştur. Ancak çocuğun Almanya'da genetik annenin nüfus kütüğüne kaydı sağlanamamıştır. Bunun üzerine açılan davada Federal Mahkeme, çocuk ile genetik anne arasındaki soybağının evlat edinme yoluyla tesis edilebileceğine hükmetmiştir⁴³.

Biyolojik anaya üstünlük tanıyan ve analık karinesini kesin karine olarak gören yazarların bir kısmı rıza dışı yumurta ve embriyo naklinde buna bir istisna da öngörmektedir. Buna göre, biyolojik anneye kendi rızası dışında başkasının yumurtasının veya embriyosunun nakledilmesi halinde, biyolojik anne tarafından soybağının reddi mümkün olmalıdır⁴⁴.

⁴¹ Kırkbeşoğlu (n 5) 79.

⁴² Zevkliler, Cumalıoğlu ve Acabey (n 31) 335; Baygın (n 36) 18; Serozan (n 24) 167; Ungan Çalışkan (n 10) 500; Ağaoğlu (n 4) 468; Baygın ve Nar (n 27) 396; Hayrunnisa Özdemir, 'Yapay Döllenme ve Soybağı', *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz 2013) 897; Hayrunnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları* (On İki Levha 2016) 796; Ergüneş (n 36) 176; Schwenzer ve Cottier (n 12) n 10.

⁴³ BGH XII ZB 530/17. Karar metni için bkz: <<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2019-3&Seite=3&nr=94770&>> (E.T. 7.8.2025).

⁴⁴ Schwenzer ve Cottier (n 12) n 9; Haluk N Nomer, 'Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri', *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan* (Beta 2000) 573; Yumurta nakli bakımından bu yönde: Özdemir (n 42) 892; Özdemir ve Ruhi (n 42) 792; Bu hakkın her zaman söz konusu olmaması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, çocuğun yanlış yumurta transferinde bir suçu olmadığı için genetik annenin çocuğa sahip çıkmaması veya bilinmemesi hallerinde biyolojik anne soybağını reddedememelidir. Saibe Oktay-Özdemir ve Gülen Sinem Tek, 'Türk Hukukundaki Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri', *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz 2013) 915-916; Genetik annenin tespit edilememesi halinde benzer yönde bkz: Kayaalp (n 36) 180.

3. Genetik Anneye Üstünlük Tanıyan Görüş

Heterolog yapay döllenmenin kaçınılmaz olarak analık karinesinin hukuki niteliğini etkilediğini savunan görüşe göre⁴⁵, anneliğin tespitinde genetik bağa üstünlük tanınmalıdır. Kanun koyucunun analık karinesini yumurta sahibi ile doğuran kişinin aynı olduğu varsayımından hareketle düzenlemiş olduğu, heterolog yapay döllenmenin yarattığı kanun boşluğunun genetik anneye öncelik tanınarak doldurulması gerektiği belirtilmektedir⁴⁶. Böylece doğumla birlikte biyolojik ana ile çocuk arasında kurulan soybağının aksi ispat edilebilmeli ve çocuk ile genetik anne arasında soybağı tesis edilebilmelidir⁴⁷. Genetik bağa göre soybağı tesisinin, çocuğun bedensel ve ruhsal özelliklerini belirlemenin yanı sıra, çocuğun üstün menfaatini ve gelecek nesillerin sağlığını da koruyacağı belirtilmektedir⁴⁸. Çocukla biyolojik anne arasındaki bağın sıvı aşamasında iken tıbben genetik bağın çocukla genetik anne arasında olması da bu görüşün dayanakları arasında gösterilmektedir⁴⁹. Ayrıca evli bir kadının, başka bir erkeğin spermi kullanılarak doğurduğu çocuk ile erkek eş arasındaki soybağı reddedilebilir ve genetik baba ile çocuk arasında soybağı kurulabilirken, genetik anneye bu hakkın hiçbir şekilde tanınmamasının eşitlik ilkesini de ihlal ettiği ileri sürülmektedir⁵⁰.

Analık karinesinin aksinin ispat edilmesinin önü açılırsa çocuğun en azından bir süre anasız kalma ve dolayısıyla üstün yararının ihlal edilmesi riskinin bulunduğu yönündeki eleştiriye karşı ileri sürülen ilk çözüm önerisi, çocuğun bu durumda koruma altına alınması veya biyolojik anne ile olan soybağının genetik anne ile soybağı tesis edilene kadar devam edeceğinin kabul edilmesidir⁵¹. Buna göre, analığın reddinde babanın soybağını reddinden farklı olarak biyolojik ana çocuğu doğurmuştur. Soybağını reddeden babanın ise çocuğun doğumunda dahil bulunmamaktadır. O yüzden de anneliğin reddi ile tespiti eş zamanlı olmalıdır⁵². Konuya eşitlik ilkesi üzerinden yaklaşarak getirilen diğer çözüm önerisine göre ise, çocuk ile baba arasındaki soybağının reddi halinde de çocuğun genetik baba-

⁴⁵ Aydın (n 4) 68–69; Nomer (n 44) 563; Başak Baysal, ‘Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı’, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, C I (On İki Levha 2010) 517; Yakuppur (n 18) 290–291; Erol (n 4) 50, 68, 170; Urgan Çalışkan (n 10) 501; Aydın Ünver ve Dursun Karaahmetoğlu (n 26) 323 vd.; Halil Ahmet Bakırcı, ‘Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrasında Ananın Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı’ 22 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, 80; Taşıyıcı annelikte sosyal anneye annelik davası açma hakkının tanınması gerektiği yönünde bkz: Parlak Börü (n 10) 102.

⁴⁶ Nomer (n 44) 565; Erol’a göre, çocukla genetik anne arasındaki bağ öncelikli olsa da çocuğun menfaatinin korunabilmesi için genetik annenin çocukla bağ kurmak istemediği ihtimalde biyolojik anne ile çocuk arasında soybağı tesisine de imkan verilmelidir. Erol (n 4) 50.

⁴⁷ Nomer (n 44) 566; Yakuppur (n 18) 291.

⁴⁸ Aydın (n 4) 68.

⁴⁹ Baysal (n 45) 517.

⁵⁰ Aydın Ünver ve Dursun Karaahmetoğlu (n 26) 324.

⁵¹ Erol (n 4) 182; Nomer (n 44) 572.

⁵² Nomer (n 44) 572.

sına bağlanmasına kadar geçen sürede babasız kalma riski mevcut olup, ana ile soybağının reddi söz konusu olduğunda da bu risk kabul edilebilmeli ve çocuk anasız kalacak olsa da bu dava açılabilirdir⁵³.

Anneliğin tespitinde çocuğu sahiplenme iradesini dikkate alanlar da bulunmaktadır. Çocuğu sahiplenme iradesi, ABD'nin Kaliforniya Eyaleti Yüksek Mahkemesi⁵⁴ tarafından Johnson v. Calvert (1993)⁵⁵ davasında verilen kararlar anneliğin tespitinde önem kazanan bir kritere dönüşmüştür. Karara konu olayda, taşıyıcı anne Anna Johnson, Calvert çiftinin (Mark ve Crispina Calvert) üreme hücrelerinden oluşturulan embriyoyu taşıyarak bebeği doğurmuştur. Ancak taraflar arasında bebeğin kime ait olacağına ilişkin uyuşmazlık çıkınca konu mahkemeye taşınmıştır. Mahkeme hem doğumu yapan taşıyıcı annenin hem de yumurtası kullanılan genetik annenin annelik iddiasında bulunabileceğini; ancak hukuken yalnızca birinin anne sayılabileceğini belirtmiştir. Bu çerçevede mahkeme, taraflar arasındaki sözleşmeyi kamu düzenine aykırı bulunmayarak geçerli kabul etmiş ve tarafların döllenme anındaki iradelerini karara esas almıştır. Döllenme anında Anna Johnson'un çocuğu sahiplenme iradesinin olmadığını ancak Crispina Calvert'in çocuğun annesi olma iradesinin bulunduğunu dikkate alarak, hukuken annenin yumurta sahibi Crispina Calvert olduğuna hükmetmiştir. Doktrinde de bu karardan esinlendiğini düşündüğümüz bir görüşe göre⁵⁶, yumurta naklinde, çocuğu doğuran anne en baştan çocuğu sahiplenme iradesi ile hareket etmiş ve yumurta bağışlayan da bu amaç için bağışta bulunmuşsa, biyolojik anne soybağını reddedemeyecek ve genetik anne de annelik iddiasında bulunamayacaktır.

⁵³ Aydın Ünver ve Dursun Karaahmetoğlu (n 26) 324–325.

⁵⁴ Amerika Birleşik Devletleri'nde taşıyıcı annelik sözleşmelerinin geçerliliği, eyaletler arasında farklılık göstermektedir. 2025 yılı itibarıyla, eyaletlerin büyük çoğunluğu gerek yasal düzenlemelerle gerekse mahkeme kararları ile taşıyıcı anneliğe cevaz vermektedir. Yine de Arizona, Indiana, Kentucky, Nebraska Eyaletlerinde taşıyıcı annelik sözleşmeleri geçersizdir. Her bir eyaletin taşıyıcı anneliğe ilişkin hukuki durumu için bkz: <<https://joyoflife.com/blog-post/your-guide-to-surrogacy-laws-by-state-2025/>> (E.T. 25.9.2025). Kaliforniya Eyaleti Hukuku uyarınca bu sözleşmeler geçerlidir. Nitekim, hem sperm hem de yumurtanın üçüncü kişilerden temin edilerek embriyo başışı yoluyla gerçekleştirilen bir taşıyıcı annelik sözleşmesinden kaynaklanan In re Marriage of Buzzanca (1998) davasında, taşıyıcı anne ile sözleşme yapan çiftin sonradan boşanması ve erkeğin çocuğu sahiplenmek istememesi üzerine, Kaliforniya Yüksek Mahkemesi erkeğin yapay döllenmeye rıza göstermesi nedeniyle çocuğun varlığından hukuken doğrudan sorumlu olduğuna ve çiftin, taşıyıcı annenin doğurduğu çocuğun hukuken ana ve baba sıfatını taşıyacağına hükmetmiştir. Karar için bkz: <<https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/61/1410.html>> (E.T. 8.8.2025).

⁵⁵ <<https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html>> (E.T. 7.8.2025). Karar hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz: Nuray Ekşi, 'Mahkeme Kararlarında Sınırşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar' (2016) 36 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1, 27–29.

⁵⁶ Nomer (n 44) 568; Aydın Ünver ve Dursun Karaahmetoğlu (n 26) 325; Yumurta naklinde, biyolojik annenin analığı reddetmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu, ancak çocuğun biyolojik ana ile olan soybağının reddini talep edebileceği görüşü için bkz: Hatice Kübra Ercoşkun Şenol, 'Soybağı' içinde Şebnem Akipek Öcal ve Hayrunnisa Özdemir (edn), *Aile Hukuku* (Seçkin 2024) 333.



Burada evlenme yasaklarına ilişkin bir sakınca bulunmadığı ileri sürülmektedir. Çünkü çocuk ile genetik ana arasında hukuki soybağı kurulmasa bile doğal soybağı mevcut olup evlenme yasakları bakımından bu yeterlidir⁵⁷. Taşıyıcı annelikte ise her iki annenin de baştaki iradesi çocuğu onu sahiplenmek isteyen genetik anneye teslim etmek olduğu için annelik reddedilebilecek ve hem biyolojik hem de genetik anne bu davayı açabilecektir⁵⁸. Bu noktada taşıyıcı anne olmayı kabul eden kişinin sonradan analığı reddetmesi hakkın kötüye kullanılması olarak da değerlendirilmeyecektir⁵⁹. Hatta taşıyıcı annelik, başvuru kadını ve taşıyıcı anne dışındaki üçüncü kişinin yumurtası ile gerçekleştiği takdirde de çocuğu döllenme sırasındaki sahiplenme iradesi dikkate alınarak çocuk ile sosyal anne arasında soybağı tesis edilebilmelidir⁶⁰.

Analık karinesinin adi karine olarak kabulü halinde, çocuk ile biyolojik anne arasındaki soybağının ortadan kaldırılma usulü konusunda da kanunda boşluk bulunmaktadır. Bir görüşe göre⁶¹, bu boşluğun doldurulmasında baba ile soybağının reddine ve babalık davasına ilişkin hükümlerden bünyesine uygun düştüğü ölçüde yararlanılabileceği ileri sürülmektedir. Konuyu taşıyıcı annelik özelinde değerlendiren diğer görüşe göre⁶² ise taşıyıcı annenin çocuğu genetik anneye teslimden kaçınması halinde nüfus kaydının düzeltilmesi davası açılarak genetik anne ile çocuk arasındaki soybağı tesis edilebilir.

4. Çift Annelik Görüşü

Çocukla ana arasındaki soybağında analık karinesini adi veya kesin karine olarak görmenin ötesine giden bir görüş daha mevcuttur. Bu görüşe göre⁶³, heterolog yapay döllenme yoluyla dünyaya gelen çocuk biri doğumu yapan hukuki biri de üreme hücresi kullanılan genetik iki farklı anneye sahiptir. Hukuk düzenimiz ise ana babanın tekliği ilkesini kabul ettiği için heterolog döllenmenin yarattığı çifte analık konusunda kanun boşluğu bulunur ve bu boşluğun içtihat yoluyla tamamlanması gerekir. Çift annelik görüşünde çözümün iki anneli ve hatta iki babalı bir sistem ile sağlanacağı kabul edilmektedir. Böylece genetik ana babanın, hukuken velayet hakkına sahip olmasa da soybağının sağladığı haklardan

⁵⁷ Nomer (n 44) 568.

⁵⁸ ibid 571; Aydın Ünver ve Dursun Karaahmetoğlu (n 26) 327.

⁵⁹ Nomer (n 44) 571.

⁶⁰ Yakuppur (n 18) 291–292.

⁶¹ Nomer (n 44) 567; Aydın Ünver ve Dursun Karaahmetoğlu (n 26) 325; Erol (n 4) 190 vd.

⁶² Ungan Çalışkan (n 10) 501.

⁶³ Oktay-Özdemir ve Tek (n 44) 913–916, s. 919; Hatemi (n 31) 145; Burcu Kalkan Oğuztürk, *Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar* (Vedat 2011) 392; Belirtmek gerekir ki, Kalkan Oğuztürk yumurta nakli bakımından bu görüşü kabul etmekle beraber taşıyıcı annelikte analık karinesini adi karine olarak kabul etmiş ve hem biyolojik hem de genetik ananın çocuğun genetik anaya bağlanması için dava açabileceğini kabul etmiştir. Bkz: ibid 399.

yararlanabileceği belirtilmektedir⁶⁴. Bu görüş dayanağını evlat edinmeye ilişkin TMK m. 314/IV'ten almaktadır. TMK m. 314/IV, evlat edinmede çocuğun evlatlık veren ana baba ile soybağını da korumaktadır. Haliyle evlat edinme sistemimizin de iki ana babaya cevaz verdiğinin kabul edilebileceği ifade edilmektedir⁶⁵. Sonuç olarak çocuk ile biyolojik ana arasında doğumla kurulan soybağı ortadan kaldırılmadan da genetik ana ile bağ kurulması dava edilebilmelidir. Ancak çocuğun üstün yararı ve huzurunu koruyabilmek için bu davayı açma hakkı genetik anaya değil, çocuğa tanınmalıdır⁶⁶. Her iki anne de bu şekilde hukuken tanınsa da velayet, bakım ve gözetim açısından doğuran anne öncelikli olmalıdır⁶⁷.

GÖRÜŞLERE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELERİMİZ VE SONUÇ

Heterolog yapay döllemenin analık karinesinin hukuki niteliğine ve annenin tespitine etkisini incelerken tıbbi gerçekleri, çocuğun üstün yararını, sonraki nesillerin sağlığını, kanun koyucunun amacını ve kamu düzenini dikkate almak zaruridir. Heterolog yapay döllemenin dünya genelinde yaygınlaşması ve bu yolla dünyaya gelen çocukların büyüyerek artık birer yetişkin haline gelmeleri, teorik olarak öngörülen bazı risklerin gerçekleşmeye başladığını gözler önüne sermiştir. Her ne kadar çalışmamız kapsamında yer almasa da yaratabileceği riskler bakımından benzer nitelikte olan sperm bağışında, kökenini öğrenmek isteyen bireylerin yöneldiği DNA testleri çarpıcı veriler sunmaktadır. ABD merkezli 23andMe adlı şirket tarafından sunulan DNA testi hizmeti ile başvuruçular genetik kökenlerini ve varsa diğer akrabalarını öğrenme imkanına sahip olmuştur. Bu şirketin sunduğu hizmetten yararlanan ve sperm donöründen alınan bağışla dünyaya gelen Victoria Hill, test sonucunda 22 kardeşi olduğunu öğrenmiştir. Dahası bu kardeşlerinden birinin eski sevgilisi olduğu ortaya çıkmıştır⁶⁸. Başka bir olayda aynı testi yapan Shauna Harrison, tespit edilen 29 kardeşi bulunduğunu öğrenmiştir⁶⁹. Donörlerin spermlerinden kaç kişinin doğduğu tam olarak tespit edilemediği için gerçek kardeş sayıları ise bilinmemektedir. Heterolog yapay döllemenin gerçekleşen bir başka riski de taşıyıcı annelik yoluyla dünyaya getirilen ve bir nevi sipariş edilen çocukların istismarıdır. Çocuk istismarı çok farklı şekillerde meydana gelebilmektedir. Taşıyıcı annelikte, doğan çocukların sağlıklı olmaması halinde kaderine terk edilmesi, çocuk sahibi olanların çocuğa zarar verebilecek kişiler olabilmesi gibi durumlara rastlanmakta ve bu da çocukların üstün menfaatini ağır şekilde zedelemektedir. Bu konuda Avustu-

⁶⁴ Oktay-Özdemir ve Tek (n 44) 914.

⁶⁵ ibid.

⁶⁶ ibid 915.

⁶⁷ Hatemi (n 31) 145; Aynı yönde: Kalkan Oğuztürk (n 63) 392.

⁶⁸ <<https://edition.cnn.com/2024/02/14/us/fertility-fraud-accidental-incest-invs/>> (E.T. 8.8.2025).

⁶⁹ <<https://www.usatoday.com/story/news/nation/2019/04/08/23-andme-dna-test-30-siblings-sperm-donor-facebook-group/3373958002/>> (E.T. 8.8.2025).



ralyalı Farrel çiftinin taşıyıcı annelik yoluyla sahip olduğu bebek Gammy olayı dünyada yankı bulan bir örnektir. Farrel çifti, kendi üreme hücreleri kullanılarak çocuk sahibi olmak için 21 yaşındaki Pattharamon Janbua ile taşıyıcı annelik sözleşmesi akdetmiştir. Gebeliğin dördüncü ayında Janbua'nın ikiz bebeklere hamile olduğu ancak bebeklerden birinin down sendromlu olduğu anlaşılmıştır. Bunu üzerine Farrel çifti gebeliğin sonlandırılmasını talep etse de Janbua bunu reddetmiştir. Doğumdan sonra Farrel çifti sadece sağlıklı bebeği alarak ülkelerine dönmüş, hasta olan diğer bebek Gammy'i ise taşıyıcı anne sahiplenmiştir. Ayrıca sağlıklı olan bebeklerin genetik olarak da babası olan David Farrell'in yirmiden fazla çocuğu istismar etmekle suçlandığı ortaya çıkmıştır. Taşıyıcı annenin sağlıklı çocuğun velayeti için de dava açması sonucunda mahkeme talebi reddetmiş, David Farrell'in çocukla tek başına kalmasının yasaklanması kaydıyla çocuğu genetik ailede bırakmıştır⁷⁰. Heterolog yapay döllenmenin çocuk istismarını ve ensest ilişki riskini artırması hem genel ahlakı hem gelecek nesillerin sağlığını hem de kamu düzenini etkilediği için hukuk sistemlerinin bunu önleyici tedbirler almasını elzem kılmaktadır.

Çocuğun üstün yararı açısından meseleye bakıldığında konu biraz zorlaşmaktadır. Nitekim hem adi hem kesin karine hem de çifte annelik görüşünü savunanlar, çocuğun üstün yararı perspektifinden de değerlendirme yaparak, kendilerince haklı gerekçeler sunmaktadır. Bu noktada nereden bakıldığına göre, çocuğun üstün yararının gerektirdikleri değişmektedir. Tüm görüşler bir arada değerlendirildiğinde çocuğun üstün yararı açısından hemfikir olunan husus çocuğun kökenini bilme hakkının bulunduğu⁷¹. Bu hak, Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÇHS) m. 7 ve m. 8'de teminat altına alınmıştır. Kökenini öğrenme hakkını kullanan bir çocuğun annesinin kim olduğu sorusu da BMÇHS'ne ilişkin olarak UNICEF tarafından yayımlanan el kitabında hem genetik hem biyolojik hem de çocuğa bebekliğinden itibaren bakım sağlayan psikolojik/sosyal anne olmak üzere geniş yorumlanarak cevaplanmaktadır⁷². Kökeni bilmek, niteliği itibarıyla bir bilgi edinme hakkı olup çocuk ile annesi arasında soybağını tesis etmemektedir⁷³. Çocuk ile genetik anne arasındaki bağın hukuken tesis edilmediği senaryoda evlenme yasaklarının uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır. Yakın hısımlarla evlenme yasağının uygulanması için doğal soybağının yeterli olduğunu savunanların⁷⁴ yanısıra hukuki hısımlık

⁷⁰ Sarnacka ve Demchenko (n 22) 231.

⁷¹ Serozan (n 24) 167; Aydın Ünver ve Dursun Karaahmetoğlu (n 26) 302; Wellenhofer (n 21) n 18; Erol (n 4) 136, 140.

⁷² Racher Hodgkin ve Peter Newell, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı* (Şebnem Akipek tr, 2. Baskı, UNICEF 2003) 120–121.

⁷³ Baysal (n 45) 518.

⁷⁴ Nomer (n 44) 568; Nazlı Hilal Çelik, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü* (On İki Levha 2021) 149.

tesis edilmedikçe evlenme yasaklarının uygulanamayacağı görüşü⁷⁵ de ileri sürülmektedir. Kanaatimizce bu konuda evlilik dışında doğan çocuğun mirasçılığını düzenleyen TMK m. 498 yol göstericidir. Hükme göre, “*Evlilik dışında doğmuş ve soybağı, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olurlar.*” Yani çocukla baba arasında soybağı tesis edilmedikçe mirasçılık da söz konusu olmaz. Kanunkoyucu bu hüküm ile soybağının hukuken tesis edilmesini esas aldığını göstermektedir. Nitekim hukuk güvenliği de bunu gerektirir. Heterolog yapay döllemelede çocukla anne arasındaki doğal soybağının evlenme yasakları için yeterli olduğunu ileri sürmek kanaatimizce mümkün değildir⁷⁶. Çocuğun ana ile arasında hukuken tanınan bir bağ olmadıkça pratikte de evlenme başvurusu sırasında bunun tespiti mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak genetik anne ile çocuk arasında hukuki bir bağın kurulmasına izin verilmemesi, yakın hısımlar arasında evlenme yasağı engeli olmaksızın evliliğe imkan tanıyacaktır. Bu durum da enstest tehlikesi nedeniyle çocuğun üstün yararını ihlal ettiği gibi gelecek nesillerin sağlığını riske atmakta; ayrıca genel ahlaka ve kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir. TMK m. 498 çocuğun genetik ana ve genetik hısımları arasındaki mirasçılık ilişkisi bakımından da kıyasen dikkate alınabilecek bir hükümdür. Nasıl ki, çocukla genetik babası arasındaki mirasçılık ilişkisi ancak soybağı kurulursa mümkün olacaksa, genetik anne ile mirasçılık ilişkisi bakımından da aynı sonuca varılması gerekecektir. Yani miras hukuku bakımından da genetik anne ile çocuk arasında bağ kurulmaması çocuğun üstün yararını ihlal edecektir. Çocuğun bakım ve gözetimi söz konusu olduğunda biyolojik annenin hormonal olarak çocuğa yakınlığı göz ardı edilemez. Özellikle yeni doğduğu dönemde çocuğun anne sütü ile beslenmesi dahil olmak üzere bakımı ve gözetimi konusunda biyolojik anneye bağımlılığı söz konusudur. Bu nedenle özellikle biyolojik annenin çocuğu sahiplendiği senaryoda çocuğun anneden ayrılması da çocuğun üstün yararını ihlal edebilecek niteliktedir.

Kanaatimizce analık karinesine ilişkin TMK m. 282’nin heterolog yapay döllemeyi de göz önüne alıp düzenleme yaptığını kabul etmek için yeterli veri bulunmamaktadır. Kanunun gerekçesi incelendiğinde de buna dair hiçbir açıklama yoktur. Dolayısıyla burada bir kanun boşluğu olduğu kabul edilmelidir⁷⁷. Heterolog yapay döllemenin annelik bakımından yarattığı sakıncaların açık bir kanun hükmüyle düzenlenmesi daha uygundur⁷⁸. Ancak o zamana kadar mevcut

⁷⁵ Yakuppur (n 18) 289.

⁷⁶ Yargıtay da bir kararında hısımlık ilişkisinin hukukun öngördüğü şekillerde kurulması halinde hüküm ifade edeceğine karar vermiştir. Bkz: “*Başka bir ifade ile üstsoy-altsoy hısımlık, genetik ve biyolojik kökene, eş söyleyişle kan bağına dayanır. Kuşkusuz, bunun için kan bağına dayanan bir soybağı ilişkisinin hukukun öngördüğü biçimde kurulmuş olması gerekir.*” Yarg. 18. HD., E. 2015/8751 K. 2016/4020 T. 8.3.2016

⁷⁷ Nomer (n 44) 565; Acabey (n 36) 222.

⁷⁸ Turgut (n 4) 61; Aydın Ünver ve Dursun Karaahmetoğlu (n 26) 327–328; Acabey (n 36) 222.



hukuki kurallarımız çerçevesinde buna çözüm bulunması gerekecektir. Bu noktada anne ile soybağının her somut olayda çocuğun üstün yararına göre değişebilir bir kriterle bağlı olmaması gerekir. Aksi kabul hukuk güvenliğini sarsacaktır⁷⁹. Ancak analık karinesinin kesin karine teşkil ettiğini ve aksinin ispatının mümkün olmadığını kabul eden yaklaşım da günün tıbbi gerçeklerine cevap vermekten uzaktır. O halde mevcut hukuk sistemimiz bağlamında başvurulabilecek kaynakları incelemek gerekir. Bu kaynaklardan ilki TMK m. 17/II'dir. Hüküm, alt soy ve üst soy hısımlık ilişkisini kan bağına dayalı olarak tanımlamıştır. Yani kanun koyucunun evlat edinme dışında kan bağı esasına dayalı bir soybağı sistemini tercih ettiği anlaşılmaktadır⁸⁰. Evlat edinme sistemimiz de bununla uyumludur. TMK m. 282/III soybağını tesis eden sebeplerden biri olarak evlat edinmeyi hüküm altına almıştır. TMK m. 314/IV uyarınca evlatlığın miras ve başka haklarının zedelenmemesi, aile bağlarının devam etmesi için evlatlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlat edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağ kurulmaktadır. Yani bir çocuk evlat edinilse bile genetik ailesi ile bağı devam etmektedir.

Taşıyıcı annelik bakımından çocukla genetik anne arasındaki soybağının ancak evlat edinme yoluyla kurulabileceğini savunan görüş⁸¹, çocuğun üstün yararını koruma bakımından eksiktir. Çünkü bu ihtimalde soybağı sadece evlatlık ve evlat edinen arasında kurulacaktır⁸². Yani evlatlık, evlat edinenin kan ve kayın hısımları ile hısımlık ilişkisi içine girmez⁸³. Haliyle genetik anne tarafından evlat edinilen çocuk, aile ve miras hukuku bağlamında genetik ailesinin diğer fertlerine göre dezavantajlı bir konumda bulunur.

Yumurta nakli ve taşıyıcı annelikte çocuğu döllenme tarihinde kimin sahiplenmek istediği de soybağını belirleyen bir kriter olarak dikkate alınmamalıdır. Çünkü çocuğu başlangıçta sahiplenme iradesi olmayan kişinin sonradan fikrinin değişmesi ve çocuğu sahiplenmek istemesi de mümkündür⁸⁴.

Rızası dışında kendisine başkasının yumurtasının nakledilmesi halinde analığın reddedilebileceği, diğer durumlarda ise reddedilemeyeceği görüşü de kanaatimizce yerinde değildir. Çünkü bu görüş heterolog yapay döllenmede soybağını, biyolojik annenin rızasına bağlamaktadır. Oysa hukuk sistemimiz soybağının te-

⁷⁹ Nomer (n 44) 563.

⁸⁰ ibid 565; Aydın Ünver ve Dursun Karaahmetoğlu (n 26) 323.

⁸¹ Zevkliler, Cumaloğlu ve Acabey (n 31) 335; Baygın (n 36) 18; Serozan (n 24) 167; Urgan Çalışkan (n 10) 500; Ağaoğlu (n 4) 468; Baygın ve Nar (n 27) 396; Özdemir (n 42) 897; Özdemir ve Ruhi (n 42) 796.

⁸² Cem Baygın, 'Evlat Edinmenin Sonuçları' (2003) 7 Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 627, 635; Er (n 33) 92; Aydoğdu (n 33) 512.

⁸³ Baygın (n 82) 635; Er (n 33) 92; Aydoğdu (n 33) 512.

⁸⁴ Kırkbeşoğlu (n 5) 58; Zevkliler, Cumaloğlu ve Acabey (n 31) 334; Taşıyıcı annenin çocuğu sahiplenme iradesinin ancak gebeliğin sonunda tespit edilebileceği yönünde bkz: Voskoboynik (n 17) 353.

sisinde rızayı bir kriter olarak değerlendirmemektedir. Baba ile soybağının tesisi bakımından babanın doğuma veya döllemeye rızası olmasa dahi babalık hükmü yoluyla çocukla arasında soybağı tesis edilebilirken, biyolojik anneye kendi doğurduğu çocuk ile arasındaki soybağını yumurta nakline rızası olmadığı için ret hakkı tanınması yerinde değildir.

Bu noktada, doktrinde çifte annelik görüşünü eleştiren ve bunun miras ve velayet hukuku bağlamında sorunlar yaratacağını ileri süren görüşe de değinmek gerekir⁸⁵. Çocuğun nüfus kaydındaki anne hanesinde iki farklı anne adının yer alması, mevcut hukuk sistemimizde mümkün değildir⁸⁶. Dolayısıyla çifte annelik yaklaşımı ancak de lege ferenda gündeme gelebilir. Nüfus kaydında iki anne adının yer alması, çocuğun kökenine ilişkin annenin kim olduğunu göstermeyi aşp, çocuğun nasıl dünyaya geldiğine dair çok mahrem bir bilgiyi alenileştirmesi nedeniyle çocuğun huzurunu bozabileceği gibi, özel hayatının mahremiyetini de zedeleyebilir. Hatta bu sebeple çocuğun sosyal çevresinde ayrımcılığa ve baskıya maruz kalmasına da neden olabilir.

Kanaatimizce, sorunun çözümü çifte annelik olmasa da ona benzer sonuçlar doğuracak şekilde analık karinesinin genişletilmesiyle sağlanabilir. Bu bağlamda heterolog yapay döllemede de ilk anda TMK m. 282/I'e göre çocuk ile onu doğuran kadın arasında soybağı kurulmalıdır. Ancak genetik anne ile çocuk arasındaki soybağının tespiti de çifte annelik görüşüne paralel şekilde biyolojik anne ile soybağını ortadan kaldırmayacak şekilde kurucu nitelikte analık davası yoluyla tesis edilebilmelidir. Babalık davasından farklı olarak burada çocuk ile nüfusta baba olarak görünen kişi arasındaki soybağının ortadan kalkması şartı aranmamalıdır. Tesis edilecek soybağı, çocuğun anne hanesinde, genetik annenin adının yazılması sonucunu doğurmamalı; sadece çocuğun hem biyolojik hem de genetik ailesinin kütüğü ile bağlantısının kurulmasını sağlamalıdır (TMK m. 314/IV kıyasen). Hem çocukla hiçbir genetik bağı olmayan evlat edinen sosyal ailenin hem de evlatlık veren öz ailenin çocukla arasında eş zamanlı olarak soybağı tesisine imkan veren TMK m. 314/IV hükmünün, çocuğun hem genetik hem de biyolojik annesiyle benzer bir bağ tesisine evleviyetle izin verdiğini kabul etmek gerekir. Genetik ana ile soybağı tesis edildikten sonra da çocuğun bakımı ve gözetiminde biyolojik anne öncelikli olmalıdır. Velayet hakkına da biyolojik aile sahip olmalıdır. Evlat edinmeden farklı olarak miras hukuku ve aile hukukundan doğan hak ve yükümlülükler bakımından çocuk her iki ailede de tam hak sahibi olmalıdır⁸⁷.

⁸⁵ Aydın (n 4) 65; Nomer (n 44) 562; Kırkbeşoğlu (n 5) 60; Baygın (n 36) 16–17; Aydın Ünver ve Dursun Karaahmetoğlu (n 26) 325.

⁸⁶ Aydın (n 4) 65; Nomer (n 44) 562.

⁸⁷ Kırkbeşoğlu (n 5) 79; Karş: Erol (n 4) 144.

KAYNAKÇA

- Acabey MB, *Soybağı* (Güncel Hukuk Yayınları 2002)
- Adrian SW ve Kroløkke C, ‘Passport to Parenthood: Reproductive Pathways In and Out of Denmark’ (2018) 26 NORA - Nordic Journal of Feminist and Gender Research 112-128
- Ağaoğlu C, ‘Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı An-neden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu’ (2020) 40 Public and Private International Law Bulletin 437-480
- Akar K, *Soybağının Tespiti* (Seçkin 2015)
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, C 2 (23. Baskı, Beta 2021)
- Aydın MB, ‘Yapay Döllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniver-sitesi SBE Özel Hukuk Ana Bilim Dalı 2013)
- Aydın Ünver T ve Dursun Karaahmetoğlu Ş, ‘Ana İle Çocuk Arasında Kurulan Soybağının Reddi’, *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk*, C I (On İki Levha 2019) 299-332
- Aydoğdu M, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme* (2. Baskı, Adalet 2010)
- Bakırcı HA, ‘Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrasında Ananın Soybağı-nın Reddi Davası Açma Hakkı’ 22 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Der-gisi 69-108
- Baygın C, ‘Evlat Edinmenin Sonuçları’ (2003) 7 Erzincan Binali Yıldırım Üni-versitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 627-650
- —, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha 2010)
- Baygın C ve Nar A, *Medeni Hukuk Dersleri Aile Hukuku*, C 2 (Yetkin 2025)
- Baysal B, ‘Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı’, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Ar-mağan*, C I (On İki Levha 2010) 493-533
- Budzikiewicz C, ‘BGB § 1591 Mutterschaft’, *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch* (19. Baskı, CH Beck 2023)
- Büchler A ve Bertschi N, ‘Gewünschtes Kind, Geliehene Mutter, Zurückgewie-sene Eltern?’ (2013 FamPra.ch Die Praxis des Familienrechts 33-56
- Büchler A ve Clausen S, ‘Fortpflanzungsmedizin Und Kindeswohl! Kindeswohl Und Fortpflanzungsmedizin?’, *Die Praxis des Familienrechts* (Stämpfli 2014) 231-273

— —, ‘Art. 4 Verbotene Praktiken’, *Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) SHK - Stämpfli Handkommentar* (Stämpfli 2020)

Çelik NH, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü* (On İki Levha 2021)

Donnez J ve Dolmans M-M, ‘Transplantation of Ovarian Tissue’ (2014) 28 Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology 1188-1197

Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, C III (20. Baskı, Filiz Kitabevi 2025)

Ekşi N, ‘Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar’ (2016) 36 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1-52

Er A, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Küçüklerin Evlat Edinilmesi* (Filiz 2020)

Ercoşkun Şenol HK, ‘Soybağı’ içinde Şebnem Akipek Öcal ve Hayrunnisa Özdemir (edn), *Aile Hukuku* (Seçkin 2024) 329-421

Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022)

Ergüneş S, ‘Yapay Döllenme’, *Sağlık Hukuku Makaleleri II* (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 167-177

Erol Y, *Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik* (Yetkin 2012)

Feng J vd., ‘Epidemiological Characteristics of Infertility, 1990–2021, and 15-Year Forecasts: An Analysis Based on the Global Burden of Disease Study 2021’ (2025) 22 Reproductive Health 1-17

Hatemi H, *Aile Hukuku* (10. Baskı, On İki Levha 2023)

Hodgkin R ve Newell P, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı* (Şebnem Akipek tr, 2. Baskı, UNICEF 2003)

Kalaycı MB, ‘Yapay Döllenme ve Taşıyıcı Annelik’ içinde Selin Sert Sütçü (ed), *Tıp Hukukunda Güncel Sorunlara Genel Bakış ve Çözüm Önerileri* (Adalet 2016) 41-87

Kalkan Oğuztürk B, *Türk Medeni Hukuku’nda Biyoetik Sorunlar* (Vedat 2011)

Kayaalp AE, *Türk Hukukunda Soybağı ve Soybağının Reddi* (Yetkin 2023)

Kayalı D, ‘Milletlerarası Taşıyıcı Annelik Sonucu Doğan Çocuğun Soybağına Uygulanacak Hukuk’ (2024) 44 Public and Private International Law Bulletin 221-252

Kılıçoğlu AM, *Aile Hukuku* (8. Baskı, Turhan 2024)

Kırkbeşoğlu N, *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları* (Vedat 2006)



Lötscher C ve Reich J, ‘Art. 252’, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. Baskı, Schulthess 2023)

Metin S, ‘Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik’, *Sağlık Hukuku Makaleleri II* (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 7-53

— —, ‘The New Maternity Order: Uterus Transplant With Its Ethical and Legal Aspects’ (2023) 14 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 304-314

Nomer HN, ‘Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri’, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan* (Beta 2000) 545-594

Nurcan İ, ‘Roma Hukukunda Hısımlık’ (2015) 21 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 167-204

Oktay-Özdemir S ve Tek, GS, ‘Türk Hukukundaki Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri’, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan* (Filiz 2013) 909-931

Özcan Z, ‘Soybağının Kurulması: Genel Hükümler ve Tanıma’ içinde Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (eds), *Medeni Hukuk Aile Hukuku*, C 2 (2. Baskı, Adalet 2024) 314-351

Özdemir H, ‘Yapay Döllenme ve Soybağı’, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan* (Filiz 2013) 875-908

Özdemir H ve Ruhi AC, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları* (On İki Levha 2016)

Parlak Börü Ş, ‘Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler’ (2019) 39 Public and Private International Law Bulletin 63-110

Rumo-Jungo A, ‘Kindesverhältnisse Im Zeitalter Vielfältiger Familienformen Und Medizinisch Unterstützter Fortpflanzung’, *Die Praxis des Familienrechts* (Stämpfli 2014) 838-853

Sarnacka E ve Demchenko I, ‘Legal Regulation of Surrogacy in Poland and Ukraine – a Comparative Analysis’ (2024) 57 Review of European and Comparative Law 223-248

Schwenzer I ve Cottier M, ‘Art. 252’ içinde Thomas Geiser ve Christiana Fountoulakis (edn), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch*, vol I (6. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag 2018)

Serozan R, *Çocuk Hukuku* (2. Baskı, Vedat 2005)

Sirac S ve İşleyen Mİ, ‘Türk Hukukunda Soybağının Kurulması’ (2018) 4 İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105-120

Stehli C, 'Art. 252', *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)* (4. Baskı, Orell Füssli 2021)

Şensöz Malkoç E, 'Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk' (2015) 35 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 13-49

Tamanza G vd., "'Doubly Mother": Heterologous Artificial Insemination Between Biological and Social Parenthood: A Single Case Study' (2019) 75 *World Futures* 480-501

Tek GS, 'Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler', *Sağlık Hukuku Makaleleri II* (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 103-130

Tek GS, 'AİHM'in Güncel Kararları Işığında Türk Medeni Kanunu'nun Soybağına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' içinde Herdem Belen vd. (edn), *Çocuk Hukuku I ve II Sempozyum Tam Metin Kitabı* (On İki Levha 2023) 9-75

Turgut C, *Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar* (On İki Levha 2016)

Tüzün Arpacıoğlu I, 'Yapay Döllenmenin Soybağına Etkileri' (2013) 5 *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi* 11-20

Ungan Çalışkan H, 'Bırakınız Taşısınılar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış' (2016) 22 *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 489-510

Uyanık A, 'Fertilite Turizminin Hukuki Arka Planı', *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk, C I* (On İki Levha 2019) 1-21

Ürem M, 'Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar', *Sağlık Hukuku Makaleleri II* (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 89-102

Voskoboynik K, 'Clipping the Stork's Wings: Commercial Surrogacy Regulation and Its Impact on Fertility Tourism' (2016) 26 *Indiana International & Comparative Law Review* 336-382

Wellenhofer M, 'BGB § 1591 Mutterschaft', *Münchener Kommentar zum BGB* (9. Baskı, CH Beck 2024)

Wiesner-Berg S, "'Babyklappe" Und "Anonyme Geburt": - Rechtskonflikte Zwischen Mutter Und Kind?', *Die Praxis des Familienrechts* (Stämpfli 2010) 521-545

'World Fertility 2024' (United Nations 2025) UN DESA/POP/2024/TR/NO. 11 <un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/undesd_pd_2025_wfr_2024_final.pdf> (E.T. 7.8.2025)

Yakuppur S, ‘İleri Teknoloji Kullanılarak Gerçekleştirilen Taşıyıcı Annelik’, *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk*, C I (On İki Levha 2019) 273-297

Yılmaz S, *Medeni Hukuk Aile Hukuku*, C 3 (2. Baskı, Yetkin 2025)

Zevkliler A, Cumalıoğlu E ve Acabey MB, *Medeni Hukuk III Aile Hukuku* (Adalet 2024)

MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI

The Right to Marry and Found a Family under the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights

Hacı Ali AÇIKGÜL*

Özet

Evlilik ve aile insanlık tarihi boyunca toplumdan topluma değişen farklı şekillerine rağmen evrensel bir değer olarak varlığını sürdürmüştür. Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi başta olmak üzere evrensel ve bölgesel nitelikteki uluslararası temel insan hakları belgelerinde de evlenme ve aile kurma hakkı temel bir insan hakkı olarak tanınmış ve korunması ve geliştirilmesi için devletlere çeşitli yükümlülükler yüklenmiştir. Evlenme ve aile kurma hakkı özel hayata ve aile hayatına saygı hakkından bağımsız ve ayrı bir hak olarak düzenlenmiştir. Uluslararası insan hakları sözleşmeleriyle sağlanan korumalar evlenme ve aile kurma hakkının ilgili sözleşmedeki düzenlenme şekline göre kaynaklı olarak kapsam ve içerik bakımından çeşitli farklılıklar göstermektedir. Çalışmada, Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında evlenme ve aile kurma hakkı ele alınmıştır. Evlenme ve aile kurma hakları kavram, sınırlandırılma ve devletin yükümlülükleri bakımından her iki sözleşme hükümleri ile sözleşmelerin denetim organları olan İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrultusunda incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Evlenme hakkı, aile kurma hakkı, aile kavramı, negatif yükümlülükler, pozitif yükümlülükler

Abstract

Despite different forms from society to society, marriage and family have remained universal values throughout human history. The right to marry and found a family has been recognized as a fundamental human right in universal and regional international human rights documents, particularly the Universal Declaration of Human Rights, and various obligations have been imposed on states for its protection and promotion. The right to marry and found a family is regulated as a right independent of and distinct from the right to respect for privacy and family life. The protections provided by international human rights treaties vary in scope and content depending on how the right to marry and found a family is regulated in the relevant treaty. This study deals with the right to marry and found a family within the framework of the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights to which Türkiye is a party. The concept, limitations, and the state's obligations are examined in light of the

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 12.09.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Dr., Hâkim, Adalet Bakanlığı Yüksek Müşaviri, Ankara/Türkiye, hacikgul@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-5634-1416>

provisions of both treaties, as well as the views of the Human Rights Committee and decisions of the European Court of Human Rights, the supervisory bodies of these treaties.

Keywords: Right to marry, right to found a family, concept of family, negative obligations, positive obligations

GİRİŞ

Evlilik ve aile, nesiller boyunca her toplumda farklı biçimlerde var olmuş, evrensel bir niteliğe ve öneme sahiptir. Aile sistemini toplumsal yaşamın ortak bir biçimi ya da temeli olarak görmeyen hiçbir toplum bulunmamaktadır.¹ Toplumsal hayatta özel ve hayati bir yeri olan evlilik ve aile, aynı zamanda kişisel ve kamusal öneme sahiptir ve insan ilişkilerine önemli bir istikrar ve anlam kazandırır. Sosyal hayatta yakın mahremiyet ilişkilerinin birçok türü olmasına rağmen, evlilik kavramı hukuk sistemi tarafından tanınan bir eş ya da karı-koca ilişkisi oluşturmak anlamına gelir.² Kısaca evlilik ve aile toplumlar için çok değerli birer sosyal kurum olup, aile toplumun temel yapı taşıdır.

Bu nedenle evlenme ve aile kurma hakkı temel bir insan hakkı olarak Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nde³ (Evrensel Beyanname) yer almıştır. Evrensel Beyanname'de belirtilen haklara uluslararası düzeyde bağlayıcı nitelik kazandıran, Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmelerden biri olan ve evrensel nitelikte bir sözleşme olan Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin⁴ (MSHS) 23. maddesinde de evlenme ve aile kurma hakkı koruma altına alınmıştır. Bölgesel nitelikte bir uluslararası sözleşme olan ve yine Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁵ (AİHS) 12. maddesinde de evlenme ve aile kurma hakkı güvence altına alınmıştır.

¹ Hem avcı ve toplayıcı hem de tarımsal veya sanayileşmiş olmak üzere çeşitli kategorilerden 250 toplumun incelendiği bir çalışmada bunların her birinde sosyal bir kurum olarak aile tanımına uyan belirli formlar olduğu sonucuna varılmış, farklı şekillerde ortaya çıkmasına rağmen ailenin evrensel bir sosyal kurum olduğunun altını çizilmiştir. Bkz. George Peter Murdock, *Social Structure*, (3rd edn, The Free Press London; The MacMillan Company, New York 1967).

² Rachel A. Washburn, 'Freedom of Marriage: An Analysis of Positive and Negative Rights' 2015 (8)1 Washington University Jurisprudence Review 88 <https://openscholarship.wustl.edu/law_jurisprudence/vol8/iss1/4> E.T. 10 Eylül 2025.

³ Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi 10 Aralık 1948'de BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Bkz. Universal Declaration of Human Rights, <<https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf>> E.T.7 Ağustos 2025.

⁴ 18 Aralık 1966'da BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme'ye halihazırda 173 devlet imza ve onay süreçlerini tamamlamak suretiyle taraf olmuş, 6 devlet imzalamış, 18 devlet ise imza ve onay süreçlerini başlatmamıştır. Türkiye 23 Eylül 2003 tarihi itibarıyla Sözleşme'ye taraftır. Bkz. International Covenant on Civil and Political Rights, <https://indicators.ohchr.org/>, E.T. 03.01.2025.

⁵ 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanan ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme'ye halihazırda Avrupa Konseyi üyesi olan 46 devletin tamamı ile Rusya Federasyonu taraftır. Türkiye 18 Mayıs 1954 tarihi itibarıyla Sözleşme'ye taraftır. Bkz. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 005) <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full->

Uluslararası insan hakları belgelerinde evlenme ve aile kurma hakkının yanı sıra bu hak ile yakından ilişkili diğer haklar da koruma altına alınmıştır. Evlenme ve aile kurma hakkı Evrensel Beyanname'nin 16. maddesi⁶ ile güvence altına alınırken, maddede ayrıca ailenin toplumun doğal ve temel birimi olduğu belirtilmiş ve kadın ve erkek eşitliği ile ailenin korunması vurgulanmıştır.⁷ Beyanname'nin 12. maddesi⁸ ile özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı düzenlenmiştir. Yine Beyanname'nin 25/2. maddesinde⁹ anaların ve çocukların özel bakım ve yardım görme hakları ile çocukların sosyal güvenlik hakları yer almıştır.

Evlenme ve aile kurma hakkı MSHS'nin 23. maddesinde ise aile hakkı ve evlenme özgürlüğü ile birlikte düzenlenmiştir. Sözleşme ailenin toplumun doğal ve temel birimi olduğunu vurgulamış ve aileye, evliliğe ve evliliğin sona erdiği hallerde çocuklara yönelik kurumsal korumalar sağlamıştır. Sözleşme'nin 17. maddesi ile özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı koruma altına alınmıştır.¹⁰ Yine Sözleşme'nin 24. maddesi¹¹ ile de çocuk hakları güvence altına alınmıştır.

Evlenme ve aile kurma hakkı AİHS'nin 12. maddesi ile de güvence altına alınmış, ancak Birleşmiş Milletler (BM) belgelerinde olduğu gibi hakkın sosyal yönüne vurgu yapılmamıştır. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ise Söz-

list?module=treaty-detail&treatynum=005> E.T. 7 Ağustos 2025. AİHS'nin Evrensel Beyanname'de korunan haklara bağlayıcılık niteliği kazandıran ilk uluslararası sözleşmelerden birisi olduğu belirtilmiştir. Bernadette Rainey, Pamela McCormick and Clare Owey, *Jacobs, White, and Owey The European Convention on Human Rights*, (8th Edn, Oxford University Press 2020) 7.

⁶ Madde 16: “Evlilik çağına ulaşan her erkek ve kadın, ırk, uyruk veya din bakımından herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir. Evlenme konusunda, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit haklara sahiptirler. Evlenme akdi ancak evlenecek çiftlerin serbest ve tam rızasıyla yapılır. Aile, toplumun doğal ve temel birimidir ve toplum ve devlet tarafından korunmaya hak sahibidir.”

⁷ Anayasa'nın 41. maddesinde de ailenin Türk toplumunun temeli olduğu belirtilmiş ve ailenin eşler arasında eşitliğe dayalı olduğu, Devletin ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almakla ve teşkilâtı kurmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

⁸ Madde 12: “Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.”

⁹ Madde 25: “Anaların ve çocukların özel bakım ve yardım görme hakları vardır. Bütün çocuklar, evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olsunlar, aynı sosyal güvenceden yararlanırlar.”

¹⁰ Madde 17: “Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.”

¹¹ Madde 24: “Her çocuğun ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın ailesi, içinde yasadışı toplum ve devlet tarafından, bir küçük olarak statüsünün gerektirdiği koruma tedbirlerine hakkı vardır. Her çocuk doğumundan hemen sonra nüfusa kaydedilir ve kendisine bir isim verilir. Her çocuğun bir vatandaşlığa sahip olma hakkı vardır.”

leşme'nin 8. maddesi,¹² eşler arasında eşitlik ise daha sonra Sözleşme'ye eklenen Ek 7 No.lu Protokol'ün¹³ 5. maddesi¹⁴ ile koruma altına alınmıştır.

Bilimsel gelişmeler ve toplumsal hayatımızda meydana gelen değişimin bir sonucu olarak aile ve evlenme kurumlarının niteliğinde de önemli değişimler meydana gelmektedir. Günümüzde bazı Avrupa ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere eşcinsel evlilikler birçok ülke tarafından yasal olarak tanınmış¹⁵ ve eşcinsellerin evliliğinin de temel bir insan hakkı olduğu ileri sürülmektedir. Aile ve evlilik kurumunun toplum hayatı ve gelecek kuşaklar bakımından hayati önemi ve evrensel niteliği gereğince aileyi kuran temel eylem olan evlenme hakkı ve aile kurma hakkının uluslararası insan hakları perspektifinden incelenmesi gereği hasıl olmuştur. Bununla birlikte konu eşcinsel birlikliklerin durumuna indirgenmemiş, evlenme ve aile kurma hakkının tüm boyutları hak bazlı bir anlayışla incelenmiş ve uluslararası insan hakları hukuku bakımından ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızda evlenme ve aile kurma hakları Türkiye'nin taraf olduğu biri evrensel, diğeri bölgesel nitelikteki iki temel uluslararası insan hakları sözleşmesi olan MSHS ile AİHS kapsamında ele alınmış ve incelenmiş, Evrensel Beyanname başta olmak üzere diğer uluslararası ve bölgesel sözleşme ve belgelere ilişkin gerektiği yerlerde bilgi verilmiştir. Söz konusu haklar her iki sözleşmede düzenlendiği şekilde analiz edilmiş ve MSHS'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi¹⁶ kararları ile AİHS'nin denetim organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi¹⁷ (AİHM ya da Mahkeme) içtihatları ile de uygulamada kazandığı nitelik ortaya konulmuştur. Hakkın unsurlarının genel olarak Türk Hukukunda düzenlendiği hükümler de dipnotlarda belirtilmiştir. Çalışma evlenme ve aile kurma haklarına odaklanmış olup, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı gibi

¹² Madde 8: “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

¹³ 22/11/1984 tarihinde imzaya açılan Protokol, 1/11/1998 tarihinde yürürlüğe girmiş, Türkiye imza ve onay süreçlerinin tamamlanması üzerine 1/08/2016 tarihi itibarıyla Protokol'e taraf olmuştur. Bkz. Protokol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 117) <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=117>> E.T. 29 Ağustos 2025.

¹⁴ Madde 5: “Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez.”

¹⁵ Eşcinsel evlilikler Dünya çapında halihazırda 38 devlet tarafından hukuken tanınmaktadır. Bkz. Marriage Equality Around the World, <https://www.hrc.org/resources/marriage-equality-around-the-world> E.T. 18 Ekim 2025.

¹⁶ Human Rights Committee, <<https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/ccpr>> E.T. 28 Ağustos 2025.

¹⁷ European Court of Human Rights, <<https://www.echr.coe.int/>> E.T. 28 Ağustos 2025.

yakından ilişkili diğer haklar çalışma kapsamında bulunmamakla birlikte gerektiği yerlerde bu haklar yönünden de konuya ilişkin bilgi verilmiştir.

Çalışmamızda öncelikle her iki sözleşmede ve uygulamada evlenme hakkı analiz edilmiş, hakkın kapsamı başta olmak üzere, rıza, yaş ve cinsiyet gibi temel konular ile hakkın sınırlandırılabilmesine ilişkin hususlar incelenmiştir. Daha sonra aile kurma hakkı analiz edilmiştir. Sonraki başlık altında ise evlenme ve aile kurma hakları bakımından devletin uluslararası insan hakları hukuku perspektifinden yükümlülükleri ele alınmıştır.

I. EVLENME HAKKI

A. Genel Olarak

Evlenme ve aile kurma hakkı, uluslararası insan hakları hukuku kapsamında temel bir insan hakkı olarak kabul edilmektedir. Evlenme ve aile kurma hakkı öncelikle Evrensel Beyanname’de aile hakkı ve evlenme özgürlüğü ile birlikte düzenlenmiştir. Evrensel Beyanname ailenin toplumun doğal ve temel birimi olduğunu belirtmiş ve toplum ve devlet tarafından korunmasını öngörmüştür. Aile ve evlilik hakları ile kurumsal garantiler, Evrensel Beyanname’nin kabulünden başlayarak çeşitli uluslararası insan hakları belgelerinde¹⁸ de düzenlenmiştir.¹⁹ Bu durum, her iki kurumun çeşitli kültür ve toplumlarda sahip olduğu önem ve statüden kaynaklanmaktadır.²⁰

¹⁸ Çalışma kapsamında bulunmayan ancak evlenme ve aile kurma hakkının düzenlendiği uluslararası belgeler genel olarak şu şekildedir: İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT) Kahire İnsan Hakları Beyannamesi’nin 5. maddesinde, bkz. The Cairo Declaration of the Organization of Islamic Cooperation on Human Rights, <https://oic-iphrc.org/ckfinder/userfiles/files/FINAL%20OHRD%20CLEAN%20%20VERSION%2024_12_2020.pdf>; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 17. maddesinde bkz. American Convention on Human Rights “Pact of San Jose, Costa Rica” (B-32), <https://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights.pdf>; Arap İnsan Hakları Şartı’nın 33. maddesinde, bkz. Arab Charter on Human Rights <<https://digitallibrary.un.org/record/551368?v=pdf>>; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı 18 ve 27. maddelerinde, bkz. African Charter on Human and People’s Rights, <<https://www.deepl.com/en/translator#en/tr/African%20Charter%20on%20Human%20and%20People%E2%80%99s%20Rights>> ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 9. maddesinde, bkz. EU Charter of Fundamental Rights, <<https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/9-right-marry-and-right-found-family>> E.T. 28 Ağustos 2025 düzenlenmiştir.

¹⁹ Anayasa’da ise evlenme hakkına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte bu hakkın Anayasa’nın Özel hayatın gizliliği başlıklı 20. ve Ailenin korunması ve çocuk hakları başlıklı 41. maddeleri hükümlerinde içkin olduğu belirtilmiştir. Bkz. Ulaş Karan, ‘Evlenme ve Aile Kurma Hakkı’ içinde Sibel İnceoğlu (eds.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Beta Yayınları 2013) 433. Anayasa Mahkemesi de kararlarında Anayasa’nın 20 ve 41. maddelerinin evlenme ve aile kurma hakkı açısından önemli birer normatif dayanak olduğunu belirtmiş, evlenme ve aile kurma hakkının söz konusu maddelere içkin olduğunu belirtmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi 2013/3440, 20/4/2016, § 44; 2014/8203, 21/9/2016, § 51; 2015/11159, 25/9/2019, § 57; 2017/40199, 8/9/2020, § 48; 2019/32487, 29/2/2024 § 40.

²⁰ Scott N Carlson and Gregory Gisvold, *Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights* (Transnational Publishers 2003) 137.



Evlenme ve aile kurma hakkı MSHS'nin 23. maddesinde de Evrensel Beyanname ile benzer bir şekilde tanımlanmıştır. Buna göre *“Aile, toplumun doğal ve temel birimidir ve toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahiptir. Evlenme çağına gelen erkeklere ve kadınlara evlenme ve aile kurma hakkı tanınır. Evlenme niyetindeki eşlerin serbest ve tam rızası olmadan hiçbir evlilik yapılamaz. Bu Sözleşme’ye taraf devletler, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde haklar ve sorumluluklar bakımından eşitliğini sağlamak için uygun önlemleri alırlar. Evliliğin sona ermesi halinde, çocukların korunması için gerekli hükümlerin öngörülmesi sağlanır.”*

MSHS’de birbiriyle ilişkili iki sosyal ve hukuki kurum olan aile ve evliliğin sahip olduğu maddi haklar ve korumalar ele alınmıştır. Bu nedenle maddede evlenme hakkı ve aile kurma hakkının yanı sıra aile hakkı, evlenme özgürlüğü ile aileye, evliliğe ve evliliğin sona ermesi halinde çocuklara yönelik kurumsal korumalar da düzenlenmiştir.²¹

Sözleşme’de öncelikle ailenin toplum içinde tarihsel olarak yerine getirdiği çeşitli işlevlere yönelik tehditlere karşı korunması amaçlanmış ve uluslararası insan hakları hukukunun aileye verdiği önem ile devletlerin aileyi korumayı garanti altına alma yükümlülüğünü ortaya koyan iki unsurun altı çizilmiştir. Bu kapsamda ilk olarak, aile toplumun doğal ve temel birimi olarak tanımlanmış²² ve farklı kültür veya sosyal geleneklerden bağımsız olarak, ailenin toplumun tamamına fayda sağlamak için çeşitli şekillerde işlev gördüğü konusunda evrensel bir mutabakat yansıtılmıştır. Böylelikle aile ve toplum arasındaki önemli ilişki vurgulanmış ve taraf devletlerin hukuk sistemlerinde ailelerin çıkarlarının daha fazla dikkate alınması amaçlanmıştır. Öte yandan aileye bir sosyal kurum olarak korunan bir varoluş hakkı açıkça tanınmış ve devlete ve topluma bu korumayı sağlama yükümlülüğü yüklenmiştir.²³ Söz konusu önlemler devletten devlete farklılık gösterebilir. Bununla birlikte tüm taraf devletler ailenin birliğini garan-

²¹ Ibid 137.

²² Bölgesel düzeyde kabul edilen diğer uluslararası insan hakları beyanname ve sözleşmelerinde de evlenme ve aile kurma hakkının hem bireysel hem de sosyal boyutlarına dikkat edildiği ve benzeri düzenlemelerin yer aldığı ve görülmektedir. İİT Kahire İnsan Hakları Beyannamesi’nin 5. maddesinde aile toplumun doğal ve temel birimi olarak kabul edilmekte ve kadın ve erkeğin evlenme hakkı garanti altına alınmaktadır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 17, Arap İnsan Hakları Şartı’nın 33. maddesinde de benzer hükümler yer almaktadır. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı 18 ve 27. maddelerinde görev temelli bir dil tercih edilmiş ve devletin ve bireylerin aileye karşı görevlerine odaklanılmıştır. Buna göre Sözleşme her bireyin ailesine ve topluma karşı görevleri olduğunu belirtmiş ve ailenin toplumun doğal birimi ve temeli olduğunu ve devlet tarafından korunacağını, devletin ailenin fiziksel sağlığını ve ahlaki değerlerini gözetceğinin altını çizmiştir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 9. maddesinde ise evlenme ve aile kurma hakkının sosyal boyutlarına ilişkin hükümlere yer verilmemiştir.

²³ İnsan Hakları Komitesi de aileye yasal, idari veya diğer önlemler şeklinde koruma sağlanması gerektiğini belirtmiştir. CCPR, *General Comment No. 19: Article 23 (The family)* § 3, <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11> E.T. 29 Ağustos 2025.

ti altına alacak yeterli önlemleri almakla yükümlüdür ve aile üyelerinin birlikte yaşama hakkına sahip olduklarını kabul etmelidirler. Ayrıca taraf devletler birtakım mali yardımlar veya vergisel avantajlar dahil olmak ve bunlarla sınırlı olmamak üzere aileye mali destek sağlamakla yükümlüdür. Öte yandan uluslararası belgelerin normatif etkisi ilke olarak devlet dışı kurumları veya kişileri değil, taraf devletleri bağladığı halde aileye koruma garantisi verilmesi ve devlet dışı veya sosyal kurumları bu korumayı sağlamak için uygun önlemleri almakla yükümlü kılınması da oldukça önemlidir.²⁴

Sözleşme evlilik ve aileyi özünde birbiriyle bağlantılı olarak kabul etmiş ve evlenme özgürlüğünün aile kurmanın önemli bir ön şartı olabileceğini belirtmiştir.²⁵ Sözleşme evlenme hakkına meşru bir sınırlama getirmekte ve bu hakkın açıkça evlenme yaşına gelmiş erkek ve kadınlar ile sınırlı olduğunu belirtmektedir. Yine evlenmek isteyen eşlerin rızası şart koşulmak suretiyle evlenme özgürlüğü tanınmış, evlilikte eşlerin eşitliği öngörülmüş ve evliliğin sona ermesi durumunda çocuklara özel korumalar sağlanmıştır.

AİHS'nin 12. maddesinde ise evlenme ve aile kurma hakkı; “*Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir*” şeklinde düzenlenmiştir. Madde metni oldukça kısa bir şekilde ele alınmış ve devletlere geniş bir takdir yetkisi vermiştir. AİHM'in de 12. maddeye ilişkin içtihatlarında temkinli olduğu, özel hayata ve aile hayatına ilişkin 8. maddeye ilişkin içtihatlarında olduğu gibi fazla yenilikçi olmadığı, maddede kadın ve erkeğin evlenme ve aile kurma hakkının düzenlendiği sonucuna vardığını ve yorum yoluyla maddenin kapsamını genişletmediği belirtilmiştir.²⁶ Madde başlığı evlenme hakkı olmasına rağmen maddede ayrıca aile kurma hakkı da düzenlenmiştir. AİHS'de evlenme ve aile kurma hakkı MSHS'ye paralel olarak garanti altına alınmış ve evliliğin erkek ve kadın olmak üzere karşıt cinsler arasında olacağı belirtilmiş, ancak ailenin toplumun doğal ve temel birimi olduğu ve ailenin korunmasına ilişkin herhangi bir özel ifadeye yer verilmemiştir.²⁷ Yine AİHS 12. maddesinde rıza, eşitlik ve çocukların korunmasıyla ilgili bir hüküm yer almamıştır. Evlenme ve aile kurma hakkı AİHS'te çok genel olarak düzenlemiş olup, hakkın kullanılmasına ilişkin ulusal

²⁴ Hatta bu hükmün, muhtemelen dini kuruluşlar da dahil bütün sosyal kurumların aileyi korumak için önlemler almakla yükümlü tutulabileceğini ima ettiği belirtilmiştir. Carlson and Gisvold (n 20) 139.

²⁵ Paula Gerber, Kristine Tay and Adiva Sifris, ‘Marriage- A Human Right for All?’ (2014) 36 Sydney Law Review 650.

²⁶ David J. Harris, Michael O’Boyle, Edward P. Bates and Carla M. Buckley, *Harris, O’Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 2023) 549.

²⁷ Bununla birlikte söz konusu hususların bir hakkı belirtmekten ziyade bir ilkeyi teyit ettiği, bu nedenle de söz konusu eksikliğin muhtemelen önemli olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. J. G. Merrills and A. H. Robertson, *Human Rights in Europe A Study of the European Convention on Human Rights* (Manchester University Press 2022) 190.

kanunlara atıf yapıldığından hakkın içeriğine ilişkin hususlar AİHM tarafından içtihat yoluyla geliştirilmektedir. Bu bakımdan AİHS'deki evlenme ve aile kurma hakkına ilişkin hükümlerin kapsam bakımından MSHS'den daha dar olduğu ve hakka ilişkin garantilerin de daha zayıf olduğu belirtilmektedir.²⁸

Evlenme hakkı, AİHS'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile yakından bağlantılı olmakla birlikte kapsamı bu hak ile kıyaslandığında daha dardır. AİHS'in 8. maddesi kapsamında aile özerk bir kavram olarak kabul edilmekte ve resmî nikahla kurulup kurulmadığına bakılmaksızın kişilerin aile gibi bir arada yaşadıkları tüm ilişkiler 8. madde kapsamında korunmaktadır.²⁹ Sözleşme'nin 12. maddesi ise evlenme sonucu kurulan aileye ilişkindir. Dolayısıyla özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı evlilik yoluyla kurulup kurulmadığına bakılmaksızın mevcut bir aile yaşamı ya da kurulmuş bir aileye ilişkin iken, Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkı ise gelecekte yapılacak evliliğe ya da evlilik yoluyla kurulacak aileye ilişkin güvence sağlamaktadır. Başka bir deyişle Sözleşme'nin 8. maddesi fiili bir aile yaşamını, 12. madde ise evlenme ile aile kurmayı güvenceye almaktadır.³⁰ Evlenme hakkı kişilerin evlenmeme hakkını da korumaktadır.³¹

Her iki sözleşmede de kadın ve erkek arasındaki geleneksel evlilik, ayrıcalıklı bir konuma sahip olup, ayrı bir muameleye tabi tutulmuş ve özel bir statü kazanmıştır. AİHM de Sözleşme'nin 12. maddesi ile güvence altına alınan evlenme hakkının, karşı cinsten kişiler arasındaki geleneksel evliliği ifade ettiği sonucuna varmakta,³² bu yorumun madde metnindeki aile kurma hakkına ilişkin atıf ile desteklendiği belirtilmektedir.³³ Bu kapsamda AİHM de evlilik ilişkilerini de aile hayatı ve ayrımcılık bağlamında değerlendirmiş ve evliliğin özel bir hak ve yükümlülük rejimi ile ilgili olduğundan evli ve evli olmayan çiftlerin vergisel düzenlemeler bakımından benzer konumda olmadıklarını vurgulamıştır.³⁴

²⁸ Carlson and Gisvold (n 20) 137. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, (2nd Revised Edn, N.P. Engel Publisher 2005) 402.

²⁹ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, *C. 2* (Avrupa Konseyi Yayını 2013) 545; Ufuk Ramazan Çakmak 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Evlenme Hakkı' (2017) 25(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 177.

³⁰ Doğru ve Nalbant (n 29) 539; Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, (Turhan Kitabevi 2016) 362.

³¹ Karan (n 19) 426.

³² Schalk and Kopf v. Austria, no. 30141/04 (ECtHR 24 June 2010) § 55, 61-62. Benzer yöndeki kararlar için bkz. Hämäläinen v. Finland (GC), no. 37359/09 (ECtHR 16 July 2014); Oliari and Others v. Italy, nos. 18766/11 and 36030/11 (ECtHR 21 July 2015); Chapin and Charpentier v. France, no. 40183/07 (ECtHR 09 June 2016).

³³ Karen Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights* (6th Edn, Sweet/Maxwell 2019) 853.

³⁴ Lindsay v. United Kingdom, (Commission (Plenary)) no. 11089/84 (ECtHR 11 November 1986).

B. Evlenmede Rıza

MSHS 23/3. maddesinde açıkça evlenecek eşlerin serbest ve tam rızası olmadan hiçbir evlilik yapılamayacağı belirtilmiştir.³⁵ Böylelikle Sözleşme evlenme özgürlüğünü tanımış ve evlenmek isteyen eşlerin rızasını şart koşarak aileleri veya diğer kişiler tarafından rızaları hilafına çocukların zorla veya görücü usulü ile evlendirilmelerine karşı koruma sağlamıştır.³⁶ Buna göre evlenmek isteyen eşlerin her biri, yetkili makamlara bireysel olarak özgür ve tam rızasını bildirmelidir.³⁷ Bu rıza şartı taraf devletlere, zihinsel engellilik veya uyuşturucu ya da alkol kullanımının etkisiyle rızasını bildiremeyecek durumda bulunan kişilerin evlenme özgürlüğünü kullanmasını kısıtlama yükümlülüğü getirmektedir. Söz konusu hükümler rızasını bildiremeyen eşin menfaatinin yanı sıra her iki eşin de menfaatinin korunmasını sağlamaktadır.³⁸ Yine Komite cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçunun failinin mağdurla evlenmesi halinde cezai sorumluluğunu ortadan kaldıran veya hafifleten yasal düzenlemelerin de bir kadının özgür ve tam rızasını zayıflatabileceğini belirtmiştir.³⁹ Öte yandan madde metninde yer alan tam ve özgür rıza ifadesi reşit olmayanların ebeveynleri ya da diğer kanuni temsilcilerinin rızasıyla evlenebilmelerine bir engel oluşturmamaktadır.⁴⁰

AİHS’de ise rızaya ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin tamamında rıza evlilik için bir koşuldur.⁴¹ Evlenme ehliyetine sahip olan her kadın ve erkek evleneceği kişiyi seçmekte özgürdür. AİHM’de zorla evliliğin rıza göstermeyen tarafın evlenme hakkını ihlal ettiğini ve evlenme hakkının ölen bir kişiyle evlenme hakkını içermediğini de belirtmiştir.⁴²

C. Evlenme Yaşı

MSHS 23/2. maddesinde evlilik hakkı açıkça evlenme çağındaki erkek ve kadınlar ile sınırlandırılmaktadır. Sözleşme evlenilebilir yaş (*marriagible age*) kavramını kullanmıştır. Bununla birlikte Sözleşme evlenme çağı kavramının ne

³⁵ Türk Hukuku’nda da evlenme tarafların karşılıklı rızalarına bağlıdır. Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001 /24607, m. 142.

³⁶ Evlenme özgürlüğü ile birlikte eşlerin eşitliğine ilişkin hükümlerin MSHUS 23. maddeyi, AİHS 12. maddeden ayıran en önemli hükümler olduğu belirtilmiştir. Nowak (n 28) 534.

³⁷ Ibid 534.

³⁸ Carlson and Gisvold (n 20) 140.

³⁹ CCPR, *General Comment No. 28 - Article 3 (The equality of rights between men and women)* § 24, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11 E.T. 30 Ağustos 2025

⁴⁰ Nowak (n 28) 535.

⁴¹ ECtHR, *Guide on Article 12 of the European Convention on Human Rights- Right to Marry*, p. 18, <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_12_eng> E.T. 30 Ağustos 2025.

⁴² M. v. Federal Republic of Germany, (Commission) no. 12411/86 (ECtHR 04/03/1987).

içeriğine ilişkin herhangi bir yaşı işaret etmemiştir. İnsan Hakları Komitesi ise belli bir yaşı işaret etmemekle birlikte evlenme çağını her bireyin özgür ve tam kişisel rızasını verebileceği yaş olarak yorumlamaktadır.⁴³

Öte yandan BM Genel Kurulu'nun, Evlilikte Rıza, Evlilik için Asgari Yaş ve Evliliklerin Kaydı Sözleşmesi'nin uygulanmasıyla bağlantılı olarak kabul ettiği kararda⁴⁴ evlilik için asgari 15 yaş şartı belirlenmiş olup, taraf devletler evlilik için asgari yaşı 15'ten düşük olmamak üzere⁴⁵ belirleyebileceklerdir.⁴⁶ Komite bu kapsamda konuyu Venezuela hükümeti tarafından sunulan üçüncü periyodik rapora ilişkin sonuç değerlendirmesinde⁴⁷ somut yaş üzerinden inceleme fırsatı bulmuştur. Venezuela'da asgari evlenme yaşı kızlar için 14, erkekler için 16 olarak öngörülmüş ve hamilelik veya doğum durumunda kızlar için bu yaştan sınırsız olarak düşürülebilmesine de yasal düzenleme imkân vermektedir. Komite söz konusu düzenlemenin taraf devletin Sözleşme'nin 24/1. maddesi uyarınca küçüklerin korunması yükümlülüğünün yerine getirilmesiyle ilgili sorunlar ortaya çıkardığını, bu kadar erken yaşta evliliğin evlenecek kişilerin özgür ve tam rızasını gerektiren Sözleşme'nin 23. maddesi ile uyumlu olmayacağını belirtmiştir. Komite ayrıca kızlar için 12 olarak öngörülen cinsel rıza yaşından da endişelerini dile getirmiştir.⁴⁸ Komite sonuç olarak taraf devletin ilgili mevzuat hükümlerini Sözleşme ile uyumlu olacak şekilde değiştirmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴⁹ Öte yandan, fiziksel olgunluğun veya hatta reşit olma yaşının çok üzerinde bir asgari evlenme yaşı belirlenmesi de evlenme yaşına ulaşan tüm erkek ve kadınların evlenme hakkıyla çelişecektir.⁵⁰

AİHS'te de evlenme yaşı (marriagible age) kavramı kullanılmasına rağmen, kavram Sözleşme'de tanımlanmamıştır. Bu nedenle evlenme çağı başka bir tabirle evlenme yaşı madde metnindeki atıf uyarınca taraf devletlerin ulusal kanunlarına göre belirlenir.⁵¹ AİHM önüne gelen bir başvuruda 12. maddede düzenlenen

⁴³ CCPR, *General Comment No. 19* (n 23) 4.

⁴⁴ UNGA, Recommendation on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages, General Assembly resolution 2018 (XX), 01 November 1965, <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/recommendation-consent-marriage-minimum-age-marriage-and>> E.T. 30 Ağustos 2025l.

⁴⁵ Bununla birlikte taraf devletlerin asgari bir evlenme yaşı belirleme zorunluluğu bulunmadığı belirtilmiştir. Bkz. Nowak (n 28) 528.

⁴⁶ Türk Hukukunda evlenme yaşı kural olarak 17 olarak öngörülmüş, olağanüstü hallerde hâkim kararıyla 16 yaşını doldurmuş olanlara da evlenme izni verilebilir. TMK, m. 124.

⁴⁷ CCPR, *Concluding observations by the Human Rights Committee : Venezuela. 26-04-2001, CCPR/CO/71/VEN. (Concluding Observations/Comments)* § 18, <https://www.refworld.org/policy/polrec/hrc/2001/en/29371> E.T. 30 Ağustos 2025.

⁴⁸ Ibid 18.

⁴⁹ Ibid 18.

⁵⁰ Nowak (n 28) 528.

⁵¹ Ulusal kanunlarla belirlenen yaş sınırının, makul olarak evlenme yaşı kavramı ile uyumlu olduğu durumlarda hakkın özüne dokunulmadığı kabul edilmektedir. Karan (n 19) 427.

evlenme hakkının kullanılmasının iç hukuk kurallarına tabi olduğunu, bireylerin ulusal mevzuatla belirlenen evlenme yaşına saygı gösterme yükümlülüğü bulunduğunu, bireyin mensup olduğu dini inancının daha genç yaşlarda evlenmeye izin verdiği hallerde dahi yasal evlenme yaşına saygı gösterme yükümlülüğünün devam ettiğini, bu gibi durumlarda küçüklerin evlenmesine izin verilmemesinin evlenme hakkının reddi anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.⁵² Yine Mahkeme yurtdışında dini bir nikah veya başka bir usul ile yapılan bir evlilik esnasında tarafların yaşlarının ilgili taraf ülkenin ulusal mevzuatında belirlenen evlilik yaşının altında olduğu hallerde, söz konusu evliliği Sözleşme'ye taraf olan herhangi bir devletin tanıma yükümlülüğü olduğu şeklinde yorumlanamayacağına karar vermiştir. Kararda Sözleşme'de evliliğin ulusal mevzuat tarafından düzenlenmesinin açıkça öngörülmediği ve ilgili ahlaki değerler, çocukların korunması, güvenli aile ortamlarının teşvik edilmesi gibi temel ilkeler dikkate alınarak toplumun ihtiyaçlarını en iyi şekilde değerlendirebilecek ve bunlara cevap verebilecek makamların ulusal makamlar olduğu vurgulanmıştır.⁵³

D. Evlenmede Eşlerin Cinsiyeti

Geleneksel olarak evlilik kadın ve erkek olmak üzere farklı cinsiyete mensup iki kişinin birlikteliği olarak kabul edilmektedir. Geleneksel anlayış hem MSHS hem de AİHS'de erkek ve kadın kelimelerine açıkça referans yapılmak suretiyle⁵⁴ kabul edilmiştir.⁵⁵ Dolayısıyla her iki Sözleşme açısından evlenme hakkı karşıt cinsten kadın ve erkek açısından geçerli bir hak olarak öngörülmüştür.⁵⁶ Bununla

⁵² Khan v. the United Kingdom, (Commission (Plenary)) no. 11579/85 (ECtHR 7 July 1986).

⁵³ Z.H. and R.H. v. Switzerland, no. 60119/12, (ECtHR 8 December 2015) § 44.

⁵⁴ Türk Hukukunda da evlenme kadın ve erkek arasında mümkün olup hem MSHS hem de AİHS ile uyumludur.

⁵⁵ Nowak (n 28) 525.

⁵⁶ İİT İnsan Hakları Komisyonu da evliliğin erkek ve kadın arasında olduğunu, karı-koca evliliğine dayanan güçlü ailelerin medeniyeti ayakta tutan ahlaki değerleri, gelenekleri ve değerleri gelecek nesillere aktarmanın temel kurumu olarak hizmet edeceğini, bu şekilde bir evliliğin ancak bir çiftin sosyal düzeni bozmadan gerçek tatmin ve yüksek haysiyet elde etmesinin tek geçerli yolu olduğunu, eşcinsel evlilik taleplerinin toplumun ahlaki kurallarına uymak için evlenme hakkını talep etmek anlamına gelmekten ziyade bir efsaneyi çürütmek ve arkaik bir kurumu kökten değiştirmek anlamına geldiğini, tüm İbrahimi dinler olan Yahudilik, Hristiyanlık ve İslam'ın eşcinselliği yasaklamasının nedeninin de bu ilahi bilgelik olduğunu belirtmekte ve 'eşcinsel birliktelikler', 'cinsiyetsiz evlilik' ve 'alternatif aile biçimi' gibi tezlerle evliliğin yeniden tanımlanma girişimlerinin kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. OIC-IPHRC Study on: *Sexual Orientation and Gender Identity in the Light of Islamic Interpretations and International Human Rights Framework*, p. 4-6, < <https://www.oic-iphrc.org/home/post/8> > E.T. 28 Ağustos 2025, Yine diğer bölgesel insan hakları sözleşmelerinde de evliliğin kadın ve erkek arasında olacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte sadece Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 9. maddesinde evlenme ve aile kurma hakkı kadın ve erkek cinsiyetlerini belirtmeksizin düzenlenmiştir. Madde açıklamasında da aynı cinsiyetten kişiler arasındaki birlikteliklere evlilik statüsü verilmesinin ne yasaklandığı ne de zorunlu kılındığı, dolayısıyla da bu hakkın, AİHS'nin tanıdığı hakla benzer olduğu ancak ulusal mevzuatın öngördüğü durumlarda kapsamı daha geniş olabileceği belirtilmiştir.



birlikte günümüzde postmodern yaklaşımın⁵⁷ etkisiyle aynı cinsiyetten ilişkilerin evlilik ve aile kapsamına girdiğinin de yasal olarak tanınmasına yönelik baskılar nedeniyle geleneksel evlilik anlayışı ciddi zorluklarla karşı karşıyadır.⁵⁸ Bu nedenle evlenme hakkının kapsamına ilişkin bazı sorular ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede bir kavram olarak evlilik hakkının kapsamına aynı cinsiyetten kişilerin ilişkilerinin dahil edilip edilemeyeceği tartışılmaktadır. Eşcinsel evliliği destekleyenler, uluslararası insan hakları belgelerinde belirtilen hükümlerin erkek ve kadınların kendi başlarına bireyler olarak evlenme hakkına atıfta bulunulduğunu ve bu nedenle bu hükümlerin evliliğin heteroseksüel bir birliktelik olmasını zorunlu kılmadığını savunmaktadır.⁵⁹

BM İnsan Hakları Komitesi bu kapsamda Yeni Zelanda’da eşcinsel ilişki yaşayan başvuruların evlilik başvurularının reddedilmesi üzerine yapılan bir başvuruda MSHS 23/2. maddesinde evlenme hakkının sadece erkekler ve kadınlar açısından ifade edilmesi nedeniyle ilgili maddenin cinsiyete özgü bir hüküm olduğu sonucuna varmıştır. Komite aynı Sözleşme’de diğer insan haklarına ilişkin olarak her insan veya tüm insanlar gibi kavramların tercih edildiği, yine aynı maddenin evlilik sırasında eşlerin hakları ve yükümlülüklerine ilişkin 3 ve 4. fıkralarında da eş gibi cinsiyetten bağımsız kavramlar kullanıldığı halde evlenme hakkına ilişkin olarak 2. fıkrada erkek ve kadın kelimelerinin kullanılmasının evliliği cinsiyete özgü kılan maddi hüküm haline getirdiği kanaatine varmış⁶⁰ ve başvuruların evlenme hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶¹

Bu karar İnsan Hakları Komitesi’nin MSHS 23/2. maddesi kapsamında eşcinsel evliliklerin statüsüne ilişkin görüşünü sergilemeye devam etmektedir.⁶² Ancak BM’nin cinsel yönelim ve cinsel kimlik konularına insan hakları perspektifinden bakma yönündeki eğilimi nedeniyle Komite’ye benzer bir başvuru gelmesi durumunda 23/2. maddeyi farklı bir şekilde yorumlama olasılığı bulunduğu da ileri sürülmüştür.⁶³ Zira Komite Avustralya hakkında yapılan iki başvuruda⁶⁴ eş-

⁵⁷ Geleneksel ve postmodern aile ile ilgili açıklama için bkz. Rajyalakshmi Vundamati, ‘Right to Marry and Found Family: A Most Challenged Human Right in Post Modern Era’ (2021) 59 Indian Journal of International Law 230, <<https://doi.org/10.1007/s40901-020-00119-8>>E.T. 25 Ağustos 2025.

⁵⁸ Bununla birlikte uluslararası insan hakları hukukunun böyle bir hakkı içerip içermediği konusunda henüz küresel bir fikir birliği yoktur. Gerber, Tay and Sifris (n 25) 644.

⁵⁹ Vundamati (n 57) 236-237.

⁶⁰ CCPR, *Human Rights Committee findings on Communication No 902/1999, delivered on 17th July, 2002*, UN Doc CCPR/C/75/D/902/1999 § 8.2.

⁶¹ Karar, tüm insan hakları belgelerinin değişen zamana ayak uydurması gereken yaşayan belgeler olarak görülmesi gerekirken, İnsan Hakları Komitesi’nin sadece semantik yorumuna takılıp kaldığı, 23. maddenin cinsiyete özgü olmadığı, aksine görünürdeki cinsiyete özgülüğün yalnızca tüm sözleşmeden doğan haklardan yararlanmak için kadın ve erkek arasında eşitliğin gerekliliğini vurgulamayı amaçladığı iddia edilerek eleştirilmiştir. Bkz. Gerber, Tay and Sifris (n 25) 646.

⁶² Ibid 645.

⁶³ Ibid 653-655.

⁶⁴ Komite birinci başvuruda evli bir erkek-kadın transseksüel kişinin doğum belgesinde cinsiyetini

cinsel evliliğin yasaklanmasına ilişkin doğrudan bir değerlendirme yapmamış ve bu görüşünü açıkça terk etmemesine rağmen, eşcinsel evlilikle ilgili boşanma durumunda yaptığı değerlendirmeler dikkate alındığında bir sonraki muhtemel başvuruda önceki görüşünü değiştirme ihtimali bulunduğu belirtilmektedir.⁶⁵ Söz konusu kararlar Komite'nin eşcinsel birlikteliklerin diğer insan haklarından yararlanması durumundan farklı olarak, evlenme hakkının kullanılması konusunda cinsiyet ayrımını tercih ettiğini bu durumun da Sözleşme'nin 23/2. maddesi kapsamında eşcinsel evliliklerin evrensel meşrulaştırılmasına karşı ihtiyatlı bir yaklaşım sergilediğini göstermektedir.⁶⁶

AİHM ise düzenli bir beraberlik yaşayan eşcinsel çiftlerin ilişkisinin, heteroseksüel çiftlerin ilişkisi gibi Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayat ve aile hayatı kavramının kapsamına girdiğini belirtmekle⁶⁷ birlikte aynı cinsiyetten kişilerin evliliklerinin yasallaştırılması konusunda temkinli bir duruş sergilemektedir. Mahkeme semantik ve tarihsel bir yorumla Sözleşme'nin 12. madde metninin açıkça evliliğin farklı cinsiyetler arasında olacağını belirttiğini, Sözleşme'nin diğer tüm maddelerinde esasen herkese hak ve özgürlükler tanınmakta veya hiç kimsenin belirli türden yasaklanmış muamelelere maruz kalmayacağına belirtilmekte olduğunu, 12. maddede ise erkek ve kadın ifadelerinin bilerek seçildiğini, Sözleşme'nin kabul edildiği tarihsel bağlam da dikkate alındığında 1950'lerde evliliğin geleneksel anlamda farklı cinsiyetten eşler arasındaki bir birliktelik olarak açıkça anlaşılmakta olduğunu belirtmiştir.⁶⁸ Bununla birlikte mahkeme 12. maddenin lafzının, eşcinsel evlilikleri hariç tutmayacak şekilde yorumlanabileceğini belirtmektedir. Bu kapsamda Mahkeme Sözleşme'nin 12. maddesinin, taraf devletlere eşcinsel çiftlere evlilik hakkı tanıma yükümlülüğü getirmediğini ve eşcinsel evlilik hakkının Sözleşme'de yer almadığını, bununla birlikte, Sözleşme'nin yaşayan bir belge niteliği gereği, evlenme hakkının karşı cinsten iki kişi arasındaki evlilikle sınırlı olmayabileceği olasılığını kabul etmekte ancak eşcinsel evliliğe izin verilip verilmeyeceği konusunun taraf devletlerin

değiştirmesini engelleyen Avustralya yasalarının özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. CCPR, *Communication* No 2172/2012, 17 March 2017, UN Doc. CCPR/C/119/D/2172/2012. İkinci kararda ise Komite, yabancı heteroseksüel evlilikler ile yabancı eşcinsel evlilikler arasında ayrım yapmanın Sözleşme kapsamında makul olmayan bir ayrımcılık teşkil ettiğini ve 14/1 maddesi ile 2/1 maddesinin birlikte okunması halinde ihlal oluşturduğu sonucuna varmıştır. CCPR, *Communication* No. 2216/2012, 28 March 2017, UN Doc. CCPR/C/119/D/2216/2012.

⁶⁵ Oscar Roos and Anita Mackay, 'A Shift in the United Nations Human Rights Committee's Jurisprudence on Marriage Equality? An Analysis of Two Recent Communications from Australia' (2019)19/4 Deakin Law School Legal Studies Research Paper, 26, 35. <<http://ssrn.com/abstract=3454967>> E.T. 28 Ağustos 2025.

⁶⁶ Vundamati (n 657) 239.

⁶⁷ Vallianatos and Others v. Greece, (GC) no. 29381/09 and 32684/09 (ECtHR 7 November 2013) § 73-74; Schalk and Kopf v. Austria, (n 32) 92-94; ; P.B. and J.S. v. Austria, no. 18984/02 (ECtHR 22 July 2010) § 30; X and others v. Austria, (GC), no. 19010/07 (ECtHR 19 February 2013) § 95.

⁶⁸ Schalk and Kopf v. Austria, (n 32) 55.



takdirine bırakıldığını⁶⁹belirtmektedir.⁷⁰ Bu kapsamda Mahkeme hetero normatif bir yaklaşımı tercih etmiş ve evlilik kurumunda büyük değişiklikler meydana gelmesine rağmen, aynı cinsiyetten evlilikler konusunda Avrupa’da henüz bir uzlaşma olmadığını gözlemlemiştir.⁷¹ Mahkeme, ne evlenme ve aile kurma hakkına ilişkin 12. maddenin ne de kapsamı daha geniş olan ve özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin 8. maddenin 14. madde ile birlikte taraf devletlere eşcinsellere evlilik hakkı tanıma yükümlülüğü getirdiği şeklinde yorumlanamayacağını altını çizmiştir.⁷²

Öte yandan hakkın kullanımı taraf devletlerin takdir yetkisine dolayısıyla da ulusal hukukun düzenlemesine bırakıldığından Mahkeme önceleri geleneksel evliliğin tarafları olan erkek ve kadının cinsiyeti belirlenirken taraf devletlerce biyolojik kriter uygulamasını yeterli bulmaktaydı.⁷³ Bununla birlikte Mahkeme, 2002 yılında verdiği bir kararında⁷⁴ bu tutumunu değiştirmiştir. Söz konusu kararda Mahkeme cinsiyet değiştiren trans bir birey olan başvuranın davalı devlet makamlarınca cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmamasının bir sonucu olarak bir erkekle evlenmesine izin verilmemesine ilişkin olarak konuyu incelemiştir. Mahkeme 12. maddenin ilk cümlesinin açıkça erkek ve kadından bahsettiğini, artık bu kavramların sadece biyolojik kriterlere dayalı olarak cinsiyeti belirlenmesinin mümkün olmadığını, çünkü Sözleşme’nin kabulünden bu yana evlilik kurumunda önemli sosyal değişiklikler yaşandığını ve transseksüellik alanında da tıp ve bilimdeki gelişmelerin dramatik değişikliklere yol açtığını belirtmiş⁷⁵ ve cinsiyetini değiştirerek fiilen kadın olan trans bir birey olan başvuranın bir

⁶⁹ Ibid 61-62. Benzer yöndeki kararlar için bkz. *Hämäläinen v. Finland*, (n 32); *Oliari and Others v. Italy*, (n 32); *Chapin and Charpentier v. France*, (n 32).

⁷⁰ Mahkemenin söz konusu yaklaşımı bazı soru işaretlerini gündeme getirmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki 12. madde zaten bu hakkın kullanılmasının ulusal yasalarla düzenleneceğini belirterek devletin geniş bir takdir yetkisi olduğuna işaret etmiştir. Öte yandan Sözleşme’nin 19 ve 32. maddeleri uyarınca AİHM’nin kendisine sunulan hususlara ilişkin olarak sözleşme hükümlerini yorumlama yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca uluslararası insan hakları sözleşmeleri doğası gereği insan hak ve özgürlüklerine ilişkin olarak asgari bir standart oluşturmak ve hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi amacıyla devletlere bazı yükümlülükler yüklemektedir. Herhangi bir hak veya bireysel tercihin yasaklanmasına yönelik bir hüküm içermesi ise doğası gereği söz konusu olmamaktadır. Hal böyle iken AİHM’nin sözleşmenin eşcinsel evlilikleri yasaklamadığı, devletlerin bu tür birlikteliklere izin verip verme konusunda geniş bir takdir yetkisi bulunduğu ilişkin açıklamaların kendisine sunulan bir konuya ilişkin sözleşme hükümlerini yorumlamaktan ziyade eşcinsel birlikteliklere evlilik statüsü verilmesine yönelik yönlendirici bir değerlendirmeye niteliğinde olup olmadığı akla gelmektedir.

⁷¹ *Chapin and Charpentier v. France*, (n 32) § 38

⁷² Ibid 38.

⁷³ *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, (GC) no. 22985/93 and 23390/94 (ECtHR 30 July 1998); *Cossey v. the United Kingdom*, (Court (Plenary)) no. 10843/84 (ECtHR 27 September 1990); *Rees v. the United Kingdom*, (Court (Plenary)) no. 9532/81 (ECtHR 17 October 1986).

⁷⁴ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, (GC) no. 28957/95 (ECtHR 11 July 2002).

⁷⁵ Ibid 100.

erkeklerle evlenmesine izin verilmemesi nedeniyle ihlal kararı vermiştir. Evlilik devam ederken eşlerden birinin cinsiyetini değiştirdiği hallerle ilgili olarak ise her iki eşin de evliliğin devamını istediği nispeten az sayıdaki bu tür evlilikler için cinsiyet değişikliğinin etkilerinin nasıl düzenleneceği konusunun taraf devletlerin takdirine bağlı olduğuna karar vermiş ve yapılan başvuruları kabul edilemez bulmuştur.⁷⁶ Yine yurtdışında yapılan eşcinsel evliliğin davalı ülkede tanınması talebinin reddedildiği bir başvuruda AİHM, eşcinsel evliliklerin tanınması konusunda bir Avrupa konsensüsü bulunmadığını ve tanıma talebinin reddedilmesinin, başvuranları davalı ülkede daha önce tanınan herhangi bir haktan mahrum etmediğini ve ayrıca evliliğin yapıldığı ülkede evlilik yoluyla edindikleri hak ve yükümlülüklerden hala yararlanabileceklerini belirtmiştir.⁷⁷

E. Evlenme Hakkının Sınırlandırılması

Her iki sözleşmede de evlenme hakkı düzenlenmesine rağmen, diğer bazı hak ve özgürlüklerde olduğu gibi hakkın sınırlandırılmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte evlenme ve aile kurma hakkının her iki sözleşme bakımından da mutlak olmadığı ve bazı makul sınırlandırmalara tabi tutulabileceği⁷⁸ kabul edilmektedir.⁷⁹

MSHS uyarınca evlenme hakkı, evlenme yaşına gelmiş kadın ve erkek tarafından, özgür ve tam rızaya bağlı olarak kullanılabilir şekilde meşru olarak sınırlandırılmıştır. İnsan Hakları Komitesi de akrabalık derecesi veya zihinsel yetersizlik gibi özel nedenlerle⁸⁰ taraf devletlerin evlilik hakkını kısıtlayabileceğini belirtmektedir. Yine çok eşliliğin önlenmesi gibi tarihsel nedenlerle de dar bir şekilde yorumlanması koşuluyla evlenme hakkı sınırlandırılabilir.⁸¹ Bu kapsamda yalnızca taraf devletlerce genel olarak kabul edilen evlenme engelleri ve sınırlandırma nedenlerinin kabul edilebileceği belirtilmektedir.⁸² Bununla birlikte evliliğin daha kapsamlı sınırlandırılması veya engellenmesi, ya da evlat

⁷⁶ Parry v. the United Kingdom, no. 42971/05 (ECtHR 28 November 2006); R. and F. v. the United Kingdom no. 35748/05 (ECtHR 28 November 2006).

⁷⁷ Orlandi and Others v. Italy, no. 26431/12 and 26742/12 (ECtHR 14 December 2017) § 208.

⁷⁸ Anayasa'nın temel haklar ve özgürlüklerle ilgili sınırlama ve güvence rejimine dair 13. maddesinin evlenme ve aile kurma hakkı bakımından da uygulama alanı bulabileceği, her ne kadar bu hakların anayasal dayanağı olarak kabul edilen 20. ve 41. maddelerinde yasayla sınırlandırılacaklarına ve sınırlama nedenlerine yer verilmemesinin bu hakların nesnel sınırlarının olmadığı anlamına gelmeyeceği, bu hakların da hakkın özüne dokunma yasağı ve ölçülülük ilkeleri temelinde sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir. Bkz. Karan (n 19) 437. Türk Hukukunda evlenme hakkının sınırlandırılmasına ilişkin hususlar TMK'nın 124 ila 133, evlenme başvurusu ve törenine ilişkin hususlar da 134 ila 144. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

⁷⁹ Nowak (n 28) 529.

⁸⁰ CCPR, *General Comment No. 19* (n 23) 4.

⁸¹ Carlson and Gisvold (n 20) 140.

⁸² Nowak (n 28) 529.

edinme, zina, iktidarsızlık veya bazı hastalıklar gibi nedenlerle evliliğin geçersiz sayılması sebeplerinin ise 23/2. madde ile bağdaşmayabileceği, farklı ırk ve din mensuplarıyla evliliklerin yasaklanması veya yabancılarla evlenmeye kısıtlama getirilmesi gibi her türlü ayrımcı yasağın da maddenin ihlalini teşkil edebileceği belirtilmiştir.⁸³

AİHS’te de evlenme hakkına yönelik bir sınırlandırma getirilmemişse de hakkın kullanılmasına ilişkin ulusal düzenlemelere yapılan atıflar nedeniyle ulusal düzenlemeler yoluyla evlenme hakkına makul sınırlandırmalar getirilebilecektir. Bununla birlikte evlenme hakkının sadece bu şekilde sınırlandırılabilirliğinin kabulünün Mahkeme’ye ulusal düzenlemelerin denetlenmesi rolünü yükleyeceği, halbuki 12. maddenin prensipte ve uygulamada taraf devletlere yükümlülükler getirdiği, bu nedenle de hakkın kullanılmasına yönelik meşru bir amaçla sınırlandırmalar getirilebileceği belirtilmiştir.⁸⁴ AİHM de evlenme hakkının kullanılmasının sosyal, kişisel ve hukuki sonuçlar doğurduğunu bu nedenle de taraf devletlerin ulusal kanunlarına tabi olduğunu, ulusal kanunlarda öngörülen evlenme hakkına ilişkin sınırlamaların, evliliğin ilan edilmesi ve resmileştirilmesi gibi konulara ilişkin şekli kuralları içerebileceği gibi, ehliyet, rıza, yakın hısımların evliliğinin yasaklanması veya birden fazla evliliğin önlenmesi gibi genel kabul gören kamusal yararlarla ilişkin maddi hükümleri de içerebileceğini belirtmiştir.⁸⁵ Bununla birlikte söz konusu sınırlamalar, hakkın özünü bozacak şekilde veya ölçüde bu hakkı kısıtlamamalı veya etkisiz bir hale getirmemelidir.⁸⁶ Fiil ehliyetine sahip yetişkinlerin rızaları dahilinde evlenmesini engelleyen yasal ve uygulamada ortaya çıkan engeller, hakkın özü ve hakkın etkisiz kınması kapsamında değerlendirilmektedir.⁸⁷

1. Şekli Sınırlandırmalar

Evliliğin yapılma şekline ilişkin her iki sözleşmede de açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle evliliğin yapılma şekli başka bir deyişle evlenme töreni hakkın özüne zarar vermeyecek bir şekilde taraf devletlerin takdir yetkisi kapsamında düzenlenebilecektir.⁸⁸

⁸³ Ibid 529-530.

⁸⁴ Rainey, McCormick and Owey (n 5) 401; Reid (n 33) 854; Merrills and Robertson (n 27) 190.

⁸⁵ F. v. Switzerland, (Court (Plenary)) no. 11329/85, (ECtHR 18 December 1987) § 32.

⁸⁶ Ibid 32. Mahkeme 12. madde kapsamında getirilen sınırlandırmaları 8. madde kapsamındaki gereklilik veya acil sosyal ihtiyaç kriterlerine göre değil, devletin takdir yetkisi kapsamında ve keyfilik ya da orantısızlık kriterleri esasında incelemektedir. Rainey, McCormick and Owey (n 5) 402.

⁸⁷ I. v. the United Kingdom [GC], no. 25680/94, (ECtHR 11 July 2002) § 79.

⁸⁸ Türk Hukukunda evlenme töreni evlendirme memuru önünde yapılır. Evlendirme memuru belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtardır. Bkz. TMK. m. 134. Ayrıca il nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerine, nüfus müdürlüklerine ve dış temsilciliklere, il ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurluğu yetkisi ve görevi verebilir. Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.4.2006, RG 29.4.2006/26153, m. 22/2 (19.10.2017 tarihli ve 7039 sayılı Kanunun 6. Maddesiyle değişik). Anayasanın 174/4. maddesi

MSHS kapsamında eşlerin özgür ve tam rızası olmadan hiçbir evlilik yapılamayacaktır. Sözleşme’de evlilik için belirli bir yaş belirlenmediğinden İnsan Hakları Komitesi ulusal düzenlemelerle belirlenecek evlenme yaşının evlenmek isteyen eşlerden her birinin, yasada öngörülen şekil ve koşullarda özgür ve tam kişisel rızasını verebileceği bir yaş olması gerektiğini belirtmektedir. Komiteye göre bu tür yasal hükümler Sözleşme ile güvence altına alınan diğer hakların tam olarak kullanılmasıyla uyumlu olmalıdır. Bu kapsamda örneğin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü her devletin mevzuatının hem dini nikah ile hem de resmi nikah ile evliliklerin yapılmasına imkân tanımasını gerektirmektedir. Bununla birlikte Komite bir devletin dini nikah ile yapılan bir evliliğin resmi nikah ile de yapılmasını ve medeni hukuk hükümlerine göre onaylanmasını veya tescil edilmesini şart koşabileceğini belirtmektedir.⁸⁹

AİHS kapsamında da taraf devletler evliliğin resmi nikah ile yapılmasını şart koşabilecekleri gibi, takdir yetkileri kapsamında dini nikah ile yapılan evlilikleri de tanıyabilirler. Mahkeme eski bir kararında belli dini ritüellere göre yapılan bir evliliğin kanunda belirtilen şekil şartlarına göre yapılmadığından dolayı kabul hukuken tescil edilmemesi nedeniyle yapılan bir başvuru üzerine evliliğin sadece düşünce, vicdan veya din özgürlüğü kapsamında bir ifade biçimi olarak değerlendirilemeyeceğini, Sözleşme ile düzenlenmiş ayrı bir hak olduğunu ve kullanımının ulusal düzenlemelere bırakıldığını, belirli bir dini ritüel yerine, kanunların öngördüğü şekillerde evlilik yapma yükümlülüğünün, evlenme hakkının reddi anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.⁹⁰

Öte yandan Mahkeme, İspanyol hukukunda Katolik, Protestan, Müslüman ve Yahudi dini rıza ifade biçimleri kabul edilerek yapılan evliliklerin resmi nikah ile yapılan evlilikle aynı hukuki sonuçları doğurmasına rağmen, Roman ritüellerine göre yapılan evliliklerin aynı sonucu doğurmaması nedeniyle yapılan şikâyeti Sözleşme’nin 12. maddesi temelinde 14. maddesi kapsamında ayrımcılık teşkil etmeyeceği gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.⁹¹ AİHM söz konusu dini ritüellerin devletle yapılan anlaşma kapsamında tanındığını, diğer dinlere ilişkin ritüeller ve roman ritüellerinin tanınmadığının altını çizmiştir. Mahkeme, bunun dini aidiyetten kaynaklanan bir ayrım olduğunu ve Roman topluluğu için geçerli olmadığını belirtmiş ve bu ayrımın, Romanların topluluğuna ait olmayan kişilerle aynı eşitlik koşulları altında medeni evliliği engellemediğini veya yasaklamadığını, yasama organının takdir yetkisi dahilinde bir husus olduğunu belirtmiştir.⁹²

uyarınca da evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına ilişkin bu hükmün anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyecektir. Yine TMK 153. Maddesi uyarınca evlenme töreni tamamlanınca verilecek aile cüzdanı gösterilmeden evlendirmenin dini töreni yapılamayacaktır.

⁸⁹ CCPR, *General Comment No. 19* (n 23) 4.

⁹⁰ X v. Federal Republic of Germany, (Commission) no, 6167/73 (ECHR 8 December 1974).

⁹¹ Muñoz Díaz v. Spain, no. 49151/07 (ECtHR 8 December 2009).

⁹² Ibid 80.

2. Maddi Sınırlandırmalar

Gerek MSHS’de gerekse de AİHS’de açık bir hüküm bulunmamakla birlikte evlenme hakkına getirilen tek eşlilik, yakın akrabalık, akıl hastalığı gibi maddi sınırlandırmalara her iki sözleşmenin bakışı önem taşımaktadır.⁹³

MSHS kapsamında İnsan Hakları Komitesi kadınlar ve erkekler arasında hakların eşitliğine ilişkin genel yorumunda çok eşliliğin evlenme hakkı ile ilgili eşit muamele ilkesiyle bağdaşmadığını ima ettiğini, çok eşliliğin kadınların onurunu ihlal ettiğini ve kadınlara karşı kabul edilemez bir ayrımcılık olduğunu ve taraf devletlerin çok eşliliği kesin olarak kaldırması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁴ Yine Komite belli dereceye kadar akrabalar arasında ve belli derecedeki zihin hastalığı nedeniyle evlenme hakkının sınırlandırılabilirliğini belirtmiştir.⁹⁵ Zira fiil ehliyeti tarafların rızasını da doğrudan etkilemektedir. Bununla birlikte bu tür sınırlandırmaların dar yorumlanması ve taraf devletlerce kabul edilen genel sınırlandırmalarla uyumlu olması gerekmektedir.⁹⁶ Öte yandan boşanma hakkı Sözleşme’de açıkça belirtilmemesine rağmen,⁹⁷ ulusal düzeyde getirilebilecek bir mutlak boşanma yasağının hem 17. maddede düzenlenen özel hayata ve aile hayatına müdahale teşkil edeceği, hem de 23/2. madde uyarınca evlenme hakkını ihlal edeceği belirtilmiştir.⁹⁸ Bununla birlikte söz konusu boşanma yasağının eş ve çocuklarının haklarının korunması şeklindeki dogmatik bir amaçla değil de eşlerin eşitliği prensibi gibi diğer Sözleşme ilkeleri ile uyumlu olduğu takdirde 23/2. madde ile çelişmeyeceği belirtilmiştir.⁹⁹

AİHM de AİHS 12. madde hükmünün evlenme hakkının üye devletlerde benimsenen tek eşlilik ilkesine uygun olarak bekar bir erkek ile bekar bir kadın arasındaki evliliği ima ettiğini belirtmiştir.¹⁰⁰ Bu nedenle de halen evli bir bireyin bekar birisiyle evlilik yapmasının yasaklanmasıyla 12. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹⁰¹ Ayrıca Sözleşme’de ve Ek 7 No.lu Protokol’ün 5. maddesinde de boşanmaya bir atıf yapılmamış olup, Mahkeme de boşanma hakkının

⁹³ Türk Hukukunda 17 yaş ve ayırt etme gücüne sahip olma evlenme koşulu olarak, belli derecede yakın hısımlık, mevcut evlilik ve akıl hastalığı evlenme engelleri olarak kabul edilmiştir. TMK. m. 124-133.

⁹⁴ CCPR, *General Comment No. 28 (n 39)* 24.

⁹⁵ CCPR, *General Comment No. 19 (n 23)* 4.

⁹⁶ Nowak (n 28) 529.

⁹⁷ Her ne kadar 23/4. madde de evliliğin sona ermesinden bahsedilmişse de söz konusu ifadenin boşanma hakkının tanınması anlamında kullanılmadığı, boşanma da dahil evliliğin sona ermesi durumunda eşlerin eşit muamele görmesinin garanti edilmesi anlamında kullanıldığı belirtilmiştir. Ibid 530.

⁹⁸ Ibid 530.

⁹⁹ Ibid 530.

¹⁰⁰ *Jonhston and Others v. Ireland*, (Court (Plenary)) no. 9697/82, (EÇtHR 18 December 1986) § 52

¹⁰¹ *X v. the United Kingdom*, (Commission (Plenary)) no. 3898/68 (ECtHR 22 July 1970).

bilinçli bir şekilde Sözleşme’de belirtilmediğini ve böyle bir hakkın tanınmasının amaçlanmadığını, dahası ulusal mevzuat ile istisnasız olarak getirilen boşanma yasağının Sözleşme’nin 12. maddesiyle çelişmediğini belirtmiştir.¹⁰²

Öte yandan kan bağı veya evlilik bağı olan akrabalar arasındaki evlenme yasağı ile ilgili daha önce evli olduğu eşinin kız kardeşiyle evlenen ancak iç hukukun üçüncü dereceye kadar doğrudan soy ve yan akrabalık bağı olan kişiler arasındaki evliliği yasaklaması nedeniyle yaklaşık on yıl sonra evliliğin feshedilmesi nedeniyle yapılan başvuru üzerine AİHM konuyu değerlendirme fırsatı bulmuştur. Mahkeme öncelikle başvuranların evliliğinin geçersizliği konusunun sonradan gündeme geldiğini, evlilikten sonra yetkili makamlar tarafından herhangi bir itirazda bulunulmadığının altını çizmiştir. Ayrıca söz konusu engelin başvuranın önceki evliliğinden olan kızının olası kafa karışıklığını veya duygusal güvensizliğini ya da akrabalık ilişkisi veya derecesi konusunda kafa karışıklığını önlemeye hizmet etmediğini belirtmiş ve Avrupa Konseyi üye devletleri arasında sadece iki üye devletin eski baldız ve kayınbiraderle evliliğe bir engel getirdiğini bu nedenle evliliğinin feshedilmesinin evlenme hakkını orantısız bir şekilde kısıtladığı ve hakkın özüne zarar verdiğini belirtmiştir.¹⁰³

Yine Mahkeme eski eşlerin her ikisinin de ölmesine rağmen kayınvalide ve kayınpeder ile damat ve gelin arasındaki evliliğin yasaklanmasını somut başvurunun özel koşulları bağlamında 12. maddenin ihlali olduğu sonucuna varmıştır.¹⁰⁴ Yüksek güvenlikli gözetim altına alınan başvuranın evlenmeye ilişkin izin talebinin vasi tarafından reddedilmesi ve vesayet hakiminin de sosyal ekonomik durum araştırması ve psikiyatrik değerlendirme temelinde bu kararı onaylaması nedeniyle yetkililerin, hem itiraz edilen yasal hükümler hem de iznin reddi konusunda, başvurayı etkili bir şekilde koruyabilmek ve böylece onun çıkarlarına

¹⁰² Babiarz v. Poland, no. 1955/10 (ECtHR 10 January 2017). Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Elif Çelikdemir Ankııcı ve Yücel Arslan ‘Bir Temel Hak Olarak Boşanma Hakkı (2024) 41(2) Anayasa Yargısı 507–548.

¹⁰³ Theodorou and Tsotsorou v. Greece, no 57854/15, (ECtHR 5 September 2019) § 27-36.

¹⁰⁴ Mahkeme çocukların genellikle ebeveynlerinden daha uzun yaşadıkları için eski eşlerin her ikisinin de ölmesi durumunda evliliklerin gerçekleşebileceği gerçeğinin öngörülemez ve genel olarak olasılığı düşük bir varsayım olduğunu ve bu durumun başvuranların evlenme hakkının özünü bozan durumu ortadan kaldırmadığı sonucuna varmış, somut evlilik yasağının ailenin bütünlüğünü korumayı (ebeveynler ve çocuklar arasında cinsel ilişkiyi önlemeyi) ve çevrelerindeki yetişkinlerin değişen ilişkilerinden etkilenebilecek çocuklara zarar gelmesini önlemeyi amaçladığını ve bunların da şüphesiz meşru amaçlar olduğunu, benzer derecede akrabalık bulunan evliliklere izin verme konusunda aynı endişeleri yansıtan ve benzer engeller getiren çok sayıda taraf devlet bulunduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte Birleşik Krallık hukukuna göre, bu derecede akrabalık bulunan kişilerin evliliğine ilişkin yasak mutlak olmayıp, Parlamento’nun kişisel bir yasası uyarınca evlilik gerçekleşebilmekte benzer durumda olan kişilerin evlenmelerine izin verilebilmektedir. Bu durumun da evliliğe getirilen engelin kamu politikası açısından hiçbir yararı olmadığı, bazı durumlarda uygulanan ehliyetsizlik ve feragat arasındaki tutarsızlığın bu önlemin rasyonelliğini ve mantığını zayıflattığı sonucuna varılmıştır. B. and L. v. the United Kingdom, no. 36536/02 (ECtHR 13 September 2005) § 34-41.

zarar verebilecek sonuçları öngörebilmek için takdir yetkisine sahip olduğunu ve evlenme hakkının keyfi veya orantısız bir şekilde kısıtlanmadığını belirtmiştir.¹⁰⁵

Ceza infaz kurumlarında bulunanların da evlenme hakkından mahrum bırakılmaması gerekmektedir. Bu hak ceza infaz kurumunun güvenliğine bir tehdit ya da suçun veya düzensizliğin önlenmesi gibi meşru amaçlarla ancak sınırlandırılabilir.¹⁰⁶ Öte yandan Mahkeme boşanmış kadınların yeniden evlenmek istemeleri halinde uygulanan 300 günlük bekleme süresi ya da bu süre içerisinde hamile olmadığını kanıtlayacak tıbbi muayene zorunluluğunu cinsiyet temelinde eşitsiz muamele teşkil ettiğine ve devlete tanınan takdir yetkisinin dar olduğunu belirtmiş, yeniden evlenme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁰⁷

Mahkeme ayrıca devletlerin haklı nedenlerle, yalnızca göçmenlik avantajı elde etmek amacıyla yapılan muvazaalı evlilikleri önleme hakkına sahip olabileceğini, bu kapsamda ulusal mevzuat uyarınca evlenmeye ehliyet belgesi almayı gerektiren maddi kuralların Sözleşme'nin 12. maddesine aykırı olmadığı belirtilmiştir.¹⁰⁸ Bununla birlikte, Sözleşme'nin gerektirdiği erişilebilirlik ve açıklık standartlarını karşılaması gereken ilgili yasaların tam ehliyetli bir kişiyi veya bir grup kişiyi, kendi seçtikleri eşlerle evlenme hakkından mahrum bırakamayacağını vurgulamıştır.¹⁰⁹

II. AİLE KURMA HAKKI

Her iki sözleşmede de evlenme hakkı ile birlikte aile kurma hakkı da ayrıca belirtilmiştir. Aile kurma hakkı evlenme hakkı ile yakın bir şekilde ilgilidir. Bununla birlikte aile kavramının kapsamı her iki sözleşmenin evlenme ve aile kurma hakkının düzenlendiği maddelerinde farklı bir şekilde düzenlenmiştir.¹¹⁰ MSHS aile kavramını daha geniş bir perspektiften ele alırken, AİHS aileyi evlilik ilişkisi ile sınırlandırmış ve dar bir tanımla tercih etmiştir.

A. Aile Kavramı

Aile anlayışı ülkeden ülkeye hatta bir ülke içinde bölgeden bölgeye farklılık gösterebileceğinden standart bir tanımla bulunmamaktadır.¹¹¹ Bununla birlikte

¹⁰⁵ Delecalle v. France, no. 37646/13 (ECtHR 25 October 2018) § 50-62.

¹⁰⁶ Frasić v. Poland, no. 22933/02 (ECtHR 5 January 2010) § 94-95.

¹⁰⁷ Nurcan Bayraktar v. Türkiye, no. 27094/20 (ECtHR 27 June 2023) § 78-93.

¹⁰⁸ Sanders v. France, (Commission) no. 31401/96 (ECtHR 16 October 1996).

¹⁰⁹ Frasić v. Poland, no. 22933/02 (ECtHR 5 January 2010) § 89.

¹¹⁰ Anayasa'da ise evlenme hakkında olduğu gibi aile kurma hakkına ilişkin olarak da açık bir düzenleme bulunmadığı, bununla birlikte aile kurma hakkının da Anayasa'nın özel hayatın gizliliği başlıklı 20. ve ailenin korunması ve çocuk hakları başlıklı 41. maddeleri hükümlerinde içkin olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Karan (n 19) 434-435. AYM de Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinin evlenme ve aile kurma hakkı açısından önemli birer normatif dayanak olduğunu belirtmiştir. Bkz. AYM, 2013/3440, § 44.

¹¹¹ Türk Hukukunda en geniş anlamıyla aile, karı-koca ve çocukların yanı sıra aynı çatı altında

Komite ulusal mevzuat ve uygulamalar uyarınca aile olarak kabul edilen grup veya kişilerin MSHS 23. maddesi kapsamındaki aileye tanınan korumadan yararlanacağını belirtmektedir.¹¹² Dolayısıyla ulusal mevzuat ve uygulama uyarınca aile olarak kabul edilen kişiler veya gruplar Sözleşme kapsamında aile olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle MSHS’de aile kavramı, taraf devletlerin ilgili kültürel anlayışlarına uygun olarak geniş bir şekilde yorumlanmaktadır. Kan bağı ile evlilik ve evlat edinme gibi yasal ilişki kurma biçimlerine ek olarak, bir ailenin varlığı için birlikte yaşam, ekonomik bağlar veya yoğun ve düzenli bir ilişki gibi diğer kriterler de esas alınmaktadır.¹¹³ Bu nedenle evlilik yoluyla kurulan ailelerin yanı sıra, evlilik dışı ilişkilerle birbirine bağlı birey grupları ve geniş aile, boşanma sonrası anne-baba ve çocuk arasındaki ilişkiler vb. de korunmaktadır.¹¹⁴ Bununla birlikte salt kağıt üzerindeki resmi evliliğin örneğin karı-koca ilişkisi veya kan bağına ilişkin örneğin ebeveyn çocuk ilişkisinin tek başına bir aile oluşturmak için yeterli olmadığı, bu tür ilişkilerin bir dereceye kadar fiili bir aile yaşamı sergilemesi gerektiği belirtilmektedir.¹¹⁵ İnsan Hakları Komitesi evli olmayan çiftler ve çocukları veya bekar ebeveyn ve çocuklarını aile tanımı kapsamında kabul ederken, bir annenin kızından 17 yıl ayrı yaşamasından sonra artık ailevi ilişkilerinin bulunmadığını, resmî ilişkilerin tek başına onları bir aile olarak nitelendirmek için yeterli olmadığını dolayısıyla da artık bir ailenin var olmadığını belirtmiştir.¹¹⁶ Komite ayrıca aile kavramının yalnızca evlilik süresince var olan aile evinde yaşayan aile üyelerini kapsamadığını, ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkilerin de aile kavramı kapsamında bulunduğunu belirtmektedir. Bu kapsamda Komite boşanmanın, evliliği yasal olarak sona erdirmesine rağmen baba veya anne ile çocuk arasındaki bağı ortadan kaldıramadığını, bu bağı evliliğinin devamına bağlı olmadığını vurgulamıştır.¹¹⁷ Dolayısıyla bu tür farklı yaşam şekilleri ailevi ilişkilere yol açacak şekilde yorumlanabilecek ve e devam ettikleri sürece devlet ve toplum tarafından korunma hakkına sahip olabilecektir. Zira geleneksel evlilik aile hayatı kurmak için gerekli bir ön koşul olarak görülmemektedir.¹¹⁸

yaşayan ve tek bir otorite tarafından yönetilen kişiler topluluğudur. Başka bir deyişle aile, evlilik ve hısımlık ilişkileriyle birbirine bağlı bulunan kişileri kapsayan bir kurumdur. Bilge Öztan, Aile Hukuku (Turhan Kitapevi 2015) 4; Turgut Akıntürk, Aile Hukuku (Beta Basım Yayın 2024) 6; Şahin Akıncı, ‘Medenî Kanun’da Kadın ve Aile’ (2004) 8(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17.

¹¹² CCPR, *General Comment No. 19* (n 23) 2.

¹¹³ CCPR, *Baluguer Santacana IJ, Spain*, Communication No. 417/1990, 27 July 1994, CCPR/C/51/D417/1990, § 10.2,

¹¹⁴ Nowak (n 28) 517.

¹¹⁵ Carlson and Gisvold (n 20) 138.

¹¹⁶ CCPR, *A.S. v. Canada*, Communication No. 68/1980, 31 March 1981, CCPR/C/12/D/68/1980, § 8.2(b).

¹¹⁷ CCPR, *Hendriks f}, the Netherlands*, Communication No. 201/1985, 2 August 1988, CCPR/C/33/D/201/1985, § 10.3.

¹¹⁸ Carlson and Gisvold (n 20) 138.



AİHS’de ise 12. maddede düzenlenen aile kurma hakkı bağlamında aile kavramı geleneksel görüşe uygun olarak sadece evlilik ilişkileri kapsamında korunmaktadır. Bu nedenle AİHS’nin 12. maddesi MSHS’nin 23. maddesi ile kıyaslandığında kapsamı çok daha dar olup, Sözleşme aile kurma hakkını sadece evlilik yoluyla tanımaktadır.¹¹⁹ Bununla birlikte AİHS 8. maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı bağlamında aile kavramı ise çok daha geniş bir şekilde ele alınmakta ve korunmaktadır. AİHM de aile hayatının var olup olmadığının yakın kişisel bağların gerçekte var olup olmadığına bağlı bir olgusal sorun olduğunu belirtmekte ve aile hayatının yasal olarak tanınmadığı durumlarda, başvuranların birlikte yaşaması gibi fiili aile bağlarına bakmaktadır.¹²⁰ Ayrıca ilişkinin uzunluğu ve çiftlerin birlikte çocuk sahibi olarak birbirlerine olan bağlılıklarını gösterip göstermedikleri gibi faktörler de dikkate alınmaktadır.¹²¹ Kısaca 8. madde uyarınca aile hayatı hukuken tanınan bir evlilik gerektirmemekte olup herhangi bir birlikte yaşama ilişkisi de madde kapsamında aile hayatı olarak korunmaktadır.¹²² Dini usullere göre yapılan evlilikler de devlet müdahalesi olmaksızın 8. madde kapsamında korunmaktadır. Bununla birlikte bu hak devletlere bu şekilde yapılan evlilikleri hukuken tanıma zorunluluğu yüklemeyiz.¹²³ Bu kapsamda madde evliliğe dayalı ilişkilerin yanı sıra, tarafların evlilik dışı birlikte yaşadığı veya diğer faktörlerin ilişkinin yeterli sürekliliğe sahip olduğunu gösterdiği eşcinsel çiftler arasındaki ilişkiler de dahil olmak üzere her türlü fiili aile yaşamını kapsamaktadır.¹²⁴ Mahkeme ayrıca kural olarak aile hayatının birlikte yaşamayı gerektirdiğini ve biyolojik ebeveyn ile çocuk arasında, yakın kişisel bir ilişkinin varlığını gösteren başka herhangi bir hukuki veya fiili unsur olmadığı durumlarda biyolojik akrabalığın 8. maddenin korumasını sağlamak için yeterli olmadığını belirtmiştir.¹²⁵

B. MSHS’de Aile Kurma Hakkı

Sözleşme’nin 23/2. maddesinde düzenlenen aile kurma hakkı¹²⁶ prensip olarak, birlikte yaşama ve üreme imkânını içerir.¹²⁷ Bu nedenle aile kurma hakkının odak

¹¹⁹ Christine Goodwin v. the United Kingdom (n 74) § 98.

¹²⁰ Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no. 25358/12 (ECtHR 24 January 2017) § 140; Johnston and others v. Ireland, (Court (Plenary), no. 9697/82, (ECtHR 18 December 1986), § 56.

¹²¹ X, Y and Z v. the United Kingdom, (Court (Grand Chamber), no. 21830/93 (ECtHR 22 April 1997) § 36.

¹²² Serife Yigit v. Turkey, (GC), no. 3976/05 (ECtHR 2 November 2010) § 94.

¹²³ Rajnaara Akhtar, ‘The Human Right to Marry: A Refugee’s Perspective’ (2018) Journal of Social Welfare and Family Law 5 <<https://doi.org/10.1080/09649069.2018.1451013>> E.T. 10 Eylül 2025.

¹²⁴ Paradiso and Campanelli v. Italy (n 110) § 140.

¹²⁵ Katsikeros v. Greece, no. 2303/19 (ECtHR 21 July 2022) § 43.

¹²⁶ AYM’de Anayasa’nın 20. ve 41. maddelerinde normatif dayanağını bulan evlenme/aile kurma hakkının, öncelikle aile olarak nitelendirilen bir birlikteliğin ya da yakın bağ varlığını gerektiren aile hayatına saygı hakkından farklı olarak, belirli şartları taşıyan bireylerin yasalara uygun şekilde evlenebilmeleri açısından hakkın amacına uygun şekilde gerekli koşulların ve kolaylığın sağlanmasını güvence altına aldığını belirtmektedir. AYM, 2019/32487 § 42.

¹²⁷ CCPR, *General Comment No. 19* (n 23) 5.

noktasının üremeye yönelik devlet veya özel kişilerin müdahalesine karşı koruma sağlamak olduğu belirtilmiştir.¹²⁸

MSHS kapsamında evlenme hakkına sahip olan kişilerin aile kurma hakkı güvence altına alınmış olsa da evlilik bu hakkın kullanılması için bir ön koşul olarak kabul edilmemektedir. Zira Sözleşme'nin 23/2. maddesi ailenin tüm kültürel biçimlerine kapsamlı ve kurumsal koruma sağlayan bir hüküm niteliğindedir. Ayrıca maddede her iki hak ayrı ayrı belirtildikten sonra AİHS'de olduğu gibi her ikisini de kapsayacak şekilde 'bu hak' kelimesi kullanılmamıştır.¹²⁹ Bu nedenle evliliklerin yanı sıra ilgili devletin hukuk düzeni ve sosyo-kültürel yapısına uygun olarak çocuklu veya çocuksuz birlikte yaşama ve diğer tüm aile biçimleri de dahil olmak üzere aile kurmayı amaçlayan her türlü eylemin aile kurma hakkının kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte aile kurma hakkının Sözleşme'de düzenlenme şekli ve evlenme hakkı ile yakınlığı nedeniyle evlenme hakkına getirilebilecek sınırlandırmalar ve düzenlemeler örneğin eşcinsel evliliklere yönelik sınırlandırmalar kıyas yoluyla aile kurma hakkına da getirilebilecektir.¹³⁰

Aile kurma hakkının özünde eşlerin çocuk sahibi olma hakkı bulunduğundan, bu hak doğal veya yapay üreme yoluyla kullanılabileceği gibi, evlat edinme veya ebeveyn-çocuk ilişkisinin yasal olarak tanınmasının diğer şekilleriyle de kullanılabilir. Bu nedenle taraf devletlerin üremeyi sınırlandırmaktan kaçınmasının yanı sıra evli ve evli olmayan heteroseksüel çiftlerin ulusal mevzuatta belirtilen belirli koşullar altında evlat edinebilmelerini veya onlara başka bir imkân sağlama konusunda belirli bir pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır.¹³¹

Evlenme hakkı gibi aile kurma hakkına ilişkin de sözleşme metninde bir sınırlandırma hükmü yer almamaktadır. Bu nedenle devletin takdir yetkisi kapsamında bu hakka yönelik getirilecek sınırlandırmalar da taraf devletlerde genel olarak tanınıp tanınmadığı ve Sözleşme kapsamında meşru bir amaca hizmet edip etmediği dikkate alınarak dar yorumlanmak suretiyle getirilebilecektir. Bu kapsamda evli olmayanlara evlatlık hakkı tanınmaması yönünde taraf devletler arasında genel olarak kabul edilmiş bir sınırlandırma bulunmaktadır. Öte yandan modern yapay üreme biçimleri olan ücretli taşıyıcı annelik, sperm ve yumurta bağışçıların tamamen anonim kalması, üreme klonlaması ve rahimde veya tüp bebekte embriyolarla yapılan her türlü genetik manipülasyon ve deneyin yasaklanması ise Sözleşme'nin diğer haklarını (6, 7, 8, 17, 24 ve 26. maddeler) korumak için meşru bir amaca hizmet edebilecektir.¹³²

¹²⁸ Carlson and Gisvold (n 20) 140.

¹²⁹ Nowak (n 28) 532

¹³⁰ Çocuklu veya çocuksuz birlikte yaşayan eşcinsel çiftler 23. maddedeki aile kurma hakkından yararlanamamaktadır. Ibid 532.

¹³¹ Nowak (n 28) 533.

¹³² Ibid 534.

İnsan Hakları Komitesi aile kurma hakkı bağlamında taraf devletlerin, üreme ve birlikte yaşamaya yönelik olarak ayrımcı veya zorunlu nitelikte olmaması koşuluyla aile planlaması tedbirleri alabileceğini kabul etmektedir.¹³³ Komite ayrıca 23/2. madde hükmünün taraf devletleri, aile birliğini garanti altına almayı ve aile birliğini sağlamayı amaçlayan uygun tedbirler almaya mecbur kıldığını belirtmektedir.¹³⁴

C. AİHS’de Aile Kurma Hakkı

Aile kurma hakkı AİHS’nin 12. maddesinde güvence altına alınmış ve evlenme hakkının bir sonucu olarak düzenlenmiştir. AİHS’te evlenme ve aile kurma hakkının tek bir hak olarak tanınması, başka bir deyişle madde metninde ‘bu hakkın kullanılması’ denilmek suretiyle her iki hakkın tek bir temel hak olarak kabul edilmesi eleştirilmiştir.¹³⁵ Dolayısıyla aile kurma hakkı sadece evlilik içinde geçerli olarak kabul edilmekte olduğundan bir çiftin varlığı esas olup, bu hak evlilik dışı çocuk sahibi olma hakkını garanti altına almamakta,¹³⁶ evlilik dışı birlikteliklere ilişkin bir koruma sağlamamaktadır.¹³⁷ Bununla birlikte aile kurabilme evlilik için bir koşul değildir. Başka bir deyişle, bir çiftin veya ebeveynin çocuk sahibi olamaması evlenme hakkından yararlanma haklarını ortadan kaldırdığı şeklinde yorumlanamaz.¹³⁸

Aile kurma hakkı, ailenin kurulması ile sınırlı bir koruma sağlamakta olup, çocukların koruna altına alınması evliliğin ötesinde ve aile yaşamına ilişkin bir güvence getirmemektedir. Mahkeme aile kurma hakkının, salt üreme veya torun sahibi olma hakkı doğurmadığını belirtmiştir.¹³⁹ Ayrıca aile kurma hakkı mutlak olmakla birlikte, bir kişiye her zaman üreme imkânı verilmesi gerektiği anlamına gelecek şekilde de yorumlanamayacaktır.¹⁴⁰ Eşinin itirazına rağmen hamileliğini sonlandırılması nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin olarak AİHM, madde 8/2 kapsamında haklı görülen aile hayatına bir müdahalenin aynı zamanda 12. maddenin ihlalini teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Bununla birlikte gebeliğin annenin sağlığını koruma amacıyla ve ulusal mevzuata uygun olarak sonlandırıldığını belirtmiş hem 8, hem de 12. madde kapsamındaki şikayetler bakımından başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur.¹⁴¹ Yine Mahke-

¹³³ CCPR, General Comment No. 19 (n 23) 5.

¹³⁴ Ibid 5.

¹³⁵ Rainey, McCormick and Owey (n 5) 404.

¹³⁶ X. v. Belgium and Netherland, (Commission (Plenary)) no. 6482/74 (ECtHR 10 July 1975).

¹³⁷ Harris et al (n 26) 715.

¹³⁸ Christine Goodwin v. the United Kingdom (n 74) § 98.

¹³⁹ Šijakova and Others v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 67914/01 (ECtHR 06 March 2003).

¹⁴⁰ X. v. The United Kingdom, (Commission (Plenary)) no. 3075/67 (ECtHR 19 July 1968).

¹⁴¹ Boso v. Italy, no. 50490/99 (ECtHR 05 September 2002).

me bir mahkûm ve eşine suni dölleme tesislerinin kullanımının reddedilmesine ilişkin bir başvuruda bu tesislere yalnızca istisnai durumlarda erişim sağlanabileceğine ilişkin genel politikayı incelemiş ve politikanın yapılandırıldığı şekliyle, çatışan bireysel ve kamu menfaatlerinin gerçek anlamda değerlendirilmesini fiilen dışladığı ve herhangi bir bireysel davada sınırlandırmanın orantılılığının gerekli şekilde değerlendirilmesini engellediği sonucuna varmış ve orantılılık değerlendirmesine izin vermeyen söz konusu düzenlemenin takdir yetkisinin dışında kaldığını belirtmiş ve Sözleşme'nin hem 12 hem de 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁴²

Aile kurma hakkı doğal yollarla çocuk sahibi olmayı kapsamakta, çiftin bir çocuğu evlat edinme veya başka bir şekilde bir aileye entegre etme hakkını güvence altına almamaktadır.¹⁴³ Ayrıca aile kurma hakkı bir çiftin varlığını gerektirdiğinden evli olmayan bir kişi tarafından evlat edinmeyi de kapsamamaktadır.¹⁴⁴ Evlat edinmeye ilişkin hususlar özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının düzenlendiği 8. madde kapsamında incelenmektedir.

Öte yandan özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler için aile kurma hakkının kullanılmasının önünde fiili engeller bulunmaktadır. Avrupa Konseyi üyesi devletlerin yarısından fazlası çeşitli kısıtlamalara tabi olarak, özgürlüğünden yoksun kişiler için eş ziyaretlerine izin vermesine rağmen, Mahkeme Sözleşme'yi taraf devletlerin bu tür ziyaretler için düzenleme yapmasını gerektirecek şekilde yorumlamamıştır. Dolayısıyla özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin eş ziyareti devletlerin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu bir alandır.¹⁴⁵

III. DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Evlenme hakkına ilişkin Evrensel Beyanname uyarınca devletin çeşitli yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır.¹⁴⁶ Buna göre devletin ailenin varlığı için yasal bir temel oluşturması, yani ebeveynlerin birliğini ve çocuklarıyla olan ilişkilerini koruyan aile hukuku hükümleri ve ailenin dağılması durumunda çocukların korunmasını sağlaması gerekmektedir. Ayrıca ailelerin toplum tarafından korunma hakkına sahip olduğuna dair yatay yükümlülüğün devlete meşru bir amaç olmaksızın aileye müdahale edilmemesini hukuki yollarla sağlama yönünde bir yükümlülük yüklediği kabul edilmektedir.¹⁴⁷

¹⁴² Dickson v. the United Kingdom, (GC), no. 44362/04 (ECtHR 4 December 2007).

¹⁴³ X. and Y. v. the United Kingdom, (Commission (Plenary)) no. 7229/75 (ECtHR 15 December 1977).

¹⁴⁴ X. v. Belgium and Netherland; Di Lazzaro v. Italy, (Commission (Plenary)) no. 31924/96 (ECtHR 10 July 1997); Emonet and others v. Switzerland, no.39051/03 (ECtHR 13 December 2007).

¹⁴⁵ Dickson v. the United Kingdom (n 142) 81.

¹⁴⁶ Anayasa'da evlenme ve aile kurma hakkı bakımından devletin yükümlülüklerine ilişkin açık bir hüküm yer almamakla birle Türk Hukukunda da devletin çeşitli negatif ve pozitif yükümlülükleri gündeme gelmektedir. Bkz. Karan (n 19) 437.

¹⁴⁷ Gudmundur Alfredsson and Asbjørn Eide, *Universal Declaration of Human Rights: A Common*



MSHS'nin 2. maddesi uyarınca da taraf devletlerin Sözleşme'de tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda taraf devletlerin Sözleşme'de tanınan hak veya özgürlükleri ihlal edilenlere, ihlal fiili resmi sıfatı bulunmayan üçüncü kişiler tarafından işlense dahi, etkili başvuru yolları sağlamak zorundadır. Ayrıca Sözleşme'nin 23. maddesi uyarınca aile toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahiptir. Bu kapsamda taraf devletler evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona erdiği hallerde eşlerin eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olmaları için gerekli önlemleri alma ve evliliğin sona erdiği hallerde çocukların korunması için gerekli tedbirleri alma yükümlülükleri bulunmaktadır.

AİHS'nin 1. maddesi uyarınca da taraf devletler kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamakla yükümlüdür. Sözleşme'nin 13. maddesi ise hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahip olması gerektiğini belirtir. Sözleşme'nin 14. maddesi uyarınca da taraf devletlerin cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin herkesin hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır.

Uluslararası insan hakları hukuku, bireylerin veya grupların insan haklarını ve temel özgürlüklerini geliştirmek ve korumak, herkesin insan haklarından faydalanmasını sağlamak amacıyla devletlerin belirli şekillerde hareket etme veya belirli eylemlerden kaçınma yükümlülüklerini ortaya koyar. Bu kapsamda devletlerin uluslararası sözleşmeler kapsamında insan haklarından yararlanılmasına müdahale etmekten veya kısıtlamaktan kaçınması gerektiği anlamına gelen saygı gösterme yükümlülüğü, bireyleri ve grupları insan hakları ihlallerine karşı korumasını gerektiren koruma yükümlülüğü ve temel insan haklarından yararlanılmasını kolaylaştırmak için olumlu adımlar atması gerektiği anlamına gelen yerine getirme yükümlülüğü olmak üzere üç tür yükümlülükleri bulunmaktadır. Genel olarak saygı gösterme yükümlülüğü devletin negatif yükümlülükleri kapsamında değerlendirilirken koruma ve gerçekleştirme yükümlülükleri pozitif yükümlülükler olarak ele alınmaktadır.¹⁴⁸

Standard of Achievement (Martinus Nijhoff Publishers 1999) 343.

¹⁴⁸ Jean-François Akandji-Kombe, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights - A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights* (Council of Europe 2007) 5-6.

Devletin negatif yükümlülüğü, meşru bir sebep olmadan bireylerin sözleşmede tanımlanan haklarını kullanmasına müdahale etmekten kaçınma yükümlülüğünü ifade eder. Pozitif yükümlülükler ise hakkın kullanılması için devletin olumlu bir müdahalesi başka bir deyişle gerekli adımları atması anlamına gelir. Pozitif yükümlülük sözleşme metninde açıkça yer alabileceği gibi metnin zorunlu bir sonucu olarak da ortaya çıkabilmektedir.¹⁴⁹ İnsan haklarının korunmasına ilişkin olarak önceleri devletin negatif yükümlülüğü gündeme gelmişken,¹⁵⁰ zamanla bu yaklaşımın yetersiz olduğu anlaşılmış devletin birtakım olumlu müdahalelerde bulunmasının, insan haklarının korunması bakımından zaruri olduğu ortaya çıkmıştır.

Bu kapsamda evlenme ve aile kurma hakkı ile ilgili olarak da her iki sözleşme bakımından devletin birtakım negatif ve pozitif yükümlülükleri gündeme gelmektedir.

A. Negatif Yükümlülükler

MSHS aileyi toplumun temel ve doğal bir birimi olarak tanımlamakta ve aynı maddede aile hakkı ile birlikte evlenme ve aile kurma hakkını da düzenlediğinden söz konusu haklara yönelik olarak devletlere çok geniş yükümlülükler yüklemektedir. Hatta devletlerin dışında topluma ve özel kişilere de bu yönde yükümlülükler yüklemektedir.¹⁵¹

Sözleşme devletlerin evlilik çağına gelen bireylerin evlenme ve aile kurma iradelerine müdahale etmeme, çocukların ebeveynlerinden zorla ayrılmasında ve yabancıların sınır dışı edilmesi ve sürgün edilmesi yoluyla aile hayatına farklı şekillerde müdahale edilmemesi gibi çeşitli negatif yükümlülükler yüklemektedir.¹⁵² Bununla birlikte 23/1. maddenin gerçek öneminin devlet müdahalesini engellemekten ziyade ailenin varlığının korunmasında yatmakta olduğu, dolayısıyla da negatif yükümlülüklerin esasen 17. maddede düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında gündeme geldiği belirtilmiştir.¹⁵³ Öte yandan birlikte yaşama ve üreme imkânı 23/2. maddede düzenlenen aile kurma hakkının

¹⁴⁹ Harris et al (n 26) 24.

¹⁵⁰ Örneğin AİHM'nin bu kavramı ilk kez 1968'de Belgian Linguistic davasında kullandığı belirtilmiştir. Bkz. Malu Beijer, 'The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights' in Sacha Prechal and others (eds), *Limits of Fundamental Rights Protection by the EU: The Scope for the Development of Positive Obligations* (Intersentia 2018) 38 <<https://doi.org/10.1017/9781780684727>> E.T. 10 Eylül 2025.

¹⁵¹ Sözleşme, Evrensel Beyanname ve AİHS'den farklı olarak devletlerin evlenme ve aile kurma hakkını tanımak zorunda olduğunu belirlemektedir. Zira her iki belgede de evlenme ve aile kurma hakkına 'sahiptir' denilirken, Sözleşme'de evlenme ve aile kurma hakkı 'tanınır' şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Bununla birlikte söz konusu ifade değişikliğinin devletin yükümlülüklerine ilişkin olarak farklı bir durum ortaya çıkarmadığı belirtilmiştir. Bkz. Nowak (n 28) 527.

¹⁵² Türk Hukukunda da diğer tüm haklarda olduğu gibi evlenme ve aile kurma hakkı bakımından da devletin negatif yükümlülükleri söz konusudur. Karan (n 19) 437.

¹⁵³ Ibid 519-520.

özünü oluşturduğundan aile birliği ve üremeye yönelik devlet ya da özel kişilerin müdahalesine karşı koruma sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁵⁴

AİHS ise genel olarak ailenin sosyal boyutlarına atıf yapmamış ve aile ile ilgili hakları bireysel bir hak olarak öngörmüştür. 12. maddede de sadece evlenme ve aile kurma hakkı düzenlenmiş olup açık bir yükümlülükten bahsedilmemiştir. Bununla birlikte devletlerin evlenme ve aile kurma hakkına müdahale etmeme gibi bir negatif yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir.¹⁵⁵ Bu kapsamda doğal yollarla çocuk sahibi olunmasına müdahale teşkil eden doğum kontrolü yöntemlerine başvurma zorunluluğu getirilmesi, zorla kısırlaştırma veya kürtaj kararı verilmesi gibi aile kurma hakkı bağlamında devletin negatif yükümlülüğü gündeme gelmektedir.¹⁵⁶ Bununla birlikte evlenme hakkı prensip olarak, evliliğin coğrafi konumunu seçme hakkını içermediğinden çiftin nişanlısının ikamet ettiği ülkede evlenebilmesi durumunda, yabancı nişanlıya bir devlete giriş izni verilmesi yükümlülüğü bulunmamakta olup, izin verilmemesi 12. maddeye göre bireyin evlenme hakkını ihlal etmeyecektir.¹⁵⁷

B. Pozitif Yükümlülükler

MSHS 23. maddede ailenin sosyal bir kurum olarak korunması ve güçlendirilmesi amacıyla taraf devletlerin gerekli tedbirleri alma ve yasal düzenlemeler yapmalarını içeren pozitif yükümlülükler yüklemektedir.¹⁵⁸ Ayrıca her iki eşin de evlilik haklarını eşitlik ilkesine göre güvence altına alma yükümlülüğünü ortaya koymakta ve bir evliliğin sona ermesi durumunda çocukları korumaktadır.

Madde 23/1 öncelikle aileyi toplumun doğal ve temel birimi olarak tanımlamakta ve bu ifade kültürel veya sosyal farklılıklardan bağımsız olarak, ailenin toplumun tamamına fayda sağlamak için çeşitli işlevler gördüğü konusunda evrensel bir mutabakat olduğunu göstermektedir. Böylelikle aile ve toplum arasındaki ilişkinin önemi vurgulanmakta ve ulusal hukuk sistemlerinde ailelerin menfaatlerinin daha fazla dikkate alınmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Ayrıca aileye toplumsal bir kurum olarak korunan bir varoluş hakkı tanınmakta ve devlet ve

¹⁵⁴ Carlson and Gisvold (n 20)140.

¹⁵⁵ Karan (n 19) 436.

¹⁵⁶ Çakmak (n 29) 180.

¹⁵⁷ Savoia and Bounegru v. Italy, no. 8407/05 (ECtHR 11 July 2006).

¹⁵⁸ Anayasa'nın 5. maddesi genel olarak 41. maddesi ise özel olarak devlete evlenme ve aile kurma hakkına ilişkin çeşitli pozitif yükümlülükler yüklemektedir. 41. maddenin gerekçesinde yer alan "ailenin korunması fikrinin, her şeyden önce Medeni Kanun anlamında evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak olduğu şüphesizdir" ifadesi devletin pozitif yükümlülüklerinin temelini oluşturabilecektir. Madde metninde yer alan "ananın ve çocukların korunması" ifadesi ve maddenin gerekçesinde yer alan "ailenin korunması yanında, ananın ve çocuğun da korunması hükmüne bağlanmıştır" ifadeleri evli çiftlerin çocuk sahibi olma, başka bir deyişle aile kurma hakkının korunabilmesini olanaklı hale getirme bakımından devlete pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Karan (n 19) 437.

toplumu¹⁵⁹ bu korumayı sağlamakla yükümlü kılmaktadır. Söz konusu koruma tedbirleri ülkeden ülkeye farklılık gösterebilecek ve yasal, idari veya diğer tedbirler şeklinde olabilecektir.¹⁶⁰ Bununla birlikte tüm taraf devletler ailenin birliğini koruyan yeterli önlemleri almakla yükümlüdür ve aile üyelerinin birlikte yaşama hakkına sahip olduğunu kabul etmelidirler. Dahası taraf devletler, aileye belirli mali yardım veya vergi avantajı dahil olmak ve bunlarla sınırlı olmamak üzere mali destek sağlama konusunda pozitif bir yükümlülük altındadır.¹⁶¹

Öte yandan 23/4. madde eşler arasında eşitliği kolaylaştırmak ve evlenme esnasında, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi hallerinde cinsiyete dayalı ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik bir pozitif yükümlülük yüklemektedir. Bu kapsamda taraf devletlerin eşlerin hak ve sorumluluklarının eşitliğini teşvik etmek için uygun tedbirleri almakla yükümlüdür. Evlenmek isteyen eşlerden birinin vatandaşlığını kaybetmesini veya yeni bir vatandaşlık edinmesini zorunlu kılmaya yönelik düzenlemeler evlilikte eşitliği zedeleyecektir. Ayrıca eşlerden her birinin kendi soyadını kullanma haklarının da güvence altına alınması gerekmektedir. Yine miras, evlilik malları, nafaka ve çocuk velayeti konusunda yasalara uygun olarak eşitlik garanti edilmeli, evliliğin sona ermesi halinde her bir ebeveynin çocuklarıyla düzenli görüşme hakkı ve gerektiği takdirde çocuklara devlet tarafından özel koruma imkânı sağlanmalıdır. Bununla birlikte 23/4. maddede belirtilen özel koruma, meşru çocuklarla sınırlı olup, evlilik dışı doğan ve bu nedenle gayri meşru kabul edilen çocuklar 24. madde kapsamında sağlanan korumalardan faydalanırlar.¹⁶²

AİHS kapsamında pozitif yükümlülükler ise oldukça sınırlı bir şekilde gündeme gelebilmektedir.¹⁶³ Zira devletin, kişilerin evliliğini kolaylaştırma, ailenin desteklenmesi ve bazı sosyal programların kabulü şeklinde bir pozitif yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹⁶⁴ Bununla birlikte evlenmeyi engelleyen dolayısıyla evlenme hakkının kullanılmasını etkileyen tali durumların ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak devletin bir pozitif yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Bu husus özellikle cezaevinde bulunan kişilerin evlenme hakkını kullanabilmesi için geçici olarak salıverilmesi ya da evlilik töreninin cezaevinde gerçekleştirilmesine imkân sağ-

¹⁵⁹ Esasen uluslararası araçların normatif etkisi taraf devletleri bağladığı halde Sözleşme ile devlet dışı kuruluşlar veya sosyal kurumların da ailenin korunmasını sağlamak için uygun önlemleri almaya mecbur kılınması önemli bir yeniliktir. Söz konusu hükmün muhtemelen inanç temelli örgütler de dahil olmak üzere sosyal kurumların aileyi korumak için önlemler almakla yükümlü tutulabileceğini göstermekte olduğu belirtilmiştir. Bkz. Carlson and Gisvold (n 20) 139.

¹⁶⁰ CCPR, *General Comment No. 19* (n 31) 5.

¹⁶¹ Nowak (n 28) 520.

¹⁶² Ibid 520; Carlson and Gisvold (n 20) 140.

¹⁶³ Karan (n 19) 436.

¹⁶⁴ Harris et al (n 26) 712.



lanması şeklinde devletin pozitif yükümlülüğü olarak gündeme gelmektedir.¹⁶⁵ Bununla birlikte madde aile kurma hakkı bağlamında dahi ola evli bir mahkûma eş ziyareti tanınmasına yönelik bir yükümlülük getirmemekte olup, bu husus taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır.

Aile kurma hakkı kapsamında evlat edinme ve yapay üremenin bazı durumlarda 12. madde kapsamına girebileceği ancak bu konudaki içtihatların henüz gelişmediği bu nedenle de Mahkeme içtihatlarıyla maddenin evlat edinme ve yapay üremeye ilişkin devlete pozitif yükümlülükler yüklediği şeklinde yorumlanabileceği ileri sürülmüştür.¹⁶⁶

Öte yandan ulusal hukukta boşanma hakkının tanındığı durumlarda boşanmış kişilerin yeniden evlenme hakları 12. madde kapsamında korunmaktadır.¹⁶⁷ Bu nedenle boşanma davalarının makul bir sürede sonuçlandırılması da yeniden evlenme hakkının kullanılabilmesi yönünden bir pozitif yükümlülük olarak gündeme gelebilmektedir. Başvuranın boşanma davasının uzunluğundan şikayetçi olduğu, yeniden evlenmeyi planladığını ve uzun süren boşanma davalarının bunu yapmasını engellediğini belirtmesine rağmen, yerel mahkemelerin beş yıldan uzun bir süre boyunca, kısmi karar talebinin gerekçe gösterilmeden reddedilmesi ya da görmezden gelinmesinin başvuranı uzun süreli bir belirsizlik içinde bıraktığı değerlendirilmiş ve evlenme hakkının makul olmayan bir şekilde kısıtlandığı belirtilmiştir.¹⁶⁸

SONUÇ

Çalışma kapsamında evlenme ve aile kurma hakkı Türkiye'nin taraf olduğu MSHS ile AİHS kapsamında incelenmiştir. Her iki sözleşmede de evlenme ve aile kurma hakkı Evrensel Beyanname ile uyumlu bir şekilde farklı cinsiyetten kişiler arasında bir hak olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte MSHS ailenin toplumun doğal ve temel birimi olduğunu belirterek devlete aileyi koruma, eşler arasında eşitliği sağlama ve evliliğin sona ermesi durumunda çocukların menfaatlerini koruma yükümlülüğü yüklerken, AİHS'de hakkın sosyal boyutu ile ailenin korunmasına ilişkin hükümler yer almamıştır.

MSHS aile kurma hakkının kapsamını resmi nikah ile kurulan evliliklerin dışındaki birliktelikleri de kapsayacak şekilde daha geniş bir şekilde düzenlerken, AİHS kapsamında bu hak sadece resmi nikah ile kurulan evlilikler kapsamında tanınmıştır. Diğer birliktelikler ise özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında korunmaktadır. Her iki sözleşme kapsamında da evlenme ve

¹⁶⁵ Hamer v. the United Kingdom, (Commission (Plenary)) no. 7114/75 (ECtHR 13 October 1977); Jaremwicz v. Poland, no. 24023/03 (ECtHR 5 January 2010) § 54, 56 and 60.

¹⁶⁶ Merrills and Robertson (n 27) 191.

¹⁶⁷ F. v. Switzerland, (Court (Plenary)) no. 11329/85, (ECtHR 18 December 1987).

¹⁶⁸ V.K. v. Croatia, no. 38380/08 (ECtHR 27 November 2012).

aile kurma hakkına ilişkin olarak devletin takdir marjı oldukça geniş bir şekilde kabul edilmiştir.

Her iki sözleşmede de evlilik ve aile kurma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte söz konusu hakkın hukukun genel ilkeleri ile uyumlu olacak şekilde sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. MSHS kapsamında söz konusu sınırlandırmalar taraf devletlerce kabul edilen genel sınırlandırmalarla uyumlu ve sınırlandırmaya ilişkin hükümler dar yorumlanmak suretiyle mümkün olabilirken, AİHS kapsamında hakkın özüne zarar vermeyecek şekilde sınırlandırılabilir.

Her iki sözleşme de evlenme ve aile kurma hakkına müdahale edilmemesi, korunması ve kullanılmasının sağlanması için devlete birtakım yükümlülükler yüklemektedir. Bu kapsamda MSHS devlete ailenin korunması, eşler arası eşitliğin sağlanması ve evliliğin sona ermesi halinde çocukların menfaatlerinin korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükler yüklerken, AİHS kapsamında ise kural olarak pozitif yükümlülüklerden ziyade negatif yükümlülükler gündeme gelmektedir. MSHS kapsamında negatif yükümlülükler ise daha çok özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında söz konusu olmaktadır.

KAYNAKÇA

Akandji-Kombe J F, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights - A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights* (Council of Europe 2007).

Akhtar R, 'The Human Right to Marry: A Refugee's Perspective' (2018) *Journal of Social Welfare and Family Law*, <https://doi.org/10.1080/09649069.2018.1451013> E.T. 10 Eylül 2025.

Akıncı Ş, 'Medenî Kanun'da Kadın ve Aile' (2004) 8(2) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15-30.

Akıntürk T, *Aile Hukuku* (Beta Basım Yayım 2024).

Alfredsson G and Eide A, *Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement* (Martinus Nijhoff Publishers 1999).

Ankıtıcı E Ç ve Arslan Y, 'Bir Temel Hak Olarak Boşanma Hakkı' (2024) 41(2) *Anayasa Yargısı* 507-548.

Beijer M, 'The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights' in Sacha Prechal and others (eds), *Limits of Fundamental Rights Protection by the EU: The Scope for the Development of Positive Obligations* (Intersentia 2018) 37-70 <<https://doi.org/10.1017/9781780684727>> E.T. 10 Eylül 2025.

Carlson S N and Gisvold G, *Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights* (Transnational Publishers 2003).

CCPR, *General Comment No. 19: Article 23 (The Family)*, <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11> E.T. 29 Ağustos 2025.

CCPR, *General Comment No. 28- Article 3 (The Equality of Rights Between Men and Women)* https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11 E.T. 30 Ağustos 2025

Çakmak U R, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Evlenme Hakkı’ (2017) 25(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 163-184.

Doğru O ve Nalbant A, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 2, (Avrupa Konseyi Yayını 2013).

ECtHR, *Guide on Article 12 of the European Convention on Human Rights-Right to Marry*, <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_12_eng> E.T. 30 Ağustos 2025.

Gerber P, Tay K and Sifris A, ‘Marriage- A Human Right for All?’ (2014) 36 Sydney Law Review 543-667.

Gözübüyük Ş ve Gölcüklü F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, (Turhan Kitabevi, 2016).

Harris D J, O’Boyle M, Bates E P and Buckley C. M, *Harris, O’Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights* (5th edn, Oxford University Press 2023).

Karan U, ‘Evlenme ve Aile Kurma Hakkı’ içinde İnceoğlu, S (eds) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Beta Yayınları 2013).

Merrills J G and Robertson A H, *Human Rights in Europe A Study of the European Convention on Human Rights* (Manchester University Press 2022).

Murdock G P, *Social Structure* (3rd edn, The Free Press, London; The MacMillan Company, New York 1967).

Nowak M, *U.N Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, (2nd Revised Edn, N.P. Engel Publisher 2005).

OIC-IPHRC Study on: *Sexual Orientation and Gender Identity in the Light of Islamic Interpretations and International Human Rights Framework*, <<https://www.oic-iphrc.org/home/post/8>> E.T. 28 Ağustos 2025.

Öztan B, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2015).

Rainey B, McCormick P and Owey C, *Jacobs, White, and Owey The European Convention on Human Rights* (8th edn, Oxford University Press 2020).

Reid K, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights* (6th Edn, Sweet/Maxwell 2019).

Roos O and Mackay A, 'A Shift in the United Nations Human Rights Committee's Jurisprudence on Marriage Equality? An Analysis of Two Recent Communications from Australia' (2019)19/4 Deakin Law School Legal Studies Research, <<http://ssrn.com/abstract=3454967>> E.T. 28 Ağustos 2025.

UNGA, *Recommendation on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages, General Assembly Resolution 2018 (XX)* 01 November 1965 <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/recommendation-consent-marriage-minimum-age-marriage-and>> E.T. 30 Ağustos 2025.

Vundamati R, 'Right to Marry and Found Family: A Most Challenged Human Right in Post Modern Era', (2021) 59 Indian Journal of International Law 229-255 <<https://doi.org/10.1007/s40901-020-00119-8>> E.T. 25 Ağustos 2025.

Washburn R A, 'Freedom of Marriage: An Analysis of Positive and Negative Rights' 2015 (8)1 Washington University Jurisprudence Review 87-114 <https://openscholarship.wustl.edu/law_jurisprudence/vol8/iss1/4> E.T. 10 Eylül 2025.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMSİLİ VE SÖZLEŞMELERİN NİSPİLİĞİ ÇERÇEVESİNDE YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2022/132 K. 2023/100 T. 22.2.2023 KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*The General Assembly of Civil Chambers Decision
(E. 2022/132, K. 2023/100, 22 Feb 2023) within the Framework of Marital
Representation and the Principle of Privity of Contracts*

Elif KARA*

Özet

Bu makalede, Türk Medeni Kanunu'nun evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümleri ile borçlar hukukunun temel ilkelerinden olan sözleşmelerin nispiyeti arasındaki ilişki, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.02.2023 tarihli ve E. 2022/132 K. 2023/100 sayılı kararı çerçevesinde incelenmektedir. İnceleme konusu kararda, eşlerden biri tarafından müşterek çocuğun özel okul kaydına ilişkin olarak bir eğitim kurumu ile imzalanan kayıt sözleşmesinden doğan borçlardan, diğer eşin hukuken sorumlu tutulup tutulamayacağı ele alınmıştır. Bu bağlamda, evlilik birliğini temsil yetkisinin kapsamı, üçüncü kişilerin iyiniyeti ve borçlar hukukundaki nispiyet ilkesi arasındaki hassas denge tartışılmaktadır. Sözleşmelerin, nispiyet ilkesi uyarınca yalnızca taraflarını bağlaması esası ile Türk Medeni Kanunu m. 188 vd. hükümlerinin sağladığı evlilik birliğinin temsiline ilişkin çerçeve karşılaştırmalı olarak değerlendirilmekte, kararın gerekçesi üzerinden sistematik bir çözümleme yapılmaktadır. Sonuç itibarıyla, aile hukukunda temsil yetkisinin üçüncü kişilere etkisi ile sözleşmenin nispiyeti ilkesi arasında ortaya çıkan çatışmanın yargı içtihatları aracılığıyla nasıl yorumlandığı ve uygulamada ne şekilde somutlaştığı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Evlilik birliğinin temsili, olağan temsil, olağanüstü temsil, nispiyet ilkesi, sürekli ihtiyaç, diğer ihtiyaç

Abstract

This article examines the relationship between the provisions of the Turkish Civil Code on the representation of the marital union and the fundamental principles of contract law, in particular the principle of privity of contract, within the framework of the landmark decision of the Supreme Court of Appeals, General Assembly of Civil Chambers, dated 22 February 2023, Case No. E. 2022/132, K. 2023/100. The decision under review considers whether one spouse may be held legally liable for a registration contract concluded by the other spouse with an educational institution for the enrolment of their joint child in a private school. In this context, the delicate balance between the scope of the authority to represent the marital union, the good faith of third parties, and the principle of relativity in the law of obligations is examined. Pursuant to the principle of privity of contract, which provides that contracts are binding only on their parties, the framework governing marital representation under Articles 188 et seq. of the Turkish Civil Code is comparatively assessed,

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 15.09.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara/Türkiye, elifkara22@hacettepe.edu.tr, <https://orcid.org/0009-0007-4913-6661>



with a systematic analysis of the court's reasoning. Ultimately, the article evaluates how judicial precedents interpret the conflict between the external effects of the power of representation in family law and the principle of privity of contract, and how this tension materialises in practice.

Keywords: Representation of the marital union, ordinary representation, extraordinary representation, principle of privity of contract, permanent need, other needs

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu, aile hukukuna ilişkin düzenlemelerle bir yandan evlilik birliğinin menfaatini korumaya, diğer yandan ise hukuki ilişkilerde öngörülebilirliği sağlamaya yönelik hükümler içermektedir. Bu bağlamda evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümler, eşlerin ortak yaşamı sürdürürken üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkilerin geçerliliğini, kapsamını ve bu ilişkilerden doğan sorumluluk rejimini belirler. Eşlere temsil yetkisi tanıyan esas hüküm Türk Medeni Kanunu'nun¹ (TMK) 188. maddesidir. Bu hükümle eşlere, belirli şartlar altında evlilik birliğinin sürekli ve diğer ihtiyaçları bakımından birliği temsil etme yetkisi tanınmıştır. Böylece işlem yapan eş, işleme taraf olmayan diğer eş de borç altına sokacak şekilde üçüncü kişilerle hukuki ilişki kurabilir. Öte yandan, borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan sözleşmelerin nispiliği ilkesi ise bir sözleşmeye taraf olmayan kişilerin, o sözleşmeden doğan borçlardan sorumlu tutulamayacağı yönündeki temel prensibi ifade etmektedir.

Bu makale, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (HGK) 22.02.2023 tarihli, E. 2022/132, K. 2023/100 sayılı kararı çerçevesinde, evlilik birliğinin temsili hükümleri ve sözleşmelerin nispiliği ilkesi arasındaki etkileşimi değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Söz konusu kararda, müşterek çocuğun özel bir okula kaydına ilişkin yalnızca babanın taraf olduğu sözleşmeden, annenin de sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesi ele alınmıştır. Kararda eşlerden birinin tek başına yaptığı sözleşmeden, diğer eşin sorumlu tutulabilmesi için gereken şartlar tartışılmış; evlilik birliğini temsilin sınırları ile borç ilişkisinin tarafları arasındaki nispi nitelikli hukuki ilişki irdelenmiştir.

Çalışmada, anılan kararın gerekçeleri ışığında, evlilik birliğini temsil yetkisinin sözleşme ilişkilerine etkisi ve sözleşmenin nispiliği ilkesinin aile hukukuna yansımaları ele alınacaktır. Ayrıca temsil yetkisinin aşılması halinde (TMK m. 189/2), üçüncü kişilerin iyiniyetine ne ölçüde sonuç bağlanacağı somut olay özelinde değerlendirilecektir.

I. EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMSİLİ

A. Genel Olarak Evlilik Birliğini Temsil

Evlilik birliğinin temsili 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 188-191. maddeleri arasında Evliliğin Genel Hükümleri bölümünde düzenlenmektedir². Eşlerin

¹ 22/11/2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG 8.12.2001/24607)

² İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin hüküm (Art. 174),

evlilik birliğini beraberce yönetmesinin bir yansıması olan sui generis nitelikli bu temsil³, birliğin ihtiyaçlarını gerçekleştirmek amacıyla eşlerden birinin, diğer eş de hukuken bağlayacak şekilde üçüncü kişilerle hukuki ilişkilerde bulunmasını ifade eder⁴. Evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümlerin amacı, eşlerden biriyle işlem yapan üçüncü kişilere karşı, eşlerin sorumluluk durumunun belirlenmesidir⁵. Bu temsilin TMK m. 188 vd. hükümleri uyarınca önemi ise eşlerden birinin evlilik birliğinin ihtiyaçları için yaptığı işlemde, işleme taraf olmayan eşin de onunla birlikte üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olmasıdır⁶.

Kanun koyucu, eşlerden her birinin ortak yaşamın devamı süresince evlilik birliğinin *sürekli ihtiyaçları* bakımından birliği temsil etmesini kural olarak kabul etmiştir (TMK m. 188/1)⁷. Öte yandan sürekli ihtiyaçlar kapsamında olmayan *diğer ihtiyaçlar* için temsil, yalnızca belirli hallerde kabul edilmiştir⁸. Bu hallerden ilki işlem yapan eşin, diğer eş veya haklı sebeplerle hâkim tarafından yetkili kılınmasıdır. Diğeri ise gecikmede sakınca bulunan bir durumun varlığı halinde işleme taraf olmayan eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızasının alınamamasıdır (TMK m. 188/2). Ailenin sürekli ihtiyaçları-

Türk Medeni Kanunu'ndan farklı olarak "Evlilik Birliğinin Temsili" (Vertretung der ehelichen Gemeinschaft) başlığı altında değil; "Evlilik Birliğinin Korunması" (Schutz der ehelichen Gemeinschaft) üst başlığı altında yer almaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması hususunun eşlerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen maddeler arasında düzenlenmiş olması eleştirilmektedir. Bkz. Aziz Erman Bayram, 'Eşlerin Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlanması' (2022)1 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 189, 200-201.

³ Heinz Hausheer, Ruth Reusser, Thomas Geiser, 'Artikel 166 / Absatz 1' in Heinz Hausheer (ed.), BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/1/2 (2. Aufl, Stämpfli Verlag AG 1999) 289; Ursula Schmid, 'ZGB Kommentar Art. 166', in Kostkiewicz JK, Wolf S, Amstutz M, Fankhauser R (eds), OFK - Orell Füssli Kommentar (4. Aufl, Orell Füssli Verlag AG 2021) 390; Ayşe Havutcu, Evlilik Birliğinin Temsili (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2006) 27; Bilge Öztan, Aile Hukuku (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2015) 257; Kudret Güven, İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Son Gelişmeler (1. Baskı, Savaş Yayınevi 2023) 259 vd; Mehmet Demir, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutu ile İlgili İşlemler', içinde Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan (1. Baskı, Turhan Kitabevi 2003) 694; Mehmet Altunkaya, 'Evlilik Birliğinin Temsilinden Kaynaklanan Sorumluluk' içinde Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Sayın ve Nesli Şen Özçelik (eds) Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu I. Cilt (1. Baskı, 2017 Yetkin) 644.

⁴ Schmid (n 3) 389; Havutcu (n 3) 21; Öztan (n 3) 257.

⁵ Öztan (n 3) 259; 743 sayılı Medeni Kanun döneminde kocanın evin reisi olmasından kaynaklanan evlilik birliğinin temsili için bkz. Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit. 'Evlilik Birliğini Temsilde Medeni Kanunumuzun Dayandığı Esaslar' 7(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 312-324.

⁶ Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2022) 173; Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku (10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2023) 90.

⁷ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Aile Hukuku (25. Baskı, Beta 2024) 128; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, Aile Hukuku (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2022) 219; Aydın Zevkililer, Emre Cumaloğlu ve Mehmet Beşir Acabey, Aile Hukuku (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2024) 90.

⁸ Akıntürk ve Ateş (n 7) 129; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 219.



na ilişkin yetki olağan temsil yetkisi, ailenin diğer ihtiyaçlarına ilişkin yetki ise olağanüstü temsil yetkisi olarak ifade edilmektedir⁹.

Eşlerden birinin kanundan dolayı veya hakim kararı ile sahip olduğu temsil yetkisi, diğer eşin iradesinden bağımsızdır¹⁰. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı nitelik taşıyan evlilik birliğini temsil yetkisi, devredilemez ve miras yolu ile intikal etmez¹¹. Eşlerin aralarında sorumluluğa ilişkin yaptıkları anlaşmalar da üçüncü kişileri bağlamaz¹²; temsil yetkisi, mal rejimi sözleşmesiyle değiştirilemez¹³. Eşlerin temsil yetkisinden tek taraflı vazgeçmesi de geçerli değildir. Bir eşin sahip olduğu temsil yetkisi ancak hakim kararı ile TMK m. 190'da aranan şartların gerçekleşmesi halinde tamamen veya kısmen kaldırılabilir¹⁴. Eşlerin ortak hayatın devamı süresince sahip oldukları temsil yetkisi, evlilik birliğinin ihtiyaçlarına yönelik her türlü hukuki işlemi ve hukuki işlem benzeri fiilleri¹⁵ kapsar¹⁶. Ancak haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar evlilik birliğini temsil yetkisinin kapsamı içinde değildir¹⁷.

B. Evlilik Birliğini Temsilin Ortak Şartları

1. Fiil Ehliyeti

Eşlerin temsil yetkisini kullanabilmelerinin ilk şartı fiil ehliyetine sahip olmalarıdır¹⁸. Bu kapsamda temsil yetkisinin kullanan eş, ayırt etme gücüne sahip olmalı ve kısıtlı olmamalıdır. Fiil ehliyetinin şartlarından ergin olma ise eşler bakımından doğal olarak sağlanmış olur zira evlenme kişiyi ergin kılar (TMK m. 11/2). Ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsiz eş, evlilik birliğini temsil edemez ve onun yaptığı işlemler bakımından üçüncü kişilerin iyiniyetleri de ko-

⁹ Michael Schlumpf, Christian Fraefel, 'Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB-Partnerschaftsgesetz', in Arnet R, Breitschmid P ve Jungo A (eds), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (4. Aufl, Schulthess Juristische Medien AG 2023) 567; Havutcu (n 3) 68; Öztan (n 3) 272; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 220; Bayram (n 2) 198.

¹⁰ Schlumpf ve Fraefel (n 9) 567.

¹¹ Schmid (n 3) 390; Demir (n 3) 698; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt-III Aile Hukuku (19. Baskı, Filiz Kitabevi 2024) 195; Öztan (n 3) 267; İlker Öztaş, 'Evlilik Birliğinin Temsili ve Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Sona Ermesi' (2010) 16(1-2) 247, 251; Bayram (n 2) 198.

¹² Havutcu (n 3) 47.

¹³ Schlumpf ve Fraefel (n 9) 567; Öztan (n 3) 267.

¹⁴ Öztaş (n 11) 265; Öztan (n 3) 267.

¹⁵ Hukuki işlem benzeri fiillere örnek olarak muaccel bir borcun alacaklısının borcunu zamanında yerine getirmesi için borçluya ihtarda bulunması (TBK m. 117) verilebilir. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (24. Baskı Yetkin Yayınevi 2020) 168.

¹⁶ Havutcu (n 3) 51; Öztan (n 3) 257-258.

¹⁷ Öztan (n 3) 267.

¹⁸ Schmid (n 3) 391; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 195; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 220; Öztaş (n 11) 271.

runmaz¹⁹. İşleme taraf olmayan eş, tam ehliyetsiz eş tarafından yapılan hukuki işlemlerin geçersizliğinin tespiti edilmesini talep edebilir²⁰.

Eşin ayırt etme gücüne sahip kısıtlı olması halinde, yine evlilik birliğini temsil etmesi mümkün değildir²¹. Kısıtlama kararının kesinleşmesi ile birlikte eşin evlilik birliğini temsil yetkisi sona erer ve kısıtlanan eşin yasal temsilcisi de bu yetkiyi kullanamaz²². Bu bağlamda kısıtlama kararının ilanı (TMK m. 410) ve temsil yetkisinin kaldırıldığıнын duyuru veya talep halinde ilan ile üçüncü kişilere bildirilmesi gündeme gelir (TMK m. 190). Eğer kısıtlanan eşe TMK m. 188/2 kapsamında evlilik birliğinin diğer ihtiyaçları için temsil yetkisi verilmiş ise kısıtlanma ile bu yetki de kendiliğinden sona erer²³.

Kısıtlanan eşin, diğer eşe bu bağlamda yetki verip veremeyeceği ise tartışmalıdır. Öğretide kısıtlanan eşin yasal temsilcisinin onayı ile bu yetkiyi verebileceği veya yasal temsilcisinin, diğer eşe evlilik birliğinin diğer ihtiyaçları için temsil yetkisi verebileceği ileri sürülmüştür²⁴. Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre kısıtlı eş, evlilik birliğini temsile yetkili olmadığından onun yasal temsilcisinin de böyle bir yetki vermesi söz konusu değildir²⁵. Zira yukarıda ifade edildiği üzere evlilik birliğini temsil etme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir nitelik taşır²⁶. Kanaatimizce diğer eşe bu hususta yetki vermek de hakkın söz konusu niteliği ile birlikte değerlendirilmelidir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından esas olan kişinin hakkı kullanıp kullanmama yönündeki kararı bizzat almasıdır²⁷. Bu nedenle kısıtlanan eşin yasal temsilcisinin, diğer eşe yetki vermesi de kabul edilmemelidir. Öte yandan eşlerden biri hakkında kısıtlama kararının alınması, diğer eşin evlilik birliğini temsil yetkisini etkilemez²⁸. Kısıtlanan eş, diğer eşin

¹⁹ Havutcu (n 3) 105; Öztan (n 3) 262; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 220.

²⁰ Öztan (n 3) 262.

²¹ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 195; Havutcu (n 3) 106; Öztan (n 3) 262; Demir (n 3) 698; Erdem ve Makaracı Başak, diğer eşin sınırlı ehliyetsiz eşin evlilik birliğini temsil etmesine muvafakat etmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Böyle bir yetki verilmedikçe evlilik birliğinin temel ihtiyaçları için sadece diğer eşin temsil yetkisi olur bkz. Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 220.

²² Öztan (n 3) 262-263. Sınırlı ehliyetsiz eş, temsil yetkisine sahip olmasa da kendi lehine karşılıksız kazandırmaları kabul etmede olduğu gibi evlilik birliğini temsilen de karşılıksız kazandırmaları kabul edebilir. bkz. Havutcu (n 3) 107; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 195.

²³ Öztan (n 3) 263; Havutcu (n 3) 106.

²⁴ Havutcu (n 3) 107; Öztan (n 3) 264.

²⁵ Benzer yönde Havutcu (n 3) 108; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 195; Öztan (n 3) 264.

²⁶ Bkz. yukarıda bölüm I.A.

²⁷ Tülay Karakaş, Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar (1. Baskı, Turhan Kitabevi 2015) 34; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku Cilt-III Kişiler Hukuku, (19. Baskı, Filiz 2018) 79; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk (28. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022) 160.

²⁸ Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 220; Havutcu (n 3) 107.

temsil yetkisi kapsamında yaptığı işlemlerden müteselsil olarak sorumlu olmaya devam eder²⁹.

Eşlerin ehliyeti bakımından özellik arz eden bir diğer durum ise kendisine yasal danışman atanan eşin evlilik birliğini temsil etmesidir. Sınırlı ehliyetli konumunda olan kendisine yasal danışman atanlar kişiler, fiil ehliyetinin şartlarına sahip olan ancak kendilerinin veya rızası gereken kişilerin menfaatini korumak amacıyla kanunda belirlenmiş bazı işlemler için ehliyetleri sınırlanmış kişilerdir³⁰. Oy danışmanı TMK m. 429/1’de tahdidi olarak sayılan ve sınırlı ehliyetli tarafından yapılacak olan işlerde olumlu görüşü alınmak üzere atanır³¹. Bu maddede sayılan işlemler dışında kendisine oy danışmanı atanan eşin evlilik birliğini temsil yetkisi vardır³². Eşlerden birine TMK m. 429/2 kapsamında yönetim danışmanı atanmış olması da mümkündür. Bu durumda da kendisine yönetim danışmanı atanan eş evlilik birliğini temsil edebilir³³ zira kendi malvarlığının geliri üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkına sahiptir. Ancak bu durumda sorumluluğu yalnızca malvarlığının yönetiminden elde edilen gelirler ile sınırlıdır³⁴. Öte yandan kendisine yasal danışman atanan kişinin eşi, bu durum sebebiyle eşinin temsil yetkisini kullanmada yetersiz kaldığını ileri sürerek TMK m. 190 kapsamında onun temsil yetkisinin sınırlanmasını veya kaldırılmasını isteyebilir³⁵.

2. Evlenmenin Varlığı

Evlilik birliğini temsil yetkisi evliliğin kurulması ile kendiliğinden doğar ve evliliğin sona ermesine kadar devam eder³⁶. Dolayısıyla kişilerin evlilik birliğini temsil yetkisi kullanarak bir işlem yapabilmesi için işlem anında evli olması ge-

²⁹ Öztan (n 3) 263; Havutcu (n 3) 108.

³⁰ Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Kişiler Hukuku (18. Baskı, Beta 2021) 336; Fiil ehliyetinin sınırlanması her halde kişiyi sınırlı ehliyetsiz haline getirmez. Yasal danışman atanması kişinin ehliyetinin, sınırlı ehliyetsiz durumuna getirmeden sınırlanmasını ifade eder. Ekrem Kurt, ‘Kendilerine Yasal Danışman Atanan Kişilerin Hukuki Durumu’ (2016) 4(8) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 41, 49.

³¹ TMK m. 429 hükmünde her ne kadar “*görüşü alınmak üzere*” yasal danışman atanacağı ifade edilmişse de bundan yasal danışmanın olumlu görüşü anlaşılmalıdır. Bkz. Hüseyin Hatemi, Kişiler Hukuku (9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021) 48; Orkun Tat, Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Danışmanlık (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018), 23; Kurt (n 28) 54; “*Oy danışmanlığında kişi tüm medeni haklarını kullanma yeteneğine (ehliyet) sahiptir. Yaptığı işlemin hukuken geçerliği için, danışmanın olurluğunu almış olması veya danışmanın yapılan işleme sonradan olur vermesini gerektirir...*” 2. HD., E. 1994/2054 K. 1994/2859 T. 23.03.1994.

³² Havutcu (n 3) 109; Öztan (n 3) 264; Demir (n 3); Öztaş (n 11) 272.

³³ Havutcu (n 3) 110.

³⁴ Öztan (n 3) 265; Havutcu (n 3) 110.

³⁵ Öztan (n 3) 265; Öztaş (n 11) 273; Kayyım atanması kişinin fiil ehliyetini etkilemediğinden kendisine kayyım atanan eş evlilik birliğini temsil etme yetkisine sahiptir. Öztaş (n 11) 273.

³⁶ Havutcu (n 3) 95; Schmid (n 3) 390; Altunkaya (n 3) 653.

rekir. TMK’da düzenlenen evlilik akdi dışında yaşam ortaklığı sürdüren kişilerin bu yetkiyi kullanması mümkün değildir³⁷.

Evlenmenin nispi veya mutlak butlanı halinde ise butlan kararına kadar geçerli bir evliliğin hüküm ve sonuçları doğacağından (TMK m. 156) bu hallerde evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür³⁸. Bu kapsamda evlilik birliğini temsil yetkisinin sona ermesi için butlan davasının açılmış olması değil ortak yaşamın sona ermesi gerekir³⁹. Nişanlılar bakımından ise taraflar arasında henüz geçerli bir evlenme söz konusu olmadığından evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanılması mümkün değildir. Nişanlılık süresince yapılan işlemler, nişanlılık evlenme ile sona erse de evlilik birliğini temsil kapsamında değerlendirilmez⁴⁰.

Evliliğin varlığı konusunda üçüncü kişinin iyiniyetinin korunup korunmayacağı hususu ise tartışmalıdır⁴¹. Ancak kanaatimizce evlilik birliğini temsil yetkisi yalnızca evliliğin var olduğu durumlarda kullanılabilir⁴². Nitekim TMK m. 188 ve 189 hükümlerine bakıldığında temsil yetkisinin kullanılması ve sorumluluk bakımından “eş” ifadesinin kullanıldığı, ayrıca üçüncü kişilerin evliliğin varlığına ilişkin iyiniyetinin korunmadığı görülmektedir. Taraflar arasında objektif olarak mevcut ve devam eden bir evlilik aranmış, üçüncü kişilerin subjektif olarak buna ilişkin bilgileri dikkate alınmamıştır⁴³.

3. Ortak Yaşamın Devam Ediyor Olması

Evlilik birliğini temsil yetkisi her ne kadar evliliğin kurulmasıyla birlikte kendiliğinden doğsa da evlilik devam ettiği sürece bu yetkinin de mutlaka var olduğu söylenemez. Zira evlilik birliğini temsil yetkisi, eşlerin *ortak yaşamın devamı süresince* öngörülmüştür (TMK m. 188). Bu nedenle eşler hakkında ayrılık kararı verilmiş ise (TMK m. 170) veya eşlerden biri ayrı yaşama hakkını kullanıyor ise (TMK m. 197) ortak yaşamın devamından söz edilemeyeceğinden evlilik birliğini temsil yetkisi de kalkar⁴⁴. Eşlerin yeniden birlikte yaşamaya başlaması halinde ise temsil yetkisi kanundan ötürü tekrar doğar⁴⁵. Ortak yaşama ara verilmesi halinde evlilik birliğini temsil yetkisi askıdadır. Bu durumda eşler, evlilik birliğini temsil yetkisinden ve buna bağlı sonuçlardan yararlanamazlar.

³⁷ Havutcu (n 3) 95; Akıntürk ve Ateş (n 7) 128.

³⁸ Havutcu (n 3) 96.

³⁹ Havutcu (n 3) 96.

⁴⁰ Öztan (n 3) 258; Havutcu (n 3) 97.

⁴¹ Bu tartışmalar için bkz. Havutcu (n 3) 99-100.

⁴² Benzer yönde bkz. Havutcu (n 3) 98; Schlumpf ve Fraefel (n 10) 568.

⁴³ Havutcu (n 3) 100.

⁴⁴ Schlumpf ve Fraefel (n 10) 569; Schmid (n 3) 390; Gaiplik bakımından ise kararın alındığı an değil, ortak yaşamın fiilen sona erdiği an dikkate alınır. Öztan (n 11) 267.

⁴⁵ Öztan (n 3) 266.



Ayrıca ortak yaşama ara verilmesi bakımından bu kararın eşler tarafından veya hakim tarafından verilmiş olması fark yaratmaz⁴⁶.

Bu şartın sağlanması bakımından eşlerin ortak yaşamı mutlaka aynı yerde devam ettirmesi gerekmez. Ortak yaşam, farklı yerlerde ve konutlarda sürdürülebilir. Bu durum ayrı yaşama anlamına gelmeyeceğinden eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi devam eder⁴⁷. Benzer şekilde eşlerin eğitim, sağlık, askerlik gibi geçici sebeplerle ayrı yaşamaları da ortak yaşamın sona ermesi niteliğinde değildir⁴⁸. Üçüncü kişiler, eşlerin ortak yaşamı devam ettirmediğini bilmiyor olsa da, işleme taraf olmayan eşin menfaatini üçüncü kişiye karşı korumak gerekir⁴⁹. Zira eşler ortak yaşam devam ettirmiyor ise aralarında müteselsil sorumluluğun kabul edilmesini sağlayan tüketim ve yararlanma ortaklığı da bulunmuyor demektir⁵⁰.

4. Temsil Yetkisinin Birliğin İhtiyaçları ile Sınırlı Olması

Eşlere tanınan evlilik birliğini temsil yetkisi, *birliğin ihtiyaçları* ile sınırlıdır⁵¹. Bu ihtiyaçlar eşlerin tüketim ve yararlanma ortaklığına ve çocukların bakım ve özen ortaklığına ilişkin⁵², müşterek yaşamın beraberinde getirdiği ihtiyaçlardır⁵³. Birliğin tüm bu ihtiyaçları eşlerin gelirleri başta olmak üzere yaşam tarzlarına ile sosyal ve ekonomik durumlarına göre belirlenir⁵⁴. Eşlerin şahsi harcamaları ise birliğin ihtiyaçlarına girmez⁵⁵.

Kanun koyucu, temsil yetkisi bakımından evlilik birliğinin ihtiyaçlarını sürekli ihtiyaçlar ve diğer ihtiyaçlar olarak ikiye ayırmıştır⁵⁶. Kanunda *ailenin sürekli ihtiyaçları* olarak ifade edilen ihtiyaçların kapsamına nelerin dahil olacağı somut olaya göre belirlenmelidir⁵⁷. Hakim yapılan işlemin ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında olup olmadığını değerlendirirken eşlerin ekonomik durumlarını ve

⁴⁶ Öztan (n 3) 266; Havutcu (n 3) 102.

⁴⁷ Havutcu (n 3) 101-102.

⁴⁸ Havutcu (n 3) 102.

⁴⁹ Öztan (n 3) 266.

⁵⁰ Schmid (n 3) 390; Havutcu (n 3) 104.

⁵¹ Schmid (n 3) 390; Kılıçoğlu (n 7) 173; Öztaş (n 11) 252; Havutcu, bunu ailenin ihtiyaçları olarak ifade etmekte ve ailenin bütün yaşam ihtiyaçları olarak tanımlamaktadır. Havutcu (n 3) 63.

⁵² Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 195.

⁵³ Schmid (n 3) 390; Havutcu (n 3) 105.

⁵⁴ Schlumpf ve Fraefel (n 10) 568; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 195; Akıntürk ve Ateş (n 7) 129; Kılıçoğlu (n 6) 173; Öztan (n 3) 267.

⁵⁵ Akıntürk ve Ateş (n 7) 128; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 219; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 196; Havutcu (n 3) 63.

⁵⁶ Kılıçoğlu (n 6) 173; Akıntürk ve Ateş (n 7) 128.

⁵⁷ Akıntürk ve Ateş (n 7) 129; Öztaş (n 11) 253; Kürşat Tarık Açıkgöz, 'Evlilik Birliğini Temsilen Borçlar Hukuku Bağlamında Temsil Yetkisi İle Karşılaştırılması' (2023) 3(1) Kırıkkale Hukuk Mecmuası 29, 36.

işlemin yapılma anını dikkate alır⁵⁸. Bu bağlamda sürekli ihtiyaçlar kavramına günlük işlemleri karşılayan⁵⁹ yeme, içme, giyim, çocukların eğitimine ilişkin olağan masraflar dahildir⁶⁰. Benzer şekilde evin elektrik, su, doğalgaz, internet vb. gündelik kullanımlarına ilişkin fatura masrafları da sürekli ihtiyaçlar kapsamındadır⁶¹. Ancak araba alınması, evin dekorasyonu ve güzelleştirilmesi için harcamalar yapılması, hayat sigortası yapılması ailenin sürekli ihtiyaçlarına dahil değildir⁶².

Ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan ihtiyaçlar ise kanunda *diğer ihtiyaçlar* olarak ifade edilmiştir⁶³. Öğretide ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan, ancak yine ailenin ortak yaşamına ilişkin olan ihtiyaçlar bu kapsamda kabul edilmektedir⁶⁴. Daha önce izah edildiği üzere eşlerin diğer ihtiyaçlar bakımından sahip oldukları yetki, olağanüstü temsil yetkisi olarak isimlendirilir⁶⁵. Diğer ihtiyaçlara örnek olarak aile konutu alma veya kiralama, ev için pahalı eşyaların alınması veya büyük tamiratlar ya da otomobil satın alma gösterilmektedir⁶⁶. İnceleme konusu karar bakımından önem taşıyan çocuğun özel okula kaydedilmesi işlemi de öğretide diğer ihtiyaçlar kapsamında değerlendirilmiştir⁶⁷. Diğer ihtiyaçlar da sürekli ihtiyaçlar gibi ailenin yararına olmalıdır. Bu nedenle eşlerden birine yönelik pahalı spor aletleri veya giyim eşyası satın alma gibi işlemler ailenin diğer ihtiyaçları kapsamında değildir⁶⁸.

Somut olaya göre değerlendirme yapılırken ailenin sürekli ihtiyaçlarına ilişkin kapsam dar yorumlanmalıdır. Bunlara ilişkin yapılan işlemler her iki eş bakımın-

⁵⁸ Schmid (n 3) 391; Havutcu (n 3) 75; Akıntürk ve Ateş (n 7) 129; Kılıçoğlu (n 6) 173.

⁵⁹ Akıntürk ve Ateş (n 7) 129; Havutcu (n 3) 70.

⁶⁰ Schlumpf ve Fraefel (n 10) 567; Schmid (n 3) 391; Öztan, Aile, 268; Akıntürk ve Ateş (n 7) 129; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 196; Demir (n 3) 696.

⁶¹ Kılıçoğlu (n 6) 173; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 196; Öztan, Aile, 269; Bayram (n 2) 197.

⁶² Öztan (n 3) 270.

⁶³ Açıkgöz (n 55) 37.

⁶⁴ Öztan (n 3) 272; Akıntürk ve Ateş (n 7) 129; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 220; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 197.

⁶⁵ Bkz. yukarıda bölüm I.A., dipnot 9.

⁶⁶ Schlumpf ve Fraefel (n 10) 567; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 197; Havutcu (n 3) 73; Öztan (n 3) 272; Kılıçoğlu (n 6) 174; Akıntürk ve Ateş (n 7) 129; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 220; Öztaş (n 11) 258; Yargıtay tarafından villa bahçe düzenlemesi sürekli ihtiyaç kabul edilmemiştir: “Davacı vekili, davacının davalı ...’a ait villanın bahçe düzenlemesini yaptığını, davalının, yapılan işler karşılığında davacının doğan alacağını ödemediğini ileri sürmekte, davalı ... vekili ise yanlar arasında akdi ilişkinin bulunmadığını savunmaktadır. Yanlar arasında yazılı sözleşme yapılmadığı çekışmesizdir... davacının yaptığını ileri sürdüğü dava konusu iş “ailenin sürekli ihtiyaçları” ile ilgili olmadığından ve yasada öngörülen diğer haller de gerçekleşmediğinden davalı ...’in eşi tarafından gönderildiği iddia olunan e-maillerin davalı ...’la kurulduğu iddia olunan sözleşme ile ilgili yazılı delil başlangıcı olarak kabulü ve tanık dinlenerek akdi ilişkinin kurulduğunun tespiti mümkün değildir...”, 15. HD., E. 2016/2342 K. 2017/3987 T. 16.11.2017.

⁶⁷ Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 220; Öztan (n 3) 270.

⁶⁸ Akıntürk ve Ateş (n 7) 128; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 196; Öztan (n 3) 272.



dan da sorumluluk doğuracağından eşlere tanınan bu yetkinin dar değerlendirilmesi isabetli olur⁶⁹. Günlük yaşamda yaygın biçimde kullanılması nedeniyle, kredi kartı aracılığıyla yapılan harcamalar da temsil yetkisi bakımından önem taşımaktadır. Kredi kartı ile ödeme yöntemi artık hem yüksek bütçeli hem de düşük bütçeli işlemlerde sıkça tercih edilmektedir. Bu nedenle kredi kartından yapılan her bir harcama, somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁷⁰. Örneğin kredi kartından yapılan gündelik mutfak harcamaları evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçları kapsamında kalırken, olağanı aşan lüks giyim harcamaları bu kapsama girmez. Ailenin sürekli ihtiyaçları tespit edilirken bunların sıklıkla yapılan harcamalar olması önem taşımaz. Örneğin sık yapılan bir harcama olmasa dahi ilaç veya temizlik malzemelerinin temin edilmesi de sürekli ihtiyaç kapsamındadır⁷¹.

C. Olağanüstü Temsilde Aranan Ek Şartlar

Fiil ehliyeti, geçerli bir evlenmenin varlığı, ortak yaşamın devamı ve temsil yetkisinin birliğin ihtiyaçları ile sınırlı olması evlilik birliğinin hem olağan hem de olağanüstü temsili bakımından aranan şartlardır⁷². Ancak eşlerden birinin, diğer ihtiyaçlar bakımından gerekli olan olağanüstü temsil yetkisine⁷³ sahip olması için ek bazı şartların daha gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar TMK m. 188/2 uyarınca işlem yapan eşin, diğer eş veya hakim tarafından yetkili kılınması ya da gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığında diğer eşin rızasının temin edilememesidir⁷⁴. Eşlerden biri diğer ihtiyaçlar bakımından temsil yetkisini ancak hükümde yer alan hallerden biri varsa kullanabilir⁷⁵.

Hükümde düzenlenen hallerden ilki; diğer eşin, işlemi yapan eşi yetkili kılmasıdır. Eşlerden birinin diğerine böyle bir yetki tanıyabilmesi eşlerin anlaşması ilkesinin bir sonucudur⁷⁶. Burada bir iradi temsil hali bulunduğundan verilen yetkinin geçerli bir yetki olup olmadığı ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun⁷⁷ (TBK) m. 40 vd. hükümlerine göre belirlenir⁷⁸. Ancak temsile ilişkin sorumluluk hükümleri TBK'da düzenlenen temsile ilişkin hükümlerden farklıdır⁷⁹. Zira

⁶⁹ Öztan (n 3) 269; Altunkaya (n 3) 650; Bayram (n 2) 196.

⁷⁰ Süleyman Yalman, 'Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu' (2004) 12(3-4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, 21; Öztan (n 3) 270; Havutcu (n 3) 89.

⁷¹ Öztan (n 3) 269; Akıntürk ve Ateş (n 7) 129.

⁷² Schlumpf ve Fraefel (n 10) 569.

⁷³ Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 220; Öztaş (n 11) 258; Bayram (n 2) 198.

⁷⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 197; Öztan (n 3) 272; Akıntürk ve Ateş (n 7) 129; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 220; Hatemi (n 6) 90.

⁷⁵ Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 221; Akıntürk ve Ateş (n 7) 129.

⁷⁶ Öztan (n 3) 273.

⁷⁷ 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG 4.2.2011/ 27836)

⁷⁸ Kılıçoğlu (n 6) 175; Hatemi (n 6) 90; Öztaş (n 11) 251.

⁷⁹ Akıntürk ve Ateş (n 7) 128; Öztaş (n 11) 250; Açıkgoz (n 55) 39 vd.; Yargıtay bu farklılığı şu

burada kanundan doğan bir müteselsil sorumluluk hali vardır⁸⁰. Borçlar hukuku düzenlemelerine göre ise temsilcinin, üçüncü kişiye karşı temsil olunanın yanında sorumlu olması ancak istisnai hallerde söz konusu olur⁸¹.

Evlilik birliğinin temsili bakımından eşlerden birinin diğerine temsil yetkisi tanınması şekle bağlı değildir⁸². Temsil yetkisi tanınan eşin yapacağı işlemin, şekle bağlı bir işlem olması da bunu etkilemez. Yetki, işlemin yapılmasından önce veya yapılması sırasında verilebilir ya da yetkisiz olarak yapılan işleme sonradan icazet de verilebilir⁸³.

Yetki tanınması açık veya örtülü şekilde yapılabilir⁸⁴. Yetki tanınmasının örtülü şekilde yapılması, makale konusu karar bakımından da özellikle önem taşımaktadır. Zira aşağıda inceleneceği üzere söz konusu kararda eşlerin müşterek diğer çocukları da davalı özel okulda eğitim görmüştür. Bu nedenle özel okula kayıt işleminden doğan harcamanın, evlilik birliğinin diğer ihtiyaçlarından olduğu kabul edilse dahi, işleme taraf olmayan eşin diğer eşe örtülü bir yetki tanıdığı ilk bakışta kolaylıkla ileri sürülebilir. Bu bağlamda, işlem yapan eşin temsil girişimine muhalefet edilmiyor ve aynı girişimlere engel olunmuyor ise bunun örtülü olarak yetkilendirme anlamına gelebileceği öğretide de ifade edilmektedir⁸⁵. Ancak öğreti yine de örtülü bir yetkilendirmenin varlığı olgusuna temkinli yaklaşmaktadır⁸⁶. Örneğin, eşlerin birlikte girdiği bir dükkanda birinin televizyon satın alması durumunda diğer eşin de işlemi yapan eşin yanında bulunması tek başına örtülü bir yetkilendirme olarak değerlendirilmemiş ve bu durum yalnızca işlemi

şekilde ifade etmektedir: “Aile hukukuna özgü bir kurum olan evlilik birliğinin temsili, koşulları ve sonuçları itibarıyla borçlar hukukundaki temsilden farklıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 40 ve devamı maddelerine göre iradi temsil ilişkisi temsil olunanın tek tarafı ve varması gerekli irade beyanı ile doğarken, evlilik birliğinin temsili için diğer eşin bu yönde bir irade açıklamasına gerek olmaksızın temsil yetkisi bizatihi kanundan doğar. Üstelik iradi temsilde temsil eden başkası adına hareket ettiğini kural olarak karşı tarafa bildirmek zorundayken, bu durum evlilik birliğinin temsiline söz konusu değildir. Temsil yetkisi kanundan doğduğundan birliği temsil eden eş temsil iradesine sahip olmasa dahi temsilin sonuçları kendiliğinden doğacaktır. Ayrıca iradi temsilde temsilen yapılan işlemin hukuki sonuçları yalnız temsil olunan ve işlemin diğer tarafı olan üçüncü kişi yönünden doğar; temsil eden bu sözleşme ilişkisinin tarafı olmaz. Oysa evlilik birliğinin temsiline işlemi yapan eş yanında diğer eş bakımından da hukuki sonuçlar doğar. Yine, evlilik birliğinin temsiline işlemi yapan eşin temsil yetkisinin bulunmaması, yapılan işlemi geçersiz kılmaz; işlemi yapan eşin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu devam eder. Bu nedenlerle de 6098 sayılı Kanun’un iradi temsile ilişkin hükümleri ancak işin özelliğine uygun düştüğü ölçüde evlilik birliğinin temsiline uygulanabilir...”, HGK., E. 2022/132 K. 2023/100 T. 22.2.2023.

⁸⁰ Kılıçoğlu (n 6) 172; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 220; Akıntürk ve Ateş (n 7) 128.

⁸¹ Şener Akyol, Türk Medeni Hukukunda Temsil (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2009) 210; Havutcu (n 3) 120.

⁸² Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 197; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 221; Kılıçoğlu (n 6) 174.

⁸³ Havutcu (n 3) 113; Kılıçoğlu (n 6) 176.

⁸⁴ Havutcu (n 3) 112.

⁸⁵ Havutcu (n 3) 112.

⁸⁶ Öztan (n 3) 273.



yapan eşin iradesinin oluşmasına katkı olarak nitelendirilmiştir⁸⁷. Kanaatimizce örtülü bir yetkilendirme olduğu tespit edilirken aceleci davranılmamalıdır. Ancak bunun yanında somut olayın koşulları da dikkate alınarak özellikle tekrarlayan işlemler bakımından üçüncü kişilerin menfaatleri de korunmalıdır. Zira örtülü bir yetkilendirmenin olmadığı hallerde bu durum temsil yetkisinin aşılması anlamına gelecek ve işlemi yapan eşin kişisel sorumluluğunu doğuracaktır. Ancak özellikle bu tip durumlarda yetkinin aşılması üçüncü kişilerce anlaşılamayacak nitelikte olup TMK m. 189/2 kapsamında eşler bakımından müteselsil sorumluluk doğurabilir. İnceleme konusu karar bakımından da bu hususlar önem taşıdığından aşağıda detaylı olarak incelenecektir⁸⁸.

Ailenin diğer ihtiyaçları için eşlerden birinin diğerine verdiği yetki tek seferlik olabileceği gibi belli bir işlem grubuna yönelik de olabilir⁸⁹. Ancak belli bir işlem grubuna ilişkin kümülatif bir yetki tanımıyor ise bu işlemler arasında amaçsal bir birlik bulunmalıdır⁹⁰. Yetkilendirme işleminin süreli veya süresiz olması mümkündür⁹¹. Yetki veren eş, verdiği yetkiyi her zaman geri alabilir. Yetkiyi geri almaktan önceden feragat etmesi ise mümkün değildir⁹². Yetki veren eş bu durumu üçüncü şahıslara bildirmiş ancak yetkinin kaldırıldığını bildirmemiş ise iyiniyetli üçüncü kişilere karşı yetkinin kaldırıldığını ileri süremez (TMK m. 3). Evlilik birliğinin diğer ihtiyaçları için eşlerden birinin temsil yetkisine sahip olduğunu iddia eden üçüncü kişiler bunu ispat etmekle yükümlüdür⁹³. Öte yandan üçüncü kişiler, işlemi yapan eşin temsil yetkisine sahip olduğu şeklinde bir izlenim yaratıldığını ileri sürebilir⁹⁴.

Eşlerden birinin evlilik birliğini diğer ihtiyaçlar bakımından temsil etmesi, hakim on bu hususta yetkili kılmasından da kaynaklanabilir (TMK m. 188/2). Hakim bu şekilde eşlerden birini yetkili kılması, diğer eşin işlemi yapmak isteyen eşe haklı bir sebep olmaksızın yetki tanımaktan kaçınması halinde söz konusu olur⁹⁵. Böyle bir durumda hakim, işlemi yapan eş yetkili kılarak işleme taraf olmayan eşin de yapılan işlemde müteselsil sorumlu olmasını sağlar⁹⁶. Bu bağlamda kendisine yetki tanınması için mahkemeye başvuran eş, evlilik birli-

⁸⁷ Havutcu (n 3) 112-113.

⁸⁸ Bkz. aşağıda bölüm II.C.

⁸⁹ Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 221.

⁹⁰ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 197.

⁹¹ Öztan (n 3) 274.

⁹² Öztan (n 3) 274.

⁹³ Havutcu (n 3) 123; Kılıçoğlu (n 7) 177.

⁹⁴ Öztan (n 3) 274; Hatemi, bu durumu “*üçüncü kişilerin hukuki görünüşe güveni*” olarak ifade etmektedir. Hatemi (n 6) 91.

⁹⁵ Schmid (n 3) 391; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 221; Kılıçoğlu (n 6) 174; Öztan (n 11) 260.

⁹⁶ Kılıçoğlu (n 6) 174-175; Öztan (n 3) 275.

ğinin menfaatine ilişkin bir işlemi yapacağını ispatla yükümlüdür⁹⁷. Hakim, tek başına işlemi yapmak için kendisine yetki tanınmasını isteyen eşin ileri sürdüğü hususları değerlendirir ve başvuran eş haklı görürse kapsamını ve süresini belirterek o eş yetkili kılar⁹⁸.

Evlilik birliğinin diğer ihtiyaçları bakımından eşlerden birinin temsil yetkisine sahip olmasına ilişkin son hal ise gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun bulunmasıdır⁹⁹. TMK m. 188/2 hükmünde *“birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunur ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızası alınamazsa”* eşlerden birinin ailenin diğer ihtiyaçları için birliği temsil edeceği düzenlenmiştir. Böyle bir durumda yapılması gereken işlem bakımından gecikmede sakınca olması ve hâkime başvuracak zamanın bulunmaması söz konusudur¹⁰⁰. Örneğin aile konutuna ilişkin büyük ancak zorunlu bir tamiratın derhal yapılması gerekiyor fakat o an diğer eşin rızası alınamıyorsa işlem gerçekleştirilir ve yapılan işlemde rızası alınamayan eş de müteselsil olarak sorumlu olur¹⁰¹. Üçüncü kişinin, işlem nedeni ile diğer eşin müteselsil sorumluluğuna başvurabilmesi için işlemin bu nitelikte olduğunu bilmesi gerekir¹⁰².

Diğer eşin rızasının alınması hastalığından, başka bir yerde bulunmasından veya benzer başka bir durumdan kaynaklanabilir. Üçüncü kişiler, ailenin diğer ihtiyaçlarına ilişkin işlemi eşlerden biri ile yaptığında eşlerin müteselsil sorumluluğuna başvurabilmesi için işlem yapan eşin yetkili olduğunu ispatlamalıdır¹⁰³. Bunun ispatlanamaması halinde üçüncü kişi ancak işlemi yapan eşe başvurabilir. Benzer şekilde hukuki işlemi gerçekleştiren eş, diğer eşin de sorumlu olduğunu iddia ediyorsa bu durumda gecikmesinde sakınca olan bir durum olduğunu (veya diğer eşin ya da hakim kendisini yetkili kıldığını) ispatla yükümlüdür¹⁰⁴. Eşlerden birinin diğerinin yararına işlemi yapması halinde ise vekaletsiz işgörmeye hükümlerinin gündeme gelmesi mümkündür¹⁰⁵.

D. Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Sonuçları

Eşlerden birinin üçüncü kişilerle işlem yaparken evlilik birliğini temsil etme yetkisini kullanıp kullanmadığı diğer eşin sorumluluğu bakımından önem taşır. Zira işlem yapan eş evlilik birliğini temsil yetkisini kullanıyorsa bu durumda işleme

⁹⁷ Schlumpf ve Fraefel (n 10) 568; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 197-198; Öztan (n 3) 275.

⁹⁸ Öztan (n 3) 275; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 221; Öztaş (n 11) 260.

⁹⁹ Schmid (n 3) 392; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 221; Kılıçoğlu (n 6) 174.

¹⁰⁰ Öztan (n 3) 276; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 221; Öztaş (n 11) 261.

¹⁰¹ Schlumpf ve Fraefel (n 10) 568; Yalman (n 70) 24.

¹⁰² Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 222; Kılıçoğlu (n 6) 176.

¹⁰³ Schlumpf ve Fraefel (n 10) 568; Havutcu (n 3) 124.

¹⁰⁴ Akıntürk ve Ateş (n 7) 131; Öztan (n 3) 276.

¹⁰⁵ Öztan (n 3) 276.



taraf olmayan eş de onunla birlikte müteselsil sorumlu olur¹⁰⁶. Temsil yetkisinin sonucunda her iki eşin müteselsil olarak sorumlu olması kural olarak sürekli ihtiyaçlar için düzenlenmiştir¹⁰⁷. Sürekli ihtiyaçlara yönelik işlemler bakımından harcamayı yapan eşin, diğer eşin rızasını alması gerekmez¹⁰⁸. Böylece ekonomik olarak zayıf konumda olan eşin, diğer eşin rızası olmadan evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçlarına ilişkin hukuki işlem yapabilmesi de güvence altına alınmış olur¹⁰⁹.

Evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçlarına ilişkin harcamalardan eşlerin müteselsil sorumluluğu doğacağından alacaklılar eşlerden herhangi birine veya her ikisine de başvurabilir¹¹⁰. Eşlerin sürekli ihtiyaçlara ilişkin sorumluluğu belirli bir oranda değildir. Borcun tamamı ödenene kadar müteselsil olarak sorumlu olmaya devam ederler (TBK m. 162 vd.)¹¹¹. Eşler sürekli ihtiyaçlar bakımından sahip oldukları temsil yetkisinden vazgeçemezler. Eşlerden birinin temsil yetkisi ancak belirli şartların varlığı halinde hakim kararı üzerine kısmen veya tamamen kaldırılabilir (TMK m. 190).

Sürekli ihtiyaçlara ilişkin her iki eşin de temsil yetkisi bulunduğundan eşlerin temsil yetkisi yarışır¹¹². Bundan doğan sorumluluk eşlerin iç ilişkilerine yönelik bir problemdir. Örneğin, eşlerden biri tarafından yapılan sürekli ihtiyaçlara yönelik harcamanın diğer eş tarafından tekrar yapılması (çifte işlem tehlikesi) eşlerin müteselsil sorumluluğunu ortadan kaldırmaz¹¹³. Bu nedenle eşlerin yaptıkları işlemler bakımından birbirini bilgilendirmesi gerekir. Bu bilgilendirme yükümlülüğü TMK m. 185/2’de düzenlenen *birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlama* ödevinin bir örneği olarak değerlendirilmektedir¹¹⁴. Ancak eşlerle işlem yapan alacaklı, işlemin ikinci kez yapıldığını biliyorsa bu durumda eşlerin müteselsil sorumluluğuna başvuramaz¹¹⁵.

Diğer ihtiyaçlar bakımından ise için eşlerin kural olarak temsil yetkisi yoktur¹¹⁶. İşleme taraf olmayan eşin de müteselsil sorumlu tutulabilmesi için TMK m. 188/2 uyarınca aranan şartlardan birinin gerçekleşmiş olması gerekir. Bu bağlamda evlilik birliğinin diğer ihtiyaçlarına ilişkin işlemlerin eşlerden biri tarafından tek başına yapılabilmesi için diğer eşin veya hakimın kendisini yetkisi kılması ya

¹⁰⁶ Schlumpf ve Fraefel (n 10) 568; Schmid (n 3) 392.

¹⁰⁷ Kılıçoğlu (n 6) 173; Bayram (n 2) 195; Akıntürk ve Ateş (n 7) 131.

¹⁰⁸ Akıntürk ve Ateş (n 7) 129; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 219.

¹⁰⁹ Schmid (n 3) 389; Öztan (n 3) 268; Öztaş (n 11) 248.

¹¹⁰ Kılıçoğlu (n 6) 173; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 220; Öztan (n 3) 271.

¹¹¹ Öztan (n 3) 271; Havutcu (n 3) 120; Kılıçoğlu (n 6) 175.

¹¹² Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 196; Havutcu (n 3) 77.

¹¹³ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 196; Havutcu (n 3) 78.

¹¹⁴ Öztan (n 3) 271.

¹¹⁵ Öztan (n 3) 271.

¹¹⁶ Zevkililer, Cumalıoğlu ve Acabey (n 7) 90; Öztaş (n 11) 259.

da acil bir durumun olması gerekir¹¹⁷. Aksi halde işlem yapan eş, evlilik birliğini temsil yetkisini kullanmış olmaz ve TMK m. 189/2 uyarınca “*birliği temsil yetkisi bulunmaksızın yaptığı işlemlerden*” kişisel olarak sorumlu olur¹¹⁸.

E. Üçüncü Kişiler Bakımından Evlilik Birliğini Temsil

1. Temel Kural

Yukarıda şartları ile açıklandığı üzere eşlerin sürekli ve diğer ihtiyaçları bakımından evlilik birliğini temsil etmesi kanunda düzenlenen bir müteselsil sorumluluk hali meydana getirmektedir¹¹⁹. Bu kapsamda evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçlarına ilişkin işlemler, eşlerden her biri tarafından yapılabilir ve eşler bu işlemlerden müteselsil olarak sorumlu olur. Evlilik birliğinin diğer ihtiyaçları bakımından ise kural, eşlerin birlikte hareket etmesidir. Ancak eşlerden birinin, diğer eş veya hakim tarafından yetkili kılınması halinde yahut gecikmesinde sakınca bulunan bir durum varken diğer eşten rıza alınamaması durumunda, işlemi eşlerden birinin tek başına gerçekleştirmesi mümkündür. Bu hallerden biri mevcutsa diğer ihtiyaçlar bakımından da yine eşlerin müteselsil sorumluluğu doğar.

Evlilik birliğinin temsiline söz konusu hallerde üçüncü kişinin, kendisiyle işlem yapan kişinin evli olup olmadığını bilmesi gerekmez¹²⁰. Ayrıca üçüncü kişi, işlem yaptığı karşı tarafın evli olduğunu bilse dahi yapılan işlemin evlilik birliği adına yapıp yapılmadığını araştırmakla yükümlü değildir. Önemli olan, işlemin eşlerden biri tarafından ailenin ihtiyaçlarını gidermek için yapılmasıdır¹²¹. Yapılan işlemin ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında mı yoksa diğer ihtiyaçları kapsamında mı olduğu ise somut olayda ailenin mali durumuna ve hayat standartlarına göre hakim tarafından takdir edilir.

Eşlerin müteselsil sorumluluğunu düzenleyen TMK m. 189/1 hükmü emredici nitelikte değildir¹²². İşlemi yapan eş, yapılan işlem sebebi ile yalnızca kendisinin sorumlu olacağı konusunda üçüncü kişi ile anlaşmışsa veya işin niteliğinden bu durum anlaşılıyorsa müteselsil sorumluluk doğmaz. Benzer şekilde eşlerden biri yapılacak işlem sebebi ile yalnızca kendisinin sorumlu olacağını öngörerek diğer

¹¹⁷ Öztan (n 3) 272; Akıntürk ve Ateş (n 7) 129; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 220; Hatemi (n 6) 90.

¹¹⁸ Kılıçoğlu (n 6) 176; Zevkliler, Cumalıoğlu ve Acabey (n 7) 90.

¹¹⁹ Bkz. yukarıda bölüm I. A., dipnot 8 ve 9.

¹²⁰ Bu konudaki farklı görüşler için bkz. Havutcu (n 3) 99; Bayram (n 2) 199; Burada izah edilen durum yukarıda açıklanan üçüncü kişinin evliliğin varlığı hususundaki iyiniyetinin korunmamasından farklıdır. Zira eşlerden birinin üçüncü kişi ile işlem yapması halinde, üçüncü kişi karşı tarafın evli olduğunu bilmesinde dahi diğer gerekli şartlar sağlanıyorsa evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümler uygulanır. Evliliğin olmadığı hallerde ise üçüncü kişinin bu konudaki subjektif bilgisi dikkate alınmaz. Bkz. yukarıda I. B. 2., dipnot 40 ve 41.

¹²¹ Schmid (n 3) 392; Öztan (n 3) 277; Akıntürk ve Ateş (n 7) 128.

¹²² Havutcu (n 3) 47; Yalman (n 67) 26; Öztan (n 3) 277.



eş yetki verebilir. Böyle bir durumda yetki veren eş tek başına sorumlu olur¹²³. Sonuç olarak üçüncü kişiler bakımından temel kural evlilik birliğini temsil yetkisinin bulunduğu hallerde eşlerin müteselsil sorumluluğunun doğması; temsil yetkisi bulunmadan yapılan işlemler bakımından ise işlemi yapan eşin kişisel sorumluluğunun doğmasıdır. Bu kapsamda evlilik birliğinin temsili şartlarının objektif olarak sağlanması, üçüncü kişilere karşı eşlerin müteselsil sorumluluğunun doğması için yeterlidir. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere kanun koyucu tarafından bu temel kurala üçüncü kişinin iyiniyetine bağlı bir istisna getirilmiştir.

2. İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Korunması

TMK m. 189/2 hükmünün ilk cümlesinde evlilik birliğini temsil yetkisinin bulunmadığı hallerde eşlerin kişisel olarak sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Ancak hükmün devamı uyarınca, eşlerden birinin evlilik birliğinin temsiline ilişkin yetkiyi aşması halinde, yetkinin aşıldığı hususundan haberdar olmayan iyiniyetli üçüncü kişiler korunur ve yine eşlerin müteselsil sorumluluğu doğar¹²⁴. Bu durum özellikle diğer ihtiyaçlar bakımından önem taşımaktadır¹²⁵. Zira sürekli ihtiyaçlar bakımından zaten eşlerden her biri müteselsil sorumluluk doğuracak şekilde işlem yapmaya yetkidir. Ancak sürekli ihtiyaçlara ilişkin olmayan bir işlemin diğer ihtiyaçlar kapsamında olup olmadığı ve eğer diğer ihtiyaçlara ilişkinse müteselsil sorumluluğun doğması için kanunda aranan şartların varlığı önem taşır.

TMK m. 189/2 düzenlemesiyle üçüncü kişilerin iyiniyeti ilk olarak ihtiyacın niteliğinin belirlenmesi noktasında dikkate alınmalıdır. Örneğin, eşler yaptıkları harcamalar ile dışarıya karşı ekonomik olarak güçlü olduklarına ilişkin bir izlenim yarattılar ise normal şartlarda sürekli ihtiyaç olarak değerlendirilmeyecek harcamaların somut olay özelinde bu şekilde değerlendirilmesi mümkündür¹²⁶. Böylece işlem yapan eşin temsil yetkisini aşmasına karşı üçüncü kişinin iyiniyeti korunmuş olur ve eşlerin müteselsil sorumluluğu doğar¹²⁷. İncelenen kararda da özel okula kayıt işleminin müşterek üç çocuğun iki yıl özel okulda eğitim alması sebebiyle sürekli ihtiyaç olarak değerlendirilmesi gerektiği karşı oyda belirtilmiştir.

TMK m. 189/2 hükmü ikinci olarak ise evlilik birliğinin temsiline ilişkin temel şartlar (fiil ehliyet, evlenmenin varlığı, ortak yaşamın devamı, işlemin birliğin ihtiyaçlarına yönelik olması) bulunmasına rağmen yetkinin aşılması halinde¹²⁸

¹²³ Öztan (n 3) 278.

¹²⁴ Schlumpf ve Fraefel (n 10) 568; Schmid (n 3) 392; Kılıçoğlu (n 6) 177; Akıntürk ve Ateş (n 7) 131.

¹²⁵ Havutcu (n 3) 126.

¹²⁶ Öztan (n 3) 278; Altunkaya (n 3) 662.

¹²⁷ Akıntürk ve Ateş (n 7) 131; Hatemi (n 6) 91; Zevkliler, Cumaloğlu ve Acabey (n 7) 90; İyiniyetli üçüncü kişilerin korunması sonucunda müteselsil sorumluluk gündeme geldiğinde eşler arasındaki rücu ilişkisi bakımından ayrıca bkz. Altunkaya (n 3) 663 vd.

¹²⁸ Havutcu (n 3) 149.

olağanüstü temsil bakımından gündeme gelebilir¹²⁹. Hakim tarafından yetkilendirme ve gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında, diğer eşin yetkilendirmesi bulunmadıkça müteselsil sorumluluk doğmayacağından üçüncü kişilerin menfaatlerinin zedelenmesi mümkündür. İnceleme konusu yapılan HGK kararı bakımından da bu husus önem taşımaktadır. Aşağıda detaylıca inceleneceği üzere müşterek çocuğun özel okula kaydı evlilik birliğinin diğer ihtiyaçları kapsamındadır. Ancak dava konusu olay bakımından işlem yapan eşin olağanüstü temsil yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışma konusudur. Eşlerin müşterek üç çocuğunun iki yıl davalı özel okulda eğitim gördüğü dikkate alındığında işlem yapan eşin, olağanüstü temsil yetkisi bulunuyorsa bu yetkinin üçüncü kişilerce anlaşılamayacak şekilde aşıp aşılmadığı noktası değerlendirilecektir. Nitekim işleme taraf olmayan eşin örtülü bir yetkilendirme yapıp yapmadığı noktası da bu bağlamda önem taşır.

Temsil yetkisinin aşılması halinde kural, işlemi yapan eşin tek başına sorumlu olması olduğundan, üçüncü kişi iyiniyetini ispat etmelidir¹³⁰. Üçüncü kişi, gereken özeni gösterdiği halde işlem yaptığı eşin temsil yetkisini aştığını anlayamamış ve iyiniyetli olduğunu ispat etmiş ise eşlerin müteselsil sorumluluğu doğacaktır. Ancak üçüncü kişilerin araştırma yükümlülüğü bakımından katı davranılmaması ve başkaları tarafından tanık olunan yaşam tarzlarının ölçü kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹³¹. Bu noktada üçüncü kişilerin araştırma yükümlülüğü, parayla işlem yapılan hallere kıyasla özellikle kredili işlemler bakımından önem taşır. Zira peşin parayla işlem yapılan hallerde alacaklı işlem sırasında tatmin edilmektedir¹³².

Üçüncü kişinin, temsil yetkisinin aşıldığını bilmesi veya bilebilecek durumda olması halinde ise müteselsil sorumluluk doğmaz ve işlemi yapan eş tek başına sorumlu olur¹³³. Öte yandan eşlerin ayrı yaşaması halinde üçüncü kişilerin ayrı yaşamadan haberdar olmamaya ilişkin iyiniyeti önem taşımaz. Böyle bir durumda üçüncü kişinin korunması söz konusu olmayacağından müteselsil sorumluluk da doğmaz. Ayrı yaşama halinde işlemi yapan eşin tek başına sorumluluğu doğar zira evlilik birliğini temsil yetkisi kanun koyucu tarafından ortak yaşamın devamı süresince öngörülmüştür¹³⁴.

¹²⁹ Diğer ihtiyaçlar bakımından TMK m. 189/2 için ayrıca bkz. Hausheer, Reusser ve Geiser (n 3) 321; Olağanüstü temsil kapsamındaki işlemler bakımından, eşin evlilik birliğini temsil yetkisine sahip olup olmadığı hususunda ölçütün, makul, dürüst ve orta zekalı üçüncü kişinin değerlendirmesi olduğu yönünde bkz. Demir (n 3) 700-701.

¹³⁰ Akıntürk ve Ateş (n 7) 131; Kılıçoğlu (n 6) 176; Zevkliler, Cumalıoğlu ve Acabey (n 7) 90.

¹³¹ Schmid (n 3) 392; Hausheer, Reusser ve Geiser (n 3) 319; Öztan (n 3) 278; Havutcu (n 3) 127.

¹³² Havutcu (n 3) 121.

¹³³ Öztan (n 3) 280; Kılıçoğlu (n 6) 177; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 198.

¹³⁴ Havutcu (n 3) 121; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 198.

F. Temsil Yetkisinin Sınırlandırılması veya Kaldırılması

Evlilik birliğinin temsiline ilişkin yetkinin sınırlandırılması veya kaldırılması mümkündür. Bu durum TMK m. 190/1 hükmünde “*Eşlerden biri birliği temsil yetkisini aşar veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalırsa hâkim, diğer eşin istemi üzerine temsil yetkisini kaldırabilir veya sınırlayabilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Hakim kararı ile temsil yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılması esasında sürekli ihtiyaçlar bakımından gündeme gelebilir¹³⁵. Nitekim diğer ihtiyaçlar bakımından kanunda aranan koşullar (TMK m. 188/2) sağlanmadıkça eşlerin zaten temsil yetkisi bulunmaz. TMK m. 188/2 kapsamında eşine diğer ihtiyaçlar bakımından temsil yetkisi tanıyan eşin bu yetkiyi dilediği zaman mahkeme kararına gerek olmaksızın geri alması mümkündür. Eğer mahkemece işlem yapan eşe tekrar eden birden fazla işleme ilişkin yetki verildiyse bu durumda mahkemece verilen bu yetkinin kaldırılması mümkündür¹³⁶. Sonuç olarak eşlerden biri, diğerinin sürekli ihtiyaçlar bakımından evlilik birliğini temsil yetkisini kötüye kullanması veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalması halinde hakime başvurulabilir¹³⁷. Ailenin diğer ihtiyaçları bakımından eş, gerekiyorsa hakimin müdahalesini talep edebilir (TMK m. 195)¹³⁸ veya hakim tarafından yetkilendirilen eşin hastalanması ya da süreci gerektiği gibi takip edememesi vb. bir sebeple TMK m. 190 kapsamında bir talepte bulunabilir¹³⁹.

Eşlerden birinin böyle bir taleple mahkemeye başvurusu, onun ekonomik menfaatlerinin korunmasına hizmet etmektedir¹⁴⁰. Zira diğer eşin temsil yetkisini kötüye kullanması veya yetkisini kullanmada yetersiz kalması halinde kendisinin de müteselsil sorumluluğu doğacaktır¹⁴¹. Hakimin konuya ilişkin haklı bir talebi kabul etmesi ile evlilik birliğinin menfaatleri de korunmuş olur.

¹³⁵ Kılıçoğlu (n 6) 178; Evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması hem olağan temsil yetkisi hem de olağanüstü temsil yetkisi bakımından uygulanabileceği yönünde bkz. Bayram (n 2) 202.

¹³⁶ Öztan (n 3) 282.

¹³⁷ Akıntürk ve Ateş (n 7) 131; Kılıçoğlu (n 6) 177; Zevkililer, Cumalıoğlu ve Acabey (n 7) 90.

¹³⁸ Yalnız bu yönde bir talep için vesayet hükümleri uygulanmadığından aile mahkemeleri görevlidir: “Somut olayda, davacı, davasında, savurganlık, alkol veya uyuşturucu bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetimi düzenleyen ve bu nedenle Vesayeti gerektiren T.M.K.nunun 406.maddesi kapsamında bir istemin bulunmadığı, davalı eşinin geliş güzel harcamalarından dolayı, evlilik birliğinin sarsılması, birlikteki yaşamlarının devamı sırasında evli eşlerin evlilik birliğinin korunması amacı ile davacı tarafından, davalı eşin harcamalarına kısıtlama getirilmesi istemi ile açılan ve T.M.K.188,190,196,198 ve 199 maddelerinin tartışılması gereken bir dava olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda, uyuşmazlığın Aile Mahkemesinde görülüp, çözümlenmesi gerekmektedir...”, 17. HD., E. 2010/5402 K. 2011/1356 T. 18.2.2011; 20. HD., E. 2015/4001 K. 2015/2136 T. 26.3.2015.

¹³⁹ Havutcu (n 3) 152; Altunkaya (n 3) 668.

¹⁴⁰ Tarkan Göksu, ‘Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB-Partnerschaftsgesetz’, in Arnet R, Breitschmid P, Jungo A (eds), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (4. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG 2023) 588.

¹⁴¹ Öztan (n 3) 281; Akıntürk ve Ateş (n 7) 131; Kılıçoğlu (n 6) 178; Bayram (n 2) 201.

Eşlerden birinin sürekli ihtiyaçlara ilişkin temsil yetkisinin kaldırılması için öncelikle o eşin temsil yetkisine sahip olması gerekir. Örneğin, işlem yapan eşin fiil ehliyetine sahip olmaması veya ayrı yaşama halinde zaten temsil yetkisi bulunmaz¹⁴². Ayrıca temsil yetkisinin sınırlanması veya kaldırılması için işlem yapan eşin temsil yetkisini kullanmada yetersiz kalması veya yetkisini aşmış olması gerekir¹⁴³. Bu kapsamda yetersizlik, işlemi yapan eşin bilgi, tecrübe veya kişisel özellikleri nedeniyle ekonomik işlemleri yapabilecek durumda olmamasını ifade eder¹⁴⁴. Temsil yetkisinin sınırlanması veya kaldırılması mutlak bir sonuç değildir. TMK m. 191 uyarınca buna ilişkin karar, koşullar değiştiğinde eşlerden birinin istemi üzerine hâkim tarafından değiştirilebilir.

Eşlerden biri, diğerinin temsil yetkisinin sınırlandırılmasını talep ettiyse bu durumda hakim temsil yetkisinin kaldırılmasına karar veremez. Ancak temsil yetkisinin kaldırılması talep edilmişse yalnızca sınırlandırılmasına karar vermesi mümkündür¹⁴⁵. Öte yandan temsil yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılması talep edilen eş hakkında kısıtlanmasını gerektirecek bir durum varsa hakim bunu resen yetkili ve sayet makamına bildirir (TMK m. 405 vd.).

Hakimin eşlerden birinin evlilik birliğini temsil yetkisini sınırlaması veya kaldırması halinde kişinin ehliyeti bundan etkilenmez. Üçüncü kişilerle dilediği işlemi yapabilir ancak bu işlemlerden yalnızca kendisi sorumlu olur¹⁴⁶. Eğer üçüncü kişi, işlemi yapan eşin yetkisinin sınırlandırıldığını veya kaldırıldığını bilmiyorsa diğer eşin müteselsil sorumluluğu devam eder. Ancak müteselsil sorumlu olan eş, iç ilişkide işlemi yapan eşe rücu edebilir¹⁴⁷. Diğer eş, eşinin evlilik birliğini temsil yetkisinin sınırlandırıldığını veya kaldırıldığını üçüncü şahıslara şahsen bildirir (TMK m. 190). Örneğin, yerleşim yerlerinin yakınında yer alan dükkanlara eşinin hukuki işlem yapma yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını bildirebilir¹⁴⁸. Bildirim ile üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunma imkanları sona erer¹⁴⁹. Ancak temsil yetkisini kaldırtan eşin üçüncü kişilere duyurması istenen etkiyi sağlamayacaksa hakimin kararın ilan edilmesine karar verebilir (TMK m. 190/2)¹⁵⁰. Sınırlama veya yetkinin kaldırılması bireysel olarak yahut mahkeme kararı ile ilan edilmedikçe üçüncü kişiler bundan etkilenmez¹⁵¹. Temsil yetkisinin sınırlandırılmasına veya kal-

¹⁴² Havutcu (n 3) 149.

¹⁴³ Akıntürk ve Ateş (n 7) 131; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 223.

¹⁴⁴ Hatemi (n 6) 91; Öztan (n 3) 283.

¹⁴⁵ Öztan (n 3) 284.

¹⁴⁶ Göksu (n 141) 590; Kılıçoğlu (n 6) 178; Hatemi (n 6) 91; Öztan (n 3) 284.

¹⁴⁷ Schlumpf ve Fraefel (n 10) 569; Bayram (n 2) 218.

¹⁴⁸ Akıntürk ve Ateş (n 7) 132; Kılıçoğlu (n 6) 178.

¹⁴⁹ Kılıçoğlu (n 6) 178; Hatemi (n 6) 91; Bayram (n 2) 219.

¹⁵⁰ Hatemi (n 6) 91; Öztaş (n 11) 282.

¹⁵¹ Zevkliler, Cumaloğlu ve Acabey (n 7) 90.



dırılmasına ilişkin karar ilan edilmiş ise temsil yetkisinin geri verilmesi halinde de bu değişikliğe ilişkin karar ilan olunur (TMK m. 191/2)¹⁵².

II. HGK., E. 2022/132 K. 2023/100 T. 22.2.2023 KARARI VE DEĞERLENDİRME

A. Karara Konu Olay

HGK kararına konu olan dava, bir menfi tespit davasıdır. Olayda bir özel okul, davacıya karşı davacının çocuğunun eğitim ücretinin tahsiline yönelik ilamsız icra takibi başlatmıştır. Ancak davacı, eşinin müşterek çocuğu kendisinin rızası olmadan davalı okula kaydettirdiğini ve kendisinin bir sözleşme imzalamadığını ileri sürerek takibe itiraz etmiştir. İlerleyen süreçte davacının itirazı reddedilmiş ve kendisine miras yolu ile intikal eden taşınmazların satışı yoluna gidilmiştir¹⁵³. Bu nedenle davacı, söz konusu icra takip dosyası yönünden borçlu olmadığına tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı özel okul ise takibin davacı ve dava dışı eşinin müşterek çocuklarının okul ücreti için başlatıldığını; davacının rızası dışında çocukların okula kaydet-tirildiği yönündeki iddiasının gerçek dışı ve kötüniyetli olduğunu iddia etmiştir. Davalı, dava konusu borcun TMK m. 327'den doğduğunu ifade etmiş ve bu nedenle sözleşmeden değil kanundan kaynaklanan bir borç bulunduğunu ileri sür-müştür. Zira TMK m. 327 hükmüne göre çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler anne ve baba tarafından karşılanır.

B. Mercilerin Çözüm Şekilleri

Dava konusu olayda ilk derece mahkemesi, takibin dayanağı olan sözleşme-nin özel okul ile diğer eş olmasından hareket ederek davacının taraf olmadığı bir sözleşmeyle ilgili borçtan sorumlu tutulamayacağını ve sorumlu olduğuna dair bir onayının bulunmadığını ifade etmiştir. Ayrıca ilk derece mahkemesi TMK'nın 327. maddesi çerçevesinde alınmış bir kararın mevcut olmadığını gerekçe gös-tererek davacı tarafından borçsuz olduğuna ilişkin açılan menfi tespit davasının kabulüne karar vermiştir. İlk derece mahkemesinin bu kararı özel okul tarafın-dan istinaf edilmiştir.

Bölge adliye mahkemesi ise ilk olarak davacının kendi rızası olmaksızın eşi tarafından çocuğun davalı okula kaydının yapıldığını iddia etse de, TMK m. 190 ve 195. maddeleri kapsamında hakim müdahalesi talep ettiğine ilişkin bir iddia veya ispatının bulunmadığını belirtmiş ve bu nedenle *"eşlerden biri tarafından yapılan sözleşme veya taahhüt edilen borcun anne ve baba açısından bağlayıcı*

¹⁵² Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 223; Kılıçoğlu (n 6) 180; Hatemi (n 6) 91.

¹⁵³ Bu bağlamda eşlerin evlilik birliğinin temsili hallerinde üçüncü kişiye karşı tüm malvarlığı değerleriyle sorumlu olduğunu ifade etmek gerekir. Bu durum eşler arasındaki mal rejiminden de bağımsızdır. Dural, Öğüz ve Gümüş (n 11) 198; Havutcu (n 3) 122.

olacağı”nı ifade etmiştir. Ayrıca davalı okulun, borcun sebebi olarak sözleşmeye değil eğitim borcuna dayandığını gerekçe göstererek eğitim hizmeti alındığının çekişmesiz olmasından hareketle TMK m. 327 kapsamında davacının müşterek çocuğun eğitim giderlerinden sorumlu olduğuna kanaat getirmiştir. Bu doğrultuda bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmış ve menfi tespit davasının reddine karar vermiştir. Bölge adliye mahkemesinin bu kararına karşı davacı temyiz isteminde bulunmuştur.

Temyiz talebi üzerine Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, TMK m. 327’de yer alan hükmün; anne ve babanın çocuğa karşı yükümlülüğünü düzenlemekte olduğunu, üçüncü kişilere olan borçlarında müteselsil sorumlu olacakları anlamına gelmediğini ifade etmiştir. Yargıtay 3. dairesine göre “*Sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler ile sözleşmeye ilişkin her türlü talep hakkı sözleşmenin taraflarına aittir.*” Ayrıca Yargıtay 3. Dairesi istinaf mercii tarafından “*aile hukuku kurallarının sözleşmenin nispiliği ilkesini geçersiz kılacak şekilde yorumlanması*”nı doğru bulmamıştır. Böylece bölge adliye mahkemesi tarafından verilen karar Yargıtay özel dairesi tarafından bozulmuştur. Ancak bölge adliye mahkemesi Yargıtay’ın bozma kararına karşı önceki gerekçe tekrar edilmek suretiyle direnme kararı vermiştir.

Direnme yolu ile HGK’nın önüne gelen davada uyuşmazlık, “*müşterek çocuğun özel okul eğitimiyle ilgili davalı eğitim kurumu ve dava dışı baba/eş arasında imzalanan sözleşmede taraf olarak yer almayan davacı eşin 4721 sayılı Kanun’un 188, 189 ve 327 nci maddeleri çerçevesinde eğitim bedelinden sorumlu olduğunun kabul edilip edilemeyeceği*” olarak tespit edilmiştir. HGK ilk olarak, borç ilişkisinden doğan alacak haklarının nispi nitelikte olduğunu dolayısıyla tarafların yapmış oldukları sözleşmelerde kural olarak üçüncü kişileri etkileyemeyeceğini ifade etmiştir. Ancak HGK, borcun yalnızca sözleşmeden değil kanundan kaynaklanabileceğine de değinmiş ve TBK dışında diğer kanunlarda da borç kaynağı olarak düzenlenen noktaların olabileceğini belirtmiştir.

HGK, borç ilişkisinin nispiliğine ve borcun kaynaklarına ilişkin yaptığı bu genel değerlendirmeden sonra uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için *evlilik birliğinin temsili* kurumunun kapsam ve mahiyetinin ortaya konulması gerektiğine değinmiş ve buna yönelik açıklamalar yapmıştır. Evlilik birliğinin yalnızca duygusal değil ekonomik birliktelik niteliğinde olduğunu ifade eden HGK; kural olarak borç ilişkileri yalnızca tarafları için hak ve borç doğurduğunu ancak gündelik hayatta eşlerin evlilik birliğinin ihtiyaçları için diğer eşin bizzat katılımı olmaksızın hukuki ilişkilere girebilmesini evlilik birliğinin işlevselliği ve ticari işlem hayatının korunması bakımından gerekli olduğunu belirtmiştir.

HGK, evlilik birliğini temsil etme yetkisinin konusunu “*ailenin ihtiyaçlarının karşılanması için yapılan hukuki işlemler ve hukuki işlem benzerleri*” olarak belirlemiştir. HGK’ya göre ailenin ihtiyaçları kanun tarafından iki ayrı alt kategoriye ayırmış ve “*ailenin sürekli ihtiyaçları*” ve “*diğer ihtiyaçları*” yönünden



bazı farklılıklar öngörülmüştür. HGK tarafından TMK m. 188 hükmü ve evlilik birliğinin temsili şu şekilde değerlendirilmiştir:

“Anılan maddenin birinci fıkrasında; ailenin sürekli ihtiyaçları için temsil yetkisi düzenlenmiş ve bu konuda ortak yaşamın devamı süresince eşlerden her birinin evlilik birliğini temsil edebileceği belirlenmiştir. Bu hâl evlilik birliğinin “olağan temsili” olarak anılır... İkinci fıkrada ise; sürekli ihtiyaç dışında kalan ihtiyaçlar yönünden eşin evlilik birliğini temsilen işlem yapabilmesini ancak diğer eş yahut hâkim tarafından bu hususta yetkili kılınması veya birliğin yararı bakımından gecikmesinde sakınca bulunulan bir hâlde diğer eşin hastalığı ve benzeri nedenlerle rızasının alınamıyor olması koşuluna bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, ailenin sürekli ihtiyacı dışında kalan ‘diğer ihtiyaçlar’ yönünden kural olarak eşlerden hiçbirinin evlilik birliğini temsil yetkisi bulunmamaktadır; ancak ve ancak bu işlem yapılmadan önce açık yahut örtülü olarak diğer eş tarafından veya haklı nedenle hâkim tarafından yetkilendirilmişse veyahut aciliyet bulunmasına rağmen diğer eşin rızasının alınamaması gibi bir hâl söz konusuysa ‘olağan üstü temsil yetkisi’ olarak isimlendirilen durum ortaya çıkacaktır. Bu üç hâlden birinin mevcut olmaması durumunda, yapılan işlem diğer eş tarafından sonradan örtülü olarak onaylansa bile, birliği temsilen yapılmış sayılmaz.”

Yapılan bu değerlendirmelerden sonra HGK’ya göre üzerinde durulması gereken nokta, özel okula kayıt işleminin ailenin sürekli ihtiyaçlarından olup olmadığı noktasıdır. HGK, sürekli ihtiyaç kavramının kanunda tanımlanmadığını, “her ailenin sosyal ve ekonomik düzeyine, kültürel durumu, alışkanlıkları ve yerel örf ve adetlerine göre” değişebileceğini ifade etmiş ancak genel olarak “ortak yaşamla maddi bağlantı içinde olan, evlilik birliğinin günlük ve olağan ihtiyaçlarının giderilmesine ilişkin hukuki işlemler” olarak tanımlamıştır. Ailenin diğer ihtiyaçları ise gerek aile ekonomisine getirdiği yük gerekse alınan kararın eşlerin ortak akıyla hareket etmesini gerektirmesi nedeniyle günlük alım satım, olağan eğitim, küçük onarım işleri gibi mutad ihtiyaçların giderilmesi seviyesinden öteye geçen ve aile için alışılmışın dışında sonuç doğuran işlemler olarak ifade edilmiştir.

HGK, dava konusuna ilişkin bu incelemelerden sonra uyuşmazlık konusunu değerlendirmiştir. Bu kapsamda yaptığı ilk tespit, TMK m. 342 kapsamında çocuğun yasal temsilcisi olarak anne ve babadan her birinin tek başına müşterek çocuğun okula kayıt işlemini gerçekleştirebileceği yönündedir¹⁵⁴. Ancak HGK’ya

¹⁵⁴ Eşlerden birinin velayet hakkı çerçevesinde üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerde TMK m. 188’e göre birliğin temsili hükümlerine dayanılamayacağı yönünde karşı görüş için bkz. Havutcu (n 3) 51 ve Altunkaya (n 3) 647; Ancak yukarıda ifade edildiği üzere öğretide özel okula kayıt sözleşmesini TMK m. 188 vd. hükümleri kapsamında değerlendiren yazarlar da bulunmaktadır, bkz. yukarıda dipnot 67.

göre anne ve babanın çocuğun eğitim giderlerinden birlikte sorumlu olması (m. 327), söz konusu hukuki işlemi tek başına yapabilme hâli (m. 342) ve evlilik birliğini temsil yetkisi (m. 188) “birbirinden farklı amaçlara hizmet eden” yasal düzenlemelerdir. HGK borcun TMK m. 327 hükmünde olduğu gibi bir kanun hükmünden doğabileceğini kabul etmekle birlikte bu hükmün “eşler arasındaki iç ilişkide eşlerin eşit hak ve sorumluluk altında olduğunu” gösterdiğini, “üçüncü kişilere salt bu nedenle hukuki işlemin tarafı olmayan eşe karşı da talepte bulunma hakkı vermediğini” ve sözleşmelerin nispiliğinin asıl olduğunu belirtmiştir.

Bununla birlikte HGK; sözleşmelerin nispiliğinin mutlak bir kural olmadığını, taraflarca veya kanunda aksinin öngörülebileceğini ifade ederek TMK m. 188 hükmü uyarınca evlilik birliğinin temsiline ilişkin düzenlemelerin de bu kapsamda kanunda aksi öngörülen hallerden biri olduğuna değinmiştir. Ancak HGK’ya göre söz konusu temsil hali yalnızca kanunun çizdiği sınırlar içinde işlerlik kazanır ve bu kapsamda yapılan bir işlem yoksa diğer eşin sorumluluğu doğmaz.

Netice olarak HGK; dava konusu olayda yer alan özel okula kayıt işlemini “işlemi yapan ebeveynin velâyet hakkı çerçevesinde çocuğun yasal temsilcisi olarak borç altına girdiği ve diğer eşin rızasıyla hareket ettiğinin karinen kabul edildiği bir durum” olarak kabul etmiştir. Ancak HGK’ya göre bu işlem “eşin diğerinin bilgisi ve rızasına ihtiyaç duymaksızın gerçekleştirebileceği alelade bir karar” niteliğinde değildir. Bu nedenle ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında yer almaz¹⁵⁵. Dolayısıyla HGK’ya göre işlem yapan eşin olağan temsil yetkisini kullandığından bahsedilemez ve olağanüstü temsile ilişkin de aranan şartlar gerçekleşmediğinden davacı eşin sözleşmeyi akdeden dava dışı eş ile birlikte müteselsil sorumlu olduğu kabul edilemez.

C. Değerlendirmelerimiz

HGK, konuyu değerlendirirken öncelikle borçlar hukukunun temel ilkelelerinden olan sözleşmenin nispiliği ilkesine vurgu yapmıştır. Borç ilişkilerinden doğan alacak hakkı aynı haklar ile kişilik haklarının aksine nispi niteliktedir¹⁵⁶. Her sözleşme kural olarak yalnız kendi tarafları için haklar ve borçlar doğurur¹⁵⁷. Üçüncü kişilerin sözleşme sebebi ile borç altına girmesi veya hak ileri sürmesi istisnai haller dışında mümkün değildir¹⁵⁸. Buna sözleşmelerin nispiliği prensibi

¹⁵⁵ Benzer yönde bkz. Kılıçoğlu (n 6) 174; Erdem ve Makaracı Başak (n 7) 220; Öztan (n 3) 270.

¹⁵⁶ Eren (n 15) 19; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (26. Baskı, Turhan Kitabevi 2022) 16; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I (20. Baskı, Vedat Kitapçılık 2022) 28; Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt (7. Baskı Filiz Kitabevi 2017) 15-16.

¹⁵⁷ Selahattin Sulhi Tekinay vd., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993) 60; Kılıçoğlu (n 157) 16; Oğuzman ve Öz (n 157) 28; Kocayusufpaşaoğlu vd. (n 157) 15-16.

¹⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd. (n 157) 15-16; Eren (n 15) 19; Kılıçoğlu (n 157) 16; Oğuzman ve Öz (n 157) 28.



denmektedir¹⁵⁹. Söz konusu olayda davacı annenin sözleşmeye taraf olmadığı açık olup, bu ilkenin istisnasına gidilebilmesi ancak açık bir kanun hükmü veya taraf iradesi ile mümkündür.

Her ne kadar TMK m. 327 gereğince anne ve baba, çocuklarının bakım ve eğitim giderlerinden birlikte sorumlu olsalar da HGK, bu hükmün, aile içi sorumluluk rejimini düzenlediğini ifade etmiştir. Yani, çocukların bakım ve eğitim giderlerinden doğan sorumluluğun paylaşılması eşler arasındaki iç ilişkiye dairedir. Söz konusu hüküm, eşlerden biri tarafından üçüncü kişiyle yapılan sözleşmeden diğer eşin de doğrudan sorumluluğunu doğurmaz. Zira bu tür bir yükümlülük, ancak açık bir sözleşme veya TMK m. 188 uyarınca doğan temsil yetkisi ile mümkün olabilir. Kanaatimizce HGK tarafından TMK m. 327 için yapılan bu tespit, söz konusu uyuşmazlıkta uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından önemli ve isabetlidir. Bu tespit ile birlikte, davalı okulun doğrudan TMK m. 327 sebebiyle kanundan doğan bir borcun bulunduğu yönündeki iddiaları bertaraf edilmiş olur. Böylece borcun eşlerden biri tarafından akdedilen sözleşmeden kaynaklandığı noktasından hareket etmek ve devamında evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümleri incelemek gerekir.

Evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümler uyarınca ilk yapılması gereken tespit, özel okula kayıt işleminin evlilik birliğinin ihtiyaçları bakımından nitelendirilmesidir. TMK m. 188 uyarınca eşlerden biri, evlilik birliğinin gündelik ihtiyaçları kapsamında diğerinin rızası aranmaksızın işlem yapabilir. Ancak, HGK bu düzenlemenin sınırlarını net bir şekilde çizmekte; özel okul gibi yüksek maliyetli eğitim sözleşmelerinin gündelik ve olağan ihtiyaç kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir¹⁶⁰. HGK, eşlerden biri tarafından yapılan hukuki işlemleri değerlendirirken *önceden bu konuyla ilgili görüşmeye ihtiyaç duyup duymayacaklarını* da dikkate almaktadır¹⁶¹. HGK'ya göre eşlerin önceden konu ile ilgili görüşmeye ihtiyaç duydukları işlemler evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçları kapsamında değil, diğer ihtiyaçları kapsamındadır. Dolayısıyla bu işlemler olağan temsil yetkisinin dışında yer alır ve müteselsil sorumluluk için artık ya diğer eşin açık rızası ya da olağanüstü temsile ilişkin diğer koşullar gereklidir.

Kanaatimizce de özel okula kayıt sözleşmesinin akdedilmesi evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçları kapsamında değil, diğer ihtiyaçları kapsamındadır. İlk olarak

¹⁵⁹ Eren (n 15) 19; Tekinay vd. (n 158) 60.

¹⁶⁰ Benzer yönde: “Somut olayda müşterek çocuk ...’un özel öğretim kurumundan eğitim hizmeti almasının ailenin sürekli ihtiyaçlarından olmadığına, sözleşmede imzası bulunmayan davalının davacıya karşı sorumluluğu bulunmadığına, dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yerinde olmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına karar verilmesi gerekmektedir...”, 13. HD., E. 2017/2580 K. 2020/1430 T. 6.2.2020; 3. HD., E. 2020/7471 K. 2021/1796 T. 22.2.2021.

¹⁶¹ Benzer yönde bkz. Havutcu (n 3) 72-73.

konunun eşler tarafından önceden görüşmeye ihtiyaç doğuracak nitelikte olması bizce de oldukça isabetli bir ölçüdür. Nitekim müşterek çocuğun eğitim hayatına yönelik olağan standartları aşan bir kararın verilmesi ve buna yönelik bir sözleşme akdedilmesi söz konusu işlemi alelade bir karar olmaktan çıkartmaktadır. Öte yandan, müşterek üç çocuğun birden fazla eğitim yılı boyunca davalı özel okulda öğrenim görmesi, ekonomik açıdan değerlendirildiğinde, bu kayıt işleminin somut olayda eşler bakımından artık sürekli bir ihtiyaç haline gelip gelmediği konusunda tereddüt uyandırabilir. Ancak kanaatimizce müşterek üç çocuğun, birden fazla yıl özel okulda eğitim görmüş olması bu kayıt işlemini sürekli ihtiyaç kapsamına sokmak için yeterli değildir. İfade edildiği üzere bu sözleşme yine de eşlerin öncesinde üzerinde konuşmaya ihtiyaç duyacakları niteliktedir ve evlilik birliğinin olağan kararlarından biri olarak değerlendirilemez. Bu bağlamda sürekli ve diğer ihtiyaç nitelendirmesi yaparken ailenin sosyal ve ekonomik durumu tek kıstas olarak düşünülemez. Aksi halde eşler bakımından ekonomik olarak vermesi kolay kararların her halükarda sürekli ihtiyaç kapsamında kalması mümkündür. Bu nedenle verilen kararın içeriği de eşlerin ekonomik durumlarının yanı sıra değerlendirilmeye dahil edilmelidir.

Dava konusu sözleşmenin evlilik birliğinin diğer ihtiyaçları kapsamında olduğu tespit edildikten sonra eşlerin müteselsil sorumlu tutulabilmeleri için TMK m. 188/2’de aranan hallerden biri olup olmadığı değerlendirilmelidir. Somut olay bakımından hakimin işlem yapan eşi yetkili kılması yahut gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığı söz konusu değildir. Bu nedenle işleme taraf olmayan eşin, sözleşmeyi akdeden eşi yetkili kılıp kılmadığı değerlendirilmelidir. Karardan anlaşıldığı üzere işleme taraf olmayan davacı eş, böyle bir yetki vermemiş, hatta diğer eşin kendi rızası olmadan müşterek çocuğu davalı okula kaydettirdiğini ileri sürmüştür. Sonuç olarak işlemi yapan eş, diğer ihtiyaçlara yönelik bir işlem yapmıştır ancak TMK m. 188/2 de aranan şartlar gerçekleşmediğinden bu işlem adına olağanüstü temsil yetkisi de yoktur. Dolayısıyla işleme taraf olmayan davacı eşin, TMK m. 189/1 uyarınca müteselsil sorumluluğu doğmamaktadır.

Ancak değerlendirilmesi gereken ve eşlerin müteselsil sorumluluğunu gerektirecek son bir ihtimal daha vardır ki, o da TMK m. 189/2 uyarınca *temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılamayacak şekilde* aşılması halidir. Her ne kadar müşterek üç çocuğun iki yıl davalı özel okulda eğitim görmesi yapılan işlemi sürekli ihtiyaç kategorisine dahil etmese de; bu olgular, işlemi yapan eşin temsil yetkisini üçüncü kişi konumundaki davalı okul tarafından anlaşılamayacak şekilde aştığı yönünde değerlendirilebilir. Bu değerlendirme kanaatimizce iki şekilde yapılabilir. İlk olarak her ne kadar yapılan işlem diğer ihtiyaçlar kategorisinde olsa da müşterek diğer çocuklar bakımından da yapıldığı ve tekrarlandığı için özel okul tarafından artık sürekli ihtiyaç olarak nitelendirilmiş ve işlem yapan eşin de zaten yetkili olduğu düşünülmüş olabilir. Bu kapsamda yapılan işlemde, evlilik birliğinin ekonomik gerçekleriyle dışarı yansıtılan görüntü uyuşmadığından temsil



yetkisi aşılmış olur ve TMK m. 189/2'nin uygulanması gündeme gelir¹⁶². İkinci olarak davalı okul, yapılan işlemi diğer ihtiyaç olarak değerlendirmesine rağmen aynı gerekçelerle işleme taraf olmayan eşin örtülü bir yetkilendirmesi olduğunu da düşünmüş olabilir¹⁶³. Nitekim daha önce de ifade edildiği üzere tekrarlayan girişimler bakımından örtülü bir yetkilendirmenin kabul edilebileceği öğretide de ileri sürülmüştür¹⁶⁴. Dolayısıyla bu ihtimal bakımından da kanaatimizce TMK m. 189/2 hükmünün uygulanması mümkündür.

HGK kararı bu noktada TMK m. 189/2 hükmünü değerlendirmekte ve buna ilişkin bir gerekçelendirme yapmakta eksik kalmaktadır. İlgili fıkra kararda yalnızca genel bilgiler kısmında geçirilmiş ancak somut olay ile bağlantısı kurulmamıştır. Bu bağlamda dava, örneğin müşterek tek bir çocuğun özel bir okuldaki ilk yılında akdedilen sözleşmeye ilişkin bir davadan farklıdır. Kararda verilen bilgiler ışığında özel okulun TMK m. 189/2 uyarınca korunması ve eşlerin müteselsil sorumlu tutulması mümkün görünmektedir. Kanaatimizce eğer somut olayda taraflar bakımından bunu önleyecek farklı olgular veya TMK m. 189/2 hükmünün uygulanmasını engelleyen başka sebepler varsa bunlara yer verilerek ayrıntılı bir gerekçelendirilme yapılması, kararın dayanaklarının açıkça ortaya konması bakımından daha isabetli olurdu.

HGK'da azınlıkta kalan karşı görüş; çok yıllık okul kaydının annenin rızası dışında olamayacağını ve bu durumun hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, eğitim giderlerinin evlilik birliğinin sürekli ihtiyacı sayılacağını, bu nedenle temsil yetkisinin sınırları içinde kaldığını ve sorumluluğun kanundan doğduğunu savunmuştur. Ancak bu görüş, incelenen gerekçelerle çoğunluk tarafından kabul görmemiştir. Kanaatimizce de bu görüş, yukarıda açıklanan gerekçelere ek olarak nispilek ilkesinin sınırlarını belirsizleştirdiği ve temsilin kapsamını genişlettiği için isabetli değildir.

Karşı görüşte yer alan ve aynı zamanda davalı tarafından da ileri sürülen bir diğer nokta, rızası olmaksızın müşterek çocuk davalı özel okula kaydettirilmesine rağmen davacı annenin buna yönelik bir hukuki yola başvurmamış olmasıdır. Benzer şekilde istinaf mercii de davayı reddederken “*TMK'nın 188, 189, 190 ve 195 inci madde hükümleri nazara alınarak davacının okula kayıt konusunda eşinin temsil yetkisine hâkimin müdahalesini talep ettiğini iddia veya ispat edemediği*” hususunu karar gerekçesinde belirtmiştir. HGK'nın yaklaşımına göre ise işlem yapan eşin temsil yetkisinin bulunmadığı durumlarda, diğer eşin yetkinin sınırlandırılması veya kaldırılması talebinde bulunması hukuken anlamlı değildir. HGK tarafından yapılan bu tespitin de bizim yukarıda vardığımız sonuç bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹⁶² Benzer yönde bkz. Havutcu (n 3) 151.

¹⁶³ Bu yönde bkz. Hausheer, Reusser ve Geiser (n 3) 321.

¹⁶⁴ Bkz. yukarıda bölüm I.C., dipnot 84.

Öncelikle HGK, olayda diğer ihtiyaçlar kapsamında yapılan bir işlem tespit etmiş ve eşin yetkilendirmesi veya diğer şartlar bulunmadığından olağanüstü temsil yetkisinin olmadığını ifade etmiştir. Ancak izah ettiğimiz üzere, dışarı yansıtılan görüntü veya eşin örtülü yetkilendirmesi bakımından bir değerlendirme yapıldığında TMK m. 189/2 hükmünden üçüncü kişilerin faydalanabilmesi mümkündür. Bu durum aslında *temsil yetkisinin aşılması* kurumunun doğasından kaynaklanmaktadır. Yetkinin yokluğu halinde aşılmasından söz edilemez. Bu bağlamda HGK'nın değerlendirmesi ilk bakışta haklıdır. Ancak temel şartlar olan fiil ehliyeti, evlenmenin varlığı, ortak yaşamın devamı ve evlilik birliğinin ihtiyaçlarına yönelik bir işlem bulunuyorsa artık evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümler değerlendirme kapsamına alınmak durumundadır¹⁶⁵. Olağanüstü temsile ilişkin ek şartların sağlanmaması kanaatimizce TMK m. 189/2 hükmünün değerlendirilmesinin önünde bir engel teşkil etmez. Ancak örneğin işlem dışı eş, TMK m. 190 ve 195 kapsamında temsil yetkisine karşı müdahale talep etmiş ve okul da durumdan haberdar edilmiş olsaydı TMK m. 189/2'nin uygulanması iyiniyet şartı gerçekleşmediğinden mümkün olmazdı. İşleme taraf olmayan eşin bu yönde bir talepte bulunması zorunlu değildir. Fakat kanaatimizce özellikle olaydaki gibi hallerde eşin TMK m. 189/2 gereği sorumlu tutulması bakımından risk kendisi üzerindedir. Kanun koyucu bir yandan diğer ihtiyaçlar için müteselsil sorumluluğu belirli şartlara bağlayarak zorlaştırmış ve işleme taraf olmayan eşin menfaatini korumuş; diğer yandan ise TMK m. 189/2 hükmünün şartları gerçekleştiğinde iyiniyetli üçüncü kişilerin korunmasından yana bir tercihte bulunmuştur. Bu tercihin evlilik birliğinin üçüncü kişilerle olan işlemleri bakımından hakkaniyetli olduğu görüşündeyiz.

Netice olarak, HGK'nın söz konusu kararı, aile hukuku ile borçlar hukuku arasındaki sınırları belirginleştirmesi ve temsil yetkisinin sınırlarını somut olayın niteliğine göre değerlendirmesi bakımından önemli tespitler içermektedir. Özellikle özel okul kaydı gibi yüksek maliyetli ve süreklilik arz eden bir yükümlülüğün, evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçları kapsamında değerlendirilemeyeceğini vurgulaması, TMK m. 188'in uygulama alanını işleme taraf olmayan eşin korunmasını sağlayacak şekilde çerçevede daraltmakta ve temsil yetkisini hukuki güvenlik ilkesiyle uyumlu biçimde sınırlamaktadır. Ayrıca TMK m. 327'de öngörülen eğitim giderlerine ilişkin yükümlülüğün yalnızca iç ilişki bakımından geçerli olduğunu, bu hükmün üçüncü kişiler yararına doğrudan borç ilişkisi kuramayacağını kabul etmesi, sözleşmelerin nispiliği ilkesine uygun düşmektedir. Bu yönleriyle karar, açık irade veya kanuni şartlar gerçekleşmeden diğer eş aleyhine sorumluluk doğmayacağına işaret ederek özel hukukun sorumluluk sistematığına saygı göstermektedir. Ancak her ne kadar HGK'nın kararı temsil yetkisinin sınırlarını ve sözleşmenin nispiliği ilkesini isabetli biçimde ortaya koysa da, kararın TMK m. 189/2 hükmünü yeterince tartışmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Karar bu yönüyle

¹⁶⁵ Bkz. yukarıda bölüm I.F., dipnot 142.



evlilik birliğini temsil yetkisinin üçüncü kişiler açısından öngörülebilirliğini göz ardı etme riski taşımaktadır. Bu nedenle iyiniyetli üçüncü kişilerin korunmasında, TMK m. 189/2'nin sağladığı dengeyi gözetmede eksik kalmaktadır. Kanaatimizce evlilik birliğini temsil yetkisinin sınırları ve aşılması, üçüncü kişi konumundaki özel okul açısından da titizlikle irdelenmeli ve özel okulun iyiniyetli olup olmadığı gerekçeli bir biçimde ele alınmalıydı.

SONUÇ

Evlilik birliğinin temsiline ilişkin Türk Medeni Kanunu hükümleri, aile hayatının devamlılığı ile işlem güvenliği arasında hassas bir denge kurmayı amaçlamaktadır. Eşlerin gündelik hayatın olağan akışı içinde birbirlerinin bilgisi ve rızasına ihtiyaç duymaksızın bazı hukuki işlemleri gerçekleştirebilmesini sağlayan TMK m. 188, bu dengenin temel dayanaklarından biridir. Ancak bu temsil yetkisi, evlilik birliğinin olağan sınırlarını aşan işlemlerde genişletici şekilde yorumlanamaz. HGK'nın 22.02.2023 tarihli, E. 2022/132, K. 2023/100 sayılı kararında da bu ilke korunmuş; eşlerden biri tarafından imzalanan özel okul sözleşmesinden diğer eşin, temsil yetkisinin sınırları dışında borçlandırılamayacağı kabul edilmiştir. Karar, sözleşmenin nispiliği ilkesini ve irade özerkliğini öne çıkararak borçlar hukukunun temel ilkelerine uygun bir yaklaşım sergilemiştir.

Bununla birlikte karar, Türk Medeni Kanunu m. 189/2 hükmünü yeterince tartışmadığı ve iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması ilkesine gereken ağırlığı vermediğinden eleştiriye açık noktalar taşımaktadır. Söz konusu özel okulda, davacı eş ile işlemin tarafı olan dava dışı eşin müşterek üç çocuğun iki yıldır eğitim aldığı görülmektedir. Bu nedenle kanaatimizce davalı okul, dışarı yansıyan görüntüde ihtiyacın niteliği veya işlem yapan eşin diğer eş tarafından örtülü olarak yetkilendirildiği hususunda bir kanaate varabilir. Dolayısıyla özel okulun iyiniyetli üçüncü kişi konumunda olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Bu tür durumlarda, evlilik birliğinin temsiline ilişkin kuralların, dış ilişkide üçüncü kişiler nezdindeki görünümüyle birlikte ele alınması gerekmektedir.

Sonuç olarak, aile hukukuna özgü temsil rejiminin sınırlarının belirlenmesinde hem bireylerin irade özgürlüğü hem de üçüncü kişilerin korunması birlikte gözetilmeli; özellikle çocuklara ilişkin işlemler bakımından TMK m. 188, 189 ve 327 hükümleri, sorumluluk ve sözleşmeye taraf olma ilişkisi bakımından hassasiyetle değerlendirilmelidir. İncelenen karar, bu dengeyi genel hatlarıyla isabetli biçimde kurmakla birlikte, temsilin üçüncü kişiler bakımından doğurduğu sonuçların daha kapsamlı incelenmesine ihtiyaç bulunduğu görülmektedir.

KAYNAKÇA

Açıkgöz KT, ‘Evlilik Birliğini Temsilin Borçlar Hukuku Bağlamında Temsil Yetkisi ile Karşılaştırılması’ (2023) 3(1) Kırıkkale Hukuk Mecmuası 29-45.

Akıntürk T ve Ateş D, Aile Hukuku (25. Baskı, Beta 2024).

Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, Kişiler Hukuku (18. Baskı, Beta 2021).

Akyol Ş, Türk Medeni Hukukunda Temsil (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2009).

Altunkaya M, ‘Evlilik Birliğinin Temsilinden Kaynaklanan Sorumluluk’ içinde Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Sayın ve Nesli Şen Özçelik (eds) Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu I. Cilt (1. Baskı, 2017 Yetkin).

Bayram AE, ‘Eşlerin Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlanması’ (2022) 1 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 189-228.

Demir M, ‘Türk Medeni Kanunu’na Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutu ile İlgili İşlemler’, içinde Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan (1. Baskı, Turhan Kitabevi 2003).

Dural M ve Öğüz T, Türk Özel Hukuku Cilt-II Kişiler Hukuku, (19. Baskı, Filiz 2018).

Dural M, Öğüz T ve Gümüş M, Türk Özel Hukuku Cilt-III Aile Hukuku (19. Baskı, Filiz Kitabevi 2024).

Erdem M ve Makaracı Başak A, Aile Hukuku (1. Baskı, Seçkin 2022).

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (24. Baskı, Yetkin Yayınevi 2020).

Göksu T, ‘Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB-Partnerschaftsgesetz’, in Arnet R, Breitschmid P, Jungo A (eds), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (4. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG 2023).

Güven K, İsviçre Medeni Kanunu’ndaki Son Gelişmeler (1. Baskı, Savaş Yayınevi 2023).

Hatemi H, Aile Hukuku (10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2023).

___ __, Kişiler Hukuku (9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021).

Hausheer H, Reusser R ve Geiser T, ‘Artikel 166 / Absatz 1’ in Heinz Hausheer (ed.), BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/1/2 (2. Aufl, Stämpfli Verlag AG 1999).

Havutcu A, Evlilik Birliğinin Temsili (1. Baskı, Seçkin 2006).

Karakaş T, Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar (1. Baskı, Turhan Kitabevi 2015).

Kılıçoğlu AM, Aile Hukuku (7. Baskı, Turhan Kitabevi 2024).



— —, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (26. Baskı, Turhan Kitabevi 2022).

Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt (7. Baskı, Filiz Kitabevi 2017).

Kurt E, ‘Kendilerine Yasal Danışman Atanan Kişilerin Hukuki Durumu’ (2016) 4(8) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 41-80.

Oğuzman MK ve Barlas N, Medeni Hukuk (28. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022).

Oğuzman MK ve Öz MT, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I (20. Baskı, Vedat Kitapçılık 2022).

Oğuzoğlu HC, ‘Evlilik Birliğini Temsilde Medeni Kanunumuzun Dayandığı Esaslar’ (1950) 7(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 312-324.

Öztan B, Aile Hukuku (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2015).

Öztaş İ, ‘Evlilik Birliğinin Temsili ve Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Sona Ermesi’ (2010) 16(1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 247-284.

Schlumpf M, Fraefel C, ‘Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB-Partnerschaftsgesetz’, in Arnet R, Breitschmid P ve Jungo A (eds), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (4. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG 2023).

Schmid U, ‘ZGB Kommentar Art. 166’, in Kostkiewicz JK, Wolf S, Amstutz M, Fankhauser R (eds), OFK - Orell Füssli Kommentar (4. Aufl., Orell Füssli Verlag AG 2021).

Tat O, Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Danışmanlık (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018).

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993).

Yalman S, ‘Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu’ (2004) 12(3-4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7-30.

Zevkliler A, Cumalıoğlu E ve Acabey MB, Medeni Hukuk-III Aile Hukuku (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2024).

ÇOCUKLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİNDE AÇIK RIZA VE YAŞ SINIRINA İLİŞKİN MUKAYESELİ BİR İNCELEME

*A Comparative Analysis of Explicit Consent
and Age Limit in the Processing of Children's Personal Data*

Esra KARATAŞ*

Özet

Çocukların kırılgan, zayıf ve savunmasız yapısı onların korunması için daha katı yasal düzenlemeler yapılmasını gerektirmiştir. Nitekim hem ulusal hem de mukayeseli hukuka baktığımızda çocukların korunması için birçok alanda yasal düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerin çoğu çocuklar için en iyi kararı ebeveyni alır düşüncesiyle ebeveynsel bir yaklaşımla hazırlanmıştır. Çocukların kişisel verilerinin işlenmesi hususunda çocuğun kendi rızasının yeterli olup olmadığının tespitinde de bu yaklaşımın izlerini görmekteyiz. Mukayeseli hukuka baktığımızda çocukların rıza verebilme yaş sınırını Amerika Birleşik Devletleri Çocukların Çevrimiçi Gizliliğinin Korunması Yasası (COPPA)'nda 13 yaş olarak belirlerken Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) 16 yaş olarak belirlemiş ancak üye devletlere bu yaş sınırını 13 yaşa kadar indirebilme yetkisi vermiştir. İlgili yaş sınırının altındaki çocuklar için ise kişisel verilerinin işlenmesinde rıza verip vermemeyi ebeveyn takdirine bırakmıştır. Ancak bu husus doktrinde birçok tartışmaya yol açmıştır. Bu tartışmalardan en önemlisi her çocuğun kendine özgü bilişsel, fiziksel, duygusal ve sosyal gelişim süreci bulunduğu standart bir yaş sınırının belirlenmesi doğru bir uygulama mıdır? Çözüm bekleyen diğer tartışma konuları ise çevrimiçi platformlarda ilgili kişinin yaşı nasıl tespit edilecektir ve ebeveyn rızasının aranması durumunda kişinin ebeveyn olduğu nasıl tespit edilip hangi yollarla rızası alınacaktır. Türk hukukunda ise çocukların kişisel verilerinin işlenmesine ve yaş sınırına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Çalışma kapsamında kişisel veri ve açık rıza kavramı incelenecek ardından Türk hukukundaki ehliyet düzenlemeleri kapsamında çocuğun kişisel verilerinin işlenmesinde rıza hususu ve rıza yaş sınırı değerlendirilecektir. Son olarak COPPA ve GDPR'de yar alan açık rıza ve yaş sınırı düzenlemeleri ile yaş doğrulama ve ebeveyn rızasının alınmasına ilişkin yöntemler incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Açık rıza, çocukların kişisel verilerinin işlenmesi, yaş sınırı, ebeveyn rızası, fiil ehliyeti

Abstract

The fragile, weak, and vulnerable nature of children has necessitated the adoption of stricter legal regulations to ensure their protection. Indeed, both in national and comparative law, numerous legal provisions have been enacted to safeguard children. Most of these regulations have been

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 17.09.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Arş. Gör., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Kocaeli-Türkiye, esra.karatas@kocaeli.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8657-6718>



drafted with a parental approach, grounded in the assumption that parents are best positioned to make decisions in the best interests of their children. This parental perspective is also evident in determining whether a child's own consent is sufficient for the processing of their personal data. From a comparative law perspective, the age threshold for a child's capacity to give valid consent has been set at 13 years under the United States' Children's Online Privacy Protection Act (COPPA), whereas the General Data Protection Regulation (GDPR) establishes the age at 16, while granting Member States the discretion to lower this threshold to 13. For children below this age threshold, the decision as to whether their personal data may be processed has been left to parental consent. However, this issue has given rise to considerable debate in the doctrine. One of the most prominent questions is whether it is appropriate to adopt a uniform age threshold, given that each child has a unique cognitive, physical, emotional, and social development profile. Further unresolved issues concern how the age of the data subject can be verified on online platforms and, in cases where parental consent is required, how the status of a person as a parent is to be established and through which mechanisms such consent should be obtained. In Turkish law, there is no specific provision regulating the processing of children's personal data or the age threshold for consent. Within the scope of this study, the concepts of personal data and explicit consent will first be examined, followed by an assessment of the issue of consent and the age threshold in the processing of children's personal data under Turkish law in light of the capacity provisions. Finally, the study will analyse the rules on explicit consent and age thresholds under COPPA and the GDPR, together with the methods of age verification and obtaining parental consent.

Keywords: Explicit consent, processing of children's personal data, age threshold, parental consent, capacity to act

GİRİŞ

Kanun koyucu kişisel verilerin işlenebilmesi için hukuka uygunluk sebeplerini kanunlarda açıkça öngörülmesi, fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması, bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması, veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması, ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması ve ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması şeklinde saymaktadır. Bu hukuka uygunluk sebeplerinden biri de açık rızadır. *Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür irade ile açıklanan rıza* kişisel verileri işleme eylemlerini hukuka uygun hale getirmektedir. Açık rızanın geçerli olabilmesi için kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilen somut olay açıkça belirlenmiş bir faaliyete ilişkin olmalı, ilgili kişi verilerinin işlenmesine rıza göstermeden önce konuya ilişkin yeterli düzeyde bilgilendirilmelidir, kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin kararı bilinçli ve özgür bir şekilde vermelidir. İlgili kişinin beyanı açık olmalı yahut verisinin işlenmesine rıza verdiğine dair aktif bir eylem sergilemelidir. Ayrıca açık rıza kişisel verilerin işlenmesinden önce veya en geç işlem anında verilmelidir. Kişisel verileri işlenen ilgili kişi çocuk

olduğunda Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) çocukları korumak amacıyla ek düzenlemeler getirmiştir.

Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 24 Ekim 1995 tarihli ve 95/46/EC sayılı Direktifi çocukların kişisel verilerinin işlenmesine özel düzenlemeler içermemekteydi. Çocukların gelişen teknoloji ile birlikte ekran karşısında daha fazla zaman geçirdiğini görmekteyiz. Çocukların sosyal medyayı sıklıkla kullanması, çevrimiçi platformlarda alışveriş yapması veya elektronik cihazlarda (telefon, bilgisayar, tablet gibi) dijital oyunlar oynaması çocukların kişisel verilerinin sıklıkla işlenmesini gerektirmektedir. Bu ise çocukların zayıf, kırılgan ve korunmaya muhtaç yapısı göz önüne alındığında kişisel verilerinin hukuka aykırı işleme ihtimalini arttırmakta, çocukların özel hayatına ilişkin bilgilerin ele geçirilerek kötü amaçlarla (porno içeriği, dolandırıcılık gibi) kullanılmasına yol açmaktadır. Çocukların çevrimiçi karşılaştığı riskler ve zararlar, öncelikle kişisel bilgilerinin alınıp satılmasından, paylaşımların mahremiyetleri üzerindeki etkisinden ve e-güvenlik risklerinden kaynaklanmaktadır. Bilgi gizliliğinin kaybı, çocukların onur ve mahremiyetine zarar verebilir; bu zararlar, çocukların kimliklerini özgürce geliştirme ve anonim kalma isteklerinin azalmasına da yol açabilir. Çocuklar çevrimiçi pazarlamaya ve e-güvenlik risklerine daha fazla maruz kalmaktan kaynaklanan dolaylı zararlar ile de karşılaşabilirler. Bu risklerden bazıları hemen etkili olabilecek zararlarla yol açabilirken, bazıları belirsiz bir gelecekte uzun vadede zarar meydana getirebilir¹.

Çocukların çevrimiçi mahremiyet konusundaki kırılganlığı dijital okuryazarlık eksiklikleri, bilişsel kapasite yetersizlikleri ve muhakeme olgunluğundaki eksikliklerden kaynaklanır². Bu kırılganlıklar bilişsel önyargılarla daha da artmaktadır. İlgili tehlikelerin farkında olan ABD çocukların kişisel verilerinin korunmasına ilişkin yasal düzenlemeleri 1998 yılında yapmıştır. Bu tehlikenin farkına varan Avrupa Birliği ise Amerika Birleşik Devletleri'nin Çocukların Çevrimiçi Gizliliğinin Korunması Yasası (COPPA)'ndan da etkilenecek çocukların kişisel verilerinin korunması amacıyla düzenlemeler yapmıştır. GDPR ile çocukların haklarının ve özel korunma ihtiyaçlarının gözetilerek çocukların özel korumayı hak eden bir kullanıcı grubu olarak kabul edilmesi ve buna yönelik düzenlemeler yapılmış olması ileriye doğru atılmış büyük bir adımdır. GDPR ayrıca çocukların özel konumunu ve çevrimiçi ortamdaki ihtiyaçlarını da dibace kısmındaki dü-

¹ Australian Information Commissioner, 'Privacy Risks and Harms For Children and Other Vulnerable Groups In The Online Environment, Research Paper Commissioned By The Office Of The Australian Information Commissioner (OAIC)' (2020) 29 <https://www.oaic.gov.au/_data/assets/pdf_file/0012/11136/Report-Privacy-risks-and-harms-for-children-and-other-vulnerable-groups-online.pdf> erişim tarihi:13.09.2025

² Hukukta kırılganlık kavramı, insan hakları bakımından grupla ilişkilendirilerek tanımlanır ve belirli bir gruba mensubiyetin, bu kişilerin insan haklarından yararlanmalarını sağlamak için özel ilgi gerektirdiğini ifade eder bkz. Aida Kişünaité, 'Children's Rights Protection in the EU: The Need for a Contextual Perspective' (2019) 3(2) Peace Human Rights Governance 171, 175.



zenlemeler ile vurgulamıştır³. GDPR Dibace 38’de çocukların kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin riskler, sonuçlar, ilgili güvenceler ve kendi hakları konusunda daha az bilgiye sahip olmaları nedeniyle kişisel verileriyle bağlantılı olarak özel bir korumayı hak ettiği belirtilmiştir.

GDPR m. 8 ise kişisel verilerin işlenmesi için yaş sınırını 16 olarak belirlemiş ancak üye devletlere 13 yaşa kadar indirme imkânı tanımıştır. COPPA’da ise yaş sınırı 13 olarak belirlenmiştir⁴. Türk Medeni Kanunu m. 11’e göre, erginlik 18 yaşının tamamlanmasıyla başlayacağından Türk hukukunda yaş sınırı 18’dir. Türk hukukundaki bu düzenleme Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (United Nations Convention on the Rights of the Child- UNCRC) ile uyumludur. BMÇHS m. 1’e göre, 18 yaşına kadar her insan çocuk sayılır⁵. Yaş sınırının belirlenmesi uygulayıcılar açısından kolaylık sağlar. Örneğin, çocuklara hizmet veren bir çevrimiçi platform çocuklar için standart yaş sınırına göre verileri işler yahut yaş sınırı altında ise ebeveyn rızası ister. Ancak rıza yaşının tespiti ve ebeveyn rızasını almak uygulamada kolay olmamış ve birçok sorunu doğurmuştur. Çocukların farklı ülkelerde, farklı yaşam standartlarına sahip olduğu ve her bir çocuğun birbirinden farklı olduğu düşünüldüğünde standart bir yaş belirlemek de bazı sorunlara yol açmaktadır. Yaş sınırı belirlenirken çevrimiçi platformların faydaları da göz ardı edilmektedir. Yüksek yaş sınırı belirlemek çocukların bu faydalardan mahrum kalmasına da sebebiyet verebilir. Ayrıca dijital ortamda çocukların dezenformasyona maruz kalması sonucu kötü içeriklere rıza vermesi söz konusu olabileceğinden yaş sınırının belirlenmesinde dikkatli davranılması gerekmektedir. İnternet ve dijital teknolojiler çocukların hayal dünyasını geliştirmiş ve ifade özgürlüğünü teşvik ederek çocuklara birçok fırsat sunmuştur. Çocukları çevrimiçi dünyada korumak ve yaşa uygun içeriklerle çevrelerindeki dünya ile bağlantı kurabileceği güvenli bir ortam oluşturmak gerekir. Bununla birlikte, çocukların çevrimiçi etkinlikler aracılığıyla öğrenme deneyimlerine, kültürel keşiflere veya sanatsal ifade olanaklarına erişimlerinin de devam etmesini sağlayacak şekilde yaş sınırının belirlenmesi önemlidir⁶.

³ Đorđe Krivokapić ve Jelena Adamović, ‘Impact Of General Data Protection Regulation On Children’s Rights in Digital Environment’ (2016) LXIV (3) Belgrade Law Review 205, 214.

⁴ COPPA § 312.2 (Definitions)-Child means an individual under the age of 13 bkz. Part 312—Children’s Online Privacy Protection Rule (Coppa Rule), <https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-C/part-312> erişim tarihi: 03.10.2025.

⁵ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, <https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf> erişim tarihi: 03.10.2025.

⁶ Virginia A. M. Talley, ‘Major Flaws in Minor Laws: Improving Data Privacy Rights and Protections for Children Under the GDPR’ (2019) 30 (1) Indiana Int’l & Comp. Law Review 127, 159. Çocuğa Yönelik zararlı içerikler hakkında detaylı bilgi için bkz. Merve Ayşegül Kulular İbrahim ve Rümeyza Aluç, ‘6112 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumunda Çocukların Korunması’ (2022) (51) TAAD 337-340.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Türk hukukundaki diğer yasal düzenlemeler çocukların kişisel verilerinin işlenmesi ve rıza yaş sınırına ilişkin yasal düzenleme bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda yer alan fiil ehliyetine ilişkin düzenlemeler ile çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu ve TMK'de yer alan çocuklara ilişkin genel düzenlemeler yol gösterici olacaktır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar tam ehliyetsiz ve ayırt etme gücüne sahip olan çocuklar sınırlı ehliyetsiz grubunda değerlendirilerek şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olan kişisel verilerin işlenmesine rıza vermeye ehliyetleri olup olmadıkları ayrı ayrı değerlendirilerek karar verilmelidir. Veri sorumlusu için çocuğun ehliyet durumunu tespit ve ebeveyn rızasını hangi yöntemlerle alınacağı sorunu da ortaya çıkmaktadır. Çalışma kapsamında Türk hukukundaki ehliyet düzenlemeleri göz önünde tutularak çocuğun kişisel verilerinin işlenmesinde rıza hususu ve rıza yaş sınırı COPPA ve GDPR'de yer alan açık rıza ve yaş sınırı düzenlemeleri ile mukayeseli olarak incelenecektir.

I. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

A. Kişisel Veri Kavramı ve Unsurları

Kişisel veri kavramı, Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation- GDPR) m. 4/1'e göre, *kimliği belirlenmiş veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ("veri öznesi") ilişkin her türlü bilgidir; kimliği belirlenebilir bir gerçek kişi, özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı gibi bir tanımlayıcıya ya da söz konusu kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak belirlenmiş bir kişidir.* 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu⁷ m. 3/1- d bendinde de GDPR düzenlemesine paralel olarak kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi şeklinde tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi kişisel veri hakkında vermiş olduğu kararlarında kişisel veriyi belirli veya kimliği belirlenebilir olmak kaydıyla kişiye ilişkin tüm bilgiler olarak belirtmiştir⁸. Anayasa Mahkemesi kararlarında ad, soyad, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, ses kaydı, parmak izi, e-posta adresi, aile bilgileri, hobiler, sağlık bilgileri, doğum yeri ve tarihi gibi bilgileri kişisel veri saymaktadır⁹.

⁷ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, R.G. 07.04.2016 tarihli, 29677 sayılı ("Kanun" olarak anılacaktır).

⁸ Anayasa Mahkemesi, 2010/40 E., 2012/8 K.; Anayasa Mahkemesi, 2014/180 E., 2015/30 K.; Anayasa Mahkemesi, 2021/16890 E., 30.04.2025 K.T. <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>> erişim tarihi 03.10.2025.

⁹ Anayasa Mahkemesi, 2015/32 E., 2015/102 K. <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>> erişim tarihi:06.07.2025. Aynı yönde bkz. Paul B. Lambert, *Understanding the New European Data Protection Rules.* (CRC Press, 2017) 62.



Kanun m.3/I-b bendinde kişisel veri kavramını unsurları ile birlikte tanımlamaktadır. Kişisel veri kavramına ilişkin unsurları üç başlık altında sayabiliriz. Bunlar veri, kişiye ilişkin olma ve kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişi olarak sayılabilir¹⁰. Burada kişiye ilişkin olmaktan kastedilen gerçek kişidir. Tüzel kişiler Kanun kapsamında yer almamaktadır (m. 3/ d). Kişisel verilerin korunması hakkının temelinde özel hayatın korunması yer alır¹¹. Özel hayat alanı ise gerçek kişilere ait bir kavram olduğundan kişisel verileri aslında korunması gereken kişiler gerçek kişilerdir¹². İlişkin olmaktan kasıt ise, eldeki veriyle bağlantı kurularak ilgili kişiye varılabilmesidir¹³. Veriler bir bireyin kimliğine, özelliklerine veya davranışına atıfta bulunuyorsa ya da bu tür bilgiler, o kişinin nasıl muamele göreceğini veya değerlendirileceğini belirlemek veya etkilemek için kullanılıyorsa bireyle ilişkilidir. Verilerin bir bireyle “ilişkili” sayılabilmesi için bir “içerik” unsuru veya bir “amaç” unsuru ya da bir “sonuç” unsurunun bulunması gerekir¹⁴.

Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması ise mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir

¹⁰ Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha Yayıncılık, 2021) 10; Miray Özer Deniz, *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bundan Doğan Sorumluluk* (On İki Levha Yayıncılık, 2022) 30; Bayram Doğan, *Karşılaştırmalı Hukukta Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı* (Adalet Yayınevi, 2022) 49. Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubunun Opinion 4/2007 On The Concept of Personal Data Raporunda kişisel veri kavramının unsurlarını her türlü bilgi, ilişkin olma, tanımlanmış veya tanımlanabilir ve gerçek kişi olarak dört başlık altında incelemektedir bkz. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 On The Concept of Personal Data, 01248/07/EN WP 136, 6 <<https://www.clinicalstudydatarequest.com/Documents/Privacy-European-guidance.pdf>> erişim tarihi:13.07.2025. Bazı yazarlara göre unsurlar, verinin bir kişiye ilişkin olması ve bu kişinin belirli ya da belirlenebilir olması şeklinde ikiye ayrılmaktadır bkz. Mine Demirezen, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Uyum Projelerinin Yürütülmesi* (Platon Hukuk Yayınları, 2020) 67; Buket Günay, *Kişiliğin Korunması Kapsamında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Kullanılması Nedeniyle Hukuki Sorumluluk* (Seçkin Yayıncılık, 2023) 23. Bazı yazarlar ise veri, gerçek kişiye ait olma, ilişkin olma ve belirli ya da belirlenebilir olma şeklinde dörde ayırmaktadır bkz. Habip Bozkurt, *Kişisel Verilerin İşlenmesinin Hukuki Boyutu* (Yetkin Yayınları, 2021) 10-14; Hüseyin Murat Develioğlu, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku (On İki Levha Yayıncılık, 2017) 30.

¹¹ Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, 2019) 23; Develioğlu (n 9) 30. İlgili husus GDPR dibace 14'te Bu Tüzük ile sağlanan koruma, uyrukları veya ikametgâhları fark etmeksizin kişisel verilerinin işlenmesiyle ilgili olarak, gerçek kişilere uygulanmalıdır. Bu Tüzük, tüzel kişinin adı ve türü ile irtibat bilgileri dâhil tüzel kişilere ve özellikle tüzel kişi olarak kurulmuş teşebbüslere ilişkin kişisel verilerin işlenmesini kapsamaz, şeklinde düzenlemiştir.

¹² European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European Data Protection Law*, 2018, 37 <<https://fra.europa.eu/en/publication/2018/handbook-european-data-protection-law-2018-edition>> erişim tarihi: 14.07.2025; Develioğlu (n 9) 30.

¹³ Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (Hukuk Akademisi, 2019), 101; Sevgi Erarslan, *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Açık Rıza* (On İki Levha Yayıncılık, 2020), 22.

¹⁴ Article 29 Data Protection Working Party, *Personal Data* (n 10) 10.

hale getirilmesini ifade eder¹⁵. Bir kişinin tanımlanabilir olması, onun bir grup insan içinden ayırt edilebilmesi veya ayırt edilebilmesinin mümkün olmasıdır¹⁶. Bu durum, kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtlarla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar¹⁷. İlgili kişi ile veri arasındaki ilişki doğrudan veya dolaylı olarak kurulabilir¹⁸. Belirlenebilen kişiye ilişkin veriler, kişinin kimliğini doğrudan değil, bazı ek bilgiler aracılığıyla dolaylı olarak ortaya koymaktadır¹⁹.

Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation- GDPR) Dibase 26'ya göre, bir gerçek kişinin kimliğinin belirlenebilir olup olmadığını tespit için, veri sorumlusu veya başka bir kişi tarafından gerçek kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlemek amacıyla, grup içinden seçme gibi, kullanılması makul bir şekilde muhtemel tüm yöntemler dikkate alınmalıdır²⁰. Gerçek kişinin kimliğini belirlemek amacıyla söz konusu yöntemlerin kullanılması konusunda makul bir olasılığın bulunup bulunmadığını tespit etmek için, işleme sırasındaki mevcut teknoloji ve teknolojik gelişmeler göz önünde tutularak, kimliğin belirlenmesi için gerekli süre ve maliyetler gibi tüm nesnel faktörler dikkate alınmalıdır²¹. Veri sorumlusunun elinde bulunan veya üçüncü kişilerden hukuki olarak elde edebileceği tüm veriler belirlenebilir şartını sağlamaktadır²².

Veri kavramı bilgi ile birlikte tanımlanmaktadır²³. Bilgi ise İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik m. 3/1-b'de "verilerin anlam kazanmış

¹⁵ Özer Deniz (n 10) 36; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Madde ve Gerekeşi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, 9 <<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/062384e3-d18c-4c38-b108-3a7a2a28e849.pdf>> erişim tarihi: 14.07.2025; Furkan Güven Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha Yayıncılık, 2017), 34; Erarslan (n 13) 21; Dülger (n 13) 91; Günay (n 9) 25.

¹⁶ Bozkurt (n 9) 13; Article 29 Data Protection Working Party, Personal Data (n 10) 12. Üçüncü kişinin elinde bulunan veriler açısından nisbi ve mutlak belirlenebilirlik olarak iki ayrı görüş bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Çekin (n 11) 46-47.

¹⁷ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Sözlük (n 15) 9; Taştan (n 15) 34.

¹⁸ Küzeci (n 10) 218; Özer Deniz (n 10) 36. Doğrudan ve dolaylı belirleyici unsurlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Dülger (n 13) 92-98

¹⁹ European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe (n 12) 83; Erarslan (n 13) 22.

²⁰ Dışişleri Bakanlığı AB Birliği Başkanlığı, GDPR Türkçe Çevirisi <<https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/Nihai-ABB-HCDB-GDPR.pdf>> erişim tarihi: 03.10.2025.

²¹ Dışişleri Bakanlığı AB Birliği Başkanlığı (n 20).

²² Ömer Ekmekçi, Nafiye Yücedağ, Elif Beyza Akkanat-Öztürk ve Şehriban İpek Aşıkoğlu, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, 2024) 56-57; Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (Beta Yayınevi, 2018) 122.

²³ Doktrindeki bir görüşe göre, veri bilgiden daha geniş kapsamlı olup bilgi verinin anlamlı halidir bkz. Dülger (n 13) 86-88; Küzeci (n 10) 11-12. Aksi yöndeki diğer görüşe göre ise, veri ile bilgi kavramının kesin sınırla ayrılmasının mümkün değildir bkz. Günay (n 9) 35.



biçimi” şeklinde ifade edilmiştir²⁴. Verinin doğruluğu, yanlışlığı, gizli veya aleni olması yahut subjektif ya da objektif olmasının kişisel veri olarak nitelenmesine bir etkisi bulunmamaktadır²⁵. Bilginin gelişen teknoloji ile birlikte çok farklı ortam ve formatlarda bulunduğunu görmekteyiz. Bu nedenle kişisel veri kavramı, alfabetik, sayısal, grafiksel, fotoğrafik veya akustik gibi her türlü biçimde mevcut olan bilgileri içerebilir. Kişisel veriler yalnızca kâğıt üzerinde tutulan bilgilerden ibaret değildir bunun yanı sıra ikili kod aracılığıyla bilgisayar belleğinde veya örneğin bir video kasette depolanan bilgiler de dahildir. Ayrıca bilginin kişisel veri olarak kabul edilebilmesi için yapılandırılmış bir veri tabanı veya dosyada yer alması da gerekmez. Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubuna (Article 29 Data Protection Working Party) göre, elektronik bir belgede metin içinde yer alan bilgiler de kişisel verinin unsurlarını karşılıyorsa kişisel veri olarak kabul edilebilir. Örneğin, e-postalar “kişisel veri” içerebilecektir²⁶.

Kişisel veriler genel nitelikli ve özel nitelikli kişisel veriler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Genel nitelikli kişisel veriler KVKK m. 6/I’ de sınırlı sayıda sayılmış olan özel nitelikli olanlar dışında kalan kişisel verileri ifade etmektedir²⁷. Özel nitelikli kişisel veriler diğer verilere nazaran daha çok korunma ihtiyacı hissedilen verilerdir. Özel olarak korunması gereği ise risk ve mağduriyet unsuru ile açıklanmaktadır. Kişiye ait özel nitelikli kişisel verilerin toplum tarafından öğrenilmesi, kişiye daha fazla zarar vererek, toplumda kişi hakkında önyargı oluşturacak ve böylece kişi mağduriyet yaşayacaktır²⁸. Bu veriler yüksek risk faktörü taşırlar. Risk faktörü ise ayrımcılık yapılması olasılığı olarak belirtilmektedir²⁹. Özel nitelikli kişisel veriler Kanunda sınırlı sayıda sayılmıştır³⁰. Kanun m.6/I’e göre; kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağ-

²⁴ İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik, R.G. No: 30035, R.G. Tarih: 11.04.2017. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170411-3.htm>.

²⁵ Article 29 Data Protection Working Party, Personal Data (n 10) 6; Hüseyin Can Aksoy, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması* (Çakmak Yayınevi, 2010) 14; Özer Deniz (n 10) 34-35; Dülger (n 13) 103.

²⁶ Article 29 Data Protection Working Party, Personal Data (n 10) 7-8.

²⁷ Erarslan (n 13) 27; Taştan (n 15) 42; Günay (n 9) 54.

²⁸ Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması* (Yetkin Yayınevi, 2004) 43; Taştan (n 15) 43; Erarslan (n 13) 48-49; Doğan (n 10) 57-58; Demirezen (n 9) 39-40. Doktrinde özel nitelikli kişisel veri kavramı yerine hassas veri, özel nitelikli kişisel veri gibi farklı kavramlar kullanılmaktadır. İlgili kavramlar için bkz. Cemil Kaya, ‘Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi’ (2011) LXIX (1-2) *İÜHFM* 317, 318-319; Bozkurt (n 9) 5; Erarslan (n 13) 47-48; Günay (n 9) 39.

²⁹ Ulrich Dammann ve Spiros Simitis, *EG- Datenschutzrichtlinie: Kommentar* (Nomos Verlagsgesellschaft, 1997) 161; Hayrunnisa Özdemir, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması* (Seçkin Yayıncılık, 2009) 126; Taştan (n 15) 41.

³⁰ Demirezen (n 9) 68; Emine Hizarci, *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun AB Veri Koruma Hukuku Işığında Değerlendirilmesi* (Yetkin Yayınları, 2020) 27-28; Özer Deniz (n 10) 38.

lığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir³¹.

B. Kişisel Verilerin İşlenmesi

Kişisel verilerin işlenmesi, Kanun m. 3/I-e bendinde birden fazla eylemi içerecek şekilde geniş kapsamlı olarak kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem olarak tanımlanmıştır³². Kanunda işleme faaliyetleri örnekleyici olarak sayılmaktadır, sınırlı bir sayım söz konusu değildir. Bu nedenle Kanunda sayılanların dışında veriler üzerindeki diğer işlemler de bu işleme kapsamında değerlendirilebilecektir³³.

Kişisel verilerin işlenmesinde yer alan işleme kavramı çok yönlü bir kavramdır, bünyesinde elde etme, kaydetme, muhafaza etme, silme, kullanma, değiştirme, gibi birçok eylemi barındırmaktadır. Kişisel verilerin şifrelenmesi, başka bir forma çevrilmesi veya başka verilerle bağlantı kurulması, sınıflandırılması, devralınması da işlenmedir³⁴. Otomatik (bilgisayar, server, gibi) yollarla elde edilen veriler kişisel veri olarak Kanun kapsamında korunurken, otomatik olmayan yollarla elde edilen veriler veri kayıt sisteminin bir parçası olması şartıyla Kanun kapsamında korunacaktır. Otomatik yollarla elde edilmeyen ve fiziksel ortamda saklanan bir verinin bulunması için arşivleme, dosyalama, alfabetik sıraya koyma gibi kolaylaştırılmış bir sistem bulunuyorsa ilgili kişisel veri bir veri kayıt sisteminin parçasıdır ve Kanun kapsamında korunacaktır³⁵. Otomatik yollarla elde

³¹ KVKK m. 6/I: “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir*”.

³² Veri işleme kavramı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü m. 4/II’de (GDPR), “*otomatik yöntemlerle olsun veya olmasın, kişisel veri veya kişisel veri setleri üzerinde gerçekleştirilen toplama, kaydetme, düzenleme, yapılandırma, saklama, uyarılma veya değiştirme, elde etme, danışma, kullanma, iletim yoluyla açıklama, yayma veya kullanıma sunma, uyumlaştırma ya da birleştirme, kısıtlama, silme ya da imha gibi herhangi bir işlem veya işlem dizisi*” olarak tanımlanmaktadır.

³³ Çekin (n 11) 49; Ekmekçi vd. (n 20) 68-69; Günay (n 9) 85-86.

³⁴ Erarslan (n 13) 95-98; Özer Deniz (n 10) 71; Demirezen (n 9) 84. Benzer yönde bkz. Çekin (n 11) 46-48; Doğan (n 10) 52.

³⁵ Taştan (n 15) 43-44. GDPR m. 2’de belirtilen Tüzüğün maddi kapsamında kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik yollarla işlenmesine ve bir dosyalama sisteminin parçasını oluşturan veya bir dosyalama sisteminin parçasını oluşturması amaçlanan kişisel verilerin otomatik yollar haricinde işlenmesi yer almaktadır. Tüzükte yer alan dosyalama sistemi Kanunda yer alan veri kayıt sistemi ile örtüşmektedir. GDPR m. 4/VI’ya göre, “dosyalama sistemi” işlevsel veya coğrafi bir temelde, merkezi, merkezi olmayan veya dağıtık olmasına bakılmaksızın, belirli kriterlere göre erişilebilen yapılandırılmış kişisel veri setidir. Otomatik yollarla verinin işlenmesi, insan müdahalesini ve



edilmeyen ve veri kayıt sisteminin bir parçası olmayan veriler Kanun kapsamında yer almaz³⁶. Eğer sipariş alan bir terzi müşterilerinin talep ettiği ürünleri ve özelliklerini belli kriterlere göre bir defterde kayıt altına alırsa otomatik yollarla elde edilmeyen veri kayıt sisteminin bir parçası olan kişisel veri söz konusudur.

Avrupa Birliği Adalet Divanı Bodil Lindqvist v Åklagarkammaren i Jönköping davasında kişisel verilerin işlenmesi kavramının kapsamını da açıklamıştır³⁷. İlgili davada İsveç Protestan Kilisesi'nin bir cemaatinde gönüllü olarak çalışan Bayan Lindqvist çalıştığı kişilerin kişisel verilerini internet sitesinde yayımlamıştır. Mahkeme'ye göre, 95/46 sayılı Direktif'in 2(b) maddesindeki tanıma göre, 3(1) maddesinde kullanılan bu tür verilerin "işlenmesi" terimi, "otomatik olsun veya olmasın, kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen herhangi bir işlem veya işlem kümesini" kapsar ve iletim, yayma veya başka bir şekilde verilerin erişilebilir kılınması yoluyla ifşa dahil olmak üzere bu tür işlemler çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir³⁸. Dolayısıyla, bir internet sayfasına kişisel verilerin yüklenmesi işlemi de kişisel verilerin işlenmesi kapsamında yer alır. İnternet sayfasına bilgi yerleştirmek, mevcut teknik ve bilgisayar prosedürleri uyarınca, söz konusu sayfanın bir sunucuya yüklenmesi ve internete bağlı kişilerin bu sayfayı erişimine olanak sağlamak için gerekli işlemleri içerir. Bu işlemler, en azından kısmen otomatik olarak gerçekleşen işlemdir³⁹.

Kişisel verilerin işlenmesi hususunda genel ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi şeklinde ikili bir ayrım yapmamız gerekmektedir. Kişisel verilerin işlenmesi bakımından genel kural KVKK m.5/I'de düzenlenmiştir. Buna göre kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyecektir. Kural ilgili kişinin açık rızası olarak belirtilmişse de anılan maddenin 2. fıkrasında ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkün olan haller öngörülmüştür. Özel nitelikli kişisel verilerin koruma rejimi ise genel nitelikli kişisel verilere göre daha kapsamlıdır⁴⁰. Kanun m.6/III 'e göre özel nitelikli kişisel verilerin Kanunda sayılan haller (m. 6/III) dışında işlenmesi yasaktır. Buna kesin işlem yasağı kuralı denmektedir⁴¹.

çabasını en aza indirgeyerek, kişisel verilerin, dijital ortamda elektronik veya bilişim sistemleriyle belirli ölçütlere göre yapılandırılmasıyla gerçekleştirilen işlemeye denir bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Sözlük (n 15) 115. Veri Kayıt Sistemi, kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemidir (m.3/I-h).

³⁶ Demirezen (n 9) 83.

³⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Bodil Lindqvist v Åklagarkammaren i Jönköping Case (2003) <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=48382&doclang=EN>> erişim tarihi:14.09.2025.

³⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı (n 37), p. 1.

³⁹ Avrupa Birliği Adalet Divanı (n 37), p. 4.

⁴⁰ Dülger (n 13) 311.

⁴¹ Başalp (n 28) 42; Özdemir (n 29) 127; Bozkurt (n 9) 5; Dülger (n 13) 311.

C. Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Açık Rıza

1. Açık Rıza Kavramı ve Hukuki Niteliği

Açık rızanın tanımı KVKK m. 3/1-a'da, “*Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür irade ile açıklanan rıza*” şeklinde yapılmıştır⁴². GDPR m.4'te ise rıza, veri öznesinin, bir beyanla ya da açık bir onay eylemiyle kendisiyle ilgili kişisel verilerin işlenmesini kabul ettiğini belirttiği, özgür bir şekilde, spesifik, bilinçli ve açıkça ifade edilen istekleri, olarak tanımlanmaktadır⁴³. Rıza kavramı değerlendirilirken özel hukuktaki bilhassa sözleşmeler hukukundaki rızaya ilişkin unsurlar göz önünde tutulmalıdır⁴⁴. Genel nitelikli kişisel veriler veri öznesinin açık rızası olmadan işlenemeyecektir (m. 5/I). Özel nitelikli kişisel verilerde de açık rıza ilgili kişinin verilerinin işlenebilmesi için hukuka uygunluk sebebi⁴⁵ olarak sayılmıştır (m. 6/III-a). Kanun koyucu rıza ve açık rıza arasında bir ayırım yapmayarak genel ve özel nitelikli olması fark etmeksizin her türlü kişisel verinin işlenmesini açık rıza şartına bağlamıştır.

Rıza ile ilgili GDPR m. 6 ve m. 9'da ise iki ayrı kavram kullanıldığını görmekteyiz⁴⁶. GDPR m. 9/II-a özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk sebebi olarak açık rıza kavramını kullanmaktadır; genel nitelikli kişisel verilerin hukuka uygun işlenmesi için ise GDPR m. 6/I-a'da rıza kavramını kullanmıştır⁴⁷. Çelikel'e göre GDPR'de yer alan bu iki terim arasında kavramsal bir fark bulunmamaktadır⁴⁸. Selek'e göre, iki kavram birbirinden farklıdır. Açık rızanın arandığı hallerde açık bir irade beyanı olmalı ve opt-out yöntemi kulla-

⁴² GVKT m.4/11'de ise rıza “*kendisi ile ilgili kişisel verilerin işlenmesine yönelik veri öznesinin bir beyan ya da net bir şekilde onayını gösteren bir işlemi ile özgür olarak verilmiş, spesifik, bilgilendirmeye dayalı verilmiş ve açık kabul*” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴³ Dışişleri Bakanlığı AB Birliği Başkanlığı (n 20); Kanun'da açık rızanın GDPR'nin aksine her türlü veri türünde ve işleme faaliyetinde aranmasının yerinde olmadığı yönünde bkz. Çekin (n 11) 84-85.

⁴⁴ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 15/2011 on The Definition of Consent, 01197/11/EN, WP187, 6 <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_en.pdf> erişim tarihi:12.08.2025.

⁴⁵ Hukuka uygunluk sebebi olup olmadığı yönündeki tartışmalar için bkz. Sinan Sami Akkurt, ‘Açık Rıza’ içinde *Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış, KVKK Akademi Derleme Çalışması* (Arkadaş Basım ve Yayınevi, 2023) 156 dn. 4. Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubu, rızanın kişisel verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk sebebi olduğunu belirtir bkz. Article 29 Data Protection Working Party, Definition of Consent (n 43) 6.

⁴⁶ Dışişleri Bakanlığı AB Birliği Başkanlığı (n 20).

⁴⁷ Article 29 Data Protection Working Party, Definition of Consent (n 43) 6; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza (2025) 6-7 <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4188/Acik-Riza>> erişim tarihi: 14.09.2025; Ozan Selek, ‘Genel Veri Koruma Tüzüğü Işığında Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza Açıklaması’ (2019) 21 (2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 911, 932.

⁴⁸ Serdar Çelikel, *Kişisel Verilerin İşlenmesinde, Açık Rıza Hukuka Uygunluk Nedeninin, 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR’la Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi* (2021) 17 *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 161, 168.



nılmamalıdır. Açık rıza kavramı kişisel verilerin işlenmesinde daha yüksek bir korumaya işaret etmek için kullanılmıştır. Açık rızanın arandığı hallerde verileri işleyen veya veri ihlallerini inceleyen makamları dikkatli olmaya sevk etmek amaçlanmıştır⁴⁹. Gerek mevzuat gerekse de doktrindeki tanımlardan yola çıkarak rıza ile açık rıza kavramı birbirinden farklı olduğunu söyleyebiliriz. Açık rızada rızanın verilmiş şekli farklıdır. Veri öznesi açık bir beyanla rızasını vermektedir. Bunun en belirgin yolu el yazılı beyandır. Ancak farklı yollarla da beyan açık bir şekilde verilebilir. Örneğin, veri öznesi bir elektronik form doldurarak, bir e-posta göndererek, veri sahibinin imzasını taşıyan taranmış bir belge yükleyerek veya elektronik imza kullanarak da açık rıza verebilir⁵⁰.

Çocukların kişisel verilerinin işlenmesine rıza verip veremeyeceği hususunun daha iyi anlaşılabilmesi için açık rızanın hukuki niteliğine kısaca değinmemiz gerekmektedir. Açık rızanın hukuki niteliği hususunda doktrinde farklı görüşler yer almaktadır⁵¹. Açık rızanın niteliğinin hukuki işlem olduğu yönündeki görüşe katılmaktayız⁵². Katılmadığımız aksi yöndeki görüşe göre ise açık rıza beyanı maddi fiildir⁵³. Doktrinde açık rızanın hukuki niteliğinin hukuki işlem benzeri bir işlem olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır⁵⁴. Doktrinde ağırlıklı görüş ise açık rıza beyanının hukuki işlem niteliğinde olduğu yönündedir.

2. Açık Rızanın Unsurları

Kanun m. 3/1-a'da yer alan tanıma göre açık rızanın üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar açık rızanın; *belirli bir konuya ilişkin olması, bilgilendirmeye dayanması ve özgür iradeyle açıklanmasıdır*⁵⁵. Bu unsurların yanı sıra Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubu veri öznesinin açıkça ortaya konulmuş beyanını yahut açık olumlu eylemiyle kendisiyle ilgili kişisel verilerin işlenmesine onay verdiğini belirten bir göstergeyi de aramaktadır⁵⁶.

⁴⁹ Selek (n 44) 932-934. Benzer yönde bkz. Ekmekçi vd. (n 20) 164.

⁵⁰ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) Adopted on 28 November 2017 -As last Revised and Adopted on 10 April 2018, 17/EN, WP259 rev.01, 18 <<https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/623051/en>> erişim tarihi:14.08.2025.

⁵¹ İlgili görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Çekin (n 11) 85-87; Nafiye Yücedağ. *Elektronik Ticarete Kişisel Verilerin İşlenmesine (Açık) Rıza* (On İki Levha Yayıncılık, 2022) 8-12.

⁵² Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt 1-2*, Çev. Cevat Edege (Olgaç Matbaası, 1983) 372; Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (On İki Levha Yayıncılık, 2024) 358; Yücedağ (n 49) 10; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Yetkin Yayınları, 2022) 690-691; Ekmekçi vd. (n 20) 164; Emel Badur, *Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023) 131; Günay (n 9) 115; Akkurt, Açık Rıza (n 44) 159; Selek (n 44) 915.

⁵³ Peter Gola, Christoph Klug, Barbara Körfner ve Rudolf Schomerus. *Bundesdatenschutzgesetz Kommentar*. (C.H.Beck, 2015) § 4a, Nr. 25.

⁵⁴ Cüneyt Çilingiroğlu. *Tıbbi Müdahaleye Rıza* (Filiz Kitabevi,1993) 44; Çekin (n 11) 87.

⁵⁵ Doktrinde üç unsur dışında başka unsurların aranması gerektiği de ileri sürülmektedir bkz. Selek (n 44) 922.

⁵⁶ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 5.

a. Belirli Bir Konuya İlişkin Olma

Açık rızanın belirli bir konuya ilişkin olması kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilen somut olayın açıkça belirlenmiş bir faaliyete ilişkin olmasını ve rızanın arandığı işlemin açıkça gösterilmesini ifade eder⁵⁷. İlgili kişi hangi amaç ve kapsamda ne ile ilgili olarak rıza verdiğini ve verisinin ne şekilde işleneceğini bilmeli ve buna göre rızasını açıklamalıdır⁵⁸. Rızanın belli bir konuya ilişkin olması belirli, açık ve meşru amaçlarla işlenme ilkesiyle ilişkili olup belirli konuya ilişkin olma unsuru değerlendirilirken bu ilke de göz önünde tutulmalıdır⁵⁹. Bu unsur aynı zamanda kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel- battaniye veya şemsiye rıza- örneğin tüm kişisel verilerinin her türlü amaç için işlenebileceği şeklinde bir rıza beyanının hukuka uygunluğu sağlamayacağını da ortaya koymaktadır⁶⁰.

b. Bilgilendirmeye Dayanma

Bilgilendirmeye dayanma unsuru kişinin verilerinin işlenmesine rıza göstermeden önce konuya ilişkin yeterli düzeyde bilgi sahibi olması şeklinde açıklanabilir. Kişinin sadece konu üzerinde değil, aynı zamanda rızasının sonuçları üzerinde de tam bir bilgi sahibi olması gerekir⁶¹. Rızanın bilgilendirmeye dayalı olması için, veri öznesi en azından veri sorumlusunun kimliğinden ve kişisel verilerin hangi amaçla işleneceğinden haberdar olmalıdır (GDPR dibace 42)⁶². Veri öznesi verdiği rızayı her zaman geri alabileceği hususunda da aydınlatılmalıdır⁶³. Kişi rıza göstereceği işlem hakkında yeterince bilgilendirilmemiş ise açık bir rızanın varlığı söz konusu olmayacaktır⁶⁴. Bilgilendirilmeye dayanma unsuru aynı zamanda veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü de ifade eder. Veri sorumlusu her veri işleme faaliyetinde ilgili kişiyi bilgilendirme yükümlülüğü altındadır⁶⁵.

⁵⁷ Article 29 Data Protection Working Party, Working Document on The Processing of Personal Data Relating to Health in Electronic Health Records (EHR), 15.02.2007, 9 <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp131_en.pdf> erişim tarihi: 14.08.2025; Dammann ve Simitis (n 29) 115; Küzeci (n 10) 268; Doğan (n 10) 54; Özer Deniz (n 10) 101-102; Çelikel (n 46) 179; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza (n 45) 8.

⁵⁸ Bozkurt (n 9) 26; Özer Deniz (n 10) 102; Çelikel (n 46) 180; İslam Safa Kaya ve Yüksel Tolun, *Uygulayıcılar İçin Türkiye'de, Avrupa'da ve California'da Kişisel Verilerin İşlenmesi* (Adalet Yayınevi, 2022) 38; Akkurt, Açık Rıza (n 44) 162.

⁵⁹ Ekmekçi vd. (n 20) 177.

⁶⁰ Küzeci (n 10) 268; Özer Deniz (n 10) 102; Özdemir (n 29) 140; Demirezen (n 9) 99; Hızarci (n 30) 35-36; Develioğlu (n 9) 53; Çelikel (n 46) 179-180.

⁶¹ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza (n 45) 10; Özer Deniz (n 10) 104; Selek (n 44) 925; Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 15/06/2023 Tarihli ve 2023/1041 Sayılı Karar Özeti, <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7768/2023-1041>> erişim tarihi: 14.08.2025.

⁶² Dışişleri Bakanlığı AB Birliği Başkanlığı (n 20).

⁶³ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 13; Selek (n 44) 925.

⁶⁴ Dülger (n 13) 143; Cihan Avcı Braun, 'Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza' (2018) 15 (1) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, 25.

⁶⁵ Hızarci (n 30) 36; Bozkurt (n 9) 27-28; Demirezen (n 9) 90; Taştan (n 15) 153-154; Özer Deniz (n 10) 104-105.



Bilgilendirmenin kapsamının Kanun m. 10 ve 11'e uygun olması gerekmektedir⁶⁶. Veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabileceği, kişisel veri toplamının yöntemi ve hukuki sebebi ile Kanun'un 11 inci maddesinde sayılan diğer hakları hususunda bilgi vermekle yükümlüdür (m.10). İlgili kişinin bilgilendirilmesi herhangi bir şekil şartına bağlı değildir ancak ispat yükümlülüğü veri sorumlusuna aittir⁶⁷. Veri sorumlusu yazılı, sözlü ya da sesli veya görüntülü mesajlar ile veri öznesini bilgilendirebilir (GDPR dibace 32). Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubu'na göre kişinin bilgilendirilmiş sayılabilmesi için veri sorumlusunun kimliğini, her bir işleme faaliyetinin amacını, hangi tür verilerin toplanıp kullanılacağını, rızasını geri alma hakkına sahip olduğunu, otomatik karar alma amacıyla veri kullanımına ilişkin bilgileri ve GDPR m. 46'da geçen uygun güvencelere tabi olarak yapılan aktarımlara ilişkin riskleri bilmelidir⁶⁸. Veri sorumlusunun ilgili kişiyi yanlış veya eksik bilgilendirmesi, rızanın geçersiz olmasına neden olacaktır⁶⁹. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ yayınlamıştır⁷⁰. Bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından ilgili tebliğ hükümleri yol gösterici olacaktır.

Bilgilendirilme yükümlülüğü yerine getirilirken ilgili kişi açık ve anlaşılır bir şekilde aydınlatılmalıdır⁷¹. Bu aydınlatma belirli ve meşru bir amaç için yapılan veri işleme faaliyetini içermelidir⁷². Veri sorumlusu belirttiği amaç dışında ilgili kişinin kişisel verisini işleyecekse yeni bir amaç için tekrardan ilgili kişiyi bilgilendirmelidir⁷³. Aydınlatma metni açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmalı, gereksiz açıklamalardan kaçınmalı, belirsiz ve muğlak bir dil kullanılmamalıdır⁷⁴. Rıza metni bir sözleşmenin içerisinde yer alıyorsa rıza talebi sözleşmedeki diğer hususlardan açıkça ayırt edilebilir olmalıdır. Eğer sözleşme, kişisel verilerin kullanımına yönelik rızanın konusuyla alakasız birçok unsuru içeriyorsa, rıza metni ya açıkça vurgulanmalı ya da ayrı bir belgede düzenlenmelidir. Rıza elektronik yollarla isteniyorsa, rıza talebi ayrı ve belirgin olmalı; veri öznesine hüküm ve

⁶⁶ Avcı Braun (n 62) 25; Özer Deniz (n 10) 105; Ekmekçi vd. (n 20) 173.

⁶⁷ Demirezen (n 9) 90; Özdemir (n 29) 141; Özer Deniz (n 10) 105; Ekmekçi vd. (n 20) 251.

⁶⁸ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 13.

⁶⁹ Dammann ve Simitis (n 29) 116.

⁷⁰ 10.03.2018 T. ve 30356 sayılı RG.

⁷¹ Özdemir (n 29) 128; Demirezen (n 9) 91; Özer Deniz (n 10) 106; Dülger (n 13) 400; Küzeci (n 10) 269.

⁷² Demirezen (n 9) 91; Dülger (n 13) 400-401.

⁷³ Demirezen (n 9) 91; Dülger (n 13) 399; Küzeci (n 10) 268.

⁷⁴ Ekmekçi vd. (n 20) 252-253; Dülger (n 13) 400-401; Küzeci (n 10) 269; Akkurt, Açık Rıza (n 44) 163.

koşullar içindeki bir paragraf olarak sunulmamalıdır⁷⁵. Kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, aydınlatma yükümlülüğü işlemi ile açık rızanın alınması işlemi ayrı ayrı yerine getirilmelidir (Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ m. 5/I-f).

c. Özgür İradeye Dayanma

İlgili kişi rızasını hiçbir etki altında kalmadan ve bilinçli olarak vermelidir⁷⁶. İlgili kişinin seçim hakkına ve kontrol imkanına sahip olması gerekmektedir⁷⁷. Özgür irade başkaları tarafından yönlendirilen bir eylemi değil, kendi kaderini tayin etme eylemini gerektirir⁷⁸. Rızanın özgür iradeyle açıklanması hususunda öncelikle dikkat edilmesi gereken husus ilgili kişinin iradesinin sakatlanmamış olmasıdır. Kişinin iradesi sakatlanmışsa geçerli bir açık rıza beyanından söz edilemeyecektir⁷⁹. Ancak tek başına iradenin fesata uğramamış olması yeterli olmayıp rıza, kişinin yaptığı davranışın bilincinde ve kendi kararı olması halinde geçerlilik kazanacaktır⁸⁰. Veri öznesinin gerçek veya özgür bir seçme hakkı yoksa veya zarara uğramaksızın rıza vermeyi reddedemiyor ya da rızasını geri alamıyorsa rıza özgürce verilmiş kabul edilmemelidir (GDPR dibace 42)⁸¹.

Rızanın özgür iradeye dayanıp dayanmadığı her somut olay özelinde incelenmelidir. Veri sahibinin özgür iradesini kullanmasını engelleyen, veri sahibine yönelik baskı veya etki unsurlarının herhangi biri -ki bu çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilir- rızayı geçersiz kılar⁸². Veri sorumlusu ile ilgili kişi arasında hiyerarşik bir ilişki bulunması yahut açık güç dengesizliğinin bulunması durumunda- işçi ve işveren, hizmet sağlayıcı ve tüketici gibi- rızanın özgür iradeye dayanıp dayanmadığı hassas bir şekilde incelenip tespit edilmelidir⁸³. Örneğin, işveren ile işçi arasında bağımlılık ilişkisi bulunduğundan işçinin veri işleme için rıza vermeyi reddetmesi karşısında işten çıkarılma, maaş kesintisi, daha ağır koşullarda çalıştırılma gibi olumsuz sonuçlar yaşayacağına dair endişeleri bu-

⁷⁵ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 14.

⁷⁶ Develioğlu (n 9) 51; Bozkurt (n 9) 28; Çekin (n 11) 97; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza (n 45) 11.

⁷⁷ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 5; Çekin (n 11) 91.

⁷⁸ Dammann ve Simitis (n 29) 116.

⁷⁹ Küzeci (n 10) 266; Özer Deniz (n 10) 107; Kaya ve Tolun (n 46) 38; Bozkurt (n 9) 28; Demirezen (n 9) 100; Taştan (n 15) 155; Çekin (n 11) 91-92; Ekmekçi vd. (n 20) 184; Dülger (n 13) 144; Çelikel (n 46) 184; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza (n 45) 11.

⁸⁰ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza (n 45) 11; Demirezen (n 9) 100; Dülger (n 13) 144; Çelikel (n 46) 183.

⁸¹ Dışişleri Bakanlığı AB Birliği Başkanlığı (n 20).

⁸² Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 5-6.

⁸³ Ekmekçi vd. (n 20) 184; Dülger (n 13) 144-145; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza (n 45) 11; Selek (n 44) 936.



lunduğundan verilerinin işlenmesi için verdiği rızanın özgür iradeye dayandığını söyleyemeyiz. Ancak işçinin kişisel verilerinin işlenmesine rıza vermemesi halinde olumsuz bir tutumla karşılaşmayacağını bildiği durumlarda verilen rızanın özgür iradeye dayandığı somut olay incelenerek tespit edilebilir⁸⁴.

GDPR dibace 43'e göre, *münferit durumda farklı kişisel veri işleme işlemlerine ayrı ayrı rıza verilmesi uygun olduğu halde buna izin verilmiyorsa ya da bir hizmetin sağlanması da dâhil olmak üzere bir sözleşmenin ifası, bu tür bir ifa için böyle bir rızanın gerekli olmamasına rağmen rızaya bağlanmışsa, rızanın özgürce verilmediği kabul edilir*. Hizmetin sağlanması veya ürün satımında kişisel verilerin işlenmesi şartının getirilmesi durumunda bazı yazarlara göre, ilgili kişiye ürün yahut hizmet verilmesinin ön şartı olarak kişisel verilerinin işlenmesi için açık rıza verme zorunluluğunun getirilmesi durumunda ilgili kişinin özgür iradesi söz konusu olmayacaktır⁸⁵. Bazı yazarlara göre ise, kural olarak açık rıza etkilenecektir ancak istisnaen hizmetin ifası açık rıza şartına bağlansa dahi açık rıza zedelenmemiş olabilir bu nedenle ilgili kişi tarafından açık rızanın özgür irade ile verilip verilmediği somut olayın koşulları ve menfaat dengesi göz önüne alınarak karar verilmelidir⁸⁶. Örneğin, bir fotoğraf düzenleme mobil uygulamasının kullanıcılarından hizmetlerini kullanabilmek için GPS konumlarının aktif olmasını istemesi ve toplanan verilerin davranışsal reklamcılık amaçlarıyla da işleyeceğini belirtmesi durumunda coğrafi konum verisi ve çevrimiçi davranışsal reklamcılık için işlenmesi fotoğraf düzenleme hizmetinin sunumu için gerekli değildir bu nedenle uygulamayı kullananların bu amaçlara rıza göstermeden uygulamayı kullanmadığı için rıza vermesi durumunda rıza özgür iradeyle verilmemiştir⁸⁷.

d. Açık bir Beyan veya Aktif bir Davranışın Varlığı

Kanunda rızanın açık olması gerektiği vurgulanmıştır. GDPR m. 4/XI ise, rıza tanımında rızanın “*veri öznesinin, bir beyanla ya da açık bir onay eylemiyle*” verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Kanun örtülü rızayı kabul etmemekte, aktif bir davranış içeren rıza beyanını aramaktadır⁸⁸. İlgilinin susması veya hareketsizliği

⁸⁴ Kişisel Verileri Koruma Kurumu (n 47) 6; Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 13-14.

⁸⁵ Dülger (n 13) 149; Kaya ve Tolun (n 46) 38; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza (n 45) 12.

⁸⁶ Ekmekçi vd. (n 20) 186. Sadakat Kart üzerinden özgür iradenin zedelenip zedelenmediği örneği için bkz. Ekmekçi vd. (n 20) 187-188.

⁸⁷ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 6.

⁸⁸ Shara Monteleone, ‘Addressing The ‘Failure’ of Informed Consent in Online Data Protection: Learning The Lessons From Behaviour-Aware Regulation’ (2015) 43 (1) *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 69, 74; Taştan (n 15) 156-157; Develioğlu (n 9) 52; Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 15; Meryem Solmaz, ‘*Dijital Oyunlar Özelinde Çocukların Kişisel Verilerinin İşlenmesinde Yasal Temsilcinin Rızası*’, *iç Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yıllığı*, Editör: Şerafettin Ekici (Adalet Yayınevi, 2024) 217, 226; Çelikel (n 46) 184-185; Günay (n 9) 126.

gibi pasif tutumu rıza olarak algılanamaz⁸⁹. Doktrindeki bir görüşe göre, şüpheye yer bırakmayacak şekilde ilgili kişinin iradesini ortaya koyan örtülü beyan rızanın açıklanması koşulunu sağlamaktadır⁹⁰. Kişisel verilerin hukuka uygun şekilde işlenebilmesi için rıza beyanının işlemden önce veya en geç işlem anında verilmiş olması gerekmekte olup rıza beyanı sonradan onaylama şeklinde verilemez⁹¹. Bir veri sahibinin rızasının bir kez alınması yeterlidir ancak veri işleme amaçları, rıza alındıktan sonra değişirse veya ek bir amaç öngörülürse, veri sorumlusunun yeni ve ayrı bir rıza alması gerekir⁹². Veri sorumlusunun ilgili kişiyi aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen Kanun m. 10'nun lafzından da aslında kişinin rızasından önce bilgilendirilmesi gerektiğini bu nedenle rızanın önceden alınması gerektiği bilgisine ulaşmaktayız. Amaca bağlılık ilkesi de rızanın işlemden önce alınması gerektiğini teyit eder niteliktedir⁹³.

Kişisel Verilerin Koruması Kanununda açık rıza herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. İlgili kişi, kişisel verilerinin işlenmesine sözlü, yazılı veya elektronik yollarla rıza gösterebilir⁹⁴. GDPR dibace 32 açık rızanın veri öznesinin kendisiyle ilgili kişisel verilerin işlenmesine ilişkin serbestçe verilmiş, spesifik, aydınlatılmış ve şüpheye yer bırakmayacak bir şekilde mutabakatının belirtilmesini sağlayan açık ve olumlu bir eylemiyle, örneğin elektronik araçlarla yapılanlar da dâhil olmak üzere yazılı bir beyanla veya sözlü bir ifadeyle verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁵. Rızanın şekli bir internet sitesini ziyaret ederken bir kutunun işaretlenmesini, bilgi toplumu hizmetleri için teknik ayarların seçilmesini ya da veri öznesinin kişisel verilerinin önerilen biçimde işlenmesini kabul ettiğini bu bağlamda açıkça gösteren başka bir beyan veya davranışı içerebilir. Ancak veri öznesinin rızasının elektronik yollarla iletilen bir talep üzerine verilecek olması hâlinde talep, açık ve kısa olmalı, rızayı gerektiren hizmetin kullanımını gereksiz yere aksatmamalıdır (GDPR dibace 32)⁹⁶. Son olarak belirtmek gerekir ki GDPR

⁸⁹ Dammann ve Simitis (n 29) 115; Monteleone (n 85) 74; Başalp (n 28) 39; Küzeci (n 10) 265-266; Bozkurt (n 9) 28; Develioğlu (n 9) 52; Dülger (n 13) 221; Ekmekçi vd. (n 20) 165.

⁹⁰ Başalp (n 28) 40; Küzeci (n 10) 266.

⁹¹ Avcı Braun (n 62) 15; Özer Deniz (n 10) 99; Taştan (n 15) 159-160; Develioğlu (n 9) 56-57; Çekin (n 11) 88; Çelikel (n 46) 172; Akkurt, Açık Rıza (n 44) 177.

⁹² Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 17-18.

⁹³ Çekin (n 11) 88.

⁹⁴ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 16; Küzeci (n 10) 269; Erarslan (n 13) 15; Çekin (n 11) 79; Hizarci (n 30) 134; Taştan (n 15) 159; Dammann ve Simitis (n 29) 115; Çelikel (n 46) 173; Günay (n 9) 126; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza (n 45) 8; Akkurt, Açık Rıza (n 44) 165.

⁹⁵ Dışişleri Bakanlığı AB Birliği Başkanlığı (n 20).

⁹⁶ Dışişleri Bakanlığı AB Birliği Başkanlığı (n 20). Önceden işaretlenmiş kutular ya da hareketsizlik rıza teşkil etmez bkz. GDPR dibace 32; Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 16.

m.7/I'e göre, veri sorumlusu veri öznesinin kişisel verilerinin işlenmesine rıza vermiş olduğunu ispat yükü altındadır⁹⁷.

3. Açık Rıza Beyanının Geri Alınması

GDPR'ye göre, açık rıza beyanı veren ilgili kişi daha sonra bu beyanını geri alabilir⁹⁸. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda ise rızanın geri alınması hususunda açık bir hüküm bulunmamaktadır ancak doktrinde ilgili kişinin kişisel verilerini her zaman geri alabileceği kabul edilmektedir⁹⁹. Bu durum, kişinin kendi kişisel verilerinin geleceğini belirleyebilmesinin bir neticesidir¹⁰⁰. GDPR m. 7/III' e göre, veri öznesi, istediği zaman rızasını geri alma hakkına sahiptir. Rızanın geri alınmasından önce gerçekleştirilmiş olan ve rızaya dayalı olarak yapılan işleme hukuka uygundur¹⁰¹. Veri sorumlusunun rızaya dayalı olarak işlediği verileri rıza geri alındığında devam eden saklamayı haklı kılan başka bir amaç bulunmadığı takdirde silme yükümlülüğü vardır¹⁰². GDPR m. 7/III' e göre, ilgili kişi rıza vermeden önce rızasını her zaman geri alabileceği hakkında bilgilendirilmelidir. Rızanın geri çekilmesi rıza vermek kadar kolaydır. Yani ilgili kişi rızasını nasıl veriyorsa aynı şekilde rızasını geri alabilecektir¹⁰³. Rızanın geri alınması hakkında TMK m. 23 uyarınca önceden feragat kabul edilmemelidir¹⁰⁴.

Bahsetmemiz gereken bir diğer hususta veri sorumlusu rızanın geri alınmasını rızanın verilmesinden daha ağır bir koşula bağlayamayacağı gibi daha zor yahut zahmetli hale de getiremez. Örneğin, ilgili kişi bir müzik festivalinde biletler, çevrimiçi bir bilet platformu aracılığıyla satılmaktadır. Her çevrimiçi bilet satışıyla birlikte, iletişim bilgilerini pazarlama amaçlarıyla kullanmak için rıza talep edilmektedir. Müşteriler, bu amaç için rıza gösterip göstermediklerini belirtmek üzere “Evet” veya “Hayır” seçeneklerinden birini seçmektedir. Veri sorumlusu, müşterileri rızalarını geri çekme imkanları konusunda bilgilendirmektedir. Bunun için müşteriler, iş günlerinde sabah 8 ile akşam 5 arasında ücretsiz olarak bir çağrı merkezi ile iletişime geçebilmektedir. Bu örnekteki veri sorumlusu, GDPR m. 7/

⁹⁷ Benzer bir düzenleme GDPR dibace 42, c. 1'de “işlemenin veri öznesinin rızasına dayandığı hallerde, veri sorumlusu, veri öznesinin veri işleme faaliyetine rıza verdiğini gösterebilmelidir”, ifadesiyle karşımıza çıkmaktadır.

⁹⁸ Dışişleri Bakanlığı AB Birliği Başkanlığı (n 20).

⁹⁹ Taştan (n 15) 160; Özdemir (n 29) 169; Bozkurt (n 9) 29; Erarslan (n 13) 151; Develioğlu (n 9) 53; Özer Deniz (n 10) 100; Dülger (n 13) 151; Çelikel (n 46) 176; Akkurt, Açık Rıza (n 44) 180.

¹⁰⁰ Dülger (n 13) 151; Çelikel (n 46) 176; Avcı Braun (n 62) 17.

¹⁰¹ Rızanın geri alınması işlemi ileriye etkili olarak sonuç doğurur bkz. Dülger (n 13) 151-152; Çelikel (n 46) 178; Avcı Braun (n 62) 17.

¹⁰² Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 22. İnternet ortamında

¹⁰³ Lambert (n 8) 96; Çekin (n 11) 97-98; Özer Deniz (n 10) 101. Rızanın geri alınmasının şekli hususunda Türk hukukunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle GDPR m.7/III hükmünün Türk hukukunda da aynen uygulanması gerektiği görüşüne katılmaktayız. Aynı yönde bkz. Özer Deniz (n 10) 101.

¹⁰⁴ Dülger (n 13) 152; Çelikel (n 46) 177; Avcı Braun (n 62) 17.

III'e uygun hareket etmemektedir. Rızanın geri çekilmesi, yalnızca mesai saatleri içinde bir telefon görüşmesi yapmayı gerektirirken, rızayı vermek için çevrimiçi bilet satıcısı üzerinden tek bir tıklama yeterlidir ve bu hizmet 7/24 açıktır. Bu durum, rızanın geri çekilmesini daha zor ve zahmetli hale getirmektedir¹⁰⁵.

II. ÇOCUKLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİ

A. Genel Olarak

Türk Dil Kurumuna göre, çocuk, bebeklik ile erginlik arasındaki gelişme döneminde bulunan oğlan veya kızdır¹⁰⁶. Çocuk; masum, duyarlı, bağımlı ve gelişmekte olan insan varlığıdır¹⁰⁷. Hesapsızca hareket eden, masum, korunmaya muhtaç¹⁰⁸ ve değer, geleceğin emanetçisi ve insanlığın en sevimli halidir¹⁰⁹. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 6/I-b'de ise çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır. Benzer bir tanımla ise Çocuk Koruma Kanunu m. 3/I-a'da yer almaktadır¹¹⁰. Çocukluk, biyolojide, tıpta, psikolojide ve sosyolojide değişik ölçütlerle saptanır. Hukukta ise somut korunma ihtiyacına göre düşünsel olgunluğu temel alan yaş basamakları vardır¹¹¹.

Çocuklara ilişkin yasal düzenlemeler yapılırken çocuğun üstün yararı ilkesi temel alınmaktadır¹¹². Çocuğun üstün yararı; çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, kültürel, ahlaki, hukuki ve ekonomik bakımlardan sağlıklı, dengeli ve özgür biçimde geliştirilmesi ve korunup kollanmasıdır¹¹³. Bu ilkenin getiriliş

¹⁰⁵ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 22.

¹⁰⁶ Türk Dil Kurumu, Genel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr/>> erişim tarihi: 03.10.2025.

¹⁰⁷ Hayrunnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku* (Adalet Yayınevi, 2012) 1; Bahar Doğan, *Uluslararası Sözleşmeler Işığında Çocukların Kişisel Hakları* (Adalet Yayınevi, 2021) 15. Benzer yönde bkz. İlay Zeynep Suata, *Çocuk Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2021) 17.

¹⁰⁸ Çocukların neden korunmaya muhtaç olduğu yönünde bkz. Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (Vedat Kitapçılık, 2005) 4-5.

¹⁰⁹ Suata (n 102) 17.

¹¹⁰ Çocuk Koruma Kanunu m. 3/I-a: "a) Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi; bu kapsamda, ifade eder". Aynı tanım BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 1'de bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır, şeklinde yapılmıştır.

¹¹¹ Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 103) 10. Çocuğun yaş basamakları için bkz. Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 103) 12-14.

¹¹² İlgili yasal düzenlemelere örnek için bkz. Council of Europe Recommendation on children's rights and social services friendly to children and families, <<https://rm.coe.int/168046ccea>> erişim tarihi: 03.10.2025; Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, <<https://rm.coe.int/16804b2cf3>> erişim tarihi: 03.10.2025; New Council of Europe recommendations on protecting rights of children in parental separation and care proceedings, <<https://www.coe.int/en/web/portal/-/new-council-of-europe-recommendations-on-protecting-rights-of-children-in-parental-separation-and-care-proceedings>> erişim tarihi: 03.10.2025.

¹¹³ Özdemir ve Ruhi (n 102) 5; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması* (Pegem Akademi, 2021) 54; Doğan, *Uluslararası Sözleşmeler* (n 102) 27.



amacı henüz fiziksel ve psikolojik olgunluğa erişmemiş bir kişinin diğerlerinden daha fazla korunmaya ihtiyaç duymasındır¹¹⁴. BMÇHS m. 3/I'e göre, *kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir*¹¹⁵. Çocuğun üstün yararı; çocuğun yaşı, bulunduğu sosyal çevre, yaşadığı yer gibi etkenlerden ötürü farklılık göstereceğinden göreceli ve değişken bir kavramdır. Her somut olay bakımından değişiklik gösterdiğinden ilgili kavram somut olaya göre değerlendirilmelidir¹¹⁶. Birinci öncelik ilkesi gereği çocuğun yararı her zaman ve her koşulda öncelikle korunmalıdır. Çocuğun yararları ile ana babanın veya üçüncü bir kişinin yararları çatıştığında öncelik çocuğun yararına tanınacaktır. Yasama organı ve uygulayıcılar (hakimler, yönetsel makamlar ve öğretmenler) çocuğun yararına uygun karar vereceklerdir¹¹⁷. Çocuğun menfaatine uygun hareket etme, çocuğun menfaati için yapılan her işlemden onun farazi iradesine uygun davranmayı gerektirir. Farazi irade çocuğun içinden gelen arzuları ile gerçekçi olarak var olması gereken iradede oluşur¹¹⁸.

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, çocuğun kendi yaşına ve olgunluk düzeyine uygun olarak kararlar almasını, görüş bildirmesini ve bu görüşlerin dinlenmesini de içerir. Çocukların kendi haklarını bilme ve savunma konusunda desteklenmeleri gerekir¹¹⁹. BMÇHS m. 12/I'e göre, *taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırırlar*. TMK m. 339/III'e göre, *ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanırırlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar*¹²⁰. İlgili ilke ve yasal düzenlemeler çocuğun kişisel verilerinin işlenmesinde kendi rızasına geçerlilik tanınması hususunda belirlenecek olan yaş sınırında göz önünde tutulmalıdır.

¹¹⁴ Article 29 Data Protection Working Party, 'Working Document 1/2008 On The Protection of Children's Personal Data (General Guidelines and The Special Case of Schools)' Adopted on 18 February 2008, 00483/08/EN, WP 147, 4 <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2008/wp147_en.pdf> erişim tarihi: 08.08.2025

¹¹⁵ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (n 5).

¹¹⁶ İlknur Deniz, *Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu ve KVKK Kapsamında Korunması* (Seçkin Yayıncılık, 2021) 26; Hilal Karaca, *Velayetin Kapsamı ve Hükümleri* (Seçkin Yayıncılık, 2015) 83; Gülçin Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçükün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (On İki Levha Yayıncılık, 2009) 58; Ayşe Zıyan, *Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili* (On İki Levha Yayıncılık, 2019), 50; Sevgi Usta, *Velayet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, 2016), 137; Badur (n 49) 62.

¹¹⁷ Akyüz (n 103) 12; Usta (n 109) 137.

¹¹⁸ Grassinger, (n 109) 60; Usta (n 109) 139.

¹¹⁹ Melisa Nur Balci Şahin, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması* (Yetkin Yayınları, 2024) 129; Karaca (n 109) 87.

¹²⁰ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (n 5).

Çocuğun kişisel verilerinin korunması çocuğun kişilik hakkı ile özel hayatın gizliliğinin korunması hakkıyla ilişkilidir¹²¹. Çocukların kişisel verileri için farklı bir tanım yapılmadığından yetişkinleri de kapsayan *kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*, tanımı çocuklara da uygulanacaktır¹²². Çocuğun fotoğrafları, sağlık bilgileri, yaşı, eğitim bilgileri, kimlik bilgileri gibi bilgiler çocuğun kişisel verisine örnektir. Belirtmek gerekir ki Kanunda düzenlenen açık rızaya ilişkin hükümler (açık rızanın unsurları, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü, rızanın geri alınması gibi) niteliğine uygun düştüğü ölçüde çocuklara da uygulanmalıdır.

B. Açık Rızaya Dayalı Olarak Çocukların Kişisel Verilerinin İşlenmesi

Çocukların mahremiyetini ve güvenliğini etkileyen kişisel verileri günümüzde internet ve dijital platformlarda toplanarak işlenmektedir¹²³. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte dijital dünyaya hızlı entegre olan çocukların kişisel verilerinin bu platformlar (sosyal medya platformları, oyun platformları gibi) tarafından işlenmesi ve korunmaya muhtaç çocukların durumun bilincinde olmaksızın işlemeye onay vermesi çocukların kişisel verilerinin korunması için özel ve katı düzenlemeler yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu bölümde Türk hukuku ile mukayeseli olarak Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yer alan çocukların kişisel verilerinin işlenmesi rıza yaş sınırı incelenerek sonuca varılmaya çalışılacaktır.

1. Türk Hukuku Bakımından Açık Rıza ve Rızanın Verilmesinde Yaş Sınırı

Çocuğun hak öznesi olarak kabul edilmesiyle birlikte çocukların haklarına ilişkin hukuki düzenlemeler yapılmıştır¹²⁴. Bazı ülkeler, veri koruma hukukunda çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde rıza için yaş sınırı konusunda sessiz kalmayı tercih etmiş ve uygulamada özellikle çocuğun hak ve yükümlülüklerine ilişkin medeni hukuka ve hukukun diğer dallarına ait düzenlemeleri uygulamıştır¹²⁵. Türk hukukunda çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde rıza yaş sınırına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde rıza kurumunu değerlendirebilmemiz için Türk

¹²¹ Seda İrem Çakırca, *Avrupa Birliği ve Türk Veri Koruma Düzenlemeleri Kapsamında Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması* (On İki Levha Yayıncılık, 2023) 82.

¹²² Kardelen Aynacı, *Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması* (Platon Hukuk, 2024), 131; Çakırca (n 115) 100; Deniz (n 120) 119.

¹²³ Balci Şahin, (n 112) 123; Eldar Haber, 'The Internet of Children: Protecting Children's Privacy in A Hyper-Connected World' (2020) University of Illinois Law Review, 1209, 211. SSRN, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3734842> erişim tarihi:24.08.2025.

¹²⁴ Çakırca (n 113) 79.

¹²⁵ Vaaleri Steeves ve Milda Macenaite, "Data Protection and Children's Online Privacy", in Research Handbook on Privacy and Data Protection Law: Values, Norms and Global Politics, ed: Gloria González, Rosamunde Van Brakel, Paul De Hert (Edward Elgar Publishing, 2022) 358, 365.



hukukunda yer alan çocukların fiil ehliyeti, rızanın hukuki niteliği ile çocukların yasal temsilcilerinin bu hakkı kullanıp kullanamayacağı incelenmelidir¹²⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu ile TMK’de yer alan çocuklara ilişkin genel düzenlemeler hukuki uyumsuzluklarda yol gösterici olacaktır¹²⁷. Kişisel verilerin işlenmesi için rıza verilmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı¹²⁸ bir hukuki işlemdir. Veri öznesi hak ve fiil ehliyetine sahip olmalıdır¹²⁹. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, hak sahibinin kişiliğini ilgilendiren, başkasına devredilemeyen, miras yoluyla geçmeyen ve kural olarak temsil yoluyla kullanılamayan, hak sahibi tarafından kullanılması gereken haklardır¹³⁰. Kural olarak bu haklarda temsil düşmanlığı vardır¹³¹. Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 11/08/2020 tarihli ve 2020/622 sayılı karar özetinde kişisel verilerin işlenmesine rıza verilmesi nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak belirtilmiştir ve sınırlı ehliyetsizlerin bu hakkı bizzat kullanabilecekleri ifade edilmiştir¹³².

Burada Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenmiş fiil ehliyetine göre kişilerin ayrımı açısından hakkın niteliğini de göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmamız gerekir. Bu açıdan tam ehliyetsiz çocuklar ile sınırlı ehliyetsiz çocukları incelemeliyiz. Ayırt etme gücünü haiz olmayan çocuklar tam ehliyetsizdir. Ayırt etme gücü bulunmayan çocuklarda TMK’deki velayet hükümleri eğer çocuk vesayet altında ise vesayet hükümleri uygulanacaktır¹³³. Ayırt etme gücünü haiz olmayan çocuklar kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanamaya-

¹²⁶ Kaya ve Tolun (n 46) 97-98; Yücedağ (n 49) 83.

¹²⁷ Benzer yönde bkz. Murat Uçak, ‘Kişisel Verilerin Hukuka Uygun İşlenmesinde Çocuğun Rızası’ (2021) 3 (1), *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 41, 47-48.

¹²⁸ Kaya ve Tolun (n 46) 98; Gamze Turan Başara, ‘Medeni Hukuk İlişkilerinde Kişisel Verilerin Korunması’, içinde *Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış, KVKK Akademi Derleme Çalışması* (Arkadaş Basım ve Yayınevi, 2023) 439, 447; Gülşah Bostancı Bozbayındır, ‘Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması’ (2021) 16 (180) *Terazi Hukuk Dergisi* 1498, 1506; Hüseyin Can Aksoy, ‘Kişisel Verilerinin İşlenmesi Kapsamında Rıza Unsuru ve Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu’, içinde *Haluk Konuralp Anısına Armağan III*, Editör: Osman Berat Gürzumar (Yetkin Yayınları, 2009) 47, 57.

¹²⁹ Özdemir (n 29) 168; Taştan (n 15) 157-158; Özer Deniz (n 10) 117; Çakırca (n 115) 186-187; Aynacı (n 120) 132-133; Solmaz (n 85) 232-233; Günay (n 9) 130.

¹³⁰ Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku* (Filiz Kitabevi, 2022) 78; Usta (n 109) 354. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar hakkında detaylı bilgi için bkz. Ekrem Kurt, ‘Türk Hukukunda Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları’ (2016) 15 (2) *İKÜHFD* 121-187; Aksoy, Sınırlı Ehliyetsizler (n 120) 57.

¹³¹ Usta (n 109) 354; Badur (n 49) 167-168.

¹³² 18 yaşını doldurmamış ilgili kişiye ait sağlık raporunun imha edilmesine yönelik ilgili kişinin babası tarafından veri sorumlusuna başvurulması ve cevap alınamaması üzerine ilgili kişinin kendisi tarafından Kurumumuza şikâyetle bulunulması hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 11/08/2020 tarihli ve 2020/622 sayılı Karar Özeti, <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6816/2020-622>> erişim tarihi: 14.09.2025.

¹³³ Dural ve Ögüz (n 122) 78; Çakırca (n 115) 186-187; Turan Başara (n 120) 443.

caklarından kişisel verilerinin işlenmesine de rıza veremeyeceklerdir¹³⁴. Yasal temsilcinin tam ehliyetsiz adına kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanıp kullanamayacağı tartışmalıdır.

Çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde ebeveynlerin rızasının aranıp aranmaması hususunun tespiti için öncelikle velayet kurumuna kısaca değinmemiz gerekir. Velayet; anne ve babaya çocuğun kişi ve malvarlığı değerlerini korumak ve onu temsil etmek için yüklenilen görevler ve yetkiler bütünüdür¹³⁵. TMK m. 335'e göre, ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz. Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar. Çocuklar tam ve sağ doğum ile hak ehliyetini kazanır ancak kendi kendine karar verebilme yetisine sahip olana kadar ana baba tarafından korunmaya ve yönlendirilmeye muhtaçtırlar. Ana ve babanın bu görevini yerine getirebilmesi için kanun koyucu tarafından velayet hak ve yetkisi tanınmıştır¹³⁶. Çocuğun kişi varlığı ve malvarlığının korunup gözetilmesi genelde ana babanın velayet hakkı çerçevesinde yasal temsil yoluyla olur. Ana baba ya çocuk adına ve hesabına hareket ederler ya ayırt etme gücüne sahip çocuğun işlemlerine yasal temsilci sıfatıyla izin verirler ya da bu işleme katılırlar¹³⁷. Çocuk üzerinde velayet hakkı bulunan ana ve babanın çocuğu temsil yetkisi kaldırılmadığı sürece ana ve baba çocuğu üçüncü kişilerle yapılan hukuki işlemlerde temsil edebilirler¹³⁸. Burada çocuğun hangi hukuki işlemler bakımından temsil edileceği çocuğun ehliyet durumu ve hukuki işlemin niteliği kapsamında belirlenmelidir. Ana ve baba çocuğun adına hukuki işlemleri yerine getirirken yahut onay veya rıza verirken çocuğun üstün yararı ilkesini, çocuğun katılım hakkını ve görüşlerini serbestçe ifade edebilme hakkı ile TMK m. 339 hükmünü göz önünde bulundurmalıdır. Ana babanın çocuğunun kişi varlığını korumasının sınırını çocuğun yararı ve katılım hakkını düzenleyen TMK m. 339, özel yasalardaki düzenlemeler ile ölçülülük ilkesi çizer¹³⁹.

¹³⁴ Ekmekçi vd. (n 20) 170; Akdi (n 125) 134-135.

¹³⁵ Ali Naim İnan, *Çocuk Hukuku* (Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No:3, 1968) 125; Usta (n 109) 23-24; Çakırca (n 115) 84; Deniz (n 120) 18-19. Benzer tanım için bkz. Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 103) 250; Akyüz (n 103) 222; Badur (n 49) 53; Murat Akdi, 'Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu', (2016) 22(3) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 123, 124; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi, 2023) 375.

¹³⁶ Akyüz (n 103) 129; Deniz (n 120) 19.

¹³⁷ Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 103) 272-273.

¹³⁸ Karaca (n 109) 38; Deniz (n 120) 23; Usta (n 109) 331; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* On İki Levha Yayıncılık, 2010) 298. Velayet hakkı ve sınırları için bkz. Ayça Zorluoğlu, 'Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları' (2021) 29 (4), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3383, 3390-9998.

¹³⁹ Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 103) 260. Ölçülülük ilkesinin çocuk hukukundaki uygulaması için bkz. Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 103) 261- 262.

gelen davada ise Mankeme ebeveynlerin rızası olmadan yenidoğan bebeğin fotoğraflarının çekilmesini AİHS m. 8'e aykırı bulmuş ve talebi kabul etmiştir¹⁴⁶.

Ayırt etme gücüne sahip ergin olmayan çocuklar ise hukuku sınırlı ehliyet-siz olarak kabul edilmektedirler. Türk Medeni Kanunu m. 16/I' e göre, *ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.* Sınırlı ehliyet-siz çocuk kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başına kullanabilecektir¹⁴⁷. Ancak çocuk için ciddi ve sakıncalı sayılabilecek evlenme, yargısal erginlik gibi önemli işlemlerde yasal temsilcinin rızası da gerekir. Bu gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda çocuk ve yasal temsilcisi birlikte hareket etmelidir¹⁴⁸. Sınırlı ehliyet-siz olan çocukların kişisel verilerinin işlenmesine rıza vermesine ilişkin doktrinde farklı görüşlerin yer aldığını görmekteyiz. Özer Deniz'e göre, çocukların kişisel verilerinin hukuka uygun olarak işlenebilmesi için yasal temsilcinin kesinlikle rızası alınmalıdır¹⁴⁹. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, sınırlı ehliyet-sizler kişisel verilerinin işlenmesi için rıza gösterebilirler¹⁵⁰. Bir diğer görüşe göre ise, sınırlı ehliyet-siz kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterebilir ancak kişilik değeri üzerinde önemli tasarrufa neden olan, ağır bir etki yaratacak rıza söz konusuysa ayrıca yasal temsilcinin rızası da aranmalıdır¹⁵¹. Başka bir görüşe göre TMK m. 16 hükmü kapsamında kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğundan çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde kendi rızalarının yeterli olacağını ileri sürmek normun amacı ile bağdaşmamaktadır. Kanunda bu hususta örtülü boşluk bulunmaktadır. Hâkim bu boşluğu dol-

¹⁴⁶ European Court of Human Rights, Case of Rekkos and Davourlis V. Greece, 15 January 2009, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-90617%22%5D%7D>> erişim tarihi:10. 09.2025.



durmaldır. En uygun çözüm ise çocuğun ehliyetinin genişlediği haller¹⁵² dışında çocuk ile birlikte yasal temsilcisinin de açık rızasının aranmasıdır¹⁵³.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre, günümüzde internet üzerinden gerçekleştirilen her işlem için yasal temsilcisinin rızasının aranması pratik açıdan mümkün olmayacağından somut veri işleme faaliyetinin konusu, amacı, niteliği, ilgili kişinin veri işlemenin sonuçlarının idraki ile yaşa ilişkin GDPR düzenlemesi göz önünde bulundurulmalıdır¹⁵⁴. Başka görüşe göre, çocuğun yaşı ve gelişmişlik seviyesi kişisel verilerinin işlenmesinin risklerini ve sonuçlarını idrak edip karar verme yeteneğine sahip olduğunu gösteriyorsa çocuğun rızası yeterli iken göstermiyorsa velayet hakkı sahibi ana ve/veya babanın rızası da aranmalıdır¹⁵⁵. Bir diğer görüşe göre, çocuğun idrak gücü yoksa çocuğun üstün yararı ilkesi göz önüne alınır ancak bu ilke çocuğun görüşünün alınması ilkesi ile çatışırsa olay bazında değerlendirme yapılarak hangi ilkenin uygulanacağına karar verilmelidir¹⁵⁶. Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 02/04/2020 tarihli ve 2020/255 sayılı Karar Özeti'nde ise, bir eğitim kurumunda okuyan çocuğun eğitim kurumu tarafından rehberlik hizmeti verilmesi amacıyla özel nitelikli kişisel verilerinin işlenebilmesi için velisinin açık rızasının alınması gerektiğini belirtmiştir. İlgili kararda yaş bilgisi bulunmasa da karar metninden çocukların sınırlı ehliyetsiz olduğu anlaşılmaktadır¹⁵⁷. Türk hukukunda çocukların kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığından Türk Medeni Kanunundaki ehliyet düzenlemeleri temel alınmalıdır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar için yasal temsilcisinin rızası aranırken sınırlı ehliyetsiz olması durumunda ise çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi çocuğun menfaatlerini zedeleyecek ve ağır sonuçlar doğuracaksa yasal temsilcisinin rızası da ayrıca aranmalıdır.

2. Mukayeseli Hukuk Bakımından Açık Rıza ve Rızanın Verilmesinde Yaş Sınırı

a. Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) Bakımından

GDPR çocuğun mahremiyet ve güvenlik haklarını destekleyen koruyucu tedbirler getirmiştir. Bu tedbirler arasında, küçük çocukların verilerinin işlenmesi için rıza alınması gerekliliği, biyometrik verilerin işlenmesinin yasaklanması ve

¹⁵² Sınırlı ehliyetsizlerin kişisel verilerinin işlenmesinde ehliyetin genişlediği hallere örnek için bkz. Aksoy, Sınırlı Ehliyetsizler (n 120) 64.

¹⁵³ Aksoy, Sınırlı Ehliyetsizler (n 120) 57-58, 67.

¹⁵⁴ Akkurt, Açık Rıza (n 44) 174-175.

¹⁵⁵ Turan Başara (n 120) 447. Benzer yönde Uçak (n 119) 53; Ömer Ali Girgin ve Seray Gönal, 'Çocuğun Kişisel Verilerinin Sosyal Medyada Ebeveyn Tarafından Paylaşılmasının Hukuki Sonuçları' (2020) 44 *TAAD* 99, 114.

¹⁵⁶ Merve Esen Baygüneş, 'Dijital Ortamda Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması' (2021) 7(1) *BÜHFD* 165, 178.

¹⁵⁷ Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 02/04/2020 tarihli ve 2020/255 sayılı Karar Özeti, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6894/2020-255>.

çocukların veri taşınabilirliği, silme ve unutulma hakkı gibi hakları yer almaktadır¹⁵⁸. GDPR daha hassas durumda ve korunmaya muhtaç olan çocukların kişisel verilerinin korunması için bilgi toplumu hizmetleri kapsamında özel düzenlemeler getirmiştir. GDPR kapsamında çocuklara yönelik getirilen bu düzenlemeler Amerika Birleşik Devletleri'nin Çocukların Çevrimiçi Gizliliğinin Korunması Yasası'ndan (Children's Online Privacy Protection Act-COPPA) esinlenerek hazırlanmıştır¹⁵⁹. GDPR m. 8/I'e göre, bilgi toplumu hizmetlerinin doğrudan bir çocuğa sağlanması durumunda çocuğun en az 16 yaşında olması hâlinde çocuğun kişisel verilerinin işlenmesine rıza vermesi durumunda işlenme hukuka uygundur. Çocuğun 16 yaşından küçük olması hâlinde, söz konusu işleme; ancak çocuk üzerinde velayet sorumluluğu bulunan kişi tarafından rıza veya izin verilmesi hâlinde ve rıza veya izin verildiği ölçüde hukuka uygundur. Üye Devletler, bu amaçlara yönelik olarak, 13 yaştan küçük olmamak kaydıyla, mevzuatla daha küçük bir yaş belirleyebilir¹⁶⁰. GDPR çocukların kişisel verilerinin işlenmesine onay verme yeterliliğine sahip olduğu standart bir yaşı belirlemeyi tercih etmiş ve bunun için "ortalama çocuk" kriterini kullanmıştır¹⁶¹. On sekiz yaşın altındaki bireylerin çocuk olarak kabul edildiği göz önüne alındığında ilgili yaş sınırına bakıldığında 16-18 yaş arasındaki çocuklar için koruyucu düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu durum ise Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile çelişmektedir¹⁶². GDPR m. 8/I' in üye devletlere yaş sınırını belirlemesi için aralık vermesi (13-16) çocukların rıza kapasitesinin ülkeden ülkeye değişmesi için haklı bir neden olmadığı sebebiyle eleştirilmiştir¹⁶³.

Kişisel verilerin işlenmesinde çocukların rızasına ilişkin yaş sınırı ülkelere göre farklılıklar göstermektedir. Belçika, Danimarka, Letonya, Estonya, Finlan-

¹⁵⁸ Sheila Donovan, 'Sharenting': The Forgotten Children of the GDPR' (2020) 4(1) *Peace Human Rights Governance* 35, 52.

¹⁵⁹ Milda Macenaite ve Eleni Kosta, 'Consent for Processing Children's Personal Data in the EU: Following in US Footsteps?' (2017) 26 (2) *Information & Communications Technology Laws* 146, 148; Talley (n 5) 130; Valerie Verdoodt, Children's Rights and Advertising Literacy in The Digital Era Towards An Empowering Regulatory Framework For Commercial Communication, Doctoral Thesis, KU Leuven Doctoral School Humanities and Social Sciences and Ghent University- Faculty of Law and Criminology, 2018 183.

¹⁶⁰ GDPR taslakta ilk olarak yaş sınırı 13 olarak belirlenmişken son anda 16 yapılmıştır bkz. Krivokapić ve Adamović (n 4) 208-209; Lambert (n 8) 244; Domenico Roseni, 'We're All in This Together' Actors Cooperating in Enhancing Children's Rights in the Digital Environment after the GDPR', içinde *Data Protection and Privacy, Data Protection and Democracy*, Ed. Dara Hallinan, Ronald Leenes, Serge Gutwirth ve Paul De Hert, (Hart Publishing, 2021) 94, 104.

¹⁶¹ Milda Macenaite, From Universal Towards Child-Specific Protection of The Right to Privacy Online: Dilemmas in The EU General Data Protection Regulation' (2017) 19(5) *Sage Journals* 765, 774.

¹⁶² Roseni (n 151) 104.

¹⁶³ Karen Mc Cullagh, 'The General Data Protection Regulation: A Partial Success for Children on Social Network Sites?' iç *Data Protection Privacy and European Regulation in The Digital Age*, Ed. Tobias Brautigan ve Samuli Miettinen, (Unigrafia, 2016) 110, 124.



diya, Portekiz, İsveç ve Birleşik Krallık rıza yaşı olarak 13 yaşı kabul etmiştir. Avusturya, Bulgaristan, Kıbrıs, İtalya, Litvanya ve İspanya rıza yaşı olarak 14 yaş belirlenmiştir. Çekya, Fransa, Yunanistan ve Slovenya’da sınır 15 yaş olarak belirlenmiş; Almanya, Hırvatistan, Macaristan, Polonya, Hollanda, Lüksemburg ve Romanya’da ise yaş sınırı 16’dır¹⁶⁴. Krivokapić/Adamović’e göre GDPR’da belirlenen yaş sınır değerinin ülkeden ülkeye değişmesi ile 16 yaş sınırı; internet ortamını kullanan çocuklara ilişkin yapılan araştırmalar da göz önüne alındığında çok yüksek tutulmuş olması nedeniyle tutarsızdır¹⁶⁵. Ayrıca belirtmek gerekir ki yaş sınırının ülkeden ülkeye değişmesi GDPR’nin temel hedeflerinden biri olan Avrupa Birliği genelinde veri işleyenler ve veri sahipleri için tek tip bir veri koruma çerçevesi oluşturmak amacı ile çelişmektedir¹⁶⁶.

Genel Veri Koruma Tüzük’ü bilgi toplumu hizmetlerinin doğrudan çocuklara sağlanması durumunda ilgili yaş sınırını uygulamaktadır. Bilgi toplumu hizmeti¹⁶⁷ ise GDPR m. 4/XXV’e göre, (AB) 2015/1535 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi’nin 1/I maddesinin (b) bendinde tanımlanan hizmeti ifade eder. İlgili Direktif ise bilgi toplum hizmetini, genellikle bir bedel karşılığında, uzaktan, elektronik yollarla ve bir hizmet alıcısının bireysel talebi üzerine sağlanan herhangi bir hizmet, olarak tanımlar. Direktif m. 1/I-b bendinde tanımdaki ifadelerin de ne anlama geldiğini açıklamıştır. Tanımda yer alan uzaktan ifadesi, hizmetin taraflar aynı anda bulunmaksızın sağlandığı; elektronik yollarla ifadesi, hizmetin başlangıçta elektronik veri işleme (dijital sıkıştırma dahil) ve depolama ekipmanı aracılığıyla gönderildiği, varış noktasında alındığı ve tamamen kablolu, radyo dalgalarıyla, optik yollarla veya diğer elektromanyetik yollarla iletildiği, aktarıldığı ve alındığı; bir hizmet alıcısının bireysel talebi üzerine ifadesi ise, hizmetin bireysel talep üzerine veri iletimi yoluyla sağlandığı anlamına gelir. Bir hizmetin çevrim içi sunumu, GDPR m. 8 kapsamında bilgi toplumu hizmeti teriminin kapsamına girmektedir¹⁶⁸.

Bilgi toplumu hizmetinin “doğrudan çocuğa sunulması” şartının tespiti oldukça güçtür. Bir görüşe göre, özellikle çocuklara yönelik hazırlanan onları hedef alan hizmetler bu kapsamda değerlendirilmeli ancak normun amacına aykırı olarak hükmün amacı daralacağından hem çocukları hem de yetişkinleri hedef alan

¹⁶⁴ Ingrida Milkaite ve Eva Lievens, ‘The GDPR Child’s Age of Consent for Data Processing Across the EU-One Year Later’ (2019) Better Internet for Kids <<https://backoffice.biblio.ugent.be/download/8621651/8621654>> erişim tarihi: 14.09.2025; Cansu Çağlar, ‘Children’s Right to Privacy and Data Protection: Does the Article on Conditions Applicable to Child’s Consent Under the GDPR Tackle the Challenges of the Digital Era or Create Further Confusion?’ (2021) 12 (2) *European Journal of Law and Technology* 1, 24-25.

¹⁶⁵ Krivokapić ve Adamović (n 4) 208-209.

¹⁶⁶ Macenaite ve Kosta (n 150) 152; Talley (n 5) 152.

¹⁶⁷ Bilgi toplum hizmetleri hakkında detaylı bilgi ve örnek ABAD kararları için bkz. Çakırca (n 115) 178-179.

¹⁶⁸ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 24.

hizmetler de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ayrıca belirli bir hedef kitlesi olmayan genele yönelik hizmetler de bu kapsamdadır¹⁶⁹. Diğer bir görüşe göre, GDPR m. 8'de geçen hizmetin “doğrudan bir çocuğa sağlanması” kavramını ise sadece çocukları hedef alan işletmeler olarak değil çocukların erişme olasılığının %50'den fazla olan tüm hizmetleri içerdiği kabul edilerek ifade geniş yorumlanmalıdır¹⁷⁰. Bir bilgi toplumu hizmeti, eğitim merkezleri/okullar gibi bir aracı üzerinden çocuklara sunuluyorsa, “çocuklara doğrudan sunulan” hizmetler kapsamına girmez¹⁷¹.

Yapay zekâ teknolojisinin gelişmesiyle birlikte makine öğrenmesi sınıflandırma algoritmaları karşımıza çıkmaktadır. Bu sınıflandırıcılar, uygulamalar içindeki metin ve görsel tabanlı özellikleri değerlendirerek çocuklar için tasarlanmış uygulamaları belirlemektedir¹⁷². Bunu ise uygulama yöneticinin sisteme girdiği veriler ışığında uygulamanın “eğitim,” “oyun,” “çizgi roman” veya “eğlence” gibi yaygın çocuk uygulamaları kategorisine ait olup olmadığını inceleyerek belirler¹⁷³. Böylelikle veri koruma kurumları tarafından, çocuk koruma yasalarına uyması gereken sitelerin ve hizmetlerin gerçekten uyup uymadığı da denetlenebilecek ve uygulama platformları da aynı dağıttıkları uygulamaların “çocuklara yönelik” olup olmadığını belirleyebilecektir¹⁷⁴.

Bilgi toplumu hizmetinin “*genellikle bir bedel karşılığı*” sunulma şartını çoğunlukla çocukların eriştiği platformların ücretsiz olduğu göz önüne alındığında daha geniş kapsamlı değerlendirmeliyiz ve sosyal medya, çevrimiçi oyunlar gibi reklamlarla finanse edilen ücretsiz sunulan platform hizmetlerini de bu kapsama almalıyız¹⁷⁵. Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubu, “çocuğa doğrudan sunulması” ifadesinin sadece bazı bilgi toplum hizmetlerinin çocuğa sunulması durumunda GDPR m. 8'in uygulanacağını gösterdiğini belirtir ve durumu bir örnekle

¹⁶⁹ Bostancı Bozbayındır (n 120) 1506-1507; Turan Başara (n 120) 442. Bilgi toplumu hizmeti kavramı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) madde 1524'te Elektronik İşlemler ve Bilgi Toplumu Hizmetleri/İnternet Sitesi başlığı altında düzenlenmiş olup ilgili hüküm uyarınca; internet sitesinin bilgi toplumu hizmetlerine ayrılmış bölümü herkesin erişimine açıktır.

¹⁷⁰ Daria Smyr ve Ekaterina Ulianova, ‘Legal Issues of Children’s Personal Data Protection’ (2022) 5(1) Open Journal for Legal Studies, 1, 2; Solmaz (n 85) 230-231.

¹⁷¹ Çağlar (n 155) 22.

¹⁷² Minxing Liu, Haoyu Wang, Yao Guo, Jason Hong, ‘Identifying and Analyzing the Privacy of Apps for Kids’, Proceedings of the 17th International Workshop on Mobile Computing Systems and Applications 105-107 <<https://yaoguopku.github.io/papers/Liu-HotMobile-16.pdf>> erişim tarihi:19.08.2025; Talley (n 5) 155.

¹⁷³ Liu, Wang, Guo, Hong (n 168) 105-107; Talley (n 5) 155.

¹⁷⁴ Talley (n 5) 155-156.

¹⁷⁵ Verdoordt (n 150) 178; Macenaite ve Kosta (n 150) 170; Selek (n 44) 943; Çağlar (n 155) 21. Bilgi toplumu hizmeti kapsamında kişisel verilerin işlenmesi halinde de veri sorumlusunun gecikmeksizin kişisel verileri silme yükümlülüğü bulunmaktadır bkz. Mahmut Furkan Balaban ve Merve Ayşegül Kulular İbrahim, ‘Sosyal Medya ve Unutulma Hakkı: Meta Threads Örneği’ (2023) 5 (2) Bilişim Hukuku Dergisi, 292.



açıklamaktadır. Örneğin, bir hizmet sağlayıcı, hizmetinin yalnızca 18 yaş üstüne yönelik olduğunu açıkça belirtirse bu hizmet “çocuğa doğrudan sunulmuş” sayılmaz ve GDPR m. 8 uygulanmaz¹⁷⁶.

GDPR m. 6/I-f’e göre, özellikle veri öznesinin çocuk olması hâlinde, kişisel verilerin korunmasını gerektiren, veri öznesinin menfaatleri veya temel hak ve özgürlüklerinin bir veri sorumlusu veya üçüncü kişi tarafından gözetilen meşru menfaatlere ağır basması haricinde, söz konusu meşru menfaatler doğrultusunda işlemenin gerekli olması şartı da aranmaktadır. Bu şart kamu makamlarının, görevlerini yerine getirirken veri işlemelerinde uygulanmayacaktır. Bu düzenlemeden çıkarmamız gereken önemli sonuçlardan biri ise, veri sorumluları çocukların kişisel verilerini kendi “meşru menfaatleri” ne dayanarak yasal şekilde işleyemeyeceklerdir¹⁷⁷. Meşru menfaat dayanağı kullanılamaz ve başka bir yasal dayanak aranmalıdır.

GDPR dibace 38’e göre, çocuklar kişisel verilerin işlenmesine ilişkin riskler, sonuçlar, ilgili güvenceler ve kendi hakları konusunda daha az bilgiye sahip olmaları nedeniyle kişisel verileriyle bağlantılı olarak özel bir korumaya ihtiyaç duyarlar. Bu koruma özellikle, pazarlama veya kişilik ya da kullanıcı profili oluşturma amacıyla çocukların kişisel verilerinin kullanılmasında, doğrudan doğruya çocuğa sunulan hizmetlerin kullanılmasında çocuklara ilişkin kişisel verilerin toplanmasında uygulanmalıdır. Doğrudan çocuğa sunulan önleyici hizmetler veya danışmanlık hizmetleri bağlamında çocuklar üzerinde velayet hakkına sahip olanların rızası gerekli değildir yani sadece çocuğun rızası yeterlidir. Çevrimiçi sohbet hizmeti veya benzeri iletişim araçları aracılığıyla çocuğun refahını korumak amacıyla sunulan çocuk koruma hizmetlerinde de önceden ebeveyn onayı gerekmez¹⁷⁸.

b. Çocukların Çevrimiçi Gizliliğini Koruma Yasası (COPPA) Bakımından

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Çocukların Çevrimiçi Gizliliğini Koruma Yasası (Children’s Online Privacy Protection Act – COPPA) 13 yaş altındaki çocukların internette kişisel bilgilerinin toplanması, kullanılması ve/veya ifşa edilmesiyle bağlantılı olarak haksız veya aldatıcı eylemleri veya uygulamaları önlemek için yasal düzenlemeler getirir. COPPA’ya göre, 13 yaşın altındaki çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde ebeveynlerinin rızası aranmaktadır¹⁷⁹. COPPA § 312.2’ye göre, bilgilerin toplanması, herhangi bir yolla çocuktan kişisel veri elde edilmesi işlemidir. Çocuktan çevrimiçi ortamda kişisel verilerini vermesi talebinde bulunma, yönlendirme veya teşvik etme; çocuğun kişisel verilerinin tanımlanabilir olacak şekilde kamuoyuna sunulması; çocuğun çevrimi-

¹⁷⁶ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 25.

¹⁷⁷ Lambert (n 8) 248.

¹⁷⁸ Talley (n 5) 141; Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 27.

¹⁷⁹ Children’s Online Privacy Protection Rule (Coppa Rule) (n 4)

çi olarak pasif şekilde izlenmesi gibi eylemler bu kapsamda değerlendirilir. Bu sayım örnekleyicidir. Açıklamak yahut ifşa etmek ise, bir işletmeci tarafından çocuktan toplanan kişisel verilerin herhangi bir amaçla tanımlanabilir şekilde başkalarına açıklanması veya tanımlanabilir şekilde kamuya açıklanmasıdır. İşletmecinin söz konusu bilgileri web sitesinin veya çevrimiçi hizmetin iç işleyişini destekleyen bir kişiye sağlaması durumunda ifşa söz konusu değildir. Çocuğun kişisel verilerinin açıklanması veya ifşası, internet üzerinden yapılan kamuya açık paylaşımlar, kişisel bir ana sayfa veya web sitesi/çevrimiçi hizmet üzerinde yayımlanma, sohbet odaları, elektronik posta, mesajlar aracılığıyla yapılabilir. Kişisel verilerin yayımlanması ise, kişisel bilgilerin herhangi bir üçüncü tarafa paylaşılması, satılması, kiralanması veya aktarılmasıdır¹⁸⁰.

COPPA § 312.3'e göre, çocuklara yönelik bir web sitesi veya çevrimiçi hizmetin herhangi bir işletmecisinin veya bir çocuktan kişisel bilgi topladığını veya sakladığını fiilen bilen herhangi bir işletmecinin, COPPA'da belirtilen yükümlülükleri ihlal edecek şekilde bir çocuktan kişisel bilgi toplaması hukuka aykırıdır. İhlal halinde COPPA § 312.9'a göre, Federal Ticaret Komisyonu Yasası'nın (Federal Trade Commission Act) 18(a)(1)(B) maddesi uyarınca haksız veya aldatıcı bir işlem veya uygulamayı tanımlayan kuralların ihlali olarak kabul edilir ve ilgili hukuki ve cezai hükümler uygulanır (15 U.S.C. 57a(a)(1)(B))¹⁸¹.

COPPA § 312.3'te çocukların kişisel verilerinin işlenmesinin hukuka aykırı olmaması için yapılması gerekenleri şu şekilde saymaktadır:

(A) Web sitesi veya çevrimiçi hizmette çocuklardan hangi bilgileri topladığı, bu bilgileri nasıl kullandığı ile bu bilgileri başkaları ile paylaştığı uygulamalar hakkında bildirimde bulunmalı (§ 312.4(b));

(B) Çocuklardan kişisel bilgilerin toplanması, kullanılması ve/veya ifşa edilmesinden önce doğrulanabilir ebeveyn onayı alınmalıdır (§ 312.5);

(C) Bir ebeveyne, çocuğundan toplanan kişisel verileri incelemesi ve bunların gelecekte kullanılmasına veya saklanmasına izin vermeme hakkını kullanmasına olanak tanıyacak makul yollar sağlanmalı (§ 312.6);

(D) Bir çocuğun bir oyuna, bir ödül teklifine veya başka bir etkinliğe katılımı, çocuğun bu tür bir etkinliğe katılmak için makul ölçüde gerekenden daha fazla kişisel verisini açıklama şartına bağlanmamalı (§ 312.7); ve

(E) Çocuklardan toplanan kişisel verilerin gizliliğini, güvenliğini ve bütünlüğünü korumak için makul prosedürler oluşturulmalı ve sürdürülmelidir (§ 312.8)¹⁸².

¹⁸⁰ Children's Online Privacy Protection Rule (Coppa Rule) (n 4).

¹⁸¹ İlgili yaptırım düzenlemeleri için bkz. Federal Trade Commission Act, Title 15 Commerce and Trade, <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2024-title15/pdf/USCODE-2024-title15-chap2-subchapI-sec57a.pdf>> erişim tarihi: 04.10.2025.

¹⁸² Children's Online Privacy Protection Rule (Coppa Rule) (n 4).



ABD’de çocukların kişisel verilerin korunması için ayrıca eyalet düzeyinde birçok yasa çıkartılmıştır. Çocukların gizliliğinin korunması için Kaliforniya eyaletinde Kaliforniya Tüketici Gizliliği Yasası (California Consumer Privacy Act – CCPA) çıkartılmıştır. Bu yasa yüz yüze etkileşimler ve telefon görüşmeleri yoluyla veri toplanmasını da içerdiğinden uygulama alanı COPPA’dan daha geniştir. COPPA’yı tamamlayıcı özel hükümler de içermektedir¹⁸³. COPPA’ya göre, interaktif olmayan veya çocukların kişisel verilerini paylaşmayan ticari hizmetlerde ebeveyn onayı alınması gerekmez¹⁸⁴. COPPA ile GDPR’daki çocukların kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin hükümler kıyaslandığında COPPA 13 yaş altındaki çocukların kişisel verilerinin ebeveynin açık rızası olmadan toplanamayacağını ve kullanılamayacağını açıkça belirtir ancak GDPR, çocukların kişisel verilerinin ne zaman, nasıl ve hangi hukuka uygun temel ile kullanılabileceğini web hizmeti sağlayıcının yorumuna veya tercihine bırakmaktadır¹⁸⁵. Bizim de katıldığımız Talley’e göre, GDPR, çocukların kişisel verilerinin toplanması ve işlenmesi amaçlarına ilişkin daha net ve müşterek standartlar getirerek çevrimiçi uygulamalarda -ki ihlaller genellikle çevrimiçi platformlarda gerçekleşmektedir- çocukların verilerinin korunmasını iyileştirebilir¹⁸⁶.

COPPA, çocuklara yönelik web sitesi veya çevrimiçi hizmetten ne anlamamız gerektiğini belirtmiştir. Bu düzenleme GDPR’da yer alan bilgi toplumu hizmetinin doğrudan çocuğa sağlanması şartının içeriğinin anlaşılmasında da yardımcı olacaktır. COPPA’ya göre, *Komisyon, bir web sitesinin veya çevrimiçi hizmetin veya bir bölümünün çocuklara yönelik olup olmadığını belirlerken, konusunu, görsel içeriğini, animasyonlu karakterlerin veya çocuklara yönelik etkinliklerin ve teşviklerin kullanımını, müzik veya diğer ses içeriğini, modellerin yaşını, çocuk ünlülerin veya çocuklara hitap eden ünlülerin varlığını, web sitesinin veya çevrimiçi hizmetin dilini veya diğer özelliklerini ve web sitesinde veya çevrimiçi hizmette tanıtım yapan veya görünen reklamların çocuklara yönelik olup olmadığını dikkate alacaktır. Bir web sitesi veya çevrimiçi hizmet, başka bir web sitesinin veya çocuklara yönelik çevrimiçi hizmetin kullanıcılarından doğrudan kişisel bilgi topladığı konusunda fiili bilgiye sahip olduğunda çocuklara yönelik kabul edilir. Karma hedef kitleye yönelik bir web sitesi veya çevrimiçi hizmet, 13 yaşından küçük olduğu tespit edilmeyen herhangi bir ziyaretçi açısından çocuklara yönelik olarak değerlendirilmeyecektir*¹⁸⁷.

COPPA çocuklara yönelik hizmetin nasıl belirleneceği ve bu kapsamda yer almayan hizmetleri detaylı bir şekilde açıklamıştır. COPPA’ya göre çocukla-

¹⁸³ Australian Information Commissioner, (n 2) 62, 67.

¹⁸⁴ Macenaite (n 152) 772.

¹⁸⁵ Macenaite ve Kosta (n 150) 171, 173; Talley (n 5) 152.

¹⁸⁶ Talley (n 5) 152.

¹⁸⁷ Children’s Online Privacy Protection Rule (Coppa Rule) (n 4).

ra yönelik herhangi bir aktiviteyi içeren tüm web sitesi veya çevrimiçi hizmet doğrudan çocuğa sağlanmaktadır. Ancak karma hedef kitleye yönelik çevrimiçi hizmet eğer kullanıcının 13 yaş altında olduğu tespit edilemiyorsa çocuklara yönelik hizmet olarak kabul edilmeyecektir¹⁸⁸. GDPR’da yer alan bilgi toplumu hizmetinin doğrudan çocuğa sağlanması kavramından anlaşılması gereken çocuklara yönelik içerik üretmekle birlikte yetişkinlerin yanı sıra çocukların çoğunun kullandığı facebook, instagram gibi çevrimiçi platformların da doğrudan çocuğa sağlanan hizmet olarak kabul edilmesi gerekir. Çocuklara yönelik hizmet politikasını içermeyen çevrimiçi platformların sırf bu yüzden GDPR’daki çocuklara ilişkin düzenlemeleri uygulamaktan kaçınmasını doğru bulmamaktayız. Aksi bir tutum korunması gereken çocukların kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesinin yanı sıra çocukların mahremiyetlerinin ve özel yaşamlarının ihlaline hatta kişisel verilerinin kötü amaçlarla kullanılmasına yol açabilecektir.

Çocukların kişisel verilerinin korunması hususunda ebeveynlere de önemli görevler düşmektedir. Ebeveynler fiziksel dünyada nasıl ki çocuklarını koruyorsa dijital dünyada da korumalıdır. Ebeveynler ilk olarak çocuklarına zararlı faaliyetlerin kapsamı, içeriği ve kişisel verilerinin korunması gerekliliğinin önemini öğretmelidirler ve ayrıca çocuklarının kullandıkları internet sitelerini denetmelidirler. Ebeveyn denetiminin yetersiz kaldığı durumlarda ise işletmelerin ebeveyn kontrol sistemleri devreye girmektedir. Ebeveynler bu sistemleri öğrenerek kurulumunu tamamlamaları gerekmektedir¹⁸⁹.

3. Yaş Doğrulama ve Ebeveyn Rızasının Alınmasına Dair Yöntemler

GDPR m. 8/II’ye göre, veri sorumlusu, mevcut teknolojiyi dikkate alarak, çocuk üzerinde velayet sorumluluğu bulunan kişi tarafından rıza veya izin verildiğini doğrulamak için makul çaba sarf eder. Yani rızanın verildiğine dair ispat yükü veri sorumlusuna aittir¹⁹⁰. Veri sorumlusu açık rıza veren kişinin ehliyet durumunu teyit etmelidir¹⁹¹. GDPR karşımıza çözümü zor iki soru çıkarır. Bu sorular, çocuğun varsayılan rıza yaşının üzerinde olup olmadığı güvenilir şekilde nasıl belirlenir ve varsayılan rıza yaşının altında olan bir çocuk için rızanın

¹⁸⁸ COPPA’nın çocuklara doğrudan yönelik hizmet kavramını tanımlamada yetersiz kaldığı ve işletmelerin sitelerinin “çocuklara yönelik” olarak değerlendirilmeye müsait olup olmadığını kendileri belirlemek zorunda kaldığı yönünde bkz. Lauren A. Matecki, ‘Update: COPPA is Ineffective Legislation! Next Steps for Protecting Youth Privacy Rights in the Social Networking Era’ (2010) 5 (2) *Northwestern Journal of Law & Social Policy* 379.

¹⁸⁹ Kulular İbrahim ve Aluç (n 6) 340-341; Nilüfer Tuncer, ‘Çocuk ve İnternet Kullanımı’ (2000) 14 (2) *Türk Kütüphaneciliği* 210. Ebeveynlerin çocuğa öğretmesi gereken kurallar için bkz. Tuncer (n 189) 210.

¹⁹⁰ Dammann ve Simitis (n 29) 115. Benzer yönde bkz. Bostancı Bozbayındır (n 120) 1503; Roseni (n 151) 106.

¹⁹¹ Steeves ve Macenaite (n 117) 369; Solmaz (n 85) 236.

gerçekten bir ebeveyn tarafından verildiğini güvenilir şekilde nasıl doğrulamamız gerekir, şeklindedir¹⁹².

Veri sorumlusu çocuğun rızasını ve/veya yasal temsilcinin rızasını alırken kendisinden beklenen makul çabayı göstermelidir¹⁹³. GDPR makul çabanın ne olduğunu açıklamamış ve tanımlamamıştır. Makul çaba kavramının belirsizliği, veri sorumluları tarafından ebeveyn onayı gerekliliğinin kasıtlı olarak ihlali veya göz ardı edilmesine sebep olmaktadır. Makul çabayı veri koruma otoriteleri (DPA'lar) ve mahkemelerin, somut olayın koşullarını inceleyerek veri sorumlusunun çabalarını ve doğrulanabilir ebeveyn onayı elde etmedeki teknolojik yetkinliklerinin kapsamını değerlendirerek karar vermesi muhtemeldir¹⁹⁴. Türk hukukunda yasal temsilciden ve/veya çocuktan kişisel verilerinin işlenebilmesi için hangi şekilde rıza alınacağı, kimliğinin nasıl tespit edileceği ve ispatı hususlarında da düzenleme bulunmamaktadır. COPPA 312.2.' ye göre ise veri sorumlusunun doğrulanabilir onayı (verifiable consent) alması için göstermesi gereken makul çaba iki şeyi kapsar. Makul çaba; ilk olarak ebeveynin çevrimiçi hizmet sağlayıcısı tarafından veri işleme uygulamaları hakkında bilgilendirilmesini ve ikinci olarak ebeveynlerin bu uygulamalara onay vermesini sağlamayı içermektedir¹⁹⁵. Rıza verildikten sonra hizmetin içeriğinde herhangi bir değişiklik söz konusu olursa tekrardan doğrulanabilir onay alınmalıdır (COPPA § 312. 5/a-1). Web sitesi işletenler onay yöntemini belirlerken çocuğun ebeveyni olduğunu garanti edecek yöntemleri seçmelidirler (COPPA § 312. 5/b-1).

GDPR'de veri işleyenin yaş doğrulama sorumluluğu ve nasıl doğrulanacağı açıkça düzenlenmese de çocukların kişisel verilerinin işlenmesindeki özel durum ve rızanın niteliği göz önüne alındığında böyle bir yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir¹⁹⁶. Doğrulama işlemleri, kişisel verileri işleme faaliyetlerinin niteliği ve riskleriyle orantılı olmalıdır¹⁹⁷. Çocukların kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin uygun tedbirlerin seçimi veri sorumlusuna aittir¹⁹⁸. Veri sorumlusu yetişkin-

¹⁹² Mc Cullagh (n 154) 129.

¹⁹³ Talley (n 5) 141,156; Verdoodt (n 150) 182; Uçak (n 119) 53; Günay (n 9) 131; Solmaz (n 85) 236; Kaya ve Tolun (n 46) 85; Macenaite ve Kosta (n 150) 176; Ireland The Data Protection Commission (DPC), Children Front and Centre, Fundamentals for a Child-Oriented Approach to Data Processing 41 <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2021-12/Fundamentals%20for%20a%20Child-Oriented%20Approach%20to%20Data%20Processing_FINAL_EN.pdf> erişim tarihi:14.09.2025.

¹⁹⁴ Macenaite ve Kosta (n 150) 177.

¹⁹⁵ Children's Online Privacy Protection Rule (Coppa Rule) (n 4). Ayrıca bkz. Simone van der Hof, "I Agree. . . Or Do I? — A Rights-Based Analysis of The Law on Children's Consent in The Digital World" (2017) 34(2) *Wisconsin International Law Journal* 409, 423.

¹⁹⁶ Steeves ve Macenaite (n 117) 369; Uçak (n 119) 54-55; Solmaz (n 85) 240.

¹⁹⁷ Verdoodt (n 150) 183.

¹⁹⁸ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 27.

ler ve çocuklar için ayrı aydınlatma metinleri kullanmalıdır¹⁹⁹. Aydınlatma metni çocukların anlayabileceği açık, anlaşılır ve sade bir dille yazılmalıdır²⁰⁰. GDPR m. 12/I'de veri sorumlusu spesifik olarak bir çocuğa yönelik her türlü bilgi başta olmak üzere bilgilendirmeyi kısa ve öz, şeffaf, anlaşılır ve kolayca erişilebilir bir biçimde, açık ve sade bir dil kullanarak yapmalıdır.

Makul doğrulama yönteminin tespiti işleme faaliyetinin risk düzeyi ile mevcut teknolojiye bağlıdır. Düşük riskli durumlarda ebeveynin e-posta yoluyla onayı yeterli olabilirken yüksek riskli durumlarda ise ek kanıtlar istenebilir ve bu bilgiler saklanabilir. Ayrıca güvenilir üçüncü taraf doğrulama hizmetleri de kullanılabilir. Örneğin, çevrimiçi oyun platformunda oynamak isteyen çocuğa önce 16 yaşın (veya ulusal düzeyde belirlenmiş olan ilgili dijital rıza yaşının) altında mı üstünde mi olduğu sorulur. Çocuk "altında" cevabını verirse, ebeveyn/vasinin onayı gerektiği bildirilir ve ebeveynin e-posta adresi istenir. Platform, ebeveyni e-posta ile bilgilendirir ve rızasını alır; ebeveyn sorumluluğunu makul ölçüde doğrular. Şikâyet söz konusu olursa platform çocuğun yaşını doğrulamak için bazı ek önlemler de alabilecektir²⁰¹. Çocukların yasal temsilcileriymiş gibi davranarak şifresine sahip olduğu ebeveynlerinin e-postasını kullanarak kişisel verilerinin işlenmesine rıza verebilirler. Bu durumda çocuğun kişisel verileri hukuka aykırı olarak işlenirse çocuk zarar görebilir bu nedenle yüksek riskli durumlarda biyometrik verilerle kimlik doğrulama yöntemlerinin uygulanması tercih edilmelidir. Örneğin, kullanıcıları tanımlamak için parmak izi veya iris deseni gibi benzersiz özellikler ile kimlik bilgisinden yaş bilgisine erişilebilir ancak hassas kişisel verilerin paylaşılması etik ve gizlilik endişelerini de gündeme getirmektedir²⁰². Kullanıcıların bilgilerini içeren online platformlarda kullanabileceği elektronik kimlik kartları (eID Cards)²⁰³ yaş doğrulamak için oldukça idealdir ve veri sorumlusu ile yeterli kişisel verinin paylaşılmasına imkân verdiğinden orantılı olarak veri işlenmesini de sağladığından daha güvenilirdir. Yasal temsilcinin temsil yetkisinin doğrulanması ve onayının alınması için minimum veri toplanmalı ve

¹⁹⁹ Badur (n 49) 155; Solmaz (n 85) 245.

²⁰⁰ Krivokapić ve Adamović (n 4) 216; Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 24; Ireland The Data Protection Commission (DPC) (n 178) 13,29; Uçak (n 119) 52; Steeves ve Macenaite (n 117) 371; Lambert (n 8) 245; Solmaz (n 85) 245; Hof (n 180) 441; Mc Cullagh (n 154) 125.

²⁰¹ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 26. Çocukların kişisel verilerinin korunması için web sitelerinin kullandığı ebeveyn kontrol sistemi ile çocukların araştırma yapmasına veya sanatsal, kültürel faaliyetlere katılmasına haksız bir müdahale teşkil etmediği yönünde bkz. Kulular İbrahim ve Aluç (n 6) 345-346.

²⁰² Macenaite ve Kosta (n 150) 181-182.

²⁰³ eID kartları, çevrim içi yaş ve kimlik doğrulaması yapmak için gerekli verileri içeren çipli fiziksel kartlardır. Uygulamadaki farklılıklar ve standardizasyonun sağlanamaması nedeniyle yaygın kullanılmamaktadır bkz. Macenaite ve Kosta (n 150) 181.



bu veriler rıza alma dışında bir amaçla kullanılmamalıdır²⁰⁴. Yasal temsilcinin doğrulanması ve rızası için gerekli olan kişisel veriler işlenmeli orantısız veri işlemekten kaçınılmalıdır²⁰⁵.

Yaş doğrulama, her zaman gerçek kişilerin hak ve özgürlükleriyle uyumlu olacak şekilde, risk temelli ve orantılı bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Yani, hizmet sağlayıcılar, hizmetlerini üretirken ve uygulamaya koyarken risk temelli bir yaklaşım benimsemelidir. Hizmet sağlayıcılar, çocukların haklarını, dijital ortamın sunduğu fırsatları, çocukların görüşlerini ve kapasitelerini dikkate alarak yaşa uygun kullanıma dikkat edebilirler. Çocuklarda yaş doğrulama çoğu durumda veri sahiplerinin hak ve özgürlükleri açısından yüksek risk oluşturmaktadır. Bu nedenle hizmet sağlayıcılarının işleme başlamadan önce işleme kapsamı, bağlam ve amaçlar dikkate alınarak bir Veri Koruma Etki Değerlendirmesi (Data Protection Impact Assessment -DPIA)²⁰⁶ yapması gerekir. Ayrıca hizmet sağlayıcılar ve yaş doğrulamada yer alan diğer üçüncü kişiler sadece belirlenen, açık ve meşru amaçlar için zaruri olan çocuğa ilişkin yaş ile ilgili bilgileri işlemelidir, yaş doğrulama ile ilgisi olmayan verileri işleyemezler²⁰⁷.

²⁰⁴ Steeves ve Macenaite (n 117) 369; Smyr ve Ulianova (n 161) 6; Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 26; Solmaz (n 85) 238. Benzer yönde bkz Talley (n 5) 142.

²⁰⁵ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent (n 44) 26; Steeves ve Macenaite (n 117) 369; Ulianova (n 161) 6; Solmaz (n 85) 237.

²⁰⁶ Veri Koruma Etki Değerlendirmesi (Data Protection Impact Assessment -DPIA), belirli veri işleme faaliyetlerinin kişilerin hak ve özgürlükleri üzerinde yüksek risk yaratma olasılığı bulunduğu durumlarda bunun etkisini değerlendiren bir araçtır. Amaç, veri işleme öncesinde riskleri tespit etmek ve en aza indirmektir bkz. Roseni (n 151) 109. GDPR m. 35/I: “Özellikle yeni teknolojiler kullanılırken ve işlemenin mahiyeti, kapsamı, bağlamı ve amaçları dikkate alındığında bir işleme türünün gerçek kişilerin hakları ve özgürlükleri açısından yüksek bir riske sebebiyet vermesinin muhtemel olduğu hâllerde, veri sorumlusu, işleme öncesinde, öngörülen işleme faaliyetlerinin kişisel verilerin korunması üzerindeki etkisine ilişkin bir değerlendirme yapar. Tek bir değerlendirmede benzeri yüksek riskler taşıyan bir dizi benzer işleme faaliyeti ele alınabilir”. DPIA’nın asgari olarak içermesi gereken unsurlar için bkz. GDPR m. 35/VII.

²⁰⁷ European Data Protection Board, Statement 1/2025 on Age Assurance, Adopted on 11 February 2025, https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/statements/statement-12025-age-assurance_en, 3.5. Benzer yönde bkz. Ireland The Data Protection Commission (DPC) (n 178), 42; Simone van der Hof ve Eva Lievens, ‘The Importance of Privacy by Design and Data Protection Impact Assessments in Strengthening Protection of Children’s Personal Data Under the GDPR’ (2018) 23 (1) *Communications Law* 1, 18< https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3107660> erişim tarihi: 14.09.2025. Çocukların kişisel verilerinin işlenmesi yüksek risk temelli olduğundan hizmet sağlayıcılarının veri koruma etki değerlendirmesi yapmasının yanında ayrıca GDPR dibace 38’de belirtilen özel korumayı sağlama ihtiyacını düşünmesi ve işleme, ürün ve sistemlerini bu doğrultuda tasarlaması gerektiği yönünde bkz. UK Information Commissioner’s Office (ICO), ‘What Should Our General Approach To Processing Children’s Personal Data Be?’ <<https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/childrens-information/children-and-the-uk-gdpr/what-should-our-general-approach-to-processing-childrens-personal-data-be/>> erişim tarihi: 14.09.2025. Çocuk hakları odaklı DPIA hakkında detaylı bilgi için bkz. Hof ve Lievens (n 192) 19-21.

Çocukların sık kullandığı bazı platformlar çocukların kişisel verilerinin korunması için gerekli önlemlerin alınması için çabalamaktadır. Örneğin, Apple ebeveynlerin çocukları adına en uygun kararları verebilecek kişiler olduğu düşüncesiyle ebeveyn kontrollerini “Aile Paylaşımı” (Family Sharing) hizmetinin temel bir unsuru haline getirmektedir. Aile Paylaşımı, 13 yaş altı kullanıcılar için zorunluyken, 13 yaş üzeri kullanıcıların aile grubuna eklenebilmesi için kendi rızaları gerekmektedir. Apple, “Satın Alma İzni İste” (Ask to Buy) gibi ek ebeveyn kontrolleri de sunmaktadır; bu özellik 13 yaş altı kullanıcılar için varsayılan olarak ayarlanmıştır. Google ise aile bağlantı uygulaması (Family Link) sayesinde 13 yaş altı çocukların ebeveynleri için ebeveyn denetimi ve hesap yönetimi imkânı sağlamaktadır; ayrıca ebeveynlerin tercihine bağlı olarak daha büyük çocuklar için de bu ayarlar değiştirilebilmektedir²⁰⁸. Ebeveynler ile çocuk bakıcılarına çocukların kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin önemli bir görev düşmektedir. Özel nitelikli kişisel veri toplayabilecek cihazlarla çocuklarının etkileşimlerini ebeveynler yahut çocuk bakıcıları kısıtlayabilir veya sınırlayabilir, buna karşılık böyle bir risk taşımayan cihazların kullanımına izin verebilirler²⁰⁹.

COPPA’nın uygulanmasını sağlamakla görevli olan ABD Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission-FTC)’nin yayımladığı “Çocukların Çevrimiçi Gizliliğini Koruma Kuralı: İşletmeniz İçin Altı Adımlı Bir Uyumluluk Planı”nın dördüncü adımında 13 yaş altındaki çocukların ebeveynlerinden hangi yöntemlerle rıza alınacağına ve kişinin ebeveyn olduğunun tespitinin sağlanacağı COPPA’daki 312.5’te ebeveyn rızasına ilişkin düzenlemeleri de esas olarak açıklamaktadır. İlk olarak ebeveyn bir onay formunu imzalayıp faks, posta veya elektronik tarama yoluyla hizmeti veren platforma geri gönderebilir. Ebeveyne işlemle bağlantılı olarak, her ayrı işlemin hesap sahibine bildirimini sağlayan bir kredi kartı, banka kartı veya diğer çevrimiçi ödeme sistemini kullanması zorunluluğu getirilebilir. Ebeveynin, eğitimli personelin görev yaptığı ücretsiz bir telefon numarasını araması veya personele video konferans yoluyla bağlanması da mümkündür. Ebeveynin kimliğinin, devlet tarafından verilmiş bir kimlik belgesinin, bu tür bilgilerin yer aldığı veri tabanlarıyla karşılaştırılması yoluyla doğrulanması, bu doğrulama tamamlandıktan hemen sonra ebeveynin kimliğinin operatör tarafından kayıtlarından silinmesi de bir diğer yol olarak tercih edilebilir. Bilgi tabanlı kimlik doğrulaması kullanılarak bir ebeveynin kimliği doğrulanabilir. Ebeveyn tarafından sunulan sürücü belgesi veya başka bir kimlik belgesinin fotoğrafı doğrulanıp ardından yüz tanıma teknolojisi kullanılarak bu fotoğrafı ebeveyn tarafından sunulan ikinci bir fotoğrafla karşılaştırılabilir²¹⁰. Ayrıca

²⁰⁸ Australian Information Commissioner, (n 2) 54-55.

²⁰⁹ Haber (n 115) 1245.

²¹⁰ Federal Trade Commission, ‘Children’s Online Privacy Protection Rule: A Six-Step Compliance Plan for Your Business’ (2017) <<https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/childrens-online-privacy-protection-rule-six-step-compliance-plan-your-business#step4>> erişim tarihi: 14.09.2025.



ebeveyn dışında bir kişinin cevaplamasının zor olacağı bilgiye dayalı sorular da sorularak kimlik tespiti sağlanabilir²¹¹.

4. Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Çocuk hâlen gelişim sürecinde olan bir birey olduğundan kişisel verilerinin korunması hakkını kullanma biçimi onun fiziksel ve psikolojik gelişim seviyesine uyarlanmalıdır. Çocukların gelişim süreçlerinin nasıl yürütüldüğü farklı ülkelerdeki hukuk sistemlerine göre değişiklik göstermektedir; ancak hangi toplumda olursa olsun çocukların olgunluk seviyelerine uygun şekilde yaş belirlenmelidir²¹². Çocukların psikolojisi, biyolojik gelişimi ve her çocuğun farklı biliş seviyesi²¹³ anlaşılmadan standart bir yaş belirlemek mümkün olmayacaktır. İlk olarak çocukların bilgi toplumu hizmetlerinden yararlanırken hangi yaş aralığında kişisel verilerinin işlenmesinin farkında olduğu ve bu süreçte verdiği rızanın ne gibi sonuçları olacağını anlayıp anlamadığının incelenmesi gerekmektedir. Ancak hizmet türü çeşitliliği ve her çocuğun kendine özgü yapısı göz önüne alındığında bu neredeyse mümkün olmayacaktır. Belirli bir yaş sınırı çizmek ise hem uygulayıcılar açısından (hizmet veren platformlar gibi) hem de denetleyiciler açısından kolaylık, belirlilik ve öngörülebilirlik sağlar.

Yaş tek başına bir çocuğun veri koruma haklarını kullanma kapasitesini değerlendirmek için yetersizdir. Aynı yaştaki çocuklar arasında, özellikle erken ergenlikte, bilişsel gelişim açısından önemli farklılıklar bulunmaktadır. Farklı yaşlardaki çocuklar farklı anlayış seviyelerine ve ihtiyaçlara sahiptir. Bu nedenle çocukların kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterebileceği “sihirli bir yaş” (magic age) yoktur²¹⁴. Yaş sınırını yüksek tutarak bilgi toplumu hizmetleri ile gelişen teknolojiler hakkında genellikle çocuklardan daha az bilgiye sahip ve dijital okuryazarlığı düşük olan ailelerin sırf çocuğun kişisel verilerinin korunması amacıyla rızasını aramak aslında çocuğun gelişimini olumsuz etkileyecek sonuçların

Bu doğrulama seçenekleri risk düzeyine göre seçilip kullanılmalıdır bkz. Steeves ve Macenaite (n 117) 361; Macenaite ve Kosta (n 150) 168; Ireland The Data Protection Commission (DPC) (n 178), 42-43.

²¹¹ Ireland The Data Protection Commission (DPC) (n 178), 43.

²¹² Article 29 Data Protection Working Party, Children’s Personal Data (n 08) 6.

²¹³ Çocukların belli bir biliş seviyesine sahip olmaları dahi yeterli değildir ayrıca bu bilişsel becerileri olgun bir şekilde kullanması gerekir. Nitekim duygusal açıdan yoğun durumlarda bilhassa ergenlik döneminde çocuklar dürtülerini kontrol etme ve sağlıklı yargılarda bulunma yeteneğine sahip değildir. Bu nedenle bilişsel yeterliliğe sahip olsa dahi çocukların kişisel verilerinin işlenmesi için rıza vermesi halinde sonuçlarını öngöremediği durumlar da olabilir bkz. Australian Information Commissioner (n 2) 26.

²¹⁴ Ireland The Data Protection Commission (DPC) (n 178) 34. Çocuğun rıza verebilme kapasitesi belirlenirken kendi konumunu anlayacak bilişsel yeteneğe sahip olup olmadığına bakılması gerektiği yönünde bkz. Hof (n 180) 421.

doğmasına neden olabilir²¹⁵. Örneğin, öğretmenin derste akıllı tahta aracılığıyla çocuklarla derse ilişkin seviyelerine uygun online alıştırmalar yapabilmesi için sisteme çocuğun kişisel bilgilerini (ad, soyad, yaş, önceki not bilgileri gibi) girip kaydedebilmesi için ebeveynlerden rıza alması gerekir. Her online etkinlik için çocuğun ebeveynlerinden rıza alması süreci uzatıp zorlaştıracak ayrıca ebeveynlerin etkinliğin içeriğini anlamaması yahut koruyucu bir tavırla rıza vermemesi durumunda çocuğun derslere ilişkin etkinliklerden geri kalması ve başarısızlığı sonuçlarını doğuracaktır.

Ebeveynlerden sürekli onay talep edilmesi ebeveynlerde “onay yorgunluğu”na da neden olabilecektir²¹⁶. Roseni, risk seviyesine göre farklı yaşlarda ebeveyn onayı gerektiren kademeli bir yaklaşımın, çocuklar için standart bir yaş sınırının çizilmesinin olumsuz etkilerini hafifletebileceğini ifade etmektedir. Örneğin, çocuk dostu bir oyun sitesine kayıt için gereken yaş sınırı genellikle yetişkinlerin oyun oynadığı platformlara kaydolan çocuklar için aranan yaştan daha düşük tutulabilir²¹⁷. Çocukların erişebildiği her çevrimiçi platformun niteliği ve sunulan hizmet için aranacak yaş sınırının ayrı ayrı tespit edilmesi ve söz konusu tespit için standart kriterlerin belirlenmesi gerektiğinden, kademeli yaklaşımın uygulanması pek mümkün değildir. Ayrıca çevrimiçi platformların birçoğu sınır ötesi hizmet sağlayıcı olduğundan platformların her ülkenin kendi yaş sınırını ayrı ayrı dikkate alması sağlayıcılara önemli bir külfet getirmekteyken sağlayıcıların, ülkelerin belirledikleri kriterlere göre ebeveyn rızasını aradığı farklı yaş sınırlarını gözetmesini beklemek uygun değildir.

Çocuklar geç ergenlik döneminde ebeveynlerinden mahremiyetlerine saygı duymalarını beklediklerinden çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde ebeveynlerin rızasının aranacağı yaş sınırının, 16 yaş gibi ileri bir yaş olarak belirlenmesi ebeveynlerin çocuklarının gizliliğini ihlal etmelerine ve ebeveynler ile çocuklar arasında çıkar çatışmalarına yol açabilir. Eğer sınır çok düşük, örneğin 13 olarak belirlenirse, çocuk hizmet şartlarını ve gizlilik bildirimlerini anlayacak olgunluğa ve zihinsel kapasiteye sahip olmadığından kişisel verilerinin hukuka aykırı bir şekilde işlenmesi tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir²¹⁸. Macenaite’ye göre, çocuğun yetenekleri kişiseldir, yetiştiği ortama göre değişir ve sürekli yenilenir. Her bir somut olay bazında yapılan değerlendirme, aynı yaştaki çocuklar arasında farklılıklar gösterebilir. Bu nedenle AB üyesi birçok devlet, bireyselleştirilmiş çocuk kriterini esas alır ve veri sorumlularına, evrensel olarak uygulanabilir

²¹⁵ Benzer yönde bkz. Krivokapić ve Adamović (n 4) 212; Donovan (n 149) 53; Roseni (n 151) 110; Mc Cullagh (n 154) 127. Ebeveynlerin çocuklarını uygun dijital içeriklere yönlendirebilmeleri için dijital okuryazarlık konusunda bilinçlendirilmeleri gerekmektedir bkz. Kulular İbrahim ve Aluç (n 6) 337.

²¹⁶ Macenaite (n 152) 773.

²¹⁷ Roseni (n 151) 106.

²¹⁸ Mc Cullagh (n 154) 125.



bir yeterlilik testi yerine, öznel ve bağlama özel bir değerlendirme yapmalarını önerir. Bir çocuğun kişisel verilerinin işlenmesine onay verebilecek durumda olup olmadığını her somut olayda veri sorumluları, çocuğun en iyi çıkarları, ahlaki ve psikolojik gelişim seviyesi, onayın sonuçlarını anlama kapasitesi, ayırt etme gücü ve özel koşullar (çocuğun yaşı, veri işleme amacı, ilgili kişisel veri türü vb.) gibi kriterlere bakarak değerlendirmelidir²¹⁹.

Çocukların kişisel verilere ve mahremiyet kavramına dair farkındalığının olmaması, yetişkinlere göre daha korunmaya muhtaç olmaları ile kişisel verilerinin ebeveynleri tarafından dahi ihlal edilmesi (Sharenting)²²⁰ riskleri göz önüne alındığında çocuğun kişisel verilerinin korunmasına ilişkin özel bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz²²¹. Böylece çocukların kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesinin önüne geçilmesi sağlanmış olacaktır. Sosyal medya aracılığıyla çocukların kişisel verilerini paylaşan veli veya vasinin somut olay özelinde vermiş olduğu rıza geçerli kabul edilmemelidir. Sosyal mecralarda kendi kişisel verilerini paylaşarak kendilerine vermiş oldukları zararın tam farkında olamayan veli veya vasinin çocuğun kişisel veri paylaşımındaki rızasını geçerli kabul etmek isabetli olmayacaktır. Ayrıca velayet veya vesayet hak ve yetkilerinin çocuğun aleyhine kullanılamayacağı da göz önüne alınmalıdır²²².

GDPR’da çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde karşımıza izin ve onay olmak üzere iki durum çıkmaktadır. İlk durumda çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi için velisinin rızası yeterliyken ikinci durumda önce çocuğun rızası alınır ardından velisine bu rızayı onaylayıp onaylamadığı sorulur. İlk ihtimalde GDPR çocuğa sorulmadan ebeveyne çocuğun kişisel verilerinin işlenmesine izin verme

²¹⁹ Macenaite (n 152) 774.

²²⁰ GDPR dibace 18’e göre, *bu Tüzük, gerçek bir kişi tarafından kişisel verilerin tamamen kişisel veya hane içi bir faaliyet sırasında ve dolayısıyla profesyonel veya ticari bir faaliyetle bağlantılı olmayan şekilde işlenmesine uygulanmaz. Kişisel veya hane içi faaliyetler, yazışmaları ve adreslerin tutulmasını veya bu tür faaliyetler bağlamında gerçekleştirilen sosyal ağ kullanımı ve çevrim içi faaliyetleri içerebilir. İlgili düzenleme ile ebeveynlerin çocuklarının fotoğraf, video, ses gibi kişisel verilerine ilişkin sosyal medya aracılığıyla yaptığı paylaşımların kişisel veya hane içi faaliyet kapsamında kaldığından rıza açısından bir sorun teşkil etmiyormuş gibi görünse de hatalı olarak kapsamı çok geniş tutulan bu düzenleme çocukların korunması açısından getirilen hükümler (GDPR dibace 38, GDPR m. 8) ile çelişmektedir. GDPR dibace 18, Sharenting ile çocukların kişisel verilerinin, özel yaşamlarının gizliliğinin ve mahremiyetinin bizzat ebeveynleri tarafından ihlal edilebileceği ihtimalini göz ardı etmiştir ve bu nedenle yerinde bir düzenleme değildir. Benzer yönde bkz. Donovan (n 149) 38-40; Merve Ayşegül Kulular İbrahim, ‘Instagram Gibi Sosyal Medya Hesaplarında Çocukların Kişisel Verilerinin İhlali ve Bu İhlalin Önlenmesinde Fransa’nın Hukuki Yaklaşımı’, içinde Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Editör: Bayram Doğan (Adalet Yayınevi, 2022) 111.*

²²¹ Aynı yönde bkz. Çakırca (n 115) 82.

²²² Güleş (n 142) 1423. Çocuğun haklarını ihlal eden yasal temsilci olduğu hallerde temsilcinin verdiği rızanın geçersiz olduğu yönünde bkz. Girgin ve Gönal (n-- 146) 114; Akdi (n 131) 135; Badur (n 49) 52-53.

yetkisi vermiştir²²³. GDPR'deki düzenleme ebeveynlerin çocuklarının çıkarlarını gözeterek karar verecekleri varsayımına dayandığından çocukların ebeveynleri tarafından yapılan paylaşımlar karşısında kişisel verilerinin korunması bakımından etkili bir yol göstermemektedir²²⁴. GDPR ile belirlenen yaş sınırı altındaki çocuklar için ebeveynler çocukları için hem izin verecek hem de faydalı olanı belirleyecek hakemler konumuna getirilmiştir²²⁵.

Çocukları koruyucu haklara ilişkin maddeler ile katılımcı haklara ilişkin maddeler arasında her zaman bir ikilem bulunmaktadır. BMÇHS'nin özünde de koruma ve güçlendirme ikilemi (The 'empowerment vs protection' dilemma) yer almaktadır. Bu ikileme çocuğun yaşına ve olgunluğuna uygun olarak görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı ile çocuğun yüksek yararı için onun adına karar alınırken korunma hakkı arasındaki gerilim en güzel örneklerdendir. Çocukların çevrimiçi bilgiye erişim fırsatlarını artırma ile güvenlik ve mahremiyet risklerine maruz kalmalarını en aza indirme arasında bir denge kurulması gerekmektedir²²⁶.

Kanaatimizce Türk hukukunda da mukayeseli hukukta olduğu gibi çevrimiçi hizmetlerde çocukların yaşlarının tespiti, ebeveyn onayı gibi prosedürlerin uygulanarak çocukların kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesinin önüne geçilmesi için standart bir yaş sınırı belirlenmelidir. Yaş sınırı çocuğun verdiği rızanın anlamının ve sonuçlarının farkında olamayacağı ve onu korumasız bir durumda bırakacağı kadar düşük belirlenmemelidir. Yaş sınırı belirlenirken Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde çocuklara tanınan dinlenilme hakkı ve görüşlerini serbestçe ifade edebilme hakkı gibi katılım hakları da gözetilmelidir. Ayrıca yaş sınırı çocuğun çevrimiçi platformlarda sosyalleşmesini ve kendini geliştirmesini (arkadaşlarıyla sohbet, araştırma yapmak, yaratıcılığını arttırmak gibi) önleyecek kadar da yüksek belirlenmemelidir.

Yaş sınırı belirlenirken çocukların dijital okuryazarlık ve teknolojiye hâkim olma konusunda ebeveynlerinden daha yetkin olabileceği de göz önüne alınmalıdır. Yüksek yaş sınırı ayrıca ebeveyn ile çocuk arasında çatışmalara da neden olmaktadır. Bu hususlar göz önüne alındığında GDPR'ın belirlediği 16 yaş sınırı hayli yüksektir. Nitekim üye devletlerin çoğu daha düşük yaş sınırı belirlemiştir. Yüksek yaş sınırı belirleyen ülkeler ise sonradan yaş sınırını indirmiştir. Yaş sınırının belirlenmesinde risk temelli yaklaşım ise çocukların kişisel verilerinin korunmasına daha iyi hizmet edecektir. Nitekim COPPA risk temelli yaklaşımı benimsemiştir. Verilerin risk düzeyinin belirlenmesi, riske uygun ebeveyn onayının tespiti, farklı platformların bu konuda bilgilendirilip risk düzeylerinin denetlenmesi bir hayli güç olacağından kısa vadede gerçekleştirilmesi güç görünmektedir.

²²³ Kulular İbrahim (n 220) 108-109.

²²⁴ Donovan (n 149) 53; Esen Baygüneş (n 147) 171; Kulular İbrahim (n 220) 109.

²²⁵ Macenaite (n 152) 773.

²²⁶ Macenaite (n 152) 766-767, 769.



Türk hukukunda yaş sınırı belirlenmesi gerektiğini belirttikten sonra mevcut durum hakkında da kısaca açıklama yapmamız gerekmektedir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar kişisel verilerinin işlenmesine rıza veremeyecektir. Yasal temsilci ise çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi çocuğun menfaati için gerekliyse çocuk adına rıza verebilmelidir. Örneğin, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğu okul öncesi eğitim alabilmesi için kreşe yazdıran ebeveyni çocuğun ad, soyadı, yaş gibi bilgilerini işlenmesi için kreşle paylaşabilir. Sınırlı ehliyetsiz çocuk açısından durumu değerlendirdiğimizde kişisel verilerin işlenmesine rıza verilmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan sınırlı ehliyetsiz rıza verebilmelidir. Fakat, çocuğun menfaatinin gözetilmesi gerektiğinden somut olay kapsamında çocuğun önemli ölçüde çıkarlarını zedeleyecek durumlarda ebeveyn rızası aranmalıdır. Örneğin, sınırlı ehliyetsiz çocuk yüzme kursuna katılabilmek için kurs tarafından gerekli olan kişisel verilerinin işlenmesine rıza verebilir. Eğer çocuk çevrimiçi platformlarda oyun oynarken çocuğun kişisel verileri işlenerek (çocukların ad, soyadı, e-posta adresi ve konum bilgileri gibi) bu veriler çocukları yönlendirecek reklam içerikleriyle kar elde etmek amacıyla kullanılıyor ve reklam şirketleriyle paylaşıyorsa ebeveyn rızası aranmalıdır²²⁷.

SONUÇ

Kişisel veri kavramı, Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation- GDPR) m. 4/I'e göre, *kimliği belirlenmiş veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ("veri öznesi") ilişkin her türlü bilgidir*. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 3/1- d bendinde de GDPR düzenlemesine paralel olarak kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır. Bu tanım ile kanun koyucu aynı zamanda kişisel verinin unsurlarını da saymıştır. Kişisel veri kavramına ilişkin unsurları veri, kişiye ilişkin olma ve kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişi olarak üç başlık altında sayabiliriz. Kişisel verilerin işlenmesi, Kanun m. 3/I-e bendinde birden fazla eylemi içerecek şekilde geniş kapsamlı olarak kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem olarak tanımlanmıştır. Kanun kişisel verilerin işlenmesi durumunda bu işlemeyi hukuka uygun hale getiren sebepleri m. 5 ve m. 6'da sınırlı olarak saymıştır. Bu sebeplerden biri de açık rızadır.

²²⁷ Roblox isimli dijital oyuna çocukların kişisel verilerinin ebeveyn rızası alınmadan kar elde etmek amacıyla kullandığı iddiasıyla dava açılmıştır bkz. Jordyn Alger, 'Lawsuit Alleges Roblox Tracks Children's Data Without Parental Consent, Security News' (15.05.2025) <<https://www.securitymagazine.com/articles/101628-lawsuit-alleges-roblox-tracks-childrens-data-without-parental-consent>> erişim tarihi:01.09.2025.

Açık rızanın tanımı KVKK m. 3/1-a'da, "*Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür irade ile açıklanan rıza*" şeklinde yapılmıştır. GDPR m.4'te ise rıza, veri öznesinin, bir beyanla ya da açık bir onay eylemiyle kendisiyle ilgili kişisel verilerin işlenmesini kabul ettiğini belirttiği, özgür bir şekilde, spesifik, bilinçli ve açıkça ifade edilen istekleri, olarak tanımlanmaktadır. Rıza ile ilgili GDPR'de iki ayrı kavram kullanıldığını görmekteyiz. GDPR m. 9/II-a özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk sebebi olarak açık rıza kavramını kullanmaktadır; genel nitelikli kişisel verilerin hukuka uygun işlenmesi için ise GDPR m. 6/I-a'da rıza kavramını kullanmıştır. Kanımızca rıza ile açık rıza kavramı birbirinden farklıdır. Açık rızada rızanın veriliş şekli farklıdır. Veri öznesi açık bir beyanla rızasını vermelidir. Bunun en belirgin yolu el yazılı beyandır. Ancak farklı yollarla da beyan açık bir şekilde verilebilir. Kanun m. 3/1-a'daki tanımdan açık rızanın üç unsuru bulunduğunu görmekteyiz. Bunlar açık rızanın; belirli bir konuya ilişkin olması, bilgilendirmeye dayanması ve özgür iradeyle açıklanmasıdır. Bu unsurların yanı sıra Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubu veri öznesinin açıkça ortaya konulmuş beyanını yahut açık olumlu eylemiyle kendisiyle ilgili kişisel verilerin işlenmesine onay verdiğini belirten bir göstergeyi de aramaktadır.

Çocukların kişisel verilerinin işlenmesi kapsamında açık rıza hususunda ise yaş sınırı, ebeveyn rızasının ne zaman gerekli olduğu, çocuğun yaşının ve ebeveyn rızasının nasıl tespit edileceği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte dijital dünyaya hızlı entegre olan çocukların kişisel verilerinin bu platformlar (sosyal medya platformları, oyun platformları gibi) tarafından işlenmesi ve korunmaya muhtaç çocukların durumun bilincinde olmaksızın işlemeye onay vermesi çocukların kişisel verilerinin korunması için özel ve katı düzenlemeler yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Türk hukukunda çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde rıza yaş sınırına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde rıza kurumunu değerlendirebilmemiz için Türk hukukunda yer alan çocukların fiil ehliyeti, rızanın hukuki niteliği ile çocukların yasal temsilcilerinin bu hakkı kullanıp kullanamayacağı incelenmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, kanaatimizce Türk hukukunda da çocukların kişisel verilerinin çocuğun rızasıyla işlenebileceği belirli bir yaş sınırı getirilmelidir. Ayırt etme gücü olmayan çocuklarda TMK'deki velayet hükümleri eğer çocuk vesayet altında ise vesayet hükümleri uygulanacaktır. Ayırt etme gücünü haiz olmayan çocuklar kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanamayacaklarından kişisel verilerinin işlenmesine de rıza veremeyeceklerdir. Yasal temsilcinin tam ehliyetsiz adına kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanıp kullanamayacağı tartışmalıdır. Yasal temsilci ise çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi çocuğun menfaati için gerekliyse çocuk adına rıza verebilmelidir. Sınırlı ehliyetsiz çocuk kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başına kullanabilecektir. Kanaatimizce sınırlı ehliyetsiz çocuğun kişisel verilerinin işlen-



mesine rıza verilmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan sınırlı ehliyetsiz çocuk rıza verebilmelidir. Fakat, çocuğun menfaatinin gözetilmesi gerektiğinden somut olay kapsamında çocuğun önemli ölçüde çıkarlarını zedeleyecek durumlarda ebeveyn rızası aranmalıdır.

Mukayeseli hukuk açısından incelediğimizde GDPR m. 8/I'e göre, bilgi toplumu hizmetlerinin doğrudan bir çocuğa sağlanması durumunda çocuğun en az 16 yaşında olması hâlinde çocuğun kişisel verilerinin işlenmesine rıza vermesi durumunda işlenme hukuka uygundur. Çocuğun 16 yaşından küçük olması hâlinde, söz konusu işleme, ancak çocuk üzerinde velayet sorumluluğu bulunan kişi tarafından rıza veya izin verilmesi hâlinde ve rıza veya izin verildiği ölçüde hukuka uygundur. Üye Devletler, bu amaçlara yönelik olarak, 13 yaşından küçük olmamak kaydıyla, mevzuatla daha küçük bir yaş belirleyebilir. GDPR çocukların kişisel verilerinin işlenmesine onay verme yeterliliğine sahip olduğu standart bir yaşı belirlemeyi tercih etmiş ve bunun için "ortalama çocuk" kriterini kullanmıştır. Kanımızca GDPR'da yer alan bilgi toplumu hizmetinin doğrudan çocuğa sağlanması kavramından anlaşılması gereken çocuklara yönelik içerik üretmekle birlikte yetişkinlerin yanı sıra çocukların çoğunun kullandığı facebook, instagram gibi çevrimiçi platformların da doğrudan çocuğa sağlanan hizmet olarak kabul edilmesi gerekir. Çocuklara yönelik hizmet politikasını içermeyen çevrimiçi platformların sırf bu yüzden GDPR'daki çocuklara ilişkin düzenlemeleri uygulamaktan kaçınmasını doğru bulmamaktayız. Aksi bir tutum korunması gereken çocukların kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesinin yanı sıra çocukların mahremiyetlerinin ve özel yaşamlarının ihlaline hatta kişisel verilerinin kötü amaçlarla kullanılmasına yol açabilecektir. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Çocukların Çevrimiçi Gizliliğini Koruma Yasası (Children's Online Privacy Protection Act – COPPA) 13 yaş altındaki çocukların internette kişisel bilgilerinin toplanması, kullanılması ve/veya ifşa edilmesiyle bağlantılı olarak haksız veya aldatıcı eylemleri veya uygulamaları önlemek için yasal düzenlemeler getirir. COPPA'ya göre, 13 yaşın altındaki çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde ebeveynlerinin rızası aranmaktadır. İnteraktif olmayan veya çocukların kişisel verilerini paylaşmayan ticari hizmetlerde ebeveyn onayı alınması gerekmez.

GDPR m. 8/II'ye göre, veri sorumlusu, mevcut teknolojiyi dikkate alarak, çocuk üzerinde velayet sorumluluğu bulunan kişi tarafından rıza veya izin verildiğini doğrulamak için makul çaba sarf eder. Yani rızanın verildiğine dair ispat yükü veri sorumlusuna aittir. GDPR makul çabanın ne olduğunu açıklamamış ve tanımlamamıştır. COPPA ise kapsamını belirterek makul çabayı açıklamaktadır. COPPA 312.2.'ye göre ebeveynin çevrimiçi hizmet sağlayıcısı tarafından veri işleme uygulamaları hakkında bilgilendirilmesi ile ebeveynlerin bu uygulamalara onay vermesini sağlamak veri sorumlusunun doğrulanabilir onayı (verifiable consent) alması için göstermesi gereken makul çabanın içeriğinde yer alır. COPPA risk temelli bir yaklaşım benimsediğinden makul doğrulama yönteminin

tespitinde de düşük ve yüksek riskli durumlar için ayrı ayrı yöntemler belirlemiştir. Düşük riskli durumlarda ebeveynin e-posta yoluyla onayı yeterli olabilirken yüksek riskli durumlarda ise ek kanıtlar istenmektedir.

Kanaatimizce Türk hukukunda da mukayeseli hukukta olduğu gibi çevrimiçi hizmetlerde çocukların yaşlarının tespiti, ebeveyn onayı gibi prosedürlerin uygulanarak çocukların kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesinin önüne geçilmesi için standart bir yaş sınırı belirlenmelidir. Yaş sınırı çocuğun verdiği rızanın anlamının ve sonuçlarının farkında olamayacağı ve onu korumasız bir durumda bırakacağı kadar düşük belirlenmemelidir. Çocuğun kendini geliştirmesini, katılım haklarını kullanmasını ve sosyalleşmesini önleyecek kadar da yüksek belirlenmemelidir. Yüksek yaş sınırı belirlenmesi durumunda çocuğun istediği çevrimiçi uygulamaları kullanmasına kişisel verilerinin korunması gerektiği gerekçesiyle ebeveynin izin vermemesi halinde çocuk ile ebeveyn arasında çatışmalar da doğacaktır. Yaş sınırı belirlenirken çocukların dijital okuryazarlık ve teknolojiye hâkim olma konusunda ebeveynlerinden daha iyi olabileceği hususuna da dikkat edilmelidir. COPPA'nın da esas aldığı risk temelli yaklaşımın kabul edilmesi daha faydalı görülse de verilerin risk düzeyinin belirlenmesi, riske uygun ebeveyn onayının tespiti, farklı platformların bu konuda bilgilendirilip risk düzeylerinin denetlenmesi gibi zorluklar nedeniyle kısa vadede uygulanması güç görünmektedir.

KAYNAKÇA

Akdi M, 'Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu', (2016) 22(3) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 123-144.

Akkurt S S, 'Açık Rıza', iç *Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış, KVKK Akademi Derleme Çalışması* (Arkadaş Basım ve Yayınevi, 2023).

Aksoy H C, 'Kişisel Verilerinin İşlenmesi Kapsamında Rıza Unsuru ve Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu', içinde *Haluk Konuralp Anısına Armağan III*, Editör: Osman Berat Gürzumar (Yetkin Yayınları, 2009) 47-67. (Sınırlı Ehliyetsizler)

Aksoy H C, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması* (Çakmak Yayınevi, 2010).

Akyüz E, *Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması* (Pegem Akademi, 2021).

Alger J, 'Lawsuit Alleges Roblox Tracks Children's Data Without Parental Consent, Security News' (15.05.2025) <<https://www.securitymagazine.com/articles/101628-lawsuit-alleges-roblox-tracks-childrens-data-without-parental-consent>> erişim tarihi: 14.09.2025.



Article 29 Data Protection Working Party, ‘Working Document 1/2008 On The Protection of Children’s Personal Data (General Guidelines and The Special Case of Schools)’ Adopted on 18 February 2008, 00483/08/EN, WP 147 <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2008/wp147_en.pdf> erişim tarihi: 14.09.2025 (Children’s Personal Data)

Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679, Adopted on 28 November 2017 -As last Revised and Adopted on 10 April 2018, 17/EN, WP259 rev.01, <<https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/623051/en>> erişim tarihi:14.09.2025 (Guidelines on Consent)

Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 15/2011 on The Definition of Consent, 01197/11/EN, WP187, <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_en.pdf> erişim tarihi:14.09.2025 (Definition of Consent)

Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 On The Concept of Personal Data, 01248/07/EN WP 136, <<https://www.clinicalstudydatarequest.com/Documents/Privacy-European-guidance.pdf>> erişim tarihi:13.09.2025 (Personal Data)

Article 29 Data Protection Working Party, Working Document on The Processing of Personal Data Relating to Health in Electronic Health Records (EHR), 15.02.2007, <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp131_en.pdf> erişim tarihi:14.09.2025.

Ataay A, *Şahıslar Hukuku (Fakülteler Matbaası, 1978)*

Australian Information Commissioner, ‘Privacy Risks and Harms For Children and Other Vulnerable Groups in the Online Environment, Research Paper Commissioned By The Office Of The Australian Information Commissioner (OAIC)’ (2020) <https://www.oaic.gov.au/__data/assets/pdf_file/0012/11136/Report-Privacy-risks-and-harms-for-children-and-other-vulnerable-groups-online.pdf> erişim tarihi:13.09.2025.

Avcı Braun C, ‘Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza’ (2018) 15 (1) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13-33.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Bodil Lindqvist v Åklagarkammaren i Jönköping Case (2003) <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=48382&doclang=EN>> erişim tarihi:14.09.2025.

Aynacı K, *Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması* (Platon Hukuk, 2024).

Badur E, *Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması* (Seçkin Yayıncılık, 2023).

Balaban M. F. ve Kulular İbrahim M. A., ‘Sosyal Medya ve Unutulma Hakkı: Meta Threads Örneği’ (2023) 5 (2) *Bilişim Hukuku Dergisi* 281-338.

Balci Şahin M N, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması* (Yetkin Yayınları, 2024).

Başalp N, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması* (Yetkin Yayınları, 2004).

Baygın C, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, 2010).

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, <https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf> erişim tarihi: 03.10.2025.

Bostancı Bozbayındır G, 'Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması' (2021) 16 (180) *Terazi Hukuk Dergisi* 1498-1516.

Bozkurt H, *Kişisel Verilerin İşlenmesinin Hukuki Boyutu* (Yetkin Yayınları, 2021).

Children's Online Privacy Protection Rule (Coppa Rule), <https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-C/part-312>.

Çağlar C, 'Children's Right to Privacy and Data Protection: Does the Article on Conditions Applicable to Child's Consent Under the GDPR Tackle the Challenges of the Digital Era or Create Further Confusion?' (2021) 12 (2) *European Journal of Law and Technology* 1-31.

Çakırca S İ, *Avrupa Birliği ve Türk Veri Koruma Düzenlemeleri Kapsamında Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması* (On İki Levha Yayıncılık, 2023)

Çekin M S, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, 2019).

Çelikel S, 'Kişisel Verilerin İşlenmesinde, Açık Rıza Hukuka Uygunluk Nedeninin, 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR'la Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi' (2021) 17 *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 161-190.

Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayıncılık, 2024).

Çilingiroğlu C, *Tıbbi Müdahaleye Rıza* (Filiz Kitabevi, 1993).

Council of Europe Recommendation on children's rights and social services friendly to children and families, <<https://rm.coe.int/168046ccea>> erişim tarihi: 03.10.2025.

Dammann U ve Simitis S, *EG- Datenschutzrichtlinie: Kommentar* (Nomos Verlagsgesellschaft, 1997).

Demirezen M, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Uyum Projelerinin Yürütülmesi* (İstanbul: Platon Hukuk Yayınları 2020).

Deniz İ, *Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu ve KVKK Kapsamında Korunması* (Seçkin Yayıncılık, 2021).

tion/2018/handbook-european-data-protection-law-2018-edition> erişim tarihi: 14.09.2025.

Federal Trade Commission, 'Children's Online Privacy Protection Rule: A Six-Step Compliance Plan for Your Business' (2017) <<https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/childrens-online-privacy-protection-rule-six-step-compliance-plan-your-business#step4>> erişim tarihi: 14.09.2025.

Federal Trade Commission Act, Title 15 Commerce and Trade, <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2024-title15/pdf/USCODE-2024-title15-c-hap2-subchapI-sec57a.pdf>> erişim tarihi: 04.10.2025.

Federal Trade Commission, Complying with COPPA: Frequently Asked Questions, <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/complying-coppa-frequently-asked-questions#I.%20Verifiable%20Parental%20Consent> erişim tarihi: 06.10.2025.

Girgin Ö A ve Gönal S, 'Çocuğun Kişisel Verilerinin Sosyal Medyada Ebeveyn Tarafından Paylaşılmasının Hukuki Sonuçları' (2020) 44 *TAAD* 99-127.

Gola P, Klug C, Körffer B ve Schomerus R, *Bundesdatenschutzgesetz Kommentar*. (C.H.Beck, 2015).

Grassinger G E, *Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (On İki Levha Yayıncılık, 2009).

Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, <<https://rm.coe.int/16804b2cf3>> erişim tarihi: 03.10.2025.

Güleş B, 'Çocuğun Kişisel Verilerinin Hukuka Aykırı Kayıt ve Yayınları Karşı Korunmasında Mevcut Hukuki Yolların İşlevselliği ve Alınması Gerekli Yeni Tedbir Önerileri' (2024) 26 (2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1401-1457.

Günay B, *Kişiliğin Korunması Kapsamında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Kullanılması Nedeniyle Hukuki Sorumluluk* (Seçkin Yayıncılık, 2023).

Haber E, 'The Internet of Children: Protecting Children's Privacy in A Hyper-Connected World' (2020) (University of Illinois Law Review, 1209-1248. SSRN, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3734842> erişim tarihi: 14.09.2025.

Hizarci E, *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun AB Veri Koruma Hukuku Işığında Değerlendirilmesi* (Yetkin Yayınları, 2020).

Hof S V D ve Lievens E, 'The Importance of Privacy by Design and Data Protection Impact Assessments in Strengthening Protection of Children's Personal Data



Under the GDPR' (2018) 23 (1) Communications Law 1-26 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3107660> erişim tarihi:14.09.2025.

Hof S V D, 'I Agree. . . Or Do I? — A Rights-Based Analysis of The Law on Children's Consent in The Digital World' (2017) 34(2) *Wisconsin International Law Journal* 409-445.

Ireland The Data Protection Commission (DPC), Children Front and Centre, Fundamentals for a Child-Oriented Approach to Data Processing, December 2021, <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2021-12/Fundamentals%20for%20a%20Child-Oriented%20Approach%20to%20Data%20Processing_FINAL_EN.pdf> erişim tarihi:14.09.2025.

İnan Ali N, *Çocuk Hukuku* (Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No:3, 1968).

Karaca H, *Velayetin Kapsamı ve Hükümleri* (Seçkin Yayıncılık, 2015).

Kaya C, 'Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi (2011) LXIX (1-2) *İÜHFM* 317-334.

Kaya İ S ve Tolun Y, *Uygulayıcılar İçin Türkiye 'de, Avrupa 'da ve California 'da Kişisel Verilerin İşlenmesi* (Adalet Yayınevi, 2022).

Kişünaité A, Children's Rights Protection in the EU: The Need for a Contextual Perspective' (2019) 3(2) *Peace Human Rights Governance* 171-192.

Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 02/04/2020 tarihli ve 2020/255 sayılı Karar Özeti, <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6894/2020-255>> erişim tarihi:14.09.2025.

Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 11/08/2020 tarihli ve 2020/622 sayılı Karar Özeti, <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6816/2020-622>> erişim tarihi:14.09.2025.

Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 15/06/2023 Tarihli ve 2023/1041 Sayılı Karar Özeti, <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7768/2023-1041>> erişim tarihi:14.09.2025.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza (2025) <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4188/Acik-Riza>> erişim tarihi: 14.09.2025. (Açık Rıza)

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Madde ve Gerekeşi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, <<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/062384e3-d18c-4c38-b108-3a7a2a28e849.pdf>> erişim tarihi:14.09.2025. (Sözlük)

Krivokapić Đ ve Adamović J, Impact Of General Data Protection Regulation On Children's Rights in Digital Environment' (2016) LXIV (3) *Belgrade Law Review* 205-220.

Kulular İbrahim, M.A., 'Instagram Gibi Sosyal Medya Hesaplarında Çocukların Kişisel Verilerinin İhlali ve Bu İhlalin Önlenmesinde Fransa'nın Hukuki Yaklaşımı', içinde *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Editör: Bayram Doğan (Adalet Yayınevi, 2022) 101-128.

Kulular İbrahim M. A. ve Aluç R, '6112 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumunda Çocukların Korunması' (2022) (51) *TAAD* 329-364.

Kurt E, 'Türk Hukukunda Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları' (2016) 15 (2) *İKÜHFD* 121-187.

Küzeci E, *Kişisel Verilerin Korunması*, (On İki Levha Yayıncılık, 2021).

Lambert P B, *Understanding the New European Data Protection Rules* (Boca Raton CRC Press 2017).

Liu M, Wang H, Guo Y ve Hong J, Identifying and Analyzing the Privacy of Apps for Kids, (2016) Proceedings of the 17th International Workshop on Mobile Computing Systems and Applications 105-110. <<https://yaoguopku.github.io/papers/Liu-HotMobile-16.pdf>> erişim tarihi: 14.09.2025.

Macenaite M, 'From Universal Towards Child-Specific Protection of The Right to Privacy Online: Dilemmas in The EU General Data Protection Regulation' (2017) 19(5) *Sage Journals* 765- 779.

Macenaite M, ve Kosta E, 'Consent for Processing Children's Personal Data in the EU: Following in US Footsteps?' (2017) 26 (2) *Information & Communications Technology Laws* 146-197.

Matecki L. A., 'Update: COPPA is Ineffective Legislation! Next Steps for Protecting Youth Privacy Rights in the Social Networking Era' (2010) 5 (2) *Northwestern Journal of Law & Social Policy* 369-402.

Mc Cullagh K, 'The General Data Protection Regulation: A Partial Success for Children on Social Network Sites?', iç *Data Protection Privacy and European Regulation in The Digital Age*, Editör: Tobias Brautigam ve Samuli Miettinen, (Unigrafia, 2016)110-139.

Milkaite I, ve Lievens E, 'The GDPR Child's Age of Consent for Data Processing Across the EU-One Year Later' (2019) Better Internet for Kids <<https://backoffice.biblio.ugent.be/download/8621651/8621654>> erişim tarihi: 14.09.2025

Monteleone S, 'Addressing The 'Failure' of Informed Consent in Online Data Protection: Learning The Lessons From Behaviour-Aware Regulation' (2015) 43 (1) *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 69-119.



New Council of Europe recommendations on protecting rights of children in parental separation and care proceedings, <https://www.coe.int/en/web/portal/-/new-council-of-europe-recommendations-on-protecting-rights-of-children-in-parental-separation-and-care-proceedings> erişim tarihi: 03.10.2025.

Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (Filiz Kitabevi, 2024).

Özdemir H ve Ruhi A C, *Çocuk Hukuku* (Adalet Yayınevi, 2012).

Özdemir H, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükmüne Göre Korunması* (Seçkin Yayıncılık, 2009).

Özer Deniz M, *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bundan Doğan Sorumluluk* (On İki Levha Yayıncılık, 2022).

Roseni D, “‘We’re All in This Together’ Actors Cooperating in Enhancing Children’s Rights in the Digital Environment after the GDPR”, içinde *Data Protection and Privacy, Data Protection and Democracy*, Editör: Dara Hallinan, Ronald Leenes, Serge Gutwirth ve Paul De Hert, (Hart Publishing, 2021) 94-124.

Selek O, ‘Genel Veri Koruma Tüzüğü Işığında Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza Açıklaması’ (2019) 21 (2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 911-951.

Serozan R, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku* (Vedat Kitapçılık, 2018).

Serozan R, *Çocuk Hukuku*, (Vedat Kitapçılık, 2005).

Smyr D ve Ulianova E, ‘Legal Issues of Children’s Personal Data Protection’ (2022) 5(1) *Open Journal for Legal Studies* 1-10.

Solmaz M, ‘Dijital Oyunlar Özelinde Çocukların Kişisel Verilerinin İşlenmesinde Yasal Temsilcinin Rızası’, içinde *Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yıllığı*, Editör: Şerafettin Ekici (Adalet Yayınevi, 2024) 217-253.

Steeves V, ve Macenaite M, ‘Data Protection and Children’s Online Privacy’, in *Research Handbook on Privacy and Data Protection Law: Values, Norms and Global Politics*, ed: Gloria González, Rosamunde Van Brakel, Paul De Hert (Edward Elgar Publishing, 2022) 358-374.

Suata İ Z, *Çocuk Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2021).

Şimşek O, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (Beta Yayınevi, 2018).

T.C Dışişleri Bakanlığı AB Birliği Başkanlığı, GDPR Türkçe Çevirisi, <<https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/Nihai-ABB-HCDB-GDPR.pdf>> erişim tarihi:14.09.2025.

Talley V A M, 'Major Flaws in Minor Laws: Improving Data Privacy Rights and Protections for Children Under the GDPR' (2019) 30 (1) *Indiana Int'l & Comp. Law Review* 127-162.

Taştan F G, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha Yayıncılık, 2017).

Tekinay S S, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (Filiz Kitabevi, 1992).

Tuncer, N., 'Çocuk ve İnternet Kullanımı' (2000) 14 (2) *Türk Kütüphaneciliği* 205-212.

Turan Başara G, 'Medeni Hukuk İlişkilerinde Kişisel Verilerin Korunması' içinde *Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış, KVKK Akademi Derleme Çalışması* (Arkadaş Basım ve Yayınevi, 2023) 439-466.

Türk Dil Kurumu, Genel Türkçe Sözlük, < <https://sozluk.gov.tr/> > erişim tarihi: 03.10.2025.

Uçak M, 'Kişisel Verilerin Hukuka Uygun İşlenmesinde Çocuğun Rızası' (2021) 3 (1), *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 41-60.

UK Information Commissioner's Office (ICO), 'What Should Our General Approach To Processing Children's Personal Data Be?' <<https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/childrens-information/children-and-the-uk-gdpr/what-should-our-general-approach-to-processing-children-s-personal-data-be/>> erişim tarihi: 14.09.2025.

Usta S, *Velayet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, 2016).

Verdooldt, Valerie, *Children's Rights and Advertising Literacy in The Digital Era Towards An Empowering Regulatory Framework For Commercial Communication*, Doctoral Thesis, KU Leuven Doctoral School Humanities and Social Sciences and Ghent University- Faculty of Law and Criminology, 2018.

Von Tuhr A, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt 1-2*, Çev. Cevat Edege (Ankara: Olguç Matbaası, 1983).

Yücedağ N, *Elektronik Ticarete Kişisel Verilerin İşlenmesine (Açık) Rıza* (On İki Levha Yayıncılık, 2022).

Ziyan A, *Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili* (On İki Levha Yayıncılık, 2019).

Zorluoğlu A, 'Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları' (2021) 29 (4), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3383-3417.

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE VE MİRAS HUKUKUNDA AİLE KONUTUNUN SAĞ KALAN EŞE ÖZGÜLENMESİ

The Assignment of the Family Residence to the Surviving Spouse under the Regime of Participation in Acquired Property and Inheritance Law

Burak DOĞAN*

Öz

Aile konutu, eşlerin yaşam faaliyetlerinin odak noktasını oluşturan ve birlikte seçtikleri yalnızca bir konuttur. Evliliğin ölüm nedeniyle sona ermesi halinde, sağ kalan eş aile konutu için aynı hak talep edebilir. Bu hakkın dayanağı mal rejimi hükümleri olabileceği gibi miras hükümleri de olabilir. Mal rejimi ve miras hukukuna ilişkin talepler birbirleriyle yarışan niteliktedirler. Edinilmiş mallara katılma rejiminde aile konutunda aynı hak talebinde bulunulabilmesi için sağ kalan eşin katılma alacağına sahip olması gerekir. Yalnızca değer artış payının varlığı halinde TMK m. 240 uygulanamaz. Miras hukuku kaynaklı talepte bulunulabilmesi mirasçı sıfatının olmasına bağlıdır. TMK m. 240 ve 652'ye dayalı talepte bulunma hakkı yalnızca sağ kalan eşindir. Bu hakkın devredilmesi veya mirasçılara intikal edebilmesi mümkün değildir. Sağ kalan eş, mal rejimi kaynaklı talebinde aile konutu üzerinde intifa ya da oturma hakkı kurulmasını isteyebilir. Haklı sebebin varlığı halinde sağ kalan eş ya da yasal mirasçılar intifa ya da oturma hakkı yerine mülkiyet hakkı tesis edilmesini isteyebilir. Miras payı kaynaklı talepte ise kural tam tersi olup, öncelikle mülkiyet hakkı talep edilir. Haklı neden varsa intifa ya da oturma hakkı tesis edilmesi talep edilebilir. TMK m. 240 ve 652 yalnızca ölümle sona erme halinde uygulanabilir. Düzenlemelerde yer alan aile konutu kavramı, geniş yorumlanmalıdır. Aile konutu ölen eşin terekesinde yer almalıdır. Aile konutunda aynı hak talebinde bulunma hakkı, sağ kalan eşe sıkı sıkıya bağlıdır. Sağ kalan eşin talebi hak düşürücü süreye tabi değildir.

Anahtar Kelimeler: Aile konutu, edinilmiş mallara katılma rejimi, sağ kalan eş, katılma alacağı, miras payı, özgüleme

Abstract

The family residence constitutes the sole dwelling jointly chosen by spouses, serving as the focal point of their domestic life. Upon the dissolution of marriage by death, the surviving spouse may assert a proprietary right over the family residence. The legal basis for this right may stem from either the provisions of the matrimonial property regime or inheritance law. Claims arising from matrimonial property law and inheritance law are inherently competitive. Under the participation in acquisitions regime, the surviving spouse must possess a participation claim to assert a proprietary right over the family residence. Article 240 of the Turkish Civil Code (TCC) cannot be applied solely on the basis of an increase in value. Claims based on inheritance law require the claimant to hold the status of an heir. The right to claim based on Articles 240 and 652 of the

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 04.09.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Av., İstanbul 1 Nolu Barosu, İstanbul/Türkiye, burak-dogan@hotmail.com,
<https://orcid.org/0000-0002-3168-6581>

TCC is exclusively vested in the surviving spouse. This right is inalienable and does not transfer to heirs. The surviving spouse may request the establishment of a usufructuary or habitation right in their favor over the family residence based on claims arising from the matrimonial property regime. In cases where justified grounds exist, the surviving spouse or legal heirs may request the establishment of ownership rights instead of usufructuary or habitation rights. Conversely, in claims based on inheritance shares, ownership rights are primarily sought, and usufructuary or habitation rights may be requested only if justified reasons exist. Articles 240 and 652 of the TCC apply solely in cases of termination by death. The concept of family residence as provided in the legislation should be interpreted broadly. The family residence must be included in the deceased spouse's estate. The right to assert a proprietary claim over the family residence is strictly tied to the surviving spouse, and such claims by the surviving spouse are not subject to statutes of limitation.

Keywords: Family residence, participation in acquisitions regime, surviving spouse, participation claim, inheritance share, exclusivity

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte aile konutu kavramı da hukukumuza girmiştir. Evlilik birliğinin odak noktasını oluşturan aile konutuna bir takım hukuki korumalar tanınmıştır. Bu hukuki korumalar evlilik birliğinin devamı boyunca ya da evlilik birliği sona erdikten sonra da devreye girebilir. 'Bu bağlamda, evlilik birliğinin ölümle sona ermesi halinde sağ kalan eşe tanınan haklardan birisi, aile konutu üzerinde aynı hak talep edebilmesidir. Kanun koyucu böyle bir imkâna yer vererek, sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirebilmesini amaçlamıştır. Kanun koyucu söz konusu imkâna hem mal rejimi hükümlerinde hem de mirasın paylaşılması hükümlerinde yer vermiştir. Böylelikle de sağ kalan eşin birden fazla hukuki imkândan herhangi birinin şartlarını sağlaması halinde aynı hak elde edebilme ihtimali ortaya çıkmıştır.

Çalışmamız iki kısımdan oluşmaktadır. İlk kısımda aile konutu kavramı hakkında bilgi verilecek olup, ikinci kısımda aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesini sağlayan kanuni düzenlemeler ele alınacaktır. Çalışma içerisinde doktrin ve yargı kararlarına da yer verilerek konunun teorik boyutunun yanında uygulamaya ilişkin boyutu da incelenecektir.

I. AİLE KONUTU

A. Tanımı

Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde yer almayan aile konutu kavramı, ilk defa 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda kullanılmıştır. Ancak, söz konusu kanunda kavramın tanımına yer verilmemiştir. Böyle bir tanım yapılmayarak aile konutunun tespitinde dar yorumlamanın önüne geçilmiştir¹.

¹ Ayhan Uçar, '4721 Sayılı Medeni Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler' (2002) VI [1-4] Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 317, 322; Cengiz Koçhisarlıoğlu, 'İsviçre'de Evlilik Birliği Hukuku'ndaki Son Gelişmeler' içinde Prof. Dr. Jale AKİPEK'e Armağan (1. Bası Selçuk Üniversitesi Yayınları 1991) 443; Serkan Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması (1. Bası Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004), 61

Aile konutu, TMK m. 194²’ün gerekçesinde: “eşlerin bütün yaşam faaliyetlerinin gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alan” şeklinde açıklanmıştır. Gerekçede yer alan bu tanımlama Yargıtay³ tarafından da benimsenmiştir.

11.06.2009 tarih ve 2002/7 sayılı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü genelgesinde ise “eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekânlar” olarak tanımlanmıştır.

Doktrinde aile konutu için yapılmış ortak bir tanım olmamakla beraber, yapılan tanımlar birbirlerine benzer niteliktedir³. Gerek doktrindeki tanımlar gerekse de Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün genelgesi ile TMK m. 194’ün gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda aile konutu temel olarak, evlilik birliği kurulmuş olan eşlerin ortak yaşam faaliyetlerinin odak noktasını oluşturan, birlikte seçtikleri konut şeklinde tanımlanabilir.

B. Unsurları

1. Evlilik Birliğinin Kurulmuş Olması

TMK m. 185/T’e göre evlilik birliği evlenmeyle kurulmuş olur. Aile konutu, kanunun evliliğin genel hükümlerine ilişkin kısmında yer almaktadır. Bu bağlamda, aile konutunun varlığı, geçerli bir evlilik birliğine bağlıdır⁴.

Aile konutu hükümlerinin uygulanması, geçerli olarak kurulmuş olan evlilik birliğinin devam etmesine bağlıdır. Dolayısıyla evlilik birliğinin boşanma, ölüm, iptal veya benzeri diğer bir sebeple sona ermesi halinde aile konutu da ortadan kalkar⁵. Öte yandan, aile konutu hükümleri terk, birlikte yaşama ara verilmesi, boşanma ya da iptal davası açılması, eşler hakkında ayrılık kararı verilmesi hallerinde uygulanmaya devam eder⁶.

vd.; Şebnem Nebioğlu Öner Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi (1. Bası Adalet Yayınevi 2014) 5 vd..

² Y. HGK, E 2017/1-1205 K 2018/1947, T 18.12.2018 (www.kazanci.com.tr).

³ Bazı tanımlar için bkz.: Bilge Öztan, Aile Hukuku (6. Bası Turhan Kitabevi 2015) 296; Faruk Acar, Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşlerin Yasal Miras Payı (5. Bası Seçkin Yayınevi 2016) 18; Sezer Çabri, ‘Aile Konutu Şerhi’ içinde Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı (1. Bası Çizgi Basım Yayın 2007), 402; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve M. Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, (20. Bası Filiz Kitabevi, 2025) 189; M. Ahmet, Kılıçoğlu, Aile Hukuku (8. Bası Turhan Kitabevi 2025) 240; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Aile Hukuku (25. Bası Beta Yayınevi 2024) 121; Mustafa Alper Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (1. Bası Vedat Kitapçılık 2008) 66 vd.; Şükran Şıpka Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar (1. Bası On İki Levha Yayıncılık 2011) 321; Mehmet Erdem, Aile Hukuku (2. Bası Seçkin Yayıncılık 2019) 221.

⁴ Çabri (n 3) 402; Nebioğlu Öner (n 1) 18; Öztan (n 3) 302.

⁵ Dural Ögüz ve Gümüş (n 3) 190; Nebioğlu Öner (n 1) 19 vd..

⁶ Acar, 23 vd.; Çabri (n 3) 402; Öztan (n 3) 300.

Aile konutuna ilişkin hükümler 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girmedeği aşamada geçerli olan ve kanunun yürürlüğünden sonra da devam eden evliliklere de uygulanır. Zira 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekil Hakkında Kanun m. 9/IV’te bu husus “*Türk Medenî Kanununun evliliğin genel hükümlerine ilişkin düzenlemeleri, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlilikler hakkında da geçerlidir.*” şeklinde yer almıştır.

2. Ortak Yaşamın Odak Noktası Olması

Aile konutunun bir diğer unsuru, eşlerin ortak yaşamının yoğunluğunu oluşturmalarıdır. Bu bağlamda, eşlerin sürekli olarak kalmadığı geçici nitelikte olan konutlar, aile konutu sayılmaz⁷. Eşlerin birden fazla konutta yaşamaları halinde kural olarak ilgili konutların yalnızca biri aile konutu sayılır⁸. Aile konutunun tapulu ya da tapusuz taşınmaz olması mümkün olduğu gibi, taşınır olması da mümkündür⁹.

3. Eşlerin Birlikte Seçmesi

TMK m. 186’da, eşlerin oturacakları konutu birlikte seçecekleri belirtilmiştir. Eşlerin birlikte konut seçmesinden anlaşılması gereken yalnızca iki eşin birlikte seçim yapması değildir. Bu bağlamda, bir eşin seçtiği konutun diğer eş tarafından onaylanması yoluyla da aile konutu belirlenebilir¹⁰. Eşler konut seçiminde anlaşamazlarsa, eşlerden biri tek başına yetki alabilmek amacıyla TMK m. 195 uyarınca hâkime başvurabilir¹¹. Seçimde anlaşmazlık halinde hâkime başvurulmuşsa, hâkimin aile konutunu belirlemesi mümkün değildir. Zira bu yönde alınacak karar kişilerin yerleşme hürriyetini ihlal eder¹².

II. AİLE KONUTUNUN SAĞ KALAN EŞE ÖZGÜLENMESİ

A. Kanuni Düzenleme

Edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı evlilik birliklerinde, sağ kalan eşin aile konutuna ilişkin aynı hak isteminde bulunabilmesine imkân veren iki farklı hüküm vardır. Bunlardan ilki, TMK m. 240’ta yer almaktadır. Aile hukuku kaynaklı söz konusu hükümde edinilmiş mallara katılma rejiminin ölüm nedeniyle tasfiyesi halinde oluşan katılma alacağına mahsuben sağ kalan eşin aynı hak talebinde bulunabileceği belirtilmiştir. Aynı hak talebine imkân veren diğer düzenleme ise miras hukuku kaynaklı olan, TMK m. 652’dir. Bu hükümde ise

⁷ Acar, 43; Nebioğlu Öner (n 1) 24 vd.; Öztan (n 3) 289.

⁸ Ali Haydar Yağcıoğlu, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşleri Yasal Alım Hakkı (1. Bası Güncel Hukuk Yayınları 2007) 93; Acar, 33; Erdem (n 3) 223; Öztan (n 3) 298.

⁹ Acar, 21; Erdem (n 3) 122.

¹⁰ Çabri (n 3) 403; Dural Öğüz ve Gümüş (n 3) 189; Kılıçoğlu, Aile, 206; Öztan (n 3) 299; Yağcıoğlu (n 8) 94.

¹¹ Dural Öğüz ve Gümüş (n 3) 195; Kılıçoğlu, Aile, 206.

¹² Öztan (n 3) 297 vd..

mirasın paylaşımında sağ kalan eşin payına mahsuben ayni hak talebinde bulunabileceğine yer verilmiştir¹³.

Temelde hem TMK m. 240 hem de TMK m. 652 sağ kalan eşin aile konutunda kendi adına ayni hak talebinde bulunması yoluyla eşinin ölümünden önceki hayatını devam ettirebilmesi amacına hizmet ederken, bazı yönleriyle birbirlerinden ayrılmaktadırlar¹⁴.

B. Kanuni Düzenlemelerin Uygulama Alanları

1. TMK m. 240'ın Uygulama Alanı

TMK m. 240'ın uygulanabilmesi için ön koşul, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasıdır. Ayrıca, edinilmiş mallara katılma rejiminin ölüm nedeniyle sona ermesinin yanı sıra, mal rejiminin tasfiyesi sonucunda sağ kalan eş lehine katılma alacağının oluşması gerekmektedir¹⁵. Söz konusu şartların mevcut olması durumunda sağ kalan eş ayni hak isteminde bulunabilecektir.

TMK m. 240'ın uygulama alanı bulabilmesi için ölümün 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 01.01.2002 tarihinden önce olmaması gerekir. Zira ilgili hüküm önceki medeni kanunda yer almamaktaydı¹⁶.

TMK m. 240'a dayalı talepte bulunulabilmesi için sağ kalan eşin katılma alacağının olmasından kasıt, katılma alacağının ölen eşinkinden fazla olmasıdır. Bu bağlamda, ölen eşin katılma alacağı sağ kalan eşinkinden fazla ya da aynı miktarda ise sağ kalan eş aile konutuna yönelik ayni hak talebinde bulunamayacaktır¹⁷. Zira katılma alacağı TMK 236/I uyarınca kanunen takas edilmektedir. Öte yandan, doktrinde sağ kalan eşin açacağı katılma alacağı davasında ölen eşin katılma alacağının hesaplanmayacağını, hesaplama ve takas için ölen eşin mirasçılarının katılma alacağı davası açmaları gerektiğini ve ayrıca katılma alacağının hiç oluşmadığı eşle ile sonradan takas sonucu katılma alacağını elde edemeyen eşin aynı statüde olmaması gerektiğini belirten görüş mevcuttur¹⁸. Kanaatimizce, bu görüşün kabulü olanaksızdır. Zira emredici niteliği haiz TMK m.236/I hükmü uyarınca katılma alacağı taraf iradesinden bağımsız olarak hakim tarafından re'sen

¹³ Mustafa Dural ve Turgut Öz, Türk Özel Hukuku c. IV Miras Hukuku (20. Bası Filiz Kitabevi 2024) 511.

¹⁴ Harun Demirbaş, 'Sağ Kalan Eşe Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Ayni Hak Tanınması İmkânı Veren MK. 240 ve 652'nin Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi' içinde Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan c.1 (1. Bası Vedat Yayıncılık 2009) 590.

¹⁵ Gökhan Antalya, Miras Hukuku c. III (4. Bası Seçkin Yayınevi 2019) 129; Murat Doğan, 'Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası' (2003) 7 [3-4], Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 651, 655; Acar, 375 vd.; Demirbaş (n 14) 590.

¹⁶ Ömer Uğur Gençcan Mal Rejimleri Hukuku (9. Bası Yetkin Yayınları 2023), 439 vd..

¹⁷ Aydın Zevkliler, Emre Cumalıoğlu ve Mehmet Beşir Acabey, Medeni Hukuk III Aile Hukuku (1. Bası Adalet Yayınevi 2024), 214 vd..

¹⁸ Gençcan (n 16) 443 vd..

takas edilir¹⁹. Ayrıca, görüşte belirtildiği gibi katılma alacağı sonradan takas nedeniyle sona erdiği durumda ayrı bir sonuca ulaşılması gerektiğini belirten doğrudan ya da dolaylı bir kanuni düzenleme yoktur.

Katılma alacağı hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmadan, doğrudan aile konutunda aynı hak talepli dava açılmaz. Davanın açılmış olması durumunda hâkimin davacıya katılma alacağı davası açması için mehil vermesi ve açılan davanın sonucunu bekletici mesele yapması gerekir. Mehil süresinde katılma alacağı davasının açılmamış olması halinde ise, davayı reddetmesi gerekir²⁰. Öte yandan, Yargıtay bu durumda davayı gören mahkemenin katılma alacağını da belirlemesi gerektiğini belirtmektedir²¹.

Sağ kalan eşin katılma alacağına sahip olmamasına rağmen, değer artış payı alacağına sahip olması durumunda, TMK m. 240'a dayalı talepte bulunup bulunamayacağı hususu tartışmalıdır. Bu konudaki ilk görüşte, değer artış payı için de katılma alacağındaki gibi aynı ödeme imkanı olduğundan hareketle TMK m. 240'ın sadece değer artış payının olduğu hallerde de uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir²². Bir başka görüşte ise, değer artış payının kaynağına göre belirleme yapılması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre, TMK m. 240'ın katılma alacağının bulunmadığı hallerde uygulama alanı bulabilmesi için değer artış payının aile konutu kaynaklı olması gerekir²³. Bu konudaki son görüşe göre ise, sadece değer artış payının varlığı ihtimalinde TMK m. 240'a dayalı talepte bulunulamaz²⁴. Ancak, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle sadece değer artış payının varlığında TMK m. 240'ın uygulanacağını kararlaştırmaları mümkündür²⁵.

Kanatimizce, yalnızca değer artış payının varlığı TMK m. 240'ın uygulanmasına imkân tanımaz. Zira mehz İsviçre Medeni Kanununun 219 numaralı maddesinden farklı olarak hukukumuzdaki madde lafzında açıkça katılma alacağı ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca, değer artış payının kaynağının hak talebinde bulunulacak aile konutuna ilişkin olması da bu sonucu değiştirmez. Zira kanunda

¹⁹ Nebioğlu Öner (n 1) 107 vd..

²⁰ Gençcan (n 16) 440 vd..

²¹ Y. 2. HD. E. 2007/5770, K. 2007/8197, T. 16.5.2007 (www.kazanci.com.tr).

²² İlker Öztaş 'MK. m. 240 Kapsamında Sağ Kalan Eşin Aile Konutu Üzerindeki Hakkı' (2009) XXI [3-4] Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 223, 243; Süleyman Yılmaz, Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku (2. Bası Yetkin Yayınları 2024) 416; Zevkliler Cumaloğlu ve Acabey (n 17) 215; Müge Ürem TMK m. 240 Hükmü Uyarınca Sağ Kalan Eşin Konut ve Ev Eşyası Üzerindeki Hakkı' (2020) 10 [2] Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 638 676; Öztan (n 3) 548; Zeyin, 341.

²³ Gümüş (n 3) 410; Yağcıoğlu (n 8) 115.

²⁴ Şeyda Dursun Karaahmetoğlu, 'Ölen Eşin Aile Konutuna İlişkin Ölümüne Bağlı Tasarruflarının Sağ Kalan Eşin TMK m. 240 Uyarınca Aile Konutunun Özgülenmesi Talebine Etkisi' (Mayıs 2021) 23 [1] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 431, 435; Gençcan (n 16) 444; Nebioğlu Öner (n 1) 113.

²⁵ Gençcan (n 16) 444.

bu ayrıma yönelik bir düzenleme yer almamaktadır. Son olarak, olması gereken hukuk açısından baktığımızda, maddede değişiklik yapılarak sadece değer artış payının varlığı ihtimalinde de TMK m. 240'ın uygulanabileceğinin belirtilmesi yerinde olacaktır. Özellikle, aile konutunda diğer eşin değer artış payının olduğu ihtimalde düzenlemenin bu hali hakkaniyetsiz bir sonucun doğmasına neden olacaktır. İlgili değişikliğin yapılması maddenin düzenlenme amacına ulaşılmasında da etkin bir sonuç doğuracaktır.

TMK m. 240'a dayalı talepte bulunulurken katılma alacağının olması ön şartı olduğundan, katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılmasının düzenlendiği TMK m. 238/II'nin de göz önünde bulundurulması gerekir. Buna göre, katılma alacağı zina ya da hayata kast nedeniyle tamamen ortadan kaldırılmışsa, TMK m. 240'a dayalı olarak aile konutunda aynı hak talep edilmesi mümkün olmayacaktır²⁶. Zina ya da hayata kast iddiasıyla açılmış olan dava devam ederken eşin ölmesi üzerine, ölen eşin mirasçıları TMK m.181/II uyarınca davaya devam edebilirler. Bu sayede sağ kalan eşin katılma alacağının azaltılması ya da tamamen kaldırılması sonucuna ulaşabileceklerdir²⁷.

Eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle farklı düzenlemeler yapabilecekleri TMK m. 240/I'de belirtilmiştir. Bu bağlamda, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle TMK m. 240'ta tanınmış olan hakları sınırlandırmaları ya da genişletmeleri mümkün olduğu gibi hakkı tamamen ortadan kaldırarak maddenin uygulama alanı bulmasının önüne geçebilirler²⁸. Ancak, eşlerden birinin tek taraflı irade beyanıyla değişim yapması mümkün değildir²⁹. TMK m. 240'tan feragat halinde, TMK m. 652'ye dayalı aynı hak talebi imkânı varlığını korur³⁰.

Katılma alacağının olması yeterli olup, aile konutu üzerinde elde edilecek aynı hakkın değerini karşılaması gerekmez. Katılma alacağının miktarının talep edilen hakka göre oldukça düşük olması TMK m. 240'a dayalı talepte bulunulmasını engelleyip engellemeyeceği doktrinde tartışma konusudur. Bu konudaki ilk görüşte, katılma alacağının talep edilen hakka göre oldukça düşük olması halinde ortaya

²⁶ Gençcan (n 16) 444; Doğan (n 15) 658 vd..

²⁷ Doğan (n 15) 658 vd; Bu husustaki aksi görüşte, mirasçıların davaya devam etmesine ilişkin düzenlemenin sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını ve ölen eş tarafından sağ kalan eş lehine yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufların iptalini sağlayacağı, katılma alacağının azaltılması ya da tamamen ortadan kaldırılmasını sağlamayacağı belirtilmektedir. (Gümüş (n 3) 397; Yağcıoğlu (n 8) 117)

²⁸ Daniel Steck ve Roland Fankhauser, 'Art. 219' içinde Scheidung FamKomm Ed. Roland Fankhauser (4. Bası Stämpfli Verlag AG 2022, N. 8; Suat Sarı, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (1. Bası Beşir Kiabevi 2007) 283; Antalya (n 15) 229; Yağcıoğlu (n 8) 112 vd.; Fuat Saatçioğlu, Aile Konutu ve Şerhi (1. Bası Adalet Yayınları 2016) 93; Zarife Şenocak 'Aile Konutu ve Ev Eşyasının Özgülenmesi' (2009) XXV [2] Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 97, 127; Kılıçoğlu, Aile, 452; Öztan (n 3) 547; Steck ve Fankhauser, N. 8.

²⁹ Zafer Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi (3. Bası Seçkin Yayınevi 2017) 338; Acar, 374; Öztan (n 3) 547.

³⁰ Acar, 378; Dural ve Öz (n 13) 513; Şenocak (n 28) 128 vd..



hakkaniyetsiz bir durumun ortaya çıkmasını engellemek amacıyla hakimın takdir yetkisini kullanarak talebi reddetmesi gerektiği belirtilmiştir³¹. Katıldığımız aksi görüşe göre ise, kanun lafzı bu konuda açık olduğundan hâkimin takdir yetkisini kullanarak talebi reddetmesi mümkün değildir³². Ayrıca, kanun maddesinin düzenlenme amacı olan sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirme olduğundan takdir yetkisinin kullanılabileceğinin kabulü amaca ulaşılmasını zorlaştıracaktır.

Katılma alacağı miktarının istemde bulunulan aynı hakkın değerinden az olması durumunda TMK m. 240/I uyarınca eksik bedel eklenir. Bu noktada aynı hakkın değerinin tespiti önem arz etmektedir. Kanunda değer tespit anına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Değer tespitinde katılma alacağını tespitteki ölçütler kullanılmalıdır³³. Mal rejiminin tasfiyesi dava yoluyla yapılıyorsa karar anına kadar aile konutunun değerinin değişmesi pek muhtemeldir. Bu nedenle karar aşamasındaki değere göre tespit yapılmalıdır³⁴.

2. TMK m. 652'nin Uygulama Alanı

TMK m. 652 eşler arasındaki mal rejiminin türünden bağımsız olarak uygulama alanı bulur. TMK m. 652'nin uygulanabilmesi için aile konutunun tereke- de yer alması ve sağ kalan eşin de mirasçı sıfatını haiz olması gerekmektedir. Bu bağlamda, sağ kalan eşin mirası reddetmesi, mirastan yoksun olması, feragat etmesi ya da mirastan çıkarılması hallerinde aile konutuna ilişkin aynı hak talebi mümkün olmaz³⁵.

TMK m. 652'nin uygulanabilmesi için sağ kalan eşin mirasçı olması yeterli olup, miras payının miktarı önemsizdir. Miras payının talep edilen aynı hakka oranla oldukça düşük olması talebin reddini gerektirmez³⁶.

³¹ Doğan (n 15) 658; Alexandra Jungo , ‘ Art 219’ içinde CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz Ed. Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo (4. Bası Schulthess Juristische Medien AG 2023) N. 6.

³² Gökçen Kapsuz ‘Mal Rejimleri ve Miras Hukukunda Aile Konutu’ (2010) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 35; Doruk Utku ‘Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Katılma Alacağına Mahsuben Aile Konutunun Mülkiyeti İstemi’ İçinde İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yasal Mal Rejimi Sempozyumu (1. Bası Legal Yayınevi 2023) 112; Gençcan (n 16) 441; Nebioğlu Öner (n 1) 114; Öztaş (n 22) 243; Steck ve Fankhauser, N. 5; Utku (n 32) 112; Yağcıoğlu (n 8) 118.

³³ Doğan (n 15) 658; Kapsuz (n 32) 34; Nebioğlu Öner (n 1) 108; Yağcıoğlu (n 8) 118 vd..

³⁴ Nebioğlu Öner (n 1) 108 vd.; Ürem (n 22) 674; Yağcıoğlu (n 8) 118 vd..

³⁵ Ahmet M. Kılıçoğlu, Miras Hukuku (13. Bası Turhan Kitabevi 2023) 378 vd.; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları (6. Bası Seçkin Yayınevi 2019) 597; Sezer Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt III, (2. Bası On İki Levha Yayıncılık 2023) 280; Acar, 381; Demirbaş (n 14) 592; Dural ve Öz (13) 513; Fikret/Eren ve İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku (5. Bası Yetkin Yayınları 2023) 582; Y. 2. HD., E. 2019/7006, K. 2019/12551 , T. 19.12.2019: “Sağ kalan eş konumundaki davacı kadının Türk Medeni Kanunu’nun 652 maddesinde aile konutuyla ilgili kendisine tanınan yasal haklardan mirası reddetmesi sebebiyle istifade etmesi olanaksızdır.” (www.kazanci.com.tr).

³⁶ Gençcan (n 16) 462.

TMK m. 652 eşin ölümünün 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 01.01.2002'den önce olmaması durumunda uygulanabilir. Zira ilgili hüküm mülga kanunda yer almamaktaydı³⁷.

TMK m. 240 ve TMK m. 652'deki şartların birlikte mevcut olduğu ihtimalde sağ kalan eşin seçimlik hakkı vardır. Bu ihtimalde, sağ kalan eşin TMK m. 240 ya da m. 652'ye göre talepte bulunması mümkündür³⁸. Sağ kalan eşin katılma alacağına mahsuben aile konutunda aynı hak talebinde bulunması halinde katılma alacağı aile konutunun değerini karşılamıyorsa, eksik kalan kısım için sağ kalan eşin miras payından mahsup talebinde bulunup bulunamayacağı doktrinde tartışma konusudur. Kanaatimizce, böyle bir talep mümkün olmalıdır. Zira kanun koyucunun her iki düzenlemeyi yapma amacı sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirebilmesi olduğundan her iki talep bu amacın gerçekleşmesi için ileri sürülebilmelidir³⁹.

TMK m. 240 ve 652'nin her ikisinin birden uygulama alanı bulmaması mümkündür. Şöyle ki, sağ kalan eş lehine aile konutu üzerinde aynı hak kurulmasının sağ kalan eşin ölümden önceki yaşamını devam ettirmesine etkisi yoksa ya da sağ kalan eş başka bir amaçla talepte bulunuyorsa her iki hüküm de uygulama alanı bulmaz⁴⁰. Amacı ispat yükü sağ kalan eşin üzerindedir⁴¹.

Hem TMK m. 240'ın hem de TMK m. 652'nin uygulama alanı bulmayacağı bir diğer hal ölen eşin aile konutunda icra ettiği meslek ya da sanatı devam ettirebilecek altsoyunun bulunması halidir. Bu hususun kabul edilebilmesi için aile konutu ve meslek ya da sanatın icra edildiği yerin bütünlük arz etmesi gerekmektedir⁴².

TMK m. 240 ve 652 tarımsal taşınmazların varlığı halinde de uygulanmayabilir. Şöyle ki, TMK m. 240 ve 652'nin uygulanması bir tarımsal taşınmazın bölünmesine sebep olacaksa ve söz konusu taşınmazın bölünmeden kendisine özgülenmesini talep eden bir başka mirasçı varsa, diğer mirasçının talebine üstünlük tanınır. Burada üstünlük tanınmasının nedeni, kanun koyucunun tarımsal işletmelerin verimliliğinin korunması amacının sağ kalan eşin eski yaşantısını

³⁷ Gençcan (n 16) 459.

³⁸ Acar, 379 vd..

³⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Demirbaş (n 14) 591; Gençcan (n 16) 442; Aksi Yönde Görüş için bkz., Hayrunnisa Özdemir, Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi (1. Bası Yetkin Yayınları 2019) 107; Gümüş (n 3) 410; Eren ve Yücer Aktürk (n 35) 581; Serozan ve Engin (n 35) 597; Zevkililer Cumalhoğlu ve Acabey (n 17) 214 vd..

⁴⁰ Ümit Gezder, 'Mirasın Paylaşılmasında Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi (MK 652)' (2007) LXV [2] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 237, 246; Gümüş (n 3) 411; Zeytin (n 29) 337.

²³ Acar, 374; Özdemir (n 39) 117; Şıpka (n 3) 324.

⁴¹ Acar, 374; Özdemir (n 39) 117; Şıpka (n 3) 324.

⁴² Aytuğ Ceyhan Çakır, Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı (1. Bası On İki Levha Yayınları 2018) 300; Doğan (n 15) 665; Dural ve Öz (n 13) 516; Şenocak (n 28) 118.

devam ettirmesi amacından üstün görmesidir⁴³. Bu düzenlemeler emredici niteliği haiz olduğundan taraflar anlaşma yoluyla farklı yönde bir düzenleme yapamazlar.

C. Ayni Hak Talebinde Bulunabilecek Olan Kişi

TMK m. 240 ve 652'ye göre talepte bulunma hakkı sadece sağ kalan eşindir. Söz konusu hakkın üçüncü kişilere devredilmesi ya da miras yoluyla intikali mümkün değildir⁴⁴. Zira söz konusu işlemler hakkın tanınma amacı olan sağ kalan eşin eski yaşamını sürdürmesiyle bağdaşmaz.

Ayni hak talebinde bulunulması mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğinde değildir. Bu nedenle talepte bulunacak eş tam ehliyetsiz ise, yasal temsilcisi onun adına talepte bulunabilir⁴⁵. Sağ kalan eş sınırlı ehliyetsiz ise talebin geçerliliği, yasal temsilcinin rızasına bağlıdır. Sağ kalan eşin vesayet altında olması durumunda sadece vasinin rızası yeterli olmayacak olup, TMK m. 462/b. 9 gereğince vesayet makamının da onayı gerekecektir⁴⁶.

Diğer yasal mirasçıların talepte bulunması ya da sağ kalan eşi talepte bulunmaya zorlaması mümkün olmasa da, TMK m. 240 ve 652'de belirtildiği üzere haklı sebebin varlığı halinde tanınacak ayni hakkın türüne yönelik talepte bulunabileceklerdir. İlgili talebin hukuki niteliği def'idir⁴⁷.

D. Talepte Bulunulabilecek Ayni Hakkın Türü

Sağ kalan eş katılma alacağına dayanarak talepte bulunacak ise, lehine intifa ya da oturma hakkı tesis edilmesi isteminde bulunabilir. Ancak, haklı sebebin varlığı durumunda sağ kalan eş bizzat ya da ölen eşin yasal mirasçıları sağ kalan eş adına intifa ya da oturma hakkı yerine mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebilir⁴⁸. Sağ kalan eşin intifa ya da oturma hakkı tesisinin belirli süreyle sınırlandırmasını talep etmesi mümkündür⁴⁹.

Sağ kalan eş miras paylaşımında aile konutuna ilişkin talepte bulunacak ise, öncelikle mülkiyet hakkı talep edebilir. Ancak, haklı sebepler varsa sağ kalan eş bizzat ya da ölen eşin yasal mirasçıları sağ kalan eş adına aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı yerine intifa ya da oturma hakkı kurulmasını talep edilebilirler⁵⁰.

⁴³ Çakır (n 6) 306 vd.; Serozan ve Engin (n 35) 598; Şenocak (n 28) 121; Yağcıoğlu (n 8) 140.

⁴⁴ Halis Yaşar, 'Miras Paylaşımında Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi' (2012) 100 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 405, 411; Çakır (n 6) 285; Serozan ve Engin, 597; Şenocak (n 28) 104; Yağcıoğlu (n 8) 55 vd.

⁴⁵ Öztaş (n 22) 235.

⁴⁶ Öztaş (n 22) 235; Ürem (n 22) 658 vd.; Zeytin (n 29) 338.

⁴⁷ Şıpka (n 3) 324 vd.

⁴⁸ Acar, 373; Dural ve Öz (n 13) 512; Serozan/Engin (n 35) 597.

⁴⁹ Acar, 373; Öztan (n 3) 547.

⁵⁰ Y. 14. HD., E. 2015/2814, K. 2015/10100, T. 10.11.2015: "TMK'nın 652. maddesi gereğince aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesinde öncelikle mülkiyet hakkının tanınması

Sağ kalan eşin TMK m. 240 ve 652'ye göre aynı hak talebinde bulunma imkânı varsa, aile konutu üzerinde elde etmeyi istediği hakkın türüne göre talepte bulunması yerinde olacaktır. Zira bu sayede sağ kalan eş haklı sebebi ispat yükünden kurtulacaktır. Bu bağlamda, sağ kalan eşin mülkiyet hakkı talebi halinde TMK m. 652'ye, intifa ya da oturma hakkı talebi halinde TMK m. 240'a dayanması onu ispat yükünden kurtaracaktır⁵¹.

Hem TMK m. 240'ta hem de TMK m. 652'de yer alan haklı sebep kavramına hangi hallerin gireceği belirtilmemiştir. Bu nedenle haklı sebebin varlığı somut olaya göre hâkim tarafından takdir edilecektir⁵².

Aile konutu için sağ kalan eş adına intifa hakkı tesis edilmesi halinde, intifa hakkının kullanımının devri mümkün değildir. Zira TMK m. 806'da intifa hakkının kullanımının devrinin kural olarak mümkün olduğu, ancak sözleşmede aksi kararlaştırılmışsa ya da durum ve koşullardan şahsen kullanması gerektiği sonucu çıkarılıyorsa mümkün olmadığı belirtilmektedir. Sağ kalan eşe intifa hakkı tanınmasının amacı da eşin eski yaşantısını devam ettirmesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, durum ve koşulların hakkın şahsen kullanımını gerektirdiği ve dolayısıyla da sağ kalan eşin intifa hakkının kullanımını devredemeyeceği sonucuna ulaşılır⁵³. Öte yandan, aile konutunun kullanımın kısmen devredilmesi halinde doğrudan böyle bir tespit yapılamayacak olup, somut durumun değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, sağ kalan eşin kullanmadığı odalardan birine kiracı alması mümkün olmalıdır. Zira bu durumda eski yaşantısını devam ettirme amacı ortadan kalkmaz.

E. Hakkın Kullanılabilmesinin Şartları

1. Evlilik Birliğinin Eşlerden Birinin Ölümü Nedeniyle Sona Ermesi

TMK m. 240 ve 652'nin uygulama alanı bulabilmesi için evlilik birliğinin eşlerden birinin ölümü nedeniyle son bulmuş olmalıdır. Bu bağlamda, diğer eş

istenebilecek olup, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınması ancak haklı bir sebebin bulunduğu kanıtlanması halinde mümkündür. Davacı, çekişme konusu taşınmazın mülkiyetini, bedelini karşılamayacağı için intifa veya oturma hakkı tanınmasını istemiş, TMK'nın 652/2 maddesi uyarınca başkaca bir neden ileri sürmemiştir. Bu nedenle, davacı vekilinin 06.03.2014 günlü duruşmada sözünü ettiği davacının malik olduğu taşınmaz ile mevcut malvarlığı araştırılarak intifa veya oturma hakkı tanınması için haklı bir nedenin bulunup bulunmadığı değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir.” (www.kazanci.com.tr).

⁵¹ Acar, 381.

⁵² Eren ve Yücer Aktürk (n 35) 582; Öztan (n 3) 546; Sarı (n 28) 284; Yağcıoğlu (n 8) s09 vd.; Y. 8. HD., E. 2016/1375 , K. 2016/13579, T. 11.10.2016: “Haklı sebep, her somut olaydaki tarafların ekonomik ve sosyal yaşantılarına, meslek ve sanatlarına, miras ve tapu sicilineki pay oranlarına vs göre belirlenmelidir.” (www.kazanci.com.tr).

⁵³ Kapusuz (n 32) 52; Nebioğlu Öner (n 1) 145; Yağcıoğlu (n 8) 123 vd.; Aksi görüş için bkz. Doğan (n 15) 662.

hakkında gaiplik kararı verilmesi ya da ölüm karinesinin işletilmesi hallerinde de aynı hak talebi mümkündür⁵⁴.

Gaiplik kararı alınmışsa evlilik ölüm karinesindeki gibi kendiliğinden sona ermez. Mahkemeden evliliğin feshinin istenmesi gerekmektedir. TMK m. 240'ın uygulanabilmesi için evliliğin feshinin istenmiş olmasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışma konusudur. Bizim de katıldığımız ilk görüşe göre evliliğin feshinin istenmediği durumlarda da TMK m. 240 uygulanabilir. Zira gaiplik kararı verilmesi halinde mirasa ilişkin sonuçların uygulanabilmesi için terekenin tespiti gerekmekte olup, terekenin de tespit edilebilmesi için mal rejiminin tasfiye edilmesi gerekmektedir⁵⁵. Aksi görüşe⁵⁶ göre ise, evliliğin feshinin istenmediği hallerde TMK m. 240 uygulama alanı bulmaz. Zira evliliğin feshi istenmemişse, evlilik sona ermiş olmamakla birlikte mal rejimi mal ayrılığına dönüşür. Mal ayrılığı rejiminin varlığı da TMK m. 240'ın uygulama alanı bulmasını engeller.

TMK m. 240'ın uygulanabilmesi için getirilmiş olan eşin ölümü şartı, emredici nitelikte değildir. Eşlerin ölüm dışındaki hallerde de aile konutu üzerinde aynı hak talep edebilecekleri yönünde anlaşmaları mümkündür⁵⁷. Zira eşler artık değere katılmaya ilişkin olarak TMK m. 237/I uyarınca değişiklik yapabilmektedirler⁵⁸.

Evliliğin haklı nedenle sona ermesi halinde kanun hükmünün açık ifadesi nedeniyle eşlerin TMK m. 240'a dayalı istemde bulunma imkânı yoktur. Ancak, meseleyi olması gereken hukuk açısından ele alırsak evliliğin haklı nedenle sona erdiği hallerde de bu hükmün uygulanabilmesini sağlayacak yönde değişikliklik yapılması hakkaniyete uygun olacaktır⁵⁹. Doktrindeki bir görüşe göre, kanunun düzenlenme amacı olan eşin eski yaşantısını devam ettirmesiyle evliliğin boşanma nedeniyle sona ermesi hali kural olarak bağdaşmaz. Zira evlilik boşanma ile sona erdiği için kötü anıların olduğu bir evde yaşanılması kural olarak hayatın olağan akışına uygun değildir⁶⁰.

2. Hakkın Kullanılacağı Konutun Aile Konutu Niteliğinde Olması

⁵⁴ Acar, 370 vd.; İpek Betül Aldemir, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi (1. Bası On İki Levha Yayınları 2018) 85; Demirbaş (n 14) 594; Öztaş (n 22) 234; Zevkliler Cumaloğlu ve Acabey (n 17) 214.

⁵⁵ Acar, 371 vd.; Aldemir (n 54) 85; Kapusuz (n 32) 31; Öztaş (n 22) 235; Yağcıoğlu (n 8) 110 vd..
⁵⁶ Saatçioğlu (n 28) 93.

⁵⁷ Kapusuz (n 32) 29; Öztaş (n 22) 226; Steck ve Fankhauser, N. 8; Yağcıoğlu (n 8) 112 vd.; Zeytin (n 29) 231; aksi yönde görüş için bkz. Gümüş (n 3) 409; Öztaş (n 22) 248.

⁵⁸ Yağcıoğlu (n 8) 112 vd.; Aksi görüşe göre, TMK m. 237 hükmü yalnızca katılma alcağına ilişkin olduğundan aile konutuna ilişkin hak talebide göz önünde bulundurulmaz. [Gümüş (n 3) 409].

⁵⁹ Gençcan (n 16) 440; Zevkliler Cumaloğlu ve Acabey (n 17) 214.

⁶⁰ Gençcan (n 16) 440.

TMK m. 240 ve 652'den doğan yalnızca aile konutu üzerinde kullanılabilir. Söz konusu maddelerdeki aile konutu ifadesinden ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışma konusudur.

Bu husustaki ilk görüşe göre, TMK m. 240 ve 652 yalnızca TMK m. 194'e göre aile konutu niteliğindeki konutlar için uygulanabilir. Zira her iki madde metninde de yer alan "birlikte yaşadıkları konut" ifadesinden klasik anlamda aile konutu anlaşılmaktadır. Ayrıca, hükümlerin düzenleme amaçları olan sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirmeden yola çıkıldığında da aynı sonuca ulaşılmaktadır. Bu nedenle, TMK m. 240 ve 652 uyarınca talep sadece tek konut için mümkündür⁶¹.

Doktrindeki diğer görüşe⁶² göre ise, aile konutu kavramı geniş yorumlanmalıdır. Bu bağlamda, TMK m. 194'e göre aile konutu olmayan bazı konutların da kapsama girebileceği belirtilmektedir. Söz konusu görüşe göre, bazı hallerde eşler birlikte yaşamasa dahi aile konutunun varlığı kabul edilmelidir. Eşlerin anlaşarak birlikte yaşamaması, ölen eşin aile konutunu terk etmiş olması ya da sağ kalan eşi haksız olarak konuttan kovması ya da konuta almaması söz konusu hallere örnek teşkil etmektedir.

Kanaatimizce de TMK m. 240 ve 652 kapsamında yer alan aile konutu kavramı geniş yorumlanmalıdır. Zira TMK m. 240 ve 652 sağ kalan eşin evlilik dönemindeki yaşantısını devam ettirebilmesi için düzenlenmişlerdir. Bu bağlamda, eşlerin yazlık konutu da bu amaca hizmet eder. Ayrıca, yazlık konut maddelerin metinlerinde yer alan birlikte yaşadıkları konut kavramını da karşılar niteliktedir. Dolayısıyla, TMK m. 240 ve 652 kapsamındaki aile konutunun tespiti her somut olaya göre yapılmalı ve söz konusu tespit yapılırken kanun maddelerinin düzenlenme amacı göz önünde bulundurulmalıdır. TMK m. 240 ya da 652'ye dayalı talepte bulunmada şerhin varlığı gerekli değildir. Buna göre, aile konutu niteliğini haiz taşınmaza yönelik tapuda aile konutu olduğuna ilişkin şerh bulunmasa dahi, sağ kalan eş aynı hak talebinde bulunabilecektir⁶³.

Aile konutunun kişisel ya da edinilmiş mal olması TMK m. 240 ya da 652'nin uygulanmasını engellemez⁶⁴. Öte yandan doktrinde aile konutu kişisel mal niteliğindeyse ilgili konut için mal rejimi kaynaklı talepte bulunulamayacağını, ancak

⁶¹ Çabri, Şerh, 276; Dursun Karaahmetoğlu (n 24) 436; Gezder (n 40) 245; Sarı (n 28) 284 vd.; Şenocak (n 28) 106; Yaşar (n 44) 415.

⁶² Thomas Meyer, 'Art 612a' içinde CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB (4. Bası Schulthess Juristische Medien AG 2023).N. 2; Tolga Özer, TMK m. 652 Uyarınca Birlikte Yaşanılan Konut ile Ev Eşyasının Miras Payına Mahsuben Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi' (Mart 2023) 8 [1] İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 391 401; Çakır (n 6) 281; Dural ve Öz (n 13) 513; Gençcan (n 16) 446; Şıpka (n 3) 322; Utku (n 32) 113; Yağcıoğlu (n 8) 99; Zeytin (n 29) 339.

⁶³ Nebioğlu Öner (n 1) 34.

⁶⁴ Doğan (n 15) 659; Nebioğlu Öner (n 1) 90; Öztaş (n 22) 233 vd.; Ürem (n 22) 665; Yağcıoğlu (n 8) 99; Zevkliler Cumahoğlu ve Acabey (n 17) 215; Yılmaz (n 22) 415.



mal rejiminden bağımsız nitelikte olan miras hukuku kaynaklı talepte bulunulabileceğini belirten görüş mevcuttur⁶⁵. Yargıtay'ın bu konudaki yerleşik görüşü aile konutunun edinilmiş mal niteliğini haiz olmasıdır⁶⁶.

3. Aile Konutunun Mülkiyetinin Ölen Eşin Terekesinde Bulunması

TMK m. 240 ve 652'nin uygulanabilmesi için aile konutu üzerinde ölen eşin mülkiyet hakkının olması gerekmektedir. Ölen eşin tek başına malik olması gerekmez. Bu bağlamda, söz konusu mülkiyet üzerinde paylı mülkiyetin varlığı halinde de sağ kalan eş aynı hak talebinde bulunabilir⁶⁷.

Paylı mülkiyetin varlığı halinde paydaşlar sadece eşlerse, sağ kalan eşin katılma alacağı hakkına sahip olup olmadığına bakılmaksızın TMK m. 226/2'ye göre talepte bulunması mümkündür⁶⁸. Sağ kalan eş katılma alacağına sahip sahipse TMK m. 226/2'ye ve m. 240'a göre talepte bulunabilir. Bu talepler birbirleriyle yarışan niteliği haiz olduklarından birinin uygulanması diğerinin uygulanmasını engelleyecektir⁶⁹. Öte yandan, birine dayalı bulunulan talepte gerekli şartların olmaması nedeniyle hakkın elde edilememesi durumunda diğerine dayalı talep hakkı varlığını yitirmez. Örneğin, katılma alacağının olmaması nedeniyle TMK m. 240'a dayalı talebin reddi halinde, TMK m. 226/2'ye dayalı talepte bulunma hakkı varlığını korur.

Paylı mülkiyette üçüncü bir kişi paydaşsa sağ kalan eşin aynı hak talebinde bulunup bulunamayacağı doktrinde tartışma konusudur. Bu konudaki ilk görüş⁷⁰ bunun mümkün olmadığını ileri sürerken, diğer görüş⁷¹ ise hakkın kullanımının üçüncü kişinin hakkını ihlal etmediği durumlarda mümkün olabileceğini kabul etmektedir. Aile konutu üçüncü kişilerin de olduğu elbirliği mülkiyetinde ise,

⁶⁵ Mehmet Beşir Acabey Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi (1. Bası Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1998, 145 vd..

⁶⁶ Y. 8. HD E. 2017/10564, K. 2017/7566, T. 23.5.2017 "Tüm dosya kapsamı birlikte incelendiğinde, aile konutu ölen eşin mal ayrılığı döneminde edindiği kişisel malı ise sağ eş lehine mülkiyet hakkı tanınmadığına yönelik Dairemiz uygulamaları göz önüne alınarak; katılma alacağına mahsuben mülkiyet hakkı tanınması istemine konu 140 ada 1 parsel sayılı taşınmazın 1/2 hissesinin muris adına mal ayrılığı rejimin geçerli olduğu dönemde edinildiği ve murise mirasen kaldığı anlaşılmakla muris eşin kişisel malı olduğundan Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru olmadığından bozmayı gerektirmiştir." (www.kazanci.com.tr).

⁶⁷ Avcı, 192; Gümüş (n 3) 414.

⁶⁸ Acar, 376; Gençcan (n 16) 446; Öztan (n 3) 547 vd.; Şıpka (n 3) 323; Yılmaz (n 22) 417; Zeytin (n 29) 339.

⁶⁹ Zeytin, (n 29) 339; Aksi Görüş için bkz. Kübra Kamelya, Efedayioğlu, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesinde Sağ Kalan Eşin Talep Hakkı' (2019) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 165; Nebioğlu Öner (n 1) 95 vd.; Steck ve Fankhauser, N. 6; Şıpka (n 3) 323.

⁷⁰ Doğan (n 15) 690; Gençcan (n 16) 446; Kapusuz (n 32) 41; Nebioğlu Öner (n 1) 95; Sarı (n 28) 285; Steck ve Fankhauser, N. 6; Zeytin (n 29) 339.

⁷¹ Özdemir (n 39) 119; Saatçioğlu (n 28) 99; Yağcıoğlu (n 8) 101.

hakkın kullanımı üçüncü kişinin hakkını ihlal edeceğinden sağ kalan eş aynı hak isteminde bulunamaz⁷².

Aile konutunda elbirliği mülkiyeti varsa, TMK m. 240 kaynaklı talepte bulunulamaz. Ancak, sağ kalan eşin ölen eşin yerine katılabildiği bir ortaklık sözleşmesi söz konusuysa, aynı hak talebinde bulunabileceğinin kabulü gerekir⁷³. Ayrıca, eşin ölmesiyle elbirliği ortaklığı sona ermiş ve aile konutu satılmayarak ölen eşin terekesine dahil olmuşsa yine sağ kalan eş aynı hak isteminde bulunabilecektir⁷⁴.

TMK m. 240'ın uygulanabilmesi için aile konutunun edinilmiş mal olması gerekmez⁷⁵. Zira TMK m. 240'ta yer alan düzenlemede bu yönde bir hüküm yoktur. Ancak, Yargıtay, kararlarında kişisel mal niteliğindeki aile konutu için aynı hak talebinde bulunulamayacağı görüşündedir⁷⁶.

Ölen eşin, sağlığında aile konutunu sağ kalan eşin rızasını almadan devretmiş olması ihtimalinde TMK m. 240 ve 652'den doğan hakkın kullanılabilmesi için öncelikle üçüncü kişi lehine yapılmış olan yolsuz tescilin dava yoluyla düzeltilmesi gerekir⁷⁷.

Ölen eşin aile konutunda mülkiyet hakkı yerine TMK m. 240 ve 652'nin uygulanmasına imkân veren başka bir aynı hakka sahip olması da mümkündür. Bu bağlamda, ölen eşin aile konutu üzerinde üst hakkına bağlı olan mülkiyeti varsa

⁷² Kılıçoğlu, Aile, 450; Kapusuz (n 32) 41; Nebioğlu Öner (n 1) 98 vd.; Sarı (n 28) 285, Yağcıoğlu (n 8) 103 vd..

⁷³ Gümüş (n 3) 414; Öztaş (n 22) 240; Yağcıoğlu (n 8) 104.

⁷⁴ Öztaş (n 22) 240.

⁷⁵ Dursun Karaahmetoğlu, (n 24) 438; Gençcan (n 16) 447; Öztan (n 3) 545; Yağcıoğlu (n 8) 99

⁷⁶ Y. 8. HD., E. 2016/21737, K. 2017/427, T. 19.01.2017: “Aile konutu ölen eşin kişisel malı ise sağ eş lehine mülkiyet hakkı tanınmadığına yönelik Dairemiz uygulamaları göz önüne alınarak; meskenin eşler arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu tarihte satın alınıp ölen eş adına tescil edilmiş olması nedeniyle ölen eşin kişisel malı olduğundan Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru olmadığından bozmayı gerektirmiştir.” (www.kazancı.com.tr).

⁷⁷ Aldemir (n 54) 86; Gümüş (n 3) 87; Şıpka (n 3) 323; Y. HGK., E. 2017/2-2906, K. 2017/1723, T. 13.12.2017: “Somut olayda, dava açıldığı tarihte davalı eş üzerine kayıtlı taşınmaz üzerinde davalı banka lehine konulmuş bir ipoteğin varlığı söz konusu olup, davacı sağ eş dava açarak ipoteğin geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Şayet iddia edildiği gibi açık rıza alınmamış ise bu ipotek işleminin geçersiz olduğu açıktır. Dolayısıyla, geçerli bir işlemin olmadığı kabul edildiği hallerde, malik olan eşin ölümünün bu işleme hukukilik kazandırması düşünülemez. Diğer bir anlatımla ölü olan bir işlem diriltilemez.

O hâlde, sağ kalan eşin mirasçı sıfatıyla, yukarda açıklanan hakları (TMK m. 240 ve 652) bulunmaktadır ve davacının bu davayı açtığı sırada var olan hukuki yararı, yargılama sırasında davalı eşin ölümünden sonra da devam etmektedir. Bunun yanında, hâlen ortada geçersizliği ileri sürülen bir ipotek bulunmaktadır. Bu nedenlerle, evlilik ölümle sona ermekle birlikte davanın konusuz kaldığını söylemek mümkün değildir. Aksi düşünce, davacının davasında haklı olup olmadığı hususunun araştırılmasına olanak sağlanmadan, taşınmazın cebri icra ile satılması sonucunu doğuracak, bu durum ise büyük hak ihlallerine yol açacaktır.” (www.kazancı.com.tr).

TMK m. 240 ve 652 uygulanabilecektir. Ancak, şahısla kaim olan intifa ve mülkiyet haklarının varlığı maddelerin uygulanmasına yetmez⁷⁸.

TMK m. 240 ve 652'nin uygulanmasını mümkün kılan hak, şahsi hak da olabilir. Bu duruma tüzel kişinin aile konutunun maliki olması ve ölen eşin de ilgili konuttan yararlanma hakkına sahip olması örnek gösterilebilir. Zira böyle bir durumda sağ kalan eş ilgili konut üzerinde kendi lehine intifa hakkı kurulmasını ya da üyelik hakkının devredilmesini mirasçılardan talep etmesi mümkündür. Ancak, bu yola başvurulabilmesi tüzel kişiliğin statüsünde üyelik devrinin yasaklanmamış olmasına bağlıdır⁷⁹. Bu durumun en temel örneğini yapı kooperatifi üyeliği oluşturmaktadır. Kooperatifler Kanunu m. 14/II'de "*Anasözleşmede gösterilecek şartlarla ölen ortağın mirasçılarının kooperatifte ortak olarak kalmaları sağlanabilir.*" ifadesi yer almaktadır. Söz konusu düzenleme, TMK m. 240 ve 652 ile birlikte düşünüldüğünde sağ kalan eşin yapı kooperatifine üye olmayı talep etmesi mümkün olacaktır⁸⁰.

Aile konutu üzerinde aynı hak isteminde bulunabilmesi için, ölen eşin aile konutunun maliki olması yeterli olmayıp, söz konusu konutun ölen eşin terekesinde yer alması gerekmektedir. Bu bağlamda, ölen eşin ölüme bağlı tasarruf yoluyla aile konutu üzerinde sağ kalan eşin hakkını zedeleyici tasarrufta bulunmuş olmasının değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu tasarrufların tenkise bağlı olması sağ kalan eşe tam bir koruma sağlamaz. Zira tenkis hükümlerine başvurulması halinde sağ kalan eş aile konutunun aynını elde edemez⁸¹.

Doktrindeki bizim de katıldığımız hâkim görüşe⁸² göre, aile konutu üzerindeki ölüme bağlı tasarrufların TMK m. 240'ta sağ kalan eşe verilen hakkı zedelemesi halinde, söz konusu tasarrufun iptalinin talep edilmesi mümkündür. Bu görüşün dayanağını TMK m. 557/3 oluşturmaktadır. Söz konusu hükme göre, ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin hukuka aykırı olması tasarrufun iptaline sebep olmaktadır. Bu bağlamda, ölen eşin hakkını zedeleyen ölüme bağlı tasarrufun TMK m. 240'a aykırı olması, ilgili tasarrufun iptalini mümkün kılmaktadır.⁸³ Öte yandan aksi görüşe göre, TMK m. 240'ın ölen eşin tasarruflarını kısıtlayıcı etkisi yoktur. Bu nedenle, TMK m. 557/3'e aykırılık oluşmaz. Dolayısıyla da söz konusu tasarrufun iptali istenemez⁸⁴.

⁷⁸ Acar, 377; Doğan (n 15) 690; Kapusuz (n 32) 42; Yağcıoğlu (n 8) 105 vd.

⁷⁹ Kapusuz (n 32) 42 vd.; Yağcıoğlu (n 8) 106.

⁸⁰ Yağcıoğlu (n 8) 106 vd..

⁸¹ Acar, 374.

⁸² Acar, 289; Çabri, Şerh, 285; Demirbaş (n 14) 507; Nebioğlu Öner (n 1) 140 vd.; Öztaş (n 22) 249; Saatçioğlu (n 28) 105; Yağcıoğlu (n 8) 134; Aksi yönde görüş için bkz. Gümüş (n 3) 417.

⁸³ Miray Özer Deniz, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi (1. Bası Vedat Kitapçılık 2018) 114; Acar, 374 vd.; Demirbaş (n 14) 507; Şenocak (n 28) 126; Yağcıoğlu (n 8) 134.

⁸⁴ Dursun Karaahmetoğlu (n 24) 450 vd.; Jungo, N. 8; Meyer, N. 3; Yağcıoğlu (n 8) 89 vd.; H. Sena,

Ölüme bağlı tasarrufların TMK m. 652'nin uygulanmasını ortadan kaldırması da tartışma konusudur. Bu konudaki ilk görüşe göre, bu yönde bir tasarrufun TMK 557/3'e aykırılığı nedeniyle iptali mümkün değildir⁸⁵. Ancak, vasiyet alacaklısının talebi halinde miras şirketinin ortağı olan sağ kalan eşin TMK m. 652'ye dayalı hakkını koruması mümkündür. Yargıtay tarafından da savunulan aksi görüşe göre ise, ilgili tasarrufun iptali istenebilir⁸⁶.

4. Sağ Kalan Eşin Talebi

Sağ kalan eşin aile konutunda aynı hak elde edebilmesi için doğrudan talepte bulunması yeterli olup dava açması gerekmemektedir⁸⁷. Sağ kalan eşin talebi herhangi bir hak düşürücü süreye tabi değildir⁸⁸. Ancak, hakkın niteliği gereği sağ kalan eşin bu talebini aile konutunun miras ortaklığında yer aldığı süre içerisinde ileri sürmesi gerekmektedir⁸⁹. Mirasçıların sağ kalan eşe hakkını kullanıp kullanmayacağı hususunda süre tanınması mümkündür. Tanınan süre içerisinde sağ kalan eş talepte bulunmazsa hakkından vazgeçmiş sayılır⁹⁰.

Akkışla, 'Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi' (Eylül 2018) 4 [16] Kesit Akademik Dergisi 450,470.

⁸⁵ Acar, 380 vd; Antalya (15) 525; Demirbaş (n 14) 507; Dural ve Öz (n 13) 514; Özdemir (n 39) 107; Steck ve Fankhauser, N. 8; Şenocak (n 28) 124; Samet Can Olgaç, 'Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi' (Ağustos 2016) 11 [120] Terazi Hukuk Dergisi 105, 109.

⁸⁶ Gümüş (n 3) 417; Serozan ve Engin (n 35) 597; Y. 14. HD., E. 2015/5966, K. 2016/166, T. 12.01.2016: "Somut olayda, miras hakkına mahsuben sağ kalan eşe özgülenmesi istenen davaya konu 126 ada 46 parsel sayılı taşınmazın ve dava dışı 101 ada 4 parsel sayılı taşınmazın İnegöl 3. Noterliği'nin 13.06.2013 tarihli vasiyetnamesi ile muris H. D. tarafından davacı Ç. D. 'a vasiyet edildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, bu vasiyetnamenin okunup okunmadığı, vasiyetnamenin iptali davası açılıp açılmadığı araştırılarak ve davalı tarafından İnegöl 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/43 Esas sayılı dosyasında açılan ve yargılamasının devam ettiği anlaşılan dava tarafların miras paylarını etkileyeceğinden HMK'nın 165. maddesi gereğince bekletici mesele yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken belirtilen bu hususlar üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmektedir." (www.kazanci.com.tr).

⁸⁷ Y. 2. HD., E. 2018/4848, K. 2018/14147, 10.12.2018 T.: "Sağ kalan eşin, bu düzenlemelerde yer alan haklarını diğer mirasçılara karşı kullanabilmesi için ayrıca bir dava açması zorunlu olmayabilir. Çünkü, sağ kalan eş ve diğer mirasçılar, dava açılmadan, yasal düzenlemeye uygun şekilde mirası taksim edebilirler.... dayalı miras taksimi olmaz ise sağ kalan eş, haklarını kullanmak için her zaman diğer mirasçılara karşı ayrı bir dava da açabilir." (www.kazanci.com.tr).

⁸⁸ Y. HGK., E. 2017/2-2906, K. 2017/1723, T. 13.12.2017: "Sağ kalan eş, haklarını (TMK m. 240,652) kullanmak için her zaman diğer mirasçılara karşı da ayrı bir dava açabilecektir." (www.kazanci.com.tr); Hakkın kanundan doğan alacak hakkı niteliğinde olması nedeniyle hak düşürücü süreye tabi olmadığı, zamanaşımı süresine tabi olduğu ve bağlı niteliği gereği katıma alacağının tabi olduğu zamanaşımının uygulanacağı yönündeki görüş için bkz. Ürem (n 22) 660.

⁸⁹ Ahmet Cahit İyilikli, 'Boşanma, Evliliğin İptali ya da Eşlerden Birinin Vefatının Aile Konutuna İlişkin Tasarrufun İptali Davasına Etkisi' (Haziran 2019) 7 [13] Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 233 274; Avcı, 195; Çakır (n 6) 285; Dural ve Öz (n 13) 514; Gümüş (n 3) 404; Yağcıoğlu (n 8) 131; Zeytin (n 29) 343.

⁹⁰ Yağcıoğlu (n 8) 131 vd.; Zeytin (n 29) 343. Aksi görüş için bkz. Gümüş (n 3) 416; Nebioğlu Öner (n 1) 120.



Sağ kalan eşin talebi hak düşürücü süreye tabi olmamakla beraber, TMK m. 240'a dayalı talepte bulunulabilmesi zamanaşımına tabidir. Şöyle ki, TMK m. 240'ın uygulama alanı bulabilmesi için sağ kalan eşin katılma alacağının bulunması gerekmektedir. Katılma alacağı da alacak hakkı niteliğinde olduğundan zamanaşımına tabidir ve TBK m. 146'da yer verilmiş on yıllık genel zamanaşımı süresinin dolmasıyla eksik borç niteliğini alacaktır. Bu durumda, sağ kalan eşe karşı zamanaşımı def'inin sürülmesi halinde TMK m. 240'a dayalı talep de yerine getirilemeyecektir. Ancak, buradaki süre zamanaşımı niteliğini haiz olduğundan bu yönde bir savunmada bulunulmaması halinde hâkim re'sen göz önünde bulunduramayacaktır. Doktrinde bir yazar hakkın doğrudan kaybedileceğini belirtmiştir. Ancak bu durumda doğrudan kayıp olmayacak olup, ilgili def'inin ileri sürülmesi gerekecektir⁹¹.

Sağ kalan eşin talebi şekil şartına tabi olmayıp, ilgili talebin muhatabı miras ortaklığıdır⁹². Sağ kalan eşin talebi herhangi bir geçerlilik şartına tabi olmasa da HMK'da yer alan senetle ispat kuralları dolayısıyla ispat şartına tabi olabilir. Şöyle ki, aile konutunda tanınması talebinde bulunulan aynı hakkın parasal değerinin HMK m. 200/1'de düzenlenen senetle ispat sınırını aşacağı aşikârdır. Ancak, HMK m. 203/1-a gereğince "*Altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler.*" senetle ispat kuralının istinasını oluşturmaktadır. Miras ortaklığının yalnızca bu kişilerden oluştuğu ihtimalinde senetle ispat kuralı da aranmayacağından sağ kalan eşin herhangi bir şekle uymadan talepte bulunması mümkün olacaktır⁹³.

TMK m. 240'a dayalı istemde bulunulmasının hukuki niteliği yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır⁹⁴. Doktrinde birtakım yazarlar söz konusu yenilik doğuran hakkın kanuni alım hakkı niteliğinde olduğunu kabul etmektedirler⁹⁵. Diğer görüşe göre sağ kalan eşin ifa ikamesini oluşturan yenilik doğuran hak niteliğindedir⁹⁶. Öte yandan, bir başka görüşe göre ise, TMK 240'daki hakkın niteliği kanundan doğan talep hakkıdır⁹⁷. Kanaatimizce, TMK m. 240'a dayalı istemde bulunulmasının hukuki niteliği sağ kalan eşin ifa ikamesini oluşturan yenilik doğuran haktır. Zira TMK m. 240'a dayalı olarak mülkiyet hakkı dışında intifa ya da oturma hakkı tanınması da mümkündür. Bu durumda kanuni alım hakkının varlığından bahsedilemez. Ayrıca, sağ kalan eşin tek taraflı irade beyanıyla hukuki ilişkiyi kurması, hakkın niteliğinin talep hakkı olmadığını göstermektedir.

⁹¹ İlgili görüş için bkz. Nebioğlu Öner (n 1) 126 vd..

⁹² Nebioğlu Öner (n 1) 122; Öztan (n 3) 545; Şenocak (n 28) 111.

⁹³ Nebioğlu Öner (n 1) 123.

⁹⁴ Acar, 375; İyilikli (n 89) 261; Öztaş (n 22) 226.

⁹⁵ Kılıçoğlu (n 35) 379; Efedayioğlu (n 69) 161; İyilikli (n 89) 273; Olgaç (n 84) 109; Yağcıoğlu (n 8) 89 vd.; Akkışla (n 84) 522.

⁹⁶ Acar, 375; Özdemir (n 39) 109; Öztaş (n 22) 230.

⁹⁷ Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğruan Haklar* (1. Bası Yetkin Yayınları 2005), 149; Utku (n 32) 106; Ürem (n 22) 651.

TMK m. 652'ye dayalı ayni hak isteminin hukuki niteliği doktrinde tartışma konusudur. Bu konudaki ilk görüşe göre, mülkiyet hakkı tanınması talebinin varlığı nedeniyle hakkın niteliği alım hakkıdır⁹⁸. Katıldığımız diğer görüşe göre ise, söz konusu hakkın niteliği özel bir paylaşım kuralının uygulanmasına yönelik bir taleptir⁹⁹. Zira sağ kalan eş mülkiyet hakkı talep etmiş olsa dahi, diğer yasal mirasçılarının haklı sebep sunmaları halinde aile konutu üzerinde intifa ya da oturma hakkı tesis edilmesi mümkündür. Dolayısıyla da bu durumda alım hakkı söz konusu olmayacaktır.

Aile konutuna ilişkin özgülemeye ilişkin talep yerine getirilene kadar sağ kalan eşin aile konutunu kullanması kural olarak mümkün değildir. Ancak, sağ kalan eş ve mirasçılarının tamamının onayı ile özgüleme talebi yerine getirilene kadar aile konutu kullanılabilir. Özgüleme talebinin yerine getirilmesine kadarki süreçte anlaşma olmaması halinde sağ kalan eşin aile konutunu kullanamayacak olması TMK m. 240 ve 652'nin amacıyla çelişir niteliktedir. Ancak, söz konusu hükümlerin mevcut hali özgülemeye kadar sağ kalan eşin doğrudan kullanımına izin vermemektedir¹⁰⁰.

SONUÇ

Aile konutu temel olarak, evlilik birliği kurulmuş olan eşlerin ortak yaşam faaliyetlerinin odak noktasını oluşturan, birlikte seçtikleri konuttur.

Aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesini sağlayan iki farklı kanuni düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki TMK'nın mal rejimine ilişkin hükümlerinde, diğeri ise mirasın paylaşılması hükümlerinde yer almaktadır. Sağ kalan eş bu imkânlardan birine başvurabileceği gibi her ikisine de başvurabilir.

Edinilmiş mallara katılma rejimi uyarınca aile konutunun sağ kalan eşe özgülenebilmesi için mal rejiminin ölüm sebebiyle sona ermesi ve sağ kalan eşin katılma alacağının bulunması gerekmektedir. Ancak, hükümde değer artış payının da hakkın kullanılmasına imkân vereceği yönünde düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Yalnızca değer artış payının varlığı TMK m. 240'ın uygulanması için yeterli olmaz. Katılma alacağının miktarı hakkın kullanılabilirliğini etkilemez.

Miras paylaşımında talep, eşlerin mal rejiminden bağımsız olarak miras payına mahsuben yapılmaktadır. Sağ kalan eşin bu hakkını kullanabilmesi için mirasçı sıfatını haiz olması ve aile konutunun da terekede yer alması gerekmektedir.

Gerek TMK m. 240 gerekse de TMK m. 652'nin uygulanabilmesi için evlilik birliğinin ölümle sona ermesi gerekmektedir. Bu bağlamda, diğer eş hakkında gaiplik kararı verilmiş olması ya da ölüm karinesinin işletilmesi de ilgili kullanılabilmesi için yeterli sayılır. Gaiplik kararı verilmesi halinde eşin evliliğin fes-

⁹⁸ Acar, 379; Gezder (n 40) 247; Kılıçoğlu (n 35) 379; Olgaç (n 84) 109.

⁹⁹ Çakır (n 6) 284; Özdemir (n 39) 109; Şenocak (n 28) 101.

¹⁰⁰ Özer (n 62) 406 vd..



hinin istememiş olması hakkın kullanılabilirliğini etkilemez. Öte yandan, evliliği haklı sebeple sona erdiren eşin korunabilmesi için mal rejimine ilişkin hükümlerin kapsamının genişletilmesine ilişkin değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

Ayni hak talep edilecek olan aile konutu kavramı geniş yorumlanmalıdır. Hak talep edilecek aile konutunun mülkiyeti ölen eşe ait olmalıdır. Söz konusu konuta, ölen tek başına malik ya da sağ kalan eşle birlikte malik olabilir. Ölen eşin üçüncü kişilerle aile konutunda paylı mülkiyet ilişkisi içerisinde olması halinde, sağ kalan eşin hakkı üçüncü kişilerin hakkına zarar vermemelidir.

Ayni hak talebinde bulunma hakkı sağ kalan eşe sıkı sıkıya bağlıdır. Başkalarına devredilemez ve mirasçılara da intikal etmez.

Ölen eşin ölümüne bağlı tasarruf yoluyla TMK m. 240'ta yer alan hakkı bertaraf etmesi mümkün değilken, TMK m. 652'de yer alan hakkı bertaraf etmesi mümkündür.

KAYNAKÇA

Acabey MB, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi (1. Bası Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1998).

Acar F, Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşlerin Yasal Miras Payı (5. Bası Seçkin Yayınevi 2016).

Akıntürk T ve Ateş D, Aile Hukuku (25. Bası Beta Yayınevi 2024).

Akkışla HS, 'Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi' (Eylül 2018) 4 [16] Kesit Akademi Dergisi 450-491.

Aldemir İB, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi (1. Bası On İki Levha Yayınları 2018).

Antalya G, Miras Hukuku c. III (4. Bası Seçkin Yayınevi 2019).

Ayan S, Evlilik Birliğinin Korunması (1. Bası Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004).

Buz V, Medeni Hukukta Yenilik Doğruan Haklar (1. Bası Yetkin Yayınları 2005)

Çabri S, 'Aile Konutu Şerhi' içinde Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı (1. Bası Çizgi Basım Yayın 2007).

Çabri S., Miras Hukuku Şerhi Cilt III, (2. Bası On İki Levha Yayınları 2023). (şerh)

Çakır AC, Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı (1. Bası On İki Levha Yayınları 2018).

Doğan, Murat, 'Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu' (2003) 7 [3-4], Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 651-695.

Demirbaş H, ‘Sağ Kalan Eşe Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Aynı Hak Tanınması İmkânı Veren MK. 240 ve 652’nin Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi’ içinde Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan c.1 (1. Bası Vedat Yayıncılık 2009) 589-603.

Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, (20. Bası Filiz Kitabevi, 2025).

Dural M ve Öz T, Türk Özel Hukuku c. IV Miras Hukuku (20. Bası Filiz Kitabevi 2024).

Dursun Karaahmetoğlu Ş, ‘Ölen Eşin Aile Konutuna İlişkin Ölüme Bağlı Tasarruflarının Sağ Kalan Eşin TMK m. 240 Uyarınca Aile Konutunun Özgülenmesi Talebine Etkisi’ (Mayıs 2021) 23 [1] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 431-459.

Efedayıoğlu KK, ‘Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesinde Sağ Kalan Eşin Talep Hakkı’ (2019) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Erdem M, Aile Hukuku (2. Bası Seçkin Yayıncılık 2019).

Eren F ve Yücer Aktürk İ, Türk Miras Hukuku (5. Bası Yetkin Yayınları 2023).

Gençcan ÖU, Mal Rejimleri Hukuku (9. Bası Yetkin Yayınları 2023).

Gezder Ü, ‘Mirasın Paylaşılmasında Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi (MK 652)’ (2007) LXV [2] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 237-252.

Gümüş MA, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, (1. Bası Vedat Kitapçılık 2008).

İyilikli, AC, ‘Boşanma, Evliliğin İptali ya da Eşlerden Birinin Vefatının Aile Konutuna İlişkin Tasarrufun İptali Davasına Etkisi’ (Haziran 2019) 7 [13] Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 233-294.

Jungo A, ‘ Art 219’ içinde CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz Ed. Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo (4. Bası Schulthess Juristische Medien AG 2023).

Kapusuz G, ‘Mal Rejimleri ve Miras Hukukunda Aile Konutu’ (2010) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Kılıçoğlu MA, Aile Hukuku, (8. Bası Turhan Kitabevi 2025). (Aile).

Kılıçoğlu MA, Miras Hukuku (13. Bası Turhan Kitabevi 2023).



Koçhisarlıoğlu C, ‘İsviçre’de Evlilik Birliği Hukuku’ndaki Son Gelişmeler’ içinde Prof. Dr. Jale AKİPEK’e Armağan (1. Bası Selçuk Üniversitesi Yayınları 1991).

Meyer T, ‘Art 612a’ içinde CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB (4. Bası Schulthess Juristische Medien AG 2023).

Nebioğlu Öner Ş, Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi, (1. Bası Adalet Yayınevi 2014).

Olgaç SC, ‘Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi’ (Ağustos 2016) 11 [120] Terazî Hukuk Dergisi 105-118.

Özdemir H, Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi (1. Bası Yetkin Yayınları 2019).

Özer Deniz M, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, (1. Bası Vedat Kitapçılık 2018).

Özer T, ‘TMK m.652 Uyarınca Birlikte Yaşanılan Konut ile Ev Eşyasının Miras Payına Mahsuben Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi’ (Mart 2023) 8 [1] İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 391-413.

Öztan B, Aile Hukuku (6. Bası Turhan Kitabevi 2015).

Öztaş İ, ‘MK. m. 240 Kapsamında Sağ Kalan Eşin Aile Konutu Üzerindeki Hakkı’ (2009) XXI [3-4] Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 223-264.

Saatçioğlu F, Aile Konutu ve Şerhi (1. Bası Adalet Yayınları 2016).

Sarı S, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi,

(1. Bası Beşir Kiabevi 2007).

Serozan R ve Engin Bİ, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları (6. Bası Seçkin Yayınevi 2019).

Steck D ve Fankhauser R, ‘ Art. 219’ içinde Scheidung FamKomm Ed. Roland Fankhauser (4. Bası Stämpfli Verlag AG 2022)

Şenocak Z, ‘Aile Konutu ve Ev Eşyasının Özgülenmesi’ (2009) XXV [2] Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 97-129.

Şıpka Ş, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar (1. Bası On İki Levha Yayıncılık 2011).

Uçar A, ‘4721 Sayılı Medeni Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler’ (2002) VI [1-4] Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 317-332.



Utku D, ‘Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Katılma Alacağına Mahsuben Aile Konutunun Mülkiyeti İstemi’ İçinde İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yasal Mal Rejimi Sempozyumu (1. Bası Legal Yayınevi 2023)

Ürem M, ‘TMK m. 240 Hükmü Uyarınca Sağ Kalan Eşin Konut ve Ev Eşyası Üzerindeki Hakkı’ (2020) 10 [2] Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 638-697.

Yağcıoğlu AH, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşleri Yasal Alım Hakkı (1. Bası Güncel Hukuk Yayınları 2007).

Yaşar H, ‘Miras Paylaşılmasında Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi’ (2012) 100 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 405-422.

Yılmaz S, Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku (2. Bası Yetkin Yayınları 2024).

Zevkliler A, Cumalıoğlu E ve Acabey MB, Medeni Hukuk III Aile Hukuku (1. Bası Adalet Yayınevi 2024).

Zeytin Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi (3. Bası Seçkin Yayınevi 2017).

www.kazanci.com.tr

ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ BAĞLAMINDA KORUYUCU AİLE KURUMU

*The Foster Family Institution in the Context
of the Best Interests of the Child Principle*

Büşra ALTINBAY*

Özet

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, çocuk hukukun en temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Bu hususta çocuğa ilişkin gerçekleştirilen bütün iş ve işlemlerde bu ilkenin bir rehber olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Çocuğun yüksek yararı ilkesine ilişkin ulusal veya uluslararası hukukta herhangi bir tanımlama mevcut olmasa da Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan ve bu sebeple sözleşmeye imza atan ülkelerin iç hukuklarında dikkate almalarını gerektiren önemli bir ilkedir. Çocuğun fiziksel, duygusal, sosyal ve zihinsel olarak sağlıklı bir birey olabilmesi için bir aile ortamında sevgi, saygı, hoşgörü içinde büyümesi onun en temel haklarından birini oluşturmaktadır. Ancak bazı çocuklar bakımından bir aile ortamında sağlıklı bir şekilde yaşamak çeşitli sosyoekonomik, psikolojik veya çevresel koşullar nedeniyle mümkün olmamaktadır. Bu çerçevede, çocuğun aile ortamında gelişimini sürdürebilmesi ve psikososyal ihtiyaçlarının karşılanabilmesi amacıyla koruyucu aile uygulaması bir çözüm yöntemi olarak öne çıkmaktadır. Avrupa ülkeleri başta olmak üzere pek çok ülkede giderek yaygınlaşan koruyucu aile kurumu, ailesi tarafından bakımı istenilen şekilde sağlanamadığından korunma altına alınan çocukların bakımı veya yetiştirilmesi amacıyla oluşturulan bir hizmet modelini ifade etmektedir. Ülkemizde de giderek yaygınlaşan bu hizmet modelinin çocuğun yüksek yararı bağlamında değerlendirilmesi büyük önem taşımakta olup uygulamada karşılaşılabilecek güçlüklerin ve çocuğun temel ihtiyaçlarının karşılanması hususları ayrıntılı bir şekilde ele alınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Çocuğun yüksek yararı ilkesi, çocuk hakları, koruyucu aile kurumu, evlat edinme, korunma kararı

Abstract

The principle of the best interests of the child constitutes one of the fundamental tenets of child law. In this context, it should serve as a guiding framework in all actions and procedures concerning children. Although there is no explicit definition of this principle in national or international law, it is enshrined in the United Nations Convention on the Rights of the Child, and therefore, countries that have ratified the Convention are obliged to take it into account in their domestic legal systems. Growing up in a family environment characterized by love, respect, and tolerance is one of the child's most fundamental rights, enabling them to develop physically, emotionally, socially, and

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 18.09.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Av., Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, E-posta: bmay@ankara.edu.tr, <https://orcid.org/0009-0003-3940-0634>



mentally in a healthy manner. However, for some children, living in a stable family environment is not possible due to various socioeconomic, psychological, or environmental conditions. Within this framework, foster care emerges as an effective solution to ensure that children can continue their development within a family setting while meeting their psychosocial needs. The foster care system, increasingly adopted in many countries, particularly across Europe, refers to a service model designed to provide care and upbringing for children who cannot receive adequate care from their families. In Turkey, where this model is also becoming increasingly widespread, evaluating foster care through the lens of the best interests of the child is of great importance. It is essential to address, in detail, the potential challenges in implementation as well as the fulfillment of children's basic needs to ensure the effectiveness of this approach..

Keywords: Best Interests of the Child Principle, Children's Rights, Foster Family System, Adoption, Protection Order

GİRİŞ

19. yüzyılın sonlarından itibaren çocuk haklarının gelişimiyle birlikte, çocuğun fiziksel, duygusal ve sosyal gelişiminin sağlanabilmesi adına temel haklarının korunmasına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Bu kapsamda bazı ilkeler kabul edilmiş olup en temel ilkelere birini çocuğun yüksek yararı ilkesi oluşturmaktadır. Böylesine geniş kapsamlı bir konunun sınırlarının tam manasıyla çizilebilmesi mümkün olmamakla birlikte, çocuğun yüksek yararı ilkesinin esnekliği, ilkenin somut olaylara uygulanabilmesini kolaylaştırmaktadır. Nitekim öğretide ve mevzuatta ilkeye ilişkin herhangi bir tanımlama yapılmamasının temel sebebini bu amaç oluşturmaktadır. Böylelikle ilke, karşılaşılan somut olayın içeriğine göre değerlendirme yapılmasına imkân sağlamaktadır.

Çocukların fiziksel, zihinsel ve psikososyal anlamda gelişimlerinin sağlanabilmesi için sevgi, saygı ve hoşgörünün bulunduğu bir ortamda yaşamlarını sürdürmeleri gerekmektedir.¹ Ancak dünya üzerindeki her bir çocuk için belirli nedenlerle bu ortamın kurulabilmesi veya kurulan bu ortamın korunabilmesi mümkün olmamaktadır. Bu durumların ortaya çıkması halinde, çocukların korunması bakımından sorumlu olan devlet, tüm mekanizmalarıyla birlikte çocuğun yüksek yararını gözeterek gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Alınacak tedbirlerden bir tanesini de koruyucu aile kurumu oluşturmaktadır. Koruyucu aile kurumu, hakkında korunma kararı verilmiş ve biyolojik ailesinden bakım amacıyla alınmış bir çocuğun bakım ve korumasını gönüllü veya belli bir ücret karşılığı olarak üstlenilmesini ifade etmektedir. Uygulamada giderek yaygınlaşan bu sistemin, çocuğun yüksek yararı ilkesi bağlamında değerlendirilmesi her geçen gün daha fazla önem kazanmaktadır.

Bu çalışmanın yapılmasının temel amacı, çocuğun yüksek yararı bağlamında koruyucu aile kurumunu incelemek ve buna ilişkin fikir üretmeye çalışmaktır. Çalışmamızın konusunu çocuğun yüksek yararı bağlamında koruyucu aile kurumu oluşturmaktadır. Çalışmamız temel olarak üç bölümden oluşmaktadır.

¹ Seval Üstüner, Neşe Erol ve Zeynep Şimşek, 'Koruyucu Aile Bakımı Altındaki Çocukların Davranış ve Duygusal Sorunları' (2005) 12(3) Çocuk ve Gençlik Ruh Sağlığı Dergisi. S. 130-140.

Birinci bölümde, çocuğun yüksek yararı kavramına yer verilmiştir. Bu kapsamda çocuğun üstün yararı ilkesinin tanımı yapılmış, ulusal ve uluslararası mevzuatta nasıl tanımlandığı ifade edilmeye, çocuğun yüksek yararının uygulamada hangi kavramlara karşılık geldiği ortaya konulmaya çalışılmıştır. İkinci bölüm, koruyucu aile kurumu konusuna ayrılmıştır. Bu kapsamda ilk olarak, koruyucu aile kurumunun tanımı, kapsamı, gelişimi ve hukuki niteliği, koruyucu aile kurumunun uygulamada bir sözleşme ile kurulduğunun kabulü halinde bahsi geçen sözleşmenin Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki üçüncü kişi yararına sözleşme olup olmadığı ve nihai olarak ivazlı bir sözleşme olup olmadığı hususu alt başlıkları ile birlikte ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölüm, çocuğun yüksek yararı ilkesi bağlamında koruyucu aile kurumu konusuna ayrılmıştır. Bu kapsamda ilk olarak, Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin (KAY) ve genel olarak kurumun çocuğun yüksek yararı bağlamında değerlendirilmesi ve nihai olarak uygulamada yaşanabilecek sıkıntılar ifade edilmeye çalışılmıştır.

I. ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ

A. Tanım

Çocuğun yüksek yararı kavramı, çocuk hukukunun en yüksek ilkelerinden birini oluşturan kavramlardan biridir. Bu ilkeye ilişkin gerek öğretide gerekse mevzuatta herhangi bir tanımlama mevcut değildir. Nitekim çocuğun yüksek yararı kavramı çok geniş bir uygulama alanına sahip olduğundan herhangi bir tanım yapılmaması ilkenin somut olaya uyarlanması bakımından hakime büyük bir esneklik sağlamaktadır. Öğretide de genel olarak ifade edildiği üzere kanun koyucuların, bu kavrama ilişkin özel bir tanımlama yapmaktan kaçınmasının temel sebebi, kavramın değişen toplumsal veriler ışığında tekrar yorumlanmasına imkan sağlamaktır².

Ulusal ve uluslararası hukukta somut olaya doğrudan uygulanabilecek düzenlemeler bulunmakla birlikte çocuğun yüksek yararı kavramı gibi esnek, hâkimin takdir yetkisinin uygulandığı, çerçevesi net bir şekilde ortaya konulmadığından somut olayın özelliğine göre uygulanması mümkün olan pek çok kavrama rastlamak mümkündür. Çocuğun yüksek yararı kavramı da bir haktan ziyade çocuk haklarının yaşama geçmesinde esas alınması gereken bir rehber niteliğindedir³. Bu kavram, somut olaya uygulanırken çocuğun yararına olacak şekilde karar ve-

² Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması* (7. Baskı, Pegem Akademi 2020) 53; İsmail Özmen, *Açıklamalı-İçtihatlı Velayet Hukuku Çocuk Hakları Aile ve Çocuk Mahkemeleri* (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2013) 33; Hayrunnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)* (7. Baskı, Oniki Levha 2024) 25; Mehmet Köksal ve Dilşah Büşra Kartal, 'Türk Medeni Kanunu ve Çocuk Koruma Kanunu Kapsamında Çocuğun Yüksek Menfaatini Koruyucu Önlemler' (2025) (265) *Legal Hukuk Dergisi* 3, 3, 6-7.

³ Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2005) 49; Erol Karaaslan, 'Çocuk için Bir Bakış: "Çocuğun Üstün Yararı" ile "Dinlenilme Hakkı" Kavramlarının AİHM ve İç Hukukumuzda Görünümü' (2020) 94(4) *İstanbul Barosu Dergisi* 79, 85-87.



rilmesi, bir menfaat çatışması söz konusu olduğunda çocuğun yanının tutulması şeklinde anlaşılmaktadır⁴.

B. Kapsam

Çocuğun yüksek yararı kavramı ile çocuğun kısa vadeli, dar ve bencil çıkarından ziyade uzun vadeli, geniş kapsamlı ve gelecekteki toplumsal çevre içerisindeki yararı ifade edilmeye çalışılmıştır. Kavram ile çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, kültürel, ahlaki, hukuki ve ekonomik bakımdan sağlıklı, dengeli ve özgür bir biçimde geliştirilmesi ve korunup kollanması amaçlanmaktadır. Zira bu hususta çocuğun menfaati; bakım, korunma, refah ve katılım hakkını da içerisinde barındıran geniş bir çerçevede çizilmiştir.⁵ İlgili ilkenin uygulanması bakımından çocuk hakkında herhangi bir konuda karar verilmesi gerekirken eğer çocuk kendi hayatı hakkında bir karar verecek olsa idi nasıl bir karar verecek ise, o çocuk adına karar vermeye yetkili kimsenin de aynı yönde karar vermesi sağlanmalıdır⁶.

Çocuğun yüksek yararı kavramının, uygulama alanının çok geniş olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira hâkim takdir yetkisi çerçevesinde velayet hakkını kimin kullanacağını belirlenmesinde, velayet hakkı kendisine verilmeyen ebeveynin çocukla kişisel ilişki kurmasında, velayeti kullanan kişinin çocuğa bakma, onu yetiştirme ve temsil görevlerinin yerine getirilmesinde, soybağı uyuşmazlıklarında, çocuğa bakma ve yardım etme yükümlülüğünün kapsamının saptanmasında, evlat edinme kurumunun uygulanmasında, çocuğun koruyucu aileye verilmesinde aslında çocuğu ilgilendiren pek çok olayda bu kavramın esas alınması gerekmektedir⁷. Nihai olarak her bir kurumun temel amacı çocuğun refahının, esenliğinin ve onun için iyi olacak bir sonucun gerçekleşmesidir⁸.

Görüldüğü üzere çocuğun yüksek yararı uygulaması çok geniş bir kavramı ifade etmektedir. Çalışmamızda çocuğun yüksek yararı kavramının koruyucu aile kurumu bağlamında değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

C. Uluslararası Hukukta Çocuğun Yüksek Yararı

⁴ ibid 67; Çocuğun yüksek yararı ilkesinin uygulama şartları incelendiğinde temel olarak üç şarttan bahsetmek mümkündür. Bunlar; adli ve idari tüm işlemlerde çocuğun görüşünün alınması, kendisi hakkında karar verilmesi gereken durumlarda katılımının sağlanması ve fiziksel, duygusal, sosyal ve entelektüel gelişimini sağlamasına imkan sağlanmasıdır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Memduh Cemil Şirin, 'Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış', (2019) 4(8) Çocuk ve Medeniyet Dergisi 219, 235-236.

⁵ Köksal ve Kartal (n 2) 4.

⁶ Gülçün Elçin Grassinger, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (Oniki Levha 2009) 59; Özdemir ve Ruhi (n 2) 25; Akyüz (n 2) 54; Köksal ve Kartal (n 2) 5.

⁷ Serozan (n 3) 66; Özmen (n 2) 33.

⁸ ibid 66.

Çocuğun yüksek yararı kavramı, uluslararası hukuk sistemlerinde uzun süredir yer alan köklü bir ilkeyi ifade etmektedir. 1924 tarihli Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi ile kavramsal olarak çocuğun yüksek yararı ifadesine yer verilmiş olsa da çocukların hukuki bakımdan özel bir koruma altına alınması fikrine temel oluşturan bu bildiri ile ilgili ilke anlamsal olarak kendine ilk defa yer bulmuştur.⁹ Daha sonrasında ise 20 Kasım 1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi’nin¹⁰(Çocuk Hakları Bildirgesi) ikinci ilkesinde yer alan “... *Bu amaçla çıkarılacak yasalarda çocuğun en yüksek çıkarları gözetilmelidir.*” hükmü ile çocuğun yüksek yararı kavramına yer verildiği görülmektedir. Bunun yanında 18 Aralık 1979 tarih ve 34/180 sayılı kararıyla kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nin¹¹ 5. maddesinin b bendinde; “... *yani çocuğun menfaatlerinin her durumda öncelik taşıdığını da içermesini sağlamak*”, 16. maddenin 1(d) bendinde “... *her hal ve karda çocukların menfaatlerine üstünlük tanınır*” düzenlemelerine yer verilmiştir.

Uluslararası hukuk sistemlerinde çocuk haklarının korunmasına ilişkin yapılan en önemli düzenlemelerin başında 20 Kasım 1989’da kabul edilen ve 49. maddesi uyarınca 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (Birleşmiş Milletler Sözleşmesi)¹²¹³ gelmektedir. Zira Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ile çocuğun yüksek yararı, çocukları ilgilendiren her

⁹ Zeynep Hazar, ‘İnsan Hakları Çatışmalarının Çözümlemesinde Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin İşlevi: Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme’ (2022) 26(2) 647, 649.

¹⁰ Tam metin için bkz. ‘Çocuk Hakları Bildirgesi’ (Çankaya Kaymakamlığı), <<http://cankayakaymakamligi.gov.tr/cocuk-haklari-bildirgesi>> Erişim Tarihi 4 Eylül 2025.

¹¹ Tam metin için bkz. T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, ‘Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve İhtiyari Protokolü’ (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 11 Şubat 2020) <<https://www.aile.gov.tr/media/35256/kadinlara-karsi-her-turlu-ayrimciligin-onlenmesi-sozlesmesi-ve-ihyari-protokolu.pdf>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2025.

¹² Sözleşmenin tam metnine ulaşmak için bkz. ‘Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’ (UNICEF Türkiye) <<https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>> Erişim tarihi 5 Eylül 2025; Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Avrupa çocuk hakları hukukunun büyük ölçüde temel aldığı bir metindir. Sözleşme, çocuk haklarının gelişmesinde büyük ölçüde rol oynamış, Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği büyük ölçüde sözleşmenin etkisi altında hareket etmiştir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. ‘Çocuk Hakları ile İlgili Avrupa Hukuku El Kitabı’ (İnsan Hakları İzleme, 2015) <file:///C:/Users/busra.may/Downloads/5ca1aa0428189711249469%20(1).pdf> Erişim tarihi 6 Eylül 2025

¹³ Türkiye sözleşmeyi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış, sözleşmenin onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin 9 Aralık 1994 tarih ve 4058 sayılı Kanun (Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4058, Kabul Tarihi: 09.12.1994, RG 11.12.1994/22138); 11 Aralık 1994 tarih ve 22138 sayılı Kanun ile Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. 27 Ocak 1995 tarih ve 22184 sayılı Resmi Gazete’de Sözleşme’nin onaylanmasına ilişkin 94/6423 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Sözleşme’nin resmi Türkçe çevirisi yayımlanmış ve 4 Mayıs 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir

iş ve davada göz önüne alınması gereken bir ölçüt olarak düzenlenmiş ve çocuk haklarına uluslararası bir yasa gücü kazandırılmıştır.¹⁴¹⁵

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin¹⁶ 3. maddesinde “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir*” düzenlemesi yer almaktadır. Sözleşme'nin 3. maddesinin 1. paragrafı çocuğa kendisini ilgilendiren tüm meselelerde, özel veya kamu alan ayırımı fark etmeksizin, yüksek yararını birinci planda tutma hakkını tanımaktadır. Bunun yanı sıra Sözleşme, çocuğun yüksek yararı ilkesini, çocuğa ilişkin tüm hakların yorumlanmasında ve somut olaya uyarlanmasında esas alınması gereken dört temel ilkeden biri olduğunu ifade etmiştir¹⁷. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, bütünüyle incelendiğinde, hakların hiyerarşik olarak sıralanmadığı, öngörülen tüm hakların nihai amacının çocuğun üstün yararı ilkesinin yerine getirilmesi olduğu görülmektedir¹⁸. Çocuğun yüksek yararı kavramına Sözleşme'nin başka maddelerinde de yer verilmektedir; ana babadan ayrılmayı düzenleyen 9. madde, ailenin yeniden birleşmesini düzenleyen 10. madde, ana babanın sorumluluklarını düzenleyen 18. madde, aile ortamından yoksun kalma ve alternatif bakımı düzenleyen 20. madde, evlat edinmeyi düzenleyen 21. madde¹⁹.

D. Türk Hukukunda Çocuğun Yüksek Yararı

Çocuğun yüksek yararı ilkesinin düzenlendiği en önemli metinlerden bir tanesi olan Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Türkiye tarafından da imzalanmış²⁰ ve ge-

¹⁴ Özge Yücel, ‘Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi’ (2013) 1(2) Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117, 125; Hazar (n 8) 650.

¹⁵ Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ile çocuklara tanınan hakların korunabilmesi için yargı önünde onlara usule ilişkin belli haklar tanıyan ve 25.01.1996 tarihinde imzalanan Çocuk Haklarının Kullanılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi 18.01.2001 tarihinde Türkiye tarafından onaylanmıştır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Yücel (n 13) 126.

¹⁶ Elbette bu sözleşme de tüm diğer uluslararası sözleşmeler nasıl değerlendirilecek idiyse o şekilde değerlendirilecektir. Bu nedenle işlevi daha ziyade, Anayasa ve kanun kurallarına yol gösterici niteliktedir. Ancak bir salt bir iyiniyet bildirisi olduğunun kabulü de mümkün değildir. Nitekim bu Sözleşme'ye imza atan devletlerin diğer tüm uluslararası sözleşmelerde olduğu gibi yükümlülükleri açıktır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan (n 3) 65.

¹⁷ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, ‘BM Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorum No. 14: Çocuğun Yüksek Yararının Birinci Planda Dikkate Alınması Hakkı’ (İnsan Hakları İzleme Merkezi, 2013) <https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=738> Erişim Tarihi 5 Eylül 2025 3.

¹⁸ ibid, 3; Özdemir ve Ruhi (n 2) 24; Hazar (n 8) 651.

¹⁹ İlayda Zeynep Suata, *Çocuk Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021) 59; Genel Yorum No. 14, 3.

²⁰ 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmış sözleşmenin onaylanmasının uygun bulunduğuyla ilişkin 9 Aralık 1994 tarih ve 4058 sayılı Kanun ile 11 Aralık 1994 tarih ve 22138 sayılı Kanun ile Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Anayasa’nın Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma başlıklı 90. Maddesinin beşinci fıkrasında “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı

tirdiği en önemli yeniliklerden birisinin, çocuğun, onurlu ve saygın bir varlığa haiz, bağımsız bir kişilik olarak kabul edilmesine sağladığı önemli katkı olduğunu söylemek mümkündür²¹. Bu kapsamda Sözleşme’nin, imza atan ülkelerin çocuk hakları ve çocuğun korunması hukukuna karşı bakış açısını tamamiyle farklı bir yöne çevirdiğini kabul etmek gerekmektedir.

Ancak mevzuatımızda çocuğun üstün yararı kavramına ilişkin özel bir düzenleme bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bu durum elbette hukuk sistemimizde çocuğun yüksek yararı ilkesinin uygulanmadığı anlamına gelmez. Bugün yürürlükteki mevzuat çerçevesinde çocuk hukukunda devreye girecek ilk ilke Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen sosyal devlet ilkesidir. Nitekim sosyal devlet ilkesinin en önemli uygulama alanlarından bir tanesini de çocukların korunmasına ilişkin getirilen düzenlemeler oluşturmaktadır²². Sosyal koruma kuralları bir bütün halinde, diğer öznelerle karşı görece zayıf konumda olan çocuğun korunması söz konusu olduğunda çocuğun yanında olacak şekilde bir tutum sergilemektedir²³. Ayrıca Anayasa’nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesinin üçüncü fıkrasında çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmeyeceği ifade edilmiştir. Anayasa’nın 41. maddesinde çocukların korunması bağlamında karşılaşılan tüm sorunlarda devletin bu amacın gerçekleştirilmesi amacıyla çocuktan yana, onu koruyucu bir tavır alma zorunluluğu bulunduğu ifade edilmiştir.²⁴ Bu kuralların yanı sıra Anayasa’nın 61. maddesinde devletin korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alacağı, 50. maddesinde küçüklerin çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağı, 62. maddede devletin yabancı ülkelerde çalışanların çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alacağı, 141. maddede küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulacağı ifade edilmiş, bu hükümlerinin de çocuğun üstün yararını esas alan düzenlemelerin içerisinde yer aldığının belirtilmesi gerekmektedir²⁵.

Bu genel ilkelerin yanı sıra çocuğun yüksek yararı kavramı özellikle Türk Medeni Kanunu’nda velayetin kullanılması, çocuk ile kişisel ilişkinin düzenlen-

konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” hükmü yer almaktadır. Bu sebeple, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin tüm uluslararası sözleşmelerin zayıflığını bünyesinde taşıdığı, kurallarının dolaysız bir yürürlüğe elverişli bir açık seçiklikten uzak olduğu şeklinde bir eleştiri yapılırsa dahi, Sözleşme’nin imza atan devletleri yükümlülük altına sokan bir anlaşma olduğunu söylemek mümkündür.

²¹ Serozan (n 3) 50; Hazar (n 8) 653-654.

²² Serozan (n 3) 35; Yusuf Solmaz Balo, *Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulanması* (2. Baskı, Seçkin 2009) 86-87.

²³ İlknur Serdar, ‘Koruyucu Aile’ (2000) (Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan) 467, 471.

²⁴ Serozan (n 3) 65.

²⁵ Serozan (n 3) 36; Balo (n 21) 87.

mesi, evlat edinme ve soybağı uyuşmazlıklarında esas alınacak temel ilkedir ve buna ilişkin ilgili kanunda pek çok düzenleme mevcuttur.²⁶

Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK), çocuğun korunmasını gerektiren durumlarda devletin ve sosyal hizmet kuruluşlarının yerine getirmesi gereken yükümlülükleri düzenleyen bu aşamada da çocuğun yüksek yararını esas alan²⁷ özel nitelikte bir kanundur²⁸. ÇKK'nun temel ilkeler başlıklı dördüncü maddesinde “çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi” ilkesinin yer aldığı ifade edilmiştir. Kanun'un diğer maddelerinde ise “çocuğun yararı” veya “çocuğun menfaati” ifadeleri kullanılarak çocuğun üstün yararı kavramına değinilmiştir. Bunlar; Kanun'un 8. maddesinde “çocuğun menfaatleri bakımından” ifadesine, 22. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca “*yararı gerektiği takdirde*”, 31. maddesinin beşinci fıkrasına göre “çocuğun yararına aykırı olacağını gösteren nedenlerin varlığı halinde”, 41. maddenin ikinci fıkrasına göre “çocuğun yararına aykırı olduğuna kanaat getirilirse” şeklinde belirtilebilir. ÇKK'nın 47. maddesine dayanılarak hazırlanan Çocuk Koruma Kanunu'na Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik'in²⁹ “Koruyucu ve destekleyici tedbirler” başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun yararı göz önünde bulundurularak...*” hükmü ile alınacak tedbirlerde çocuğun yararının esas alınacağı açıkça ifade edilmiştir. Bahsi geçen düzenlemelerin yanısıra, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun Ek 9. maddesinde yer alan “*Haklarında korunma, bakım veya barınma tedbiri kararı alınarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına ait sosyal hizmet kuruluşlarına yerleştirilmiş olan çocukların, yüksek yararları gözetilmek kaydıyla, ...*” hükmü ile haklarında tedbir kararı alınarak sosyal hizmet kuruluşlarına yerleştirilmiş olan çocuklar hakkında verilecek kararlar bakımından çocuğun yüksek yararı ilkesinin esas alınacağı ifade edilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında; çocuğun yüksek yararı kavramının hukuk sistemimizde pek çok düzenlemede yer aldığı ve yargı içtihatlarında³⁰ da uygulama alanı bulduğu açıkça görülmektedir. Ancak çalışmamızın temelinde

²⁶ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Yücel (n 13) 127; Velayet düzenlemesi yapılırken esas alınması gereken temel ilke çocuğun üstün yararı ilkesidir. Buna ilişkin yargı kararları hakkında daha fazla bilgi için bkz. Karaarslan (n 3) 99-109; Duygu Duran, ‘Çocuğun Üstün Yararı İlkesi Kapsamında Türk Medeni Kanunu ve Çocuk Koruma Kanunu Hükümlerinin Uygulamaya Yansımaları’, (2025) 37(177) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 127, 130; Serozan (n 3) s. 66; Özmen (n 2) 33; Özdemir ve Ruhi (n 2) 6; Köksal ve Kartal (n 2) 5.

²⁷ İlgili kanun nihai olarak çocuğun yüksek yararı neyi gerektiriyorsa onun yerine getirilmesini amaçlamaktadır. Bu sebeple ilgili ilke, yasanın özünü oluşturmaktadır. Bkz. Yücel (n 13) 128.

²⁸ Duran (n 25) 130; Yücel (n 13) 128.

²⁹ ÇKK'na Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik, RG 24.12.2006/26386.

³⁰ İlgili karar örnekleri hakkında bkz. Duran (n 25) 137-138.

koruyucu aile kurumu yer aldığından çocuğun üstün yararı kavramının koruyucu aile kurumu bakımından değerlendirilmesi esas alınmıştır.

II. KORUYUCU AİLE KURUMU

A. Genel Olarak

Çocukların, fiziksel, duygusal, sosyal ve zihinsel olarak gelişimlerinin sağlanabilmesi için sağlıklı bir aile ortamında bulunmaları gerekmektedir. Bu kapsamda her çocuğun aile yanında gelişimini tamamlayabilmesi temel bir hak olarak görülmüş ve bunu sağlamak hususunda devlet yetkili kılınmıştır³¹.

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 21 No'lu "Sokak Ortamındaki Çocuklar" başlıklı Genel Yorumu³² ile çocuk hakları temelli bir yaklaşım çerçevesinde ilgili Sözleşmeye uygun önleyici tedbirler alınması ve müdahale faaliyetlerinin yürütülmesi hususunda devletlere yönelik bağlayıcı nitelikte rehber ilkeler yer almaktadır³³. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 20. maddesi uyarınca, devletin geçici veya sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan her çocuğa alternatif bakım sağlamak zorunda olduğu ifade edilmiştir. Bu bakım türlerinden bir tanesini de koruyucu aile bakımı oluşturmaktadır.³⁴ Alternatif bakım türlerinin uygulanması hususunda devletlerin, mevzuat, düzenleme ve politika direktifleri aracılığıyla, yerleştirmelerde, bakım planlarının geliştirilmesi ile gözden geçirilmesinde ve aileye yapılan ziyaretlerde çocukların görüşlerinin alınması ve göz önünde bulundurulması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca devletler kurum bakımının son çare olduğunu gözden kaçırmamalı, çocukların gereksiz yere alternatif bakıma yerleştirilmemesini sağlamalı ve eğer bu bakım modelinin uygulanması kaçınılmaz ise bu çocuk haklarına saygı duyarak ve onların öncelikli yararına olacak şekilde uygulanmalıdır³⁵. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 12 No'lu "Çocuğun Görüşlerinin Dinlenilmesi Hakkı" başlıklı Genel Yorumu³⁶ ile taraf devletlerin mevzuat, yönetmelik ve politika yönergeleri ile koruyucu aile veya kurum bakımına yerleştirme hususlarında çocuğun görüşlerine başvurulması-

³¹ Hacı Adil Ergin, 'Çocuk Refah Sisteminde Aile Yanında Bakım Modelleri' iç Fikret Yaman ve Cezmi Ervüz (edr), *Çocuk Koruma Sistemleri: Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla* (Nobel Aralık 2022) 240.

³² Çocuk Hakları Komitesi, '21 No'lu Genel Yorum (2017) Sokak Ortamındaki Çocuklar BM Belgesi CRC/C/GC/21', (UNICEF Türkiye, 21 Haziran 2017) <<https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2025 1.

³³ ibid 1.

³⁴ Genel Yorum No 21 (n 31) 30.

³⁵ Genel Yorum No 21 (n 31) 31.

³⁶ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, 'BM Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorum no. 12: Çocuğun Katılım Hakkı BM Belgesi CRC/C/GC/12' (İnsan Hakları İzleme, 2009) <https://insanhaklarizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=435> Erişim Tarihi 8 Eylül 2025 18.



nın ve bu görüşlerin değerlendirmeye alınmasını sağlanmasının tavsiye edildiği görülmektedir³⁷.

BM A/RES/64/142 sayılı Üçüncü Komite Raporu 64/142 Çocukların Alternatif Bakım Kılavuzunda da koruyucu aile yanına yerleştirme ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. İlgili maddeler uyarınca koruyucu aile yanına yerleştirme yetkisine sahip kurumun; ailenin mali durumu ve diğer özellikleri göz önünde bulundurarak çocuğun bu ailenin yanına yerleştirilmesine tüm ihtiyaçları değerlendiren bir puanlama sistemi oluşturması, bu alanda görev yapan personeli eğitmesi, ailenin çocuğu kabul etmeye hazırlanması sürecinde destek sağlanması ve her aşamada danışmanlık hizmeti sunabilecek birimlerin oluşturulması ile bu birimlerin süreç boyunca ulaşılabilir olmasının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir³⁸. Bu yükümlülükler doğrultusunda ulusal mevzuatımızda, koruyucu aile kurumu, temel olarak 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun (SHK) 23. maddesinde düzenlenmiş olup *"Mahkemece korunma kararı alınan korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda olduğu kadar Kurumun denetim ve gözetiminde bir 'Koruyucu Aile' tarafından da yerine getirilebilir."* hükmü ile ifade edilmiştir. Koruyucu aile kurumu, mahkemece hakkında korunma kararı alınan korunma ihtiyacı olan çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacına hizmet etmektedir. Korunmaya ihtiyacı olan çocuk SHK'da beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olup; ana veya babasız, ana ve babasız, ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan, ana ve babası veya her ikisi tarafından terkedilen, ana veya babası tarafından ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuğu; ÇKK'da ise *Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu*" ifade etmektedir. Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere korunma kararı, kanunun öngördüğü genel ve özel koşulları taşıyan çocukların, yetkili yargı mercilerince devlet tarafından korunma altına alınmasına ilişkin yargı kararını ifade etmektedir^{39,40}. Kural olarak velayet hakkı kapsamında, ana ve babanın çocuğun hem kişiliği hem de malları üzerinde yetki ve yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak bu hakkın kapsamı ve kullanımı ölçülülük ve çocuğun üstün yararı ilkeleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Velayet hakkı sahibi

³⁷ ibid 18.

³⁸ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 'Çocukların Alternatif Bakımına İlişkin Kılavuz BM Belgesi A/RES/64/142' (Elele Federasyonu, 24 Şubat 2010) <https://elelefederasyonu.org.tr/storage/app/media/docs/4_bm_alternatif_bakim.pdf> Erişim Tarihi 6 Eylül 2025.

³⁹ Ali Naim İnan, 'Çocuk Hukuku Bakımından Korunma Kararı, Koruma ve Emniyet Tedbiri Kavramları' (1996) 5(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 2.

⁴⁰ Korunma kararının alınmasını gerektiren koşullar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. İnan (n 38) 2-4.

kimselerin buna aykırı bir davranışta bulunulması halinde⁴¹ çocuğun bu neticeden zarar görmesi muhtemeldir. Bu nedenle kanun koyucu, çocuğun zarar görmesini önlemek ve korunmasını sağlamak amacıyla hakime çeşitli yetkiler tanımıştır.⁴²

Korunma ihtiyacı olan çocuk veya korunma kararını içermese de çocukların korunmasına ilişkin TMK'nın 346. maddesinde "Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır." hükmü yer almaktadır.⁴³ TMK'nın devamı maddelerinde ise çocuğu koruyucu önlemler olarak, kanun koyucu durumun ağırlığına göre hafif önlemlerden başlayarak daha ağır önlemlere kadar bir koruma sistemi öngörmüştür. Bu bağlamda, koruyucu aile kurumu da bu amacı gerçekleştirmek için hakimın başvurabileceği uygun koruma önlemlerinden bir tanesidir.⁴⁴ Zira burada temel amaç, velayet hakkına sahip olan ana ve babanın cezalandırılması değil, çocuğun en iyi şekilde korunabilmesidir.⁴⁵ Önemle belirtmek gerekir ki, çocuğun aile yanından alınması gerekli araştırmalar neticesinde verilebilecek çocuğun hayatını doğrudan etkileyecek nitelikte ağır bir tedbir kararıdır. Bu nedenle burada tehlikenin başka giderilememesi yani bu hususun gerekliliğinin somut olarak ortaya konması gerekmektedir. Kanun koyucu, çocuğun korunmasını sağlamak amacıyla, velayet hakkına müdahale edebilme ve koruyucu önlemleri uygulayabilme yetkisini yetkili kişi ve kurumlara devretmektedir⁴⁶. Hâkim, korunmaya ihtiyacı olan çocuk için bir koruyucu ve destekleyici tedbire hükmederken tüm toplum kaynaklarına başvurabilme yetkisine sahiptir, bu hususta kanunda sayılan tedbirler hâkim için bağlayıcı değildir. Hâkim çocuğun yüksek yararının gerektirdiği durumlarda kanunda yer almayan, hakkaniyete uygun bir tedbire de karar verebilecektir⁴⁷.

TMK'nın ilgili maddelerinde öngörülen koruyucu önlemler, çocuğun korunması bakımından temel hukuki çerçeveyi belirlerken; bu önlemlerin hayata geçirilmesi SHK kapsamında yetkili kurumlar tarafından sağlanmaktadır. Nitekim söz konusu Kanun'un 21. maddesinde korunma kararı verilecek kimseler hakkında tespit ve incelemeye yetkili kurumun başlangıçta Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü olduğu ifade edilmiş, 633 sayılı Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hük-

⁴¹ Başak Baysal, 'Çocuğun Üstün Yararı İlkesi ve Koruyucu Aile Kurumu' (2012) 8(95-96) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 7, 13.

⁴² Balo (n 21) 87; Köksal ve Kartal (n 2) 19.

⁴³ Kübra Sümeyra Çetin Bobuş, Türk Hukuk Sisteminde Koruyucu Aile Sözleşmesi, (Adalet Yayınevi 2023) 19; Burada kanun koyucunun aile mahkemesi hakimine geniş yetkilere tanıdığı görülmektedir. Ancak bu yetkinin sınırını da çocuğun yüksek yararı ilkesi oluşturmaktadır. Bkz. Karaarslan (n 3) 104.

⁴⁴ Baysal (n 40) 15.

⁴⁵ Sevgi Usta, *Çocuk Hakları ve Velayet*, (1. Baskı, Oniki Levha 2012) 175; Köksal ve Kartal (n 2) 8.

⁴⁶ Özdemir ve Ruhi (n 2) 93; Balo (n 21) 87-88.

⁴⁷ Baysal (n 40) 17; Usta (n 42) 176; Köksal ve Kartal (n 2) 8, 19-20.

münde Kararname'nin⁴⁸ 35. maddesinde “Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğüne ... yapılan atıflar Bakanlığa” hükmü gereği ilgili kurum ifadesinden Bakanlığın anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁹

Korunmaya ihtiyacı olan⁵⁰ çocukların bakımı, devlet tarafından mevzuatta belirtilen koruma önlemleri aracılığıyla sağlanmaktadır. Türkiye’deki çocuk koruma sisteminde halen uygulanmakta olan bakım ve koruma yöntemleri çocuğun ailesi ve yakınları yanında bakımı ve korunması, kurum bakımı, evlat edindirme ve koruyucu aile yöntemleridir.⁵¹ Türkiye’de bakım türleri incelendiğinde koruyucu aile kurumuna kıyasla kurum bakımının hala büyük oranda tercih edildiği görülmekle kullanımının teşvik edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. ⁵²Oysa Çocuk Hakları Bildirgesi’nin 6. ilkesinde “Çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu gelişmesi için sevgi ve anlayışa gereksinimi vardır. ... Ailesiz ve yeterli destekten yoksun çocuklara özel bakım sağlamak, toplum ve kamu makamlarının ödevidir. Çok çocuklu aile çocuklarının korunması amacıyla devletçe ve başka kaynaklardan yardım sağlanır.” hükmü yer almaktadır. Devlet çocuğun korunmasında ilk olarak onu doğal ortamında ailede yetiştirilme imkanlarını araştırmalıdır⁵³. Zira ÇKK’nın 4. maddesinde “Tedbir kararı verilirken kurumda bakım ve kurumda tutmanın son çare olarak görülmesi, kararların verilmesinde ve uygulanmasında toplumsal sorumluluğun paylaşılmasının sağlanması,”⁵⁴ hükmü yer aldığından ancak ailesinin bulunmadığı veya ailesi ile yaşamasının mümkün olmadığı durumlarda aile dışında korunmasını sağlamalıdır. Çocuğun devlet eliyle korunmasında da aile ortamına benzer nitelikte bir koruma sisteminin tercih edilmesi gerektiği, günümüz şartlarında bu nitelikteki koruma tedbirinin de koruyucu aile kurumuna karşılık geldiği görülmektedir. Koruyucu aile; çocuğun sevgi, ilgi ve hoşgörü

⁴⁸ 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Kanun’un verdiği yetkiye dayanarak Bakanlar Kurulunca 03.06.2011 tarihinde Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının kurulması kararlaştırılmıştır.

⁴⁹ T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, ‘Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü | Kurum Hakkında’, (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) <<https://www.aile.gov.tr/chgm/teskilat-yapisi/kurum-hakkinda/>> Erişim: 2 Eylül 2025.

⁵⁰ 2828 sayılı Sosyal Hizmet Kanunu’nda korunmaya ihtiyacı olan çocuk ibaresi yerine 6972 sayılı Kanun’da korunmaya muhtaç çocuk kavramı kullanıldığından eski metinlerde korunmaya muhtaç çocuk ifadeleri yer almaktadır. 6972 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun’da yer alan korunmaya muhtaç çocuklar tanımı ile 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’nun korunmaya ihtiyacı olan çocuk kavramlarının benzer nitelikte olduğu görülmektedir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın Zevkililer, ‘Türk Hukukunda Korunmaya Muhtaç Çocuklar’ (1968) 25(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173, 178-184.

⁵¹ Ergün Yazıcı, ‘Türkiye’de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Bakım Yönteminde Yeni Yaklaşımlar’ (2014) 4(2) Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 247, 250.

⁵² Abdullah Karatay, ‘Türkiye’de Koruyucu Aile: Kökenleri, Gelişimi ve Bugünü’ (2017) (5) 389 Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 389, 392; Baysal (n 40) 7.

⁵³ Balo (n 21)88.

⁵⁴ Usta (n 42) 176.

ile bir aile ortamında büyümesi ve fiziksel, duygusal, sosyal ve zihinsel olarak sağlıklı gelişme göstermesi için ortaya çıkmış olan bir tedbirdir⁵⁵. Koruyucu aile kurumu, çocuk hakkında hükmedilen korunma kararı ortadan kalktığında çocuğun ana babasının yanına dönmesini amaçlayan⁵⁶ geçici mahiyette⁵⁷ bir tedbirdir. Koruyucu Aile Kurumunun Tanımı

Koruyucu aile, KAY'nin 4. üncü maddesinin h bendinde yer alan “*Bu Yönetmelikte belirlenen esas ve usuller çerçevesinde korunmayı gerektiren duruma göre belirlenen sürede, il müdürlükleri denetiminde, ödeme karşılığı ya da karşılıksız olarak çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini üstlenen, aile ortamında yaşamını sağlayan ... aileyi veya kişiyi,* ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Koruyucu aile, hakkında korunma kararı verilmiş ve biyolojik ailesinden bakım amacıyla alınmış bir çocuğun bakım ve korumasını gönüllü veya belli bir ücret karşılığı olarak üstlenmiş aileyi ifade etmektedir⁵⁸. Koruyucu aile, koruyucu aileler ile kanunla bu yetkiyi haiz kamusal merciler arasında yapılan bir düzenlemeye dayanan, sistemin merkezinde çocuğun yararı ve ailesiyle olan ilişkinin devamının sağlanması yer alan, denetime tabi olan, velayet hakkından bağımsız, bedelli veya bedelsiz olarak hükmedilebilen geçici bir kurumu ifade etmektedir⁵⁹. Bu kurum, çocuğun yüksek yararı esas alınarak koruyucu aileye sağlanan hizmetlerin yanında, çocuğun gelişiminin uzman kadrolar tarafından izlenmesini ve biyolojik anne-babayla ilişkisinin devamını da içermektedir⁶⁰.

Koruyucu aile kurumunun biyolojik aile, koruyucu aile ve çocuk olmak üzere üç temel öznesi bulunmaktadır. Çocuk için hâlihazırda sağlıklı olmayan biyolojik aile ortamının güvenli hale gelmesi ve çocuğun biyolojik ailesine dönmeye engel olan sorunların çözülmesi sürecine kadar çocuğun bakımı koruyucu aile tarafından sağlanmaktadır⁶¹. Biyolojik ailenin çocuk için güvenli hale gelip gelmediğinin anlaşılabilmesi için biyolojik ailenin de takip edilmesi ve yaşam koşulları ile aile ilişkilerinin çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişiminin gerçekleştirilebileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir⁶². Bu aşamada da çocuğun daha

⁵⁵ Serdar (n 22) 471.

⁵⁶ Ayşe Nur Kılınç, ‘Türk Hukukunda Koruyucu Aile Sözleşmesi ve Koruyucu Aile ile Çocuk Arasındaki Hukuki İlişkinin Değerlendirilmesi’ (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1217, 1239.

⁵⁷ Murat Aydoğdu, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme* (2. Baskı, Adalet 2010) 14; Dilşah Büşra Kartal, ‘Türk Hukukunda Koruyucu Aile Hizmeti’, Çocuk Hukuku I ve II Sempozyum Tam Metin Kitabı (Oniki Levha 2023) 201.

⁵⁸ Hayrunnisa Altın Şahin, ‘Koruyucu Aile ve Çocuk Arasında Kişisel İlişkinin Kurulması’ (2022) 4(2) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 680, 683-685; Kartal (n 54) 201; Ergin, s. 247; Köksal ve Kartal (n 2) 21.

⁵⁹ Baysal (n 40) 11.

⁶⁰ Karatay (n 49) 396.

⁶¹ Ergin (n 30) 247; Köksal ve Kartal (n 2) 21.

⁶² Ergin (n 30) 256.

kısa sürede biyolojik ailesinin yanına dönebilmesi amacıyla biyolojik ailenin sorunlarını giderici çalışmalar da yapılmalıdır⁶³.

Koruyucu aile kurumunun uygulanmasında temel olarak çocuğun ihtiyaçları esas alındığından, bu ihtiyaç doğrultusunda farklı koruyucu aile modellerinin somut olaya uygulanması mümkündür⁶⁴. Koruyucu aile kurumunun sistemine ilişkin bu modeller, Yönetmelik hükmünde düzenlenmiş ve bunlar; akraba ve yakın çevre koruyucu aile modeli, geçici koruyucu aile modeli, süreli koruyucu aile modeli ve uzmanlaşmış koruyucu aile modelidir. Korunma ihtiyacı bulunan çocuk için koruyucu aile kurumunun uygulanmasına karar verildiğinde, hangi modelin daha uygun olduğunun tespiti çocuğun yüksek yararı ilkesi esas alınarak yapılacak ve nihai olarak bu bakım türüne hükmedilecektir⁶⁵.

B. Koruyucu Aile Kurumunun Gelişimi

Çocukların gelişimi açısından kurum bakımının etkileri tartışılırken,⁶⁶ koruyucu aile kurumu hayatımızda giderek daha fazla yer almaya başlamıştır. Koruyucu aileye yerleştirme ifadesi yasal olarak ilk defa 1926 tarihli (Mülga) Medeni Kanun'un "Himaye tedbirleri" başlıklı 272. maddesi ve "Çocukların yerleştirilmesi" başlıklı 273. maddesi ile yer almış; bu maddelerde, hakkında korunma kararı verilen çocukların mahkeme kararıyla bir kuruma veya koruyucu aile yanına yerleştirilebileceği belirtilmiştir⁶⁷. 1930 tarihli Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 159 ile 161. maddeleri ile de çocukların ailelere bakılmak üzere verilmesi yetkisi belediyelere tanınmıştır⁶⁸. 23 Mayıs 1949 tarihinde ise 5387 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkındaki Kanun yürürlüğe girmiş ve bu kanunun yerini 15 Mayıs 1957 tarihli 6972 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkındaki Kanun almıştır.

23 Mayıs 1949 tarihli 5387 sayılı Kanun'un 1. maddesinde "*Beden, ruh, ahlâk gelişmeleri tehlikede olup ana ve babasız, ana ve babası belli olmıyan ve Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre haklarında korunma tedbirleri alınmasında zaruret görülen çocukların mahkeme kararıyla ve reşit oluncaya kadar bu kanunla*

⁶³ Üstüner, Erol ve Şimşek (n 1) 139.

⁶⁴ Koruyucu aile hizmeti, bu hizmetin bir aile veya tek bir kişi tarafından veriliyor olması ya da ücret karşılığı veya ücretsiz bir şekilde veriliyor olmasına göre farklı türlere ayrılmaktadır. Elbette bunun ötesinde KAY'nin 4. maddesinde de farklı koruyucu aile türlerine yer verilmektedir. Daha ayrıntılı bilgi için Şahin (n 55) 685.

⁶⁵ Bakım modellerine ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ergin (n 30) 248-249; Yazıcı (n 50) 257-258.

⁶⁶ Kurum bakımının çocuklara etkilerine ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Sevda Taştekel, 'Korunmaya Muhtaç Çocuklara Yönelik Bakım Yöntemleri' (1992) 8(1) *DEÜ İİBF Dergisi*, s. 315-318; Karatay (n 49) 405;

⁶⁷ Recep Doğan, 'Bir Koruma Tedbiri Olarak Koruyucu Aile Kurumu ve Koruyucu Aile Yönetmeliği' (2013) (2) Ankara Barosu Dergisi 147, 149; Karatay (n 49) 408.

⁶⁸ Karatay (n 49) 408.

belli edilen şartlar içinde bakılma ve yetiştirilerek meslek sahibi edilmeleri köy ihtiyar heyetleri, mahallî belediyeler, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ve Millî Eğitim Bakanlığınca sağlanır.”, 2. maddesinde “*Mahkemece; çocuğun durumu, hangi şahıs, aile veya müesseseye tevdi edileceği, mevcut emvali varsa kimin tarafından idare edileceği tâyin edilir.*” ve 3. maddesinde “*ikinci madde hükmüne göre mahkemece, bir çocuk köyde bir şahıs, bir aile veya bir müesseseye verilirse, o çocuğun bakımına, korunmasına, iş ve güç sahibi edilmesine, köy muhtar ve ihtiyar heyeti nezaret eder.*” hükümleri yer aldığından burada korunmaya muhtaç çocuğun koruyucu aile bakım modelinden faydalanabilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaktadır. 5387 sayılı Kanun’un yeterli görülmemesi üzerine 15 Mayıs 1957 tarihli 6972 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkındaki Kanun çıkarılmış ve Kanun’un 1. maddesinde korunmaya muhtaç çocuk “*Beden, ruh ve ahlâk gelişmeleri tehlikede olup: ana ve babasız, ana ve babası belli olmıyan, ana ve babası tarafından terk edilen, ana ve babası tarafından ihmal edilip fuhşa, dilenciliğe, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanmaya veya serse-riliğe sürüklenmek tehlikesine mânız bulunan, Çocuklara (Korunmaya muhtaç çocuklar) denir.*” şeklinde tanımlanmıştır. 3. maddesinde ise “*Mahkeme, evrakı gönderilen çocuklardan korunması icabedenlerin durumlarını göz önünde bulundurarak hangi şahıs, aile veya müesseseye tevdi edilmeleri gerektiği hususunda, icabeden tedbir kararını ittihaz eder.*” düzenlemesi ile koruyucu aile bakım tedbirinin uygulanabilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç duyulduğu açıkça ifade edilmiştir⁶⁹. 1961 yılına gelindiğinde ise Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ile UNICEF arasında imzalanan bir Protokol uyarınca bir program geliştirilmiş ve korunma altındaki çocuklar ile uygun bulunan aileler arasında bir koruyucu ailelik kurumu tesis edilmeye çalışılmıştır⁷⁰.

İncelenen her iki kanun hükmüne de bakıldığında, koruyucu aile kurumunun bir koruma tedbiri olarak değerlendirildiği ve korunmaya muhtaç çocuk bakımından ilgili kurumun işletilebilmesi için bir hakim/mahkeme kararına ihtiyaç duyulduğu anlaşılmaktadır⁷¹. 27 Mayıs 1983 tarihli 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu ile korunmaya muhtaç çocuklara ilişkin sosyal hizmetlerin yürütülmesi hususunda tek yetkili kurumun Sosyal Hizmetler

⁶⁹ Koruyucu ailenin hukuki gelişimine ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Sevgi Usta Sayıta, ‘Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile Yanına Yerleştirilmesi’ (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 1995) 21; Doğan (n 63) 152-161; Zevkliler (n 47) 172-173.

⁷⁰ Her iki kanunda da koruyucu aile kurumuna ilişkin madde yer almasına karşın bu hükümlerin uygulanmasına ilişkin yönetmelik düzenlemesi uzun yıllar mevzuatımızda yer almamıştır. Bkz. Karatay (n 49) 409.

⁷¹ Sayıta (n 67) 21-22; Ergin, s. 247.

⁷² 1962 yılında ise II. Milli Sosyal Hizmetler Konferansı düzenlenmiş olup burada koruyucu aile kurumu da ayrıntılı olarak incelenmiş ve bu konuya dair önemli tespitlerde bulunulmuştur. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Karatay (n 49) 407.

⁷³ Doğan (n 63) 156



Çocuk Esirgeme Kurumu olduğu ifade edilmiştir⁷⁴. Ancak ilgili hüküm 1 Temmuz 2005 tarihli ve 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 27. maddesiyle kaldırılmış, 2011 yılında 633 sayılı Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁷⁵ ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın kurulmasıyla birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'nun görevleri, sorumlulukları ve yetkileri Bakanlığa devredilmiştir⁷⁶. Buna ek olarak, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 69. maddesinde Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na bağlı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri düzenlenmiş olup görev ve yetkilerinden bir tanesini de 1 bendinde düzenlenen *evlat edindirme ve koruyucu aile hizmetlerini koordine etmek* oluşturmaktadır. Meydana gelen bu değişiklikler ile birlikte Sosyal Hizmetler Kanunu'nun 23 üncü maddesinde de korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinin kurumun denetim ve gözetiminde bir koruyucu aile tarafından da yerine getirilebileceği ifade edilmektedir. Ancak bahsi geçen hüküm ile koruyucu ailenin hukuki niteliğinin tespiti mümkün değildir. Kanun koyucu bu hüküm ile birlikte korunma ihtiyacı içindeki çocuğun koruyucu aile yanında bakımı ve yetiştirilmesi hususunda denetim ve gözetim yetkisinin kuruma ait olduğunu ifade etmektedir.

TMK'nın 347. Maddesinde korunmaya ihtiyacı olan bir çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilebilmesi için bir hâkim kararının gerektiğini açıkça belirtmiştir. Koruyucu aile kurumuna ilişkin düzenlemeler sadece Türk Medeni Kanunu ve Sosyal Hizmet Kanunu ile sınırlı kalmamış, 5395 sayılı ÇKK'da da buna ilişkin düzenlemeler olduğundan bahsetmek mümkündür. ÇKK'nın 5. maddesi ile koruyucu aile kurumunun koruyucu ve destekleyici tedbirler başlığı altında düzenlenen bir bakım tedbiri kararı olduğu kabul edilmektedir. Bu kararın alınmasına ilişkin olarak Kanun'un 7. maddesinde "Çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı; çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen çocuk hâkimi tarafından alınabilir." düzenlemesini içerdiğinden, koruyucu aile tedbirinin hâkim kararı ile hükmedildiği kabul edilmektedir⁷⁷.

Koruyucu aile kurumuna ilişkin sisteminin kurulması, işleyişi, tarafların hak ve yükümlülükleri, hizmetin sonlandırılması, koruyucu aile statüsünün iptal edil-

⁷⁴ Doğan (n 63) 157-158.

⁷⁵ 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanarak Bakanlar Kurulunca 03.06.2011 tarihinde Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının kurulması kararlaştırılmıştır.

⁷⁶ T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 'Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü | Kurum Hakkında', (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) <<https://www.aile.gov.tr/chgm/teskilat-yapisi/kurum-hakkinda/>> Erişim: 2 Eylül 2025.

⁷⁷ Doğan (n 63) 160.

mesi, koruyucu ailelere yapılacak ödemeler ve diğer hususların KAY ile ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir KAY'ın 3. maddesinde bu yönetmeliğin SHK'nın 22 nci ve 23 üncü maddeleri ile 3/6/2011 tarihli ve 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) ve (d) bentleri, 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (ç), (d) ve (ı) bentleri, 22 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi ile 28 inci ve geçici 6 ncı maddelerine dayanılarak hazırlanmış ifade edilmiştir. Anılı Yönetmelik'in 4. maddesinin h bendinde koruyucu aile sözleşmesi tanımlanmış, 5. maddesinde ise koruyucu aile hizmeti sürecinin Genel Müdürlüğün koordinasyonunda yürütüleceği ifade edilmiştir.

C. Koruyucu Aile Kurumunun Hukuki Niteliği

Mevzuattaki düzenlemeler dikkate alındığında koruyucu aile kurumunun İl Müdürlüğü ile koruyucu aile arasında imzalanacak bir sözleşme ile kurulacağı ifade edilmiş ise de doktrinde koruyucu aile kurumunun hukuki mahiyetine ilişkin farklı görüşlerin olduğunu söylemek mümkündür. Bunlardan ilki, Doğan'a⁷⁸ göre, korunmaya muhtaç çocuklar için devlet koruması altında olan bir çocuğun bakım ve yetiştirilmesinin koruyucu aile adı verilen kişi veya aile tarafından yerine getirilmesi, kamu hizmeti olarak değerlendirilmeli mi yoksa özel hukuk sözleşmesi olarak mı kabul edilmeli sorusu önemlidir; nitekim bahsi geçen sözleşme bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilirse, yönetmelikte taraflar arasında eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil edecek şekilde idareye verilen yetkiler bulunmaktadır. Sayıta'ya⁷⁹ göre, yerleştirme sözleşmesi, "çocuğun yüksek yararı" ilkesi esas alındığı için vekalet unsurları taşıyan bir isimli aile hukuku sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Koruyucu aile sözleşmesinin mahalli mülki amir onaylı bir belge olduğundan bahisle idari nitelik kazanmış olduğu görülmekle yine de kurum ile çocuk arasında bir alt-üst ilişkisi kurulmadığından idari sözleşme olmasının işin niteliğine uygun olmadığı ifade edilmiştir. Kurtuluş Akbulut⁸⁰'a göre, koruyucu aile kurumunda çocuğun refahına ilişkin hizmetlerin kamu hizmeti niteliğinde olması ve koruyucu aile olmak isteyen kimselerin Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından belirlenen sözleşme metnini imzaladığı, sözleşme hükümlerini değiştirme bakımından herhangi bir yetkiye sahip olmadığı görüldüğünden koruyucu aile sözleşmesinin bünyesinde yönetsel sözleşmenin unsurlarını barındıran ve sonuçlarını özel hukuk alanında doğuran, *sui generis* bir sözleşme olduğunun kabulü gerekmektedir. Kılınç'a⁸¹ göre de koruyucu aile sözleşmesinin vekalet unsurları ağır basan *sui generis* bir aile hukuku sözleşmesi

⁷⁸ Doğan (n 63) 164.

⁷⁹ Sayıta (n 67) s.93-94.

⁸⁰ Seda Kurtuluş Akbulut, 'Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Aracılığıyla Evlat Edinme ve Koruyucu Aile Kurumu' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2011) 105.

⁸¹ Kılınç (n 55) 1234.



olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Çetin Bobuş⁸²'a göre de koruyucu aile sözleşmesi çocuğun yüksek yararının korunmasını amaçladığından idari sözleşmenin unsurlarını içerisinde barındırır da bu sözleşmenin özel hukuk alanında sonuç doğuran kendine özgü bir aile hukuku sözleşmesi olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

İl müdürlükleri ile koruyucu aile arasında imzalanan ve koruyucu ailenin yükümlülüklerini kapsayan koruyucu aile sözleşmesinde çocuğun sözleşmenin tarafı olmadığı görülmektedir. Bu durum dikkate alındığında, doktrinde sözleşmenin Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 129. madde kapsamında üçüncü kişi yararına bir sözleşme olup olmadığı tartışılmaktadır. TBK'nın 129. maddesinde üçüncü kişi yararına sözleşme, kendi adına sözleşme yapan kişinin, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebileceği, üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremeyeceği şeklinde tanımlanmıştır. Koruyucu aile sözleşmesinde borçlu konumunda *koruyucu aile*, alacaklı konumunda *Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına* karşı sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğünü *korunma ihtiyacı olan çocuğa* (üçüncü kişiye) ifa edeceğini taahhüt etmektedir. Hatta korunma ihtiyacı olan çocuğun doğrudan doğruya alacak hakkı bulunduğu kabul edilmesi gerektiği, bu özelliği göz önüne alındığında sözleşmenin aslında tam üçüncü kişi yararına bir sözleşme niteliği taşıdığı sonucuna ulaşılmaktadır⁸³.

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 27. maddesinin 3. ve 4. Bentlerinde taraf devletlerin, ulusal durumlarına göre ve olanakları ölçüsünde, ana babaya ve çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere, çocuğun bu hakkının uygulanmasında yardımcı olmak amacıyla gerekli önlemleri alır ve gereksinim olduğu takdirde özellikle beslenme, giyim ve barınma konularında maddi yardım ve destek programları uygulayacağı ifade edilmiştir. İlgili hükümler uyarınca taraf devletlerin olanakları ölçüsünde ana babaya veya çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere maddi yardım ve destek programı uygulayabileceği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, ulusal mevzuatımızda da koruyucu ailenin, imzaladığı sözleşme çerçevesinde ödeme karşılığı veya karşılıksız olarak çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini üstleneceği açıkça belirtilmiştir.

KAY'ın 4. maddesinin b bendinde aylık bakım ödemesi, koruyucu aile hizmeti verildiği müddetçe koruyucu aile yanına yerleştirilen çocukların bakım, eğitim ve yetiştirilmelerine ilişkin harcamalara, çocukların kişisel gelişimleri için gerekli olan harçlıklarına karşılık olmak üzere talepte bulunan koruyucu ailelere ödenen

⁸² Çetin Bobuş (n 43) 49.

⁸³ Kılınç (n 55) 1234-1235; Çetin Bobuş (n 43) 50.

miktari, ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Yönetmelik'in 24. maddesi ve devamı maddelerinde koruyucu ailelere yapılacak ödemeler detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Mevzuatta bu düzenlemelere yer verilmesi koruyucu aile sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme olup olmadığı hususunda değerlendirme yapılmasını gerekli kılmaktadır. Aslında koruyucu aile, *korunmayı gerektiren duruma göre belirlenen sürede, il müdürlükleri denetiminde, ödeme karşılığı ya da karşılıksız olarak çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini üstlenen, aile ortamında yaşamını sağlayan, tercihen (j), (k), (s) bentlerinde tanımlanan eğitimlerden en az birini almış ve (a), (e), (r), (ş) bentlerinde tanımlanan modeller kapsamındaki aileyi veya kişiyi, şeklinde tanımlanmıştır.* Burada görüleceği üzere koruyucu aile kendisine sözleşme ile yüklenen yükümlülükleri bir ivaz karşılığında yerine getirmemektedir. Anılan Yönetmelik'te bir ücret ödemesinden bahsedilmiş ise de doktrinde de ifade edildiği üzere, bu talep edilebilen ücret gerçekleştirilen edimin gerçek bir karşılığı sayılmamaktadır. Ayrıca çocuğa ilişkin bakım yükümlülüğünün kaynağını velayet hakkı oluşturmaktadır, koruyucu ailenin de velayet hakkını haiz olmadığı bilindiğinden burada çocuğun bakım masraflarının devlet tarafından karşılanması söz konusudur.⁸⁴ Burada söz konusu olan, gönüllülük esasına dayalı ve çocuğun menfaatine yönelik bir edimdir; dolayısıyla gerçekleştirilen bu hizmetin para ile ölçülebilmesi mümkün değildir⁸⁵

Koruyucu aile kurumunun giderek yaygınlaşmasını sağlamak amacıyla belirlenen ücretin daha yüksek belirlenmesinin koruyucu aile bakımının gerektiği şekilde yapılmasına sebebiyet vereceğini ileri süren görüşler de mevcuttur. Ancak, bu miktar asıl amacın para olmasını engelleyecek şekilde belirlenmelidir. Bu noktada, çocukların gerekli şekilde bakımının sağlanabileceği miktar ile nihai amacın paraya indirgenmemesi arasında bir denge sisteminin kurulması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁶. Ayrıca, başlangıçta ödeme karşılığı yapılmamış bir sözleşme kapsamında olan koruyucu ailelerin, çocuğun masraflarının artması nedeniyle, ücret talep etmelerine de herhangi bir engel bulunmamaktadır⁸⁷.

III. ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ VE KORUYUCU AİLE KURUMU

A. Genel Olarak

Koruyucu aile kurumu, temel olarak, çocuğun fiziksel, zihinsel, duygusal ve sosyal olarak sağlıklı bir şekilde büyümesini sağlamak amacıyla geliştirilmiştir. Tüm bunların yanı sıra koruyucu aile bakımı ile çocukların güven ve süreklilik

⁸⁴ Baysal (n 40) 24; Köksal ve Kartal (n 2) 21.

⁸⁵ Kılınç (n 55) 1235-1236; Usta Sayita (n 67) 95; Serdar (n 22) 501.

⁸⁶ Serdar (n 22) 501.

⁸⁷ Usta Sayita (n 67) 107.

duygusuna herhangi bir zarar vermemek de amaçlanmaktadır⁸⁸. Koruyucu aile kurumu; çocuğun yüksek yararı, fiziksel ve ruhsal gelişimi açısından gerekliliği akademik çalışmalarla da desteklenmiş bir hizmet modelidir⁸⁹.

B. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi Kapsamında Koruyucu Aile Yönetmeliği

KAY ile çocuğun yüksek yararını gerçekleştirmek üzere konulan her bir maddenin önemi büyüktür; ancak bazı maddelerin özellikle çocuğun yüksek yararının sağlanması, koruyucu ailelerin sorumlulukları ve hizmetin etkin yürütülmesi bağlamında daha ayrıntılı incelenmesinin yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

KAY'ın 6. maddesi ile haklarında korunma kararı alınmış çocuklar ile ailelerin birbirleri ile eşleştirilmeleri hususunda bir değerlendirme raporu hazırlanması gerektiği, koruyucu aile adayı için bir sosyal inceleme raporu düzenlendiği, aile ve çocuğun özellikleri karşılaştırıldıktan sonra bir eşleştirme önerisi yapıldığı ve bu eşleştirme önerisinin de yazılı olarak komisyona sunulduğu ifade edilmiştir. Yönetmelik'in 8. maddesinin ilgili bendinde koruyucu aile olmak isteyen kimselerin bahsedilen suçlardan mahkûm olmadığına ilişkin bilgi ve belge talep edilirken çocuğun üstün yararından hareketle ifadesine yer verildiği görülmektedir. Başvurusu kabul edilen koruyucu aileler hakkında *kişilik özellikleri, evlilik ve sosyal ilişkileri, tek başına yaşayıp yaşamadığı, yaşantısının genel kabul görmüş toplum kural ve değerlerine uygun olup olmadığı, çocuk yetiştirme konusundaki yeterliliği, yaşları, diğer aile üyelerinin bu konudaki düşünceleri, iş ve ekonomik koşulları gibi çocuk ile koruyucu aile ilişkileri açısından önem taşıyan temel mesleki değerlendirme hususları dikkate alınarak sosyal inceleme yapılacağı* ve yapılan inceleme neticesinde hangi hizmet modelinin uygun olacağı belirlenerek ilgili dosya komisyona sunulmaktadır. 10. maddede ise Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından belirlenen konularda ve içerikte bir eğitimin koruyucu aile olmak isteyen kişilere verileceği ifade edilmiştir. İlgili eğitimler ayrıntısı ile incelendiğinde her bir koruyucu aile modeline uygun şekilde ayrı bir eğitimin verildiği görülmektedir⁹⁰.

Koruyucu aile hizmetinden yararlanacak çocuğun yerleştirilmesini düzenleyen 14. maddede düzenlenen hakkında tedbir kararı alınıp da kuruma yerleştirilen çocukların hâkim kararı olmaksızın bir sözleşme ile koruyucu aile yanına yerleştirilmesinin ÇKK'nun bakım tedbirini düzenleyen 5. maddesi ile çeliştiği, koruyucu aile kararının da ancak hakim tarafından verilebileceği bu nedenle ilgili düzenlemenin fonksiyon gaspı niteliğinde olduğu savunulmaktadır⁹¹.

⁸⁸ Kurtuluş Akbulut (n 78) 100.

⁸⁹ Leman Erdal, 'Türkiye'de sosyal politika ve koruyucu aile hizmet modeli' (2014) 2014(2) *Sosyo-Ekonomi*, 180; Zeynep Tezel, Barış Demirel ve Zuhal Şahin Kaya, 'Ailelerin Koruyucu Aile Olmaya Karar Vermelerinde Etkili olan Etmenler ile Koruyucu Aile Olmanın Anlam ve Önemi' (2018) 19(43) 15.

⁹⁰ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 'Koruyucu Aile Hizmeti', (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) <<https://www.aile.gov.tr/ss/cocuk-hizmetleri-genel-mudurlugu/koruyucu-aile-hizmeti/>> Erişim: 1 Eylül 2025.

⁹¹ Doğan (n 63) 167.

Koruyucu ailenin görev ve yükümlülüklerini düzenleyen yönetmeliğin 15. maddesinde ise çocuğun bakımı ve korunması hususunda koruyucu ailenin sorumlu olduğu ifade edilmiştir. TMK'da çocuğun genel, mesleki ve dini eğitimi hususundaki kararları almakla yetkili kılınan kişi/kişilerin velayet hakkı sahibi ana ve baba olduğu bilindiğinden velayet hakkının kaldırılmadığı durumlarda ana ve babanın çocuk hakkında aldığı kararların koruyucu aile tarafından uygulanması gerektiği, ancak velayet hakkının kaldırıldığı durumlarda ise sosyal çalışma görevlisi ile istişare edilerek bir karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁹².

İzleme esaslarını düzenleyen 16. maddede koruyucu aile ve yanına yerleştirilen çocuğun, sosyal çalışma görevlisi tarafından ilk yıl en az her ay bir defa olmak üzere düzenli olarak izleneceği, daha uygun hizmet modeline karar verilmesi amacıyla genel bir durum değerlendirmesi yapılacağı, çocuğun koruyucu aile yanında kalmasının uygun görülmesi durumunda ikinci yıldan itibaren izlemeler yılda en az dört defadan az olmamak üzere düzenli olarak yapılacağı, ifade edilmiştir. Ayrıca çocuğun öz ailesinin de izlendiği ve bu sürece ilişkin de ayrıntılı bir rapor tutulduğu görülmektedir. Zira koruyucu aile kurumunun nihai amacı, çocuğun gerekli koşullar oluştuğunda öz ailesinin yanına dönmesini sağlamaktır.

Yönetmelik'in 17. maddesinde koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun dosya bilgileri ve hakkında yapılan sosyal inceleme raporu doğrultusunda öz ailesine izinli verilebileceği düzenlenmektedir. Nitekim kişisel ilişki kurma hakkı, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 9. maddesinde ve Anayasa'nın ilgili maddesinde düzenlenmiş soybağı kurulmamış kişiler ile kişisel ilişki kurulması bakımından çocuğun kendisine bırakıldığı koruyucu ailenin bu duruma rıza göstermesi gerekliliği aranmaktadır.⁹³ İlgili hükümlerde de çocuğun menfaatinin esas alınması gerektiği çok açık bir şekilde ifade edilmiştir. 20. madde ile çocuğun yüksek yararına aykırı olacak düzenlemelerin meydana gelmesi halinde koruyucu aile hizmetinin sona erdirileceği ifade edilmiştir.

C. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi Kapsamında Koruyucu Aile Kurumunun Değerlendirilmesi

1. Olumlu Yönleri

Koruyucu aile, çocuğun aile ortamında büyümesi, fiziksel, sosyal ve zihinsel olarak da sağlıklı gelişmesi amacıyla ortaya çıkmış bir kurum olsa da⁹⁴ uygulamada korunma ihtiyacı olan her bir çocuk için koruyucu aile kurumunun işletilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle öncelikle uzmanlar tarafından korunma ihtiyacı içerisindeki çocuk hakkında bir inceleme yapılması, yapılan inceleme neticesinde

⁹² Kılınç (n 55) 1238.

⁹³ Kılınç (n 55) 1240.

⁹⁴ Şahin (n 56) 686.



çocuğun özellikleri ve gerçek ihtiyaçları gerektiriyor ise çocuk hakkında koruyucu aile hizmetinin uygulanmasına karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁹⁵.

Belirli sebeplerle korunma altına alınmış bir çocuk için iyi bir şekilde kurulmuş ve denetim mekanizmalarının işlediği bir sistem içerisinde koruyucu aile kurumunun yararlı olduğunu söylemek mümkündür⁹⁶. Zira çocukların psiko-sosyal gelişimlerini tamamlayarak toplum içerisinde sağlıklı bir birey olarak varlık gösterebilmeleri adına, kendilerini ait hissedebilecekleri, sevgi, saygı, kabul görme gibi değerleri kavrayabilecekleri bir aile ortamında yetişmeleri büyük önem arz etmektedir⁹⁷. Nitekim koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuk o ailenin bir parçası haline gelmekte ve taraflar arasında bir aile bağı oluşmaktadır.⁹⁸

Koruyucu aile hizmeti, çeşitli nedenlerle biyolojik ailesinin yanında bakımları bir süre için sağlanamayan çocukların uygun olduğuna kanaat getirildiği takdirde yararlanabildiği bir hizmet modelidir.⁹⁹ Çocuğun korunma ihtiyacının geçici olduğu ve biyolojik ailesine geri dönme ihtimalinin bulunduğu durumlarda koruyucu aile hizmet modeli, çocuğun biyolojik ailesine geri dönme durumu söz konusu değilse evlat edinme yoluna başvurulduğu görülmektedir.¹⁰⁰

Bu bağlamda çocuğun bu bakım modeline uygun olup olmadığının sosyal çalışmacı tarafından belirlenmektedir.¹⁰¹ Bakanlık tarafından yetkilendirilen uzman personel, koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun ihmal ve istismara maruz kalmasını önlemek amacıyla çocuğu, koruyucu aileyi ve biyolojik aileyi ilk bir yıl içerisinde her ay, ikinci yıldan itibaren ise 3 ayda bir ziyaretler yapılarak izlemektedir¹⁰². Yapılan bu izlemelerde çocukların psiko-sosyal gelişimleri ve eğitim durumları hakkında bilgi edinilmekte ve durumları değerlendirilmektedir.¹⁰³

Koruyucu aile bakım modelinin kurum bakımına kıyasla çocuğun davranışları üzerinde daha pozitif bir etki sağladığı görülmektedir. Koruyucu aile kurumunun korunma ihtiyacı olan çocukların yanı sıra, çocuğun biyolojik ailesine ve koruyucu aileye hatta koruyucu aile hizmetinin hususunda görevli olan kuruma da katkı sağladığı bilinmektedir. Nitekim biyolojik aile de süreç içerisinde sosyal çalışma görevlileri tarafından takip edilmekte ve sorunların çözülmesine ilişkin profesyonel bir destek sağlanmaya çalışılmaktadır. Ayrıca sorunun nihai anlam-

⁹⁵ Serdar (n 22) 471.

⁹⁶ Kurtuluş Akbulut (n 78) 109.

⁹⁷ Tezel, Demirel ve Kaya (n 86) 28; Şahin (n 56) 685-686; Koruyucu Aile Hizmeti (n 87).

⁹⁸ Kartal (n 55) 215.

⁹⁹ Koruyucu Aile Hizmeti (n 87).

¹⁰⁰ Hasan Şenocak, 'Korunmaya Muhtaç Çocuklara Sağlanan Bakım Yöntemleri' Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, (2006) 51, 177, 192.

¹⁰¹ Yazıcı (n 50) 258.

¹⁰² Erdal (n 86) 187.

¹⁰³ Koruyucu Aile Hizmeti (n 87).

da çözüme kavuşturulmasına kadar çocuk her ne kadar koruyucu aile hizmet modeli ile bir başka ailenin yanına verilse de çocuk ile biyolojik ailenin ilişkisinin devamı sağlanmaya çalışılmaktadır. Koruyucu aile bakımından da korunma ihtiyacı içerisindeki bir çocuğun korunabilmesi ve çocuk sevgisinin yaşanması bakımından faydalı olduğu görülmektedir.¹⁰⁴¹⁰⁵ Bu etkinin yanında koruyucu aile kurumunun, kuruluş bakımına kıyasla daha ekonomik bir bakım modeli olduğunun kabulü gerekmektedir¹⁰⁶.

Türkiye tarafından Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 44. maddesi uyarınca hazırlanan Birleştirilmiş 4. ve 5. Periyodik Ülke Raporu, Çocuk Hakları Komitesine 29 Mart 2019 tarihinde iletilmiş olup öncelikle aile ortamından yoksun çocukların haklarının taraf olunan uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuat gereğince teminat altına alındığı, korunmaya muhtaç çocuklara yönelik temel hizmet politikasının ise, çocukların kuruluş bakımına alınmadan önce aile odaklı hizmet modellerinden yararlandırılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca ailelerin ekonomik nedenlerle çocuklarının bakımını üstlenememeleri ve bu nedenle alternatif bakım modellerine başvurmaları durumunda çocukların korunma altına alınmaksızın ekonomik destek sağlanarak aile yanında kalmalarının sürdürülmesi sağlanmaya çalışılmaktadır¹⁰⁷. Alternatif bakım hizmetleri ile ilgili diğer hedeflerin ise kuruluş bakımında bulunan çocukların ailesi yanına döndürülmesi, biyolojik ailesi yanına dönüşü mümkün olmayan çocukların ise koruyucu aile hizmetinden faydalandırıldığı ifade edilmiştir¹⁰⁸. 2025 yılı itibariyle yayınlanan resmi istatistiklere göre; koruyucu aile yanındaki çocuk sayısı 10690, mevcut koruyucu aile sayısı 8952, toplantı sayısı 1371, başvuru sayısı 1226, koruyucu aile sayısı 864, koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuk sayısı 1639 olarak ifade edilmiştir¹⁰⁹.

Birleştirilmiş 4. ve 5. Periyodik Ülke Raporu'nun 25. maddesi ile yerleştirmenin periyodik takibinin yapıldığı, kurum bakımı, koruyucu aile, sosyal ekonomik destek ile aile yanında kalan çocuklar ve evlat edindirme hizmetlerinden yararlanan çocukların durumlarının mevzuat hükümlerinde belirtildiği şekilde

¹⁰⁴ Hatta Anayasa Mahkemesi "aile" kavramının karşılığının TMK ile sınırlı olmadığını vurgulamakta ve bazı kararlarında çocuk ile aile arasında aile bağlarının oluşabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2015/7216, 27.03.2019; Anayasa Mahkemesi, E. 2015/11579, 18.04.2019.

¹⁰⁵ Tezel, Demirel ve Kaya (n 86) 28.

¹⁰⁶ Ergin (n 30) 259.

¹⁰⁷ Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının geçmiş politikalarına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Erdal (n 86) 182-187.

¹⁰⁸ T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Türkiye Cumhuriyeti, 'BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 44. Maddesi Uyarınca Hazırlanan Birleştirilmiş Dördüncü ve Beşinci Periyodik Ülke Raporu' (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) <<https://www.aile.gov.tr/media/45125/birlestirilmis-4-ve-5-periyodik-rapor-17-094-kelime-2.pdf>> Erişim: 1 Eylül 2025 16.

¹⁰⁹ T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 'İllere Göre Koruyucu Aile İstatistikleri', (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) <<https://aile.gov.tr/koruyucu-aile/illere-gore-koruyucu-aile-istatistikleri/>> Erişim: 3 Eylül 2025.



takibinin sağlandığı, korunma ve tedbir kararı sona eren çocuklar hakkında dahi bu kişilerin izlenmesi, desteklenmesi ve rehberlik yapılması amacıyla 2016/01 sayılı genelge doğrultusunda her ilde İl Müdürlükleri bünyesinde “Bakım Sonrası Rehberlik İzleme ve Değerlendirme Komisyonu” oluşturulduğu, tedbir kararı sona eren kimselerin onay vermesi halinde en son yararlandığı sosyal hizmet modelini sunan birim tarafından görevlendirilen bir meslek elamanı tarafından belirli aralıklarla yıl içerisinde izleme ve rehberlik faaliyetinin devam ettiği görülmektedir. Ayrıca alternatif bakım altındaki çocukların etkili olarak takibine yönelik bir online sistem geliştirilmesine yönelik çalışmaların sürdüğü, oluşturulan Aile Bilgi Sistemi ile koruma altındaki çocuğa ilişkin başvuru tarihi, başvuru nedeni, uygulanacak bakım modelinin kararlaştırıldığı tarih, tedbir kararları ve öğrenim durumu gibi bilgilere bu sayede kolaylıkla ulaşılabildiği ifade edilmiştir¹¹⁰.

2. Olumsuz Yönleri

Koruyucu aile kurumu her ne kadar çocuğun yüksek yararının korunması ilkesi doğrultusunda oluşturulduğu ifade edilebilecek bir kurum olsa da, uygulamada bu ilkenin tam olarak gözetilmesini engelleyebilecek eksiklikler barındırdığı bazı yazarlar tarafından ifade edilmektedir¹¹¹. Özellikle koruyucu aile kurumunun işleyişine ilişkin ayrıntılı düzenlemenin evlat edinme kurumunda olduğu gibi TMK ile değil de yönetmelik ile belirlenmesinin de uygulamada birtakım karışıklıklara sebebiyet verdiği doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir¹¹². Ayrıca korunma ihtiyacı içerisindeki çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesinde İl Müdürlüklerinin ilgili birimlerinin yetkili olması da doktrindeki diğer bir tartışma konusudur. Nitekim bazı yazarlarca korunma ihtiyacı içerisindeki çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesinde tüm sürecin hâkimin kontrolünde olması gerektiği savunulmaktadır¹¹³¹¹⁴.

Koruyucu ailelerin, eğitimi ve yetiştirilmesi amacıyla aldıkları çocuğa yeterli özeni göstermediği durumların meydana gelmesinin mümkün olabileceği, ayrıca, ailelerin sırf para kazanmak gayesi ile de koruyucu aile olma isteminde bulunmakta ve çocuğun masraflarının karşılanması amacıyla verilen paranın farklı bir amaçla kullanılması ihtimaline cevaz verebileceği ileri sürülmüştür¹¹⁵. Bunun yanında koruyucu ailelerin seçiminde çocuğun özellikleri ile ailenin özelliklerinin uyuşmadığı, çocukla aile arasındaki ilişkilerin sürekli olarak denetlenip bu doğrultuda bir yönlendirme yapılmaması koruyucu aile ile çocuk arasında bir çatışmanın doğmasına sebebiyet verebileceği, koruyucu aile kurumunun oluşması

¹¹⁰ Periyodik Ülke Raporu (n 105) 16-17.

¹¹¹ Doğan (n 63) 52; Çetin Bobuş (n 43) 51-52.

¹¹² Doğan (n 63) 52; Çetin Bobuş (n 43) 51-52.

¹¹³ Doğan (n 63) 52.

¹¹⁴ Çetin Bobuş (n 43) 51-52.

¹¹⁵ Kurtuluş Akbulut (n 78) 110.

ile velayet hakkı ortadan kalkmayacağından koruyucu ailenin biyolojik ana ve baba ile veya çocuğu evlat edinmek isteyen diğer kişilerle arasında bir çatışma söz konusu olabileceği öne sürülmüştür¹¹⁶. Özellikle bu hususta koruyucu ailenin velayet hakkı sahibi anne baba ile yaşadığı çatışmalar önem arz etmektedir. Zira burada çocuk üzerinde hak ve yetkilere sahip olan anne baba ile çocuğun korunması amacıyla yanına verildiği bir koruyucu ailenin menfaatlerinin çatışması söz konusudur. Hukuk sistemimizde buna ilişkin bir düzenleme yer almadığından hakimın çocuğun yüksek yararı göz önüne alınarak bir karar vermesi gerekmektedir.¹¹⁷

Koruyucu aile ile çocuğun birbiri ile uyumlanması da farklı sorunların oluşmasına sebebiyet verebilecektir. Nitekim çocuk ile koruyucu aile arasında zamanla güçlü bir duygusal bağın oluşması, ilişkinin doğal bir sonucudur.¹¹⁸ Nitekim sosyal hizmetler alanında yapılan araştırmalarda koruyucu ailelerin çocuğun kendilerinden ayrılması, başka bir hizmet modelinden yararlandırılması veya biyolojik ailesine geri dönmesine ilişkin endişelerinin bulunduğu tespit edilmiştir.¹¹⁹ Bu tür endişeler, koruyucu aile kurumunun hukuk sistemimizdeki yerinin henüz tam manasıyla anlaşılamadığı göstermektedir. Zira koruyucu aile ilişkisinin geçici bir ilişki olduğu bildirildiğinden aslında koruyucu ailenin bu hususu göz ardı etmemesi gerekmektedir.¹²⁰

D. Uygulamada Yaşanması Muhtemel Sıkıntılar ve Çözüm Önerileri

Koruyucu aile kurumu, uygulamada çocuğun anne ve babasının yanında kalması onun gelişimini olumsuz etkilediği durumlarda bir koruma önlemi olarak ya da kuruluş bakımından bulunan çocuğun aile ortamında gelişimini sağlaması amacıyla önem arz etmektedir.¹²¹ Koruyucu aile kurumunun fiilen evlat edinmenin bir ön koşulu olarak değerlendirilmesinin uygulamada sıklıkla karıştırıldığı, koruyucu aile kurumuna ilişkin bilinirliğin istenilen düzeyde olmamasının da bu hususu desteklediği görülmektedir.¹²² Ayrıca koruyucu aile kurumunun işlevinin tam olarak anlaşılamadığı ifade edilmiştir.¹²³

Özellikle evlat edinmeye ilişkin TMK'nın "Küçüklerin evlat edinilmesi" başlıklı 305. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... evlat edinilmesi, evlat

¹¹⁶ Kurtuluş Akbulut (n 43) 110.

¹¹⁷ Baysal (n 40) 23.

¹¹⁸ Baysal (n 40) 21.

¹¹⁹ Tezel, Demirel ve Kaya (n 86) 29.

¹²⁰ Kurtuluş Akbulut (n 78) 110.

¹²¹ Baysal (40) 10.

¹²² Bedia YILDIRIM, 'İnsanlar Neden Koruyucu Aile Oluyor? Algılanan Avantajları ve Dezavantajları İle Koruyucu Aile Olmak', (2025) 2 Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi 589, 607.

¹²³ Ercüment Erbay ve Nurullah Çalış, 'Türkiye'de koruyucu aile hizmetlerine yönelik uzman görüşleri' (2021) 20(40) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 439, 450.



edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlıdır.” ve Evlat Edinme Tüzüğü’nün 11. maddesinin birinci bendinde “*Geçici bakım sözleşmesinin imzalanmasından sonra, ... en az 1 yıl süreyle bakım ve eğitimi için uygun görülen kişi veya eşlerin yanına yerleştirilir”* düzenlemeleri ile her iki kurumun birbirine yaklaştığı yönündeki değerlendirmelere neden olmaktadır.¹²⁴ Bu düzenlemelere istinaden, çocuğa koruyucu aile sıfatı ile bakan ailelerin evlat edinme talebi ile mahkemeye başvurmaları halinde koruyucu aile statüsünde geçen sürenin evlat edinme için gerekli süreden sayılıp sayılmayacağı tartışma konusu olmuştur. Nitekim Yargıtay¹²⁵ vermiş olduğu bir kararında küçüğün evlat edinilebilmesi için bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlı olduğu, davacıların ise koruyucu aile sıfatı ile çocuğa ücret karşılığında bakmış olduklarının görüldüğünden bir yıllık süre şartının sağlanmadığı bu sebeple evlat edinmeye hükmedilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu karar, öğretide bazı yazarlarca eleştirilmiş; başlangıçta evlat edinme amacı bulunmasa da zamanla çocuk ile koruyucu aile arasında duygusal bir bağ oluşacağı gerekçesiyle, koruyucu aile yanında geçen sürenin evlat edinme için öngörülen süre kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹²⁶ Ancak aynı dairenin farklı bir tarihte vermiş olduğu bir diğer kararda¹²⁷ koruyucu aile sözleşmesi kapsamında yanına alınan bir çocuğun evlat edinilmesi istemiyle açılan davada, ilk derece mahkemesince davanın kabulüne karar verildiği, bu kararın evlat edinme şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle istinaf edildiği, mahkemece çocuğun yüksek yararı ilkesi dikkate alınarak kararın onandığı anlaşılmaktadır.

Evlat edinme ve koruyucu aile kurumunun uygulamada sıklıkla karıştırıldığı ve birbirinin yerine kullanıldığı görüldüğünden temel farklılıklarına değinilmesi gerekmektedir. Kural olarak evlat edinme bakacak kimsesi olmayan veya ailesi bulunsa bile sağlıklı bir şekilde o ortamda yetiştirilmesi mümkün olmayan çocuklar ile evlat edinen arasında yapay bir soybağı kurulmasına sebebiyet veren koşulları, sonuçları ve sona ermesi TMK’da ayrıntılı olarak düzenlenmiş hâkimin izni ile başvurulabilen hukuki bir yoldur. Evlat edinilen evlat edinenin velayeti altına girmekte ve biyolojik ailenin velayeti son bulmaktadır. Koruyucu aile hizmeti ile biyolojik ailesi tarafından herhangi bir nedenle bakılmayan çocukların geçici süreyle aile ortamında bakılmaları ve daha sonrasında biyolojik ailelerinin yanına döndürülmesi amaçlanmaktadır. Koruyucu aile, velayet hakkını haiz değildir, çocuğun velayeti biyolojik ailesindedir.¹²⁸ Ayrıca KAY uyarınca koruyucu ailelerin

¹²⁴ Baysal (n 40) 22.

¹²⁵ Yargıtay 2 HD, E 2023/533 K 2023/2370, 11.05.2023.

¹²⁶ Aydoğdu (n 56) 193. Aksi yönde karar için bkz. Yargıtay 2 HD, E 2024/7444 K 2024/6338, 24.09.2024.

¹²⁷ Yargıtay 2. HD, E 2024/7971 K 2024/7362 15.10.2024.

¹²⁸ Evlat edinme ile koruyucu aile arasındaki farklılıklar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğdu (n 56) 14-15; Çetin Bobuş (n 43) 88-9; Serdar (n 22) 472-474; Taştekil (n 64) 323; Sayıta (n 67)

çocuğun bakımı karşısında ücret talep edebilir; ancak evlat edinmede bu ilişki karşılıksızdır. Ücret talebine ilişkin öğretide, koruyucu aile sıfatına haiz ailelerin ücret talep etmesinin daha sonra çocukla evlat edinme ilişkisi kurmak istemeleri durumunda göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağına ilişkin ücret talep edilmesinin salt bu nedenle evlat edinme istemine bir engel teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir.¹²⁹ Ancak önemle belirtmek gerekir ki, çocuğun yüksek yararı, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak irdelenmesi gereken kılavuz mahiyetinde temel bir ilkedir. Yargıtay tarafından hükmedilen ikinci kararda her ne kadar hukuki anlamda şartların sağlanmadığı ifade edilmiş ise de çocuğun yüksek yararı esas alınarak evlat edinmeye hükmedilmesi kanaatimizce hukuka uygun bir değerlendirme olmamıştır. Nitekim koruyucu aile ve evlat edinme farklı hukuki kaynaklardan beslenen, farklı olgular neticesinde ortaya çıkan, meydana gelme bakımından farklı şartları bünyesinde barındıran iki farklı kurumu ifade etmektedir. Bu nedenle, uygulamada bir kurumun diğerinin şartıymış gibi çocuğun yüksek yararı gerekçe gösterilerek kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak, isabetle ortaya konan bir görüşe göre, koruyucu aile olmak isteyen ailelere bu kurum ile evlat edinme kurumunun farklılıkları açıkça anlatılmalı; koruyucu aile kurumunun sakıncaları özellikle çocuğun kendilerinden alınabileceği ihtimali açıklanmalı ve eğer evlat edinme ihtimali var ise bu yöntemi tercih etmelerinin daha uygun olacağı ifade edilmiştir.¹³⁰ Hakikaten, ilgili kurum tarafından böyle bir yönlendirme yapılması özne konumundaki çocuk için daha yararlı yöntemin seçilmesi bakımından önem arz etmektedir.

Koruyucu aile kurumunun öznesi niteliğinde çocukların önemli bir kısmı aile ortamından mahrum kalmanın yanında duygusal veya fiziksel istismar, ihmal, terk gibi çeşitli konularla mücadele etmekte ve bu nedenle hem psikolojik hem de sosyolojik açıdan kırılgan bir gruba oluşturmaktadır. Her ne kadar koruyucu aile kurumuna ilişkin tanımlamalar ve düzenlemeler, kurumun çocuğun sevgi dolu bir ortamda büyümesini amaçladığını vurgulasa da, hukuk düzenlerinin aslı niteliği, olası olumsuzlukları önleyecek mekanizmaları tesis etmektir. Koruyucu aile sıfatına haiz olmak isteyen aileler bakımından yönetmelikte gerekli araştırmaların yapıldığı ifade edilmiş ise de çocuğun bir istismar veya şiddet ile karşı karşıya kalması her zaman bir tehlike olarak varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle taraflar arasında böylesine önemli bir kurum oluşturulurken İl Müdürlüğü ile koruyucu aile arasında imzalanacak bir özel hukuk sözleşmesinden ziyade hâkim kararı ile oluşturulması kanun sistematiğimiz açısından da daha uygundur¹³¹. Kanaatimizce tüm bu açıklamalar göz önünde bulundurularak çocuğun

36-43; Baysal (n 40) 18-20.

¹²⁹ Aydoğdu (n 56) 194.

¹³⁰ Baysal (n 40) 25.

¹³¹ Aynı yönde bkz. Doğan (n 63) 167; Usta Sayta (n 67) 77; koruyucu aile sözleşmesinin geçerli olabilmesi için idare ile koruyucu aile arasında imzalanan sözleşmenin çocuk hâkimi tarafından



yüksek yararı ilkesi kapsamında koruyucu aile kurumunun hakim kararıyla tesis edilmesi gerekmektedir.

Koruyucu aile kurumunun meydana gelebilmesi için il müdürlükleri ile koruyucu aile arasında bir sözleşme imzalanmakta ancak kurumun öznesi niteliğinde olan çocuğa karşı gerçekleştirilen eylemler bakımından il müdürlüğünün herhangi bir sorumluluğunun bulunup bulunmadığı hususunda yönetmelikte bir düzenleme veya doktrinde bir tartışma mevcut değildir. Ayrıca ilgili Yönetmelik hükmünde koruyucu aile kurumun işleyişi, koruyucu aile hizmetinden yararlanacak çocukların tespiti, koruyucu aile eğitimleri, komisyon ve koruyucu aile biriminin görevleri, koruyucu ailenin görev ve yükümlülükleri, çocuğun geri alınması ve koruyucu aile statüsünün iptali¹³² ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve yapılan bu düzenlemelerde çocuğun yüksek yararı ilkesinin esas alındığı açıkça görülmektedir. Ancak kanaatimizce bu hususların bir yönetmelik hükmünden ziyade ayrıntılı bir şekilde kanun ile ihlale ilişkin yaptırımların daha ağır bir şekilde düzenlenmesi ve nihai olarak hâkim kararına dayalı olarak kurulması gerekmektedir.

Uygulamada koruyucu aile kurumunun geçici bir bakım modeli olduğunun özellikle son zamanlarda yaşanan gelişmeler ışığında henüz yeni denebilecek bir zaman diliminde anlaşıldığı görülmektedir. Her ne kadar geçici bir bakım modeli olduğu ifade edilmiş ise de kural olarak bu bakım modelini sınırlayan herhangi bir yıl şartı bulunmamaktadır. Her ne kadar kurumun geçici mahiyette olduğu ifade edilmiş ise de uygulamada koruyucu aile kurumunun uzun yıllar boyunca devam ettiği görülmektedir. Burada herhangi bir süre sınırı olmadığından uzun yıllar çocuk ile koruyucu aile ilişkisini devam ettiren ailelerin çocuğu evlat edinmek istememeleri veya evlat edinme şartlarının oluşmaması sebebiyle korunma ihtiyacı içerisinde olan çocukların daha büyük zorluklar yaşamasına sebep olabilmektedir. Nitekim uzun yıllar bir aile yanında koruyucu aile hizmeti alan çocukların biyolojik ailelerinin yanına dönmelerinin mümkün olmaması söz konusu olduğunda koruyucu ailenin de evlat edinmek istememesi durumlarında çocuğun başka bir koruyucu aile yanına verilmesi veya kurum bakımına geri döndürülmesi çocuk için çok daha büyük yıkımların meydana gelmesine sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu konuya ilişkin herhangi bir hukuki düzenleme veya mevcut yargı kararı bulunmadığından düzenlenen sosyal inceleme raporları neticesinde çocuğun koruyucu aile yanında kalmasının uygun olduğuna karar verildiği hallerde kurumun devamı söz konusu olmaktadır. Ancak kanaatimizce sistemin temel

uygun bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Doktrinde diğer bir görüş, TMK'nın 347. maddesine göre çocuğun bir aile yanına yerleştirilmesine karar verildiğinde hâkim tarafından öncelikle çocuğun yakın çevresi ve akrabaları arasından uygun birinin belirlenmesi ancak böyle bir belirleme yapılamaması durumunda Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından belirlenimin yapılabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Grassinger (n 7) s. 150-151.

¹³² Zira çocuğun yüksek yararı ilkesi göz önüne alındığında çocuğun koruyucu aileye karşı da korunması gerekmektedir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal (n 40) 20.

amacı esas alındığında, evlat edinme kurumunu düzenleyen TMK'nın 305. maddesinde bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olma koşuluna benzer bir üst sınır getirilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir. Bir üst sınır belirlenmesinde, sosyal inceleme raporlarının esas alınması gerekliliği açıkça ifade edilebilecektir.

Ülkemizde son yıllarda çocuk hakları bakımından büyük atılımlar gerçekleştirildiğini söylemek mümkündür. Ancak bu çalışmaların artırılması ve kalıcı hale getirilmesi bakımından gelişmiş ülkelerin çocuk politikalarının takip edilmesi gerekmektedir. İstatistiklere bakıldığında ülkemizde hala bu sayının yeterli olmadığı, kurum bakımında pek çok çocuğun bulunduğu görülmektedir¹³³. Kanaatimizce ilgili kurumun daha yaygın hale getirilebilmesi için tarafların hak ve yükümlülüklerini ayrıntılı bir şekilde belirleyen kanuni bir düzenlemenin yapılması, bu hususta, İl Müdürlüklerinin karar mekanizmasındaki belirleyici konumunun azaltılarak hâkimin daha etkili bir rol üstlenmesi sağlanmalı; ayrıca, uygulamada yaşanan sıkıntıların önlenmesi açısından kanuni düzenlemelerin hazırlanması sürecinde tüm paydaşların sürece etkin katılımı temin edilmelidir.

SONUÇ

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, hem ulusal hem de uluslararası hukukta çocuğun haklarının korunması ve fiziksel, zihinsel, duygusal ve sosyal gelişiminin tamamlanabilmesi için temel bir kılavuz niteliğindedir. Çocuğun sevgi, saygı, hoşgörü ve güvenli bir yaşam ortamının kendisine sağlanması gerekmektedir. Ancak uygulamada bazı çocuklar, bakım ortamını geçici veya sürekli olarak kaybedebilmektedir.

Bu durumda koruyucu aile kurumu, çocuğun doğal aile ortamında bulunmasının mümkün olmadığı hallerde, çocuğun yüksek yararı ilkesi esas alınarak geliştirilmiş bir bakım modelidir. Burada hem çocuğa güvenli bir bakım ortamının sağlanması hem de biyolojik aile ile iletişiminin sürdürülmesi hedeflenmektedir. Bu açıdan bakıldığında koruyucu aile ve çocuğun yüksek yararı ilkesi birbirini tamamlayan bir mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Koruyucu aile kurumu, tarihsel geçmişine bakıldığında, evlat edinmenin bir alt basamağı olarak algılanmış ve uygulamada da böyle yanlış anlaşılmalara yol açmıştır. Yapılan araştırmalar, toplumsal farkındalığın koruyucu aile kurumunun bilinirliği hususunda düşük olduğu, kurumun evlat edinme ile karıştırıldığı, hatta çoğunlukla evlat edinme için öncelikli bir koşul olarak değerlendirildiği görülmektedir. Hukuki düzenlemeler ve Yargıtay kararları, çocuğun üstün yararı ilkesinin önemini vurgulamakla birlikte, koruyucu aile statüsünde geçen sürenin

¹³³ Tabloda illere göre 01.01.2025 ile 31.12.2025 tarihleri arasındaki koruyucu aile istatistikleri belirtilmiştir. Bkz. T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 'İllere Göre Koruyucu Aile İstatistikleri', (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) <<https://aile.gov.tr/koruyucu-aile/illere-gore-koruyucu-aile-istatistikleri/>> Erişim: 15 Eylül 2025.

evlat edinme için gerekli süre kapsamında sayılıp sayılamayacağı konusunda uygulamada farklı değerlendirmelere yol açmıştır.

Son yıllarda yapılan hukuki düzenlemeler ile koruyucu aile kurumunun işleyişini, görev ve yükümlülüklerini ayrıntılı şekilde düzenlemiş ve çocuğun yüksek yararı ilkesini esas almıştır. Ancak geline aşamada kurumun yaygınlaştırılmasını sağlamak ve toplumsal farkındalığının artırmak amacıyla hukuki altyapının güçlendirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akyüz E, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması* (7. Baskı, Pegem Akademi 2020).

Aydoğdu M, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, (2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010).

Balo Y, *Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması* (2. Baskı, Seçkin Yayınları 2009).

Baysal B, ‘Çocuğun Üstün Yararı İlkesi ve Koruyucu Aile Kurumu’ (2012) 8(95-96) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 7-26.

Çetin Bobuş K, *Türk Hukuk Sisteminde Koruyucu Aile Sözleşmesi*, (Adalet Yayınevi 2023)

Doğan R, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Koruyucu Aile Kurumu ve Koruyucu Aile Yönetmeliği* (2013) (2) Ankara Barosu Dergisi 147-170.

Duran D, ‘Çocuğun Üstün Yararı İlkesi Kapsamında Türk Medeni Kanunu ve Çocuk Koruma Kanunu Hükümlerinin Uygulamaya Yansıması’, (2025) 37(177) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 127-144.

Erbay E ve Çalış N, ‘Türkiye’de koruyucu aile hizmetlerine yönelik uzman görüşleri’ (2021) 20(40) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 439-462.

Erdal L, ‘Türkiye’de sosyal politika ve koruyucu aile hizmet modeli’ (2014) 2014(2) *Sosyo-Ekonomi*, s. 171-192.

Ergin H, *Çocuk Refah Sisteminde Aile Yanında Bakım Modelleri*’ iç Fikret Yaman ve Cezmi Ervüz (edr), *Çocuk Koruma Sistemleri: Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla* (Nobel Aralık 2022) 239-259.

Grassinger G, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (İstanbul 2009).

Hazar Z, ‘İnsan Hakları Çatışmalarının Çözümlemesinde Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin İşlevi: Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme’ (2022) 26(2) 647-684.

İlknur Serdar, ‘Koruyucu Aile’ (2000) (Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan) 467-509.

İnan A, ‘Çocuk Hukuku Bakımından Korunma Kararı, Koruma ve Emniyet Tedbiri Kavramları’ (1996) 5 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-21.

Karaaslan E, ‘Çocuk için Bir Bakış: “Çocuğun Üstün Yararı” ile “Dinlenilme Hakkı” Kavramlarının AİHM ve İç Hukukumuzda Görünümü’ (2020) 94(4) İstanbul Barosu Dergisi 79-112.

Karatay A, ‘Türkiye’de Koruyucu Aile: Kökenleri, Gelişimi ve Bugünü’ (2017) (5) 389 Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 389-427.

Kartal D, ‘Türk Hukukunda Koruyucu Aile Hizmeti’ Çocuk Hukuku I ve II Sempozyum Tam Metin Kitabı (Oniki Levha 2023).

Köksal, M ve Kartal D, ‘Türk Medeni Kanunu ve Çocuk Koruma Kanunu Kapsamında Çocuğun Yüksek Menfaatini Koruyucu Önlemler’ (2025) (265) Legal Hukuk Dergisi 3-24.

Kılınç A, Türk Hukukunda Koruyucu Aile Sözleşmesi ve Koruyucu Aile ile Çocuk Arasındaki Hukuki İlişkinin Değerlendirilmesi’ (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1217-1261.

Kurtuluş Akbulut S, ‘Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Aracılığıyla Evlat Edinme ve Koruyucu Aile Kurumu’, (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2011).

Özdemir H ve Ruhi A, *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)* (7. Baskı, İstanbul, Ekim 2024).

Özmen İ, Açıklamalı-İçtihatlı Velayet Hukuku Davaları Çocuk Hakları Aile ve Çocuk Mahkemeleri (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2013).

Sayıta S, Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile Yanına Yerleştirilmesi’ (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 1995).

Serozan R, *Çocuk Hukuku (Vedat Kitapçılık 2005)*.

Suata İ, *Çocuk Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021).

Şahin H, ‘Koruyucu Aile ve Çocuk Arasında Kişisel İlişkinin Kurulması’ (2022) 4(2) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 680-716.



Şenocak Ş, ‘Korunmaya Muhtaç Çocuklara Sağlanan Bakım Yöntemleri’ Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, (2006) 51 177-228.

Şirin M, ‘Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış’, (2019) 4(8) Çocuk ve Medeniyet Dergisi 219-240.

Usta S, *Çocuk Hakları ve Velayet*, (1. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2012).

Üstüner S, Erol N ve Şimşek Z, ‘Koruyucu Aile Bakımı Altındaki Çocukların Davranış ve Duygusal Sorunları’ (2005) 12(3) *Çocuk ve Gençlik Ruh Sağlığı Dergisi* 130-140.

Yazıcı E, ‘Türkiye’de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Bakım Yönteminde Yeni Yaklaşımlar’ (2014) 4(2) Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 247-270.

Yıldırım B, Bedia YILDIRIM, ‘İnsanlar Neden Koruyucu Aile Oluyor? Algılanan Avantajları ve Dezavantajları İle Koruyucu Aile Olmak’, (2025) 2 Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi 589-612.

Yücel Ö, ‘Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi’ (2013) 1(2) Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-137.

Zevkliler A, Aydın Zevkliler, ‘Türk Hukukunda Korunmaya Muhtaç Çocuklar’ (1968) 25(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173-236.

‘Çocuk Hakları Bildirgesi’ (Çankaya Kaymakamlığı), <<http://cankayakaymakamligi.gov.tr/cocuk-haklari-bildirgesi>> Erişim Tarihi 4 Eylül 2025.

‘Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’ (UNICEF Türkiye) <<https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>> Erişim tarihi 5 Eylül 2025.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, ‘BM Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorum no. 12: Çocuğun Katılım Hakkı BM Belgesi CRC/C/GC/12’ (İnsan Hakları İzleme, 2009) <https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=435> Erişim Tarihi 8 Eylül 2025.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, ‘BM Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorum No. 14: Çocuğun Yüksek Yararının Birinci Planda Dikkate Alınması Hakkı’ (İnsan Hakları İzleme Merkezi, 2013) <https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=738> Erişim Tarihi 5 Eylül 2025.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, ‘Çocukların Alternatif Bakımına İlişkin Kılavuz BM Belgesi A/RES/64/142’ (Elele Federasyonu, 24 Şubat 2010) <https://elelefederasyonu.org.tr/storage/app/media/docs/4_bm_alternatif_bakim.pdf> Erişim Tarihi 6 Eylül 2025.

Çocuk Hakları ile İlgili Avrupa Hukuku El Kitabı' (İnsan Hakları İzleme, 2015) <file:///C:/Users/busra.may/Downloads/5ca1aa0428189711249469%20(1).pdf> Erişim tarihi 6 Eylül 2025

Çocuk Hakları Komitesi, '21 No'lu Genel Yorum (2017) Sokak Ortamındaki Çocuklar BM Belgesi CRC/C/GC/21', (UNICEF Türkiye, 21 Haziran 2017) <<https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2025.

T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 'İllere Göre Koruyucu Aile İstatistikleri', (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) <<https://aile.gov.tr/koruyucu-aile-illere-gore-koruyucu-aile-istatistikleri/>> Erişim: 15 Eylül 2025.

T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 'Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve İhtiyari Protokolü' (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 11 Şubat 2020) <<https://www.aile.gov.tr/media/35256/kadinlara-karsi-her-turlu-ayrimciligin-onlenmesi-sozlesmesi-ve-ihtiyari-protokolu.pdf>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2025.

T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 'Koruyucu Aile Hizmeti', (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) <<https://www.aile.gov.tr/ss/cocuk-hizmetleri-genel-mudurlugu/koruyucu-aile-hizmeti/>> Erişim: 1 Eylül 2025.

T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 'Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü | Kurum Hakkında', (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) <<https://www.aile.gov.tr/chgm/teskilat-yapisi/kurum-hakkinda/>> Erişim: 2 Eylül 2025.

T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Türkiye Cumhuriyeti, 'BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 44. Maddesi Uyarınca Hazırlanan Birleştirilmiş Dördüncü ve Beşinci Periyodik Ülke Raporu' (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) <<https://www.aile.gov.tr/media/45125/birlestirilmis-4-ve-5-periyodik-rapor-17-094-kelime-2.pdf>> Erişim: 1 Eylül 2025.

ÖZEL HUKUK

ÖLÜMDEN SONRA GEÇERLİ VEKÂLETNAMELER (TRANSMORTAL VOLLMACHT): ALMAN VE TÜRK HUKUKU BAĞLAMINDA KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME

*Post-Mortem Powers of Attorney (Transmortale Vollmacht):
A Comparative Analysis of German and Turkish Law*

Mehmet ALTUNKAYA*

Özet

Bu çalışma, vekâlet ilişkisinin ölüm sonrasındaki geçerliliğini konu alan transmortal vekâletname kurumunu, Alman hukuku örneğinden hareketle Türk hukuku bakımından incelemektedir. Alman hukukunda, açıkça transmortal olarak düzenlenen vekâletname sayesinde vekil, vekâlet verenin ölümünden sonra da yetkilerini kullanmaya devam edebilir. Bu durum, özellikle mirasçılık belgesi alınmadan taşınmaz işlemleri gibi uygulamalarda büyük kolaylık sağlamaktadır. Türk hukukunda ise Türk Borçlar Kanunu'nda vekâletin ölümle sona ereceği temel kural olmakla birlikte, bazı istisnalar ve noterlik uygulamaları transmortal vekâletin geçerliliğine sınırlı da olsa imkân tanımaktadır. Ancak uygulamada tapu müdürlükleri ve bazı idari birimler bu tür vekâletnameleri çoğu zaman kabul etmemekte, bu da hak kayıplarına ve işlem güvensizliğine yol açmaktadır. Çalışmada, Alman hukukundaki sistematik düzenleme örnek alınarak, Türk hukukunda transmortal vekâletin yasal zemine kavuşturulması için mevzuatta açıklık getirilmesi, noterlik ve tapu sicili işlemlerine özel düzenlemeler yapılması önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Transmortal vekâlet, ölüm sonrası temsil, miras hukuku, taşınmaz işlemleri, vekâlet sözleşmesi

Abstract

This study examines the concept of transmortal power of attorney, which concerns the continuation of a mandate relationship after the principal's death, by analysing its theoretical and practical foundations in German law and its applicability under Turkish law. In German practice, if expressly drafted as a transmortal power of attorney, the agent retains authority even after the principal's death. This facilitates transactions, particularly those involving immovable properties, without the need for heirs to obtain a certificate of inheritance. In Turkish law, although the general rule under the Code of Obligations stipulates that a power of attorney terminates upon the principal's death, certain exceptions and notarial practices allow for limited post-mortem validity. However, in practice, land registry offices and various administrative bodies frequently reject such powers of attorney, which leads to legal uncertainty and potential loss of rights. This paper argues that,

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 24.06.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Antalya-Türkiye, E-posta: altunkaya@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-0709-9034>

taking the systematic regulation in German law as an example, Turkish legislation should explicitly address the validity of transmortal powers of attorney, and specific provisions should be introduced for notarial and land registry procedures to ensure legal certainty.

Keywords: Transmortal power of attorney, post-mortem representation, inheritance law, immovable property transactions, mandate contract

GİRİŞ

Vekâlet ilişkisi, bireylerin hukuki işlemlerini doğrudan kendileri yerine başka kişiler aracılığıyla gerçekleştirebilmelerine imkân tanıyan ve vekalet verenin menfaat ve iradesine uygun olarak bir iş görmeyi, bir işlemi yapmanın borçlanıldığı çağdaş hukuk sistemlerinde geniş bir uygulama alanı bulan bir temsil kurumudur¹. Temsil yetkisi (Vollmacht), özellikle taşınmaz mal üzerindeki tasarruf işlemleri, sözleşme ilişkilerinin kurulması, yargı mercileri nezdinde dava takibi ile idarî makamlar nezdindeki başvuru ve işlemlerde yoğun olarak kullanılmakta; bu yetkinin varlığı ve sınırları, işlem güvenliği ile taraflar arasında doğacak sorumluluğun belirlenmesinde temel rol oynamaktadır². Bu çerçevede vekâletin geçerliliği, yalnızca temsil edilenin iradesiyle sınırlı kalmayıp, üçüncü kişilerin korunması ve hukuki işlemlerin geçerliliği açısından da belirleyici nitelik arz etmektedir. Uygulamada temsil yetkisi verildiği halde vekalet verildiği ifade edilmektedir³.

Vekâlet sözleşmesi, kural olarak vekâlet verenin şahsına sıkı surette bağlıdır ve bu nedenle vekâlet verenin ölümüyle sona erdiği kabul edilmektedir. TBK m.43/I’de yer alan düzenlemeye göre, “*Hukuki işlemde doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi durumlarında sona erer.*”. Aynı doğrultudaki TBK m.513/I ise, “*Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır.*” hükmünü içermektedir. Bu çerçevede, taraflardan birinin ölümüyle vekâlet ilişkisi kural olarak sona ermekte olup, sözleşmenin veya temsil yetkisinin ölümle birlikte ileriye etkili biçimde (ex nunc) ortadan kalktığı kabul edilmektedir⁴. Kanun, bu hususta aksi ispat edilebilen

¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı Yetkin Yayınları 2019), 715; Fahrettin Aral ve Hasan, Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı Yetkin Yayınları 2018) 387; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* (18. Baskı Turhan Kitabevi 2018) 590.

² Rolf Watter, *Basler Kommentar (Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand), Obligationenrecht, Art. 1-529 OR* (6. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag 2015) Art. 35, Nr. 2; Şener Akyol, *Türk Medeni Hukukunda Temsil* (Vedat Kitapçılık 2009) 10 vd.

³ Akyol (n 2) 9; Necip Kocayusufpaşaoğlu ve Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C.1*, (4. Bası Filiz Kitabevi 2008), § 48, Nr. 9.

⁴ Watter Art. 35 (n 2) Nr. 2-14; Şahin Akıncı, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, (Sayram Yayınları 2004) 69; Oruç Hami Şener, ‘Postmortal Temsil Yetkileri ve Ticari Mümessillik’ (2009) 11 [1]

bir adi karine öngörmekte ve ölüm hâlinde sona ermenin genel kural olduğunu belirtmektedir⁵. Sona erme sebebi ortadan kalkarsa, sona ermiş olan vekalet yeniden geçerli hale gelmez⁶. Sona erme sebebinin gerçekleştiğini buna dayanan taraf ispat etmekle yükümlüdür. Karşı taraf ise, sona erme sebebinin gerçekleşmiş olmasına rağmen vekalet yetkisinin geçerliliğini sürdürdüğünü ispat etmelidir⁷.

Gerçek kişilerde gaiplik, tüzel kişilerde ise tüzel kişiliğin sona ermesi, ölümle aynı hukuki sonuçları doğuran hallerdendir. Bu nedenle, ölümün vekâlet sözleşmesini sona erdirmesine ilişkin olarak ileri sürülen hukuki değerlendirmeler, gaiplik ve tüzel kişiliğin sona ermesi durumları bakımından da kıyasen uygulanabilir⁸. Ancak bir organın kısa süreli yokluğu vekaletin sona ermesine neden olmaz. Buna karşılık, temsil olunanın tarafında bir yürütme organının daha uzun süreli yokluğu kural olarak bir sona erme sebebidir⁹.

Uygulamada ölüm ile vekaletin sona ermesi kuralının, özellikle miras bırakının ölümünden sonra yapılması gereken işlemlerde önemli zorluklar doğurduğu görülmektedir. Örneğin; cenaze organizasyonu, terekeye ilişkin vergi işlemleri, bankalardaki hesapların kapatılması¹⁰, sermaye piyasalarında sahip olunan menkul değerlerin ölümünden sonra uzun süre yönetimsiz kalmaması, taşınmazların devri gibi birçok işlem, mirasçılar tarafından ancak uzun süre sonra ve çoğu zaman vevaset ilamı alındıktan sonra gerçekleştirilebilmektedir. Bu gecikmeler hem işlem güvenliğini hem de ekonomik etkinliği olumsuz etkileyebilmektedir. Böylelikle tarafların vekalet sözleşmesinde bunun aksini kararlaştırmaları ya da işin niteliği

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113, 116; Öz Seçer, 'Vekalet Sözleşmesinin Vekalet Özgü Sebeplerle Sona Ermesi' (2015) 2 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı 877, 910; Şaban, Kayıhan ve Mustafa, Ünlütepe, 'Vekalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri' (2014) 3 FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi 171, 193.

⁵ Kemal Tahir Gürsoy, 'Vekalet Akdinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi ve Sonuçları' (14/16 Haziran 1977) Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu 1, 2-3; Turhan Esener, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1961) 176-177; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I m. 1-48 (Yetkin Yayınları 2022) 987; Eren (n 1) 756; Akıncı (n 4) 71.

⁶ Watter Art. 35 (n 2) Nr. 14; Roger, Zäch ve Adrian, Künzler, (2. Auflage Stämpfli Verlag 2014) *Berner Kommentar; Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: Obligationen-recht, 1. Abteilung : Allgemeine Bestimmungen, 2. Teil-band, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Art. 32-40 OR, Art. 35, Nr. 92; BGE 46 II 412.

⁷ Watter Art. 35 (n 2) Nr. 16; Zäch ve Künzler, Art. 35, (n 6) Nr. 98.

⁸ Watter Art. 35 (n 2) Nr. 5; Gürsoy (n 5) 3-11; Eren (n 1) 756; Esener (n 5) 183 vd.; Akıncı (n 4) 78; Murat M. İnceoğlu, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil*, (XII Levha Yayınları 2009) 289.

⁹ Watter Art. 35 (n 2) Nr. 5; Zäch ve Künzler, Art. 35, (n 6) Nr. 22; BGE 78 II 369.

¹⁰ Temsil yetkisinin, temsil olunanın ölümünden sonra da geçerli olacak şekilde düzenlenmesinin, özellikle bankalar bakımından işlemleri kolaylaştırdığı görülmektedir. Çünkü mirasçılık sıfatının tespiti süreci bankalar açısından oldukça güçtür (bkz. Esener (n 5) 177-178; İnceoğlu, (n 8) 296, dn. 755).



dolayısıyla hukuki ilişki devam eder¹¹. Bu noktada, vekâlet verenin ölümünden sonra da vekilin temsil yetkisini sürdürmesine imkân tanıyan özel nitelikli bir temsil ilişkisi olan “transmortal vekâletname” devreye girmektedir¹². Özellikle Alman hukukunda açıkça kabul gören ve uygulamada sıkça başvurulmuş bu tür vekâlet ilişkileri, vekilin murisin ölümünden sonra dahi belirli hukuki işlemleri onun adına gerçekleştirebilmesini mümkün kılmaktadır. Uygulamada bu yetki, özellikle taşınmazlara ilişkin işlemlerde — örneğin tapu sicili (Grundbuch) işlemlerinde — mirasçılık belgesi (Erbschein) sunulmadan da kullanılabilir.

Transmortal vekâlet ilişkisi yalnızca teknik bir kolaylık sağlamamakta; aynı zamanda mirasçılar arasındaki muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilmesi, işlemlerin hızla sonuçlandırılması ve masrafların azaltılması gibi önemli pratik yararlar da sunmaktadır¹³. Taraflar, vekâlet ilişkisinin ölüm sonrasında da geçerli olacağını açıkça kararlaştırdıklarında, bu irade beyanı çoğunlukla vekâlet vereni ilgilendiren bir tasarruf olarak ortaya çıkmaktadır. Zira vekilin yerine mirasçılarının geçerek aynı işi ifa etmesi, vekilin edimini çoğu kez uzmanlık bilgisi gerektiren şahsi bir borç olarak üstlenmiş olması nedeniyle, uygulamada mümkün görünmemektedir¹⁴.

TBK m.513/II uyarınca, vekâlet ilişkisinin sona ermesi durumunda, vekilin, vekâlet verenin menfaatlerini korumak amacıyla geçici nitelikte ifa yükümlülüğünü sürdürmesi öngörülmüştür. İlgili hükme göre, “*Vekâletin sona ermesi, vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa; vekâlet verenin, mirasçısının ya da temsilcisinin işleri kendi başına yürütebileceği ana kadar, vekil veya onun mirasçısı ya da temsilcisi, vekâleti ifaya devam etmekle yükümlüdür.*” Bu düzenleme, vekâlet ilişkisini sona erdiren sebeplerden biri olan ölümün, vekâlet ilişkisini derhal ve mutlak biçimde sona erdirmediğini ortaya koymakta; bilakis vekilin, vekâlet verenin menfaatlerinin korunması amacıyla belirli ölçüde işlem

¹¹ Watter Art. 35 (n 2) Nr. 2; Zäch ve Künzler, Art. 35, (n 6) Nr. 42; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* Cilt II (4. Tıpkı basımdan 5. Tıpkı basım Vedat Yayınları 2010) 453; Eraslan Özkaya *Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*, (Seçkin Yayınları 1997) 717-718; Selahattin Sulhi Tekinay ve Sermet Akman ve Haluk Burcuoğlu ve Atila Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, (7. Bası Filiz Kitabevi 1993), 195; Rona Serozan, *Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1979) 162; Kocayusufpaşaoğlu vd., (n 2) § 48, Nr. 6; Eren (n 1) 756; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V* (2 Baskı Seçkin Yayınevi 2019) 630; Akyol (n 2) 417; Kayıhan ve Ünlütepe (n 4) 193; Akıncı (n 4) 71; Köksal Kocaağa, *Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi*, (1 bs Yetkin Yayınları 2006), 86; İncoğlu, (n 8) 288-296.

¹² Martin Konstantin Thelen ve Jonas Bühler, ‘Aktuelle Fragen der Transmortalen Vollmacht’, (2024) NJW 2950; J. von Staudinger ve Eberhard Schilken, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, §§ 158–240 (13. Aufl. Otto Schmidt – De Gruyter 2024) BGB § 168, N. 28; Hans Theodor Soergel ve Ulrich Leptien, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebensetzen*, Bd. 2/2: §§ 158–240, (14. Aufl. Verlag W. Kohlhammer 2022) BGB § 168, N. 29; Kocaağa (n 11) 87; İncoğlu, (n 8) 295.

¹³ Thelen ve Bühler (n 12) 2950.

¹⁴ Tandoğan (n 11) 453; Akıncı (n 4) 71.

ve faaliyetlerine devam etme yükümlülüğünü doğuran kanuna dayanan bir iş görme borcudur¹⁵.

Söz konusu geçici ifaya devam yükümlülüğü, vekilin sadakat borcunun ve vekâlet verenin menfaatlerini koruma sorumluluğunun doğal bir uzantısıdır¹⁶. Bu yükümlülük, yalnızca hukuki işlemlerle sınırlı olmayıp, maddi fiillere ilişkin vekâlet ilişkileri bakımından da geçerliliğini sürdürmektedir¹⁷. Vekilin, vekâlet verenin zarar görmesini önlemek amacıyla gerekli ve uygun önlemleri alması, temsil görevine ilişkin güven ilişkisinin bir gereği olarak değerlendirilmelidir. Vekilin sadakat borcu kapsamında, mirasçılar temsil yetkisinin mevcudiyeti hakkında bilgilendirme ve onların talimat verebilmeleri veya bu yetkiyi geri alabilmeleri amacıyla makul bir süre bekleme yükümlülüğü de yer almaktadır¹⁸. Belirtilen şartlar oluşmasına rağmen vekil, mirasçı ya da temsilcinin vekaleti ifaya devam etmemesi halinde ortaya çıkan zarardan TBK m.506 gereği sorumludur¹⁹.

TBK m. 513/II’de açıkça “ifa edilen işler”den söz edilmiş olmakla birlikte, doktrinde genel kabul gören görüşe göre, geçici işe devam yükümlülüğü, vekâlet ilişkisi kapsamında henüz icraya başlanmamış işler bakımından da geçerlidir. Bu durumda, vekilin, üstlendiği iş görme borcunu henüz yerine getirmemiş olması, onu geçici ifa yükümlülüğünden muaf kılmaz. Zira burada amaç, vekâlet verenin menfaatlerinin, ani bir sona erme durumunda korunabilmesini temin etmektir. Bu yönüyle söz konusu yükümlülük, vekâlet sözleşmesinin sona erme rejimi içinde istisnai ama işlevsel bir düzenleme niteliği taşımaktadır. TBK m.513/II’de yer alan şartlar oluşmadıkça, mirasçılar vekalet sözleşmesinin sona ermesinden sonra iş görme borcunun ifasını talep edemezler. Buna rağmen vekilin iş görme borcuna devam etmesi, işlemin vekaletsiz iş görme hükümlerine tabi olması sonucunu doğurur²⁰.

TBK m.514 kapsamında, vekâlet verenin ölümünden sonra da vekilin vekâleti devam ettirebilmesi, sınırlı bazı şartlara bağlanmış ve uygulamada bu tür vekâletnamelere rağmen tapu müdürlüklerinin işlem tesis etmemesi gibi problemler ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, Türk hukukunda transmortal vekâletname hem teorik olarak yetersiz kalmakta hem de uygulamada etkin olarak kullanılabilmektedir.

¹⁵ Tandoğan (n 11) 660; Gürsoy (n 5) 15; Seçer (n 4) 914; Kayıhan ve Ünlütepe (n 4) 203.

¹⁶ Tandoğan (n 11) 652; Gürsoy (n 5) 15; Seçer (n 4) 914; Kayıhan ve Ünlütepe (n 4) 203; İncoğlu, (n 8) 298.

¹⁷ Esener (n 5) 177-178; Gürsoy (n 5) 11-12; Akıncı (n 4) 73; Seçer (n 4) 914.

¹⁸ Watter Art. 35 (n 2) Nr. 11; Zäch ve Künzler, Art. 35, (n 6) Nr. 62; Serozan (n 11) 175; Antalya (n 11) 631.

¹⁹ Zäch ve Künzler, Art. 35, (n 6) Nr. 59-65; Tandoğan (n 11) 662; Gürsoy (n 5) 18-19; Akıncı (n 4) 133; Kayıhan ve Ünlütepe (n 4) 204; Antalya (n 11) 631.

²⁰ Seçer (n 4) 931-932; Kayıhan ve Ünlütepe (n 4) 177.

I. TRANSMORTAL VE POSTMORTAL VEKALET KAVRAMLARI

TBK m.43 uyarınca, temsil olunanın ölümü, temsil yetkisinin kendiliğinden sona ermesine neden olmaz; temsil yetkisi, temsil olunanın iradesine bağlı olarak ölüm sonrasında da geçerliliğini sürdürebilir (TBK m.43/I). Temsil olunan tarafından, sağlığında verilip ölümünden sonra da hüküm ve sonuç doğuracağı açıkça belirtilen bu tür temsil yetkisine “transmortal temsil yetkisi” veya “ölümünden sonra geçerliliğini koruyan temsil yetkisi” denilmektedir.

Transmortal temsil yetkisine ek olarak, temsil olunanın, vekile yalnızca kendi ölümünden itibaren geçerli olmak üzere temsil yetkisi verebilmesi de mümkündür. Bu tür bir yetkilendirme, temsil olunan tarafından sağlığında yapılmakta; ancak temsil yetkisi, murisin sağlığında değil, yalnızca ölüm anı itibarıyla hüküm ifade etmektedir. Bu temsil biçimi, murisin ölümünden sonra hüküm doğuran bir nitelik taşıdığından, transmortal yetkiden farklı olarak doğrudan postmortal temsil yetkisi kapsamında değerlendirilir²¹.

Her iki yetki türü de doktrinde genellikle postmortal temsil yetkileri üst başlığı altında ele alınmaktadır. Temsil yetkisinin ölüm anından önce mi yoksa sonra mı yürürlüğe girdiği, bu iki tür arasında hukukî ayırımın temelini oluşturmaktadır.

A. POSTMORTAL TEMSİL YETKİSİ VE TÜRLERİ

1. Transmortal Temsil Yetkisi

Temsil olunanın sağlığında yürürlüğe giren ve onun ölümünden sonra da geçerliliğini sürdüreceği açıkça öngörülen temsil yetkisine transmortal temsil yetkisi ya da ölümünden sonra geçerliliğini muhafaza eden temsil yetkisi denilmektedir²². Bu tür temsil yetkisi, özellikle murisin vefatından hemen sonra ortaya çıkan pratik ihtiyaçların karşılanması açısından işlevseldir. Nitekim cenaze masraflarının karşılanması amacıyla bankadaki hesaplardan para çekilmesi, acil işlemlerin yerine getirilmesi veya yürüyen işlerin yarım kalmaması için gerekli müdahalelerin yapılabilmesi bakımından transmortal temsil yetkisi önemli bir kolaylık sağlar²³.

Bu temsil ilişkisi, sağlararası bir hukuki işlem niteliğinde olup, ölüme bağlı bir tasarruf olarak değerlendirilemez. Zira burada temsil yetkisi, muris tarafından henüz hayatta iken ve sağlığında verilmekte; bu yetki, ölüm sonrasında da etkisini sürdürmektedir²⁴. Bu durumda, temsil yetkisi ölüm anıyla birlikte geçerli hâle gelmemekte, zaten daha önce yürürlüğe girmiş olan yetki sadece varlığını

²¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler* (23. Baskı Yetkin Yayınları 2018), 470; Kayıhan ve Ünütepe (n 4) 194; Havva Karagöz, *Roma Hukukunda Mandatum Post Mortem (Ölümünden Sonra Vekalet)*, (Beta Yayınları 1999), Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını 166; Kocaağa (n 11) 87; İnceoğlu, (n 8) 295-300.

²² Şener (n 4) 118; İnceoğlu (n 8) 295.

²³ Şener (n 4) 120; Esener (n 5) 177-178; Gürsoy (n 5) 11-12; Akıncı (n 4) 73; İnceoğlu (n 8) 296.

²⁴ Şener (n 4) 119.

devam ettirmektedir. Dolayısıyla bu tür bir düzenleme, vasiyetname gibi ölüme bağlı tasarruflara özgü şekil şartlarına tabi değildir. Noterlikçe düzenlenmiş veya resmî vasiyetname biçiminde olması da zorunlu değildir. Temsil yetkisi her türlü şekilde verilebilir²⁵.

Transmortal temsil yetkisinin ölümden sonra da geçerliliğini koruması sonucunda, vekil, artık doğrudan mirasçılar adına hareket etmeye başlar. Bu çerçevede vekil, murisin sağlığında onun adına işlem yaptığı gibi, ölümünden sonra da mirasçılar adına ve onların yararına temsil yetkisini kullanmaya devam eder²⁶.

2. Ölümünden İtibaren Etki Doğuran Temsil Yetkisi

Transmortal temsil yetkisinden farklı olarak, hukuki literatürde ölüm anından itibaren yürürlüğe giren temsil yetkisi de kabul edilmektedir. Bu tür bir temsil yetkisi, temsil olunan tarafından sağlığında verilmiş olmakla birlikte, vekilin yetkisi muris hayatta iken değil, yalnızca ölüm anı itibarıyla geçerlilik kazanır ve hukuki sonuç doğurmaya başlar. Yani ertelenmiş şarta bağlanmış bir vekaletname bulunmaktadır²⁷. Bu yönüyle söz konusu temsil yetkisi, başlangıç anı bakımından transmortal yetkiden ayrılmaktadır.

Her ne kadar bu temsil yetkisi ölümden sonra yürürlüğe girse de, etkileri bakımından transmortal temsil yetkisiyle büyük ölçüde örtüşür. Her iki durumda da vekil, murisin ölümünden sonra terekeye ilişkin işlemleri gerçekleştirme yetkisine sahiptir. Ancak burada temsil yetkisi, temsil olunan hayattayken hiçbir hüküm ifade etmeyip, sadece ölüm anıyla birlikte doğmaktadır²⁸.

Ölüm anında yürürlüğe giren bu tür temsil yetkisi doktrinde bazı tartışmalara konu olsa da, esasen sağlararası bir hukuki işlem niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, ölüme bağlı bir tasarruf olarak değerlendirilmez ve vasiyetnamelere özgü şekil şartlarına tâbi değildir²⁹. Bununla birlikte, temsil yetkisi, istisnai olarak temsil

²⁵ Zäch ve Künzler Art. 35, (n 6) N. 68; Watter Art. 35 (n 2) Nr. 8; Şener (n 4) 120; İnceoğlu (n 8) 296.

²⁶ Watter Art. 35 (n 2) Nr. 2; Zäch ve Künzler Art. 35, (n 6) Nr. 45; Tekinay ve Akman ve Burcuoğlu ve Altop (n 11) 194; Akyol (n 2) 417; Kocağa (n 11) 86; İnceoğlu, (n 8) 291.

²⁷ Watter Art. 35 (n 2) Nr. 7; Şener (n 4) 121; Akıncı (n 4) 74; Kayıhan ve Ünlütepe (n 4) 194; Karagöz 166; İnceoğlu (n 8) 300.

²⁸ Esener (n 5) 180; İnceoğlu (n 8) 301.

²⁹ Aynı görüş için bkz. Andreas Von Tuhr ve Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, (3. Auf. Schulthess 1979), 369, dn. 73; Esener (n 5) 179; Akyol (n 2) 418; Gürsoy (n 5) 31; Serozan (n 11) 162; Akıncı (n 4) 76-77; Y. 3. HD., 06.12.2004, E. 12296, K. 13423 “Muris İsmet’in sattığı kahvehaneinin bedeli olan 15 bin doları Antalya yolculuğu sırasında dava dışı Ali’ye “şayet yolda bir şey olursa bu parayı kardeşim Nuri’ye teslim et” diyerek verdiği bilahare murisin Kocaeli’ne döndükten sonra depremde göçük altında kalarak ölmesi üzerine sözü edinilen paranın davalıya teslim edildiği hususlarında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Murisin davacı ve davalıdan oluşan iki mirasçısı bulunmaktadır Davacı davaya konu edilen Ali’ye tevdi edilen para üzerindeki yan payım (miras hissesini) istemiş, mahkemece dava kabul edilmiştir. D) SONUÇ: Uyumsuzluk konusu sözleşmede davalıya karşı gerçekleştirilen kazandırma, vasiyet benzeri kendine

olunan tarafından ölüme bağlı bir tasarruf biçiminde, örneğin vasiyetname yoluyla da tanınabilir. Bu durumda, temsil yetkisi ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tabi olur ve temsil yetkisi bu yolla kazanılır.

Bu tür bir yetkilendirme sonucunda, vekil ölüm anından itibaren doğrudan mirasçılar adına hukuki işlem yapma yetkisini haiz olur. Bu yetkinin kullanılması için mirasçıların ayrıca bir onayı ya da iştiraki aranmaz. Böylelikle temsil olunan, sağlığında malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisini sürdürmekle birlikte, ölüm sonrasında bu yetkinin belirlediği kişi eliyle kullanılması iradesini gerçekleştirmiş olur. Müvekkilin ölümüyle birlikte, külli halefiyet ilkesi uyarınca malvarlığı mirasçılara geçer; vekil tarafından yapılan kazandırıcı işlemler de mirasçılar adına hüküm doğurur³⁰.

Ayrıca bu yetkiye dayanarak vekil, murisin vefatından sonra mirasçılık belgesi (Erbschein) ibraz etmeksizin işlem yapabilir. Banka hesaplarına erişim ya da taşınmazlara ilişkin acil işlemler gibi pratik durumlarda bu temsil yetkisi önemli işlem kolaylıkları sunar. Bu noktada belirtilmelidir ki, Türk Borçlar Ka-

özgü bir kazandırmadır; yoksa davalının kabulünü gerektiren bir bağışlama değildir. O nedenle ki işlem şekle bağlı tutulmamıştır. Bu böyle olmakla birlikte, davacının (murisin) alacaklılarının ve saklı paylı mirasçılarının bu ivazsız ve şekilsiz kazandırmanın risklerine karşı maddi açıdan korunmaları gerekmektedir (KRAUSKOPF, Der Vertrag zugunstenrit ter; Dritter, Fribourg, 2000, -tez- N.1678 vd; Serozan, Miras Hukuku, İradî Mirasçılık, sh.200). Kaldı ki TMK.567 kuralı da üçüncü kişi yararına ölüme bağlı hayat sigortaları konusunda böylesine uzlaştırıcı bir yaklaşımı seçmiştir. Mahkemece yukarıdaki ilkeler dikkate alınmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Kabule göre, reddedilen kısım özerinden davalı yararına vekalet üreti takdir edilmemesi de usul ve kanuna aykırı bulunmuştur. Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428. maddesi gereğince (BOZULMASI), ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6.12.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi". (karar için bkz. İnceoğlu (n 8) 303, dn.781; <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>. Aksi bir görüşe göre, söz konusu temsilci, esasen mirasbırakanın terekesi üzerinde tasarrufta bulunmak üzere görevlendirilmiştir. Bu nedenle, yapılan işlemin vasiyeti yerine getirme görevlisi atanması anlamına geldiği ve ancak ölüme bağlı tasarruf yolu ile hukuken geçerlilik kazanabileceği savunulmaktadır (Zäch ve Künzler Art. 35, (n 6) Nr. 70; Watter Art. 35 (n 2) Nr. 8; Kocayusufoğlu vd, (n 2) §48, Nr. 11; Antalya (n 11) 631; Tufan Ögüz, 'Ölüme Bağlı Bağışlama ve Bu Bağışlamalara Uygulanacak Hükümler' (1996) Prof. Dr. Halit Kemal Elbir'e Armağan, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını 386, 401 vd.). Bir başka görüşe göre ise, postmortem temsil yetkisi verilmesi ölüme bağlı bir tasarruf niteliğindedir ve ölüme bağlı tasarrufların şekline bağlıdır. Diğer taraftan da mirasçılar söz konusu temsilciyi her zaman için azledebilirler (bkz. Tekinay ve Akman ve Burcuoğlu ve Altop (n 11) 194, dn. 43c; Eren (21) 470; Antalya (n 11) 631; Karma nitelikte bir başka görüşe göre, ölümden sonraki döneme ilişkin temsil yetkisi kural olarak sağlararası bir işlem olarak kabul edilmelidir. Ancak bu yetkilendirme, gerçekte ölüme bağlı bir tasarrufun temsil ilişkisi aracılığıyla gerçekleştirilmesini amaçlıyorsa, bu durumda istisnaen ölüme bağlı tasarruflara ilişkin şekil şartlarına tabi olması gerektiği savunulmaktadır (bkz. İnceoğlu (n 8) 305).

³⁰ Serozan (n 11) 162; Eren (n 21) 470; Akıncı (n 4) 76-77; İnceoğlu (n 8) 292.

nunu'nda ölüm anından itibaren geçerlilik kazanacak temsil yetkisine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevcut düzenleme olan TBK m.43/I yalnızca postmortal temsil yetkisini hükme bağlamıştır. Bu durum, doktrinde bazı tereddütlerin doğmasına yol açmakla birlikte, ölüm anıyla geçerlilik kazanacak temsil yetkilerinin hukuken mümkün olduğu görüşü ağırlıktadır³¹.

İsviçre/Türk hukukunda, özellikle banka uygulamaları bakımından bu tür temsil yetkisinin geçerliliği konusunda zaman zaman kuşklar dile getirilmişse de, hâkim doktrin bu tür yetkilendirmenin hukuken geçerli olduğunu ve sağlararası temsil ilişkisi niteliği taşıdığını kabul etmektedir. Bu görüş, uygulamadaki pratik ihtiyaçlara da uygun düşmekte ve özellikle murisin ölümünden sonra gecikmeksizin işlem yapılmasını mümkün kılmaktadır.

Türk hukukunda ölümden sonra geçerli temsil yetkisi (postmortal temsil), açık bir kanuni düzenlemeye tabi olmamakla birlikte, uygulamada ve doktrinde özellikle vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler ve noterlik uygulamaları çerçevesinde kabul görmektedir. Türk Borçlar Kanunu sistematüğinde, vekâlet sözleşmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir ilişki olarak düzenlenmiş ve kural olarak vekil ya da vekâlet verenin ölümüyle sona ereceği öngörölmüştür (TBK m.513). Ancak hemen devamında yer alan TBK m.514 hükmü, bu kuralın mutlak olmadığını göstermekte, vekâletin ölüm sonrasında da devam edebileceğini kabul etmektedir.

TBK m.514 hükmüne göre, vekâlet verenin ölümü halinde vekilin, yetkisini vekâlet verenin mirasçılarının menfaatine olacak şekilde sürdürmesi mümkündür. Hatta vekâletnamenin içeriğinde vekâletin ölüm sonrasında da geçerli olacağına ilişkin bir düzenleme varsa, vekilin temsil yetkisi murisin ölümünden sonra da hukuken geçerliliğini sürdürebilir. Bu düzenleme, Alman hukukunda açıkça “transmortale vollmacht” olarak adlandırılan kavramın Türk hukukundaki karşılığı olarak değerlendirilmelidir.

Nitekim noterlik uygulamasında da vekâletnamelerin düzenlenmesi sırasında, vekâletin vekâlet verenin ölümü halinde de geçerli olacağına dair açık beyanlar eklenmekte ve bu şekilde postmortal yetkinin sınırları belirlenmeye çalışılmaktadır³². Ancak noterlik uygulamasındaki bu açık irade beyanlarına rağmen uygulamada çeşitli idari kurumların (örneğin tapu müdürlükleri, bankalar, vergi daireleri) söz konusu vekâletnameye dayanarak işlem yapılmasına izin verip veremeyeceği konusunda yeknesaklık bulunmamaktadır.

Vekâletin ölüm sonrasında da geçerliliğini sürdürebilmesi için, iki temel şart aranmaktadır: (1) vekâletnamenin metninde açıkça postmortal etki doğuracak şekilde düzenlenmiş olması, (2) mirasçılar tarafından vekâletnamenin geri alınmamış olması. Bu şartlar gerçekleştiği sürece, vekil muris adına işlem yapmaya

³¹ Von Tuhr ve Peter, (n 29) 369 Nr. 78; Eren ve Dönmez (n 5) 987; Eren (n 21) 470; Akyol (n 2) 417; Akıncı (n 4) 71; Şener (n 4) 122; İnceoğlu (n 8) 296.

³² Y. 1. HD, 29.11.2017 T., E. 2017/4958, K. 2017/6890 (karar için bkz. Eren ve Dönmez (n 5) 988.

devam edebilir. Özellikle terekeye dahil taşınmazlar üzerindeki tasarruf işlemlerinde, vekilin işlem yetkisi, temsil olunanın sağlığında yapabileceği işlemlerle sınırlı kalmakla birlikte, noter tasdikli bir vekâletname ile tapuda işlem yapılması mümkün olabilmektedir.

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında da bu yönde içtihatlar yer almaktadır. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin çeşitli kararlarında, vekâletnamenin ölümden sonra da geçerli olacağına açıkça düzenlendiği hallerde, vekilin yaptığı tasarruf işlemleri geçerli kabul edilmiştir. Bu bağlamda, ölüm sonrası vekâletle taşınmaz satışının mümkün olduğu, ancak bu yetkinin vekâletnamenin içeriğine ve temsil yetkisinin kapsamına uygun biçimde kullanılması gerektiği belirtilmiştir³³. İsviçre doktrini ve yargısı bu konuda farklı bir yaklaşım benimsemektedir. Bu görüşe göre³⁴, temsil olunanın ölümünden sonra temsilcinin yapacağı tescil talepleri kabul edilmemelidir. Zira her ne kadar temsilci, sicilde hâlâ hak sahibi olarak görünen kişi adına işlem yapıyor olsa da, taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi artık miras bırakanın değil, mirasçılarının uhdesindedir.

Türk hukukunda postmortal temsil yetkisinin açık şekilde düzenlenmemiş olması, uygulamada belirsizlik yaratmaktadır. Mevzuatta, Almanya'da olduğu gibi ölümden sonra da geçerli vekâletnamelerin sınırlarının, geçerlilik şartlarının ve şekil koşullarının açıkça düzenlenmesi, hem uygulama birliğini sağlayacak hem de hukuki güvenliği artıracaktır. Postmortal vekâletin kapsamı, şekli ve sona ermesi gibi konularda açık hükümlerin getirilmesi, özellikle terekeye dahil malvarlığının tasfiyesi sürecinde uygulamada yaşanan zorlukları azaltacaktır.

Sonuç olarak, Türk hukukunda postmortal temsil yetkisinin geçerliliği, hukuki dayanağını TBK m.514 hükmünden almakta ve noterlik uygulamaları ile Yargıtay kararları çerçevesinde şekillenmektedir. Ancak bu alandaki uygulama çeşitliliği ve kurumsal tereddütler göz önüne alındığında, açık bir yasal düzenlemeye olan ihtiyaç kendini hissettirmektedir.

II. TRANSMORTAL VEKÂLETİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Vekâlet sözleşmesi, taraflar arasında kurulan güven ilişkisine dayalı olarak, vekilin vekâlet veren adına ve onun hesabına hukuki işlemler yapabilmesini sağlayan bir temsil kurumudur. TBK m.502 de tanımlanan bu sözleşme, çoğunlukla vekâlet verenin kişiliğine bağlı olarak değerlendirilmekte ve kural olarak onun ölümüyle sona ermektedir (TBK m.513/I). Bu klasik yaklaşım, vekâlet ilişkisini

³³ Y. 1. HD, 24.09.2018 T., E. 2018/3746, K. 2018/12691, “Ölümden önce başlamış, bitirilmemiş ve zorunlu olarak ölümden sonra da yapılması gereken işlerde vekalet görevinin devam edebileceği, ölümden sonra da vekalet görevinin yerine getirilmesi için açıkça olur verilen işlerde vekalet görevinin devam edebileceği”. Y. HGK, T. 25.9.1981, E. 1980/7-2406, K. 1981/641 (karar için bkz. İncooğlu, (n 8) 294).

³⁴ Zäch ve Künzler Art. 35, (n 6) Nr. 53; Watter Art. 35 (n 2) Nr. 9; BGE 111 II 41; SJZ 1983, İncooğlu (n 8) 246.

temsil yetkisinin sürekliliği bakımından sınırlayıcı kılmakta ve özellikle ölüm sonrası ortaya çıkan temsil ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalmaktadır.

Bu çerçevede, uygulamada gelişen ve doktrinde de kabul gören “transmortal vekâlet” kurumu, vekâletin ölümden sonra da etkisini sürdürmesine imkân tanımaktadır. “Transmortal” terimi, Latince “trans” (ötesine) ve “mors” (ölüm) kelimelerinden türemiş olup, vekâletin ölüm sınırını aşarak devam etmesini ifade etmektedir. Transmortal vekâletname, vekâlet verenin iradesine dayalı olarak düzenlenen ve ölümden sonra da geçerli olacağı açıkça belirtilen bir vekâlet ilişkisidir. Bu bağlamda transmortal vekâlet, hukuki niteliği itibarıyla temsil yetkisini sona erdirici nedenlerin etkisini bertaraf eden, sürekliliği esas alan özel bir vekâlet türüdür.

Alman Medeni Kanunu’nda (BGB) transmortal vekâlet kurumu doğrudan düzenlenmiş değildir. Ancak Alman hukuk öğretisi ve yerleşik yargı içtihatları çerçevesinde, vekâlet sözleşmesinin mahiyetinin vekâlet verenin iradesine bağlı olduğu kabul edilerek, açıkça transmortal etki taşıyan vekâletnamelerin ölüm sonrasında da geçerliliğini koruduğu yönünde genel bir kabul oluşmuştur. Nitekim, BGB m. 168³⁵ hükmü uyarınca, vekâlet ilişkisi kural olarak azil veya feragatle sona erse de, farklı bir irade beyanı mevcutsa vekâletin sürmesi mümkündür. Bu bağlamda, Alman hukukunda transmortal vekâlet, murisin iradesine saygı ilkesi çerçevesinde, ölümden sonra da vekilin işlem yapma yetkisini koruyan bir temsil yetkisi olarak yorumlanmaktadır.

Transmortal vekâletin hukuki niteliği bakımından, bu temsil yetkisinin bir “tasarruf yetkisi” değil, vekâlet verenin yaşamı boyunca verdiği, fakat ölümünden sonra da sonuç doğuracak şekilde yapılandırılmış bir “temsil yetkisi” olduğu kabul edilmektedir. Bu tür vekâletler, ölüm anında değil, ancak ölümden sonra hüküm ve sonuç doğurmaya devam eder. Böylece transmortal vekâlet, hukuki açıdan bir tür “devam eden irade” (fortwirkender Wille) olarak tanımlanabilir. Doktrinde transmortal vekâlet, ne bir vasiyetname ne de ölüme bağlı tasarruf olarak değerlendirildiğinden, şekil şartlarına da bu doğrultuda tabi tutulmamaktadır³⁶. Ancak uygulamada noter onaylı ya da yazılı vekâletnameler tercih edilmekte ve özellikle taşınmazlara ilişkin işlemler için bu şekil zorunlu hale gelmektedir.

³⁵ BGB § 168 : Erlöschen der Vollmacht “Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt. Auf die Erklärung des Widerrufs findet die Vorschrift des § 167 Abs. 1 entsprechende Anwendung” (Vekaletnamenin sona ermesi: Vekâletnamenin sona ermesi, vekâletin verildiği hukuki ilişkiye göre belirlenir. Aksi belirtilmediği takdirde, hukuki ilişki devam etse bile vekaletname geri alınabilir. 167 nci maddenin (1) numaralı fıkrasının hükümleri, iptal beyanına kıyasen uygulanır).

³⁶ Bir görüşe göre, “Mandatum post mortem sağlararası bir tasarruftur ve ölüme bağlı tasarrufların şekline bağlı değildir (Bkz. Gürsoy (n 5) 31; Serozan (n 11) 162; Akıncı (n 4) 76; İnceoğlu (n 8) 296).



Transmortal vekâletin geçerliliği, temsil edilen kişinin ölümünden sonra yürütülmesi gereken işlemler açısından büyük kolaylıklar sağlar. Özellikle tapu sicilinde (Grundbuch) yapılacak taşınmaz devri işlemleri, banka hesaplarının kapatılması, cenaze ve defin işlemleri ile kamu idareleri nezdindeki vergi ve sigorta işlemleri açısından temsil yetkisinin kesintisiz devam etmesi önem arz eder. Alman hukuk uygulamasında, bu vekâlet türü ile hareket eden kişi, veraset ilamı (Erbschein) sunmaksızın işlem gerçekleştirebilir; bu da hem işlem maliyetlerini azaltmakta hem de süreci hızlandırmaktadır.

Vekalette bir geçersizlik sebebinin ortaya çıkması halinde, vekalet o andan itibaren geçersiz hale gelir. Geçersizlik sebebi sonradan ortadan kalkarsa, geçersiz hale gelmiş olan vekalet kendiliğinden tekrar geçerli olmaz³⁷.

Tapu sicil müdürlüğünün yetkisi, taşınmazların devrine ilişkin işlemlerde yalnızca aynı hakkın geçirilmesine yönelik irade beyanlarının şeklen ve içerik yönünden geçerliliğini denetlemekle sınırlıdır. Bu çerçevede, tapu müdürlüğü, taşınmazın mülkiyetinin devri gibi aynı hak doğuran işlemlerde, tarafların beyanlarını ve yetkilerini resen araştırmas; şeklen sunulan belgelerin geçerliliğiyle yetinir. Buna karşılık, taşınmazın devrine temel teşkil eden borçlandırıcı işlem –örneğin satış sözleşmesi– ile ilgili olarak temsil yetkisinin varlığı, geçerliliği ve sınırlarının denetimi, Türk hukuk sisteminde belgeyi düzenleyen noter tarafından gerçekleştirilmesi gereken ayrı bir inceleme konusudur. Bu yönüyle, altta yatan hukuki işlemin geçerliliği ve vekil tarafından yapılmış olup olmadığı hususundaki sorumluluk, noterlik makamına aittir³⁸.

Bu bağlamda, transmortal vekâlet ile yetkilendirilmiş bir temsilcinin, terekeye dâhil bir taşınmazın üçüncü kişiye satışı amacıyla bir satış sözleşmesi akdetmesi, hukuken mümkündür. Zira murisin sağlığında bu tasarrufu bizzat gerçekleştirme yetkisi bulunduğu gibi, vekiline verdiği açık yetki çerçevesinde ölümünden sonra da bu işlem vekil eliyle gerçekleştirilebilir. Vekil, bu durumda mirasçıların ortak temsilcisi sıfatıyla değil, murisin sağlığında verilmiş temsil yetkisine dayanarak hareket eder; bu da işlemin hukuken geçerliliğini sağlamaktadır³⁹. Bu durumda

³⁷ Watter Art. 35 (n 2) Nr. 15; Zäch ve Künzler Art. 35, (n 6) Nr. 92; BGE 46 II 412.

³⁸ Thelen ve Bühler (n 12) 2953.

³⁹ Thelen ve Bühler (n 12) 2953; Kayıhan ve Ünlütepe (n 4) 198; Yargıtay HGK, E. 1980/7-2406, K. 1981/641, T. 25.9.1981, “...uyuşmazlık, kayıt maliklerinden Ali’nin ölümünden sonra vekili tarafından yapılmış olan satışın geçerli olup olmadığı yönünde toplanmaktadır... Temyizen incelenen bu davanın konusunu oluşturan maddi olgular dikkatlice incelendiği takdirde, davacıların miras bırakanı Ali ile diğer paydaşlar Recep ve Hatice’nin dava konusu taşınmazı İstanbul İkinci Noterliği’nde 19.5.1932 gününde re’sen düzenlenen bir belge ile Muharrem adlı kişiye sattıkları, parasını tamamen aldıkları, taşınmaz üzerinde hiçbir hakları kalmadığı ve özellikle de satış tarihinden sonra tarh ve tahakkuk ettirilecek vergi ve resimlerin alıcıya ait olacağı belirtildiği ve aynı belgede Haliloğlu Demir adlı bir kişinin ferağ işlemini yapması için vekil tayin edildiği; bilahare Ali’nin 22.4.1933 gününde öldüğü, nihayet 8.8.1940 yılında taşınmazın ilk alıcı Muharrem adına ve ondanda davalı adına ferağ edildiği anlaşılmaktadır. Taşınmazın ilk satışla birlikte Muharrem adlı kişiye teslim edildiği ve davalıya satılınca kadar onun ve daha sonrada davalının

mirasçılar yapılan işlemlerden dolayı kendi malvarlıkları ile değil, sadece kendilerine düşen tereke payı ile sorumlu olurlar⁴⁰.

Vekâlet sözleşmesinin, üçüncü kişinin yararına kurulduğu hâllerde, söz konusu üçüncü kişi, vekâlet verenin ölümünden sonra dahi sözleşmeden doğan edimin ifasını talep edebileceğinden, bu durumda vekâlet ilişkisi ölümle sona ermiş sayılmamalıdır⁴¹. Bununla birlikte, mirasçıların kendi aralarında yapacakları bir miras paylaşım sözleşmesinin, transmortal vekâlet yoluyla akdedilmesi hukuken mümkün değildir. Mirasın paylaşımı, doğrudan doğruya mirasçıların kişisel haklarına dayanan, borçlar hukuku kapsamında değerlendirilen ve tarafların ortak iradesini gerektiren bir işlemidir. Bu tür bir sözleşme, murisin temsil yetkisinin devamı niteliğinde kabul edilemez; çünkü mirasbırakanın hayatta olması hâlinde dahi, miras paylaşımı yapma ehliyeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla, transmortal vekâlet kapsamında yalnızca murisin sağlığında yapabileceği işlemler vekil aracılığıyla gerçekleştirilebilirken, mirasçılara özgü şahsi tasarruf yetkileri bu temsil ilişkisine konu edilemez⁴².

III. TRANSMORTAL VEKÂLETNAMESİNİN MİRASÇILAR DIŞINDA BİR ÜÇÜNCÜ KİŞİYE VERİLMESİ DURUMU

Transmortal vekâletname, genellikle murisin ölümünden sonra terekeye ilişkin işlemlerin gecikmeksizin yürütülmesini sağlamak amacıyla düzenlenir. Vekâlet yetkisinin murisin ölümünden sonra da geçerli olacağı yönünde açık bir hüküm içermesi, transmortal nitelik kazanması bakımından şarttır.

Transmortal vekâlet, uygulamada çoğunlukla murisin yasal veya atanmış mirasçılarına verilmekle birlikte, temsil yetkisinin mirasçılar dışındaki üçüncü kişilere tanınması da mümkündür. Bu pratikte oldukça yaygın bir uygulamadır. Böyle bir tercihin temelinde, murisin, terekesinin ölüm sonrası idaresinin, belirli bir uzmanlığa ve deneyime sahip, güven duyulan bir kişi — örneğin bir avukat, mali müşavir yahut aile dışından güvenilir bir şahıs — tarafından yürütülmesini istemesi yatmaktadır. Bu şekilde muris, ölümünün ardından ortaya çıkacak olan

zilyetliğinde bulunduğu ihtilafsızdır. Görülüyor ki, gerçekleşen maddi olgulara göre davacıların miras bırakanı Ali, satışını vaadettiği taşınmazın parasını tamamen almış, taşınmazı alıcıya teslim etmiş ve özellikle de bu satışa müteferri işlemleri yapmak ve tapu memuru karşısında takriri vermek üzere Haliloğlu Demir'i vekil olarak atanmıştır. Belirtilen amaçla verilmiş olan böyle bir vekaletin, müvekkilin ölümünden sonra da devam edeceği hiçbir kuşku ve duraksamayı gerektirmeyecek kadar açıktır... O halde yukarıda yapılan açıklamalara göre, müvekkilin ölümüne rağmen işin niteliği gereği vekalet ilişkisinin devam edeceği anlaşılmasına ve böyle bir kabul 7.12.1940 gün ve 20/87 günlü içtihadı birleştirme kararına da ters düşmeyeceğine ve özellikle davalının zilyedliğinin gerçek malik sıfatıyla olduğu maddi olayların gerçekleşme biçimi ile anlaşılmasına göre..”(Karar için bkz. Kayıhan ve Ünlütepe (n 4) 198-199).

⁴⁰ İnceoğlu, (n 8) 305.

⁴¹ Tandoğan (n 11) 652-653; Serozan (n 11) 165; Akıncı (n 4) 73; Kayıhan ve Ünlütepe (n 4) 198.

⁴² Thelen ve Bühler (n 12) 2953.



hukuki ve idari süreçlerin ehil bir temsilci tarafından sürdürülmesini sağlamayı hedeflemektedir. Vekâlet ilişkisi, vekâlet verenin sağlığında her zaman tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilebilecek nitelikte olup, ölüm sonrası için de temsilin kim tarafından ve ne şekilde sürdürüleceği konusunda serbestçe tasarrufta bulunulmasına imkân tanır. Dolayısıyla müvekkil, ölümünden sonra vekâletin devam edip etmeyeceğini ve bu görevin kime tevdi edileceğini, kendi iradesiyle önceden belirleyebilmelidir⁴³.

Müvekkil, vekilin ölümünün ifayı imkânsız hâle getirmesini arzu etmiyorsa, önleyici bir tedbir olarak yedek vekil tayin edebilir. Bu durumda, asıl vekilin ölümü üzerine yedek vekil ile müvekkil arasında daha önce kurulmuş olan vekâlet ilişkisi kendiliğinden hüküm ve sonuç doğurmaya başlar. Alternatif olarak, müvekkil aynı işlem veya işlemler için birden fazla vekil atayabilir. Bu ihtimalde, vekillerden birinin vefatı, diğer vekil veya vekiller ile müvekkil arasında mevcut olan vekâlet ilişkisini sona erdirmeyecektir⁴⁴.

Bu tür düzenlemelerde dikkat edilmesi gereken başlıca husus, vekilin yetkilerini kötüye kullanmasının önüne geçilmesini teminen, denetim mekanizmalarının önceden öngörülmesi ve vekâlet kapsamının açık, net ve sınırlandırılmış bir biçimde belirlenmesidir. Vekalet sözleşmesinin ölümünden belli bir süre sonra devam edecek şekilde yapılması söz konusu olabilir⁴⁵. Ayrıca, özellikle vekil ile murisin mirasçıları arasında ortaya çıkabilecek olası menfaat çatışmalarını bertaraf etmek adına, temsil yetkisinin sınırlarının dikkatle çizilmesi önem arz etmektedir. Vekilin gerçekleştirdiği işlem, mirasbırakanın muhtemel çıkarlarına aykırıysa, üçüncü kişinin mirasçı olup olmadığını araştırması, şüpheli durumlarda mirasçılardan bilgi alması gerekir. Örneğin, vekilin mirasbırakanın paralarını doğrudan kendi hesabına aktarması durumunda, üçüncü kişi olan bankanın mirasçılar ile iletişime geçmesi mümkündür⁴⁶. Vekilin gerçekleştirdiği işlemler nedeniyle mirasçıların sorumluluğunun doğabilmesi için, vekilin iyiniyetli şekilde hareket etmiş olması gerekir. Aksi yöndeki bir iddiada bulunan taraf, vekilin kötüniyetli davrandığını somut delillerle ispat yükümlülüğü altındadır⁴⁷.

Sonuç olarak, transmortal vekâletnamenin mirasçılar dışında bir kişiye verilmesi hukuken mümkün ve uygulamada işlevseldir; ancak bu yetkinin kullanımında murisin iradesine sadık kalınması ve tereke işlemlerinde şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkelerine riayet edilmesi gerekir. Transmortal vekaletnameye sahip bir kişi, vekâlet yetkisini mirasbırakanın sağlığında verdiği irade beyanına da-

⁴³ Akıncı (n 4) 72.

⁴⁴ Gürsoy (n 5) 14; Akıncı (n 4) 72.

⁴⁵ Zäch ve Künzler Art. 35, (n 6) Nr. 59; Kocayusufpaşaoğlu vd, (n 2) § 48, Nr. 10; Antalya (n 11) 631; Inceoğlu (n 8) 304; Seçer (n 4) 913.

⁴⁶ Zäch ve Künzler Art. 35, (n 6) Nr. 63; Watter Art. 35 (n 2) Nr. 12.

⁴⁷ Seçer (n 4) 931; Kayıhan ve Ünlütepe (n 4) 177.

yanarak kullanılmaktadır. Bu yetki doğrudan mirasbırakanın iradesinden türeyen bir temsil yetkisi niteliği taşır. Vekil, mirasbırakan tarafından belirlenmiş temsil yetkisinin sınırları dahilinde, mirasbırakanın sağlığında bizzat yapabileceği tüm hukuki işlemleri vekaleten gerçekleştirme yetkisine sahiptir⁴⁸. Bu çerçevede vekilin, mirasçılardan ayrıca bir onay veya yetki almasına gerek yoktur. Vekile verilen yetki, henüz tespit edilmemiş veya bilinmeyen mirasçılar adına da işlem yapmayı kapsamaktadır⁴⁹. Temsilcinin, üçüncü kişilerle işlem yaparken temsil olunanın kanuni halefleri adına hareket ettiğini açıkça belirtmesi gerekir. Bu husus, özellikle temsil olunanın vefatından habersiz olan üçüncü kişilerin korunması açısından önem arz etmektedir. Ancak temsilcinin, işlem sırasında açıkça mirasçılarla temsilen hareket ettiğini değil de, temsil olunan adına işlem yaptığını ifade etmesi halinde, yine de bu sözleşmeyi geçersiz saymamak gerekir⁵⁰.

İlgili vekâlet, vekalet verenin ölümü halinde, söz konusu mirasçılar yönünden ancak TBK m. 42/1, m. 512 (BGB § 168 c.3) gereğince, vekâletin açık ve kesin bir irade beyanıyla geri alındığının karşı tarafa bildirilmesi hâlinde hüküm ve sonuçlarını yitirir⁵¹. Bu bağlamda, murisin sağlığında verdiği ve ölümünden sonra da geçerliliğini sürdüren transmortal vekâletin, mirasbırakanın ölümüyle birlikte sona ermeyip devam etmesi mümkündür. Ancak bu yetki, artık mirasçıların ortak malvarlığı niteliği kazanan tereke üzerinde kullanılacağından, mirasçılar söz konusu vekâleti geri alma (azil) yetkisini haizdir⁵². Bu sona erdirmeye hakkı, vekalet sözleşmesi taraflarınca önceden sınırlandırılmış olabilir⁵³. Ancak, vekâlet sözleşmesinin ölümle sona ermeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunsada dahi, bu düzenleme mirasçılar bakımından bağlayıcı değildir ve onlara karşı ileri sürülemez⁵⁴.

Transmortal vekâletin mirasçılar tarafından geri alınmasına ilişkin olarak doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda ileri sürülen ilk yaklaşıma göre⁵⁵, vekâlet sözleşmesinin ölümünden sonra da hüküm doğuracak şekilde düzenlenmiş olması, ona ölümüne bağlı tasarruf niteliği kazandırmaz; söz konusu temsil ilişkisi, esasen sağlararası bir hukuki işlem olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle, vekâlet verenin ölümünden sonra, mirasçılardan herhangi birinin tek taraflı irade beyanıyla vekâleti sona erdirmesi mümkün ve yeterli kabul edil-

⁴⁸ Thelen ve Bühler (n 12) 2953.

⁴⁹ Thelen ve Bühler (n 12) 2951; Kocayusufpaşaoğlu vd, (n 2) §48, Nr. 9; Akyol (n 2) 417; İnceoğlu (n 8) 291.

⁵⁰ Zäch ve Künzler Art. 35, (n 6) Nr. 44; İnceoğlu (n 8) 291-292.

⁵¹ Thelen ve Bühler (n 12) 2951; Eren (n 1) 755; Seçer (n 4) 912; Serozan (n 11) 169; Akıncı (n 4) 77; İnceoğlu (n 8) 297; Kayıhan ve Ünlütepe (n 4) 194; Kocaağa (n 11) 86.

⁵² Zäch ve Künzler Art. 35, (n 6) Nr. 73; Tandoğan (n 11) 652; Antalya (n 11) 631; Akıncı (n 4) 73-77-127; Seçer (n 4) 912; İnceoğlu (n 8) 297.

⁵³ Seçer (n 4) 913.

⁵⁴ Esener (n 5) 178 vd.; Akıncı (n 4) 78.

⁵⁵ Akıncı (n 4) 76.

melidir. Vekalet verenin ölümü ile, külli halefiyet ilkesi gereğince onun yerine mirasçıları geçer. Böylece vekilin yaptığı işlemler mirasçıların kendi sağlararası işlemi olarak kabul edilir.

Buna karşılık ikinci bir görüş⁵⁶, işlemin hukuki niteliğine göre farklı sonuçlara ulaşmak gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, eğer söz konusu işlem, mirasbırakanın ölümünden sonra sonuç doğurmak üzere yapılmış ve bu yönüyle ölüme bağlı bir tasarruf olarak kurgulanmışsa, buna ilişkin şekil şartlarına riayet edilmesi zorunludur. Öte yandan, işlem niteliği itibarıyla bir vekâlet sözleşmesi olarak kabul ediliyorsa, bu durumda vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler (TBK m.502 vd.) çerçevesinde değerlendirme yapılmalı ve hukuki geçerliliği bu kuralara tabi tutulmalıdır. Kanaatimizce, miras, murisin ölümüyle birlikte mirasçılara el birliği mülkiyeti ile geçer (TMK m.640). Bu tür mülkiyet ilişkilerinde, terekeye ilişkin tasarruf işlemlerinde kural olarak oybirliği gereklidir. Bu nedenle, transmortal vekâletin sona erdirilmesi, yani vekilin azli için de mirasçıların oybirliği ile karar vermesi gerekir. Mirasçılar arasında bu konuda anlaşmazlık doğması hâlinde, yani bazı mirasçılar vekâleti sona erdirmek isterken diğerleri karşı çıkıyorsa, temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin irade beyanı oybirliği gerçekleşmeden geçerli kabul edilemez. Böyle bir durumda, azil yönünde karar alan mirasçıların, sulh hukuk hâkimine başvurarak terekenin yönetimiyle ilgili bir uyuşmazlık olduğunu ileri sürmeleri ve TMK m.592 uyarınca tereke yöneticisi atanmasını talep etmeleri mümkündür. Bu durumda sulh hukuk hâkimi, mevcut vekâlet ilişkisinin taraflar arasında ihtilafa neden olduğunu, temsil yetkisinin tarafsız bir şekilde kullanılmadığını değerlendirirse, tereke yöneticisi tayin ederek özel vekâlet ilişkisini fiilen hükümsüz bırakabilir⁵⁷.

Eğer söz konusu işlem murisin sağlığında yapılmış olsaydı, bu işleminden doğan borç, miras yoluyla doğrudan doğruya mirasçılara geçmiş olacaktır (TMK m.599 ve TBK m.41). Vekalet verenin hakları da mirasçılarına geçmektedir. Aynı şekilde muris tarafından sağlığında yapılmış olan bir tasarruf işlemi ya da Tapu Sicil Tüzüğü m. 46 vd. uyarınca tapu siciline şerh verilmesine ilişkin muvafakat beyanı da, ölüm sonrasında mirasçılar açısından geçerliliğini koruyacaktır⁵⁸. Mirasçılar vekile yeni talimat verebilirler⁵⁹.

⁵⁶ Von Tuhr ve Peter, (n 29) 370; Eren (n 21) 470; Seçer (n 4) 913.

⁵⁷ Aksi bir görüşe göre, birden fazla mirasçının bulunduğu hallerde tek bir mirasçının temsilciyi azledebileceği, bu durumda temsil yetkisinin tüm mirasçılar açısından sona ermiş olacağı kabul edilmektedir (Zäch ve Künzler Art. 35, (n 6) Nr. 72; Watter Art. 35 (n 2) Nr. 11; Kocayusufpaşaoğlu vd., (n 2) §48, Nr. 8). Buna karşılık bir başka görüşe göre, her mirasçının temsil yetkisini sadece kendisi açısından geri alabileceği, böylece temsilcinin diğer mirasçıları temsil etmeyi sürdürebileceği kabul edilmektedir (von Tuhr ve Peter, (n 29) 367; Soergel ve Leptien, §168, Nr. 35).

⁵⁸ Thelen ve Bühler (n 12) 2952.

⁵⁹ Seçer (n 4) 913.

IV. TRANSMORTAL VEKÂLETNAMENİN MİRASÇIYA VERİLMESİ DURUMU

Temsil olunan, ölümünden sonra kendisini temsil etmek üzere bir veya birden fazla mirasçısını temsilci olarak belirleyebilir. Ancak ölümünden önce mirasçılardan biri temsilci olarak atanmışsa, kişinin kendi şahsını temsil etmesi hukuken mümkün olmadığından, temsil yetkisinin sadece diğer mirasçılar adına kullanılabileceği kabul edilmelidir⁶⁰.

Muris tarafından verilmiş bir transmortal vekaletnameye sahip kişi, aynı zamanda murisin sınırsız tek mirasçısı konumunda olabilir. Bu durumda iki önemli hukuki tartışma ortaya çıkmaktadır: İlki, vekil ile murisin kişiliğinin aynı kişide birleşmesi hâlinde temsil yetkisinin sona erip ermeyeceği; ikincisi ise vekâlet yetkisinin sona erdiği kabul edilse dahi işlemin, görünüşe dayalı temsil (Rechts-scheinvollmacht) ilkesi uyarınca geçerli olup olmayacağıdır. Özellikle mirasçının aynı zamanda muris tarafından atanmış vekil olması ve tek mirasçı (Alleinerbe) sıfatını taşıması hâlinde, vekâlet ilişkisinin kendiliğinden sona erip ermediği, tartışmalı bir konudur⁶¹.

Vekilin aynı zamanda murisin tek mirasçısı olması durumunda, vekil, kendi adına değil de başkasının adına işlem yaparak temsil kurumu çerçevesinde işlem gerçekleştirebilir. Bu durumda kişi, artık hem kendi adına hem de muris adına işlem yapan tek kişidir. Bu kişinin kendisine karşı işlem yapması teorik olarak mümkün değildir.

OLG Hamm gibi bazı üst derece Alman mahkemeleri, vekâlet yetkisinin “konfüzyon” (kişiliklerin birleşmesi) yoluyla sona ereceği görüşünü benimsemektedir⁶². Konfüzyon, borçlar hukuku anlamında alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesidir. Bu sebeple konfüzyon kavramı vekalet ilişkisi açısından pek uygun değildir. Bunun yerine “konsolidasyon” (birleşme/güç birliği) kavramının kullanılması daha uygun düşmektedir⁶³.

Buna karşılık doktrinde hakim olan görüşe göre, temsil ilişkisi devam etmektedir. Murisin iradesine ve işlem güvenliğine öncelik verilmelidir. Zira muris, transmortal vekâletnameyle yalnızca özel olarak terekedeki bazı mallar üzerinde tasarruf yetkisi tanımış olabilir; bu ise mirasın tamamının temsilcinin malvarlığına intikal ettiği veya vekilin tüm malvarlığını kapsadığı anlamına gelmemektedir⁶⁴. Diğer taraftan transmortal vekaletin devam etmesi hukuki işlem güvenliği açısından da önemlidir. Hukuki işlemlerde muhatap olan üçüncü kişilerin mirasın

⁶⁰ İnceoğlu (n 8) 292.

⁶¹ Zäch ve Künzler Art. 35, (n 6) Nr. 56.

⁶² OLG Hamm ZEV 2013, 341.

⁶³ Jan Lieder, ‘Transmortale Vollmacht und Konfusion’, (2022) 3 Zeitschrift für Privat – und Wirtschaftsrecht 345, 353 vd.; Thelen ve Bühler (n 12) 2951.

⁶⁴ Lieder (n 62) 354; Thelen ve Bühler (n 12) 2951.

akıbeti belli olana kadar vekilin geçerli ve bağlayıcı bir şekilde hareket edebilmesi işlem güvenliği esasını oluşturmaktadır⁶⁵.

A. HUKUKİ GÖRÜNÜŞE DAYALI TEMSİL (RECHTSSCHEINVOLLMACHT)

Transmortal vekaletname, mirasçılık ilişkisi kurulmasıyla birlikte teknik olarak sona ermiş olabilir veya vekaletnamede ölümünden sonrayı kapsayan bir yetki bulunmayabilir. Bu durum üçüncü kişilere bildirilmedi ise, sözde temsilcinin gerçekten temsilci olduğu yönünde bir görüntü oluşturur. Yani bir kimse temsilci değilken, temsilciymiş gibi bir görüntü taşımaktadır⁶⁶. Temsil olunanın, bir kişinin kendi temsilcisi gibi hareket ettiğini bilmemesi ancak gerekli dikkat ve özeni göstermesi hâlinde bu durumu öğrenmesi ve önlemesi mümkün ise, ihmaliyle yarattığı bu temsil görünümünün hukuki sonuçlarına katlanmak zorunda olduğu kabul edilmektedir⁶⁷. Bu durumda, üçüncü kişinin, temsil olunanın ihmali davranışlarına dayanarak dürüstlük kuralı çerçevesinde temsil yetkisinin var olduğu kanaatine varması haklı görülebiliyorsa, temsil olunanın bu tutumu hukuki görüşe dayanan temsil ilişkisi olarak değerlendirilir⁶⁸.

Vekilin transmortal yetkisini kullanması hâlinde, hukuki görüşe dayalı işlem tesis edilmişse, TBK m.44 ve 45 ile Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) §§170–172 hükümleri uyarınca vekâlet ilişkisinin dış etkileri geçerliliğini sürdürebilir. Bu tür bir görünüşün geçerli olabilmesi için, temsilcinin yaptığı işlem ile ortaya çıkan hukuki görünüm arasında illiyet bağı bulunması ve görünüşün bu işlem özelinde üçüncü kişiler açısından güven oluşturmaya elverişli olması gerekir⁶⁹.

Üçüncü kişinin bu vekâlet ilişkisine itibar etmesinin güven ilkesine uygun ve objektif olarak haklı görülebilir olması gereklidir. Bu bağlamda, üçüncü kişi açısından iyi niyetli davranma şartı aranır⁷⁰. Böyle bir durumda, üçüncü kişinin yalnızca mevcut görüşe güvenmekte haklı olduğunu ispatlaması yeterlidir⁷¹;

⁶⁵ Thelen ve Bühler (n 12) 2951; Maximilian Zimmer, 'Die postmortale (Vorsorge-) Vollmacht als Ersatz für den Ebschein im Grundbuchrecht' (2016) 46 NJW, 3341.

⁶⁶ Hulki Cihan, *Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi*, (1. Baskı Beta Yayınları 2011) 58.

⁶⁷ Staudinger ve Schilken, §167 (n 12) Nr. 31; Watter Art. 33 (n 2) Nr. 16; Esener (n 5) 51; Eren (n 21) 476; İnceoğlu (n 8) 123.

⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd, (n 2) §46, Nr. 16; Akyol (n 2) 235; İnceoğlu, (n 8) 123; Aynı yazarlar bu durumu "Görünüş temsili" olarak nitelendirmektedirler.

⁶⁹ Hüseyin Ülgen, *Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi, Ticari İşletme Bakımından Uygulama*, (Vedat Kitapçılık 2005) 118; Kocayusufpaşaoğlu vd, (n 2) §46, Nr. 16; Akyol (n 2) 240; Cihan (n 65) 58.

⁷⁰ Akyol (n 2) 240; Cihan (n 65) 58; İnceoğlu, (n 8) 123.

⁷¹ Akyol (n 2) 240; Cihan (n 65) 58.

zira aksi hâlde üçüncü kişiye, vekâlet yetkisinin varlığını araştırma veya sorgulama yükümlülüğü yüklenemez⁷².

Tapu sicil işlemleri bakımından, vekâletin sona erdiğinin kabul edilebilmesi için Tapu Sicil Tüzüğü m. 20 uyarınca resmî bir mirasçılık belgesi sunulması gerekmektedir. Aksi hâlde, sicil memurunun vekâletin sona erdiğine kanaat getirerek işlem tesis etmesi mümkün değildir⁷³. Ancak tapu siciline gelen kişi mirasçılık belgesi sunulmadan önce aynı zamanda tek mirasçı sıfatıyla hareket ederse, onun vekil sıfatıyla hareket ettiğine dair bir şüphe oluşması normaldir. Bu durum hukuki görünüş temsilini de ortadan kaldırır⁷⁴.

B. MİRASÇININ MİRASÇISI DURUMUNDA TRANSMORTAL VEKÂLETNAMENİN GEÇERLİLİĞİ VE KULLANIM KOŞULLARI

Murisin vefatından sonra mirasçılarından birinin daha ölmesi ve onun da arkasında birden çok mirasçı bırakması durumunda – yani klasik “mirasçının mirasçısı” (Erbeserben) yapısı ortaya çıktığında – transmortal vekâletin geçerliliği ve uygulanabilirliği bakımından hem temsil yetkisinin kapsamı hem de tapu sicili işlemleri yönünden önemli hukuki sorunlar gündeme gelmektedir. Çünkü bu durumda, ikinci ölen mirasçının geride bıraktığı kişiler arasında ayrı bir miras ortaklığı oluşmaktadır.

Transmortal vekalet yetkisini kullanan kişi, ilk taşınmaz maliki olan muris tarafından verilmiş bir vekalet mi kullanmaktadır, yoksa ikinci olarak vefat eden mirasçı tarafından verilen transmortal vekaletle dayanarak onun mirasçıları adına mı hareket etmektedir? Bu çerçevede temel ayırım, vekâletin hangi muris tarafından verildiğine ve vekilin kimin adına işlem yaptığına ilişkindir. Şayet vekâletname, ilk muris (Ersterblasser) tarafından düzenlenmişse ve vekil hâlen bu belgeye dayanarak işlem yapmaktaysa, temsil yetkisi doğrudan ilk murisin iradesine dayandığı için geçerliliğini korur. Bu durumda, ikinci murisin (Zweiterblasser) mirasçıları külli halefiyet (TMK m.599- BGB § 1922) sıfatıyla, vekâlet ilişkisinin tarafı hâline gelirler ve vekil, terekedeki unsurlar üzerinde onlar adına işlem yapabilir⁷⁵.

⁷² Cihan, (n 65) 58.

⁷³ Bu durum Alman Yüksek Mahkemelerince de içtihatlarla alınmıştır. Bkz. OLG München ZEV 2016, s. 656; OLG Stuttgart MittbayNot 2019, 578; OLG Nürnberg NJW-RR 2024, 1012; OLG Hamm ZEV 2013, 342’te transmortal vekaletnamelere dayalı her türlü işlemde mirasçılık belgesinin sunulması gerektiği kabul edilmektedir. Thelen/Bühler’e göre, bu belirsizliğin giderilebilmesi için Alman Federal Mahkemesi (BGH) tarafından bağlayıcı nitelikte bir içtihadın oluşturulması gerekmektedir (bkz. 2951).

⁷⁴ OLG München NJW 2016, 3381’de böyle hallerde hukuki görünüş temsilinin sona erdiği kabul edilmiştir. Ancak Berlin Yüksek Mahkemesi (KG) tapu siciline yapılan bu bildirimin görünüşe dayalı yetkiyi ortadan kaldırmadığı görüşündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Thelen ve Bühler (n 12) 2951.

⁷⁵ Thelen ve Bühler (n 12) 2954.



Buna karşılık, vekâletname ikinci muris tarafından düzenlenmiş ve vekil bu belgeye dayanarak işlem yapıyorsa, artık temsil ilişkisi ikinci murisin mirasçıları (erbeserben) ile vekil arasında kurulmuş kabul edilir. Bu durumda vekil, yalnızca ikinci murisin kendi mirasçıları adına, onun sağlığında yapabileceği işlemleri gerçekleştirme yetkisine sahiptir. İlk murisin terekesine dair işlemlerde, temsil yetkisinin kapsamı yalnızca ikinci murisin miras payıyla sınırlı kalır. Ancak gerekli şartlar yerine getirildiğinde, örneğin mirasçılık belgesi sunulmuşsa, bu vekil dahi ilk murisin terekesindeki taşınmazlar üzerinde tasarruf işlemi gerçekleştirebilir⁷⁶.

Miras silsilesinde ikinci bir murisin devreye girdiği durumlarda, transmortal vekâletnamenin geçerliliği ve kullanılabilirliği temsil ilişkisinin hangi aşamada kurulduğuna, vekilin hangi muris adına işlem yaptığına ve sicil hukukundaki belge ibraz şartlarının yerine getirilip getirilmediğine göre farklılık göstermektedir. Bu karmaşık yapıda, işlem güvenliği ile şekli usul güvenceleri arasında denge kurulması; uygulamada vekilin kimin adına, hangi yetkiyle hareket ettiğinin açık bir şekilde belirlenmesi ve tapu müdürlükleri tarafından bu belgelerin dikkatle denetlenmesi büyük önem taşımaktadır.

V. TRANSMORTAL VEKÂLETİN UYGULAMA ALANLARI VE TAŞINMAZ HUKUKUNA ETKİLERİ

Transmortal vekâletnamenin uygulama alanları, özellikle miras bırakanın vefatı sonrasında temsil ihtiyacını karşılayan yapısı nedeniyle, uygulamada önemli bir pratik değer taşımaktadır. Bu yetki belgesi, mirasçıların terekeye ilişkin işlemleri daha az masrafla ve daha hızlı bir şekilde yürütmelerine imkan sağlamakta; özellikle mirasbırakandan kalan taşınmazların tasfiyesi, satılması veya ipotekle teminat altına alınması gibi durumlarda etkili olmaktadır.

Son yıllarda transmortal vekâletname, yalnızca temsil yetkisinin ölüm sonrasında da geçerliliğini sürdürebilmesini sağlamakla sınırlı bir araç olmaktan çıkmış; aynı zamanda terekenin tasfiyesi sürecinde pratik ve işlevsel bir çözüm yöntemi olarak dikkat çekici ölçüde yaygınlık kazanmıştır. Özellikle tasarruf odaklı hareket eden mirasçılar, murisin vefatından sonra veraset ilamı (Erbschein) temin etme yükümlülüğünden kaçınmak amacıyla, transmortal vekâletname düzenlenmesini bilinçli ve stratejik bir tercih olarak benimsemektedir.

A. TRANSMORTAL VEKÂLET İLE GERÇEKLEŞTİRİLEN HUKUKİ TASARRUFLAR

Transmortal vekâletnamenin en yaygın uygulama alanlarından biri, murisin sağlığında düzenlediği ve ölümünden sonra da geçerliliği süren bir yetki belgesi aracılığıyla, terekeye dahil taşınmaz mallar üzerinde tasarrufta bulunulmasıdır. Transportal genel bir vekaletname, vekil tayin edilen kişiye, kural olarak, vefat

⁷⁶ Thelen ve Bühler (n 12) 2954.

etmiş olan vekalet verenin taşınmazlarına ilişkin her türlü tasarrufta bulunma yetkisi verir⁷⁷. Bu tasarruflar genellikle üç başlık altında toplanabilir:

(1) Taşınmaz üzerinde satım ve devir işlemleri, (2) Taşınmaz üzerinde ipotek gibi aynı hakların kurulması ve (3) Tapuda gerekli beyanda bulunma ve tescil için gerekli belgelerin sunulması.

B. VEKİLİN YETKİ KAPSAMI VE TEREKEDEKİ TAŞINMAZLARA ETKİSİ

Transmortal vekalet yetkisine sahip olan vekil, vefat etmiş olan vekalet verenin taşınmazlarına ilişkin her türlü tasarrufta bulunma yetkisine sahip olur. Bu kapsamda, transmortal vekil, terekeye dahil bir taşınmazın mülkiyetini devrettiğinde, bu devrin bir üçüncü kişiye mi yoksa diğer bir mirasçıya mı yapıldığının, temsil yetkisinin geçerliliği açısından bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü muris hayatta olsaydı, söz konusu tasarruf işlemlerinin her birini bizzat kendisi yapabilecek yetkiye sahip olacaktı⁷⁸.

Transmortal vekalet, mirasçıların tapuya kendi adlarına bir tescil işlemi yapmadan taşınmazla ilgili işlem yapabilmesini mümkün kılar. Bu sayede, transmortal vekil, temsil ettiği mirasçılar adına bir satış işlemi gerçekleştirirken, mirasçıların adına tapuda tescil şartı aranmaz.

Transmortal vekalet işlemlerinde tapu sicil müdürlüğünün görevi, yalnızca mülkiyetin devrine ilişkin aynı bir işlemin geçerliliğini denetlemekle sınırlıdır. Bunun için transmortal yetkiye sahip vekilin, muris tarafından düzenlenmiş noter tasdikli vekaletnameyi tapu sicil müdürlüğüne sunması gerekir⁷⁹.

C. TEMSİLİN SÜREKLİLİĞİ VE HUKUKİ GEÇERLİLİĞİNİN SÜRMESİ

Murisin tüm malvarlığını mirasçılarına devrettiği kabul edilir (TMK m.599-BGB §1922). Bu sebeple vekil artık mirasçılar adına hareket eder. Vekalet, mirasçılar tarafından özellikle geri alınmadığı sürece, geçerliliğini korur. Böylece vekilin yaptığı kazandırıcı işlemler mirasçıların kendi sağlararası işlemi olarak hüküm ifade eder⁸⁰. Bu durumda vekil, özellikle satım, ipotek tesisi ve tapu tescili gibi konularda mirasçılar adına işlem yapabilir.

⁷⁷ Thelen ve Bühler (n 12) 2953; Doktrinde bir görüşe göre, bir davaya bakması için avukata temsil yetkisi verilmesinin işin niteliğinden kaynaklanan bir durum olduğu yönündedir (Watter Art. 35 (n 2) Nr. 2; Esener (n 5) 177; İnceoğlu, (n 8) 294; BGE 110 V 391). Ancak Yargıtay aksi görüştür. Bkz. Y. 11. HD., 20.01.2003, E. 8020, K. 398, “BK 35/I ve 397/I. Madde hükümleri uyarınca, müvekkilin ölümü ile davaya vekalet son bulur. Mirasçılar, müvekkilin öldüğünü vekile bildirmemiş olsalar bile, durum böyledir. Bu itibarla, görevi sona eren vekile yapılan tebligat geçersizdir. İlamın mirasçılara tebliğ edilmesi gerekir” (karar için bkz. İnceoğlu, (n 8) 294, dn. 742).

⁷⁸ Thelen ve Bühler (n 12) 2953.

⁷⁹ Thelen ve Bühler (n 12) 2952.

⁸⁰ Serozan (n 11) 162; Akıncı (n 4) 76.



Transmortal vekil tarafından, terekeye dâhil bir malın ölüm sonrasında karşılıksız olarak üçüncü kişiye devri öngörülmüşse, bu tasarrufun ölüme bağlı bir tasarruf niteliği taşıması hâlinde, mirasçılar açısından ancak ölüme bağlı tasarruflara ilişkin şekil şartlarına uygun şekilde yapılmışsa bağlayıcılığı söz konusu olabilir. Aksi hâlde, müvekkilin ölüm anıyla birlikte malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi mirasçılara geçeceğinden, vekilin ölüm sonrasında gerçekleştirdiği bağışlama işlemi, hukuken mirasçılar tarafından yapılmış bir sağlararası tasarruf olarak değerlendirilir. Bu bağlamda, böyle bir bağışlama işlemi, ölüme bağlı tasarruflara özgü şekil şartlarına tabi olmayıp, sağlararası işlemlere ilişkin hükümlere göre geçerlilik kazanır⁸¹.

Bununla birlikte, terekedeki taşınmazla ilgili olarak mirasçılar arasında bir taksim veya ortaklığın sona erdirilmesi amacı güdülüyorsa, bu durumda vekilin tasarruf yetkisi sınırlanabilir. Zira böyle bir durumda her mirasçı kendi hakkına ilişkin irade beyanında bulunmak durumundadır.

VI. ALMAN VE TÜRK HUKUKUNUN KARŞILAŞTIRILMASI

Transmortal ve postmortal vekâlet kurumları, hem Alman hem de Türk hukukunda miras hukukunun uygulanması ve mirasın tasfiyesi süreçlerinde önemli bir temsil yetkisi modeli olarak karşımıza çıkmaktadır. Her iki hukuk sisteminde de vekâlet sözleşmesi, kural olarak şahsa bağlı nitelikte olup, vekâlet verenin ölümü ile sona erdiği kabul edilmektedir. Ancak bu genel ilkeye, temsil ilişkisinin devamına olan ihtiyaç doğrultusunda çeşitli istisnalar getirilmiştir.

Alman hukukunda transmortal vekâlet açıkça tanımlanmış ve uygulama alanı bakımından da detaylandırılmıştır. Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) vekâlet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin düzenlemeler arasında BGB §168⁸² ve §672⁸³ hükümleri yer almakta; ancak transmortal vekâlet, sözleşme ile belirli şekilde dü-

⁸¹ Serozan (n 11) 162-166; Akıncı (n 4) 77.

⁸² BGB § 168 Erlöschen der Vollmacht, “Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt. Auf die Erklärung des Widerrufs findet die Vorschrift des § 167 Abs. 1 entsprechende Anwendung”, (Vekâletnamenin sona ermesi, vekâletin verildiği hukuki ilişkiye göre belirlenir. Aksi belirtilmediği takdirde, hukuki ilişki devam etse bile vekaletname geri alınabilir. 167 nci maddenin (1) numaralı fıkrasının hükümleri, iptal beyanına kıyasen uygulanır).

⁸³ BGB § 672 Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers, “Der Auftrag erlischt im Zweifel nicht durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers. Erlischt der Auftrag, so hat der Beauftragte, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäfts fortzusetzen, bis der Erbe oder der gesetzliche Vertreter des Auftraggebers anderweit Fürsorge treffen kann; der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend”, (Şüphe halinde, sözleşme, müşterinin ölümü veya ehliyetsiz kalması halinde sona ermez. Vekalet süresi sona erdiğinde, gecikmesinde sakınca olan durumlar var ise vekil, mirasçı veya vekalet verenin kanuni temsilcisi aksi yönde bir düzenleme yapıncaya kadar, kendisine devredilen işi yapmaya devam etmek zorundadır; Sözleşmenin yürürlükte kalacağı kabul edilir).

zenlenmişse, vekâlet verenin ölümünden sonra da geçerliliğini sürdürebilmektedir. Alman uygulamasında bu tür vekâletnameler, özellikle terekeye dâhil taşınmazlar üzerinde işlem yapılmasında, mirasçılık belgesi alınmasına gerek kalmaksızın tasarrufta bulunulmasına imkân tanımaktadır. Alman Federal Mahkemesi (BGH) ve pek çok üst derece mahkemesi, transmortal vekâletin, mirasçılara yük olacak formaliteleri ve maliyetleri azaltmak suretiyle hukuki işlem güvenliğinin sağladığını vurgulamaktadır.

Türk hukukunda ise transmortal veya postmortal kavramları doğrudan mevzuatta yer almasa da, TBK m.43/I ve m.514 hükmü ve noterlik uygulamaları yoluyla ölüm sonrasına etkili vekâletnameler geçerli kabul edilmektedir. Bu kapsamda, noterler tarafından düzenlenen vekâletnamelerde, açıkça ölümünden sonra da geçerli olacağı belirtilen vekâlet ilişkilerinin uygulamada geçerliliği bulunmaktadır. Ancak, Türk hukukunda bu tür vekâletnamelerin geçerliliği sıklıkla tartışma konusu olmakta; özellikle tapu müdürlükleri gibi uygulama makamlarında, postmortal vekâletnameye dayanılarak işlem yapılması kimi zaman tereddütle karşılanmaktadır. Buna karşılık Yargıtay içtihatları, ölüm sonrası geçerli olacak şekilde düzenlenen vekâletnamelerin geçerliliğini kabul etmekte ve murisin sağlığında verdiği açık ve süreklilik içeren yetkinin ölümünden sonra da kullanılabileceğini belirtmektedir.

Alman hukuku, özellikle taşınmaz hukuku bakımından transmortal vekâletin tapu sicilinde uygulanmasına geniş imkân tanımaktadır. Örneğin GBO §40⁸⁴ hükümleri uyarınca, mirasçının taşınmaz üzerindeki tasarruf işlemleri için tapuda ön tescile gerek olmadan vekil aracılığıyla işlem yapılabilir. Bu uygulama, tapu işlemlerinin hızlandırılması ve mirasçılar üzerindeki bürokratik yükün azaltılması açısından pratik faydalar sağlamaktadır. Türk hukukunda ise mirasçılık belgesi alınması ve tapu sicilinde düzeltme yapılması çoğu zaman zorunlu bir ön adım olarak görülmektedir. Dolayısıyla transmortal vekâletin işlem kabiliyeti, uygulama farklılıkları nedeniyle daha sınırlı olabilmektedir.

Her iki hukuk sisteminde de vekilin ölüm sonrası tasarrufları bakımından temsil yetkisinin kapsamı büyük önem arz eder. Alman hukukunda vekilin temsil yetkisi, özellikle vekâletnamenin kapsamına ve temsil yetkisinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesine ilişkin düzenlemelere bağlanmakta; BGB §164, §172 gibi hükümler çerçevesinde temsilin sınırları açıkça çizilmektedir. Türk hukukunda ise bu sınırlar daha çok yargı içtihatları ve noterlik uygulamasıyla şekillenmektedir.

⁸⁴ GBO §40; “(1) Ist die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten, so ist die Vorschrift des § 39 Abs. 1 nicht anzuwenden, wenn die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll oder wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlaßpflegers oder durch einen gegen den Erblasser oder den Nachlaßpfleger vollstreckbaren Titel begründet wird” ((1) Hakkı bir kayıttan etkilenen kişi, tescilli yararlanıcının mirasçısı ise, hakkın devri veya iptali tescil edilecekse veya tescil başvurusu miras bırakanın veya tereke yöneticisinin rızasına veya miras bırakanı veya tereke yöneticisine karşı icra edilebilir bir tapuya dayanıyorsa, 39(1) numaralı maddenin hükmü uygulanmaz).



Sonuç olarak, Alman hukukunda transmortal vekâlet açık ve sistemli bir hukuki rejime sahipken, Türk hukukunda bu kavram daha çok uygulamaya ve içtihatlarla dayalı olarak gelişmiştir. Bu durum, Türk hukukunda transmortal/post-mortal temsilin yasal dayanaklarının güçlendirilmesi, sınırlarının netleştirilmesi ve tapu işlemleri gibi pratik alanlarda uygulama birliğinin sağlanması ihtiyacını ortaya koymaktadır. Türk hukuk mevzuatında, Alman hukukundaki gibi detaylı bir düzenleme ile postmortal vekâletin çerçevesi çizildiği takdirde, bu kurumun mirasın tasfiyesinde etkin ve güvenilir bir araç haline gelmesi mümkün olacaktır.

VII. TÜRK HUKUKUNDA TRANSMORTAL VEKALETTE NOTERLİK UYGULAMASI⁸⁵

Türk hukuk sisteminde vekâlet sözleşmesi, kural olarak vekalet verenin ölüm, gaiplik veya ehliyet kaybı gibi şahsa sıkı sıkıya bağlı hâllerle sona eren bir hukuki ilişki olarak düzenlenmiştir. TBK m.513 uyarınca, vekâlet ilişkisi, vekil veya vekâlet verenin ölümüyle, ehliyetini kaybetmesiyle ya da iflasıyla sona erer. Ancak aynı maddenin ikinci cümlesinde, “*aksine bir anlaşma*”nın mümkün olduğuna yer verilmiş, bu da uygulamada transmortal vekâlet olarak adlandırılan ve vekâlet verenin ölümünden sonra da geçerliliğini sürdüren vekâlet ilişkilerine hukuki dayanak oluşturmuştur.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü tarafından noterlik uygulamasına yön vermek amacıyla hazırlanan 29.03.1995 tarihli ve 4834 sayılı yazıda da bu husus açıkça kabul edilmiştir. Anılan yazıda, TBK m.513 hükmünün genel yapısı ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararları birlikte değerlendirilerek, vekilin ölümünden sonra da işlemleri sürdürmesine imkân tanıyan açık bir irade beyanının vekâletnamede yer alması durumunda, vekâlet ilişkisinin ölümünden sonra da geçerliliğini koruyacağı ifade edilmiştir. Uygulamada bu tür vekâletnameler, özellikle taşınmaz devir işlemleri, bankacılık işlemleri veya resmi dairelerde yapılacak iş ve işlemlerin vekil tarafından tamamlanması amacıyla düzenlenmektedir.

Yargıtay uygulaması da bu yönde istikrarlıdır. Özellikle 7 Aralık 1940 tarihli ve 1938/220 Esas, 1940/87 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında⁸⁶, vekâlet verenin ölümünden sonra yapılan işlemlerin geçerliliği yönünden vekâlet sözleşmesinde açık irade beyanının bulunmasının yeterli olduğu kabul edilmiştir. Bu bağlamda, vekilin ölüm sonrası yaptığı işlemlerin geçerliliği; hem vekâletin kapsamına hem de vekâletnamenin düzenleniş şekline bağlıdır. Taşınmaz devirlerine ilişkin işlemlerde olduğu gibi, işlem güvenliği ve sicil güvenliği ilkeleri açısından noterlerin bu yetkinin vekâlet metnine açıkça yazılmasına özellikle dikkat ettiği gözlemlenmektedir.

⁸⁵ <https://portal.tnb.org.tr/EDergi/Birlestirilmis_Genelgeler/guncel/files/basic-html/page202.html>

⁸⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, C. I, 1926-1941, Ankara 1978.

Sonuç olarak, Türk hukukunda transmortal vekâletin kabulü mümkündür ve bu husus borçlar hukuku ilkeleri, noterlik uygulamaları, idari görüşler ve yargı kararları ile desteklenmektedir. Ancak vekâlet ilişkisinin ölümden sonra da geçerliliğini sürdürebilmesi için, vekâlet metninde bu iradenin açıkça belirtilmiş olması, hem işlem güvenliği hem de tarafların iyi niyetinin korunması bakımından zorunludur. Bu yönüyle, transmortal vekâlet uygulaması, Türk hukuk sisteminde istisnai ancak geçerli bir temsil biçimi olarak varlığını sürdürmektedir.

VIII. TRANSMORTAL VEKALET İLE VASIYETİ YERİNE GETİRME GÖREVLİSİ FARKI

Ölüm sonrası dönemde mirasbırakanın iradesine uygun işlemlerin yerine getirilmesinde, transmortal vekâlet ile vasiyeti yerine getirme görevliliği arasında kavramsal ve işlevsel benzerlikler bulunsa da, bu iki kurumun hukuki mahiyetleri ve dayandıkları normatif çerçeve birbirinden oldukça farklıdır. Transmortal vekâlet, mirasbırakanın sağlığında verdiği bir vekâletin, ölümden sonra da belirli işlemler bakımından geçerliliğini sürdürmesini ifade eder.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi, TMK m.550 vd'da düzenlenmiştir. TMK m.552'ye göre, vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasbırakan tarafından atanan ve onun son arzularını yerine getirmekle görevli ve yetkili kimsedir⁸⁷. Görevlendirme, tek taraflı ölüme bağlı bir tasarrufla yapılır. Bu kişi görevi kabul etmek zorunda değildir. Ancak kişi bu görevi kabul etmekle yükümlülük üstlenmiş olur⁸⁸. Dolayısıyla burada vekil, mirasbırakanın sağlığında yetkilendirilmiş bir temsilci değil, ölüm sonrası ortaya çıkan bir görevli konumundadır. Bu yönüyle, vasiyeti yerine getirme görevlisinin hukuki statüsü transmortal vekilden farklıdır ve görev süresi boyunca mirasçılardan bağımsız olarak hareket etme yetkisine sahiptir.

Transmortal vekil ile vasiyeti yerine getirme görevlisi arasındaki en belirgin fark, yetkinin kaynağı ve bağlılık ilişkisidir. Transmortal vekâlet, sağlığında yetki verenin açık iradesine dayanır ve vekil, vekâlet verenin ölümünden sonra da işlem yapabilir; ancak bu yetki sınırlı bir temsil yetkisi olup, çoğu zaman hukuki işlem güvenliğini korumaya yöneliktir. Vasiyeti yerine getirme görevlisi ise, mirasbı-

⁸⁷ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, (3. Bası Filiz Kitabevi 1987) 295; Rona Serozan, *Miras Hukuku*, (Seçkin Yayınevi 2012) 333; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku*, (2. Bs Filiz Kitabevi 2003) 179 vd.; Zahit İmre ve ve Hasan Erman, *Miras Hukuku*, (17. Bası Der Yayınları 2024) 166; Ali Naim İnan ve Şeref Ertaş ve Hakan Albayrak, *Miras Hukuku* (12 Bs Seçkin Yayınları Ankara 2024) 254; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (8. Bs, Seçkin Yayınevi 2022) 395; O. Gökhan Antalya, *Miras Hukuku*, C. III, (5. Bs Seçkin Yayınevi 2021) 269; Kocağa (n 11) 53; Kayihan ve Ünlütepe (n 4) 195; <<https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/miras-hukukumuzun-karistirilan-iki-kavrami-tereke-yoneticisi-ve-vasiyeti-yerine-getirme-gorevlisi>>.

⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu (n 86) 295; İmre ve Erman (n 86) 168; Dural ve Öz, (n 86) 179; Serozan ve Engin, (n 86) 395; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku*, (Yetkin Yayınları 2022) 84; Mehmet Ayan ve Nürşen Ayan, *Miras Hukuku*, (Gözden Geçirilmiş 11. Baskı Adalet Yayınevi 2023) 163-164; Kocağa (n 11) 63.



rakanın son iradesinin ifası bakımından görevli olduğundan, temsil niteliğinden ziyade, mirasbırakanın post-mortem iradesini uygulayan kişi olarak değerlendirilir. Doktrinde bu nedenle vasiyeti yerine getirme görevlisi, çoğu zaman “mirasbırakanın ölüm sonrası vekili” (post-mortem vekil) olarak nitelendirilmekte; bu kişinin sorumluluğunun vekâlet hükümlerine değil, ölüme bağlı tasarrufun içeriğine dayalı olarak değerlendirileceği kabul edilmektedir⁸⁹.

Son olarak, bu iki kurumun hukuki rejimi ve atama usulleri de önemli ölçüde farklıdır. Transmortal vekâlet özel hukuk ilişkisine dayanır ve kural olarak herhangi bir yargı merciinin onayına gerek olmaksızın hüküm doğurabilir. Buna karşılık vasiyeti yerine getirme görevliliği kamu düzenini ilgilendiren yönleri de olan, yargısal bildirim ve kabul sürecine bağlı bir hukuki statüdür. Ayrıca vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasbırakanın son iradesinin aynen uygulanmasından sorumlu olup, uygulamada doğrudan mirasçılarının menfaatine değil, mirasbırakanın iradesine hizmet eder. Bu anlamda vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafsız değildir⁹⁰. Oysa transmortal vekil, çoğu zaman terekedeki bazı işlemleri kolaylaştırmak ve hukuki işlem akışını kesintiye uğratmamak amacıyla görev yapar. Dolayısıyla bu iki kurum, ölüm sonrası dönemde mirasbırakanın iradesine sadık kalınarak yapılacak işlemlerde işlevsel olarak birbirine yakın görünse de, gerek atama biçimi gerekse görev kapsamı bakımından ayrılmaktadır.

Mirasçılarının transmortal vekilin yetkisine son verme hakları olmasına rağmen, vasiyeti yerine getirme görevlisi hiçbir şekilde mirasçılar tarafından azledilemez. TMK m.555 gereğince vasiyeti yerine getirme görevlisi ancak sulh mahkemesince görevinden alınabilir⁹¹. Eğer mirasbırakan tarafından bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmışsa ve aynı zamanda terekenin resmen yönetimini zorunlu kılan şartlar mevcutsa, TMK m.592/II uyarınca, terekenin resmî yönetimi de öncelikli olarak bu görevlendirilen kişiye tevdi edilmelidir⁹². Bu nedenle muris, gerçekleştirdiği bağışlamanın ölümünden sonra da hukukî geçerlilik ve bağlayıcılık taşımasını arzuluyorsa, transmortal vekâlet ilişkisine dayanmak yerine, ölüme bağlı bir tasarruf yapmayı veya bir vasiyetnamenin yerine getirilmesi için vasiyeti yerine getirme görevlisi atamayı tercih etmelidir⁹³. Zira transmortal vekâlet

⁸⁹ Serozan ve Engin, (n 86) 395; İnan ve Ertaş ve Albaş’a göre, “ölümden sonraya etkili bir iş görme ilişkisi” veya “ölümden sonraya etkili bir vekalet ilişkisi” olduğu ileri sürülmektedir (bkz (n 86) 255); Antalya, vasiyeti yerine getirme görevlisinin niteliğine vekalet hükümlerinin uygulanacağını ileri sürmektedir ((n 86) 272).

⁹⁰ İmre ve Erman (n 86) 167; Ayan ve Ayan, (n 87) 165.

⁹¹ İmre ve Erman (n 86) 174; Serozan ve Engin, 395; İnan ve Ertaş ve Albaş (n 86) 256); Şener, (n 4) 155; Kayhan ve Ünlütepe (n 4) 195; Yılmaz (n 87) 85; Kocaağa (n 11) 89.

⁹² İmre ve Erman (n 86) 171; BGE 77 II 122.

⁹³ Serozan (n 11) 174-175; Akıncı (n 4) 77.

yoluyla, ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hüküm ve şekil şartlarının bertaraf edilmesi mümkün değildir⁹⁴.

IX. TRANSMORTAL VEKALET İLE TEREKE YÖNETİCİSİ FARKI

Tereke yöneticisi, TMK m.592 de düzenlenmiş olup, özellikle terekenin paylaşımının geciktiği veya mirasçılar arasında belirsizlik bulunduğu hâllerde, terekenin korunması ve idaresi amacıyla sulh hukuk hâkimi tarafından geçici olarak görevlendirilen bir kişidir. Kanun doğrudan bir tanım yapmasa da, maddenin lafzı ve amacı çerçevesinde tereke yöneticisinin, kamu gücüne dayanan bir tedbir mahiyetinde ve tarafsızlık esasına göre hareket eden bir yönetici olduğu kabul edilmektedir. Tereke yöneticisinin görevlendirilmesi, özellikle terekenin kime ait olduğunun kesinlik kazanmamış olması veya mirasçılar arasında ciddi uyuşmazlıkların bulunması hâlinde gündeme gelir. Bu yönüyle, görevlendirme yargısal bir işlem olup, resen veya talep üzerine sulh hukuk hâkimi tarafından gerçekleştirilir⁹⁵.

Buna karşılık transmortal vekâlet, mirasbırakanın ölümünden sonra da geçerliliğini koruyan ve vekilin, mirasbırakan adına belirli işlemleri ölüm sonrası dönemde de yapmasına imkân veren bir özel hukuk kurumudur. Transmortal vekâlet, bu yönüyle miras açıldıktan sonraki dönemde vekilin hukuki işlem yapma yetkisini sürdürebilmesini sağlar; ancak bu yetki, genel anlamda bir tereke yönetimi değil, belirli işlemlerle sınırlı bir temsil faaliyetidir.

Her iki kurum da mirasın açılmasıyla birlikte ortaya çıkan idari boşluğu doldurmakta işlevsel olsa da, hukuki dayanakları, atanma şekilleri ve amaçları bakımından ciddi farklılıklar barındırır. Tereke yöneticisi, yargısal bir karar ile görevlendirilen ve kamu yararı doğrultusunda tarafsızlık ilkesine bağlı hareket eden bir yönetici iken; transmortal vekil, mirasbırakanın özel iradesiyle yetkilendirilmiş, vekâlet ilişkisine dayanan ve esasen mirasbırakanın son arzularını yerine getirmeye yönelik bir temsil yetkisi kullanmaktadır. Bu noktada, tereke yöneticisi vesayet hükümlerine tabi iken, transmortal vekilin sorumluluğu ve yetki sınırları vekâlet hükümlerine göre belirlenir.

Ayrıca, tarafsızlık ilkesi bakımından da iki kurum arasında belirgin bir fark göze çarpar. Tereke yöneticisi, mirasçılar arasında taraf olmadan, objektif bir şekilde hareket etmek zorundadır. Buna karşılık transmortal vekil, doğrudan mirasbırakanın iradesini gerçekleştirmekle görevli olup, bir anlamda mirasbırakanın post-mortem vekili konumundadır. Bu bağlamda transmortal vekâlet, özellikle Alman hukukunda geniş kabul gören ve mirasın kesin paylaşımına kadar vekilin, terekedeki bazı işlemleri yürütmesine imkân tanıyan pratik bir çözüm olarak

⁹⁴ Akıncı (n 4) 78.

⁹⁵ İmre ve Erman (n 86) 323; Yılmaz (n 87) 200; <<https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/miras-hukukumuzun-karistirilan-iki-kavrami-tereke-yoneticisi-ve-vasiyeti-yerine-getirme-gorevlisi>>.



değerlendirilmektedir. Ancak hukuki güvenlik ve üçüncü kişilerin korunması açısından, bu tür vekâlet yetkilerinin varlığı ve kapsamı çoğu zaman tartışma konusu olabilmektedir.

Mirasbırakan tarafından ölümünden sonra da geçerliliğini koruyacak şekilde atanan transmortal vekil, vekâlet belgesinde öngörülen kapsam dâhilinde terekeye ilişkin belirli işlemleri gerçekleştirme yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetki özel hukuk ilişkisine dayanan bir temsil yetkisidir ve kamu otoritesinden kaynaklanmaz. Buna karşılık TMK m.592 uyarınca sulh hukuk hâkimi tarafından atanan tereke yöneticisi, bir yargı kararı ile görevlendirilmiş olup, kamusal denetim altında tarafsızlık esasına göre terekenin korunması ve idaresi görevini üstlenir. Bu bağlamda, murisin transmortal vekâlet vermiş olması, mirasçılar tarafından terekenin korunması amacıyla sulh hukuk hâkimine yapılacak başvuru üzerine tereke yöneticisinin atanmasına engel teşkil etmez. Aksine, tereke yöneticisinin atanmasıyla birlikte, yargısal bir görevlendirmeye dayanan temsil yetkisi özel iradeye dayalı vekâlet ilişkisine üstün gelir; dolayısıyla tereke yöneticisi atandığı andan itibaren, transmortal vekilin temsil yetkisi ya hukuken sona ermiş sayılır ya da en azından geçersiz hâle gelir. Bu durum, hem temsil yetkilerinin çatışmasını önlemek hem de hukuki güvenliği sağlamak bakımından doktrinde ve uygulamada kabul edilen genel ilkeye uygundur.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Transmortal ve postmortal vekâlet uygulamaları, hem Alman hem de Türk hukukunda mirasın intikali ve terekenin tasfiyesi süreçlerinde pratik ve hukuki faydalar sağlayan önemli kurumlardır. Alman hukukunda transmortal vekâletin geçerliliği ve uygulanma alanı, Federal Mahkeme kararları ve GBO (Grundbuchordnung) gibi özel düzenlemelerle açık ve sistematik biçimde düzenlenmişken, Türk hukukunda bu husus daha çok Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri, noterlik uygulamaları ve Yargıtay kararları çerçevesinde şekillenmektedir.

Alman hukukunda transmortal vekâlet, mirasçılık belgesi alınmaksızın temsil yetkisinin kullanılabilmesini mümkün kılarak, özellikle taşınmaz mallar üzerindeki işlemlerde büyük kolaylık sağlamaktadır. Bu durum, gerek süre gerekse maliyet açısından mirasçılar lehine bir avantaj teşkil etmektedir. GBO'nun 40. maddesindeki istisnai hükümler, transmortal vekâletin etkin şekilde kullanılmasına imkân tanımakta, mirasçıların adlarına ön tescil yapılmaksızın vekil eliyle tasarruf işlemlerinin gerçekleştirilmesine imkân sunmaktadır.

Türk hukukunda ise vekâlet sözleşmesinin ölümünden sonra da etkili olabilmesi, TBK m.514 hükmüne ve vekâletnamenin açık düzenlemesine bağlıdır. Bu kapsamda, noterlik uygulamasında düzenlenen vekâletnamelerde ölüm sonrası geçerlilik beyanları yer almakta; ancak uygulamada özellikle tapu idareleri ve bazı kamu kurumları nezdinde bu vekâletnamelere dayanılarak işlem yapılmasında tereddütler ortaya çıkmaktadır. Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararları, vekâletin



postmortal olarak düzenlendiği durumlarda temsil yetkisinin devam edeceğini kabul etmekteyse de, bu kararlar uygulamada yeknesak bir pratiğin oluşmasını temin edememektedir.

Her iki hukuk sisteminde de vekilin ölüm sonrası işlem yetkisinin sınırları önem arz etmektedir. Özellikle terekeye dahil malların satışı veya borçlandırılması gibi işlemler bakımından temsil yetkisinin kapsamı, vekâletnamenin içeriğine ve vekilin hareket ettiği çerçeveye bağlı olarak değerlendirilmekte; bu da temsil yetkisinin suiistimal edilmemesi adına hukuki güvenlik açısından önem taşımaktadır.

Türk hukukunun, Alman hukukundaki gibi açık ve sistemli bir düzenlemeye ihtiyaç duyduğu açıktır. Bu kapsamda transmortal ve postmortal vekâletin geçerlilik koşulları, şekil şartları, sona erme halleri ve uygulama alanları kanuni düzenleme ile belirlenmeli; özellikle taşınmaz işlemleri bakımından tapu idarelerinin yeknesak uygulama geliştirebilmesine imkân tanınmalıdır. Ayrıca noterlik kanununda yapılacak bir düzenleme ile ölümden sonra da geçerli olacak vekâletlerin açık biçimde tanımlanması, uygulama güvencesi sağlayacaktır.

Sonuç olarak, transmortal ve postmortal vekâletler, mirasın hızlı, etkin ve ekonomik şekilde tasfiyesi sürecinde önemli hukuki araçlardır. Bu araçların işlevselliği, ancak hukuki güvenliğin sağlandığı, açık düzenlemelerin bulunduğu bir ortamda mümkündür. Türk hukuk sisteminde bu konuda yapılacak yasal düzenlemeler, hem mirasçılarının yükünü hafifletecek hem de noterler, tapu idareleri ve diğer kamu kurumlarının işlem güvenliğini artıracaktır.

KAYNAKÇA

- Akıncı Ş, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi* (Sayram Yayınları 2004)
- Akyol Ş, *Türk Medeni Hukukunda Temsil*, (Vedat Kitapçılık 2009)
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V* (2. Bs Seçkin Yayınları 2019)
- Antalya OG, *Miras Hukuku Cilt III* (5. Baskı Seçkin Yayınları 2021)
- Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (11. Bs, Yetkin Yayınları 2018)
- Ayan M ve Ayan N, *Miras Hukuku*, (11. Bs, Adalet Yayınevi 2023)
- Cihan H, *Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi*, (Beta Yayınevi 2011)
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku*, (2. Bs, Filiz Kitabevi 2003)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (7. Bs, Yetkin Yayınları 2019)
- —, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Bs, Yetkin Yayınları 2018)
- — ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I m. 1-48* (Yetkin Yayınları 2022)



Esener T, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1961)

Gürsoy KT, 'Vekalet Akdinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi ve Sonuçları' (14/16 Haziran 1977) *Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu* 1

İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku*, (17. Bs, Der Yayınları 2024)

İnan AN ve Ertaş Ş ve Albaş H, *Miras Hukuku* (12 Bs Seçkin Yayınları Ankara 2024)

İnceoğlu M M, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil*, (XII Levha Yayıncılık 2009)

Karagöz H, 'Roma Hukukunda Mandatum Post Mortem (Ölümden Sonra Vekalet)' (1999) Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını 165

Kayıhan Ş ve Ünlütepe M, 'Vekalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri' (2014) S. 3 FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi 171

Kocağa K, *Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi*, (Yetkin Yayınları 2006)

Kocayusufpaşaoğlu N ve Hatemi H ve Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm*, C.1, (4. Bs, Filiz Kitabevi 2008)

Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku*, (3. Bası Filiz Kitabevi İstanbul 1987)

Lieder J, 'Transmortale Vollmacht und Konfusion', (2022) 3 Zeitschrift für Privat – und Wirtschaftsrecht, 345

Öğüz T, 'Ölüme Bağlı Bağışlama ve Bu Bağışlamalara Uygulanacak Hükümler', (1996) Prof. Dr. Halit Kemal Elbir'e Armağan, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını 386

Özkaya E, *Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*, (Seçkin Yayınevi 1997)

Seçer Ö, 'Vekalet Sözleşmesinin Vekaletle Özgü Sebeplerle Sona Ermesi' (2015) C. 2 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, 877

Serozan R, *Miras Hukuku*, (Seçkin Yayınları 2012)

— —, *Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1979)

— — ve Engin Bİ, *Miras Hukuku* (8. Bs, Seçkin Yayınevi 2022)

Soergel B ve Leptien U, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 2/2: §§ 158–240, (14. Aufl. Verlag W. Kohlhammer 2022)

Staudinger J. von ve Schilken E, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, §§ 158–240 (13. Aufl. Otto Schmidt – De Gruyter 2024)

Şener OH, ‘Postmortal Temsil Yetkileri ve Ticari Mümessillik’ (2009) 11 [1] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113

Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* Cilt II (4. Tıpkı basımdan 5. Tıpkı basım, Vedat Yayınevi 2010)

Tekinay SS ve Akman S ve Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, (7. Bs, Filiz Kitabevi 1993)

Thelen MK ve Bühler J, ‘Aktuelle Fragen zum Einsatz der transmortalen Vollmacht’ (2024) 41 NJW 2950

Ülgen H, *Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi, Ticari İşletme Bakımından Uygulama*, (Vedat Yayınevi, 2005)

Von Tuhr A ve Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I*, (3. Aufl, Schulthess 1979)

Watter R, *Basler Kommentar (Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand), Obligationenrecht, Art. 1-529 OR*, (6. Aufl, Helbing Lichtenhahn Verlag 2015)

Yılmaz S, *Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku*, (Yetkin Yayınları 2022)

Zäch R ve Künzler A, *Berner Kommentar; Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: Obligationen-recht, 1. Abteilung : Allgemeine Bestimmungen, 2. Teil-band, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Art. 32-40 OR, (2. Aufl, Stämpfli Verlag 2014)

Zevkliler A ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, (18. Bs, Seçkin Yayınları 2018)

Zimmer M, ‘Die postmortale (Vorsorge-) Vollmacht als Ersatz für den Ebschein im Grundbuchrecht’ (2016) 46 NJW 3341

TAŞINMAZ DEVRİNE İLİŞKİN YAPILAN ARABULUCULUK ANLAŞMASININ ÖNALIM HAKKI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of Mediation Settlement Agreements Concerning
the Transfer of Immovable Property in Terms of the Right of Pre-emption*

Gökhan ŞAHAN*

Özet

Önalım hakkı, sözleşmeden doğan önalım hakkı ve yasal önalım hakkı olmak üzere ikiye ayrılır. Önalım hakkı satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlem yapılmışsa kullanılabilir. Önalım hakkının kullanılabilmesi için yapılan satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem geçerli olmalıdır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılması halinde de önalım hakkı kullanılabilir. Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem den kasıt, bir şeyin mülkiyetinin para ile ölçülebilen bir karşılık alınarak devredilmesidir. Bu çerçevede mal değişim sözleşmesi, uzun süreli veya süresiz intifa yada üst hakkı tanınması satışa eş değer bir işlem olarak kabul edilmelidir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre taşınmazın devrine ilişkin arabuluculuk anlaşması yapılabilir. Söz konusu anlaşmanın geçerli olabilmesi için icra edilebilirlik şerhi alınması gerekir. Taşınmaz devrine ilişkin olan icra edilebilirlik şerhi alınmış anlaşma belgesine dayanarak, taraflardan biri tescil gerçekleştirebilir. İcra edilebilirlik şerhi alınmış anlaşma belgesi, ilam niteliğinde olsa da taşınmaz mülkiyeti yine de tescille kazanılır. Zira bu belge ilam değil, ilam niteliğinde belgedir. Yapılan anlaşma belgesi ile önalım hakkı konusu olan bir taşınmaz veya pay, para ile ölçülebilen bir karşılık alınarak devredilecekse, önalım olayı gerçekleşir. Anlaşma belgesinin yapılıp icra edilebilirlik şerhi alınması yeterlidir. Taşınmazın tesciline gerek yoktur.

Anahtar Kelimeler: Önalım hakkı, arabuluculuk, icra edilebilirlik, satışa eşdeğer işlem

Abstract

The Right of Pre-emption is divided into two categories; the statutory right of pre-emption and the contractual right of pre-emption. The right of pre-emption may be exercised in cases where a sale or a transaction economically equivalent to a sale has occurred. In order for the right of pre-emption to be exercised, the transaction in question must be valid. In this context, if a promise to sell immovable property (real estate) has been made through a valid agreement, the right of pre-emption may also be exercised. A transaction that is economically equivalent to a sale refers to a transfer of ownership of property in return for a monetary or financially measurable consideration. Within this scope, barter agreements, as well as the granting of long-term or perpetual usufruct or superficies rights, should be considered as transactions equivalent to a sale. According to the Law on Mediation in Civil Disputes (Law No. 6325), it is possible

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 06.07.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Kayseri/Türkiye,
E-posta: gokhansahan38@erciyes.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-2605-5857>.



to conclude a mediation settlement agreement regarding the transfer of immovable property. In order for such an agreement to be valid, an enforceability annotation (icra edilebilirlik şerhi) must be obtained from the competent court. On the basis of such a settlement agreement bearing an enforceability annotation, one of the parties may apply for the registration of ownership (title deed registration). Although the settlement agreement with enforceability annotation is deemed to have the effect of a court judgment, ownership of immovable property is acquired only upon registration with the land registry. This is because the document is not an actual judgment, but rather a document having the effect of a judgment. If an immovable property or share subject to a right of pre-emption is transferred in return for a financially measurable consideration through such a settlement agreement, the pre-emption right is triggered. It is sufficient that the settlement agreement has been concluded and that the enforceability annotation has been obtained; actual registration of the property is not necessary for the right of pre-emption to arise.

Key Words: Right of pre-emption, mediation, enforceability annotation, transaction economically equivalent to a sale

GİRİŞ

Önalım hakkı TMK md. 732 vd. ile TBK md. 240 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Mevzuattaki düzenleme dikkate alındığında, önalım hakkı, sözleşmeden doğan önalım hakkı ve yasal önalım hakkı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sözleşmeden doğan önalım hakkı, sözleşme ile tanınan, hakkın konusu olan şeyin üçüncü kişiye satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem ile devredilmesi halinde kullanılan, hak sahibine taşınmazı öncelikle alma hakkı tanıyan yenilik doğurucu bir haktır. Yasal önalım hakkı ise, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda, paydaşlardan birinin, payını üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaş ve paydaşların aynı şartlarda payı alabilmesine imkân tanıyan yenilik doğuran bir haktır. TMK md. 732’de her ne kadar önalım hakkının sadece satış halinde kullanılabileceği belirtilmiş olsa da, TBK md. 240’taki düzenleme ile değerlendirildiğinde, ekonomik bakımdan satışa eş değer bir işlem yapıldığında da yasal önalım hakkı kullanılabilir. HUAK md. 17/B’de taşınmaz devrine ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm incelendiğinde, bir taşınmaz devrinin arabuluculuk anlaşmasına konu olabileceği sonucu çıkmaktadır. Çalışmamızda, arabuluculuk süreci sonunda, taşınmaz devrini konu alan bir anlaşma belgesinin önalım hakkının kullanılması için yeterli kabul edilip edilemeyeceği meselesi üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede, çalışmamızda öncelikle kısaca önalım hakkı hakkında bilgi verilmiş, önalım olayı açıklanmış, taşınmaz devrine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk meselesi üzerinde durulmuş, taşınmaz devrine ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesinin geçerliliği hususları incelendikten sonra, yapılan anlaşmanın önalım hakkı doğurup doğurmayacağı açıklanmaya çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK ÖNALIM HAKKI

Önalım hakkı, sözleşmeden doğan önalım hakkı ve yasal önalım hakkı olmak üzere ikiye ayrılır. Sözleşmeden doğan önalım hakkı TBK md. 240 ve devamında düzenlenmiştir. Yasal önalım hakkı ise TMK md. 732 ve devamında düzenlenmiştir.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı, hakkın konusu olan şeyin, üçüncü kişiye satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlem ile devredilmesi halinde kullanılan, hak sahibine öncelikle alma hakkı tanıyan, sözleşme ile tanınan yenilik doğurucu bir haktır¹. Sözleşmeden doğan önalım hakkının doğabilmesi için, hak sahibi olacak kişi ile malik arasında bir önalım sözleşmesi yapılması gerekir. Önalım hakkı bir sözleşmeye bir hüküm koyarak da tanınabilir. Önalım sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması gerekir². Önalım hakkı nisbî nitelikte bir haktır. Sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur. Ancak TMK md. 1009'da şerh edilecek kişisel haklar arasında önalım hakkı da sayılmıştır. Önalım hakkı tapu siciline şerh edilirse üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hale gelir.

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyette, bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen ve kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaş ve paydaşların aynı şartlarda payı alabilmesine imkân tanıyan yenilik doğuran bir haktır³. TMK md. 732'de her ne kadar önalım hakkının sadece satış halinde kullanılabileceği belirtilmiş olsa da TBK md. 240'taki düzenleme ile birlikte değerlendirildiğinde, ekonomik bakımdan satışa eş değer bir işlem yapıldığında da yasal önalım hakkı kullanılabilir⁴.

Yasal önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkı, yenilik doğurucu hak olsalar da dava açılarak kullanılabilirler (TMK md. 734 – TBK md. 242). Her iki önalım hakkı, satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemin hak sahibine bildirildiği tarihten itibaren üç ay, her halde satıştan itibaren iki yıl içinde kullanılmalıdır (TMK md. 733/4 – TBK md. 242). Söz konusu süreler hak düşürücü süre niteliği taşımaktadır.

II. ÖNALIM OLAYI

A. Genel Olarak

Önalım hakkının kullanılabilmesi için, önalım olayının gerçekleşmesi gerekir. Önalım olayının gerçekleşmesi için satış veya ekonomik bakımdan satışa eş değer bir işlem ile devir yapılmalıdır. Sözleşmeden doğan önalım hakkı söz konusu ol-

¹ Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (2. Baskı Ankara Üniversitesi Basımevi 1984) 632; M Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (24. Bası Filiz Kitapevi 2022) 614; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (7. Baskı Yetkin Yayınları 2023) 445; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (10. Baskı Yetkin Yayınları 2022) 463; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (2. Baskı Yetkin Yayınları 2022) 515; Ferit H. Saymen ve Halid K. Elbir, *Türk Eşya Hukuku* (İsmail Akgün Matbaası 1954) 406; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (9. Baskı Seçkin Yayıncılık 2016) 416; Nagehan Kırkbeşoğlu, *Önalım Hakkı* (Aristo Yayınevi 2019) 21; Feride Demirbaş, “Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı” (2016) 65 (2) AÜHFD, 249, 251; İsmail Atamulu, “Önalım Hakkı Vasiyeti” (2022) 30 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1481, 1486

² Sirmen (n 1) 463; Eren (n 1) 448; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 615; Akçaal (n 1) 515; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 1) 638; Ayan (n 1) 417; Demirbaş (n 1) 255.

³ Onur Güneri, “Kanundan Doğan Önalım Hakkı ile Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı ve Bu Kavramların Mukayesesi” 2021 18 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1353, 1356; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 639; Eren, (n 1) 408-409; Sirmen (n 1) 475; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 1) 614; Atamulu (n 1) 1488

⁴ Sirmen (n 1) 475-476; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 639



duğunda, önalım konusu olan taşınmazın satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlemle önalım hakkı sahibi dışında üçüncü bir kişiye devredilmesi gerekir⁵. Yasal önalım hakkı ise paylı mülkiyete tabi taşınmazda, paydaşlardan birinin payını, paydaş dışında üçüncü bir kişiye devretmesi halinde doğar. Doktrindeki bir görüşe göre⁶, yasal önalım hakkı sadece satış halinde kullanılabilirken, sözleşmeden doğan önalım hakkı satış veya satışa eşdeğer işlemle devir halinde kullanılır. Ekonomik bakımdan satışa eş değer işlemin, yasal önalım hakkı için önalım olayı olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin bir görüşe göre⁷, Türk kanun koyucusunun niyetinin yasal önalım hakkına ilişkin genel nitelikli hükümlerin her iki önalım hakkına da uygulanacağı, Kanunun sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin açık biçimde farklı düzenleme içerdiği durumlarda ise Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin öncelikli uygulanacağı, ancak bu farklı düzenlemelerin yasal önalım hakkına uygulanmaması gerekmektedir. Bu görüşe göre, Yargıtay'ın tutumu da aynı yöndedir. Zira Yargıtay Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra dahi, verdiği kararlarında bu hususu ele alma gereği dahi duymamış, yasal önalım hakkını gerçek anlamda satışlara hasretmiştir⁸.

TMK md. 732'de yasal önalım hakkının satış yapılması halinde kullanılacağı belirtilmiştir. TBK md. 240'da ise sözleşmeden doğan önalım hakkının satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlem yapılması halinde kullanılacağı düzenlenmiştir. Bu iki hükmün lafzında hareket ederek, yasal önalım hakkının sadece satış halinde kullanılabilceğini kabul etmek kanaatimizce doğru değildir. Çünkü bu iki hak niteliği itibari ile neredeyse aynı haklardır. Yasal önalım ve sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanım şekli, kullanım süresi ve bu haklardan vazgeçme gibi hususlar aynı hükümlere tabidir. Nitekim TMK md. 735/3'te de açıkça yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümlerin, sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu iki hak arasındaki tek fark, haklardan birinin sözleşmeden doğmuş olması, diğerinin ise paylı mülkiyete tabi taşınmazlar için kanundan doğmasıdır. Bu sebeple yasal önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkı hükümlerinin birlikte değerlendirilmeli, hem sözleşmeden doğan önalım hakkı hem de yasal önalım hakkı satış veya ekonomik bakımdan satışa eş değer işlem yapılması halinde kullanılabilmelidir⁹.

⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 616

⁶ İlay Zeynep Suata, *Kanuni Önalım Hakkı* (Yetkin Yayınları 2020) 45; Kırkbeşoğlu (n 1) 30

⁷ Sinan Okur, *Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori: "Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme* (TBK m. 240/Art. 216c Or)" 2019 9 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 101, 128.

⁸ Okur (n 7) 130-131.

⁹ Mustafa Alper Gümüş, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK m. 237/III, 238, 239 ve 240-242) Değerlendirilmesi" 2012 8(2) Yedi Tepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, 435, 451-452; Tülay Aydın Ünver, "Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi" 2016 11 (145-146) Bahçeşehir

B. Satış Sözleşmesinin Yapılması

Önalım hakkının kullanılabilmesi için üçüncü kişiyle geçerli bir satış sözleşmesinin yapılması gerekir¹⁰. Yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için, paydaş dışında bir üçüncü kişiye satış yapılmalıdır. Paydaşlardan birine, pay devri yapılmışsa yasal önalım hakkı kullanılamaz¹¹.

Önalım olayının gerçekleşebilmesi için, satış sözleşmesinin tam ve gerçek bir satış sözleşmesi olması ve hükümsüzlük hallerinden birinin bulunmaması gerekir. Aksi durumda önalım olayı gerçekleşmeyeceği için, önalım hakkı da kullanılamaz¹². Öncelikle satış sözleşmesinin tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanı ile kurulması gerekir. Tarafların satış sözleşmesinin kurulması konusunda irade beyanları arasında uyumsuzluk olursa, kurucu unsurların eksik olması sebebiyle sözleşme yok hükmünde olduğundan, önalım olayı gerçekleşmiş olmaz¹³.

Satış sözleşmesi tarafların birbirine uygun irade beyanı ile kurulmuş olmasına rağmen, yapılan sözleşme emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olursa veya sözleşmenin konusu imkânsız olursa kesin hükümsüz olur. Bununla birlikte sözleşmenin geçerliliği için gerekli olan şekil şartına uyulmamışsa veya sözleşme muvazaalı yapılmışsa kesin hükümsüzlük söz konusu olur. Satış sözleşmesinin kesin hükümsüz olması halinde, sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz olur. Bu durumda da önalım olayı gerçekleşmez¹⁴.

Satış sözleşmesi irade sakatlığı hallerinden biri veya aşırı yararlanma sebebiyle iptal edilirse kesin hükümsüz olduğundan, önalım olayı ortadan kalkar ve önalım hakkı kullanılamaz¹⁵.

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 829, 833-834; Özgün Çelebi, “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Önalım Olayı Teşkil Edip Etmediği Sorunu” (2023) 11 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 737, 744; Didem Akalp-Demirtabak, *Yasal Önalım Hakkı* (On İki Levha Yayıncılık 2010) 4; Vehbi Umut Erkan, “Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması” (2014) 5 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 269, 275; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 639; Sirmen (n 1) 475-476; Kırkbeşoğlu (n 1) 42; Akçaal, (n 1) 486; Güneri (n 3) 1356.

¹⁰ Fikret Eren, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı” (2008) 12 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 103, 111; Eren (n 1) 413; Akalp-Demirtabak (n 7) 49; Suata (n 6) 45; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 616

¹¹ Eren (n 1) 410; Suata (n 6) 44; Akalp-Demirtabak (n 7) 49

¹² Demirbaş (n 1) 258; Kırkbeşoğlu (n 1) 42; Akalp-Demirtabak (n 7) 53; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 616; Sirmen (n 1) 466; Eren, Önalım (n 8) 111.

¹³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 616; Eren, Önalım (n 8) 111; Akalp-Demirtabak (n 7) 55; Kırkbeşoğlu (n 1) 37.

¹⁴ Suata (n 6) 46; Kırkbeşoğlu (n 1) 42; 45; Akalp-Demirtabak (n 7) 56-57; Sirmen (n 1) 466

¹⁵ Akalp-Demirtabak (n 7) 67-68; Suata (n 6) 48-49; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 616-617; Sirmen (n 1) 466; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 1) 637.

Önalım hakkının kullanılabilmesi için, satış sözleşmesinin yapılmış olması yeterlidir. Sözleşmenin ifa edilmiş olması şart değildir¹⁶. Önalım hakkı konusunun taşınmaz olduğunda, taşınmaz satış sözleşmesinin yapılmış olması yeterlidir¹⁷.

Kamulaştırma, trampa, bağışlama, vasiyet, mahkeme kararı ve cebri icra (TMK md. 733/1) yolu ile mülkiyetin kazanılması hallerinde önalım hakkının kullanılamayacağı kabul edilmektedir¹⁸. TBK md. 240/2’de de taşınmazın, mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebri artırma yoluyla satışı, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi veya bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hallerinde önalım hakkı kullanılamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Doktrindeki bir görüşe göre¹⁹, sadece taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapılmış olması önalım hakkının kullanılması için yeterli değildir. Önalım hakkının kullanılabilmesi için, satış vaadi borçlusunun edimini yerine getirmemesi sebebiyle alacaklı tarafından açılan tapu siciline zorlama davasının kabul edilip, kararın kesinleşmesi gerekir. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise²⁰, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmış olması halinde de önalım hakkı kullanılabilir. Bu görüşe göre, satış ile satış vaadi sözleşmesi arasındaki farkın abartılmaması gerekir. Satış vaadi borçlusunun edimini yerine getirmediğinde Türk Hukuku açısından açılan davada zaten tescile karar verilmektedir²¹. Satış vaadi sözleşmesinin bulunması halinde, önalım hakkının kullanılamayacağının kabul edilmesi durumunda bunun kötüye kullanılabileceği savunulmaktadır. Mesela, alıcı satış vaadini tapu siciline şerh ettirip, taşınmazı bu şekilde kullanarak, önalım hakkının kullanılmasına engel olabilir²². Kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir.

C. Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Yapılması

Türk Borçlar Kanunu md. 240’ta önalım hakkının satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması halinde kullanılacağı hükme bağlanmıştır. Kanun hükmünden de anlaşıldığı üzere, önalım hakkı sadece satış değil, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem yapılması halinde de kullanılır.

¹⁶ Gürsoy, Eren ve Cansel (n 1) 616; Kırkbeşoğlu (n 1) 46; Suata (n 6) 46; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 618; Demirbaş (n 1) 257; Çelebi (n 7) 745.

¹⁷ Kırkbeşoğlu (n 1) 46;

¹⁸ Gökhan Şahan, *Kişisel Hakların Şerhi* (Seçkin Yayıncılık) 68; Kırkbeşoğlu (n 1) 36-37

¹⁹ Şükran Şıpka Tamen, *Kanuni Önalım* (Şüf’a) Hakkı (Alfa Basım Yayın Dağıtım İstanbul 1994) 60-61; Aydın Ünver (n 7) 838; Demirbaş (n 1) 257; Sirmen (n 1) 465; Aklap-Demirtabak, 73-74; Kırkbeşoğlu (n 1) 34; Suata (n 6) 45.

²⁰ Selahattin Sulhi Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri* (Filiz Kitapevi İstanbul 1988) 23; Barış Demirsatan, “Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı” (2016) 11 (145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 905, 918; Akçaal (n 1) 488; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 1) 616; Eren (n 1) 416; Ayan (n 1) 391; Şahan (n 18) 69; Eren, Önalım (n 8) 113; Çelebi (n 7) 762 vd.; Okur (n 7) 172.

²¹ Eren (n 1) 416.

²² Tekinay, (n 20) 23.

Kanunda satışa eşdeğer işlem den ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Hükümün gerekçesinde, bir gayrimenkul yatırım ortaklığına ait hisselerin bütünüyle devri, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işleme örnek olarak gösterilmiştir. Buna karşılık gerekçede bir taşınmazın anonim veya limited şirkete aynı sermaye olarak konulması, satışa eşdeğer işlem olarak kabul edilmemiştir.

Kanun koyucunun ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem den neyi kastettiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Hangi işlemlerin ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem olduğunu önceden söylemek veya tek tek saymak mümkün değildir. Bu konuda hâkimin takdir yetkisi vardır. Her somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir. Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem, satış niteliğinde olmayan, ancak eşya hukuku ve ekonomik bakımdan, bir ivaz karşılığında mülkiyeti devrine ilişkin sonuçlar doğuran işlemlerdir²³. Bu çerçevede, eşya değerinin ön planda olduğu ve miras ilişkisinin olmadığı işlemler, satışa eşdeğer işlem olarak kabul edilebilir²⁴.

Satış sözleşmesi, TBK md. 207’de satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmeyi, alıcının da buna karşılık olarak bir bedel ödemeyi borçlandığı sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, bir sözleşmenin satış sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için, satıcı bir şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi borçlanması, alıcının da bir bedel ödemeyi borçlanması gerekir. Satış sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için, alıcının borçlandığı bedel mutlaka bir para olmalıdır. Alıcı para dışında bir borç altına girmişse, satış sözleşmesinden söz etmek mümkün olmaz²⁵. Kanun koyucunun satışa eşdeğer işlem den kastının, satış sözleşmesi dışında, bir karşılık verilerek bir şeyin zilyetliğinin ve mülkiyetinin devrini ihtiva eden sözleşmeler olduğu kuşkusuzdur. Zira, bir para ödenerek, bir şeyin zilyetliğinin ve mülkiyetinin devrini konu alan sözleşmeler zaten satış sözleşmesidir. Para ödenmeden zilyetliğin ve mülkiyetin devri borçlanılmışsa da satış sözleşmesi söz konusu olmaz. Buna göre kanun koyucunun, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem hususunda iradesinin, sadece taraflardan birinin bedel ödeme borcu altında olduğu ilişkileri kastetmediği kanaatindeyiz. Kanun koyucu satış dışında, bir karşılık verilerek bir şeyin zilyetliğinin ve mülkiyetinin devrini konu edinen sözleşmelerin, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem olarak kabul ettiği kanaatindeyiz.

Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlere örnek olarak üst hakkı kurulması verilebilir. TBK md. 241’in gerekçesinde de açıkça, İsviçre Federal Mahkeme kararlarına da atıf yapılarak, üst hakkı kurulmasının ekonomik bakımda satışa eş değer işlemlerin başlıca örneklerinden biri olduğu belirtilmiştir. Üst hakkı,

²³ Kırkbeşoğlu (n 1) 41.

²⁴ Kırkbeşoğlu (n 1) 41.

²⁵ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı Legem Yayınevi 2023) 29; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1 (4. Baskı Olgaç Matbaası 1985) 84.



bir kişiye başkasının taşınmazı üzerinde veya altında yapı yapmak ya da mevcut bir yapıyı muhafaza etme yetkisi veren bir irtifak hakkıdır (TMK md. 826). Üst hakkı sahibi yaptığı yapı veya muhafaza etme yetkisi verilen mevcut yapı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olur²⁶. Bu haliyle değerlendirdiğimizde, üst hakkı bir karşılık alınarak tesis edilmişse, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem olarak kabul edilmelidir. Aksi durumda, önalım yükümlüsü, önalım hakkı sahibinin, hakkını kullanmasını engellemek amacıyla, uzun süre üst hakkı tesis edebilir. Üst hakkı sahibinin, söz konusu yapı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olacak olması da bu kanaati desteklemektedir. Ancak üst hakkı, karşılık alınmadan tanınmışsa, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlem den söz edilemeyeceği için önalım hakkı kullanılmaz.

Uzun süreli veya süresiz intifa ve oturma hakkı tanınmış olması halinde de satışa eşdeğer işlem varlığı kabul edilmektedir²⁷. İntifa ve oturma hakkı, ilgili hakkın kapsamına uygun olarak hak sahibine taşınmazı malik gibi kullanma yetkisi veren aynı hak olmaları sebebiyle, uzun süreli veya süresiz tesis edilmesi halinde, önalım hakkı kullanılabilir. Hakkın uzun süreli kurulduğunun kabul edilebilmesi için, TMK md. 998/3 gereği intifa ve oturma hakkının en az otuz yıl için kurulmuş olması gerekir²⁸. Önalım yükümlüsü bu şekilde oturma hakkı veya intifa hakkı tanıyarak, önalım hakkının kullanılmasını engelleyebilir. Aksini düşündüğümüzde, önalım hakkı sahibi, satış olmadığı için önalım hakkını kullanamaz, ancak üçüncü kişi uzun süreli veya süresiz söz konusu taşınmazı malik gibi kullanır. Ancak intifa ve oturma hakkı kısa süreli tanınmışsa, önalım hakkı kullanılamaz.

Mal değişim sözleşmesinin ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde bazı yazarlar²⁹ ve Yargıtay³⁰ tarafından mal değişim sözleşmesi yapılması halinde önalım hakkının kullanılamayacağı kabul edilmektedir. Doktrindeki başka bir görüşe göre ise³¹, mal değişim sözleşmesi önalım olayı olarak kabul edilmiş, mal değişim sözleşmesi yapılması durumunda da önalım hakkının kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Mal değişim sözleşmesini de önalım olayı olarak

²⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 995 vd.

²⁷ Gümü, (n 9) 440; Kırkbeşoğlu (n 1) 41.

²⁸ Kırkbeşoğlu (n 1) 41.

²⁹ Gümü, (n 9) 424; Demirbaş (n 1) 258; ; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 1) 636; Eren (n 24) 217.

³⁰ Y 14 HD, E 2017/5585, K 2018/3958, T 21.05.2018; Y 14 HD, E. 2018/1059, K 2018/4843, T 26.06.2018; Y 14 HD, E 2018/809, K 2018/4844, T 26.06.2018, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

³¹ Mahmut Kizir, “6098 sayılı Borçlar Kanunu’na Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi” (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1771, 1784; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 618; Akcaal (n 1) 516; Sirmen (n 1) 466; Şahan (n 18) 70; Okur, (n 7) 199.

kabul eden görüşlerden birine göre³², TBK md. 240'taki hükmün önalım hakkının kullanılabileceği halleri genişletmiştir. Yargıtay kararlarında bu hususta bir değerlendirme yapılmamıştır. Bu sebeple mal değişimi halinde de önalım hakkı kullanılabilir. Doktrinde bir görüş³³, Türk Borçlar Kanunundaki düzenleme dikkate alınarak artık mal değişimi halinde önalım hakkının kullanılması gerektiğini, ancak önalım olayını oluşturan hukuki işlem gereği, önalım alacaklısının yükümlü olduğu edimlerin, ifa edilebilir olması gerekir. Mal değişim sözleşmesine konu olan edimlerden biri parça borcu ise veya karşı edim şahsen ifası gerekli bir borç ise, önalım olayının doğmayacağı kabul edilmektedir³⁴. Mal değişim sözleşmesi, taraflardan birinin, diğer tarafa bir şeyin mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir şeyin mülkiyetini devretmeyi borçlandığı sözleşmedir (TBK md. 282). Mal değişim sözleşmesinde, bir para ödenmesi de, bir şeyin mülkiyeti, karşı tarafa başka bir şeyin mülkiyetinin devri karşılığı devredilmektedir. Mal değişim sözleşmesi ivazlı ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. TBK md. 283'te açıkça satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin mal değişim sözleşmesine uygulanacağı hükme bağlanmıştır. TBK md. 240 düzenlemesiyle önalım hakkını doğuran olayın genişletilmiş olduğunu düşündüğümüzde, belki de satışa eşdeğer işleme verilebilecek en güzel örnek mal değişim sözleşmesidir. Kanaatimizce, şeyin mülkiyetinin, bir karşılık alınarak, özellikle para ile ölçülebilen bir karşılık alınarak, devri kararlaştırılmışsa önalım hakkı kullanılabilir. Bir şeyin mülkiyeti, para ile ölçülemeyen bir karşı edime karşılık devredilmişse, önalım hakkı kullanılamaz. Zira bu durumda ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlemden söz etmek mümkün olmaz.

Önalım yükümlüsünün üçüncü kişiye olan borcunu ifa amacıyla, önalım konusu taşınmazı veya payı alacaklıya devretmesi, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlem olarak kabul edilmekte ve bu halde önalım hakkının kullanılabileceği öne sürülmektedir³⁵.

III. TAŞINMAZ DEVRİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK

A. Genel Olarak

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na, 7445 sayılı Kanunun 34. maddesi ile eklenen 17/B maddesi ile taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu hükmü getirilmiştir. Söz konusu hükümde, tarafların anlaşması ile arabuluculuk süresi ile ve en fazla üç ay sınırlı olmak üzere, tasarruf yetkisi kısıtlama-

³² Okur, 199.

³³ Sirmen (n 1) 466; Aydın Ünver (n 7) 842; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 618.

³⁴ Sirmen (n 1) 466; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 618.

³⁵ Aydın Ünver (n 7) 839; Kizir (n 28) 1784; Çelebi (n 7) 747; Kırkbeşoğlu (n 1) 35.

sına ilişkin şerh konulabileceği, bu tür uyuşmazlıklarda icra edilebilirlik şerhinin zorunlu olduğu açıkça belirtilmiştir. 7445 sayılı Kanun 05.04.2023 tarih ve 32154 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. 7445 sayılı Kanunun 43. maddesine göre söz konusu hüküm 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı kural olarak tapu siciline tescille kazanılır (TMK md. 1022). Taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının kazanılması için sadece tescil yeterli değildir. Ayrıca, tescilin geçerli bir hukukî sebebe dayanması gerekir³⁶.

Taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının kazanılmasını sağlayan hukukî sebep, mülkiyet devri borcu doğuran sağlararası bir hukuki işlem olabileceği gibi ölüme bağlı tasarruf da olabilir³⁷. Söz konusu sebep bir sözleşme olabileceği gibi, vasiyetname gibi tek taraflı hukuki işlem de olabilir. Mülkiyet devir borcu doğuran sözleşmelerin başlıcaları, satım, trampa, bağışlama sözü verme, ölüncüye kadar bakma sözleşmesi gibi sözleşmelerdir. Bununla birlikte vekâlet sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmesi, bir taşınmazın şirkete sermaye payı olarak konulması ve isimsiz sözleşmeler de mülkiyet hakkının kazanılma sebepleri olabilir³⁸.

Taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının kazanılmasına sebep teşkil eden hukukî işlem, alım, geri alım ve önalım gibi yenilik doğuran hakların kullanılması ile ortaya çıkabilir. İlan yolu ile ödöl vaadi de mülkiyet hakkının kazanılmasına sebep oluşturabilir. Ayrıca mülkiyet devir borcu doğuran hukukî ilişki, bir idari işlemden de kaynaklanabilir³⁹.

Taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının kazanılmasına sebep teşkil eden hukukî ilişki, arabuluculuk anlaşma belgesi de olabilir. 6523 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na, 7445 sayılı Kanunun 34. maddesi ile eklenen 17/B maddesi ile taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu hükmü getirilmiştir. Buna göre, arabuluculuk görüşmeleri sonunda taraflar bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının devri hususunda anlaşmaya varmışlar ise, söz konusu anlaşma belgesi, yetkili sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınmasıyla, taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının devri sonucunu doğuran geçerli bir kazanma sebebi olur.

B. Taşınmaz Devrine İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşmasının Geçerliliği

Taşınmazlar üzerinde mülkiyetin kazanılmasına sebep olan hukuki işlemler kural olarak resmi şekilde yapılmalıdır⁴⁰. TMK md. 706/2'de bu husus açıkça belirtilmiştir. TBK md. 237/1'de taşınmaz satış sözleşmesinin, TBK md 283'ün

³⁶ Akçaal (n 1) 193; Sirmen (n 1) 125.

³⁷ Eren (n 1) 207; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (n 1) 412; Sirmen (n 1) 352.

³⁸ Akçaal (n 1) 395-396; Eren (n 1) 207; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (n 1) 412; Sirmen (n 1) 352.

³⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (n 1) 413; Akçaal (n 1) 396; Eren (n 1) 207; Sirmen (n 1) 352.

⁴⁰ Akçaal (n 1) 397; Eren (n 1) 208; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (n 1) 413; Sirmen (n 1) 352.

atfı dolayısıyla konusu taşınmaz olan mal değişim sözleşmesinin ve TBK md 288/2 gereği konusu taşınmaz olan bağışlama sözü verme sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekir. Taşınmaz mülkiyetini devrini konu edinen sözleşmelerin resmi şekilde yapılması gerekliliği kural olmakla birlikte, taşınmazla ilgili önalım sözleşmesinin, konusu taşınmaz olan miras paylaşım sözleşmesinin ve mirasçılar arasında yapılan miras payının devri sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması yeterlidir⁴¹. Bununla birlikte taşınmazla ilgili olan ölüme bağlı tasarruflar ve mal rejimi sözleşmeleri kendilerine özgü şekillere tabidir (TMK md. 706/II).

Türk Medeni Kanunu md 706'da taşınmaz devrine ilişkin hukuki işlemlerin remi şekilde yapılması gerektiği belirtilmiş, ancak söz konusu işlemlere resmîyetin hangi makam tarafından verileceği belirtilmemiştir. Tapu Kanunu md. 26 konuya açıklık getirmiş ve taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin işlemlerin tapu müdürlüklerinde, tapu memurları tarafından yapılacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca 23.06.2022 tarih ve 7413 sayılı Kanunla Noterlik Kanununa eklenen 61/A hükmü ile noterlere de taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmiştir⁴². Buna göre, kural olarak taşınmaz satış sözleşmelerine resmîyet verecek makamlar tapu müdürlükleri ve noterlerdir şeklinde ifade edilebilir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na, 7445 sayılı Kanunun 34. maddesi ile eklenen 17/B maddesi ile taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu hükmü getirilmiştir. Arabuluculuk görüşmeleri sonunda taraflar bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının devri hususunda anlaşmaya varmışlar ise, söz konusu anlaşma belgesi, yetkili sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınmasıyla, taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının devri sonucu doğuran geçerli bir hukuki işlem olmaktadır. Bu çerçevede değerlendirdiğimizde, icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesi, taşınmaz mülkiyetinin devrine sebep olacağından, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına sebep olan hukuki işlemlerin tapu müdürlüklerinde ve noterde yapılması gerektiği kuralının bir istisnasını oluşturmaktadır. Zira arabulucu, taraflar ve/veya taraf vekilleri tarafından imzalanmış ve icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesi ile de taşınmaz mülkiyetinin devri gerçekleştirilebilmektedir. Yapılan açıklamalara göre, taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan arabuluculuk anlaşma belgesinin geçerli olabilmesi için, Türk Borçlar Hukuku çerçevesinde sözleşmenin geçerli olabilmesi için gerekli olan ehliyet vs. gibi genel geçerlilik şartlarının yanı sıra, anlaşma belgesinin, arabulucu, taraflar ve/veya taraf vekilleri tarafından imzalanmış ve icra edilebilirlik şerhinin alınmış olması gerekmektedir. Buna göre, taşınmaz mülkiyetinin devri sonucunu doğuran hukuki işlemlere resmîyet

⁴¹ Eren (n 1) 212; Akçaal (n 1) 398; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (n 1) 417; Sirmen (n 1) 357-358.

⁴² RG. T. 28.06.2022, S. 31880.

kazandıran makamlardan biri olarak, arabulucu ve sulh hukuk mahkemesini de saymak yanlış olmaz.

C. Taşınmaz Devrine İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Süreci Sonunda Mülkiyetin Kazanılması

1. Genel Olarak Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması kural olarak tescille olur (TMK md. 705/1). Başka bir ifade ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılabilmesi için genel kural, kazanan kişinin adına tapu sicilinde tescil yapılması gerekir. Kural olarak tapu siciline tescil yapılmadıkça ilgili kişi, taşınmazın mülkiyetini kazanamaz. Ancak bazı hallerde taşınmaz mülkiyeti tescilden önce kazanılmaktadır. TMK md. 705/2'ye göre, miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Tescilden önce kazanma halleri sadece bu hükümde sayılanlarla sınırlı değildir. Kanun hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere, *“kanunda öngörülen diğer hâllerde”* de taşınmaz mülkiyeti tescilden önce kazanılabilir. Buradan da anlaşıldığı üzere, tescille kazanma kural olduğu için, bunun istisnası olan tescilden önce kazanma ancak kanunda öngörülen hallerde olur⁴³. Tescilden önce kazanma hali olarak, miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal ve kamulaştırma halleri TMK md. 705/2'de sayılmıştır. Bununla birlikte yeni arazi oluşması (TMK md. 708), kişiliği sona eren tüzel kişinin mallarının en yakın amacı güden kamu kurum veya kuruluşuna geçmesi (TMK md. 54), vakfa özgülenen malların vakfın tüzel kişilik kazanması ile vakfa geçmesi (TMK md. 105), mal rejimi sözleşmesi yapılarak, mal ortaklığının kabul edilmesi (TMK md. 257/2) gibi hallerde taşınmaz mülkiyeti tescilden önce kazanılır. Ticari işletmenin devri (TTK md. 11) veya ticari ortaklıkların birleşmesinde de (TTK md. 153) taşınmaz mülkiyeti tescilden önce kazanılmaktadır. Aynı şekilde, şirketlere sermaye olarak taşınmaz konulması (TTK md. 128) halinde de mülkiyet tescilsiz kazanılmaktadır. İİK md. 111/a hükmü gereği, borçluya satış yetkisi verilmesi halinde, borçlunun alıcı ile anlaşmasının sonucu olarak belirlenen bedeli yatırmasından sonra, yapılan işlem ve taleplerin icra mahkemesi tarafından kabul edilmesi ile mülkiyet alıcıya geçer. Bu durumda da taşınmaz mülkiyeti tescilden önce kazanılmaktadır.

2. Taşınmaz Devrine İlişkin Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ile Mülkiyetin Kazanılması

Taşınmazların devrine ilişkin anlaşma belgesinin geçerli olabilmesi için icra edilebilirlik şerhi alınması zorunludur (HUAK md. 17/B/4). Anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi alındığından söz konusu belge, ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK md. 18/4). İlam niteliğinde belgeler İİK md. 38 ve diğer özel ka-

⁴³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (n 1) 472; Akçaal (n 1) 419

nunlarda belirtilmiştir⁴⁴. Bunlardan biri de HUAK md. 18’de belirtildiği üzere icra edilebilirlik şerhi alınmış olan arabuluculuk anlaşma belgesidir.

İlam niteliğinde belgeler, icra edilebilirlik açısından ilamla aynı etkiye sahiptir. İlam niteliğinde belgelerle de doğrudan ilamlı takip yapılabilir (İİK md. 38). Ancak ilam niteliğinde belgeler, tamamen ilam ile aynı hüküm ve sonuçları doğurmaz. Sadece icra edilebilirlik açısından benzer etki yaratır⁴⁵. İlam niteliğinde belgeler, ilamlar gibi maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımazlar. Bu belgeler, ilamın doğurduğu bütün hukuki sonuçları doğurmazlar⁴⁶.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md. 17/B/6’ya göre, taşınmaz devrine ilişkin anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi alındıktan sonra, taraflardan biri tapu müdürlüğünde tescil talebinde bulunabilir. Aynı hükme göre, tapu müdürlüğünce taşınmaza ilişkin mevzuatta öngörülen gerekli inceleme ve değerlendirme yapıldıktan sonra resmi senet düzenlenmeksizin tescil talebi yerine getirilir. Bu hükme göre, daha önceleri ilam niteliğinde belgeler sadece ilamlı takibe konu olabilirken, anlaşma belgesi çerçevesinde artık tapu müdürlüklerinde tescil talebinin dayanağı haline de gelmiştir⁴⁷. Söz konusu hüküm yürürlüğe girmeden önce de bir görüşe göre, TMK md. 1013’ün kıyasen uygulanarak, icra edilebilirlik şerhi alınmış anlaşma belgesinin mahkeme kararına eşdeğer belge sayılması gerektiği belirtilerek, taraflardan birinin tescil talebinde bulunabileceği kabul edilmiştir⁴⁸.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md. 17/B/6 hükmü gereği icra edilebilirlik şerhi alınmış anlaşma belgesi ile taraflardan birine tescil talebinde bulunma hakkı tanınmış olması, taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılması ilkesinin istisnası değildir. Başka bir ifade ile taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi alınması halinde, mülkiyet tescilden önce kazanılmaz. Mülkiyetin kazanılabilmesi için tescil gereklidir. Çünkü tescil ilkesinin istisnasının söz konusu olabilmesi için, bu hususun kanunda açıkça

⁴⁴ Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (2 Baskı Adalet Yayınevi 2013) 895; Fikret Sami Tiyek/Hüseyin Kağan Zengin/Önder Topal, “Konusu Taşınmaz Olan Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculukta İcra Edilebilirlik Şerhi Üzerine Düşünceler” 2024 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1917, 1948.

⁴⁵ Süha Tanrıver, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi (Yetkin Yayınları 1996) 83; İbrahim Özbay, “Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği” 2004 8(3-4), Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 387, 412-413; Melis Taşpolat Tuğsavul, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği” 2019 18(1), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 333, 360; Mustafa Sedar Özbek, “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme” 2017 3(2), Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, 75; Tiyek/Zengin/Topal (n 43) 1948.

⁴⁶ Tanrıver (n 44) 83; Taşpolat Tuğsavul (n 44) 360; Tiyek/Zengin/Topal (n 42) 1948; Özbay (n 44) 413; Özbek (n 44) 75.

⁴⁷ Nesibe Kurt Konca ve Emel Badur, “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi” 2023 (56) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 539, 553.

⁴⁸ Kurt Konca/Badur (n 46) 559-560.



düzenlenmiş olması gerekir. Bu sebeple anlaşma belgesine dayanılarak yapılan tescil kurucu niteliktedir⁴⁹. Yukarıda da açıkladığımız üzere, ilam niteliğinde olan belgeler maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. İcra edilebilirlik şerhi alınsa dahi, anlaşma belgesi ilam değildir, ilam niteliğinde belgedir⁵⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin 10.07.2013 tarih, 2012/94 Esas ve 2013/89 Karar sayılı ilamında⁵¹ arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin maddi anlamda kesin hüküm olmadığı, anlaşmaya icra edilebilirlik şerhinin verilmesinin söz konusu anlaşmayı hüküm-kesin hüküm/mahkeme ilâmı hâline getirmediği, sadece ilam niteliğinde belge hâline getirdiği hükme bağlanmıştır. Söz konusu kararda ilamlar ile ilam niteliğindeki belgelerin birbirinden tamamen farklı olduğu, ilamlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederken, ilam niteliğindeki belgelerin maddi anlamda kesin hüküm olmadığı, kanun koyucu ilam niteliğindeki belgeleri, sadece icra edilebilirlik açısından ilamlarla aynı hukuki rejime tabi tuttuğu belirtilmiştir.

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması daha önce de ifade edildiği üzere ancak kanunda düzenlenen hallerde söz konusu olur. Yukarıda da belirttiğimiz, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı durumları düzenleyen Kanun hükümleri incelendiğinde, görülecektir ki hükümlerin lafzından taşınmaz mülkiyetinin henüz tescil yapılmadan kazanılacağı açıkça belirtilmektedir. Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması istisnai bir durum ve ancak Kanun'da düzenlenen hallerde söz konusu olduğundan, hükmün lafzından açıkça bu sonuç çıkmıyorsa yorum yolu ile mülkiyetin tescilden önce kazanılabileceği sonucuna varılmamalıdır. HUAK md. 17/B'nin ilk halinde sadece taşınmaz devrine veya taşınmaz üzerindeki sınırlı ayni hakların kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu hükme bağlanmıştı. Daha sonra ilgili hükme 07.11.2024 tarihinde anlaşma belgesinin taraflarından birinin, icra edilebilirlik şerhi verilmesinden sonra tapu müdürlüğünden tescil talebinde bulunabileceği fıkrası eklenmiştir. Bu hüküm kanaatimizce uygulama kolaylığı sağlanması açısından getirilmiştir. Taraflardan birine tescil talebinde buluma yetkisinin verilmesinden tek başına, icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesi ile tescilden önce mülkiyetin kazanılacağı sonucu çıkarılamaz. HUAK md. 17/B hükmünün lafzı da incelendiğinde, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılacağına ilişkin bir ifade bulunmamaktadır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md. 17/B hükmünün uygulanmasını sağlamak için, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, Tapu Ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Tapu Dairesi Başkanlığı, *"Tapu Sicilinde Ara-*

⁴⁹ Tiyek/Zengin/Topal (n 43) 1968; Kurt Konca/Badur (n 46) 561.

⁵⁰ Ali Yeşilırmak, "Arabuluculuğun Aşamaları: Sonuç/Anlaşma Aşaması" içinde Ali Yeşilırmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur (ed), Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı (3. Bası Arcs Matbaacılık 2021) 182; Özbek (n 44) 75.

⁵¹ Resmi Gazete: t. 25.01.2014 S. 28893.

buluculuk Uygulamaları” konulu, 29.11.2024 tarihli ve 2024/5 sayılı Genelge çıkarmıştır. Bu Genelge’nin “Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin Tapu Sicilinde Uygulanması” başlıklı bölümünün 9.maddesinde, “Arabuluculuk anlaşma belgesinin imzalanmasından anlaşma belgesinin tapu sicilinde tesciline kadar geçen sürede taşınmaza, anlaşma belgesi veya ekinde yer almayan, başkaca bir yasaklayıcı veya kısıtlayıcı takyit konulması halinde anlaşma belgesinin, devralan/lehine hak tesis edilen tarafların tamamının işleme katılımı ile tescil istem belgesi düzenlenmek suretiyle tescil edilmesi gerekir.” hükmü yer almaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu hükümde “anlaşma belgesinin tapu siciline tescili” ifadesi geçmektedir. Burada tapu siciline tescil edilecek olan, anlaşma belgesi değil, anlaşma belgesi ile devri borçlanılan aynı haktır. Bu yönüyle Genelge’deki ifade yerinde değildir. Anlaşma belgesinin tescili gibi bir durum söz konusu değildir.

Genelge’nin yukarıda yer alan ilgili hükmünde, tescil gerçekleşene kadar geçen sürede, anlaşma belgesi veya ekinde yer almayan, başkaca bir yasaklayıcı veya kısıtlayıcı takyit konulması halinde devreden ve devralan/lehine hak tesis edilen tarafların tamamının işleme katılımı gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu ifadenin de anlaşılmaktadır ki, anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhinin alınması ile taşınmaz mülkiyeti hak sahibine geçmez. Zira tescilden önce, konulan takyitler dikkate alınmaktadır. Anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi alındığında, tescilden önce mülkiyetin kazanıldığı kabul edilmiş olsaydı, söz konusu takyitler dikkate alınmazdı.

Sonuç olarak yukarıda yapılan açıklamalara göre, taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan arabuluculuk anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi alınmış olması, taraflardan birinin tescil talebinde bulunma yetkisi olsa dahi mülkiyetin kazanılması için yeterli değildir. Mülkiyet hakkının kazanılabilmesi için tescil yapılması gerekir.

IV. TAŞINMAZ DEVRİNE İLİŞKİN YAPILAN ARABULCUCULUK ANLAŞMASININ ÖNALIM OLAYI OLARAK KABUL EDİLİP EDİLMEMESİ

Önalım hakkının kullanılabilmesi için, yukarıda da ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlemin yapılması gerekir. Bir şeyin mülkiyetinin, bir karşılık alınarak, özellikle para ile ölçülebilen bir karşılık alınarak, devri kararlaştırılmışsa ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlem olarak kabul edilmeli ve önalım hakkı kullanılabilirdir. Şeyin mülkiyeti, para ile ölçülemeyen bir karşı edime karşılık devredilmişse, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlem olarak nitelendirilemez ve önalım hakkı kullanılamaz.

Önalım yükümlüsünün üçüncü kişiye olan borcunu ifa amacıyla, önalım konusu taşınmazı veya payı alacaklıya devretmesi, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer

bir işlem olarak kabul edilmekte ve bu halde önalım hakkının kullanılabilmesi kabul edilmektedir⁵².

Önalım olayının gerçekleşebilmesi için, yapılan işlemin iradi, ivazlı ve cüz'i halefiyet şeklinde gerçekleştirilmesi gerekir⁵³.

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk sürecinde bir taşınmazı veya bir payı devretmeyi borçlanarak anlaşma ile sona erdirebilirler. Başka bir ifade ile arabuluculuk sürecinde anlaşma, bir taşınmaz devrinin kararlaştırılması ile de gerçekleştirilebilir. HUAK md. 17/B'da taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu husus yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Arabuluculuk sürecinde taraflar bir borca karşılık olarak bir taşınmazın veya payın devri konusunda anlaşmaya varabilirler. Mesela, kat karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin arsa sahibinin kira tazminatı istediği bir uyuşmazlıkta, yüklenici kira tazminatına karşılık olarak, sahip olduğu bağımsız bölümlerden birini devretmeyi kabul edebilir. Benzer şekilde, bir borçlu ifa etmesi gereken bir borcuna karşılık olarak, sahip olduğu bir taşınmazı veya payı devretmeyi kabul ederek arabuluculuk süreci anlaşma ile sonuçlanabilir. Arabuluculuk anlaşmasının konusu olan ve devri borçlanılan taşınmaz bir önalım sözleşmesinin konusu olabileceği gibi, paylı mülkiyete tabi taşınmazda bir pay da olabilir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinde, taraflardan biri borcuna karşılık olarak paylı mülkiyete tabi bir taşınmazdaki payını devretmeyi kabul etmişse, karşı taraf da paydaşlardan biri değilse, paylı mülkiyete tabi taşınmazdaki diğer paydaşlar yasal önalım hakkını kullanabilirler.

Arabuluculuk sürecinde, borca veya bir edime karşılık olarak, devri borçlanılan taşınmaz üzerinde üçüncü kişinin sözleşmeden doğan önalım hakkı varsa, söz konusu hak şerh edilmişse, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Sözleşmeden doğan önalım hakkı nisbî nitelikte bir hak olduğundan, şerh edilmezse, sadece sözleşmenin taraflarını veya onların külli haleflerini bağlar.

Paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda, ortaklığın giderilmesi amacıyla yapılan arabuluculuk anlaşmasında, paydaşlar, paylı malın tamamen üçüncü kişiye satılması, aynen paylaşma mümkünse aynen paylaşılması veya paydaşlardan bir veya birkaçına, diğer paydaşların paylarını devretmesi şeklinde anlaşmalar yapabilmektedir. Bu gibi durumlarda, üçüncü kişiye bir pay devri söz konusu olmadığından, yasal önalım hakkı doğuran bir olayda söz konusu olmaz.

Sonuç olarak, arabuluculuk süresi sonunda yapılan anlaşma gereği, taşınmazın mülkiyetinin veya bir payın para ile ölçülebilen bir karşılık alınarak, devri

⁵² Aydın Ünver (n 7) 839; Kizir (n 28) 1784; Çelebi (n 7) 747; Kırkbeşoğlu (n 1) 35.

⁵³ Eren (n 24) 216; Akçaal (n 1) 486; Sirmen (n 1) 464-465; Eren (n 1) 413; Kırkbeşoğlu (n 1) 31.

kararlaştırılmışsa, bu anlaşma ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlem olarak kabul edilmeli ve önalım hakkı kullanılabilirliklidir.

Önalım hakkının kullanılabilmesi için, sözleşmenin ifa edilmiş olması şart değildir⁵⁴. Yapılan arabuluculuk anlaşmasının geçerli şekilde yapılmış olması yeterlidir. Buna göre taşınmaz veya payın devrine ilişkin yapılan arabuluculuk anlaşması için icra edilebilirlik şerhi alınması ile önalım olayı gerçekleşir. Çünkü arabuluculuk görüşmeleri sonunda taraflar bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının veya payın devri hususunda anlaşmaya varmışlar ise, söz konusu anlaşma belgesi, yetkili sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınmasıyla geçerli bir hukuki işlem olmaktadır. İcra edilebilirlik şerhi alınmasından sonra, taraflarca tescil gerçekleştirilmemiş olsa dahi önalım olayı gerçekleşmiş kabul edilmelidir.

SONUÇ

Önalım hakkı yasal önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkı olmak üzere ikiye ayrılır. Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda, paydaşlardan biri payını satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlemle üçüncü kişiye devrederse, diğer paydaşların kullandığı yenilik doğuran bir haktır. Sözleşmeden doğan önalım hakkı ise, bir taşınmaz malikinin bir sözleşme ile üçüncü kişiye tanıdığı yenilik doğuran haktır. Hem yasal önalım hakkı hem de sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılabilmesi için satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlemin yapılması gerekir. Bağışlama, cebri satış, kamulaştırma, miras yolu ile intikal gibi hallerde önalım hakkı kullanılamaz. Mal değişim sözleşmesi kanaatimizce ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlem olduğundan önalım olayı olarak kabul edilmelidir. Ayrıca taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılması, uzun süreli veya süresiz intifa ve oturma hakkı tanınmış olması veya üst hakkı tanınması da ekonomik bakımdan satışa eş değer bir işlemdir ve önalım hakkını doğuran olay olarak kabul edilmelidir. Önalım yükümlüsünün bir borcuna karşılık olarak taşınmazı devretmesi de önalım hakkı kullanılmasına sebep olur.

Taşınmazların devrine ilişkin olarak arabuluculuk anlaşması yapılabilir. Taşınmazların devrini konu alan arabuluculuk anlaşma belgelerinin, geçerli olabilmesi için icra edilebilirlik şerhi alması zorunludur. Taşınmazın üzerindeki mülkiyetin devrine ilişkin anlaşma belgesi düzenlenip, icra edilebilirlik şerhi alınmış olsa dahi, taşınmazın mülkiyeti ancak tescille kazanılabilir. Zira icra edilebilirlik şerhi alınan anlaşma belgesi ilam değil, ilam niteliğinde belge hükmündedir. Bu belge, maddi hukuk açısından ilamla aynı sonuçları doğurmaz.

⁵⁴ Gürsoy, Eren ve Cansel (n 1) 616; Kırkbeşoğlu (n 1) 46; Suata (n 6) 46; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 618; Demirbaş (n 1) 257; Çelebi (n 7) 745.



Arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşma gereği, taşınmazın mülkiyetinin, bir karşılık alınarak, özellikle para ile ölçülebilen bir karşılık alınarak, devri kararlaştırılmışsa, bu anlaşma ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlem olarak kabul edilmeli ve önalım hakkı kullanılabilirdir. Önalım hakkının kullanılabilmesi için, geçerli bir anlaşma belgesinin düzenlenmesi ve icra edilebilirlik şerhinin alınması yeterlidir. Taraflarca tecilin yapılmasına gerek yoktur.

KAYNAKÇA

- Akalp-Demirtabak D, *Yasal Önalım Hakkı* (On İki Levha Yayıncılık 2010)
- Akcaal M, *Eşya Hukuku* (2. Baskı Yetkin Yayınları 2022)
- Atamulu İ, “Önalım Hakkı Vasiyeti” (2022) 30 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1481-1513.
- Ayan M, *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (9. Baskı Seçkin Yayıncılık 2016)
- Çelebi Ö, “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Önalım Olayı Teşkil Edip Etmediği Sorunu” (2023) 11 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 737-776.
- Demirbaş F, “Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı” (2016) 65 (2) AÜHFD 249-278.
- Demirsatan B, “Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı” (2016) 11 (145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 905-946.
- Eren F, *Mülkiyet Hukuku* (7. Baskı Yetkin Yayınları 2023)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı Legem Yayınevi 2023)
- Eren F, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı” (2008) 12 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103-126.
- Erkan VU, “Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması” (2014) 5 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 269-294.
- Gümüş MA, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK m. 237/III, 238, 239 ve 240-242) Değerlendirilmesi” 2012 8(2) Yedi Tepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan 435-454.
- Güneri O, “Kanundan Doğan Önalım Hakkı ile Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı ve Bu Kavramların Mukayesesi” 2021 18 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1353-1379.



Gürsoy KT, Eren F. ve Cansel E, *Türk Eşya Hukuku* (2. Baskı Ankara Üniversitesi Basımevi 1984)

Kalkan A, Tapu Sicilinde Yolsuz Yazım ve Düzeltme (Filiz Kitapevi 2024)

Kırkbeşoğlu N, *Önalım Hakkı* (Aristo Yayınevi 2019)

Kızır M, “6098 sayılı Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi” (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1773-1796.

Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (2 Baskı Adalet Yayınevi 2013)

Kurt Konca N ve Bodur E, “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi Ve İcra Edilebilirlik Şerhi” 2023 (56) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 539-568.

Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (24. Bası Filiz Kitapevi 2022)

Okur S, Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; “Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m. 240/ Art. 216c Or)” 2019 9 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101-258.

Özbay İ, “Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği” 2004 8(3-4), Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 387-418.

Özbek MS, “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme” 2017 3(2), Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69-85.

Saymen FH ve Elbir HK, *Türk Eşya Hukuku* (İsmail Akgün Matbaası 1954)

Sirmen S, *Eşya Hukuku* (10. Baskı Yetkin Yayınları 2022)

Suata İZ, *Kanuni Önalım Hakkı* (Yetkin Yayınları 2020)

Şahan G, *Kişisel Hakların Şerhi* (Seçkin Yayıncılık 2020)

Şıpka ŞT, *Kanuni Önalım (Şüf’a) Hakkı* (Alfa Basım Yayın Dağıtım İstanbul 1994)

Ünver TA, “Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi” 2016 11 (145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 829-857.

Tandoğan T, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1 (4. Baskı Olgaç Matbaası 1985)

Tanrıver S, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi (Yetkin Yayınları 1996)

Taşpolat Tuğsavul M, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği” 2019 18(1), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 333-379.

Tekinay SS, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri* (Filiz Kitapevi 1988)

Tiyek FS, Zengin HK ve Topal Ö, “Konusu Taşınmaz Olan Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculukta İcra Edilebilirlik Şerhi Üzerine Düşünceler” 2024 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1917-1989.

Topak S, “Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk Süreci Ve Anlaşma Belgesinin İcra Edilmesi” 2025 (61) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 377-406.

Ünal A, Tapu Sicilinde Geçici Tescilin Şerhi (Adalet Yayınevi 2019)

Yeşilırmak A, “Arabuluculuğun Aşamaları: Sonuç/Anlaşma Aşaması” içinde Ali Yeşilırmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur (ed), Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı (3. Bası Arcs Matbaacılık 2021)

GÖÇMEN İŞÇİLERİN HUKUKSAL KONUMU

The Legal Status of Migrant Workers

Mustafa KILIÇOĞLU*

Batuhan ESKİCİNDİL**

Özet

Göçmen işçiler, göç edilen ülke işçilerine nazaran dezavantajlı ve kırılgan bir konuma sahiptirler. Göçmen işçilerin hukuksal konumunu belirlerken, ILO sözleşmeleri, AIHM kararları ve Birleşmiş Milletler'in göçmen işçilere ilişkin düzenlemeleri ile Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği'nin yasal çerçevesi dikkate alınmalıdır. Türk hukukunda göçmen işçilerin statüsü, Anayasamızın temel haklar hükümleri ışığı altında, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu kapsamında ve nihai olarak 4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde irdelenmesi gerekir. Başka bir anlatımla, sözü edilen işçiler uluslararası normlar doğrultusunda, düzenli ya da düzensiz statülerine bakılmaksızın, iş hukukunun işçiyi koruyucu şemsiyesi altına alınmalıdır. Düzenli-düzensiz göçmen işçi ayrımının hukuki sonuçları, iş sözleşmesinin geçerliliği, ayrımcılık yasağı bağlamında şekillenir. Göçmen işçilerin, sosyal ve ekonomik haklardan ayırım yapılmaksızın yararlanması önemlidir. Anılan işçilerin, insana yakışır koşullarda çalışmaları, kıdem ve emeklerinin karşılığını alabilmeleri, yalnızca bireysel refahları açısından değil, toplumsal barışın sağlanabilmesi bakımından da hayati bir öneme sahip olduğu kuşkusuzdur.

Anahtar Kelimeler: Göçmen işçiler, düzensiz göçmenler, iş sözleşmesinin geçersizliği, yabancı hukukta göçmen işçiler

Abstract

Migrant workers are in a disadvantaged and vulnerable position compared to workers in the country of destination. When determining the legal status of migrant workers, ILO conventions, ECHR rulings, and UN regulations on migrant workers, as well as the legal framework of the Council of Europe and the European Union, should be taken into consideration. In Turkish law, the status of migrant workers must be examined in light of the fundamental rights provisions of our Constitution, within the scope of the Foreigners and International Protection Law No. 6458 and the International Labor Force Law No. 6735, and ultimately within the framework of the Labor Law No. 4857. In other words, the aforementioned workers must be brought under the protective umbrella of labor law in accordance with international norms, regardless of their

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 08.07.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Doç. Dr., Yargıtay 9. Hukuk Onursal Daire Başkanı, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Ankara/Türkiye, mkilicoglu@baskent.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-9050-0735>.

** Av., Ankara 1 Nolu Barosu, Ankara/Türkiye, E-posta: batuhaneskiindil@gmail.com, <https://orcid.org/0009-0004-2615-489X>.

regular or irregular status. The legal consequences of the distinction between regular and irregular migrant workers are shaped in the context of the validity of the employment contract and the prohibition of discrimination. It is crucial that migrant workers enjoy social and economic rights without discrimination. The fact that these workers can work under decent conditions, receive compensation for their seniority and labor, is not only vital for their individual well-being but also for the maintenance of social peace.

Key Words: Migrant workers, irregular migrants, invalidity of employment contracts, migrant workers in foreign law

GİRİŞ

Dünya genelinde bölgesel savaşlar, artan yoksulluk, sosyal eşitsizlik ve güvensizlik, işgücü piyasalarını derinden etkilemiştir. Bunun sonucu olarak, göçmen işçi sayısında büyük bir artış ortaya çıkmıştır. Bu süreçte, göçmen işçilerin göç ettikleri ülkelerde karşılaştıkları hukuki sorunlar git gide derinleşmeye başlamıştır. Anılan işçilerin içinde bulundukları zayıf ve kırılğan konumları, bu konun hassasiyetini gösterir.

Göçmen işçilerin hukuksal konumunu ulusal ve uluslararası hukuk normları çerçevesinde kapsamlı bir biçimde ele alınması uygun olacaktır. Bu bağlamda, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmeleri, Birleşmiş Milletler düzenlemeleri, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği normlarının, göçmen işçilere ilişkin düzenlemelerinin incelenmesi kaçınılmazdır. Türk hukukundaki normatif düzenlemeler, özellikle 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)¹ ile 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu (UİK)², göçmen işçilerin hukuki statülerini belirlemektedir. Bu nedenle, çalışmamızın rasyonel bir sonuca ulaşması için gerek yukarıda sözü edilen düzenlemelerin gerek iş hukuktaki normların karşılaştırılması gerekir.

Düzensiz göçmen işçilerin statüsüne dair hukuki belirsizlikler, iş sözleşmelerinin geçerliliğinden sosyal güvenlik haklarına kadar pek çok sorunu beraberinde getirmektedir. Göçmen işçilerin çalıştıkları ülkelerde maruz kaldıkları kötü çalışma koşulları, düşük ücret, sosyal güvenceden yoksunluk gibi sorunlar, sadece bireysel düzeyde değil, çalışma barışında da ciddi endişeler doğurmaktadır. Bu bağlamda, göçmen işçilerin hukuki konumları, iş hukukunun işçiyi koruyucu yapısıyla birlikte değerlendirilmelidir. Göçmen işçilerin, temel haklar yönüyle irdelenmesi de bu çalışma kapsamında ele alınması düşüncesindeyiz.

I. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Tarihsel Gelişimi

Yabancılarla sağlanan hakların kapsamı yıllar içerisinde ekonomik ve sosyal ihtiyaçlar doğrultusunda değişime uğramıştır. 1954 öncesinde yabancılar huku-

¹ Resmî Gazete Tarihi: 11.04.2013, Resmî Gazete Sayısı: 28615.

² Resmî Gazete Tarihi: 13.08.2016 Resmî Gazete Sayısı: 29800.

kuna yaklaşım, yalnızca devletlerin, uluslararası hukukunun öznesi olabileceği yönünde olmuştur³. Bu ilkedен hareketle, devletlerin kendi topraklarında bulunan yabancıların, sadece yaşam ve vücut dokunulmazlığını korumakla yükümlü oldukları kabul edilmiştir⁴. Yabancılar sağlanan bu asgari koruma standardı içerisinde, ekonomik haklara erişim bulunmamaktaydı⁵. Başka bir anlatımla, yabancılar sağlanan haklar, çalışma ve sosyal güvenlik hukuku, kapsam dışındaydı.

20. yüzyılın başından itibaren, İkinci Dünya Savaşı'nın sosyo-ekonomik yıkımlarını telafi etmek için özellikle, Avrupa ülkelerine, kendi vatandaşlarının ekonomik refah düzeyini yükseltmek için, daha fazla sorumluluk yüklenmiştir. Dolayısıyla yabancı iş gücüne olan ihtiyaçlar artmıştır⁶. Dolayısıyla, göçmen işçilerin hukuki konumu konusunda, Avrupa ülkeleri, kendi aralarındaki iki taraflı anlaşmalar sayesinde, ücret, işe alım ve sosyal güvenlik ile ilgili hukuki korumalar sađlanmışır⁷. Yabancıların çalışma ve sosyal güvenlik hakları konusundaki ikinci aşama da Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 29 Ekim 1919 tarihli, "2 No'lu İşsizlik Sözleşmesi"- sözleşmenin amacı, işsizliği önleme ve işsizliğin sonuçlarına çare bulmaktır- ile yabancı uyruklu işçilere eşit miktarda sigorta ödeneği almak hakkı tanınmasıdır⁸.

ILO'nun 5 Haziran 1925 tarihli, "19 No'lu Eşit Muamele Sözleşmesi"sine (Equality of Treatment (Accident Compensation) Convention) göre, sözleşmeye taraf ülkelerin, kendi ülkelerinde çalışan yabancı uyruklu işçilere ve anılan işçilerin bakmakla yükümlü oldukları kişilerin- ikamet şartı aranmaksızın- iş kazalarından kaynaklı tazminat hakları konusunda, kendi ülke vatandaşları ile eşit muameleye tabi tutulacakları kabul edilmiştir⁹ (m.1).

Göçmen işçilere yönelik ILO tarafından gerçekleştirilen bir diğer adımsa, göçmen işçilerin ücret, sendika üyeliği, iş sözleşmelerine ilişkin -sözleşmenin dili, feshi ve fesih bildiriminin yapılması için gerekli şartlar, seyahat masrafları, barınma, benzeri- hakların ele alındığı, "66 No'lu, İstihdam Amaçlı Göç Sözleş-

³ Bernard Ryan ve Virginia Mantouvalou "The Labour and Social Rights of Migrants in International Law" Oxford University Press, (2014) 180.

⁴ Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell ve Lung-chu Chen, "The Protection Of Aliens From Discrimination And World Public Order: Responsibility Of States Conjoined With Human Rights" American Journal of International Law, (1976) 70 450, 451.

⁵ McDougal, Lasswell ve Chen (n 4) 451.

⁶ Ryan ve Mantouvalou (n 3) 181.

⁷ Ryan ve Mantouvalou (n 3) 182.

⁸ ILO "2 No'lu İşsizlik Sözleşmesi", ILO Kabul Tarihi: 29 Ekim 1919, Kanun Tarih ve Sayısı: 16.02.1950 / 5543, Resmî Gazete Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 18.02.1950 / 7346, Türkiye'de Yürürlüğe Girdiği Tarih: 14 Temmuz 1950; madde 3: Tam metin için bkz, <https://www.ilo.org/tr/resource/2-nolu-issizlik-sozlesmesi>, E.T:03.05.2025.

⁹ ILO "19 No'lu Eşit Muamele Sözleşmesi" Kabul Tarihi: 5 Haziran 1925; İngilizce tam metin için bkz, https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=1000:12100:::12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312164,E.T:03.05.2025.

mesi” nin (Migration for Employment Convention) yürürlüğe konmasıdır¹⁰. ILO tarafından yürürlüğe konulan bu sözleşmeler, dönemine göre yenilikçi olsalar da müteakiliyet ilkesi çerçevesinde hazırlandıkları için, göçmen işçilerin korunmasında yeterli görülmemiştir¹¹.

İkinci Dünya Savaşından sonra uluslararası alanda, medeni ve siyasi hakları tanımlamak ve güvence altına almak amacıyla “*İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*” kabul edilmiştir¹². Buna göre, her kişinin, çalışma (m.23, m.24) ve sosyal hizmetlere dahil olma hakkı (m.25) olduğu ifade edilmiştir. Beyannamede hiçbir insanın, vatandaşlık, yabancılık, göçmenlik gibi bir statü ayırımına tabi tutulmayacağı belirtilmiştir¹³. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin itici gücüyle, yabancı işçilerin çalışma ve sosyal güvenlik haklarını düzenleyen birçok uluslararası sözleşme ve belge ortaya çıkmıştır. Söz konusu uluslararası sözleşmelere, belgelere ve mevzuata çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde yeri geldikçe ayrıntılı olarak değinilecektir.

B. Yabancılık Kavramı

YUKK’ta yabancılık kavramının tanımı yapılmıştır (m.3). Yabancılık kavramının bir diğer normatif dayanağı, 6735 sayılı Kanun olup, bu kanundaki yabancılık tanımı YUKK’taki tanımla benzer ifadeleri taşımaktadır. Devletler Hukukunda yabancılık kavramı vatandaşlık statüsü üzerinden açıklanmıştır¹⁴. Yabancı gerçek kişinin tespitinde kullanılan ölçüt, vatandaşın kim olduğunun belirlenmesidir¹⁵. Devletin hâkimiyetinde bulunan yabancılar, sadece gerçek değil tüzel kişilerde olabilir¹⁶. Yabancılık kavramının içi, vatandaşlık kavramı üzerinden doldurulmuştur¹⁷. Başka bir ifadeyle, yabancılık kavramı, kimin yabancı olduğu üzerinden değil, kimin olmadığı üzerinden tanımlanmıştır. Konumuz açısından yabancılık kavramı, çatı kavramdır. Yabancı gerçek kişiler, 6548 sayılı Kanunu’nda mülteci,

¹⁰ ILO “66 No’lu, İstihdam Amaçlı Göç Sözleşmesi; Uluslararası Çalışma Konferansı’nın 88. Oturumu’nda (2000) alınan karar uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır; https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=1000:12100:5049421055444::NO::P12100_SHOW_TEXT:Y; E.T: 03.05.2025.

¹¹ Ryan ve Mantouvalou (n 3) 182.

¹² 10 Aralık 1948 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından yayımlanmıştır. R.G Yayımlanma Tarihi ve Sayısı: 27.05.1949/ 7217

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Marius Olivier ve Avinash Govindjee, “Labour Rights And Social Protection Of Migrant Workers: In Search Of A Co-Ordinated Legal Response” Labour Law Research Network Inaugural Conference in Barcelona. (2013) 12.

¹⁴ Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan-İzmirli, *Türk Yabancılar Hukuku* (8.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2024) 5.

¹⁵ Aysel Çelikel ve Günseli Öztekin-Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (28.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024) 16.

¹⁶ Çelikel ve Öztekin-Gelgel (n 15) 16.

¹⁷ İştah Cengiz-Urhanoglu, “Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti” (2008) 4, Çalışma ve Toplum Dergisi 189; Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli (n 14) 7.

göçmen, şartlı mülteci, ikincil koruma, geçici koruma kavramları doğrultusunda statüsel bir koruma sağlanmıştır. Çalışmamızın çekirdeğini oluşturan statü göçmenliktir. Söz konusu kavramı açıklamaya başlamadan önce diğer kavramlara kısaca değinmekte yarar görmekteyiz.

Mülteci (Refugees), vatandaşı olduğu ülkede meydana gelen siyasi olaylar neticesinde, ülkesini iradi veya irade dışı terk eden; yeni bir devletin vatandaşlığında bulunmayan veya herhangi bir devletin diplomatik koruması altında olmayan kişi olarak tanımlanmaktadır¹⁸. Mülteci kavramının normatif dayanağı, YUKK m.61’de mevcuttur. Anılan kavramın temeli, Türkiye’nin de taraf olduğu 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşmedir¹⁹. Ancak Türkiye söz konusu sözleşmeye coğrafi sınırlama ile taraf olmuştur²⁰. Dolayısıyla Türk hukukuna göre, bir yabancının, kanunda aranan diğer şartların yanında, mülteci statüsü kazanabilmesi için Avrupa ülkesinden gelmesi gerekmektedir²¹.

Avrupa dışından gelenler için YUKK, şartlı mülteci statüsü düzenlenmiştir (YUKK m. 62). Şartlı mülteciler, Türkiye’ye geldikleri coğrafyanın farklı olmasından kaynaklı olarak, mülteci statüsündekilere göre daha dezavantajlı konumdadırlar²². İkincil koruma statüsü, Kanunun 63’ncü maddesinde düzenlenmiştir. İkincil korumanın mülteci ve şartlı mülteciden farkı, “*haklı nedene dayanan zulüm korkusu*” ölçütünün ikincil koruma statüsü açısından aranmamasıdır²³. Belirtilen statüde aranan şartlar, mülteci ve şartlı mülteci statüsünde aranan şartlara göre, esnek olmayıp, Kanunda sayılan haller ile sınırlı olmasıdır²⁴. Geçici koruma statüsü, kitlesel akın hallerinde belirli bir süreyle ve acil olarak koruma sağlar²⁵ (YUKK m.91/f.1). Aranan kriterler, kitlesel olması-bireysel olanlar değerlendirmeye alınmaz- acil ve süreli olmalarıdır. İç karışıklıklar nedeniyle kitlesel olarak sınırımıza gelen ve Türkiye’ye sığınan Suriyelilere verilen bir koruma statüsüdür²⁶.

¹⁸ Çelikel ve Öztek-Gelgel (n 15) 19.

¹⁹ Ayselin Yıldız ve Ayça İzmirlioğlu, “Türkiye’de Yaşayan Uluslararası Koruma ve Geçici Koruma Statüsündeki Yabancıların Çalışma İzni, İş Sözleşmeleri, Diploma Denklik ve Meslek İcrasına İlişkin Durumlarının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi” (2022) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 71 (1) 29.

²⁰ Yıldız ve İzmirlioğlu (n 19) 29.

²¹ Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli (n 14) 11; Cansu Yener Keskin, “Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü ile Çalışma Hakkı Bağlamında Şartlı Mülteciler” (2019) 25 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 403.

²² Keskin (n 21) 403.

²³ Neva Övünç Öztürk, “1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi” (2016) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 65 (2) 437.

²⁴ Öztürk (n 23), 437,438.

²⁵ Çelikel ve Öztek-Gelgel (n 15) 26.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız ve İzmirlioğlu (n 19) 29-31.

C. Göçmen Kavramı ve Terminoloji Sorunu

İkinci Dünya Savaşından sonra ekonomik ilişkilerin genişlemesi, Avrupa'nın yeniden inşası ve ülkelerin birbirine daha bağımlı hale gelmesi ve devletlerin güvenlikten ziyade ekonomi ve ticareti ön planda tutması nedeniyle göç hareketliliği artmıştır²⁷. Ardından 21.yüzyılda küreselleşmenin, iş ve ekonomik fırsatları sağlamadaki başarısızlığından dolayı göçmen sayısı hızla artmıştır²⁸. Göç hareketleri ekonomik ve siyasi karmaşaya paralel olarak yükselmiştir. Ekonomik, güvenlik, siyasi nedenler ile bağlı oldukları ülkeyi terk eden ve başka ülkeye yerleşme amacıyla hareket edenlere göçmen denilmektedir²⁹. Bir başka tanım ise doğdukları yerden başka bir yerde yaşayan ve yaşadıkları ülkenin vatandaşlığına sahip olmayan kişileridir³⁰.

ILO'ya göre göçmen, “*belirli bir ülkenin oturanları olup olağan ikamet ülkelerini değiştirmiş olan tüm kişilerdir.*”³¹. Ancak ikamet, yasal olması zorunlu değildir. Avrupa Birliği (AB)'nin kabul ettiği Birleşmiş Milletler bünyesine faaliyet gösteren Uluslararası Göç Örgütü'ne (IMO) göre göçmen, “*bir kişinin veya bir grubun uluslararası sınırlarda-dış göç-veya bir devlet içerisinde-iç göç-hareket etmesi, uzunluğu, bileşimi ve nedenleri ne olursa olsun, her türlü insan hareketini kapsamasıdır.*”³². Görüleceği üzere göçmen kavramının sınırları oldukça genişletilmiştir. Konumuz bağlamında göç kavramı, dış göç-uluslararası göç- olarak ele alınmıştır.

YUKK'da ise göçmenin değil, göç kavramının tanımına yer verilmiştir (YUKK m.3/1). Göçmenin tanımı ve ölçütleri 5543 sayılı İskân Kanunu'nda³³ düzenlenmiştir. Türkiye'nin göçe ilişkin temel ilkeleri düzenleyen bu Kanuna göre, göçmen statüsü, Türk soyundan ve kültüründen gelenlerle sınırlandırılmıştır³⁴. İlgili Kanunda göçmen kavramı açıklandıktan sonra, serbest göçmen, iskanlı göçmen, münferit göçmen ve toplu göçmen kavramlarına yer verilmiştir³⁵.

²⁷ Gülay Toksöz, Seyhan Erdoğan ve Selmin Kaşka “Irregular Labour Migration In Turkey And Situation Of Migrant Workers In The Labour Market” (2012) Report, 11.

²⁸ Olivier ve Govindjee (n 13) 3.

²⁹ Çelikel ve Öztekin-Gelgel (n 15) 27.

³⁰ Clare Fox-Ruhs ve Martin Ruhs “The Fundamental Rights of Irregular Migrant Workers in the EU: Understanding And Reducing Protection Gaps” (2022) European Parliament 11.

³¹ ILO “Göçmen İşçiler, Mülteciler ve Ailelerini Sosyal Koruma Kapsamına Almak: Politika Belirleyiciler ve Uygulayıcılar İçin Rehber.” (2021) Cenevre: ILO 15 (org/tr/publications/gocmen-isciler-multeciler-ve-ailelerini-sosyal-koruma-kapsamina-almak) E.T:03.06.2025.

³² https://home-affairs.ec.europa.eu/networks/european-migration-network-emn/emn-asylum-and-migration-glossary/glossary/migration_en E.T:04.05.2025.

³³ Resmî Gazete Tarihi: 19.06.2006, Resmî Gazete Sayısı: 26301.

³⁴ Toksöz, Erdoğan ve Kaşka (n 27) 17; Çelikel ve Öztekin-Gelgel (n 15) 27-29.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli (n 14) 12-16.

Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli göçün, esas itibarıyla bir iç hukuk müessesesi olduğunu ifade etmişlerdir³⁶. Çelikel ve Öztekin-Gelgel ise göçmen kabulünün her ülkenin iç düzenlemelerine ve kendi politik tasavvuruna bağlı olduğunu belirtmişlerdir³⁷. Görüldüğü üzere, Türk hukukundaki göçmen tanımı ile uluslararası sözleşmelerdeki ve AB hukukundaki göçmen tanımı birbiriyle uyumlu değildir. Ayrıca, Türk mevzuatı içerisindeki göç kavramı-YUKK m.3/1- ile göçmen- İskân Kan. m.3/d- arasında da bir *uyumun* varlığından söz etmek de oldukça zordur. Türk iç düzenlemelerinde göç kavramına ilişkin kişi bakımından bir sınırlama mevcut değildir. Bu da göç hukuku açısından bir terminolojik sorun yaratmaktadır³⁸. Çalışmamızın devamında bahsedeceğimiz, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde, "göçmen işçi" kavramı kullanılmaktadır. Ancak çalışmamızda, uluslararası düzenlemeler ile aynı terminolojik düzlemde kalmak adına diğer ülkelerden gelen işçilere, yabancı işçi değil, göçmen işçi terimini kullanmayı düşünmekteyiz. Yabancılaşma unsuru taşıyan iş sözleşmeleri Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun³⁹ (MÖHUK) ile düzenlenmiştir. Dolayısıyla incelememiz dışında kalmaktadır.

D. İşçi ve İş Sözleşmesi Kavramları

4857 sayılı İş Kanunu m.2'de, işçi kavramına yer verilmiştir. Maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere bir kimsenin işçi sayılabilmesi için kişinin çalışmasının iş sözleşmesinden kaynaklanması gerekir⁴⁰. Herkes cinsiyeti, yaşı, meslek türü ve milliyeti ne olursa olsun işçi olarak iş sözleşmesinin tarafı olabilir⁴¹. Başka bir ifadeyle, iş sözleşmesi ile çalışan herkes, statüsüne bakılmaksızın işçi sıfatına sahiptir⁴².

Öğretideki bir görüşe göre, işçi sıfatının kazanılması, anılan Kanunun emredici hükümlerine göre sınırlanabilirse de yorum yoluyla genişletilemez⁴³. Öğretime başka bir görüşe göre, işçi kavramının tespitinde, iş sözleşmesinin geçersiz

³⁶ Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli (n 14) 12.

³⁷ Çelikel ve Öztekin-Gelgel (n 15) 27.

³⁸ Göç hukuku, kişilerin bir ülkeye kabulü, ülkede ikamet etmesi ve ülkeden ayrılmasının düzenlenmesiyle ilgilidir; Bkz. Olivier ve Govindjee (n 13) 4.

³⁹ Resmi Gazete Tarihi: 11.04.2013, Resmi Gazete Sayısı: 28615.

⁴⁰ Ömer Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan, *İş Hukuku* (20.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020) 27; Sarper Süzek ve Süleyman Başterzi, *İş Hukuku* (24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024) 143; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, (36. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023) 88; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal *İş Hukuku*, (7.Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2022) 167,168.

⁴¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 40) 168.

⁴² Süzek ve Başterzi (n 40) 144; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı* (6. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2022) 33; Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 40) 27; Aydın Başbuğ, *İş ve Hukuk* (3.Baskı Binyıl Yayınevi, 2013) 75.

⁴³ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 40) 169.



olduğu durumlarda, iş sözleşmesine dayanılarak çalışma koşulunun aranması, bu kişilerin işçi sayılamayacağı tehlikesini doğuracağı ifade edilmiştir⁴⁴. Dolayısıyla amaca uygun yorumla, iş sözleşmesinin iş ilişkisi olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir⁴⁵. Bir görüşe göre de iş ilişkisinin iş sözleşmesine göre, daha geniş bir anlam ifade etmektedir⁴⁶. İş ilişkisi, iş sözleşmesini de kapsayan bir ilişki olup, işçinin işverenin bilgisi dahilinde, iş yerine katılması ve orada çalışması olgusudur⁴⁷. Göçmen işçilerin çoğunun çalışma izinlerinin veya iş sözleşmeleri olmadan çalıştığı düşünüldüğünde, Kanundaki (İş K. m.2) iş sözleşmesi kavramının daha geniş bir biçimde, iş ilişkisi olarak yorumlanması, kanaatimizce kırılğan yapıdaki göçmen işçileri korumak adına, isabetli bir yaklaşımdır.

4857 sayılı İş Kanunu m. 8’de “iş sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu⁴⁸ (TBK) m.393/f.1’de “hizmet akdi” kavramları kullanılmıştır. Türk hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak iş sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi kavramları arasında, hukuki açıdan herhangi bir ayırım bulunmamaktadır⁴⁹. İş sözleşmesinin unsurları, iş görme, bağımlılık ve ücrettir⁵⁰. İş sözleşmesi, fiili bir ilişkiyi belirtmektedir⁵¹. Özellikle bağımlılık unsuru sayesinde işçi, İş Kanunu kapsamına alınmakta ve koruyucu hükümlerden yararlanmaktadır⁵². Ancak esnek çalışma türlerinin yaygınlaşması, iş sözleşmelerindeki bağımlılık unsurunu zayıflatmaktadır. Bağımlılıktan anlaşılması gereken ise hukuki bağımlılıktır⁵³.

E. Göçmen İşçi Kavramı

Uluslararası İşgücü Kanun’unda yabancı işçinin tanımı bulunmamaktadır. Türkiye’nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 18 Aralık 1990 tarih ve 45/158 sayılı Kararıyla kabul ettiği, *Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşmesi’ne* (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Mem-

⁴⁴ Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukuku Esasları*, (10. Baskı Beta Yayınları, İstanbul, 2022) 50.

⁴⁵ Tunçomağ ve Centel (n 44) 50.

⁴⁶ Mustafa Kılıçoğlu ve İlayda Kılıçoğlu-Ada, *İş Kanunu Yorumu*, (6. Baskı, Platon Yayıncılık, Ankara, 2024) 27; Tunçomağ ve Centel (n 44) 50.

⁴⁷ Tunçomağ ve Centel (n 44) 50.

⁴⁸ Resmî Gazete Tarihi: 04.02.2011, Resmî Gazete Sayısı: 27836.

⁴⁹ Tunçomağ ve Centel (n 44) 69.

⁵⁰ Süzek ve Başterzi (n 40) 237-239; Kılıçoğlu ve Kılıçoğlu-Ada (n 46) 140; Tunçomağ ve Centel (n 44) 71-74; Taşkent, Ulucan ve Baskan, (n 40) 62-64; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 42) 80-86; Başbuğ (n 42) 122.

⁵¹ Çelik, Caniklioğlu, Canpolat ve Özkaraca (n 40) 173; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 40) 328.

⁵² Kılıçoğlu ve Kılıçoğlu-Ada (n 46) 141.

⁵³ Süzek ve Başterzi (n 40) 240; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (13. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2023, Ankara) 128; Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 40) 64; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 42) 83.



bers of Their Families) (ICRMW)” göre, göçmen işçi kavramı, vatandaşlık bağı ile bağlı olmadığı bir Devlette, ücret ödenen bir faaliyette çalışan, çalıştırılacak veya çalıştırılmış olan kişiyi ifade eder. Sözleşmede sadece göçmen işçi kavramı değil, aynı zamanda, sınır işçisi, mevsimlik işçi, gezici işçi gibi kavramlardan da söz edilmiştir. ILO’ya göre, mevsimlik ve gezici işçilere döngüsel göçmen işçi denilmektedir⁵⁴. Başka bir anlatımla, göçmen işçiler, ev sahibi ülkenin işgücü piyasasında istihdam edilen veya iş arayan göçmenlerdir⁵⁵. ILO rehberine göre göçmen işçi, kendi hesabına olmayan şekilde istihdam edilmek amacıyla bir ülkeden diğerine göç eden veya göç etmiş kişidir. Düzenli biçimde göçmen işçi olarak ülkeye kabul edilen tüm kişiler bu kapsamda kabul edilir. Metnin devamında, ICRMW’ye atıfta bulunulmuştur⁵⁶. ILO’nun bu tanımlamasına göre bir kişinin göçmen işçi olabilmesi için kişinin, düzenli göçmen olması gerekmektedir. Ancak ICRMW’ye göre, göçmen işçinin düzenli veya düzensiz olması korumadan yararlanmayacağı anlamına gelmemektedir.

Göçmen işçiler bakımından önemli bir ayrım düzenli ve düzensiz olup olmamalarıdır. ICRMW m.5/a’da düzenli göçmen kavramı açıklanmıştır. Buna göre, göçmen işçiler, istihdam sağlayan devletin mevzuatına uygun olarak ülkeye giren, o ülkede ikamet edip çalışanlardır. ILO rehberindeki düzenlemeye paralel bir düzenleme olan, YUKK’de göç kavramı tanımlanırken, göçü düzenli ve düzensiz olarak ayrıma tabi tutulmuştur (YUKK m.3/1). Madde metninde, düzenli göç ifade edilirken, Türkiye’de yasalara uygun olarak giren, kalan ve çıkan yabancılar olarak belirtilmiştir. İşçilik açısından düzenli göçmen işçi, işgücü piyasasına çalışma izni ile girmiş ve çalışma izni kapsamında belirtilen işlerde çalışanlardır⁵⁷.

Düzensiz göçmenler, göç ettikleri ülkenin göç ve istihdam yasaları dışında istihdam edilen veya ülkede kalanlar olarak değerlendirilmektedir⁵⁸. YUKK m.3/1’nin devamında düzensiz göç, Türkiye’de kalış, çıkış ve izinsiz çalışma olarak ifade edilmektedir. Düzensiz göçmen işçiler, temel insan hakları ve çalışma hakları ihlaline karşı savunmasız ve sömürüye açık durumdadırlar. Anılan işçiler, sosyal güvenlik kapsamı dışında bırakılmak, düşük ücret veya ücretsiz çalışma, yüksek çalışma saatleri gibi sorunlar ile karşı karşıyadırlar⁵⁹. Sözü edilen işçile-

⁵⁴ ILO, Rehberi (n 31) 14; “Döngüsel göçmenler: Döngüsel göçmenler, özellikle çalışma veya eğitim amacıyla menşe ve varış ülkeleri arasında düzenli olarak hareket eden geçici göçmen alt kategorisidir. Terim, aynı zamanda kentsel-kırsal göçte yer alan mevsimlik göçmen işçileri ve tarım işçilerini kapsamaktadır.”

⁵⁵ Fox-Ruhs ve Ruhs (n 30) 11.

⁵⁶ ILO, Rehberi (n 31) 15.

⁵⁷ Orhan Ersun Civan ve Arzu Gökalp, “Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmen İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği” (2011) Çalışma ve Toplum, 1 (28) 236, yazarlar kaçak işçi terimini kullanmışlardır;

⁵⁸ Fox-Ruhs ve Ruhs (n 30) 12.

⁵⁹ Toksöz, Erdoğan ve Kaşka (n 27) 12.



rin, belirlenmesinde esas ölçüt çalışma izinlerinin olup olmadığıdır⁶⁰. Türkiye’de çalışma izni olmaksızın yabancıların çalıştırılması yasaktır. Çalışma izni olmadan çalışanlar, Türkiye’ye hukuka uygun şekilde giriş yapmadan çalışanlar, yasal olarak ikamet etmeden çalışanlar ile yasaklı iş ve meslek kollarında çalışanların hepsi düzensiz göçmen işçi sayılmaktadır⁶¹. Düzensiz göçmen işçiler için kullanılan başka bir terim, yasadışı göçmen işçidir. Ancak bu terimin kullanılması insan hakları sözleşmesinin lafzına olmasa da ruhuna aykırıdır⁶². Burada unutulmaması gereken husus, düzenli ve düzensiz göçmen işçi kavramlarının dinamik kavramlar olduğu ve işçilerin zaman içerisinde devamlı olarak statüsel açıdan, bir diğ erinden bir diğ erine geçebileceğ i olgusudur⁶³.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA GÖÇMEN İŞÇİLER

A. Uluslararası Belgelerde ve Uluslararası Sözleşmelerde

1. Genel Olarak

Madalyonun bir yüzünde, gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkelerin vatan-daşları, derinleş en yoksulluk, artan işsizlik, ekonomik güvensizlikten kaynaklı, problemlerden dolayı göç etmesi bulunmaktadır⁶⁴. Madalyonun öteki yüzünde ise göç alan gelişmiş ülkelerin, düşük ücretli ve en az nitelikli işlerde çalışacak kişilere duyulan ihtiyaçtır. Göçmen işçilerin çalıştırılması özellikle yasal korumadan yoksun oldukları durumlarda, emeğ i sömürülmekte, işverenler için rekabeti sürdürmek adına bir araç haline gelmektedir. Bu nedenledir ki göçmen işçilere, insan onuruna ve insana yakışır çalışma koşullarının sağlanması gerekir⁶⁵. Buna bağli olarak da göçmen işçilerin, eşit olarak asgari ortak haklar ekseninde bulunması gerekir⁶⁶.

1945 sonrasında karşılıklı ilkesi, temel hakların korunması açısından aranan bir şart olmaktan çıkarılmıştır. Ardından, göçmen işçilerin hakları kademeli olarak ikamet edilen ülkenin vatandaşları ile eşitlenmeye çalışılmıştır⁶⁷. Söz konusu uluslararası belgeler, göçmen işçilere yönelik olarak Türk iç hukukunda bir referans noktası oluşturulması açısından önem taşımaktadır. Konunun başka bir noktası

⁶⁰ Gülce Gümüşlü-Tunçağlı, “Türk Yabancılar Hukuku Kapsamında “Yabancı Kaçak İşçi” Kavramı” (2021) MHFD (1) 96.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüşlü-Tunçağlı (n 44) 98-105.

⁶² Patrick A. Taran ve Eduardo Geronimi, *Globalization, Labour and Migration: Protection is Paramount* (International Labour Office, Cenevre, 2002) 9.

⁶³ Fox-Ruhs ve Ruhs (n 30) 13.

⁶⁴ Taran ve Geronimi (n 62) 2.

⁶⁵ Taran ve Geronimi (n 62) 5,6.

⁶⁶ Patrick McGovern, Eiko Thielemann ve Omar Hammoud-Gallego “The Return Of The State: How European Governments Regulate Labour Market Competition From Migrant Workers” (2025) *Comparative Migration Studies*, 13 (1) 2.

⁶⁷ Ryan ve Mantouvalou (n 3) 201.

da devletlerin göçmen işçi olgusuna yaklaşımındaki çelişkilerdir. Devletlerin düzensiz göçle ilgili tüm söylemlerine rağmen, ekonomik sebepler nedeniyle düzensiz göçe karşı gerekli koruma sağlanamamaktadır. Bir yandan düzensiz göç arzı devam ederken, bunun yanında da göçmen işçiler insan onuruna yakışır çalışma haklarını elde edememektedirler⁶⁸. Dolayısıyla devletlerin iç hukuklarında, göçmen işçilerin haklarını korumaya dair isteksiz tutumları bulunmaktadır.

2. ILO Sözleşmeleri

İşçileri koruyan temel düzenlemelerden biri olan ILO’nun, 1998 yılında kabul ettiği-2022’de değişikliğe uğramıştır- “*Çalışma Hayatında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesidir*”⁶⁹ (Fundamental Principles and Rights at Work)-Bu bildirgede herhangi bir statü ayrımı yapılmadığı göz önüne alındığında, bildirim içeriğinde belirtilen haklardan, göçmen işçilerin de yararlanabileceği kabul edilmelidir.

Göçmen işçilerin çalıştırılması konusunu düzenleyen, 97 sayılı ILO Sözleşmesi “*İstihdam İçin Göç Sözleşmesi*” (Migration for Employment Convention)⁷⁰’dır. Sözleşmede hem işe alım hem çalışma koşullarına ilişkin kurallar bulunmaktadır. Sözleşmenin 6.maddesine göre, sağlanan koruma, sadece “*yasal*” düzenli göçmenler ile sınırlıdır. Maddenin devamında, ücret, çalışma saatleri, tatiller, sendika üyeliği, sosyal güvenlik, konaklama ve adalet erişim konularında, ülkelerin kendi vatandaşları ile aynı korumanın sağlanması gerektiği ifade edilmiştir (m.6).

Göçmen işçileri koruyan uluslararası sözleşmelerin başında ILO’nun 143 sayılı Sözleşmesi gelmektedir⁷¹. Bir görüşe göre, 143 sayılı Sözleşme, düzensiz göçmenlerin temel haklarını koruyan ilk sözleşmedir⁷². Ancak Sözleşme’nin 11.maddesindeki göçmen işçi tanımından hareketle, düzensiz göçmenlerin, göçmen işçi tanımı dışında tutulduğu ifade edilmiştir⁷³. Sözleşmenin temel amacı, devletleri, göçmen işçilerin temel insan haklarına saygı göstermesini istemesidir (m.1).

Sözleşmenin önsözündeki, *herhangi bir yerdeki yoksulluğun her yerdeki refah için bir tehlike oluşturur* ilkesinden hareketle, amacını, göç hareketlerini düzenlemek, düzensiz göçmen çalıştırılmasını engellemek olarak belirtebiliriz (m.2). Anılan Sözleşmeye göre, göçmen işçilerin düzenli hale getirilmemesi halinde, ücret, sosyal güvenlik ve diğer haklar konusunda geçmiş çalışma bakımından,

⁶⁸ Taran ve Geronimi (n 62) 6.

⁶⁹ <https://www.ilo.org/projects-and-partnerships/projects/fundamental-principles-and-rights-work>, E.T: 11.06.2025.

⁷⁰ ILO 97 No’lu “İstihdam İçin Göç Sözleşmesi”, Kabul Tarihi: 01.07.1949, Yürürlüğe Giriş: 22.01.1952, https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=normlexpub:12100:0::no:12100:p12100_instrument_id:312242:no E.T: 12.06.2025.

⁷¹ ILO 143 No’lu, “Göçmen İşçiler (Ek Hükümler) Sözleşmesi”, Kabul Tarihi: 24.06.1975, Yürürlüğe Giriş: 09 Aralık 1978, https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312288:NO E.T:11.06.2025.

⁷² Fox-Ruhs ve Ruhs (n 30) 24.

⁷³ Civan ve Gökalp (n 57) 237.



eşit muameleye tabi tutulması gerekir (m.9). Sözleşmenin bir diğer hedefi düzensiz olarak çalıştırılan göçmen işçi haklarının, asgari koruma altına alınma yükümlülüğüdür⁷⁴. İki sözleşmenin ortak özelliği, göçmen işçilere sağlanan koruma konusunda karşılıklılık şartının aranmamasıdır. Ayrıca söz konusu sözleşmeler, göçmen işçilerin sosyal-ekonomik haklarının tanınması ve korunması konusunda BM sözleşmesine öncü olmasıdır⁷⁵.

Göçmen işçilerin, bulundukları ülkelerin sosyal güvenlik hizmetlerinden yararlanamamaları onları daha fazla yoksulluğa itmektedir⁷⁶. Dolayısıyla ILO tarafından göçmenlerin sosyal güvenlik haklarının korunması amacıyla, 118 sayılı “*Muamele Eşitliği (Sosyal Güvenlik) Sözleşmesi*” (Equality of Treatment Social Security) düzenlenmiştir⁷⁷. Anılan Sözleşme, sağlık yardımları, hastalık ödenekleri, analık yardımları, malullük yardımları, yaşlılık yardımları, ölüm yardımları, iş kazaları ve meslek hastalıkları yardımları, işsizlik yardımları ve aile yardımı alanlarını kapsamaktadır (m.2). Sözleşmenin 10.maddesinde, sözleşme hükümlerinin karşılıklılık şartı aranmadan, vatansızların ve mültecilerin yararlanabileceği ifade edilmiştir. Göçmen işçilerin sosyal güvenlik haklarını düzenleyen bir diğer ILO sözleşmesi, 157 sayılı, “*Sosyal Güvenlik Haklarının Korunması Sözleşmesi*” (Maintenance of Social Security Rights Convention) ne göre, göçmen işçiler, sosyal güvenlik haklarının korunması bakımından karşılıklılık ilkesi bağlamında, bulundukları ülkenin vatandaşları ile eşit muameleye tabi tutulacaklardır⁷⁸.

ILO’nun göçmen işçilere ait yukarıda incelenen sözleşmelerine ek olarak, 151 sayılı Tavsiye kararından da bahsetmek gerekir⁷⁹. Tavsiye kararında ülkelerin, göç olgusunu, uzun vadeli sonuçları ile ele alınması gerektiği ifade edilmiştir. Tavsiye kararının “*III. İstihdam ve İkamet*” başlıklı bölümde yer alan, m.32,33,34 birlikte değerlendirildiğinde, sözleşmenin feshinde, göçmen işçilerin -düzenli veya düzensiz olması fark etmeksizin- kıdem tazminatı dahil, yıllık izin ücreti ve her türlü ücreti almaya hak kazanacakları belirtilmiştir⁸⁰. Burada önemli olan husus, göçmen işçilerin düzenli veya düzensiz olması değil, emeğinin karşılığını, aynı koşulda çalışan ülke işçileri ile eşitlik ilkesine (İş K. m.5) uygun olarak almasıdır.

⁷⁴ Taran ve Geronimi (n 62) 13.

⁷⁵ Taran ve Geronimi (n 62) 15.

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Linus Hermansson, Anna Lundberg, Sabine Gruber, Andrew Jolly, Jacob Lind, Erica Righard ve Hanna Scott, “Firewalls: A Necessary Tool To Enable Social Rights For Undocumented Migrants In Social Work” (2022) International Social Work 65(4) 669.

⁷⁷ ILO 118 No’lu “*Muamele Eşitliği (Sosyal Güvenlik) Sözleşmesi*” ILO Kabul Tarihi: 28 Haziran 1962, Türkiye’de Yürürlüğe Girdiği Tarih: 25 Haziran 1974, <https://www.ilo.org/tr/resource/118-nolu-muamele-esitligi-sosyal-guvenlik-sozlesmesi> E.T:17.06.2025.

⁷⁸ ILO 157 sayılı, “*Sosyal Güvenlik Haklarının Korunması Sözleşmesi*”, (1982), Kabul Tarihi: 21 Haziran 1982; Ryan ve Mantouvalou (n 3) 183.

⁷⁹ ILO 151 sayılı Tavsiye Kararı, “*Migrant Workers Recommendation*”, (1975); Kabul Tarihi: 24.06.1975 https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=NORMLEXPUB%3A12100%3A0%3A%3ANO%3A12100%3AP12100_INSTRUMENT_ID%3A312489%3ANO, E.T: 17.06.2025.

⁸⁰ Taran ve Geronimi (n 62) 11.

3. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

ILO'nun 97 ve 143 sayılı Sözleşmeleri sayesinde BM, göçmen işçilerin haklarını korumak için “*Tüm Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*”yi (ICMW) yürürlüğe koymuştur⁸¹. Göçmen işçiler arasında herhangi bir ayırım-düzenli veya düzensiz göçmen-yapılmamıştır (m.1). Buna bağlı olarak Sözleşmenin göçmen işçi tanımı oldukça geniştir⁸². Sözleşmede her şeyden önce, göçmen işçilerin insan olmalarından kaynaklı, temel hak ve özgürlükleri güvence altına alma amaçlanmıştır. Keza Sözleşmede, sözü edilen göçmen işçilerin kapsamı geniş tutularak, işverenler tarafından sömürülmesinin önüne geçilmek istenmiştir⁸³. Özellikle düzensiz göçmen statüsünü güvence altına almak amacıyla, Sözleşmede devletlerin düzensiz göçmenleri, Sözleşmenin kapsamından çıkaracak çekinceler koyulmasına açıkça izin verilmemiştir (m. 88).

Sözleşmede göçmen işçilerin, siyasi ve medeni haklarından ziyade, sosyal ve ekonomik hakları güvence altına alınmıştır. ICMW, sadece işgücünü korumak için değil, sağlık ve eğitim gibi konuları da içine alan geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır⁸⁴. Anılan Sözleşmenin içeriğine bakıldığı zaman, düzenlenen çoğu hakların, daha önceki uluslararası belgelerde de mevcut olduğu görülür. Ancak ICMW’de, temel haklar, göçmen işçiler açısından detaylandırılmıştır. Sözleşmede göçmen işçilere özgü bir dizi yeni haklarda-göç süreci, geri gönderme, gözaltı, sınır dışı gibi- düzenlenmiştir⁸⁵. Türkiye de ICMW’i onaylayan ülkelerden birisidir. Sözleşmenin göçmen, göçmen işçi tanımları ve göçmen işçilere tanımı haklar, iç hukukumuz açısından bağlayıcıdır⁸⁶. Dolayısıyla Türk hukukunda göçmen işçilerden bahsederken, sadece düzenli-yasal- göçmenlerden değil, düzensiz-kaçak, yasa dışı-işçilerinde anlaşılması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, Türk hukukunda, göçmen işçiler için esas alınması gereken ölçüt, ICMW’de yer almaktadır.

4. Avrupa Düzenlemeleri

Yabancılar ve göçmen işçilere sağlanan haklarda, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği’nin düzenlemeleri önem arz etmektedir. Bunlardan biri, Türkiye’nin de taraf olduğu 1977 tarihli, “*Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi*” (European Convention on the Legal Status of Migrant Workers)’dir⁸⁷.

⁸¹ Sözleşmenin Kabul Tarihi ve Sayısı: 18 Aralık 1990, 45/158 sayılı kararı, Türkiye Sözleşme’yi 13 Ocak 1999 tarihinde imzalamıştır. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020100953bm_50.pdf, E.T:17.06.2025.

⁸² Civan ve Gökalp (n 57) 238.

⁸³ Civan ve Gökalp (n 57) 239.

⁸⁴ Antoine Pécoud, “The Politics of the UN Convention on Migrant Workers’ Rights” (2017), Groningen Journal of International Law, 5 (1) 62.

⁸⁵ Pécoud (n 84) 60, 61.

⁸⁶ Civan ve Gökalp (n 57) 246.

⁸⁷ Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi, Kabul Tarihi: 25 Aralık 1979/ No. 2257, Resmî Gazete ile Yayımlı Tarihi: 06 Aralık 1980, Sayı: 1686. <https://www.anayasa.gov>.



Sözleşmeye göre, eşit işlem kapsamında, göçmen işçilerin ve ailelerinin barınma, eğitim konusunda, çalıştıkları ülkenin vatandaşları ile eşit haklara sahiptirler (m.13, m.14). Ayrıca Sözleşmede, göçmen işçiler kanun, idari işlem, toplu sözleşme veya vatandaş olan işçilerle eşit çalışma koşullarına sahip olmaları gerektiği vurgulanmıştır. Burada dikkat edilecek husus, söz konusu Sözleşmenin, sadece düzenli konumdaki göçmen işçileri kapsamasıdır⁸⁸. Ancak Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararları ile düzensiz göçmen işçiler de bu Sözleşmede belirtilen statünün kapsamına dahil edilmiştir. 2006 yılında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, üyelerini, düzensiz göçmenlerin, asgari haklarını korumaya davet etmiştir⁸⁹.

AB tarafından, göçmen işçilerin çalışma ve sosyal haklarının düzenlenmesi konusunda çeşitli adımlar atılmıştır. İlk olarak AB Üyesi ülkelerin vatandaşlarının ve ailelerinin AB sınırlarında serbestçe dolaşması amacıyla, Avrupa Parlamentosu tarafından 2004 yılında 2004/38/EC sayılı Direktifi yürürlüğe girmiştir⁹⁰. 30 Nisan 2006'da söz konusu Direktif değişmiş ve Birlik vatandaşlarına ve ailelerine serbest dolaşım hakkı bağlamında, ekonomik- bağlı çalışma ve serbest çalışmahaklar tanınmıştır⁹¹. AB Temel Haklar Bildirgesi'nin meslek seçme ve çalışma özgürlüğünü ele alan 15.maddesinde “herkes”, “her çalışan” sözcük seçimleri ile hem düzenli hem düzensiz göçmen işçi statülerini kapsadığı söylenebilir⁹². Zira Bildirgenin, ayrımcılığı kesin olarak yasaklaması dikkate alındığında, farklı durum ve statülerdeki tüm işçilere yönelik olduğu çıkarımı haksız sayılamaz⁹³.

Göçmenlerin çalışma haklarını düzenleyen diğer direktifler ise 2014/36/EU, “Mevsimlik İşçiler Direktifi”⁹⁴ ile 2011/95/EU “Vasıf Direktifi”⁹⁵’dir. 2014/36 sayılı Direktifte, mevsimlik işçilerin insana yakışır çalışma ve yaşam koşullarının sağlanmasına katkıda bulunmak amaçlanmıştır. Anılan işçilere, kabul ve ikamet için adil ve şeffaf kurallar belirlenerek, mevsimlik işçilerin haklarına ilişkin güvenceler öngörmektedir (m.7). AB üyesi ülkeler dışından gelen işçilerin hassas konumu göz önüne alınarak, üye devletlerin, mevsimlik işçilere, ücret ve toplu iş sözleşmeleri bakımından, AB vatandaşlarından farklı işlemlere tabii tutulmaması gerektiği vurgulanmıştır⁹⁶. Bir görüşe göre, söz konusu düzenlemeler, düzensiz göçmen işçilerin iş hukukunun tam korumasından yararlanma hakkını

tr/media/3680/avrupasosyalsarti.pdf E.T: 18.05.2025.

⁸⁸ Ryan ve Mantouvalou (n 3) 19.

⁸⁹ Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi, Tavsiye Kararı No R (2000) aktarım, Ryan ve Mantouvalou (n 3) 20.

⁹⁰ <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2004/38/oj/eng> E.T:19.05.2025.

⁹¹ Jeff Kener, *International Labor and Employment Laws, EU* (Ed. William L. Keller ve Timothy J. Darby, Third Edition Volume IA, Chicago, 2009) 1-265.

⁹² https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf, E.T: 19.05.2025.

⁹³ Fox-Ruhs ve Ruhs (n 30) 18.

⁹⁴ <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/36/oj/eng> E.T: 19.05.2025.

⁹⁵ <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2011/95/oj/eng> E.T:19.05.2025.

⁹⁶ Fox-Ruhs ve Ruhs (n 30) 20.

vermede yeterli olmasa da uluslararası düzeydeki standartlar ile uyumlu olduğu ifade edilmiştir⁹⁷.

İncelememizde söz etmemiz gereken son düzenleme, Avrupa Sosyal Şartı'dır⁹⁸. Avrupa Sosyal Şartı için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS), ekonomik ve sosyal haklar açısından özdeşi olduğu söylenebilir⁹⁹. Söz konusu Şart'a Türkiye'de taraftır¹⁰⁰. Göçmen işçiler bağlamında, Şart'ın, 1.Bölümünde, "Tüm çalışanların adil çalışma koşullarına sahip olma hakkı ..." olduğu ifade edilmiştir. 1.Bölümün 2., 3., 4. ve 5. Paragraflarında adil ve sağlıklı çalışma koşulları, ücret, toplu pazarlık-sendikal haklar- herkesin hakkı olduğu vurgulanmıştır. Ancak metnin diğer maddeleri-m.12, 13, 17, 18,1, 20, 31-incelendiğinde, söz konusu maddelerde kişi bakımından yabancıların ancak ilgili ülkenin sınırlarından yasal olarak giren ve ikamet edenlerin dahil edilmiştir. Yabancıların ve düzensiz göçmenlerin Şart'ın getirdiği korumadan yararlanmayacaktır¹⁰¹.

Ancak Avrupa Sosyal Şartı'nın hedeflenen amacına ulaşması için, Avrupa İnsan Hakları Komitesi (CEDS), Şart'ın kişi bakımından kör noktalarını -*pre-atorian*- gidermeye çalışmakta olduğu ileri sürülmüştür¹⁰². Örneğin, Komite FIDH/Fransa arasındaki uyuşmazlıkta 14/2003 sayılı şikâyet numaralı ve 8 Eylül 2004 tarihli Kararı ile yasa dışı yollardan ülkeye giren yabancıların haklarını yok sayan mevzuatların ve uygulamaların, açıkça Şarta aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁰³. Benzer bir yaklaşım 7 Aralık 2005 tarihli, 27/2004 şikâyet numaralı, Avrupa Roman Hakları Merkezi/İtalya Kararında da mevcuttur. Dolayısıyla düzensiz durumdaki göçmenleri, düzenli duruma getirmek devletin yükümlülüğündedir¹⁰⁴. Başka bir anlatımla, bu yükümlülüğe aykırılığın sonuçları, göçmen işçilere yüklenmemektedir.

B. Yabancı Ülke Uygulamalarına Kısa Bakış

AB üyesi olan İspanya'da düzensiz göçmenlerin haklarını kısıtlayan 4/2000 sayılı, "Organik Law" yürürlüğe girmiştir¹⁰⁵. Sonrasında anılan ülkede, 2393/2004

⁹⁷ Ryan ve Mantouvalou (n 3) 25.

⁹⁸ 18 Ekim 1961 yılında Turin'de imzalanmıştır. 1996 yılında yenilenmiş ve 1998'de ek protokol ile toplu şikâyet usulünü getirilmiştir. <https://www.anayasa.gov.tr/media/3680/avrupasosyalsarti.pdf> E.T:19.05.2025.

⁹⁹ Olivier De Schutter, *Avrupa Sosyal Şartı'nın İki Yaşamı* (Kordinatör, Olivier De Schutter, Avrupa Konseyi Ankara, 2010) 7.

¹⁰⁰ Resmî Gazete Tarihi: 14.11.1989, Resmî Gazete Sayısı: 20312.

¹⁰¹ Jean-François Akandji-Kombe, *Avrupa Sosyal Şartı'nın "Ratione Personae" (Kişi Bakımından) Uygulanabilirliği: Gölgele ve Işıklar* (Kordinatör, Olivier De Schutter, Avrupa Konseyi Ankara, 2010) 74.

¹⁰² Akandji-Kombe (n 101) 75.

¹⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akandji-Kombe (n 101) 77-79.

¹⁰⁴ Akandji-Kombe (n 101) 81-84.

¹⁰⁵ Rodriguez ve Rubio-Mariá 2011 akt. Ryan ve Mantouvalou (n 3) 38.



sayılı “Royal Decree” Kanununda, AB dışından ülkeye gelen göçmen işçilerin kalmaları ve çalışmaları için gerekli prosedürler düzenlenmiştir. Böylece, hem yabancılara izin verilmesi sürecinin hızlanması hem gerekli izinlerin verilmesi prosedürü üzerindeki kontrolün artırılması amaçlanmıştır¹⁰⁶. İspanya’da iş gücüne katılmak isteyen yabancı işçilerin, çalışma izni alması zorunludur. Çalışma izinleri, yapılacak iş özelinde, süre sınırına bağlı olmaktadır¹⁰⁷. İspanya Anayasa Mahkemesi göçmen işçilere yönelik, 2007 yılında verdiği bir kararda, insan onurunun korunmasından hareketle, düzensiz göçmenlerin temel haklarını ve çalışma haklarını eylem yoluyla savunabileceklerine hükmetmiştir¹⁰⁸.

AB Üyesi ülkelerin, vatandaşları dışındakiler için farklı uygulamalara rastlanır. İtalya’da göçmen işçiler, ancak kurallara tam olarak uyulması koşuluyla işe girebilir ve çalışabilir. Göçmen işçi kendisine tanınan süre boyunca herhangi bir kural ihlali yapmazsa, kendisine kalma veya oturma izni verilebilir¹⁰⁹. İtalyan Anayasa Mahkemesi, 2022’de AB vatandaşı olmayanların, örgütlenme hakkı da dâhil olmak üzere sosyal haklarının ele alınması konusunda eşitlikçi bir tutum takınmıştır¹¹⁰. Böylece Mahkeme, göçmenler özelinde daha kapsayıcı bir yaklaşımın önünü açmıştır¹¹¹.

Almanya’da ise ayrı bir çalışma izni uygulaması bulunmamaktadır. Çalışma izni uygulaması, geçici ve sürekli ikamet iznine bağlanmıştır¹¹². Kural olarak çalışma izni aranmamakla birlikte, bazı özel işler için çalışma izni uygulaması mevcuttur¹¹³. İşgücü piyasasına zararlı bir etkisi olmadığı sürece, Alman vatandaşı çalışanlar ile yabancı çalışanlar arasında bir ayırım yapılamayacağı gibi yabancı işçiler Alman işçilerden daha az elverişli koşullarda çalıştırılmazlar¹¹⁴. Dolayısıyla eşitlikçi bir yaklaşım söz konusudur.

¹⁰⁶ Lourdes Martin Florez ve Alvaro Navarro Cuellar Uria Menendez, *International Labor and Employment Laws Spain*, (Ed. William L. Keller ve Timothy J. Darby, Third Edition Volume IA, Madrid, 2009.) 7-97.

¹⁰⁷ Florez ve Menendez (n 106) 7-97, 98.

¹⁰⁸ Rodriguez ve Rubio-Mariá 2011 akt. Ryan ve Mantouvalou (n 3) 38.

¹⁰⁹ Allen Piergiovanni Mandruzzato, *International Labor and Employment Laws Italy*, (Ed. William L. Keller ve Timothy J. Darby, Third Edition Volume IA, Milan, 2009.) 6-108.

¹¹⁰ Elena Mitskaya, Kurmangaly Sarykulov ve Kholis Roisah (2024) “Problems of Equality in the Realisation of the Right to Association in Kazakhstan” Law Reform, 20(2) 442.

¹¹¹ Pannia, P. (2022) “Questioning The Frontiers of Rights: The Case Law of The Italian Constitutional Court On Non-European Union Citizens Social Rights.” European Journal of Legal Studies, 2022 (Special Issue), 133–170, akt. Mitskayai Sarykulov ve Roisah 442.

¹¹² Walter Ahrens, Mark S. Dichter, Morgan Lewis *International Labor and Employment Laws Germany* (Ed. William L. Keller ve Timothy J. Darby, Third Edition Volume IA, Frankfurt, New York, Philadelphia, 2009) 5-127.

¹¹³ Doris-Marisa Schuster, Robert von Steinau-Steinrück ve Anja Mengel *Employment And Labor Law in Germany* (5.Baskı, C.H.Beck, München, 2025) 18.

¹¹⁴ Ahrens, Dichter, Lewis (n 112) 5-128.

Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD), göçmen işçilere yaklaşım 11 Eylül 2001 öncesi ve sonrası olarak ayrıma tabi tutulabilir. 11 Eylül öncesinde “*The Equal Employment Opportunity Commssion*” (EEOC) tarafından, düzensiz göçmen işçilerin de düzenli göçmen işçiler ile aynı haklara sahip olduklarına ilişkin bir rehber yayınlanmıştır¹¹⁵. EEOC tarafından düzensiz göçmenlerin, ayrımcılık karşıtı yasalar kapsamında olduğu vurgulanmıştır. Düzensiz göçmenlere düzenli göçmenlere tanınan haklar tanınmazsa-tazminat ödenmesi gibi- işverenlerce düzensiz göçmenlerin, düzenli göçmenlere kıyasla daha fazla işe alınacakları tespiti yapılmıştır. Bu durumun, ayrımcılık yasağının ve iş yasalarının ihlali anlamına geleceği, rehberde ifade edilmiştir¹¹⁶. 2001 sonrası ABD’de göçmenlerin istihdam edilmesi giderek zorlaşmış ve düzensiz göçmenlerin düzenli hale getirilmesi konusu askıya alınmıştır. İşçi ve işveren örgütleriye 10-12 milyon olduğu tahmin edilen düzensiz göçmen işçilerin, düzenli hale getirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir¹¹⁷.

Kanada’da, Labour Market Opinion (LMO)’ın verdiği izne göre göçmenler, Kanada vatandaşlarının çalışmadığı işler de çalışabilirler. Ancak uluslararası ticaretin yaygınlaşmasından dolayı, özellikle uluslararası işler, çalışma iznin istisnasını oluşturmuştur¹¹⁸. Kural olarak, göçmen işçi çalıştıranlar, yabancı işçilere, çalışacağı meslek ile bölgeler için geçerli olan ücretleri ödemeli ve çalışma koşulları Kanada standartlarına uygun olmalıdır¹¹⁹.

ABD ve Kanada’nın da üyesi olduğu, “*Inter American Court Of Human Rights*”ın (Amerika İnsan Hakları Mahkemesi) göçmen işçilere ilişkin bir Kararında, düzensiz göçmenlerin çalışma haklarından mahrum bırakılmasının, emredici hükümlerden sayılan -jus cogens- kanun önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin uluslararası ilkeleri ihlal edeceği belirtilmiştir. Mahkeme, düzensiz göçmenlerin istihdam edilmemesinin insan hakları ile uyumlu olamayacağını kabul etmiştir. Aynı Kararda bir kişinin istihdam edildikten sonra çalışma haklarından mahrum bırakılmasının yasal olamayacağı vurgulanmıştır¹²⁰.

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı

AİHS her ne kadar medeni ve siyasi hakları düzenlese de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Airey/Ireland¹²¹ davasında, AİHS ile sosyal ve ekonomi

¹¹⁵ Carlos, M., Recio, *International Labor and Employment Laws, America*, Ed. William L. Keller ve Timothy J. Darby, Third Edition Volume IB, Washington D.C, 2009) 33j-56.

¹¹⁶ Recio, (n 115) 33j-56.

¹¹⁷ Recio (n 115) 33j-74.

¹¹⁸ Roy L. Heenan, *International Labor and Employment Laws, Canada*, (Ed. William L. Keller ve Timothy J. Darby, Third Edition Volume IB, Ouebec, 2009) 31-99.

¹¹⁹ Michael D. Grodinsky ve Danny J. Kaufer, *International Labor and Employment Laws* (Ed. Anne M. Radolinski Ute Krudewagen, ABA, Chicago, 2022) 2369.

¹²⁰ Kararın bilgiler için bkz., Ryan ve Mantouvalou (n 3) 209.

¹²¹ AİHM, Airey/Ireland, Başvuru No: 6289/73, Karar Tarihi: 9 Ekim 1979, <https://hudoc.echr.coe>.



haklar arasında sıkı bir ilişki olduğunu vurgulamıştır¹²². Dolayısıyla AİHM, çalışma ve sosyal güvenlik konularında da içtihat oluşturmaktadır¹²³. Bu bağlamda, göçmen işçilerin temel hakları konusunda, AİHM'in çeşitli kararları bulunmaktadır.

AİHM'in Yunanistan/Belçika Kararında, AİHM'e başvuran kişi, yabancıdır. Yunanistan'daki kötü yaşam koşulları sebebiyle, Sözleşmenin 3.maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir¹²⁴. Her ne kadar Kararda, yabancı kişinin çalışma izni-pembe kart-olsa da iş gücü piyasasına erişiminin idari engellerden kaynaklı olarak zorlaştırıldığı ifade edilmiştir¹²⁵. Kararın devamında, Yunanistan Devleti'nin, savunmasız durumda olan yabancı kişinin, kötü yaşam koşullarının -temizlik ve temel ihtiyaçlarını karşılamaktan yoksun olması-önüne geçmek adına hiçbir eylemde bulunulmadığı da belirtilmiştir¹²⁶.

AİHM, Siliadin/Fransa davasında, Fransa'da yaşayan, göçmen ev işçisinin çalışma şartlarının AİHS'nin 4.maddesine-zorla ve zorunlu çalıştırma yasağı-aykırılık taşıdığına karar vermiştir¹²⁷. Olayda başvuranın birkaç yıl boyunca, hiç maaş almadığı ve okula gönderilmediği tespit edilmiştir. Ayrıca kimlik belgeleri olmadan ve göçmenlik statüsü düzenli hale getirilmeden, günde yaklaşık on beş saat, izin günü olmaksızın evlerinde çalıştığı ifade edilmiştir¹²⁸. Anılan Kararda, kişinin bulunduğu durumun- düzensiz göçmenlik-kişiyi sömürüye açık hale getirdiği vurgulanmıştır. AİHM devletin, pozitif edim yükümlülüğü kapsamında, kişiyi böyle bir durumda tutmaya yönelik her türlü fiilin, cezalandırılması gerektiğine işaret etmiş ve ihlal kararı vermiştir¹²⁹.

Benzer bir karar, C.N. / Birleşik Krallık davasında verilmiştir¹³⁰. Başvurucu, düzensiz göçmen işçi olarak İngiltere'de yaşlı bir çiftin bakıcısı olarak çalışmıştır. Kararda, başvuru göçmen işçinin, düşük ücret ile çalıştırıldığı, hafta tatili verilmediği, pasaportuna el konulduğu ve sürekli kolluğa ihbar edilmekle tehdit edildiği ifade edilmiştir¹³¹. Birleşik Krallık'ta köleliği, hizmetçiliği veya zorla

int/tur#{%22itemid%22:[%22001-57420%22]} E.T:19.05.2025.

¹²² AİHM, Airey/Ireland (n 121) bkz. 26.

¹²³ AİHM, Sidabras ve Džiautas / Litvanya, Başvuru No: 55480/00 ve 59330/00, Karar Tarihi: 27 Temmuz 2004; ayrıntılı bilgi için bkz. Ryan ve Mantouvalou (n 3) 169 numaralı dipnot.

¹²⁴ AİHM Yunanistan/Belçika Başvuru No: 30696/09, Karar Tarihi: 21 Ocak 2011, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3578/7mssvbclikaveyunanistan.pdf>, E.T: 19.05.2025.

¹²⁵ AİHM, Yunanistan/Belçika (n 124) 261.

¹²⁶ AİHM, Yunanistan/Belçika (n 124) 263.

¹²⁷ AİHM, Siliadin / Fransa, Başvuru No: 73316/01, Karar Tarihi: 26 Temmuz 2005, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22002-3763%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22002-3763%22]}) E.T: 20.06.2025.

¹²⁸ AİHM, Siliadin / Fransa (n 127) 110.

¹²⁹ AİHM, Siliadin / Fransa (n 127) 112.

¹³⁰ AİHM, C.N./Birleşik Krallık Davası Başvuru No: 4239/08, Karar Tarihi: 13 Kasım 2012, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-7288%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-7288%22]}) E.T: 20.06.2025.

¹³¹ AİHM, C.N. / Birleşik Krallık (n 130) 9.

ya da zorunlu çalıştırmayı suç sayan bir mevzuat yokluğundan dolayı, Siliadin/Fransa kararına atıf yapılarak ihlal kararı verilmiştir¹³².

AIHM'in sosyal güvenlik hukukuna ilişkin Gaygusuz/Avusturya davasında¹³³, başvuru kişi, düzenli göçmen işçi olup Avusturya'da yasal ikamet iznine sahiptir. Başvuruda, Avusturyalılar ve Avusturyalı olmayanlar arasında, acil durum yardımına hak kazanma bakımından yapılan muamele farklılığının, nesnel ve makul bir gerekçeye dayanmadığı ileri sürülmüştür¹³⁴. Kararda, başvurunun işsizlik sigortası fonuna Avusturyalı çalışanlarla aynı şekilde prim ödediği tespit edilmiştir. Mahkeme, sadece, vatandaşlık temelli bir ayrımın farklı muameleyi yeterli kılmak için nesnel ve makul bir gerekçe olmayacağına hükmetmiştir¹³⁵. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşmenin 14.maddesinin ve 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AIHM tarafından Koua Poirrez/Fransa davasında da benzer bir karar verilmiştir. Mahkemece, Fransa'da yasal olarak ikamet eden başvuru olan göçmene, primsiz engelli yardımı vermeyi reddettiği için Gaygusuz/Avusturya davasındaki gibi Sözleşmenin 14.maddesinin ihlaline karar verilmiştir¹³⁶.

III. TÜRK HUKUKUNDA GÖÇMEN İŞÇİLER

A. Anayasal Düzenlemeler

Türk hukukunda, eşitlik ilkesinin pozitif kaynaklarından ilki, 1982 Anayasası¹³⁷ (AY) m.10'da yer alan eşitlik ilkesidir. Anılan madde incelendiğinde, sayılan ayrım yasaklarında yabancılık veya milliyet belirtilmemiştir. Devamında “ve benzeri sebepler” ifadesi ile yabancılık statüsünün de ayrım yasağı kapsamında olduğu sonucuna varılabileceği açıktır¹³⁸. Temel haklar bakımından Anayasa'da, siyasi haklar hariç yabancılar ve vatandaşlar arasında bir ayrım yapılmamıştır. Anayasa'da üçüncü bölüm başlığı altında sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kapsamında, 48'nci-Çalışma ve sözleşme hürriyeti-ve 49'uncu-çalışma hakkı ve ödevi-maddelerine yer verilmiştir. Özellikle m.48'de, “herkes” kavramı kullanılmıştır. Dolayısıyla çalışma hakkı bakımından göçmen ve vatandaş ayrımı yapılmamıştır¹³⁹. Ancak göçmenlerin çalışma hakları, AY m.16'ya göre, uluslara-

¹³² AIHM, C.N. / Birleşik Krallık (n 130) 80.

¹³³ AIHM, Gaygusuz / Avusturya Başvuru No: 17371/90, Karar Tarihi: 16 Eylül 1996, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58060%22%5D%7D>, E.T:20.05.2025.

¹³⁴ AIHM, Gaygusuz / Avusturya (n 133), 43.

¹³⁵ AIHM, Gaygusuz / Avusturya (n 135), 42.

¹³⁶ AIHM, Koua Poirrez/Fransa, Başvuru No: 40892/98, Karar Tarihi: 30 Eylül 2003, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-61317%22%5D%7D>, E.T:20.05.2025.

¹³⁷ Resmi Gazete Tarihi: 09.11.1982, Resmi Gazete Sayısı: 17863.

¹³⁸ Cengiz-Urhanoglu (n 17) 191.

¹³⁹ Selami Er, “Yabancıların Çalışma İzinleri Ve Ön İzin Müessesesi” (2014), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (4), 182; Cengiz-Urhanoglu (n 17) 191; Çelikel ve Öztekin-Gelgel (n 15) 180; Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli (n 14) 198.



rası hukuka uygun olmak şartıyla, sadece kanun ile sınırlandırılabilir. Göçmenlerin çalışma hakları, kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu düzeni ve kamu yararı gerekçeleri ile kısıtlanabilir¹⁴⁰. Bir kişinin salt yabancı olması, onun çalışma hakkının elinden alınması için yeterli bir sebep oluşturmaz¹⁴¹. Konuya ilişkin bir Anayasa Mahkemesi (AYM) Kararında, Anayasada düzenlenen eşitlik ilkesinin, mutlak olmadığı, farklı durum ve konumlarındaki kişiler ya da topluluklar için değişik kurallar uygulanabileceği ifade edilmiştir¹⁴². Aynı Kararda, Türk vatandaşları ve yabancıların farklı statüde oldukları ifade edilmiştir. AYM, nispi eşitlik ilkesinden yana tavır takınmaktadır.

AYM'si bir başka Kararında¹⁴³, iş sözleşmesi sona eren ve yabancı uyruklu öğretim görevlisi olan başvurucuya, iş sonu tazminatı ödenmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasını değerlendirmiştir. AYM ilgili Kararında, kamu otoritelerinin, iş sonu tazminatının hak edilme koşullarının düzenlenmesi ve bu anlamda kişiler arasında farklılıklar oluşturulması konusunda belli ölçüde takdir yetkisi olduğu, ancak somut olayda, başvuruların yabancı uyruklu olduğu için maruz kaldığı farklı muamelenin, nesnel ve haklı bir temelinin bulunduğu ortaya konulmadığı gerekçesiyle, eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AYM, “1219 sayılı Kanun’un 30. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti’nde dış hekimliği mesleğini icra edebilmek ve bu unvanı taşıyabilmek için Türk olmak ve Türk dış hekimliği fakültelerinden mezun olmak gereklidir.” maddesine karşı açılan iptal davasında¹⁴⁴, AY m.56’ya dayanarak, kanun koyucunun geniş takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir.

AY m.17 ve m.56/f.1,3 göçmen işçiler ile ilgilidir. Anayasa’da herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı korunmaya alınmıştır. Madde 56 ile de herkesin sağlıklı ve dengeli bir yaşam sürdürme hakkına sahip olduğu ve Devletin bu konudaki pozitif yükümlülükleri bulunduğu belirtilmiştir¹⁴⁵. Anayasa’nın anılan maddelerinden yola çıkarak, göçmen işçilerin düzenli olup olmadıklarına bakılmaksızın, temel haklardan olan iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinden yararlanabilecekleri sonucu çıkarılabilir¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Cengiz-Urhanoglu, (n 17) 192.

¹⁴¹ Er (n 139) 182.

¹⁴² AY., Karar Tarihi: 19.01.2012, 2010/30 E. ve 2012/7 K., www.corpus.com.tr, E.T: 06.06.2025.

¹⁴³ AY., Karar Tarihi: 16.03.2022, 2019/8334 Başvuru No. www.corpus.com.tr, E.T: 06.06.2025.

¹⁴⁴ AY., Karar Tarihi: 24.09.2024, 2024/99 E. ve 2024/162 K., https://mevzuat.sinerjias.com.tr, E.T: 06.06.2025.

¹⁴⁵ Civan ve Gökalp (n 57) 257.

¹⁴⁶ Civan ve Gökalp (n 57) 257.

B. Kanuni Düzenlemeler

1. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu

Çalışma hakkının kamu hukuku ve özel hukuk olmak üzere iki boyutu mevcuttur. Çalışma hakkının elde edilmesi, kamu hukuku boyutunu, çalışma hakkının elde edilmesinden sonra işveren ile göçmen arasında kurulan iş ilişkisi, özel hukuk boyutunu ilgilendirmektedir¹⁴⁷. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu, yabancılara verilecek çalışma izni ve çalışma izni muafiyetlerine dair usul ve esasları düzenlemektedir. Kanunun Gerekçesinde, Turkuaz Kart, bağımsız çalışma izni, süresiz çalışma izni, çalışma izni muafiyeti, yetkilendirilmiş aracı kurum ve kanuni çalışma izni süresi tanımlarına ilk kez yer verildiği ifade edilmiştir. UİK'nın amacı, yeni ve dinamik göç olgusuna uygun bir düzenleme getirmektir¹⁴⁸.

Göçmen işçilerin Türkiye'de çalışabilmeleri için kural olarak UİK'ya göre, çalışma izni almaları gerekmektedir¹⁴⁹. Başka bir anlatımla, Türkiye'de düzenli göçmen işçi statüsünü kazanabilmek için çalışma izni veya çalışma muafiyeti elde edilmesi gerekir¹⁵⁰. UİK m.7'ye göre yurt içindeki başvurularda, çalışma iznini verecek makam Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'dır (ÇSGB). Yurtdışındaki yabancılar, çalışma vizesi için Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri veya başkonsoloslukları yetkilidir. Söz konusu makamlar, bu başvuruları bakanlığa iletirler. Bakanlık yapacağı değerlendirme sonucunda, başvuruları uygun görülen yabancılara çalışma izni verir (UİK m.12/ 1).

Mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi olan göçmen işçilerle ilgili koruma elde edildikten sonra, ayrıca bir çalışma izni alma zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁵¹. Başka bir anlatımla, mülteci ve ikincil koruma statüsündeki kişilere verilen kimlik belgesi, aynı zamanda çalışma izni yerine geçmektedir. Söz konusu düzenleme AB Vasıf Yönergesi ile uyumludur¹⁵². Uluslararası koruma başvuru sahibi ve şartlı mülteci statüsündekilerse, koruma başvurusu tarihinden ancak altı ay geçtikten sonra, çalışma izni almak için İçişleri Bakanlığına (TDK 2016 tarihinde Kurumların yazımında kesme işaretini kaldırmıştır.) başvurmaları gerekmektedir (YUKK m. 89/f.4.a). Geçici koruma statüsündekiler Türkiye'de çalışabilmeleri için, UİK m.17 uyarınca çalışma izni almalıdırlar. Bunun istisnası ise mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışacak, geçici koruma statüsündeki göçmen

¹⁴⁷ Çelikel ve Öztekin-Gelgel (n 15) 180.

¹⁴⁸ Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli (n 14) 34.

¹⁴⁹ Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli (n 14) 199.

¹⁵⁰ Yıldız ve İzmirlioglu (n 19) 33.

¹⁵¹ Yıldız ve İzmirlioglu (n 19) 37.

¹⁵² Cansu Kaya, "Türkiye'de Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları" (2017) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(5) 67.

işçilerdir¹⁵³(UİK m.17/f.1). Söz konusu çalışmalarda, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının kota uygulaması mevcuttur¹⁵⁴.

Çalışma izinlerinin süresi, çalışma türlerine göre değişmektedir. Kural olarak çalışma izni süresi en çok bir yıl ile sınırlıdır (UİK m.10/1). Çalışma izni aynı işverene bağlı olarak çalışma şartı ile azami iki yıl uzatılabilir. Başka bir anlatımla, göçmen işçi aynı işverenin yanında en çok üç yıla kadar çalışabilir. Göçmen işçi, farklı bir işveren yanında çalışmak üzere başvurmuş ise ilk defa çalışma izni için başvurmuş gibi değerlendirilir ve en çok bir yıl için çalışma iznine hak kazanır¹⁵⁵. Türkiye’de en az sekiz yıl ikamet izni ile kalmış veya sekiz yıl çalışma izni ile çalışmış olanlar, süresiz çalışma iznine hak kazanabilirler (YUKK m.42). Süresiz çalışma iznine sahip olan göçmen işçiler, YUKK m.44 kapsamında tanınan, tüm haklardan yararlanabilirler (UİK m.10/f.4).

Göçmenlerin çalışma hakkına ilişkin diğer bir norm, UİK’da yer alan Turkuaz Kart uygulamasıdır (m.11). Bu düzenlemenin amacı, bilimsel ve teknolojik gelişmeye katkı sağlayabilecek, nitelikli iş gücünün Türkiye’de çalışmasını kolaylaştırmaktır¹⁵⁶. Turkuaz kart sahipleri süresiz çalışma iznin sağladığı haklardan yararlanabilir (YUKK m.11/f.4). Çalışma izni muafiyeti kapsamında bulunanlar, çalışma izni muafiyeti olarak çalışabilirler (UİK m.13). Çalışma izni muafiyetine dahil olan kişiler, 02.02.2022 tarihli Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği’nde¹⁵⁷ tek tek sayılmıştır (UİK Yön. m.48). Mülteciler ve ikincil koruma kapsamında olanlar da çalışma izninden muaf sayılmaktadırlar¹⁵⁸. Kanunun devamında ise istisnai çalışma izni uygulaması düzenlenmiştir (UİK m.16). İlgili madde de sayma yöntemiyle, kimlerin istisnai çalışma izninin kapsamında olduğu belirtilmiştir.

UİK maddelerinde görüldüğü üzere, göçmen işçilerin çalışması için mutlaka bir çalışma iznine veya çalışma izni muafiyeti alma zorunluluğu bulunmaktadır. İlgili Kanunda, öngörülen izinler ve muafiyetler alınmadan, çalışılmış gösterilmesi halinde bu durum, hukukun emredici nitelikteki hükümlerine aykırılık teşkil edecektir. Kanunda göçmen işçilerin, düzenli bir biçimde iş gücü piyasasına katılabilmeleri ve istihdam edilebilmeleri amacıyla, çalışma izni bulunmayan işçileri istihdam eden işverenler için idari para cezası yaptırımını öngörülmüştür (UİK m.23). Ayrıca aynı maddede, işveren veya işveren vekili, çalışma izni bulunmayan yabancının ve varsa eş ve çocuklarının konaklama giderlerini, ülkelerine dönmeleri için gerekli masrafları ve gerektiğinde sağlık harcamalarını karşılamakla

¹⁵³ Yıldız ve İzmirlioğlu (n 19) 38.

¹⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için Yıldız ve İzmirlioğlu (n 19) 38,39.

¹⁵⁵ Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli (n 14) 209.

¹⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Madde 11’in gerekçesi, <https://mevzuat.sinerjias.com.tr>, E:T:06.06.2025.

¹⁵⁷ Resmî Gazete Tarihi: 02.02.2022 Resmî Gazete Sayısı: 31738.

¹⁵⁸ Çelikel ve Öztekin-Gelgel (n 15) 199.

yükümlü tutulmuştur (UİK m.23/f.9). İşverenlerin düzensiz göçmen işçi çalıştırıp çalıştırmadığını denetleme görevi, Kanuna göre, Sosyal Güvelik Kurumu üzerinden yapılır (UİK m.23/f.1). Bu bir anlamda, devletin pozitif yükümlülüğüdür. Ancak Kanunda idari para cezaları yaptırımı, sadece düzensiz göçmen işçi çalıştıran işveren veya vekili için değildir (UİK m.23/f.a). Ayrıca düzensiz göçmen işçi aleyhine de idari para cezası düzenleneceği öngörülmüştür. Diğer işçilere kıyasla daha kırılgan bir konumda olan, düşük ücret ile çalışan ve pazarlık gücü neredeyse olmayan düzensiz göçmen işçilere, yaptırım uygulanması gerçekçi olmadığı gibi¹⁵⁹ hakkaniyetle de uyumluluğu tartışılır.

2. 4857 sayılı İş Kanunu

a. İş Hukukunun Yapısal Özellikleri

Göçmen işçilerin Türk hukukundaki konumunun anlaşılabilmesi için iş hukukunun kendine özgü yapısına değinmekte fayda vardır. İş hukukunun, diğer özel hukuk ilişkilerinden farklı bir karakteri bulunmaktadır. Özel hukuk ilişkileri, irade ve sözleşme özgürlüğü üzerine kurulmuştur. İş Kanunu ise işçiyi koruyan ve nispi emredici hükümlerden oluşmaktadır. Zayıf tarafın korunması amacıyla hukuk düzenin, sosyal devlet olmasından kaynaklı, sözleşme ilişkilerine pozitif anlamda müdahale etmesi gerekmektedir¹⁶⁰. Öğretide bir görüşe göre, iş hukukunun, özel hukuk ile kamu hukukunun kaynaşması olduğu ifade edilmiştir¹⁶¹. İş sözleşmesi, normatif düzlemde, özel ve kamu hukuku karışımı bir amalgam durumundadır¹⁶². Kısaca iş hukukunda, emrediciliğin hâkim olduğu, bir normatif yapı söz konusudur¹⁶³.

Benzer bir yaklaşım farklılığı, kamu düzeni kavramı açısından da gözlemlenir. İş hukukunun yapısına uygun olarak kamu düzeni anlayışı, sosyal kamu düzenine dönüşmektedir¹⁶⁴. Sosyal kamu düzeninden, iş hukuku normlarında belirtilen hakların işçi lehine artırılabilceği anlaşılmalıdır¹⁶⁵. Mutlak emredici hükümler farklıdır. Bu tür hükümler ne işçi ne de işverence değiştirilemez. Sosyal kamu düzenini tamamlayan ilkelerden biri de yararlılık ilkesidir. Sözü edilen ilke, sözleşme ilişkisine uygulanacak normların çatışması halinde işçi lehine olan norma

¹⁵⁹ Orhan Ersun Civan “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar” (2018) Ankara Barosu Dergisi, 75(4) 261.

¹⁶⁰ Kübra Doğan-Yenisey, *İş Hukukunun Emredici Yapısı* (1.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014) 32; Murat Kandemir ve Didem Yardımcıoğlu, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi” (2014) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19, (30) 2.

¹⁶¹ Tunçomağ ve Centel (n 44) 7.

¹⁶² Kübra, Doğan-Yenisey, *İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış*, (Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011) 45.

¹⁶³ Doğan-Yenisey, (n 160) 168.

¹⁶⁴ Bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 40) 22,23; Süzek ve Başterzi (n 40) 37.

¹⁶⁵ Doğan-Yenisey, (n 160) 170.

öncelik tanınması anlamına gelmektedir¹⁶⁶. Nitekim 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nu¹⁶⁷ m.36/f.1’de açıkça yer almaktadır. Sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin korunması fikri, -iş sözleşmesi/toplu iş sözleşmesi-iş hukukunun ayrılmaz bir parçasıdır¹⁶⁸.

Göçmen işçiler, pazarlık gücü, dil yetersizliği nedeniyle, kendilerine uygulanacak hukuk konusunda diğer işçilere göre daha dezavantajlı bir konumda oldukları söylenebilir. Dolayısıyla iş hukuku normlarının işçiyi koruyan ve nispi emredici nitelikteki düzenlemelerinin, göçmen işçilerin taraf olduğu iş ilişkileri bakımından da önem taşıdığı düşüncesindeyiz. Ancak bu yolla göçmen işçilerin sömürüye açık olması engellenebilir.

b. İş Kanunu Açısından Göçmen İşçiler

4857 sayılı İş Kanunu’nda göçmen işçilere dair özel bir normatif düzenleme bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak, göçmenlerin, iş sözleşmelerinde taraf olmalarında ve işçi olarak çalışmalarında bir yasak bulunmamaktadır¹⁶⁹. Düzenli göçmen işçi, iş ilişkisi kurulduğu andan itibaren İş Kanunu hükümlerine tabi olacaktır. Düzensiz göçmen işçilerin durumu, iş sözleşmeleri açısından ayrı bir başlık altında incelenecektir. İşveren, iş ilişkisi sürecinde göçmen işçilere yönelik herhangi bir ayrımcı davranışta bulunamaz. Bu hükmün hukuki dayanağını, 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesi oluşturmaktadır.

İş Kanunu m.5, eşit davranma ilkesinin normatif dayanağıdır. Anayasa m.10 ve AİHS m.14’ün iş ilişkisi bakımından somutlaştırmış şeklidir¹⁷⁰. Bu maddenin amacı, işverenin çalışanlar arasında haklı ve objektif bir neden olmadan farklı, keyfi davranmasını engellemektir¹⁷¹. Maddenin ilk fıkrasında, “*dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere*” ilişkin ayırım yapılması yasaklanmıştır. “*Benzeri sebepler*” ibaresi ile vatandaşlık sebebiyle yapılacak ayrımcılığın da yasaklandığı söylenebilir. Zira Adalet Divanı’nın, göçmen işçiler için doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağını geliştirdiği düşünüldüğünde, söz konusu yaklaşım isabetlidir¹⁷². İşverenin yasalar tarafında yalnızca Türk vatandaşlarına özgülenmiş işler için işçi istihdam etmesi durumunda, bahsedilen uygulama, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilemez. Ayrımcılık yasağının yaptırımı azami dört aya kadar ücret tutarında tazminat ve yoksun kalınan diğer haklar olarak belirtilmiştir (İş K. m.5/f.6). Söz konusu fıkra, emredici olup buna aykırı sözleşme hükümleri geçersizdir.

¹⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan-Yenisey, (n 160) 173.

¹⁶⁷ Resmî Gazete Tarihi: 07.11.2012 Resmî Gazete Sayısı: 28460.

¹⁶⁸ Kılıçoğlu ve Kılıçoğlu-Ada, (n 46) 1.

¹⁶⁹ Yıldız ve İzmirlioğlu (n 19) 41.

¹⁷⁰ Kılıçoğlu ve Kılıçoğlu-Ada, (n 46) 87.

¹⁷¹ Kandemir ve Yardımcıoğlu (n 160) 4.

¹⁷² Kübra Doğan-Yenisey, “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı” (2006) Çalışma ve Toplum, 4(11) 71; Kandemir ve Yardımcıoğlu (n 160) 15.

Yargıtay'ın bir Kararına göre, İş Kanunu m.5'de düzenlenen ayrımcılık tazminatının koşullarının oluşabilmesi için, işverenin işçiye karşı olan farklı davranışlarının ırk, dil, siyasi, düşünce, inanç gibi sebeplere dayanması gerekmektedir. Anılan Kararda, ilgili maddenin dar yorumlanması vurgulanmıştır¹⁷³. Kanaatimizce, kural olarak bir işçi işveren nezdinde çalışmaya başladıktan sonra, onun düzenli-düzensiz göçmen işçi olup olmadığına bakılmaksızın, ayrık hükümler hariç, diğer Türk işçilerle aynı işçilik haklarına sahip olmaları gerekir.

3. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Göçmen İşçiler

Göçmen işçilerin taraf olduğu iş sözleşmelerinde, İş Kanun'u yanında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda uygulama alanı bulur. YUKK ve UİK mevzuatları tarafından emredici olarak düzenlenen çalışma izinlerine veya istisnalara aykırılık halinde, yapılan sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşacaktır. Başka bir anlatımla, düzensiz göçmenlerin taraf olduğu iş sözleşmelerinin kesin olarak hükümsüz olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁴. Öğretide *Süzek*, benzer bir sonuca varmış, çalışma izni olmadan göçmen işçi çalıştırılması halinde, iş sözleşmesinin kural olarak geçersiz olduğunu ileri sürmüştür¹⁷⁵. Kesin hükümsüzlüğün normatif dayanağı TBK m.27'dir. Kesin hükümsüzlük, işlemin başından itibaren geçersiz olmasına ve hiçbir hukuki sonuç doğurmamasına neden olur¹⁷⁶.

Çalışma izni olmadan kurulan iş sözleşmelerinin ileriye yönelik olarak geçersiz sayılması, UİK'nın amacı ile örtüştüğü söylenebilir¹⁷⁷. Ancak düzensiz göçmen işçiler ile yapılan iş sözleşmelerinde, devreye giren emredici hükümler, kural olarak iş sözleşmesinin içeriği ile ilgili değildir. Çünkü iş sözleşmenin konusunda hukuka aykırılık bulunmamaktadır¹⁷⁸. Esnek hükümsüzlük teorisine göre, ihlal edilen normun amacı ve anlamı bağlamında hükümsüzlük yaptırımı, değişkenlik gösterir¹⁷⁹. Konuya sınırlı esneklik kavramı açısından yaklaşan *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre, çığneden özel hukuk normunun hukuki niteliği önem taşımaktadır¹⁸⁰. Bu bağlamda, bir süre karşılıklı ifa edilmiş-kira, hizmet gibi- sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, sadece geçersizliğin ileri sürüldüğü ya

¹⁷³ Bkz. Y.9.HD. K.T:12.11.2018, 2015/26907 E., 2018/20333 K.; Kılıçoğlu ve Kılıçoğlu-Ada, (n 46) 90.

¹⁷⁴ Er (n 139) 184,185.

¹⁷⁵ Sarper Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği" (2014) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan 133.

¹⁷⁶ Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi C. I* (2.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2023) 782; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınevi, İstanbul, 2021) 240; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuk Genel Hükümleri* (18.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021) 67,68.

¹⁷⁷ Doğan-Yenisey (n 160) 293.

¹⁷⁸ Süzek (n 175) 132,133.

¹⁷⁹ Gümüş (n 176) 245; Eren ve Dönmez (176) 784.

¹⁸⁰ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. I* (4.Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2008) 591.



da yerine göre mahkemece geçersizlik hükmünün yerildiği tarihten ileriye doğru (*ex tunc*) yürürlük kazanacağı ifade edilmiştir¹⁸¹. Başka bir anlatımla, kesin hükümsüzlük her zaman geçmişe etkili sonuç doğurmaz¹⁸². Bu yolla, katı ve ağır bir yaptırım olan kesin hükümsüzlüğün yapısı, amaçsal olarak uyumlaştırılarak, yaptırımın sonuçları hafifletilmiştir¹⁸³. İş ilişkisi içinde bulunan göçmen işçiler zayıf konumdadır. İşçinin emeğinin karşılığını almaması ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklı haklarını kaybetmesi, iş hukukunun işçiyi koruyucu yapısıyla bağdaşmaz¹⁸⁴. 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)¹⁸⁵ döneminde, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile iş akdinin geçersizliğinin, ancak geleceğe dönük etkili olabileceği vurgulanmıştır¹⁸⁶. Öğretide iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren geçersiz sayılması, iş sözleşmesinin sürekliliği ve kişisel ilişkiler kuran özelliği dikkate alınarak, ancak geleceğe dönük etki göstereceği, kabul edilmektedir¹⁸⁷. Bu düşünce 1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile uyumludur. Anılan Kararda, iş mevzuatının amacının, işçiyi korumak olduğu ve yaşı, cinsiyeti, sebebiyle yasak olduğu hallerde, norma aykırı durumunu gizleyerek, işe girmiş ve işçi olarak çalışmaya başlamışsa dahi geçersizlik yaptırımının, kanunun amacına aykırı olduğu ifade edilmiştir.

Öğretinin ve yargının iş sözleşmelerinin geleceğe dönük geçersizliği konusundaki görüş ve uygulamaları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na aktarılmıştır (m.394/f.3). Bu madde, esnek hükümsüzlük teorisinin TBK'daki yansımalarından biridir¹⁸⁸.İlgili maddenin gerekçesinde, İçtihadı Birleştirme Kararındaki uygulamanın benimsendiği belirtilmiştir. Ancak madde metninde, “*Geçersizliği sonradan anlaşılan*” söz dizimiyle, Kanun koyucu YİBGK'nın amacından ayrılmıştır. Söz konusu YİBGK'da, sadece işçi sıfatının kazanılması aranmakta olup nasıl kazanıldığına önemli olmadığına işaret edilmiştir¹⁸⁹. Anılan ibareler öğretide tartışmalara neden olmuştur. Hâkim görüşe göre, geçersizliğin sonradan anlaşılması koşulunun işçinin korunması ve işçinin emeğinin karşılığını alması ilkeleri ile bağdaşmayacağı, belirtilen söz diziminin madde metninden çıkarıl-

¹⁸¹ Kocayusufpaşaoğlu (n 180) 593.

¹⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren ve Ünsal (n 176) 784-785.

¹⁸³ Gümüş (n 176) 244.

¹⁸⁴ Süzek (n 175) 139.

¹⁸⁵ Resmî Gazete Tarihi: 22.04.1926 Resmî Gazete Sayısı: 359 (Mülga).

¹⁸⁶ YİBGK, K.T: 18.06.1958, 1957/20 E. ve 1958/9 K., www.corpus.com.tr, E.T: 06.06.2025.

¹⁸⁷ Civan (n 159) 256; Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümleri) (19.Baskı, Beta Yayınevi, 2024) 485.

¹⁸⁸ Gümüş (n 176) 245.

¹⁸⁹ Ercüment Özkaraca ve Canan Ünal, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu” (2014) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan 387; Süzek (n 168) 139.

ması gerekeceği; dolayısıyla kanun hükmünde belirtilen söz diziminin, YİBGK ile sağlanan koruma düzeyini sınırladığı olgusuna dikkat çekilmiştir¹⁹⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.11.2017 tarihli kararında, iş sözleşmesinin geçersizliğinin geriye yürümeyeceği ifade edilmiştir¹⁹¹. İlgili Kararda, geçersizliğin kural olarak geçmişe etkili sonuç doğurduğu kabul edilmekle birlikte, iş sözleşmesi için ayırık bir düşünceye varılmıştır. Buna göre, sözleşmenin baştan itibaren geçersiz kılınması işçi aleyhine sonuç doğuracaktır. Etkisi ileriye yönelik olmalıdır.

Özellikle bu durum, düzensiz göçmen işçiler ile yapılacak iş sözleşmelerinde uygulama alanı bulacak, TBK m.394/f.3' göre geçersizlik, iş sözleşmesini ileriye dönük olarak ortadan kalkacaktır. Burada birkaç farklı ihtimal söz konusu olmaktadır. Eğer göçmen işçi, iş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar düzensiz durumda ise işçi, işverenden feshe bağlı hakları talep edemeyecektir. Başka bir anlatımla, kıdem, ihbar tazminatı talep edemeyecek, işe iade davası açamayacaktır. Ancak iş ilişkisi işçinin ölümü ile sona ermişse, o zaman, düzensiz göçmen işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır¹⁹². Düzensiz göçmen işçi, geriye dönük olarak ücret alacaklarını talep edebilecektir.

Bir diğer ihtimal, göçmen işçi, iş sözleşmesi kurulması sırasında düzensiz konumda olması, iş sözleşmesi devam ettiği ve sona erdiği sırada düzenli hale -çalışma izni, muafiyet elde etmesi, çalışma izni süresinin uzatılması-gelmesidir. Bu halde artık baştaki geçersizlik ileri sürülemez, çünkü burada hükümsüzlük sebebi ortadan kalkmıştır. Artık sözleşme geçerli hale dönüşmüştür¹⁹³. Son olarak göçmen işçi düzenli konumdayken iş sözleşmesi kurulmuştur ancak iş sözleşmesinin devamında düzensiz hale gelmişse, iş sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmek normun amacına uygun olmayacaktır. Dolayısıyla iş sözleşmesinin geçersizliği sonucuna gidilmeden, geçerli sebeple fesih nedeni sayılmalıdır¹⁹⁴. Böylece en azından işçi, geçerli sebeple fesih sonuçlarından olan kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanmış olacaktır.

Düzenli veya düzensiz göçmen işçilerle yapılan iş sözleşmesinin konusu hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı düşen, kamu düzenini, ahlakı ağır bir biçimde ihlal eden-hırsızlık, fuhuş, kaçakçılık-veya sadece Türk vatandaşlarının istihdam edilebileceği durumlarda, iş sözleşmesi baştan itibaren geçersiz sayılmalıdır¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Özkaraca ve Ünal (n 189) 389-398.

¹⁹¹ YHGK., Karar Tarihi: 15.11.2017, 2015/1389 E. ve 2017/1368 K., www.corpus.com.tr, E.T: 06.06.2025.

¹⁹² Özkaraca ve Ünal (n 189) 398,399.

¹⁹³ Eren ve Dönmez (n 176) 785.

¹⁹⁴ Doğan-Yenisay, (n 160) 294.

¹⁹⁵ Süzek (n 175) 140.

4. Yargıtayın Bakış Açısı

Yargıtay bir kararında¹⁹⁶, göçmen işçilerin iş sözleşmelerinin belirli süreli mi yoksa belirsiz süreli mi sayılacağı konusunda ikili bir ayrım yapmıştır. Karara konu olayda, davacı göçmen işçi, dokuz yıl boyunca özel bir üniversitede iş sözleşmesi kapsamında çalıştığını bundan kaynaklı ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesini talep etmiştir. Söz konusu Kararda, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun-mülga durumdadır-çerçevesinde çalışma izinlerinin alınıp alınmadığının araştırılması istenmiştir. Ardından çalışma izinlerinin birer yıllık olarak alınmış olması halinde iş sözleşmesinin de aynı sürelerle birer yıllık olarak yapılması yerinde bir uygulama olup, birbirini takip eden birden fazla sayıda sözleşme yapılmış olması, iş sözleşmesini belirsiz süreli hale dönüştürmeyeceğini, ancak davacı işçinin, çalışma izni alınmamış olması veya bu iznin süresiz olarak alınması hallerinde ise iş sözleşmesinin belirsiz süreli hale dönüştüğü ifade edilmiştir. Bu Karardan hareketle, Yargıtay'ın, düzensiz göçmenler ile yapılan iş sözleşmelerinin geçerli olduğunu kabul ettiği düşüncesi ileri sürülmüştür¹⁹⁷.

Bir başka davada¹⁹⁸, davacı işveren sendikasının, toplu iş sözleşmesi yapmak için gerekli yasal çoğunluğunun bulunmadığını, bu yüzden yetki tespitinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, sendikanın işyerinde çoğunluğu sağlayıp sağlamadığı konusunu araştırırken, yedi yabancı işçi hesaba dahil edilmemiştir. Yargıtay somut uyuşmazlığa ilişkin Kararında, çalışma izni ile çalışan yabancı ülke vatandaşı işçilerin çoğunluk tespitinde dikkate alınmasına yasal bir engel bulunmadığına isabetle hükmetmiştir.

Bir başka somut olayda¹⁹⁹, davacı göçmen işçi, iş sözleşmesinin haksız feshi nedeniyle, maddi tazminat ile bakiye süre ücreti ve cezai şart alacaklarının ödetilmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi davacının taleplerinin kabulüne karar vermiştir. Karara konu olayda, davacı işçinin çalışma izni alınması konusunda, üstüne düşen yükümlülükleri yerine getirmemiştir. Bu yüzden davalı işveren, işçinin iş sözleşmesini feshedilmiştir. Yargıtay, yazılı iş sözleşmesinin varlığına rağmen, fiili çalışma olgusunun gerçekleşmediği, iş sözleşmesi kurulmadığı gerekçesiyle davacının tüm taleplerinin reddine karar vermiştir.

Yargıtay bir diğer kararında²⁰⁰, davacının yabancı uyruklu olduğu anlaşıldığından, çalışmasının izne dayalı olup olmadığı hususu araştırılıp açıklığa kavuş-

¹⁹⁶ Y.9.HD, Karar Tarihi: 07.06.2005, 2004/24583 E. ve 2005/20488 K., www.corpus.com.tr, E.T: 06.06.2025; Benzer yönde karar için bkz. Y.9.HD, Karar Tarihi: 11.10.2005, 2005/12936 E. ve 2005/33070 K., https://mevzuat.sinerjias.com.tr, E.T: 06.06.2025.

¹⁹⁷ Cengiz-Urhanoglu (n 17) 207.

¹⁹⁸ Y.9.HD., Karar Tarihi: 14.11.2013, 2013/11344 E. ve 2013/29311 K., www.corpus.com.tr, E.T: 06.06.2025.

¹⁹⁹ Y.9.HD, Karar Tarihi: 26.09.2006, 2006/20061 E. ve 2006/24888 K., www.corpus.com.tr, E.T: 06.06.2025.

²⁰⁰ Y.9.HD, Karar Tarihi: 02.07.2012, 2010/7651 E. ve 2012/25527 K. https://mevzuat.sinerjias.com.tr, E.T: 06.06.2025.

turulduktan sonra, izin almadan çalıştığıнын tespiti halinde, taraflar arasında ki hukuki ilişkinin niteliğine bakılarak uyuşmazlığın genel hükümlere göre çözülmesi gerektiğini belirtmiştir.

Ayrımcılığa ilişkin bir somut olayda²⁰¹, davacı işçi, aynı unvana sahip yabancı personel ile eşit haklara sahip kılınmadığını, ırk anlamında ayrımcılık yapıldığını, yabancı personel işten ayrılırken, işveren tarafından “göç tazminatı” ödediği, kendisine bir ödeme yapılmadığını ileri sürmüştür. Dolayısıyla işçi, İş Kanunu’nu m.5’e aykırı davranıldığı gerekçesiyle, kötü niyet ve ayrımcılık tazminatı talep etmiştir. Yargıtay, yabancı işçilerin konumlarını dikkate alarak, ülkelerine dönmeleri için verilecek göç tazminatı adı altında, işçiye ödenecek tutarın, ayrımcılık oluşturmayacağını kabul etmiştir. Burada eşitliğin nispi olarak ele alındığı görülmektedir (AY m.10).

5. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Açısından Göçmen İşçiler

Göçmen işçilerin korunmalarının bir parçası da sosyal güvenlik şemsiyesi altında yer almalarıdır. Göçmen işçilerin sosyal güvenlik hakları hem AİHM hem ILO tarafından ele alınmıştır. Sosyal güvenlik hakkının temelini İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi oluşturmaktadır (AY m.22). Ayrıca, Anayasa’da *herkesin* sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir (AY m.66). Dolayısıyla işçinin yabancı olması, sosyal sigortalar koruması altına alınmasına engel değildir²⁰². Göçmen işçiler, çalıştıkları ülkenin vatandaşları ile sosyal güvenlik hukuku bağlamında eşit muameleye tabi tutulması ve iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinden yararlandırılmaları gerekir. Anılan işçilerin kendi ülkelerine döndüklerinde, yurtdışında kazandıkları hakların korunması, uluslararası belgelerin gereğidir. Bu yüzden göçmen işçilerin, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanun²⁰³ (SSGSSK) açısından da hukuki konumları önem taşır.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu²⁰⁴ (SSK) döneminde, göçmen işçiler, kısa vadeli sigorta kollarından zorunlu olarak, uzun vadeli sigorta kollarında ise istek ile yararlanabilmekteydiler (SSK m.3/f.2, a). 5510 sayılı Kanun’un, “*Sigortalı Sayılan*” başlıklı maddesinde hizmet akdi ile çalışan yabancı uyruklu kişilerin kısa ve uzun vadeli sigorta kolları kapsamında değerlendirilebileceği düzenlenmiştir (SSGSSK m.4/f.2, c). Anılan hükümde, mütakabiliyet şartından söz edilmektedir²⁰⁵. Burada anlaşılması gereken, uluslararası sosyal güvenlik

²⁰¹ Y.9.HD, Karar Tarihi: 23.02.2012, 2009/46706 E. ve 2009/46706 K., www.corpus.com.tr, E.T: 06.06.2025.

²⁰² A. Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, Ender Gülver, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (22. Baskı Beta Yayınevi, İstanbul, 2023) 290.

²⁰³ Resmî Gazete Tarihi: 16.06.2006 Resmî Gazete Sayısı: 26200.

²⁰⁴ Resmî Gazete Tarihi: 31.07.1964-01.08.1964 Resmî Gazete Sayısı: 11766-11779 (Mülga).

²⁰⁵ Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (19.Baskı Beta Yayınevi, İstanbul, 2021) 93.

anlaşmaları kapsamında bulunan göçmen işçiler için öncelikle, ilgili sosyal güvenlik anlaşmasının hükümlerinin uygulanması gerekmektedir²⁰⁶. Ancak göçmen işçiye kapsayan bir sosyal güvenlik anlaşması bulunmaması durumunda, 5510 sayılı Kanunun hükümleri, göçmen işçilere uygulanacaktır²⁰⁷. Başka bir ülkede faaliyette bulunan bir işveren tarafından Türkiye'ye gönderilen yabancı işçiler, geldikleri ülkede sigortalı olduklarını belgelemek şartıyla, Türkiye'de zorunlu sigorta kapsamı dışında kalabilirler²⁰⁸.

Nitekim konuya ilişkin Yargıtay kararında²⁰⁹, 06.08.2003 tarihinden itibaren, yabancılık unsurunun, artık sosyal sigortadan yararlanmaya engel oluşturmaya-acağı vurgulanmıştır. Dolayısıyla göçmen işçilerin sigortalı sayılması, normatif düzenlemeye kavuşturulmuştur²¹⁰. Başka bir deyişle, iş sözleşmesi ile çalışan tüm göçmenler, kısa vadeli veya uzun vadeli sigorta kolları fark etmeksizin 5510 sayılı Kanun kapsamında kabul edilmesi gerekir²¹¹. Ancak göçmenlerin genel sağlık sigortasından yararlanabilmeleri şartı, Türkiye'de ikamet etmelerine bağlanmıştır²¹². (SSGSSK m.60/f.3).

Yabancıların sosyal güvenlik haklarına ilişkin başka bir düzenleme de UİK'ta bulunmaktadır. Buna göre, Uluslararası koruma başvurusu sahibi kişiler, herhangi bir sağlık güvencesine sahip değillerse bu kişiler genel sağlık sigortasından faydalanabilecek ve primleri Göç İdaresi tarafından ödeme güçlerine göre tahsil edilecektir²¹³ (UİK m.89).

Öğretide bir görüşe göre, sadece düzenli halde olan göçmen işçiler, tıpkı Türk vatandaşları gibi iş sözleşmesi kapsamında fiili olarak çalışmaya başlamaları halinde, 5510 sayılı Kanun kapsamına dahil olacaklardır. Ancak düzensiz göçmen işçilerin iş sözleşmesinin geçersizliği, sosyal güvenlik haklarından mahrum kılınması anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir²¹⁴. Eğer göçmen işçinin fiili çalışması tespit edilmişse, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarından yararlanabilecektir.

²⁰⁶ Güzel, Okur ve Caniklioğlu, (n 205) 93.

²⁰⁷ Güzel, Okur ve Caniklioğlu, (n 205) 93.

²⁰⁸ Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku* (2.Baskı, Gazi Kitapevi, Ankara 2022) 255, 256.

²⁰⁹ Y.9.HD, Karar Tarihi: 28.03.2016, 2015/10513 E. ve 2016/5356 K., www.corpus.com.tr, E.T: 06.06.2025; YHGK, K.T: 2013/21-794 E. ve 2014/435 K., https://mevzuat.sinerjias.com.tr, E.T: 06.06.2025; 4958 sayılı Yasa ile 506 sayılı Kanunun 3/II-A bendinin yürürlükten kalktığı için 06.08.2003 tarihinden itibaren, yabancılık unsuru artık sosyal sigortadan yararlanmaya engel oluşturmadığı anılan Kararda ifade edilmiştir.

²¹⁰ Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli (n 14) 256.

²¹¹ Çelikel ve Öztekin-Gelgel (n 15) 291.

²¹² Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli (n 14) 257.

²¹³ Senem Erumcu, "Sığınmacıların ve Mültecilerin Sosyal Güvenlik Hakkı" (2013) Çalışma İlişkileri Dergisi, 4(2) 67.

²¹⁴ Çağlar Çopuroğlu, "Türkiye'deki Yabancı Kayıt Dışı İşçilerin Kısa ve Uzun Vadeli Sosyal Sigortalar Üzerinde Oluşturduğu Riskler" (2021) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(17) 291.

Benzer bir yaklaşım gösteren, *Civan ve Gökalp*, düzensiz göçmen işçilerin bir insan hakkı olarak iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinden yararlanmaları gerektiğini ifade etmişlerdir²¹⁵. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında²¹⁶, çalışma izni olmayan göçmen işçinin hizmet tespit davası açamayacağına ilişkin ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır.

Bir işçinin sigortalı sayılıp sayılmayacağı belirlenirken 5510 sayılı Kanun'un hükümlerinden yararlanılır. Yargıtay, işçinin 5510 sayılı Kanunu'nun m.4/1, a ve m.4/1, b'ye göre, sigortalı sayılabilmesi için ilk olarak işveren ile işçi arasında hizmet akdine bağlı bir çalışma ilişkisi olması, ikincisi işin işverene ait iş yerinde ya da iş yerinden sayılan yerlerde yapılması, son olarak da kişilerin, 5510 sayılı Kanun'un 6.maddesinde belirtilen istisnalar kapsamında olmamasını aramıştır²¹⁷. Sigortalılık şartı olan iş ilişkisinin, İş Hukukunun kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir²¹⁸. Eğer taraflar arasındaki sözleşme hizmet sözleşmesi değilse, o zaman sigortalılığında olmayacağı ifade edilmiştir²¹⁹.

SONUÇ

Göçmen işçilerin hukuksal konumu hem uluslararası hem ulusal normlarda ele alınmıştır. Ancak göçmen işçilerin konumunun belirlenmesinde bileşenlerin çokluğu bu konuya çözüm getirmeyi güçleştirmektedir. Göçmen işçilerin ekonomik maliyeti iç hukuklarca göz ardı edilmemektedir. Diğer yandan anılan işçilerin temel haklardan biri olan çalışma hakkının sınırlandırılması, uluslararası kabul gören belgeler karşısında eleştiriye açık olacağı da kaçınılmazdır.

Dolayısıyla ülkeler arası iç hukuklarda normatif düzenleme açısından yeknesaklık sağlamak oldukça zordur. Terminolojik birlikteliği sağlamak da tam bir uyumdan söz edilemez. Biz çalışmamızı göçmen işçiler bağlamında şekillendirdik. Bu kapsamda “*döngüsel göçmen işçi*”, “*sınır işçi*”, “*mevsimlik işçi*” ve “*gezici işçi*” kavramlarına da yer verdik.

Göçmen işçiler, bulundukları ülkelerde ekonomik ve sosyal haklardan ayırım yapılmaksızın yararlandırılmalıdırlar. Bu noktada uluslararası sözleşmeler ve ILO normları, göçmen işçilerin temel haklarının korunmasında belirleyici bir role sahiptir. ILO'nun özellikle 97 ve 143 sayılı sözleşmelerinde, göçmen işçilerin korunmasında karşılıklılığın aranmaması oldukça önemlidir.

²¹⁵ Civan ve Gökalp (n 52) 257.

²¹⁶ Y.10.HD., K.T:26.05.2025, 2022/5942 E. ve 2022/7922 K. <https://mevzuat.sinerjias.com.tr>, E.T: 06.06.2025; Kararın karşı oy yazısında, 102 sayılı ILO, sözleşmesinin 1.maddesine atıf yaparak, yabancı uyruklu çalışan açısından çalışma izninin sigortalılık hakkı kapsamında aranması uluslararası sözleşmeler ve iç hukuk kurallarına uygun olmadığı belirtilmiştir.

²¹⁷ Y.21.HD, Karar Tarihi: 18.06.2020, 2020/1168 E. ve 2020/2450 K. www.corpus.com.tr, E.T: 06.06.2025; Ayrıntılı bilgi için bkz. Şükran Ertürk, *Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri*, (Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, On iki Levha Yayıncılık, Ankara, 2022) 587-591.

²¹⁸ Güzel, Okur, Caniklioğlu (n 205) 78; Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 202) 284.

²¹⁹ Güzel, Okur, Caniklioğlu (n 205) 78; Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 202) 284.

ILO'nun 118 ve 157 sayılı Sözleşmeler 'inde de göçmen işçilerin sosyal güvenlik açısından hiçbir ayrıma tabi tutulmaması gerektiği vurgulanmıştır. Keza ILO'nun 151 sayılı Tavsiye Kararında belirtildiği üzere, göçmen işçilerin işçilik haklarının, aynı koşullarda çalışan ülke işçileri gibi eşitlik ilkesi doğrultusunda işçilik alacaklarına hak kazanması gerekir.

İncelememiz içerisinde değinilen, Tüm Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (ICMW)'de yer alan göçmen işçilere tanınan haklarında duraksamaksızın uygulanması, anılan Sözleşmenin gereğidir. Avrupa İnsan Hakları Komitesi (CEDS) kararlarında da göçmen işçilerin, düzensiz de olsa mevzuatla haklarının yok sayılmasının Avrupa Sosyal Şartı'na aykırı olduğu düşüncesinin, bu konuda atılan önemli adımlardan biri olduğu söylenebilir.

Daha önce sözü edilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir kararında vurgulandığı üzere, göçmen işçiler sömürüye açık tutulmamalıdır. Keza başka bir kararında da sosyal güvenlik hakları açısından göçmen işçilerin, ülke işçileriyle farklı bir uygulamaya tabi tutulamayacağına hükmedilmesinden hareketle, esaslı bir sebep olmadıkça eşitlikten ayrılanamayacağı görüşünü de benimsemekteyiz. Anayasamız açısından gerek yabancı işçiler gerek göçmen işçiler nispi eşitlik (AY m.10) bağlamında ele alınması gerekmektedir. Çünkü iç hukukumuzda da eşitlik ilkesi nispi eşitlik olarak ele alınmıştır.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu, göçmen işçilerin hukuksal çerçevesini çizmekte çağdaş adımlar olarak kabul edilebilir. Ancak düzensiz göçmen işçiler bakımından halen pek çok hukuki sorun devam etmektedir. Özellikle iş sözleşmelerinin geçerliliği ve sosyal güvenlik haklarına erişim konularında uygulamada yaşanan belirsizlikler ve hukuki boşluklar göçmen işçileri kırılgan hale getirmektedir.

Sosyal sigorta açısından göçmen işçilerin hem işveren hem devlet için bir maliyet unsuru olacağı kaçınılmazdır. Ancak sosyal güvenliğin tarihsel kökeni daha eski ve insan yaşamıyla doğrudan ilişkili oluşu nedeniyle bu konuda özellikle, Devlette düşen pay açısından daha fazla mali fedakârlık gerektiği söylenebilir. Ancak Devlet mali iktisadi ve sosyal ödevlerini mali kaynakları yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği Anayasa hükmüdür (AY m.65). Bu durum, Türk vatandaşları içinde geçerlidir.

Göçmen işçilerin çalışma haklarının korunması, insana yakışır çalışma koşullarının sağlanması ve ekonomik haklarının güvence altına alınması, sadece bireysel adalet anlayışı açısından değil, toplumsal barış ve uyum açısından da son derece önemlidir. Devletlerin ulusal düzenlemelerini, uluslararası insan hakları normları ile uyumlu hale getirmeleri ve göçmen işçilerin haklarını korumaya yönelik politikaları etkin biçimde uygulamaları gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Ahrens W., Dichter S. M., Lewis M., *International Labor and Employment Laws Germany* (Ed. William L. Keller ve Timothy J. Darby, Third Edition Volume IA Frankfurt, New York, Philadelphia, 2009).

Akandji-Kombe J. F., *Avrupa Sosyal Şartı'nın "Ratione Personae" (Kişi Bakımından) Uygulanabilirliği: Gölgele ve Işıklar* (Kordinatör, Olivier De Schutter, Avrupa Konseyi Ankara, 2010).

Arıcı K., *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku* (2.Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2022).

Başbuğ A., *İş ve Hukuk* (3.Baskı Binyıl Yayınevi, 2013).

Cengiz-Urhanoglu, İ., "Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti" (2008) Çalışma ve Toplum 4 187-211.

Çelik N., Caniklioğlu N., Canbolat T., ve Özkaraca E., *İş Hukuku Dersleri* (36. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023).

Çelikel A. ve Öztekin-Gelgel G., *Yabancılar Hukuku* (28.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024).

Civan O.E. ve Gökalp A., "Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmen İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği" (2011) Çalışma ve Toplum 1 (28) 233-264.

Civan O.E., "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar" (2018) Ankara Barosu Dergisi, 75(4) 205-290.

Çopuroğlu Ç., "Türkiye'deki Yabancı Kayıt Dışı İşçilerin Kısa ve Uzun Vadeli Sosyal Sigortalar Üzerinde Oluşturduğu Riskler" (2021) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(17) 277-293.

Doğan V., Yılmaz A. Ç. ve Ayhan-İzmirli L., *Türk Yabancılar Hukuku* (8.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2024).

Doğan-Yenisey, K., "İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış", (Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011).

Doğan-Yenisey, K., *İş Hukukunun Emredici Yapısı* (1.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014).

Doğan-Yenisey K., "İş Kanununda Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı" (2006) Çalışma ve Toplum, 4(11) 63-82.

Er S., "Yabancıların Çalışma İzinleri Ve Ön İzin Müessesesi" (2014), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (4) 176-221.



Ertürk Ş., *Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri*, (Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, On iki Levha Yayıncılık, Ankara, 2022).

Eren F. ve Dönmez Ü., *Eren Borçlar Hukuku Şerhi C. I* (2.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2023).

Eren F. ve Dönmez Ü., *Eren Borçlar Hukuku Şerhi C. V* (2.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2023).

Ermumcu S., “Sığınmacıların ve Mültecilerin Sosyal Güvenlik Hakkı” (2013) Çalışma İlişkileri Dergisi, 4(2) 58-76.

Eyrenci Ö., Taşkent S., Ulucan D. ve Baskan E., *İş Hukuku* (20.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020).

Florez L. M. ve Menendez A. N., *International Labor and Employment Laws, Spain* (Ed. William L. Keller ve Timothy J. Darby, Third Edition Volume IA Madrid, 2009.)

Fox-Ruhs C. ve Ruhs M. “The Fundamental Rights of Irregular Migrant Workers in the EU: Understanding And Reducing Protection Gaps” (2022) European Parliamen.

Grodinsky D.M. ve Kaufer J.D., *International Labor and Employment Laws* (Ed. Anne M. Radolinski Ute Krudewagen, ABA, Chicago, 2022).

Gümüş M.A., *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınevi, İstanbul, 2021).

Gümüşlü- Tunçağlı G., “Türk Yabancılar Hukuku Kapsamında “Yabancı Kaçak İşçi” Kavramı” (2021) MHFD. (1) 87-116.

Güzel A., Okur A. R., ve Caniklioğlu N., *Sosyal Güvenlik Hukuku* (19.Baskı Beta Yayınevi, İstanbul, 2021).

Heenan L., R., *International Labor and Employment Laws, Canada*, (Ed. William L. Keller ve Timothy J. Darby, Third Edition Volume IB, Ouebec, 2009).

Hermansson L., Lundberg A., Gruber S., Jolly A., Lind J., Righard E. ve Scott H., “Firewalls: A Necessary Tool To Enable Social Rights For Undocumented Migrants In Social Work” (2022) International Social Work 65(4) 678-692.

ILO “Göçmen İşçiler, Mülteciler ve Ailelerini Sosyal Koruma Kapsamına Almak: Politika Belirleyiciler ve Uygulayıcılar İçin Rehber.” (2021) Cenevre: ILO.

Kaplan-Senyen E.T., *Bireysel İş Hukuku* (13. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2023, Ankara).

Kaya C., “Türkiye’de Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları” (2017) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(5) 55-77.

Kener J., *International Labor and Employment Laws, EU* (Ed. William L. Keller ve Timothy J. Darby, Third Edition Volume IA, Chicago, 2009).

Keskin C., “Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü ile Çalışma Hakkı Bağlamında Şartlı Mülteciler” (2019) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 25 (1) 388-433.

Kocayusufpaşaoğlu N., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.I* (4.Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2008).

McGovern P., Thielemann E. ve Hammoud-Gallego O. “The Return Of The State: How European Governments Regulate Labour Market Competition From Migrant Workers” (2025) Comparative Migration Studies, 13(1) 1-18.

Olivier M. ve Govindjee A., “Labour Rights And Social Protection Of Migrant Workers: In Search Of A Co-Ordinated Legal Response” (2013) Labour Law Research Network Inaugural Conference in Barcelona. 1-40.

Özkaraca E. ve Ünal C., “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu” (2014) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan 1 (20) 356-410.

Öztürk N.Ö., “1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi” (2016) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 65 (2) 393-448.

Kandemir M. ve Yardımcıoğlu D., “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi” (2014) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19, (30) 1-44.

Kılıçoğlu M. ve Kılıçoğlu-Ada İ., *İş Kanunu Yorumu*, 6. Baskı, Platon Yayıncılık, Ankara 2024).

McDougal M, Lasswell H ve Chen L, “The Protection Of Aliens From Discrimination And World Public Order: Responsibility Of States Conjoined With Human Rights” American Journal of International Law, (1976) 432-469.

Mitskaya E., Sarykulov K. ve Roisah K. (2024) “Problems of Equality in the Realisation of the Right to Association in Kazakhstan” Law Reform, 20(2) 431-454.

Mollamahmutoğlu H., Astarlı M. ve Baysal U. *İş Hukuku*, (7.Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2022).

Nomer N. H., *Borçlar Hukuk Genel Hükümleri* (18.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021).



Pécoud A. “The Politics of the UN Convention on Migrant Workers’ Rights” (2017), Groningen Journal of International Law, 5(1) 57-72.

Piergiorgio Mandruzzato A., *International Labor and Employment Laws, Italy* (Ed. William L. Keller ve Timothy J. Darby, Third Edition Volume IA, Milan, 2009.)

Recio, C. M., *International Labor and Employment Laws, America*, (Ed. William L. Keller ve Timothy J. Darby, Third Edition Volume IB, Washington D.C, 2009)

Ryan B. ve Mantouvalou V. “The Labour and Social Rights of Migrants in International Law” Oxford University Press, (2014) 177-211.

Schutter O., *Avrupa Sosyal Şartı’nın İki Yaşamı* (Kordinatör, Olivier De Schutter, Avrupa Konseyi Ankara, 2010).

Schuster D-M., Steinau-Steinrück R. ve Mengel A., *Employment And Labor Law in Germany* (5.Baskı, C.H.Beck, München, 2025).

Süzek S., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği” (2014) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan 1(20) 123-141.

Süzek S. ve Başterzi S., *İş Hukuku* (24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024).

Taran P.A. ve Geronimi E, *Globalization, Labour and Migration: Protection is Paramount* (International Labour Office, Cenevre, 2003).

Tuncay A.C, Ekmekçi Ö., Gülver E., *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (22. Baskı Beta Yayınevi, İstanbul, 2023).

Tunçomağ K. ve Centel T., *İş Hukuku Esasları*, (10. Baskı Beta Yayınevi, İstanbul, 2022).

Toksöz G., Erdoğan S. ve Kaşka S. “Irregular Labour Migration In Turkey And Situation Of Migrant Workers In The Labour Market” Report (2012).

Yavuz C., *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümleri)* (19.Baskı, Beta Yayınevi, 2024).

Yıldız A. ve İzmirlioğlu A., “Türkiye’de Yaşayan Uluslararası Koruma ve Geçici Koruma Statüsündeki Yabancıların Çalışma İzni, İş Sözleşmeleri, Diploma Denklik ve Meslek İcrasına İlişkin Durumlarının Hukuki Açından Değerlendirilmesi” (2022) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 71 (1), 25-63.

MEDENİ USÛL HUKUKUNDA ÇİFTE ETKİLİ VAKIALAR

The Concept of Doubly Relevant Facts in Civil Procedure

Cansu ATICI KABALAK*

Özet

Çifte etkili vakıalar, bir davada hem uyuşmazlığın esasına hem de yargılamanın devamına ve esasın incelenmesine engel teşkil eden usûlî müesseselere (dava şartları ve ilk itirazlar) etki eden çift yönlü vakıalardır. Yargılamanın başında mahkemenin dava şartları ve ilk itirazlara ilişkin bir değerlendirme yaparken çifte etkili vakıaları değerlendirmesi dolaylı yoldan uyuşmazlığın esasına da girilmesini gerektirmektedir. Ayrıca yargılamanın son aşamasında çifte etkili bir vakıanın eksikliği, her ne kadar esasa ilişkin bir değerlendirme yapılmış olsa da dava şartı eksikliği sebebiyle davanın usûlden reddedilmesi sonucunu doğurmaktadır. Medeni usûl hukukunda çifte etkili vakıa teorisi, çifte etkili vakıaların yargılamada ortaya çıkarılabileceği sorunları ortadan kaldırmayı hedeflemektedir. Bu çalışmada çifte etkili vakıa teorisi çerçevesinde çifte etkili vakıa olgusu kavramsal olarak değerlendirilecek, ayrıca bu teorinin Türk hukukunda uygulanabilirliği tartışılacaktır. Çifte etkili vakıaların bulunması durumunda yargılamanın başında bu durumun tespitinin sadece davacının iddiaları üzerinden olgusal bir değerlendirme ile mi yapılması gerektiği yoksa tüm iddia ve delillerin değerlendirilmesi sonucunda mı yapılması gerektiği hususu üzerinde durulacaktır. Bununla birlikte çifte etkili bir vakıanın eksikliği durumunda uyuşmazlığın esasa ilişkin bir kararla mı yoksa usûle ilişkin bir kararla mı sonuçlandırılabilceği hususu değerlendirilecektir. Son olarak çifte etkili vakıa teorisinin uygulanabilirliği bazı usûlî müesseseler üzerinden değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Çifte etkililik, vakıa, yargılama, ön inceleme, görev, dava şartı

Abstract

Doubly relevant facts are facts that affect both the substance and the procedure of a dispute. When assessing the case conditions and the first objections at the outset of the proceedings, the court's evaluation of doubly relevant facts implicitly requires an examination of the substance of the dispute as well. Alternatively, at the final stage of the proceedings, the lack of a doubly relevant fact may lead to the dismissal of the case due to an insufficiency in procedural requirements. In civil procedural law, the theory of doubly relevant facts aims to address and eliminate the potential issues that such facts could create in the course of litigation. This study will examine, within the framework of the theory of doubly relevant facts, whether the identification of such facts at the beginning of the proceedings should be based solely on a factual assessment derived from the claimant's allegations, or if it should encompass the evaluation of all claims and evidence. Additionally, the study will assess whether the absence of a doubly relevant fact results in a

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 23.04.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Katip Çelebi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü/Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, İzmir-Türkiye, E-posta: cansu.atici@ikc.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-5503-9234>

decision concerning the substance of the dispute or one related to procedural matters. Finally, the applicability of the theory of doubly relevant facts will be evaluated through certain procedural institutions.

Keywords: Doubly relevant, facts, trial, preliminary review, jurisdiction, condition of the lawsuit

GİRİŞ

Yargılamada, bazı vakıalar hem uyuşmazlığın usûlî bir karar ile sona erdirilmesi hem de uyuşmazlığın esasına ilişkin çözüm bakımından belirleyici nitelik taşımaktadır. Bu tür vakıalar, öğretide “*çifte etkili vakıa*” olarak adlandırılmaktadır. Çifte etkili vakıa teorisi, ise bu vakıaların yargılamadaki işlevini konu edinmektedir.

Türk hukukunda hukuk yargılamasında dava şartları ve ilk itirazlar yargılamanın henüz başında, ön inceleme aşamasında ele alınması gereken usûl hukukuna ilişkin müesseselerdir. Ancak çifte etkili vakıaların, taşıdıkları çift yönlü nitelik gereği, yargılamanın henüz başında, yalnızca usûle ilişkin bir değerlendirme ile ele alınmaları her zaman mümkün değildir. Bu durum, davanın daha ilk aşamalarında usûle ilişkin bir karar verilirken, esasa ilişkin hususların da dolaylı biçimde değerlendirilmesine yol açmaktadır. Öğretide yargılamada bu durum sebebiyle ortaya çıkabilecek birtakım sorunlar çifte etkili vakıa teorisi ile çözümlenmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde, çifte etkili vakıa teorisinin tarihsel gelişimi ile kavramsal ve terminolojik çerçevesi ortaya konulmaktadır. Bu bağlamda, vakıa kavramı ile çifte etkililik arasındaki ilişki değerlendirilecek; teorisinin geniş ve dar anlamdaki yansımaları arasındaki ayrım açıklığa kavuşturulacaktır.

İkinci bölümde teori, ayrıntılı biçimde ele alınacak ve yargılama sürecindeki uygulanışı değerlendirilecektir. Özellikle, çifte etkili vakıaların tespiti bakımından yalnızca davacının ileri sürdüğü iddiaların dikkate alınarak olgusal değerlendirme ile yetinilip yetinilemeyeceği ya da tüm tarafların iddia ve delillerinin kapsamlı biçimde incelenmesinin zorunlu olup olmadığı tartışılacaktır.

Üçüncü bölümde, teorisinin uygulanabilirliğini sınırlayan ya da dışlayan istisnai durumlar ele alınacaktır. Bu çerçevede, özellikle hakkın kötüye kullanılması yasağı, yargı yetkisine ilişkin kurallar ve tahkim yargılaması gibi kavramlar ışığında teoriye getirilen sınırlamalar değerlendirilecektir. Son bölümde ise, çifte etkili vakıa teorisinin bazı usûlî müesseselere uygulanabilirliği değerlendirilecektir.

I. GENEL OLARAK ÇİFTE ETKİLİ VAKIA

A. ÇİFTE ETKİLİ VAKIA TEORİSİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Hukuki koruma talep eden taraflar, usûlüne uygun bir yargılama sürecinin yürütülebilmesi için kanun koyucu tarafından konulmuş kurallara uymak zorundadır. Adil bir yargılamanın yürütülebilmesi için getirilmiş bu kurallar, Alman medeni

usûl hukuku öğretisinde ilk defa Bülow tarafından ikiye ayrılarak değerlendirilmiştir¹. Bülow, bir davada karar verebilmek için uyumsuzluğun esasına ilişkin hususlar ile yargılamanın usûlüne uygun bir şekilde yürütülebilmesi için bulunması ya da bulunmaması gereken hususlar arasında bir ayrıma gitmiştir. Bülow bu ayrımı, Roma medeni usûl hukuku sistemini göz önünde bulundurarak yapmıştır.

Roma hukukunda medeni yargılama, iki aşamadan oluşmaktadır². İlk aşama, yargılamaya hazırlık (*in iure*) aşamasıydı³. Magistra önünde gerçekleşir ve *in iure* (*magistra önünde*) ismini alırdı. Bu aşamada magistra (*praetorlüğün ihdasından sonra praetor*), davanın esası hakkında bir karar vermekten kaçınılmaktaydı. Burada genellikle yargı yetkisi, taraf ehliyeti, dava ehliyeti gibi yargılama şartları ile uygulanacak hukuk kuralları tespit edilmekteydi⁴. Diğer aşama ise esasa ilişkin yargılamanın (*apud iudicem*) gerçekleştiği aşamaydı⁵. Bu aşamada tarafların dinlenilmesi ve delillerin değerlendirilmesinden sonra esasa ilişkin karar verilir⁶. Bülow da bu ayırmadan hareketle talebin usûlî bakımdan geçerliliği (*Zulässigkeit*) ile talebin maddî hukuk açısından haklılığı (*Begründetheit*) arasında bir ayrım yapmıştır⁷. Bu ayrıma göre mahkeme, yargılama başladığında esasa ilişkin bir karar vermeden önce usûle ilişkin bazı şartların sağlanıp sağlanmadığını değerlendirmek zorundadır⁸. Başka bir deyişle mahkeme sadece esasa ilişkin hususları değerlendirmemeli bunlara ek olarak bir yargılamanın yürütülebilmesi için bulun-

¹ Oscar Bülow, *Die Lehre den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* (Verlag von Emil Roth 1868) 29.

² Peter Apathy, Georg Klingenberg ve Martin Pennitz, *Einführung in das Römische Recht*, (5. verbesserte und ergäuzte Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht 2012), 274; Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek ve Thomas Rüdner, *Handbuch des Römischen Privatrechts Band I-III*, (1. Auflage, Mohr Siebeck, 2023) 325-326; Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları* (3. Baskı, Beta, 1999), 223; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması* (16. Baskı, Turhan Kitapevi 2013) 282; Bülent Tahirolu ve Belgin Erdoğmuş, *Roma Hukuku Dersleri* (7. Baskı, D&R Yayınları 2011) 241; Meral Sungurtekin Özkan ve Gökçe Türkoğlu, *Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları*, (Seçkin, 2008) 12.

³ Apathy, Klingenberg ve Pennitz (n 2) 274; Babusiaux, Baldus, Ernst, Meissel, Platschek ve Rüdner (n 2) 325-326; Umur (n 2) 223; Karadeniz Çelebican (n 2) 282; Tahirolu/Erdoğmuş (n 2) 241; Sungurtekin Özkan ve Türkoğlu (n 2) 13.

⁴ Apathy, Klingenberg ve Pennitz (n 2) 274; Umur (n 2) 223; Tahirolu/Erdoğmuş (n 2) 241.

⁵ Apathy, Klingenberg ve Pennitz (n 2) 274; Babusiaux, Baldus, Ernst, Meissel, Platschek ve Rüdner (n 2) 328; Umur (n 2) 224; Karadeniz Çelebican (n 2) 286-287; Tahirolu ve Erdoğmuş (n 2) 241; Sungurtekin Özkan ve Türkoğlu (n 2) 13.

⁶ Apathy, Klingenberg ve Pennitz (n 2) 274; Babusiaux, Baldus, Ernst, Meissel, Platschek ve Rüdner (n 2) 328; Umur (n 2) 224; Karadeniz Çelebican (n 2) 287; Tahirolu ve Erdoğmuş (n 2) 241; Sungurtekin Özkan ve Türkoğlu, (n 2) 13.

⁷ Bülow (n 1) 29; Hand Berg, 'Zulässigkeitsvoraussetzungen im Zivilprozess' (1969) *Juristische Schulung*, Heft 3, 124.

⁸ Walther J Habscheid, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht* (2. Baskı, Basel/Frankfurt am Main 1990) N 361; Urs Henryk Hoffmann-Nowotny, *Doppelrelevante Tatsachen im Zivilprozess und Schiedsverfahren* (Zürich/St. Gallen 2010) N 1.



ması ya da bulunmaması gereken şartların da olup olmadığını araştırmalıdır. Bu şartlar, medeni usûl hukukunda dava şartları ya da yargılama şartları olarak ifade edilmektedir⁹. Türk hukuku öğretisinde de dava şartları, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi, yargılamanın mümkün olması ve karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan şartlar olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Dava şartlarına ilişkin denetim yargılamanın en başında yapılmalıdır. Çünkü bir dava şartının eksikliği durumunda, uyuşmazlık daha fazla tartışılmaz. Bu şekilde uyuşmazlığın çabuk ve hızlı bir şekilde ele alınması hedeflenmektedir¹¹.

Bununla birlikte bir uyuşmazlığın esası hakkında karar verebilmek için değerlendirilmesi gereken bazı vakıalar, aynı zamanda dava şartları bakımından da önem arz edebilir. Alman hukukunda Mezger, hem uyuşmazlığın esası ile ilgili olan hem de davanın kabule şayanlık şartları ile ilgili olan vakıaları, çifte etkili vakıalar (*doppelrelavante Tatsachen*) olarak ifade etmektedir¹². Bu teori, kökenini Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1892 tarihli kararına dayandırmaktadır. Kararda görev üzerinden genel bir değerlendirme yapılmış; görevli mahkemeyi belirleyen vakıaların talebi bireyselleştirdiği ifade edilmiştir. Kararda açık olarak çifte etkili vakıa terimi kullanılsa da bu karara göre görevin belirlenmesinde esas alınması gereken vakıaların uyuşmazlığın esası ile de ilgili olması durumunda davanın başında göreve ilişkin ayrıca bir ispat faaliyetine girilmesine gerek

⁹ Bülow (n 1) 6-7.

¹⁰ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usûlleri* (7. baskı, Güzel Sanatlar Matbaası 1960) 202–203; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (Cilt I-II, 7. baskı, Filiz Kitapevi 2000) 281; Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku* (AÜHF Yayını No: 442, Sevinç Matbaası 1979) 148; Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (3. baskı, Sevinç Matbaası 1978) 402–403; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü* (Cilt II, 6. baskı, Demir Yayıncılık 2001) 1343; Baki Kuru, “Dava Şartları” in *Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1964) 111; Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usûl Hukuku Esasları* (8. baskı, Beta 2011) 190; Timuçin Muşul, *Medeni Usûl Hukuku* (3. baskı, Adalet Yayınevi 2012) 100; İlhan E Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usûl Hukuku Dersleri* (8. baskı, Vedat Kitapçılık 2020) 201; Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinâf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı* (7. baskı, Yetkin Yayınları 2022) 130; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Cilt II, 4. baskı, Yetkin Yayınları 2021) 2562; Ejder Yılmaz, Ramazan Arslan, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usûl Hukuku* (7. baskı, Yetkin Yayınları 2021) 315; Hakan Pekcanitez, *Medeni Usûl Hukuku* (Cilt II, On İki Levha 2017) 927; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı* (11. baskı, On İki Levha 2023) 211–212; Süha Tanrıver, *Medeni Usûl Hukuku* (Cilt I, Yetkin Yayınları 2021) 679; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usûl Hukuku* (5. baskı, Yetkin 2023) 316; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usûl Hukuku* (10. baskı, Filiz Kitabevi 2022) 169; Abdürrahim Karlı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (5. baskı, Filiz Kitabevi 2020) 395; Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usûl Hukuku* (11. baskı, Yetkin Yayınları 2022) 204; Cansu Atıcı, *Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti* (Seçkin Yayıncılık 2021) 335 vd; Servet Kantarcıoğlu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. Maddesi Çerçevesinde Medeni Usûl Hukukunda Dava Şartlarının İncelenmesi* (On İki Levha 2024) 11 vd.

¹¹ Kuru, Dava Şartları (n 10) 112.

¹² Edmund Mezger, *Prozessual-materielle Doppelrelevanz einer Tatsache im zivilprozessualischen Erkenntnisverfahren* (Diss. Tübingen 1908) 55; Hoffmann-Nowotny (n 8) N 9.

yoktur; davacının bu vakıa hakkındaki iddiaları yeterli kabul edilmelidir. Görevli mahkemenin belirlenmesine ilişkin vakıaların uyuşmazlığın esasından bağımsız olduğu durumlarda ise bu vakıaların ayrıca ispatlanması gerekir¹³.

İsviçre hukukunda da bu kavram, tartışma konusu yapılmış ve bu kavramın öğretide kendisine yer bulmasından sonra İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da bu kavrama yer verilmeye başlanmıştır¹⁴.

B. TERİNOLOJİ

Alman medeni usûl hukukunda “*çifte etkili vakıa*» terimi uzun bir süredir kullanılmaktadır¹⁵. Mezger, bir vakıanın hem kabule şayanlık şartlarına hem de uyuşmazlığın esasına etkili olmasından bahsetmiş ve bu durumu kısaca “*çifte etkili vakıalar*” olarak ifade etmiştir¹⁶. Alman hukukunda ise Federal Yüksek Mahkeme, 1990’lara kadar bu terime doğrudan atıfta bulunmamıştır¹⁷. Ancak yakın bir dönemde Schumann¹⁸, bu kavramı dogmatik bir temele oturtma çabası göstermiştir. Schumann’ın bu yaklaşımından sonra, terim İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi’nin içtihatlarına da girmiştir¹⁹. O günden itibaren, bu terim, özellikle geniş anlamda görevin ele alınması bakımından etkili olmuştur. Fransız hukukunda bu kavram kendisini “*faits à/de double pertinence*”²⁰ şeklinde göstermektedir. İtalyan hukukunda ise, söz konusu kavram “*doppia rilevanza*”²¹ olarak ifade edilmektedir. İngiliz hukukunda ise “*doubly relevant facts*”²² ifadesi kullanılmaktadır.

Alman medeni usûl hukukunda çifte etkili vakıalar, sadece geniş anlamda görevin belirlenmesinde değil, taraf ehliyeti ve dava ehliyeti gibi dava şartlarının

¹³ RGZ 43, 29 (Reichsgericht, 1892), 371-373, Jil Windau, *Doppelrelevante Tatsachen im Europäischen Zuständigkeitsrecht* (1. Baskı, Nomos 2021) 58; Hoffmann-Nowonty (n 8) N 183.

¹⁴ İsviçre hukukunda çifte etkili vakıa teorisinin kökenin Alman hukukuna dayandığı ve İsviçre hukukuna Alman hukukundan geçtiği kabul edilmektedir. Bu kavrama ilk olarak yargı kararlarından İsviçre Federal Mahkemesi’nin BGE 122 III 249 (1996) kararında bahsedilmeye başlanmış ve sonrasında farklı kararlarda da üzerinde durulmuştur. Hoffmann-Nowonty (n 8) N 9. Baumgartner ise 2022 yılında yayınladığı bir makalede son 20 yılda İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu konuya ilişkin olarak yılda ortalama 2 karar verdiğini ifade etmiştir. Samuel Baumgartner, ‘Doppelrelevante Tatsachen’ (2022) *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis* 2.

¹⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Windau (n 13) 58-60.

¹⁶ Mezger (n 12) 3.

¹⁷ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 183.

¹⁸ Ekkehard Schumann, ‘Examensprobleme der örtlichen Zuständigkeit im Zivilprozess (Folgen der örtlichen Unzuständigkeit, Gerichtsstandsfragen im Mahnverfahren, doppelrelevante Tatsachen)’ (1985) 25 *JuS* 206 vd.; Hoffmann-Nowonty (n 8) N 9.

¹⁹ BGE 122 III 249 (1996), www.swisslex.com, 10.03.2025.

²⁰ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 9.

²¹ Bruno Cocchi ve Francesco Trezzini, *Codice di procedura civile ticinese massimato e commentato: Appendice 2000/2004*, (2. Aufl. Verlag Lugano 2000) N 24; Hoffmann-Nowonty (n 8) N 9.

²² Yazar bu kavramı özellikle tahkim bakımından ele almıştır. Juan Carlos Landrove, *Assignment and Arbitration: A Comparative Study* (Schultess 2009) 89; Hoffmann-Nowonty (n 8) N 9.



tespitinde de önem arz etmektedir. Bu sebeple bazı yazarlar, çifte etkili vakıalar yerine “*rastlantı-denk gelme-tesadüf*” (*coincidence*)²³ veya “*nitelikli usûli şartlar*” (*qualifizierte Prozessvoraussetzungen*)²⁴ terimlerin kullanmasını önermektedir.

Türk hukukunda bu konunun özellikle görev, taraf ehliyeti ve dava ehliyeti bakımından ele alındığı görülmektedir. Öğretide çoğunlukla bu kavram için “*çift/çifte etkili vakıa*” teriminin kullanıldığı görülmektedir²⁵. Biz de bu sebeple çalışmamızda çifte etkili vakıa kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. Bununla birlikte öğretide Erişir, bu konuyu taraf ehliyeti bakımından ele alırken “*çift yönlü vakıa*”²⁶; Aslan ise bu kavramı görev bakımından detaylı bir şekilde ele aldığı anda kavramın Türkçe karşılığı olarak “*çifte önemli vakıa*” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir²⁷. Bu kavramın açıkça kullanıldığını tespit edebildiğimiz tek yargı kararı olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2020 tarihli kararında karşı oy yazısında “*çift etkili vakıa*” ifadesi kullanılmaktadır²⁸.

C. ÇİFTE ETKİLİ VAKIA KAVRAMI

1. Vakıa

Vakıa (*Tatsache*), sözlük anlamı ile meydana gelen her şeydir²⁹. Türkçe karşılığı olarak olgu kavramı kullanılmaktadır. Olgu, Türk Dil Kurumu’na sözlükte birtakım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç olarak

²³ Thomas Kluth, ‘Die “sic-non”-Rechtsprechung des BAG-Der Anfang vom Ende der Beweiserheblichkeitstheorie’ (1999) 52 *Neue Juristische Wochenschrift* 342; Christian Balzer, ‘Die Darlegung der Prozessführungsbefugnis und anderer anspruchsbbezogener Sachurteils Voraussetzungen im Zivilprozeß’ (1992) 45 *Neue Juristische Wochenschrift* II 2723; Hoffmann-Nowonty, (n 8) N 15.

²⁴ Konrad Ost, *Doppelrelevante Tatsachen im internationalen Zivilverfahrensrecht, zur Prüfung der internationalen Zuständigkeit bei den Gerichtsständen des Erfüllungsortes und der unerlaubten Handlung* (Frankfurt am Main/Wien 2002) 2.

²⁵ Taner Emre Yardımcı, *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 70; Serdar Kale, *Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti* (On İki Levha 2010) 49; Emel Şeyda Elgün Toğrul, *Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti* (Yetkin Yayınları 2021) 137; Atıcı, (n10) 346; Büşra Kazmaz Tepe, *Medeni Usûl Hukukunda Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Tazminat Davaları* (Adalet Yayınevi 2022) 106; Kantarcıoğlu, (n 10) 86; Alper Tunga Küçük, *Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 100; Barış Demirsatan, ‘Hukuka Aykırı Tasfiyenin Tüzel Kişiliğe Etkisi’ (2016) 74(2) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 687.

²⁶ Evrim Erişir, *Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti* (Turhan 2007) 277. Aynı yönde Vildan Peksöz, *Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 199.

²⁷ Ali Çetin Aslan, *Medeni Usûl Hukukunda Görev* (On İki Levha Yayıncılık 2022) 422.

²⁸ T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2016/9-1214, K. 2020/741, 7.01.2020, www.kazanci.com, 1.04.2025.

²⁹ Burhan Gürdoğan, ‘Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakıa ve Hukuk’ (1956) 11(3) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 260; A. Selman Arısoy, ‘Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Türk Hukukunu Resen Uygulamasının Temeli: Vakıalar, Vakıaların Önemi, Vakıaların Çeşitli Yönlerden Sınıflandırılması ve Vakıaların Tespiti’ (2019) 77(1) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 5; Windau (n 13) 38.

tanımlanmıştır³⁰. Davada, bir uyuşmazlığın çözümünde önemli vakıalar ise, “*hâkimin karar verme sürecinin temel bileşenlerini oluşturan, dış dünyaya ya da bireyin içsel dünyasına ait, geçmişte ya da şu anda var olan, olumlu ya da olumsuz, yargılama dışında ya da yargılamadan kaynaklanan, zaman ve mekânla sınırlı durum ve koşullardır*” şeklinde ifade edilmektedir³¹. Vakıalar davanın temelidir. Çünkü vakıalar davanın sınırını çizerek davanın sebebini oluşturur³².

2. Çifte Etkililik

a. Genel Olarak

Bir vakıanın çifte etkili olarak değerlendirilebilmesi için bu vakıaların hem uyuşmazlığın esasına hem de yargılamanın devamına ve esasın incelenmesine engel teşkil eden usûli müesseselere (dava şartları ve ilk itirazlar) etkisinin bulunması gerekmektedir. Çifte etkili vakıaların tespiti somut olaya özgü bir değerlendirme gerektirdiğinden bu konu ile ilgili genel geçer kuralların konulması çok mümkün olmayabilir. Örneğin sözleşmeye dayalı uyuşmazlıklarda bazı durumlarda ifa yeri, çifte etki gösterebilecekken bazı durumlarda ise sadece uyuşmazlığın esasını etkileyecektir³³.

Öğretide Schumann, bir vakıanın çifte etkili olmasının istisnai bir durum olduğunu ifade etmektedir³⁴. Bu görüş İsviçre öğretisinde ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararlarında yer bulmuştur³⁵. Ancak mahkemenin son vermiş olduğu kararlarda artık bu istisnai nitelikten bahsedilmediği görülmektedir³⁶. Bununla birlikte öğretide Hoffmann-Nowonty bu durumun istisnai nitelik taşıyıp taşıyamamasının hukuki uyuşmazlıkların çözümünde öneme sahip olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre bir hukuki durumun ortaya çıkış sıklığı, bu sorunun nasıl çözüleceği noktasında yol gösterici değildir³⁷. Biz de genel olarak bu değerlendirmeye katılmakla birlikte çifte etkili vakıaların özellikle belirli dava şartları bakımından Schumann’ın belirtmiş olduğu kadar istisnai nitelikte olmadığı görüşündeyiz.

³⁰ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, 10.03. 2025.

³¹ Arısoy (n 29) 6.

³² Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Hukuku C: II* (6. Baskı, 2001) 1587. Davanın sebebini belirleyen teorilerin detaylı bir şekilde incelenmesi için bkz Arısoy, (n 29) 6.

³³ André Bloch, *Die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit von Amtes wegen und die Folgen bei örtlicher Unzuständigkeit gemäss Art. 34 GestG*, (Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, 2003) 82; Hoffmann-Nowonty, (n 8) N 186; Roger Hischier, ‘Doppelrelevante Tatsachen im Arbeitsprozess’ in Wolfgang Portmann, Gabriel Aubert, Roland A Müller and Roger Rudolph (eds), *Festschrift für Adrian von Kaenel* (Schulthess Juristische Medien AG 2022) 238; Windau (n 13) 38.

³⁴ Ekkehard Schumann, ‘Internationale Zuständigkeit: Besonderheiten, Wahlfeststellung, doppelrelevante Tatsachen’ in Walther J Habscheid and Karl Heinz Schwab (eds), *Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit: Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag* (Münster 1987) 417; Hoffmann-Nowonty (n 8) N 17.

³⁵ BGE 122 III 249 (1996); BGE 124 III 188 (1998) www.swisslex.com, 31.03.2025.

³⁶ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 17.

³⁷ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 17.

b. Geniş Anlamda Çifte Etkililik

Mezger'e göre bir vakıa hem usûl hukuku bakımından hem de maddi hukuk açısından herhangi bir şekilde önem taşıyorsa, çifte etkili olarak nitelendirilir³⁸. Öğretide Schumann ise çifte etkililiği dava şartları ile ilişkilendirmiştir. Yazara göre uyuşmazlıkta ele alınan bir vakıa hem maddi hukuk bakımından hem de davanın kabule şayanlığı (*Zulassigkeit*) ile ilgiliyse çifte etkili olarak kabul edilebilir³⁹. Vakıanın çifte ilgili olduğunun kabul edilebilmesi için bir şekilde bağlantının bulunması yeterlidir. Başka bir deyişle çifte etkili vakıa davanın esas bakımından kabul edilebilmesi için bir olmazsa olmaz şart olmasa dahi geniş anlamda çifte etkili vakıa anlayışına göre yine de çifte etkili olarak kabul edilecektir. Davanın esası ile kabule şayanlık şartları arasında bir şekilde temas noktası olması yeterlidir. Örneğin talep temellerinin yarışması olarak adlandırılan bir talebin haklı kılınması için birden fazla hukuki sebebin ileri sürülmesi halinde kanaatimizce hukuki sebeplerden sadece bir tanesi ile ilgili olan çifte etkili vakıa bu çerçevede değerlendirilmelidir. Sözleşmenin ihlali sebepli bir davada bir vakıa hem görevi ya da yetkiyi hem de uyuşmazlığın esasını etkiliyorsa ancak davanın aynı zamanda başka bir hukuki sebep ile de kabul edilebilmesi mümkünse bizce burada geniş anlamda çifte etkililik söz konusu olacaktır. İsviçre medeni usûl hukuku öğretisi Schumann'ın bu değerlendirmesinden etkilenmiş ve genellikle bir vakıanın çifte etkili olup olmadığı bu kapsam çerçevesinde ele alınmıştır⁴⁰. Biz de bu çalışmada çifte etkililiği irdelerken geniş anlamda çifte etkililiği esas alacağız.

c. Dar Anlamda Çifte Etkililik

Öğretide Schumann dar anlamda çifte etkililik kavramının genel çerçevesini çizmiş ve bu teorinin dar anlamda çifte etkililik kavramından hareket ederek uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Yazara göre bir vakıanın dar anlamda çifte etkili vakıa olabilmesi için doğrudan davayı daha katı bir şekilde etkilemesi gerekmektedir. Başka bir deyişle bu vakıanın bulunmaması durumunda dava ne görülebilir ne de talep hukuken haklı bulunabilir. Bir vakıanın çifte etkili olabilmesi için hem davanın kabul edilebilirliği hem de esasın lehine sonuçlanması için mutlak gerekli koşul (*conditio sine qua non*) olmasıdır. Yani, olgu olmadan dava hem reddedilir hem de esas hakkında olumlu karar verilemez. Eğer dava, bu vakıa olmaksızın da haklı bulunabiliyorsa, o vakıa artık çifte etkili vakıa olarak değerlendirilemez⁴¹. Kanaatimizce taraf ehliyeti olmayan bir derneğin tüzel kişiliğinin tespitine ilişkin açılmış bir davada ehliyet konusu dar anlamda çifte etkililiğe bir örnek olarak gösterilebilir.

³⁸ Mezger (n 12) 3; Hoffmann-Nowonty, (n 8) N 10.

³⁹ Schumann, Examensprobleme (n 18) 206; Hoffmann-Nowonty (n 8) N 10.

⁴⁰ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 9.

⁴¹ Schumann, Zuständigkeit, (n 34) 417; Hoffmann-Nowonty (n 8) N 13.

II. ÇİFTE ETKİLİ VAKIA TEORİSİ

Çifte etkili vakıalar, hem usûl hukuku hem de maddi hukuk bakımından önem taşıyan vakıalardır⁴². Çifte etkili vakia teorisi, davanın kabule şayanlık şartları ile esasa uygunluğu hususlarının birbirinden ayrı olarak ele alınması ilkesine aykırılık göstermektedir⁴³. Davanın konusunu oluşturan asıl vakıalar, uyumsuzluğun hem esasına hem de yargılamanın devam edebilmesi için gerekli usûli müesseselere ilişkinse, yargılamanın en başında kolaylıkla karar verilemeyecektir. Çünkü bu vakıaların mahiyeti gereği uyumsuzluğun esasına mı yoksa usûle ilişkin mi ilişkin olduklarına dair bir ayırım yapılması mümkün olmamaktadır⁴⁴. Çifte etkili vakıalara dayanarak usûle ilişkin bir karar verilmesi durumunda esasa ilişkin de dolaylı bir şekilde karar verilmiş olunur. Bu sebeple öğretide yargılamanın başlangıç aşamasında bu yönde karar verilmesinin birtakım zorluklara yol açtığı belirtilmektedir⁴⁵.

Öğretide bu durum, çifte etkili vakia teorisi ile şu şekilde çözümlenmeye çalışılmıştır. Eğer bir davada hem uyumsuzluğun usûli bir karar ile sona erdirilmesini gerektiren hem de uyumsuzluğun esasını etkileyen vakıalar var ise bu vakıaların yargılamanın başında var olduğu kabul edilir. Çifte etkili vakıalar sadece esasa ilişkin inceleme yapılırken ele alınır. Eğer bunların mevcut olmadığı tespit edilirse usûle ilişkin bir eksiklik olmasına rağmen dava yine de esasa ilişkin bir kararla reddedilir⁴⁶. Bizce de bu teorinin en önemli etkisi çifte etkili vakıaların uyumsuzluğun esası ile de ilgili olması sebebiyle uyumsuzluğun usûlden değil esasa ilişkin bir karar ile sonlandırılabilir olmasıdır. Kanaatimizce teorinin uygulandığı durumlarda esasa ilişkin bir karar ile davanın sonlandırılması, uyumsuzluğun esasına ilişkin hususların da tahkikat sonucunda aydınlatılmış olması sebebiyle yerinde olmaktadır.

Bu teoriye göre çifte etkili vakıaların yargılamanın başında var olduğunun kabul edilip esasa ilişkin incelemeye geçilebilmesi için birtakım hususların bulunması gerekmektedir. Öncelikle davacının iddiaları, somut vakıalara dayanmalıdır⁴⁷. Öne sürülen vakıaların, mahkemenin ilgili hukuk kurallarını uygulayabileceği, karşı tarafın bu konuda savunma yapabileceği ve gerektiğinde delil toplanmasına

⁴² Baumgartner (n 14) 1; Hischier (n 33) 238; Reinhard Patzina ve Benedikt Windau, in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol 1 (7. Baskı, CH Beck 2025) ZPO § 12 Rn. 70-72; Christopher Wietz, 'Die doppelrelevante Tatsache am Beispiel von Mischmietverhältnissen – Typische Konstellationen der Zuständigkeitsverteilung im Mietprozess' (2015) NZM 147; Herbert Roth, in: *Stein, Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol 1 (24. Baskı, Mohr Siebeck 2024) ZPO § 1 Rn. 24.

⁴³ Ost (n 24) 1; Hoffmann-Nowonty (n 8) N 27; Baumgartner (n 14) s. 3.

⁴⁴ BGE 122 III 249 (1996); BGE 124 III 188 (1998) www.swisslex.com, 31.03.2025.

⁴⁵ Kluth (n 23) 342.

⁴⁶ Schumann, *Zuständigkeit*, (n 34) 415.

⁴⁷ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 189-192.



imkân tanıyacak şekilde yeterince açık ve detaylı olması gerekmektedir. Genel ve soyut iddialar yeterli sayılmaz; aksine, belirli vakıalara dayalı somut açıklamalar (*Substantiierung*) sunulmalıdır⁴⁸. Başka bir deyişle çifte etkililik gösterdiği ileri sürülen vakıalar, mahkemeye açık, ayrıntılı ve tutarlı bir şekilde ileri sürülmelidir. Davacı, sadece hukuki sebepleri ileri sürerek bunların nasıl gerçekleştiğini ortaya koymadan bu yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmaz⁴⁹. Önemli olan davacının iddialarının hukuken tutarlı (*Schlüssigkeit*) olmasıdır⁵⁰.

Burada çifte etkili vakıa teorisi ile ilgili bir hususun üzerinde durmak gerektiğini düşünmekteyiz. Çifte etkili vakıa teorisiyle ilgili olarak öğretilerde dikkat çeken bir adlandırma tartışması bulunmaktadır. Öğretilerde bazı eserlerde “*çifte etkili vakıa teorisi*” ifadesi yerine bu teori için “*isabetlilik teorisi (Schlüssigkeitstheorie)*” ifadesinin kullanıldığını görmekteyiz. İsviçre öğretisinde Baumgartner, çifte etkili vakıa teorisi yerine ifade olarak isabetlilik teorisinin kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre teoriyi çifte etkili vakıa teorisi olarak adlandırmak doğru olmayacaktır. Yazara göre çifte etkili vakıalar sadece davada ortaya çıkan vakıaların bir türünü ifade etmektedir. Ayrıca bu durumda çözüme ulaşmak için ayrıca başvurulacak tek yol isabetlilik teorisi de değildir. Çifte etkili vakıaların ortaya çıkarmış oldukları sorunların çözümünde alternatif bir görüş olarak ileri sürülen “*ispat teorisi (Beweistheorie)*” de kullanılabilir⁵¹. İspat teorisine göre çifte etkili vakıaların olduğu davalarda basit vakıalara uygulanacak aynı kuralları uygulanmalıdır. Başka bir deyişle mahkeme çifte etkili vakıalar söz konusu olduğunda ilk önce bu vakıaların mevcudiyetini belirlemelidir⁵². Ancak biz de öğretilerdeki hâkim görüşe katılarak⁵³ çifte etkili vakıalar bakımından ispat teorisinden ziyade çifte etkili vakıa teorisini (yukarıda da ifade ettiğimiz üzere öğretilerdeki diğer adıyla isabetlilik teorisi) benimsemekteyiz. Bununla birlikte kavramsal bütünlüğü sağlamak ve terminolojik karışıklığı önlemek amacıyla, çalışmanın devamında bu teori tarafımızca “*çifte etkili vakıa teorisi*” olarak ifade edilecektir.

Çifte etkili vakıa teorisinde vurgulanan bir diğer husus ise bu teorinin hakkın kötüye kullanılmasına hizmet etmesine izin verilmemesi gerektiğidir. Hakkın kötüye kullanımı söz konusuysa davacının iddiaları doğru olarak kabul edilmemelidir⁵⁴.

⁴⁸ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 189-192; Windau (n 13) 198-199.

⁴⁹ Jürgen Brönnimann, *Die Behauptungs und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht* (Bern 1989) 140-141; Hoffmann-Nowonty (n 8) N 189.

⁵⁰ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 189-192; Windau (n 13) 45-56; Baumgartner (n 14) 3; Ost (n 24) 22 vd.

⁵¹ Baumgartner (n 14) 3.

⁵² Wolf Gravenhorst, *Die Aufspaltung der Gerichtszuständigkeit nach Anspruchsgrundlagen* (Duncker & Humblot 1972) 46; Baumgartner (n 14) 3. Bu teorinin detaylı incelemesi için bkz. Hoffmann-Nowonty (n 8) N 222; Aslan (n 27) 436.

⁵³ Öğretilerde bu görüşün hâkim görüş olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. Ost (n 24) 223 vd.

⁵⁴ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 195; Hirschier (n 33) 240; Ost (n 24) 75; BGer. (4P.17/2021), www.swisslex.com, 31.03.2025. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Başlık III/A.

Öğretide bu teorinin kabul edilmesi için birçok sebep ileri sürülmüştür. Bu sebeplerden ilki ve en etkilisi bu teorinin yargılamada usûl ekonomisi bakımından sağlayacağı avantajlardır. Bu teorinin asıl amacının hukuki uyumsuzluğun kolaylıkla ele alınması ve nihai kararın verilmesinin hızlandırılması olduğunu vurgulanmaktadır⁵⁵.

Bu teorinin desteklenmesindeki bir diğer sebep ise davalı tarafın korunmasıdır. Öğretide çifte etkili vakıalar hakkında davanın başında davacının beyanlarının esas alınmasının dava şartları bakımından davalının savunma hakkını zayıflatabileceği ileri sürülmüştür. Mahkeme, henüz esasa ilişkin bir yargılama yapmaksızın usûle ilişkin bir karar verebilmek için yeterli değerlendirmeyi yapmadan uyumsuzluğun esasını da ilgilendiren bir karar verebilir. Bu sebeple bu teori, günümüzde davalının da korunmasını temin eden bir araç olarak değerlendirilmektedir⁵⁶. Ayrıca bu durum davacı açısından bir avantaj yaratmayacaktır. Çünkü davacı, dayanmış olduğu vakıaları yargılamada ispatlayamazsa davası zaten reddedilecektir. Ayrıca bu teorinin davalı bakımından en büyük avantajı mahkemenin esas bakımından red kararı ile davayı sonuçlandırabilecek olmasıdır⁵⁷. Mahkemenin usûle ilişkin bir red kararı vermesi durumunda usûli eksiklikler giderildikten sonra aynı konuda tekrar bir dava açılacak iken mahkeme, esastan ret kararı verirse aynı konuda tekrar dava açılmayacaktır. Bu anlamda bu teori ne bis in idem (aynı konu hakkında ikinci kez yargılama yapılamaz) ilkesini güçlendirmektedir⁵⁸. Öğretide de bu sebeplerle çifte etkili vakia teorisinin usûli adaletin gerçekleştirilmesinde önem arz ettiği ifade edilmiştir⁵⁹.

Çifte etkili vakia teorisi, Alman ve İsviçre hukukunda desteklendiği kadar belirli açılardan da eleştirilere tabi tutulmuştur. Alman hukukunda Hartmann, bir davada usûli eksiklik bulunması durumunda davanın hangi aşamada olursa olsun usûlden reddedilmesi gerektiğini ifade etmiş ve bu bakımdan çifte etkili vakia sebebi ile davanın ilerideki bir aşamasında usûlden reddedilecek olmasını metodik açıdan eksik bulmuştur⁶⁰. Rimmelspacher ise bu teorinin davalıyı korumadığını aksine özellikle görev bakımından yargılamanın başında sadece davacının beyanlarının esas alınmasının davalıyı koruma fonksiyonunu devre dışı bıraktığını

⁵⁵ Baumgartner (n 14) 3; Hoffmann-Nowonty (n 8) N 197; Bloch (n 33) 77; Hischier (n 33) 239; Wietz (n 42) 147; Stein ve Roth (n 42) ZPO § 1 Rn. 30-32.

⁵⁶ Schumann, Examensprobleme, (n 18) 207; Schumann, Zuständigkeit, (n 34) 421; Hoffmann-Nowonty (n 8) N 198; Patzina ve Windau (n 42) ZPO § 12 Rn. 70-72; Stein ve Roth (n 42) ZPO § 1 Rn. 30-32.

⁵⁷ Schumann, Zuständigkeit, 423; Hoffmann-Nowonty (n 8) N 200; Hischier (n 33) 239; Patzina ve Windau (n 42) ZPO § 12 Rn. 70-72; Stein ve Roth (n 42) ZPO § 1 Rn. 30-32.

⁵⁸ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 200.

⁵⁹ Stein ve Roth (n 42) ZPO § 1 Rn. 30-32.

⁶⁰ Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers ve Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen* (68. Baskı, Beck 2010) 1042.



ileri sürmüştür⁶¹. İsviçre hukuku öğretisinde de bazı yazarlar bu teoriye şüphe ile yaklaşmaktadır. Özellikle Alman medeni usûl hukuku öğretisindeki eleştirilere atıfla İsviçre Federal Mahkemesinin bu teoriyi biraz erken benimsediğine ilişkin görüşler bulunmaktadır⁶². İsviçre hukuku öğretisinde de özellikle bu teori, özellikle mahkemenin dava şartlarına ilişkin incelemeyi yargılamanın ileri bir aşamasında yapmasının yöntemsel bir tutarsızlığa neden olması⁶³, bu durumun usûl ekonomisini olumsuz etkileyerek yargılamayı uzatabilmesi⁶⁴ ve davalının dava şartlarına ilişkin itiraz hakkını zayıflatarak mahkemelerin yetkisini davacının iddialarına dayandırmasına sebep olması⁶⁵ nedenleriyle İsviçre hukuku öğretisinde eleştirilmektedir.

Türk hukukunda ise bu teori ilk olarak çifte etkili vakıa kavramı açıkça ifade edilmeden Belgesay ve Berkin tarafından ele alınmıştır⁶⁶. Bununla birlikte teorinin Türk hukukunda açıkça ifade edilmesi dava şartları üzerinden olmuştur⁶⁷. Öğretide Kale ve Erişir, taraf ehliyeti bakımından bu teorinin uygulanması gerektiğini savunmuştur⁶⁸. Dava ehliyeti bakımından Elgün Toğrul, teoriyi tartışmıştır⁶⁹. Öğretide Aslan, genel olarak teoriyi benimsemiş ve görev bakımından çifte etkili vakıa teorisinin uygulanmasının sağlayabileceği avantajlardan bahsetmiştir. Bunun birlikte bu teorinin uygulanabilirliğinin ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. maddesine çifte etkili vakıalar için yargı yolu, görev ve yetki bakımından mahkemenin ön incelemede dava şartları ve ilk itirazları incelemesi zorunluluğuna istisna getirilmesi ile mümkün olabileceğini savunmuştur⁷⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. maddesinde açık bir şekilde dava şartları ve ilk itirazların ön inceleme aşamasında inceleneceği; bu aşama tamam-

⁶¹ Bruno Rimmelpacher, 'Buchbesprechungen: Zivilprozessordnung' (2011) 15 *Neue Juristische Wochenschrift* 1054. Çifte etkili vakıa teorisini benimsemeyen görüşlerin detaylı değerlendirilmesi için bkz. Aslan (n 27) 436-438; 443-445.

⁶² Oscar Vogel ve Karl Spühler, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz* (8. Baskı, Stämpfli 2005) Kap. 12 N 140.

⁶³ Bloch (n 33) 67.

⁶⁴ Peter Mankowski, 'Die Lehre von den doppelrelevanten Tatsachen auf dem Prüfstand der internationalen Zuständigkeit: zu LG Tübingen, 30.3.2005- 5 O 45/03' (2006) 26 *IPRax* 459.

⁶⁵ Mankowski (n 64) 457.

⁶⁶ Mustafa Reşit Belgesay, 'Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Yapılması Gereken Tadilat' (1947) 13(1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 163; Necmeddin M Berkin, 'Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Vazife Hükümleri ve Tatbikatı' (1952) 18(1-2) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 191, 198.

⁶⁷ Bu konuda bkz. Yardımcı (n 25) 70; Kantarcıoğlu (n 10) 86. Görev bakımından bkz. Aslan (n 27) 422, Kazmaz Tepe (n 25) 106; taraf ehliyeti bakımından bkz. Kale (n 25) 49, Erişir (n 26) 199, Demirsatan (n 25) 687; Peksöz (n 26) 199; dava ehliyeti bakımından bkz. Elgün Toğrul (n 25) 137, Atıcı, (n 10) 346.

⁶⁸ Kale (n 25) 49; Erişir (n 26) 199.

⁶⁹ Elgün Toğrul (n 25) 137.

⁷⁰ Aslan (n 27) 464 vd.

lanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemeyeceği ve tahkikat için duruşma günü verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu maddeden hareketle Türk hukukunda çifte etkili vakıaların tahkikat aşamasında değerlendirilemeyeceğine ilişkin bir çıkarımda bulunulabilir. Ancak böyle bir durum çifte etkili vakıaların hukuki niteliği itibarıyla paradoksal bir durum yaratmaktadır. Çünkü bu vakıalar ile ilgili esasa ilişkin bir değerlendirme yapmadan ön inceleme aşamasında usûle ilişkin bir karar verilmesi mümkün olmayacaktır. İlgili hükmün mahiyetinden kanaatimizce bu hükmün usûl ekonomisi ilkesi gereğince tek yönlü vakıalar bakımından getirilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Çifte etkili vakıaların esasa girilmeden değerlendirilmesi mümkün olmadığı için en nihayetinde bu teori geliştirilmiştir. Uyuşmazlığın esasına ilişkin bir değerlendirme yapıldıktan sonra ise bu yönde karar vermemek yukarıda bahsettiğimiz dezavantajlı durumların doğmasına sebebiyet verecektir. Bu sebeple çifte etkili vakıa teorisinin Türk hukukunda da belirli durumlarda uygulanabileceğini düşünmekteyiz. Ancak birtakım karışıklıklara sebebiyet vermemek için yukarıda da değindiğimiz üzere öğretide Aslan'ın belirttiği gibi bir istisnanın getirilmesi bu konudaki soru işaretlerini ortadan kaldıracaktır.

III. ÇİFTE ETKİLİ VAKIA TEORİSİNİN İSTİSNALARI

A. HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI

Hakkın kötüye kullanımı çifte etkili vakıa teorisinin istisnasını oluşturmaktadır. Diğer tüm hukuk dallarında olduğu gibi medeni usûl hukukunda da dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanma yasağı geçerlidir (HMK m. 29).

Davacının, gerçekte var olmayan iddialar öne sürerek kendisi için avantajlı bir yetkili mahkeme belirlemeye çalışması dürüstlük kuralının ihlali olarak değerlendirilir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde birden fazla davalının bulunduğu hâllerde, davanın, davalılardan birini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı, deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ilgili davalının itirazı üzerine, onun hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı vereceğini ifade ederek, hakkın kötüye kullanımını korumayacağını ifade etmiştir.

İsviçre medeni usûl hukuku öğretisinde çifte etkili vakıa teorisi ve hakkın kötüye kullanımı birlikte ele alınmıştır⁷¹. Öğretide Ost, davacının kendi lehine bir durum yaratmak için davacı tarafın bu teoriyi kullanabileceğini ifade etmiştir⁷². İsviçre Federal Mahkemesi de çifte etkili vakıalara ilişkin bir kararında davalının itirazları çerçevesinde, istisnai durumlarda hukukun kötüye kullanıldığı gerekçesiyle davacı

⁷¹ Hischier (n 33) 240; Baumgartner (n 14) 4-5.

⁷² Ost (n 24) 75.



iddialarının esas alınamayacağını belirtmiştir⁷³. Türk hukukunda Aslan, bu teorinin uygulanmasında dürüstlük kuralının önemini vurgulamıştır. Yazar, hâkimin dürüstlük kuralına aykırı yapacağı yanlış bir değerlendirmenin davalının yargılama boyunca mağdur olmasına yol açabileceğini vurgulamıştır⁷⁴. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Davacının ileri sürdüğü vakıalar isabetli değilse ya da isabetli olsa bile davacının, davalıyı sırf kendi yerleşim yeri dışındaki bir mahkemeye getirmeyi amaçladığına dair deliller ve belirtiler varsa bu durumda mahkeme, bu teoriyi uygulamamalıdır⁷⁵. Bununla birlikte dürüstlük kuralı ve hakkı kötüye kullanma yasağı genel bir medeni usûl hukuku ilkesidir⁷⁶. Buna göre, hâkim önüne gelen uyuşmazlığı çözerken davada uygulayacağı hukuki sebebin genel hukuk ilkeleri ile çelişmesi halinde yorum ve kıyas yoluna başvurarak veya dürüstlük kuralını uygulayarak dava hakkını doğuran veya ortadan kaldıran ya da yargılamaya etki eden kötü niyeti re'sen dikkate alarak bir karar vermek mecburiyetindedir⁷⁷. Bu çerçevede çifte etkili vakıa teorisi uygulanırken de dürüstlük kuralı göz ardı edilmemelidir.

B. YARGI HAKKI

Mahkemelerin yargı hakkı, egemenlikle bağlantılı olarak ülke, kişi ve uyuşmazlık konusu ile sınırlıdır⁷⁸. Türk hukukunda yabancı devletlerin egemenlik işlerine ilişkin işlerde ve diplomatik temsilcilerin Viyana sözleşmesi uyarınca milletlerarası hukuktan kaynaklanan yargı muafiyetleri bulunmaktadır. Medeni usûl hukukunda yargı hakkı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114/1-a. maddesi uyarınca dava şartı olarak kabul edilmiştir. Başka bir deyişle Türk yargısına tabi olmayan kişiler ve şeyler hakkında açılan davalar da dava şartı yokluğundan reddedilmelidir.

Uzun bir süre herhangi bir sınırlama olmaksızın kabul edilen yargı bağışıklığı günümüzde devletlerin ticari alanda oldukça aktif olmaları sebebiyle daha sınırlı olarak ele alınmaktadır. Bu çerçevede yargı bağışıklığı, yabancı devletin eyleminin bir egemenlik faaliyeti gereği (*acta iure imperii*) mi yoksa özel hukuk kişisi gibi (*acta iure gestionis*) davranmaktan mı kaynaklı olduğuna göre ayrılmakta ikinci halde davacı devlet de yargı hakkına tabi kılınmaktadır⁷⁹. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 49. maddesi, yabancı devletin özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı bağışıklığından

⁷³ BGer. (4P.17/2021); BGE 122 III 249, www.swisslex.com, 31.03.2025. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konudaki kararlarının detaylı değerlendirmesi için bkz. Baumgartner (n 14) 4-5.

⁷⁴ Aslan (n 27) 472-473.

⁷⁵ Aynı yönde Aslan (n 27) 472-473.

⁷⁶ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 195.

⁷⁷ Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (Sevinç Matbaası 1989) 28.

⁷⁸ Ansay (n 10) 405; Bilge ve Önen (n 10) 12; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl (n 10) 928; Atalay, Ermenek ve Erdoğan (n 10) 27.

⁷⁹ Atalay, Ermenek ve Erdoğan (n 10) 27.

yararlanamayacağını hüküm altına almıştır. Başka bir deyişle yargı muafiyeti bazen tam bazen kısmi bir muafiyettir. Yabancı ülkelerin egemenlik işlerinden kaynaklanan muafiyetleri tam iken özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan işlerde ise yargı muafiyetleri yoktur. Örneğin; yabancı bir devlet Türkiye’de özel hukuk kişisi gibi bir kira sözleşmesi yapmışsa kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Türk mahkemesi önünde yargılanabilecektir.

Benzer şekilde İsviçre hukukunda da yabancı devletler, ancak egemenlik yetkilerini kullanarak hareket ettiklerinde (*acta iure imperii*) yargı bağıışıklığından yararlanabilirler. Buna karşılık, özel hukuk kapsamındaki işlemlerinde (*acta iure gestionis*) İsviçre mahkemeleri önünde dava edilebilirler⁸⁰. Devlet dokunulmazlığının, maddi hukuk açısından da önem taşıyan vakıalar ile bağılantılı olması, çifte etkili vakıaların ortaya çıkma ihtimalini doğurmaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi, yargı bağıışıklığı bağlamında çifte etkili vakıaların değerlendirilmesine dair doğrudan karar verdiği tek davada, dokunulmazlıktan feragat edilip edilemeyeceği sorusunu incelemiştir. Dava, Paraguay’ın Cenevre Konsolosu tarafından devlet adına verilen garantilere ilişkindir. Konsolos, sanayi projelerinin finansmanı için Paraguay adına teminat vermiş, sözleşmede İsviçre mahkemelerinin yetkili olduğu ve yargı bağıışıklığından feragat edildiği belirtilmiştir. Krediler ödenmeyince alacaklılar dava açmış, Paraguay ise konsolosun yetkisiz olduğunu ve feragatin geçersiz sayılması gerektiğini savunmuştur. İsviçre öğretisine göre, konsolosun yetkisi hem yargı hakkının belirlenmesinde hem de taahhütlerin geçerliliğinin değerlendirilmesinde önem taşıdığı için bu durum çifte etkili vakıa olarak kabul edilmiştir. Federal Mahkeme, derece mahkemelerinin konsolosu yetkili kabul ettiğini ancak esasa ilişkin değerlendirmede bu yetkinin tartışıldığını belirtmiştir. Kararda, devlet dokunulmazlığı söz konusu olduğunda bu hususun öncelikli olarak ele alınması gerektiği, dolayısıyla çifte etkili vakıa teorisinin burada uygulanamayacağı ifade edilmiştir⁸¹. Bu çerçevede biz de yargı hakkının doğrudan devletlerin egemenlik yetkisi ile ilgili olması sebebiyle çifte etkili vakıa teorisinin istisnası olması gerektiği hususuna katılıyoruz.

C. TAHKİM

Devlet mahkemelerinin yargı hakkı kanunlar ile belirlenirken tahkim yargısında hakem heyetinin yargı hakkı tahkim anlaşması ile taraflarca belirlenmektedir⁸². Bu anlaşma bağımsız bir şekilde olabileceği gibi esas sözleşmeye dahil edilen bir hüküm ile de olabilir⁸³.

⁸⁰ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 151.

⁸¹ Anılan karar için bkz. BGE 124 III 382 (1998) www.swisslex.com, 31.03.2025. Kararı Fransızca dilinden aktaran Hoffmann-Nowonty (n 8) N 152. Aynı yönde Hirschier (n 33) 240.

⁸² Bilge ve Önen (n 10) 741; Kuru ve Aydın (n 10) 694; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım (n 10) 597; Ansay (n 10) 405; Atalay, Ermenek ve Erdoğan (n 10) 735; Budak ve Karaaslan (n 10) 483;

⁸³ Bilge ve Önen (n 10) 745; Kuru ve Aydın (n 10) 697; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım (n 10) 598; Ansay (n 10) 408; Atalay, Ermenek ve Erdoğan (n 10) 742; Budak ve Karaaslan (n 10) 487.



Tahkim sözleşmesi, esas sözleşmede yer alan bir hüküm aracılığı ile yapılmış olsa dahi tahkim sözleşmesinin geçerliliği ilişkili olduğu maddi hukuk sözleşmesinden bağımsızdır. Hukuki nitelikleri birbirinden farklı olan bu iki sözleşmenin geçerlilikleri birbirlerine bağlı görülemez⁸⁴. Bu ilke karşımıza ayrılabilirlik ilkesi (*principle of separability or severability*) olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁵.

Bazı hallerde esas sözleşmeyi geçersiz kılan husus tahkim sözleşmesinin geçerliliğini de etkileyebilir⁸⁶. Ana sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasını ilgilendiren vakıalar aynı zamanda tahkim sözleşmesinin de geçerliliğini etkileyecek çifte nitelikte olabilir. Öğretide çifte etkili vakıa teorisinin tahkim mahkemelerinde uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu yapılmış ve kural olarak uygulanmaması gerektiği sonucuna varılmıştır⁸⁷. Çünkü teorisinin en temel özelliklerinden bir tanesi yargılamanın esasa ilişkin bir kararla sona erdirilebilecek olmasıdır; ancak tahkim mahkemesi yapmış olduğu inceleme sonucunda yetkili olmadığına karar verecek olursa yargılamayı esasa ilişkin bir karar ile değil; usûle ilişkin bir karar ile sona erdirmelidir⁸⁸.

Sonuç olarak tahkim yargılamasında çifte etkili vakıa teorisinin tahkime hâkim olan ilkeler gözetildiğinde uygulanmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Tahkim mahkemesinin kendi yetkisini incelemesi aşamasında davacının iddiaları doğru kabul edilmemelidir. Tahkim mahkemesi sadece tek yönlü vakıalar için değil çifte etkili vakıalar için de delileri değerlendirmekle yükümlüdür. Çifte etkili vakıaların varlığı durumunda mümkün olduğunca en erken aşamada bu vakıaların tespiti yapılmalı; olmadığı kanaatine varılırsa esasa ilişkin bir karar ile değil usûlden ret kararı ile yargılama sonlandırılmalıdır.

⁸⁴ Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım (n 10) 604; Kuru ve Aydın (n 10) 697; Atalay, Ermenek ve Erdoğan (n 10) 743; Budak ve Karaaslan (n 10) 487.

⁸⁵ Ebru Akduman, ‘Tahkim Anlaşmasının Asıl Sözleşmeden Ayrılabilirliği İlkesi Çerçevesinde Geçerliliği’ (2023) 88(1) İzmir Barosu Dergisi 3.

⁸⁶ Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım (n 10) 604.

⁸⁷ Hischier (n 33) 240. Avrupa Adalet Divanı konuyu tahkim bakımından olmasa da milletlerarası yargı yetkisi bakımından ele alıp değerlendirmiştir. Benincasa/Dentalkit davasında davacının açmış olduğu menfi tespit davasında geçersizliğini ileri sürmüş olduğu sözleşmede İtalyan mahkemeleri lehine münhasır bir yetki şartı da bulunmaktaydı. Davalı ise aralarında yapılan yetki sözleşmesine dayanarak yetkisizlik itirazında bulunmuştur. Avrupa İnsan Hakları mahkemesi bu durumda bir sözleşme devletinin mahkemesi, geçerli bir şekilde yapılmış yetki anlaşmasında yetkili mahkeme olarak belirlenmiş ise, içinde bu anlaşmanın yer aldığı sözleşmenin geçersizliğinin tespiti talep edilse bile münhasıran yetkilidir sonucuna varmıştır. Case C-269/95 *Benincasa/ Dentalkit* [1997] ECR I-3767 <https://curia.europa.eu/> (2.04.2025).

⁸⁸ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 148.

IV. ÇİFTE ETKİLİ VAKIA TEORİSİNİN UYGULANABİLİRLİĞİNİN BAZI USÛLİ MÜESSESELER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. YARGI YOLU

Türk hukukunda korunan çözümlenmesi gereken uyuşmazlıkların nitelik ve özellikleri ile korunan menfaatlerin farklılığı sebebiyle yargı birliği sistemi değil yargı ayrılığı sistemi geçerlidir⁸⁹. Türk hukuk sisteminde yargı, temelde adli yargı, idari yargı, anayasa yargısı ve uyuşmazlık yargısı olmak üzere dörde ayrılır. Bununla birlikte seçim yargısı ve hesap yargısının da yargı kolları arasında sayılabileceği ifade edilmektedir⁹⁰. Yargı yolu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesi uyarınca mahkemeye ilişkin bir dava şartı olarak hüküm altına alınmıştır. Ancak bazı vakıaların yargı yolu bakımından çifte etkililik göstermesi ihtimal dahilindedir. Örneğin Devlet İhale Kanunu uyarınca ihaleye katılanlardan alınan teminat mektuplarına ilişkin uyuşmazlıklarda yargı yolunda farklılıklar vardır. Sözleşmeden önce verilen geçici teminat mektupları idari yargıda; sözleşmeden sonra verilen kesin teminat mektupları ise adli yargı yolunda görülmektedir. Teminat mektubunun hukuki niteliğine ilişkin bir uyuşmazlıkta bu hukuki nitelik aynı zamanda yargı yolunun belirlenmesinde de etkili olacaktır. Alman hukukunda çifte etkili vakia teorisi, yargı yolu bakımından da ele alınmış ve bu teori kapsamında bir tutarlılık sağlanabilmesi için bu teorinin yargı yolu bakımından da geçerli olması gerektiği ileri sürülmüştür⁹¹. Ancak şunu belirtmeliyiz ki Alman hukuk sisteminde yargı yolu kavramı Türk hukukundan farklılaşmaktadır. Alman hukukunda yargı yolu (*Rechtsweg*) beş farklı koldan oluşmaktadır. Alman Anayasası'nın 95. maddesine göre bu yollar içerisinde hem ceza yargısını hem medeni yargıyı barındıran adli yargı (*Zivilgerichtsbarkeit*), idari yargı (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*), iş yargısı (*Arbeitsgerichtsbarkeit*), sosyal yargı (*Sozialgerichtsbarkeit*) ve vergi yargısıdır (*Finanzgerichtsbarkeit*). Alman hukukunda çifte etkili vakia teorisinin yargı yollarına da uygulanması gerekliliği özellikle idari yargı ile adli yargı ayrımı üzerinden değil iş yargısı ve adli yargı kapsamı içerisinde yer alan medeni yargı üzerinden değerlendirilmiştir⁹².

Türk hukuku öğretisinde Aslan, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Türk hukukunda çifte etkili vakia teorisinin benimsenmesi gerektiğini savunmuş ancak bunun Hukuk Muhakemeleri Kanun'a özel bir hüküm getirilirse mümkün olabi-

⁸⁹ Aslan (n 27) 167.

⁹⁰ Muhammet Özkes, *Temel Hukuk Bilgisi*, (12. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2022) 155; Akkan (n 10) Pekcamtez Usul C.I 80; Meral Sungurtekin Özkan ve Aslı Aykutaalp, *Yargı Örgütü Hukuku* (Seçkin Yayınları, 2022) 21; Kantarcıoğlu (n 10) 25.

⁹¹ Bu konuda yargı kararları için bkz. BGH, Beschluss vom 27. 10. 2009-VIII ZB 42/08 (OLG Bremen) (NJW 2010, 873, beck-online); BGH, Beschluss vom 27. 10. 2009-VIII ZB 45/08 (OLG Bremen Beschluss 16. 7. 2008 I W 11/08) (NJOZ 2010, 2116, beck-online). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan (n 27) 464 vd.

⁹² Bundesgerichtshof (BGH), 27.10.2009, VIII ZB 42/08, <https://dejure.org/2009,29685>, (10.03.2025).



leceğini ileri sürmüştür⁹³. Teorinin tutarlı uygulanabilmesi için sadece görev değil, yargı yolu ve yetki açısından da benimsenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ancak özellikle davanın yetkisiz bir mahkemede görülmesi riskini, teorinin en önemli sakıncası olarak değerlendirmiştir⁹⁴. Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Hukuk yargılamasında bireyler arası menfaat dengesini korumayı hedefleyen kurallar ile süreç yürütülürken idari yargılamada bireyin kamu gücü karşısında korunmasını ve idarenin hukuka uygun davranmasını sağlama amacıyla bazı kurallar getirilmiştir. Örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca hukuk yargılamasında taraflarca getirilme ilkesi uygulanırken İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliğinden yapar. Delillerin sunulması ve değerlendirilmesi, yargılama sonucunda verilen karar ve sonuçları bütünüyle farklılık göstermektedir. Yargı yolu bakımından çifte etkili vakia teorisinin kabul edilmesi halinde mahkeme, dava şartlarının tamam olduğunu kabul ederek esastan inceleme yapabilecektir. Bunun bir sonucu olarak mahkemenin o yargı yoluna ait olmayan bir uyuşmazlık hakkında esastan karar vermesi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu durum bir nevi yargı yolları arasında geçişkenlik sağlayacak ve tarafların tabi olmadıkları kurallara göre yargılanıp hukuki güvenlik ilkesini ihlal eden sonuçlar doğmasına sebep verebilecektir. Bu sebeple Türk hukukunda çifte etkili vakia teorisi benimsense bile yargı yolu bakımından bu teorinin uygulanmaması gerektiğini düşünmekteyiz⁹⁵.

B. GÖREV

Mahkemelerin görevinin belirlenmesinde genellikle dava konusunun hukuki niteliği, etkili olmaktadır. Bu sebeple dava konusu belirlenirken taraflardan hangisi ya da hangilerinin açıklamalarının esas alınacağı hususu da önem göstermektedir⁹⁶. Çifte etkili vakia teorisi de görevli mahkeme belirlenirken hangi tarafın açıklamalarının esas alınması gerektiğine ilişkin tartışmalara çözüm getirmeye çalışmıştır⁹⁷.

Çifte etkili vakia teorisine göre eğer hem davanın görüleceği mahkemeyi hem de esasını etkileyen bir vakia varsa; bu vakia ilk aşamada davacının ileri

⁹³ Aslan (n 27) 464 vd.

⁹⁴ Aslan (n 27) 470-474.

⁹⁵ Alman hukukunda da kamu hukuku niteliği taşıyan uyuşmazlıklar bakımından bu teorinin uygulanmasının kanunda öngörülme-yen bir yargı yolu ayrışmasına sebep olacağını ifade eden görüş için bkz. Sebastian Fritzsche, 'Bestimmung der Rechtswegzuständigkeit und der anzuwendenden Verfahrensordnung' (2015) NJW 586.

⁹⁶ Aslan (n 27) 416.

⁹⁷ Görevin belirlenmesinde hangi tarafın açıklamalarının esas alınacağı sorunu öğretide çeşitli görüşlerle çözümlenmeye çalışılmıştır. Bu konudaki görüşlerin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Aslan (n 27) 416-464.

sürdüğü şekilde doğru olarak kabul edilmelidir⁹⁸. Bu vakıaların davacının ileri sürdüğü şekilde olup olmadığı davanın esasını incelenirken değerlendirilmelidir. Örneğin bir alacağın kira sözleşmesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına ilişkin bir uyumsuzlukta alacağın kira sözleşmesinden kaynaklanmaması görevli mahkemeyi değiştirecek niteliktedir⁹⁹. Burada çifte etkili vakıa teorisine göre davacının ileri sürmüş olduğu alacağın kaynağının kira sözleşmesi olduğuna ilişkin iddiası karşı tarafın iddialarına rağmen başlangıçta doğru kabul edilecek ve uyumsuzluğun esasına girildikten sonra bu husus ayrıca değerlendirilecektir¹⁰⁰. Bu teoriye göre ayrıca bir ispat faaliyetine gerek yoktur¹⁰¹. Bu durumun tek istisnası davacının ileri sürmüş olduğu vakıaların ilk bakışta açıkça çelişkili ya da yanıltıcı nitelikte olmasıdır¹⁰².

İsviçre hukukunda görev bakımından özellikle davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü iddiaların açık ve tutarlı olması gerektiği ifade edilmiştir. Örneğin bir iş sözleşmesinden kaynaklanan bir davada davacının talebinin iş ilişkisinden doğduğunu açık ve tutarlı bir biçimde ortaya koyması gerekmektedir. Çünkü bir iş ilişkisinin varlığı hem usûl hukuku bakımından hem de davanın esası bakımından önem arz etmektedir. Öğretideki baskın görüşe göre¹⁰³ davacı mahkemenin görevli olduğunu isabetli ve tutarlı bir şekilde ileri sürmelidir¹⁰⁴. Burada isabetli olarak bahsedilen husus ileri sürülen iddiaların mantiken bir bütünlük arz etmesidir¹⁰⁵. Çifte etkili vakıalar eğer görevi temellendirirse bu vakıalara karşı taraf karşı koysa bile ilk aşamada artık bu vakıalar doğru olarak kabul edilecek ve mahkeme esasa ilişkin incelemeye geçecektir¹⁰⁶. Yukarıda verdiğimiz örnek çerçevesinde iş hukukuna ilişkin davalarda da mahkeme, çifte etkili vakıa teorisi kapsamında öncelikle davacının bir iş sözleşmesinin ve özellikle bu sözleşmeye özgü bağımlılık ilişkisinin varlığını tutarlı bir şekilde ileri sürüp sürmediğini değerlendirmelidir. Mahkeme, davacının olaylara ilişkin beyanlarının bir iş ilişkisini ortaya koymadığı sonucuna varırsa, davayı görev bakımından usûlden reddeder. Ancak eğer vakıalar tutarlı bir şekilde ileri sürülmüşse mahkeme, ilk

⁹⁸ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 124; Patzina ve Windau (n 42) ZPO § 12 Rn. 70-72; Wietz (n 42) 147.

⁹⁹ Burada özellikle vurgulanması gereken husus bu teorinin ancak çifte etkili vakıalar söz konusu olduğunda uygulanabilir olduğu hususudur. Görevli mahkemenin belirlenmesinde esas alınan vakıa tek yönlü ise kural davacının iddialarını ispat etmesi ve bu hususun mahkemece re'sen gözetilmesidir. Patzina ve Windau (n 42) ZPO § 12 Rn. 70-72.

¹⁰⁰ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 124; Wietz (n 42) 147; Stein ve Roth (n 42) ZPO § 1 Rn. 24.

¹⁰¹ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 125; Patzina ve Windau (n 42) ZPO § 12 Rn. 70-72; Stein ve Roth (n 42) ZPO § 1 Rn. 24.

¹⁰² Patzina ve Windau (n 42) ZPO § 12 Rn. 70-72.

¹⁰³ Bu görüş öğretide kimi zaman çifte etkili vakıa teorisi kimi zaman da isabetlilik teorisi (Schlüssigkeitstheorie) olarak adlandırılmaktadır Baumgartner (n 14) 3.

¹⁰⁴ Baumgartner (n 14) 2-3; Aslan (n 27) 429.

¹⁰⁵ Aslan (n 27) 429.

¹⁰⁶ Baumgartner (n 14) 2-3; Aslan (n 27) 430.



aşamada davayı görev sebebiyle usûlden reddetmemelidir. Davanın esası bakımından inceleme yaparken iş ilişkisinin gerçekten mevcut olup olmadığını ve davacının talebinin bu hukuki ilişkiye dayanıp dayanmadığını incelemelidir. Ancak bu aşamada, örneğin iş sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasında bir ayırım yapıp yapılmayacağı veya sözleşmenin geçerli şekilde kurulup kurulmadığı gibi hukuki sorunları değerlendirmelidir. Son aşamada ise çifte etkili vakıa teorisine göre mahkeme, sözleşmenin bir iş sözleşmesi olmadığı sonucuna varırsa, davayı esastan reddetmelidir¹⁰⁷.

Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında çifte etkili vakıa kavramının üzerinde durulmuş ve mahkemelerin bu konuda ne şekilde hareket etmeleri gerektiğine ilişkin önemli ilkeler belirlenmiştir. Söz konusu karara konu uyuşmazlık bir ticari temsilci ile işveren arasındaki hukuki işlemlerden kaynaklanmaktadır. Davacı, davalı ile yapmış olduğu tacir yardımcılığı sözleşmesine dayanarak belirli ödemelerin iadesini talep etmiştir. Ancak davalı kendisinin bağımsız bir tacir yardımcısı değil; işçi olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme davacının sunduğu sözleşmeye dayanarak davalının işçi olup olmadığını tartışmıştır. Mahkemeye göre eğer bir vakıa aynı zamanda talebin esasına ilişkin bir unsur teşkil ediyorsa, mahkeme görevli mahkemeyi belirleme aşamasında bu vakıayı doğru kabul etmek zorundadır. Başka bir deyişle davacının sunduğu iddiaların doğruluğu varsayılmalıdır. Ancak, eğer bir vakıa sadece görevin belirlenmesi için önemliyse ve davalının bu konuda itirazı varsa, bu durumda davacı bu vakıaların doğruluğunu ispat etmekle yükümlüdür¹⁰⁸.

Türk hukuku öğretisinde Aslan, çifte etkili vakıaları görev bakımından detaylı bir şekilde ele almıştır. Yazar Türk hukukunda da görevin belirlenmesinde çifte etkili vakıa teorisinin benimsenmesi gerektiğini savunmuştur¹⁰⁹. Yazar çeşitli örnekler üzerinde giderek bu teorinin benimsenmesi ile yargılamanın yıllarca sürmesinin ardından görevsizlik kararı verilmesi gibi bir durumun söz konusu olmayacağını ifade etmektedir. Teorinin benimsenmemesi durumunda yargılamada esasa çoktan girmiş olan mahkemenin görevsizlik kararı vermesinin yargılamayacağı uzatacağını belirtmiştir. Bununla birlikte yazar bu teorinin getirebileceği olumsuzlukları da vurgulamış ve bu olumsuzlukların nasıl ortadan kaldırılabileceğine ilişkin çözüm önerileri sunmuştur. Yazarın bu teoriye ilişkin ileri sürmüş olduğu ilk görüş, teorinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile çatışır görünmesidir. Yazara göre bu teori Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. maddesi ile çatışmaktadır. Bu teorinin kabul edilmesiyle ön inceleme aşamasının bertaraf edilmesi gibi bir sonuç ile karşılaşılabilir. Yazara göre bu teorinin uygulanabilmesi için çifte etkili vakıalar bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na bir istisna getirilmesi gereklidir.

¹⁰⁷ Baumgartner (n 14) 2-3.

¹⁰⁸ Bundesgerichtshof (BGH), 27.10.2009, VIII ZB 42/08, <https://dejure.org/2009,29685>, (10.03.2025).

¹⁰⁹ Aslan (n 27) 464.

Bize göre; her ne kadar bu teorinin benimsenmiş olduğu Alman ve İsviçre medeni usûl hukuku sistemlerinde ön incelemeye ilişkin birebir bir düzenleme bulunmamaktaysa da dava şartlarının kamu düzenine ilişkin olduğu ve eksikliklerinin re'sen gözetilmesi gerektiği hususun her iki hukuk sisteminde de kabul edilmiş olduğu göz ardı edilmemelidir. Özellikle İsviçre hukukunda İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nda her ne kadar buna ilişkin özel bir hüküm olmasa da mahkemenin davanın başında eksik dava şartlarının giderilebilmesi için inceleme yapmasının faydalı olabileceği belirtilmiştir¹¹⁰. Hatta İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 125. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca hâkim davayı belirli sorunlarla veya belirli hukuki taleplere sınırlandırılabilir. Kanun'un 222. maddesinin 3. fıkrası uyarınca da davalı sadece görevle ilgili bu sınırlandırmanın yapılmasını talep edebilir. Ancak mahkemenin davanın bu sorun ile sınırlanıp sınırlanmayacağına karar verme yetkisi bulunmaktadır¹¹¹. Ayrıca İsviçre'de Federal bir Medeni Usûl Kanunu kabul edilmeden önce bazı kantonlarda ön inceleme yapılması gerekliliği bulunmaktaydı¹¹². Buna rağmen İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında çifte etkili vakıa teorisinin üzerinde durulduğu ve uygulandığı görülmektedir¹¹³. Yukarıda da belirttiğimiz üzere¹¹⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. maddesinin sıkı bir şekilde alınması çifte etkili vakıaların hukuki niteliği itibariyle paradoksal bir durum yaratacaktır. Çünkü bu vakıalar ile ilgili esasa ilişkin bir değerlendirme yapmadan ön inceleme aşamasında usûle ilişkin bir karar verilmesi mümkün olmadığından bu teori geliştirilmiştir.

Türk hukukunda yargı kararlarına bakıldığında ise bu konuya değinen bulabildiğimiz tek karar haricinde tespit edebildiğimiz kadarı ile çifte etkili vakıa teorisinden açıkça bahsedilmemiştir. Ancak bazı yargı kararlarında bu teori doğrultusunda kararlar verilmiştir. Örneğin, Yargıtay'ın 23. Hukuk Dairesi kooperatif üyesi olup olmadığı tartışmalı olan davalının yapmış olduğu itiraza göre görevsizlik kararı veren yerel mahkemenin kararını bozmuş; ilgili uyuşmazlığın esasının incelenmesi ile Kooperatifler Kanunu'na göre çözümlenmesi gerektiğini ifade etmiştir¹¹⁵. Yargıtay'ın burada davacının davalının kooperatif ortağı olduğu yönünde iddiasına dayanarak hareket etmesi gerektiği ve sadece davalının bu konuda itiraz etmesi sebebiyle görevsizlik kararı vermemesi gerektiği düşünce-

¹¹⁰ Baumgartner (n 14) 7.

¹¹¹ Baumgartner (n 14) 7.

¹¹² İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun kabulünden önce de bazı kantonların usûl kanunlarında hazırlık duruşmasına ilişkin düzenlemeler için bkz. Efe Direnisa, *Medeni Yargılamada Ön İnceleme Aşaması* (On İki Levha Yayınları 2021) 66.

¹¹³ BGE 122 III 249 (1996), www.swisslex.com (10.03.2025).

¹¹⁴ Bkz. Başlık II.

¹¹⁵ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E. 2014/6673, K. 2015/673, T. 6.02. 2015, www.kazanci.com (10.03.2025). Aksi yönde Konya Bölge Adliye mahkemesi E. 2025/143, K. 2025/180 T. 4.02.2025, www.kazanci.com (10.03.2025).



sinde olduğu görülmektedir. Nitekim davalının kooperatif üyesi olup olmadığı hususu görevli mahkemeyi etkileyecek nitelikte olmakla birlikte uyuşmazlığın doğrudan esası ile ilgili bir vakıadır. Karara göre bu vakıa Kooperatifler Kanunu'nda yer alan hükümlerle aydınlatılmalıdır.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin de görev bakımından çifte etkili vakıa teorisine değinmeden teoriyi uyguladığı bir kararı bulunmaktadır. Bu karara göre davacı taraf, füzuli işgal sebebine dayanarak el atmanın önlenmesini talep etmiştir. Davalı taraf da kiracı olduğu yönünde savunmada bulunmuş ve bu iddiasını ispatlamıştır. Yerel mahkemece, davalının kiracı olduğunun kanıtlandığı ve davaya sulh hukuk mahkemesinde tahliye davası olarak bakılması gerektiği gerekçeleriyle görevsizliğe karar verilmiştir. Ancak Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, tüm dosya içeriğine ve toplanan delillere göre, taraflar arasında kira sözleşmesinin bulunduğu anlaşıldığını; mahkemenin de kabulünde olan bu olgunun sonradan tartışmasız hale geldiğini belirtmiştir. Kira sözleşmesinden doğan tahliye davası ile mülkiyet hakkına dayalı men'i müdahale davası nitelikleri itibarıyla birbirinden farklı davalar olması sebebiyle davanın esası yönünden davanın reddedilmesi gerekirken, aksine düşüncelerle yerel mahkemece görevsizlik kararının verilmesini isabetsiz bulmuş ve kararı bozmuştur¹¹⁶.

Türk hukukunda bu konuya açıkça değindiğini tespit edebildiğimiz tek karar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu¹¹⁷ kararıdır. Bu kararda yerel mahkemede davacı tarafından davalı ile aralarında işçi-işveren ilişkisi bulunduğu iddiası ile işçilik alacakları talep edilmiş, ancak yerel mahkemece taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayanmadığı, yarıcılık usulü ortaklık ilişkisi mevcut olduğu, ancak işçilik alacakları talep edildiğinden davanın esastan reddine karar verilmiştir. Yargıtay'ın Hukuk Dairesi ile yerel mahkeme arasında yarıcılık sözleşmesi bulunduğu dair herhangi bir uyuşmazlık bulunmamasına rağmen ilgili Hukuk Dairesi yerel mahkemenin usûle ilişkin değil esasa ilişkin bir karar ile sonlandırması sebebiyle kararını bozmuştur. Hukuk Genel Kurulunca da görevsizlik nedeniyle davanın usûlden reddine karar verilmesi gerekirken, davanın esastan reddine karar verilmesinin hatalı olduğu sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte karşı oy yazısında öncelikle görevli mahkemenin belirlenmesinde genel kuralın görevin davacının iddiasına, ileri sürdüğü vakıaya göre belirleneceği yönünde olduğu ve istikrarlı uygulamanın da bu şekilde olduğu ifade edilmiştir. Esasa girip yargılama yaptıktan sonra taraflar arasındaki ilişkinin iddia edilenden başka olduğu ve iddia edilen alacağın verilemeyeceği, başka ilişkiden alacağı olabileceği düşünüldükçe görevsizlik kararı verilemeyeceği vurgulanmıştır. Kararın devamında çift etkili vakıa kavramına ilişkin değerlendirilmelerde bulunulmuştur. Çift etkili vakıa-

¹¹⁶ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi., E. 1995/2644 K. 1995/3782 T. 20.03.1995, www.lexpera.com, (10.03.2025).

¹¹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2016/9-1214, K. 2020/741, T. 7.10.2020 için bkz. www.kazanci.com(10.03.2025).

ların mevcut bulunduğu bu hallerde, tahkikatın neticesinde vakıaların gerçekte davacının iddia ettiği şekilde olmadığını tespit eden mahkemenin davayı esas-tan (usûlden değil) bir kararla reddetmesi gerektiği ifade edilmiştir. Biz de karşı oy yazısında belirtildiği gibi iddianın ileri sürülüş biçimine ve talebe göre esas-tan reddedilecek bir dava için verilecek usûli bir karar sebebi ile davalının hem kesin hüküm etkisinden bir süre daha mahrum kalması hem de dava için emek ve zaman harcamaya devam etmesi gibi gerekçelerle karşı oy yazısına katılmaktayız.

C. YETKİ

Medeni usûl hukukunda yetki, bir mahkemenin yer itibari ile (coğrafi bakım-dan) davaya bakabilme iktidarındır¹¹⁸. Türk hukukunda, yetki kuralları kendi içe-risinde genel yetki kuralları ve özel yetki kuralları; kesin yetki kuralları ve kesin olmayan yetki kuralları gibi ayrımlara tabi tutulmaktadır¹¹⁹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesi uyarınca kesin yetki bir dava şartıdır. Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 116. maddesi uyarınca kesin yetkinin bulun-madığı hallerde yetki itirazı, bir ilk itiraz olarak ileri sürülebilir.

Yetki kuralları, belli bir hukuk politikası kapsamında, belirlenir¹²⁰. Davalı-nın yerleşim yeri mahkemesi, kural olarak genel yetkili mahkemedir (HMK m. 6). Ancak, dava konusuna yakınlık da yetki belirlemede etkili olabilir. Örneğin, taşınmaz davaları taşınmazın bulunduğu yerde, sözleşmeden doğan davalar ifa yerinde, haksız fiil davaları ise fiilin veya zararın gerçekleştiği yerde açılır. Şir-ketle ortaklar arasındaki davalarda da şirket merkezi esas alınır. Genel yetkide amaç davalıyı korumaktır; bazı durumlarda ise davacıyı korumak için onun yer-leşim yeri yetkili kılınır¹²¹.

Bir davada yetkiyi belirleyecek olan bazı vakıalar aynı zamanda uyuş-mazlığın esasını etkileyecek nitelikte olabilir. Örneğin sözleşmelere, özellikle iş sözleşmelerine, haksız fiillere, fikri mülkiyet hukukuna ya da kira hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda uyumsuzluğun hem esasını etkileyen hem de yetkili mah-kemeyi belirleyen çifte etkili vakıalar bulunabilir. Alman hukuku öğretisinde hâkim olan görüş yetki bakımından da çifte etkili vakıa teorisinin uygulanma-sıdır¹²². Roth, bu konuyu örnekler üzerinden değerlendirmiştir. Hatta yazar bu teorinin kabul edilmemesi durumunda bazı hallerde -özellikle özel yetki halle-rinde- esas-tan karar verilmesinin mümkün bile olamayacağını ileri sürmüştür. Örneğin haksız fiil hukuki sebebine dayanılarak açılan bir tazminat davasında

¹¹⁸ Dilek Karademir Aydemir, *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi*, (Yetkin Yayınları, 2019) 35.

¹¹⁹ Karademir Aydemir (n 118) 95 vd.

¹²⁰ Karademir Aydemir (n 118) 115.

¹²¹ Karademir Aydemir (n 118) 217.

¹²² Bu yönde bkz. Stein ve Roth (n 42) Rn. 30-32; Patzina ve Windau (n 42) Rn. 71.



Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 32. maddesine göre haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi yetkilidir. Davacının açtığı davada görevin belirlenmesi bakımından davacının iddiaları esas alınmalıdır. Ancak doğrudan haksız fiilin mahkemenin yetki çevresinde işlendiği kabul edilemez. Mahkeme yetki incelemesi çerçevesinde bu hususu değerlendirmelidir. Mahkeme eğer böyle bir fiilin işlenmediğini tespit ederse artık davayı usûlden değil esastan reddetmelidir. Bu aynı zamanda bir kesin hüküm bulunacak olması sebebiyle bu durum davalı lehine olacaktır¹²³. Benzer bir örnek sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından verilmiştir. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların uyuşmazlığa konu borcun ifa edileceği yer mahkemesinde de karara bağlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Yetki belirlenirken yargılamanın en başında davacının iddia ettiği sözleşme ilişkisinin var olduğu kabul edilmelidir. Davacının talebine dayanak olarak göstermiş olduğu vakıa tek yönlü ise dava usûle ilişkin bir karar ile sonlandırılmalıdır. Bununla birlikte maddi hukuka ilişkin bir vakıa aynı zamanda yetkiyi de etkiliyorsa ve eksikliği mahkeme tarafından tespit edilmişse artık dava esastan reddedilmelidir. Örneğin sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün belirli bir ifa yerinde (örneğin Münih'te) yerine getirilmesine ilişkin bir uyuşmazlık varsa veya dava konusu bir yükümlülüğün yalnızca Münih'te yerine getirilmesi gerektiğinin tespit edilmesine yönelikse, bu durumda davacının sunduğu iddiaların mantıksal tutarlılığı esas alınarak yetki incelemesi sırasında Münih'in ifa yeri olduğu varsayılır. Ancak, daha sonra bu iddianın gerçek olmadığı, Stuttgart olduğu ortaya çıkarsa, dava esastan reddedilmelidir. Bu kararın kesin hüküm niteliği, davacının Stuttgart'ta ifa talebiyle yeni bir dava açmasına engel oluşturmaz¹²⁴.

İsviçre hukuku öğretisinde de benzer şekilde mahkemenin yetkisini belirleyen vakıaların çifte etkili olması ve yargılamanın sonunda mahkemece ilgili vakıaların eksikliğinin tespiti halinde davanın esasa ilişkin bir kararla reddedilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹²⁵. Davanın esastan reddedilmesi davalıyı aynı davanın yeniden açılması riskinden kurtaracaktır. Bu da hukuki kesinliğin mümkün olan en hızlı şekilde tesis edilmesini sağlar. Çünkü çifte etkili vakıalar söz konusu olduğunda usûle ilişkin kuralların incelemesi dahi esasa ilişkin bir inceleme gerektirir. Bunun yanı sıra, davacı da davayı bizzat kendisi açmış; yetkisiz bir mahkemeyi kendisi tercih etmiştir¹²⁶.

Türk hukukunda Aslan bu çifte etkili vakıa teorisinin benimsenmesi durumunda teoride bütünlük sağlayabilmek için sadece görev bakımından değil aynı zamanda yetki bakımından da teorinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

¹²³ Stein ve Roth (n 42) ZPO § 1 Rn. 30-32.

¹²⁴ Stein ve Roth (n 42) ZPO § 1 Rn. 26.

¹²⁵ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 84 vd.; Hischier (n 33) 238.

¹²⁶ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 561.

Ancak yazara göre davanın farklı bir yargı yolunda görülmesi veya farklı görevli bir mahkemede görülmesi; farklı yerdeki mahkeme önünde görülmesi kadar önemli değildir. Bu çerçevede yazar, davacının davalıyı kanunda yazan mahkemenin başka bir mahkemeye getirmek amacıyla dava açmasını teorinin getirdiği bir risk olarak değerlendirmiştir. Hâkimin dürüstlük kuralını gözetmesini ise bir çözüm önerisi olarak sunmuştur¹²⁷. Biz de yazara katılmaktayız. İster kesin yetki olsun ister ilk ilk itiraz olarak gözetilmesi gereksin yetkiyi belirleyen vakıalar aynı zamanda maddi hukuk ile de ilgiliyse mahkemenin yetkili olup olmadığına ilişkin değerlendirme, aynı zamanda davanın esasıyla da doğrudan bağlantılıdır. Çifte etkili vakıalar söz konusu olduğunda mahkemenin davalıyı koruma amacıyla yetkisizlik kararı vermesi davalının aynı vakılara dayanan bir dayanan bir davayla tekrar karşı karşıya kalma ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır. Buna karşılık davanın esastan reddi bu noktada davalı bakımından menfaat dengesini sağlayacak niteliktedir. Ancak bu teori uygulanırken davacının kötü niyetle hareket ettiği ihtimali göz ardı edilmemeli ve mahkemece gözetilmelidir.

D. TARAF EHLİYETİ

Taraf ehliyeti, usûli ilişkinin öznesi olabilme ehliyetidir¹²⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 50. maddesinde bu durum medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan herkes, davada taraf olabilir şeklinde ifade edilmiştir. Bu maddeden hareketle taraf ehliyetinin kapsamı medeni hukuka göre belirlenir¹²⁹. Taraf ehliyeti, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin 1. fıkrasının d bendi uyarınca dava şartı olarak öngörülmüştür.

Taraf ehliyetinin bir nevi hak ehliyetinin kapsamının medeni hukuka göre sebebiyle bir davada bir tarafın ehliyetine ilişkin vakıalar hem taraf ehliyetini hem de hak ehliyetini etkileyecek nitelikte olabilir. Türk hukukunda ise öğretide önceleri açıkça bu kavramla anılmamakla birlikte taraf ehliyeti olmayan tarafın, taraf ehliyeti olmadığının tespit edilmesi söz konusu olduğunda taraf ehliyeti varmış gibi işlem yapabileceği ifade edilerek taraf ehliyeti bakımından çifte etkili vakıa teorisinin uygulanmasına benzer çıkarımlar yapılmaktaydı¹³⁰.

Türk hukuku öğretisinde Erişir, bu konuyu tüzel kişiler bakımından ele almıştır. Özel siciline tescil ile tüzel kişilik kazanan bir sendikanın kuruluş işlemlerindeki eksikliklerden dolayı aslında tüzel kişilik kazanmadığı yönündeki iddialar üze-

¹²⁷ Aslan (n 27) 470-474.

¹²⁸ Üstündağ (n 10) 288; Bilge ve Önen (n 10) 225; Tanrıver (n 10) 500; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 10) 212; Budak ve Karaaslan (n 10) 103; Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl C.I (n 10) 559; Kale (n 25) 13; Erişir (n 26) 30.

¹²⁹ Taraf ehliyeti ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kale (n 25) 1 vd.; Erişir (n 26) 1vd.

¹³⁰ Kazım Yenice, 'Taraf Yeterliliği' (1963) 9-10 *Adalet Dergisi* 946; Bilge Umar, 'Medenî Usûl Hukukunda Davanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet' (1963) 29(3) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 601; Kantarcıoğlu, (n 10) 82.



rine sendikanın tüzel kişiliği tespiti ilişkin açmış olduğu müspet tespit davasını bu konuya örnek olarak göstermiştir¹³¹. Bu davada taraf ehliyeti bir dava şartıdır, ancak sendikanın tüzel kişiliği bulunup bulunmadığı davanın esasını da etkiler. Yazar bu durumu “çift yönlü vakıa” olarak tanımlar. Böyle durumlarda davanın usûlden mi yoksa esastan mı reddedileceği önem kazanır. Esastan karar verilirse taraf ehliyeti göz ardı edilmiş olur; usûlden karar verilirse yargılama, bir dava şartının gerçekleşip gerçekleşmediği esasına dayanmış olacaktır. Yazara göre taraf ehliyeti inceleniyorsa hâkim delilleri re’sen dikkate alabilir ancak esasa girilmişse hâkim yalnızca ileri sürülenlerle bağlıdır. Yazar, mahkemenin maddi gerçeğe ulaştıktan sonra esasa ilişkin karar vermesi gerektiğini savunmuştur¹³².

Öğretide Kale de tüzel kişiliğe sahip olmayan kimselerin davada taraf ehliyetini değerlendirirken bu soruna çifte etkili vakıa teorisi üzerinden yaklaşmıştır¹³³. Yazar, tüzel kişiliği olmayan bir vakfın, tüzel kişilik tespiti talep ettiği bir davada taraf ehliyetinin var sayılması gerektiğini belirtmiştir. Bu durum hem dava şartı hem de davanın esasıyla ilgili olduğu için çifte etkili vakıa niteliğindedir. Bu nedenle, tüzel kişiliğin bulunmadığı tespit edilirse dava usûlden değil, esastan reddedilmelidir¹³⁴. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Özellikle tüzel kişiliğin geçerli olarak var olup olmadığına ilişkin tespit davalarında, tam da tüzel kişinin hukuki ehliyetinin dava konusu olduğu hallerde taraf ehliyetinin varlığı kabul edilmelidir. Aksi takdirde uyuşmazlığın esasına girilemeden yargılama usûle ilişkin bir kararla sonlandırılabilir. Bu durum maddi hukukta hak ehliyetine sahip olduğunu ileri süren taraf bakımından adil yargılanma hakkını ihlal edici nitelikte olabilir. Yargılamanın devamında tarafın, hak ehliyetinin var olmadığı mahkeme tarafından tespit edilirse artık yargılama esastan sona erdirilmelidir. Maddi gerçek açığa çıkmış ve tarafın hak ehliyetinin var olmadığı mahkemece tespit edilmiştir. Burada usûle ilişkin bir karar ile yargılamanın sona erdirilmesi davanın karşı tarafı için her zaman yeniden dava açılma riski ile karşılaşması anlamına gelecektir. Bu taraf kesin hükmün sağlamış olduğu avantajlardan faydalanamayacaktır. Bu sebeple bu tarz uyuşmazlıklarda çifte etkili vakıa teorisinin uygulanarak davanın esastan sona erdirilmesi gerektiği görüşündeyiz.

E. DAVA EHLİYETİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 51. maddesinde dava ehliyetinin medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirleneceğini düzenlenmiştir. Öğretide dava ehliyeti, bir kişinin kendi başına veya yetkili kıldığı bir temsilci aracılığı ile yar-

¹³¹ Yazar bu durumun tüzel kişiliğin hukuka aykırı bir şekilde kurulduğu, bu nedenle tüzel kişilik kazanmadığının tespitine yönelik açılacak menfi tespit davalarında da görülebileceğini ifade etmiştir. Erişir (n 26) 276.

¹³² Erişir (n 26) 276-278.

¹³³ Kale (n 25) 49.

¹³⁴ Kale (n 25) 49-50.

gılamayı yürütebilmesi ve tüm usûli işlemleri kendi başına veya kendisinin seçtiği bir temsilci aracılığı ile geçerli bir şekilde yapabilme ya da kabul edebilme ehliyeti olarak tanımlanmıştır¹³⁵.

Dava ehliyetinin kapsamının medeni hukuk çerçevesinde belirlenmesi sebebiyle bu konuya ilişkin bazı vakıalar çifte etkililik göstermektedir¹³⁶. Özellikle kişilerin vesayet altına alınma veya vesayetin kaldırılması hallerinde bu kimse-lerin ehliyetleri hem uyuşmazlığın esasını hem de usûl hukukunu etkilemektedir. İsviçre hukukunda vesayet hukukuna ilişkin yargılamalarda bu kişilerin ehliyetli olarak kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Çünkü uyuşmazlığın esasına girildiğinde kişinin ehliyeti hakkında ayrıca bir değerlendirme yapılacaktır¹³⁷. Türk hukukunda vesayet ile ilgili sorun açık bir kanun maddesi ile çözüme kavuşturulmuştur; kısıtlı bizzat vesayetin kaldırılması isteminde bulunabilir (TMK m. 472).

Dava ehliyeti sadece vesayet hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından değil diğer uyuşmazlıklarda da çifte etkililik özelliği gösterebilecektir. Örneğin bir hukuki işlemin ehliyetsizlik sebebi ile geçersizliğine ilişkin bir davada kişi yargılama esnasında da ehliyetsiz olabilir¹³⁸. İsviçre medeni usûl hukuku öğretisinde bir uyuşmazlığın hem kişinin fiil ehliyetine hem de dava ehliyetine ilişkin olması durumunda çifte etkili vakıa teorisi uyarınca kişinin yargılamanın başında kişinin dava ehliyetine ilişkin bir araştırma yapmadan uyuşmazlığın esasına geçilmesi durumunda dava ehliyetinin tarafları koruma fonksiyonundan uzaklaşılacağı görüşü ileri sürülmüştür¹³⁹.

Türk hukuku öğretisinde de dava ehliyeti bakımından çifte etkili vakıa teorisi tartışma konusu yapılmıştır. Öğretide Elgün Toğrul, dava ehliyetinin çifte etkililik gösterebilmesini çeşitli ihtimaller üzerinden değerlendirmiştir. Yazara göre bir taraf hukuki işlem yapılırken fiil ehliyetine sahip olmadığını ileri sürüyorsa, bu durum işlemin geçerliliğini etkiler ve burada dava ehliyeti ve buna bağlı fiil ehliyetinin incelenmesi gerekir. Bir diğer ihtimal ise işlem yapılırken kişinin fiil ehliyetine sahip olması ancak sonradan bunu kaybetmesi ve dava açıldığı zaman bu halin devam etmesi durumudur. Böyle bir durumda dava açıldığı tarihte mevcut olmayan dava ehliyeti bir dava şartı olarak ele alınmalı ve eğer bu eksiklik giderilmezse dava esastan değil usûlden reddedilmelidir. Son ihtimal ise tüm bu süreçlerin tamamında ehliyetin olmamasıdır. Bu durumda da dava ehliyeti eksikliğinin giderilmemesi halinde davanın usûlden reddedileceğini ifade etmektedir¹⁴⁰.

¹³⁵ Ansay (n 10) 109; Yenice (n 96) 1183; Bilge ve Önen (n 10) 229; Umar (n 96) 602; Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 10) 585; Elgün Toğrul (n 10) 11; Atıcı (n 10) 41.

¹³⁶ Elgün Toğrul (n 10) 137-138; Atıcı (n 10) 347; Kantarcıoğlu, (n 10) 84.

¹³⁷ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 155.

¹³⁸ Atıcı (n 10) 357.

¹³⁹ Hoffmann-Nowonty (n 8) N 370.

¹⁴⁰ Elgün Toğrul (n 10) 137-138.



Kanaatimizce de dava ehliyetine ilişkin birtakım vakıalar çifte etkililik gösterebilir. Ancak çifte etkili vakıa teorisinin dava ehliyeti gibi usulî konulara uygulanması, hukuki dinlenilme hakkını zedeleyebilir. Bu nedenle, kural olarak ehliyet sorununun öncelikle bağımsız bir usul meselesi olarak çözüme kavuşturulması, ancak ardından esasa ilişkin değerlendirmeye geçilmesi daha isabetli olacaktır. Örneğin ehliyetsizlik hukuki sebebi ile açılan tapu iptal ve tesciline ilişkin bir davada kişinin hukuki işlemi gerçekleştirdiğinde var olmayan fiil ehliyeti dava aşamasında da olmayabilir. Davacının yargılama sırasında dava ehliyetine sahip olmaması, haklarını etkin şekilde kullanmasını engelleyebilir. Bu nedenle, dava ehliyetinin öncelikle ayrı bir usul sorunu olarak tespit edilmesi ve ancak bu eksiklik giderildikten sonra esasa ilişkin incelemeye geçilmesi gerekir. Ancak istisnai hallerde usul ekonomisi gözetilerek bu teorisinin uygulanması çok sınırlı bir şekilde mümkün olacaktır.

SONUÇ

Çifte etkili vakıa teorisi, yargılamada çifte etkili vakıalara nasıl yaklaşılması gerektiğini sistematik bir şekilde ele alan önemli bir teoridir. Bu teori, bazı usulî müesseselere ilişkin vakıalar ile esasa ilişkin vakıaların birbiriyle iç içe geçtiği durumlarda, yargılamanın daha etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamayı amaçlar. Her ne kadar dava şartları ve ilk itirazların yargılamanın başında incelenmesi esası hâkim olsa da bazı vakıaların çifte etkili olması onlara ilişkin değerlendirmelerin hangi esaslara göre yapılması gerektiğini tartışma konusu haline getirmiştir.

Çifte etkili vakıa teorisi, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlara çözüm getirebilmek amacıyla getirilmiş bir teoridir. Bu bağlamda, bu teoriye göre davacının iddialarını somut vakıalarla desteklemesi, çifte etkili vakıaların mahkemeye açık ve tutarlı bir şekilde sunulması durumunda çifte etkili vakıalar, esasa ilişkin inceleme sırasında ele alınmalıdır. Bu teori, davanın usule ilişkin bir karar ile reddedilmesi durumunda esasa ilişkin bir kararın da dolaylı olarak verilmiş olacağı ihtimalini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Yargılamada sağladığı usul ekonomisi avantajları ve davalı tarafın korunması yer bu teorisinin kabul edilmesi için ileri sürülen başlıca sebepler arasında, almaktadır. Teori, davanın hem usul hem de esas yönünden daha hızlı bir şekilde ele alınmasını amaçlamakta, böylece nihai kararın verilmesi sürecini hızlandırmaktadır.

HMK m. 137 uyarınca, dava şartları ve ilk itirazlar ön incelemede incelenmelidir. Bu hüküm, çifte etkili vakıa teorisinin Türk hukukunda uygulanabilirliği konusunda tartışma doğurabilir. Ancak çifte etkili vakıalar, esasa ilişkin değerlendirme yapılmadan karara bağlanamayacağı için bu durum bir paradoks yaratmaktadır. Söz konusu madde esasen yalnızca tek yönlü vakıalar için uygundur. Esasında çifte etkili vakıaların yargılamanın başında tam olarak değerlendirilememesi, teorisinin gelişmesini sağlamıştır. Sonuç olarak, bu teorisinin bazı usulî müesseseler bakımından Türk hukukunda da uygulanabilmelidir. Ancak karışık-

lıkların önüne geçmek için Kanuna bu konuyla ilgili açık bir istisna getirilmesi daha yerinde olacaktır.

Çifte etkili vakıa teorisi, medeni usûl hukukunda önemli bir işlev görse de bazı durumlarda uygulanabilirliğinin sınırlanması gerekmektedir. Bu istisnaların başında, davacının dürüstlük kuralına aykırı şekilde teoriyi kendi lehine kötüye kullanması gelir. Hakkın kötüye kullanılması hâlinde, mahkemenin bu teoriyi uygulamaktan kaçınması gerekir. Bir diğer istisna yargı hakkına ilişkindir; devletlerin egemenlik yetkisinden doğan mutlak yargı bağımsızlığı çerçevesinde, bu teori uygulanamaz. Tahkim yargılamasında ise, ayrılabilirlik ilkesi çerçevesinde, esas sözleşmeye ilişkin vakıaların aynı zamanda tahkim sözleşmesinin geçerliliğini de etkilemesi durumunda çifte etkili vakıalar gündeme gelebilir. Ancak burada da tahkimin kendine özgü yapısı nedeniyle bu teorinin uygulanmaması gerekmektedir.

Çifte etkili vakıa teorisinin yargı yolu, görev, yetki, taraf ehliyeti, dava ehliyeti gibi usûli müesseselere uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu olmuştur. Tartışmalar geniş anlamda görev üzerinden yürütülmüş olup bu teorinin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Teoride tutarlılığın sağlanması için yargı yolu ve yetki bakımından da bu teorinin uygulanması gerektiği ileri sürülse de yargı yolu bakımından çifte etkili vakıa teorisinin uygulanması mümkün değildir. Zira bu teorinin kabulü hâlinde, görevli olmayan bir yargı yolunda esasa ilişkin karar verilmesi gibi, yargı yolları arasında geçişkenliğe yol açabilecek sakıncalı sonuçlar doğabilir. Buna karşılık, yetki bakımından teori uygulanacaktır. Teorinin yetki bakımından oluşturabileceği olası kötüye kullanımlar, hâkimin dürüstlük kuralı çerçevesinde yapacağı denetimle bertaraf edilebilir.

Çifte etkili vakıa teorisinin taraflara ilişkin dava şartlarından taraf ehliyeti ve dava ehliyetine de uygulanabilirliği tartışma konusu olmuştur. Teorinin doğal bir sonucu olarak taraf ehliyetini ya da dava ehliyetini aynı davada ileri süren tarafın ehliyetli olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte taraf ehliyeti bakımından kişinin ehliyeti hakkında maddi gerçeğe ulaştıktan sonra yargılamanın usûle ilişkin bir kararla sona erdirilmesi usûl ekonomisi ilkesine aykırıdır. Bu bakımdan çifte etkili vakıa teorisinin uygulanarak davanın esasa ilişkin bir karar ile sona erdirilmesi daha yerinde olacaktır. Dava ehliyeti bakımından ise davacının yargılama sırasında dava ehliyetine sahip olmaması, haklarını etkin şekilde kullanmasını engelleyebilir. Bu nedenle, dava ehliyetinin öncelikle ayrı bir usûl sorunu olarak tespit edilmesi ve ele alınması adil bir yargılama için gereklidir. Çifte etkili vakıa teorisinin usûl ekonomisine hizmet eden ve adil yargılanma hakkını ihlal etmeyen durumlar haricinde dava ehliyetine uygulanması çok mümkün olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akduman E, ‘Tahkim Anlaşmasının Asıl Sözleşmeden Ayrılabilirliği İlkesi Çerçevesinde Geçerliliği’ (2023) 88 (1) İzmir Barosu Dergisi 1-26.
- Alangoya Y, Yıldırım K and Deren Yıldırım N, Medeni Usûl Hukuku Esasları (8. Baskı, Beta 2011).
- Albers J, Baumbach A, Lauterbach W ve Hartmann P, Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen (68. Baskı, Beck 2010).
- Ansay S Ş, Hukuk Yargılama Usûlleri (7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası 1960).
- Apathy P, Klingenberg G ve Pennitz M, Einführung in das Römische Recht (5. verbesserte und ergänzte Aufl, Vandenhoeck & Ruprecht 2012).
- Arslan R, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı (Sevinç Matbaası 1989).
- Aslan A Ç, Medenî Usûl Hukukunda Görev (On İki Levha Yayıncılık 2022).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, Medenî Usûl Hukuku (5. baskı, Yetkin 2023).
- Atıcı C, Medenî Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti (Seçkin Yayıncılık 2021).
- Babusiaux U, Baldus C, Ernst W, Meissel F S, Platschek J ve Rübner T, Handbuch des Römischen Privatrechts, C I–III (1. Aufl, Mohr Siebeck 2023).
- Baumbach A, Lauterbach W, Albers J ve Hartmann P, Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen (68. Baskı, Beck 2010).
- Baumgartner S, ‘Doppelrelevante Tatsachen’ (2022) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 1-27.
- Belgesay M R, ‘Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Yapılması Gereken Tadilat’ (1947) 13(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 157-174.
- Berg H, ‘Zulässigkeitsvoraussetzungen im Zivilprozess’ (1969) Juristische Schulung Heft 3, 123-128.
- Berkin N M, ‘Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Vazife Hükümleri ve Tatbikatı’ (1952) 18(1–2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 191, 188-214.
- Bilge N ve Önen E, Medenî Usûl Hukuku Dersleri (3. baskı, Sevinç Matbaası 1978).
- Bloch A, Die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit von Amtes wegen und die Folgen bei örtlicher Unzuständigkeit gemäss Art. 34 GestG, (Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, 2003).
- Budak A C ve Karaaslan V, Medenî Usûl Hukuku (10. Baskı, Filiz Kitabevi 2022).

Bülow O, Die Lehre den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen (Verlag von Emil Roth 1868).

Cocchi B ve Trezzini F, Codice di procedura civile ticinese massimato e commentato: Appendice 2000/2004 (2. Baskı, Verlag Lugano 2000).

Demirsatan B, 'Hukuka Aykırı Tasfiyenin Tüzel Kişiliğe Etkisi' (2016) 74 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 685-708.

Direnisa E, Medeni Yargılamada Ön İnceleme Aşaması (On İki Levha Yayınları 2021).

Elgün Toğrul E Ş, Medenî Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti (Yetkin Yayıncılık 2021).

Erişir E, Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti (Turhan 2007).

Fritzsche S, 'Bestimmung der Rechtswegzuständigkeit und der anzuwendenden Verfahrensordnung' (2015) NJW 586-588.

Görgün Ş, Börü L ve Kodakoğlu M, Medenî Usûl Hukuku (11. Baskı, Yetkin Yayınları 2022).

Gravenhorst W, Die Aufspaltung der Gerichtszuständigkeit nach Anspruchsgrundlagen (Duncker & Humblot 1972).

Gürdoğan B, 'Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakıa ve Hukuk' (1956) 11(3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 258-285.

Habscheid WJ, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht (2. Baskı, Basel/Frankfurt am Main 1990).

Hischier R, 'Doppelrelevante Tatsachen im Arbeitsprozess' in Wolfgang Portmann, Gabriel Aubert, Roland A Müller and Roger Rudolph (eds), Festschrift für Adrian von Kaenel (Schulthess Juristische Medien AG 2022) 235-252.

Hoffmann-Nowotny U H, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren (Zürich/St. Gallen 2010).

Kale S, Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti (On İki Levha 2010).

Kantarcıoğlu S, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. Maddesi Çerçevesinde Medenî Usûl Hukukunda Dava Şartlarının İncelenmesi Kitabı (On İki Levha 2024).

Karadeniz Çelebican Ö, Roma Hukuku Tarihi: Giriş, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması (16. baskı, Turhan Kitapevi 2013).

Karşlı A, Medenî Muhakeme Hukuku (5. Baskı, Filiz Kitabevi 2020).

Kazmaz Tepe B, Medenî Usûl Hukukunda Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davaları (Adalet Yayınevi 2022).



KLUTH T, 'Die "sic-non"-Rechtsprechung des BAG-Der Anfang vom Ende der Beweiserheblichkeitstheorie' (1999) 52 Neue Juristische Wochenschrift 342-344.

KURU B ve AYDIN B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2022).

KURU B, 'Dava Şartları' in Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan (AÜHF Yayınları 1964) 109-147.

KURU B, Hukuk Muhakemeleri Usûlü Cilt I (6. baskı, Demir Yayıncılık 2001).

KURU B, Hukuk Muhakemeleri Usûlü Cilt II (6. baskı, Demir Yayıncılık 2001).

KÜÇÜK A T, Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi (On İki Levha Yayıncılık 2021).

LANDROVE J C, Assignment and Arbitration: A Comparative Study (Schulthess 2009).

MANKOWSKI P, 'Die Lehre von den doppelrelevanten Tatsachen auf dem Prüfstand der internationalen Zuständigkeit: zu LG Tübingen, 30.3.2005 - 5 O 45/03' (2006) 26 IPRax 454-460.

MEZGER E, Prozessual-materielle Doppelrelevanz einer Tatsache im zivilprozessualischen Erkenntnisverfahren (Diss. Tübingen 1908).

MUŞUL T, Medenî Usûl Hukuku (3. baskı, Adalet Yayınevi 2012).

OST K, Doppelrelevante Tatsachen im internationalen Zivilverfahrensrecht (Frankfurt am Main/Wien 2002).

ÖNEN E, Medenî Yargılama Hukuku (AÜHF Yayını No: 442, Sevinç Matbaası 1979).

ÖZEKES M, Temel Hukuk Bilgisi (12. Baskı, On İki Levha Yayınları 2022).

PATZINA R ve WINDAU B, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Vol 1 (7. Baskı, CH Beck 2025).

PEKCANITEZ H, ATALAY O ve ÖZEKES M, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı (11. Baskı, On İki Levha 2023).

PEKCANITEZ H, ÖZEKES M, AKKAN M, TAŞ KORKMAZ H, Medeni Usûl Hukuku Cilt II (On İki Levha 2017).

PEKSÖZ V, Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020).

POSTACIOĞLU İ E and ALTAY S, Medenî Usûl Hukuku Dersleri (8. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020).

RIMMELSPACHER B, 'Buchbesprechungen: Zivilprozessordnung' (2011) 15 Neue Juristische Wochenschrift 1054.



Roth H, in: Stein, Kommentar zur Zivilprozessordnung, vol 1 (24. Baskı, Mohr Siebeck 2024).

Schumann E, ‘Examensprobleme der örtlichen Zuständigkeit im Zivilprozess (Folgen der örtlichen Unzuständigkeit, Gerichtsstandsfragen im Mahnverfahren, doppelrelevante Tatsache) (1985) 25 JuS 203-207.

Schumann E, ‘Internationale Zuständigkeit: Besonderheiten, Wahlfeststellung, doppelrelevante Tatsachen’ in Walther J Habscheid and Karl Heinz Schwab (eds), Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit: Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag (Münster 1987) 402-426.

Sungurtekin Özkan M ve Türkoğlu G, Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları (Seçkin 2008).

Tahiroğlu B ve Erdoğan B, Roma Hukuku Dersleri (7. baskı, D&R Yayınları 2011).

Tanrıver S, Medeni Usûl Hukuku, Cilt I (Yetkin Yayınları 2021).

Umur Z, Roma Hukuku Ders Notları (3. Baskı, Beta 1999).

Üstündağ S, Medenî Yargılama Hukuku, Cilt I–II (7. Baskı, Filiz Kitapevi 2000).

Vogel O ve Spühler K, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz (8. Baskı, Stämpfli 2005).

Yardımcı T E, Hukuk Yargılamaında Somutlaştırma Yüğü (On İki Levha Yayıncılık 2017).

Yenice K, ‘Taraf Yeterliliğı’ (1963) 9-10 Adalet Dergisi 937-953.

Yılmaz E, Arslan R, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, Medenî Usûl Hukuku (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2021).

Yılmaz E, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt II (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2021).

Wietz C, ‘Die doppelrelevante Tatsache am Beispiel von Mischmietverhältnissen – Typische Konstellationen der Zuständigkeitsverteilung im Mietprozess’ (2015) NZM 145-151.

www.beckonline.com.

www.dejure.org.

www.kazancı.com.

www.lexpera.com.

www.sozluk.gov.tr.

KAT MÜLKİYETİ HUKUKU ÇERÇEVESİNDE EVCİL HAYVAN BULUNDURMA VE EVCİL HAYVANIN İÇGÜDÜSEL DAVRANIŞINDAN DOĞAN SORUMLULUK

*Pet Keeping and Liability Arising from Instinctive Behavior of Pet under
Condominium Ownership Law*

Güray TÜRKER*

Özet

Kat Mülkiyeti Kanunu, kat mülkiyeti sistemlerini dikey ve yatay kat mülkiyeti olmak üzere iki ayrı sistem üzerinde yapılandırmaktadır. Özellikle toplu yapılarda evcil hayvan bulundurulması kişilerin hayatlarının olağan parçası haline gelmiş ve evcil hayvanlar kat mülkiyetinden doğan ihtilafların konusunu sıklıkla oluşturmaya başlamıştır. Evcil hayvanların yalnızca bağımsız bölümlerdeki içgüdüsel davranışları değil anagayrimenkulün ortak yerleri, eklentileri gibi yerlerdeki içgüdüsel davranışları da hukuki uyumsuzluklara sebep olmaktadır. Bu durum kat mülkiyeti hukuku çerçevesinde evcil hayvan bulundurmanın sınırları ve bundan doğan sorumluluğu gündeme getirmektedir. Anagayrimenkulde evcil hayvan bulundurma öncelikle kat mülkiyetinden doğan borç ilişkisi çerçevesinde incelenmelidir. Kat maliklerinin dürüstlük kuralına uygun davranma ve birbirini rahatsız etmeme borcu ile kat maliklerinin yönetim planı hükümlerine uygun davranma borcu anagayrimenkulde evcil hayvan bulundurmanın sınırlarını oluşturur. Kat mülkiyeti sistemleri yönünden bu sınırların ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Öte yandan, evcil hayvanın anagayrimenkul içerisindeki içgüdüsel davranışı ve bundan doğan zarar Türk Borçlar Kanunu m. 67 vd. düzenlenen, kusursuz sorumluluk türlerinden biri olan hayvan bulunduranın sorumluluğu kavramını da karşımıza çıkarır. Taşınmaz malikinin sorumluluğunu düzenleyen Türk Medeni Kanununun m. 730 hükmünün uygulanması meselesi de bu aşamada gündeme gelir. Geniş çerçeveden bakıldığında, anagayrimenkul içerisindeki evcil hayvanın içgüdüsel davranışı neticesinde doğan zarar Kat Mülkiyeti Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanununu keşiftirebilir. Kat mülkiyetinde hayvan bulundurma sebebiyle doğabilecek zararlarda somut olayın özelliğine göre birden çok sorumluluk halinin şartları gerçekleşebilir.

Anahtar Kelimeler: Evcil hayvan, kat mülkiyeti, hayvan bulunduran, taşınmaz maliki, sorumluluk, zarar, içgüdüsel davranış

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 22.07.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul/Türkiye, guray.turker@okan.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-7845-3961>

Abstract

The Condominium Ownership Law structures the condominium systems as vertical and horizontal. Keeping pets, now a common part of life, often sparks disputes in condominiums due to pets' instinctive behavior in both independent units and shared areas. This raises questions about the limits and responsibilities of pet keeping under condominium law. These limits stem from owners' obligations to act in good faith, avoid disturbing others, and comply with the management plan, and they should be assessed separately for vertical and horizontal systems. Damage caused by pets' instinctive behavior also engages the pet keeper's strict liability under Turkish Code of Obligations Article 67 et seq. and may trigger the real property owner's liability under Turkish Civil Code Article 730. Thus, damages arising from pets in condominiums reflect an intersection of condominium law, property law, and tort law. In some cases, multiple liability may arise depending on the circumstances.

Key words: Pet, condominium ownership, pet owner, property owner, liability, damage, instinctive behavior

GİRİŞ

Ülkemizin sosyal ve ekonomik alanda geçirmekte olduğu değişim ve gelişim kat mülkiyeti hukukuna da doğal olarak temas etmektedir. Bu değişimin ve gelişimin neticesi olarak geçmişte tek parsel üzerindeki anayapıdan oluşan dikey kat mülkiyeti (klasik) sisteminin yanına bir veya birden fazla parsel üzerinde blok yapılar veya münferit bağımsız bölümlerden teşekkül eden yatay kat mülkiyeti (toplu yapı) sistemi de eklenmiştir. Bu değişim, anagayrimenkul içerisinde yer alan bağımsız bölümlerde evcil hayvan bulundurulmasını kişilerin yaşamının doğal bir parçası haline getirmiştir. Özellikle toplu yapılarda bağımsız bölüm sayısının fazlalığına paralel olarak evcil hayvan bulunduran kişi sayısının da fazla olması sebebiyle bu konuda mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlık sayısında artış yaşanmaktadır. Doğaldır ki, bu uyuşmazlıkların konusunu oluşturan evcil hayvan türü bilhassa köpekler olmakla beraber anagayrimenkulde bulundurulan hayvan sadece köpeklerden ibaret değildir. Toplu yapıların kat mülkiyeti hukukuna girmesiyle beraber evcil hayvanlara ilişkin uyuşmazlıklar yalnızca bağımsız bölümlerle ilgili değil eklentilerde veya ortak yerlerde cereyan eden olaylara ilişkin de ortaya çıkabilmektedir. Belirtelim ki, bu çalışmada evcil hayvanın içgüdüsel davranışı neticesinde zararın meydana geldiği uyuşmazlıklara odaklanılmaktadır. Bu kapsamda ise, Türk Medeni Kanunu (TMK), Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve Kat Mülkiyet Kanununu (KMK) kesiştiren birbiriyle bağlantılı iki mesele ortaya çıkmaktadır: Kat mülkiyeti hukukunda hayvan bulundurmanın sınırları ve evcil hayvanın içgüdüsel davranışı sonucunda ortaya çıkan zararlardan sorumluluk.

Çalışmada, öncelikle kat mülkiyeti hukukunda evcil hayvan bulundurmanın sınırları kat mülkiyetinden doğan borç ilişkileri çerçevesinde, klasik ve yatay kat mülkiyeti sistemleri arasındaki farklılıklara da değinilerek incelenecektir. Ardından, evcil hayvanın içgüdüsel davranışından doğan zararlara ilişkin olarak TBK m. 67 vd. uyarınca öngörülen kusursuz sorumluluk rejimi ele alınacak; son olarak ise bu sorumluluk hâllerinin TMK, TBK ve KMK'daki kesişim noktaları üzerinden değerlendirilmesi yapılacaktır

I. KAT MÜLKİYETİ HUKUKUNDA EVCİL HAYVAN BULUNDURMA VE SINIRLARI

A. Kat Mülkiyeti Sistemleri

Kat Mülkiyeti Kanunu¹ bir arazi (tek parsel) üzerinde birden fazla bağımsız bölümü içinde bulunduran tek anayapının yer aldığı kat mülkiyeti sistemi esas alınarak düzenlenmiştir. Bu tür öğretilde klasik (dikey) kat mülkiyeti olarak da isimlendirilmektedir². Klasik kat mülkiyetinin esaslı unsurları anagayrimenkulden, anayapıdan, anayapı içindeki bağımsız bölümlerden, bağımsız bölümlere özgülenen eklentilerden³, ortak yerlerden⁴ ve bağımsız bölümlere özgülenen arsa payından oluşur.

Bir parsel üzerinde birden fazla kat mülkiyetine konu blok ya da münferit bağımsız bölümün bulunduğu ya da bu şekildeki yapılaşma biçiminin birden fazla parsel üzerinde yer aldığı kat mülkiyeti sistemine de yatay kat mülkiyeti sistemi denmektedir⁵. KMK yatay kat mülkiyeti sistemini “*toplu yapı*” kavramıyla ifade etmektedir. KMK m. 66 uyarınca toplu yapının esaslı unsurları; bir veya birden fazla imar parseli üzerinde blok veya münferit bağımsız bölümden oluşan yapılar, alt yapı tesisleri, ortak yerler, bağımsız bölümlere özgülenen eklentiler, sosyal tesis ve hizmetler ile arsa paylarıdır. Bu unsurların yönetimi ise birbirine bağımlıdır.

Evcil hayvan⁶ bulundurma ve kat mülkiyeti hukuki ilişkisi bağlamında, kat mülkiyeti sisteminin klasik ya da yatay olması hayvan bulundurmanın görünüm

¹ 23.06.1965 tarih ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (RG 02.07.1965/12038)

² Etem Saba Özmen ve Mehmet Şengül, *Kentsel Dönüşümdeki Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynı Haklar ve Şerhler* (On İki Levha 2018) 34; Etem Saba Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı* (On İki Levha 2017) 240 vd.; Arzu Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti I* (On İki Levha 2023); Müge Ürem, *Kat Mülkiyetinde Genel Giderlere ve Avansa Katılma Borcundan Sorumlular* (On İki Levha 2022) 12. Ertaş bu ayrımı olağan kat mülkiyeti, blok kat mülkiyeti ve toplu kat mülkiyeti kavramları üzerinden yapmaktadır. Bkz. Şeref Ertaş, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi* (3. bs Bilge 2025) 4.

³ KMK m. 2/a hükmüne göre eklenti, “*bir bağımsız bölümün dışında olup, doğrudan doğruya o bölüme tahsis edilmiş olan yeri*” ifade eder.

⁴ KMK m. 2/b hükmünde ortak yerler, “*anagayrimenkulün bağımsız bölümleri dışında kalıp, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan yerler*” şeklinde tanımlanmaktadır.

⁵ Özmen ve Şengül (n 2) 35; Ürem (n 2) 12.

⁶ Hayvanları Koruma Kanunu m. 3/e’de evcil hayvan, “*insan tarafından kültüre alınmış ve eğitilmiş hayvan*” olarak tanımlanmaktadır. Aynı hükmün (ı) bendinde ise ev hayvanının tanımı verilmektedir. Bu tanıma göre ev hayvanı, “*gerçek veya tüzel kişiler tarafından özellikle evde, iş yerlerinde ya da arazisinde özel ilgi ve refakat amacıyla muhafaza edilen, bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvandır.*” Kanundaki bu tanımlayıcı hükümler göz önünde tutulduğunda ev hayvanı olarak akla ilk aşamada kedi, köpek, kuş gelecek olsa da Hayvanları Koruma Kanununda bu konuda bir sınırlama yapılmamaktadır. Bundan ötürü, bu tür hayvanlar dışında kanundaki tanıma uyacak şekilde bakımı ve hakimiyeti üstlenilen at, koyun gibi hayvanlar da evcil hayvan ve hatta ev hayvanı sayılabilecektir. Bununla beraber, somut olayın özelliğine göre sınırlama yapılmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır. Kat mülkiyeti hukuku bağlamında ele alındığında anayapıdaki



şekilleri yönünden farklılık yaratır. Bununla beraber, Türk Borçlar Kanununun⁷ m. 67 vd. hükümlerinde düzenlenen hayvan bulunduranın sorumluluğu yönünden ise klasik ya da yatay kat mülkiyeti ayrımı sonuca etki etmez. Nitekim kişinin kontrol ve denetimi altındaki hayvanın davranışı, sonuçlarını anayapı, blok, münferit bağımsız bölüm, bağımsız bölüm, eklenti, ortak yer, sosyal tesis, alt yapı tesisi veya buralarda bulunan kişiler ve eşyalar üzerinde gösterebilir. Fakat söz konusu yersel farklılık TBK m. 67 yönünden farklı sonuçların doğmasına sebep olmaz.

Kat mülkiyetinde hayvan bulundurmanın ve sınırlarının belirlenmesinde çıkış noktası, kat mülkiyetinden doğan borç ilişkisidir. Bu nedenle öncelikle bu kavrama değinilecek, ardından hayvan bulundurmanın kat mülkiyeti sistemlerindeki yansımaları incelenecektir.

B. Kat Mülkiyetinden Doğan Borç İlişkisi ve Evcil Hayvan Bulundurma

1. Genel Olarak

Borç ilişkisi öğretide geniş anlamda borç ilişkisi ve dar anlamda borç ilişkisi ayrımına tabi tutulmaktadır⁸. Geniş anlamda borç ilişkisi, taraflar arasında bir veya birden çok borcun (alacağın) doğumuna kaynak teşkil eden hukuki ilişkiyi ifade eder⁹. Geniş anlamda borç ilişkisi asli ve ikincil hakları, borçları ve yetki-

veya bloktaki bağımsız bir bölümde at, kurt gibi hayvanların bulundurulması halinde yönetim planı evcil hayvan bulundurmaya izin verse dahi bu tür hayvanların ev hayvanı statüsü kazanamaması gerekir. Dolayısıyla, bir hayvanın evcil hayvan olarak nitelendirilebilmesi o hayvanın ev hayvanı olarak nitelendirilmesini tek başına sağlamaz. Detaylı açıklamalar için bkz. Semih Yünlü, 'Kat Mülkiyeti ve Hayvanlar: Bağımsız Bölümlerde Hayvan Bulundurulması ve İlgili Meseleler' (2021) 2 Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 307, 310 vd.; Serdar Nart, 'Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi' (2020) 22 [1] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123 vd.

⁷ 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG 04.02.2011/27836)

⁸ Andreas von Tuhr ve Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Erster Band* (3. Auflage Schulthess 1974) 11; Wilhelm Schöenberger ve Peter Jäggi, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band Obligationenrecht Teilband V 1a* (Schulthess 1973) Art 1 N 104; Peter Gauch ve diğerleri, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I* (9. Auflage Schulthess 2008) N 26; Max Keller ve Christian Schöbi, *Das Schweizerische Schuldrecht Band I Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (3. Auflage Helbing Lichtenhahn 1988) 6; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (5. Auflage Stämpfli 2009), N 4.01, 4.02; Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Schulthess 1964) 1; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage Stämpfli 2017) N 2.48; Ferit H. Saymen ve Halid K. Elbir, *Türk Borçlar Hukuku I-II Umumi Hükümler* (İsmail Akgün Matbaası 1958) 1; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I* (2. bs Fakülteler Matbaası 1980) 16; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (19. bs Vedat 2021) N. 10 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. bs Filiz 1993) 5 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (29. bs Legem 2024) N 60.

⁹ von Tuhr ve Peter (n 8) 10 vd.; Schöenberger ve Jäggi (n 8) Art 1 N 104; Gauch ve diğerleri (n 8) N 116; Schwenzer (n 8) N 4.02; Koller (N 8) N 2.48; Saymen ve Elbir (n 8) 2; Feyzioğlu (n 8) 15; Oğuzman ve Öz, Cilt 1 (n 8) N 12; Tekinay ve diğerleri (n 8) 6; Eren, Borçlar (n 8) N 62.

leri içerir. Geniş anlamda borç ilişkisi kavramı yalnızca “*borç ilişkisi*” terimiyle de ifade edilir¹⁰.

Dar anlamda borç ilişkisi ise geniş anlamda borç ilişkisinden doğan borçları ifade eder. Bu sebeple dar anlamda borç ilişkisi terimi yerine “*borç*” terimi de kullanılmaktadır¹¹. Alacaklının borçludan yerine getirilmesini istemeye yetkili olduğu bu borç verme, yapma veya yapmama ediminden oluşabilir. Bu bakımdan borç ilişkisi kavramı, borç kavramından daha geniş kapsamlı bir kavramı ifade eder.

Kat Mülkiyeti Kanunu da kat mülkiyetinden doğan borç ilişkileri meydana getirmektedir. Bu borç ilişkisinin unsurlarını, alacaklı, borçlu, edim ve talep hakkı oluşturur. Kat mülkiyetinden doğan borç ilişkisinde alacaklı süje gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir. KMK m. 18 vd. hükümlerinde kat malikleri yönünden bazı borçlar öngörülmektedir. Bu borçların yansıması ise her bir kat malikini bir yandan alacaklı sıfatına büründürür. Kat mülkiyetinden doğan borç ilişkisinin borçlu süjesini ise bu ilişkinin edimi ifayla yükümlü olan pasif tarafı oluşturur. KMK m. 18/II gereğince borçlu, kat maliki, kiracılar, oturma hakkı sahipleriyle, bağımsız bölümlerden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananlar olabilir. Belirtelim ki, kat mülkiyetinden doğan borç ilişkisi, klasik anlamda borç ilişkisinden farklı niteliğe sahiptir. Klasik borç ilişkisinde farklı iki tarafı oluşturan alacaklı ve borçlu kat mülkiyeti birliğinde aynı kişilerden oluşmaktadır¹². Başka bir ifadeyle, her kat maliki birbirine karşı borçlu olduğu gibi aynı zamanda birbirinden alacaklıdır. Klasik borç ilişkisinin aksine alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesine dayalı olarak burada borç sona ermemekte, kat maliklerinden her biri, borcunu ifa etmeyen kat malikine karşı alacaklı sıfatıyla talep hakkına sahip olmaktadır.

Kat mülkiyetinden doğan borç ilişkilerinde kat maliklerinin edimleri öncelikle KMK ile düzenlenir; hüküm bulunmayan hâllerde ise KMK m. 9 atıf hükmü gereğince taşınmaz maliklerine ilişkin genel borçlar uygulanır. Hayvan bulundurma bakımından maliklerin iç ilişkideki borçları, özellikle dürüstlük kuralına uygun hareket etme, birbirini rahatsız etmeme ve yönetim planına uyma yükümlülükleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

2. Kat Maliklerinin Dürüstlük Kuralına Uygun Davranma ve Birbirini Rahatsız Etmeme Yükümlülüğü

Kat malikleri gerek bağımsız bölümleri gerek eklentileri ve ortak yerleri kullanırken doğruluk kaidelerine uymak, özellikle birbirini rahatsız etmemek, bir-

¹⁰ von Tuhr ve Peter (n 8) 10-11; Schönenberger ve Jäggi (n 8) Vorbem. Art 1 N 9 vd.; Gauch ve diğerleri (n 8) N 115 vd.; Oğuzman ve Öz, Cilt 1 (n 8) N 12, 14; Tekinay ve diğerleri (n 8) 6.

¹¹ von Tuhr ve Peter (n 8) 10 vd.; Schönenberger ve Jäggi (n 8) Vorbem. Art 1 N 9 vd.; Gauch ve diğerleri (n 8) N 115 vd.; Schwenzler (n 8) N 4.01; Oğuzman ve Öz, Cilt 1 (n 8) N.10 vd.; Tekinay ve diğerleri (n 8) 6; Eren, Borçlar (n 8) N. 60.

¹² Ahmet Ayar, *Kat Mülkiyetinden Doğan Borç İlişkileri* (2. bs Filiz Kitabevi 2022) 45.



birinin haklarını çiğnememek ve yönetim planı hükümlerine uymakla karşılıklı olarak yükümlüdürler (KMK m. 18/I). Bu husustaki borçlar yalnızca kat maliklerinin üzerinde değil, bağımsız bölümlerdeki kiracıların, oturma hakkı sahiplerinin veya bağımsız bölümden herhangi bir şekilde devamlı olarak yararlananların da üzerindedir. Bu borçları yerine getirmeyenlerle birlikte ilgili kat maliki de müteselsilen sorumlu olur (KMK m. 18/II). Belirtelim ki, KMK m. 18/II'deki “doğruluk kaideleri” teriminden anlaşılması gereken Türk Medeni Kanunu¹³ m. 2'de yer alan “dürüstlük kuralı” kavramıdır¹⁴.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 18 özellikle, kat malikleri arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak yönetim planında hüküm bulunmayan hallerde devreye girer. Nitekim Yargıtay¹⁵ konuya ilişkin olarak emsal bir içtihadında, “*Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre anataşınmazda ve bağımsız bölümlerde köpek beslenmesini yasaklayan herhangi bir hükmün yönetim planında olmaması rahatsızlık verdiği saptanan köpeğin uzaklaştırılmasına engel oluşturmaz. Dava konusu edilen köpeğin aralarında davacının da bulunduğu insanlara rahatsızlık verdiği, çıkardığı gürültü ve kokunun yukarıda sözü edilen Yasanın 18. maddesi kapsamında rahatsız etme anlamını taşıdığı*” şeklinde değerlendirmede bulunarak yönetim planında hüküm bulunmayan hallerde KMK m. 18'in uygulama alanı bulacağıın altını çizmiştir.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 18 çerçevesinde kat maliki, dürüstlük kuralına uygun hareket etme borcu kapsamında, dürüst, makul ve namuslu bir kişiden beklenen davranışı göstererek, bağımsız bölümü, eklentileri, ortak yerleri diğer kat maliklerine zarar ve rahatsızlık vermeyecek şekilde kullanılmalıdır¹⁶. KMK m. 18 esas olarak, TMK m. 737'de öngörülen komşuluk hukukundan doğan mülkiyet hakkı kısıtlamalarının kat mülkiyeti hukukundaki özel görünümüdür¹⁷. TMK m. 737

¹³ 22.11.2001 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG 08.12.2001/24607)

¹⁴ Mustafa Reşit Karahasan, *Kat Mülkiyeti Hukuku Birinci Cilt* (Arıkan 2007) 225; Ertaş, Şerh (n 2) 183; Genç Arıdemir (n 2) 672; Ayar (n 12) 63; Muhammet Sönmez, *Kat Mülkiyetinde Hâkimin Müdahalesi* (Seçkin 2024) 46; Mahir Ersin Germeç, *Kat Mülkiyeti Hukuku* (10. bs. Seçkin 2021) 286.

¹⁵ Y 18 HD, E 2016/5445, K 2016/8200, T 23.05.2016. Benzer kararlar için bkz. Y 20 HD, E 2017/2190, K 2018/6103, T 01.10.2018; Y 20 HD, E 2018/757, K 2019/1693, T 12.03.2019 (Kazancı E. T.; 12.06.2025).

¹⁶ KMK m. 74 hükmünün atfıyla, toplu yapılarda da kat malikleri dürüstlük kuralına uygun davranma ve birbirlerini rahatsız etmeme borcu altındadır.

¹⁷ Genç Arıdemir (n 2) 662; Sönmez (n 14) 48. KMK m. 18 ve TMK m. 737'nin yarıştığı, hak sahibinin dilerse KMK dilerse TMK m. 737'de düzenlenen komşuluk hukuku hükümlerine göre talepte bulunabileceği yönündeki görüş için bkz. Genç Arıdemir (n 2) 662; Sönmez (n 14) 133. Kanaatimizce, KMK'da somut olaya uygulanacak özel bir hükmün bulunmaması durumunda komşuluk hukukuna ilişkin TMK m. 737 vd. uygulama alanı bulur. Aynı görüşte, Karahasan (n 14) 226; Bilge Onaran Ertan, *Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukukundan Doğan Sınırlamaları* (On İki Levha 2023) 45; Germeç (n 14) 287. Ertaş, KMK m. 18 ve TMK m. 737'nin aynı amaca yöneldiğini belirtmektedir. Bkz. Ertaş, Şerh (n 2) 184.

hükmüne göre, “Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür.” Bu bakımdan, KMK m. 18’deki kat maliklerinin “birbirlerini rahatsız etmeme borcu” TMK m. 737 hükmündeki komşuluk hukuku sınırlamaları da göz önünde tutularak değerlendirilmelidir¹⁸. Bu sebeple rahatsızlık kavramı, TMK m. 737’de düzenlenen ve çevre etkileri yaratan müdahaleleri de kapsar¹⁹.

Kat Mülkiyeti Kanununda havyan bulundurmaya engelleyen bir hüküm bulunmamakla birlikte, KMK m. 18’de düzenlenen kat maliklerinin dürüstlük kuralına uygun davranma ve birbirini rahatsız etmeme yükümlülüğü kat mülkiyeti hukukunda hayvan bulundurmanın sınırlarını çizer.

3. Kat Maliklerinin Yönetim Planı Hükümlerine Uygun Davranma Yükümlülüğü

a. Genel Olarak Yönetim Planı

Kat maliklerinin anagayrimenkulün yönetimi hususunda düzenledikleri hukuki işlemlerden belki de en önemlisi yönetim planıdır. Türk hukukunda kat mülkiyeti kurulurken yönetim planının yapılması ve tapu sicil müdürlüğüne ibraz edilmesi zorunludur. Nitekim kat mülkiyetinin kurulması kenar başlıklı KMK m. 12/1 (b) hükmünün açık ifadesinde yer aldığı üzere, “bağımsız bölümlerin kullanılış tarzına, birden çok yapının varlığı halinde bu yapıların özelliğine göre 28 inci maddedeki esaslar çerçevesinde hazırlanmış, kat mülkiyetini kuran malik veya malikler tarafından imzalanmış bir yönetim plânı” kat mülkiyetinin kurulması için tapu idaresine ibraz edilmek zorundadır.

Yönetim planını bir nevi tanımlayan ve hukuki niteliğini belirten KMK m. 28/I’e göre, “Yönetim planı yönetim tarzını, kullanma maksat ve şeklini yönetici ve denetçilerin alacakları ücreti ve yönetime ait diğer hususları düzenler. Yönetim planı, bütün kat maliklerini bağlayan bir sözleşme hükmündedir.” Yönetim planı bu niteliği ile kat malikleri arasındaki hukuki ilişkileri, kat malikleri birliğinin organizasyonunu, kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerle, eklentilerin ve ortak yerlerin kullanma, yararlanma esasları ile anagayrimenkulün yönetim konularını düzenleme altına alan bir hukuki işlemdir²⁰.

Gerek KMK m. 18/I gerekse TMK m. 737 hükümleriyle ilgili olarak komşuluk hukuku çerçevesindeki hükmün ihlali halinde TMK m. 730 uygulama alanı bulur. Bkz. Karahasan (n 14) 226; Ertaş, Şerh (n 2) 184; Onaran Ertan (n 17) 47, Germeç (n 14) 28.

¹⁸ Genç Arıdemir (n 2) 659; Ayar (n 12) 70.

¹⁹ TMK m. 737/II hükmüne göre, “Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır.”

²⁰ Genç Arıdemir (n 2) 469; İlhan Öztrak, ‘Kat Mülkiyetinde yönetim Planı’ (1967) 22 [3] AÜSBFD 113.



Kat Mülkiyeti Kanunu m. 18/I de kat maliklerinin gerek bağımsız bölümleri gerek eklentileri ve ortak yerleri kullanırken yönetim planı hükümlerine karşılıklı olarak uymakla yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Toplu yapılarla ilgili olarak ise KMK m. 70/I, yönetim planının toplu yapı kapsamındaki bütün kat maliklerini bağladığını düzenleme altına almaktadır.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 28/II ise, yönetim planında hüküm bulunmayan hallerde, anagayrimenkulün yönetiminden doğacak anlaşmazlıkların KMK'ya ve genel hükümlere göre karara bağlanacağını öngörmektedir. Aslında bu hüküm yalnızca anagayrimenkulün yönetiminden doğan uyuşmazlıklar yönünden değil anagayrimenkulün yönetimi, kullanma maksat ve şekliyle yönetime ait diğer hususlar yönünden de uygulama alanı bulur. Belirtilmelidir ki, yönetim planının içeriği kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmemelidir²¹. Bu sebeple, kat mülkiyeti hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümüyle anagayrimenkulün yönetilmesinde uygulanacak hukuk kuralları normlar hiyerarşisi de dikkate alınarak sırasıyla; emredici hukuk kuralları, kat malikleri arasındaki hukuki işlemler (yönetim planı, resmi senet, kat malikleri kurulu kararları) ve yedek hukuk kuralları şeklinde olmalıdır²².

Yönetim planı yalnız onu imzalamış olan kat maliklerini değil, aynı zamanda onların külli ve cüzi haleflerini de bağlar (KMK m. 28/IV)²³. Dolayısıyla yönetim planı, yalnızca onu oluşturan kat malikleri için değil; bağımsız bölümü sonradan edinecek, üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olacak veya kira ya da başka bir sözleşme ile kullanacak kişiler için de önem taşır. Bu nedenle, bu kişilerin bağımsız bölümü edinmeden ya da kullanmaya başlamadan önce yönetim planını incelemeleri gerekir²⁴. Bu noktada ise evcil hayvan bulundurmaya ilişkin olarak yönetim planında yer alan düzenlemeler gündeme gelir.

b. Evcil Hayvan Bulundurmaya İlişkin Olarak Yönetim Planlarında Yer Alan Düzenlemeler

Yürürlükteki mevzuatımızda bağımsız bölümlerde evcil hayvan bulundurulmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Öte yandan, kat malikleri için

²¹ Bu sonuca KMK m. 27 hükmünden de varlabilecektir. İlgili hüküm gereğince “*Anagayrimenkul, kat malikleri kurulunca yönetilir ve yönetim tarzı, kanunların emredici hükümleri saklı kalmak şartıyla, bu kurul tarafından kararlaştırılır.*” Her ne kadar bu hüküm kat malikleri kuruluyla ilgili bulunsada da kat malikleri tarafından meydana getirilen ve değiştirilebilen yönetim planı da hüküm kapsamına girmelidir. Bkz. Abdülkadir Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim* (Temel 1994) 50.

²² M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (25. Bası Filiz 2023) N 2105 vd.; Şeref Ertas, *Eşya Hukuku* (16. bs Barış 2021) N 1990; Genç Arıdemir (n 2) 463; Mertkan Uçkan, ‘Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi Hakkında Bir Değerlendirme’ (2013) 8 [Özel Sayı] 2845, 2858.

²³ KMK m. 74 atfı hükmüyle KMK m. 28/IV kıyasen toplu yapılar için de uygulanır.

²⁴ KMK m. 28/V gereğince, yönetim planının ve onda sonradan yapılan değişikliklerin tarihi, kat mülkiyeti kütüğünün (beyanlar) hanesinde gösterilir ve bu değişiklikler yönetim planına bağlanarak kat mülkiyetinin kuruluş belgeleri arasında saklanır. Dolayısıyla, tapu sicilin aleniyeti ilkesi kapsamında ilgili kişiler yönetim planını inceleyebilir.

adeta bir anayasa gibi işlev gören yönetim planlarında evcil hayvan bulundurmaya ilişkin hükümlere çoğunlukla rastlanmaktadır. Ekseriyetle de bu düzenlemeler anagayrimenkul ve anagayrimenkulün unsurlarından olan bağımsız bölümlerde evcil hayvan bulundurmaya yasaklayıcı ve kısıtlayıcı nitelikteki düzenlemeler şeklinde kendini göstermektedir.

Öncelikle belirtmek gerekirse, yönetim planında evcil hayvan bulundurmaya yasaklayıcı veya kısıtlayıcı bir hükmün bulunmaması durumunda evcil hayvan bulundurmaya ilişkin baştan bir tartışma gündeme gelmez. Başka bir ifadeyle, salt hayvan bulundurma KMK'dan doğan yükümlüklerinin ihlal edilme sebebi olarak gösterilemez ve evcil hayvanın tahliye sebebi olarak ileri sürülemez²⁵. Fakat, evcil hayvan bulundurmanın genel kısıtlamasını KMK m. 18/I hükmünde yer bulan kat maliklerinin dürüstlük kurallarına uygun davranma ve birbirini rahatsız etmeme borcu oluşturur²⁶. Bu sebeple, burada komşuluk hukuku kuralları gözetilmek durumundadır.

Öte yandan, yönetim planlarında evcil hayvan bulundurmaya ilgili yasaklayıcı hükümler bulunabileceği gibi kısıtlayıcı hükümler de bulunabilir. Yönetim planlarında çoğunlukla hiçbir koşulda evcil hayvan bulundurulamayacağına dair hükümlere yer verilmektedir. Yönetim planında bu şekilde yer alan hükümlerin geçerliliği öğretide²⁷ tartışma konusu olmakla beraber Yargıtay yönetim planındaki yasaklayıcı hükmeye aykırılık teşkil eden bu halde, evcil hayvanın diğer kat maliklerine rahatsızlık verip vermediğine bakmaksızın evcil hayvanın tahliyesine karar vermektedir²⁸. Kanaatimizce, yönetim planlarında evcil hayvan bulundu-

²⁵ “Yönetim planında köpek beslenmesi konusunda bir yasak bulunmadığına göre Kat Mülkiyeti Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında yazılı rahatsız etmeme koşulunun kanıtlanması gerekir. Köpek, evcil bir hayvan olup günümüzde birçok ailenin beslediği hayvanlardandır. O sebeple köpeğin bizzat varlığının rahatsız edici bir unsur olarak kabulü mümkün değildir” denilmek suretiyle üstte açıklanan uygulama belirtilmiştir.” Y 18 HD, E 2014/6465, K 2014/1257 T 11.09.2014

²⁶ TMK m. 737’de belirtilen komşuluk hukuku kurallarının da bu konuda göz önünde tutulması gerektiği yönünde bkz. Ayar (n 12) 75; Nart (n 6) 156.

²⁷ Karahasan, yönetim planında tek başına var olan hükmün evcil hayvanın tahliyesi için yeterli bulunmadığını, KMK m. 18 ve TMK m. 737’deki sınırların aşılması halinde hayvanın tahliyesine karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Karahasan (n 14) 237 vd.

Şenpolat, yönetim planında yer alan yasaklayıcı hükmün ev ve süs hayvanlarını kapsayamayacağını, çiftlik hayvanları yönünden bu yönde karar alınabileceğini savunmaktadır. Bkz. Ahmet Kemal Şenpolat, ‘Evcil Hayvanlar ve Hukuksal Sorunlar’ (2007) 81 [2] İBD 601, 603.

Nart, KMK m. 28 esas alındığında yönetim planında bu şekilde bir hükmün yer alamayacağı, kişilerin kendi bağımsız bölümü içerisinde evcil hayvan bulundurmasını yasaklamanın kişi ve konut dokunulmazlığını, mülkiyet hakkına aykırılık teşkil edeceği görüşündedir. Bkz. Nart (n 6) 159. Benzer görüş için bkz. Elif Yavuz, ‘Yönetim Planının Hukuki Niteliği Kapsamında Bağımsız Bölümlerde Evcil Hayvan Beslenmesi (2019) 5 [10] Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 53, 65 vd.; Uçkan (n 22) 2867 vd.

²⁸ “634 sayılı Kanun’un 28 inci maddesine göre tüm kat maliklerini bağlayıcı sözleşme niteliğinde olan yönetim planında, anagayrimenkulün bağımsız bölüm ve eklentilerinde kedi, köpek gibi hayvanların beslenmesi açıkça yasaklanmışsa, bağımsız bölümde beslenen kedi ve köpek çevreye rahatsızlık vermemiş olsa dahi uyumsuzluk halinde mahkemece yönetim planının uygulanması zorunludur.”



rulmasının yasaklanması, kişilerin kendi bağımsız bölümlerinde sahip oldukları mülkiyet hakkından doğan yetkilerin kullanılmasına engel teşkil etmektedir. Evcil hayvan bulundurmaya ilişkin bu durum mülkiyet hakkının özünü zedeler niteliktedir. Nitekim mülkiyet hakkı, Anayasa ve Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde sınırlamalarla dengelenmektedir. Bu sebeple, özellikle komşuluk hukukuna ilişkin mülkiyet hakkı sınırlandırmaları çerçevesinde evcil hayvan bulundurmaya ilişkin menfaat çatışmalarının çözülmesi gerekir.

Bununla beraber, yönetim planlarında yalnızca evcil hayvan bulundurmaya tamamen yasaklayan hükümler değil evcil hayvan bulundurmaya belirli şart ve kısıtlamalara tabi tutan hükümler de bulunabilir. Kat maliklerinin kedi, köpek haricinde evcil hayvan besleyemeyeceğine ilişkin hükümler²⁹, kat maliklerinin evlerinde en fazla bir evcil hayvan bulundurabileceğine ilişkin hükümler, evcil hayvanların ortak yerler ve eklentilerde bulundurulamayacağı yalnızca bağımsız bölümlerde bulundurulabileceğine³⁰ ilişkin hükümler veya ortak yerlerde gezdirilmesi esnasında hayvanın tasmalı gezdirilmesine ilişkin hükümler, evcil hayvan bulundurmanın kat malikleri kurulu kararından çıkan izne bağlı olduğuna ilişkin hükümler³¹ bu kapsamda örnek olarak gösterilebilir. Bu tür hallerin bazılarında görüldüğü üzere salt evcil hayvanın bulundurulması tahliye sebebi oluşturmaz.

C. Kat Mülkiyeti Sistemleri Çerçevesinde Hayvan Bulundurma Hallerinin Sınırları

1. Genel Olarak

Evcil hayvan bulundurma meselesi dikey ve yatay kat mülkiyeti sistemleri bakımından ayrı ayrı incelenmelidir. Dikey sistemdeki anayapılar ile yatay sistemdeki blok yapılar da bu ayrım büyük önem taşımazken, münferit bağımsız

Bkz. Y 5 HD, E 2024/6506, K 2025/1722, T 11.02.2025. Benzer kararlar için bkz. Y 20 HD, E 2017/2876, K 2018/2759, 09.04.2018; Y 18 HD, E 2017/3515, K 2018/3192, T 30.04.2018; Y 20 HD, E 2017/2534, K 2018/1257, T 21.02.2018 (Kazancı E. T.; 02.06.2025). Aynı yöndeki görüş için bkz. Germeç (n 14) 289.

²⁹ Y 18 HD, E 2010/3306, K 2010/6247, T 26.04.2010 (Kazancı E. T.; 26.05.2025)

³⁰ “Yönetim planının 3/B-1 maddesi içeriğinden; anataşınmazın bahçesinde veya balkonunda köpek beslenmesinin yasaklandığı, köpeğin yalnızca ev içinde beslenmesine izin verildiği açıkça anlaşılmaktadır. Davalının bahçeye köpek kulübesi yapmak suretiyle köpek beslediği toplanan delillerle kanıtlandığına göre, mahkemece bu eyleminin önlenmesine, köpek kulübesinin kaldırılmasına, ortak alanın eski hale getirilmesine karar verilmesi gerekirken, yönetim planı hükmüne uygun bulunmasına karşın bağımsız bölümde köpek beslenmesinin önlenmesine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Bkz. Y 18 HD, E 2011/6339, K 2011/7755, T 27.06.2011. Benzer karar için bkz. Y 18 HD, E 2010/3306, K 2010/6247, T 26.04.2010 (Kazancı E. T.; 13.06.2025)

³¹ “Ana taşınmaza ait yönetim planının 10. Maddesinin (b) bendinde kat maliklerinin kat malikleri kurulunca müsaade edilmedikçe bağımsız bölümlerinde kedi, köpek vs. gibi hayvan besleyemeyecekleri açıkça belirtilmiş olduğu anlaşılmakla mahkemece yazılı olduğu şekilde davanın kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir.” Bkz. Y 20 HD, E 2017/2876, K 2018/2759, T 09.04.2018. Benzer karar için bkz. Y 20 HD, E 2017/3515, K 2018/3192, T 30.04.2018 (Kazancı E. T.; 13.06.2025).

bölümlerin yer aldığı yatay sistemlerde bu ayırım önem taşır. Her iki sistemde de sınırlar KMK m. 18/I, TMK m. 737 ve yönetim planı ile çizilir. Bu sebeple inceleme yapılırken yönetim planında yasaklayıcı ve kısıtlayıcı bir hüküm bulunup bulunmaması yönünden de ayırım yapılması gerekir. Dolayısıyla, yönetim planında yasaklayıcı veya kısıtlayıcı hükümlerin varlığı ayrıca dikkate alınmalıdır. Ek olarak, hayvan bulundurma yalnızca bağımsız bölümleri değil, ortak alanlar ve eklentileri de ilgilendirdiğinden inceleme bu yönleri de kapsamalıdır.

2. Dikey Kat Mülkiyeti Sisteminde Hayvan Bulundurma Hallerinin Sınırları

Kat mülkiyeti sisteminde evcil hayvan bulundurmaya ilişkin ihtilaflarda öncelikle yönetim planındaki düzenlemeler dikkate alınır. Yönetim planında yasaklayıcı hüküm varsa, salt hayvanın bulundurulması dahi ihlal olarak değerlendirilebilir ve tahliye sebebi olabilir. Kısıtlayıcı hüküm bulunması halinde ise kısıtlamayı aşan durumlarda tahliye gündeme gelir. Buna karşılık, hiç düzenleme olmaması veya izin verici hükümlerin bulunması durumunda sınırların nasıl çizileceği ayrıca aydınlatılmalıdır.

İlk olarak vurgulanmalıdır ki, yönetim planında evcil hayvan bulundurulmasına dair açık bir düzenlemenin yokluğu, evcil hayvan bulundurulmasının yasaklandığı şeklinde yorumlanamaz³². Zira yasaklayıcı hükümlerin açık ve istisnai olarak öngörülmesi gerekir. Bununla birlikte, kat malikleri ve bağımsız bölümden devamlı surette faydalananlar KMK m. 18/I ve TMK m. 737 gereğince dürüstlük kuralına ve komşuluk hukuku kurallarına uygun hareket etmekle yükümlüdür. Bu bakımdan, yönetim planında evcil hayvan bulundurmaya ilişkin hüküm bulunmaması sınırsız hareket serbestisi tanımaz. KMK m. 15 hükmünün lafzı bu bağlamda karışıklığa sebep olmamalıdır. Söz konusu hükme göre, “*Kat malikleri kendilerine ait bağımsız bölümler üzerinde, Kat Mülkiyeti Kanununun ilgili hükümleri saklı kalmak şartıyla, Medeni Kanunun maliklere tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptirler.*” Esasen TMK’deki mülkiyet hakkına işaret eden bu hüküm bir yandan taşınmaz mülkiyetine ilişkin sınırlamaları da içinde barındırmaktadır. Bu sebeple, yönetim planında yasaklayıcı veya kısıtlayıcı hüküm bulunmayan hallerde KMK m. 15 gereği evcil hayvan bulundurma hakkına sahip olunması dürüstlük kuralına ve komşuluk hukukundan doğan kurallara uygun davranılmasına bağlıdır. Kat mülkiyeti hukuku sisteminde evcil hayvan bulunduran, komşularını rahatsız etmeme ve haklarını gözetme borcu altındadır. Evcil hayvan bulundurmanın taşkınlık arz edip, tahammül ve hoşgörü sınırı aşıp rahatsızlık verdiği hallerde ihlalin varlığı gündeme gelir³³. Bulundurulan hayvan sayısı, hayvanının

³² KMK m. 28/II, yönetim planında hüküm bulunmayan hallerde, anagayrimenkulün yönetiminden doğacak anlaşmazlıkların KMK ve genel hükümlere göre karara bağlanacağını düzenlemektedir. Bu bakımdan gerek KMK gerekse genel hükümlerde kat mülkiyeti sisteminde evcil hayvan bulundurmaya ilişkin bir yasak hükmü bulunmadığından ötürü de bu sonuca varılır.

³³ Ayar (n 12) 75; Yavuz (n 27) 53 vd.; Uçkan (n 22) 2880. Evcil hayvanın verdiği her rahatsızlık ihlale neden olmaz. Buradaki sınırı hoşgörü sınırını aşan rahatsızlıklar oluşturur. Belirtilmelidir ki,

cinsi ve nitelikleri, hayvanın saldırgan olup olmadığı, hayvanın gürültü çıkarıp çıkarmadığı, hayvanın kokuya veya kirliliğe neden olup olmadığı bu konuda inceleme konusu yapılır³⁴.

Dikey kat mülkiyetinde bağımsız bölümlere yönelik kanundan doğan bu kısıtlamalar ortak yerler ve eklentiler için de geçerlidir. Daha açık bir anlatımla, özellikle ortak yerlerde evcil hayvan bulunduranın diğer kişileri rahatsız etmeme, dürüstlük kurallarına uygun davranma, zarar tehlikesini önlemek için gerekli özeni gösterme borcu vardır. Dolayısıyla, ortak yerlerde tasmasız, ağızlıksız şekilde evcil hayvanı gezdirmek ya da evcil hayvanın ortak yerlere zarar vermesi, kirletmesi bu borcun ihlaline neden olur.

Yönetim planında hayvanların bulundurulmasına izin veren bir hükmün varlığı halinde de TMK m. 737 ve KMK m. 18/I hükümlerinden doğan borçlar devam eder. Belirtildiği üzere, yönetim planında evcil hayvan bulundurmaya izin verilmekle beraber evcil hayvan bulundurma bazı sınırlamalara tabi tutulabilir. Bu sınırlamalar ortak yerler ve eklentilerle ilgili olabileceği gibi bağımsız bölümlerle de ilgili olabilir. Evcil hayvanların sadece bağımsız bölümlerde bulundurulup ortak yerlerde bulundurulmasının yasaklandığı (tasmayla gezdirmeye dahi olsa), ortak yerlerde belirli saat aralıklarında bulundurmanın düzenlendiği, ortak yerlerde hayvanların sadece hayvanlara tahsis edilen yerlerde bulundurulabildiği, bağımsız bölümler ve eklentilerinde bulundurulabilecek hayvan sayısına³⁵ ve cinsine ilişkin kısıtlamaların mevcut olduğu yönetim planı hükümleri bu bağlamda örnek gösterilebilir.

3. Yatay Kat Mülkiyeti Sisteminde Hayvan Bulundurma Hallerinin Sınırları

Yatay kat mülkiyeti sistemi, bir parsel üzerinde birden fazla kat mülkiyeti-ne konu blok ya da münferit bağımsız bölümün bulunduğu ya da bu şekildeki yapılaşma biçiminin birden fazla parsel üzerinde yer aldığı sistemdir. KMK'da toplu yapı terimiyle ifade edilen yatay kat mülkiyetinde evcil hayvan bulundurmaya ilişkin yasaklar ve kısıtlamalar bağımsız bölümler, alt yapı tesisleri, ortak yerler, bağımsız bölümlere özgülenen eklentiler ile sosyal tesislerin tamamında veya bir kısmında ortaya çıkabilir. KMK m. 74 atıf hükmüyle, dikey kat mülkiyeti kapsamında uygulama alanı bulan dürüstlük ve komşuluk hukuku kuralları

evcil hayvanın tahliyesi son çare olarak göz önünde tutulmalıdır. Nitekim, hâkim KMK m. 33'ün kendisine tanıdığı geniş takdir hakkı sayesinde evcil hayvanın tahliyesinden önce başka önleyici tedbirler alınmasını değerlendirmelidir. Bkz. Uçkan (n 22) 2882.

³⁴ Ayar (n 12) 76; Yavuz (n 27) 53, 60 vd.

³⁵ “*Davalının anataşınmazda, bağımsız bölümde çok sayıda kedi köpek beslediği anlaşılmaktadır. Kat Mülkiyeti Yasası'nın 18. maddesi gereğince kat malikleri gerek bağımsız bölümleri gerek eklenti ve ortak yerleri kullanırken karşılıklı olarak birbirlerini rahatsız etmemekle yükümlü olup, anataşınmazın yönetim planında bağımsız bölümlerde köpek beslenmesini engelleyen bir hükmün bulunmadığı, yerinde yapılan keşif, bilirkişi raporu ve tanık beyanları ile tüm dosya kapsamına göre davalı tarafından beslenen kedi ve köpeğin çevreye rahatsızlık verdiği tesbit edilmiştir.*” Y 18 HD, E 2014/4753, K 2014/8136, T 05.05.2014 (Kazancı E. T.; 13.06.2025)

toplu yapılarda da uygulama alanı bulur. Yalnızca blok yapılardan oluşan toplu yapılardaki bağımsız bölümler, ortak yerler, sosyal tesisler ve eklentiler yönünden evcil hayvan bulundurmada dikey kat mülkiyetinden farklılık arz eden bir durum ortaya çıktığı pek söylenemez.

Münferit bağımsız bölümlerden oluşan ya da münferit bağımsız bölümleri de bünyesinde barındıran toplu yapılarda ise kat mülkiyeti bağlamında bahçenin niteliği ile evcil hayvan bulundurmaya ilişkin sonuçları ele almak gerekir. Bahçelerin niteliği hakkında ortak yerleri düzenleyen KMK m. 4 ve eklentileri düzenleyen KMK m. 6'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bahçenin nitelendirilmesi bu bağlamda somut olaya göre değişkenlik gösterir Toplu yapıda ortaklaşa kullanıma ve yararlanmaya özgülenen bir bahçe KMK m. 4 gereği ortak yer niteliğine sahip olur. Münferit bağımsız bölümler yönünden değerlendirildiğinde ise sınırları kadastro planı ve tapu haritasında belirlenmek suretiyle bahçe alanları yaratılarak bağımsız bölüm dışındaki bu alanların münferit bağımsız bölümlere eklenti olarak özgülenmesi mümkündür. Dolayısıyla, münferit bağımsız bölümlerin önünde veya arkasında sınırları belirli eklenti niteliğinde bahçeler oluşturulabilir³⁶. Bunun neticesi olarak, eklenti bahçeler üzerinde münferit bağımsız bölüme bağlı olarak mülkiyet hakkının sağladığı hak ve yetkiler kullanılabilir³⁷.

Münferit bağımsız bölümlerin eklenti niteliğindeki bahçesinde evcil hayvan bulundurmaya dönük olarak uygulamada en sık rastlanılan haliyle köpek kulübesi bulundurma meselesi de irdelenmelidir. Bu sorun da esas olarak yönetim planında yasaklayıcı veya kısıtlayıcı bir hüküm bulunup bulunmaması ayrımına göre çözümlenmelidir. Çeşitli ihtimaller üzerinden değerlendirildiğinde; yönetim planında açıkça bağımsız bölümlerde, eklentilerde ve ortak yerlerde evcil hayvan bulundurmanın yasaklandığı hallerde eklenti niteliğindeki bahçede de evcil hayvan bulundurulamaz. Yönetim planında yalnızca bağımsız bölümler ve ortak yerlerde evcil hayvan bulundurulmasının yasaklandığının yazıldığı hallerde ise bu yasağın eklentilerin bütünüyle parça niteliği göz önünde tutularak bahçeyi de kapsadığı kabul edilmelidir. Diğer bir ihtimal olarak, yönetim planında evcil hayvanların yalnızca bağımsız bölüm içerisinde bulundurulabileceğinin düzenlenmesi halinde ise bahçede kulübe vb. yapının bulunmaması gerekir.

³⁶ Etem Saba Özmen, 'Kat Mülkiyetinde Bahçenin Niteliği ve Ortak Yer-Eklenti Ayrımı İçerisindeki Yeri' (1990) [1] 73, 86 vd.

³⁷ Eklenti niteliğindeki bahçe KMK gereği özgülendiği bağımsız bölümün bütünüyle parçası sayılacağından, bağımsız bölümle ilgili her türlü hukuki tasarruf da aslın kaderine tabi olacaktır. Bkz. Özmen (n 36) 87; Ertaş, Şerh (n 2) 40; Arpacı (n 21) 25; Genç Arıdemir (n 2) 113; Germeç (n 14) 122.

Bazı yazarlar göre ise eklenti teknik anlamda bütünüyle parça olmayıp, eklenti üzerindeki hak bağımsız bölüm üzerindeki hakka bağlıdır. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 22) N 2100; Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku (2 bs. Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları 1984) 446.



Evcil hayvan bulundurmanın yönetim planındaki hükümle “*kat malikleri kurulunun iznine*” bağlanması haliyle de karşılaşılabılır. Bu halde, yönetim planında özel bir çoğunluk öngörülmediği sürece KMK m. 30³⁸ gereğince oy çokluğu aranır.

Yönetim planında yasaklayıcı ve kısıtlayıcı bir hüküm bulunmadığı hallerde ise eklentinin bütünleyici parça niteliği esas alınarak eklenti niteliğindeki bahçeye kulübe vb. yapılar konulabilmelidir. Öte yandan, eklenti niteliğindeki bahçede evcil hayvan bulundurma yine dürüstlük kuralı ve komşuluk hukukundan doğan sınırlamalara tabi olur. Örneğin, bahçede yer alan köpek kulübesinde bulunduran köpeğin sürekli havlaması ya da kokuya sebep olması gibi hallerde hakim müdahalesiyle kulübenin kaldırılması ve evcil hayvanın yalnızca bağımsız bölüm içerisinde bulundurulması şeklinde karar verilebilir.

II. HAYVAN BULUNDURANIN SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Hayvan bulunduranın, bulundurduğu hayvanın üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlardan doğan sorumluluğu kusursuz sorumluluk türlerinden olağan sebep sorumluluğu³⁹ olarak TBK m. 67-68 hükümlerinde düzenlenmektedir⁴⁰. Olağan sebep sorumluluğunda sorumluluk kusura değil, objektif özen gösterme yükümlülüğünün ihlaline dayanmakta, gerekli özenin gösterilmemiş olduğu ve zararın bu sebeple meydana geldiği karine olarak kabul edilmektedir⁴¹. Bu bakımdan

³⁸ “Kat malikleri kurulu, kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından yarısından fazlasıyla toplanır ve oy çokluğuyla karar verir.”

³⁹ Olağan sebep sorumluluğunun temelinde yatan düşünce, “kişinin kendi hakimiyet alanındaki kişi ve şeylerin üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumlu olmasıdır. Buna göre kişi, hakimiyetindeki kişi ve şeyleri gözetim altında tutma ve denetleme imkanına sahip olup, bunların başkalarına zarar vermesi için gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Bu objektif özen yükümlülüğünün ihlali hakimiyet sahibi kişinin sorumluluğunu gerektirir.” Bkz. von Tuhr ve Peter (N 8) 452 vd.; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2* (16. bs Vedat 2021) N 27; Eren, *Borçlar* (n 8) N.1910; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2* (2. bs Seçkin 2019) N.55, 1552 vd.; Andreas Furrer, Markus Muller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. bs On İki Levha 2022) N. 1020 vd.; Nesibe Takcı, *Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2021) 28.

⁴⁰ von Tuhr ve Peter (n 8) 452 vd.; Anton K. Schnyder, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529* (4. Auflage Helbing Lichtenhahn 2007) Art 52 N 1; Max Keller ve Sonja Gabi, *Das Schweizerische Schuldrecht Band II Haftpflichtrecht* (2. Auflage Helbing & Lichtenhahn 1988) 177; Bernhard Berger, *Allgemeines Schuldrecht* (2. Auflage Stämpfli 2012) N 1886; Schwenzner (n 8) N. 53.04; Oğuzman ve Öz, *Cilt 2* (n 39) N 27; Eren, *Borçlar* (n 8) N 1981; Antalya (n 39) N1552; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. bs Turhan Kitabevi 2019) 438; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021) 492; Merve Keskin Orhan, *Türk Borçlar Hukukunda Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu* (Seçkin 2020) 53. Sorumluluğunun hukuki niteliğinin tehlike sorumluluğu olduğu yönündeki görüş için bkz. Feyzioğlu, (n 8) 643; Tekinay ve diğerleri (n 8) 513; Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 39) N 1059

⁴¹ Oğuzman ve Öz, *Cilt 2* (n 39) N 27; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. bs Beta 2024) N 119.

hayvan bulunduranın sorumluluğunda, kontrolü altında hayvan bulunduran kişinin hayvanın başkalarına zarar vermemesi için gerekli tedbirleri alma hususunda kendisine yüklenen özen gösterme borcunu ihlal etmiş olması gerekir⁴². Hayvan bulunduranın sorumluluktan kurtulabilmesi için TBK m. 67/II'nin aradığı gerekli özen, durum gerektirdiği bütün dikkat ve tedbirdir⁴³.

B. Sorumluluğun Şartları

1. Hayvan Bulundurma İlişkisinin Varlığı

a. Genel Olarak

Hayvan bulunduranın sorumluluğu ancak üzerinde egemenlik bulunan hayvanların verdikleri zararlarda söz konusu olur. Bu sebeple, hayvan bulundurma ilişkisinin varlığı TBK m. 67'nin uygulama alanı bulabilmesi için zorunludur. Bulundurma ilişkisinden söz edilebilmesi için kişi hayvana bakmalı ve hayvan üzerinde kişinin kontrolüyle denetimi sağlanmış olmalıdır. Kontrol ve denetim içinde yönetim unsurunu da barındırır. Bakım ve kontrol ilişkisinin fiili olarak geçici ve kısa süreli kaybedilmesi hallerinde hayvan bulunduranın sorumluluğu ortadan kalkmaz⁴⁴.

Hayvan bulunduranın sorumluluğunu açıklarken hayvan kavramına da değinmek gerekir. TBK m. 67 bağlamında hayvan, kişiler tarafından bakılabilmesi ve yönetilebilmesi için üzerinde egemenlik kurulabilen hayvandır⁴⁵. Kedi, köpek, at, koyun, inek, tavuk gibi evcil hayvanlar TBK m. 67 kapsamında hayvan olarak nitelendirilir. Vahşi hayvanlar ise ancak bakım ve yönetim altında ise TBK m. 67

⁴² von Tuhr ve Peter, (n 8) 453; Karl Oftinger ve Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil* (4. Auflage Schulthess 1987) § 21 N 2; Keller ve Gabi, (n 40) 117; Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet* (Ajans Türk Matbaası 1961) 148 vd.; Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N. 476.

⁴³ von Tuhr ve Peter (n 8) 453; Oftinger ve Stark (n 42) N 2; Schnyder (n 40) Art 56 N 1; Keller ve Gabi, (n 40) 117; Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N 478.

⁴⁴ Tekinay ve diğerleri (n 8) 516; Antalya (n 39) N. 1579. Hayvanın kaçmasına engel olacak tedbirleri almayan veya zarar verici bir hayvanı terk eden kişinin sorumlu olacağı yönündeki görüş için bkz. Tandoğan (n 42) 153; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler* (6. Bası Sermet Matbaası 1976) 577 vd. Benzer görüş için bkz. Schnyder, (n 40) Art 56 N 12. Kılıçoğlu, hayvan üzerindeki zilyetlik terk edilmişse, hayvan vahşi yaşadığı ortama ulaştıktan sonra artık TBK m. 67 hükmünün uygulanmayacağı görüşündedir. Bkz. Kılıçoğlu (n 41) 440. Benzer görüş için bkz. Keskin Orhan (n 40) 93.

⁴⁵ Schnyder, (n 40) Art 56 N 7; Roland Brehm, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Das Obligationenrecht Band VI 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen 3. Teilband 1. Unterteilband* (Stämpfli & Cie AG 1990), Art. 56 N 5; Berger, (n 40) N 1888; Eren, Borçlar (n 8) N. 1991; Antalya (n 39) N. 1571; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 39) N. 1066; Kılıçoğlu (n 41) 439; Keskin Orhan (n 40) 76; Tackı (n 39) 57.



kapsamında hayvan olarak değerlendirilebilir⁴⁶. Bunun yanında, yakalanmamış av hayvanları TBK m. 67 anlamında hayvan sayılmaz⁴⁷.

b. Hayvan Bulunduran Kavramı

TBK m. 67/1 “bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi” deyimiyle hayvan bulunduran kavramından yalnızca malikin anlaşılması gerektiğini esasen belirtmektedir. Bir diğer ifadeyle, kanun hükmünde yer alan bu deyim hayvan üzerindeki hakimiyeti, egemenliği ifade eder. İlk aşamada egemenlikten anlaşılması gereken ise dolaysız zilyetliktir⁴⁸. Dolaysız zilyet, malik, kiracı, saklama sözleşmesiyle kabul eden, rehin alan, intifa hakkı sahibi veya hayvanı çalan bir hırsız da olabilir.

Hayvan zarara sebep olduğu esnada kimin egemenliği (bakımı ve yönetimi) altında ise, hayvan üzerinde ne zaman nerede nasıl hareket edeceğine ilişkin olarak kim karar verebilme gücüne sahip ise TBK m. 67 uyarınca o sorumlu olur. Bu sebeple burada önemli olan hak sahipliği değil fiili egemenliktir. İfade etmek gerekir ki, zilyet yardımcısı denilen ve hayvan üzerinde doğrudan fiili egemenlikleri bulunmaksızın, hizmet sebebine dayalı olarak hayvanla ilgilenenler zilyet olmadıkları için hayvan bulunduran sayılamaz⁴⁹. Örneğin, köpeğin veya kedinin sadece mamasını veren, temizliğini yapan hizmetçi böyledir. Bununla beraber, başkası için zilyet durumunda olan, hayvan üzerinde hiçbir ayni ve şahsi hak ileri sürmeden başkasının hakkına dayanarak hayvan üzerinde fiili egemenliği bulunan kişi de hayvan bulunduran sayılmalıdır⁵⁰. Köpeği dolaştırmaya çıkaran hizmetçi,

⁴⁶ Tandoğan (n 42) 153; Oğuzman ve Öz (n 8) C.1 N. 479; Eren, Borçlar (n 8) N. 1991; Antalya (n 39) N. 1575; Kılıçoğlu (n 41) 439. Kuşlar, balıklar, arıların ancak egemenlik altında olduğu takdirde TBK m. 67'nin uygulama alanı içinde olduğu görüşü için bkz. Tandoğan (n 42) 153; Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N. 479; Antalya (n 39) N 1572.

⁴⁷ Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N 479; Antalya (n 39) N 1574; Gümüş (n 40) 494.

⁴⁸ von Tuhr ve Peter (n 8) 453; Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N 487; Eren, Borçlar (n 8) N 1990; Ecem Aycan Çınar, ‘Hayvan Bulunduranın Sorumluluğunda Hayvan Bulunduran Kavramı’ (2024) [1] Konya Barosu Dergisi 97, 108.

⁴⁹ von Tuhr ve Peter (n 8) 453 vd.; Hermann Becker, *Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht I. Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183* (Stämpfli 1946) Art 56 N 6; Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N. 489; Gümüş (n 40) 493.

⁵⁰ Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N 491; Antalya (n 39) N 1580; Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 39) N 1063; Nomer (n 41) N 119.1.

Schnyder, hayvan bulunduran sıfatına sahip olmak için hayvanla kişi arasında kuvvetli bir bağ olması gerektiğini belirtmektedir. Hayvan bulunduran, hayvanın nerede, nasıl, kim tarafından himaye edileceğine, hayvana nasıl davranılacağına, hayvanın nasıl tedavi edileceğine, yönetileceğine ilişkin yetkiye sahip olmalıdır. Bkz. *Schnyder* (n 40) Art 56 N 11. Benzer görüşte; *Brehm* (n 45) Art 56 N 14; *Keller ve Gabi*, (n 40) 179 vd.; *Berger* (n 40) N 1887; *Schwenzer* (n 8) N 53.06.

Gümüş’e göre kısa süreli zilyet olanlar TBK m. 67 kapsamında değildir. Geçici üstlenme kavramından anlaşılması gereken malik dışında bir hayvana bir sınırlı ayni hak ya da kişisel hakka dayalı zilyet olacak kişileri ifade etmektedir. Bu sebeple, köpeği dolaştırmaya çıkaran hizmetçi bu görüşe göre TBK m. 67 kapsamına girmez. Bkz. *Gümüş* (n 40) 493. Benzer görüş için bkz. *Oftinger ve Stark*, (n 42) § 21 N 30; *Keller ve Gabi*, (n 40) 180.

hayvan bulunduranın eşi, çocuğu, arkadaşı veya köpeği tedavi etmek için kendi kliniğinde köpeği bulunduran veteriner örnek olarak verilebilir. Başkası adına bu fiili egemenliği kullanan kişi, adına egemenliğin kullanıldığı kişinin emrine iş görüyorsa bu kişi yönünden adam çalıştırmanın sorumluluğu gündeme gelir⁵¹.

Öğretide hayvan bulunduranın sorumlu tutulabilmesi için diğer bir unsurun kişinin hayvandan menfaat sağlaması olduğu bazı yazarlarca ifade edilmektedir⁵². Bu menfaatin maddi olabileceği gibi manevi de olabileceği ifade edilmektedir. Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre, hayvan bulunduran sıfatıyla sorumlu olacak kişide menfaat unsurun aranmasına gerek bulunmayıp, fiili egemenlik yeterlidir⁵³. Hayvan bulunduranın sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk türü olduğu gözetildiğinde zarar gören yönünden bu sonucun kabul edilmesi daha isabetlidir.

2. Üçüncü Kişinin Zarara Uğraması

Hayvan bulunduranın sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için üçüncü kişi zarara uğramış olmalıdır. Zarar gerek maddi gerekse manevi zararı ifade eder. Bu zarar bir kişiye ilişkin olabileceği gibi bir eşyaya ilişkin de olabilir.

3. Üçüncü Kişinin Zararının Egemenlik Altındaki Hayvanın Davranışından Doğması

TBK m. 67/I hükmünde yer alan “*hayvanın verdiği zarar*” deyiminden bu şartın varlığı ortaya çıkmaktadır. Bununla beraber, bu deyimden tam olarak ne anlaşılması gerektiği irdelenmelidir. Öğretideki baskın görüş, TBK m. 67 bağlamında sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için hayvanın davranışının içgüdüsel, ani, bağımsız bir davranış olması gerektiğini kabul etmektedir⁵⁴. Hayvanın davranışının içgüdüsel olmadığı, aksine hayvanın bir dış kuvvetin etkisiyle hareket edip zarara sebep olduğu hallerde TBK m. 67 uygulanmaz⁵⁵. Hayvanı

Hayvan bulunduranın hayvan üzerindeki hakimiyeti icra için yardımcı şahıslar kullanmasının hayvanın meydana getirdiği zararlardan yardımcı şahsın hayvan bulunduran olarak sorumluluğunu doğurmayacağı yönündeki görüş için bkz. von Tuhr ve Peter, (n 8) 454; Becker, (n 49) N. 6; von Büren (n 8) 249; Keller ve Gabi (n 40) 180; Berger (n 40) N. 1891; Tandoğan (n 43) 152; Feyzioğlu (n 8) 646; Tekinay ve diğerleri (n 8) 515; Eren, Borçlar (n 8) N 1990; Gümüş (n 40) 493.

⁵¹ Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N 491; Antalya (n 39) N 1580; Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 39) N 1063; Nomer (n 41) N 119.1.

⁵² Brehm (n 45) Art 56 N. 15 vd.; Schwenzer, (n 8) N 53.06; Feyzioğlu (n 8) 644; Eren, Borçlar (n 8) N 1988; Gümüş (n 40) 493; Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 39) N 1061. Bu görüşün temelinde hayvandan menfaat sağlayanın verdiği zarardan da sorumlu olması düşüncesi yatar.

⁵³ Tandoğan (n 42) 151; Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N 486 vd.; Antalya (n 39) N 1577; Aycan Çınar (n 48) 109.

⁵⁴ von Tuhr ve Peter, (n 8) 454; Schnyder (n 40) Art 56 N 8; Keller ve Gabi, (n 40) 178; Schwenzer, (n 8) N 53.09; Saymen ve Elbir (n 8) 429; Tandoğan (n 42) 154; Tunçomağ (n 45) 578; Tekinay ve diğerleri (n 8) 514; Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N 485; Eren, Borçlar (n 8) N 1993; Antalya (n 39) N 1581; Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 39) N 1066; Kılıçoğlu (n 40) 439; Nomer (n 41) N 119.2; Gümüş (n 40) 494; Keskin Orhan (n 40) 80.

⁵⁵ Becker, (n 49) Art 56 N 2; Tandoğan (n 42) 154; Feyzioğlu (n 8) 647; Tekinay ve diğerleri (n 8)



bulunduran, onu üçüncü kişiye zarar verecek şekilde kışkırtır veya yönlendirirse, bu durumda TBK m. 49 hükümlerine göre sorumluluk söz konusu olur⁵⁶. Bu dış güç sadece insan değil bir dış etken de olabilir⁵⁷. Belirtelim ki, hayvanın kendisini davranışa zorlamayan yabancı dış bir etken sebebiyle içgüdüsel olarak hareket etmesi halinde TBK m. 67 kapsamında sorumluluk doğar⁵⁸.

Öte yandan, yönlendirme veya tahrik üçüncü kişiden veya başka bir hayvandan doğuyorsa, hayvan bulunduran yine TBK m. 67 gereği sorumludur. Ancak TBK m. 67/III gereği, “Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır.”

Hayvanın davranışı olmaksızın hayvandan doğan zararlarda TBK m. 67’nin uygulanmayacağı öğretide baskın olarak ifade edilmektedir⁵⁹. Örneğin, hayvandaki hastalığın üçüncü kişinin hayvanlarına bulaşması ya da hayvanın kokusu nedeniyle zararın doğması durumunda hayvandan kaynaklanmasına rağmen “hayvan davranışından kaynaklanmayan” bir zarar söz konusu olduğundan TBK m. 67’nin uygulanmayacağı belirtilmelidir.

4. Hayvanın İçgüdüsel Davranışı ile Zarar Arasında Nedensellik Bağı Bulunması

Hayvan bulunduranın sorumluluğunun şartlarından bir diğeri de hayvanın içgüdüsel davranışıyla zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmasıdır. Hayvanın davranışı ile üçüncü kişinin arasında nedensellik bağı yoksa veya nedensellik bağı kesilmişse meydana gelen zarardan hayvan bulunduranın sorumluluğu doğmaz.

Nedensellik bağının kurulabilmesi için hayvanın zarar görene doğrudan teması gerekli değildir. Onun verdiği korkuyla -zarar görene yönelmesi koşuluyla- veya ondan kaçınmak için uğranılan zararda da nedensellik bağının kurulduğunun kabulü gerekir.

5. Kurtuluş Kanıtı Getirilmemiş Olması

Hayvan bulunduranın sorumluluğuna ilişkin şartların varlığı hâlinde hayvan bulunduran kişi karine olarak zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni göstermemiş sayılır. Burada objektif özen söz konusudur⁶⁰. Bu karine, meydana

514 dn 5a; Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N 485; Eren, Borçlar (n 8) N 1993; Antalya (n 39) N 1584; Kılıçoğlu (n 40) 440; Gümüş (n 40) 494; Keskin Orhan (n 40) 80; Takeci (n 39) 80.

⁵⁶ Bu hâlde kişi, işlediği haksız fiilde hayvanı bir araç olarak kullanmaktadır.

⁵⁷ Hayvanın yürüdüğü zeminin çökmesi sonucu başka bir kişinin üzerine düşmesi hali örnek verilebilir.

⁵⁸ von Tuhr ve Peter (n 8) 453; Schnyder (n 40) Art 56 N 8; Schwenger (n 8) N 53.09; Tandoğan (n 42) 154; Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N 485; Antalya (n 39) N 1585; Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 39) N. 1068; Kılıçoğlu (n 40) 439; Keskin Orhan (n 40) 82.

⁵⁹ Schwenger (n 8) N 53.10; Tandoğan (n 42) 154; Feyzioğlu (n 8) 647; Tekinay ve diğerleri (n 8) 514 dn 5a; Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N 485; Eren, Borçlar (n 8) Borçlar N 1994; Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 39) N 1067; Kılıçoğlu (n 40) 440; Keskin Orhan (n 40) 80.

⁶⁰ Buna fiil karinesi de denmektedir. Bkz. Tandoğan (n 42) 155; Feyzioğlu (n 8) 649; Oğuzman ve

gelen zararın özenin gösterilmemesi ile uygun nedensellik bağı içerisinde bulunmasını da kapsar⁶¹. Bununla beraber, hayvan bulunduran sorumluluktan kurtulmak için kurtuluş kanıtı getirebilir.

Türk Borçlar Kanunu m. 67/II'ye göre, “Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.” Bu hüküm esas olarak fiil karinesinin çürütülmesine ilişkindir. Bu hükme göre hayvan bulunduran, hayvanın kontrol ve denetimi bakımından durum ve koşulların gerekli kıldığı bütün özeni gösterdiğini ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulur. Burada gösterilecek özen objektif özendir⁶². Bu sebeple hayvan bulunduranın tecrübe derecesi, öğrenim derecesi, yetiştirdiği çevre, sağlık durumu vb. gibi subjektif ölçütler kapsamında özenin gösterilip gösterilmediği incelenmez⁶³. Durum ve koşullara göre gösterilecek özenden maksat somut olayın koşullarına göre gösterilecek özendir. Bu bakımdan hayvanın cinsi, yaşı gibi kıstaslar gerekli özenin gösterilip gösterilmediğinin tespitinde göz önünde tutulacaktır.

Her ne kadar TBK m. 67/II sadece fiil karinesine dayalı sorumluluktan kurtulmayı düzenlemiş gözükse de, hayvan bulunduran nedensellik karinesini de çürüterek sorumluluktan kurtulabilmelidir⁶⁴. Bu çerçevede hayvan bulunduran, objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmediği için fiili karineyi çürütememesine rağmen, objektif özen yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş olsaydı bile zararın doğacağını ispatlarsa sorumluluktan kurtulur⁶⁵.

C. Alıkoyma ve Etkisiz Hale Getirme Hakkı

Türk Borçlar Kanunu m. 68/I uyarınca, “Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar alıkoyabilir; hatta durum ve koşullar hakkı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir.”

Öz, Cilt 2 (n 39) N. 494

⁶¹ Buna nedensellik karinesi de denmektedir. Bkz. Tandoğan (n 42) 156; Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 8) N 495.

⁶² Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Refet Özdemir, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Genel-Özel* (Yargıtay Yayınları 1987) 148; Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N. 501; Eren, Borçlar (n 8) N 1998; Antalya (n 39) N 1592; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 39) N 1069; Gümüş (n 40) s.495; Keskin Orhan (n 40) 96; Takcı (n 39) 82.

⁶³ Schnyder (n 40) Art 56 N 15; Brehm (n 45) Art 56 N 49 vd.; Tandoğan (n 42) 155; Feyzioğlu (n 8) 649; Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N 501; Antalya (n 39) N 1592.

⁶⁴ Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 1-39) N 504; Eren, Borçlar (n 8) N 1999; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 39) N 1071; Kılıçoğlu (n 40) 441; Nomer (n 41) N 119.3; Gümüş (n 40) s.495; Keskin Orhan (n 40) 99.

⁶⁵ Buradaki nedensellik hayvanın davranışı ile zarar arasındaki nedensellik değil, hayvan bulunduranın gerekli özeni göstermemesi ile zarar arasındaki nedenselliktir. Hayvanın davranışı ile zarar arasında nedensellik bağının hiç kurulmadığı noktada hayvan bulunduranın sorumluluğundan bahsedilemez.



Alıkoyma hakkının⁶⁶ kullanılabilmesi için hükümde ifade edildiği üzere taşınmazın zilyedi olmak yeterlidir. Bu sebeple, bir aynî veya kişisel hakka dayalı olarak taşınmazı kullanma ve/veya yararlanma hakkına sahip her kişi alıkoyma hakkını kullanabilir. Hatta haksız zilyet dahi bu hakkı kullanabilir. Taşınmaz maliki, intifa hakkı sahibi, oturma hakkı sahibi, kira sözleşmesine dayalı olarak taşınmazı kullanan kiracı, kullanın ödöncü alacaklısı örnek olarak sayılabilir.

Burada tartışılması gerekli başka bir mesele ise “*taşınmaz üzerinde verilen zarar*” deyiminden ne anlaşılması gerektiğidir. Hükümün gerekçesine bakıldığında kanun koyucunun bu kavrama geniş bir anlam yüklediği sonucuna varılabilir. Gerekçede de yer aldığı şekilde, taşınmaz üzerindeki zarar hayvanın o taşınmaz üzerinde bulunan bitkilere, diğer hayvanlara, ürünlere, geçici veya sabit yapı eserlerine ve hatta insanlara verdiği zararı kapsar. Taşınmaz kavramı yalnızca araziye değil, bağımsız bölümleri, üst hakkına dayalı olarak inşa edilen yapıları ve yine taşınmazın bütünleyici parçalarını da kapsamı içine alır. Ayrıca, genişletici yorumla taşınmaza zarar verilme tehlikesinin yüksek olasılıkta olduğu hâllerde de alıkoyma ve etkisiz hale getirme⁶⁷ hakkının varlığı kabul edilmelidir⁶⁸.

TBK m. 68/II ise yakalama, alıkoyma veya etkisiz hale getirme hakkını kullanan taşınmaz zilyedine derhal hayvan sahibine bilgi verme ve hayvanın sahibi bilinmiyorsa, onun bulunması için gerekli girişimleri yapma zorunluluğu altında

⁶⁶ Alıkoyma hakkı hayvanı paraya çevirme yetkisi vermez. Hükümde de yer aldığı üzere hak sahibi yalnızca, zararı yaptığı masraflar (hayvana yapılan olağan saklama, besleme masrafları ile olağan dışı kabul edilebilecek veteriner vs. masrafları) karşılanana kadar hayvanı alıkoyabilir. Bkz. Antalya (n 39) N 1611 vd.; Gümüş (n 40) 497.

⁶⁷ “*Etkisiz hale getirme*” deyimi esas olarak hayvanın öldürülmesinin yumuşatılmış ifadesidir. Nitekim hükümün gerekçesinde de hayvanı öldürme hakkı yer almaktadır. Ancak, etkisiz hale getirmeden yalnızca hayvanın öldürülmesi anlaşılmalıdır. Öldürme fiili olmaksızın etkisiz hale getirme hakkının varlığı da evleviyetle mevcuttur. Bu kapsamda, hayvanın bayıltılarak etkisiz hale getirilmesi de TBK m. 68 kapsamındadır. Keza TBK m. 68’de yer alan yakalama ve alıkoyma da bir anlamda etkisiz hale getirmedir. Altı çizilmelidir ki, TBK m. 68 öldürmeye karşılık gelen etkisiz hale getirme hakkının yalnızca “*durum ve koşulların haklı gösterdiği*” hallerde kullanılabilmesine imkan vermiştir. Bu bakımdan, meydana gelmiş veya gelecek zararın önemi, hayvanın tehlikelilik derecesi, hayvanın davranışının başka şekilde engellenmesinin mümkün olup olmaması gibi kıstaslar göz önünde tutulmalıdır. Bkz. Becker, (n 49) Art 57 N 4; Tandoğan, (n 42) 159; Feyzioğlu (n 8) 654; Kılıçoğlu (n 41) 445.

Bu ölçütün haklı savunmayı gerektiren durumun varlığı haliyle sınırlandırılması, hakkın kullanılmasının ölçülülük kıstasına da bağlanması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Kılıçoğlu (n 40) 445; Gümüş (n 40) 496.

Hayvanın etkisiz hale getirilebilmesi için yakalanamaması ve alıkoyulaması gerektiği görüşü için bkz. Antalya (n 39) N 1616.

⁶⁸ Becker, (n 49) Art 57 N 2; Gümüş (n 40) 496. Aksi görüş için bkz. Schnyder, (n 40) Art 57 N 2. Tandoğan, yakalama ve alıkoyma hakkına ilişkin kural olarak tehlike halinde bu hakların kullanılamayacağını ancak, hayvanın daha önceden zarara sebep olması ve yeniden bu halin tekrar etme tehlikesinin mevcut olduğu durumlarda yakalama ve alıkoyma haklarının kullanılabileceğini belirtmektedir. Yazar, etkisiz hale getirme yetkisinin yalnızca tehlike halinde dahi kullanılabileceğini ifade etmektedir. bkz. Tandoğan (n 42) 158.

olduğunu öngörmektedir⁶⁹. TBK m. 68/II'ye göre taşınmaz zilyedi, hayvanın sahibinin tespitine yönelik olarak kolluk güçleri, zabıta veya ilgili resmî kurumlara bildirimde bulunmakla yükümlüdür⁷⁰.

III. KAT MÜLKİYETİNDE EVCİL HAYVAN BULUNDURMADAN DOĞAN SORUMLULUK

Kat mülkiyeti sistemlerinde hayvan bulundurma sebebiyle -hayvanın içgüdüsel davranışı neticesinde- doğabilecek zararlarda somut olayın özelliğine göre birden çok sorumluluk halinin şartları gerçekleşebilir. Yukarıda çerçevesini de çizmeye çalıştığımız bu sorumluluk hallerinin nitelikleri ve şartları birbirinden farklıdır. Somut olayda birden fazla sorumluluğun şartlarının gerçekleştiği hallerde sorumluluğa dayalı taleplerin yarışmasından bahsedilir. Kat mülkiyetinde, hayvanların içgüdüsel davranışları nedeniyle kişilere veya eşyalara verilen zararlarda sorumluluk hükümleri arasında yarışma gündeme gelir.

A. KMK m. 18 ve TMK m. 730 İlişkisi Yönünden Değerlendirme

Anagayrimenkulde evcil hayvan bulundurmadan doğan zararlar çoğunlukla evcil hayvanın kişiye (kat maliki ya da bağımsız bölümden devamlı surette yararlananlar) karşı içgüdüsel davranışı neticesinde ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, evcil hayvanın eşyaya zarar verdiği hallere de rastlanabilmektedir. Yönetim planında evcil hayvan bulundurmanın yasaklanmadığı veya kısıtlanmadığı veya evcil hayvan bulundurmanın yasaklandığı veya kısıtlandığı hallerde anagayrimenkul sınırları içerisinde evcil hayvanın içgüdüsel davranışının kişi ve eşya üzerindeki zararları KMK m. 18/I hükmüne aykırılık teşkil eder.

Evcil hayvanın içgüdüsel hareketi sonucu kişiye ya da eşyaya zarar veren davranışında yönetim planında evcil hayvan bulundurmanın yasaklanmadığı ve kısıtlanmadığı hallerde KMK m. 18/I çerçevesinde dürüstlük kuralına uygun davranma ve birbirini rahatsız etmeme borcu ihlal edilmekteyken; yönetim planında evcil hayvan bulundurmanın yasaklandığı ve kısıtlandığı hallerde dürüstlük kuralına uygun davranma ve birbirini rahatsız etmeme borcuyla birlikte KMK m. 18/I çerçevesinde yönetim planı hükümlerine uyma borcunun da ihlali söz konusu olur.

Anagayrimenkulde evcil hayvan bulunduranın KMK m. 18/I hükmünü ihlal etmesi halinde zarar gören kat maliki KMK m. 33 hükmüyle hakimın müdahalesini talep edebilir. Bu noktada, dürüstlük kuralına aykırı ve rahatsız edici eyle-

⁶⁹ *Gümüş* 'e göre burada bir bildirim külfeti vardır. Bu külfetin yerine getirilmemesi sonucu olarak taşınmaz zilyedi zararı ve masrafı azaltma külfetini yerine getirmediğinden, bildirim külfetinin yerine getirmemiş olması nedeniyle bildirim yapmadığı süre içerisindeki masrafları talep edemeyeceği gibi hayvan malikinin bildirim külfetinin yerine getirilmemesi nedeniyle uğradığı zarar karşılar. *Gümüş* (n 40) 497. Bildirimi bir yükümlülük olarak nitelendiren görüş için bkz. Tandoğan (n 42) 160; Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N. 514.

⁷⁰ Oğuzman ve Öz, Cilt 2 (n 39) N 514; Antalya (n 39) N 1621.



min önlenmesi veya durdurulması için kusur şartı aranmaksızın hakim KMK m. 33'ün verdiği yetkiyle karar verebilir⁷¹. KMK'dan doğan borçların çeşitli olması hakimın vereceği kararın içeriğinin de farklılık göstermesine neden olur. Dolayısıyla verilecek hüküm müdahale veya tehlikenin önlenmesi, eski hale getirme, tahliye, tazminat, uyarı şeklinde tesis edilebilir⁷².

Özellikle evcil hayvanın içgüdüsel davranışının kişi üzerinde zarara yol açtığı hallerde tehlikenin önlenmesi⁷³ ve tazminat davaları gündeme gelir. Hakimın müdahalesini talep davasındaki istemlerden birini de tazminatın oluşturduğu ifade edilse de tazminat açısından KMK özel bir kusursuz sorumluluk türüne yer vermemektedir⁷⁴. Nitekim KMK m. 19/son hükmünde her kat malikinin anagayrimenkule ve diğer bağımsız bölümlere kusuruyla verdiği zarardan ötürü diğer kat maliklerine karşı sorumlu olacağını öngören hüküm bir kusur sorumluluğu hükmüdür. Bundan hareketle, KMK m. 33 çerçevesindeki tazminat taleplerinin kusur sorumluluğuyla sınırlı kalabileceği düşünülebilir. Fakat KMK m. 9 atıf hükmü bu tartışmayı ve sorunu çözmede bir çıkış noktası işlevi görür. Söz konusu hüküm, *“kat mülkiyetine veya kat irtifakına ait kütük kaydında veya kat malikleri arasındaki sözleşmede veya yönetim planında veya bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, kat mülkiyetinden doğan anlaşmazlıkların, Medeni Kanun ve ilgili diğer kanunlar hükümlerine göre karara bağlanacağını”* düzenlemektedir. Bu hüküm doğrultusunda, zarar görenin tazminat talebiyle ilgili olarak kusur şartı aramayan⁷⁵ ve taşınmaz malikinin sorumluluğunu düzenleyen TMK m. 730

⁷¹ Sönmez (n 14) 215.

⁷² Sönmez (n 14) 207.

⁷³ Esas olarak bu talepler de TMK m. 730 hükmünde öngörülen *“tehlikenin giderilmesine ve tazminat talebine yönelik davanın”* kat mülkiyeti hukukundaki görünümünü oluşturur.

⁷⁴ KMK m. 19/III, *“Her kat maliki anagayrimenkule ve diğer bağımsız bölümlere, kusuru ile verdiği zarardan dolayı diğer kat maliklerine karşı sorumludur”* hükmüyle kusur sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu hüküm deyim itibarıyla eşyaya verilen zararları kapsamaktadır.

⁷⁵ TMK m. 730 kusursuz sorumluluk türlerinden bir olağan sebep sorumluluğudur. Bkz. Hans Leeman, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Sachenrecht I. Abteilung At. 641-729* (Stämpfli 1911) Art 679 N 2; Arthur Meier-Hayoz, *Berner Kommentar Zum Schweizerisches Privatrecht Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Sachenrecht I. Abteilung Das Eigentum 2. Teilband Grundeigentum I Art. 655-679* (3. Auflage Stämpfli & Cie 1964) Art 679 N 97 vd.; Heinz Rey, *Basler Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB* (2. Auflage Helbing & Lichtenhahn 2003) Art 679 N 3; Jörg Schmid ve Bettina Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht* (5. Auflage Schulthess 2017) N 956; Stephanie Hrubesch-Millauer, Barbara Graham-Siegenthaler ve Vito Roberto, *Sachenrecht* (5. Auflage Stämpfli 2017) N. 06.274; Tarkan Göksu, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Auflage Schulthess 2016) 213; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 22) N 2055; Tandoğan (n 42) 202 vd.; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (11. Bs. Legem 2023) 621; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (9. Bs. Yetkin 2024) 456; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (2. bs. Beta 2018) 569; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (4. bs. Yetkin 2016) 466; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (10. bs Adalet 2020) 520; Hande Doğan, *Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu* (Filiz 2024) 178; Onaran Ertan (n 17) 212 vd.

hükmü uygulama alanı bulur⁷⁶. TMK m. 730, taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını kullanırken uyması gereken sınırlamaları ihlal etmesi sebebiyle doğan sorumluluğunu düzenleyen genel nitelikte bir hükümdür. Taşınmaz malikinin sorumluluğu bakımından açılabilir davalar eski hale getirme, tehlikenin giderilmesi (önlenmesi), fedakarlığın denkleştirilmesi ve tazminat davası şeklinde olabilir.

Belirtildiği üzere, KMK m. 18/I esas olarak TMK m. 737'deki komşuluk hukuku kurallarının kat mülkiyeti hukukundaki özel görünümüdür. Bu kurallara aykırı davranılması TMK m. 730 gereğince de sorumluluğu doğurur ve kusur şartı aranmaksızın zararın tazmin edilmesine talebine imkan verir.

B. TBK m. 67 Yönünden Değerlendirme

Hayvan bulunduranın kusursuz sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 67 uyarınca, bir hayvanın bakımı ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu bağlamda, hayvan bulunduran KMK çerçevesinde anagayrimenkuldeki bağımsız bölüm maliki olabileceği gibi bağımsız bölümden sınırlı bir ayni hakka veya kişisel hakka dayanarak ya da herhangi bir suretle devamlı olarak faydalanan bir kişi de olabilir. Dolayısıyla, anagayrimenkul sınırları içerisinde evcil hayvanın içgüdüsel davranışı neticesinde kişi veya eşya üzerinde meydana gelen zararlar yönünden TBK m. 67 hükmü de uygulama alanı bulur. Belirtmek gerekir ki, kat maliki olmayan veya herhangi bir suretle bağımsız bölümlerden devamlı olarak yararlanmayan kişilerin hayvan bulunduran sıfatına sahip olduğu, anagayrimenkul içerisinde gerçekleşen zararlar yönünden de TBK m. 67 hükmü uygulama alanı bulur. TBK m. 67 hükmünün uygulanması için zarar görenin de kat maliki ya da bağımsız bölümden herhangi bir suretle devamlı faydalanan kişi olması gerekmez. Anagayrimenkul sınırları

⁷⁶ TMK m. 730 her ne kadar sorumlunun taşınmaz maliki olduğunu belirtmişse de KMK m. 18/II bağımsız bölümlerdeki kiracılara ve oturma hakkı sahiplerine veya bu bölümlerden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananlara da KMK m.18/I hükmünün uygulanacağını ve kat malikinin bu kişiler ile birlikte müteselsil sorumlu olduğunu düzenlemektedir. Bu sebeple, bağımsız bölümlerdeki kiracıların ve oturma hakkı sahiplerinin veya bu bölümlerden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananların bulundurdıkları evcil hayvanın içgüdüsel davranışı sonucu doğan zararlarda da TMK m. 730 hükmü uygulama alanı bulmalıdır. Bkz. Genç Arıdemir (n 2) 661; Sönmez (n 14) 134.

Öte yandan, TMK m. 730'a göre göre talepte bulunma hakkı komşu sayılan ve taşkınlıktan etkilenen taşınmaz malikidir. KMK m. 33 hükmüne de bakıldığında hakim m. müdahalesini talep yetkisinin yalnızca zarar gören ya da zarar görme tehlikesi içinde bulunan kat malikine tanındığı görülmektedir. Öte yandan, ayni veya kişisel hakka dayanarak ve hatta malikin izni ile taşınmazdan yararlananlar da TMK m. 730'a dayanarak talepte bulunabilmelidir. Bkz. Meier-Hayoz (n 75) BK ZGB Art. 679 N. 58; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 22) N 2070; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 75) 571; Esener ve Güven (n 75) 459; Genç Arıdemir (n 2) 957. Yargıtay da kat malikin yanında bağımsız bölümünden devamlı surette yararlananlara da KMK m. 33'e dayanarak dava açma hakkı tanımaktadır. Bkz. Y 20 HD E 2017/3595 K 2018/5073 02.07.2018; Y 14 HD E 2020/597 K 2020/2427 28.02.2020.



içerisinde evcil hayvanın ilgüdüsel davranışı neticesinde doğan zararlardan sorumluluğu çeşitli ihtimaller çerçevesinde ele almak gerekir.

Anagayrimenkul sınırları içerisinde evcil hayvanın ilgüdüsel davranışı esnasında hayvan üzerindeki hakimiyetin kat maliki, sınırlı aynı hak sahibi veya kişisel hak sahibinde olduğu hallerde TBK m. 67'nin uygulanması yönünden bir tartışma olmaz. Hayvanı bulunduran kat maliki, intifa veya oturma hakkı sahibi ve kiracı hayvan bulunduran sıfatıyla sorumlu olur.

Evcil hayvanın ilgüdüsel davranışının zarar verdiği esnada hayvan üzerindeki hakimiyetin bağımsız bölümde hizmet sözleşmesine dayanarak devamlı çalışan veya evcil hayvanın bakım ihtiyacı için saat/ücret karşılığı çalıştırılan kişide olması durumunun da irdelenmesi gerekir. Başkası için zilyet sıfatıyla, hayvan üzerinde herhangi bir aynı veya şahsi hak iddia etmeksizin yalnızca başkasının hakkına dayanarak fiili egemenlik kullanan kişiler de '*hayvan bulunduran*' sayılmalıdır. Bu kapsama, örnek vermek gerekirse evdeki hizmetli veya günlük köpek gezdirilmesi için sözleşme yapılan kişi de girer. Kat maliki, sınırlı aynı hak sahibi ya da kişisel bir hakka dayanarak bağımsız bölümden devamlı yararlanan adına bu fiili egemenliği kullanan kişi, adına egemenliğin kullanıldığı kişinin emrinde iş gördüğünden kat maliki, sınırlı aynı hak veya kişisel hak sahibi yönünden adam çalıştırmanın sorumluluğu söz konusu olur.

Küçüğün hakimiyeti altındaki evcil hayvanın ilgüdüsel davranışı neticesinde anagayrimenkul sınırları içerisinde zarara sebep olma meselesine de değinmekte fayda bulunmaktadır. Gerçekten de, anagayrimenkulde maliklerin hayvanlarını gezdirmeleri için ergin olmayan çocuklarına (küçük) bıraktıkları uygulamada sıkça görülmektedir. Kat malikinin maliki olduğu köpeği kısa süreliğine toplu yapının ortak alanında gezdirmesi için çocuğuna bırakması ve çocuğun köpeğin tasmaını bırakması sebebiyle köpeğin ilgüdüsel davranışı neticesinde zarara sebep olması hali bu duruma örnek verilebilir. Burada her ne kadar, hayvan zarara sebep olduğu esnada küçüğün fiili egemenliğinde gözüke de hayvan bulunduran sıfatına sahip olmak için hayvan üzerinde ne zaman nerede nasıl hareket edeceğine ilişkin olarak karar verebilme gücüne sahip olmak gerekir. Bu sebeple küçük yönünden TBK m. 67 hükmü çoğu durumda uygulanabilir gözükmemektedir. Diğer yandan, KMK m. 18/II'de yer aldığı üzere kat maliki bağımsız bölümlerden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananların KMK m. 18/I'e aykırı davranışlarından da müteselsil olarak sorumludur. KMK m. 18/I ve TMK m. 730 hükmü arasındaki ilişki göz önünde tutulduğunda, taşınmaz maliki aile bireylerinin davranışlarından da TMK m. 730 gereği sorumludur. Evcil hayvanın davranışının küçüğün fiili hakimiyetinde gerçekleştiği düşünüldüğünde TMK m. 730 hükmü yanında TMK m. 369 hükmünde düzenlenen ev başkanının sorumluluğu da gündeme gelebilir. TMK m. 369/I'e göre, "*Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu göze-*

tim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur.” Bugün hakim görüş, ev başkanının sorumluluğun bir olağan sebep sorumluluğu olduğu ve kusur şartı aranmayacağı yönündedir⁷⁷. Bu kapsamda, ev halkından olan küçüğün neden olduğu bu zarardan ev başkanı sıfatıyla küüğün bakım ve gözetiminden ve yetiştirilmesinden birlikte sorumlu (TMK m. 185/II) olan anne ve baba sorumlu olur⁷⁸. Ev başkanı, küüğün zarar verici davranışından yalnızca, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu ispat edemezse sorumlu olur⁷⁹.

C. Kat Mülkiyeti Hukuku Çerçevesinde TMK m. 730 ve TBK m. 67 Yönünden Değerlendirme

TMK m. 730 ve TBK m. 67’de düzenlenen ve kat mülkiyeti hukuku çerçevesinde yarışan bu iki sorumluluk türü hukuki niteliği itibariyle kusursuz sorumluluktur. Bununla beraber, söz konusu iki sorumluluk hükmünün dayanağını oluşturan olgular esasen birbirinden farklıdır. TMK m. 730 hükmünde yer alan zarar veya zarar tehlikesi TMK m. 737 ve KMK m. 18/I hükmünde düzenlenen komşuluk hukuku kurallarına aykırı davranışlar nedeniyle meydana gelir. Burada, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin taşkın kullanılarak komşuluk hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali neticesinde ortaya çıkan bir zarar veya zarar tehlikesi mevcuttur. TBK m. 67’de ise, sorumluluğu doğuran esas olgu hakimiyet altındaki hayvanın içgüdüsel davranışdır. Fakat, hakimiyet altındaki hayvanın içgüdüsel davranışının oluşturduğu zarar anagayrimenkul sınırları içerisinde gerçekleştiği için TMK m. 730 ve TBK m. 69 hükümlerinin şartları birlikte oluşmaktadır. Bu durumda yarışan hükümlerden davacı dilerse TMK m. 730 dilerse TBK m. 69 hükmüne dayanabilir. İfade etmek gerekir ki, hayvan bulunduranın sorumluluğu çerçevesinde zarar tehlikesinin bulunması TBK m. 67’de düzenlenen giderim yükümlülüğünün değil, TBK m. 68’de düzenlenen alıkoyma hakkının doğmasına neden olur.

TMK m. 730 ve TBK m. 67 vd. hükümlerinin konu ve kişi bakımından da uygulama alanının karşılaştırılması gerekir. Kişi bakımından uygulama alanına bakıldığında TMK m. 730 taşınmaz malikinin, TBK m. 67 ise hayvan bulunduran

⁷⁷ Tandoğan (n 42) 161; Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 39) N 1046; Nomer (n 41) N 120. Ev başkanının sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, küüğün ev başkanının hakimiyeti altında olması; küüğün üçüncü kişiye zarar vermiş olması, zararlar o kişinin davranışı arasında uygun illiyet bağı olması, ev başkanının kurtuluş kanıtı getirmemiş olması gerekir. Bkz. Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 39) N 1051; Nomer (n 41) N 120 vd.

⁷⁸ Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 39) N 1050; Nomer (n 41) N 120.1

⁷⁹ Ev başkanına düşen özen ve gözetim yükümlülüğü somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir. Bu çerçevede, küüğün yaşı, cinsiyeti, fiziksel ve ruhsal gelişimi, kişisel eğilim ve karakteri, zarar verebilecek şeyin niteliği özen ve gözetim yükümlülüğünün belirlenmesinde rol oynar. Öncelikle, küüğün zarar verici eyleminin öngörülebilir olup olmadığına bakılmalıdır.



kişinin sorumluluğunu düzenlemektedir. Zarar veya zarar tehlikesinin bağımsız bölüm üzerinde sınırlı ayni hak sahibi kişiden kaynaklanması halinde de TMK m. 730'un sınırlı ayni hak sahibi yönünden uygulama alanı bulacağı öğretide kabul edilmektedir⁸⁰. Kişisel hak sahipleri ile bağımsız bölümden sınırlı ayni hak veya kişisel hakka dayanmaksızın herhangi bir suretle devamlı olarak faydalanan kişiler yönünden ise TMK m. 730 kapsamında sorumluluğun söz konusu olup olmayacağı tartışmalıdır⁸¹. Öte yandan, kişisel hak sahipleriyle bağımsız bölümden sınırlı ayni hak veya kişisel hakka dayanmaksızın herhangi bir suretle devamlı olarak faydalanan kişiler (aile fertleri) ile devamlılık arz etmeksizin malikin izni ile taşınmazı kullananlarının (müşterilerin, işçilerin, davetlilerin) mülkiyetin kısıtlamalarına aykırı davranışlarından taşınmaz malikin sorumluluğu öğretide kabul edilmektedir⁸². Sözü geçen kişilerin davranışlarının haksız fiil oluşturması halinde bu kişilerin TMK m. 730 uyarınca sorumlu malikle beraber müteselsil sorumlu olduğu da ifade edilmektedir (TBK m. 61)⁸³. Buna karşın, söz konusu kişilerin hayvan bulunduran sıfatına sahip olması halinde TBK m. 67'nin uygulanması bakımından tartışma söz konusu olmaz. Bu sebeple TBK m. 67'nin genel olarak ve kat mülkiyeti penceresinden de TMK m. 730'a göre uygulama alanı daha geniştir. Konu bakımından ise yukarıda bahsi geçtiği üzere, TMK m. 730 yalnızca zarar doğması halinde değil, zarar tehlikesinin varlığı halinde de uygulama alanı bulur. Hayvan bulunduranın sorumluluğunda ise zarar tehlikesi halinde giderim yükümlülüğünü düzenleyen TBK m. 67 değil, alıkoyma hakkını düzenleyen TBK m. 69 uygulanır.

⁸⁰ Meier-Hayoz (n 75) Art 679 N. 58 vd.; Rey (n 75) Art 679 N 26; Schmid ve Hürlimann-Kaup (n 75) N 959; Peter Liver, *Schweizerisches Privatrecht V/I Sachenrecht* (2. Auflage Helbing & Lichtenhahn 1977) 234; Göksu (n 75) 210; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 22) N 2071; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 37) 660; Sirmen (n 75) 623; Esener ve Güven (n 75) 459.

Sınırlı ayni hak sahiplerinin mülkiyetten doğan yetkilerin bir kısmını kullandığı, bu sebeple söz konusu yetkileri kullanırken verdikleri zararlardan da taşınmaz malikiyle değil sadece kendilerinin sorumlu olduğu yönündeki görüş için bkz. Meier-Hayoz (n 75) Art 679 N58; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 37) 661; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 75) 572; Sirmen (n 75) 623; Ayan (n 75) 526. Sınırlı ayni hak sahiplerinin bizzat sorumlu tutulmaları, taşınmaz malikin sorumlu tutulmaması yönündeki görüş için bkz. Tandoğan (n 42) 191.

⁸¹ Hükmün amacı doğrultusunda genişletici yorumla kişisel hakka dayalı olarak taşınmazı kullananların da pasif husumet ehliyetine sahip olduğu yönündeki görüş için bkz. Rey (n 75) Art 679 N 27; Schmid ve Hürlimann-Kaup (n 75) N 959; Hrubesch-Millaue, Graham-Siegenthaler ve Roberto (n 75) N 06.279; Göksu (n 75) 210; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 75) 572; Esener ve Güven (n 75) 459. Aksi görüş için bkz. Meier-Hayoz (n 75) Art 679 N 62; Leeman (n 75) Art 679 N 27; Liver (n 80) 234; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 22) N 2071; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 37) 660 vd.; Sirmen (n 75) 623; Ertaş, Eşya (n 22) N 1933; Ayan (n 75) 526.

⁸² Malikin izniyle taşınmazı kullananların (müşterilerin, işçilerin, davetlilerin, aile fertlerinin) mülkiyetin kısıtlamalarına aykırı davranıştan malikin sorumlu olacağı yönündeki görüş için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 22) N 2071; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 37) 661; Sirmen (n 75) 623. Aksi görüş için bkz. Onaran Ertan (n 17) 210.

⁸³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 22) N 2071; Sirmen (n 75) 623.

SONUÇ

Kat Mülkiyeti Kanunu, dikey ve yatay sistemleri esas alarak düzenlenmiştir. Özellikle toplu yapılarda evcil hayvanların bağımsız bölümlerdeki, ortak alanlardaki veya eklentilerdeki içgüdüsel davranışları uyumsuzluklara yol açabilmektedir.

Evcil hayvan bulundurmanın sınırları ve sorumluluk meselesi, kat mülkiyetinden doğan borç ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Kat maliklerinin dürüstlük kuralına uyma, birbirini rahatsız etmeme ve yönetim planına uyma borçları bu sınırları çizmektedir. Yönetim planlarında evcil hayvanlara ilişkin yasak, izin veya sınırlayıcı hükümler yer alabilir. Yönetim planında açık bir yasak bulunmadığı sürece, evcil hayvan beslenmesi mümkün olmakla beraber, dürüstlük kuralı ve komşuluk hukuku kurallarına aykırı davranılmamalıdır.

Kat mülkiyeti sistemlerinde evcil hayvanların içgüdüsel davranışları nedeniyle ortaya çıkan zararlar, birden fazla sorumluluk rejiminin kesiştiği bir hukuki alan oluşturur. Hayvanların içgüdüsel davranışları nedeniyle meydana gelen zararlar bakımından, kusursuz sorumluluk esasına dayanan TBK m. 67 ile TMK m. 730 hükümleri yarışabilir. Öte yandan, zarar gören KMK m. 33 uyarınca hakim m. müdahalesini talep edebilir ancak, KMK zarar tazmini bakımından kusursuz sorumluluk öngörmez. Bu noktada, KMK m. 9 atfıyla TMK m. 730 hükmü uygulama alanı bulur. Bunun yanında, evcil hayvanı fiili hakimiyetinde bulunduranın küçük olması halinde, TMK m. 369'daki ev başkanının sorumluluğu da yarışan haklar yönünden gündeme gelebilir.

KAYNAKÇA

Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, *Eşya Hukuku* (2. bs Beta 2018)

Antalya O G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2* (2. bs. Seçkin Yayıncılık 2019)

Ayan M, *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (10. bs Adalet Yayınevi 2020)

Ayar A, *Kat Mülkiyetinden Doğan Borç İlişkileri* (Filiz Kitabevi 2022)

Aycan Çınar E, 'Hayvan Bulunduranın Sorumluluğunda Hayvan Bulunduran Kavramı' (2024) [1] Konya Barosu Dergisi 97

Becker H, *Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht I. Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183* (Stämpfli 1946)

Berger B, *Allgemeines Schuldrecht* (2. Auflage Stämpfli Verlag 2012)

Brehm R, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Das Obligationenrecht Band VI 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen 3. Teilband 1. Unter-
teilband* (Stämpfli & Cie AG 1990)

von Büren B, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Schulthess 1964)



- Doğan H, *Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu* (Filiz Kitabevi 2024)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (29. bs Legem Yayınevi 2024)
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku* (16. bs Barış Yayınları 2021)
- Ertaş Ş, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi* (3. bs. Bilge Yayınevi 2025)
- Esener T ve Güven K, *Eşya Hukuku* (9. bs. Yetkin 2024)
- Feyzioğlu F N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I* (2. bs. Fakülteler Matbaası 1980)
- Furrer A, Muller-Chen M ve Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. bs. On İki Levha Yayıncılık 2022)
- Gauch P, Schluep W R, Schmid J und Emmenegger S, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I* (9. Auflage 2008)
- Genç Arıdemir A, *Kat Mülkiyeti I* (On İki Levha Yayıncılık 2023)
- Germeç M E, *Kat Mülkiyeti Hukuku* (10. bs. Seçkin Yayınevi 2021)
- Göksu T, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Auflage Schulthess 2016)
- Gümüş M A, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınları 2021)
- Gürsoy K T, Eren F ve Cansel E, *Türk Eşya Hukuku* (2 bs. Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları 1984)
- Hrubesch-Millauer S, Graham-Siegenthaler B ve Roberto V, *Sachenrecht* (5. Auflage Stämpfli Verlag 2017)
- Karahasan M R, *Kat Mülkiyeti Hukuku Birinci Cilt* (Arıkan 2007)
- Keller M ve Schöbi C, *Das Schweizerische Schuldrecht Band I Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (3. Auflage Helbing & Lichtenhahn 1988)
- Keller M ve Gabi S, *Das Schweizerische Schuldrecht Band II Haftpflichtrecht* (2. Auflage Helbing & Lichtenhahn 1988)
- Keskin O M, *Türk Borçlar Hukukunda Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2020)
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. bs. Turhan Kitabevi 2019)
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage Stämpfli Verlag 2017)
- Leeman H, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Sachenrecht I. Abteilung At. 641-729* (Stämpfli Verlag 1911)

Meier-Hayoz A, *Berner Kommentar Zum Schweizerisches Privatrecht Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Sachenrecht I. Abteilung Das Eigentum 2. Teilband Grundeigentum I Art. 655-679* (3. Auflage Stämpfli & Cie 1964)

Nart S, 'Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi' (2020) 22 [1] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123

Nomer H N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. Bası Beta 2024)

Oftinger K ve Stark E W, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil* (4. Auflage Schulthess 1987)

Oğuzman M K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (19. Bası Vedat Kitapçılık 2021)

Oğuzman M K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2* (16. Bası, Vedat Kitapçılık 2021)

Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (25. Bası Filiz Kitabevi 2023)

Onaran Ertan B, *Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukukundan Doğan Sınırlamaları* (On İki Levha Yayıncılık 2023)

Özmen E S, 'Kat Mülkiyetinde Bahçenin Niteliği ve Ortak Yer-Eklenti Ayrımı İçerisindeki Yeri' (1990) [1] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 73

Özmen E S ve Şengül M, *Kentsel Dönüşümdeki Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Ayni Haklar ve Şerhler* (On İki Levha Yayıncılık 2018)

Özmen E S ve Hamamcıoğlu G V, *Kat İrtifakı* (On İki Levha Yayıncılık 2017)

Öztrak İ, 'Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı' (1967) 22 [3] Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 113

Rey H, *Basler Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB* (2. Auflage Helbing & Lichtenhahn 2003)

Saymen F H ve Elbir H K, *Türk Borçlar Hukuku I-II Umumi Hükümler* (İsmail Akgün Matbaası 1958)

Schmid J ve Hürlimann-Kaup B, *Sachenrecht* (5. Auflage Schulthess 2017)

Schnyder A K, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529* (4. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag 2007)

Schönenberger W und Jäggi P, *Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band Obligationenrecht Teilband V 1a* (1973)

Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (5. Auflage Stämpfli Verlag 2009)



- Sirmen L, *Eşya Hukuku* (11. bs. Legem 2023)
- Sönmez M, *Kat Mülkiyetinde Hâkimin Müdahalesi* (Seçkin 2024)
- Şenpolat A K, ‘Evcil Hayvanlar ve Hukuksal Sorunlar’ (2007) 81 [2] İstanbul Barosu Dergisi 601
- Takcı N, *Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2021)
- Tandoğan H, *Türk Mes’uliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet* (Ajans Türk Matbaası 1961)
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. bs. Filiz Kitabevi 1993)
- von Tuhr A und Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Erster Band* (3. Auflage 1974)
- Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler* (6. bs. Sermet Matbaası 1976)
- Uçkan M, ‘Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi Hakkında Bir Değerlendirme’ (2013) 8 [Özel Sayı] 2845
- Ürem M, *Kat Mülkiyetinde Genel Giderlere ve Avansa Katılma Borcundan Sorumlular* (On İki Levha Yayıncılık 2022)
- Velidedeoğlu H V ve Özdemir R, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Genel-Özel* (Yargıtay Yayınları 1987)
- Yavuz E, ‘Yönetim Planının Hukuki Niteliği Kapsamında Bağımsız Bölümlerde Evcil Hayvan Beslenmesi (2019) 5 [10] Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 53
- Yünlü S, ‘Kat Mülkiyeti ve Hayvanlar: Bağımsız Bölümlerde Hayvan Bulundurulması ve İlgili Meseleler’ (2021) 2 Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 307



KAMU HUKUKU

1924 ANAYASASI VE KURUCU İKTİDAR TARTIŞMALARI

The 1924 Constitution and the Constituent Power Discussions

Mustafa KOÇAK*

Özet

1924 Anayasası yapılmadan önce Birinci Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) seçimlerin yenilenmesi kararı almıştır. Bu kararın 1921 Anayasası'nın Madde-i Münferidesine ve Nisab-ı Müzakere Kanunu'na uygun olup olmadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Söz konusu tartışma çerçevesinde bu işlemin, meclise karşı bir darbe olduğu ve 1924 Anayasası'nı yapan iktidarın bir asli kurucu iktidar niteliği taşımadığı yönünde görüşler öne sürülmüştür. Bu noktada hem seçimlerin yenilenmesi kararı alınırken hem de 1924 Anayasası yapılırken Mecliste gerçekleşen tartışmalar ve Meclisin bu işlemleri gerçekleştirme yöntemi önemlidir. Dönemin hukukî ve siyasî koşulları dikkate alındığında seçimlerin yenilenmesi kararının hukuka uygun alındığı ve 1924 Anayasası'nı yapan İkinci TBMM'nin demokratik asli kurucu iktidar yetkilerini kullandığı sonucuna varılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, kurucu iktidar, 1924 Anayasası, millet egemenliği, kurucu meclis

Abstract

Before the 1924 Constitution was made, the First Grand National Assembly of Turkey made a decision to renew the elections. Whether this decision was in accordance with the Additional Article of the 1921 Constitution and the Quorum of Deliberations Law has been a subject of debate in the doctrine.

Within the framework of the discussion in question, it has been put forward that this process was a coup against the Assembly and that the government that made the 1924 Constitution did not have the characteristics of the primary constituent power. At this point, both the discussions that took place in the Assembly while the decision to renew the elections was made and the 1924 Constitution was made, and the method the Assembly carried out these processes are important. When the law and political conditions of the period are taken into consideration, it is concluded that the decision to renew the elections was made in accordance with the law and that the Second Grand National Assembly of Turkey that made the 1924 Constitution used its democratic primary constituent power powers.

Keywords: Constitution, constituent power, 1924 Constitution, national sovereignty, constituent assembly

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 28.05.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Prof. Dr., İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul/Türkiye, mustafa.kocak@okan.edu.tr, <https://orcid.org/0009-0007-2417-4784>

GİRİŞ¹

1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (1924 Anayasası) İkinci TBMM’nde müzakere edilmiş, kabul edilmiş ve 20.04.1340 (1924) tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1924 Anayasası’nın meclis görüşmelerine gelinceye kadar Türkiye’de çok önemli değişiklikler yaşanmıştır. Saltanat kaldırılmış, Cumhuriyet ilan edilmiştir. Türkiye’nin uluslararası alanda tapusu olan Lozan Antlaşması için müzakereler başlamış, kesilmiş, yeniden başlamış ve sonuçlanmıştır. Hilâfet kaldırılmıştır. Bu önemli siyasal devrimler kanun ve meclis kararlarıyla yapılmıştır. Geline bu noktada bir yandan 1921 Anayasası ve Cumhuriyete geçişi sağlayan anayasal nitelikteki “*İntikal kanunu*” hükümlerini bir araya getirmek, öte yandan barış dönemine giren Türkiye’nin normal ihtiyaçlarına cevap verebilmek için yeni bir anayasa yapmak kaçınılmaz olmuştur².

Mecliste günlerce süren çok çetin müzakereler ve tartışmalar yaşanmıştır. TBMM’nin neredeyse tüm milletvekilleri Mustafa Kemal Paşa tarafından kurulan Halk Fırkası üyelerinden oluştuğu halde, anayasa müzakereleri “*kayda değer bir tartışma hürriyeti içinde*” geçmiştir³.

1924 Anayasası, kabulünden bu yana bir asrı geride bırakırken üzerinde yapılan tartışmalar hala güncelliğini korumaktadır⁴. Bu konulardan birisi; 1921 Anayasası’nın Madde-i Münferidesinde öngörülen nisap (mevcut BMM üye tam sayısının 2/3 çoğunluğu) aranmaksızın seçim kararı alınması, ardından, büyük ölçüde Halk Fırkasından oluşan Meclisin anayasa yapmasıdır. Ayrıca 1923 seçimleriyle oluşan bu ikinci meclisin *halktan kuruculuk yetkisi* almadığı halde yeni bir anayasa yapmış olması asli kurucu iktidar tartışmasını da beraberinde getirmektedir.

Yüzüncü yılda bu tartışmalar bir kez daha hatırlanmakta, değerlendirilmekte, yeniden yorumlanmakta ve anayasal gelişmelerimiz içindeki yeri sorgulanmaktadır. Mete Tunçay’ın dediği gibi, “*Bütün tarih, her kuşakta yeniden değerlendiril-*

¹ Bu çalışmanın hazırlanmasındaki yardımları için Arş. Gör. Canberk Gümüş’e teşekkür ederim.

² Bk. Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri* (1960 Tarihli Basıdan Tıpkı Basım On İki Levha Yayınevi 2019) 443; Ayrıca bk. Edward C. Smith, “Giriş”, Şeref Gözübüyük-Zekai Sezgin, *1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1957) XV; Ayrıca bk. Ergun Özbudun, *1924 Anayasası* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2012) 1.

³ Özbudun (n 1) VI.

⁴ “1924 Anayasası, siyasal modernleşme döneminin başlangıcından itibaren Türkiye’de anayasa alanında atılan adımları etkilemiş olan ve birbiriyle çatışan iki eğilimi uzlaştırmaya çalışıyordu. Bir yandan, iki yüzyıl boyunca Batılı siyasal ve endüstriyel demokrasilerin oluşturduğu özgürlüklerin ve hakların tümünü cömertçe Türk toplumuna sunuyordu. Oysaki tüm bunlar Batılı görünüşleri ile Türk toplumuna çok yabancıydı. Diğer yandan da, her şeye gücü yeten bir Millet Meclisi, tek partili rejim ve güçlü bir yarı başkanlık sistemi kuruyordu.” Kemal H. Karpat, *Türk Siyasi Tarihi, Siyasal Sistemin Evrimi* (Timaş Yayınevi 2011) 34.

mek gerekir”⁵. Yürürlüğe girdiği 1924 yılından bu yana üzerinden birkaç kuşak geçmiş olan 1924 Anayasası için de yapılanlar budur.

Bu çalışmada kurucu iktidar açısından 1924 Anayasası ele alınacaktır. Ancak ondan önce 1921 Anayasasını hazırlayan Meclis, devamında Cumhuriyete geçişi sağlayan intikal kanunlarını çıkardığı gibi daha sonra Anayasada yapılacak diğer değişikliklerin işaretini de vermiştir. Bu da devletin kuruluşunun tamamlanmadığı, sürekli Anayasa değişiklikleri yolu ile Meclisin kuruculuk işlevinin devam ettiği ve bu işlevin 1924 Anayasası’nın kabulüne kadar sürdüğü yorumlarına haklılık kazandırmaktadır.

I. TBMM VE 1921 ANAYASASI

Öncelikle 23 Nisan 1920’de toplanan İlk TBMM’nin oluşumuna bakılmalıdır. Kurtuluşu gerçekleştiren, kuruluşu yapan bu devrimci meclisin yapısı nasıldır? 11 Nisan 1920’de Damat Ferit Paşa Hükümeti, Padişah Vahdettin’e, Osmanlı Meclis-i Mebusan’ını feshettirmiştir. Bununla yetinilmemiş, Meclisteki üyelerin mebusluk sıfatlarının ortadan kaldırılması yoluna gidilmiştir. Artık Mebusan Meclisi’nin İstanbul’da toplanmasına imkân kalmamış Ankara’da *salâhiyeti fevkalâdeye* sahip bir Meclis’in kurulması zorunlu hale gelmiştir.⁶ Mustafa Kemal Paşa’nın niyeti, toplanacak meclisin rejimi değiştirecek bir kurucu meclis, bir *“meclis-i müessisan”* olmasıdır.

Ancak bu konuda asker arkadaşlarından gelen bazı uyarılar üzerine Mustafa Kemal, daha ılımlı bir ifade kullanmayı tercih etmiştir. Toplanacak meclis, *“Salahiyeti fevkaladeyi haiz bir meclis”* olacaktır. *“Salahiyeti fevkaladeyi haiz bir meclis”* ifadesi *“meclisi müessisan”* kadar güçlü bir biçimde asli kuruculuk yetkisini kapsamamaktadır ama yetersiz de değildir. *“Normal bir parlamentonun “olağanüstü” yetki ile donatılması da Mustafa Kemal Paşa’nın isteklerine uygundu. Zira, bir parlamentonun olağanüstü yetkilere sahip olması, her türlü yoruma açıktır. Bu yorum, o parlamentoyu bir kurucu meclis de yapabilir. Nitekim bir süre sonra (...) bu yorum, bizzat Mustafa Kemal Paşa tarafından dile getirilmiştir”*⁷. Aslında *“meclis-i müessisan”* yerine *“salahiyeti fevkaladeyi haiz”* ifadesinin tercih edilmesi saltanat ve hilafeti savunan milletvekillerinin kaygılarını hafifletmek içindir.

Zaten Birinci TBMM’nin, toplanma ve çalışma biçimine bakıldığında bu yorumu doğruladığı ve tam bir *“ihtilal meclisi”* niteliği taşıdığı görülür⁸. Savaşın

⁵ Mete Tunçay, *Türkiye Cumhuriyeti’nde Tek-Parti Yönetimi’nin Kurulması (1923-1931)* (3. Basım Yurt Yayınları 1999) v.

⁶ Tank Zafer Tunaya, ‘Osmanlı İmparatorluğu’ndan Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti Rejimine Geçiş’ iç Ersin Kalaycıoğlu-Ali Yaşar Sarıbay (eds), *Türk Siyasal Hayatının Gelişimi* (Beta Basım Yayın 1986) 308.

⁷ Ahmet Mumcu, ‘1924 Anayasası’ (1986) 2 [5] Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 383 385.

⁸ Meclis’e “Büyük” sıfatının bir isim olarak verilisi bu hüviyeti ve «fevkalâde salâhiyetleri» nden



ortasında kurulan Meclisin, henüz düzenin sağlanamadığı bir ortamda, saltanatın ve hilafetin devam ettirilmesini savunan çevrelerin de desteğini almak adına görünüşteki amacı “*hilafet ve saltanatın, vatan ve milletin kurtuluşu ve bağımsızlığı*” iken gerçek amacının milli egemenliğe dayalı bir milli devlet kurmak olduğu kolaylıkla anlaşılır⁹. Sonrasında saltanatı kaldıracak olan meclis de aynı meclis olacaktır.

23 Nisan 1920 tarihinde açılan Büyük Millet Meclisi, 20.01.1921 günü Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nu (1921 Anayasası) kabul etmiştir. 1921 Anayasasının, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğunu düzenleyen birinci maddesi, Osmanlı-Türk anayasacılık tarihinde bir devrimdir¹⁰. Bu dönüşümün kökleri çok daha derinlerde yatmaktadır. 1909 Anayasa Değişiklikleri öncesinde ve sırasında “*hâkimiyeti milliye*” ilkesi, meclis kararlarında ve başka siyasal belgelerde de ifade edilmiş, egemenlik hakkı padişah ile millet arasında pay edilmiştir¹¹. Anayasa Hukuku bakımından bu yeni örgütlenmenin “*temel ilkesi ulusal egemenlik, ana kurumu da Türkiye Büyük Millet Meclisi*”dir¹².

1921 Anayasası, Birinci Büyük Millet Meclisinin görev süresinin bitimini ve yeni seçimlerin ne zaman yapılacağını da bir Madde-i Münferide ile belirlemiştir. Anayasanın bu maddesine göre Birinci Dönem TBMM, amacına ulaştığına üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile karar verinceye dek toplantısını aralıksız (*müstemirren*) sürdürecektir.

A. Madde-i Münferide ve Nisâb-ı Müzakere Kanunu

Birinci Büyük Millet Meclisi 01.04.1923 tarihinde seçimlerin yenilenmesine karar vermiştir. Ancak Meclisin bu kararı alırken Madde-i Münferidede¹³

ötürdür ve bu husus her fırsatta teyid edilmiştir. Bu yönden de saltanat reddedilmiş oluyordu. Bk. Tarık Zafer Tunaya, ‘TBMM Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri’ (1958) 23 [3-4] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 227 239, dñn. 36.

⁹ Bk. İhsan Güneş, ‘1923 Seçimlerinde Oylar Nasıl Kullanıldı?’ (1991) 46 [1] Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 253.

¹⁰ “Atatürk’e göre, Türk Devrimi ile Meşrutiyet “*inkılâbı*” arasındaki fark, Meşrutiyette, hürriyetin çok uluslu ve egemenliğine tümüyle sahip olamayan bir ülke içinde elde edilmek istenmesi, Türk Devrimindeyse özgürlüklerin “*istiklâl*” ve “*hâkimiyet-i milliye*” ile birleşerek gerçekleştirilmesidir.” Bk. Tarık Zafer Tunaya, “Hakimiyet-i Siyasiye Ve Milli Egemenlik: Türkiye’de Siyasal Rejimin Meşruluğunun Dayandığı Temeller”, Türk Siyasal Hayatının Gelişimi, Ed.: Ersin Kalaycıoğlu, Ali Yaşar Sarıbay, (Beta Yayın 1986) 215.

¹¹ Bk. Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri* (Yapı Kredi Yayınları 1998) 255; Bk. Mustafa Koçak, *Batı’da Ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi* (Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar) (Seçkin 2006) 197, 179-183 ve orada gösterilen kaynaklar; 1909 değişikliklerinde KE metnine açıkça milli egemenlik ilkesi girmemiş olmakla birlikte Heyet-i Ayan Kararnamesi’nde “*hâkimiyet-i milliyenin teyyidü için*” ifadesi yer almıştır. Bk. Suna Kili ve Şeref Gözübüyük, *Sened-i İttifak’tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri* (Yenilenmiş 3. Baskı, İş Bankası Kültür Yayınları 1985) 87.

¹² Tanör (n 10) 288.

¹³ Günümüz Türkçesiyle Madde-i Münferide şöyledir: “*İşbu kanun yayım tarihinden itibaren*

öngörülen nisabı dikkate almadığı ileri sürülmüştür. Anılan madde, Anayasanın 4'ncü, 5'nci ve 6'ncı maddelerinin¹⁴ yürürlük tarihini belirlemekte ve 5 Eylül 1336 (1920) tarih ve 18 sayılı "*Nisab-ı Müzakere Kanunu*"na gönderme yapmaktaydı. Seçimlerin ne zaman yapılacağı konusu bu kanunun birinci maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "*Büyük Millet Meclisi, hilâfet ve saltanatın, vatan ve milletin istihlâs ve istiklâlinden ibaret olan gayesinin husulüne kadar şeraiti âtiye dairesinde müstemirren inikat eder.*"¹⁵

Hilafet ve saltanatın kurtarılması gibi bir amacın neden Nisabı Müzakere Kanunu'nda yer aldığı sorgulanabilir. Ankara'da toplanan İlk Meclis bir tezatlar meclisidir. İçinde milliyetçi, sosyalist, komünist, İslamcı, gelenekçi, muhafazakâr, inkılapçı görüşleri temsil eden vekiller vardır¹⁶. O günün birinci önceliği, olabildiğince geniş kitleleri bir amaç etrafında toplayarak kurtuluşu gerçekleştirmektir. Özellikle hayli geniş olan muhafazakâr bir kitlenin tatmini zorunluluğu birincil sorundur¹⁷. Bu nedenle Birinci Meclis vatanın, hilafet ve saltanatın kurtarılması olan ortak amacın gerçekleştirilmesine kadar "*müstemirren*" toplanacaktır.

Kolayca anlaşılabileceği gibi bu düzenleme aslında içinde birçok çelişkiyi barındırmaktadır. Örneğin Hilâfet ve Saltanat, milli egemenlik ilkesinin gerektirdiği esaslara bağlı kalarak nasıl kurtarılacaktır? Bir yandan millî egemenlik ilkesini kabul etmek, siyasal kurumları buna göre yapılandırmak ve Meclis'in üstünde hiçbir kuvvet olmadığını kabul etmek, öte yandan Saltanat ve Hilâfeti kurtararak, Osmanlı monarşisini devam ettirmek, "*birbirini inkâr eden iki siyasî şeklin bir*

yürürlüğe girer. Ancak Mevcut Büyük Millet Meclisi 5 Eylül 1336 (1920) tarihli Nisab ı Müzakere Kanunu'nun birinci maddesinde gösterilen amacını gerçekleştirmeye kadar sürekli toplantı halinde bulunacağı için, işbu Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'ndaki 4'ncü, 5'nci, 6'ncı maddeler, bahsi geçen amacın gerçekleştiğine mevcut Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının üçte iki çoğunluğuyla karar verildiği takdirde, ancak yeni seçimlerden itibaren yürürlüğe girecektir." Bk. Ahmet Nohutçu ve Ali Ziyrek, *Osmanlı Türk Anayasa Metinleri* (Savaş Yayınevi 2020) 62.

¹⁴ Madde 4.- Türkiye Devleti, Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur. Meclis, hükümeti oluşturan resmi daireleri icra vekilleri (bakanlar) aracılığıyla idare eder.

Madde 5.- Büyük Millet Meclisi'nin seçimi iki yılda bir yapılır. Seçilen üyenin üyelik süresi iki yıldır. Ve yeniden seçilmek mümkündür. Eski üyeler yeni üyelerin toplanmasına kadar görevlerine devam ederler. Yeni seçimlerin yapılmasına imkân görülmediği takdirde, yasama yılı yalnız bir yıl uzatılabilir. Büyük Millet Meclisi üyelerinin her biri, özel olarak kendisini seçen vilayetin temsilcisi değil, tüm milletin temsilcisidir.

Madde 6.- Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu yasama yılı başında (Kasım ayı başı) çağrısız olarak toplanır." Nohutçu ve Ziyrek (n 12).

¹⁵ Ceride-i Resmiye ile neşir ve ilânı 21 Şubat 1337- No. 3) için bk. www.tbmm.gov.tr (28.01.2025).; "...Meclisin varlığı, gayesinin husulüne bağlı ve salâhiyeti, gayesinin husulü ile hudutlu idi. Bu gaye ise, memleket istiklâlini temin etmekle beraber, İstanbul'da işgal kuvvetlerinin hükmü altına girmiş olan Hilâfet ve saltanatı kurtarmak idi. Fakat gayenin bu ikinci şıkkı; Meclisin ruhuna ve kabul ettiği esaslara uygun değildi." Ali Fuat Başgil (n 1) 111.

¹⁶ Geniş bilgi için bk. İhsan Güneş, *Birinci TBMM'nin Düşünce Yapısı (1920-1923)* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 1997).

¹⁷ Tunaya (n 7) 239.



arada muhafazası isteği” gerçekte “*tezadın ta kendisi oluyordu*”¹⁸. Nitekim bu zıtlık Mecliste zamanla biri yenilikçi diğeri muhafazakâr iki ayrı grubun – Birinci ve İkinci Gruplar- ortaya çıkmasının da kaynağı olacaktır. Aslında milli egemenliğe dayalı Batı tipi yeni bir devletin kurulması da eski düzenin devam ettirilmesi de öncelikle vatanın düşman işgalinden kurtarılmasına bağlıdır. Başını subayların çektiği yenilikçiler savaş ortamında alınan askeri başarılarla öne çıkmışlardır. Bununla birlikte Birinci Dünya Savaşı’ndan beri zorlu koşullarla mücadele eden ordunun, halkta da önemli bir karşılığı olan muhafazakârların desteğine ihtiyacı olduğu da açıktır. Sonuçta bu iki amaç söz konusu nesnel koşullar içinde ortaya çıkmış¹⁹ ve savaş dönemi için bir denge sağlamıştır.

B. Nisabı Müzakere Kanunu’nda Gösterilen Amaca Ulaşılp Ulaşılmadığı Sorunu

Anılan Yasa hükmü, egemenliğin kaynağını değiştiren Anayasa’nın birinci maddesine açıkça aykırılık oluştursa ve içinde tezatları barındırsa da Madde-i Münferide, Birinci Meclisin görev süresini amacın gerçekleşmesi tarihi olarak belirlemiştir. TBMM, sürenin tamamlandığına üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile karar verecektir. Amaçlardan birincisi, Hilâfet ve Saltanatın kurtarılmasıdır. Bunun için seçimlerin yenilenmesi kararının alındığı 1 Nisan 1923 tarihine kadar yaşanan gelişmelerin hatırlanması gerekir.

Meclis, 30.10.1922 günü Osmanlı İmparatorluğu’nun tarihten silindiğine ve yerine Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti’nin geçtiğine dair bir karar almıştır²⁰. 1-2 Kasım 1922 tarihinde ise TBMM’nde egemenlik ve hükümlanlığın gerçek temsilcisi olduğuna ilişkin ikinci bir karar daha alınmıştır²¹. Bu kararda özetle; Türk Milleti’nin “Saray ve Bâb-ı Âlî’nin hıyanetini” gördüğünde, Teşkilât-ı Esasiye Kanununu yürürlüğe koyarak egemenliği padişahattan alıp bizzat millete verdiği, aslında 1921 Anayasası’nın yürürlüğe girdiği gün Osmanlı İmparatorluğu’nun tarihten silindiği, yerine “*yeni ve milli bir Türk Devleti*”nin kurulduğu, o tarihten beri padişahlığın kaldırıldığı ve yerine TBMM’nin geçtiği ifade edilmektedir²².

Osmanlı İmparatorluğu tarihten silindiğine, aynı zamanda hilâfet makamı olan padişahlık kaldırıldığına ve yerine TBMM geçtiğine göre, bu kararla kurtarılması gereken bir saltanattan ve hilâfetten söz edilemez. İkinci amaç, vatan ve milletin kurtuluşu ve bağımsızlığına kavuşmasıdır. Misakı milli sınırları içinde

¹⁸ Tunaya (n 7) 23; Başgil (n 1) 115.

¹⁹ Ömür Sezgin, *Türk Kurtuluş Savaşı ve Siyasal Rejim Sorunu* (İkinci Baskı İmge Kitabevi 2005) 21.

²⁰ 30.10.1338 (1922) tarih ve 307 sayılı “Osmanlı İmparatorluğu’nun İnkıraz Bulup, TBMM Hükümeti Teşekkül Ettğine Dair Heyet-i Umumiye Kararı” için bk. Kili ve Gözübüyük (n 10) 110.

²¹ 1-2.11.1338 (1922) tarih ve 308 sayılı kararı için bk. Kili ve Gözübüyük (n 10) 111.

²² Tanör (n 10) 277-280.

egemen ve bağımsız bir Türk devleti hedefine de ulaşıldığına göre aslında fiilen Nisabı Müzakere Kanununun 1. Maddesinde gösterilen hedeflere varılmıştır²³. Bu durumda Madde-i Münferidenin içi boşalmış, hiçbir hüküm ifade etmeyen ölü bir maddeye dönüşmüştür.

Mustafa Kemal Paşa da önce 1923 yılı başında İzmit’te İstanbul gazetelerinin başyazar veya yazar düzeyindeki gazetecileriyle yaptığı söyleşisinde²⁴ meclislerin belli zamanlarda yenilenmesi gerektiğini, böylece milli egemenliğin daha güvenli esaslara ve koşullara bağlanacağını belirtmiştir. Artık Birinci Meclisin amacına ulaştığını, görevini tamamladığını, bu nedenle yeni seçimlere karar vermeğe ve dağılmaya mecbur olduğunu, bu yönde karar almaması halinde Meclisin istibdadı başlayacağı anlamına geldiğini söylemiştir²⁵.

Öte yandan, Meclisin tamamının bu amaca ulaşıldığına inandığı görülmektedir. Şöyle ki; Mustafa Kemal Paşa’nın başkanlığını yaptığı Birinci Grup, Kurtuluş’tan sonra gerçekleştirilecek devrimler bakımından uyumlu bir ikinci meclisin oluşumu amacıyla, İkinci Grup ise hükümeti düşürebilmek için seçim istemektedir. İkinci Grubun en büyük endişesinin Mustafa Kemal’in giderek güç kazanması olduğu anlaşılmaktadır. Kurucuları Erzurum Mebusu Hüseyin Avni ve Mersin mebusu Selahattin Köseoğlu olan Müdafaa-i Hukuk İkinci Grubu, amaçlarını “*her türlü şahıs istibdadını önlemek, “şahsi hâkimiyetler yerine kanuni hâkimiyetler ikame etmek”*” olarak belirlemiştir²⁶.

Sebeup ve sâiki ne olursa olsun sonuçta her iki grup da seçimlerin yenilenmesi gerektiğine inanmaktadır.²⁷ Meclisteki diğer gruplar içinde de farklı bir görüşü sa-

²³ Seçimler öncesi İkinci Grubun yayın organları henüz İstanbul ve Trakya’nın itilaf kuvvetlerinin işgalinden kurtarılmamış olmasını sebep göstererek Nisab-ı Müzakere Kanunu’nda belirtilen amacın gerçekleşmemiş olduğunu savunmuşlardır. “...Tan Gazetesinin 5 Nisan 1923 tarihli sayısında «Meclisin feshi hakkında» başlıklı yazıda “Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin asıl vazifesi Yunanlıları Anadolu’dan atmak değil; Trakya’yı, İstanbul’u düşmandan temizlemek ve Misak-ı Milliymizi gerçekleştirmektir. Hâlbuki gerçekleştirmekten henüz uzağız. Harb-i Meclis-i Sulhü de diğerlerinden daha iyi yapar”. Bk. Erol Kürkçüoğlu, ‘1923 Seçimleri’ (1989) 1 [3] Atatürk Dergisi 121 140.

²⁴ “İzmit basın toplantısı o günlerin en önemli gündem meseleleri olan; “Lozan Barış Konferansı, yeni Türkiye Devletinin temel esasları, hükümet ve yönetim şekli, Saltanat ve Hilâfet meseleleri, toplum hayatının çeşitli alanlarında yapılacak inkılâp, siyasi parti olarak bir “Halk Fırkası’nın kurulması” gibi konularda görüşmelerin yapıldığı bir toplantı olarak kalmamıştır. Mustafa Kemâl Paşa aslında uzun vadede olacakları bir ortaya koymuştur.” Osman Akandere, ‘Atatürk’ün İzmit Basın Toplantısı (16-17 Ocak 1923) Ve Bu Toplantıda Verilen Önemli Mesajlar’ (2001) 2 [1] Selçuk İletişim 124 136.

²⁵ Bk. Mustafa Kemâl, *Eskişehir-İzmit Konuşmaları*, (Kaynak Yayınevi 1993) 166; Ayrıca bk. Demirhan Burak Çelik, *Kurucu İktidar-Hükümet Sistemi-Vatandaşlık Ve İdari Yapılanma Tartışması Çerçevesinde 1924 Anayasası’nın Yapım Süreci* (Yetkin Yayınevi 2016) 17-30. Ayrıca bk. Melda Erdoğan, 1923 Seçimleri, Yüksek Lisans Tezi, (Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000) 30-31.

²⁶ Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye’de Siyasi Partiler 1859-1952* (İkinci Baskı Arba Yayınları 1995) 537-538.

²⁷ Örneğin İkinci Grup mebuslarından Sırrı Bey, Lozan görüşmelerini, yeni oluşacak bir meclisin



vanan olmadığı anlaşılmaktadır. Tüm bu olgular amaca ulaşıldığını açıkça ortaya koymaktadır. Burada hilâfet ve saltanatın kurtarılması amacına ulaşıp ulaşılmadığı araştırılırken, şüphesiz yeniden, Meclisin, Osmanlı İmparatorluğu'nun tarihten silindiğine ve yerine Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti'nin geçtiğine ilişkin 30.10.1922 tarihli kararı ve TBMM'nin egemenlik ve hükümlerliliğın gerçek temsilcisi olduğuna ilişkin 1-2.11.1922 tarihli ikinci kararı da unutulmamalıdır.

C. Meclisin Seçim Kararının Anayasaya Uygunluğu Sorunu

TBMM, 1 Nisan 1923 tarihli oturumunda seçimlerin yenilenmesi için karar almıştır. Ancak bunun öncesinde, amaca ulaşıp ulaşılamadığı tartışılmamış ve Madde-i Münferidenin yürürlükten kaldırılması için öngörülen üçte iki çoğunluk dikkate alınmamıştır. Alınan bu kararla iki şey bir arada gerçekleşmiştir. Birincisi Meclisin yenilenmesi, ikincisi ise 1921 Anayasası'nın söz konusu madde-sinin ilgasıdır.

Gelişmelere yakından bakıldığında aslında Birinci Grup (Esat Efendi ve 120 arkadaşı) Madde-i Münferide'nin kararla değil, bir yasa ile kaldırılmasını teklif etmiştir. Önerinin Meclis Tutanaklarındaki başlığı “*Teşkilat-ı Esasiye Kanununun Madde-i Müzeyyesinin İlgasına ve Tecdid-i İntihaba Dair Kanun Teklifi*”dir. Meclis Genel Kurulundaki konuşmalardan sonra teklifin tümü oylamaya sunulmuş ve oy birliğiyle maddelerin görüşülmesine geçilmesi kabul edilmiştir.

Bu aşamadan sonra İkinci Grubun Başkanı Hüseyin Avni Bey, karar yeter sayısı sorununu gündeme getirmiş, ayrıca Madde-i Münferidenin hem Meclisin oluşum biçimi ve hem de anayasanın başka maddeleriyle bağlantılı olduğu gerekçesiyle maddeye dokunulmamasını teklif etmiştir. Hüseyin Avni Beyin görüşüne göre meclisin sadece seçimlerin yenilenmesi için bir karar alması yeterli olacaktır²⁸.

Nisap konusu neden problem oluşturmaktadır? Bu sorun aslında devamsız milletvekillerinden kaynaklanmaktadır. Bu yüzden üye tam sayısının üçte ikisinin sağlanabilmesi pek de olanaklı görünmediği için Meclisin bir yasa ile değil de bir meclis kararı ile sorunu çözme yoluna başvurduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de Birinci Meclis, İstanbul'dan Meclisi Mebusan'dan gelen 92 milletvekili, bir milletvekili Yunanistan'dan, 13 milletvekili de Malta'dan gelenler olmak üzere 14 milletvekili ve 19 Mart Tebliğine göre seçilmiş 232 milletvekili ile toplam 337

yürütmesi gerektiğini öne sürerek daha önce seçimlerin yenilenmesi teklifinde bulunmuştur. TBMM Gizli Celse Zabıtları, Cilt 4, Devre 1, İctima Senesi 3, 5.3.1339 (1923), 117-118.

²⁸ “*Esbabını şifahen arz ettiğim veçhile ilgası teklif edilen maddei münferide, Teşkilâtı Esasiye Kanununun diğer maddelerine ve Meclisin şekline taallük etmekte, olduğundan teklifi vakiin reddi ile bugünden itibaren intihabatı cedideye müracaat olunmasına karar ita buyurulmasını teklif eylerim.*” TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 28, Devre 1, İctima Senesi 4, İctima 15, 1.4.1339 (1923), 291. Hüseyin Avni Bey'in bu beyanından seçimlerin yenilenmesine değil, bu işlemin şekline yönelik itirazı bulunduğu anlaşılmaktadır. Yoksa kendisi de “*intihabat-ı cedideye müracaat olunması*” görüşündedir. Bu tartışmaların geniş özeti için bk. Çelik (n 23) 26-30.

milletvekilinden oluşmaktadır. O tarih için hayli kabarık olan bu sayının ileride sorun çıkarabileceği önceden de tahmin edilmiştir.²⁹

Nitekim Mustafa Kemâl'in İzmit Kasrı Mülakatında Falih Rıfkı Bey, bir kısım milletvekilinin meclise gelmeyerek görev sürelerini uzatmak düşüncesinde olduklarını, bu nedenle Meclis'te üçte iki çoğunluğun oluşamayacağı ihtimaline karşı Mustafa Kemâl'in ne düşündüğünü sormuştur. Mustafa Kemal Paşa şöyle cevap vermiştir: "...üç yüz küsur kişiyi bir araya toplayarak üçte iki çoğunlukla karar almak zordur. Fakat meclis amacına ulaştıktan sonra, görevini tamamlamıştır ve yeni seçimlere karar vermek ve dağılmak zorundadır. Şu veya bu bahaneyle hayatını sürdürmeye çalışması despotizme başlaması demektir. Bunun için de çare bulunur. Dışarıdakileri bir kez davet ederiz gelmezler. Bir daha davet ederiz gelmezler ve dolayısıyla davete uymayanların mebusluktan istifa ettiğine dair bir karar alırız, sorun çözülür."³⁰ Böylece devamsız milletvekillerinin üyelikleri sonlandırıldığında meclis üye tam sayısı da düşecek ve nisap sorunu büyük ölçüde ortadan kalkacaktır. Biraz zaman almakla birlikte Mustafa Kemal'in düşündüğü bu yolun çok daha isabetli bir çözüm yolu olduğu görülmektedir.

Ancak olaylar bu yönde cereyan etmemiştir. Hüseyin Avni Beyin de nisap konusundaki haklı endişelerinden sonra, Menteşe Milletvekili Tevfik Rüştü (Aras) ve Mardin Milletvekili Necip (Güven) Beylerin, görüşülmekte olan yasanın 1. maddesi yerine geçmek üzere Meclis Başkanlığına sundukları, seçimlerin yenilenmesine karar verildiğine ilişkin önergeleri oylanmış ve kabul edilmiştir. 1 Nisan 1923 tarih ve 369 sayılı kararın başlığı; "*Teşkilatı Esasiye Kanununun Maddei Müzeyyalesinin İlgasına ve Tecdidi İntihaba Dair Heyeti Umumiye Kararı*"dır. Görüldüğü gibi, bu bir "yasa" değil "*karar*" olarak tutanaklara geçmiştir. Meclis, karar yeter sayısı sorununa böyle bir çözüm üreterek anılan anayasa maddesinin bir kararla ilgası yolunu seçmiştir³¹.

Aslında Meclisin seçim kararı almasında tartışılacak bir nokta bulunmamaktadır. Yasama Meclisleri, diledikleri zaman, seçimlerin yenilenmesi için karar alabilirler. Fakat seçimlerin yenilenmesine karar vermek, aynı zamanda 1921 Anayasası'nın Madde-i Münferidesinde öngörülen amacın gerçekleştiğine de karar vermek anlamını taşıyordu. Bu nedenle Anayasanın Madde-i Münferidesinin bir yasayla değil de meclis kararı ile ilga edilmesi hukuki bir sorun olarak görülmüştür. Konu doktrinde de tartışılmış ve farklı biçimlerde yorumlanmıştır.

Tarık Zafer Tunaya; karar/yasa ayırımına değinmeden, meclisin, amaca ulaştığı sonucuna vararak seçim kararı aldığını söylemektedir: Tunaya şunları yazmaktadır;

²⁹ Tunaya (n 7) 230.

³⁰ Mustafa Kemal (n 23) 166; Ayrıca bk. Faruk Alpkaya, *Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluşu* (2. Baskı İletişim Yayınları 2021) 32.

³¹ Bk. Çelik (n 23) 21-22.

“...daha önce neşredilmiş olan Nisabı Müzakere kanununun (5 Eylül 1920) atfı ihtiva eden “madde-i münferide”sinde, Meclis “gayenin husulüne” değin “müstemirren” içtima edecek, gayesinin gerçekleştiği Meclis tam sayısının üçte iki ekseriyetiyle kararlaştığı takdirde, dağılması ve yeni seçimlere geçilmesi de mümkün olacaktır. Türkiye Büyük Millet Meclisi 1 Nisan 1923 tarihinde, (üç sene 1 ay kesif bir çalışma devresinden sonra) “gayesinin husul bulduğunu” takdir ederek dağılmaya binnetice, yeni seçim yapılmasına karar vermiştir.”³²

Yazara göre ortada hukuki bir sorun bulunmamaktadır.

Bülent Tanör’e göre ise bir sorun vardır. Tanör, Birinci BMM’de üye tam sayısının üçte ikisinin olumlu oy vermesi gerekirken bu yola gidilmediğini, üçte iki çoğunluğun sağlanamayacağı endişesiyle³³ basit çoğunlukla seçimlerin yenilenmesi kararı alındığını belirtmiştir.

Öte yandan İhsan Güneş, Madde-i Münferidenin kaldırılmasını öngören bir yasa teklifinin meclis başkanlığına sunulduğunu, teklifin ittifakla kabul edildiğini ve seçimin yenilenmesine karar verildiğini ileri sürmüştür. Güneş’e göre hem Madde-i Münferidenin ilgası ve hem de seçim kararı “ittifakla” kabul edilen bir yasa ile gerçekleşmiştir³⁴. İşlemin karar değil de yasa olarak nitelenmesi, söz konusu kararın, görüşülmekte olan yasa teklifinin birinci maddesinin yerine geçmek üzere önerilmiş ve kabul edilmiş olmasından kaynaklanmış olabileceği³⁵ kuvvetle muhtemeldir.

D. Meclise Yönelik Darbe Yorumu

1921 Anayasası’nın Madde-i Münferidesinin yürürlükten kaldırılarak seçim kararı alınması doktrinde “Meclise yönelik bir darbe”³⁶, başka bir anlatımla da Birinci Meclisin “anayasa ihlal edilerek adeta bir darbe ile feshedildiği”, Anayasanın bu hükmüne uyulmayarak “meclisin fiilen dağıtıldığı”³⁷ biçiminde yorumlanmıştır.

Bir siyaset bilimi sözlüğünde darbe şöyle tarif edilmektedir: “Bir hükümetin, genellikle ordu veya onun bir kısmı tarafından, ani, zorla ve yasadışı olarak devrilmesi”³⁸. Türk Dil Kurumu Lügati ise ‘darbe’yi; bir ülkede baskı kurarak,

³² Tunaya (n 24) 528-529.

³³ Tanör (n 10) 282. Bk. Çelik (n 23) 29; Mete Tunçay’a göre tutanakların incelenmesinden anlaşılacağı gibi, Madde-i Münferide’nin kaldırılabilmesi İkinci Grubun direnişi nedeniyle olmamıştır. Bk. Tunçay (n 4) 42.

³⁴ Bk. Güneş (n 8) 256.

³⁵ Çelik, gerek Mustafa Kemal’in ve gerekse Velidedeoğlu’nun anılan işlemi yasa olarak nitelendirmelerinin nedeninin bu durumdan kaynaklanmış olabileceğine işaret etmiştir. Bk. Çelik (n 23) 29.

³⁶ Mustafa Erdoğan, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset* (7. Baskı Liberta 2011) 71.

³⁷ Osman Can, *Kurucu İktidar* (Alfa Yayınevi 2013) 42.

³⁸ Bk. “Coup d’etat”, Iain McLean, *Oxford Concise Dictionary of Politics* 117.

zor kullanarak veya demokratik yollardan yararlanarak hükûmeti istifa ettirme veya rejimi değiştirecek biçimde yönetimi devirme işi, olarak açıklamaktadır.

Her iki tanımdan da yola çıkıldığında darbe yapan ve darbeye maruz kalan olmak üzere iki süje söz konusu olmaktadır. Darbelerde genellikle ordu ve ordunun bir kesiminin meşru hükûmete karşı zor kullanarak iktidarı ele geçirdiği görülür. Darbeye maruz kalan Meclis olduğunda bu darbenin hangi güç tarafından yapıldığı sorusu akla gelir. Meclisin bir işlemini, yasa yerine meclis kararıyla yapması bir darbe olarak değerlendirilirse, o zaman darbenin kimin tarafından yapıldığı sorusunun cevabının bulunması gerekir.

Gelişmelere bakıldığında, Meclisteki her iki grubun da yirmi gün arayla Madde-i Münferidenin ilgası ve seçimlerin yenilenmesi için yasa teklifi verdikleri³⁹, İkinci Grubun teklifinin reddedildiği, yirmi gün sonra Birinci Grubun verdiği Yasa teklifinin gündeme alındığı, tümü üzerindeki görüşmelerin tamamlandığı ve oy birliğiyle maddelerin görüşülmesine geçildiği bilinmektedir. Keza daha önce de ifade edildiği gibi, İkinci Grubun liderlerinden Hüseyin Avni Beyin yasa ile değil, bir meclis kararı ile seçimlerin yenilenmesi önerisinde bulunduğu, oylamada her iki grubun da kabul oyu verdikleri düşünüldüğünde meclise karşı kimin darbe yaptığı sorusu cevapsız kalmaktadır.

Bu konuya son vermeden önce aslında bir darbenin olduğu, bu darbenin Meclise karşı değil, ama bizzat Meclis tarafından önceden gerçekleştirildiği, tartışma konusu Madde-i Münferideyi işlevsiz hale getirdiği belirtilmelidir. Şöyle ki; ilga edilen maddenin içeriğinde “*hilafet ve saltanatın kurtarılması amacı*” vardır. Daha önce de ifade edildiği gibi, bu amaç “*egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait*” olduğunu düzenleyen anayasanın birinci maddesi ile çelişmektedir. Ayrıca Meclis 30.10.1922 günü Osmanlı İmparatorluğu’nun tarihten silindiğine ve yerine Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükûmeti’nin geçtiğine dair bir karar almıştır⁴⁰. 1-2 Kasım 1922 tarihinde ise TBMM’nde egemenlik ve hükûmranlığın gerçek temsilcisi olduğuna ilişkin ikinci bir karar daha alınır⁴¹. Bu durumda darbe, içi boşalmış, işlevsiz hale gelmiş Madde-i Münferidenin ilgası ile Meclise karşı değil, TBMM’nin Osmanlı İmparatorluğunun yerine geçtiğine ilişkin kararlar saltanata karşı yapılmıştır ve bunu gerçekleştiren de Birinci TBMM’dir.

1923 Seçimlerine Katılan Gruplar

23 Nisan 1920’de kurulan TBMM amaçta birlik, gerçekte farklılıklar gösteren bir yapıdadır. Onları bir arada tutan Sivas Kongresi’nde kabul ettikleri “*fırkacılığın reddi*” ilkesidir. Hepsisi Osmanlı yönetimini acımasızca eleştiren, ona karşı

³⁹ Birinci Grubun önerisinden yirmi gün önce İkinci Gruba mensup İzmit milletvekili Sırrı Bellioğlu meclise bir yasa önerisi vermiştir. Bk. Kürkçüoğlu (n 21) 141.

⁴⁰ 30.10.1338 (1922) tarih ve 307 sayılı “Osmanlı İmparatorluğu’nun İnkıraz Bulup, TBMM Hükûmeti Teşekkül Ettiğine Dair Heyet-i Umumiye Kararı” için bk. Kili ve Gözübüyük (n 10) 110.

⁴¹ 1-2.11.1338 (1922) tarih ve 308 sayılı kararı için bk. Kili ve Gözübüyük (n 10) 111.



fiilen de mücadele ederek o günlere gelmiş kişilerdir. Hedefleri bağımsız ve milli bir devlet kurmak ve bu işi mücadele ile gerçekleştirmektir. Yakın sayılabilecek bir tarihte yaşanan İttihat ve Terakki/Hürriyet ve İtilaf kavgaları ve bu kavgaların verdiği zararlar hafızalarında tazeliğini korumaktadır⁴². Mustafa Kemal Paşa'nın Birinci Grubu oluşturmasıyla prizmadan geçen beyaz ışığın yedi renge ayrılması gibi, TBMM'de önceden de mevcut olan farklı grupları görünür hale getirmiştir.

1923 seçimlerine sadece Mustafa Kemal Paşa'nın kurduğu Müdafâ-i Hukuk Birinci Grubu'nun değil, onun dışında da katılan grupların var olduğu o tarihteki gazetelerde yer almıştır. Bunlar; Müdafâ-i Hukuk İkinci Grubu, Müdafâ-i Milliye Grubu, İttihatçılar ve Amele Grubu'dur⁴³.

Seçimlere diğer gruplar hazırlıksız yakalanmış, Birinci Grup kadar olmasa bile, etkili olabileceği sanılan İkinci Grup dağınıklıktan kurtulamamıştır. Seçimler yaklaşırken grubun ileri gelen iki ismi, Mersinli Cemal Paşa ile Yusuf Bey seçimlere kesinlikle bir örgüt olarak katılmayacaklarını⁴⁴, seçim programı yapmayacaklarını, grup üyelerinden bireysel olarak adaylıklarını koymak isteyen olursa bunlara da karşı çıkmayacaklarını açıklamışlardır⁴⁵.

28 Haziran 1923 tarihinde yapılan İkinci Dönem milletvekili seçimlerini, muhalif olarak seçilmeyi başaran bağımsız Gümüşhane mebusu Zeki Beyin dışında, tamamını Birinci Grup listesindeki milletvekilleri kazanmıştır. 1924 Anayasasını neredeyse tüm milletvekilleri Mustafa Kemal Paşa'nın liderliğini yaptığı Halk Fırkası üyelerinden oluşan İkinci TBMM müzakere etmiş ve kabul etmiştir.

II. İKİNCİ MECLİS'İN “MECLİS-İ MÜESSİSAN” KURUCULUK DURUMU

A. Genel Olarak

Klasik anayasa hukuku kitaplarında *kurucu iktidar*, anayasayı yapmak veya mevcut bir anayasayı değiştirmek iktidarı olarak tanımlanır. Bu tanımdan yola çıkıldığında kurucu iktidar hem anayasayı yapma hem de mevcut bir anayasanın belirlediği usullerle anayasayı değiştirme iktidarı biçiminde ikiye ayrılır. Yeni bir anayasa yapma işlevi öğretide “*asli kurucu iktidar*”, var olan bir anayasayı değiştirme işlevi ise “*tali (türev) kurucu iktidar*” kavramlarıyla ifade edilir⁴⁶.

⁴² Geniş bilgi için bk. Tunaya (n 24) 529-539.

⁴³ Yayınlanan haberde Birinci Grubun Şanslı olduğu, ama İkinci Grup ve Müdafaa-i Milliye Gruplarının da etkili olabileceği tahmininde bulunulmuştur. Bk. “Yeni İnthab'da Mücadele Edecek Cereyanlar”, Tevhid-i Efkâr, 4 Nisan 1923'ten aktaran Erdoğan (n 23) 44 dph. 18.

⁴⁴ İkinci Grubun seçimlere katılmama gerekçesi; yayın organları olan Tan Gazetesi'nin 5 Nisan 1923 tarihli sayısında TBMM'nin asıl vazifesinin Yunanlıları Anadolu'dan atmak olmadığı, Trakya ve İstanbul'u düşmandan temizlemek ve “Misak-ı Milli”yi gerçekleştirmek olduğu gösterilir. Bk. Kürkçüoğlu (n 21) 140.

⁴⁵ Bk. Erdoğan (n 23) 54 ve burada gösterilen kaynaklar.

⁴⁶ Geniş bilgi için bk. Kemal Gözler, *Kurucu İktidar* (Ekin Kitabevi 1998); Can (n 34); Erdoğan

Bu açıdan, 1924 Anayasası'nı hazırlayan meclisin anayasa yapma işlevini hangi sıfatla yerine getirdiği sorgulanabilir. Çünkü Anayasa hazırlanırken, -şeklen de olsa- hem 1876 Kanun-u Esasi (KE) ve hem de 1921 Anayasası yürürlüktedir. Buna rağmen nasıl oluyor da 1924 Anayasası'nı hazırlayan Meclis asli kurucu iktidar gibi çalışıyor? Anılan her iki anayasa da henüz yürürlükteyken 1924 Anayasası'nı hazırlayan Meclisin asli kurucu iktidar değil, ama bir tali kurucu iktidar gibi işlev görmüş olması gerekmez miydi?

Öncelikle 1924 Anayasası'nın hazırlandığı dönemde 1876 KE'nin değişikliğe ilişkin düzenlemesinin ne ölçüde uygulanabilir olduğuna bakılmalıdır.

B. 1876 K.E.'nin Anayasa Değişikliklerine İlişkin Düzenlemesi

1921 Anayasası, 1876 KE'yi yürürlükten kaldırmamış, yapıldıktan sonra da KE'nin 1921 Anayasasına aykırı olmayan hükümleri yürürlükte kalmıştır. Nitekim Mustafa Kemal Paşa Sadrazam Tevfik Paşaya 20 Ocak 1921 tarihinde çektiği telgrafında KE'nin 1921 Anayasası'yla çatışmayan hükümlerinin yürürlükte olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca o tarihte TBMM İcra Vekilleri Heyeti Reisi olan Ali Fethi Bey de 2 Ekim 1923 günü Mecliste yaptığı konuşmasında benzer bir ifade kullanmış ve “*Bittabi Kanun-u Esasi'nin Teşkilatı Esasiye Kanunuyla ilga edilmemiş olan hukuk-u esasiyeye taalluk eden maddeleri mer'idir*” demiştir⁴⁷.

Acaba 1924 Anayasası hazırlanırken 1876 KE'nin anayasa değişikliği usulünü düzenleyen 116'ncı maddesinin uygulanabilme olanağı var mıydı? Öncelikle KE'deki bu düzenlemeye bakılmalıdır: Anılan maddeye göre, anayasa değişikliği için ya Bakanlar Kurulu ya Âyan Meclisi veya Mebusan Meclisi tarafından buna ilişkin bir teklifin Meclise sunulması gerekmektedir. Sunulan teklif önce Mebusan Meclisinde, ardından Âyan Meclisinde üçte iki çoğunlukla kabul edildikten sonra Padişah onayı ile yürürlüğe girecektir⁴⁸.

116'ncı madde hükmünün uygulanabilirliği açısından şimdi dönüp 1923 Türkiye'sine bakılabilir: 1923 tarihine gelinceye kadar köprülerin altından çok sular akmış, “*Türkiye toprakları 1918-1923 yılları arasında bir siyasi devrim*” yaşamıştır.⁴⁹ Saltanat kaldırılmış (1-2 Kasım 1922), Cumhuriyet ilan edilmiş (29 Ekim 1923) ve Hilâfet kaldırılmıştır (3 Mart 1924).

Teziç, *Anayasa Hukuku* (15. Bası Beta Yayınevi 2012) 177-200; Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım* (7. Baskı, Seçkin Yayınevi 2024) 159-242.

⁴⁷ TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 2, Devre 2, İçtima Senesi 1, İçtima 30, 29 2.10.1339 (1923), 450.

⁴⁸ “MADDE 116.- Kanunu Esasının mevaddı mündericesinden bazılarının icabı hale ve vakte göre tağyir ve tadiline lüzumu sahih ve kat'i görüldüğü halde zikri ati şerait ile tadili caiz olabilir. Şöyleki ya Heyeti Vükelâ veya Heyeti Âyan veya Heyeti Mebusan tarafından işbu tadile dair bir teklif vukubulduğu halde evvelâ Meclisi Mebusanda azayı mürettebenin sülûsan ekseriyetile kabul Meclisi Âyanın keزالik sülûsan ekseriyetile tasdik edildikten sonra iradei seniye dahi o merkezde sudur eder ise tadilâtı meşruha düsturulamel olur ve Kanunu Esasının tadili teklif olunan bir maddesi berveçhi meşruh müzakeratı lâzimesinin icrasile iradei seniyesinin suduruna kadar hüküm ve kuvvetini kaip etmeksizin meriyülcira tutulur.”

⁴⁹ Bk. Bülent Tanör, *Kurtuluş Kuruluş* (Genişletilmiş 4. Baskı Cumhuriyet Kitapları 2002) 183.



Saltanatı kaldıran her iki kararda da⁵⁰ Osmanlı İmparatorluğu'nun çöktüğü (inkıraz bulduğu), yerine TBMM'nin geçtiği belirtildiğine göre, aslında bu tarihten itibaren Osmanlı İmparatorluğu ile 1876 KE'nin de fiilen ortadan kalktığı kabul edilmelidir⁵¹. Bir an için aksi düşünülse bile Padişahlık kurumunun kaldırıldığı, Âyân Meclisi'nin bulunmadığı, egemenliğin kaynağının değiştiği, egemenliğin “*kayıtsız şartsız*” millete geçtiği bu durumda 1924 Anayasası'nı yapan meclisi –*tam da adı var kendi yok ifadesine uyan bir anayasa olan*- 1876 KE ile bağlı saymak olanaklı değildir.

C. 1921 Anayasası ve Anayasayı Değiştirme Sorunu

Konuyu bir de 1921 Anayasası açısından değerlendirmek gerekir. Öncelikle 1920'de toplanan Birinci Dönem TBMM'nin Anayasa yapıp yapamayacağı konusu, üzerinde tartışma yapılması düşünülemeyecek bir konudur. Çünkü o Meclisin bir onay veya rızaya ihtiyacı yoktur. Tunaya'nın ifadesiyle; “*artık Meb'usan Meclisi'nin İstanbul'da toplanmasına imkân kalmamıştı. (...) Ankara'da İhtilal kuruculuğu yetkisine (salâhiyeti fevkalâdeye) sahip bir Meclis'in kurulması zaruri idi.*”⁵² Birinci TBMM bu durumda tam da anayasa hukuku kitaplarında ifadesini bulan asli kuruculuk tanımına uymaktadır. Bu yüzden Birinci Dönem TBMM, 1876 KE yürürlükteyken 1921 Anayasasını yapmış, ayrıca KE'ye aykırı anayasal değerlerde kabul edilmesi gereken birçok kanunu yürürlüğe koymuştur⁵³. Özetle, o Meclis egemenliğin kaynağını değiştirmiş, milli bir devletin temellerini atmış ihtilalci (asli kurucu) bir Meclis'tir.

Birinci TBMM'nin hazırladığı 1921 Anayasası, 23 madde ve Madde-i Münferideden oluşan bir metindir ve Anayasanın değiştirilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Bu Anayasa hazırlanırken, Meclis'te görüşülüp kabul edilirken, sonraki değişiklikler konusunda özel kurallar konmamıştır. O nedenle anayasanın her hükmü meclisin çıkardığı yeni bir kanun hükmü ile değiştirilebilmektedir. 1921 Anayasası, Osmanlı-Türk Anayasaları içinde tek yumuşak anayasadır⁵⁴.

⁵⁰ Saltanat 1-2 Kasım 1922 tarihinde kaldırıldı. Saltanatın kaldırılmasına ilişkin Düstur'da ve Kavanin Mecmuası'nda saltanatın kaldırılmasına ilişkin iki kararın var olduğu, bunlardan birincisi; “Osmanlı İmparatorluğu'nun İnkıraz Bulup, Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti Teşekkül Ettğine Dair Heyet-i Umumiye Kararı” (No: 307-30.10.1922) ve “Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Hukuk-u Hâkimiyet ve Hükûmranının Mümessil-i Hakikisi Olduğuna Dair Heyet-i Umumiye Kararı” (No: 308-1.2.11.1922). Bu konudaki hukuksal tartışmalar ve ayrıntılar için bkz. Tanör (n 46) 187-188.

⁵¹ Aynı görüş için bkz. Mumcu (n 6) 383. Ayrıca bk. İlber Ortaylı, *Gazi Mustafa Kemal Atatürk* (Kronik Yayınları 2018) 301. Ortaylı, “1293 (1876) Kanun-i Esasisi ve 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ise 1924 Anayasası'na da ismini vermekten öte, çoktan yürürlükten kalkmış sayılıyordu, zira Kasım 1922'de saltanat, TBMM tarafından lâğvedilmiştir.” demektedir. Herhalde yazarın bu değerlendirmesi sadece 1876 K.E. ile sınırlı olmalı, 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu bu değerlendirmenin dışında tutulmalıdır.

⁵² Tunaya (n 5) 308.

⁵³ Özbudun (n 1) 1.

⁵⁴ Ergun Özbudun, *1921 Anayasası* (Atatürk, Dil Ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları 2008) 2.

Bu şartlar altında 1924 Anayasasını hazırlayan TBMM’yi, her iki anayasa açısından da bağlayıcı bir hukuki engelin var olmadığı görülmektedir. Asli kurucu iktidar bir hukuk boşluğunda çalışır. 1918’den beri yaşanan “*siyasi devrim*” bir hukuk boşluğu yaratmıştır. Asli kurucu iktidar da zaten hukuk dışı bir iktidardır ve bu iktidar hukuk boşluğu ortamında ortaya çıkar⁵⁵.

Nitekim Meclis kendisini bağlayan herhangi bir hukuki sınır olmadığı için 1924 Anayasası görüşülmeye başlamadan önce, “*Kanunun önemiyle mütenasip bir usul tespit etmek lüzumunu duymuş*” ve “*Meclisin mutlak çoğunluğunun üçte ikisi ile “müzakere ve kabul” usulünü kararlaştırmıştır*”⁵⁶. Özetle, 1924 Anayasası’nı hazırlayan Meclis’in bu işlevi kuşkusuz tali kurucu iktidar değil, asli kuruculuk işlevidir.

D. Anayasa Yapma Konusunda Halktan Yetki Alınmaması

Seçimler sırasında halktan yetki istenmemiş olması nedeniyle İkinci Dönem TBMM’nin yeni bir anayasa yapıp yapamayacağı sorunu gündeme gelmiştir. Bu konu 1924 Anayasası’nın Meclis görüşmeleri sırasında bir milletvekili tarafından dile getirilmiştir. Saruhan Milletvekili Abidin Bey, niteliği ve vasıfları dikkate alındığında Meclis’in “*tam ve kâmil*” anlamda bir kurucu meclis olamayacağını gerekçeleriyle anlatmış ve şöyle demiştir:

*“Avrupa’da, Amerika’da ve sair memleketlerde yani Kanuni Esasiyi kendisine düstur esas ittihaz etmiş olan memleketlerde bu gibi asli kanunlar sureti katiyede behemehal o Devletin, o milletin meclisi müessisanı tarafından tertip ve tespit olunur. Mahiyeti itibarile hüviyeti itibariyle Türkiye Büyük Millet Meclisi bizzat kendisine mahsus ve fakat tam ve kâmil mânasında bu evsafi haiz bir meclisi müessisan değildir.”*⁵⁷

Abidin Bey’e göre Avrupa’da, Amerika’da ve Anayasayı kendisine rehber edinen diğer ülkelerde anayasalar “*meclisi müessisan*” (kurucu meclisler) tarafından yapılmaktadır. TBMM bu amaçla seçilmediği için tam ve eksiksiz bir kurucu meclis değildir. Abidin Bey’in bu düşüncesine katılan olmamış, Mecliste “*özel bir kurucu meclis*” oluşturulması gerektiği görüşü kabul görmemiştir⁵⁸.

⁵⁵ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (14. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım 2022) 104.

⁵⁶ Tahsin Bekir Balta, “Önsöz”, *1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri*, Şeref Gözübüyük ve Zekâi Sezgin, (A.Ü.S.B.F. İdari İlimler Enstitüsü Yay. 1957) XII.

⁵⁷ Gözübüyük ve Sezgin (n 1) 37.

⁵⁸ Özbudun (n 1) 2; “Saruhan meb’usu Âbidin beyin mülâhazası, İkinci Büyük Millet Meclisinin ihtilâlcî organları tarafından nazara alınmamıştır.” Bk. Recai Galip Okandan, ‘Millî Hâkimiyet, Millî İrade Mefhumlarının Ve Kuvvetler Birliği Sisteminin Esas Teşkilât Hukukumuzda Girişi’ (1961) 27 [1-4] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 21 29.



1924 Anayasası hazırlanmadan önce bir kurucu meclis için halktan yetki alınmaması, Anayasanın halkoyuna sunulmaması Abidin Bey'den başka, doktrinde de eleştiri konusu olmuştur⁵⁹. Ortada “yetkisiz bir kurul tarafından yapılan bir anayasa” ve kendine geniş yetkiler tanımış bir “teşekkül” olduğu ileri sürülmüştür⁶⁰.

1921 Anayasası'nda yer alan kimi hükümlere bakıldığında sanki Anayasa, bu gibi eleştirilere kapı aralıyor gibi görünmektedir. Şöyle ki; egemenliğin kaynağını belirleyen Anayasanın 1. maddesi, devamında egemenliğin kullanımını da düzenlemektedir. Buna göre “*İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir*”. Halkın geleceğini “*bizzat ve bilfiil idare etmesi*” aslında doğrudan demokrasiyi çağrıştırmakta ve halkın katılımı, anayasaların bir sosyal sözleşme olması, halk görüşlerinin dinlenmesi taleplerini de beraberinde getirir niteliktedir. Ayrıca, TBMM toplanmadan önce yapılan yerel kongrelerin, 1921 Anayasası'nda düzenlenen Vilayet ve Nahiye Şuralarının da bu ve benzeri savları desteklediği söylenebilir. Bu nedenlerle Kurucu Meclis konusunda halktan yetki alınmamış olması sanki bir eksiklikmiş gibi görünmektedir⁶¹.

Ancak Anayasa'daki, BMM'nin milletin yegâne ve hakiki mümessili olduğu (md.2), Türkiye Devletinin BMM tarafından idare olunacağı (md. 3) hükümleri saf temsil anlayışının ifadeleridir. Bunlara anayasa görüşmeleri sırasında önerilen *halkın kanun teklifi* ve *referandum* tekliflerinin kabul edilmemesi yanında, *Meclisin feshi* kurumuna da Anayasa'da yer verilmemesi milli egemenlik ve “saf temsil” anlayışından kaynaklanmaktadır⁶². Egemenliğin “*millete ait*” olduğunu düzenleyen Anayasa'nın ilk maddesinin dışında da milli egemenlik Anayasal bir ilke olarak somutlaştırılmıştır. Buna göre “*Büyük Millet Meclisi azasının her biri, özel olarak kendisini intihap eden (seçen) vilayetin ayrıca vekili olmayıp umum milletin vekilidir.*” (Md.5)

Milli egemenlik kuramına göre egemen olan millettir. Millet soyut bir varlık olarak geçmiş, şimdiki ve gelecek kuşakları da içine alan manevi bir kişiliktir. Bu anlayışa göre belli bir dönemde bir ülkede yaşayan insan topluluğunun, yani halkın, egemenliği doğrudan kullanabilmesine olanak tanınmaz. Millet, sahibi olduğu egemenliği ancak *temsil* yoluyla kullanabilir. Türk Anayasa tarihinde ilk kez millet egemenliği kavramı ile parlamentonun varlığı kaynaştırılmış ve temel hukuk metni olarak 1921 Anayasası içinde yerini almıştır. “*Parlamento' ile 'milli irade' arasında bir aynılık*” inancının, bir özdeşliğin yerleşmiş olması,

⁵⁹ “...bir anayasa yapma hususunda milletten mukaddema istihsal edilmiş bir salâhiyeti olmadığı halde, meydana getirdikleri Esas Teşkilât Kanununu milletin reyine, yani Referanduma arz suretiyle bidayette mevcut olmayan bir salâhiyetin sonradan elde edilmesini daha vazıh bir deyişle duruma bir hukuki meşruiyet teminini mümkün kılarlardı.” Bk.. Okandan (n 55) 29-30. Ayrıca bk. Can (n 34) 42-43.

⁶⁰ Okandan,(n 55) 30.

⁶¹ Bk. Tanör (n 10) 256-257.

⁶² Bk. Tanör (n 10) 256-257.

aslına bakılırsa hem temsili demokrasinin hem de parlamenter sistemin tarihsel gelişimine de⁶³ uygun düşmektedir.

Demokratik egemenlik kuramları açısından bakıldığında kurucu meclislerin *Amerikan ve Fransız* tipi olmak üzere iki modeli olduğu görülür. Amerikan tipi kurucu meclisin yetkisi sadece anayasayı hazırlamakla sınırlı olduğu, olağan yasama yetkilerini içermediği halde, Fransız tipi kurucu meclisler farklılık göstermektedirler. Fransız tipi meclisler, anayasanın hazırlanması ve kabulünün yanında olağan yasama organı olarak da görev yaparlar⁶⁴. TBMM'nin bunlardan Fransız tipi kurucu meclisler arasında yer aldığı hatırlanmalıdır. Bu nedenle meclisin aslî kurucu iktidar olarak yapacağı yeni bir anayasa için halktan yetki istenmesi, halkın onayına (referandum) başvurulması⁶⁵ halk egemenliği ile uyumlu olsa da millet egemenliği ilkesi, saf temsil anlayışı açısından bunu söylemek zordur.

Özetle; milli egemenlik kuramına göre Anayasalar, bir sözleşme değildir. Ama Anayasalar, milletin tek tarafı iradesinin ifadesi olan temel kanun niteliğindedir⁶⁶. Bu açıklamalardan sonra 1924 Anayasası'nı yapan kurucu iktidarın demokratik bir kurucu iktidar olduğu ve milleti temsilen bu görevi yerine getirdiği kuşkusuzdur.

Zaten Saruhan Milletvekili Abidin Bey'in konuşması dışında Meclisten başka bir itiraz da gelmemiştir. Bunun bir başka nedeni, 1920'den beri TBMM'nin, ulusun tek temsilcisi olduğu yönündeki inancın tam olarak yerleşmiş ve olağan bir meclisin yeni bir anayasa yapabileceği konusunda hiçbir şüphe duyulmamış olmasıdır⁶⁷. "Millî Mücadele'den gelen 'her şeye kadir', mutlak yetkili bir Meclis anlayışının geçerli olduğu (o) dönemde, bunu garipsememek de gerekir"⁶⁸.

E. Meclisin Zımni Rızası

İkinci TBMM'nin asli kurucu iktidar olup olamayacağı konusunda önemli bir hususa daha işaret edilmelidir. 29 Ekim 1923 tarih ve 364 sayılı Anayasa değişikliği Kanunu ile "*Türkiye Devletinin şekli hükümeti Cumhuriyettir*" hükmü getirilirken, Kanunu Esasi Encümeni Reisi Yunus Nadi Bey'in sunuş konuşması ve TBMM'nin konuşma içeriğine karşı gösterdiği tepkisizlik hatırlanmalıdır. Yunus Nadi Bey şöyle konuşur:

"İkinci Türkiye Büyük Millet Meclisi şimdi bir kısmını teklif ettiğimiz kısmı diğerini peyder pey nazarı tasvibinize arz edeceğimiz ikmalat ve tadilat ile

⁶³ Mümtaz Soysal, *Dinamik Anayasa Anlayışı, Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme* (AÜSBF Yay 1969) 12.

⁶⁴ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuk Dersleri*, (27. Baskı, Ekin Yayınevi 2023) 28; Ayrıca bk. Gözler (n 52) 110-114.

⁶⁵ Okandan (n 55) 29-30; Bk. Can (n 34) 42-43.

⁶⁶ Gözler (n 52) 111.

⁶⁷ Tanör (n 10) 290.

⁶⁸ Özbudun (n 1) 1.

bu kurduğumuz esas takviye ve ilâ edecektir. Hükümeti tesis etmek şerefi birinci meclise ait ise; bu esas takviye ve ilâ etmek şerefi de bu Meclisi Âliye ait olacaktır. Kanunu Esasi Encümenimiz müstacelen şimdilik bazı maddelerin tavzih ve tadilini arz ve teklif ediyor.”⁶⁹

Yunus Nadi, anayasa değişikliği teklifinin sadece bir kısmını Meclisin onayına sunduklarını, diğer değişikliklerin zamanı geldikçe Meclisin tasvibine sunulacağını, yapılacak değişiklikler ve eklemelerle kurulan temel yapının güçlendireceğini ifade etmiştir. Konuşmasında, hükümeti kurma şerefine Birinci Meclise ait olduğunu hatırlatan Yunus Nadi, “*bu esas takviye*” şerefine de İkinci Meclise ait olacağını söylemiştir. Konuşmasının devamında acil olarak “şimdilik” Anayasa’nın bazı maddelerinin “*tavzihini*” ve değişikliklerini teklif ettiklerini ilave etmiştir⁷⁰.

Meclis Genel Kurulu, Kanunu Esasi Encümeni Reisi Yunus Nadi Bey’in, Anayasa’daki diğer eksikliklerin de takip eden günlerde tamamlanacağına ilişkin bu konuşmasını dinlemiş⁷¹ ama herhangi bir itirazda bulunmamıştır. Bu durum doktrinde haklı olarak Anayasayı tamamlamak konusunda zımnî (üstü örtülü)⁷² de olsa, Birinci BMM’nin bir Meclis iradesinin varlığı⁷³ biçiminde yorumlanmış, 1924 Anayasası’nın yapımı da bu kapsamda değerlendirilmiştir.

Bu açıdan bakıldığında Meclisin yaptığı aslında yeni bir Anayasa değil, 29 Ekim 1923 değişiklikleri kabul edilirken değinilen “*Anayasadaki eksikliklerin*” giderilmesidir ve 1920’den bu yana gelen anayasa yapım sürecinin⁷⁴, başka bir anlatımla milli devletin kuruluş sürecinin bir devamıdır. Sonuç olarak saltanatın ilgası, Cumhuriyet’in ilânı ve hilâfetin kaldırılmasıyla kendisini bağlayacak hiçbir üstün güç bırakmayan, böylece bir hukuk boşluğu yaratan TBMM, kurucu meclis niteliğini 1924 Anayasasının kabulüne kadar sürdürmüştür⁷⁵. Özetle, 1924 Anayasasını hazırlayan, müzakere eden ve kabul eden meclis her yönüyle bir asli kurucu iktidar olarak görev yapmış ve anayasayı yürürlüğe koymuştur.

⁶⁹ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İçtima Senesi 1, İçtima 43, 29 Teşrinievvel 1339 (1923), 90-91.

⁷⁰ Bk. Alpkaya (n 27) 92-93 95.

⁷¹ “29 Teşrinisani 1339 tarihli kanunun kabul olduğu celsede encümenimiz o mevaddı mütemmim olmak üzere sair maddelerin de tesbit edilip Heyeti Celilenize takdim kılınacağını beyan etmişti”. Bkz. Gözübüyük ve Sezgin (n 1) 1.

⁷² Mumcu (n 6) 386; Tunçay (n 4) 92; Fazıl Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (Yakın Doğu Üniversitesi Yay. 2013) 29 228.

⁷³ Bk. Çelik (n 23) 61-62.

⁷⁴ Bk. Gözler (n 61) 28.

⁷⁵ Bk. M. Burcu Bayrak, ‘Meclis Tutanakları Üzerinden 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu Tartışmaları’ (2014) [21] Memleket Siyaset Yönetim 189 192; Sağlam (n 69) 29.

SONUÇ

1924 Anayasası Birinci Meclis tarafından değil, İkinci BMM’ce yapılmış ve kabul edilmiştir. Öncesinde Birinci BMM’ce alınan 1 Nisan 1923 tarihli seçimlerin yenilenmesi kararı, 1921 Anayasası’nın Madde-i Münferidesine ve Nisab-ı Müzakere Kanunu’na uygunluğu açısından tartışmalara konu olmuştur.

Aslında Madde-i Münferidenin gönderme yaptığı Nisabı Müzakere Kanununda yer alan “Hilafet ve saltanatın kurtarılması” amacı ile Anayasanın 1. maddesindeki “milli egemenlik” ilkesi birbiriyle bağdaşmayan iki ilkedir. Ancak, Ankara’da toplanan İlk Meclis bir tezatlar meclisidir. Birinci Meclisin önceliğinin kurtuluşu bütün güçlerle birlikte gerçekleştirebilmek olduğu ve bu çelişkili düzenlemenin bu nedenle 1921 Anayasasında yer aldığı anlaşılmaktadır. Savaş ortamında öncelikli amaç olan vatanın işgalden kurtarılması uğruna her iki grubun da ikinci plana attığı bu çelişki daha sonra saltanatın kaldırılması ile milli egemenlik lehine giderilmiştir. Diğer bir amaç olan vatanın bağımsızlığına kavuşması ise gerçekleşmiştir. Dolayısıyla esas yönünden seçimlerin yenilenmesi kararı alınmasında herhangi bir anayasal engel bulunmamaktadır.

Şekil yönünden ise bu işlemin bir karar mı yoksa bir kanun mu olduğu kuşku olmakla birlikte bu husus önem taşımamaktadır. Zira savaş gibi olağanüstü bir durumda üyelerini toplayan Meclisin bir zaman sonra söz konusu nisabı elde etmesi fiili olarak imkânsız hale gelmişken bu kararın teklifinde ve kabulünde hem Birinci Grup hem de İkinci Grup üyeleri olumlu yönde tutum sergilemişler ve kararı oybirliği ile almışlardır. Karar bir muhalefete uğramamıştır. Bu birlik, doktrinde öne sürülen “meclise karşı darbe” görüşlerinin isabetsizliğini ortaya koymaktadır.

Diğer yandan 1924 Anayasası’nı yapan Meclisin asli kurucu niteliğini de vurgulamak gerekir. Daha önce 1921 Anayasası’nda yapılan 29.10.1923 değişiklikleri sırasında söz konusu değişikliklerin devamının geleceğinin Kanuni Esasi Encümeni Reisi tarafından Meclis’e bildirilmesi ve bu görüşe karşı Meclisin herhangi bir itirazda bulunmaması adeta zımni bir rıza olarak değerlendirilmiştir. Bu yönüyle 1924 Anayasası kurucu iktidarının 1920’den başlayan bir süreci, yani asli kuruculuk sürecini, devam ettirdiği anlaşılmaktadır. Anayasanın görüşülmesi ve kabulü sırasında da toplantı ve karar nisabını herhangi bir hukuk normu ile bağlı olmaksızın belirleyen bu Meclis, tali değil asli kurucu iktidar yetkisini kullanmıştır.

1924 Anayasası’nı yapan Meclisin seçimi sırasında Anayasa yapma yetkisinin halka açıkça sorulmamasının bu Meclisi demokratik olmayan bir kurucu iktidar haline getirdiği görüşü de yerinde değildir. Çünkü söz konusu kuruluş dönemine hâkim olan egemenlik anlayışı millet egemenliği anlayışıdır. Bu anlayışa göre seçilen temsilciler, yaşayan, yaşamış ve yaşayacak olan bütün bir milletin temsilcileridir ve *saft temsil* anlayışına göre hareket ederler. Halkın katılımı, dinlenmesi veya halkla bir toplum sözleşmesi yapılması söz konusu değildir. Milletin



tek temsilcisi olan İkinci TBMM de millet egemenliği anlayışı çerçevesinde hem anayasa yapma hem de olağan yasama yetkilerine sahiptir. Bu bakış açısıyla 1924 Anayasası'nı yapan asli kurucu iktidarın demokratik bir kurucu iktidar olduğu kuşkusuzdur.

KAYNAKLAR

Kitaplar ve Kitap Bölümleri

- Alpkaya F, *Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluşu* (2. Baskı İletişim Yayınları 2021)
- Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım* (7. Baskı, Seçkin Yayınevi 2024)
- Balta T B, “Önsöz”, 1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri, Şeref Gözübüyük ve Zekâi Sezgin, (A.Ü.S.B.F. İdari İlimler Enstitüsü Yay. 1957)
- Başgil A F, *Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri* (1960 Tarihli Basıdan Tıpkı Basım On İki Levha Yayınevi 2019)
- Can O, *Kurucu İktidar* (Alfa Yayınevi 2013)
- Çelik D B, *Kurucu İktidar-Hükümet Sistemi-Vatandaşlık Ve İdari Yapılanma Tartışması Çerçevesinde 1924 Anayasası'nın Yapım Süreci* (Yetkin Yayınevi 2016)
- Erdoğan M, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset* (7. Baskı Liberta 2011)
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (14. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım 2022) 104.
- Gözler K, *Kurucu İktidar* (Ekin Kitabevi 1998)
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuk Dersleri* (27. Baskı, Ekin Yayınevi 2023)
- Güneş İ, *Birinci TBMM'nin Düşünce Yapısı (1920-1923)* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 1997).
- Karpat K H, *Türk Siyasi Tarihi, Siyasal Sistemin Evrimi* (Timaş Yayınevi 2011)
- Kili S ve Gözübüyük Ş, *Sened-i İttifak'tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri* (Yenilenmiş 3. Baskı, İş Bankası Kültür Yayınları 1985)
- Koçak M, *Batı'da Ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi (Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar)* (Seçkin 2006)
- Mustafa Kemâl, *Eskişehir-İzmit Konuşmaları* (Kaynak Yayınevi 1993)
- Nohutçu A ve Ziyrek A, *Osmanlı Türk Anayasa Metinleri* (Savaş Yayınevi 2020)
- Ortaylı İ, *Gazi Mustafa Kemal Atatürk* (Kronik Yayınları 2018)
- Özbudun E, *1921 Anayasası* (Atatürk, Dil Ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları 2008)

- Özbudun E, *1924 Anayasası* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2012)
- Sağlam F, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (Yakın Doğu Üniversitesi Yay. 2013)
- Sezgin Ö, *Türk Kurtuluş Savaşı ve Siyasal Rejim Sorunu* (İkinci Baskı İmge Kitabevi 2005)
- Smith E C, “Giriş”, Şeref Gözübüyük-Zekai Sezgin, *1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1957)
- Soysal M, *Dinamik Anayasa Anlayışı, Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme* (AÜSBF Yay 1969)
- Tanör B, *Kurtuluş Kuruluş* (Genişletilmiş 4. Baskı Cumhuriyet Kitapları 2002)
- Tanör B, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri* (Yapı Kredi Yayınları 1998)
- Teziç E, *Anayasa Hukuku* (15. Bası Beta Yayınevi 2012)
- Tunaya T Z, “Hakimiyet-i Siyasiye Ve Milli Egemenlik: Türkiye’de Siyasal Rejimin Meşruluğunun Dayandığı Temeller”, Türk Siyasal Hayatının Gelişimi, Ed.: Ersin Kalaycıoğlu, Ali Yaşar Sarıbay, (Beta Yayın 1986)
- Tunaya T Z, ‘Osmanlı İmparatorluğu’ndan Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti Rejimine Geçiş’ iç Ersin Kalaycıoğlu-Ali Yaşar Sarıbay (eds), *Türk Siyasal Hayatının Gelişimi* (Beta Basım Yayın 1986)
- Tunaya T Z, *Türkiye’de Siyasi Partiler 1859-1952* (İkinci Basım Arba Yayınları 1995)
- Tunçay M, *Türkiye Cumhuriyeti’nde Tek-Parti Yönetimi’nin Kurulması (1923-1931)* (3. Basım Yurt Yayınları 1999)

Süreli Yayınlar

- Akandere O, ‘Atatürk’ün İzmit Basın Toplantısı (16-17 Ocak 1923) Ve Bu Toplantıda Verilen Önemli Mesajlar’ (2001) 2 [1] Selçuk İletişim 124
- Bayrak M B, ‘Meclis Tutanakları Üzerinden 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu Tartışmaları’ (2014) [21] Memleket Siyaset Yönetim 189
- Güneş İ, ‘1923 Seçimlerinde Oylar Nasıl Kullanıldı?’ (1991) 46 [1] Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 253
- Kürkçüoğlu E, ‘1923 Seçimleri’ (1989) 1 [3] Atatürk Dergisi 121
- Mumcu A, ‘1924 Anayasası’ (1986) 2 [5] Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 383
- Okandan R G, ‘Milli Hâkimiyet, Milli İrade Mefhumlarının Ve Kuvvetler Birliği Sisteminin Esas Teşkilât Hukukumuzda Girişi’ (1961) 27 [1-4] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 21



Tunaya T Z, ‘TBMM Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri’ (1958) 23 [3-4]
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 227

Tezler

Erdoğan M, 1923 Seçimleri, Yüksek Lisans Tezi, (Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000)



AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE BAŞKANLIK, KARARNAME VE DİN-DEVLET İLİŞKİLERİ

*Presidency, Presidential Decree and
State-Religion Relations in the United States*

Hasan Tahsin FENDOĞLU*

Öz

Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nin siyasal yapısı sadece Başkanlık sistemi üzerine kurulu değildir. Sistemin dört önemli ayağı vardır, bunlar başkanlık, kongre, yargı ve federalizmdir. ABD Başkanlık sistemi diğer demokrasiler için de önemli olan iki sütun üzerinde durur, güçler ayrılığı ile kontrol ve denge.

Anayasa'da açıkça yer almasa da ABD Başkanlarının yasama fonksiyonu niteliğinde, genel ve kişilik dışı, tek taraflı düzenleme yapma yetkileri mevcuttur. ABD'de 3 çeşit Başkanlık kararnamesi vardır. *Birincisi*, doğrudan Anayasa esas alınarak çıkarılır ki bunlar genellikle dış ilişkiler, milli savunma gibi konular için yapılır. İkincisi, Kongre Başkana kanunla düzenleme yetkisi verebilir. Üçüncüsü, kanuna dayanılarak yapılan düzenleyici idari işlemlerdir (yönetmelik, genelge gibi). ABD Başkanlarının tek taraflı olarak çıkarttıkları düzenlemeler, hepsi olmasa da genellikle, kanun gücünde olan kararnamelerdir. Bu itibarla Başkanlık kararnameleri yasama işlevi niteliğindedir; yani yürütmenin dolaylı yasama işlevidir. Başkanlık kararnamelerinin hepsi kanun gücünde değildir. Şayet Başkanlık kararnamesi, Anayasa ve kanundan kaynaklanıyorsa kanun gücündedir ve Resmi Gazete ile yayımı şarttır. Executive orders dışındakilerin yayımı Başkanın rızası ile olur.

ABD sistemi kurulduğu zaman, dünyanın en güçlü devletlerinden bir olan Türk İmparatorluğundan azade kalması düşünülemez. Metinde ABD ile Osmanlı yönetim yapısının benzer ve farklı yönlerine de değinilmiştir. ABD mevcut ve önceki yönetiminin Evanjelizm ile ilişkisi çalışmada değerlendirilmiş, Osmanlı dönemindeki münasebetler de incelenmiştir. ABD Başkanı Trump ve kararnameleri üzerinde de durulmuş ve analizler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: ABD, Başkan, Başkanlık Kararnamesi, Osmanlı, Evanjelizm, Trump

Abstract

The political structure of the USA is not only based on the Presidential system. The system has four important pillars, which are presidency, congress, judiciary and federalism. The US Presidential system emphasizes two pillars that are important to other democracies, the separation of powers and control and balance.

Even though it is not explicitly included in the Constitution, the Presidents of the USA have the power to make unilateral, general and non-personality arrangements, as a legislative function. There are three types of Presidential decree in the USA. First, it is drawn directly on the basis of the

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 24.06.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Prof. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü/Anayasa Hukuku Anabilim Dalı/ Ankara/Türkiye, E-posta: htahsinfendoglu@baskent.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-1211-6989>

constitution, which is usually done for issues such as foreign affairs and national defense. Second, Congress can authorize the President to regulate it by law. The third is regulatory administrative procedures (such as regulations, circulars) that are based on the law. The regulations unilaterally issued by the US presidents are, if not all, decrees that are generally lawful. As such, Presidential decrees are legislative functions; that is, the executives indirect legislative function. Not all Presidential Decrees have the power of law. If the Presidential decree stems from the Constitution and the law, it is lawful and must be published in the Official Gazette. The publication of those other than executive orders will be with the consent of the President.

It is unthinkable that the time in the US system would be free from the Turkish Empire, one of the most powerful states in the world. The text touches on similar and different details about the US and Ottoman administrative structures. The current and previous US administration's relations with Evangelicalism are also evaluated, and the characteristics of the relations during the Ottoman period are discussed. The current US President Trump and his decrees are also emphasized and brief analyses are made.

Key Words: USA, President, Presidential decree, Ottoman, Evanjelizm, Trump

A. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNİN SİSTEMİ

ABD'nin siyasi yapısı sadece Başkanlık sistemi üzerine kurulu olmayıp sistemin dört önemli ayağı vardır, bunlar başkanlık, kongre, yargı ve federalizmdir. ABD Başkanlık sistemi diğer demokrasiler için de önemli olan iki sütun üzerinde durur, güçler ayrılığı ile kontrol ve denge (*check and balance*). Başkanlıkta yürütme tek kişiden ibarettir ki o da Başkandır. Başkanlık sistemi, yasama ve yürütmenin biri diğerinin hukuki varlığına son veremediği, her iki organın da belli süreler için halk tarafından seçildiği bir hükümet modelidir. Başkanlık sisteminin ABD'de mucidi "Kurucu Babalar" olan *John Adams, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton, John Jay, Thomas Jefferson, James Madison ve George Washington*'dır. Bu liderler Amerika Bağımsızlık Savaşını yürütmüşler, Bağımsızlık Bildirisine imza atmışlar, ABD Anayasasını 1787'de yapmış, 1789 da yürürlüğe koymuş ve ABD'yi kurmuşlardır. Kurucu Babaların katkısı ile Kurucu Meclis tarafından yapılan Anayasanın onaylanması kolay olmamıştır.¹ ABD Anayasası, çerçeve anayasası mahiyetinde olup, Bunlar üç önemli konuyu düzenlememiştir; beraberliğin nasıl bir beraberlik olduğu, siyasi partilerin mahiyeti ve Federal Yüksek Mahkeme dışında yargı.²

Başkanlık sistemi, *insan aklından* doğmuş bir sistem olarak kabul edilmiş olup, "*westminster modeli*" demokrasinin XVIII inci yüzyıl sonundaki koşullarına tepki olarak verilen bağımsızlık savaşı sonucunda üretilmiştir. Sistem, Başkan ve Kongrenin ayrı ayrı seçildiği, meclisin çift olduğu, başkanın ikinci seçmen-

¹ Norman Redlich/John Attanasio/Joel K. Goldstein, *Understanding Constitutional Law*, New York, 2004, 2. ABD 1787 Anayasasını yapan Kurucu Meclise Philadelphia Konvansiyonu denir. ABD Anayasasının onaylanma süreci için bkz. Redlich/Attanasio/ Goldstein 2-3. Anayasa konvansiyonuna 55 delege katılmış, bunların sadece 39 tanesi bugünkü Anayasa metnini kabul etmiştir.

² Devlet Personel Başkanlığı, ABD Kamu Yönetimi ve Kamu Personeli Sistemi (Ankara 2016), 20. ABD'de yargı şeması ve ayrılığı için bkz. a.g.e., s. 30-31.

lerce (*electoral college*)³ seçildiği, federal yapılı bir devlet modelidir.⁴ Sistem yasama-yürütme-yargı uzlaşınca işlemekte, aksi halde sorun çıkabilmektedir.

ABD sistemi 17 inci ve 18 inci yüzyıllarda ortaya çıkan ve uygulama alanı bulan kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanmakta olup,⁵ yasama ve yürütme organlarının görev süreleri sabittir, bu nedenle ABD sisteminde *erken seçim* kavramı yoktur.⁶ ABD’de milletvekili seçim sistemi dar bölge iki turlu seçim sistemidir; bir oy fazla alan parti, o bölgeden milletvekili çıkarır.⁷ İstikrar getiren bu unsur, impeachment (suçlama) dışında, halkın beğenmediği bir yürütme için halkta hayal kırıklığı oluşturabilir. Sistemin bir başka özelliği, yürütmenin tek kişiden oluşmasıdır. Başbakan ve Cumhurbaşkanı makamları tek kişide toplanır. ABD’de temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmıştır; ABD Anayasasının 5 inci değişikliğine göre kimse, yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarından kanun dışında mahrum bırakılamaz.⁸

Başkanlık sisteminin uygulandığı ABD’de Başkanın cezai sorumluluğu (*impeachment*) için, Temsilciler Meclisinin suçlandırması ve Senato’nun yargılayıp 2/3 çoğunluk ile mahkûm etmesi gerekir. Kongre ABD Başkanını, Başkan Vekilini (*vice president*), kabine üyelerini, federal hâkimleri ve benzeri görevde olanları vatana ihanet, rüşvet gibi ağır suçlarla suçlayabilir. Bu tür suçlamaya her iki meclis de katılmaktadır.⁹ Şayet Temsilciler Meclisi oy çokluğu ile ilgili hakkında olumsuz yönde karar verirse, ilgilisi yargılanmaktadır. Suçlamaların ciddi olması şart olup, yargılama, Federal Yüksek Mahkemenin (*Supreme Court*)

³ Electoral College için bkz. Ervin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies* (New York, 2011) 13, 38, 919.

⁴ Robert L. Morlan, *American Government, Policy and Process*, Second Edition, USA, Boston, 1975, 155.

⁵ *Kuvvetler ayrılığı, yasama-yürütme-yargının anayasal çerçevede net olarak tanımlanması ve ayrışmasıdır*; Pınar Akçalı, “Genel Özellikleri, Yararları ve Sakıncaları Işığında Başkanlık Sistemleri”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Yıl 9, Sayı 51, 2013, s. 406. Ayrıntı için bkz. Hayri Keser, *Başkanlık Sistemi*, *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 2013, Yıl 9, Sayı 51, ss. 430-438.

⁶ İngiltere, erken seçimi seven ülkelerden biridir; Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, (Birinci Cilt, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, 1. Fasikül, İstanbul, 1960 Baha Matbaası), 393 ve aynı sayfa dn 1.

⁷ Devlet Personel Başkanlığı (n 2) 20; ABD’de partilerin teşkilatı yoktur; seçim öncesi toplanırlar, seçimden sonra faaliyetleri yoktur, 20.

⁸ Gary Lawson, Due Process Clause, in: *The Heritage Guide to the Constitution*, Editors: Edwin Meese, Matthew Spalding, David Forte, Published in the U.S by Regnery Publishing Inc. Washington, 2005, s. 337-341. Bu ilke aynı zamanda Magna Carta ilkesidir. Due Process (uygun hukuki usul), Federal Yüksek Mahkeme tarafından da çok kullanılan muğlak bir tabii hukuk anlamına gelmektedir. Bunun kaynağı 1215 Magna Carta olup, sanıklar için bazı güvenceler demektir. Mahkeme bu ilke ile yürütmeyi sınırlamaktadır. Hâkimler bu kavramı tanımlamaktan çekinmişlerdir. ABD Yüksek Mahkemesinin, büyük çapta bu ilkenin etkisinde bulunduğu belirtilebilir.

⁹ Temsilciler Meclisi (House of Representatives) ve Senato (Senate). Bkz. Raoul Berger, *Impeachment: The Constitutional Problems* (1974).

Başkanı vasıtasıyla Senato'da yapılmaktadır. Senato, yargılama sonucunda ancak 2/3 çoğunlukla mahkûmiyet kararı verilebilir.¹⁰

İlk Başkan George Washington, 30 Nisan 1789'da görevine başlamış, ilk Başkanlık kararnamesini de 22.04.1793 tarihinde çıkarmıştır.¹¹

B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ İLE TÜRK İMPARATORLUK SİSTEMİNİN (OSMANLI) KISA KARŞILAŞTIRILMASI

ABD sistemi, Türk İmparatorluk Döneminden etkilenmiş midir? Türk sistemi, ABD üzerinde katkı sunmuş mudur? ABD'nin Türk İmparatorluğundan etkilenmesi mümkün olabilir mi?¹² ABD kurulurken dünyanın en güçlü devleti Osmanlı idi. Türk İmparatorluk sistemi ile ABD arasında benzerlikler olduğu gibi farklılıklar da vardır. Benzerlikler şöyle ifade edilebilir;

Birincisi, Türk imparatorluk döneminde de ABD'de de güçlü yürütme görülmektedir. İçerikte farklılıklar olmakla birlikte, yürütme kuvveti her ikisinde de etkindir. Her iki devlet te, önemli konularda merkeziyetçi, ikinci derecedeki konularda âdem-i merkeziyetçidir. İkincisi, ABD federal bir sisteme sahip iken Türk imparatorluk dönemi sui generis yapıdaki bir devlettir. Üçüncüsü, her iki devlette de baskı grupları etkindir. Türk imparatorluk döneminde, ilmiye, seyfîye, kalemiye sınıfları, ahiler ve tarikatlar; ABD'de ise sendikalar, dernekler, vakıflar ve çok uluslu şirketler etkindir. *Dördüncüsü*, her iki ülke de dualist dünya inancına (dünya ve ötesi) sahip olup, din ve vicdan özgürlüğüne saygı duymaktadırlar. ABD Anayasası'nın 3 yerinde "Allah"dan söz edilmekte, ABD Başkanı seçildiğinde, Chaplin isimli Papazın karşısında sol elini İncil'e basıp, sağ elini de yukarıya kaldırmakta ve Allah'a yemin edip görevine başlamaktadır.¹³ Dola-

¹⁰ Michael J. Gerhardt, "Trial of Impeachment", ve Stephen B. Presser, Standarts for Impeachment, (Art. II, Sect. 4), The Heritage Guide to the Constituution, s. 68-69 ve 225. Detay için bkz. Raoul Berger, Impeachment: The Constitutional Problems, 1974. Bu konudaki önemli bir dava olarak bkz. Nixon v. US, 506 U. S. 224 (1993).

¹¹ John Contrubis, Executive Orders and Proclamations, CRS Report for Congress, (1999), ss.1-26. <<https://fas.org/sgp/crs/misc/95-772.pdf>> erişim tarihi 22 Aralık 2018, 3 ve 23.

¹² Bu konuda Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, On Birinci Baskı'dan (Ankara, 2023) (ss. 639-644) kısaca istifade edilmiştir. Ayrıca, bu çalışmada Amerika ile Türkiye'nin Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi mukayese edilmemiştir. Bu konuda bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, *Presidential Decrees (Türkiye-USA)*, Yetkin, Ankara, 2022, ss. 1+136 ve *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Türkiye-ABD Mukayesesi)*, Yetkin, Ankara, 2022, ss. 1+328).

¹³ Bkz. Vasan Kesavan, "Oath of Office", (Art. II, Sect. 1, Cl. 8), *The Heritage Guide to the Constitution*, s. 194-195. Sadece Başkan değil, temsilciler Meclisi üyeleri ve Senatorlar da Anayasaya sadakat yemini ederler; Matthew Spalding, "Oath Clause", *The Heritage Guide to the Constitution*, s. 294. Anayasaya sadakat yeminin yaptırımını yoktur. "Sadakat yemini, eğlence yerine girerken kapıda gösterilen bilete benzer. Kapıcıya gösterir, içeri girersiniz." Başgil, (n 6) 501-502, Talleyrand'dan naklen. ABD'de yemin metni kanunla belirlenmiş olup, yemin etmeyen üyeye seçilmiş üye, yemin (oath) edene ise *Kongre üyesi* denir. Yemin metninin sonunda "Allah yardımcım olsun" denilir. Bu kavram metne dâhildir; <https://www.senate.gov/general/search/search_central_solr.cfm?q=oath> erişim tarihi 18 Ağustos 2020.

rın üzerinde “Biz Allah’a güveniriz” (*We Trust in God*) denilmektedir.¹⁴ Federal Yüksek Mahkeme, bu konuda iki önemli karar vermiştir; *Panama Refining Co. V. Ryan* (1935) ve *Schechter Poultry*, dolar üzerindeki bu cümlelerin laikliğe aykırı olduğuna dair açılan davayı reddetmiş, laikliğe aykırı olmadığına karar vermiştir.¹⁵ *Beşincisi*, her iki devlette de, hükümdarın suçlanması karar ile olur. Ama Sultan normal mahkemelerde yargılanabilir. Hünkarın dokunulmazlığı yoktur. *Altıncısı*, bir başka benzerlik de, Anayasaların *istikrarlı* oluşudur. Türk imparatorluk döneminde Fatih’in Anayasası (Teşkilat Kanunnamesi) Tanzimat’a kadar (yaklaşık 350 yıl) yürürlükte kalmış iken, ABD’nde Anayasa 1787 tarihinden beri yürürlükte (238 yıl). *Yedincisi*, benzerliklere, iki ülke hukukunun (Fıkıh-Anglo Sakson hukuku) benzerliği de eklenmelidir. *Sekizincisi*, aynı benzerliği, Anglo-Sakson hukukundaki jüri sistemine karşılık, Türk imparatorluk döneminde şühud’l-hal kurumunda da görmekteyiz. Jüri sistemi Osmanlı’ya yabancı değildir. *Dokuzuncusu*, ABD-Türk imparatorluk dönemi başkanlık sistemi teorik ilişkisinin temelinde, ABD Anayasasının fikir babası sayılabilen John Locke ve Montesquieu vardır. Bu iki düşünürün ünlü bilgin İbn Haldun’dan yararlandığı belirtilebilir. Esasen Protestanlığın temelinde de o dönemin Osmanlı-Doğu (İslâm) fikrinin olduğu düşünülebilir. Hristiyanların İncil okuyabilmesi, Allah ile insan arasına kimsenin girememesi, Endüljans sorununun saçmalığı, ruhban sınıfının olmayışı, boşanma kurumunun kötü olsa da bazı şartlarla kabulü gibi. Bu ve benzeri Osmanlı-Doğu (İslâm) orijinli fikirlerin Protestanlığı ve Batı düşüncesini etkilediği ve tetiklediği düşüncesi vardır. *Onuncusu*, ABD Kurucu Babaları, sistemlerini oluştururken İngiliz ve Türk imparatorluk dönemi sisteminden etkilenebilirlerdir. Kurucu babalar, ABD başkanının yakın çalışma arkadaşlarını tayin ederken, İngiliz kabine sistemi yerine Türk imparatorluk dönemindeki vezirlik sistemini almışlardır.

Bu konudaki farklar şöyle ifade edilebilir; *Birincisi*, Türk imparatorluk döneminde Devlet Başkanı, Fatih Sultan Mehmet’e kadar seçimle işbaşına gelmekte iken, Fatih’in ünlü Teşkilat Kanunnamesi ile Saltanatın babadan-büyük oğula intikal ettiği görülmektedir. Ama buna rağmen Osmanlıda da şekli biat (seçim) merasimleri yapılmakta, Padişah, görünürde de olsa Saray ileri gelenleri (erkanı) tarafından seçilmiş olmakta, ABD Başkanı ise, 4 yıl için iki dereceli bir seçimle iş başına gelmektedir. İkincisi, Türk imparatorluk dönemi, giderek düşüncede duraklamaya girmiş, Divan-ı Hümayun, seçim-temsillik esaslı parlamentoya evrilememiş, ilerlemeyi Batı’ya kaptırmış, parlamentoyu Batı’dan almak zorunda kalmıştır. Üçüncüsü, ABD’de Demokrat ve Cumhuriyetçi partiler vardır. De-

¹⁴ Bkz. <https://www.senate.gov/general/search/search_central_solr.cfm?q=we+trust+in+god> erişim tarihi 18 Ağustos 2020.

¹⁵ <http://www.sfgate.com/nation/article/In-God-We-Trust-suit-rejected-by-Supreme-Court-2471527.php>> erişim tarihi 10 Eylül 2014; <<http://www.religionnews.com/2014/05/28/atheists-lose-latest-legal-fight-god-trust/>> erişim tarihi 10 Eylül 2014.



mokratlar, sosyal problemleri çözmekte daha istekli davranmaktadırlar.¹⁶ Türk imparatorluk döneminde siyasal partiler olmamakla birlikte, çeşitli muhalefet grupları vardır. Her iki ülkedeki kamuoyu ve baskı grupları farklıdır.¹⁷ *Dördüncüsü*, Kongre ile Divan-ı Hümayun farklıdır. ABD’ye bakıldığında, başarısının temelinde, *Başkanın kişiliği, doların dünya hakimiyeti ve ABD’nin teknolojideki üstünlüğü* sayılabilir. ABD, aslında, gerçekte bir demokrasi olmayıp, gücü elinde tutan zenginlerin yönettiği, zenginlere hizmet eden bir plütokrasidir.

C. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE BAŞKANLIK KARARNAMESİ

Amerikan Anayasasında açıkça yer almasa da ABD Başkanlarının yasama fonksiyonu niteliğinde, genel ve kişilik dışı, tek taraflı düzenleme yapma yetkileri vardır.¹⁸ ABD’de 3 çeşit Başkanlık kararnamesi vardır. *Birincisi*, doğrudan anayasa esas alınarak çıkarılır ki bunlar genellikle dış ilişkiler, milli savunma gibi konular için yapılır. İkincisi, Kongre Başkana kanunla düzenleme yetkisi verebilir. Üçüncüsü, kanuna dayanılarak yapılan düzenleyici idari işlemlerdir (yönetmelik, genelge gibi). ABD’de Başkanlık kararnamesi, Kongre onayına sunulmaz ama Başkan, destek için Kongre turları yapabilir. ABD Başkanının yasama üzerindeki bazı yetkileri nedeniyle Başkan, genellikle “yasamanın başı” olarak da nitelendirilebilir. ABD’de Başkanın af yetkisi (*pardoning power*), Türkiye gibi olmayıp,¹⁹ çok geniş ve geneldir.²⁰ ABD Başkanı, impeachment hariç, bunun dışındaki tüm suçları affedebilir.

Tüm Başkanlar, yürütme yetkisini kullanırken özellikle düzenleyici işlem yaparken Anayasanın 2. maddesinin (*article*) 2. bölümünün (*section*) birinci cümlesindeki (*clause*) *yürütme gücünü* referans olarak göstermişler²¹ ve Federal hükümetin başı olarak anayasal yetkilerini kullanmışlardır.²² ABD Başkanlarının çıkardıkları Başkanlık kararnamelerinin sayısı Başkana göre değişebilmektedir.²³ Bugüne kadar sadece Başkan William Henry Harrison 31 gün görev yapmış ve

¹⁶ Bkz. “*Democrats and Republicans: Similarities and Differences*”, Morlan (n 4) 106-109; Eroğul, *Anatüze Giris*, s. 45;57; Başgil (n 6) 326.

¹⁷ <http://www.historylearningsite.co.uk/USA_pressure_groups.htm> erişim tarihi 10 Eylül 2014.

¹⁸ Vivian S. Chu/Todd Garvey, Executive Orders: Issuance, Modification and Revocation, Congressional Research Service (CRS), (2014) ss. 1-10. <https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key_workplace/1262/> erişim tarihi 22 Aralık 2018.

¹⁹ Bkz. 1982/104-16.

²⁰ Başkanın af yetkisi için bkz. ABD Anayasası, Art.II, Sec.2, Cl.I; Benjamin A. Neil, Presidential Executive Orders: Laws Without Legislation, Journal of Criminal Justice Research, <<http://www.aabri.com/manuscripts>> erişim tarihi 22 Aralık 2018; *US v. Klein* (60 US 128).

²¹ Bu konudaki Federal Yüksek Mahkeme kararları için bkz. *Mississippi v. Johnson*, 71 U 475 (1866).

²² Neil (n 20) 1.

²³ ABD Başkanlarının 1789-1995 yılları arasındaki Başkanlık kararnameleri için bkz. Contrubis (n 16) 24. ABD Başkanlarının görev yılları ve çıkardıkları kararname listesi için bkz. Neil (n 20) s. 8-9.

kararname yayımlamamıştır.²⁴ Başkan Wilson 1803, II. Dünya Savaşı'nda ABD'de yaşayan 100 bin kadar Japon'u konsantrasyon kamplarına alan ve mallarına el koyan²⁵ Başkan Roosevelt 3.728,²⁶ Başkan Reagan 381, Başkan Baba Bush 166, Başkan Clinton 364,²⁷ Başkan Oğul Bush 291, Başkan Obama 276,²⁸ ikinci dönem de başkan olan Başkan Trump²⁹ ilk döneminde 20 Ocak 2017 ila 20 Eylül 2017 ye kadar dokuz ayda 86 adet kararname yayımlamıştır.³⁰ Başkan Wilson I. Dünya Savaşında 1800 kararname, Başkan Roosevelt ise II. Dünya Savaşında daha çok kararname çıkarmıştır. Görüldüğü gibi ABD de savaş ve ekonomik kriz durumlarında kararname sayısı artmaktadır. 1980-2010 arasında yıllık ortalama 40 ile 70 arasında Başkanlık kararnamesi yayımlanmıştır. *Başkanın elindeki yetkilerin bir kısmı ona Kongre tarafından verilmiştir.*³¹

D. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE BAŞKANLIK KARARNAMESİ VE KANUN

ABD Başkanlarının çıkarmış olduğu executive order, Türkçeye, Başkanlık kararnamesi, yürütme emri veya Başkanlık emirnamesi olarak tercüme edilebilir. ABD Anayasasında açıkça yer almadığı halde bu yetki anayasal teamül (gelenek) olarak vardır.³² ABD Anayasasının ikinci maddesi yürütme organının yetkileri-

²⁴ Çağrı D. Çolak, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", (Stratejik Public Management Journal, Vol. 3, Special Issue, 2017), ss. 51-65. <<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/395026>> erişim tarihi 22 Aralık 2018, s. 62.

²⁵ Başkanlık Kararnamesi, 19.02. 1942; Neil (n 20) 4. Bu, büyük bir haksızlıktır; Chu-Garvey (n 26) 3. Federal Yüksek Mahkeme kararı için bkz. *Korematsu v. USA*, 323 US 214 (1944).

²⁶ Büyük ekonomik buhran dönemi (*The Great Economic Depression Term*) nedeniyle.

²⁷ Covington'a göre Clinton, 1994'de çoğunluğu kaybedince, *bölünmüş hükümet* vuku buldu ve ABD'yi Başkanlık kararnamesi ile yönetti; bunun yanında *memorandayı* da (genelge) çok kullandı; sadece bir başkanlık kararnamesi Federal Yüksek Mahkeme tarafından iptal edildi: *Chamber of Commerce v. Reich* (1995); Megan Covington, Executive Legislation and the Expansion of Presidential Power, Humanities and Social Science, Spring 2012, Cilt 8, ss. 1-8. <<https://ejournals.library.vanderbilt.edu/index.php/vurj/article/view/3556>> erişim tarihi 22 Aralık 2018, 3. *Bölünmüş hükümette*, hükümetin kapanması ve kutuplaşmada Başkanlar daha çok yetki kullanıyorlar; Covington (n 27) 8.

²⁸ Başkan Obama, teröre karşı (*war on terrorism*) anti-terör hukuku ve strateji kararnamesini (*Counterterrorism Law and Strategy*) çıkardı. Obama dönemi, Guantanamo, Küba, CIA'in *secret prison camps and torture* konuları ile geçti; Neil (n 28) 7-8. Obama, Bush'un yaptığı hataları sürdürdü ama şeffaflığı getirdi, Guantanamo'yu kapattı ve yapmayacağını söylediği halde 18 adet *Signing Statement* (yazılı beyanname) imzaladı; Covington (n 27) 4.

²⁹ Trump için bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Donald_Trump> erişim tarihi 9 Haziran 2025.

³⁰ Trump'ın kararnamelerinin tarihi-sayısı-içeriği için şu tabloya bkz. Donald John Trump, "*Executive Orders*". ABD Başkanlarının görev yılları ve çıkardıkları kararname listesi için bkz. Neil (n 20) 8-9. Başkan Trump'ın ikinci dönemini ileride inceleyeceğiz.

³¹ Neil (n 20) 8.

³² Chu-Garvey (n 26) 1.

ni anlatırken, Başkana, Başkomutanlık, Devlet başkanlığı, kanunları yürürlüğe koymak ve yürütmenin başı olmak yetkilerini vermiştir.³³

ABD başkanlarının tek taraflı olarak çıkarttıkları düzenlemeler, hepsi olmasa da genellikle, kanun gücünde olan kararnamelerdir. Bu itibarla bu Başkanlık kararnameleri *yasama işlevi* niteliğindedir; yani yürütmenin *dolaylı yasama işlevi*dir. *Başkanlık Kararnamelerinin hepsi kanun gücünde değildir. Şayet Başkanlık kararnamesi, Anayasa ve kanundan kaynaklanıyorsa kanun gücündedir ve Resmi Gazete ile yayımı şarttır.* Executive orders dışındakilerin yayımı Başkanın rızası ile olur.³⁴

Başkan, Kongre'den bağımsız olarak ama anayasal ilkelere bağlı kaldığında hem yasama organı ve hem de yürütme organı rahat etmektedir.³⁵

Başkanlık kararnamesi, ABD kurulduğundan beri mevcut olup, 1789'dan bugüne 13000'den fazla Başkanlık kararnamesi çıkarılmıştır.³⁶ Kararnameler, bireyleri doğrudan veya dolaylı olarak etkiler.³⁷

Başkanların Kongreyi kanun yapmaya zorlamak için kararname yayımladıkları da görülmüştür.³⁸ Muhalefet, düzenleyici idari işlemlere karşı itiraz ettiği zaman, Başkanlar, genellikle, "kanun çıkarın" demişlerdir.³⁹ 1907 öncesine kadar Başkanlık kararnameleri numaralandırılmamış, bu tarihte (1907) numaralama sistemi ihtiyari olarak başlamış;⁴⁰ 1935 senesinde yayımlanan *Federal Register Act (1935)* sonrasında sayı verilmesi zorunlu hale getirilmiştir.

ABD'de Başkanların, kendilerinden önceki bir Başkanın kararnamesine uyaacağı konusunda bir kabul yoktur. Reagan, 12291 nolu kararname ile Carter'inkini, Clinton, 12866 nolu kararname ile Reagan'inkini, Obama, 13497 nolu kararname ile Clinton'ın Başkanlık kararnamesini değiştirmiştir.⁴¹ Başkan Ford, Başkan Nixon'u af ederken, Başkan Kennedy'nin af kararnamesine uymamıştır. Başkanlar, daha önce çıkarılmış bir benzeri var iken de kararname çıkarabilmiştir.⁴² Başkan

³³ Neil (n 20) 1.

³⁴ Chu-Garvey (n 26) 1.

³⁵ Joel L. Fleishman/ Arthur H. Aufses, Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation, Law and Contemporary Problems, Cilt 40, Sayı 3, ss. 1-45, 1976, <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=>> erişim tarihi 22 Aralık 2018.

³⁶ Neil (n 20) 3; Başkan Lincoln'den önceyi de nazara alırsak toplam rakam 15.500'dür; Çolak (n 24) 59.

³⁷ Contrubis (n 11) 3, 23.

³⁸ Neil (n 20) 3.

³⁹ Çolak (n 24) 61.

⁴⁰ Neil (n 20) 2.

⁴¹ Chu-Garvey (n 26) 7-8; Contrubis (n 11) 19. Başkan, Senato ile anlaşarak da kararnamesini değiştirebilir. Örneğin 10713 ve 11618 ve kararnameler antlaşma sonucunda iptal edilmiştir. Kararname süreli ise süresi sona erince ilga olur; Contrubis (n 11) 19.

⁴² Neil (n 20) 3.

Biden'in toplam 78 kararnamesi Başkan Trump tarafından iptal edilmiştir (2025). Başkan Trump'ın ikinci döneminin bir parçası olarak imzaladığı ilk direktiflerden biri, Biden döneminden kalma 78 düzenlemeyi iptal eden kararname olmuştur.⁴³ Başkan Trump, Biden tarafından imzalanan ve *dış politikayı* ilgilendiren kritik hususlarda da Başkan Biden'in kararlarını iptal etmiştir. Başkan *Trump*, *Batı Şeria'daki Yahudi yerleşimcilere* yaptırım uygulayan Başkan Biden'in kararlarını da iptal etmiştir.⁴⁴

ABD'de Başkanlık kararnamesinin özerkliğine gelince; ABD Anayasası Başkana yetki vermişse, özerk sayılabilir çünkü Kongre ve Federal Yüksek Mahkeme bu durumda yürütmenin düzenleyici işlemlerine müdahale etmemektedir. Anayasanın yasamadan söz eden birinci maddesi, "burada belirtilen" kavramını kullandığı halde, yürütmeden bahseden ikinci maddede bir sınır koyulmamıştır. Bu nedenle bazı hukukçulara göre, yürütme yetkisi yasamadan daha geniştir çünkü Anayasanın 2 inci maddesi yürütmeye genel yetki vermektedir.

Şayet bir Başkanlık kararnamesi Anayasaya dayanıyor ise Kongre bu düzenlemeye müdahale etmemektedir. *Presidential Records Act* (1978)'e rağmen, Başkan Reagan'ın, bu kanuna aykırı olduğu iddia edilen 13.323 sayılı Başkanlık kararnamesi, Kongre veya Federal Yüksek Mahkeme tarafından iptal edilmemiştir.⁴⁵ ABD Başkanının dış ilişkiler (*foreign affairs*), ulusal güvenlik (*national security*) ve terörle mücadele (*war against terror*)⁴⁶ konularında özerk düzenleme alanı vardır. İdarenin teşkilatlanması ve görevlerinde esas olarak ABD Kongresi yetkilidir. Kongre, uygun bulmadığı Başkanlık kararnamelerini iptal etmek güç ve imkânına sahiptir.⁴⁷

ABD'de Başkanın yetkileri konusunda geliştirilmiş *iki farklı görüş* vardır.

Başkanın yetkileri konusundaki birinci görüş, "şüphe duysan da onu yap" teorisidir. Bu görüş, ABD Başkanı T. Roosevelt'in geliştirdiği *Stewardship Theory* (*Hizmetkârlık veya Hizmet Teorisi*) dir. Buna göre, Anayasa ve kanunlar yasaklamamışsa Amerika'nın selameti için gereken her şey yapılabilir. T. Roosevelt'e göre, yürütme gücü yalnızca Anayasada açıkça belirtilen hallerde sınırlandırılmalıdır. Bu görüşe göre Başkan, kendisini, *bebek bezine sarılı gibi hissetmemeli, cesaret ve dürüstlikle halka hizmet edilmelidir*. T. Roosevelt, olağanüstü dönemdeki yetkilerini olağan döneme de taşıyan kişidir. Bu teori, Başkanın doğrudan halkı etkileyerek halkı yanına alma teorisidir. T. Roosevelt'ten sonra Başkan olan

⁴³ <<https://setadc.org/trump-ilk-kararnameleri-imzaladi/>> erişim tarihi 9 Haziran 2025.

⁴⁴ <https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_executive_orders_in_the_second_presidency_of_Donald_Trump#> erişim tarihi 10 Haziran 2025; <<https://setadc.org/trump-ilk-kararnameleri-imzaladi/>> erişim tarihi 9 Haziran 2025.

⁴⁵ ABD Başkanı, kendi dönemine ait belgeleri açıklamak zorunda değildir.

⁴⁶ Neil (n 20) 3; Contrubis (n 11) 15.

⁴⁷ Çolak (n 24) 61.



uzak kuzeni Franklin Delano Roosevelt ile ABD’de *Modern Başkanlık Sistemi* doğmuş, Başkanların yetkileri istisna olmaktan çıkmış ve kural haline gelmiştir. ABD Kongresine liderlik yapan F.D. Roosevelt, II. Dünya Savaşını şekillendirmiştir. F.D. Roosevelt, II. Dünya Savaşında, *Kongre’nin aldığı tarafsızlık kararını yok sayarak* müttefiklerine destek önermiştir. Başkan Woodrow’un teorisi de Roosevelt’i takip etmiştir. O, *Anayasa ve kanunlar; Başkana danışmanlık yapar; “şüphe duysan da onu yap” görüşündedir.* O’na göre ABD Başkanı geniş yetkilerle donatılmıştır. Başkan Wilson ve Başkan Roosevelt geniş Başkanlık yetkilerini kullanmışlar; Başkan Roosevelt, birinci yılında 654 kararname yayımlamış, yeni finans programı için tüm bankaları 4 gün kapatmıştır.⁴⁸

Başkanın yetkileri konusundaki ikinci görüş, birinci görüşün aksine, “şüphe duyarsan yapma” görüşüdür. Önceleri Federal Yüksek Mahkeme hâkimliği yapıp daha sonra ABD Başkanı olan *Howard Taft* tarafından geliştirmiş olan bu görüşe, lafzi teori de denilebilir. Bu teoriye göre Başkan’ın yetkisi çok dardır. Başkan, Anayasa veya kanunlar açıkça yetki vermişse ancak bu durumda yetkilidir. Birinci teoriyi “*evrensel ilah*” diyerek eleştiren Başkan Taft, “lafzi yorum teorisi”ni (*literalist theory, constitutional theory veya whig theory*) geliştirmiştir. Başkan Taft, “*en az hükümet eden en iyi hükümettir*” şeklindeki *negatif hükümet modelini* savunmuş, teorisini, “şüphe duyarsan yapma” şeklinde özetlemiştir.⁴⁹

E. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE BAŞKANLIK KARARNAMELERİ VE FEDERAL YÜKSEK MAHKEME

ABD’de Başkanlık kararnamesini kurumsallaştıran Federal Yüksek Mahkemedir. Anayasada Başkanlık kararnamesi, açıkça yoktur ama Anayasanın 2 nci maddesindeki yetkilerden çıkarılmaktadır. Yorum yoluyla çıkarıldığı için kapsam ve alanı, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasındaki kadar net değildir. ABD’de Başkan kanunu onaylarken kamuoyunu etkilemek için açıklama yapabilir (*signing statement, yazılı beyanname*). Bu da Başkan için, kamuoyunu etkilemekte iyi bir araç sayılabilir.⁵⁰ ABD’de Başkanlık kararnamelerini 1962’den beri *Director of the Office of Management and Budget* (OMB) hazırlar; daha önce Adalet Bakanlığı veya başsavcılık hazırlıyordu.⁵¹ Anayasa ve Kongre’nin tanımını yapmadığı ama bunlardan kaynaklanan Başkanlık kararnameleri kanunları etkileyen bir güçtür.⁵²

⁴⁸ Contrubis (n 11) 4.

⁴⁹ Contrubis (n 11) 4.

⁵⁰ Covington (n 27) 2; Covington’a göre, ABD başkanları bu yetkiyi kullanırken Anayasayı ihlal edilebiliyor, yetkisini aşabiliyor; aynı yer.

⁵¹ Neil (n 20) 6.

⁵² Contrubis (n 11) 1, 20. Bkz. Armstrong v. US, 80 USA 154 (1871).

ABD’de Başkanlık Kararnamelerinin yargısal denetimi konusunda anayasal çerçeveyi *Youngstown Sheet and Tube Co. V. Sawyer Davası* (1952) kararı çizmektedir.⁵³ Bu Federal Yüksek Mahkeme kararına göre Başkan, Anayasadan aldığı bir yetkiyi kullanabilir veya Kongre, Başkana bir kanunla düzenleme yetkisi verebilir. Bu kararda Federal Yüksek Mahkeme, Başkan Truman’ın 1952 yılında çelik fabrikalarına el koyması nedeni ile açılan davada “yetki aşımı” ve “mülkiyet hakkının ihlali” gerekçeleriyle Başkan’ı haksız bulmuş ve çelik şirketleri davayı kazanmış, Başkan Truman’ın Başkanlık Kararnamesi iptal edilmiştir.⁵⁴ Bu kararın gerekçesinde Hâkîm Jackson, Başkanlık kararnamelerinin, sabit-donuk bir yetki olmadığını belirtmiş ve Başkanın yetkisini, üç kategoriye ayırmıştır. *Birincisi*, şayet Kongrenin rızası varsa Başkanın yetkisi maksimumdur. ABD Anayasasının veya Kongre’nin yetki vermesi halinde Başkan tam yetkilidir. *İkincisi*, Kongre ne inkâr etmiş ne de Başkana garanti vermemişse durum muğlaktır. *Üçüncüsü*, şayet Kongre ret etmişse, Başkanın şansı çok düşüktür.⁵⁵ *Kısaca Federal Yüksek Mahkeme, Başkan’dan, kararnamesine, Anayasa veya kanundan dayanak bulmasını istemektedir.*

Federal Yüksek Mahkeme, Başkanlık kararnamelerinin, eşitlik⁵⁶ ve hukuk devleti gibi ilkelere⁵⁷ uygun olup-olmadığına dikkat etmektedir. Bununla birlikte Federal Yüksek Mahkeme, Başkan, anayasal yetkisini aşmadığı ve yasamaya müdahale etmediği sürece Başkanlık kararnamelerini etkin şekilde denetlemektedir.⁵⁸ 1943-1997 arasında ABD Başkanına karşı açılan 83 davadan sadece 14 ünü kişiler kazanmıştır.⁵⁹

Son zamanlarda yeni anayasacılığın merkezine oturtulan, yeni bir siyasal rejim türü doğmuştu, jüristokrasi. Siyasal sistem ne kadar zayıf, karar alamaz, çözüm üretemez bir durumda ise jüristokrasi o oranda genişliyordu. Karl Doehring’e göre, siyasal karar veren ama seçilmemiş olan yargı, diktatör veya mutlak hü-

⁵³ *Youngstown Sheet and Tube Co. V. Sawyer Davası* (1952), 343 US 579 (1952); ayrıntı için bkz. Chu-Garvey (n 26) 1. *Dames and Moore v. Regan* davasında Federal Yüksek Mahkeme, *Youngstown* kararına atıfta bulundu. Ayrıca bkz. *Medellin v. Texas*, 552 US 491 (2008). Chu-Garvey (n 26) 6; Contrubis (n 11) 2.

⁵⁴ Neil (n 20) 5; Chu-Garvey (n 26) 4. Bu kararda 6 Federal Yüksek Mahkeme hâkimi Başkanı haksız bulmuş, 4 Federal Yüksek Mahkeme hâkimi ise Başkanı haksız bulmakla birlikte farklı gerekçeye dayanmıştır; Contrubis (n 11) 6.

⁵⁵ Chu-Garvey (n 26) 5; Contrubis (n 11) 7.

⁵⁶ Equal protection clause; 1982/10 gibi (eşitlik).

⁵⁷ Due Process Clause. Hukuk devleti kavramı modern anlamda Almanya’da ortaya çıkmış oradan Fransa’ya geçmiş bir kıta Avrupası kavramıdır. Mülk devleti ve hukuk tanımaz polis devletine karşı geliştirilmiştir; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, (Seçkin Yayınları, Ankara, 2018) 68-69.

⁵⁸ Neil (n 20) 3.

⁵⁹ Yasin Söyler, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, Ankara, 2018, Seçkin Yayınları, 254.



kümdarı çağrıştırmaktadır.⁶⁰ Parlamentoların anayasaya uygun olarak çıkardıkları tasarruflara karşı yargının müdahale etmemesi gerektiği konusunda ABD’de “*political question*” ve Almanya’da “*auto limitation (judicial self restraint)*” doktrinleri gelişmişti.⁶¹

Federal Yüksek Mahkeme, yargısal aktivizm endişesiyle Başkanlık kararnamelerine fazla müdahale etmemiştir. Yargısal aktivizm kavramı, özellikle 1940’lı yılların başından itibaren ABD anayasa hukukunda işlenmektedir.⁶² Yargısal aktivizm kavramını ilk kez *Arthur M. Schlesinger Jr* 1947 senesinde yazdığı bir makalede kullanmış, hâkimleri orta yolcular, yargısal aktivistler ve kendisini sınırlama şampiyonları olarak üçe ayırmıştı. Robert H. Jackson’a göre, „Mahkemeler mahkeme olarak hareket etmeyi bırakıp politikayı kontrol eden organlar haline geldiklerinde, *hukuk devleti* emin ellerde değil demektir”.⁶³ Anayasa mahkemelerinin, anayasaya uygun olan işlemleri iptal etmelerine (doğruluktan ayrılmasına) geniş anlamda *yargısal aktivizm* denilmektedir.⁶⁴

Supreme Court’un *Baker v. Carr* kararında savunulan siyasal sorun doktrinine (*political question doctrine*)⁶⁵ göre hâkimler, siyasal sorunları çözmemeli, bunu siyasal organlara havale etmelidirler. Bunun için de, öncelikle, görevli siyasal kurumlar olmalı, *ikincisi*, mahkemeye yönelik bir hukuk normu olmamalı, üçüncüsü, konu bir siyasal tercih sorunu olmalı, *dördüncüsü*, diğer kuvvetlerin yetkisine müdahale olmamalıdır. Aksi halde hâkim, *kanunun ağızı değil*, siyasal ve toplumsal yaşamı etkileyen *yasa koyucu benzeri* olmaktadır.

Doktrinde *hâkimler hükümeti* veya yargı iktidarı (*juristocracy*)⁶⁶ denilen şey, yargının siyasal kurumlar üzerindeki vesayetidir; halka karşı yargının iktidarıdır. Alexander Hamilton, kuvvetler arasında en az tehlikeli organ olarak yargıyı

⁶⁰ Karl Doebling, “*Genel Devlet Kuramı*”, çev. Ahmet Mumcu, 2. Baskı, İstanbul, 2002, s. 234; yargının tarafsız ve bağımsızlığını sağlamak yürütmenin görevidir; Meltem Dikmen Caniklioğlu, “*Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu ve İlişkileri*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, 2008, s. 9-58, s. 57.

⁶¹ Bkz. Bakır Çağlar, “*Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları*”, Anayasa Yargısı 2, Ankara, 1985, s. 192

⁶² Judicial minimalism ve judicial empathy kavramları için bkz. Zengin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Yargısal Aktivizm Doktrini*, Ankara, 2014, s. 45, 46.

⁶³ Metin Yüksel, “*Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu*”, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 2012, s. 91.

⁶⁴ Baker v. Carr davası için bkz. 369 U. S. 186 (1962).

⁶⁵ <http://www.law.cornell.edu/wex/political_question_doctrine> erişim tarihi 1 Aralık 2014; <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article>> erişim tarihi 1 Aralık 2014.

⁶⁶ Jüristokrasi konusunda ayrıntı için bkz. <http://www.hup.harvard.edu/catalog>> erişim tarihi 1 Aralık 2014.

gösteriyordu. İkinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa’da anayasa yargısı oldukça güçlenmiştir.⁶⁷

Yargısal aktivizm, mahkemelerin hukuk dışına çıkarak kendi kişisel politik görüşlerine dayanarak siyaset yapmalarıdır.⁶⁸ Yargısal aktivizmin *hâkimler hükümetine* yol açabileceği endişesi vardır.⁶⁹ Montesquieu’nün deyiimiyle “*elinde kuvvet bulunduran kimse, onu kötüye kullanmaya meyleder*”. Yargısal aktivizm, *yargının yasaması*, yani yargının yasama organı görevini üstlenmesi demektir. Oysa anayasa mahkemelerinin meşruiyeti insan hakları ile sınırlıdır. Anayasa yargısı organı, *yargısal yorum* adı altında kanun yapabilir ve bu da *hukuki güvenliği* tehdit edebilir.⁷⁰

F. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE BAŞKANLIK KARARNAMELERİ VE KONGRE

ABD’de tüm üst kademe kamu yöneticileri ve hâkimlerin atanması ve bütçenin kabulü Senato onayı ile mümkündür. ABD’de Başkan, Kongre’nin onayına ve yürürlüğe koymasına ihtiyacı olmadan kanun gücünde Başkanlık kararnamesi çıkarabilir.⁷¹ ABD’de Başkanlar göreve gelir gelmez, Anayasaya, kanuna veya Kongre’nin rızasına dayanarak, politikalarını gerçekleştirmek için genel olarak Başkanlık kararnamesi çıkarırlar.⁷²

ABD’de Kongre’nin, Başkanlık kararnamesini ilga gücü vardır ama Kongre, *yargısal aktivizm* düşüncesi nedeniyle bu durumdan genellikle kaçınmakta ve kararnameye fazla müdahale etmemektedir. 141 Kongre şu ana kadar Başkanlık Kararnamesinin ancak %4’den daha azını (3.8) kaldırmış veya değiştirmiştir.⁷³ Kongre, *siyasi partilerin gücü ve kutuplaşma* nedeniyle ABD’de Başkanlık kararnameleri ile fazla ilgilenememektedir. Bu durumda medyanın Başkanı eleştirdiği görülmektedir. Bir görüşe göre, ABD’de Başkanın yetkilerini kısmak çözüm değildir ama Başkan da yetkilerini aşmamalıdır.⁷⁴

⁶⁷ Bkz. Michel Rosenfeld/Andras Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, s. 859. Bilindiği gibi, anayasa yargısı ve mahkemelerinin fikir babası sayılan Hans Kelsen, AYM kararlarının doğası gereği siyasi olduğunu belirtmiştir. Anayasa mahkemelerinin, Doğu Bloğunun yıkılmasından sonra, yasama ve yürütmeye karşı oluşan güvensizlik nedeniyle, özgürlükleri korumadaki fonksiyonunun arttığını görmektedir.

⁶⁸ Bkz. Turhan Feyzioğlu, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, Yabancı Memleketlerde-Türkiye’de, Ankara, 1951, s. 343-344.

⁶⁹ Yüksel (n 63) 88.

⁷⁰ Metin Kıratlı, “*Anayasa Mahkemeleri ve Siyasal Polemikler*”, AYM, 55 Yıl 55 Makale, 1982, s. 459 vd. “Kürtaj”, “Kara daire” ve “Kızıl daire” için bkz., s. 459.

⁷¹ Neil (n 20) 2.

⁷² Chu/Garvey (n 18) 1.

⁷³ Chu/Garvey (n 18) 9; Covington (n 27) 6; burada “cooling-off periods” (serinleme süreleri) kavramı da geçmektedir.

⁷⁴ Covington (n 27) 7.



Bir görüşe göre, son yıllarda ABD’de *idarenin yasama yetkisini* kullanması çok artmıştır. Karşı görüşe göre ise, Kongre ve Federal Yüksek Mahkeme müdahale etmediği için kararname artmakta, genişlemekte ve demokrasiyi tehdit etmektedir.⁷⁵ ABD’de bu tür tartışmalar vardır. Sayının çok olmamasının bir nedeni de Başkanın veto etmesi ve veto üzerine Temsilciler Meclisi ve Senato’da gereken 2/3 sayısının bulunmasının çok zor olmasıdır.⁷⁶

ABD’de çelik işçileri, Kore savaşı devam ederken greve gitmiş, grev önlenememiş, Başkan Truman, Kongre’ye bilgi verdiği halde, Kongre sessiz kalmıştı; bunun üzerine Truman kararname çıkarmıştı.⁷⁷ *Youngstown* kararından sonra da Carter’in İran’daki rehinelere ilgili 12170 sayılı/14 Kasım 1979 tarihli ve 19.01.1981 tarihli/12279 sayılı kararnameyi çıkardığını görmekteyiz. İran’la ilgili *Dames and Moore v. Regan* kararı ile Federal Yüksek Mahkeme, ulusal güvenlik ve uluslararası ilişkilerde Başkanın yetkili olduğunu belirtmiştir.⁷⁸ Kongre *siyasi sorunlarda*, kural olarak, kararnameyi incelememek yanlısıdır.⁷⁹

1793’de Başkan George Washington, Fransa-İngiltere Savaşı için, *proclamation* (tebliğ, bildiri) ilan etmiş, Kongre daha sonra *Neutrality Act* (1794) ile Başkanın bu bildirisine destek vermiştir.⁸⁰ Başka bir örnekte Başkan, kanuna dayanmadan kararname çıkarmış, Kongre sessiz kalarak zımnî destek vermiştir. Savaş konusunda Başkanlar, Kongrenin savaş açma kararı olmadan orduyu çatışmalara göndermişler, can kayıpları olmuş, Kurucu Babaların *fren-denge mekanizmaları* bu alanda verimli işlememiştir.⁸¹ ABD’de Bush-el-Gore çekişmesini Federal Yüksek Mahkeme çözmüştü.

ABD Başkanının idari düzenleyici işlemlerinden Başkanlık kararnamesi genel olarak kanun gücündedir. Başkanlık kararnameyi dayanağını anayasadan veya kanundan alabilir, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırabilir⁸² ve kanunlarda değişiklik yapabilirler.⁸³

⁷⁵ Covington (n 27) 1. Kongre, Başkanlık kararnamesini belirli bir süre ile sınırlayabilir. Kongre, 11399 sayılı Kararnameyi 5 yıllık süre ile sınırlamıştır; Contrubis (n 11) 16.

⁷⁶ Chu/Garvey (n 18) 9.

⁷⁷ Contrubis (n 11) 5. Türkiye’de ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için sadece Anayasaya uyulması ve dayanak bulunması talep edilmektedir. Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği ve Cumhurbaşkanlığı yönergesi için ise kanuna uyulması istenmektedir.

⁷⁸ *Dames and More v. Regan* 453 US 657 (1981) ayrıntı için bkz. Contrubis (n 11) 8.

⁷⁹ Neil (n 20) 4.

⁸⁰ Neil (n 20), 3; Contrubis (n 11) 3.

⁸¹ ABD’de yürütme, Kurucu Babalar döneminden daha güçlüdür; Neil (n 20) 6. Kurucu Babalar, Kongre’nin kanun yapmasını, yürütmenin ise Başkanda olmasını istediler. Covington’a göre, günümüzde ABD Başkanları fazla yetki kullanıyor; Covington (n 27) 6.

⁸² Chu/Garvey (n 18) 1.

⁸³ Çolak (n 24) 61.

Başkanın executive order dışında proclamation (tebliğ, bildiri) ve presidential memoranda (genelge) çıkarma yetkisi vardır ama bunlar kanun gücünde değildir. Presidential memoranda'ya, devletin olağan işleri için çıkarılan genelge anlamı verilebilir. Executive order, Federal Register'de (Resmi Gazete) yayımlanmak zorundadır ama proclamation (tebliğ, bildiri) ve presidential memoranda'nın (genelge) Resmi Gazetede yayımı için Başkanın rızası gerekir. Memoranda'nın çıkarılması, kanunu etkileyebilir.⁸⁴ Şayet bu işlemler, Anayasa esas alınmışsa kanun gücünde olur. Bu üç işlemin hangisinin kanun gücünde olduğu konusunda çok net bir ayırım yoktur. Ayrıca Başkan, National Security Directives (milli güvenlik emirleri) de yürürlüğe koyabilir ama bunun Federal Register'de (Resmi Gazetede) yayımı zorunlu değildir.⁸⁵ Başkanın yürütmeye ilişkin olarak çıkardığı farklı isimlerdeki tasarrufların tamamını, Başkanlık kararnamesi şeklinde tek isim altında toplamak mümkün olabilir.

Başkanlık kararnamelerinin konusu çok geniştir. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmak, silahlı kuvvetleri birleştirmek, ırk ayırımı önlemek,⁸⁶ kiralama ve sözleşmelerde ırk ayırımı kaldırmak, yabancı liderleri korumak, olağanüstü hal ilan etmek ve bu konuda gereken tedbirleri almak, terörle mücadelenin tedbirlerini almak, savaşta ABD'nin tarafsız olduğunu açıklamak, kürtaj konusunu belirlemek,⁸⁷ köleleri özgürlüğe kavuşturmak,⁸⁸ Müslüman 7 ülkenin vatandaşına vize koymak,⁸⁹ kamu kurumlarını ihdas etmek, gizli askeri mahkeme oluşturmak, konut yapmak, belediyelerden düzenleme istemek,⁹⁰ danışma komiteleri kurmak,⁹¹ telefon ve telgrafta sansür oluşturmak gibi alanlarda Başkanlık kararnamesi çıkarılmıştır.

Kongrenin kararnameye karşı kanun çıkarması, Başkanı olumsuz etkileyeceği için, Başkan stratejik hesaplar yapar; şayet önemli değilse kararname çıkarmaz.⁹²

⁸⁴ Contrubis (n 11) 20.

⁸⁵ Chu/Garvey (n 18) 3.

⁸⁶ Neil (n 20) 2; Chu/Garvey (n 18) 3 (19981 sayılı Başkanlık Kararnamesi). 8802 sayılı Başkanlık kararnamesi ırkçılığa karşı çıkarılmıştır. Truman, Eisenhower ve Kennedy ırkçılığa karşı kararname yayımlamışlardır; Contrubis (n 11) 10.

⁸⁷ Neil (n 20) 3.

⁸⁸ Abraham Lincoln, iç savaşta (1861-1865) Emancipation Proclamation'u yayımlamıştı; Neil (n 20) 2. Covington'a göre, Başkan, bunu Resmi Gazete ile ilan etmedi, halktan gizledi; bkz. Covington (n 27) 2; Contrubis (n 11) 3.

⁸⁹ Trump'ın bu kararnamesi, Federal Yüksek Mahkeme tarafından durdurulmuştur; Çolak (n 24) 62.

⁹⁰ Reagan, 12.291/17.02.1981; Neil (n 20) 4.

⁹¹ 13565/11.02.2011 tarih/sayılı EO için bkz. Chu/Garvey (n 18) 3.

⁹² Neil (n 20) 4. ABD Başkanları zaman içerisinde yetkisini kötüye kullanıyor, Örneğin Lincoln (sivil savaşta kötüye kullandı), Roosevelt (Japonlara karşı yetkisini kötüye kullandı), Wilson (sansür uyguladı), Bush (11 Eylül sonrası Müslümanları kamplara göndererek kötüye kullandı); acaba sivil özgürlükler ihmal mi ediliyor, acaba kurucu babaların koruduğu demokrasi tehdit altında mı?



ABD yasama-yürütme ilişkilerinde bazı sorunlar vardır. Şöyle ki; *Birinci sorun*, ikinci seçmenlerin vaat ettikleri partiye oy vermemeleri halinde çoğu eyalette kanuni engelin olmamasıdır. Bu durumda halkın verdiği oy etkili olamayacaktır. İkinci sorun, halktan daha çok oy alan Başkanın yerine, ikincil seçmen bazında çoğunluğu sağlayan Başkanın seçilmesi durumudur.⁹³ Üçüncü sorun *ABD Anayasasının değişmeden günümüze gelen en eski anayasa olduğu lafzı doğru yorumlanmalıdır. Hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğü açısından da ABD Anayasası örnek verilemez. Çünkü ABD Anayasası, ruhu, uygulandığı ve yorumlandığı açısından fiilen sürekli değişmektedir. Kurucu babaların hayali ile bugünkü ABD'nin durumu çok farklıdır. Dördüncü sorun* uzlaşma kültürünün yerleştiği ABD'de, buna rağmen, bütçenin onaylanmadığı durumlarda “*hükümetin kapanması*” meselesidir. *Beşinci sorun*, erken seçim kavramı olmadığı için “*rejimin kilitlenebileceği*” tartışmasıdır. Belirtilen bu sorunları ABD'de, Kongre veya Federal Yüksek Mahkeme çözebilmektedir. ABD Başkanları savaş dönemlerinde “*commander in chief*” yetkisine dayanarak geniş yetkiler kullanmışlardır. Başkanların savaş açması durumunda, Kongre'nin de, savaş bütçesini onaylamama yetkisi bulunmaktadır.⁹⁴

G. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE KONGRE'NİN BAŞKANI DENETLEMESİ

ABD'de *parti disiplini* olmadığı için Başkanın parlamento ile ilişkilerinde zorluklar vardır. ABD Başkanı, Kongre Başkanlarına mektup yazarak yasalar hakkında bilgi verebilir. Başkan ve Kongre farklı partilerden ise, daha büyük zorluklar yaşanmaktadır. ABD'de Meclis Komisyonlarının Türkiye'den daha etkili olduğu belirtilebilir. Başkan, kararname çıkarak Kongreyi kanun çıkarmaya zorlayabilir. ABD'de Başkanlık kararnamesi, gizli değilse Resmi Gazetede⁹⁵ yayımı şarttır.⁹⁶ ABD'de Başkanlık genelgesinin Resmi Gazetede yayımlanması şart değildir.

ABD'de yasama ve yürütme özerk kuruluşlardır; yürütme yasamadan türemiş değildir. Başkan kanun çıkaramaz ama veto eder; Başkan bütçeyi hazırlayamaz ama parlamentonun yaptığı bütçe yasasını veto edebilir.⁹⁷

Covington (n 35) 1-2-3. Bkz. *Hamdi v. Rusfeld* (2004), *Hamdan v. Rumsfeld* (2006); Bush gizli yaparak yanlış yaptı; Covington (n 27) 4; Contrubis (n 11) 9.

⁹³ Mert Nomer, *ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri* (İstanbul 2013, XII Levha Yayınları), 95.

⁹⁴ Başkanın, Anayasanın 2. Maddesindeki yetkilerinin ayrıntısı için bkz. Neil (n 20) 6. Bu konuda bizde 1982 Anayasa'sının 87 ve 92 inci maddeleri önemlidir.

⁹⁵ The Federal Register.

⁹⁶ Contrubis (n 11) 6; Neil (n 20) 6.

⁹⁷ Bkz. Ervin Chemerinsky (n 3), *Constitutional Law: Principles and Policies*, New York, 2011, s. 148. Geniş bilgi için bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Mahfuz Yetki Midir*, Ankara Barosu Dergisi, 2019/3, Ankara, s. 277 vd.

ABD’de Başkanın iki türlü veto yetkisi vardır.⁹⁸ Birincisi paket vetosu olup, Başkanın, Kongrenin kabul ettiği kanunu kabul etmediğini 10 gün içerisinde bildirmesidir. Her iki meclisten geçen kanunların (*bill*) kanunlaşabilmesi için, başkanın on gün içerisinde tasvibi (*approve*) gerekir. Kanun tasarılarını beğenmezse, yeniden görüşülmek üzere 10 gün içerisinde gerekçesiyle birlikte Kongreye iade eder. Ayrıca Başkanın paketin içerisinden bazı maddeleri iptal etmek yetkisi de vardır, buna kısmi veto denir.⁹⁹ İkincisi cep vetodur (*pocket veto*); şayet Başkan, 10 gün içerisinde bir kanun tasarısını veto etmezse (kanun tasarısını cebinde tutarsa) buna „cep vetosu” denilmektedir.¹⁰⁰ Başkan, Kongre tatile yaklaşırken, kabul edilen kanunu (pazar günleri hariç) 10 gün imzalamazsa yani onaylamaz ise veya veto da etmezse, kanun teklifi kesinleşmiş olmaz. Başkan gelen kanun teklifini bekletirse zımnen red etmiş olur (*pocket veto*). ABD’de veto edilen bir kanun her iki Meclis (Kongre) tarafından ayrı ayrı 2/3 çoğunlukla kabul edilmek zorundadır; veto ancak bu şekilde aşılabılır (*overriding*).¹⁰¹

Başkan G. Cleveland, 1884-1888 ve 1892-1896 yıllarında 2 kez başkanlık yapmış ve tam 414 adet veto kullanmış, adı “Vetocu Başkan”a çıkmıştır. *Başkan Roosevelt* 12 yıllık başkanlık döneminde 631 kanunu veto etmiş, bunlardan sadece 10 tanesi yeniden kanun haline getirilebilmiştir.¹⁰² Bu, Başkanın Kongre üzerindeki çok önemli bir yetkisidir.¹⁰³ Senato, önüne gelen uluslararası antlaşmayı 2/3 oranında onaylarsa, imza için Başkanın önüne gelir.¹⁰⁴ Senato değişiklik yaparsa, antlaşma yeniden taraflarca görüşülür. Senato hareketsiz kalarak antlaşmayı onaylamazsa, yürürlüğe girmez.¹⁰⁵

ABD’de yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi Federal Yüksek Mahkemenin önüne gelmiş, sine konu olmuş Mahkeme bu konuda iki önemli karar vermiştir; *Panama Refining Co. V. Ryan* (1935) ve *Schechter Poultry Corp v. United States*

⁹⁸ Bkz. *Clinton v. City of New York* davası.

⁹⁹ Devlet Personel Başkanlığı (n 2) 29.

¹⁰⁰ David F. Forte, “Pocket Veto”, (Art. I, Sect 7, Cl. 2), *The Heritage Guide to the Constitution*, s. 89-91. Bu konuda bkz. Butler C. Derrick, Jr., “Stitching the Hole in the President’s Pocket: A Legislative Solution to the Pocket-Veto Controversy”, 31 Harv. J Legis, 371 (1994). Bu konuda önemli bir dava için bkz. *The Pocket Veto Case*, 279 U. S. 655 (1929).

¹⁰¹ Morlan (n 4) 43. Pocket veto ile Başkanın yetkisini aşması durumunda Başkan sorgulanabilir.

¹⁰² Steven L. Emanuel, *Constitutional Law*, (Twenty-Ninth Edition, New York, 2011), Published by Wolters Kluwer Law and Business in New York, C-6,7.

¹⁰³ Türkiye’de 2017 Anayasa değişikliği ile veto halinde Meclis’ten 2/3 değil, salt çoğunlukla (301/600) kabul koşulu getirilmiştir.

¹⁰⁴ Belirtildiği gibi Arjantin’de yüksek hâkimlerin Başkan tarafından teklifi Senato’nun 2/3 onayı ile Brezilya’da ise yüksek bürokrasinin atanması, Senato onayı ile mümkündür.

¹⁰⁵ Covington (n 27) 6; ayrıca bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi (Araştırma Hizmetleri Başkanlığı), *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*, (Ankara 2019, Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayını), 211 vd.

(1935). Bu davaların sonucuna göre yasama yetkisi ilke olarak devredilemez ama bu ilke çok sert uygulanmamaktadır.

ABD sisteminde yürütme etkindir. Hatta yasama organı, “*tricameralism*” (üç meclislilik) olarak tanımlanmış, Başkan, tek başına bir meclis olarak nitelendirilmiştir.¹⁰⁶ Federal Yüksek Mahkeme, 1935 yılından sonra *yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini* esnetmiş ve Kongre, kamu kurumlarına yetki devri yapabilir, demiştir. Federal Yüksek Mahkemeye göre, ABD’de Kongre, Başkana, kurumlara ve Bağımsız İdari Otoritelere, Türkiye’deki kanun hükmünde kararname yetkisine benzer yetki devrinde bulunabilir. Esasen Başkan gücünü yasamanın yaptığı bu tür yetki devrinden de almaktadır. ABD Başkanının yasama üzerindeki yetkileri nedeniyle Başkan, “*yasamanın başı*” olarak nitelendirilmektedir.¹⁰⁷ ABD’de yasama-yürütme-yargı arasında *yatay kuvvetler ayrılığı olduğu* gibi federe ile federal devletlerarasında ayrıca *dikey kuvvetler ayrılığı* vardır.¹⁰⁸

ABD’de Başkan’ın düzenleyici işlemlerindeki etki ve yetkisinin, dünyanın bazı ülkelerinde; yarı-başkanlık sisteminin tesis ve yayılmasında, özellikle yarı-başkanlık sisteminin proto-tip ülkesi olan Fransa’yı¹⁰⁹ da etkilediği belirtilebilir.

H. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÖNETİMİNDE EVANJELİZM VE DİN-DEVLET İLİŞKİLERİ

Amerika Birleşik Devletleri yönetiminde Evanjelistlerin Başkan üzerinde çok önemli bir etkisi vardır. 15 Temmuz nedeniyle yargılanan ABD uyruklu Evanjelik din adamı Andrew Craig Brunson ile ilgili sürecin Türk-Amerikan ilişkilerinde gerilime yol açması, Donald Trump döneminde ABD’deki Evanjelik grupların

¹⁰⁶ Nomer (n 93) 93.

¹⁰⁷ Neil (n 20) 2.

¹⁰⁸ Kurucu Babalardan Madison gibi Montesquieu da, “yasama ve yürütme aynı kişiye birleşirse tiranlık olur” demişti; Fleishman / Aufses (n 43) 2. Kuvvetler ayrılığının (*separated powers*) rijit olması da gerekmez, kuvvetlerin paylaşılması (*shared powers*) gerekir; Fleishman / Aufses (n 43) 44.

¹⁰⁹ Fransa’da Cumhurbaşkanının asli ve özerk düzenleme yetkisi vardır (Söyler (n 59) 23). Beşinci Fransız Cumhuriyet sistemine göre, Fransız Cumhurbaşkanına, sistemde belirli bir ağırlık verilmektedir (Fransız 5. Cumhuriyet’inde Parlamento için bkz. Gerhard Loewenberg, *Modern Parliaments, Change or Decline?* Chicago, 1971, s. 81 vd.). Fransa’nın 1958 tarihli Anayasasının 19 uncu maddesinde Fransız Cumhurbaşkanının yetkileri sayılmaktadır. Buna göre, *başbakanı atamak, azletmek, referandum yapmak, meclisi feshetmek, iptal davası açmak, Anayasa Mahkemesi Başkan ve 3 üyesini seçmek yetkileri vardır. Fransız Cumhurbaşkanı, ilgililere danıştıktan sonra olağanüstü hal ilan edebilir* (Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul: 2017, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 516). Fransa’da 1958 Anayasasının 1962 yılında yapılan değişikliği ile Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçilir. 1958 ile 1962 arasında Cumhurbaşkanını Seçiciler Kurulu seçiyordu. 1962 yılından itibaren Fransa’da Cumhurbaşkanını halk seçmektedir. 2012 Mayıs’ında solun adayı Hollanda Cumhurbaşkanı olarak seçilmiştir (Teziç (n 121) 517, 518. Fransa’nın dönemleri için yapılan tablo için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi (Araştırma Hizmetleri Başkanlığı), (n 109) 34. Cumhurbaşkanının suçlanması, her iki meclisin 2/3 oyu ile mümkündür (Türkiye Büyük Millet Meclisi (n 121) 73. Fransa Cumhurbaşkanları ile hükümetlerin görev süreleri konusundaki tablo için bkz. s. 80.).

Amerikan dış politikası üzerindeki etkisini yeniden tartışmaya açmıştır. ABD'deki önemli siyasi aktörler arasında sayılan Evanjelikler, ABD'nin İsrail Büyükelçiliğini Kudüs'e taşıması kararında da en fazla tartışılan kesim olmuştur. Koyu dindar Hristiyan bir kitlenin Trump'a neden oy verdiği, kendisi de bir Evanjelik olan Başkan Yardımcısı Mike Pence'in Beyaz Saray'daki etkisi ve Kongre ara seçimlerinin yaklaşması gibi konular, son dönemde Evanjelikler ve etkilerine dair başlıklar öne çıkmıştır. *Hristiyan Siyonistler* olarak bilinen Evanjelistler, ABD'de 80 milyon civarındadır ve nüfusun yaklaşık % 25'ini oluşturmaktadır. Bunlar İsrail'in, İncil öğretileri doğrultusunda kurulduğuna, Hz. İsa'nın tekrar bu topraklara geleceğine ve kıyametin böylece kopacağına inanıyorlar. 2016 seçimlerinde bunların % 81'i Trump'a oy vermiştir. 2017 yılında çoğu Evanjelist olan 800.000 Amerikalı İsrail'i ziyaret etmişti.¹¹⁰ Günümüzde Evanjelizm, ABD'de en yaygın Hristiyan mezheplerinden biridir.

Amerika Birleşik Devletlerinde Hristiyanlığın önemli bir gücü olduğu ve misyonerlik teşkilatlarıyla da önemli bir bağı olduğu bilinmektedir. Aslında yıllar önce 1810 yılında Amerikalılar misyonerlik örgütlerini resmen kurmuşlardır. 1855'de Amerika'da 6185 adet misyoner kurumu oluşmuştur.¹¹¹ 1896 yılında dünyada 150 Protestan örgütünde 11574 misyoner faaliyet göstermekteydi.¹¹² Protestan (Evangelical) Hareketler Osmanlı'da, çalkantılı bir zaman olan 1831 yılında başlamıştır.¹¹³ Aslında *misyonerlerin Anadolu topraklarındaki faaliyetleri 1218 yılında Rahip Saint Francesko'nun bu amaçla İstanbul'a gelmesiyle başlatılır*.¹¹⁴

1810 yılında 3 kilisenin temsilcileri tarafından Massachussetts'de kurulan¹¹⁵ ve Amerikan Protestanlarının Evanjelist misyoner örgütü olan American Board of Commissioners for Foreign Missions (ABCFM)¹¹⁶ 1818'deki yıllık toplantısında Osmanlı Devleti'nde misyon istasyonları kurulması için çalışmalar yapılmasını kararlaştırmış ve 5 Ocak 1820'de misyonerler, bu istasyonların açılması için ge-

¹¹⁰ <<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/kim-bu-evanjelikler/1221601>> erişim tarihi 12 Haziran 2025.

¹¹¹ Necmettin Tozlu, *Osmanlı İmparatorluğunda Misyoner Okulları*, (Yeni Türkiye, Osmanlı Özel sayısı, Ankara, 1999), 329.

¹¹² Uygur Kocabaşoğlu, *Kendi Belgeleriyle Anadolu'daki Amerika, 19. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğundaki Amerikan Misyoner Okulları*, İstanbul, 1989, 16-17.

¹¹³ Cyrus Hamlin, *Among The Turks*, New York American Tract Society, Boğaziçi Üniversitesi Yayını, 2014, 30. Protestanlık, Papa otoritesine karşı, Papazın aracılığını reddeden, Papazın evlenebileceğini kabul eden, günah çıkarmayı kaldıran, azizleri benimsemeyen bir mezheptir. Alman Luther (1483-1546) tarafından kurulmuş, 1555 yılında resmi mezhep olarak benimsenmiştir.

¹¹⁴ Bu konuda Hasan Tahsin Fendoğlu, *Modernleşme Bağlamında Osmanlı-Amerika İlişkileri* (1786-1929), (Beyan Yayınları, İstanbul 2002)'den istifade edilmiştir.

¹¹⁵ Orhan Köprülü, *Tarihte Türk Amerikan Münasebetleri*, Belleten C. LI, (Ağustos 1987, Sayı 200), ss. 927-945, s. 936.

¹¹⁶ ABCFM konusunda ayrıntı için bkz. John Hammond Moore, *America Looks At Turkey, 1876-1909*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Doctorate Dissertation), Virginia University 1961, Boğaziçi Üniversitesi Kütüphanesi, 90-95.

rekli hazırlık çalışmalarını yapmak üzere Osmanlı topraklarına gönderilmişti.¹¹⁷ Fisk, 1820'lerde çeşitli bölgeleri gezerek Türkler, Araplar, Dürziler, Maruniler, Rumlar ve Ermeniler hakkında detaylı bilgi toplamıştı.¹¹⁸

Dwight ve Eli Smith, çeşitli bölgelerde gezerek, Kürtler, Ermeniler ve Nasturiler hakkında 700 sayfalık bir kitap hazırladı. Bu kitap Evanjelik ABCFM tarafından bastırıldı ve bölgeye gelen tüm misyonerler için temel bir başvuru kitabı oldu.¹¹⁹ İncil Türkçe, Arapça, Yunanca, Ermenice, Bulgarca, Kürtçe ve Yahudi'ce gibi dillere çevrildi.¹²⁰

Osmanlı İmparatorluğunda daha 1836 yılında *Evangelical Union* (Evanjelik Birliği) kurulmuştu. İngilizce tedrisat yapan Amerika ilkokulları Osmanlı İmparatorluğu dâhilinde daha 1830'lu yıllarda kurulmuştu.¹²¹ 1868 de gereken izni alarak, en fazla yardım eden Amerikalı zengine atfen Robert Kolej adı verilen okul açıldı,¹²² Genelde Robert College, bir misyoner kurumu olarak bilinir ki bu Batılı araştırmacılar tarafından da doğrulanır.¹²³ Kız Okullarının açılmasına gerek görüldükten sonra, Üsküdar'daki İstanbul Amerikan Kız Koleji (Constantinop-

¹¹⁷ Roger Reed Trask, *The Relations of the United States and Turkey 1927-1939*, (A Thesis in History, The Pennsylvania State University, 1959, Submitted For The Degree of Doctor of Philosophy), 3; Köprülü (n 130) 939; ayrıntı için bkz. Vahapoğlu, M. Hidayet, *Osmanlı'dan Günümüze Azınlık ve Yabancı Okulları, (Yönetimleri Açısından)*, Ankara 1990, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları, No. 109, s. 21-25.

¹¹⁸ Kocabaşoğlu (n 112) 33. Osmanlı'da açılan ilk Amerikan Okulu 1824 yılında Syrian Protestant College'dir; 1824-1886 arasında 400 okul daha açıldı; Vahapoğlu (n 131) 73. Misyonerler belirli konular üzerinde derinliğine inceleme yaptılar; Tozlu (n 124) 331. 1834 yılında Londra'da basılan *Missionary Researchers in Armenia* adlı eserde şu sonuca ulaşılmıştır; Müslüman kitle Protestanlaştırılmaz ama düşman topraklarında bulunan Hristiyanlar üzerinde çalışarak düşmanın kalbine girebiliriz; Tozlu (n 111) 331.

¹¹⁹ Kocabaşoğlu (n 112) 39; ayrıntı için bkz. İlknur Polat, *Osmanlı İmparatorluğunda Yabancı Okullar*, Ankara, 1990; aynı yazar, "Osmanlı İmparatorluğunda Açılan Amerikan Okulları Üzerine Bir İnceleme", Belleten, Sy. 203, C.II, ss. 627 vd. 1876 senesinde ABCFM'nin kurduğu merkezler ve 15 ayrı aktivite merkezi vardı; Harita için bkz. Moore (n 116) 29.

¹²⁰ Hamlin (n 113) 362. 1880 tarihli Barlett Raporu, ABCFM'nin Osmanlı topraklarındaki faaliyet ve hedeflerini şöyle özetler; "Misyoner faaliyetleri açısından Türkiye, Asya'nın anahtarıdır."; Tozlu (n 111) 330. Osmanlı Devleti, Amerikan okullarını kapatmak isteyince, Türk-Amerikan çatışması çıkmış ve bu çatışma, ilişkilerin kesildiği Birinci Dünya Savaşına kadar sürmüştür (1860-1914); Ülman, Haluk, İkinci Dünya Savaşının Başından Truman Doktrinine Kadar Türk-Amerikan Diplomatik Münasebetleri (1939-1947), AÜSBF Yayını, Ankara 1961, 5.

¹²¹ Köprülü (n 130) 936. Misyonerlerinin yayılmasının iki temel direği, kilise ve okulların açılmasıydı. Cyrus Hamlin 1840'da Bebek'te misyoner seminerini açtı; Hamlin (n 113) 61. 18 yıl sonra Hamlin, bu görevden istifa etti ve yeni Protestan-Evanjelist koleji olan Robert Kolej'i kurdu. (1863). Binayı ABCFM satın almıştı. Amerikan Kolejinin masraflarını, Christopher R. Robert isimli New Yorklu zengin bir tüccar karşılamış, ABD Başkanı Hamlin de yardım etmişti; Trask (n 117) 9-10.

¹²² Hamlin (n 113) 287-301.

¹²³ "Robert College as an Outpost of American Education" (Amerikan eğitiminin bir karakolu olarak Robert Kolej) için bkz. Gordon, Leland James, *American Relations with Turkey 1830-1930, An Economic Interpretation*, (University of Pennsylvania Press, 1932), 226 vd.

le College for Girls) 1871-1872 öğretim yılında eğitime başladı.¹²⁴ Türk-ABD ilişkisi genelde samimi olarak sürdüğü halde ilk defa olarak, 1894 senesindeki Ermeni olayları nedeniyle ABD kamuoyu Türk düşmanı kesilmiştir.¹²⁵ Osmanlı İmparatorluğu için artık, “*The Sick Man of Europe*”¹²⁶ veya “*Eastern Question*” kavramı daha sıkı kullanılıyordu.¹²⁷

Yahudi’ler özellikle İzmir Gizli Musevi Cemiyeti mensupları, Amerika’da etkin idiler. Nablus ve Bekaa bölgesinde Protestanlar, izinsiz olarak ev ve konaklarda okul ve mabed açıyorlardı; Babialı bunlara vergi ödenmesi koşuluyla ruhsat veriyordu. 1901 yılında ABD Başkanı olan *Theodore Roosevelt*, 1898’de “Dünyada herkesten önce ezmek istediğim iki güç, İspanya ve Türkiye’dir” demişti.¹²⁸

Hristiyanlık inancına göre, Hristiyanlığın birinci derecede önem verdiği din Yahudiliktir çünkü Hz. İsa’nın Ferîsî geleneğine göre yetişmiş bir Yahudi olduğu bilinir, esasen ilk Hristiyanlar da Yahudi kökenlidir ve Hristiyanlık Yahudi kutsal metinlerini kendi kutsal metinleri olarak görmektedir.¹²⁹ Matta’ya göre, Hz. İsa Yahudi kökenlidir ve Hz. Mûsâ’nın getirdiği şeriatı tamamlamak için geldiğini söyler (Matta, 5/17), kendisi de Mûsâ şeriatına göre yaşamıştır. Hz. İsa her Yahudi çocuğu gibi sekiz günlükken sünnet edilmiş, on iki yaşına gelince Yahudi dini geleneklerine uymuş (Luka, 2/21-24, 42), ibadetini sinagoglarda yapmış (Luka, 4/16-17), ancak bazı hususlarda (cumartesi yasakları ve boşanma gibi) Mûsâ ka-

¹²⁴ Ünlü yazar, Halide Edip Adıvar, bu kolej mezunudur (1901); gizlice Koleje girmiş ve adeta yine gizlice mezun olmuştur; Gordon (n 139) 226. Amerikan okullarına devam eden Osmanlı vatandaşlarının sayısı, 1850’de 112 iken 1913 de 25.922 (yirmi beş bin dokuz yüz yirmi iki) ye erişti; Robert Daniel, *American Philanthropy in the Near East 1820-1960*, Athens, Ohio University Press, 1970, s. 94. 1886 yılında Osmanlı İmparatorluğunda okullarda çalışan kadın ve erkek ABD’lilerin sayısı, 254, Türk yardımcıların sayısı ise, 1049 kişi idi.

¹²⁵ Trask (n 117) 1 ve 11; Gordon (n 139) 16. XIX’uncu yüzyılın sonunda açılan Amerikan ilkokulu sayısı 378 ve bu okullarda okuyan öğrenci sayısı 14.414, ortaokul sayısı 33 ve bu okullarda okuyan öğrenci sayısı 2600, olmak üzere toplam 417 okulda 17.556 öğrenci vardı; Vahapoğlu (n 117) 73.

¹²⁶ Avrupa’nın hasta adamı sözü, 1853 de İngiltere’nin St. Petesburg’da bulunan büyükelçisi ile toplantı yapan Rus Çarı tarafından söylenmiş bir sözdür. Çar, “Kollarımız arasında hasta bir adam var, çok hasta. Size açıkça söylemeliyim ki, gereken bütün tedbirleri almadan önce onu günün birinde kaybetmemiz büyük bir felaket olacaktır.” Demiş ve Avrupa’nın hasta adamının (Osmanlı’nın) mirasını paylaşma konusunda anlaşmışlardır; Karal, Enver Ziya, *Osmanlı Tarihi*, C. V, s. 228.

¹²⁷ Trask (n 117) 2; Gordon (n 139)3; bkz. Everett D. Wheeler, *The Duty of the United States of America to American Citizens in Turkey*, New York, Chicago and Toronto, 1896, 20-21 (Tamamı 41 sayfalık bir çalışma broşür (pamphlet). 1927 senesinde New York’a ulaşan Türkiye’nin Washington Büyükelçisi Muhtar Bey, oteline polis koruması altında gelebilmiştir; Ülman, (n 134) 5.

¹²⁸ Kocabaşoğlu (n 112) 23.

¹²⁹ Baki Adam, *Hristiyanlık ve Diğer Dinler*, Türkiye Diyanet Vakfı, İslam Ansiklopedisi, C. 17, İstanbul 1998, ss. 364-368.

nunlarını değiştirmiştir.¹³⁰ ABD’de Hristiyan-Yahudilik karması mezheplerden biri de Yehova şahitleridir.¹³¹

Evanjelik tarikatı, günümüzde ABD’deki siyasal olarak en güçlü Hristiyan grubu olup, Amerikan dış politikasına yön vermektedir. İncil’de yer alan kehanetlerin siyaset aracılığıyla gerçekleşeceğine inanmaktadır; Hz. İsa kıyamet öncesi Ortadoğu’da meydana gelecek olan büyük bunalım sonrası yeryüzüne geri gelecek ve Hristiyan ordusunun başına geçip kâfirleri *Armageddon Savaşında* mağlup ederek Cennet Krallığı’nı kuracaktır. Evanjelikler bu kehanetlerin gerçekleşmesi için çalışırlar.¹³²

Protestan mezhebi içerisinde ortaya çıkan Evanjelizm, kendine özgü yapısıyla yeni bir dinî hareket olarak dikkat çekmektedir. Bu mezhep, Hristiyanların yeniden doğuşunu savunan bireylerin bir araya gelerek oluşturduğu bir dinî harekettir. Evanjelik hareket, dünya siyasetini ve sistemini kontrol ve dizayn etme küresel hedefine evrilmiştir. Evanjelizmin temeli, Kitâb-ı Mukaddes’in teolojik temelleri üzerine oturan Hristiyan mistisizmi ile Yahudi kabalizmini birleştiren mesianik düşüncedir.¹³³

Matta, Markos, Luka ve Yuhanna tarafından yazılmış dört kanonik incilin her birine “Evanjel” denilmektedir. Yunanca *iyi haber* veya *genel olarak kabul edilen gerçek* anlamına gelen *evangelion* dan türemiş olup İncil yazarlarına *Dört Evanjelist* denilmektedir.¹³⁴ Evanjelizmin temellerini atanlar, İngiliz George Whitefield (1715-1770), Methodizm’in kurucusu John Wesley (1703-1791) ve Amerikalı filozof ve teolog Jonathan Edwards (1703-1785)’dir. Günümüzde Evanjelizm Amerika’daki Hristiyan toplumunun muhafazakâr kanadını temsil etmektedir. Lutherci Protestanlık ile başlayan, püritenizmle olgunlaşan Evanjelizm, Jimmy Carter, Ronald Reagan, baba Bush ve oğul Bush’un başkanlıkları döneminde

¹³⁰ Ömer Faruk Harman, Yahudi Hristiyanlığı, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (C. 43, İstanbul 2013), ss. 184-187.

¹³¹ Nuri Tınaz, Yehova Şahitleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 43, İstanbul, 2013, ss. 391-396, “XIX. yüzyılda Amerika’da Protestan Adventist mezhebi içinde meydana gelen mesihî dinî akım”. Buna göre, 1870’lerin sonlarında Pennsylvania eyaletinde Charles Taze Russell’in önderliğinde ortaya çıkan bu mezhep, köken olarak Baptist Papaz William Miller’in (ö. 1849) kurduğu dünyanın sonuyla ilgili (millennial) öğretilerine dayanır. Mezhep, Russell döneminde önce Zion’s Watch Tower Track Society adı altında 1881’de bir araya gelmiş, daha sonra 1886 yılında Watch Tower Bible and Track Society adıyla devam etmiştir. Günümüzde Yehova Şahitleri (Jehovah’s Witnesses) şeklindeki adını 1931’de Russell’in halefi J. F. Rutherford döneminde almıştır; adı geçen yer.

¹³² İlyas Akyüzoğlu, Politik Hedefleri Açısından Amerikan Evanjelizmi ve Osmanlı Devleti’ndeki Faaliyetleri (Mart 2022), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 9/1, ss. 86-111.

¹³³ Yamaç, Muhammed, “Evanjelik Dinî Hareketin Teo-Sosyolojik Paradigması”, İhya Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi- İhya International of Islamic Studies 8/2 (Temmuz/July 2022), ss. 704-726.

¹³⁴ <<https://tr.wikipedia.org/wiki/Evanjelizm>> erişim tarihi 12 Haziran 2025.

temel bir güç haline gelmiştir.¹³⁵ Evanjelizm, ABD’de on dokuzuncu yüzyıldan itibaren gelişmeye başlamış, 1810 yılında kurdukları *American Board of Commissioners for Foreign Missions* (ABCFM), yayımlarında etkili olmuştur.¹³⁶

Başkan Trump siyasi kariyeri boyunca radikal *Siyasi Hristiyanlığa*, özellikle *Evanjelistlere* çağrılarda bulunmuş ve 2016’da Hristiyan papazlarla iyi ilişkileri olduğunu söylemiştir. Evanjelist papaz olan Paula White, Trump’ın ilk göreve başlama töreninde dua okumuş ve 2019’da *dini erişim konularında çalışmak üzere Beyaz Saray* kadrosuna alınmıştır.¹³⁷ Trump, 2024 başkanlık kampanyasına Hristiyan dini imgelerini yerleştirmiş ve bunun ateistlere, küreselcilere ve Marksistlere karşı bir haçlı seferi olduğunu belirtmiştir. Trump’ın mitingleri Hristiyan milliyetçiliğinin sembollerini, söylemini ve gündemini ele almıştır. *Başkan Trump, Batı Duvarı’nı (Ağlama Duvarı)*¹³⁸ ziyaret eden görevdeki ilk ABD başkanı olmuştur.¹³⁹

I. TRUMP’IN İKİNCİ DÖNEM KARARNAMELERİNE ÖRNEKLER (2025)

ABD’nin 47. Başkanı Donald John Trump göreve başlar başlamaz imzaladığı bir dizi kararnameyle, yeni bir dönemi başlatmıştır.¹⁴⁰ 20 Ocak 2025’de başladığı Başkanlığının ikinci döneminde, ilk 100 günde 143 başkanlık kararnamesi çıkarmıştır. Daha önce Roosevelt 99 kararname ile 1933 yılında rekoru elinde bulundururken Trump bu konuda rekor kırmıştır.¹⁴¹

Başkan Trump, ilk döneminin sonunda, 2021 yılında yaşanan, Kongre Baskını soruşturmaları nedeniyle Kongre’yi basan bir kısmı cezaevinde olan ve kendi

¹³⁵ <<https://tr.wikipedia.org/wiki/Evanjelizm>> erişim tarihi 12 Haziran 2025.

¹³⁶ <<https://ordaf.org/turkiyede-evanjelistler-ve-billy-graham-evanjelist-kurumu/>> erişim tarihi 12 Haziran 2025.

¹³⁷ <https://en.wikipedia.org/wiki/Donald_Trump_and_religion#> erişim tarihi 12 Haziran 2025.

¹³⁸ Bkz. Hikmet Tanyu, Ağlama Duvarı, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C.1, ss. 474-475, İstanbul, 1988; “Milattan sonra I. yüzyıldan itibaren Yahudilerin bu duvara karşı saygı duydukları, önünde ibadet ettikleri bilinmektedir... Tevrat tefsirlerine göre bu duvar yıkılmayacak ve Rab mabedin batı duvarını asla terketmeyecektir.”

¹³⁹ <https://en.wikipedia.org/wiki/Donald_Trump_and_religion#> erişim tarihi 12 Haziran 2025. Trump’ın kızı Ivanka Trump, Temmuz 2009’da Yahudiliğe geçti. Ivanka ve kocası, Mayıs 2017’de Donald Trump, İsrail’e yaptığı ilk resmi ziyarette eşlik etmiştir; <https://en.wikipedia.org/wiki/Donald_Trump_and_religion#> erişim tarihi 12 Haziran 2025.

¹⁴⁰ Trump’ın 20 Ocak 2025 tarihli ABD’nin öncelikleri için bkz. <<https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/2025/01/president-trumps-america-first-priorities/>> erişim tarihi 9 Haziran 2025; <<https://www.bbc.com/turkce/articles/cq6g7rdmpe9o>> erişim tarihi 9 Haziran 2025.

¹⁴¹ <https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_executive_orders_in_the_second_presidency_of_Donald_Trump#> erişim tarihi 10 Haziran 2025. Kararnamelerin numarası, başlığı, imzalama tarihi, yayımlama tarihi, federal sicil numarası, tam metni ve mahkemeler tarafından iptal edilmediği konularında adı geçen kaynağa bkz.

destekçileri olan yaklaşık 1.600 kişiyi affetti. Başkan Trump, 2021 yılında ABD Kongre Binası baskınında tutuklananlardan, “rehineler” olarak bahsediyordu.¹⁴²

Başkan Trump, Ülkenin güney sınırlarında «ulusal acil durum» ilan etti. Yeni başkan göç konusunda şahin bir siyaset izleyeceğini defalarca söylemişti. Başkan Trump yemin töreni konuşmasında da *tüm yasa dışı girişlerin biteceğini* söylemiş ve *suçlu yabancılardan* sınır dışı edileceği sözünü vermişti. Alınan kararlar arasında en tartışmalı olanlarından biri ülkedeki göçmenlerin ve geçici vizeyle bulunanların çocuklarına Amerikan vatandaşlığının otomatik olarak verilmesini engellemek için atılan adım var. Ancak anayasaya aykırı olarak adlandırılan bu politikaya karşı, dava açıldı. Başkan Trump ayrıca duruşmaları sürerken göçmenlerin ABD’de yaşamalarının önünü açan “yakala ve bırak” politikasını da sonlandırdı. Daha önce “Amerikan tarihindeki en büyük *sınır dışı etme* programını başlatma» ve federal göçmenlik makamlarının kilise ve okullara baskın düzenlemesini engelleyen uzun süreli bir politikayı sona erdirmeye sözü vermişti. ABD vatandaşlığı sınırlandırıldı.¹⁴³

Başkan Trump, ABD’nin yalnızca *erkek ve kadın olmak üzere iki cinsiyeti* tanıyacağını ilan eden bir kararname yayımladı. Bu karnameye göre cinsiyetler değiştirilebilir değildir, temel ve tartışılmaz bir gerçekliktir.¹⁴⁴ Kararname, devlet iletişimleri, sivil hakların korunması ve federal finansmanın yanı sıra cezaevlerine ilişkin transseksüel politikasını, pasaport ve vize gibi resmi belgeleri de etkileyecektir. Aynı karnamede Başkan Trump, *toplumsal cinsiyet ideolojisini* teşvik eden veya destekleyen tüm hükümet programlarını, politikalarını, açıklamalarını ve iletişimlerini sona erdirdi. Ayrı bir karnameyle de federal hükümet bünyesindeki tüm çeşitlilik, eşitlik ve *kapsayıcılık* (DEI) programlarını durdurdu,¹⁴⁵ bu konudaki daha önce çıkarılan karnameyi geri aldı.¹⁴⁶

Başkan Trump, *TikTok’u önce yasakladı sonra da yasağın* yürürlüğe girmesini geçici olarak engellenmesi kararını imzaladı.¹⁴⁷ Başkan Trump, TikTok yasağının devreye girmesini 75 gün boyunca engelleyen karara da imza attı. TikTok, bu kararı olumlu karşıladığını belirterek ABD’de tekrar devreye girdi. Başkan

¹⁴² <<https://tr.euronews.com/2025/01/21/trump-abd-baskani-olarak-ilk-gununde-cok-sayida-kararname-imzaladi>> erişim tarihi 9 Haziran 2025.

¹⁴³ <https://en.wikipedia.org/wiki/Executive_Order_14160><<https://setadc.org/trump-ilk-kararnameleri-imzaladi/>> erişim tarihi 9 Haziran 2025; bkz. <<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/04/protecting-american-communities-from-criminal-aliens/>> erişim tarihi 9 Haziran 2025; bkz. <https://www.academia.edu/33672049/TRUMPIN_GÖÇMEN_KARARNAMESİ> (Nurcin Arslan) erişim tarihi 9 Haziran 2025.

¹⁴⁴ <https://en.wikipedia.org/wiki/Executive_Order_14168> erişim tarihi 20 Haziran 2025.

¹⁴⁵ <<https://tr.euronews.com/2025/01/21/trump-abd-baskani-olarak-ilk-gununde-cok-sayida-kararname-imzaladi>> erişim tarihi 9 Haziran 2025.

¹⁴⁶ <https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_executive_orders_in_the_second_presidency_of_Donald_Trump#> erişim tarihi 10 Haziran 2025.

¹⁴⁷ <https://en.wikisource.org/wiki/Executive_Order_14166> erişim tarihi 20 Haziran 2025.

Trump böylece TikTok'un büyük bir Amerikalı ortak bulması için daha çok zamanının olduğunu aktardı.¹⁴⁸ ABD'nin yeni başkanı Trump, "hükümetin siyasi muhaliflere karşı silahlandırılmasını" sona erdirmeyi amaçlayan bir kararname imzaladı. Karar, Biden yönetimi altındaki çeşitli kolluk kuvvetleri ve istihbarat kurumlarının çalışmalarının gözden geçirilmesini öngörüyordu. Başkan Trump, kampanya sürecinde de sürekli olarak Biden yönetimini özellikle Adalet Bakanlığı'nı siyasi bir enstrüman gibi kullanmakla eleştirmişti.¹⁴⁹

Başkan Trump, *Batı Şeria'daki Yahudi yerleşimcilere yaptırım uygulayan Biden kararlarını iptal etti*.¹⁵⁰ Başkan Trump, *Filistinliler için yapılan çalışmaları önlemek için antisemitizmle mücadele ek önlemler kararnamesini* yayımladı.¹⁵¹ Üniversitelerde ve *Harvard* Üniversitesindeki Filistin lehine toplantıları önlemek için 23 Nisan 2025 tarihli 14279 sayılı *Yüksek Öğrenimi Güçlendirmek İçin Akreditasyonun Reformu Emirnamesini* yayımlandı. ICC'de İsrail'e karşı dava açan Güney Afrika Cumhuriyetine karşı bir emirname yayımlayarak bu ülkeyi cezalandırdı.¹⁵² Başkan Trump, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne (UCM) ekonomik yaptırımlar uygulanmasını yetkilendiren bir kararname imzaladı ve mahkemeyi, ABD-İsrail'i *uygunsuz şekilde* hedef almakla suçladı. Başkan Trump, ICC'yi yüksek sesle eleştiren biriydi ve mahkemenin Benjamin Netanyahu ve eski savunma bakanı Yoav Gallant için iddia edilen savaş suçları nedeniyle tutuklama emri çıkarak gücünü kötüye kullandığını söyledi. Trump, bu kötü niyetli davranış, Amerika Birleşik Devletleri'nin egemenliğini ihlal etme tehdidinde bulunuyor ve Amerika Birleşik Devletleri hükümetinin ve İsrail de dâhil olmak üzere müttefiklerimizin kritik ulusal güvenlik ve dış politika çalışmalarını baltalıyor dedi. Kararname, Trump'a, ABD'nin, ABD vatandaşlarının ve bazı müttefiklerinin soruşturulması veya kovuşturulması çabalarına karıştığını tespit etmesi halinde, ICC personeli ve aile üyelerine karşı varlık dondurma ve seyahat yasağı koyma konusunda geniş yetkiler vermektedir.¹⁵³

¹⁴⁸ <<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/04/extending-the-tiktok-enforcement-delay/>> erişim tarihi 9 Haziran 2025; <<https://tr.euronews.com/2025/01/21/trump-abd-baskani-olarak-ilk-gununde-cok-sayida-kararname-imzaladi>> erişim tarihi 9 Haziran 2025. <<https://www.theguardian.com/us-news/2025/jan/29/donald-trump-executive-orders-signed-list>> erişim tarihi 9 Haziran 2025.

¹⁴⁹ <<https://setadc.org/trump-ilk-kararnameleri-imzaladi/>> erişim tarihi 9 Haziran 2025.

¹⁵⁰ <https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_executive_orders_in_the_second_presidency_of_Donald_Trump#> erişim tarihi 10 Haziran 2025; <<https://setadc.org/trump-ilk-kararnameleri-imzaladi/>> erişim tarihi 9 Haziran 2025.

¹⁵¹ Antisemitizmle Mücadele İçin Ek Önlemler: <https://en.wikisource.org/wiki/Executive_Order_14188> erişim tarihi 10 Haziran 2025.

¹⁵² Güney Afrika Cumhuriyeti'nin Aşırı Eylemlerine Yönelik Açıklama (Başkanlık Kararnamesi) için bkz. <https://en.wikisource.org/wiki/Executive_Order_14204> erişim tarihi 10 Haziran 2025.

¹⁵³ <<https://www.theguardian.com/us-news/2025/jan/29/donald-trump-executive-orders-signed-list>> erişim tarihi 9 Haziran 2025.



Başkan Trump, başta Çin olmak üzere tüm ülkelere yeni tarifeler uyguladı. Bakanlarına ABD'nin ticari ilişkilerini adil olmayan uygulamalar açısından gözden geçirme talimatı verdi. Başkan Trump, Kanada, Meksika, Çin ve tüm ülkelere, belirli oranda ithalat vergisi uygulanacağına dair emirname imzaladı. Başkan Trump, İngilizceyi Amerika Birleşik Devletleri'nin resmi dili yapan bir emir imzaladı.¹⁵⁴ *Trump, bağımsız düzenleyicileri Beyaz Saray'a karşı sorumlu hale getirdi.*

Trump, 27 Ocak'ta yönetimin *Amerikan Demir Kubbesi* olarak adlandırdığı *yeni nesil* füze savunma kalkanının oluşturulması sürecini başlatacak bir yürütme emri imzaladı.¹⁵⁵ Bununla *ABD, yeni nesil füze savunma* kalkanını konuşlandıracak ve ulusun ortak savunmasını sağlayacaktır. *İsrail'in* Demir Kubbesi'ne benzer kısa menzilli bir füze savunma sistemi oluşturmak yıllar alacaktır. Emir, savunma bakanı Pete Hegseth'ten 60 gün içinde bir plan talep etmektedir.¹⁵⁶

Trump bir emirname ile Beyazsaray'da inanç ofisini kurdu.¹⁵⁷ Başkan Trump, ABD hükümetindeki *Hristiyan karşıtı önyargıyı ortadan kaldırmaya çalışan bir yürütme emri* imzaladı.¹⁵⁸ Başkan, Bondi liderliğinde, hükümetteki her türlü “Hristiyan karşıtı hedefleme ve ayrımcılığı” sona erdirmek için bir görev gücü oluşturulacağını duyurdu. Trump, toplumdaki Hristiyan karşıtı şiddeti ve vandalizmi tam olarak kovuşturmak ve ülke çapında Hristiyanların haklarını savunmak için elinden geleni yapacağını söyledi. Bu emir, Biden döneminde “barışçıl Hristiyanların” hedef alınması iddiasını tersine çevirmeyi amaçlamaktadır. Eleştirmenler, Kilise ve devletin ayrılması için birleşen Amerikalıların bu bildiride Başkan Trump'ın görev gücünün, din özgürlüğünü, ayrımcılığı ve medeni hakları baltalamayı meşrulaştırmak için kötüye kullanılacağını belirtmekte, geleneksel din özgürlüğü anlayışını değiştirdiğini söylemektedirler.¹⁵⁹ 27 Mart 2025 tarihli 14253 sayılı *Amerikan Tarihine Gerçeği ve Sağduyuyu Geri Getirmek* kararnamesi ile Amerikan tarihinin yeniden yazılması konusu emredildi.¹⁶⁰

¹⁵⁴ <<https://www.theguardian.com/us-news/2025/jan/29/donald-trump-executive-orders-signed-list>> erişim tarihi 9 Haziran 2025.

¹⁵⁵ <https://en.wikisource.org/wiki/Executive_Order_14186> erişim tarihi 10 Haziran 2025.

¹⁵⁶ <<https://www.theguardian.com/us-news/2025/jan/29/donald-trump-executive-orders-signed-list>> erişim tarihi 9 Haziran 2025.

¹⁵⁷ 7 Şubat 2025 tarihli 14205 sayılı Beyaz Saray İnanç Ofisi için bkz. <https://en.wikisource.org/wiki/Executive_Order_14205> erişim tarihi 10 Haziran 2025.

¹⁵⁸ Hristiyan Karşıtı Önyargıyı Ortadan İçin Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulan görev gücü için bkz. <https://en.wikisource.org/wiki/Executive_Order_14202> erişim tarihi 10 Haziran 2025.

¹⁵⁹ <<https://www.theguardian.com/us-news/2025/jan/29/donald-trump-executive-orders-signed-list>> erişim tarihi 9 Haziran 2025.

¹⁶⁰ <https://en.wikisource.org/wiki/Executive_Order_14253> erişim tarihi 10 Haziran 2025.

Başkan Trump'ın bu emirlerinin bir kısmının anayasaya ve kanunlara aykırı olduğu belirtilmiş, davalar açılmış ve emirnamelerin bir kısmı mahkemelerce iptal edilmiştir

SONUÇ

Başkanlık kararnamesi, ABD kurulduğundan beri mevcut olup, 1789'dan bugüne 13000'den fazla Başkanlık kararnamesi çıkarılmıştır. Başkanların Kongreyi kanun yapmaya zorlamak için kararname yayımladıkları da görülmüştür. Muhafele, düzenleyici idari işlemlere karşı itiraz ettiği zaman, Başkanlar genellikle, "kanun çıkarın" demişlerdir. ABD Anayasası, Başkan ile Kongre arasında hem işbirliği ve hem de zıtlık istemektedir. Kararnameler, bireyleri doğrudan veya dolaylı olarak etkiler. Başkanlık kararnamelerinin konusu çok geniştir. Kongrenin kararnameye karşı kanun çıkarması, Başkanı olumsuz etkileyeceği için, Başkan stratejik hesaplar yapar; şayet önemli değilse kararname çıkarmaz. 1907 öncesine kadar Başkanlık kararnameleri numaralandırılmamış, 1907'de numaralama sistemi ihtiyari olarak başlamış; 1935 senesinde yayımlanan *Federal Register Act* (1935) sonrasında sayı verilmesi zorunlu hale getirilmiştir. ABD'de uluslararası antlaşmalar konusunda Anayasada hüküm yoktur.

ABD kurulurken sistem açısından Osmanlı'dan yararlanmıştır. ABD ile Türk İmparatorluk Dönemi yönetim sisteminin benzerlikleri şöyle ifade edilebilir, ABD Kurucu Babaları, sistemlerini oluştururken İngiliz ve Osmanlı sisteminden etkilanmışlerdir. Türk İmparatorluğunda da ABD'de de güçlü yürütme görülmektedir. ABD federal sisteme sahipken Osmanlı sui generis yapıda bir devlettir. Her iki devlette de baskı grupları etkindir. Her iki ülke de düalist dünya inanışına sahip olup, din ve vicdan özgürlüğüne saygı duymaktadırlar. Her iki devlette de hükümdarın suçlanması karar ile olur. Ama Sultan normal mahkemelerde yargılanabilir. ABD Başkanı ise, Temsilciler Meclisi kararı ile suçlanabilir ve Federal Yüksek Mahkeme başkanı başkanlığında Senatoda yargılanır. Hem Osmanlı hem ABD Anayasaları istikrarlıdır. Osmanlı'da Fatih Anayasası Tanzimat'a kadar (yaklaşık 350 yıl) yürürlükte kalmış iken, ABD Anayasası 1787'den beri yürürlükte dir. ABD'de uygulanan Anglo-Sakson hukuku ile Osmanlı hukuk sistemi benzerlikler göstermektedir.

ABD ile Türk İmparatorluk dönemi yönetiminin farkları şöyle belirtilebilir. ABD'de başkan, saltanatla yönetilen Osmanlı Devleti'ndeki sistemden farklı olarak 4 yıl için iki dereceli bir seçimle iş başına gelmektedir. ABD'de Demokrat ve Cumhuriyetçi partiler vardır. Osmanlı'da siyasal partiler olmamakla birlikte, çeşitli muhalefet grupları vardır. Her iki ülkedeki kamuoyu ve baskı grupları farklıdır. Kongre ile Divan-ı Hümayun farklıdır. Osmanlı Padişahının ve ABD Başkanının kişiliği önem taşımaktadır. Osmanlı Devleti'nin başarısında hükümdarın kişiliği esaslı bir noktadır. ABD'nin başarısının temelinde de Başkanın kişiliği önem taşımaktadır.



ABD’de Başkanların, kendilerinden önceki bir Başkanın kararnamesine uya-
cağı konusunda bir kabul yoktur. ABD Başkanının dış ilişkiler (*foreign affairs*),
ulusal güvenlik (*national security*) ve terörle mücadele (*war against terror*) ko-
nularında özerk düzenleme alanı vardır. ABD’de Başkanın yetkileri konusunda
geliştirilmiş *iki farklı görüş* vardır. *Birinci görüş*, *Başkanın yetkilerinin çok fazla
olduğunu belirten* “şüphe duysan da onu yap” görüşüdür. İkinci görüş, birinci
görüşün aksine, Başkanın çok yetki kullanmamasını, gücünü Kongre ve Federal
Yüksek Mahkeme ile paylaşmasını salık veren “şüphe duyarsan yapma” görüşüdür.

ABD’de Başkanlık kararnamesini kurumsallaştıran Federal Yüksek Mahke-
medir. ABD’de Başkanlık Kararnamelerinin yargısal denetimi konusunda ana-
yasal çerçeveyi *Youngstown Sheet and Tube Co. V. Sawyer Davası* (1952) kararı
çizmektedir. Federal Yüksek Mahkeme, Başkanlık kararnamelerinin, *eşitlik ve
hukuk devleti* gibi ilkelere uygun olup-olmadığına dikkat etmektedir. Bununla
birlikte Federal Yüksek Mahkeme, Başkan, anayasal yetkisini aşmadığı ve yasa-
maya müdahale etmediği sürece Başkanlık kararnamelerini etkin şekilde denet-
lememektedir. Federal Yüksek Mahkeme, yargısal aktivizm endişesiyle karar-
namelere fazla müdahale etmemiştir. Supreme Court’un *Baker v. Carr* kararında
savunulan siyasal sorun doktrinine (*political question doctrine*) göre, hâkimler,
siyasal sorunları çözmemeli, bunu siyasal organlara havale etmelidirler.

ABD’de Kongre’nin, Başkanlık kararnamesini ilga gücü vardır. Ama Kongre,
yargısal aktivizm düşüncesiyle bu durumdan genellikle kaçınmakta ve Başkan-
lık kararnamesine fazla müdahale etmemektedir. Başkanlık kararnamelerinin bir
kısmı *siyasi sorun* (*political question*) olduğu için Federal Yüksek Mahkemeye
gitmez, çünkü Federal Yüksek Mahkeme bunları, hukuki sorun olmadığı için red
etmektedir. Kongre şu ana kadar Başkanlık Kararnamesinin ancak %4’den daha
azını (3.8) kaldırmış veya değiştirmiştir. Kongre siyasi sorunlarda, kural olarak,
kararnameleri incelememek yanlısıdır. Şayet bir Başkanlık kararnamesi Anaya-
saya dayanıyor ise Kongre bu düzenlemeye müdahale etmemektedir.

ABD’de yasama ve yürütme organları özerk kuruluşlardır; yürütme yasama-
dan türemiş değildir. Başkan kanun çıkaramaz ama veto eder; Başkan bütçeyi
hazırlayamaz ama parlamentonun yaptığı bütçe yasasını veto edebilir. ABD’de
ilke olarak yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi (*nondelegation doctrine*)
vardır. Bu konu Federal Yüksek Mahkemesine konu olmuş ve Federal Yüksek
Mahkeme bu konuda iki önemli karar vermiştir; *Panama Refining Co. V. Ryan*
(1935) ve *Schechter Poultry Corp v. United States* (1935).

Amerika Birleşik Devletleri yönetiminde Evanjelistlerin önemli bir yeri vardır.
Bunlar İsrail’in, İncil öğretileri doğrultusunda kurulduğuna, Hz. İsa’nın tekrar bu
topraklara geleceğine ve kıyametin böylece kopacağına inanıyorlar. 15 Temmuz
nedeniyle yargılanan ABD uyruklu Evanjelik din adamı Andrew Craig Brunson
ile ilgili sürecin Türk-Amerikan ilişkilerinde gerilime yol açması, Donald Trump
döneminde ABD’deki Evanjelik grupların Amerikan dış politikası üzerindeki

etkisini yeniden tartışmaya açmıştır. ABD'deki önemli siyasi aktörler arasında sayılan Evanjelikler, ABD'nin İsrail Büyükelçiliğini Kudüs'e taşıması kararında da en fazla tartışılan kesim olmuştur. Koyu dindar Hristiyan bir kitlenin Trump'a neden oy verdiği, kendisi de bir Evanjelik olan Başkan Yardımcısı Mike Pence'in Beyaz Saray'daki etkisi ve Kongre ara seçimlerinin yaklaşması gibi konular, son dönemde Evanjelikler ve etkilerine dair başlıklar olarak öne çıkmıştır. *Hristiyan Siyonistler* olarak bilinen Evanjelistler, ABD'de 80 milyon civarındadır ve nüfusun yaklaşık % 25'ini oluşturmaktadır. Bunlar İsrail'in, İncil öğretileri doğrultusunda kurulduğuna, Hz. İsa'nın tekrar bu topraklara geleceğine ve kıyametin böylece kopacağına inanıyorlar. 2016 seçimlerinde bunların % 81'i Trump'a oy vermiştir. 2017 yılında çoğu Evanjelist olan 800.000 Amerikalı İsrail'i ziyaret etmişti. Günümüzde Evanjelizm, ABD'deki siyasal olarak en güçlü ve yaygın Hristiyan grubu olup, Amerikan dış politikasına yön vermektedir ve İncil'de yer alan kehanetlerin siyaset aracılığıyla gerçekleşeceğine inanmaktadır. Hristiyanlık inancına göre, Hristiyanlığın birinci derecede önem verdiği din Yahudiliktir çünkü Hz. İsa'nın Ferîsî geleneğine göre yetişmiş bir Yahudi olduğu bilinir, esasen ilk Hristiyanlar da Yahudi kökenlidir ve Hristiyanlık Yahudi kutsal metinlerini kendi kutsal metinleri olarak görmektedir.

1810 yılında 3 kilisenin temsilcileri tarafından Massachusetts'de kurulan ve Amerikan Protestanlarının Evanjelist misyoner örgütü olan American Board of Commissioners for Foreign Missions'ın 1818'deki yıllık toplantısında Osmanlı Devleti'nde misyon istasyonları kurulması için çalışmalar yapılmasını kararlaştırmış ve 5 Ocak 1820 tarihinde Plinty Fisk ve Levi Parsons adlı iki misyoner, bu istasyonların açılması için gerekli hazırlık çalışmalarını yapmak üzere Osmanlı topraklarına gönderilmişti. 1880 tarihli Barlett Raporu, *American Board of Commissioners for Foreign Missions*'ın Osmanlı topraklarındaki faaliyet ve hedeflerini şöyle özetler; "Misyoner faaliyetleri açısından Türkiye, Asya'nın anahtarıdır." Osmanlı İmparatorluğunda daha 1836 yılında *Evangelical Union* (Evanjelik Birliği) kurulmuştu. 1868 de gereken izni alarak, en fazla yardım eden Amerikalı zengine atfen Robert Kolej adı verilen okul açıldı. *Yahudi'ler* özellikle İzmir Gizli Musevi Cemiyeti mensupları, Amerika'da etkin idiler. Nablus ve Bekaa bölgesinde Protestanlar, izinsiz olarak ev ve konaklarda okul ve mabed açıyorlardı; Babıali bunlara vergi ödenmesi koşuluyla ruhsat veriyordu. 1901 yılında ABD Başkanı olan *Theodore Roosevelt*, 1898'de "Dünyada herkesten önce ezmek istediğim iki güç, İspanya ve Türkiye'dir" demişti. Evanjelizmin temeli, Kitâb-ı Mukaddes'in teolojik temelleri üzerine oturan Hristiyan mistisizmi ile Yahudi kabalizmini birleştiren mesihanik düşüncedir. Evanjelizm, *Jimmy Carter*, *Ronald Reagan*, *baba Bush*, *oğul Bush* ve *Trump*'ın başkanlıkları döneminde temel bir güç haline gelmiştir. Evanjelizm, ABD'de on dokuzuncu yüzyıldan itibaren gelişmeye başlamıştır; 1810 yılında kurdukları *American Board of Commissioners for Foreign Missions*, Evanjelizmin yayılmasında etkili olmuştur.



Başkan Trump, 2024 başkanlık kampanyasına Hristiyan dini imgelerini yerleştirmiş ve bunun ateistlere, küreselcilere ve Marksistlere karşı bir haçlı seferi olduğunu belirtmiştir. Başkan Trump'ın mitingleri Hristiyan milliyetçiliğinin sembollerini ve söylemini kapsamıştır. Başkan Trump, İsrail'deki Batı Duvarı'nı ziyaret eden görevdeki ilk ABD başkanı olmuştur.

ABD'nin 47. Başkanı Donald John Trump göreve başlar başlamaz imzaladığı bir dizi kararnameyle, yeni bir dönemi başlatmıştır. 20 Ocak 2025'de başladığı Başkanlığının ikinci döneminde, ilk 100 günde 143 başkanlık kararnamesi çıkarmıştır. Böylece Başkan Trump, daha önce 99 kararname ile 1933 yılında rekoru elinde bulunduran Başkan Roosevelt'in rekorunu kırmıştır. Başkan Trump'ın Başkanlık Kararnameleri ile 6 Ocak'taki Kongre baskınına katılanlar af edilmiş, farklı cinsel kimlikler ve cinsiyet eşitliği konularına karşı çıkılmış, kendisine karşı olan kovuşturmalar ortadan kaldırılmış, Başkan Biden'in toplam 78 Düzenlemesi iptal edilmiştir.

Başkan Trump, Batı Şeria'daki Yahudi yerleşimcilere yaptırım uygulayan Biden kararlarını iptal etmiş, Filistinliler için yapılan çalışmaları önlemek için *antisemitizmle mücadele* ek önlemler kararnamesini yayımlamış, Üniversitelerde ve Harvard Üniversitesindeki *Filistin lehine toplantıları önlemek için* 23 Nisan 2025 tarihli 14279 sayılı Yüksek Öğrenimi Güçlendirmek İçin Akreditasyonun Reformu Emirnamesini yayımlamış, ICC'de İsrail'e karşı dava açan Güney Afrika Cumhuriyetine karşı bir emirname yayımlanarak bu ülkeyi cezalandırmış, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne (UCM) ekonomik yaptırımlar uygulanmasını içeren bir kararname imzalamış ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin, ABD-İsrail'i uygunsuz şekilde hedef almakla suçlamıştır.

Başkan Trump, enflasyon, göçmenler, bürokrasi, demir kubbe, İngilizceyi Amerika Birleşik Devletleri'nin resmi dili yapmak gibi konularda Yürütme Emri imzalanmış, TikTok'u yasaklamış, sonra mehil vermiştir.

Başkan Trump, bir Yürütme Emri ile Beyaz Saray'da İnanç Ofisi kurmuş, *Hristiyan karşıtı* önyargının sonlandırılmasını istemiş ve ABD tarihinin yeniden yazılmasını kararlaştırmıştır.

KAYNAKÇA

Adam B, "Hristiyanlık ve Diğer Dinler", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, (C. 17, İstanbul 1998), ss. 364-368.

Akyüzoğlu İ, "Politik Hedefleri Açısından Amerikan Evanjelizmi ve Osmanlı Devleti'ndeki Faaliyetleri", Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 9/1 (Mart 2022), ss. 86-111.

Atay E E, İdare Hukuku, (Seçkin Yayınları Ankara 2018)

Başgil A F, *Esas Teşkilat Hukuku* (Birinci Cilt, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, 1. Fasikül, İstanbul, 1960 Baha Matbaası)

Chu V S./Garvey T, Executive Orders: Issuance, Modification and Revocation, *Congressional Research Service (CRS)*, ss. 1-10. 2014, <https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key_workplace/1262/> erişim tarihi 22 Aralık 2018

Contrubis J, Executive Orders and Proclamations, *CRS Report for Congress*, ss.1-26 (1999), <<https://fas.org/sgp/crs/misc/95-772.pdf>> erişim tarihi 22 Aralık 2018

Covington M, Executive Legislation and the Expansion of Presidential Power, *Humanities and Social Science, Spring 2012*, Cilt 8, ss. 1-8. 2012, <<https://ejournals.library.vanderbilt.edu/index.php/vurj/article/view/3556>> erişim tarihi 22 Aralık 2018

Çolak Ç D, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi”, (*Stratejik Public Management Journal*, Vol. 3, Special Issue, 2017), ss. 51-65. <<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/395026>> erişim tarihi 22 Aralık 2018).

Daniel R, *American Philanthropy in the Near East 1820-1960*, Athens, Ohio University Press, 1970.

Devlet Personel Başkanlığı, *ABD Kamu Yönetimi ve Kamu Personel Sistemi*, (Ankara 2016, Devlet Personel Başkanlığı Yayını).

Emanuel S L, *Constitutional Law*, (Twenty-Ninth Edition, New York, 2011), Published by Wolters Kluwer Law and Business in New York.

Fendoğlu H T, *Modernleşme Bağlamında Osmanlı-Amerika İlişkileri (1786-1929)*, (Beyan Yayınları, İstanbul 2002).

— —, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Mahfuz Yetki Midir, (Ankara Barosu Dergisi, 2019/3, Ankara 2013).

— —, *Presidential Decrees (Türkiye-USA)*, (Ankara 2022), Yetkin Yayınevi.

— —, *Anayasa Hukuku*, (On Birinci Baskı, Ankara, 2023), Yetkin Yayınevi.

Fleishman J L./Aufses, A H, Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation, *Law and Contemporary Problems*, Cilt 40, Sayı 3, ss. 1-45. 1976, <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article>> erişim tarihi 22 Aralık 2018).

Forte D F., “Pocket Veto” (Art. I, Sect 7, Cl. 2), *The Heritage Guide to the Constitution*, Editors: Edwin Meese, Matthew Spalding, David Forte, Published in the U.S by Regnery Publishing Inc. Washington, ss. 89-91.

Gordon L J, *American Relations with Turkey 1830-1930, An Economic Interpretation*, (University of Pennsylvania Press, 1932).

Hamlin, Cyrus, *Among The Turks*, New York American Truct Society, Boğaziçi Üniversitesi Yayını, 2014.

Harman Ö F, “Yahudi Hristiyanlığı” , TDV. İA, C. 43, İstanbul 2013, ss. 184-187.

Keser H, “Başkanlık Sistemi”, *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 2013, Yıl 9, Sayı 51, ss. 430-438.



Kocabaşoğlu U, *Kendi Belgeleriyle Anadolu'daki Amerika, 19. Yüzyılda Osmanlı İmparatorluğundaki Amerikan Misyoner Okulları*, İstanbul, 1989.

Köprülü O, Tarihte Türk Amerikan Münasebetleri, Belleten C. LI, Ağustos 1987, Sayı 200, ss. 927-945.

Lawson G, Due Process Clause, in: *The Heritage Guide to the Constitution*, Editors: Edwin Meese, Matthew Spalding, David Forte, Published in the U.S by Regnery Publishing Inc. Washington, 2005.

Morlan R L, *American Government, Policy and Process*, Second Edition, USA, Boston, 1975.

Moore J H, *America Looks At Turkey, 1876-1909*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Doctorate Dissertation), Virginia University 1961, Boğaziçi Üniversitesi Kütüphanesi.

Neil B A, Presidential Executive Orders: Laws Without Legislation, Journal of Criminal Justice Research, <http://www.aabri.com/manuscripts> (ty)> erişim tarihi 22 Aralık 2018).

Nomer M, *ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri*, (İstanbul 2013, XII Levha Yayınları).

Polat İ, *Osmanlı İmparatorluğunda Yabancı Okullar*, Ankara, 1990.

Polat İ, Osmanlı İmparatorluğunda Açılan Amerikan Okulları Üzerine Bir İnceleme, Belleten, Sy. 203, C.II.

Redlich N/Attanasio J/Goldstein J K, *Understanding Constitutional Law*, Third Edition, New York, 2004, LexisNexis Publication.

Söyler Y, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, Ankara, 2018, Seçkin Yayınları.

Tanyu, Hikmet, “Ağlama Duvarı”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C.1, ss. 474-475, İstanbul, 1988.

Tınaz, Nuri, “Yehova Şahitleri”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 43, İstanbul, 2013, ss. 391-396.

Teziç E, *Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul, 2017, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

Tozlu N, Osmanlı İmparatorluğunda Misyoner Okulları, Yeni Türkiye, Osmanlı Özel sayısı, Ankara, 1999, ss. 329-339.

Trask R R, *The Relations of the United States and Turkey 1927-1939*, (A Thesis in History, The Pennsylvania State University, 1959, Submitted For The Degree of Doctor of Philosophy).

Türkiye Büyük Millet Meclisi (Araştırma Hizmetleri Başkanlığı), *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri, Yarı-Başkanlık Sistemi (Fransa, Polonya ve Rusya Örnekleri)*, (Ankara 2014, Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayını).

Türkiye Büyük Millet Meclisi (Araştırma Hizmetleri Başkanlığı), *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*, (Ankara 2019, Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayını).

Ülman H, İkinci Dünya Savaşının Başından Truman Doktrinine Kadar *Türk-Amerikan Diplomatik Münasebetleri (1939-1947)*, AÜSBF Yayını, Ankara 1961.

Vahapoğlu M H, *Osmanlı'dan Günümüze Azınlık ve Yabancı Okulları, (Yönetimleri Açısından)*, Ankara 1990, (Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları, No. 109).

Wheeler E D, *The Duty of the United States of America to American Citizens in Turkey*, New York, Chicago and Toronto, 1896.

Yamaç M, “*Evanjelik Dinî Hareketin Teo-Sosyolojik Paradigması*”, İhya Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi- İhya International of Islamic Studies 8/2 (Temmuz/ July 2022), ss. 704-726.

Zengin M A, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Yargısal Aktivizm Doktrini*, (Adalet Yayınevi), Ankara, 2014.

DİĞER KAYNAKLAR:

<https://www.senate.gov/general/search/search_central_solr.cfm?q=oath> erişim tarihi 18 Ağustos 2020

<<http://www.sfgate.com/nation/article/In-God-We-Trust-suit-rejected-by-Supreme-Court-2471527.php>> erişim tarihi 10 Eylül 2014

<<http://www.religionnews.com/2014/05/28/atheists-lose-latest-legal-fight-god-trust/>> erişim tarihi 10 Eylül 2014

<http://www.historylearningsite.co.uk/USA_pressure_groups.htm> erişim tarihi 10.9.2014

<<https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/2025/01/president-trumps-america-first-priorities/>> erişim tarihi 9 Haziran 2025

<<https://www.bbc.com/turkce/articles/cq6g7rdmpe9o>> erişim tarihi 9 Haziran 2025

<https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_executive_orders_in_the_second_presidency_of_Donald_Trump#> erişim tarihi 10 Haziran 2025

<<https://tr.euronews.com/2025/01/21/trump-abd-baskani-olarak-ilk-gununde-cok-sayida-kararname-imzaladi>> erişim tarihi 9 Haziran 2025

<https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_executive_orders_in_the_second_presidency_of_Donald_Trump#> erişim tarihi 10 Haziran 2025

<<https://setadc.org/trump-ilk-kararnameleri-imzaladi/>> erişim tarihi 9 Haziran 2025

<<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/04/protecting-american-communities-from-criminal-aliens/>> erişim tarihi 9 Haziran 2025

<https://www.academia.edu/33672049/TRUMPIN_GÖÇMEN_KARARNAMESİ> erişim tarihi 9 Haziran 2025



<<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/04/extending-the-tiktok-enforcement-delay/>> erişim tarihi 9 Haziran 2025. <https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_executive_orders_in_the_second_presidency_of_Donald_Trump#> erişim tarihi 10 Haziran 2025

<https://en.wikisource.org/wiki/Executive_Order_14188> erişim tarihi 10 Haziran 2025 (farklı kararnameler)

<<https://setadc.org/trump-ilk-kararnameleri-imzaladi/>> erişim tarihi 9 Haziran 2025

<<https://www.bbc.com/turkce/articles/cq6g7rdmpe9o>> erişim tarihi 9 Haziran 2025

<<https://www.theguardian.com/us-news/2025/jan/29/donald-trump-executive-orders-signed-list>> erişim tarihi 9 Haziran 2025

<<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/kim-bu-evanjelikler/1221601>> erişim tarihi 12 Haziran 2025

<<https://tr.wikipedia.org/wiki/Evanjelizm>> erişim tarihi 12 Haziran 2025

<<https://ordaf.org/turkiyede-evanjelistler-ve-billy-graham-evanjelist-kurumu/>> erişim tarihi 12 Haziran 2025

<https://en.wikipedia.org/wiki/Donald_Trump_and_religion#: erişim tarihi 12 Haziran 2025

<https://en.wikipedia.org/wiki/Trumpism#Christian_Trumpism> erişim tarihi 12 Haziran 2025

FEDERAL YÜKSEK MAHKEME KARARLARI:

Armstrong v. US, 80 USA 154 (1871).

Baker v. Carr 369 U. S. 186 (1962).

Clinton v. City of New York.

Hamdi v. Rusfeld (2004).

Hamdan v. Rumsfeld (2006).

Korematsu v. USA, 323 US 214 (1944).

Medellin v. Texas, 552 US 491 (2008).

Mississippi v. Johnson, 71 U 475 (1866).

Nixon v. US, 506 U. S. 224 (1993).

Panama Refining Co. V. Ryan (1935).

Schechter Poultry Corp v. United States (1935).

The pocket Veto Case, 279 U. S. 655 (1929).

US v. Klein (60 US 128).

Youngstown Sheet and Tube Co. V. Sawyer, 343 US 579 (1952).



DOKTRİN VE DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ YARGI MERCİLERİNİN ÖZEL HUKUK KURALLARINA BAŞVURABİLMESİ

*In the Light of the Doctrine and the Decisions of the Council of State,
Administrative Courts' Ability to Apply to Private Law Rules*

Abdolvahap DARENDERELİ*

Özet

Özel hukuka göre daha genç bir hukuk disiplini olan idare hukuku ve idari yargının medeni hukuk ve hukuk yargılaması ile etkileşimi ve yakınlaşmaları doğal karşılanmaktadır. Ayrıca, hukukun genel ilkelerinin uygulanması ve korunmasında her iki disiplin açısından etkileşim de kaçınılmaz olmaktadır. Doktrinde ve yargısal kararlarda, yargılama usul kuralları dışında özel hukuk kuralları ve ilkelerinin idari yargı uygulamasında da geçerli olduğu kabul görmektedir. Bu noktada idari yargı mercilerinin kendi sorumluluk ilkelerini belirlemekte serbest olmasına karşın; idari yargının görevine giren sorumluluk davasını sonuçlandırmak için medeni hukuk kurallarını uygulayabileceği gibi diğer özel hukuk kurallarına da atıf yapabileceği veya haksız fiil yahut sözleşmeden doğan sorumluluk konularında açıkça Medeni, Borçlar, Ticaret Kanunu maddelerine göndermede bulunabileceği artık doktrinde ve uygulamada içtihatlarla konu edilmektedir. Ancak söz konusu kurallar ve ilkelerin aşırılığa gitmeden, bu konuda ihtisaslaşmış olan idari yargı mercileri tarafından yorumlanması ve ortaya konulması da bir gereklilik olarak görülmelidir.

Anahtar Kelimeler: İdari yargı, medeni yargı, özel hukuk kuralları, sözleşme, atıf

Abstract

It is natural that administrative law and administrative justice, which are younger disciplines of law compared to private law, interact and converge with civil law and civil litigation. Among the subjects where private law rules, principles and concepts are frequently resorted to in administrative litigation, the first is the issue of administrative liability. At this point, it is now accepted without discussion in doctrine and practice that the administrative judge is free to determine his/her own liability principles; that he/she can apply civil law rules to conclude liability cases falling within the scope of the administrative justice's duty, as well as refer to other private law rules, or that he/she can explicitly refer to the articles of the Civil Code and the Code of Obligations or the articles of the Commercial Code in matters of tort or contractual liability. In this context, it should be seen as a necessity that the rules in question are interpreted and put forward by the administrative judiciary, which is specialized in this matter, without going to extremes.

Keywords: Administrative law, civil procedure, private law principles, contract, attribution

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 20.07.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Doç Dr., Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ve İdari Yargı Ana Bilim Dalı, Gaziantep - Türkiye, abdolvahap.darendeli@hku.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5148-8152>

GİRİŞ

İdari rejimi benimseyen ülkemizde, kural olarak idari uyuşmazlıklara; özel hukukta öngörülme-
yen bir takım kamu gücü ayrıcalıklarının ve yükümlülüklerinin
bulunduğu, özel kişilerin tabi olduğundan farklı, özel hukuk karşısında **otonom**
niteliğe haiz hukuk kuralları uygulanmaktadır.¹

İdarenin idare hukuk alanında yaptığı işlem ve eylemlerinden kaynaklanan
uyuşmazlıkların, ihtisas mahkemeleri olan idari yargı mercilerince İdari Yargı-
lama Usulü Kanunu kurallarına göre karara bağlanması esas olmakla birlikte,
idarenin faaliyet alanlarının günümüzde çeşitlenmesi, çoğalması, idarenin iş-
lemleri ile özel hukuk işlemlerini bağlantılı hale getirmiş, idari yargı mercileri
önlerine gelen davalarda özel hukuku da ilgilendiren sorunlarla karşı karşıya
gelmiş bulunmaktadır.

Ayrıca günümüzde; yargılama hukukunda geçerli olan kuralların, muhakeme
süreçlerinin başlangıcından sona ermesine kadar geçen farklı aşamalarında mu-
hakeme özneleri arasında kurulan iletişim ağı ve bu iletişimin işleyişi ile ilgili
benzerlik gösteren kurallardan oluştuğu kabul edilmektedir.²

Nitekim Anayasa Mahkemesi içtihadında; idari davalarda yargı merciinin
yönlendirdiği kendine has yargılama usulü söz konusu olmakla birlikte, Anaya-
sa md. 138/1’de yer alan “Hakimler (...): hukuka uygun olarak hüküm verirler”
hükmünün; bütün yargılama usulleri açısından bağlayıcı olduğu gibi, hakim
hükmünü verebilmesi için başvurulacak gerekli tedbirlerinin tümünü içerdiği
ifade edilmektedir.³

Bu doğrultuda çalışmamızın **ilk bölümünde**; medeni yargı (özel hukuk) - idari
yargı etkileşiminin doktrinsel ilkeler açısından tarihi süreçleri ile Fransa ve Tür-
kiye örnekleriyle etkileşimin boyutları gösterilmeye çalışılmaktadır.

Anayasal ilkeler ve yasal dayanaklar başlığı altında incelenen **ikinci bölüm-
de**; idari kanunlar ve bu kanunlar dışında kalan ancak kendisine atıf yapılan Türk
Medeni, Türk Borçlar, Türk Ticaret Kanunu gibi kod normlarla özel hukuk alanına
ait bazı örnek kanun (İş Kanunu ve Sosyal Güvenlik Kanunu gibi) hükümlerine
bilinirlik ve belirlilik kazandırılması amaçlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarından
önemli alıntıların gerçekleştirildiği üçüncü bölümde, konuya ilişkin norm denetimi
ve bireysel başvuru kapsamında AYM’nin kararları yanında bu çalışmanın odak
noktasını oluşturan özel hukuk kural ve ilkelerine atıflar (göndermeler) içeren

¹ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri (23. güncellenmiş bs Ekin Basın
Yayın Dağıtım 2021) 36.

² Tekin Akıllıoğlu, ‘Adalet Kavramı ve İnsan Hakları’ in Adnan Güriz (ed), *Adalet Kavramı*
(Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları 1994) 38.

³ Anayasa Mahkemesi, E 1990/40, K 1991/33, 1 Ekim 1991, <www.hukukturk.com> erişim
18 Mart 2021.

Danıştay idari dava ve vergi dava daireleriyle dava daireleri kurulunun güncel kararları, gerekçeleri ve bu kararlardaki ilke ve müesseselere dikkat çekilmektedir.

Söz konusu örnek Danıştay içtihatlarının seçiminde, yargılama bütünlüğü ilkesi göz önünde bulundurularak, özel hukuk ve idari yargı uygulama alanında usul ekonomisi yönünden de olumlu sayılacak değerlendirmeler ve tespitler içeren güncel, ilkesel içtihat örneklerinin tercihi ve gayreti içinde olunmuştur.

I. TÜRK İDARİ YARGI REJİMİNDE İDARİ YARGI - MEDENİ YARGI ETKİLEŞİMİ VE ÖZEL HUKUK KURALLARINA BAŞVURULABİLMESİ

A. TARİHSEL SÜREÇTE MEDENİ YARGI-İDARİ YARGI ETKİLEŞİMİ

1. FRANSIZ HUKUKUNDA

Fransa'da tarihi süreçte idari yargının adli yargıdan ayrılması beraberinde hukuk ikiliğini de getiren köklü bir kopuş olarak değerlendirilmektedir. İdarenin hukuka uygunluğunu denetlemekle yola çıkan idari yargı mercileri, yazılı hukukta bu denetimin nasıl ve hangi esaslara istinaden yapılacağına dair hiçbir cevap olmaması karşısında karşılaştıkları boşluğu kendi yarattıkları sorunlarla ve içtihadi kurallarla doldurmak zorunda kalmışlardır.

Bununla birlikte ilk tecrübeler, 1818 yılında adli makamlara yasaklanan bu yeni alanın o zamana kadar bilinen ihtilaflardan, yani özel hukuktan farklı bir mahiyet arz ettiğini göstermiştir. Code Civil'in, 1855'te verilen kararlarla ilgili kurallarının fertler arası ilişkileri düzenlemek itibarıyla bağlayıcı olmadığı kararlaştırılmış ve takip eden süreçte söz konusu sınırlama ve yasaklamaların, devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişileri ile kolluk faaliyeti ve idari sözleşmeler gibi farklı alanlara da teşmil edilmiştir.

Code Civil'in saf dışı bırakılması sonrası yaratılan boşluğun doldurulması için yapılan idari kanun düzenlemelerinin değişkenliği ve yetersizliği, idari mercileri normu aşan hukuk yaratma faaliyetine mecbur bırakmıştır.⁴

Fransız Danıştayı, yıllar içinde geliştirdiği içtihatlarla, idare hukukunun otonomisinin idari yargıcın uygulayacağı kuralların muhteva değil, amaç bakımından özgün olmasını tercih edebileceği aşamasında, idari yargıcın anoloji, mefhumu muhalif ve evleviyet gibi yollarla Code Civil hükümlerinden yararlanabileceğine karar vermiştir.⁵

⁴ Vasfi Raşit, Sevig, "İdare Hukukunda Önemim Umumi Hizmete veya Amme Velayetine Verilmesi Üzerinde Gözüken Tartışmalar". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6, sy. 2 sf.4 (Mayıs 1949).

⁵ Detaylı Bilgi İçin BKZ. Alperen Halim Çırak, 'Tarihi Süreçte Kamu Hizmeti Anlayışının Dönüşümü' (2021) 18(2) *Kamu Hukuku Araştırmaları Dergisi* 65–70. Conseil d'État, 6 Nisan 2011, *FaCT Ajaccio Diesel*, aktaran Truchet, *Droit Administratif* (2012) 33.

2. TÜRK HUKUKUNDA

Ülkemizde Cumhuriyetin ilk yıllarında, Uyuşmazlık Mahkemesi Fransa'daki uygulamanın etkisi nedeniyle idare hukukunun özel hukuk kurallarıyla, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile bağlı olmadığına hükmetmiştir.⁶

Bu doğrultuda ülkemiz uygulamasında Danıştay'ın ihlal edilen haklardan dolayı tazminat talepleri hakkında idari kanun hükümlerinde yeterince açıklık bulunmadığı hallerde reddetmek usulünü tercih ettiği doktrinde ifade edilmektedir.⁷

Ancak yine aynı dönem Türk idare hukuku doktrininde bu durumun, yani hususi hukukun kurallarının uygulanmaması ve idari mevzuatta boşlukların bulunmasının idari yargı hakimini gerçek anlamıyla hukuk kuralları koymaya zorladığı şeklinde tespitler yapıldığını görmekteyiz.⁸

Zira aynı tarihlerde yürürlükte bulunan mülga 521 sayılı Danıştay Kanunu 21. maddesi gerekçesinde; tam yargı davaları ile özel hukuktaki tazminat davalarının benzerliği ifadelerine yer verilerek, idari eylemlerden kaynaklanan **tam yargı davalarının özel hukuktaki haksız fiillerden kaynaklı tazminat davalarına benzediğine işaret edildiği** anlaşılmaktadır.⁹

Fransa uygulamasında yaşanan gelişim ve değişimler ışığında ülkemizde de Danıştay kararlarında ifade edildiği gibi, “idari mevzuatın yetersizliği nedeniyle ortaya çıkan boşluğun, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 1. maddesinde yer alan kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hakim örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisini kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiye ona göre karar verir hükmü esas alınarak idari yargı mercilerince doldurulmasının gereklilik olduğu”¹⁰ şeklindeki içtihat yoluyla aşıldığı görülmektedir.

B. GÜNÜMÜZDE İDARİ YARGI-ÖZEL HUKUK ETKİLEŞİMİ¹¹

1. İDARİ YARGI - HUKUK MUHAKEMELERİ USULLERİ ETKİLEŞİMİ

İdari yargının özel hukukla etkileşim alanları olarak nitelendirilebilecek konuların başında hiç şüphesiz **yargılama usulleri arasındaki etkileşim** gelmektedir.

⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi, E.1948/4 K. 1948/9, 13.04.1948, Resmi Gazete, 16.08.1948, Sayı: 6983.

⁷ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Esasları, cilt 3 (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1966) 1693.

⁸ Hamza Eroğlu, İdare Hukuku (4. bs, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları 1985) 29.

⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi, *tbbm.gov.tr*, <https://www.tbmm.gov.tr> erişim tarihi: 28 Haziran 2025.

¹⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 25 Nisan 2012 tarihli 2012/801 karar sayılı kararı. *Danıştay Dergisi*, 2012, Sayı: 130, s. 23-33, Y. 2255.

¹¹ Güncel İdari Yargı özel hukuk etkileşiminin kapsamı ve boyutları için Bkz. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ve Medeni Hukuk Etkileşimi Sempozyumu (09.05.2025), <https://hukuk.istanbul.edu.tr/tr/etkinlik/idare-hukuku-ve-medeni-hukuk-etkilesimi-sempozyumu-5500660067006D0042002D006500410054004400760039007900700046006200610041004F003200370077003200>.

Zira idari yargı yerlerinin yargılama yaparken izlemeleri gereken usul kurallarını içeren esas kanun olan 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre oldukça kısa bir kanun olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu nedenlerle, İdari Yargılama Usulü Kanunu 31. maddesi doğrultusunda, Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nda yer alan 16 ayrı usul hükmüne yapılan atıfların (göndermelerin), yargılama usulleri arasında yöntem birliğini sağlamak ve hukuk usulü yargılamasının tecrübe ve içtihat birikiminden yararlanmak amacıyla yapıldığı doktrinde kabul edilmektedir.¹²

Diğer taraftan, İdari Yargılama Usul Kanunu'nda düzenlenmemiş ve atıf yapılmamış olmasına rağmen kesin hüküm ve bekletici mesele ile ilgili olarak HMK hükümlerinden faydalanma uygulaması da sürdürülmektedir.¹³

Ancak idari yargı doktrini, yargısal içtihatlar ve mevcut düzenlemeler muvacehesinde hukuk yargılamasına ilişkin ilke ve kuralların idari davaların niteliğine uygun düştüğü ölçüde idari yargılama usulünde geçerli olduğunu göz ardı etmemek gerekmektedir.¹⁴

2. İDARİ YARGILAMA - ÖZEL HUKUK KURALLARI ETKİLEŞİMİ

Türk idari yargı rejiminde, **idari yargının usul kuralları dışında maddi kurallarını oluşturan** ve idari organların teşkilatlanmasını, yetki ve görevlerini, çalışma usullerini izah eden kurallar olarak tanımlanan **idari kanunlar**, idare hukukunun özelliklerini içeren kanunlar olarak görülmektedir.

Ancak, “idari kanunlar” adı verilen mevcut düzenlemelerin yetersizliği ve değişkenliği göz önünde bulundurulduğunda, idari yargının normatif hukuk oluşturma işlevinin günümüzde de geçerli olduğunun kabulüyle içtihadi niteliğinin sürdürülmesinde müşahhas düzenlemelere, hükümlere ve hukukun genel ilkelerine de ihtiyaç duyulduğu bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Diğer taraftan, idarenin etkinliklerinin çeşitlenmesi ve küreselleşme olgusu karşısında ekonomik ve ticari faaliyetlerinin çoğalması ile idari yargının konusu olan hukuki uyuşmazlıklarda idare hukuku ve özel hukuk boyutunun iç içe geçtiği gerçeğine günümüzde daha çok şahitlik edildiği doktrinde ifade edilmektedir.¹⁵

¹² Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş Yayınevi, Ankara 2019) 1426.

¹³ Ancak bu çalışmanın konusu, sözü edilen usul kuralları ve ilişkileri dışında yer alan maddi alana ilişkin özel hukuk kuralları ve ilkeler olduğu göz önünde bulundurularak bu kısa bilgi ile yetinilmektedir.

¹⁴ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (16. bs, Seçkin Yayınevi 2024) 249.

¹⁵ M Kutlu Gürsel, *İstanbul Menkul Kıymetler Borsası: İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme* (Turhan Kitabevi 2003) 15–16.

II. İDARİ YARGIDA ÖZEL HUKUK KURALLARINA BAŞVURULABİLMESİ

A. TÜRK İDARİ YARGILAMA HUKUKU DOKTRİNİNDE

Türk İdari Yargılama Hukuku doktrininde, idari yargı mercilerinin bazı hâllerde özel hukuk hükümlerini uygulamak zorunda kaldığı, örneğin ehliyet konusunu özel hukuk kurallarına göre çözdüğü, yine idarenin sorumluluğu konusunda özel hukuk kavram ve kurallarını idare hukukunun özelliklerini dikkate alarak kullanmak durumunda olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca bazı hâllerde idari yargı mercilerinin özel hukuk hükümlerini göz önünde bulundurması gerektiğine işaret edilmektedir.¹⁶ Diğer taraftan özel hukuk alanıyla etkileşen idari işlemler olabileceği, idari işlemle özel hukuk işlemi arasında sıkı bir ilişki bulunabileceği şeklinde görüşler ileri sürülmekte,¹⁷ buna karşın kimi durumlarda da adli yargı mercilerinin de idare hukuku kurallarını uygulamak zorunda kaldığı söylenmektedir.¹⁸

İdari yargı mercilerinin özel hukuk kuralları ve ilkelerine başvurmak durumunda kaldığı ilk hususun, yargılama faaliyetinin ilk inceleme aşamasında davanın idari nitelikte olup olmadığını belirlerken özel hukuk kurallarını da gözden geçirmesi olduğundan şüphe bulunmamaktadır.¹⁹

Yargılama faaliyetinin esasına ilişkin süreçte ise günümüzde yoğunlaşan ve çeşitlenen özel hukuk-idare hukuku etkileşimi doğrultusunda özel hukuk kuralları ve ilkelerine müracaatın yargısal bir zorunluluk haline gelebildiği görülmektedir.

Örneğin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 26. maddesinde, yüklenici açısından «mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek» yasak davranışlar içinde sayılmakta; 26. maddede de bu yasağı ihlal eden hakkında «ihalelere katılmaktan yasaklama» kararı verileceği öngörülmektedir. Bu nedenle, ihalelere katılmaktan yasaklama işlemi denetleyen idari yargı mercileri, söz konusu işlemin hukuka uygunluğunu değerlendirirken, taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılık olup olmadığını özel hukuk kurallarına göre incelemek zorunda kalmaktadır.²⁰ Çünkü yürürlükteki pozitif hukukta, kamu ihale sözleşmeleri niteliği gereği kategorik olarak özel hukuk sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmektedir.

Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 55/2. maddesi düzenlemesine ilişkin doktrinde farklı yaklaşımlar olduğu ifade edilmekle birlikte, idari yargılama hukukunu

¹⁶ Murat , SEZGİNER,; İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara 2000, Yetkin Yayınları. s.93

¹⁷ Tekin Akıllıoğlu, 'Ticaret Bakanlığının Anonim Ortaklık Ana Sözleşme Değişikliğine İzinin Çıkardığı Yönetim Hukuku Sorunları' (BATIDER, Cilt 10, Sayı 2, 2018) 467, 469..

¹⁸ Ethem Atay, İdare Hukuku (Turhan Kitabevi 2012, Ankara) 25.

¹⁹ Dilşat Yılmaz, 'İdare Hukuku ve Özel Hukuk Arasında Yarışma mı Uzlaşma mı?' (2013) 4(2) *Inönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17.

²⁰ Yılmaz (n 19) 172

ve dolayısıyla idari yargı yerlerini yakından ilgilendiren bir düzenleme olarak kabul edilmektedir.²¹

Ancak yeni dönem hukuki çalışmalarda ise, yukarıdaki değerlendirmeler dışında özel hukuk-idari yargı etkileşimini zorunlu kılan kurallar, ilkeler, yargı kararları ve yorumları göz önünde bulundurulmakla birlikte özellikle yargılama ilkeleri açısından yargılamanın bütünlüğü ve idari yargının özgünlüğü ilkelerine de vurgu yapıldığına tanıklık etmekteyiz²².

1. YARGILAMANIN BÜTÜNLÜĞÜ İLKESİ AÇISINDAN

İdarenin idare hukuk alanında yaptığı işlem ve eylemlerinden kaynaklanan sorunların uzmanlaşmış idari yargı yerleri tarafından 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'na göre çözümlenmesi esas olmakla birlikte idarenin faaliyet alanlarının günümüzde çeşitlenmesi, çoğalması, idarenin işlemleri ile özel hukuk işlemlerini bağlantılı hale getirmiş, idari yargı yerleri önlerine gelen uyuşmazlıklarda özel hukuk sorunlarıyla karşı karşıya gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi yerleşik içtihadında, idari davalarda yargı yerinin yönlendirdiği kendine özgü yargılama yöntemi söz konusu olmakla birlikte Anayasa md. 138/1'de²³ yer alan "Hâkimler (...) hukuka uygun olarak hüküm verirler" kuralının tüm yargılama usulleri açısından geçerli olduğu, hâkimin hükmünü verebilmesi için ne gibi önlemler almak gerekliyse bunların tümünü içerdiği belirtilmektedir.²⁴

Doktrinde ifade edildiği üzere günümüz yargılama hukuku öğretisinde geçerli olan kurallar göz önünde tutulduğunda, doğru ve adil yargılama süreci, mahkeme sürecinin başlangıcından sona ermesine kadar geçen farklı aşamalarda muhakeme özneleri arasında kurulan iletişim ağı ve bu iletişimin işleyişi ile ilgili **benzer kurallardan oluşmaktadır.**²⁵

Diğer taraftan ülkemizde idari yargı uygulamasında "bekletici mesele" gibi sorunu ortadan kaldıran bir mekanizma söz konusu olmadığı için idari yargıcın idari uyuşmazlığı çözmek adına çeşitli çareler üretmesi zorunlu görünmektedir. Ayrıca anayasal bir yükümlülük olan idari yargıcın önüne gelen uyuşmazlığı çözmeye yükümlülüğü de bu mecburiyeti doğurmaktadır.

²¹ Doktrindeki farklı yaklaşımlar konusunda bilgi için bkz. Çağlayan (n13) 230–231

²² Detaylı bilgi için bkz. Muhammet Özekes, "Yargılama Bütünlüğü İçinde Medenî Ve İdari Yargıya Bakış Ve Değerlendirme". İdare Hukuku Ve İlimleri Dergisi, sy. 23 (Aralık 2024) - Mustafa Burak Yetişkin, 'Hukuk Mahkemesi Kararlarının İdare Mahkemesinde Görülen Uyuşmazlıklara Etkisi Hakkında Bir İnceleme' (2024) 72 Adalet Dergisi

²³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (2709 sayılı Kanun, 7 Kasım 1982), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> erişim tarihi: 28 Haziran 2025.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, Esas No: 1990/40, Karar No: 1991/33, 1 Ekim 1991, <www.hukukturk.com> erişim tarihi: 18 Mart 2021.

²⁵ Akıllıoğlu, (n2) 38.



Söz konusu mecburiyetin ifası sürecinde ise gündeme yargılamanın bütünlüğü ilkesi gelmektedir. Adı geçen ilke doğrultusunda idari yargı mercileri, uyuşmazlığı sonlandırma konusunda öncelikle özel hukuk alanı ile etkileşen uyuşmazlık hakkında, idari uyuşmazlığı çözmeye yardımcı olma ve sınırlarını aşmamak kaydıyla özel hukuk sorunu hakkında usule ve **esasa ilişkin yorum ve değerlendirme yapabilme yetkisinin ve görevinin kabulünün gerektiği** de doktrinde ifade edilmektedir.²⁶

Diğer bir anlatımla doktrinsel temelde özel hukuk kurallarına başvurusunun sınırı olarak idari yargının özgünlüğü öngörülürken bazen de bir gereklilik, hukuki bir imkân veya yorumda zenginlik olarak kabul edilerek idari yargılamanın bütünlüğü ilkesine vurgu yapılmakta olduğu gözlenmektedir.²⁷

2. İDARİ YARGININ ÖZGÜNLÜĞÜ İLKESİ AÇISINDAN

İdari rejimi benimseyen ülkemizde kural olarak idari uyuşmazlıklara özel hukukta öngörülmemen birtakım kamu gücü ayrıcalıklarının ve yükümlülüklerinin bulunduğu, özel kişilerin tabi olduğundan farklı, özel hukuk karşısında otonom niteliğe haiz hukuk kuralları uygulanmaktadır. Zira idare hukuku özel hukuktan tamamen ayrı bir hukuk dalıdır.²⁸

Bu itibarla, idarenin idare hukuku tarafından düzenlenen etkinliklerinden doğan uyuşmazlıklara bakan, medeni yargı dışında kalan ve kendine özgü kuralları olan, ayrıca kendine özgü yargılama usulleri içeren ayrı yargı düzenine, doktrinde “idari yargı sistemi” denilmektedir.²⁹

İdare hukuku bakımından, idarenin sorumluluğu özel hukuktaki sorumluluk hallerine benzemekle birlikte idare hukukundaki özellikler dikkate alınarak içtihatlarda farklı ölçütler geliştirilmektedir. AYM kararında belirtildiği üzere idari yargı yerleri yargısal içtihatlarla özel hukuk alanında hukuksal sorumluluk nedenlerini oluşturan hallerin maddi ve hukuksal çerçevesinden bağımsız olarak salt idare hukukuna özgü ilke ve gereklerle hizmet kusuru, kusursuz sorumluluk, görev sorumluluğu ve son yıllarda geliştirilen sosyal risk sorumluluğu gibi tazmin borcu doğuran hukuki sorumluluk nedenleri ile bu nedenlerin yürütülen hizmetin nitelik ve gereklerine uygun olarak değişen görünüş biçimlerine ilişkin ilke ve ölçütler geliştirmişlerdir.³⁰

²⁶ Dilşat Yılmaz, ‘İdari Hukuk ve Özel Hukuk Arasında Yarışma/Muğlaklık’ (2013) 4(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 177–178.

²⁷ Muhammet Özkes. “Yargılama Bütünlüğü İçinde Medenî Ve İdarî Yargıya Bakış Ve Değerlendirme”. İdare Hukuku Ve İlimleri Dergisi, sy. 23 (Aralık 2024): 45-94.

²⁸ Gözler ,Kaplan (n 1) 36

²⁹ Ramazan Yıldırım, Serkan Çınarlı ve Kerim Azak, *Türk İdare Hukuku Dersleri - Cilt 1* (Adalet Yayınevi, Eylül 2024) 33.

³⁰ Anayasa Mahkemesi, Esas No: 1976/28, 25 Mayıs 1976, *Resmî Gazete*, 16 Ağustos 1976, Sayı 15.679.

İdari yargının özgünlüğü konusunda önemli örneklerinden biri olarak idari yargıda tanık dinleme olanağının bulunmaması gösterilmektedir. Danıştay uygulamasında anılan ilkeye atıf yapılarak şahit dinlenmesi ya da ifade alınması şeklinde bir yöntemin bulunmadığı ifade edilmektedir.³¹

Örneğin, idari işlemin sebep unsurunun tanıkla ispat edilmesi hususunda, sebep unsurunun kanuna dayanmasının zorunlu olduğu durumlarda tanık beyanına ihtiyaç duyulmayacağı açıktır. Bu nedenle tanık dinlenmesi kendi içinde zorlukları bulunan bir delil olarak değerlendirilebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin 6100 sayılı HUMK 3. maddesinin iptaline³² karar vermesi sonucunda geline nokta, sonuç itibarıyla bir özel hukuk kuralı olan Borçlar Kanunu'nun 55. maddesindeki hükmün idari uyumsuzluklarda sadece tazminat miktarının hesabında uygulama kabiliyeti bulunduğu, yani Borçlar Kanunu'na yapılan atfın sadece zarar miktarının belirlenmesine ilişkin hükümlerle sınırlı olduğu ve bu sınırlamalar içerisinde uygulama kabiliyeti bulunacağı da doktrinde kabul edilmektedir.³³

Zira Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında Borçlar Kanunu hükümlerinin tümünün uygulanmasını zorunlu kılmamanın söz konusu olmadığı tespit edilerek, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi günümüzde de idarenin sorumluluğunun yargı içtihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirleneceği (**idari yargının özgünlüğünü**) açıkça vurgulanmaktadır.³⁴

Bu doğrultuda, idari yargının özel hukukla etkileşim alanında olan konularda Borçlar Kanunu özel hükmüne göre hesaplanacak zararların kapsamında Danıştay'ca yeni ve özgün bir yaklaşım benimsendiği görülmektedir. Söz konusu yaklaşımda manevi tazminata hükmedilmesinde kişinin yaşadığı elem ve üzüntünün tatmin edilmesi amacının yerini, olayın ağırlığı ortaya konularak **benzer olayların bir daha yaşanmaması için caydırıcılık sağlama anlayışı almış bulunmaktadır**.³⁵

Doktrinde Danıştay'ın bu yaklaşımıyla sorumluluk bakımından zarar koşulu saydamlştırılarak, hukuka aykırı davranan idarenin adeta tazminat ödemek

³¹ Nida Malbeği, M. Ayçe Özmeriç, 'İdarenin Sözleşme Akdetme Zorunluluğu ve Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu' (2020) 2 *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 145.

³² Anayasa Mahkemesi, Esas No: 2014/94, Karar No: 2014/160, 22 Ekim 2014, *Resmî Gazete*, 4 Mart 2015, Sayı 29285.

³³ Çağlayan (n13) 231

³⁴ Anayasa Mahkemesi, 22 Ekim 2014, Esas No: 2014/94, Karar No: 2014/160, *Resmî Gazete*, 4 Mart 2015, Sayı 29285.

³⁵ Danıştay 15. Dairesi, Esas No: 2013/11764, Karar No: 2018/3886, Karar Tarihi: 19 Nisan 2018, *Danıştay Dergisi* 149, 282.

Danıştay 15. Dairesi, Esas No: 2017/61, Karar No: 2017/7694, Karar Tarihi: 21 Aralık 2017.

suretiyle cezalandırılması şeklinde özgün bir tutum ortaya koyduğu yorumu yapılmaktadır.³⁶

3. İDARİ YARGININ İÇTİHADİLİĞİ İLKESİ AÇISINDAN

İdari yargılama hukuku, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesi gereği olarak aynı zamanda içtihadı dayanan bir hukuk disiplini olma niteliğine sahiptir. İdari faaliyete konu ihtiyaçların zaman içinde çoğalması ve çeşitlenmesi ve bu ihtiyaçlara yönelik düzenlemelerin farklılık arz etmesi, yalnızca idari kanunlar ve kurallarla her somut uyuşmazlığın çözülememesine yol açmaktadır.

Ayrıca, idare hukuku alanında yetkiler doğrudan kamu düzenine ilişkin olduğu için, mevcut bir hükmün benzer bir olaya kıyas yoluyla uygulanması çoğu zaman mümkün değildir. Bu durum, idare hukukunda yargı kararlarının ve içtihatların belirleyici bir rol üstlenmesini zorunlu kılmaktadır.

İdari yargı mercileri, açık ve ayrıntılı bir düzenlemenin bulunmadığı ya da uygulanacak hukuk normunun belirsiz ve yoruma açık kavramlar içerdiği durumlarda, yorum yoluna başvurarak uyuşmazlıkları karara bağlar. Bu tür yorumların zaman içinde istikrar kazanarak yerleşik hale gelmesi durumunda, “içtihat hukuku” olarak adlandırılan ilke ve kurallar, idare hukuku ve idari yargılama usulüne kaynak oluşturabilirler.

Yargısal içtihatlar, idarenin uygulamalarında yeknesaklık sağlayarak keyfi işlemleri önlerken, aynı zamanda benzer uyuşmazlıklarda çelişkili yargısal kararların önüne geçilmesine de katkı sunmaktadır.

İdari yargı mercileri, üstlendikleri idari davalar ve uyuşmazlıkları kesin hükümle çözüme kavuşturma işlevine konu yerleşik içtihatlarla, hem bireylerin idare karşısındaki hak ve özgürlüklerini güvence altına almakta hem de hukuk düzeninin bütünlüğünü sağlamaktadırlar.³⁷

Doktrinde, idare hukukunun içtihadı dayalı yapısını ortaya koyan somut örneklerden biri olarak idarenin sorumluluğu konusu gösterilmektedir. Gerçekten de, idarenin sorumluluğuna ilişkin açık bir düzenleme olarak yalnızca Anayasa'nın 125. maddesi bulunmakta olup, bu alanı detaylandıran başka bir kanuni düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle, idarenin sorumluluğuna ilişkin temel ilkeler, kapsam ve sınırlar büyük ölçüde **Danıştay kararlarıyla şekillenmiş ve uygulamada içtihatlar yoluyla belirginlik kazanmıştır.**

³⁶ Zehreddin Aslan, *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu: Vergi Yargılaması Dahil* (3. bs, Seçkin Yayınevi 2022) 117.

³⁷ Bahtiyar Akyılmaz, *Hukuk Devleti İlkesinin Gerekleri ve İdari Yargının Önemi*, Danıştay Yayınları No: 114, 154. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (10-11 Mayıs 2022, Ankara: T.C. Danıştay Başkanlığı, 2022). S.51

Bu anlayış doğrultusunda ve belirli sınırlar içinde, zaman zaman tam yargı davalarında ve özellikle son dönem Danıştay içtihatlarında özel hukuk hükümlerine ve ilkelerine başvurulduğu görülmektedir. Bazı durumlarda ise sözü geçen özel hukuk kanunlarına atıf yapılmasa bile söz konusu kanunlardaki ilkelerin idari yargı mercilerince benimsenerek **idari yargılama hukuku açısından içtihat haline getirilebildiği de gözlenmektedir.**³⁸

B. TÜRK İDARİ YARGI POZİTİF HUKUKUNDA

1. ANAYASAL İLKELER VE ULUSLARARASI DÜZENLEMELER AÇISINDAN

1982 Anayasası sistematığı gereği yargı yetkisine ve yargılama faaliyetine ilişkin düzenlemeler genellikle tek bir çerçevede yer almakta, yargısal temel haklar ve güvenceler değişmemekte, sadece farklı alanlarda farklı görünümeler ortaya çıkmaktadır. Yargı faaliyeti ve yargı organlarına ilişkin hükümler üçüncü kısımda 138-148. maddeler arasında yer almaktadır.

Yargılama faaliyeti, diğer bir deyimle yargı fonksiyonu veya yargı işlevi, maddi ölçüt kullanılarak yapılan belirlemede uyuşmazlıkların kesin olarak çözülmesi fonksiyonudur. Bu fonksiyon tüm yargı düzenleri bakımından söz konusu olup sadece tek bir yargı düzenine özgü değildir.³⁹

Gerçek bir hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma ilkesi ile güvenceleri ise tüm yargılama düzenlerinde geçerli olmak üzere anayasal hükümlere konu edilmektedir. Bunlar temel yargısal haklar olarak anayasa ile güvence altına alınmışlardır. Örneğin, kanuni hâkim ilkesi, adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı, usul ekonomisi, eşitlik ve aleniyet ilkeleri anayasal yargılama ilkeleri olarak bunlardan bazılarıdır.

Ayrıca bunların bir kısmı aynı zamanda hukukun genel ilkelerinden ve uluslararası anlaşmalardan da kaynaklanabilmektedir. Örneğin, adil yargılanma hakkı bütün yargılama usullerinde dikkat edilmesi gereken bir temel hak ve aynı zamanda uluslararası hukukça da güvence altına alınmış anayasal bir yargılama ilkesidir.⁴⁰

2. YASAL DÜZENLEMELER AÇISINDAN

Yargılamanın esasını oluşturan hukuk kurallarının bulunup nitelendirilmesi sürecinde idari yargı mercilerinin yürürlükte bulunan mevzuat hakkındaki hukuk bilgisi büyük önem arz etmektedir. Zira idari hakim saptamasını yaptığı somut vakaya uygulayacağı soyut hukuk kurallarını özgürce belirlerken konuyla ilgili

³⁸ Mustafa Burak Yetişkin, 'Hukuk Mahkemesi Kararlarının İdare Mahkemesinde Görülen Uyuşmazlıklara Etkisi Hakkında Bir İnceleme' (2024) 72 Adalet Dergisi 349, 361.

³⁹ Özay İlhan, 'Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı', İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu (Danıştay Yayınları, No:33, Ankara 1982) 13.

⁴⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 11) 89



mevzuatı (özel hukuk hükümleri - idari kanun hükümleri) yargılamanın bütünlüğü ilkesi doğrultusunda uygun yorum metodu ile yorumlayarak vicdani kanaatine göre hüküm vermekle yükümlü bulunmaktadır.⁴¹

a. Özel Hukuk Kurallarına Atıf yapan İdari Kanun Hükümleri

Türk ve Fransız doktrininde **idari kanunlar**, idare hukukunun bütün kurallarını ihtiva eden kanunlar değildir. Medeni Kanun ve Ceza Kanunu gibi hukuk alanlarındaki maddi hukuk kurallarını ihtiva etmezler. Bunlar, idare birimlerinin kuruluşları, gelirleri, kamu görevleri, idari yetkililer hakkında çıkarılmış kanunlardır.⁴²

Danıştay uygulamasında ve doktrinde, ülkemiz idari yargılama süreçlerinde temel norm kodlara başvurma **ihtiyacının ve zorunluluğunun** bizzat sözü edilen idari kanun hükümlerinden kaynaklandığı görülmektedir.

Söz konusu kanun hükümlerinden bazıları idari bazıları da vergi uyuşmazlıklarıyla ilgili kurallardan oluşmaktadır. Buna göre idari uyuşmazlıklarla ilgili özel hukuk kanunlarına atıf yapan idari kanuna, 657 sayılı Kanun'un 28. madde "Devlet memurları için yasak olan faaliyetlerinin **Türk Ticaret Kanunu** kapsamındaki tacirlik ve esnafılık faaliyeti... kapsamında olması gerektiğine işaret edilmektedir." hükmü örnek verilebilir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 53. maddesi 1. fıkrası ve 4734 sayılı Kanunun 46. maddesi, taraflar bakımından tüm ihalelerin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olmasına bakılmaksızın bir sözleşmeye bağlanması ve ita amirince imzalanması gerektiğini belirtmekte ve ihale kararıyla artık taraflar bakımından sözleşme imzalanması zorunluluğunu getirmektedir.

Ayrıca 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa tabi işler bakımından adı geçen kanunun 36. maddesinde, "bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır" düzenlemesi yer almaktadır

Vergi uyuşmazlıkları ile ilgili olarak özel hukuk kurallarına atıf yapan **1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun** 89. maddesi hükmünde "Kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin muhasebe usulleri ve mecbur olarak tutacakları defterler hakkında 6102 sayılı **Türk Ticaret Kanunu** hükümleri uygulanır." denilmektedir.

Katma Değer Vergisi Kanunu 1. maddesinin 2. fıkrası hükmünde "Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında ticari faaliyetin kapsamı ve niteliğinin gelir vergisi kanununda açıklık bulunmadığı hallerde, **Türk Ticaret Kanunu** ve diğer ilgili mevzuat hükümlerine göre tayin ve tespit edileceği belirtilmektedir."

⁴¹ Bahtiyar Akyılmaz, "İdari Yargıda Hâkimin Hüküm Vermesi," *Danıştay ve İdarî Yargı Günü: 149. Yıl Sempozyumu (11 Mayıs 2017, Ankara)*, Danıştay Yayınları No: 93 (2017): 154–160.

⁴² Mukbil Özyörük, *Ankara Hukuk Fakültesi Ders Notları* (1974) 69–70.

3095 sayılı Temerrüt Faizi Kanunu 3. maddesi hükmünde “ – Kanuni faiz ve temerrüt faizi hesaplanmasında, **Bu konuya ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.**” düzenlemesine yer verilmektedir

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 13. maddesinde yer alan düzenlemelerin, 6102 sayılı **Türk Ticaret Kanunu** hükümleriyle paralellik arz edecek şekilde aynı amaca yönelik olarak ihdas edildiği gözetilerek, anılan maddede yer alan hükümlerin **Türk Ticaret Kanunu** ve ilgili diğer mevzuat hükümleriyle birlikte uygulama imkanına işaret edilmektedir

b. Genel Hükümlere Atıf Yapan İdari Kanun Hükümleri

657 sayılı Kanun’un 13. madde hükmüyle “Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır,

İYUK md. 28/2 hükmüyle “Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur,

2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 28/2 hükmüyle “Kirletenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır.”

düzenlemelerine yer verilmektedir

c. Özel Hukuk Hükümlerine Dolaylı Olarak Atıf Yapan İdari Kanun Hükümleri

İdari Yargılama Usul Kanunu⁴³ **26. madde** hükmü idari uyuşmazlıklarda tarafların kişilik veya niteliklerinin değişmesi hallerini düzenlemekte ancak madde lafzında özel hukuka açıkça bir atıf bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, ilgili madde hükmünün Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu’nun mirasa ilişkin hükümleriyle Türk Ticaret Kanunu’nun şirketler hukuku hükümlerini ilgilendiren multidisipliner bir içeriğe sahip olması nedeniyle **zorunlu olarak anılan özel hukuk hükümlerine sıkça atıf yapılan bir düzenleme** niteliğine haiz bulunduğu doktrinde ifade edilmektedir.⁴⁴

d. Kendisine İdari Yargı Dahil Tüm Uyuşmazlıklarda Atıf Yapılması Öngörülen Özel Hukuka İlişkin Kanun Hükümleri

Türk Borçlar Kanunu’nun 55/2. maddesinde “Bu kanun hükümleri her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır” hükmü yer almaktadır.

⁴³ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Resmî Gazete, 20 Ocak 1982, Sayı: 17580, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2577&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> erişim tarihi: 28 Haziran 2025.

⁴⁴ Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. Cihan Yüzbaşıoğlu, ‘İdari Uyuşmazlıklarda Tarafların Kişilik veya Niteliklerinin Değişmesi Hallerinin Kapsam ve Sonuçlarının İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi’ (2024) 82 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 233, 233-278.



Ayrıca uygulamada, **TBK m. 55/2** hükmünün zorunlu sonucu olarak **TBK m. 55/1 hükmünün** de idari uyuşmazlıklarda atıfa konu olduğu görülmektedir

Diğer taraftan **Anayasanın 125. maddesinde** idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmakta ancak idari kanunlarda bu konuya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemektedir

Buna karşın **698 sayılı Borçlar Kanunu 49. maddesinde** genel olarak kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar verenin bu zararı gidermekle de yükümlü olduğu, zarar verici fiili yasaklayan bir kuralı bulunmasa bile ahlaka aykırı bir fiille başkasına zarar verenin de bu zararı gidermekle yükümlü olacağı hüküm altına alınmıştır

Ayrıca adı geçen kanunun zararın ve kusurun ispatı başlıklı **50. maddesinde**, hakimın olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyeceği hükmü yer almaktadır

Adı geçen Kanunun tazminat başlıklı **51. maddesine** ise hakim tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyebilecektir şeklinde genel hükümler yer almaktadır

Nitekim doktrinde idare hukuku kapsamındaki maddi kanun düzenlemeleri bakımından maddi tazminatın zarar görenin mal varlığında meydana gelen ne tür bir eksilmeleri kapsayacağı ve bunların nasıl hesaplanacağı konusunda herhangi bir kanun hükmü bulunmadığı için uygulamada bu konuda genel olarak Borçlar Kanunu hükümlerinden faydalanıldığı kabul edilmektedir.⁴⁵

Bu anlamda Türk Medeni Kanunu Genel Hükümlerde (**madde 1, 2, 3, 4, 6**) **yer alan hakimın hukuku yaratması, dürüstlük, adalet ve hakkaniyet, hakimın takdir hakkı ve ispat külfeti** başta olmak üzere, medeni hukuk kurum, kural ve diğer temel ilkeleri ile gerçek ve tüzel kişilerin hukuku (dernek, vakıf, federasyon), velayet, vesayet, ehliyet, mülkiyet ve bağlantılı haklar gibi temel müesseseleri düzenleyen maddeler **kendisine çokça atıf yapılan hükümler olarak nitelendirilebilir.**

Diğer taraftan maddi kanunlarında açıklık bulunmadığı hallerde, vergi hukuku uygulamalarında vergi mükellefiyetinin ve sorumluluğunun Türk Ticaret Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümlerine göre tayin ve tespit edileceği kabul edilmektedir. Bu hükümlere örnek olarak; **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11, 15, 595, 614 ve 1530. madde hükümleri ile 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinde** yer alan hükümlerle aynı amaca yönelik olarak düzenlenen **Türk Ticaret Kanunu 16 ve 20. madde hükümleri** gösterilebilir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 58. maddesi ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 26. maddesi hükümleri gereği verilen ihaleyi yasakla-

⁴⁵ Akyılmaz, B., Sezginer, M., & Kaya, C. (2019). *Açıklamalı içtihatlı Türk idari yargılama hukuku* (s. 1304). Yetkin Yayınları.

ma işlemlerinin yargısal denetiminin gerçekleştirildiği idari yargı mercilerinde sözleşmeye aykırılık olup olmadığı hususu sözleşme hukuku çerçevesinde özel hukuk kurallarına (Borçlar Kanunu ilgili hükümlerine) atıfla çözümlenmektedir.

3. ARA SONUÇ

Çalışmamızın bu bölümünde vurgulanmaya çalışıldığı üzere; Türk idari yargılama hukuku doktrinde, idari yargının özgünlüğü ilkesi ve idari yargının içtihadiliği ilkesi açısından idari yargıda özel hukuk kurallarına başvurulabilmesinin özellikle günümüzde değişen ve çeşitlenen özel hukuk alanı ile etkileşen konular hakkında idari uyuşmazlığı çözmeye yardımcı olma ve sınırlarını aşmamak kaydı ile özel hukuk sorunu hakkında esasa ilişkin yorum ve değerlendirme yapabilme yetkisi ve görevi olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan doktrinsel temelde özel hukuk kural ve ilkelerine başvurulması sınırı olarak idari yargının özgünlüğü işlevsellik kazanırken, yargılamanın bütünlüğü ilkesi de uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında bir yasal gereklilik, hukuki bir imkan veya yorumda zenginlik olarak kabul görmektedir

III. AİHM-AYM İÇTİHATLARI AÇISINDAN ÖZEL HUKUK KURALLARINA BAŞVURULABİLMESİ

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADI AÇISINDAN

Günümüz idare hukuku içeriği ve kapsamında yaşanan uluslararası gelişmeler, medeni yargılama ile idari yargı arasındaki katı ve kesin ayrımlar yerine karşılıklı etkileşimi destekler bir mahiyete dönüşmüş gözükmektedir. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. maddesinde** ⁴⁶ yer alan “**medeni hak ve yükümlülükler**” ile ilgili uyuşmazlıklar kavramı ve bu kavramın içeriğini betimleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı bunun en müşahhas örneğini teşkil etmektedir.

AİHM uygulamasında, medeni hak ve yükümlülükler üzerinde doğrudan sonuç doğuran davalar, tarafların veya **ilgili hukuk normlarının özel hukuk ya da kamu hukuku statüsünde olup olmadığı, uyuşmazlığın iç hukuktaki nitelendirilmesi ve uyuşmazlığın görüldüğü yargı yolu dikkate alınmadan Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.**

Ayrıca İnsan Hakları Mahkemesi’nin medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlık kavramının yorumuyla ilk dönem kararlarının bugünkü yaklaşımdan hayli farklı olduğuna da şahitlik edildiği doktrinde ifade edilmektedir.⁴⁷

Buna göre, idari yargının görevli olduğu uyuşmazlıklar ve davalar, davacının medeni hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkilemesi kaydıyla Avrupa İnsan

⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11. ve 14. Protokoller ile değiştirilen metin <https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf>

⁴⁷ Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılama ve Yargı Etiği* (Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, Şen Matbaa Kasım 2007) 14.



Hakları Sözleşmesi kapsamında yer almaktadır. Bunun doğal sonucu olarak kamu hukuku uygulamalarından doğan ancak bireyin özel hukuktaki statüsünü etkileyen idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklara da 6. madde uygulanabilmektedir.⁴⁸

AİHM, ülkemizle ilgili yakın tarihli kararında; idari yargıda kolluk kuvvetleri tarafından tutulan tutanakların aksini ispat etmek amacıyla şahit dinletilmesine imkân verilmemesinin ihlal oluşturduğuna hükmetmiştir. AİHM bu kararında, adil yargılanma hakkının ve güvencelerinin bir bütün olduğuna (**yargılamanın bütünlüğüne**) atıf yapmakta; ayrıca tüm yargı düzenlerinde medeni, ceza ve idari yargıda söz konusu güvencelerin uygun şekilde yorumlanması ve gerekiyorsa yapılandırılması gerektiğini vurgulamaktadır.⁴⁹

AİHM'nin yukarıda yer alan içtihatlarının oluşumunda özel hukuk - kamu hukuku ayrımı gözetilmeksizin hukukun ve özellikle yargılama usulü hukukunun genel ilkelerinden hareketle uyuşmazlığın çözümlenmesi uygulamasının ana etken olduğuna doktrinde dikkat çekilmektedir.⁵⁰

B. ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADI AÇISINDAN

1. NORM DENETİMİNE İLİŞKİN İÇTİHADI

Anayasa Mahkemesi yerleşik içtihadında; idari davalarda yargı yerinin yönlendirdiği kendine özgü yargılama yöntemi söz konusu olmakla birlikte, Anayasa md. 138/1'de⁵¹ yer alan "Hakimler (...) hukuka uygun olarak hüküm verirler" kuralının **tüm yargılama usulleri açısından geçerli** olduğu, hâkimin hükmünü verebilmesi için ne gibi önlemler almak gerekliyse bunların tümünü içerdiği belirtilmektedir.⁵²

Ayrıca Anayasa Mahkemesi, kanunlarda açık hüküm bulunmayan durumlarda da **hâkimin hukuk yaratabileceğini**, bunun çağdaş hukuk sistemlerinde benimsenen bir görüş olduğunu kabul etmektedir. AYM, Anayasa'nın 138. maddesi ve **4721 sayılı Medeni Kanun'un 1 ve 2. maddelerinde** yer alan hükümlerden ve vicdani kanaat ilkesinden yola çıkarak açıklamakta ve **Anayasa m. 138'de yer**

⁴⁸ Seçkin Toydemir, Adil Yargılanma Bağlamında Türk İdari Yargı Sistemi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2023) 13.

⁴⁹ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Dilek Genç/Türkiye, B. No: 74601/14 ve 78295/14, 21.01.2025.

⁵⁰ Selami Demirkol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İdari Davalarla İlgili Yargılama Ayrıntıları: İhmal-Tire İhlal (Beta Yayınları 2020, İstanbul) 58.

⁵¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Resmi Gazete, 7 Kasım 1982, Sayı: 17863, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> erişim tarihi: 28 Haziran 2025.

⁵² Anayasa Mahkemesi, Esas No: 1990/40, Karar No: 1991/33, Karar Tarihi: 1 Ekim 1991, www.hukukturk.com erişim tarihi: 18 Mart 2021.

alan “hukuk” kavramının, yargıcın genel ilkeler çerçevesinde yasal boşluğu doldurmak üzere oluşturacağı hükmünü de içerdığını belirtmektedir.⁵³

Diğer taraftan, idari yargılama hukukunu ve dolayısıyla idari yargı yerlerini yakından ilgilendiren bir düzenleme hükmü barındıran Türk Borçlar Kanunu m. 55/2⁵⁴ hükmünün iptali istemiyle açılan davada AYM kararının talebin reddi yönündeki gerekçesinde; **zarar miktarının belirlenmesinde özel hukuk hükmü olan itiraz konusu kuralın idari yargı dahil tüm yargılama hukukları açısından geçerli ve bağlayıcı olduğuna** vurgu yapılmaktadır.⁵⁵

AYM’nin konumuz açısından büyük önem arz eden söz konusu kararında iptal talebinin kısmen kabulü yönünde gerekçesinde ise; Türk Borçlar Kanuna yapılan atfın sadece zarar miktarının tayin ve tespitine ilişkin hükümlerle sınırlı olduğuna karar verildiği görülmektedir.⁵⁶

2. BİREYSEL BAŞVURUYA İLİŞKİN İÇTİHADİ

Anayasa Mahkemesi, cezaevi kurumunda bulunan başvuruçunun idari işlemin iptali talebiyle idari yargı merciinde açtığı davanın, vesayet makamı kararı olmaksızın tek başına dava açma ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle hak ihlaline hükmettiği içtihadında;

İlgili yargı mercilerinin; **4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun vesayet altına alınmaya ilişkin hükümlerinin yanında 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 4. maddesinde öngörülen, davacıların “hükümlü” ya da “hüküm özlü” statüsünde olup olmadığı değerlendirilmesini yapmadıklarını** tespit etmektedir. Ayrıca davacıların dava açma ehliyetlerinin bulunmadığı yönünde bir gerekçe ile ret kararı vermelerinin, hukuk devleti alt ilkesi olan hukuki öngörülebilirlik ilkesine aykırılığı nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiş bulunmaktadır.⁵⁷

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesinin; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun yanı sıra, trampaya ilişkin özel hukuk hükümleri olan Türk Borçlar Kanunu’nun⁵⁸ **282. maddesine atıf ile oluşturulan ilk derece mahkemelerinin kesinleşmiş mahkeme kararına rağmen, davacının zararının karşılanmadığı ve kararın**

⁵³ Anayasa Mahkemesi, Esas No: 2014/61, Karar No: 2014/166, Karar Tarihi: 7 Kasım 2014.

⁵⁴ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Resmî Gazete, 4 Şubat 2011, Sayı: 27836, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6098&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> erişim tarihi: 28 Haziran 2025.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, Esas No: 2014/94, Karar No: 2014/160, Karar Tarihi: 22 Ekim 2014.

⁵⁶ Aynı yönde uyuşmazlık mahkemesinin kararı için bkz UYM(2.D.) E. 2014/780, K. 2016/418 Tarih 16/03/2016

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru No: 2020/34827, Karar Tarihi: 17 Temmuz 2024.

⁵⁸ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Resmî Gazete, 4 Şubat 2011, Sayı: 27836, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6098&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> erişim tarihi: 28 Haziran 2025.



gereğinin yerine getirilmediği iddiaları ile ilgili olarak yaptığı değerlendirmede; taşınmazın kamu hizmetine tahsis edilmesi gerekçe gösterilerek idare organınca, **Danıştay 6. Dairesince onaylanan İzmir 2. İdare Mahkemesi kararının gereğinin yerine getirilmemesinin mülkiyet hakkının ihlali anlamına geldiği**; bu nedenle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verildiği anlaşılmaktadır.⁵⁹

IV. İDARİ YARGI UYGULAMASINDA ÖZEL HUKUK KURALLARINA BAŞVURULMASI

Günümüzde, idari uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kuralları yanında özel hukuk normlarına ve ilkelerine başvurulması ilk derece mahkemeleri süreçlerinde; tarafların bu konudaki taleplerinin olması hâlinde gündeme geldiği, 2577 sayılı Kanun'un 20. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak söz konusu kuralların resen araştırma yetkisi ve görevi doğrultusunda tespit edilip hukuki değerlendirmelerinin yapılmasının ise nadiren gerçekleştirildiği, bu nedenle çok önemli bir imkan ve yorum zenginliğinden sınırlı olarak yararlanıldığı temyiz kanun yolunda hükmün bozulması ve kanun yararına temyiz süreçlerindeki çok sayıdaki konuya ilişkin Danıştay kararlarından anlaşılmaktadır.

Buna karşın özel hukuk ilke ve kurallarının idari yargılama faaliyetinde sıklıkla uygulama olanağının kanun yolu süreçlerinde Danıştay içtihatlarıyla gerçekleştirildiğine ve etkinlik kazandırıldığına tanıklık etmekteyiz.

Nitekim ülkemizde 2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nda yaptığı değişikliklerle, Türk yargı rejiminde iki dereceli yargılama sisteminden üç dereceli yargılama sistemine geçilerek, idari yargı özelinde Danıştay'ın temyiz mercii olarak işlev görmesi amaçlanmıştır.

Kanun koyucu, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23. maddesine getirdiği ek cümleyle de Danıştay'ın temyiz mercii olarak görevinin; bir hukuk kuralının (özel hukuk - maddi hukuk kanun hükümleri) uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlı olduğunu hüküm altına almıştır.

Bu düzenlemeler karşısında, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalar dışında, temyiz mercii olarak temel görevi; idari yargının içtihadı karakterini ortaya çıkararak geliştireceği içtihatlarla uygulamada birliği sağlamak olduğundan kuşku bulunmamaktadır. Özellikle bu durum, içtihat birliğinin yalnızca temyiz aşamasında değil, istinaf aşamasında da sağlanması bakımından son derece önemli bir gelişmedir.

Bu nedenlerle, “İdari Yargı Uygulaması” başlıklı bu bölümde; özellikle Danıştay'ın güncel içtihatları ve geliştirdiği içtihadı ilkelere ilişkin örnek kararlar

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru No: 2015/14525, Karar Tarihi: 10 Ekim 2019.

özetlenerek aktarılması çabası, anayasal ilke olan usul ekonomisi ve yargılama faaliyetinin etkinliği açısından büyük önem arz etmektedir.

Bu amaç doğrultusunda da yöntem olarak çalışmanın bu bölümünde; idari yargılama hukukunun sistematigine uygun biçimde; bireysel ve düzenleyici işlemlere ilişkin idari uyuşmazlıklarla ilgili yargısal içtihatlar yanında vergi uyuşmazlıklarıyla ilgili içtihat örnekleri başlıkları tercih edilmiştir. İçerik olarak ise sözleşme ve idarenin sorumluluğu, mülkiyet hukuku ile vergi borcu mükellefiyeti bağlamında alt başlıklara yer verilmektedir.

A. SÖZLEŞME VE İDARENİN SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA

1. BORÇLAR KANUNUNA YAPILAN ATIF ÖRNEKLERİ

a. Sözleşme Özgürlüğünün Korunmasına İlişkin Karar

Resmî Gazete’de yayımlanan Yönetmelik değişikliği ile çerçeve anlaşmaların en geç 31.12.2017 tarihi itibarıyla sonlandırılacağına ilişkin hükmün iptali istemiyle dava açılmıştır. Danıştay bu davada; dava konusu kural ile daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belirli koşullara bağlanmış olan sözleşmelerin tarih belirtilerek sonlandırılması öngörülmekte ise de, sözleşmelerin sona erdirilmesi veya diğer koşullarıyla ilgili uyuşmazlıkların çözümünün anılan sözleşmelerde belirtilen usul ve esaslara ya da bu konuda hüküm bulunmayan hâllerde genel hukuk kurallarına (**ahde vefa ilkesi**, sözleşme özgürlüğünün korunması) bağlı olduğunun göz ardı edilemeyeceğine vurgu yapmaktadır.

Bu nedenle mevcut sözleşmelerin idari bir düzenleme ile sona erdirilerek sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi, **Anayasa’nın 2. ve 48. maddelerine** aykırı bulunmaktadır. Bu gerekçelerle, Yönetmelik değişikliğinde hukuka uygunluk bulunmadığına hükmetmiştir.⁶⁰

b. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlarına İlişkin Karar

Hizmet alımına ilişkin **sözleşme tasarısı** düzenlemelerinde yer alan bazı hükümlerin iptali istemli davada; Danıştay’ca **sözü edilen tasarının 36. maddesinde** yer verilen sözleşme hükümlerinin; 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile diğer mevzuat hükümlerine aykırı olmaması şartıyla, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “Sözleşme Özgürlüğü” başlıklı 27. maddesinde**⁶¹ öngörülen sınırlar içinde belirlenebileceğine hükmedildiği görülmektedir.

⁶⁰ Danıştay 13. Dairesi, Esas No: 2017/1845, Karar No: 2020/922; Danıştay Başkanlığı, *2020 Yıllık Raporu*, s. 208-209, *Danıştay’ın 2020 Yılı İlkesel Kararları* (Ankara, Özyurt Matbaacılık 2020-2021).

⁶¹ Kanuna, ahlaka, kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olan veya konusu imkânsız sözleşmeler geçerli sayılmaz. Sözleşmede yalnızca bazı hükümler geçersiz ise, diğer kısımlar yürürlükte kalır. Ancak geçersiz hüküm olmadan sözleşmenin kurulamayacağı açıkça ortadaysa, tüm sözleşme geçersiz olur.

c. Sözleşmede Müteselsil Sorumluluk Esaslarına İlişkin Karar

Adı geçen sözleşme tasarısının kıdem ve ihbar tazminatından sorumluluğa ilişkin hükümlerinin yargısal denetiminde Danıştay, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar yanında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi gereğince asıl işverenin iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleri bakımından alt işverenle birlikte sorumlu olduklarını ve bu sorumluluğun Türk Borçlar Kanunu'nun 162. maddesinde yer alan müteselsil sorumluluk hükümlerine göre düzenlenmesi gerektiğini hükmetmiştir.⁶²

d. Sözleşmede İbraname İstemi ve İspatı Esaslarına İlişkin Karar

Danıştay, söz konusu düzenlemelerin yargısal denetimi ile ilgili aynı kararında taslak sözleşmede ibraname açısından yaptığı incelemede, ibra sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun 132. ve 420. maddelerinde düzenlenen hükümlerini 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile birlikte değerlendirilerek, yükleniciden tüm yükümlülüklerini yerine getirdiğine dair ibraname istenmesinde, yükleniciye ibraname dışında banka dekontuyla da ispat imkânı veren sözleşme taslağındaki hükmün hukuka uygun olduğuna karar vermiş bulunmaktadır.⁶³

e. Zarar Miktarını Hesaplanmasında Müterafik Kusur Etkisine İlişkin Karar

Davalı idarenin, X firması tarafından üretilen ve envantere yeni giren bir cihaz hakkında personele gerekli eğitimi vermemesi, yetkisiz personelin cihazları incelemesini engelleyecek önlemleri almaması ve gerekli uyarıları yapmaması hizmet kusuru olarak değerlendirilmiştir.

Ancak profesyonel asker olmasına rağmen, eğitimini almadığı ve yetkisi bulunmadığı cihazı incelemesi, yazılı uyarılara uymayarak cihazı çalıştırması sonucu yaralanması sebebiyle, Türk Borçlar Kanunu'nun 49, 54 ve 55. maddeleri hükümleri doğrultusunda, özel hukuk doktrininde kabul edilen şekliyle davacının müterafik kusurlu olduğu sonucuna varıldığı; bu nedenle anılan hükümler doğrultusunda tazminat miktarında indirime gidilmesi gerektiğine karar verildiği görülmektedir.⁶⁴

f. Yönetmelik Düzenlemesinin Müteselsil Borçluluk Hallerini ve Adam Çalıştıranın Sorumluluğunu Düzenleyen Borçlar Kanunu Hükümlerine Uygun Olması Gerekliliğine İlişkin Karar

Eczane sahibi ve mesul müdürün farklı kişiler olduğu durumları düzenleyen Yönetmelikte yer alan sözleşme hükümlerinin hukuka uygunluğunun denetlenildiği davada Danıştay, Türk Borçlar Kanunu'nun 162. maddesindeki müteselsil

⁶² Danıştay 13. Dairesi, E 2021/3688, K 2021/3806, 11 Kasım 2021.

⁶³ Danıştay 13. Dairesi, E 2021/3688, K 2021/3806, 11 Kasım 2021.

⁶⁴ Danıştay 10. Dairesi, 20 Ekim 2022, E 2017/2990, K 2022/4608.

borçluluk doğuran kaynaklar ile müteselsil borçluluk hallerini düzenleyen 61 ve 62. maddeler ile aynı Kanunun “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu” başlıklı 66. maddesi hükümlerini göz önünde bulundurarak, dava konusu düzenleyici işlemin (yönetmeliğin) bu yönüyle hukuka uygun olduğu sonucuna varmaktadır.⁶⁵

g. Zarar Verenin Kendi Kusurundan Sorumlu Tutulacağına İlişkin Karar

Karayolları Genel Müdürlüğü’nce yol çalışmaları sırasında yol seviyesinin yükseltilmesi ve duvar örülmesi nedeniyle taşınmazlarda ve yapılarda değer kaybı olduğu iddiasıyla açılan davada, Danıştay; **Türk Borçlar Kanunu’nun 52. maddesindeki “kimse kendi kusurundan yararlanamaz” ilkesine ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesindeki adalet ve hakkaniyet esasına dayanarak, zarara zarar görenin kendi kusuruyla neden olması halinde bu zararın başkasına yüklenmeyeceğini, zarar verenin kusuru oranında sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir. Zarar görenin ağır kusurlu olduğu durumlarda ise illiyet bağı kesileceğinden sorumluluk doğmayacağı vurgulanmaktadır.⁶⁶**

h. İşyeri Bildirgesi Verme Yükümlülüğünün Borçlar Kanunundaki Eser Sözleşmesi Hükümlerine Göre Belirlenmesine İlişkin Karar

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 102. maddesi gereğince verilen idari para cezasının iptali talebiyle açılan davada; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 393. maddesinin 1. fıkrası (hizmet sözleşmesi) ile 470. maddesi (eser sözleşmesi) hükümlerine atıfla, hizmet sözleşmesinde ortaya konan emek nedeniyle ücrete hak kazanıldığı, eser sözleşmesinde ise ortaya konan beceri ile oluşturulan eser nedeniyle ücret alındığı yönündeki Yargıtay içtihadının⁶⁷ göz önünde bulundurulduğu Danıştay kararında; Davacı ile çatı inşaatını yapan yüklenici arasında eser sözleşmesi bulunduğu tespiti yapılarak, 5510 sayılı Kanun’un 12. maddesi gereği işveren sayılmayan davacının işyeri bildirgesi verme yükümlülüğü bulunmadığına ve 102. madde uyarınca idari para cezası muhatabı olmayacağına hükmedilmektedir.

2. TÜRK TİCARET KANUNU’NA YAPILAN ATIF ÖRNEKLERİ

a. Devlet Memurları İçin Yasak Olan Faaliyetlerin İçeriği ve Kapsamına İlişkin Karar

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125. maddesinde tanımlanan **Devlet memurları için yasak olan faaliyetlerin içeriği ve kapsamı konusundaki kararında Danıştay; Devlet Memurları Kanunu’nun 28. maddesindeki hükme**

⁶⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Esas No: 2023/1712, Karar No: 2024/1291, Karar Tarihi: 6 Haziran 2024.

⁶⁶ Danıştay 10. Dairesi, Esas No: 2021/6103, Karar No: 2022/774, 16 Şubat 2022.

⁶⁷ Hukuk Genel Kurulunun 15/05/2002 tarihli ve esas 2021/10-303, karar 2022/1761 sayılı kararı; Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 27/04/2023 tarihli ve esas 2022/3497, karar 2023/4598 sayılı kararı



göre, memurların faaliyetlerinin bu yasa kapsamına girmesi için faaliyetin **Türk Ticaret Kanunu** kapsamında tacirlik (madde 12) veya esnafılık (madde 15) faaliyeti niteliğinde olması, hükmünün yorumunda sermaye birikintileri ile yönetsel faaliyet olması, sözleşmesel bağımlılık arz etmesi, Sosyal Güvenlik Kurumu ile ilişkilendirilmesi **gerektiğine işaret etmektedir**. Danıştay, TTK'ya yaptığı atıfla, kararda sayılan konular dışındaki tüm faaliyetleri isabetli olarak bu yasa kapsamından ayırmış bulunmaktadır.⁶⁸

b. Anonim Şirketlerin Temsili ve Yönetimine İlişkin Karar

Konuya ilişkin Danıştay kararında atıf yapılan **Türk Ticaret Kanunu'nun 365. maddesi** gereğince, tüzel kişinin anonim şirket olması durumunda, **Kanun'un 365 ve devamı maddelerinde yer alan anonim şirketlerin temsili ve yönetim yetkisine ilişkin kuralların, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesi ve ilgili diğer mevzuatta yer alan kurallarla birlikte uygulanması gerektiği tespiti yapılmıştır.**

Bu nedenle, **4734 sayılı Kanuna göre yapılacak ihalelere ilişkin sözleşmelerin yürütülmesi konusunda temsil ve yönetim yetkisinin bulunmadığından** bahisle tesis edilen, **davacı iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin kurul kararında hukuka aykırılık bulunduğu**; dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu Mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmadığı belirtilmiştir.⁶⁹

B. MÜLKİYET HUKUKU BAĞLAMINDA

1. MEDENİ KANUNA YAPILAN ATIFLAR

a. Kurum Lehine Tesis Edilen İntifa Hakkının Fuzuli İşgal Sayılamayacağına İlişkin Karar

Mülkiyeti belediyeye ait olan ve üzerinde davacı kurum lehine intifa hakkı tesis edilen taşınmazların fuzulen işgal edildiğinden bahisle, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesi ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesi gereğince davacı kurumdan ecrimisil istenilmesine ilişkin ihbarnamenin iptali isteğiyle açılan davanın temyiz aşamasında Danıştay'ın hukuki değerlendirmesinde;

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun sınırlı aynı hakların düzenlendiği ikinci kısmında yer alan **794, 795 ve 796. maddeleri** hatırlatılarak, dava konusu uyuşmazlıkta ilgili parsellerin tapu kaydında intifa hakkının bulunduğu belirtilmiştir.

Ayrıca ecrimisil takdir edilen taşınmazlarla ilgili bir tespit tutanağının bulunmadığı, binaya ilişkin hesaplama verilerinin olmadığı, arsa üzerinden kıymet

⁶⁸ Danıştay 10. Dairesi, 5 Ekim 2023, E 2021/4689, K 2023/5262.

⁶⁹ Danıştay 13. Dairesi, E 2022/1359, K 2022/3877, *Danıştay Kararları Dergisi* (2023) 13, 411 ve 420.

takdiri yapıldığı, ecrimisil ihbarnamesinde ise “... parsel sayılı belediye taşınmazının fuzuli işgalinden dolayı...” ifadesinin yer aldığı vurgulanmıştır.

Bu hususlar dikkate alınarak, ilgili parseller üzerinde intifa hakkının eğitim ve öğretim hizmetlerinde kullanılmak üzere verildiği, okul binasının eğitim-öğretim faaliyetinde kullanılmasının intifa hakkı kapsamında bulunduğu, dolayısıyla binaya ilişkin ecrimisil istemine itibar edilemeyeceği sonucuna varılmıştır.⁷⁰

İmar Düzenlemelerinde Mazbut Vakıfların Akar Niteliği Değerlendirilmesinde Vakıf Senedi Yanında Kamu Yararı İlkesinin de Göz Önünde Bulundurulacağına İlişkin Karar

Tarihi Yarımada (Fatih) Koruma Amaçlı Uygulama İmar Planı'nın anılan parsel yönünden iptali istemiyle idare mahkemesinde açılan davada, ilk derece mahkemesince dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Davanın temyiz aşamasında Danıştay tarafından yapılan hukuki değerlendirmede; öncelikle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun “Vakıf senedi” başlıklı 106. maddesi ile 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde yer alan “mazbut vakıf” tanımlarına atıf yapılmıştır.

Ayrıca, mazbut vakıf taşınmazlarının akar niteliği değerlendirilirken, öncelikle vakfa ait taşınmazın akar niteliğinde olup olmadığının tespitinin gerekli olduğu hatırlatılmıştır. Taşınmazın vakıf senedindeki özgüllenme amacından hareket edilmesi gerektiği, senette taşınmazın niteliği, kullanım biçimi ve akar niteliğinin nasıl sağlanacağı hususlarına açıkça yer verilmişse bu hükümlere uyulmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Ancak taşınmazın fiili kullanım şekline dayanılarak akar niteliğinin belirlenmesinin mümkün olmadığı gerçeğinin göz ardı edilemeyeceğine dikkat çekilmiştir.

Bu çerçevede, Tarihi Yarımada'da yaya kimliğini ön plana çıkarma amacını taşıyan üst ölçekli plan kararları doğrultusunda taşınmazın “yaya alanı” olarak planlanmasında kamu yararı bulunduğu sonucuna ulaşılmış ve ilk derece mahkemesinin aksi yöndeki iptal kararı bozulmuştur.⁷¹

b. Taşınmaz senedindeki Cami Vasfı Tescilinin İdari Kararla Değiştirilemeyeceği İlişkin Karar

Ayasofya'nın yeniden ibadete açılması amacıyla Başbakanlığa yapılan 31.08.2016 tarihli başvurunun, Başbakanlığın bağlı kuruluşu olan Vakıflar Genel Müdürlüğü İstanbul 1. Bölge Müdürlüğü'nce reddine yönelik 19.10.2016 tarih ve 27-882 sayılı işlemin, idari işlemin dayanağı olan **Ayasofya Camii'nin müzeye çevrilmesine ilişkin 24.11.1934 tarih ve 2/1589 sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptali istemi ile açılan davada**, Danıştay 10. Dairesince:

⁷⁰ Danıştay 10. Daire, E. 2019/9334, K. 2020/348, T. 10.02.2020.

⁷¹ Danıştay 6. Daire, E. 2015/10987, K. 2016/80, T. 21.01.2016.

Özel hukuk belgesi niteliğindeki tapu kaydında **Ayasofya'nın cami vasfı ile tescilli bulunduğu**; vakıf senedinin hukuk kuralı etki, değer ve gücünde olduğu; vakfedilen **taşınmazın senedindeki niteliğinin ve kullanım amacının değişti-rilemeyeceği hususunun** tüm gerçek ve tüzel kişilerle birlikte **davalı idare için de bağlayıcı olduğu vurgusu** yapılmaktadır.

Ayrıca, mülga 2762 sayılı Kanun'un 10. maddesi ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 15 ve 16. maddelerinde görülen hükümler karşısında, düzenleyici işlemlerle taşınmazların başka bir amaca özgülenmesinin mevzuata ve evrensel hukuk ilkelerine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle, Ayasofya Camii'nin cami olarak kullanımının sonlandırılarak müzeye çevrilmesi yönünde tesis edilen dava konusu Bakanlar Kurulu kararının iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.⁷²

C. GENEL HÜKÜMLER VE EMREDİCİ KANUN HÜKÜMLERİ BAĞLAMINDA YAPILAN ATIFLAR

1. MEDENİ KANUN'A YAPILAN ATIFLAR

a. İdari Yargıda Uyuşmazlığın Çözümünde Karşılaşılan Hukuki Boşluğun Özel Hukuk Kurallarına Müracaatla Doldurulmasına İlişkin Karar

Konuya ilişkin Danıştay kararında; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 1. maddesinde yer alan kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hakim örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisini kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir **kuralı gereğince idari yargı organlarınca doldurul-masını zorunlu kılmaktadır.**⁷³ şeklindeki içtihat yoluyla aşıldığı görülmektedir.

b. Dürüstlük Kuralına İlişkin Karar

Kars Belediye Meclisince, içme suyu hizmetinin imtiyaz yoluyla 49 yıllığına devredilmesine ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca ihale yapılmasına kararı alındıktan beş yıl sonra, imtiyaz sözleşmesinin imzalanması için alınması gereken Danıştay görüşü süreci tamamlanmadan imtiyaz devrinin yapılmasına ilişkin meclis kararının iptaline karar verilmiştir.

Olayda, hizmetin geç işlemlerinden kaynaklı olarak idarenin kusurlu olduğu ileri sürülerek maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulmuştur.

Konuya ilişkin Danıştay'ın kararında, öncelikle Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrası ile 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin ilgili fıkrasına değinildikten sonra, Davalı Belediye Başkanlığınca yapılan işlemlerin, devir sözleşmesi öncesinde gerçekleştirilen "akit öncesi işlemler" kapsamında olduğu; bu

⁷² Danıştay 10. Dairesi, E 2016/16015, K 2020/2595, Danıştay 2020 Yıllık Raporu (Özyurt Matbaacılık 2021) 285–289.

⁷³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 25 Nisan 2012 tarihli 2012/801 sayılı kararı. *Danıştay Dergisi*, 2012, Sayı: 130, s. 23-33, Y. 2255.

süreçte taraflar arasında kurulan hukuki ilişkinin, akit benzeri bir güven ilişkisi niteliğinde bulunduğu belirtilmiştir.

Bu bağlamda, **Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı gereğince**, davalı belediyenin imtiyaz devri sürecine ilişkin işlemler hakkında ihaleyi kazanan davacı şirketi bilgilendirmesi gerektiği vurgulanmıştır. Sonuç olarak, ihaleyi kazanan şirket nezdinde uyandırılan güvene aykırı işlemlerden doğan zararın, belediye tarafından tazmin edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.⁷⁴

c. Kanun Lafzından Açıkça Anlaşılmayan İfadeden Neyin Anlaşılması Gerektiğinde Hakimın Takdir Yetkisini Kullanacağına İlişkin Karar

Danıştay Dava Dairesinin kararında; “olayda **2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu m. 22/2'de** bahsi geçen ilgili belediyeden kastın ne olduğu madde metninden ve diğer ifadeyle kanun lafzından açıkça anlaşılamadığından, **Medeni Kanun'un 4 maddesi** ile tanınmış olan takdir yetkisinin kullanılması gerekmektedir.” ifadelerine yer verilmektedir.⁷⁵

d. İspat Yükünün Davacıya Yüklenmesinin Hukuka Aykırılık Oluşturacağına İlişkin Karar

Mühür fekki nedeniyle idarece verilen idari para cezasının hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle iptali istemi ile açılan davada Danıştay; yapı sahibinin her zaman taşınmaz maliki olmayabileceği, bu nedenle yapıyı yapanın cezaya muhatap kişi olmadığı durumlarda, **Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan “İddiasını ispat yükü iddia edene aittir.” kuralı** uyarınca ispat yükünün davacıya yüklenmesinin hukuka aykırılık oluşturduğuna hükmetmiştir.⁷⁶

2. İŞ KANUNUNA YAPILAN ATIF

Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım ihalelerinde, idare ile yüklenici arasındaki iç ilişkide ihbar ve kıdem tazminatından sorumluluk hallerinin belirlenmesine yönelik taslak sözleşmenin ilgili hükmünün iptali istemiyle açılan davada Danıştay'ın hukuki değerlendirmelerinde;

Adı geçen sözleşme tasarısının ilgili maddesinde, ihbar ve kıdem tazminatı da dâhil olmak üzere tüm ödemelerden yüklenicinin sorumlu olduğuna vurgu yapılmakta ise de; **4734 sayılı Kanun'a göre** gerçekleştirilen personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde, kıdem tazminatlarının ödenmesine ilişkin olarak öncelikle muhatabın ilgili kamu kurum ve kuruluşları olduğu hususunun, **4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. maddesinde** açıkça hüküm altına alınması karşısın-

⁷⁴ Danıştay 8. Dairesi, E.2016/11286, K.2017/2653.

⁷⁵ Danıştay 9. Dairesi, 13 Kasım 2002 tarihli ve 2002/1896 esas, 2002/4593 karar sayılı kararı (*Gözübüyük-Tan*, Cilt 1, s. 139).

⁷⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 19 Ekim 2020, E 2020/911, K 2020/1891, Serkan Çınarlı, Selami Demirkol, Oğuzhan Güzel, Azak Ağır Baykal ve Yetkin Kerim (eds), *Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Emsal Kararları* (Yetkin Yayınevi 2021) 507–508.



da, özel düzenleme uyarınca, kıdem tazminatından doğrudan veya müteselsilen yüklenicinin sorumlu tutulmasını öngören söz konusu sözleşme tasarısının, sözleşme süresinin sona ermesinde “Yüklenicinin sorumluluğu” başlıklı 36. maddesinin alt bendinde yer alan düzenlemenin emredici kanun hükümlerine uygun olmadığı gerekçesiyle hukuka uygun olmadığına hükmetmektedir.⁷⁷

D. VERGİ MÜKELLEFİYETİNİN (VERGİ BORCU VE SORUMLULUĞUNUN) BELİRLENMESİ BAĞLAMINDA⁷⁸

1. TÜRK MEDENİ KANUNU HÜKÜMLERİNE YAPILAN ATIFLAR

a. Medeni Kanunun 2. Maddesindeki Dürüstlük Kuralına Yapılan Atıf İlişkin Karar

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu yönünden, vergiyi doğuran olayın davacının araçları kendi adına tescil ettirdiği tarihte mi yoksa bu araçların üçüncü kişilere satış tarihinde mi gerçekleştiğinin belirlenmesine ilişkin uyuşmazlıkta Danıştay hukuki değerlendirmesinde;

213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 3. maddesinin B işaretli fıkrasında vergilendirmede “vergide gerçeklik ilkesi” ile “ekonomik yaklaşım kuralının” öngörüldüğü, **4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde ise dürüstlük kuralı** gereği, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olup, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını ise hukuk düzeninin korumadığı hatırlatılmaktadır.

Dava konusu olayda; davacının olağan şartlarda nihai tüketiciye teslim etmek üzere satın aldığı araçları, daha düşük vergi oranlarının geçerli olduğu dönemde kendi adına fatura düzenleyip şekli olarak kendisine teslim ettiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda verilen mevzuatın birlikte yorumu sonucunda Özel Tüketim Vergisi Kanunu yönünden vergiyi doğuran olayın, araçların nihai tüketicilere teslim aşamasında gerçekleştiğini kabul etmek zorunluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle, davacı adına resen tarh edilen Özel Tüketim Vergilerinde hukuka aykırılık, aksi yöndeki ısrar kararının bu kısımda hukuka uygunluk bulunmamaktadır⁷⁹ ifadelerine yer verilmektedir.

Üst Hakkından Kaynaklanan Kurumlar Vergisi Beyanında Kur Farklarının İlgili Hesap Dönemlerinde Gider Olarak Dikkate Alınacağına **İlişkin Karar**

⁷⁷ Danıştay 13. Daire, E. 2021/3688, K. 2021/3806, T. 11.11.2021.

⁷⁸ 2576 sayılı kanunun 6 maddesinde yer verilen düzenlemeye göre Özel görevli mahkeme niteliğine sahip Vergi mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıklar **esas itibarıyla anılan Yasa hükmünde sayılan vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifeler ilişkin davalar ile 6183 sayılı Amme alacakların tahsili usulü hakkında kanunun uygulanmasına ilişkin davalar ile sınırlı bulunmaktadır.**

⁷⁹ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 2020/1622 Esas, 2022/676 Karar, Karar Tarihi: 08.06.2022; Danıştay Kararlar Dergisi, Yıl 2022, Sayı 11, s. 582-583

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, ilgili mevzuatın belirlenmesinde 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 6. maddesi ile Vergi Usul Kanunu'nun değerlemeye ait hükümleri yanında, **4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 704. ve 826. maddelerindeki üst hakkına ait hükümlere de yer verildiği görülmektedir.**

Söz konusu hükümlerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda ise, üst hakkı sözleşmesinin taşınmaz mülkiyetine tabi olması yanında kiralama işleminin unsurlarını taşıyor olması nedeniyle kiralama mahiyetinde kabul edilmesi gerektiği tespit edilerek, üst hakkı tesis işleminin ve karşılığında tahsil edilen üst hakkı bedelinin vergileme açısından da kiralama hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle; davacı tarafından belirli vadelerle ödenen üst hakkı kullanım bedeline ait borcun her bir taksidinin ödenmesi gereken tarihte tahakkuk ettiği sonucuna ulaşılarak, aksi yönde verilen ısrar kararının hukuka uygun olmadığına hükmedildiği anlaşılmaktadır.⁸⁰

b. Davacının İntifa Hakkının Tapuya Tescilinden Sonraki Yılbaşından İtibaren Vergi Mükellefi Sayılacağı Hakkında Karar

Danıştay'ca, **emlak vergisi mükellefliliğinin hangi tarihten itibaren başlayacağına ilişkin uyuşmazlıkla ilgili olarak emlak vergisini maliki bulunan taşınmazlarda intifa hakkı tesis edilmesi halinde, malik yerine intifa hakkı sahibinin ödeyeceği; ancak taşınmaz malikinin ve intifa hakkı sahibinin bulunmaması halinde taşınmaza malik gibi tasarruf edenlerin ödeyeceği sonucuna varıldığı** içtihadında;

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 794. maddesinde intifa hakkının taşınır, taşınmazlar, haklar veya bir mal varlığı üzerinde kurulabileceği; 795. maddesinde ise intifa hakkının taşınmazlarda tapu kütüğüne tescil ile kurulacağı düzenlemesine atıfla;

Adı geçen Medeni Kanun hükümleri doğrultusunda Tapu kütüğünün beyanlar hanesine bir bilginin yazılabilmesi için Türk Medeni Kanunu'nda ya da özel kanunlarda açık bir düzenleme bulunması gerekmekte **olduğuna vurgu yapılmaktadır.**

Bu nedenle tapu siciline “**intifa**” kelimesi yazılmasa bile, davacıya tanınan kullanım hakkının niteliğinin intifa hakkına denk düşmesi nedeniyle **intifa hakkın tapuya tescilinden sonraki yılın başından itibaren davacının emlak vergisi mükellefi sayılmasına karar verildiği görülmektedir.**⁸¹

c. Üst Hakkı Sahibinin İnşa Ettiği Binalar Yönünden Vergi Mükellefiyetinin Bulunduğuna İlişkin Karar

⁸⁰ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 2020/379 Esas, 2021/1481 Karar, 03.11.2021 tarihli kararı. *Danıştay Kararlar Dergisi*, Yıl: 2022, Sayı: 9, ss. 452-455.

⁸¹ Danıştay 9. Dairesi, E 2020/2096, K 2020/3917, Danıştay Kararları Dergisi (2020) 5, 459-461.



Danıştay’ca; öncelikle üst hakkı sahibinin inşa ettiği binalar yönünden **Emlak Vergisi Kanunu’nun 3. maddesi kapsamında mükellef olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin** hukuki tespiti yapıldıktan sonra,

Türk Medeni Kanunu’nun üst hakkına ilişkin 726. ve 826. madde hükümlerinde bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyetinin irtifak hakkı sahibine ait olduğu kuralına yer verildiği hatırlatılarak, **üst hakkı sahibine inşa ettiği binalar yönünden malik olma yetkisi verildiği, bu nedenle ilk derece mahkemesince yanlış yorum sonucunda mükellefiyette hata bulunduğu gerekçesiyle verilen kararda hukuki isabet bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.**⁸²

d. Davacının Murisinden Miras Payı Bırakılmaması Halinde Saklı Payı Olması Nedeniyle Tenkis Davası Açılabileceğine İlişkin Karar

Davacı adına vefat eden babasının faizle borç para vermesi karşılığında elde ettiği **menkul sermaye iradını** kayıt ve beyan dışı bırakması nedeniyle, **kanuni miras payı oranında yapılan tarhiyata karşı açılan davada;**

Danıştay’ın **Türk Medeni Kanunu’nun 506. maddesinde** yer alan, saklı payın yasal mirasın yarısı olduğu yönündeki hükmü ile **560. maddesindeki** saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılarının, miras bırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilecekleri hükümlerine **atıf yaptığı kararında;**

Muris tarafından vasiyetname ile oğlu olan davacıya mirasından hiçbir pay bırakılmadığı açıkça belirtilmiş olmakla birlikte, **Türk Medeni Kanunu’nun yukarıda yazılı hükümlerine göre,** davacının saklı payı olduğu ve tenkis davası açabileceği öngörüldüğünden, davacının tenkis davası açıp açmadığı araştırılarak, oluşacak sonuca göre yeniden bir karar verilmek üzere **Vergi Mahkemesi’nin** kararının bozulması gerektiğine hükmedilmektedir.⁸³

2. TÜRK TİCARET KANUNA YAPILAN ATIFLAR

a. Atfın Yürürlükte Bulunan 6102 Sayılı Kanun Hükümlerine Yapılması Zorunluluğuna İlişkin Karar

Dava konusu tarh ve tahakkuk eden kurumlar vergisi ve damga vergilerinin vadesinde ödenmemesi nedeniyle düzenlenen ödeme emrinin **iptali istemiyle açılan davada Danıştay;** hisse devir sözleşmesinde şirketin kanuni temsilcisi olan şahısların temsilcilik görevinin sona ermesine ilişkin şirket genel kurulu tarafından alınan **karar tarihinin, 6102 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerinin yürürlüğe girdiği 01/07/2012 tarihinden sonraki bir tarih olduğu görüldü-**

⁸² Danıştay 9. Dairesi, E. 2016/16008, K. 2019/7545, *Danıştay Kararları Dergisi* 2020, Sayı 3, s. 477.

⁸³ Danıştay 3. Dairesi, Esas No: 2016/15170, Karar No: 2020/1251, Karar Tarihi: 04.03.2020; *Danıştay Kararları Dergisi*, 2020, Sayı 4, s. 361-362.

ğünden uyuşmazlıkta 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerinin değil 6102 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin uygulanmasının gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁴

b. Atıf Yapılan Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Sadece Özel Hukuk Açısından Geçerli Olması Nedeniyle Vergi Borcu ve Sorumluluğu Açısından Sonuç Doğurmayacağına İlişkin Karar

Davacı tarafından, adına ... Limited Şirketi'nin 2008-2009 yıllarına ait muhtelif vergi borçlarının tahsili amacıyla, kanuni temsilci sıfatıyla düzenlenen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davada; Vergi Dava Daireleri Kurulunca, Danıştay ilgili dairesinin atıf yaptığı dava tarihinde yürürlükte bulunan **6762 sayılı Kanun'da yer alan ve iyi niyetli üçüncü kişilerin korunması amacıyla getirildiği anlaşılan temsil yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin söz konusu hükmün, özel hukuk açısından getirildiği** açık olup, bu düzenlemenin kamu hukukundan doğan vergi borcu ve sorumluluğu açısından sonuç doğurmasının mümkün bulunmadığı tespit edilmiştir. Bir kamu idaresi olan davalı idare ile davacı arasında özel hukuk hükümlerine tabi bir işlem bulunmaması ve **davalı idarenin Türk Ticaret Kanunu'nda belirtildiği anlamda hüsnüniyet sahibi üçüncü kişi konumunda olmaması sebebiyle,** anılan düzenlemenin uyuşmazlık konusu olayda uygulanmasına olanak bulunmadığı gerekçesini içeren Bölge Vergi Dava Dairesi'nin ısrar kararının onanmasına karar verildiği görülmektedir.⁸⁵

c. Şirket Ortaklarının Sorumluluklarının Sona Erdiği Tarihin Belirlenmesinde Devir Sözleşmesi Tarihinin Esas Alınmasına İlişkin Karar

Vergi beyannamelerinin verilmesi üzerine tarh ve tahakkuk eden damga vergisini ve geçici verginin vadesinde ödenmemesi üzerine hesaplanan **gecikme zammının iptali istemiyle** açılan davada **Danıştay; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 595. maddesi hükmü gereğince,** limited şirket ortaklarının esas sermaye paylarının devrinin geçerliliği için tescil ve ilan edilme şartı aranmadığından hisse devriyle ortaklıktan ayrılmanın tescil ve ilanının, kurucu bir etkiye sahip olmayıp açıklayıcı mahiyette olduğunun tespitiyle şirket ortaklarının **sorumluluklarının sona erdiği tarihin tespitinde, kural olarak, ortaklar genel kurulu kararının tarihinin değil hisse devir sözleşmesinin tarihinin esas alınmasının gerektiğine** hükmetmiştir.⁸⁶

⁸⁴ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E.2024/50, K.2025/7, 05.02.2025 tarihli karar, Sayı:28, s. 2-3.

⁸⁵ VDDK, E:2023/132, K:2024/1107, 04/12/2024

⁸⁶ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu (VDDK), E:2024/52, K:2025/19, 05.02.2025 tarihli karar, Sayı:28, s.5.

d. Vadesinde Yerine Getirilmeyen Taahhüdün, Temerrüt Faizi Yerine Örtülü Kazanç Dağıtımı Kapsamında Değerlendirilmesinin Mümkün Olmadığına İlişkin Karar

Davacı şirketin, örtülü kazanç dağıttığı yolunda saptamaları içeren vergi inceleme raporu uyarınca 2022 yılının Ocak döneminden devreden katma değer vergisinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay'ca; öncelikle kurumun ticari faaliyetine özgülenmesi, bunun için de paranın şirket aktifine dahil olması gerektiği, dolayısıyla şirket uhdesine girmeyen paranın, ilişkili kişi olan ortağa ödünç olarak verildiği ve faizsiz olarak kullandırıldığından bahsedilemeyeceği tespiti yapılmıştır. Sonrasında, ortağın sermaye taahhüdünü yerine getirmemesinin Türk Ticaret Kanunu m. 1530 hükmü uyarınca temerrüt hali olarak kabul edildiği, bu nedenle vadesinde yerine getirilmeyen bu taahhüt nedeniyle ancak temerrüt faizi hesaplanabileceği gerçeği karşısında söz konusu durumun transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı kapsamında değerlendirilemeyeceği dikkate alındığında, dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığına hükmedilmiştir.⁸⁷

e. Davacının Ortaklık Sona Erdikten Sonra Gerçekleşen Defter ve Belge İbraz Etmeme Fiilinden Sorumlu Tutulmasının Mümkün Olmadığına İlişkin Karar

Ortaklık sıfatının sona erdiği tarihten sonra şirkete ait defter ve belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle tarh edilen ve asıl borçlu şirketten tahsil edilemeyen muhtelif dönemlere ait katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyayı cezası ve fer'ilerinin tahsili amacıyla ortak sıfatıyla davacı adına düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay'ca; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 614. maddesinde yer alan, "Ortaklık sona erdikten sonra şirketle hukuki ve fiili bağı kalmayan kişinin, sonradan gerçekleşen defter ve belge ibraz etmeme fiilinden sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı" yönündeki hükmüne gönderme yapılarak 27.01.2016 tarihinde ortaklıktan ayrılan davacının sorumlu tutulmasının idarenin ölçüsüz müdahalesi olarak kabulü nedeniyle ödeme emrinde hukuka uygunluk bulunmadığına hükmedilmektedir.⁸⁸

f. Tüzel Kişi Olan Tacirlerin Her Türlü İşlerinin Ticari İş Kapsamında Bulunduğuna İlişkin Karar

Davacı adi ortaklık tarafından tarihi sarnıcın Vakıflar Genel Müdürlüğü ve belediyeden kiralanarak restore edildikten sonra üçüncü şahsa kiraya verilmesi nedeniyle beyanname verme süresi içinde ihtirazi kayıtla verilen katma değer vergisi düzeltme beyannamesi üzerine tahakkuk eden katma değer vergisi-

⁸⁷ Danıştay Üçüncü Daire Esas No:2023/10330, Karar No:2024/3235 Danıştay 2024 Yıllık Rapor İlkesel Kararları

⁸⁸ Danıştay 3. Dairesi, E 2021/2916, K 2023/2574, Danıştay'ın 2023 Yılı İlkesel Kararları, Bölüm 07, 255–2572.

nin kaldırılması istemiyle açılan davada; Danıştay Vergi Daireleri Kurulunca, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasındaki ticari faaliyetin kapsamı ve niteliğinin, **Gelir Vergisi Kanunu'nda açıklık bulunmadığı hal-lerde, Türk Ticaret Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümlerine göre tayin ve tespit edileceği hükmünün atfı yaptığı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile ilgili hükümleri uyarınca**, tacir olan gerçek kişilerin bir kısım işleri ticari iş kapsamında olmamakla birlikte, **tüzel kişi olan tacirlerin her türlü işleri ticari iş kapsamında bulunduğu sonucuna ulaşıldığı, tahakkuk eden katma değer vergisinde hukuka aykırılık bulunmadığı yönünde karar verilmiştir.**⁸⁹ denilmektedir

g. Kurumlar Vergisi Kanunu'nun Bazı Hükümlerinin Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Paralelinde Düzenlendiğine İlişkin Karar

Dava konusu **kurumlar vergisi** cezalı tahsilatlarda, davacı şirketin transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıttığı ve elde edilen kazancın vergilendirilmesi gerektiği yönündeki itiraz ile ilgili davada, Danıştay'ca; **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 16/1 ve 20. maddelerindeki** hükümlere atıfla, ticaret şirketlerinin tüzel kişilik sahibi olduğu, bu durumun doğal sonucu olarak, bir ticari şirketinin ortakları ve ortaklarla ilgili bulunan diğer gerçek ve tüzel kişilerin, şirketin tüzel kişiliği karşısında 3. kişi konumunda olduğu sonucuna ulaşıldığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle; **5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinde yer alan hükümlerin, yukarıda belirtilen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri paralelinde düzenlenmeleriyle aynı amaca yönelik olmaları göz önünde bulundurularak**, dava konusu cezalı tahsilatlarda hukuka aykırılık bulunmadığına hükmedilmektedir.⁹⁰

3. BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNE YAPILAN ATIFLAR

Adi Ortaklıkların Bağımsız İşletme Birimleri Olarak Ayrı Vergi Mükellefiyetine Sahip Olduklarına İlişkin Karar

Defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmemesi nedeniyle re'sen tarh edilen katma değer vergileri ile kesilen vergi ziyai cezaları ve gecikme faizlerinin tahsili amacıyla adi ortaklık adına düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay'ın; **6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 620-645. maddeleri arasında düzenlenen hükümlerine göre**, adi ortaklıkların tüzel kişilikleri bulunmamakla birlikte katma değer vergisi uygulamasında, adi ortaklıkların bağımsız işletme birimleri olarak ayrı vergi mükellefiyetine sahip bulunduğunun tespitini

⁸⁹ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, Esas No: 2021/20, Karar No: 2023/118; *Danıştay'ın 2023 Yılı İlkel Kararları*, s. 269-272.

⁹⁰ Danıştay 4. Dairesi, 10 Nisan 2019, E 2015/7664, K 2019/2774, Danıştay Kararları Dergisi (2019) 1, 422-423.



yaptığı kararında; **Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 44. maddesi hükmünde** müteselsilen sorumluluğa ilişkin olarak zaman bakımından bir sınırlama getirilmediğinden, bir idari işlem nedeniyle **menfaati ihlal edilen adi ortaklığı oluşturan gerçek ve tüzel kişilerin her birinin** İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendine göre kendi adlarına ve **tek başlarına iptal davası açmasına engel oluşturmadığına hükmedilmiştir.**⁹¹

4. İCRA İFLAS KANUNUNA YAPILAN ATIFLAR

İflas Dairesi Adına Kesilen Usulsüzlük Cezasının Hukuka Uyarlık Taşımadığına İlişkin Karar

İflas eden mükellefler açısından iflasın açıldığı tarihten sonraki dönemden itibaren elektronik ortamda BA/BS formu verilmediğinden bahisle özel usulsüzlük cezası kesilmesi yolundaki işlemin iptaliyle açılan davanın Danıştay incelemesinde, öncelikle **2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda** yer alan konuya ilişkin hükümler ile **213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun** ilgili maddeleri birlikte değerlendirilerek, **her iki mevzuat hükümlerinde** iflas dairelerinin görev ve sorumluluklarına ilişkin temel düzenleme olan İcra ve İflas Kanunu’nda ve **213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nda** iflas dairesinin beyanname verme yükümlülüğünün açık bir şekilde düzenlenmediğinin tespiti cihetine gidildiği, buna karşın **213 sayılı Kanun’un 162. maddesinde** ise **iflas dairesinin sadece iflas kararıyla iflasın kapandığını vergi dairesine bildirmeye mecbur olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunduğu** hatırlatılarak. 369 numaralı tebliğe dayanak göstermek suretiyle, kanuni temsilci sıfatıyla adı geçen İflas Müdürlüğü adına 213 sayılı Kanun’un mükerrer 355/1. maddesi uyarınca kesilen usulsüzlük cezalarının hukuka uyarlık taşımadığına karar verilmiştir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Çalışmamız tarihi süreç bölümünde özetlendiği gibi Fransız Danıştayının, yıllar içinde geliştirdiği içtihatlarla, idari yargıcın uygulayacağı kuralların muhteva değil, amaç bakımından özgün olmasını tercih edebileceğine, idari yargıcın Code Civil hükümlerinden yararlanabileceğine karar verdiği anlaşılmaktadır.⁹²

Fransa’daki gelişim ve değişimler ışığında ülkemizde de “idari mevzuatın yetersizliği nedeniyle ortaya çıkan boşluğun, genel hukuk ilkesi niteliği taşıyan **4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 1. maddesinde** yer alan kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hakim örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir kuralı

⁹¹ Vergi Dava Daireleri Kurulu Esas No:2024/255, Karar No:2024/1013 sayılı kararı 2024 Yılı Danıştay Yıllık Raporu İlkel Kararlar 204-207 / 317

⁹² Detaylı Bilgi İçin BKZ. Alperen Halim Çırak, ‘Tarihi Süreçte Kamu Hizmeti Anlayışının Dönüşümü’ (2021) 18(2) *Kamu Hukuku Araştırmaları Dergisi* 65–70. Conseil d’État, 6 Nisan 2011, *FaCT Ajaccio Diesel*, aktaran Truchet, *Droit Administratif* (2012) 33.

gereğince idari yargı organlarınınca doldurulmasını zorunlu kılmaktadır.” şeklindeki içtihat yoluyla aşıldığı görülmektedir,

Örneklerde görüldüğü üzere, **Danıştay uygulamasıyla geliştirilen güncel yargısal içtihatlarda özel hukuk kuralları ile ilke ve kavramlarına idari uyumsuzluklar ve vergi uyumsuzluklarına ilişkin davalarda** sıklıkla başvurulduğu görülmektedir. Bu bağlamda, özellikle tam yargı davalarında **idarenin sorumluluğu** konusu öne çıkmaktadır. İdari yargı mercileri, **sorumluluk davalarını** sonuçlandırmak amacıyla **Borçlar hukukuna ilişkin kuralları** uygulayabileceği gibi, diğer özel hukuk kurallarına da atıfta bulunabilmektedirler.

Ayrıca, **haksız fiil** ya da **sözleşmeden doğan sorumluluk** hallerinde, açıkça **Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu gibi özel hukuk kuralları yanında, İş Kanunu, Sosyal Güvenlik Kanunu** gibi doktrinde karma hukuk dalı⁹³ olarak adlandırılan kanun hükümlerine de atıf yapıldığı görülmektedir.

Bu anlamda, kusura dayalı sorumluluğunun özel hukuk sorumluluğundan farklı bir sorumluluk türü olduğu hususunda bir duraksama bulunmamasına karşın, **Borçlar Kanunu’nun 49. maddesindeki “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür” hükmü** ile TBK 55/2 maddesindeki **“Bu Kanun hükümleri her türlü idare eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı.. zararlara ilişkin istem ve davalarda uygulanır”** hükmünün idarenin kusura dayalı sorumluluğundan doğan uyumsuzluklarda, **doğrudan uygulanabilir normlar** olarak kabul edilmekte ve sözü edilen kanun hükümlerinden yararlanıldığı anlaşılmaktadır.

İdari sözleşmelerde belirtilen usul ve esaslarda uyumsuzluğun çözümüne ilişkin hüküm bulunmayan hallerde ise **genel hukuk kurallarının göz ardı edilemeyeceğine ve bu doğrultuda ahde vefa, dürüstlük ilkesi ve güven ilişkisine** de sıkça göndermeler yapıldığı örnekleri verilen Danıştay içtihatlarından anlaşılmaktadır. Ayrıca Danıştay’ın genel hükümler bağlamında dürüstlük ilkesi ve güven ilişkisine atıfta bulunması idari yargı doktrininde çok önemli bir katkı olarak görülmektedir⁹⁴

İdari sorumluluk ve sözleşmeler dışındaki idari yargı uygulamasında ise, **Türk Medeni Kanunu’na yapılan atıfların; 1. maddesindeki hakimin hüküm yaratması yetkisine, 2. maddesindeki adalet ve hakkaniyet esasına, 3. maddesindeki iyi niyet kuralına, 4. maddesi ile hakime tanınmış olan takdir yetkisine, 5. maddesindeki fiil ehliyeti kuralına, 6. maddesinde yer alan “İddiasını ispat yükü iddia edene aittir.” kuralına ilişkin olduğu** anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan idari yargılama hukukunda önemli bir başlık olan **vergi yargılamasına konu uyumsuzluklarla** ilgili Danıştay kararlarında ise; **TMK’nun**

⁹³ Kaya, A. (2014). Amaçsal Yorum. Ankara Barosu Dergisi(4). ss365-381 s.373

⁹⁴ Malbeleşti (n37) s.154-155



intifa hakkı, miras (saklı pay) hakkı, TBK’nun hizmet sözleşmesi - eser sözleşmesi, TTK’nun şirketler hukuku, ticari faaliyetin kapsamı ve niteliği ile ilgili madde hükümlerine yapılan atıfların yoğunluk ve çeşitlilik arz ettiği görülmektedir.

Ayrıca, idari yargının görev alanına giren konularda, yukarıda adı geçen kanunlara açıkça atıf yapılmasa dahi, özellikle tam yargı davalarında söz konusu **kod kanunlardaki ilkelerin** idari yargı mercilerince benimsenerek, idare hukuku açısından maddi kanun hükmü konumunda işlev gördüğü gözlenmektedir.

Yukarıda örnekleri verilen güncel içtihat zenginliğine karşın, idari yargı ilk derece mahkemelerince uyuşmazlığın çözümlenmesinde idari kanunlar dışındaki özel hukuk kuralları hükümlerinin göz önünde bulundurulmaması veya yanlış uygulanması hususu olağan kanun yolu (temyiz) ve olağanüstü kanun yolu (kanun yararına temyiz) süreçleri incelemesinde Danıştay’ca bozma nedeni sayılmaktadır.⁹⁵

Bu nedenle, diğer hukuk dalları gibi idare hukuku disiplininin de hızla değişime uğraması ve kapsadığı alanların genişlemesi ve derinleşmesi gerçeği karşısında, bu gelişmelere uyum sağlamaya hizmet eden **yukarıda açıklanan örneklerin güncel ve ilkesel Danıştay içtihatları derlemesi olarak kabul edilmesi beklenmektedir.**

Ayrıca, başta ilk derece mahkemeleri olmak üzere, idare hukuku ve idari yargı alanında olanı anlama ve gelecek perspektifini de içeren anlamlandırma çabasını amaç edinen bilimsel çalışmalara katkı sağlaması dileğiyle, söz konusu örneklerin bu çabalara rehberlik edeceği değerlendirilmektedir.

Zira sürekli artarak ve değişerek özel hukuk kurallarıyla iç içe geçmek suretiyle karmaşık hale gelen Türk idare hukuku mevzuatı karşısında; yukarıda yer verilen **yargısal içtihatların tahlil edilmesinin bir ihtiyaç olmaktan öte, idari yargı doktrinin yeni ve kapsamlı fikirlerle olan gereksiniminin de giderilmesinde önemli bir etken olduğunda** kuşku bulunmamaktadır.

Bunlara ilaveten, örnekleri verilen ve özel hukuk ile idari yargının ortak ilgi alanında kaldığına şüphe bulunmayan konularda, **gerek meslek öncesi gerek meslek içi eğitimlerle idari yargı hâkimlerinin söz konusu konulara ilişkin farkındalıklarının artırılmasının ihmal edilmemesi** de önemli bir husus olarak değerlendirilmektedir.

Ancak idari yargı mercilerinin, önüne gelen meselede özel hukuk maddi hukuk kurallarını ve ilkelerini uygularken ait olduğu idari yargı rejiminin amacının, fonk-

⁹⁵ 1 Temmuz 2025 tarihli ve 32943 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, 18 Haziran 2025 tarihli ve 7551 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ek madde 2 hükmü ile Cumhurbaşkanınca anonim şirket şeklinde kurulan kamu sermayeli şirketlerin, **Türk Ticaret Kanununun** kuruluş ve tescile ilişkin hükümlerinden muaf tutulacağı hüküm altına alınmaktadır. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2025/07/20250701-1.htm> (erişim: 16 Temmuz 2025).

siyonunun, etkinliğinin, kendine has vasıflarının ve **idari yargı rejimine hakim olan temel ilke ve esasların gözetilmesi ve söz konusu kuralların da aşırılığa gitmeden, bu konuda ihtisaslaşmış olan idari yargıya göre yorumlanması ve ortaya konulması da bir gereklilik olduğu** unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

Akyılmaz, Bahtiyar, Mustafa Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.

Akyılmaz, Bahtiyar. “İdari Yargıda Hâkimin Hüküm Vermesi.” *Danıştay ve İdari Yargı Günü: 149. Yıl Sempozyumu (11 Mayıs 2017, Ankara)*. Danıştay Yayınları No: 93, 2017,

Bahtiyar , Akyılmaz. *Hukuk Devleti İlkesinin Gerekleri ve İdari Yargının Önemi*. Danıştay Yayınları No: 114. 154. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 10-11 Mayıs 2022. Ankara: T.C. Danıştay Başkanlığı, 2022.

Bahtiyar Akyılmaz, “İdari Yargıda Hâkimin Hüküm Vermesi,” *Danıştay ve İdari Yargı Günü: 149. Yıl Sempozyumu (11 Mayıs 2017, Ankara)*, Danıştay Yayınları No: 93 (Ankara: Danıştay Başkanlığı, 2017),

Akıllıoğlu T, ‘Adalet Kavramı ve İnsan Hakları’ in Güriz A (ed), *Adalet Kavramı* (Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları 1994).

Akıllıoğlu T, ‘Ticaret Bakanlığının Anonim Ortaklık Ana Sözleşme Değişikliğine İzninin Çıkardığı Yönetim Hukuku Sorunları’ (2018) *BATIDER* 10(2).

Alperen Halim Çırak, ‘Tarihi Süreçte Kamu Hizmeti Anlayışının Dönüşümü’ (2021) 18(2) *Kamu Hukuku Araştırmaları Dergisi* 65–70.

Aslan Z, *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu: Vergi Yargılaması Dahil* (3. baskı, Seçkin Yayınevi 2022).

Atay E, *İdare Hukuku* (Turhan Kitabevi, Ankara 2012).

Çağlayan R, *İdari Yargılama Hukuku* (13. baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021) 234–237.

Çağlayan R, *İdari Yargılama Hukuku* (16. baskı, Seçkin Yayınevi 2024).

Demirkol S, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İdari Davalarla İlgili Yargılama Ayrıntıları: İhmal-Tire İhlal* (Beta Yayınları, İstanbul 2020) 58.

Eroğlu H, *İdare Hukuku* (4. baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 1985).

Gözler K ve Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri* (23. güncellenmiş baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım 2021).



Gürdoğan, Burhan. “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakıa ve Hukuk.” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* (AÜSBFD), cilt 1, sayı 3 (1956)

Gürsel MK, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası: İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme (Turhan Kitabevi 2003).

Özay İ, ‘Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı’, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu (Danıştay Yayınları, No: 33, Ankara 1982).

İnceoğlu S, *Adil Yargılanma ve Yargı Etiği* (Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, Şen Matbaa Kasım 2007).

Malbeği N ve Özmeriç MA, ‘İdarenin Sözleşme Akdetme Zorunluluğu ve Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu’ (2020) 2 *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 145.

Onar SS, İdare Hukukunun Esasları Cilt 3 (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1966).

Özekes M, ‘Yargılama Bütünlüğü İçinde Medenî ve İdarî Yargıya Bakış ve Değerlendirme’ İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi Sayı 23 (Aralık 2024).

Özyörük M, *Ankara Hukuk Fakültesi Ders Notları* (1974) 69–70.

Sezginer M, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı (Yetkin Yayınları, Ankara 2000).

Seviğ VR, ‘İdare Hukukunda Önemin Umumi Hizmete veya Amme Velayetine Verilmesi Üzerinde Gözüken Tartışmalar’ (1949) 6(2) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4.

Toydemir S, *Adil Yargılanma Bağlamında Türk İdari Yargı Sistemi* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2023).

Ulusoy, Ali D. İdari Yargılama Hukuku. Gözden Geçirilmiş 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

Yetişkin MB, ‘Hukuk Mahkemesi Kararlarının İdare Mahkemesinde Görülen Uyuşmazlıklara Etkisi Hakkında Bir İnceleme’ (2024) 72 *Adalet Dergisi*.

Yıldırım R, Çınarlı S ve Azak K, *Türk İdare Hukuku Dersleri - Cilt 1* (Adalet Yayınevi, Eylül 2024).

Yılmaz D, ‘İdare Hukuku ve Özel Hukuk Arasında Yarışma mı Uzlaşma mı?’ (2013) 4(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17.

Mevzuat

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (2709 sayılı Kanun, 7 Kasım 1982), Resmî Gazete, 07.11.1982, Sayı: 17863, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (erişim: 28.06.2025).

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Resmî Gazete, 20.01.1982, Sayı: 17580, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2577&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (erişim: 28.06.2025).

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Resmî Gazete, 22.01.2002, Sayı: 24648, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4735&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (erişim: 28.06.2025).

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Resmî Gazete, 04.02.2011, Sayı: 27836, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6098&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (erişim: 28.06.2025).

7515 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, *Resmî Gazete*, 01.07.2025, Sayı: 32943, <https://www.resmi-gazete.gov.tr/eskiler/2025/07/20250701-1.htm> (erişim: 16.07.2025).

5253 sayılı Dernekler Kanunu, Resmî Gazete, 23.11.2004, Sayı: 25649, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5253&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (erişim: 28.06.2025).

5737 sayılı Vakıflar Kanunu, Resmî Gazete, 27.02.2008, Sayı: 26800, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5737&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (erişim: 28.06.2025).

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, Resmî Gazete, 23.12.1965, Sayı: 12056, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=657&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (erişim: 28.06.2025).

2872 sayılı Çevre Kanunu *Resmî Gazete Tarihi: 11.08.1983 Resmî Gazete Sayısı: 18132* <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2872&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (erişim: 03.07.2025).

213 Sayılı Vergi Usul Kanunu *Resmî Gazete Tarihi: 10.01.1961 Resmî Gazete Sayısı: 10705* <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=213&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=4> (erişim: 03.07.2025).

193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu *Resmî Gazete Tarihi: 06.01.1961 Resmî Gazete Sayısı: 10700* <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=193&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=4> (erişim: 03.07.2025).



3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu *Resmî Gazete Tarihi: 02.11.1984 Resmî Gazete Sayısı: 18563* <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=3065&-MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (erişim: 03.07.2025).

1319 Sayılı Emlak Vergisi Kanunu *Resmî Gazete Tarihi: 11.08.1970 Resmî Gazete Sayısı: 1357* <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=1319&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (erişim: 03.07.2025).

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu *Resmî Gazete Tarihi: 21.06.2006 Resmî Gazete Sayısı: 26205* <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5520&-MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (erişim: 03.07.2025).

Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesi, E. 1990/40, K. 1991/33, 01.10.1991, <www.hukukturk.com> (erişim: 18.03.2021).

Anayasa Mahkemesi, E. 1976/28, K. 1976/28, 25.05.1976, *Resmî Gazete*, 16.08.1976, Sayı: 15679.

Anayasa Mahkemesi, E. 2014/94, K. 2014/160, 22.10.2014, *Resmî Gazete*, 04.03.2015, Sayı: 29285.

Anayasa Mahkemesi, E. 2014/61, K. 2014/166, 07.11.2014.

Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru No: 2015/14525, 10.10.2019.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru No: 2020/34827, 17.07.2024.

Danıştay

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2007/..., K. 2012/801, 25.04.2012, *Danıştay Dergisi* 2012, Sayı: 130, s. 23-33.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/911, K. 2020/1891, 19.10.2020.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2023/1712, K. 2024/1291, 06.06.2024.

Danıştay 9. Dairesi, E. 2002/1896, K. 2002/4593, 13.11.2002.

Danıştay 4. Dairesi, E. 2015/7664, K. 2019/2774, 10.04.2019.

Danıştay 9. Dairesi, E. 2016/16008, K. 2019/7545.

Danıştay 10. Dairesi, E. 2021/4689, K. 2023/5262, 05.10.2023 (Kanun Yararına Bozma), *Resmî Gazete*, 31.01.2024, Sayı: 32446.

Danıştay 13. Dairesi, E. 2022/1359, K. 2022/3877.

Danıştay 10. Dairesi, E. 2016/16015, K. 2020/2595, *Danıştay 2020 Yıllık Raporu*.

Danıştay 13. Dairesi, E. 2017/1845, K. 2020/922.



Danıştay Üçüncü Daire Esas No:2023/10330, Karar No:2024/3235 Danıştay 2024 Yıllık Rapor İlkesel Kararları

Danıştay Üçüncü Daire Esas No:2023/10330, Karar No:2024/3235 Danıştay 2024 Yıllık Rapor İlkesel Kararları

Vergi Dava Daireleri Kurulu

Vergi Dava Daireleri Kurulu (VDDK), E. 2023/132, K. 2024/1107, 4 Aralık 2024 tarihli karar

Yargıtay

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2022/3497, K. 2023/4598, 27.04.2023.

Uyuşmazlık Mahkemesi

Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 1948/4, K. 1948/9, 13.04.1948, Resmî Gazete, 16.08.1948, Sayı: 6983.

Uyuşmazlık Mahkemesi (2. Dairesi), E. 2014/780, K. 2016/418, 16 Mart 2016 tarihli karar.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Dilek Genç/Türkiye*, B. No: 74601/14 ve 78295/14, 21.01.2025.

Conseil d'État (Fransa)

Conseil d'État, 6 Nisan 2011, *FaCT Ajaccio Diesel*, aktaran Truchet, *Droit Administratif* (2012).



KAMU GÖREVLİLERİNİN SOSYAL MEDYA PAYLAŞIMLARI DOLAYISIYLA DİSİPLİN SORUMLULUĞU

Disciplinary Liability of Public Officials for Social Media Posts

Sümeyye ŞİMŞEK KARABEKİROĞLU*

Öz

İfade özgürlüğü bağlamında bireyler, sosyal medya vasıtasıyla fikir ve kanaatlerini paylaşmakta, kendi fikirlerini serbestçe yayabilmektedir. Bu özgürlük, 1982 Anayasası ile güvence altına alınsa da sınırsız bir kullanım hakkı vermemektedir. Özellikle de memurlar ve diğer kamu görevlileri için bu özgürlük, normal bireylere kıyasla daha fazla sınırlamaya tabidir. Fakat ifade özgürlüğüne müdahaleler orantılı ve zorunlu olmalıdır. Bu yaklaşım üzerinden hareket eden Anayasa Mahkemesi (AYM), kamu görevlilerinin de siyasi görüşlerinin olabileceğini ve ülke meseleleriyle ilgilenebileceklerini kabul etmekte ve kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımları konusunda değerlendirme yaparken mahkemelerin subjektif ve zorlama yorumlardan kaçınmaları gerektiğini belirtmektedir. Mahkemeler bu konuda inceleme yaparken paylaşımın kamu hizmetinin işleyişini etkileyip etkilemediğini ve kamu görevlisinin mesleğinin niteliğini dikkate almaktadır. Zira bazı mesleklerin toplum üzerindeki etkisi ve temsiliyet gücü diğerlerine göre fazladır. Kamu görevlileri de sosyal medya paylaşımı yaparken, üstlenmiş olduğu kamu görevinin itibar ve güvenini sarsacak durumlardan kaçınmalıdır. Aksi halde bu tür paylaşımlar dolayısıyla kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğu doğabilecektir. Bunun yanı sıra kamu görevlisinin yaptığı sosyal medya paylaşımı hem disiplin sorumluluğu hem de ceza sorumluluğuna yol açabilecektir. Bu çalışmada bu konular örneklerle zenginleştirilerek incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Memur, kamu görevlileri, sosyal medya paylaşımı, disiplin cezası, ifade özgürlüğü

Abstract

In the context of freedom of expression, individuals can share their ideas and opinions and disseminate their ideas freely through social media. Although this freedom is guaranteed by the 1982 Constitution, it is not unlimited. Especially for civil servants and other public officials, this freedom is subject to more restrictions than for ordinary individuals. However, interference with freedom of expression must be proportionate and necessary. Based on this approach, the Constitutional Court recognises that public officials may also have political views and may be interested in national issues and states that courts should avoid subjective and forced interpretations when evaluating the social media posts of public officials. When reviewing such cases, the courts take into account whether the sharing affects the functioning of the public service and the nature of the public official's profession. Because some professions have more influence and representation

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 22.05.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Ankara-Türkiye, E-posta: sumeyye.karabekiroglu@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-9528-1543>

power on society than others. While making social media posts, public officials should avoid situations that may undermine the reputation and trust of the public duty they have undertaken. Otherwise, disciplinary liability of public officials may arise due to such posts. In addition, social media posts made by public officials may lead to both disciplinary and criminal liability. In this study, these issues are examined by enriching them with examples.

Keywords: Civil servant, public officials, social media posts, disciplinary punishment, freedom of expression

GİRİŞ

Kişiler, sosyal medya yoluyla başka insanların fikir, düşünce ve kanaat paylaşımlarına, haber ve bilgilere serbest biçimde ulaşabilmekte ve kendi fikirlerini de paylaşabilmektedir. Bu durum ifade özgürlüğünün kullanımı anlamına gelir. Zira ifade özgürlüğü, bu fikirlere serbestçe ulaşabilmeyi, kişilerin kendi fikirlerini serbestçe anlatabilmesi, yayabilmesi, aktarabilmesi ve ifade edebilmesini, bunlardan dolayı kınanmamasını ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi (AYM), demokrasi-nin işleyişi için ifade özgürlüğünü oldukça elzem görmektedir. Dolayısıyla bu özgürlüğe ilişkin müdahaleler orantılı olmalı ve zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamalıdır. Müdahale, ancak bu halde “demokratik toplum düzeninin gereklerine” uygun kabul edilecektir.¹

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımları üzerinden ifade özgürlüğünü kullanmaları hem anayasa ile teminat altına alınan hakların korunması hem de kamu hizmetlerinde tarafsızlık ve güvenin sağlanması açısından çift yönlü bir denge ihtiyacını beraberinde getirmektedir. Anayasa’nın ilgili maddelerine bakıldığında ifade özgürlüğünün herkes için güvence altına alındığı görülmektedir. Dolayısıyla memurlar ve kamu görevlileri de bu kapsama dahildir. Fakat ifade özgürlüğünün kullanımı elbette ki sınırsız değildir. Kamu görevinin pek çok ayrıcalıklı durumu bünyesinde barındırması kadar külfet ve sorumluluklara katlanmayı da içerdiği gerçeği göz önüne alındığında, memurlar ve kamu görevlileri için bu özgürlüğün normal bireylere göre daha fazla sınırlanabileceği açıktır. Kamu görevlisi, ifade özgürlüğünü kullanarak paylaşım yaptığı düşüncesindeyken, görev yaptığı kurumun itibarına, tarafsızlığa ve kamu hizmetine duyulan güvene zarar verip vermediğini ölçmelidir. Görev dışı zamanlarda yapılan paylaşımlarda dahi bu hususa dikkat edilmelidir. Kaldı ki sosyal medya paylaşımı, görevle bağlantılı unvan veya resmi sıfat kullanılmak suretiyle yapılmışsa, bu durum ifadenin etkisini de artırabilmektedir. Şayet memur ya da kamu görevlisi bu hususlara dikkat etmezse bu halde sosyal medyada yapmış olduğu paylaşımdan dolayı disiplin cezası ile karşı karşıya kalabilecektir.

¹ AYM, Ramazan Kavak Başvurusu, Başvuru No: 2017/20729, Tarih: 05.09.2024. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AIHM) ifade özgürlüğü konusuna yaklaşımı ile ilgili olarak Bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü’ [2016] Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 1.

Esasen kamu görevlilerinin hem sosyal medya paylaşımları hem de diğer konularda disiplin sorumluluğu altında bulunması, idari işleyişte düzen ve sürekliliğin sağlanması amacıyla. Disiplin cezası tehdidi altında bulunan kamu görevlisi, hizmet içinde ve dışında ister istemez davranışlarına özen gösterecek ve kamu görevi yürüttüğünün farkında olacaktır. Aksi halde doğrudan ve ciddi sonuçları olan disiplin cezaları ile karşılaşacağını bilmek, kamu görevlisini bir düzen içerisinde tutacaktır. Dolayısıyla disiplin cezaları hem kamusal hem de bireysel yönü bulunan ve idari işleyişte düzenin sağlanmasına yarayan önemli bir mekanizmadır.

Kamu görevlilerine sosyal medya paylaşımları dolayısıyla disiplin cezası verilebilmesi için somut olayın tam manasıyla aydınlatılması ve subjektif, zorlama yorumlardan uzak durulması gerekmektedir. Somut olayda, paylaşımın kamuya açık hale getirilip getirilmediği, kamu hizmetinin sunumunu etkileyip etkilemediği, tarafsızlık ve devlete bağlılık ilkelerini ihlal edip etmediği, kamu görevinin verdiği nüfuzun kullanılıp kullanılmadığı gibi kriterler incelenmelidir. Bu tür olaylarda bakılması gereken kıstasların halihazırda AYM tarafından öneri şeklinde belirlendiği görülmektedir. Mahkemeler için bu kıstaslar yol gösterici olacaktır. Kamu görevlileri için de Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından belirlenen etik ilkeler yol göstericidir. Mezkûr ilkelere uygun hareket edilmesi sosyal medya paylaşımı dolayısıyla kamu görevlilerinin sorun yaşamalarının önüne geçebilecektir. Aksi halde kamu görevlisinin sosyal medya paylaşımı şeklinde gerçekleştirdiği fiili hem cezai sorumluluk hem de disiplin sorumluluğu doğurabilir.

Kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımı dolayısıyla sorumluluğunun incelendiği bu çalışmanın ilk bölümünde kamu görevlisi kavramı ve kapsamı incelenmiş, disiplin sorumluluğu ile ilgili açıklamalarda bulunulmuştur. Çalışmanın ikinci bölümünde kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımları konusunda mevzuatta yer alan düzenlemeler ve Kamu Görevlileri Etik Kurulu'nun belirlemiş olduğu ilkelere yer verilmiştir. Çalışmanın üçüncü bölümünde AYM ve Danıştay kararlarında bu konuya yaklaşımlar ele alınmış, değerlendirmelerde bulunulmuştur. Çalışmanın son bölümünde ise kamu görevlisinin sosyal medya paylaşımı şeklinde gerçekleştirdiği fiilinin hem cezai sorumluluk hem de disiplin sorumluluğu gerektirmesi durumu incelenmiştir. Nitekim bir fiil hem ceza sorumluluğu hem de disiplin sorumluluğu gerektirebilir. Kamu görevlisi, sosyal medya paylaşımı dolayısıyla yalnızca disiplin cezası almayabilir. Buna ilaveten bir de bu kişi hakkında adli yargıda ceza davası açılabilir. Bu hâlde her iki sorumluluk için süreç ayrı ayrı işlemektedir. Zira her iki sorumluluk türünde uygulanacak kurallar birbirinden farklıdır. Bu sebeple çalışmanın son bölümünde yüksek yargı yerlerinin bu konuya yaklaşımları üzerinden değerlendirmelerde bulunulmuştur.

I. KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI VE DİSİPLİN SORUMLULUĞU

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımları dolayısıyla sorumluluğunu incelerken öncelikle memur ve kamu görevlisi ile kast edilenin ne olduğu, kapsamına kimlerin girdiğini belirlemek gerekir. Neticede ortada bir disiplin



sorumluluğu ve bu sorumluluğun muhatabı olan bir kesim söz konusudur. Disiplin sorumluluğunun muhatabının tam manasıyla belirlenmesi ve gerekli tanımlamaların yapılması önemlidir. Anayasal ve yasal düzenlemelere bakıldığında bir memurlar bir de bunlardan ayrı olarak diğer kamu görevlilerinden bahsedilmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere bu iki kesim, birbirinden farklıdır ve tanımlanması gerekir. Kamu görevlisi kavramı tanımlanırken geniş ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde açıklama yapılmaktadır. Geniş anlamda kamu görevlisi kavramı kamuda çalışan herkes için kullanılırken dar anlamda kamu görevlisi, memurlar ve diğer kamu görevlileri için kullanılmaktadır. Bu tanımlamanın yapılması hem hukuki sorumluluğun tespiti hem de yapılacak idari işlemler bakımından önemlidir. Çalışma boyunca memurlar ve diğer kamu görevlilerini ifade etmek üzere “kamu görevlisi” kavramı kullanılmıştır.

Sosyal medyada yapılan paylaşımlar dolayısıyla disiplin sorumluluğunun ele alınacağı bu çalışmada kamu görevlisi tanımına yer verilmesindeki amaç, uygulanacak mevzuatın farklılığının anlaşılmasını sağlamaktır. Nitekim bütün kamu görevlilerinin “memur” kapsamına girmediğini bilmek, somut olaya uygulanacak mevzuatın anlaşılmasını kolaylaştıracaktır. Zira 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda memurlar için disiplin cezaları öngörülmüş olmakla birlikte diğer kamu görevlilerinin kendi özel kanunlarında da bundan ayrı olarak farklı disiplin cezalarının hüküm altına alındığı görülmektedir. Kendi özel personel kanunu olan kamu görevlileri hakkında öncelikle bu kanunlarındaki disiplin hükümleri uygulanacaktır. Hüküm bulunmayan hallerde ise genel kanun niteliğine sahip olan 657 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.²

Kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğunun bulunması esasen idari işleyişteki düzenin, kamu hizmeti sunumundaki etkinlik ve verimliliğin sağlanması içindir. Kamu görevlileri, disiplin cezası tehdidi altında olduklarında hizmet içindeki ve dışındaki davranışlarında daha özenli olacaklardır. Zira disiplin yaptırımları doğrudan ciddi neticeler doğurur niteliktedir. Yaptırımların hem bireysel hem de kamusal yönü ve etkisi söz konusudur. Bu başlık altında öncelikle kamu görevlisi kavramından kısaca bahsedildikten sonra kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğu üzerinde durulacaktır.

A. Kamu Görevlisi Kavramı

Kamu görevlisi kavramı, geniş ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. Geniş anlamda kamu görevlisi, kamu kesiminde çalışan herkes için kullanılır. Bu halde, çalışanın hukuki durumu ve yapmakta olduğu görevin niteliği önemli değildir. Kamu kesiminde çalışıyor olması yeterlidir. Bunlar özel hukuk ya da kamu hukuku rejimine tabi olarak çalışmaktadır.³ 5237 sayılı Türk Ceza Ka-

² Çınar Can Evren ve İsmail Uçar, *Kamu Görevlileri Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2024) 167. Ayrıca Bkz. Adil Bucaktepe, ‘Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme’ (2015) 19 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199, 203.

³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (18. Baskı, Seçkin 2024) 698 vd. Ayrıca Bkz. İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku* (Der Yayınları 2001) 395–396.

nunu'nun 6. maddesinin 1/ (c) fıkrasında kamu görevlisi, “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, sürekli veya geçici olarak katılan kişi*” olarak tanımlanmıştır. Hükümde, kamu görevlisi tanımının geniş anlamda olduğu açıktır.

Bir de dar anlamda kamu görevlisi kavramı vardır. Bu kapsama “*kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten kişiler*” girmektedir. Bunlar memurlar ve diğer kamu görevlileridir.⁴ Nitekim Anayasa'nın 128. maddesinde “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümde “memurlar ve diğer kamu görevlileri” denilmek suretiyle bu iki kavramın birbirinden farklı olduğu vurgulanmıştır. Gerçekten de memurlar ile diğer kamu görevlileri birbirinden farklıdır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/A maddesine göre “*Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler*” memur olarak kabul edilmektedir. Diğer kamu görevlileri ise memurlar dışında kalan, kamu hizmetinin asli bir elemanı olarak çalışan ve idareyle kamu hukuku ilişkisi olan kişilerdir. Hâkim, savcılar ile askerler, bu kapsamdadır.⁵

B. Disiplin Sorumluluğu

Disiplin suçu, kamu hizmetinin sunumunda etkinliğin, verimliliğin ve düzenin sağlanabilmesi için öngörülmüş olan düzenlemelere aykırı hâl ve fiilleri ifade etmektedir. Bu düzenlemeler kurum içi düzeni, hizmeti sunanların statüsünü ve disiplinini hüküm altına almaktadır. Bahsi geçen hâl ve fiiller, disiplin cezası uygulanması tehdidini bünyesinde barındırmakta ve ilgili mevzuatta disiplin cezalarının her biri için tek tek sıralanmaktadır. Esasen bu, tipiklik ve açıklık ilkelerinin bir gereğidir. Fakat 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinde “*Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir.*” hükmüne yer verildiği görülmektedir. Bu hüküm, tipiklik ve açıklık ilkelerine uygun düşmemektedir.⁶

Disiplin cezalarını Danıştay, mevzuat gereği kamu görevlisinin yapmak zorunda olduğu görev ve sorumluluklarını yerine getirmemeleri ya da yasaklanan fiilleri yapmaları neticesinde uygulanan yaptırımlar olarak tanımlamaktadır. Bu yaptırımlar,

⁴ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 699 vd.

⁵ ibid 699–700. Ayrıca Bkz. Giritli, Bilgen ve Akgüner (n 3) 397.

⁶ Bahtiyar Akyılmaz, ‘Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar’ (2002) 6 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4. Ayrıca Bkz. Selman Sacit Boz, ‘Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler’ (2017) 25 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15, 18.



kamu görevlisinin özlük hakları üzerinde doğrudan ve ciddi neticeler doğurmaktadır. Bu yönüyle yaptırımların bireysel ve subjektif yönleri söz konusudur. Aynı zamanda kamu düzeninin tesisi ve kamu görevinin gereği gibi yerine getirilmesi açısından da kamusal ve objektif etkisi bulunmaktadır. Isnat edilen kusurlu hâl ya da davranış tespit edilmeden, kamu görevlisine disiplin cezası verilemez. Bu tespitten kasıt, bahsi geçen hâl ya da davranışın yeri, zamanı ve şekli gibi bütün unsurlarının ortaya konularak davranışın nerede, ne zaman, kim tarafından ve ne şekilde işlendiğinin açıkça ortaya konulmasıdır.⁷

Danıştay burada, disiplin cezalarının hem bireysel hem de kamusal yönünün olduğuna dikkat çekmektedir. Zira yaptırım ile kamu görevlisinin özlük durumu yani mesleki geleceği etkilenmekte, aynı zamanda da kamu görevinin gereği gibi yerine getirilmesi sağlanmaktadır. Bu cihetle disiplin süreci keyfilikten kaçınılarak doğru ve düzenli bir biçimde yürütülmeli, personele isnat edilen davranış, somut bir biçimde açıkça ortaya konulmalıdır. Bir başka deyişle genel geçer, soyut isnatlardan uzak durulmalıdır. Aksi halde hem adil yargılanma hakkı hem de hukuki güvenlik zedelenebilir. Deliller eksiksiz toplanmalı ve tüm boyutları ile somut olay aydınlatılmalıdır.

Kamu görevlisinin disiplin sorumluluğunun bulunması ve disiplin cezalarının uygulanmasındaki amaç, kamu hizmetinin eşitlik ilkesine uygun olarak görülmesini sağlamak, kamu görevlisinin yasal düzenlemelere uymasını, üstleri tarafından verilen kanuna uygun emirleri gereği gibi yerine getirmesini ve görevini ifa ederken daha özenli ve dikkatli olmasını sağlamaktır. Kamu hizmetinin daha etkin ve iyi bir biçimde yerine getirilmesi için kabul edilen disiplin cezaları makul, etkili, adaletli, hukuka uygun ilke ve yöntemleri esas alan bir yapıda olmalıdır.⁸

Disiplin suçları ve cezaları için farklı yasal düzenlemeler mevcuttur. 657 sayılı Kanun'a tabi olanlar hakkında mezkûr Kanun'un 125. madde hükümleri uygulanır. Bu Kanun'a tabi olmayanlar ise örneğin üniversite, yargı organları ve silahlı kuvvetler mensuplarıdır. Bunların ayrı personel kanunları ve yönetmelikleri bulunmakta, disiplin suç ve cezaları buralarda düzenlenmektedir. İlâveten, 657 sayılı Kanun'a

⁷ Danıştay 2. Daire, E. 2021/6206, K. 2024/2500, T. 30.04.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 11 Kasım 2024. Aynı yönde Bkz. Danıştay 2. Daire, E. 2021/6353, K. 2024/1804 T. 20.03.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 12 Kasım 2024. Aynı yönde Bkz. Danıştay 2. Daire, E. 2021/6954, K. 2024/1939, T. 26.03.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 12 Ocak 2025. İdari yaptırım işleminin konu unsurunu disiplin cezalarının oluşturduğu yönünde Bkz. Boz (n 6) 19.

⁸ Giritli, Bilgen ve Akgüner (n 3) 557. Ayrıca Bkz. Disiplin hukukunda amaç, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini ve bozulan kurum düzeninin yeniden tesisini sağlamaktır. Boz (n 6) 20. Düzenin sağlanması maksadıyla uyulması gereken kurallar, disiplindir. Şayet kamu hizmetinin yürütülmesinde hiyerarşik düzen isteniyorsa bu halde üst makamların disiplin kudretine sahip olmaları gerekir. Serkan Çınarlı, 'Yükseköğretim Disiplin Sisteminde Disiplin Cezası Sebebiyle İdari Görevin Sona Ermesi Hakkında Hukuki Değerlendirmeler' (2020) 5 KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11, 12.

tabi fakat kendi özel disiplin mevzuatı olan personeller de söz konusudur. Onlar hakkında kendi özel disiplin mevzuatı hükümleri uygulanır.⁹

657 sayılı Kanun'un 125. maddesinde disiplin cezalarının çeşitleri ve ceza gerektiren fiil ve haller hüküm altına alınmıştır. Mezkûr maddede disiplin cezaları “uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma” şeklinde düzenlenmiştir. 657 sayılı Kanun haricinde farklı disiplin suç ve cezalarının düzenlendiği kanunlara örnek olarak ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin b fıkrası verilebilir. Fıkra da disiplin cezaları, “uyarma, kınama, aylıktan veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma”¹⁰ olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere 657 sayılı Kanun'da sayılanlardan farklı olarak üniversite öğretim mesleğinden çıkarma, birden fazla ücretten kesme gibi disiplin cezaları, hüküm altına alınmıştır. Örneğin bir üniversitede araştırma görevlisi olarak görev yapan bir kişinin “Twitter” isimli sosyal medya hesabı üzerinden yaptığı paylaşım dolayısıyla Yükseköğretim Kurulu Yüksek Disiplin Kurulu tarafından kendisine “Kamu hizmeti veya öğretim elemanı sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak” şeklindeki disiplin suçunu işlemesi sebebiyle “kamu görevinden çıkarma” disiplin cezası verilmiştir.¹¹ Burada 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesi gereği bu ceza tatbik edilmiştir.

Bahsi geçen bu konuda bir diğer örnek ise emniyet teşkilatı bünyesinde görev yapanlar için öngörülen Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü'dür (Tüzük). Mezkûr Tüzüğün 2. maddesinde disiplin cezaları uyarma, kınama, aylıktan kesme, kısa süreli durdurma, uzun süreli durdurma, meslekten çıkarma, devlet memurluğundan çıkar-

⁹ Akyılmaz (n 6) 5.

¹⁰ 2547 sayılı Kanun'un 53/D maddesinin son fıkrasında “Aylıktan veya ücretten kesme cezası alanlar üç yıl, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezası alanlar beş yıl boyunca rektör, dekan, enstitü müdürü, yüksekokul müdürü, meslek yüksekokulu müdürü, bölüm başkanı, anabilim dalı başkanı, anasanat dalı başkanı, bilim dalı başkanı, sanat dalı başkanı, daire başkanı dengi ve üstü kadrolara atanamazlar. Söz konusu disiplin cezalarının verildiği tarihte bu görevlerde bulunanların görevleri kendiliğinden sona erer ve durum ilgili mercilere derhal bildirilir.” hükmü yer almaktadır. Burada disiplin cezası neticesinde bu cezaya bağlı olarak idari görevin sona ermesi durumu söz konusudur. Dolayısıyla bu hüküm, disiplin cezasının uzantısı niteliğindedir ve bu da bir ceza hükmüdür. Bkz. Çınarlı (n 8) 13.

¹¹ Danıştay 8. Daire, E. 2021/4565, K. 2023/7709, T. 22.12.2023, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 13 Şubat 2025. Ayrıca Bkz. Üniversitede öğretim üyesi olarak görev yapan davacının başka eylemlerinin yanı sıra sosyal medya hesabı üzerinden de siyasi yayınlar yaptığı gerekçesiyle Rektörlüğün “2547 sayılı Kanun'un 53 /b-6-c maddesi uyarınca kamu görevinden çıkarma cezasıyla” cezalandırılması yönündeki teklifi üzerine Yükseköğretim Kurulu Yüksek Disiplin Kurulu tarafından mezkûr cezanın verildiği yönünde Danıştay 8. Daire, E. 2021/6504, K. 2023/7712, T. 22.12.2023, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 13 Şubat 2025. Yükseköğretim Kurumlarındaki disiplin süreci ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Dinçer Atamtürk, ‘Üniversitelerde Disiplin Cezalarına İtiraz’ (2023) 4 Journal of Pure Social Sciences (PURESOC) - PAK Sosyal Bilimler Dergisi (PAKSOS) 44, 46.

ma olarak düzenlenmiştir. Yargı kararlarında emniyet teşkilatı bünyesinde çalışan kamu görevlilerine sosyal medya paylaşımları nedeniyle verilen disiplin cezalarının “4 ay kısa süreli durdurma”¹², “6 ay kısa süreli durdurma”¹³, “10 ay kısa süreli durdurma”¹⁴, “meslekten çıkarma”¹⁵ şeklinde olabildiği görülmektedir. Dolayısıyla burada da 657 sayılı Kanun’da düzenlenen disiplin cezalarına ek olarak farklı disiplin cezalarının yer aldığı görülmektedir.

Yargı kararlarına bakıldığında ise memurların sosyal medya paylaşımları neticesinde 125. maddenin ilk fıkrasının (A) bendinin “devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak” şeklindeki (e) kısmı uyarınca “uyarma” disiplin cezası¹⁶, “herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak”¹⁷ şeklindeki 1/D (o) bendi uyarınca “kademe ilerlemesinin durdurulması” disiplin cezası¹⁸, “memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak” şeklindeki 1/E (g) maddesi gereği “devlet memurluğundan çıkarma” cezası¹⁹ gibi cezalarla tecziye edildikleri görülmüştür. Mahkemeler bu disiplin cezalarının hukuka uygun olup olmadığını değerlendirirken somut olayın niteliğine, sosyal medya paylaşımının içeriğine, bağlamına, fiille orantılı olup olmadığına, paylaşımı yapan kamu görevlisinin mesleğinin niteliğine bakmaktadır.

¹² Danıştay 2. Daire, E. 2021/6954, K. 2024/1939, T. 26.03.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 12 Ocak 2025.

¹³ Danıştay 2. Daire, E. 2021/6575, K. 2024/1552, T. 11.03.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> Erişim tarihi 19 Aralık 2024. Ayrıca Bkz. “polis memuru olarak görev yapan davacının, Hizmet dışında resmi sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem ve davranışlarda bulunmak fiilini işlediğinden bahisle Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü’nün 6/B-5 maddesi uyarınca 6 ay kısa süreli durdurma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin ... günlü, ... sayılı Tekirdağ Valiliği İl Polis Disiplin Kurulu kararının iptali istemiyle...” Danıştay 2. Daire, E. 2021/9086 K. 2024/890 T. 14.02.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 19 Şubat 2025.

¹⁴ Bkz. “... polis memuru olarak görev yapan davacı tarafından, Amir veya üstlerine hakaret etmek fiilini işlediğinden bahisle ... 10 ay kısa süreli durdurma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Adıyaman Valiliği İl Polis Disiplin Kurulunun ... günlü, ... sayılı kararının iptali...” Danıştay 2. Daire, E. 2021/6353, K. 2024/1804 T. 20.03.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 12 Kasım 2024.

¹⁵ Bkz. “...twitter adresinde yapılan paylaşımlarla ilgili olarak, gizli tutulması zorunlu olan ve görevi ile ilgili bulunan bilgi ve belgeleri görevli veya yetkili olmayan kişilere açıklamak suçunu işlediğinden bahisle, Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü’nün 8/13. maddesi uyarınca meslekten çıkarma cezası ile tecziye edilmesine...” Danıştay 2. Daire, E. 2021/7959 K. 2024/3211 T. 27.05.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 23 Şubat 2025.

¹⁶ AYM, Lale Çalkoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2018/36354, Tarih: 18.10.2022.

¹⁷ Kamu görevlilerinin siyasi partilere girme yasağı ve bu fiilin memuriyetten çıkarma cezasını gerektirdiği ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Evren ve Uçar (n 2) 130 vd. Ayrıca Bkz. Oğuz Sancakdar ve Lale Burcu Önüt, *Memur Hukuku* (1. Baskı, Seçkin 2024) 159.

¹⁸ AYM, Ramazan Kavak Başvurusu, Başvuru No: 2017/20729, Tarih: 05.09.2024.

¹⁹ Danıştay 12. Daire, E. 2021/468, K. 2024/2915, T. 06.06.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 10 Nisan 2025.

Kamu görevlisinin disiplin cezası ile tecziye edilebilmesi için ilk başta isnat edilen disiplin ihlalinin vuku bulup bulmadığı soruşturma ile ortaya konulmalıdır. Soruşturmanın usulüne uygun yapılması ve soruşturma esnasında lehte ve aleyhte olan bütün bilgi ve belgelerin toplanması gerekir. Disiplin ihlali teşkil eden davranış herhangi bir şüpheye mahal vermeyecek biçimde açıkça ispatlandıktan sonra sabit görülen fiile uygun olan disiplin cezası belirlenip uygulanmalıdır.²⁰

Görüldüğü üzere disiplin suç ve cezaları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin hizmet gereklerine aykırı ya da kurum içi düzen ve işleyişi bozacak nitelikte davranışta bulunmaları durumunda karşımıza çıkan normatif bir mekanizmadır. Kamu hizmetinin aksamadan, düzenli ve etkin biçimde sunulabilmesi için idare, kamu görevlileri üzerinde böyle bir sorumluluk ilişkisi kurmuştur. Bu sorumluluk ilişkisi, hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik üzerinden tesis edilmelidir. Fiil ve bu fiile uygulanacak yaptırım arasındaki bağ, açık bir şekilde oluşturulursa bu halde hem kamu görevlisinin hakları korunacak hem de kamu hizmetinde etkinlik ve verimlilik sağlanmış olacaktır.

II. KAMU GÖREVLİLERİNİN SOSYAL MEDYA PAYLAŞIMINA YAKLAŞIMLAR

Mevzuatta bireylerin ifade özgürlüğünün korunduğu fakat bunların belirli kurallar dahilinde sınırlamalara tabi olabileceği düzenlenmektedir. Kamu görevlileri, normal bireylerden farklı olarak bu tür sınırlamalara daha fazla maruz kalacaktır. Zira bunların, kamu görevinin getirdiği birtakım sorumlulukları söz konusudur. Anayasa ve 657 sayılı Kanun'a bakıldığında, bu düzenlemelerin memurlar ve diğer kamu görevlilerinden, belirli kurallar dahilinde hizmet içi ve dışında resmî sıfatın vermiş olduğu güven ve itibara yakışır davranışlar beklediği görülmektedir. Kamu Görevlileri Etik Kurulu ise memurlar ve kamu görevlilerine sosyal medya paylaşımlarında dikkat etmesi gereken hususları etik ilkeler çerçevesinde sunmakta ve bu konuda kamu görevlilerinden bekleneni ortaya koymaktadır. Bu başlık altında ilgili mevzuat ve mezkûr Kurul'un bu yöndeki yaklaşımlarına yer verilecektir. Mevzuat ve Kurul'un yaklaşımlarının bilinmesi, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

A. Mevzuattaki Yaklaşım

1982 Anayasası'nın 25 ve 26. maddelerinde düşünce ve kanaat hürriyeti ile düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti hakkında hükümler sevk edildiği görülmektedir. 25. maddede özetle herkesin bu hürriyete sahip olduğu, amaç ve sebep ne olursa olsun kimsenin bu hürriyetini kullanması dolayısıyla kınanamayacağı ve suçlanamayacağı, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı düzenlenmiştir. 26. maddeye göre herkesin yazı, söz, resim ya da sair yollarla tek başına yahut toplu bir biçimde düşünce ve kanaatlerini açıklama ve yayma hakkı bulunmaktadır. Resmî

²⁰ Danıştay 2. Daire, E. 2021/6575, K. 2024/1552, T. 11.03.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 19 Aralık 2024.

makamların bir müdahalesi olmadan haber ya da fikir alıp verme serbestisi de bu hürriyetin kapsamına dahildir. Hürriyetlerin kullanımına kamu düzeni ve güvenliği, milli güvenlik gibi madde metninde sayılan hususlar dolayısıyla sınırlama getirilebileceği ifade edilmiştir. 129. maddede ise memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, Anayasa ve kanunlarda yer alan hükümlere sadık kalmak suretiyle faaliyetlerini gerçekleştirme yükümlülüğü altında oldukları düzenlenmiştir. Mezkûr maddenin iki ve üçüncü fıkrası gereği memurlar ve diğer kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmadığı müddetçe disiplin cezası verilemez ve disiplin kararlarını da yargı denetimi dışında bırakmak mümkün değildir.

Üst paragrafta görüldüğü üzere Anayasa, düşünce sahibi olma ve bundan dolayı suçlanamama hakkını mezkûr maddeler ile teminat altına almaktadır. Dışa vurulmadan, yalnızca bir düşünceye sahip olmak, cezalandırılacak bir durum olmayıp esas bunu dışa aktarmaya zorlamak yasaklanan bir durumdur. Sosyal medya paylaşımları ise bir düşünceye sahip olmanın daha ötesinde, bu düşünceyi dışa vurmak, Anayasa'nın ifadesi ile düşünceyi açıklamak ve yaymakla ilgilidir. Dolayısıyla sosyal medya üzerinden yapılan paylaşımlar, Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan özgürlük kapsamında değerlendirilir. Fakat bu özgürlüğün mutlak olmadığı ve sınırlanabileceği, mezkûr maddede hüküm altına alınmıştır. Devletin tarafsızlığına zarar veren, kamu düzenini bozma potansiyeline sahip, mesleki sırlara riayet etmeyen paylaşımlar dolayısıyla bu özgürlüğe sınırlama getirilebilir ve bundan dolayı disiplin sorumluluğu da doğabilir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 8. maddesi gereğince memurlar, hizmet içi ve dışındaki davranışları ile resmi sıfatlarının gerekli kıldığı itibar ve güvene layık olduklarını gösteren davranışlarla ve iş birliği içerisinde hizmeti yürütmek durumundadır. Dolayısıyla memurlar, sosyal çevre içerisindeki davranışlarında belirli kurallar dahilinde hareket etmeli, kendilerine verilen görevin itibarını zedeleyecek ya da toplumun güvenini sarsacak hareketlerde bulunmamalıdır. Sosyal medya paylaşımları da bu kapsamda yorumlanabilir. Şayet 657 sayılı Kanun'da düzenlenen bu hükme aykırı hareketlerde bulunulursa memur hakkında mezkûr Kanun'un 125. maddesinde düzenlenen yaptırımlardan uygulanacaktır. Örneğin, sosyal medya hesabı üzerinden paylaşım yapan ve bu paylaşımı daha sonra haber yapılarak yerel gazetede yayımlanan bir kamu görevlisine, bu sosyal medya paylaşımı ile dolaylı olarak kurumun tüzel kişiliği ve idarecilerini töhmet altında bıraktığı, kamuoyunda algı oluşturmaya çalıştığı, ifade özgürlüğünün sınırlarını aşarak böyle bir paylaşımında bulunduğu; kamu görevlisinin yapmış olduğu bu davranışın “Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak” niteliğini haiz olduğu gerekçesiyle kamu görevlisine, 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin ilk fıkrasının (A) bendinin (e) kısmı uyarınca “uyarma” disiplin cezası verilmiştir.²¹

²¹ Karar için Bkz. AYM, Lale Çalıkoglu Başvurusu, Başvuru No: 2018/36354, Tarih: 18.10.2022.

AYM hem anayasa koyucu hem de yasa koyucunun (657 sayılı Kanun kast edilmektedir) memurlar ve diğer kamu görevlilerinden hem hizmet içinde hem de hizmet dışında kamu görevinin getirmiş olduğu resmi sığata yakışır, bu sığatın verdiği güven ve itibara layık davranışlar sergilenmesini beklediğini ifade etmektedir. Burada toplum tarafından idareye duyulan güvenin muhafaza edilmesi amaçlanmaktadır. Bu beklenti, temel hak ve özgürlükler konusunda kamu görevlilerinin, diğer bireylere nazaran daha fazla sınırlamalara tabi tutulacağını göstermektedir. Nitekim kamu görevlisi olmak, sağladığı pek çok ayrıcalıklı durumun yanı sıra külfet ve sorumluluklara katlanmayı da gerekli kılar. Diğer insanların tabi olmadığı sınırlamalara tabi olmak da bunlardan biridir.²²

B. Kamu Görevlileri Etik Kurulu'nun Yaklaşımı

Kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımları ile ilgili olarak 5176 sayılı Kanun'la kurulan Kamu Görevlileri Etik Kurulu (Kurul), etik ilkeler belirlemiştir. Kurul burada, kamu yönetiminde güvenin ve kamu hizmetlerinde tarafsızlığın korunmasını amaçlamaktadır. Kurul'un belirlemiş olduğu etik ilkeler arasında tarafsızlık, çıkar çatışmasından kaçınma, kurum itibarını koruma²³ gibi başlıklar bulunmaktadır. Buna göre kamu görevlileri, kamu politikalarıyla ilgili olarak kamuya açık yorumlar yaparken ya da tartışmalara katılırken dikkatli olmalı, göreviyle ilgili tarafsızlığına hanel getirecek durumlardan kaçınmalıdır. Ayrımcılık yapmamalı, siyasi tarafsızlığını muhafaza etmelidir. Dolayısıyla partiler üzerinden kampanya yürütmemeli, onların lehine veya aleyhine olacak biçimde paylaşım ya da yorum yapmamalı, faaliyetlerde bulunmamalıdır. Kamu hizmeti için ayrılan süre içerisinde sosyal medyayı, hizmeti aksatacak şekilde kullanmamalıdır. Sosyal medyada bir bilgiyi paylaşırken bunun güncel ve doğru olup olmadığını kontrol etmeli, rahatsız edici içerikleri paylaşmaktan kaçınmalıdır. Toplumun menfaatine olacak içerikleri paylaşmalıdır. Bireylerin kişilik haklarına zararı dokunacak ve ayrımcılığı besleyecek paylaşımlardan uzak durmalıdır. Paylaşımlarda kişisel verilerin izinsiz kullanımından kaçınılmalıdır. Kurumsal sosyal medya hesaplarının kullanımı esnasında da nezaket ve saygı çerçevesinde hareket edilmeli, kurumsal saygınlığa zararı dokunacak ifadelerden uzak durulmalıdır. Bilgi ve belge paylaşımı yapılırken gizlilik ve

²² AYM, Lale Çalıkoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2018/36354, Tarih: 18.10.2022.

²³ Kurum itibarını koruma başlığı altında Kurul, kamu görevlisinin şu şekilde davranması gerektiğini belirtmiştir:

“(1) Görev yaptığı kurumun görev ve işleriyle ilgili bilgileri sosyal medya platformlarında paylaşırken ilgili mevzuata uygun davranmalıdır. (2) Görev yaptığı kurumun itibarını ve güvenliğini zedeleyecek veya karalayacak nitelikteki paylaşımlardan kaçınmalıdır. (3) Kişisel sosyal medya hesaplarında, uzmanlık alanı çerçevesindeki görüşlerini, kurumun itibarı üzerindeki olası etkilerini dikkate alarak ve kanıtlara dayalı olarak ifade edebilir. Ancak sosyal medyada yer alan sözlü, yazılı veya görsel içerikli paylaşımlarının kişisel görüşü olduğunu belirtmeli, görevine, kurumuna veya kamu hizmetine atfedilmemesi hususlarında dikkatli davranmalıdır.”

güvenlik tehlikeye düşürülmemelidir. Şahsi menfaat gözetilerek ya da siyasi veya felsefi düşüncelerle paylaşım yapılmamalıdır.²⁴

Kurul'un belirlemiş olduğu bu ilkeler, kamu hizmetinin tarafsızlığı ve güvenilirliği ile ifade özgürlüğü arasında denge kurulmasını amaçlamaktadır. İlkeler, yalnızca bireysel sosyal medya hesaplarındaki paylaşımları değil aynı zamanda kurumsal sosyal medya hesaplarının kullanımını da kapsamakta ve bu konuda düzenlemeler içermektedir. Dolayısıyla kamu görevlileri, bu ilkeler çerçevesinde sadece fiziki ortamda değil dijital ortamda da kamu hizmetinin sorumluluğu bilinci ile hareket etmelidir. Kaldı ki bu ilkelerde vurgulanan, siyasi anlamda taraf tutma, ayrımcılık yapma ya da görevini kötüye kullanma teşkil edecek içerikler, sadece etik sorun değil, disiplin sorumluluğu da doğurabilecek niteliktedir.

III. YARGI KARARLARINDA SOSYAL MEDYA PAYLAŞIMLARI

AYM kararlarında, memurlar ve kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımları nedeniyle disiplin cezası ile cezalandırılması, ifade özgürlüğüne müdahale olarak görülmekte ve müdahalenin ihlal niteliği taşıyıp taşımadığı ayrıca incelenmektedir. Bu incelemeler esnasında belirli kriterlere bakılmaktadır. AYM, kendi belirlemiş olduğu kriterleri/standartları uygulamaksızın mahkemelerin karar vermesini, uygun görmemektedir. Başka bir deyişle kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımı dolayısıyla disiplin cezası alması neticesinde açılan davalarda mahkemeler, AYM'nin koyduğu standartları karşılamayan gerekçeler oluşturarak karar verdiğinde bu, yerli bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir.²⁵

Yargı kararlarında disiplin sorumluluğu ve ifade özgürlüğüne müdahale konularında aleniyetin önemli bir yere sahip olduğu görülmektedir. Sosyal medya paylaşımının aleniyet kazanıp kazanmadığı incelenmekte ve bu durum disiplin sorumluluğunun tespitinde dikkate alınmaktadır. Aleniyetin varlığı ele alınırken somut olaydaki koşullar, paylaşımı yapan kamu personelinin niyeti, paylaşımın kamuya açılması noktasında bir özeninin bulunup bulunmadığı gibi kriterlere bakılmaktadır. Paylaşımın yapıldığı sosyal medya platformunda aleniyet durumu kullanıcının kontrolündeyse, bu kriterlerin değerlendirmesi de ona göre yapılmaktadır. Bir başka ifade ile kullanıcının kontrolünün ve inisiyatifinin söz konusu olduğu hallerde aleniyetin kontrolünün de sağlanabileceği kabul edilmekte ve buna göre hukuki sonuçlar çıkartılmaktadır.

Bu başlık altında kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımları konusunda AYM ve Danıştayın yaklaşımları ele alınacaktır. Yargı kararlarında tespit edilen önemli hususlardan birisi "aleniyet" yani sosyal medya paylaşımının kamuya açık

²⁴ Kamu Görevlileri Etik Kurulu 2021/81 no'lu İlke Kararı. Esasen Kurul, yalnızca etik ilkeler belirlemekte, etik bilincinin yerleştirilmesi ve etik kültürün yaygınlaşması için de uğraşmaktadır. İbrahim Akdeniz, 'Kamu Görevlileri Etik Kurulunu Yeniden Düşünmek' [2016] Sayıştay Dergisi 59, 72 vd.

²⁵ AYM, Lale Çalıkoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2018/36354, Tarih: 18.10.2022.

hale getirilmesi olduğundan, öncelikle bu konu üzerinde durulacaktır. Sonrasında ise örnek yargı kararları ile birlikte mahkemelerin bu konudaki görüşlerine ve değerlendirmeye yaparken dikkat çektikleri hususlara yer verilecektir.

A. Sosyal Medya ve Aleniyet Kavramına Bakış

Kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımları neticesinde ifade özgürlüğüne²⁶ müdahale ve disiplin sorumluluğu incelenirken bakılması gereken hususların en önemlisi, sosyal hayat ile mesleki hayat ayrımı ve yapılan paylaşımın kamuya açıklık yani bir aleniyet kazanıp kazanmadığıdır. AYM bu konuyla ilgili olarak sosyal medyanın hayatımıza dahil olmasıyla birlikte sosyal hayat ile mesleki hayatın ayrılamadığına ve gri alanların oluştuğuna dikkat çekmektedir. Nitekim günümüzde geleneksel sosyalleşme anlayışı farklılaşmış ve “teknoloji tabanlı modern sosyalleşmeye” doğru bir dönüşüm gerçekleşmiştir. Modern sosyalleşme dolayısıyla etkileşimler daha kolay ve hızlı hale gelmiş, düşünce açıklamalarının aleniyet kazanması kolaylaşmıştır.²⁷

Bilindiği üzere bireyler, kamu görevlisi sıfatını haiz ise yapmış oldukları paylaşımlar dolayısıyla devletin müdahalesi söz konusu olmaktadır. Müdahaleler incelenirken de aleniyet konusuna bakılmaktadır. Somut olay incelenirken hangi koşullarda ifade açıklamasının aleniyet kazandığı, bu açıklamaları yaparken kamu görevlisinin buna aleniyet kazandırma niyetinin bulunup bulunmadığı, açıklamanın aleniyet kazanması ihtimaline karşı bir özen gösterip göstermediğine bakılmalıdır. Bu noktada, paylaşımın yapıldığı sanal mecranın koşullarının da değerlendirilmesi gerekir. Zira buralarda etkileşimin koşulları da farklılık arz etmektedir. Örneğin “Facebook” isimli sosyal medya uygulamasında istek ve kabul müessesesi bulunmakta, paylaşımın gizlilik ayarı kullanıcı tarafından yapılandırılabilir. Böylece paylaşımlarını, yalnızca arkadaşı olanlar görebilmektedir. Nihayetinde, yapılan paylaşımın aleniyeti ve mahremiyetinin korunması, tamamıyla kullanıcının kontrolünde ve onun tercihiyle bağlıdır.²⁸

AYM’nin de vurguladığı ve kararlarında inceleme altına aldığı üzere dijital iletişim araçlarının giderek yaygınlaşması ve sosyal medya kullanımı, özel yaşam ile kamusal hayat arasındaki sınırı bulanıklaştırmış, bireyin kişisel alanda yapmış olduğu bir paylaşım, kamuya açık hale getirilebilir olmuştur. Bu durum, düşünce açıklamasının potansiyel bir kamu faaliyeti gibi görülmesine zemin hazırlamıştır. Hal böyle olunca kamu görevlileri için özel yaşam ve mesleki hayat ayrımı zorlaşmış, bu durum hukuki problemlere kapı aralamıştır. Nitekim bir kamu görevlisi, sadece görevi başındayken değil, görevi dışında da mesleki sorumluluğun gerek-

²⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (AİHS) göre ifade özgürlüğünün, “Bilgiye ve düşüncelere erişim özgürlüğü ile bunları yayma özgürlüğü” şeklinde iki unsurunun olduğu yönünde Bkz. Fendoğlu (n 1) 7.

²⁷ AYM, Ramazan Kavak Başvurusu, Başvuru No: 2017/20729, Tarih: 05.09.2024.

²⁸ AYM, Ramazan Kavak Başvurusu, Başvuru No: 2017/20729, Tarih: 05.09.2024.



lerini yerine getirmeli, etik ilkelerin dışına çıkmamalıdır. Paylaşımın kamuya açık hale getirilmesi yani aleniyet kavramının önemi burada başlamaktadır.

Paylaşımın aleni olup olmadığı, müdahalenin varlığı, gerekliliği ve ölçülülüğü noktasında belirleyicidir. Nitekim irade açıklaması aleniyet kazandığında, devletin müdahale hakkı söz konusu olmaktadır. Elbette ki bu müdahalenin sınırları bulunmaktadır. Müdahale orantılı ve demokratik toplumda “gerekli” olmalıdır. Aleniyet sınırının tespiti ise kullanıcı inisiyatifine göre yapılmaktadır. Yapılan paylaşımın erişilebilirliği, gizlilik ayarı yapılması vb. durumlar, aleniyetin kontrolünü sağladığı gibi kullanıcının niyetinin de bir göstergesidir. Hukuki perspektiften bakıldığında bu, paylaşımı yapan kişinin mahremiyet beklentisini somutlaştırmaktadır. Herkese açık paylaşım ile belirli bir gruba açık paylaşımın hukuki sonuçları farklı olacaktır. Bu farklılık, disiplin yaptırımı uygulanması noktasında da belirleyicilik oluşturmaktadır.

B. Yargı Mercilerinin Sosyal Medya Paylaşımlarına Yaklaşımı

Kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımları dolayısıyla sorumluluğunun incelendiği davalarda hem AYM’nin hem de Danıştayın üzerinde durduğu bazı hususlar vardır. Örneğin her iki yargı mercii de bu tür davalarda, somut olayda kamu görevlisinin yapmakta olduğu mesleğin niteliğini dikkate almakta ve değerlendirmelerin buna göre yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Yargı mercilerinin bu yöndeki yaklaşımlarının bilinmesi hem ilk derece yargı yerleri hem de disiplin cezalarının muhatabı olan kamu görevlileri açısından elzemdir. Bu sebeple bu başlık altında AYM ve Danıştayın sosyal medya paylaşımları ile ilgili davalarda sergilediği tutum ve yaklaşımları, örnekler ışığında ele alınacaktır.

1. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi (AYM), sosyal medya paylaşımları neticesinde memurlar veya diğer kamu görevlileri hakkında disiplin yaptırımı uygulandığında, bunun ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil edip etmediğini incelemektedir. Şayet müdahale teşkil ediyorsa bu halde müdahalenin Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen şartları taşıyıp taşımadığına bakmaktadır. Buna göre sınırlama Anayasa’nın ilgili maddelerinde yer alan nedenlere dayanıyor mu, kanunla yapılmış mı ve son olarak da bu sınırlama, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun mu diye araştırılmaktadır.²⁹

AYM’ye göre ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale söz konusu olduğunda, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması için bu müdahalenin orantılı olması ve “zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması” gerekmektedir. Mü-

²⁹ AYM, Lale Çalıkoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2018/36354, Tarih: 18.10.2022. Aynı kararda vurgulandığı üzere 657 sayılı Kanun’da öngörülen disiplin cezaları yönünden kanunla sınırlama şartının sağlandığı görülmektedir. Sosyal medya hesabı üzerinden yaptığı paylaşım dolayısıyla başvuru hakkında idari para cezasına hükmedilmesi neticesinde başvurucağının ifade özgürlüğüne müdahale edildiği yönünde Bkz. Yüksek Yargı Kararları, AYM Kararları, Başvuru No: 2020/24527, Tarih: 09.02.2023, R.G. 27.04.2023, S. 32173, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 202, 2023, 138 vd.

dahale incelenirken Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrasındaki meşru amaçlar ile bireylerin ifade özgürlüğü arasında dengenin kurulup kurulmadığına bakılmalıdır. Bu dengenin varlığı, ilk derece mahkemeleri tarafından araştırılmaktadır. İlk derece mahkemeleri, dengenin varlığına bakarken ve müdahalenin “zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması” durumunun varlığını değerlendirirken takdir yetkisi söz konusudur. Fakat AYM, yapılan bu tür değerlendirmelerde, bireylerin ifade özgürlüğünün, demokrasinin işleyişi için hayati öneme sahip olduğunun göz ardı edilmemesi gerektiğine dikkat çekmektedir.³⁰

AYM'ye göre yargı mercileri, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımları ve ifade özgürlüğü hakkında değerlendirme yaparken subjektif yorumlardan kaçınılmalıdır. Bunu sağlamak için de AYM bazı önerilerde bulunmuştur. Memurların da birer birey oldukları ve onların da siyasi görüşlerinin olabileceği, tercih haklarının bulunduğu ve ülke meseleleriyle ilgilenme haklarının olduğunun göz ardı edilememesi gerektiği, bu önerilerden biridir. AYM'ye göre memur veya kamu görevlisi, hizmet dışında ifade paylaşımı yaptığında, içeriğiyle birlikte bu paylaşımın, memurun üstlendiği kamu görevinin itibar ve güvenini sarsacak niteliğe haiz olup olmadığı incelenmelidir. Somut olaya göre memur, sosyal medya üzerinden yaptığı paylaşımını, kamu görevinin kendisine sağladığı olanakları kullanarak yapmışsa mahkeme kararında bu da gösterilmelidir. Yapılan paylaşım, kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesini, sürekliliğini, verimliliğini vs. etkiliyorsa, bunun ne şekilde olduğu ve cezayı gerektirecek durumların neler olduğu ya da ihtimalleri ortaya konulmalıdır. Bir başka deyişle kamu görevlisine bu sebeple disiplin cezası verilebilmesi için fiilin, memuriyetini etkilediği gösterilmelidir. Kamu görevlisinin ödev ve sorumluluk derecesi her durumda, kendi bulunduğu konumu ve görevli olduğu alanla -örneğin öğretmen³¹ için ayrı, hekim için ayrı- bağlantılı olarak tespit edilmelidir. Yapılan paylaşım karşı, kamu görevini etkileme derecesine göre yani onunla orantılı olacak biçimde disiplin cezası verilmelidir. Cezanın, zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşıladığı gösterilmelidir. Mahkemelerin yapacağı değerlendirmelerin açık ve bireyselleştirilmiş olması gerekmektedir. AYM gerekçesiz

³⁰ AYM, Lale Çalikoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2018/36354, Tarih: 18.10.2022. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise müdahalenin demokratik toplum için gerekli olup olmadığı konusunda, sınırlamanın istisnai olması (yani özgürlüğün kural olması), sınırlamada devletin takdir yetkisinin özgürlük ile bağdaşır bağdaşmadığı ve meşru amaçla orantılılığın bulunup bulunmadığına bakmaktadır. Erol Aslan ve Fazlı Dağdeviren, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü’ (2012) 15 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 167, 171.

³¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), öğrencileri yönünden öğretmenlerin bir otoriteyi temsil ettikleri, dolayısıyla iş yaşamı dışında da belli bir düzeye kadar görevle ilgili ödev ve sorumluluklarının devam edeceğini belirtmektedir. Bkz. AİHM Mahi/Belçika Kararı, Başvuru No: 57462/19, Tarih: 03.09.2020. Söz konusu memur, öğretmen olduğunda, yapılan ifade açıklamalarının vatandaşa ya da diğer kamu personeline nazaran toplum nezdinde daha fazla karşılık bulduğu, öğretmenliğin etki alanı dolayısıyla öğrencilere uygun olmayan fikirlerin açıklanması da dahil pek çok riski beraberinde getirebileceği yönünde Bkz. AYM, Ramazan Kavak Başvurusu, Başvuru No: 2017/20729, Tarih: 05.09.2024.

ya da sayılan bu kriterleri karşılamayan bir gerekçeyle yapılan müdahaleleri 26. maddenin ihlali olarak kabul etmektedir.³²

AYM bu açıklamalarında kamu görevlilerinin yalnızca teknik görevleri yapan kişiler olmayıp sosyal yönünün de bulunduğunu vurgulamaktadır. Gerçekten de bireylerin kamu görevi sıfatına haiz olmaları, onları yaşadıkları toplumdan soyutlamamakta, bilakis onların toplumsal sorunlara karşı fikir üretebilen, seçimler/tercihler yapabilen yönlerini aktif tutmaktadır. Kamu görevlisi olmak ile toplumdan kendini soyutlayıp dış dünyaya kapatmak, taban tabana zıt olgulardır. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, kamu görevlisinin ifade paylaşımı yaparken görevinin farkında olması ve sıradan bir birey gibi hareket etmemesidir. Zira kamu görevi, beraberinde sorumlulukları da getirmektedir. Memurlar ve kamu görevlileri bu sorumlulukları göz ardı etmek suretiyle kamu görevinin getirdiği nüfuzu kullanarak ya da farklı şekillerde ifade özgürlüğünün sınırını hukuka aykırı biçimde aşmak suretiyle sosyal medya paylaşımları yaptıklarında, disiplin cezası ile karşılaşacaktır.

AYM'nin açıklamalarından anlaşılmaktadır ki ifade özgürlüğünün kullanımına bakılırken ve sınırı belirlenirken, kamu görevinin niteliği ve hizmetin yürütülüş biçimi de dikkate alınmalıdır. Başka bir deyişle kamu görevlisinin unvanı, yapmakta olduğu görev ve toplumsal temsiliyet gücü, bu özgürlüğün değerlendirilmesi esnasında göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim kamu görevinin sağlamış olduğu yetki, güven ve statü, bireylerin paylaşımda kullandıkları ifadelerin etkisini artırmakta ve toplumsal algıyı da belirli bir yönde şekillendirebilmektedir. Bu sebeple AYM'nin de dikkat çektiği üzere mahkemeler, kamu görevlisinin yaptığı ifade açıklamasının, kamu hizmetinin düzenli işleyişini ve etkinliğini, kamu hizmetine duyulan güveni etkileyip etkilemediğini, şayet etkiliyorsa bunun derecesini belirlemelidir. Kurum itibarını zedeleyecek, kamu hizmetini aksatacak, kamu düzenini bozacak bir durum olması halinde mahkemeler, bu durumun varlığını kararda göstermelidir. Mahkemeler bunları yaparken soyut değerlendirmeler yerine kamu görevlisinin yaptığı açıklamanın kamu düzeni üzerindeki etkisini somut biçimde ortaya koymalıdır. İfade özgürlüğüne yönelik müdahalenin ölçülü ve demokratik toplum için gerekli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Uygulanan yaptırım ile meydana gelen zarar arasında makul bir oran olmalı ve cezalandırma, kamu yararına hizmet etmelidir.

AYM, memur ya da kamu görevlisinin sosyal medya paylaşımı hakkında mahkemelerce değerlendirme yapılırken, paylaşımda kullanılan ifadelerin mevcut anlamlarının dışına çıkılmak suretiyle subjektif biçimde genişletilmesini, başka bir deyişle zorlama yorumlar yapılarak çıkarımlarda bulunulmasını uygun görmemektedir. Örneğin AYM kararına konu olan bir olayda, belediyede çalışan mühendisin görev yaptığı ildeki yönetici atamalarını eleştirmek şeklindeki sosyal medya paylaşımının haberlere konu olması ve bu paylaşım dolayısıyla mühendis hakkında disiplin cezası verilmesi üzerine bireysel başvuru sonucu dosya kendisine gelen

³² AYM, Lale Çalıkoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2018/36354, Tarih: 18.10.2022.

AYM, zorlama yorum yapılmaması gerektiğine dikkat çekmiştir. AYM, mühendisin bu paylaşımında, hangi kurumu veya kişileri işaret ettiğine dair bilgi bulunmadığını, sadece yönetici atamalarını eleştirdiğini, mevcut halde bu paylaşımında yer alan eleştirilerin görev yaptığı kamu kurumuna yöneldiğine dair çıkarımda bulunmanın zorlama bir yorum olacağını belirtmiştir.³³

AYM, sosyal medya üzerinden yapılan ifade açıklaması ile kamu görevlisinin siyasi görüşünü aleni hale getirmesini yani kamuoyu tarafından bilinir kılmasını, kamu hizmetinin sunumundaki tarafsızlık ve demokrasiye aykırı bir durum olarak nitelendirmektedir. Örneğin, öğretmen olan bir kamu görevlisinin kendi sosyal medya hesabı üzerinden Milletvekili Genel Seçimi öncesinde bir parti adını doğrudan vererek oy talep etmesi, parti propagandası yapmak olarak görülmüş ve 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin 1/D (o) bendi uyarınca öğretmene kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezası verilmiştir. AYM bu olayla ilgili olarak, kamu görevlisinin mezkûr fiilinin memuriyetini etkileyip etkilemediğini, kişinin sınıf öğretmeni olduğunun dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Zira daha önce de değinildiği üzere öğretmenlik mesleği diğer kamu görevlilerinden farklı olup toplumsal meselelerle ilgili olarak öğretmenlerin yaptığı ifade açıklamaları toplum nezdinde daha fazla karşılık bulmaktadır. Bu mesleğin getirdiği etki alanı, diğerlerine kıyasla daha geniştir. Dolayısıyla AYM bu olayda öğretmenin, yaptığı paylaşım ile kendi siyasi kanaatini kamuoyunda bilinir hale getirdiği yani aleniyet kazandırdığı, böylelikle yürütmekte olduğu kamu görevinin de siyasi görüşü çerçevesinde tanımlanabilmesine kapı araladığı neticesine ulaşmıştır. Kamu hizmetinin sunumunda tarafsızlık ve demokrasinin korunmasına aykırı bir durumun tezahür ettiği gerekçesiyle AYM, kademe ilerlemesinin durdurulması yönündeki disiplin cezasının zorunlu olduğuna dikkat çekmiştir.³⁴

2. Danıştayın Yaklaşımı

Kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımları nedeniyle disiplin cezası ile tecziyesine Danıştayın yaklaşımına bakıldığında, kamu görevlisinin fiilinin 657 sayılı Kanun'un 125. maddesindeki fiillerin kapsamına girip girmediği, şayet giriyorsa hangisinin içerisinde kabul edilmesi gerektiğini incelediği görülmektedir. Örneğin, güvenlik görevlisi olarak çalışan bir kamu görevlisinin kendi sosyal medya hesabı üzerinden Cumhurbaşkanına hakaret boyutuna varan paylaşımlarda bulunduğu tespit üzerine, hakkında 657 sayılı Kanun'un 125/E (g) maddesi gereği devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmiştir. Her ne kadar Bölge İdare Mahkemesi bu paylaşımın 657 sayılı Kanun'un 125/ D (I) maddesinde düzenlenen "*Amirine, maiyetindekilere, iş arkadaşları veya iş sahiplerine hakarete bulunmak veya bunları tehdit etmek*" fiili kapsamında kaldığı ve dolayısıyla kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile tecziye edilmesi gerektiğini düşünse de Danıştay, mezkûr fiilin

³³ AYM, Lale Çalikoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2018/36354, Tarih: 18.10.2022.

³⁴ AYM, Ramazan Kavak Başvurusu, Başvuru No: 2017/20729, Tarih: 05.09.2024.



memurluktan çıkarma cezasını gerektirdiğine karar vermiştir. Nitekim Danıştay bu paylaşımın, nitelik ve ağırlığı itibarıyla 125/ E (g)’de sayılan fiillerle benzer içerikte olduğu ve 657 sayılı Kanun’un 125. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “*Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer olan eylemlere de aynı cezanın verileceği*” şeklindeki düzenleme kapsamına girdiğine kanaat getirmiş ve bu olayda memurluktan çıkarma cezasını hukuka uygun bulmuştur.³⁵

Danıştay, verdiği kararlarda “tarafsızlık ve devlete bağlılık” ilkesinin önemine vurgu yapmakta ve kamu görevlisinin sosyal medya üzerinden siyasi paylaşımlarını bu kapsamda incelemektedir. Ayrıca Anayasa’nın önceki başlıklarda ele alınan 25 ve 26. maddeleri ile uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu düzenleyen 90. maddesine de bu kapsamdaki kararlarında yer vermekte, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”nin ifade özgürlüğü ile ilgili 10. maddesine dikkat çekmektedir. “Tarafsızlık ve devlete bağlılık” ilkesi gereğince kamu görevlileri siyasi parti üyesi olmamalı, parti, kişi ya da grubun yararı veya zararına faaliyette bulunmamalıdır. Görevini yerine getirdiği esnada asla ayrımcılık yapmamalı, siyasi ve ideolojik eylem ve beyanlarda bulunmamalıdır.³⁶ Örneğin müezzin kayyım olarak görev yapan bir kamu görevlisinin sosyal medya hesabı üzerinden yaptığı siyasi paylaşımları ile ilgili davada da Danıştay, mezkûr hükümlere vurgu yapmıştır. Olayda müezzin kayyımın, din görevlisi sıfatıyla bağdaşmayan, toplumun genel kabulleri ve değer yargılarıyla çatışan siyasi paylaşımlarının sabit olduğu, bu yönüyle 633 sayılı “Diyaret İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun”un 25. maddesindeki “*siyasetle ilgilenme yasağını*” ihlal ettiği gerekçesiyle görevine son verilmiş ve Danıştay bunu hukuka uygun bulmuştur.³⁷

Danıştay, kamu görevlisine disiplin cezası verilebilmesi için somut olayın tam manasıyla aydınlatılması; söz konusu fiilin nerede, kim tarafından, hangi şekilde ve ne zaman işlendiğinin açıkça ortaya konulması gerektiğini ifade etmektedir. Aksi halde kişinin fiili gerçekleştirdiğine dair somut bir tespit yapılmaksızın disiplin cezası tesis edilirse Danıştay, bu işlemi hukuka aykırı bulmaktadır. Örneğin bir polis memurunun, sosyal medya sayfasında il emniyet müdürünün resmi altına hakaret içeren yorumda bulunduğu, böylece “*Amir ve üstlerine söz, yazı, tutum veya davranışlarıyla küçümsemek*” fiilini işlediği gerekçesiyle “Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü”nün 7/A-2 maddesi uyarınca “12 ay uzun süreli durdurma” cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Fakat bu yorumun polis memuru

³⁵ Danıştay 12. Daire, E. 2021/468, K. 2024/2915, T. 06.06.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 10 Nisan 2025.

³⁶ 657 sayılı Kanun’un “Tarafsızlık ve devlete bağlılık” başlıklı 7. maddesinin ilk fıkrası bu yöndedir.

³⁷ Danıştay 12. Daire, E. 2022/5113 K. 2024/2111 T. 25.04.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 10 Nisan 2025. Mezkûr hükümlere vurgu yapılan bir başka karar için Bkz. Danıştay 12. Daire, E. 2021/597 K. 2024/3070 T. 13.06.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 10 Nisan 2025.

tarafından yapılıp yapılmadığının somut bir biçimde ortaya konulamadığı, hesabın ve paylaşılan yorumun ona ait olup olmadığının araştırılmadığı ifade edilmiş ve disiplin cezası işleminin iptaline karar verilmiştir. Somut olayda polis memurunun bahsi geçen bu yorumu yapanın tespit edilmesi için dava açmak gibi herhangi bir girişimde bulunmamasının ya da bu konuda şikayetçi olmamasının, onun aleyhine bir delil olarak kabul edilemeyeceği yani bu durumun, paylaşımın polis memuruna ait olduğunu gösterir bir delil olmayacağı belirtilmiştir.³⁸ Dolayısıyla hem sosyal medya hesabının hem de hesaptan yapılan paylaşımın kamu görevlisine ait olup olmadığı araştırılmalı, somut deliller eşliğinde açık bir biçimde ortaya konulmalı ve subjektif yorumlardan kaçınılmalıdır. Aksi halde tesis edilen disiplin işlemi hukuka aykırı olacaktır.

Kamu görevlisinin sosyal medya paylaşımı dolayısıyla sorumluluğunun incelenmesinde mesleklere göre farklı yorumlar getirilmektedir. Bir başka deyişle sosyal medya paylaşımı yapan personelin mesleği, görevinin niteliği ve önemi incelenmekte ve buna göre değerlendirme yapılmaktadır. Nitekim bazı mesleklerin diğerlerine nazaran daha geniş etki alanı söz konusu olabilmektedir. Örneğin sosyal medya paylaşımını yapan kamu görevlisinin emniyet mensubu olması durumunda Danıştay, bu meslekte olanların yürüttükleri görevin niteliği ve önemini göz önüne alarak emniyet teşkilatındaki hiyerarşinin daha katı ve sıkı olduğunu vurgulamaktadır. Bu cihetle, emniyet teşkilatı bünyesinde çalışan kamu görevlisi, hizmet içi ve dışındaki davranışları, söz ve söylemlerinde daha disiplinli olmak durumundadır. Dolayısıyla emniyet teşkilatı içerisinde çalışan personelin ifade özgürlüğünün kullanımı ve kapsamı elbette ki diğer kamu görevlilerine nazaran daha dar olacaktır. İfade özgürlüğünün kapsamına hangi söylemlerin gireceği belirlenemediği gibi hangilerinin sınırı aştığı da genel bir çerçeve içerisine alınamaz. Bu sebeple somut olayın kendi bağlamı içerisinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.³⁹ Do-

³⁸ Danıştay 2. Daire, E. 2021/6206 K. 2024/2500 T. 30.04.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 11 Kasım 2024. Benzer karar için Bkz. “davacının disiplin cezası ile tecziyesine karar verilmiş ise de; 11/12/2013 tarihinde sosyal paylaşım sitesi olan ... adresinde açılan polis memurları dayanışma grubu sayfasında davacının adını taşıyan profilden yapılan yorumun, davacı tarafından yapıldığının tereddüte yer vermeyecek şekilde davalı idarece ortaya konulamadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.” Danıştay 2. Daire, E. 2021/6331 K. 2024/965 T. 19.02.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 12 Kasım 2024. Aynı yönde Bkz. “davalı idarece, söz konusu ... hesabının ya da bu hesaptan yapılan yorumun davacıya ait olduğu hususunun somut delillerle ortaya konulamadığının anlaşıldığı ... Bu itibarla, davacının üzerine atılı eylemi gerçekleştirdiğine yönelik her türlü şüpheden uzak somut bir tespit olmaksızın tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık... görülmemiştir.” Danıştay 2. Daire, E. 2021/6353 K. 2024/1804 T. 20.03.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 12 Kasım 2024. Ayrıca Bkz. Danıştay 2. Daire, E. 2021/7959 K. 2024/3211 T. 27.05.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 23 Şubat 2025. Aynı yönde Bkz. Danıştay 2. Daire, E. 2021/6954, K. 2024/1939, T. 26.03.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 12 Ocak 2025. Ayrıca Bkz. Danıştay 2. Daire, E. 2024/405, K. 2024/1881, T. 25.03.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 18 Ocak 2025.

³⁹ Danıştay 2. Daire, E. 2021/6575 K. 2024/1552 T. 11.03.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 19 Aralık 2024. Bir başka kararında ise Danıştay, üniversitede araştırma görevlisi olarak



layısıyla Danıştay, sosyal medya paylaşımı dolayısıyla sorumluluğun incelenmesi esnasında hem kamu görevlisinin yerine getirmekte olduğu görevin özelliklerinin hem de dava konusu söz ve söylemlerin muhteviyatının bir bütün halinde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Benzer şekilde yargı mensuplarının sosyal medya paylaşımı dolayısıyla sorumluluğu konusunda da bunların toplum nezdinde saygın ve güvenilir kimse-ler olmaları gerektiği ifade edilmekte ve buna göre değerlendirme yapılmaktadır. Nitekim Danıştaya göre toplum, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının yanı sıra yargı mensuplarının kişiliğine de saygı ve güven duyarsa, işte o halde yargı kararlarına, mensuplarına ve yargı mercilerine saygı duyar. Dolayısıyla yargı mensupları hem adaleti tesis etmeli hem de görüntü itibariyle bu saygınlığı sağlamalıdır. Yargı mensubunun kamuoyu nezdinde itibarı ve saygınlığına halel gelirse, bu halde yargı kurumlarının itibarı da bununla doğru orantılı olarak tehlikeye girer. Bu cihetle yargı mensuplarının, kendi kişisel düşünce ve kanaatlerinin, tarafsızlıklarına gölge düşürmemesi gerekir. Bu kişilerin sosyal medya paylaşımları veya diğer kitle iletişim araçları ile yapacakları ifade açıklamaları, çok kolay bir biçimde amacını aşan neticeler doğurabilir ve bunların tarafsızlıklarını sorgulatabilir. Dolayısıyla yargı mensubu bunu öngörmeli, sosyal medya üzerinden paylaşımda bulunurken siyasi tarafsızlık yapmamalı, yargıya duyulan güveni sarsmamalıdır.⁴⁰ Görüldüğü üzere, sosyal medya paylaşımını yapan kişinin yargı mensubu olması durumunda daha hassas bir inceleme yapılmaktadır. Zira toplumun yargıya ve yargı kararlarına duyduğu güven ve saygının temelinde sadece bağımsızlık ve tarafsızlık değil aynı zamanda yargı mensuplarının temsiliyet seviyeleri ve kişisel özelliklerine duyulan güven ve saygı da yer almaktadır. Bu ikisi doğru orantılıdır. Nasıl ki adaletin tesisi noktasında objektif ve hukuka uygun hareket ediliyorsa bunun dışı vurumunda da aynı şekilde hareket edilmeli ve görüntü itibariyle de toplumun adalet duygusu tatmin edilmelidir.

görev yapan davacı hakkında "...eğitici ve öğretici sıfatı ile kamu görevi yürüttüğü, devlete ve millete sadakat ve bağlılık duygusuyla hareket etmesi gerektiği, toplumun bir kısmını ötekileştiren eylem ve söylemlerde bulunmaması gerektiği dikkate alındığında, davaya konu eylemlerin disiplin cezasını gerektirdiği görülmektedir." şeklinde yorum yapmıştır. Danıştay 8. Daire, E. 2021/4565, K. 2023/7709, T. 22.12.2023, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 13 Şubat 2025. Dolayısıyla bu kararında Danıştay, üniversitede çalışan bir öğreticinin, mesleğine vurgu yapmış ve disiplin konusunda mesleki niteliğini göz önünde bulundurmıştır.

⁴⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2023/3238, K. 2024/1380, T. 13.06.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 17 Mart 2025. Danıştay bu kararında, Cumhuriyet savcısı olarak görev yapan kişinin, sosyal medya hesabı üzerinden yaptığı paylaşımlarda siyasi değerlendirme ve yorumlarda bulunduğu, aralarında politikacı, gazeteci ve kamu görevlilerinin de olduğu çok sayıda insana yönelik olarak onur ve şerefi zedeleyici küfürler içeren söz ve beyanlarda bulunduğu, mezkûr paylaşımların, hakimlik ve savcılık mesleğinin onuru ile bağdaşmadığı ve bu mesleğe mensup olanların uyması gereken etik değer ve ilkelere de aykırılık teşkil ettiği neticesine varmıştır. Dolayısıyla Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun bu savcı hakkında meslekten çıkarma cezası verilmesi yönündeki işlemini hukuka uygun bulmuştur.

Kamu görevlisinin her türlü paylaşımının disiplin cezası ile cezalandırılacağını söylemek doğru olmayacaktır. Somut olayın niteliğine ve paylaşımın içeriğine göre mahkemelerce bir değerlendirme yapılmaktadır. Şayet paylaşımın içeriği, eleştiri sınırını aşıyorsa ve kamu görevlisinin resmi sıfatının kendisine getirmiş olduğu saygınlığı sarsacak nitelikteyse, disiplin cezası verilmektedir. Bu durumda yine kamu görevlisinin mesleğinin niteliği, yapılan değerlendirmede belirleyici rol oynamaktadır.

Örneğin Danıştay kararına konu olan bir olayda bir polis memurunun sosyal medya paylaşımını ilk derece mahkemesi, genel eleştiri niteliğinde kabul etmiş, “...bahse konu ifadeler ile davacının hizmet dışında resmi sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem ve davranışlarda bulunmak fiilini işlediğinden söz etme olanağı bulunmadığı...” şeklinde değerlendirme yapmıştır. Fakat dosya kendisine gelen Danıştay, emniyet teşkilatı personelinin ifade özgürlüğünün kapsamının diğer kamu görevlilerine nazaran daha dar olduğuna ve teşkilat içerisindeki hiyerarşinin katılığına dikkat çekerek mezkûr paylaşımın eleştiri sınırını aştığını ve resmi sıfatın verdiği saygınlığı da sarstığını belirtmiş ve verilen disiplin cezasını hukuka uygun bulmuştur. Danıştay bu kararıyla ayrıca ifade özgürlüğü kapsamına giren söz ve eylemlerin neler olduğunun tam manasıyla, sayma yoluyla tespit edilemeyeceğine, bu konuda genel bir çerçevenin çizilmesinin mümkün olmadığına, somut olaya ve paylaşımın muhteviyatına bakmak suretiyle değerlendirmenin yapılacağına dikkat çekmiştir.⁴¹

IV. PAYLAŞIMIN HEM CEZAI SORUMLULUK HEM DİSİPLİN SORUMLULUĞU DOĞURMASI

Kamu görevlisinin sosyal medya paylaşımları dolayısıyla hakkında disiplin cezası uygulanmasının yanı sıra bu paylaşımlar nedeniyle adli yargıda da ceza davası açılabilmektedir. Bir başka ifade ile paylaşımlar hem idari hem de adli sorumluluk doğurabilmektedir. Aynı fiil hakkında disiplin kovuşturması yapılması ayrıca bir de ceza kovuşturması yapılmasına engel teşkil etmemektedir.⁴² Genel kural, ceza ve disiplin soruşturmalarının birbirinden bağımsız olduğudur.⁴³ Bunun

⁴¹ Danıştay 2. Daire, E. 2021/6575, K. 2024/1552, T. 11.03.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 19 Aralık 2024.

⁴² Giritli, Bilgen ve Akgüner (n 3) 566. Ayrıca Bkz. Boz (n 6) 32. Buradaki gibi, disiplin hukuku ve ceza hukuku ilişkisi söz konusu olduğunda kişiye tek bir eylem dolayısıyla hem adli hem idari ceza verilebileceği, bu halde “non bis in idem” yani “aynı fiile birden fazla ceza verilemeyeceği” kuralının uygulanmaması gerektiği ile ilgili olarak Bkz. Murat Ekinci, ‘Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar’ [2017] Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 19, 51. Ayrıca Bkz. Burç Volkan Zor, ‘Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği’ (2022) 12 Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 201, 241 vd. Non bis in idem ilkesi ve bunun idare hukuku bakımından değerlendirilmesi ile ilgili daha fazla bilgi için Bkz. Yücel Oğurlu, ‘Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu “Ne Bis İn İdem” Kuralı’ (2003) 52 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 102 vd.

⁴³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 736. 657 sayılı Kanun’un 125. maddesinin son fıkrasında “Yukarıda yazılı disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde,



nedenlerinden biri adli cezalar ile disiplin cezalarının niteliğinin birbirinden farklı olmasıdır. Bir diğer nedeni ise disiplin hukukundaki zamanaşımı sürelerinin, ceza hukukunda öngörülen sürelerle nazaran daha kısa olmasıdır.⁴⁴ Bu konuda AYM ve Danıştay, disiplin hukuku kuralları ile ceza muhakemesi hukuku kurallarının birbirlerinden farklı olduğuna dikkat çekmektedir. Nitekim disiplin hukukunda amaç, kamu kurumlarının iç işleyişindeki düzeni sağlamaktır. Bu sebeple kamu görevlisinin, hizmet gerekleri ve çalışma düzenine, mevcut mevzuata aykırı davranışlarına uygulanacak yaptırımlar ve bunların uygulama usul ve esasları, disiplin hukuku tarafından düzenlenmektedir.⁴⁵

Fiilin hem idari hem de adli sorumluluk doğurduğu durumlarda kamu görevlisinin ceza davasında mahkûm olup olmaması, hakkında disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmemektedir.⁴⁶ Süreç, birbirinden bağımsız olarak ilerlemektedir. Fakat Danıştayın bazı kararlarında ceza davasında, suçu o kişinin işlemediği ya da suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmişse disiplin cezası yönünden bu beraat kararının bağlayıcı olacağı ifade edilmektedir. Bununla birlikte beraat kararı, delil yetersizliği dolayısıyla verilmişse, bu halde disiplin sorumluluğu yönünden bu karar mutlak manada bir bağlayıcılık teşkil etmeyecektir. Zira delil yetersizliği dolayısıyla verilen beraat, tam manasıyla bir aklanma değildir.⁴⁷ Dolayısıyla ceza davasında beraat kararı verildiğinde bunun gerekçesi, disiplin sorumluluğu bakımından belirleyici olmaktadır. Bir başka ifade ile disiplin yaptırımı uygulanırken ceza davasındaki beraat kararının gerekçesine göre ayırım yapmak gerekir.

sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez.” denilmek suretiyle “ceza soruşturmasının bağımsızlığı ilkesi” benimsenmektedir. Yine 657 sayılı Kanun’un 131. maddesinin ilk iki fıkrasında “*Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez. Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz.*” denilmek suretiyle de “disiplin soruşturmasının bağımsızlığı ilkesi” kabul edilmektedir. Bkz. ibid 736–737. Ayrıca Bkz. Gamze Oflaz Köksal, ‘Ceza Kovuşturmasının Disiplin Soruşturmasına Etkisi’ [2025] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 161, 182. Ayrıca Bkz. Cihan Yüzbaşıoğlu, ‘Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi’ [2013] Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 687, 690 vd.

⁴⁴ Karar için Bkz. Danıştay 8. Daire, E. 2010/817, K. 2010/3680, 22.06.2010, Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 738.

⁴⁵ AYM, Barış Baş Başvurusu, Başvuru No: 2016/14253, 02.07.2020. Danıştay 2. Daire, E. 2021/9086, K. 2024/890 T. 14.02.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 19 Şubat 2025. Ceza hukuku ve disiplin hukukunun benzer ve farklı yönleri için Bkz. Zor (n 42) 207

⁴⁶ Giritli, Bilgen ve Akgüner (n 3) 568. AYM’ye göre, “...*hakkındaki ceza soruşturmasının kovuşturmaya yer olmadığı, beraat, düşme gibi mahkûmiyet dışındaki bir hüküm ile sonuçlanması kişiye disiplin yaptırımı uygulanmasına veya bu kişinin başka türlü sorumluluğuna gidilmesine de mâni oluşturmaz.*” AYM, Barış Baş Başvurusu, Başvuru No: 2016/14253, 02.07.2020.

⁴⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2003/67, K. 2003/436, T. 20.06.2003, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 29 Mart 2025. Ayrıca Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2007/2208, K. 2012/246, T. 06.04.2012, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 29 Mart 2025.

AYM'nin konuya yaklaşımı ise hem cezai sorumluluk hem de disiplin sorumluluğu gerektiren fiillerle ilgili davalarda idare mahkemelerinin, ceza mahkemelerinin verdiği sonuca saygı göstermesi ve bunu sorgulamamasıdır. Aksi halde memur ya da kamu görevlisi hakkında ceza mahkemesinin verdiği beraat kararı, anlamsız kalacaktır. Ceza davasında ulaşılan neticenin tartışmaya açılması ve buna ilaveten, ceza davasında verilen kararı inceleyen kişilerde, kamu görevlisinin üzerine atılı suçu işlediği izleniminin oluşturulması, beraat kararını anlamsızlaştıran durumlar dandır. Dolayısıyla hem idare mahkemeleri hem de diğer otoriteler, verilen beraat kararından şüphe edilmesine neden olacak hareketlerden uzak durmalıdır. Fakat beraat kararı, delil yetersizliği gerekçesi ile verilmişse bu durumda kamu görevlisinin disiplin yaptırımına tabi tutulması mümkündür.⁴⁸

Doktrinde de memur ya da kamu görevlisinin o fiili işlemediği yargı mercileri tarafından kesin hüküm oluşturacak şekilde karara bağlandığında artık idari makamların da fiilin o kamu görevlisi tarafından işlenmediğini kabul etmek durumunda olduğu ifade edilmektedir. Bunun aksini iddia etmek suretiyle kamu görevlisine fiili işlemişcesine disiplin cezası verilemeyeceği, bu halde mahkemece verilecek kararın beklenmesi gerektiği, adaletli bir karara varılabilmesi için bunun önemli olduğu belirtilmektedir. Benzer şekilde kamu görevlisinin fiili işlediği adli makamlarca kesin olarak hüküm altına alınırsa idari makamlar da bunu kabul etmelidir.⁴⁹ Aksinin olması durumunda fiilin işlenip işlenmediği konusunda ortak bir karar olmayacak, yargı yerleri ve idare farklı yönlerde karar verecektir.⁵⁰

Danıştay kararına konu olan olayda bir polis memurunun "Twitter" isimli sosyal medya sitesi üzerinden yaptığı paylaşım dolayısıyla hakkında adli yargıda ceza davası açılmış ve ayrıca disiplin soruşturması da başlatılmıştır. Polis memuru hakkında Ağır Ceza Mahkemesi, "... yine sosyal medya hesaplarının gerçek kullanıcılarının tespit edilemediği, bilgilerin KOM Şube Müdürlüğü çalışanları olan sanıklar tarafından sızdırıldığı ya da asılsız ihbar mektuplarının sanıklar tarafından atıldığına ilişkin olarak, katılanların ve tanık sıfatıyla beyanı alınan kişilerin değerlendirmeleri dışında, her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delilin bulunmadığı..." gerekçesiyle beraat kararı vermiş ve karar kesinleşmiştir. Danıştay, ceza mahkemesi tarafından verilen bu karara vurgu yaparak "... paylaşımın davacı tarafından yapıldığı veya paylaşımında yer verilen bilgilerin, davacı tarafından sızdırıldığı ya da açıklandığı yönünde, her türlü şüpheden uzak, kesin ve somut bir tespitin bulunmadığı ve bu durumun ceza mahkemesi kararıyla da ortaya konulduğuna..." dikkat çekmiş ve

⁴⁸ AYM, Hüseyin Sezer Başvurusu, Başvuru No: 2016/13566, 02.07.2020. Aynı kararda AYM, ceza davasında ulaşılan neticenin hatalı olduğu veya isabetli olmadığının düşünülmesinin, idare mahkemesinin kamu görevlisinin masumiyetine saygı göstermesi yükümlülüğünü bertaraf etmediğini belirtmektedir. Aynı yönde Bkz. AYM, Barış Baş Başvurusu, Başvuru No: 2016/14253, 02.07.2020.

⁴⁹ Oğurlu (n 42) 114-122.

⁵⁰ Zor (n 42) 242.

polis memuru hakkında uygulanan meslekten çıkarma şeklindeki disiplin cezasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.⁵¹

Hâl böyle olmakla birlikte, ceza mahkemesi tarafından verilen kararın idare mahkemesi için bağlayıcı nitelik taşımadığına dikkat çeken kararlar da mevcuttur. Örneğin bir polis memurunun “Facebook” isimli sosyal medya hesabı üzerinden yaptığı paylaşımı dolayısıyla hakkında disiplin cezası tesis edilmiştir. Bu paylaşımın memurun, *“halkın bir kesimini sosyal sınıf, din, mezhep, cinsiyet, bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılama”* fiilini işlediği ifade edilmiştir. Bunun üzerine adli yargıda da dava açılmış fakat Asliye Ceza Mahkemesi *“paylaşımların davacı tarafından yapıldığının kesin ve inandırıcı delillerle ortaya konamadığı”* gerekçesiyle beraat kararı vermiştir. İdare Mahkemesi ise adli yargıda verilen bu kararın kendisi için bağlayıcı olmadığı, fiilin memur tarafından işlendiği ve mezkûr paylaşımlar sebebiyle memurun disiplin hukuku yönünden sorumluluğunun bulunduğu neticesine varmıştır.⁵² Dolayısıyla ceza davasında verilen hükmün disiplin sorumluluğu açısından bağlayıcılığı, somut olayın durumuna göre değerlendirilmelidir.

SONUÇ

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin fiillerinden dolayı disiplin sorumluluğunun söz konusu olması oldukça önemlidir. Zira yaptırım tehdidi, hizmet içi ve dışında kamu görevlisinin davranışlarına özen göstermesini sağlar. Sosyal hayat ve mesleki hayatın birbirine karıştığı bir ortamda sosyal medya gibi bir oluşumun kamu görevlilerince de kullanılıyor olması, kontrolsüzlüğü de beraberinde getirebilecektir. Disiplin yaptırımları ile bu kontrolsüzlüğün önüne geçilebilecek ve özellikle de kamu görevinin vermiş olduğu nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle kamu görevlilerinin sosyal medya üzerinden davranışlarda bulunmaları engellenmeye çalışılacaktır. Aksi halde, sosyal hayat ile mesleki hayatın birbiri içine geçebildiği bu gri alanlarda bir yaptırım tehdidi olmaksızın hareket edilmesi, kamu düzenini tehdit edecek, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve düzensizliğe sebep olacak ve sistem açısından olumsuz neticeler doğacaktır.

Kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımları üzerinden hukuki değerlendirmelerde bulunurken bu paylaşımların kamuya açık hale gelip gelmediği yani aleniyet kazanıp kazanmadığı, bakılması gereken en önemli hususlardan birisidir. Burada gizlilik ayarının yapılıp yapılmadığına bakılmalı, kullanıcının niyeti sorgulanmalıdır. Elbette ki paylaşımın aleniyet kazanmış olması, -her ne kadar devlet için müdahale imkânı doğursa da- ifade özgürlüğüne doğrudan müdahale sebebi teşkil etmemektedir. Fakat müdahalenin gerekliliği ve ölçülülüğü için bu durum belirle-

⁵¹ Danıştay 2. Daire, E. 2021/7959 K. 2024/3211 T. 27.05.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 23 Şubat 2025. Disiplin ve ceza soruşturmalarının birbirlerinden mutlak manada bağımsız olmadıkları yönünde Bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 737.

⁵² Danıştay 2. Daire, E. 2021/9086 K. 2024/890 T. 14.02.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> erişim tarihi 19 Şubat 2025.

yici olmaktadır. Paylaşımın aleniyet kazanıp kazanmadığı ayrıca disiplin yaptırımı uygulanması esnasında da belirleyici bir faktördür.

Paylaşımın bağlamı ve kamu göreviyle ilgisi de bakılması gereken hususlardan-
dır. Nitekim yapılan paylaşım, kamu görevlisinin tarafsızlığına, çalıştığı kurumun
itibarına, idari işleyişe duyulan güvene bir hanel getiriyorsa bu durumda disiplin
yaptırımı uygulanmalıdır. Fakat uygulanacak yaptırım orantılı olmalı ve somut olay-
daki bireysel koşullar da göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla sosyal medya
paylaşımları vasıtasıyla yapılan ifade açıklamalarında bu hususlar ayrıntılı olarak
analiz edilerek bir neticeye ulaşılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi (AYM) bu konuda müdahalenin orantılı ve zorunlu olması
gerektiğini belirtmekte ve bu yaklaşımla mahkemelerin subjektif ve zorlama yo-
rumlardan kaçınmaları gerektiğini belirtmektedir. Bu sebeple AYM, ifade özgürlüğü
bağlamında, yapılan paylaşımlarla ilgili olarak mahkemelerin yapacağı değerlen-
dirmelerde göz önünde bulundurması gereken hususlara kararlarında yer vermek-
tedir. AYM, kamu görevlilerinin de siyasi görüşlerinin olabileceğini, onların da
ülke meseleleri ile ilgilenebileceğini kabul etmektedir. Ancak bunu yaparken kamu
görevlisi, üstlenmiş olduğu kamu görevinin itibar ve güvenini sarsacak hareketler-
den uzak durmalıdır.

Yargı kararlarında, kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımı dolayısıyla
sorumluluğu incelenirken mesleğin niteliği ve söylemin muhteviyatının birlikte
değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Zira kamu görevlisinin yapmak-
ta olduğu görevin özellikleri ve önemi, onun sosyal medya paylaşımının etkisini
artırmaktadır.

Kamu görevlisinin yaptığı sosyal medya paylaşımı hem disiplin yaptırımı hem
de ceza soruşturmasını gerektiriyorsa bu halde süreç birbirinden bağımsız bir bi-
çimde işleyecektir. Zira her iki disiplinin de kuralları birbirinden farklıdır. Fakat
bunların birbirlerini hiç etkilemeyeceğini söylemek yanlış olacaktır. Elbette ki kamu
görevlisi, ceza davasında mahkûm olmasa dahi disiplin yaptırımı ile karşılaşabilir
fakat ceza davasındaki hükmün disiplin yaptırımı bakımından göz ardı edilmemesi
gerekir. Nitekim AYM ve Danıştay, disiplin yaptırımının uygulanması konusunda
ceza davasındaki beraat kararının gerekçesine göre ayırım yapmaktadır.

KAYNAKÇA

Akdeniz İ, 'Kamu Görevlileri Etik Kurulunu Yeniden Düşünmek' [2016] Sayıştay
Dergisi 59

Akyılmaz B, 'Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve
Uygulamadaki Sorunlar' (2002) 6 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (18. Baskı, Seçkin 2024)



- Aslan E ve Dağdeviren F, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü’ (2012) 15 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 167
- Atamtürk D, ‘Üniversitelerde Disiplin Cezalarına İtiraz’ (2023) 4 Journal of Pure Social Sciences (PURESOC) - PAK Sosyal Bilimler Dergisi (PAKSOS) 44
- Boz SS, ‘Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler’ (2017) 25 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15
- Bucaktepe A, ‘Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme’ (2015) 19 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199
- Çınarlı S, ‘Yükseköğretim Disiplin Sisteminde Disiplin Cezası Sebebiyle İdari Görevin Sona Ermesi Hakkında Hukuki Değerlendirmeler’ (2020) 5 KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11
- Ekinci M, ‘Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar’ [2017] Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 19
- Evren ÇÇ ve Uçar İ, *Kamu Görevlileri Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2024)
- Fendoğlu HT, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü’ [2016] Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 1
- Giritli İ, Bilgen P ve Akgüner T, *İdare Hukuku* (Der Yayınları 2001)
- Köksal GO, ‘Ceza Kovuşturmasının Disiplin Soruşturmasına Etkisi’ [2025] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 161
- Oğurlu Y, ‘Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu “Ne Bis İn İdem” Kuralı’ (2003) 52 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1
- Sancakdar O ve Önüt LB, *Memur Hukuku* (1. Baskı, Seçkin 2024)
- Yüzbaşıoğlu C, ‘Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi’ [2013] Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 687
- Zor BV, ‘Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği’ (2022) 12 Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 201

ULUSLARARASI HUKUKUN SINIRLARINDA BİR MÜDAHALE ARACI: SİBER YAPTIRIMLAR VE SİBER KARŞI ÖNLEMLER ÜZERİNE HUKUKİ BİR DEĞERLENDİRME

*An Instrument of Intervention within the Limits of International Law:
A Legal Assessment of Cyber Sanctions and Cyber Countermeasures*

Zeynep ERHAN BULUT*

Özet

Bu çalışma, uluslararası hukuk bağlamında giderek artan siber güvenlik tehditleri karşısında ortaya çıkan “siber yaptırımlar” ve “siber karşı önlemler” kavramlarını hukuki açıdan incelemeyi amaçlamaktadır. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından uygulanan kolektif yaptırımlar ile devletlerin tek taraflı olarak uyguladığı karşı önlemler arasındaki farklar, normatif dayanaklar ve meşruiyet sorunu temelinde analiz edilmiştir. Çalışmada ilk olarak Birleşmiş Milletler Şartı’nın VII. Bölümü çerçevesinde siber yaptırımların hukuki geçerliliği ve uygulanabilirliği değerlendirilmiştir. İkinci bölümde ise devletlerin tek taraflı olarak uyguladığı siber karşı önlemler, “Devlet Sorumluluğu” çerçevesinde ele alınmış; atfedilebilirlik, orantılılık ve geçicilik gibi uluslararası hukuk ilkeleri ışığında hukuki sınırları irdelenmiştir. Son olarak, Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık ve Avrupa Birliği gibi aktörlerin siber yaptırım uygulamaları örneklerle değerlendirilmiş; Türkiye’nin bu konudaki yaklaşımı da karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Elde edilen bulgular, siber yaptırımların hem kolektif hem de tek taraflı biçimlerinin, teknik gelişmelerin hızına paralel olarak uluslararası hukukta yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulduğunu ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: Siber yaptırım, siber karşı önlem, Güvenlik Konseyi, devlet sorumluluğu, insan hakları

Abstract

This study examines the concepts of cyber sanctions and cyber countermeasures from a legal perspective, in response to the growing cyber security threats in the context of international law. It analyses the differences, normative bases, and legitimacy issues between collective sanctions imposed by the United Nations Security Council and unilateral countermeasures implemented by individual states. The first section evaluates the legal validity and applicability of cyber sanctions within the framework of Chapter VII of the UN Charter. The second section addresses unilateral cyber countermeasures taken by states, analysed under the framework of State Responsibility. It examines their legal limits considering international law principles such as attributability, proportionality, and temporariness. Finally, the study evaluates the cyber sanction practices of

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 2.06.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Çankırı/Türkiye, zeynepnerhan@karatekin.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5766-126X>



actors such as the United States, the United Kingdom, and the European Union, and provides a comparative analysis of Turkey's approach. The findings indicate that both collective and unilateral cyber sanctions highlight the need for new regulatory measures in international law in line with the rapid pace of technological developments.

Keywords: Cyber sanction, cyber countermeasure, Security Council, state responsibility, human rights

GİRİŞ

Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi tarafından, BM Şartı'nın VII. Bölümü çerçevesinde uygulanan geleneksel yaptırımlar, genellikle hedef alınan devlet ya da aktörün uluslararası yükümlülüklerine uymasını sağlamak amacıyla kullanılmaktadır. Ancak bu yaptırımlar, çoğu zaman sivil nüfusa ciddi zararlar vermesi ve beklenen siyasi sonuçları doğurmaması nedeniyle eleştirilmektedir¹. Bu bağlamda uluslararası hukuk literatüründe siber yaptırımlar; hem geleneksel yaptırımlara tamamlayıcı bir araç olarak hem de siber uzayın giderek daha fazla çatışma alanı haline geldiği çağdaş uluslararası ilişkilerde başlı başına bir yaptırım modeli olarak tartışılmaya başlanmıştır².

Aşağıda detaylıca tartışılacağı üzere BM Güvenlik Konseyi'nin siber yaptırımlar uygulama yetkisi hem teknik hem de hukuki olarak mümkün gözükmemektedir. Fakat BM henüz siber yaptırımları sistematik olarak tanımlamamıştır. Bu nedenle BM Güvenlik Konseyi tarafından alınabilecek siber yaptırımların hukuki çerçevesi çizilmeli ve uygulanabilecek yaptırımlar konusunda BM'ye getirilen normatif sınırlamalar -insan hakları hukuku ve insancıl hukuk- dikkate alınmalıdır. Zira bu sınırlamalar BM Güvenlik Konseyi'nin hareket alanını şekillendirmektedir.

BM kararı olmaksızın otonom şekilde tek taraflı yaptırım uygulayan diğer birimler ise devletlerdir. Nitekim devletler halihazırda tek taraflı siber karşı önlemler almaktadır. Aşağıda da tartışılacağı üzere, devletlerin uyguladığı bu tür karşı önlemlerin bağlayıcı bir normatif düzenlemeye tabi olmaması, uluslararası hukuk açısından meşruiyet sorunlarına yol açmaktadır. Zira koşulları karşılanmaksızın uygulanan tek taraflı yaptırım niteliğindeki siber karşı önlemler, hedef devletin egemenliğini ihlal edebilir³. Bununla birlikte düşük maliyetleri ve mevcut

¹ Dursun Peksen, 'Better or Worse? The Effect of Economic Sanctions on Human Rights' (2009) 46(1) *Journal of Peace Research* 59, 59-77.; Lee Jones, *Societies Under Siege: Exploring How International Economic Sanctions (do not) Work* (Oxford University Press 2015).; Thomas G. Weiss, 'Sanctions as a Foreign Policy Tool: Weighing Humanitarian Impulses' (1999) 36(5) *Journal of Peace Research* 499, 499-509. Francisco Rodríguez, 'The Human Consequences of Economic Sanctions' (2024) 51(4) *Journal of Economic Studies* 942, 942-963.

² Siber uzay, bir yandan sanal gerçeklik ortamlarında insanların içine girip etkileşim kurabildiği üç boyutlu dünyaları, diğer yandan ise bilgisayar ağları, internet, yazılımlar ve veri depolama teknolojilerinden oluşan işlevsel iletişim alanını ifade eden dijital bir mekândır. Rebecca Bryant, 'What Kind of Space is Cyberspace' Minerva-An Internet (2001) 5 *Journal of Philosophy* 138, 139-140.

³ Thanapat Chatinakrob, 'Interplay of International Law and Cyberspace: State Sovereignty Violation,

normatif belirsizlikler nedeniyle devletler, bu tür önlemleri bir dış politika aracı olarak giderek daha fazla tercih etmektedir. Özellikle güçlü devletler tarafından benimsenen bu yeni yaptırım biçimi karşısında, yalnızca teknik kapasite değil, aynı zamanda açık tanımlar, hukuki çerçeveler ve normatif denge mekanizmalarının da oluşturulması gerekmektedir. Zira siber uzayın artan jeopolitik rolü göz önünde bulundurulduğunda, uluslararası hukuk bu alanı daha ciddiyetle ele almak zorundadır.

Günümüzde siber uzayın öneminin giderek arttığını ve bu alanın doğasında barındırdığı güvenlik tehditlerinin daha belirgin hale geldiği ifade edilebilir. Çünkü siber uzayın kendisi başlı başına devletler arası düşmanca faaliyetlerin gerçekleştiği bir çatışma alanına dönüşmüştür⁴. Nitekim geleneksel bağlamda alınan BM Güvenlik Konseyi yaptırım kararları ve tek taraflı devlet yaptırımları, bilgi ve iletişim teknolojilerinin gelişiminden etkilenmiş; bu doğrultuda, söz konusu tedbirlerin biçim ve nitelikleri değişime uğramıştır. Bu bağlamda yenilik, söz konusu eylemlerin siber uzayda gerçekleşmesi ve bilgisayar ağlarına yönelik saldırı yöntemlerinin ciddi bir etkinlik ile kullanılmasıdır.

Bu çerçevede, bu çalışmada öncelikle yaptırım kavramı ele alınacaktır. Devamında ise ilk olarak, kolektif yaptırımların teorik altyapısı incelenecek; ardından BM Güvenlik Konseyi uygulamaları ve Yaptırımları İzleme Komitelerinin siber yaptırım tavsiye kararları üzerinden kapsamlı bir değerlendirme yapılacak ve uygulamalara yönelik eleştiriler sunulacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde, tek taraflı yaptırım niteliğindeki karşı önlemlerin hukuki çerçevesi çizilecek ve bu önlemlerin uygulanabilmesi için gerekli koşullar detaylı bir şekilde incelenecektir. Bu koşullar doğrultusunda, karşı önlemlerin siber alandaki uygulama örnekleri üzerinden analizler yapılacaktır. Bu bölümün odak noktası, devletlerin silahlı saldırı teşkil etmeyen kötü niyetli siber faaliyetlere karşı hangi koşullar altında karşı önlem uygulayabileceklerini incelemektir. Bu noktada, dikkat edilmesi gereken önemli bir husus, siber olmayan faaliyetlere karşı da siber karşı önlemlerin kullanılabilmesidir. Son bölümde ise, siber yaptırımlar konusunda çeşitli ülke örnekleri incelenecek ve Türkiye'nin tutumu üzerine bir değerlendirme yapılacaktır.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA YAPTIRIM KAVRAMI

Uluslararası hukuk literatüründe ağırlıklı olarak BM Güvenlik Konseyi'nin aldığı önlemler “yaptırım” olarak adlandırılmaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu da modern uluslararası hukukta “yaptırım” (sanction) kavramının, (i) ciddi sonuçlar doğuran bir uluslararası yükümlülük ihlali sonrasında, (ii) ulusla-

Extraterritorial Effects, and the Paradigm of Cyber Sovereignty’ (2024) 23(1) *Chinese Journal of International Law* 25, 25-72.

⁴ Detaylı bilgi için bkz. Derek S. Reviron (ed), *Cyberspace and National Security: Threats, Opportunities, and Power in a Virtual World* (Georgetown University Press 2012).



rarası toplumun tamamını ilgilendiren durumlarda ve (iii) özellikle BM'nin BM Şart'ından kaynaklanan yetkileri çerçevesinde uluslararası barış ve güvenliği sağlamak amacıyla alabileceği bazı önlemleri ifade etmek üzere kullanıldığına dikkat çekmektedir⁵. Prof. Abi-Saab da yaptırımı, uluslararası hukuka aykırı bir fiile karşı yetkili bir toplumsal organ tarafından uygulanan zorlayıcı bir tepki olarak tanımlamaktadır⁶. Crawford, “yetkili toplumsal organ” ifadesinden kendi adına hareket eden tek bir devletin ya da küçük bir devlet grubunun anlaşılmaması gerektiğini vurgulamaktadır⁷. Nitekim Crawford, bu tanımdaki “yetkili toplumsal organ”ın, BM Güvenlik Konseyi gibi uluslararası toplumun çıkarları adına kolektif hareket etme yetkisine sahip bir kurum olabileceğini ifade etmektedir⁸. Bu bağlamda “yetkili toplumsal organ” tekil devletlerin değil, uluslararası normlara göre hareket eden meşru kolektif yapıların kararlarının geçerliliğini esas alır⁹. Schmitt de BM Güvenlik Konseyi tarafından BM Şartı'nın VII. Bölümü uyarınca uygulanan gönüllü ya da zorunlu yaptırımların karşı önlem olarak değerlendirelemeyeceğini ifade etmektedir¹⁰.

Ancak uluslararası hukuk literatüründe hem devletlerin tek taraflı önlemleri hem de BM Güvenlik Konseyi'nin kolektif önlemleri için “yaptırım” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bu durum, kavramın içeriği ve kapsamı bakımından ciddi bir terminolojik belirsizliğe yol açmaktadır. Zira BM Şartı'nın VII. Bölümü, “yaptırım” (sanction) terimini değil, yalnızca “önlem” (measure) kavramını kullanmaktadır. Devletlerin uluslararası hukuka aykırı fiillerinden doğan sorumluluğu düzenleyen ve yumuşak hukuk¹¹ niteliğinde olan “Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Dolayı Sorumluluğu Hakkında Taslak Maddeler”, bu tür tek taraflı uygulamalar için “karşı önlem” (countermeasure) terimini be-

⁵ Yearbook International Law Commission, 1979 Vol 2, Part 2, Report of the Commission to the General Assembly on the Work of Its Thirty-first Session, 121 <https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1979_v2_p2.pdf> E.T.14.02.2025.

⁶ James Crawford, ‘The Relationship Between Sanctions and Countermeasures’ in Mariano Garcia Rubio and Hassiba Hadj-Sahraoui (eds), *United Nations Sanctions and International Law* (Graduate Institute of International and Development Studies Vol 1, Kluwer Law International 2001) 57.

⁷ ibid. 57.

⁸ ibid. 57.

⁹ James Crawford and Freya Baetens, ‘The Creation of States in International Law’ in D Lyons (ed), *Leading Works in International Law* (Routledge 2023) 37–53.

¹⁰ Michael N. Schmitt, ‘Below the Threshold Cyber Operations: The Countermeasures Response Option and International Law’ (2013) 54 *Virginia Journal of International Law* 697, 702.

¹¹ Yumuşak hukuk, bağlayıcılığı olmayan ve taraflara zorunlu yükümlülükler getirmeyen bir hukuk türüdür. Özünde kurallardan çok genel normlar ve ilkelerden oluşur, bu nedenle bağlayıcı uyumsuzluk çözüm yollarıyla kolayca uygulanamaz ya da yaptırıma bağlanamaz. Yumuşak hukuk metinleri, taraflar açısından zorunluluk değil, yönlendirici nitelik taşır; devletlere veya aktörlere belli bir davranış standardı önerir. Bu yönüyle, çoğu zaman uluslararası hukuk yapım sürecinde ilk adım olarak değerlendirilir ve ileride bağlayıcı kurallara dönüşebilecek bir zemin oluşturabilir. Nagihan Cihangir, ‘The Role of Soft Law and the Interplay Between Soft Law and Hard Law in the Context of International Human Rights’ (2017) 8(14) *Law & Justice Review* 201, 204.

nimsemiştir. Bu kavramların birbirlerinin yerine ikame edilerek kullanılması, kavramsal düzlemde birçok tartışmaya yol açmaktadır. Zira “yaptırım” kavramı ile “karşı önlem” kavramlarının hukuki dayanakları ve uygulanma koşulları tamamen farklı özelliklere sahiptir. Bu kavramsal karışıklığı önlemek amacıyla, bu çalışmada “kolektif yaptırım” ve “tek taraflı devlet yaptırımı” şeklinde bir ayırım benimsenmiştir. Buna göre, “kolektif yaptırım” ifadesi, BM Güvenlik Konseyi kararına dayanarak uygulanan ve uluslararası hukukta yüksek düzeyde meşruiyet taşıyan yaptırımları ifade ederken, “tek taraflı devlet yaptırımları” ise esasen “karşı önlem” niteliğindeki bireysel devlet uygulamalarını tanımlamak için kullanılacaktır¹².

Bu bağlamda çalışmanın ana temasını oluşturan siber yaptırım kavramına geçmeden önce çok taraflı kolektif (multilateral) ve tek taraflı (unilateral) yaptırımlar arasındaki kavramsal farklılığın değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira tek taraflı olarak uygulanan devlet yaptırımları ile BM Şartı’nın VII. Bölümü çerçevesinde BM Güvenlik Konseyi kararı üzerine uygulanan çok taraflı kolektif yaptırımlar birbirinden farklıdır. Tek taraflı yaptırım ifadesi, bir devletin tek başına ya da bir grup devletin *ad hoc* bir koalisyon yaratarak aldığı önlemleri ifade etmektedir. Bu tür önlemlerin temel özelliği bu devlet veya devletlerin meşru bir öz yardım (*self-help*) kavramı doğrultusunda BM’nin herhangi bir müdahalesi olmaksızın- BM’nin kararı olmaksızın ve BM adına hareket etmeksizin – uyguladığı yaptırımlardır¹³.

Tek taraflı yaptırımların, bağlayıcı nitelikte bir uluslararası hukuk kaynağına dayandığını söylemek henüz mümkün değildir. Bununla birlikte bu tür yaptırımların dayandığı hukuki gerekçenin, “devletlerin sorumluluğu” mekanizması olduğu kabul edilmektedir. Zira devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemleri nedeniyle sorumlu tutulabilecekleri, uluslararası hukukta genel kabul görmüş bir ilkedir¹⁴. Devlet sorumluluğuna ilişkin temel hukuki çerçeve ise, “Devletlerin Uluslararası

¹² Tek taraflı yaptırım ibaresi birçok uluslararası hukukçu tarafından kullanılmaktadır. Iryna Bogdanova and Maria Vasquez Callo-Muller, ‘Unilateral Cyber Sanctions: Between Questioned Legality and Normative Value’ (2021) 54 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 911. Tom Ruys, ‘Sanctions, Retortions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework’ in (eds) *Research Handbook on UN Sanctions and International Law* (Edward Elgar Publishing 2017) 19–51. Alexandra Hofer, ‘The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention?’ (2017) 16 *Chinese Journal of International Law* 175. Vera Rusinova and Ekaterina Martynova, ‘Fighting Cyber Attacks with Sanctions: Digital Threats, Economic Responses’ (2024) 57 *Israel Law Review* 135.

¹³ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, 7. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, 127, para 249. Ayrıca bkz. Malcolm D. Evans, *International Law* (2nd edn, Oxford University Press) Part V, 469.

¹⁴ Uluslararası Adalet Divanı (UAD), bu ilkeyi birçok kez teyit etmiştir. Bkz. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* (Judgment) [1997] ICJ Rep 7, paras 82–83. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)* (Merits) [1986] ICJ Rep 14, 127, para 249.



sı Hukuka Aykırı Fiillerinden Dolayı Sorumluluğu Hakkında Taslak Maddeler” ile çizilmiştir. Ancak bu taslak maddeler, henüz bağlayıcı bir uluslararası hukuk normu niteliği kazanmamış olup sert/katı hukuk (hard law) değil yumuşak hukuk (soft law) niteliğindedir. Yine yumuşak hukuk niteliğinde olan Birinci Tallinn El Kitabının 6. Kuralında da “*bir devlet, kendisine atfedilebilen ve uluslararası bir yükümlülüğün ihlalini oluşturan bir siber operasyon nedeniyle uluslararası hukuki sorumluluk taşır*”¹⁵ denmektedir. Bu nedenle günümüz itibarıyla devlet sorumluluğu hukukunun siber faaliyetleri de kapsadığı kabul edilmelidir¹⁶.

Çok taraflı yaptırımlar ise BM Güvenlik Konseyi’nin kolektif güvenlik sistemi çerçevesinde baskı uygulamak amacıyla aldığı kararlara dayalı önlemlerdir¹⁷. Uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması temel sorumluluğu olan BM Güvenlik Konseyi, BM Şartı’nın 39. maddesi çerçevesinde “barışın tehdidi, bozulması ve saldırı eylemi” durumunda önlem alma yetkisi ile donatılmıştır. BM Güvenlik Konseyi tarafından alınabilecek önlemler “zorlama tedbirleri” olarak ifade edilmekte olup VII. Bölüm çerçevesinde düzenlenmektedir¹⁸. Tek taraflı yaptırım kararlarından farklı olarak BM Güvenlik Konseyi kararı ile alınan yaptırım kararları tüm BM üyesi devletler üzerinde bağlayıcıdır¹⁹. Bu doğrultuda, BM tarafından alınan ve niteliği gereği çok taraflı olan yaptırım kararlarının BM üyesi tüm üye devletler açısından hukuken bağlayıcı olduğu ifade edilmelidir.

Bu çerçevede, takip eden bölümlerde siber yaptırımların iki temel boyutu olan kolektif siber yaptırımlar ile devletler tarafından tek taraflı olarak uygulanan siber karşı önlemler ayrıntılı şekilde ele alınacaktır. İncelemede, her iki yaptırım türünün hukuki dayanakları, uygulanabilirlik koşulları ve uluslararası hukuk açısından doğurduğu meşruiyet sorunları değerlendirilecektir. Böylece siber uzayda yürütülen yaptırım uygulamalarının mevcut normatif çerçeveye ne ölçüde uyum sağladığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

A. KOLEKTİF SİBER YAPTIRIMLAR

Benatar ve Gombeer’in ifade ettiği üzere, geleneksel anlamda yaptırım kavramı, BM Güvenlik Konseyi tarafından “*hedef alınan devletin (veya devlet dışı aktörün) uluslararası hukuka uymasını sağlamak ve/veya davranışını ve politi-*

¹⁵ Michael N Schmitt (ed), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (Cambridge University Press 2013).

¹⁶ Daha detaylı bilgi için bkz. Schmitt, ‘Below the Threshold Cyber Operations’ (n 10) 700.

¹⁷ Hans Köchler, ‘Sanctions and International Law’ (2019) 14(3) *International Organisations Research Journal* 27, 28.

¹⁸ Daha detaylı bilgi için bkz. Erdem Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi* (Siyasal Kitabevi 2015) 264–270.

¹⁹ BM Şartı Madde 24(1). “*Birleşmiş Milletlerin üyeleri, örgütün hızlı ve etkili hareket etmesini sağlamak için uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluğu Güvenlik Konseyine bırakırlar ve bu sorumluluk gereğince grevlerini yerine getirirken Güvenlik Konseyinin kendi adlarına hareket ettiğini kabul ederler*”.

kasını değiştirmesi yönünde baskı uygulamak amacıyla kullanılan araçlardır”²⁰. BM Şartı’nın 39. maddesine göre BM Güvenlik Konseyi, “*barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden tesisi için tavsiyelerde bulunur veya 41. ve 42. maddeler uyarınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırır*”. Bu madde çerçevesinde öncelikle BM Güvenlik Konseyi’nin bir saptama yapması beklenmektedir. BM Şart’ın 41. maddesi silahlı kuvvet kullanımını içermeyen önlemlere yönelik düzenlemeleri ihtiva etmektedir. Buna göre BM Güvenlik Konseyi, ekonomik ilişkilerin ve demir yolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim araçlarının tamamen veya kısmen kesilmesi ve diplomatik ilişkilerin kesilmesi kararı alabilir. 42. madde ise BM Güvenlik Konseyi’nin silahlı kuvvet kullanımını içeren zorlama tedbirler almasını mümkün kılmaktadır. Denk’in de ifade ettiği üzere BM Güvenlik Konseyi hangi tedbiri alacağı hususunda tam bir takdir yetkisine sahiptir²¹. Bu bağlamda BM Güvenlik Konseyi 39. madde çerçevesinde yalnızca saptama da yapabilir, 41. ve 42. maddedeki tedbirleri de uygulayabilir²². Anılan maddeler arasında hiyerarşik bir öncelik söz konusu değildir. Bu teorik bağlamda ele alınması gereken temel mesele, BM Güvenlik Konseyi tarafından alınabilecek siber yaptırım kararlarının, BM Şartı’nın VII. Bölümü çerçevesinde nasıl bir hukuki değerlendirmeye tabi tutulabileceğidir.

BM üyesi devletler, uluslararası barış ve güvenliğin korunması konusunda asli yetkiyi BM Güvenlik Konseyine vermektedir. Her ne kadar “siber uzayın” egemenlik alanı bağlamında statüsüne yönelik tartışmalar devam etse de siber saldırıların devletler arasındaki ilişkileri olumsuz etkileyebileceği büyük ölçüde kabul görmektedir²³. Bu bağlamda BM Güvenlik Konseyi’nin sorumluluğunun “siber uzayda da uluslararası barış ve güvenliği korumayı” kapsadığı konusunda şüphe yoktur²⁴. Bu kabule dayanarak, BM Güvenlik Konseyi, BM Şartı’nın 39. maddesi kapsamında barışa tehdit, barışın ihlali ya da saldırı eylemi durumunu belirlemesi hâlinde, uluslararası barış ve güvenliği sağlamak ya da yeniden kurmak amacıyla gerekli gördüğü her türlü önlemi alabilir veya bu tür önlemlerin uygulanmasına izin verebilir²⁵.

²⁰ Marco Benatar and Kristof Gombeer, ‘Cyber Sanctions: Exploring a Blind Spot in the Current Legal Debate’ (ESIL 2011 4th Research Forum, 2011) 2.

²¹ Denk (n 18) 268-269.

²² ibid. 270.

²³ Hisham Eslam and Garima Tiwari, ‘Cyberspace: Reimagining Cybersecurity and Its Impact on State Sovereignty’ in Mohamed Chawki and Ajith Abraham (eds), *Cybercrime Unveiled: Technologies for Analysing Legal Complexity* (Springer 2025) 93-112.

²⁴ Nils Melzer, *Cyberwarfare and International Law* (United Nations Institute for Disarmament Research 2011).

²⁵ ibid.



BM Şartı'nın VII. Bölümü çerçevesinde alınabilecek önlemler bakımından BM Güvenlik Konseyi'nin geniş bir takdir yetkisi olduğunu ifade etmiştik. Bu bağlamda alınacak önlemler 40. madde kapsamında tavsiye niteliğinde olabileceği gibi, ilgili taraflara geçici tedbirlere uymaları çağrısında bulunmak şeklinde de uygulanabilir. BM Güvenlik Konseyi 41. madde çerçevesinde kuvvet kullanımına varmayan “telgraf, radyo ve diğer iletişim araçlarının tamamen veya kısmen kesilmesine” de karar verebilir. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken husus, barışı tehdit eden eylemin siber uzayda ortaya çıkıp çıkmadığının önem arz etmemesidir. Zira barışı tehdit eden bir eylem siber uzayda gerçekleşmese dahi, BM Şartı'nın 41. maddesi, BM Güvenlik Konseyi'ne siber yaptırım kararı alabilmesi için açık bir yasal zemin sunmaktadır. Başka bir ifade ile siber saldırılar gibi yeni tehditlere karşı uygulanabilecek yaptırımlar, bu maddeden türetilen bir dayanakla uluslararası hukukun içinde yer alabilir²⁶. Zira madde metninde geçen önlemler arasında “iletişim araçlarının tamamen veya kısmen kesilmesi” düzenlemesi de bulunmaktadır²⁷. Günümüzde bilgisayar teknolojisi ve bu teknolojinin sunduğu çok yönlü uygulamalar, çağdaş dönemin temel iletişim araçlarını teşkil etmektedir²⁸. Zira 41. maddede sayılan önlem listesi tahdidi değildir. Bu durum Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından görülen *Tadić* davasında da teyit edilmiştir. Mahkemenin kararına göre, 41. maddede öngörülen önlemler yalnızca örnekleme mahiyetinde olup diğer tedbir türlerini dışlamamaktadır²⁹. Bu maddenin tek koşulu, alınacak önlemlerin “kuvvet kullanımını” içermemesidir³⁰. Bu bağlamda 41. maddenin içeriği negatif bir tanımlamaya dayanmaktadır. Yani madde metni hangi önlemlerin alınabileceğini sıralamak ve sınırlamaktan ziyade, hangi tür önlemlerin alınamayacağını düzenlemektedir. Alınabilecek önlemlerin tahdidi olmamasının en önemli göstergelerinden biri, özellikle Soğuk Savaş sonrasında 41. maddede sayılan önlemlerin dışında da alınan yaptırım kararlarıdır. Soğuk Savaş'ın ardından, özellikle devlet dışı aktörlerin uluslararası ilişkilerde daha etkin rol oynamaya başlamasıyla birlikte, listelenen önlemlerin yalnızca devletleri hedef aldığı ve uluslararası ilişkilerin dönüşen yapısı karşısında yetersiz kaldığı fark edilmiştir³¹. Bu nedenle ekonomik, siyasi ve diplomatik yaptırımlar gibi klasik yöntemlere ek olarak, kişisel malvarlıklarının dondurulması, seyahat özgürlüğünün kısıtlanması ve hatta sınır aşan hareketliliğin engellenmesine yönelik yeni araçlara başvurulmaya başlanmıştır³².

²⁶ Benatar and Gombeer (n 20) 11.

²⁷ ibid. 11.

²⁸ ibid. 11.

²⁹ *Prosecutor v Duško Tadić aka “Dule” (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction)* (ICTY, 2 October 1995) para 35.

³⁰ ibid. para 35.

³¹ Denk (n 18) 274.

³² ibid. 274.

42. madde çerçevesinde ise BM Güvenlik Konseyi hava, deniz veya kara kuvvetleriyle kuvvet kullanmaya yönelik her türlü eylemi gerçekleştirebilir. Bu noktada tartışma konusu yaratan olgu ise barışa yönelik tehdidin siber uzayda ortaya çıkması halidir. Melzer, BM Şartı'nın 42. maddenin lafzi yorumundan kuvvet kullanımının yalnızca “hava, deniz ve kara kuvvetleriyle” sınırlıymış gibi gözüktüğünü ifade etmektedir³³. Devamında ise BM Şartı'nın 42. maddenin temel amacının BM Güvenlik Konseyi'nin zorlayıcı tedbirlere başvurma yetkisini sınırlamak değil; aksine, gerektiğinde dönemin önde gelen askerî güçlerinin sahip olduğu tüm silahlı kapasiteyi kapsayacak şekilde bu yetki alanını genişletmek olduğunu ifade etmektedir³⁴. Bu çerçevede, 42. maddeye amaçsal (teleolojik) bir yorumla yaklaşıldığında, BM Güvenlik Konseyi'nin siber uzayda silahlı kuvvet kullanımına yönelik yetkilendirme yapamayacağı yönündeki bir değerlendirme, hükmün ruhuyla ve uluslararası barış ve güvenliğin dinamik nitelikleriyle bağdaşmayacaktır³⁵.

Denk ile benzer şekilde Melzer de BM Güvenlik Konseyi'nin siyasi bir kavram olarak nitelendirdiği “barışa tehdit” kavramı bakımından oldukça geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir³⁶. Zira hukuki değerlendirme açısından “barışa tehdit” halinin tespiti, ne mutlaka uluslararası hukuka aykırı bir eylemin gerçekleşmiş olmasını ne de BM Şartı çerçevesinde kuvvet tehdidi, kuvvet kullanımı ya da silahlı bir saldırının vuku bulmuş olmasını zorunlu kılar³⁷. Başka bir ifadeyle barışa tehdit durumu, somut bir ihlalin varlığından bağımsız olarak değerlendirilebilir ve bu durumun tespiti, hukuki olduğu kadar siyasi takdir unsurlarını da içeren bir süreçtir³⁸. Bu bağlamda siber operasyonların da barışı tehdit edip etmediği konusundaki BM Güvenlik Konseyi'nin takdir yetkisi aynı esnekliğe sahiptir. Bu takdir yetkisi çerçevesinde alınabilecek önlemlerin sınırı ise öncelikle BM Şartı'nın amaç ve ilkeleri sonrasında ise uluslararası hukuk ilkelelerine uygunluktur³⁹. Bu ilkeler, BM Şartı'nın 1. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde belirlenebilir. Buna göre BM Güvenlik Konseyi “temel insan hakları hukuku” ve “uluslararası insancıl hukuka” saygı gösterme yükümlülüğü altındadır⁴⁰.

Söz konusu amaç ve ilkeler ilerleyen yıllarda kabul edilen insan hakları sözleşmeleri vasıtasıyla somutlaştırılmış ve uygulamaya geçirilmiştir. Bu çerçevede, BM'nin dolayısıyla BM Güvenlik Konseyi'nin, bu normatif çerçeveyi koruma

³³ Melzer (n 24).

³⁴ ibid.

³⁵ ibid.

³⁶ ibid.

³⁷ ibid.

³⁸ ibid.

³⁹ ibid.

⁴⁰ BM Şartı, m.1(3).



yükümlülüğü hukuken kabul edilen bir sorumluluk alanı olarak değerlendirilmiştir⁴¹. İkinci en temel ve genel sınırlamanın uluslararası hukukun emredici normlarından (*jus cogens*) kaynaklandığını söylemek mümkündür. Sonuç olarak bu hukuki sınırlar çerçevesinde BM'nin siber yaptırım kararı alması mümkündür. Ancak, özellikle internet bağlantılı yaptırımların “insan hakları” ihlali sınırlamasına takılma olasılığının oldukça yüksek olduğunu vurgulamak önemlidir.

BM İnsan Hakları Konseyi, 27 Haziran 2016 tarihli kararında internetin “ifade özgürlüğü” kapsamında bir insan hakkı olarak tanınması gerektiği yönünde bir karar almıştır. Bu kararda, internetin ifade özgürlüğü, bilgiye erişim ve katılım hakları gibi temel insan haklarıyla bağlantılı olduğu vurgulanmıştır⁴². İnternetin henüz yaygın olmadığı dönemlerde bile BM Güvenlik Konseyi, iletişimin kesilmesine yönelik yaptırım kararlarının insan hakları üzerindeki etkilerine dikkat çekmiştir. Örneğin BM Güvenlik Konseyi tarafından 1968 yılında Güney Rodezya'ya karşı alınan yaptırım kararlarının kapsamı oldukça geniş tutulmuş fakat ırkçı ayrımcılık (apartheid) tarzı rejimin posta, telgraf ve radyo iletişimini kesilmesine yönelik herhangi yaptırım kararı almamıştır⁴³. Bu durumun temel gerekçesi ise bu tür kesintilerin iletişim özgürlüğü ve temel insani ihtiyaçlar açısından fazla sert olacağı yönündeki kanaattir⁴⁴.

Yine 1993 yılında Boşnak Sırlara yönelik olarak kabul edilen yaptırım kararları da bu bağlamda önemlidir. Zira BM Güvenlik Konseyi'nin 820 sayılı Kararı, birçok yaptırım kararı almasına rağmen özellikle telekomünikasyon alanındaki bazı yaptırımları doğrudan istisna olarak düzenlemiştir. Karara göre “*Federal Yugoslavya Cumhuriyeti'nde (Sırbistan ve Karadağ) yürütülen herhangi bir iş için hizmet sunumunu, finansal ve finansal olmayan hizmetler dahil olmak üzere, yasaklamayı kararlaştırır. Ancak, bu yasağın istisnaları, iletişim, posta hizmetleri, hukuki hizmetler (1992 tarihli 757 sayılı Karar ile uyumlu) ve 724 sayılı karar ile kurulmuş Komite tarafından her bir vaka için onaylanan, insani veya diğer istisnai amaçlar için gerekli olabilecek hizmetler olacaktır*”⁴⁵. Ancak BM Güvenlik Konseyi, 21 Nisan 1995 tarihli ve 988 sayılı Kararı ile özellikle telekomünikasyon bağlantılarının kesilmesi konusunda teşvik edici nitelikte bir karar almıştır⁴⁶. Bu karar göre “*1994 yılı Ağustos ayında uygulamaya koydukları, Bosna-Hersek Cumhuriyeti'nin Bosnalı Sırp güçlerinin kontrolü altındaki bölgeleri ile Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (Sırbistan ve Karadağ) arasın-*

⁴¹ Benatar and Gombeer (n 20) 16.

⁴² United Nations Human Rights Council, ‘The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet’ UN Doc A/HRC/32/L.20 (27 June 2016).

⁴³ United Nations Security Council, ‘Resolution 253 (1968)’ (29 May 1968) UN Doc S/RES/253. United Nations Security Council, ‘Resolution 277 (1970)’ (18 March 1970) UN Doc S/RES/277.

⁴⁴ Benatar and Gombeer (n 20) 11–12.

⁴⁵ United Nations Security Council, ‘Resolution 253 (1968)’ (29 May 1968) UN Doc S/RES/253.

⁴⁶ Benatar and Gombeer (n 20) 11–12.

daki uluslararası telekomünikasyon bağlantılarının kesilmesi kararını yeniden yürürlüğe koymaları konusunda Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (Sırbistan ve Karadağ) yetkililerini teşvik eder”⁴⁷.

Benatar ve Gombeer siber yaptırımlara yönelik en çarpıcı örneğin UNITA (Angola’nın Tam Bağımsızlığı için Milli Birlik)⁴⁸ harekâtına yönelik olduğunu ifade etmektedir⁴⁹. Kanaatimizce, BM Güvenlik Konseyi, siber yaptırımlar konusunda temkinli bir tutum sergilemektedir. Zira incelediğimiz üç örnekte de doğrudan BM Güvenlik Konseyi kararları üzerinden değil, kurulan yaptırım komitelerinin tavsiyeleri üzerinden siber yaptırımlara dikkat çekilmektedir. UNITA örneğinde, siber yaptırımlara ilişkin ilk yönlendirmeler, doğrudan BM Güvenlik Konseyi tarafından değil, UNITA’ya yönelik yaptırımların uygulanmasını izlemekle görevli Yaptırımlar İzleme Komitesi’nin 2001 tarihli raporunda yer alan tavsiye kararları ile gündeme gelmiştir. BM Güvenlik Konseyi’nin 864 sayılı Kararı doğrultusunda kurulan BM Güvenlik Konseyi Angola Yaptırımlar Komitesi’nin⁵⁰ 2001 tarihli raporuna göre UNITA, siber teknolojiyi propaganda aracı olarak etkin şekilde kullanmakta; özellikle internet siteleri ve e-posta yoluyla yasa dışı faaliyetlerini duyurarak dijital alanda görünürlüğü artırılmaktadır⁵¹. Zira UNITA kwacha.org ve kwacha.com gibi siteler üzerinden, barış ya da diyalog çağrısı yapmak yerine, gerilla eylemlerine dair bilgiler paylaşılmakta; bu içerikler sık sık güncellenerek siber ortamda psikolojik savaş unsuru haline getirilmektedir. Komite’nin raporuna göre “UNITA’nın internete verdiği önem küçümsenemez. Bu teknoloji, grubun kendini ayakta tutmak ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi yaptırımlarının devamına karşı mücadele etmek için en güçlü araçlarından biri olduğu açıkça görülmektedir”⁵².

Yaptırımları izleme komitelerinin tavsiyelerinde de görüldüğü üzere BM Güvenlik Konseyi’nin bilgi ve iletişim teknolojileri bağlamında yeni nesil önlemler alma yetkisi, alabileceği önlemlerin tahdidi olmaması nedeniyle mümkündür. Bu doğrultuda, BM Güvenlik Konseyi tarafından çeşitli yenilikçi siber önlemler hayata geçirilebilir. Örneğin, belirli bir devletin kamu kurumlarına veya siber saldırılardan sorumlu yapılarına yönelik internet trafiğinin engellenmesi yoluyla bir siber

⁴⁷ United Nations Security Council, ‘Resolution 988 (1995)’ (21 April 1995) UN Doc S/RES/988, para 10.

⁴⁸ UNITA’nın amacı ve faaliyetleri için bkz. Mürsel Bayram, ‘Angola İç Savaşının Ana Aktörleri ve Uluslararası Ramifikasyonları’ (2016) 6(15) *Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi* 365–383.

⁴⁹ Benatar and Gombeer (n 20) 11–12.

⁵⁰ United Nations Security Council, ‘Resolution 864 (1993)’ (15 September 1993) UN Doc S/RES/864.

⁵¹ United Nations Security Council, *Letter dated 12 October 2001 from the Chairman of the Security Council Committee established pursuant to resolution 864 (1993) concerning the situation in Angola addressed to the President of the Security Council* (12 October 2001) UN Doc S/2001/966.

⁵² *ibid.* 15.



abluka uygulanabilir⁵³. Benzer şekilde, devlet destekli propaganda faaliyetleri yürüten ya da siber saldırılar gerçekleştiren web sitelerinin uluslararası erişiminin kısıtlanması suretiyle alan adı (domain) engellemeleri yapılabilir⁵⁴. Ayrıca, ilgili devlete ait ya da onunla bağlantılı İnternet Protokolü (IP) adres bloklarının küresel iletişim altyapısından dışlanması şeklinde IP yasakları da bir başka önlem olarak gündeme gelebilir⁵⁵. Bu tür yaptırımlar, siber saldırıların yayılma kapasitesini önemli ölçüde sınırlayabilir. Yine BM Güvenlik Konseyi'nin siber saldırılarda kullanılan finansman kanallarının kesilmesi amacıyla kripto cüzdanlara erişimin engellenmesi, yani kripto varlıklara yönelik kısıtlamalar uygulaması da mümkündür. Bu tür önlemler, siber tehdit aktörlerinin finansal hareket kabiliyetini azaltarak saldırıların önlenmesine veya caydırılmasına katkı sağlayabilir.

Bu örnekler bağlamında tartışılacak en güncel olaylardan biri BM Güvenlik Konseyi'nin 2006 yılında 1718 sayılı Karar ile Kuzey Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti'ne yönelik aldığı yaptırım kararlarıdır. Alınan yaptırım kararlarının hedefi Kuzey Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti'nin nükleer denemeler yapmasını veya balistik füze fırlatmasını engellemektir⁵⁶. Bu amaç doğrultusunda nükleer ve balistik füze programlarına dahil olan bireylere yönelik silah ambarları, mal varlıklarının dondurulması ve seyahat yasakları bulunmaktadır⁵⁷. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki yaptırımlar Kuzey Kore'ye nükleer, balistik füze ve diğer kitle imha silahları programlarıyla ilgili malzeme tedarikini, satışını veya transferini yasaklamaktadır⁵⁸. 1718 sayılı Karar doğrudan siber yaptırımları da kapsamaktadır.

⁵³ Abluka hukukunun siber bağlamda uygulanıp uygulanamayacağı ve uygulanacaksa hangi ölçüde uygulanabileceği sorusu Tallinn El Kitabı 2.0'da yoğun tartışmalara sebebiyet vermiştir. Abluka, savaş yöntemi olarak kullanılan ve belirli limanlara, havaalanlarına veya düşman bir devletin mülkiyetinde, işgali altında ya da kontrolü altındaki kıyı bölgelerine tüm gemi ve hava araçlarının (hem düşman hem de tarafsız; tarafsız olanlarla ilgili olarak) girişini veya çıkışını engellemeye yönelik saldırgan hareketleri kapsar. Siber abluka tartışmaları için bkz. Michael N Schmitt (ed), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge University Press 2017). ch 9, 504–11.

⁵⁴ Alan adı engellemeleri için bkz. Špaček S, Laštovička M, Horák M and Plesník T, 'Current Issues of Malicious Domains Blocking' in *2019 IFIP/IEEE Symposium on Integrated Network and Service Management (IM)* (IEEE 2019) 551–56. Domain (alan adı), internet dünyasında bir web sitesinin kimliği ve adresi olarak işlev görür. Alan adı kullanıcıların tarayıcıya yalnızca harf, sayı ve sembollerden oluşan bu ismi yazarak ilgili siteye erişmesini sağlar. Kısaca domain, sitelerin internet üzerindeki görünür yüzü ve kullanıcıların ilgili siteyi bulmasını sağlayan dijital adres. Domain Nedir, <<https://www.turk.net/internet-hiz-altyapi-sorgulama>> E.T. 06.05.2025.

⁵⁵ IP (İnternet Protokolü) adresi, internete ya da yerel ağa bağlı her cihaza verilen benzersiz sayısal etikettir; cihazların birbirleriyle iletişim kurmasını ve veri alışverişini sağlar. What Is An IP Address? How Does It Work? <[https://www.fortinet.com/resources/cyberglossary/what-is-ip-address#:~:text=An%20Internet%20Protocol%20\(IP\)%20address,use%20the%20internet%20to%20communicate](https://www.fortinet.com/resources/cyberglossary/what-is-ip-address#:~:text=An%20Internet%20Protocol%20(IP)%20address,use%20the%20internet%20to%20communicate)> E.T.05.02.2025.

⁵⁶ United Nations Security Council, 'Resolution 1718 (2006)' (14 October 2006) UN Doc S/RES/1718 (2006).

⁵⁷ ibid.

⁵⁸ ibid.

rım ibaresini kullanmamasına rağmen 2019 Uzmanlar Paneli'nin (2019 Panel of Experts) 2019 yılı ara raporu, Kuzey Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti'nin giderek daha karmaşık hale gelen siber saldırılarla finansal kurumlardan ve kripto para borsalarından yasa dışı fon transferleri gerçekleştirdiğini ve çalınan gelirleri aklarak finansal yaptırımlardan kaçmaya çalıştığını tespit etmiştir⁵⁹. Rapora göre kripto para borsalarına yapılan büyük ölçekli saldırılar, Kuzey Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti'ne, geleneksel bankacılık sektörüne göre daha az denetim ve izlenebilirlik ile gelir elde etme imkânı sağlamaktadır⁶⁰. Bu siber faaliyetler, ülkenin kitle imha silahları programları için finansman sağlamaktadır ve bu faaliyetlerin toplam gelirinin 2 milyar dolara kadar ulaşabileceği tahmin edilmektedir⁶¹. 2019 Uzmanlar Paneli, bu yasa dışı siber faaliyetlerin önlenmesi amacıyla yaptırım kararlarının genişletilmesini tavsiye etmektedir. Ancak, bu örnekte de diğer örneklerde olduğu gibi siber yaptırım tavsiyesi yine yaptırım komitesinden gelmektedir.

Sonuç olarak BM Güvenlik Konseyi'nin doğrudan siber yaptırım kararı aldığını söylemek henüz mümkün değildir. Ancak, BM Güvenlik Konseyi bazı kararlarında siber faaliyetleri dolaylı olarak ele almakta ve özellikle terörizmin finansmanı ve kritik altyapılara yönelik tehditler bağlamında bilgi ve iletişim teknolojilerinin kötüye kullanımını kınamaktadır. Örneğin, BM Güvenlik Konseyi 12 Şubat 2015 tarihli 2199 Sayılı kararında “*Küreselleşen bir toplumda teröristlerin ve destekçilerinin, özellikle internet olmak üzere, yeni bilgi ve iletişim teknolojilerini terör eylemlerini kolaylaştırmak amacıyla artan biçimde kullanmalarından; ayrıca bu teknolojileri terör eylemlerini teşvik etmek, üye toplamak, finansman sağlamak veya planlamak için kullanmalarından*” duyulan endişeyi açıklamaktadır⁶².

Yine BM Güvenlik Konseyi 13 Şubat 2017 tarihli 2341 Sayılı kararında da doğrudan “siber saldırı” kavramını kullanmamakta ancak devletlerin kritik alt yapılarının terör saldırılarına karşı korunması gerekliliğine dikkat çekmektedir⁶³. Kararda, “*Her devletin, kendi kritik altyapısının neyi kapsadığını ve bu altyapıyı terör saldırılarına karşı nasıl etkin bir şekilde koruyacağını belirleme yetkisine sahip olduğunu kabul ederek, kritik altyapının güvenilirliğinin ve dayanıklılığının sağlanmasının ve terör saldırılarına karşı korunmasının, ilgili devletlerin ulusal güvenliği, kamu güvenliği, ekonomisi ile halkının refahı ve esenliği açı-*

⁵⁹ United Nations Security Council, *Letter dated 27 August 2019 from the Panel of Experts established pursuant to resolution 1874 (2009) addressed to the President of the Security Council* (30 August 2019) UN Doc S/2019/691.

⁶⁰ ibid.

⁶¹ ibid.

⁶² United Nations Security Council, ‘Resolution 2199 (2015)’ (12 February 2015) UN Doc S/RES/2199 (2015).

⁶³ United Nations Security Council, ‘Resolution 2341 (2017)’ (13 February 2017) UN Doc S/RES/2341 (2017).



sından giderek artan önemini kabul eder” ifadesine yer verilmektedir⁶⁴. Dijitalleşmenin ulaştığı düzey göz önünde bulundurulduğunda, günümüz koşullarında bilgi ve iletişim teknolojilerine yönelik saldırıların da kritik altyapı kapsamında değerlendirilmesi bir zorunluluk hâline gelmiştir. Bu bağlamda siber saldırılar kritik altyapılara yönelik tehditler arasında değerlendirilmelidir. Schmitt’in de ifade ettiği üzere ülkesel egemenlik, devletin topraklarında bulunan siber altyapıyı (bu altyapının kamuya ait olup olmamasından bağımsız olarak) koruma altına alır⁶⁵. Dolayısıyla başka bir devletin topraklarında bulunan siber altyapıya yönelik düşmanca siber operasyonlar, özellikle fiziksel zarar veya yaralanmaya neden olduklarında, ilgili devletin egemenliğinin ihlali anlamına gelir⁶⁶. Nitekim Birinci Tallinn El Kitabına göre zararın meydana gelmesi, bir siber operasyonun devlet sorumluluğu hukuku uyarınca uluslararası hukuka aykırı bir fiil olarak nitelendirilmesi için ön koşul değildir⁶⁷. Bu bağlamda bir devletin egemenliği altındaki bir platformda bulunan siber altyapıya müdahale edilmesi, platformun fiziksel olarak nerede bulunduğu bakılmaksızın ilgili devletin egemenliğinin ihlali sayılabilir⁶⁸.

Sonuç olarak BM’nin siber alana yönelik çalışmalarında da yalnızca genel tanımlar yapıldığı, sorunların tespitine odaklanıldığı ve üye devletler arasında koordinasyonun sağlanmasına yönelik teşvikin ön planda tutulduğu görülmektedir⁶⁹. Ancak, BM’nin siber alana yönelik olarak hem bağlayıcı normatif düzenlemeler hem de bağlayıcı yaptırım kararları aldığı yönünde bir değerlendirme yapmak şu aşamada mümkün değildir. Kanaatimizce bunun başlıca nedeni, siber yaptırımların potansiyel olarak insan hakları ihlallerine yol açabilmesidir. Bu nedenle siber yaptırımların etkinliği ve meşruiyeti, insan haklarına saygı gösterilmesi bağlamında dikkatlice değerlendirilmelidir⁷⁰.

B. TEK TARAFLI SİBER YAPTIRIMLAR

Tek taraflı yaptırımların insan haklarından yararlanılmasına olumsuz etkileri üzerine çalışan BM Özel Raportörü Idriss Jazairy, tek taraflı yaptırımları “*Devletler veya devlet grupları tarafından, başka bir devleti egemen yetkilerini kullanma konusunda boyun eğmeye zorlamak ve bu yolla belirli bir politika değişikliği*

⁶⁴ ibid.

⁶⁵ Schmitt, ‘Below the Threshold Cyber Operations’ (n 10) 704.

⁶⁶ ibid. 704-705.

⁶⁷ Schmitt (ed), *Tallinn Manual on the International Law* (n 15) 30.

⁶⁸ Schmitt (ed), *Tallinn Manual on the International Law* (n 15) Kural 4.

⁶⁹ İbrahim Akdağ, *Birleşmiş Milletler Tarafından Gerçekleştirilen Silahsızlanma Çalışmaları ve Türkiye’nin Bu Çalışmalara Yaklaşımı* (Master’s thesis, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014) 523.

⁷⁰ Siber yaptırımlar bağlamında insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleri konusu oldukça kapsamlıdır ve ayrıntılı bir inceleme gerektirir. Çalışmanın odak noktası olan hukuki çerçeveye odaklanmak amacıyla söz konusu potansiyel ihlaller bu çalışma kapsamında ele alınmamıştır.

*sağlamak amacıyla uygulanan -başta ekonomik ve siyasi nitelikte olanlar olmak üzere- çeşitli önlemler*⁷¹ şeklinde tanımlanmıştır. Tek taraflı siber yaptırımlar ise genellikle varlıkların dondurulması, yaptırım uygulanan kişi ve/veya kuruluşlarla ekonomik ilişkilerin kısıtlanması ve seyahat yasaklarını içerir⁷². Rusinova ve Martynova yaptırımların esas itibarıyla ekonomik veya finansal nitelikte olduğunu ifade etmektedir⁷³. Ancak tek taraflı yaptırımların ekonomik nitelikleri, yaptırımların arkasındaki siyasi motivasyonun göz ardı edilebileceği anlamına gelmemektedir⁷⁴. Bu nedenle yaptırımların sadece ekonomik bir olgu olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Tek taraflı siber yaptırımlar *“siber saldırıları gerçekleştiren veya kolaylaştıran bireylere, tüzel kişilere ve devlet organlarına karşı uygulanan kısıtlayıcı -geçici-ekonomik önlemler”* olarak tanımlanmaktadır⁷⁵. Bu bağlamda siber yaptırımlar; mülk ve mülkiyet haklarının dondurulması, seyahat yasakları ve hedeflenen kişi veya kuruluşlara yapılan ve onlardan alınan bağışların tamamen yasaklanması şeklinde tezahür ettiği söylenebilir⁷⁶. Tek taraflı siber yaptırımlar bireylere, tüzel kişilere, devlet organlarına ve aynı zamanda siber saldırıların faili olduğu iddia edilen kişilere destek veya yardım sağlayan herkese yönelik uygulanabilmektedir⁷⁷. Ayrıca bireysel uygulanan yaptırımların özellikle hükümetle çalışan ya da hükümetle güçlü bağları olan özel aktörlere de uygulanmasının temel amacı, devlet yetkililerinin karar alma süreçlerini etkilemektir⁷⁸.

Ancak siber yaptırımlar da dahil olmak üzere tek taraflı yaptırımların bağlayıcı nitelikte bir hukuki zemininin bulunmaması, siber yaptırımların uygulama alanlarının ve hedef alınan kişilerin kontrolsüz bir şekilde genişletilmesine yol açabilmektedir. Zira çok taraflı yaptırımların aksine tek taraflı yaptırımlar BM kararı veya onayına tabi değildir. Başka bir ifade ile tek taraflı yaptırımlar herhangi bir bölgesel ya da uluslararası örgütün önceden onayına gerek duyulmaksızın devletlerin kendi iç hukuklarına dayanarak yürürlüğe konulmaktadır⁷⁹. Bu durumun tek taraflı yaptırımlar bakımından bir meşruiyet sorunu yarattığı ifade edilebilir.

⁷¹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, *Report of the Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on the Enjoyment of Human Rights*, Idriss Jazairy, UN Doc A/HRC/30/45 (10 August 2015) para 13.

⁷² Bogdanova and Callo-Muller, ‘Unilateral Cyber Sanctions’ (n 12) 914.

⁷³ Rusinova and Martynova (n 12) 139.

⁷⁴ ibid. 139.

⁷⁵ Bogdanova and Callo-Muller, ‘Unilateral Cyber Sanctions’ (n 12) 912.

⁷⁶ ibid. 926.

⁷⁷ ibid. 913-914.

⁷⁸ Rusinova and Martynova (n 12) 139.

⁷⁹ Örneğin “ABD’nin Hasımlarıyla Yaptırımlar Yoluyla Mücadele Etme Yasası” (Countering America’s Adversaries Through Sanctions Act- CAATSA) 2 Ağustos 2017’de yürürlüğe giren federal bir yasadır. Düzenlemenin amacı ABD’nin ulusal güvenliğine tehdit oluşturduğu kabul edilen İran, Kuzey Kore ve Rusya gibi ülkelere karşı yaptırımlar uygulanmasıdır. Detaylı bilgi için bkz. Elvan



Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere tek taraflı yaptırımların uygulanması devletlerin sorumluluğu mekanizması çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Günümüz itibarıyla karşı önlem alınabilmesinin bazı temel koşulları bulunmaktadır⁸⁰. Bu temel koşulların yerine getirilmesi karşı önlemlerin uluslararası hukuk çerçevesinde meşru sayılmasına olanak sağlayacaktır. Zira Uluslararası Adalet Divanı'nın *GabCikovo-Nagymaros Project* kararında da teyit ettiği üzere, bir devletin başka bir devletin uluslararası hukuka aykırı fiiline karşılık olarak aldığı karşı önlemler, başlı başına hukuka aykırı fiiller olarak değerlendirilmez; belirli koşullara uyulduğu sürece, meşru bir *self-help* aracı olarak kabul edilebilir⁸¹. Sonraki bölümde bu koşullar siber karşı önlemler çerçevesinde incelenecektir.

1. Siber Karşı Önlemler

Karşı önlemler, uluslararası bir yükümlülüğü ihlal eden devleti, bu ihlali durdurmaya ve/veya telafi etmeye zorlamak amacıyla başvurulun araçlardır⁸². Bu amaca ulaşmak için zarar gören devlet, sorumlu devlete karşı bir yaptırım aracı olarak yükümlülüğünü ihlal eder⁸³. Uluslararası hukuk bakımından değerlendirildiğinde devletlerin siber operasyonlara karşı aldıkları yaptırım kararları iki şekilde ortaya çıkabilir. Genel olarak “karşı önlem” şeklinde ifade edilen yaptırım türünün ilki zararlar karşılık (counter measures) diğeri ise misillemedir (retorsion)⁸⁴. Zarar-

Çokişler, ‘Uluslararası Hukukta İkincil Yaptırımlar Açısından Amerika’nın Hasımlarıyla Mücadele Yasası’ (2021) 18(69) *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 71.

⁸⁰ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk* (Gözden geçirilmiş 21. baskı, Turhan Kitabevi 2022) 472–473.

⁸¹ *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, 7. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, 127, para 249. Ayrıca bkz. Evans, *International Law* (n 13) Part V, 469.

⁸² Talita Dias, *Countermeasures in International Law and Their Role in Cyberspace* (Research Paper, International Law Programme, May 2024) 18.

⁸³ İbid. 18.

⁸⁴ Misilleme herhangi bir uluslararası yükümlülükle çelişmeyen, fakat dostane olmayan bir eyleme karşılık olarak yapılan dostane olmayan bir eylem olarak tanımlanabilir. Başka bir ifade ile “*bir devletin başka bir devletin hukuka aykırı olmayan ancak çıkarlarını zedeleyen davranışına karşı uluslararası hukukun yasaklamadığı yollarla karşılık vermesi*” olarak tanımlanabilir (Pazarıcı (n 80) 470). Bu bağlamda misillemenin temel koşulu gerçekleştirilen karşı eylemin uluslararası hukuka uygun olmasıdır. Uluslararası hukuk çerçevesinde meşru bir misillemenin uygulanabilmesi için, bu tedbirin muhatap devletin tanınmış haklarını değil, yalnızca hukuken korunan menfaatlerini (çıkartlarını) hedef alması gerektiği ifade edilmelidir (Pazarıcı (n 80) 470). Uluslararası Hukuk Komisyonu (International Law Commission), *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, Madde 49-54). Misillemenin, dostane olmayan bir siber saldırıya karşılık olarak yapıldığı varsayıldığından, hedef alınan siber operasyonun uluslararası hukuku ihlal ettiğinin ayrıca tespit edilmesine gerek bulunmamaktadır. Zira ifade ettiğimiz üzere misilleme en fazla dostane olmayan eylemler olarak kabul edilir. Bu bağlamda bu tür eylemler, “hukuki değil, sadece siyasi veya ahlaki anlamda yanlış olan ya da basitçe bir nezaketsizlik niteliği taşıyan davranışlardır” (Thomas Giegerich, ‘Retorsion’, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online edn, Oxford University Press 2021– <<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e983?prd=MPIL>> E.T. 15.01.2025). Bu tür eylemler, hedef devletin ilk eylemi ister uluslararası hukukun açık bir ihlalini teşkil etsin, ister yalnızca diplomatik teamüllere aykırı

la karşılık veya karşı önlem, zarara uğramış bir devletin, hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren devleti, yükümlülüklerine uymaya ikna etmek amacıyla aldığı bir tedbirdir⁸⁵. Pazarcı da “zararla karşılığı bir devletin uluslararası hukuka aykırı bir fiili nedeniyle zarar gören bir başka devletin birinci devletin hukuka uygun davranmasını sağlamak amacıyla uluslararası hukuka aykırı yollarla karşılık vermesi” olarak tanımlamaktadır⁸⁶.

Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler’in 1. maddesine göre “Bir devletin her türlü uluslararası hukuka aykırı fiili, o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur”. Buna göre, ilk koşul, karşı önlemlerin yalnızca uluslararası hukuka aykırı bir fiile tepki olarak uygulanabilmesidir. Taslak Maddeler’in 2. maddesine göre ise uluslararası hukuka aykırı fiilin, uluslararası hukuk bakımından ilgili devlete atfedilebilir olması gerekir. Buna göre karşı önlem yalnızca hukuka aykırı fiili gerçekleştiren ve eylem kendisine atfedilebilen devlete karşı uygulanabilecektir. Başka bir ifade ile karşı önlemin “üçüncü devletleri” etkilememesi şarttır. Taslak Maddeler’in 3. maddesi uyarınca, bir devlet fiilinin uluslararası hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı, uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde belirlenir. Karşı önlemlere ilişkin üçüncü koşul ise alınan önlemin orantılılık ilkesine uygun olmasıdır. Dördüncü koşul ise karşı önlemin kuvvet kullanmayı içermemesi şarttır⁸⁷.

Uluslararası mahkemeler ve yargı organları da karşı önlemlerin tabi olduğu çeşitli koşulları belirlemiştir. Bunlar arasında uluslararası hukukun daha önce ihlal edilmiş olması, ihlalin durdurulması ve/veya telafi edilmesi için önceden bir talepte bulunulması gerekliliği, ihtilafın çözümü için protesto ve çözüm tek-lifini içeren bir bildirimde bulunulması, orantılılık, gereklilik (zorunluluk), geri alınabilirlik ve geçicilik gibi şartlar yer almaktadır⁸⁸. Bu koşullar ışığında siber

veya dostane olmayan bir nitelik taşısın, genellikle misilleme kapsamında değerlendirilir (ibid). Bu çerçevede, misilleme niteliğindeki önlemler genellikle, muhatap devletin eyleminin açık bir hukuki ihlal teşkil etmesinden ziyade, söz konusu eylemin siyasi, diplomatik veya ahlaki düzlemde uygunsuz ya da arzu edilmeyen olarak değerlendirilmesine dayalı olarak uygulanmaktadır (ibid). Bu doğrultuda, misilleme önlemleri yalnızca bağlayıcı nitelikteki uluslararası hukuk normlarının (hard law) ihlali durumunda değil; aynı zamanda bağlayıcılığı bulunmayan düzenlemelerin (soft law), centilmenlik anlaşmaları olarak bilinen gayriresmî mutabakatların, siyasi nitelikteki beyan ve taahhütlerin ya da uluslararası nezaket ve karşılıklı saygı ilkelerinin ihlaline karşılık olarak da başvurulabilecek araçlar arasında yer almaktadır (ibid). Bu bağlamda, bazı siber yaptırım türleri misilleme kapsamında değerlendirilebilir. Dolayısıyla, bu yaptırımlar yaptırım uygulayan devletin uluslararası yükümlülüklerini ihlal etmemektedir. (Bogdanova and Callo-Muller, ‘Unilateral Cyber Sanctions’ (n 12) 941.)

⁸⁵ UNGA Res 56/83, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (12 December 2001) UN Doc A/RES/56/83 (ARSIWA) Article 49(1).

⁸⁶ Pazarcı (n 80) 472.

⁸⁷ ibid. 472-473.

⁸⁸ *Responsabilité de l’Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l’Afrique (Portugal v Germany)*, 1928, 2 Reports of International Arbitral Awards (RIAA) 1011 (‘Naulilaa’) 1026-7. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *Judgment*, International



yaptırımların bir “karşı önlem” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin analiz edilmesi gerekmektedir.

a. Uluslararası Hukuku İhlal Eden Bir Eylemin Varlığı

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere siber yaptırımların karşı önlem olarak meşru sayılabilesinin ilk koşulu, hedef alınan devletin daha önce uluslararası hukuk normunu ihlal eden bir eyleminin bulunmasıdır. Bu bağlamda açıklığa kavuşturulması gereken husus uluslararası hukuka aykırı eylemin nasıl tespit edileceğidir. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. maddesine göre uluslararası hukukun asıl kaynakları: andlaşmalar, yapılageliş (teamül) kuralları başka bir ifade ile örf ve âdet hukuku normları ve son olarak hukukun genel ilkeleridir⁸⁹. Bu bağlamda, bir uluslararası hukuk ihlalinin söz edilebilmesi için, öncelikle birincil kaynakların ihlali söz konusu olmalıdır. Diğer bir deyişle, bu tür ihlaller, bir devletin ya bir andlaşma kapsamındaki yükümlülüklerini ya da uluslararası örf ve âdet hukuku kuralını ihlal etmesi suretiyle meydana gelebilir⁹⁰. Bu bağlamda bir devlete yönelik siber operasyonların, yalnızca o devletin münhasır yetki alanına giren konularda onu etkilemekle sınırlı kalmayıp zorlayıcı bir nitelik kazanması, müdahale etmeme ilkesinin ihlali anlamına gelir. Böyle bir durum, uluslararası hukuk bakımından bir haksız fiil teşkil eder⁹¹. Haksız fiil sayılmasının bir sonucu olarak karşı önlem alabilmenin ilk koşulu gerçekleşmiş olur.

Ancak günümüzde devletlerin siber alandaki davranışlarını düzenleyen “bağlayıcı” veya katı hukuk sayılan uluslararası hukuk düzenlemeleri henüz mevcut değildir⁹². Siber alana ilişkin temel başvuru metinlerinden biri Tallinn El Kitabı 2.0’dır; ancak bu eser yumuşak hukuk (soft law) niteliğinde olduğundan devletler açısından bağlayıcı değildir. Tallinn El Kitabı’nın kendisi de resmi bir belge olmadığını ve herhangi bir kurum ya da kuruluşun görüşlerini yansıtmadığını ifade etmektedir⁹³. Bu bağlamda karşı önlemin temel koşulu olan uluslararası hukukun ihlalinin varlığı sorgulanabilir mahiyettedir⁹⁴. Tallinn El Kitabı’nın 2.0’nın 14. Kuralına göre “*Bir devlet, kendisine atfedilebilen ve uluslararası hukuki bir*

Court of Justice (ICJ), ICJ Reports 1997, 7, paras 84 and 87. *Air Services Agreement of 27 March 1946 (United States v France)*, Decision of the Arbitral Tribunal, 9 UN Reports of International Arbitral Awards (RIAA) 415 (1978), paras 83, 90, 91. *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)*, Judgment, International Court of Justice (ICJ), ICJ Reports 1986, 14, para 249. World Trade Organization (WTO), *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, WT/DS27/ARB, 9 April 1999, paras 6.3–6.5. Ayrıca bkz. Dias (n 82).

⁸⁹ Daha detaylı bilgi için bkz. Pazarcı (n 80) 39.

⁹⁰ Schmitt, “Below the Threshold Cyber Operations” (n 10) 704.

⁹¹ ibid. 705.

⁹² Bogdanova and Callo-Muller, ‘Unilateral Cyber Sanctions’ (n 12) 942.

⁹³ Schmitt (ed), *Tallinn Manual 2.0* (n 53).

⁹⁴ Bogdanova and Callo-Muller, ‘Unilateral Cyber Sanctions’ (n 12) 942.

yükümlülüğün ihlalini oluşturan siber bağlantılı bir eylem nedeniyle uluslararası sorumluluk taşır”⁹⁵. Düzenleme açık bir hüküm getirmesine rağmen bağlayıcı olmaması nedeniyle tartışmaya açıktır.

b. Karşı Önlemler ve Eylemin Devlete Atfedilebilir Olması

Karşı önlemler açısından önem taşıyan bir diğer koşul, eylemin devlete atfedilebilir olmasıdır. Siber alana yönelik bağlayıcı bir düzenlemenin bulunmamasının (gri alan) en önemli nedenlerinden biri bu belirsizliğin devletlerin çıkarlarına hizmet etmesidir⁹⁶. Çünkü siber alanda yürütülen faaliyetlerin atfedilebilirliği teknik açıdan oldukça karmaşıktır⁹⁷. Bir devletin uluslararası seviyede sorumlu tutulabilmesi için uluslararası hukuka aykırı fiilin ya bizzat devletin organları (yasama, yürütme ve yargı) tarafından gerçekleştirilmesi ya da faaliyeti yürüten kişinin devlet adına ve hesabına hareket ediyor olması gerekmektedir.

Tallinn El Kitabı 2.0’ın 15. Kuralında da atfedilebilirlik düzenleme konusu yapılmıştır. Buna göre “Bir devletin organları tarafından ya da iç hukuk uyarınca kamu gücü yetkilerini kullanmakla yetkilendirilmiş kişi veya kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen siber operasyonlar devlete atfedilebilir”. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken husus siber saldırıların genellikle devlet dışı aktörler veya kişiler tarafından gerçekleştiriliyor olmasıdır. Bu durum eylemin devlete atfedilebilmesini oldukça güçleştirmektedir. Zira bugüne kadar hiçbir devlet, bir başka devleti uluslararası bir siber operasyon nedeniyle “resmî” olarak sorumlu tutmamıştır⁹⁸. Devletlerin siber saldırılara ilişkin atfetme veya faili belirleme konusundaki yaklaşımları son derece ihtiyatlıdır⁹⁹.

Devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen siber saldırılar bakımından Uluslararası Adalet Divanı’nın Nikaragua kararı yol gösterici mahiyettedir. Bu karara göre, bir kişinin veya kuruluşun devlet adına ve hesabına hareket ettiğini söyleyebilmek için o kişi veya kuruluşun her faaliyetinin “tam bir bağımlılık” içinde “devletin kontrolü” altında olması gerekmektedir¹⁰⁰. Bu bağlamda Divan kontraların Amerika Birleşik Devletleri Hükûmeti ile olan ilişkisinin, bir taraftan

⁹⁵ Schmitt (ed), *Tallinn Manual 2.0* (n 53).

⁹⁶ Birinci sırada atfedilebilirlik yer almakla birlikte, siber saldırıların gerçekleştirilmesinin diğer gerekçeleri arasında düşük maliyet ve hukuki belirsizlik bulunmaktadır. Bu üç sebep siber operasyonları hem devletler hem de devlet dışı aktörlere çekici kılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Scott J. Shackelford and Richard B. Andres, ‘State Responsibility for Cyber Attacks: Competing Standards for a Growing Problem’ (2010) 42 *Georgetown Journal of International Law* 971.

⁹⁷ Bogdanova and Callo-Muller, ‘Unilateral Cyber Sanctions’ (n 12) 923.

⁹⁸ Rusinova and Martynova (n 12) 156.

⁹⁹ Bu konuda detaylı örnekler için bkz. Rusinova and Martynova (n 12) 156.

¹⁰⁰ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep 14, para 109. Daha detaylı bilgi için bkz. Muhammed Fatih Kafadar, ‘Uluslararası Hukukta Devletlerin Sorumluluğu Bağlamında Siber Saldırıların Atfedilebilirliği Meselesi’ (2020) 2 *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.



bağımlılık ve diğer taraftan kontrol açısından hangi düzeyde olduğunu inceleme konusu yapmıştır¹⁰¹.

Birinci Tallinn El Kitabı'nın 5. Kuralı bir devletin kendi topraklarında veya münhasır egemenlik denetimi altındaki siber altyapının, diğer devletleri olumsuz ve hukuka aykırı şekilde etkileyen eylemler için kullanılmasına bilerek izin vermemesi gerektiğini düzenlemektedir¹⁰². Devletlerin bu yükümlülüğe uymak için 'azami çaba' göstermeleri gerekmektedir¹⁰³. Zararlı siber faaliyetlerin büyük ölçüde 'hacktivist' gibi devlet dışı aktörlerce gerçekleştirilmesi ve 'siber terörizm' olgusunun giderek daha yakın ve somut bir tehdit haline gelmesi, devletlerin egemenlik alanları içindeki siber etkinlikleri denetleme yükümlülüğünü uluslararası hukuk bakımından daha da kritik kılmaktadır¹⁰⁴.

Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'in 8. maddesi de bir özel kişinin devletin talimat veya yönlendirmesi ile hareket etmesini veya devlet tarafından kontrol edilmesini atfedilebilirlik bakımından yeterli görmektedir. Bu bağlamda sonuçlandırılması gereken temel mesele siber saldırıyı gerçekleştiren kişinin veya devlet dışı aktörün devlet ile olan bağının ispatlanmasıdır. Bogdanova ve Callo-Muller'e göre bu bağın ispatlanması ciddi bir kanıt yükü gerektirir zira devletin doğrudan sorumluluğu teknik olarak tespit edilse bile yasal olarak bağ kurmak oldukça güçtür¹⁰⁵. Kafadar'ın da ifade ettiği üzere siber saldırıların devletin *de jure* veya *de facto* organlarına atfedilebilmesini zorlaştıran önemli faktörlerden biri, siber uzayın doğası gereği saldırganların kimliklerini kolayca gizleyebilmesidir¹⁰⁶. Saldırganlar, başka bir devleti sorumlu göstermek amacıyla IP adreslerini veya o devletin dijital izlerini taklit edebilirler (spoofing)¹⁰⁷. Bu yaygın teknik, atfetme sürecini ciddi şekilde karmaşıklaştırmaktadır.

c. Karşı Önlemlerin Yalnızca Zarar Gören Devlet Tarafından Gerçekleştirilmesi

Karşı önlemin meşru sayılabilmesinin bir diğer koşulu ise yalnızca zarar gören devlet tarafından gerçekleştirilmesidir¹⁰⁸. Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler'in 42. ve 49. maddelerine

¹⁰¹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep 14, para 109. Daha detaylı bilgi için bkz. Kafadar (n 100).

¹⁰² Schmitt (ed), *Tallinn Manual on the International Law* (n 15) Rule 5.

¹⁰³ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press 2002) 178–186.

¹⁰⁴ Schmitt, 'Below the Threshold Cyber Operations' (n 10) 706.

¹⁰⁵ Bogdanova and Callo-Muller, 'Unilateral Cyber Sanctions' (n 12) 923.

¹⁰⁶ Kafadar (n 100) 1044.

¹⁰⁷ ibid. 1044.

¹⁰⁸ Elif Uzun, *Devletin Milletlerarası Hukuka Aykırı Eyleminden Sorumluluğu* (PhD thesis, Anadolu University 2007) dipnot 485.

göre, karşı önlem hakkı yalnızca “zarar gören” devlete aittir¹⁰⁹. Bu nedenle karşı önlem alma hakkının diğer devletler tarafından kullanılması mümkün değildir.

d. Karşı Önlemlerde Orantılılık İlkesi

Karşı önlemlerin meşru kabul edilebilmesinin bir diğer koşulu da karşı önlemin orantılı olmasıdır. Karşı önlemlerin uğranılan zararlar orantılı olması gerekliliği örf ve âdet hukuku kuralı olarak kabul edilmektedir¹¹⁰. Taslak Maddeler’in 51. maddesinde orantılılık koşulu açıkça düzenleme konusu yapılmaktadır¹¹¹. Dias’a göre orantılılık, karşı önlemlerin, uğranılan zararlar orantılı veya ona yaklaşık düzeyde olması gerektiği anlamına gelir¹¹². Bu durum, karşılıklılık (reciprocity) ilkesini gerektirmemekle birlikte, karşı önlemlerin ihlal edilen yükümlülükle veya onunla yakından ilişkili bir yükümlülükle bağlantılı olarak alınması, önlemin meşruiyetini güçlendirmekte ve uygulanma amacına ulaşma ihtimalini artırmaktadır¹¹³. Ayrıca bu bağlantı, önlemlerin ihlalin ağırlığıyla ölçülü bir biçimde uyumlu hale gelmesini sağlayarak orantılılık ilkesinin yerine getirilme-

¹⁰⁹ Bu düzenlemeye göre “zarar gören devlet” aşağıdaki tanımlara karşılık gelmektedir:

- (a) bir devletin eylemiyle ihlâl edilen hak iki taraflı andlaşmadan kaynaklanıyorsa, andlaşmanın diğer taraf devleti;
- (b) bir devletin eylemiyle ihlâl edilen hak milletlerarası bir divan ya da mahkeminin hükmü ya da başka bir bağlayıcı uyuşmazlık çözüm kararından kaynaklanıyorsa, uyuşmazlığa taraf olan ve bu haktan yararlanmaya hakkı olan diğer devlet ya da devletler;
- (c) bir devletin eylemiyle ihlâl edilen hak milletlerarası bir divan ya da mahkemeden başka bir milletlerarası örgütün bağlayıcı kararından kaynaklanıyorsa, ilgili milletlerarası örgütün kurucu belgesiyle uyumlu olarak, bu haktan yararlanmaya hakkı olan devlet ya da devletler;
- (d) bir devletin eylemiyle ihlâl edilen hak üçüncü bir devlet lehine düzenlenmiş bir andlaşma hükmünden kaynaklanıyorsa, bu üçüncü devlet;
- (e) bir devletin eylemiyle ihlâl edilen hak çok taraflı bir andlaşmadan ya da milletlerarası hukukun bir örf ve âdet kuralından kaynaklanıyorsa, aşağıdaki durumlardan biri söz konusu olduğu takdirde, çok taraflı andlaşmaya taraf olan ya da ilgili milletlerarası örf ve âdet hukuku kuralıyla bağlı olan herhangi bir devlet:
 - (i) hak o devletin lehine yaratılmış ya da ihdas edilmişse,
 - (ii) bir devletin eylemiyle hakkın ihlâl edilmesi zorunlu olarak çok taraflı andlaşmanın tarafı olan ya da milletlerarası örf ve âdet hukuku kuralıyla bağlı olan devletlerin haklarını kullanmalarını ve yükümlülüklerini yerine getirmelerini etkiliyor ise, ya da
 - (iii) hak insan haklarının ve temel hürriyetlerin korunması için yaratılmış ya da ihdas edilmişse.
- (f) bir devletin eylemiyle ihlâl edilen hak çok taraflı bir andlaşmadan kaynaklanıyorsa, o andlaşmada yer alan söz konusu hakkın taraf olan devletlerin kolektif çıkarlarını korumak için konduğu açıkça belirtilmesi durumunda, çok taraflı andlaşmaya taraf olan herhangi bir devlet. Elif Uzun, Devletin Milletlerarası Hukuka Aykırı Eyleminden Sorumluluğu, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Eskişehir 2007, dipnot 485. Ayrıca bkz. Neslihan Özkerim Güner, *İklim Değişikliği Nedeniyle Devletlerin Sorumluluğu* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2018).

¹¹⁰ Dias (n 82) 21.

¹¹¹ International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (2001) Commentary to Chapter II, para 6, and Article 51, paras 2–3.

¹¹² Dias (n 72) 21.

¹¹³ A/CN.4/507 and Add. 1–4 (2000), para 328.



sini kolaylaştırmaktadır. Böylelikle karşı önlemler, yalnızca tepkisel bir nitelik taşımaktan çıkıp uluslararası hukukun koruma ve dengeleme işlevleriyle daha sıkı bir biçimde örtüşebilmektedir.

Ancak bu uygulama mutlak bir zorunluluk değildir zira alınan karşı önlemin ihlal edilen asıl yükümlülüğünden farklı ya da onunla ilgisiz olması da mümkündür. Örneğin, bir devlet, çevresel bir yükümlülüğün ihlaline karşılık olarak ekonomik nitelikte karşı önlemler almayı tercih edebilir¹¹⁴. Benzer şekilde, siber olmayan bir ihlale karşı siber önlemler alınabileceği gibi siber bir ihlale karşı da siber olmayan karşı önlemler alınabilir¹¹⁵. Buradaki temel koşul alınan karşı önlemin orantılı olmasıdır. Dolayısıyla bir devletin siber uzaydaki hukuka aykırı faaliyetlere karşı önlem alma hakkı bulunduğu, bu önlemler hem orantılı olmalı hem de ihlale yol açan uluslararası hukuk kuralı ile zarar gören devletin başvurduğu önlemler arasında adil bir denge gözetilmelidir. Orantılılık değerlendirilirken hukuka aykırı fiilin ağırlığı ve ilgili haklar dikkate alınmalıdır. Başka bir ifade ile bir karşı önlemin orantılı olup olmadığı değerlendirme konusu yapılırken devletler, uluslararası hukuka aykırı fiilin ağırlığını ve ihlal edilen hakların önemini hem zarar gören hem de sorumlu devlet veya devletler bakımından dikkate almak zorundadır¹¹⁶.

Dias orantılılık değerlendirilirken hem nitel hem de nicel analizin gerekliliğine dikkat çekmektedir. Nicel değerlendirme, doğrudan ölçülebilir ve sayısal verilerle ifade edilebilen zararlara odaklanır¹¹⁷. Örnek vermek gerekirse bir devletin kritik altyapısına yönelik siber saldırı sonucunda 48 saatlik elektrik kesintisi yaşanmışsa, bu kesinti nedeniyle hastanelerde hizmet aksaması olmuşsa, milyon dolarlık ekonomik zarar ortaya çıkmışsa bu zararların nicel olarak ölçülebilmesi mümkündür. Nitel değerlendirme ise, doğrudan ölçülemeyen; ancak etkisi büyük olan, manevi, siyasi veya sosyal boyutu ağır basan zararlara odaklanmaktadır¹¹⁸. Bu tür değerlendirmeler, özellikle karmaşık toplumsal olayların ya da politik süreçlerin etkilerini anlamada kritik bir rol oynar¹¹⁹. Örneğin bir devletin vatandaşlarının kişisel verilerinin (sağlık bilgileri, kimlik numaraları vb.) çalınması ve yayımlanması halinde toplumda güven kaybı oluşabilir daha da önemlisi devlete karşı kurumsal güven zedelenebilir. Bu tür etkilerin maddi anlamda ölçülmesi mümkün değildir ancak ağır niteliksel zarar doğurduğu aşikardır. Günümüzde

¹¹⁴ Dias (n 82) 21.

¹¹⁵ Dias (n 82) 21. Ayrıca bkz. Schmitt (ed), *Tallinn Manual 2.0* (n 53) Kural 23.

¹¹⁶ ibid. 21.

¹¹⁷ Nihan Demirkasımoğlu, 'Nitel Araştırma Geleneğinde Nicel Göstergelerin Kullanımı ve Genellenebilirlik Üzerine Bir Değerlendirme' (2021) 42 *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 231.

¹¹⁸ ibid. 231.

¹¹⁹ Detaylı bilgi için bkz. Michael Quinn Patton, *Qualitative Research and Evaluation Methods* (Vol 3, Sage 2002).

de özellikle siber alanda yaşanan veri sızıntıları devletin itibarının zedelenmesi yönünde nitel zararlara sebep olmaktadır.

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin yaygın ve birbirine bağlı yapısı nedeniyle siber karşı önlemlerin orantılılığını değerlendirmek oldukça güç olabilir¹²⁰. Siber alanın doğası gereği sahip olduğu iç içe geçmiş ve yüksek düzeyde bağlantılı yapı, siber karşı önlemlerin hedef alınan aktörle sınırlı kalmayıp, üçüncü devletler veya devlet dışı aktörler gibi istenmeyen taraflara da sıçrama riskini beraberinde getirmektedir¹²¹. Bu durum, siber alanın temel teknik özelliklerinden, yani ağların birbirine bağımlılığından, veri akışlarının sınır tanımayan yapısından ve saldırı ile savunma mekanizmalarının karmaşık etkileşiminden kaynaklanmaktadır¹²². Bu durum karşı önlemlerin meşru sayılabildiğinin koşullarından olan yalnızca zarara sebebiyet veren devletin hedef alınması kuralını ihlal edebilir. Bu nedenle siber uzayda orantılılığın hem nicel hem de nitel unsurlarının değerlendirilmesi çok daha fazla dikkat gerektirir¹²³.

e. Karşı Önlemlerin Geri Alınabilirlik ve Geçicilik Şartları

Diğer bir önemli koşul karşı önlemin geçici mahiyette olmasıdır. Taslak maddelerin 49(1) düzenlemesine göre “[k]arşı önlemler, bu önlemleri alan Devletin, sorumlu Devlete yönelik uluslararası yükümlülüklerinin geçici olarak yerine getirilmemesiyle sınırlıdır.” Bu önlemlerin amacı, “ihlalin gerçekleşmesinden önceki durumu -yani ‘meşruiyet durumu’nu veya eski hale iade durumunu- ihlal eden devletle zarar gören devlet arasında yeniden tesis etmektir”¹²⁴. Bu bağlamda ihlali gerçekleştiren devlet yükümlülüğüne uydığında ve ihlali sonlandırdığında karşı önlemin uygulanmasına devam edilemez. Bu nedenle karşı önlemler amaçlarına ulaşma süresi ile sınırlı olacak şekilde geçici niteliktedir.

Taslak Maddelerin 49(3) düzenlemesine göre “[k]arşı önlemler, mümkün olduğu ölçüde, söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmesine yeniden başlanmasına imkân verecek şekilde alınmalıdır”. Başka bir ifade ile karşı önlemler geri alınabilir mahiyette olmalıdır. Bu kurala göre devletler etkileri geri döndürülebilir karşı önlemler almakla yükümlüdür. Ancak bu yükümlülüğün de mutlak olduğu söylenemez; zira BM Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Taslak Maddeleri, karşı

¹²⁰ Dias (n 82) 22.

¹²¹ ibid. 22.

¹²² Nitekim siber müdahalelerin sıklıkla ikincil etkiler (spillover effects) yarattığı, dolayısıyla doğrudan hedeflenmeyen aktörlerin de bu müdahalelerden etkilenebileceği kabul edilmektedir. Christian Eckert, Nadine Gatzert and Madeline Schubert, ‘Analyzing Spillover Effects from Data Breaches to the US (Cyber) Insurance Industry’ (2023) 29(6) *The European Journal of Finance* 669. Özellikle kritik altyapılar gibi yüksek derecede ağa bağlı sistemlerde gerçekleştirilen siber operasyonlar, jeopolitik gerilimlerin artmasına, üçüncü taraf sorumluluğu tartışmalarına ve uluslararası hukuk ihlali iddialarına zemin hazırlayabilir.

¹²³ Dias (n 82) 22.

¹²⁴ ibid. 18.

önlemlerin sonuçlarının mutlak anlamda geri döndürülebilir olmasını değil, yalnızca “mümkün olduğu ölçüde” geri döndürülebilir olmasını şart koşmaktadır¹²⁵.

Sonuç olarak, devletlerin uluslararası hukuku ihlal eden siber operasyonlar veya benzeri eylemler karşısında karşı önlemler alma yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu tür önlemlerin meşruiyeti, yalnızca belirli hukuki koşulların yerine getirilmesi halinde söz konusu olacaktır. Bu koşullar arasında ihlalin açık şekilde tespit edilmesi, zarar gören devletin öncelikle diplomatik yolları tüketmiş olması ve alınan önlemin orantılılık ilkesine uygunluğu yer almaktadır. Aksi takdirde, gerçekleştirilen karşı önlemin uluslararası hukuk açısından meşru sayılması mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte tek taraflı yaptırımlar çoğu zaman uluslararası hukuka aykırı olmaları ve gelişmekte olan devletlerin insan hakları ile ekonomik durumları üzerinde olumsuz etkiler yaratmaları nedeniyle BM Genel Kurulu tarafından genellikle kınanmaktadır¹²⁶. Her ne kadar hukuki öğreti genel olarak ekonomik zorlama araçlarının sınırlarını uluslararası hukukun gri alanı olarak değerlendirse de bu tür kararlar ortaya çıkan bir yasağın habercisi olarak yorumlanabilir. Ancak daha yakından incelendiğinde, bu kararların uluslararası içtihat ve öğreti tarafından geliştirilen yeni bir teamül hukukunun oluşması için gerekli kriterleri karşılamadığı görülmektedir¹²⁷. Zira her ne kadar BM Genel Kurul kararları başlangıçta hukuki bir bağlayıcılığa sahip olmasa da bu kararlar tutarlı bir şekilde ve hukuki zorunluluk inancıyla gerçekleştirilen devlet uygulamalarına dönüşürse uluslararası örf ve âdet hukukunun bir parçası haline gelebilirler¹²⁸. Ancak örneklerde de görüldüğü üzere bu kararların tutarlı devlet uygulamalarına dönüştüğünü

¹²⁵ International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (2001) Commentary to Article 49, para 9.

¹²⁶ Hofer (n 12) 175.

¹²⁷ Özel Raportörün raporuna göre BM’nin, tek taraflı zorlayıcı önlemlerle ilgili sürekli aldığı kararlar ve tekrarlanan kınamalar bu alanda bir örf ve âdet hukuku gelişimine yol açarak bağlayıcı hale gelebilir. A/HRC/30/45, para 47. Bu durum devletlerin tek taraflı zorlayıcı önlemleri uygulamalarının uluslararası hukuk açısından giderek daha az kabul edilebilir hale gelmesine yol açabilir. Ancak bu hususta bir görüş birliği henüz mevcut değildir. Örneğin Mohamad devletlerin kendi politikalarını belirleme hakkına müdahale etmeyen bir ilkenin, tek taraflı ekonomik yaptırımları yasaklayan bir uluslararası örf ve âdet kuralı haline geldiğini ifade etmektedir (Rahmat Mohamad, ‘Unilateral Sanctions in International Law: A Quest for Legality’ in Ali Z Marossi and Marisa R Bassett (eds), *Economic Sanctions under International Law* (T.M.C. Asser Press 2015) 76’dan aktaran Galip Engin Şimşek, ‘Uluslararası Hukuk Açısından Ekonomik Yaptırımlar ve ABD’nin Tek Taraflı Yaptırımlarının Kısa Bir Değerlendirilmesi’ (2020) 78(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 2049, 2061). Hofer ise BM Genel Kurulu bu kararlarının yeni bir örf ve âdet hukukunu kurmak için gerekli kriterleri karşılamadığını ifade etmektedir. (Hofer (n 12) 175). Bu hususta detaylı tartışma için bkz. Galip Engin Şimşek, ‘Uluslararası Hukuk Açısından Ekonomik Yaptırımlar ve ABD’nin Tek Taraflı Yaptırımlarının Kısa Bir Değerlendirilmesi’ (2020) 78(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 2049, 2049-2078.

¹²⁸ Alan Boyle, ‘Soft Law in International Law-Making’ in Malcolm D. Evans (ed), *International Law* (Oxford University Press 2014) 118–137, 118.

söylemek şu an için mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle bu aşamada bir örf ve âdet hukuku varlığından bahsetmek kanaatimizce mümkün değildir. Zira bu kararlar gelişmiş ve gelişmekte olan devletler arasında tek taraflı yaptırımların meşruiyeti konusunda var olan ayrışmayı da açıkça ortaya koymaktadır¹²⁹.

Sonuç olarak, günümüz uluslararası ilişkilerinde siber operasyonlar ve tek taraflı yaptırımlar gibi geleneksel olmayan baskı araçlarının artan kullanımı, klasik uluslararası hukuk ilkelerini önemli ölçüde zorlamaktadır. Devletlerin karşı önlem alma yetkisi, uluslararası hukukun tanıdığı meşru bir hak olmakla birlikte, bu yetkinin keyfi biçimde kullanılması hukuki meşruiyeti ortadan kaldırmaktadır. Karşı önlemlerin yalnızca belirli koşullar altında uygulanabilir olması, devletlerarası ilişkilerde denge ve hukuki öngörülebilirliğin korunması açısından hayati öneme sahiptir. Öte yandan, tek taraflı ekonomik yaptırımlar gibi uygulamalar, her ne kadar uluslararası hukukun gri alanında değerlendirilse de özellikle gelişmekte olan ülkeler açısından ciddi sosyo-ekonomik ve insan hakları ihlallerine yol açabilmektedir. BM Genel Kurulu'nun bu yaptırımları sürekli olarak kınaması, uluslararası toplum içinde bu uygulamaların meşruiyetine ilişkin derin bir görüş ayrılığına işaret etmektedir. Bu çerçevede, uluslararası hukukta teamül oluşturacak netlikte kurallar henüz gelişmemiş olsa da mevcut eğilimler uzun vadede daha bağlayıcı normların oluşabileceğini göstermektedir.

2. Siber Karşı Önlemler ve Devlet Uygulamaları

Siber yaptırımların uygulama alanının özellikle Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Birleşik Krallık ve Avrupa Birliği (AB) tarafından genişletilerek uygulanması da tartışmalara sebebiyet vermektedir¹³⁰. Bunun temel nedenlerinden biri, uluslararası hukukta siber alanın henüz tam anlamıyla düzenlenmemiş ol-

¹²⁹ Hofer (n 12) 175.

¹³⁰ Özellikle ABD yalnızca saldırıyı gerçekleştirenleri değil dolaylı destek verdiği düşünülen kişi ve şirketleri de hedef almaktadır. Çokişler (n 79) 71. Örneğin AB, 2025 Ocak ayında, 2020 yılında Estonya'ya yönelik siber saldırılardan sorumlu tutulan üç Rus askeri istihbarat görevlisini yaptırım listesine eklemiştir. Bu saldırılar, Estonya'nın kritik altyapılarına zarar vermeyi amaçlayan siber operasyonlardır. Yaptırımlar, varlık dondurma ve seyahat yasağı gibi önlemleri içermektedir (European Council, Timeline - Sanctions Against Cyber-Attacks, <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions-against-cyber-attacks/timeline-sanctions-cyber-attacks/>> E.T. 13.05.2025). Birleşik Krallık, 2025 Temmuz ayında, Rusya'nın askeri istihbarat servisi GRU'nun üç birimini ve 18 görevlisini yaptırım listesine dahil etmiştir. Bu birimler, Mariupol'deki bir tiyatroya yönelik bombalama planı, eski Rus ajanı Sergei Skripal'in ailesine yönelik saldırılar ve Avrupa genelinde siber saldırılarla ilişkilendirilmektedir. Yaptırımlar, varlık dondurma ve seyahat yasağı gibi önlemleri içermektedir (By Reuters, UK Discovers Russian 'Espionage Tool', Sanctions GRU Officers over Cyberattacks, <<https://www.reuters.com/world/uk/uk-discovers-russian-espionage-tool-sanctions-gru-officers-over-cyberattacks-2025-07-18/>> E.T. 12.04.2025). ABD, Birleşik Krallık ve Avustralya, 2025 Şubat ayında, Rusya merkezli Zservers adlı "bulletproof hosting" sağlayıcısını ve iki Rus operatörünü, LockBit fidye yazılımı saldırılarına destek verdikleri gerekçesiyle yaptırım listesine almıştır. LockBit, dünya çapında birçok kurumu hedef almış ve büyük mali zararlara yol açmıştır (AP, Russian Cybercrime Network Targeted for Sanctions Across US, UK And Australia, <<https://apnews.com/article/treasury-sanctions-uk-australia-russia-361e788f5482bfd787af01002af2ff4c>> E.T. 12.04.2025).



masıdır. Zira hangi eylemlerin yaptırıma konu olacağı belirsizliğini korumaktadır. Öte yandan ekonomik boyutta, küresel tedarik zincirlerinin kırılganlığı ve teknoloji bağımlılıkları, yaptırımların yalnızca hedef ülkeleri değil, üçüncü ülkeleri ve özel sektörü de doğrudan etkileyerek çok daha geniş kapsamlı sonuçlar doğurmasına neden olmaktadır¹³¹. Bu çerçevede, özellikle siber yaptırımlara ilişkin açık yasal çerçeveler oluşturmuş olan Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık'ın bireysel uygulamaları ile AB'nin siber yaptırımlara dair kolektif Tüzük temelinde geliştirdiği mekanizmaların yakından incelenmesi gerekmektedir. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri, 2015 tarihli Executive Order 13694 ile devlet dışı ve devlet destekli siber tehdit aktörlerine karşı hedefli yaptırımları (targeted sanctions) mümkün kılmıştır¹³². Bu düzenleme 2016 ve 2021 yıllarında genişletilerek daha kapsamlı bir siber yaptırım rejimi oluşturulmuştur. Birleşik Krallık ise AB'nden ayrıldıktan sonra 2020 tarihli The Cyber (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2020 ile kendi ulusal siber yaptırım düzenlemesini yürürlüğe koymuştur. AB ise 2019 tarihli Council Decision (CFSP) 2019/797 ve Council Regulation (EU) 2019/796 aracılığıyla, seçimlere müdahale, fikri mülkiyet hırsızlığı ve kritik altyapılara yönelik siber saldırılar gibi eylemleri hedef alan ilk kolektif siber yaptırım rejimini benimsemiştir.

İç hukuk düzenlemeleri çerçevesinde başvuru alan tek taraflı siber yaptırımların da uygulanması hususunda bazı koşullar öngörülmüştür. Örneğin “ABD'nin Amerika'nın Hasımlarına Yaptırımlar Yoluyla Karşı Koyma Yasası” (Countering America's Adversaries Through Sanctions Act -CAATSA) siber yaptırımların kapsamını belirlemek için belirli kriterler ortaya koymaktadır. Ancak Yasa içerisinde sık sık kullanılan “önemli kötü niyetli siber destekli faaliyetler” (significant malicious cyber-enabled activities) veya “kötü niyetli siber saldırı” (malicious cyber-hacking) kavramları belirsizliğini korumaktadır¹³³. Zira Yasa'da bu kavramlara ilişkin herhangi bir tanımlama yapılmamıştır. Bununla birlikte, Yasa'da siber saldırılara yönelik kullanılan ‘önemli’ ibaresi, yalnızca ciddi boyutlara ulaşan siber saldırılar karşısında yaptırım kararı alınabileceği mesajını vermektedir¹³⁴.

Birleşik Krallık, siber tehditlere karşı ulusal güvenliğini korumak amacıyla iç hukukta çeşitli yaptırım mekanizmaları oluşturmuştur. Bu kapsamda 2018 tarihli “Yaptırımlar ve Kara Para Aklamayla Mücadele Yasası” (Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018 -SAML) önemli bir düzenleme olarak kabul

¹³¹ Fabio Ghironi, Daisoon Kim, and Galip Kemal Ozhan, ‘International Economic Sanctions and Third-Country Effects’ (2024) 72(2) *IMF Economic Review* 611, 611-652.

¹³² Executive Order, ‘Blocking the Property of Certain Persons Engaging in Significant Malicious Cyber Enabled Activities’ (1 April 2015) <<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/04/01/executive-order-blocking-property-certain-persons-engaging-significant-m>> E.T. 28.05.2024.

¹³³ Countering America's Adversaries Through Sanctions Act, Pub L No 115-44, 131 Stat 886 (2 August 2017) <<https://congress.gov/115/plaws/publ44/PLAW-115publ44.pdf>> E.T. 13.05.2025.

¹³⁴ Daha detaylı bilgi için bkz. Çokişler (n 79) 71.

edilmektedir. Söz konusu Yasa, Birleşik Krallık'ın AB'den ayrılmasının ardından kendi bağımsız yaptırım rejimini geliştirmesine imkân tanımış ve siber saldırılar da dahil olmak üzere ulusal güvenliği tehdit eden eylemlere karşı uygulanabilecek yaptırımların yasal çerçevesini belirlemiştir¹³⁵. “Yaptırımlar ve Kara Para Aklamayla Mücadele Yasası”nı tamamlayıcı nitelikte çıkarılan 2020 tarihli “Siber (Yaptırımlar) (Avrupa Birliği'nden Çıkış) Düzenlemeleri” (The Cyber (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2020) özellikle devlet destekli siber saldırılar gibi faaliyetlerde bulunan kişi, kuruluş ve devletlere karşı bireysel ya da sektörel düzeyde yaptırımların uygulanmasını mümkün kılmıştır. Bu düzenleme, seçimlere müdahale, kritik altyapılara yönelik siber saldırılar ve fikri mülkiyetin yasa dışı yollarla elde edilmesi gibi durumları hedef almaktadır¹³⁶. Her iki düzenlemede de “siber yaptırım” (cyber sanctions) kavramına yer verilmeyle birlikte, bu kavrama dair pozitif hukuk kapsamında açık ve kapsamlı bir tanım bulunmamaktadır. Bu durum, siber yaptırımların kapsamının belirlenmesi bakımından yoruma açık bir alan yaratmakta ve hukuki belirlilik ile öngörülebilirlik ilkeleri açısından tartışmalara neden olabilmektedir.

AB de siber saldırılar konusunda oldukça kapsamlı düzenlemeler yapmıştır. AB'nin siber saldırılara karşı kısıtlayıcı tedbirlerin birincisi 17 Mayıs 2019 tarihli 2019/797 Sayılı Konsey Kararı - “Avrupa Birliği veya Üye Devletlerini Tehdit Eden Siber Saldırlara Karşı Kısıtlayıcı Tedbirler” diğeri ise yine 17 Mayıs 2019 tarihli 2019/796 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü- “Avrupa Birliği veya Üye Devletlerini Tehdit Eden Siber Saldırlara Karşı Kısıtlayıcı Tedbirlerdir¹³⁷. AB tarafından alınan kararların daha net düzenlemeler ihtiva ettiğini söylemek mümkündür. Örneğin Tüzüğün 1. maddesinin 3. bendine göre “siber saldırılar aşağıdakilerden herhangi birini içeren eylemler olarak tanımlanır: *“bilgi sistemlerine erişim, bilgi sistemine müdahale, verilere müdahale, verilerin ele geçirilmesi..”*. 1. maddenin 7. bendinde ise tüm kavramların tanımı yapılmaktadır. Tüzüğün 2. maddesi, Amerika Birleşik Devletleri'nin, “Amerika'nın Hasımlarına Yaptırımlar Yoluyla Karşı Koyma Yasası”na kıyasla siber saldırıların hangi koşullarda “önemli” kabul edileceğini belirleyen spesifik kriterlere yer vermektedir. Bu madde, siber saldırının etkisinin değerlendirilmesinde kullanılan kapsam, ölçek, ekonomik kayıp, veri ihlalleri gibi ölçütleri sistematik bir biçimde düzenleyerek, “önemli etki” kavramını objektif ve somut faktörler çerçevesinde tanımlamaktadır. Böylece, Tüzük, “Amerika'nın Hasımlarına Yaptırımlar Yoluyla Karşı

¹³⁵ UK Government, *Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018* (2018) <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/13/contents>> E.T.01.02.2025.

¹³⁶ UK Statutory Instruments, *The Cyber (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2020, No 597* (2020) <<https://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/597/contents/made>> E.T.01.02.2025.

¹³⁷ European Union, Decision (CFSP) 2019/797 — restrictive measures against cyber-attacks threatening the EU or its Member States (2019); Regulation (EU) 2019/796 — restrictive measures against cyber-attacks threatening the EU or its Member States (2019) <<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/eu-restrictive-measures-against-cyber-attacks.html>> E.T.03.03.2025.

Koyma Yasası'nın daha genel ve geniş yoruma açık yaklaşımından farklı olarak, müdahalelerin hukuki dayanağını güçlendiren ve uygulamada öngörülebilirlik sağlayan bir normatif çerçeve oluşturmaktadır.

Tek taraflı yaptırımlara ilişkin kavramsal belirsizlik, kimin hedef alınabileceği ve hangi fiillerin yaptırıma tabi olacağı konusunda uygulamada öngörülemezlik yaratmaktadır. Bu nedenle de birçok eleştiriye sebebiyet vermektedir. Zira tek taraflı yaptırımlardaki belirsizlik uluslararası hukukta meşruiyet sorunlarına yol açmaktadır. Örneğin 2014 yılında Asya-Afrika Hukuk Danışma Örgütü (AALCO), “*üçüncü taraflara yönelik tek taraflı yaptırımların Birleşmiş Milletler Şartı'na aykırı olduğu ve uluslararası hukukun genel ilkeleriyle çeliştiği*” yönündeki derin endişesini dile getirmiştir¹³⁸. 19 Nisan 2016'da Çin, Rusya ve Hindistan dışişleri bakanları benzer bir açıklama yaparak, özellikle “uluslararası hukuka dayanmayan tek taraflı zorlayıcı önlemlerin” devletlerin egemen eşitliği, iç işlerine karışmama ve iş birliği ilkeleriyle bağdaşmadığını belirtmişlerdir¹³⁹. 25 Haziran 2016'da Çin Halk Cumhuriyeti ve Rusya Federasyonu, *Uluslararası Hukukun Teşviki Hakkında Ortak Bildiri* yayımlayarak, “uluslararası hukuka dayanmayan tek taraflı zorlayıcı önlemlerin, diğer adıyla “tek taraflı yaptırımların” çifte standartların bir örneği olduğunu ve “bazı devletlerin iradelerini diğer devletlere dayatmasının” bir tezahürü olduğunu ifade etmişlerdir¹⁴⁰. Bu tür uygulamaların, “uluslararası hukukun genel olarak tanınan ilke ve kurallarına” aykırı olduğu belirtilmiştir¹⁴¹. Söz konusu önlemlerin, BM Güvenlik Konseyi tarafından uygulanan yaptırımların amaç ve hedeflerini baltalayabileceği ve bu yaptırımların bütünlüğünü ve etkinliğini zayıflatabileceği vurgulanmıştır¹⁴². Hofer'in de ifade ettiği üzere özellikle tek taraflı ekonomik yaptırımlar sıklıkla BM Genel Kurulu kararlarında dile getirilmekte; gelişmekte olan devletler, tek taraflı yaptırımların yasallığını sorgulamakta ve bu önlemlerin uluslararası hukuk ilkelerine aykırı bir zorlama eylemi teşkil ettiğini savunmaktadır¹⁴³. Ancak tek taraflı yaptırımların yasak olduğuna dair bir uluslararası hukuk kaynağı bulunmamaktadır, bu nedenle 1993 yılında BM Genel Sekreteri tarafından yayımlanan bir raporda “[z]orlayıcı ekonomik önlemlerin ne zaman uygunsuz olduğu konusunda uluslararası hukuk-

¹³⁸ AALCO, *Extraterritorial Application of National Legislation: Sanctions Imposed against Third Parties* (2014) 22 <<http://www.aalco.int/53rdsession/extraterritorial%202014.pdf>> E.T. 07.03.2025

¹³⁹ Joint Communique of the 14th Meeting of the Foreign Ministers of the Russian Federation, the Republic of India and the People's Republic of China (19 April 2016) para 6 <http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjdt_665385/2649_665393/t1356652.shtml> E.T. 05.07.2024.

¹⁴⁰ The Declaration of the Russian Federation and the People's Republic of China on the Promotion of International Law (25 June 2016) para 6 <http://www.mid.ru/en/foreign_policy/news//asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2331698> 01.02.2024.

¹⁴¹ ibid. para 6

¹⁴² ibid. para 6.

¹⁴³ Hofer (n 12) 175.

ta açık bir fikir birliği” bulunmadığı ifade edilmiştir¹⁴⁴. Yine Tzanakopoulos da günümüz uluslararası hukukunda hukuka aykırı ekonomik zorlama eylemlerinin neredeyse hiç var olmadığını ileri sürmüştür¹⁴⁵.

“Devletlerin Ekonomik Hak ve Yükümlülükleri Şartı”nın (Charter of Economic Rights and Duties of States (UN General Assembly Resolution 3281 (XXIX), 1974) 32. maddesi devletlerin tek taraflı uyguladıkları ekonomik yaptırımlara sınır çizmektedir. Bu düzenlemeye göre “Hiçbir devlet, başka bir devleti egemenlik haklarını kullanmada boyun eğmeye zorlamak amacıyla ekonomik, siyasi ya da başka türden önlemleri kullanamaz veya bu tür önlemlerin kullanılmasını teşvik edemez”¹⁴⁶. Elagab 32. maddeye ilişkin yorumunda devletlerin ret oyu vermesine rağmen 8 devletin çekimser kaldığına dikkat çekerek bu hükmün oybirliğiyle kabul edilmediğini ifade etmiştir¹⁴⁷. Elagab BM Genel Kurulu’nun 2131 (XX) sayılı Kararına, “Devletlerin İçişlerine Müdahalenin Kabul Edilemezliği ve Bağımsızlıkları ile Egemenliklerinin Korunmasına Dair Bildiri”¹⁴⁸ değinerek anılan kararın ekonomik zorlamayı açık ve kesin bir şekilde yasaklamadığını belirtmektedir¹⁴⁹. Bu bağlamda Elagab “Devletlerin Ekonomik Hak ve Yükümlülükleri Şartı”ın bağlayıcı bir belge olmadığını ve 32. maddenin ekonomik zorlamayı hukuken yasaklayan bir hüküm olarak değil, bir “ideal”i ifade eden bir beyan olarak okunması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁵⁰.

Uluslararası Adalet Divanı’nın Nikaragua’da ve Nikaragua’ya Karşı Askerî ve Paramiliter Faaliyetler (Nikaragua v. Amerika Birleşik Devletleri) davasında verdiği karar, 32. madde hükmü ile paralellik göstermektedir. Bu karara göre, müdahale yasağı veya müdahale etmeme ilkesi “tüm devletlerin veya devlet gruplarının başka devletlerin iç ya da dış işlerine doğrudan ya da dolaylı biçimde müdahalede bulunmasını yasaklamaktadır. Bu nedenle, yasaklanmış bir müdahale, her devletin egemenlik ilkesi uyarınca serbestçe karar verme yetkisine

¹⁴⁴ Note by the Secretary-General, *Economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries*, UN Doc A/48/535 (25 October 1993) point 2(a).

¹⁴⁵ Antonios Tzanakopoulos, ‘The Right to Be Free From Economic Coercion’ (2015) 4 *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 633, 633.

¹⁴⁶ UNGA Res 3281 (XXIX), Charter of Economic Rights and Duties of States (adopted 12 December 1974) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2778/download?E.T.04.06.2025>> E.T. 23.06.2025.

¹⁴⁷ Omer Yousif Elagab, *The legality of Non-forcible Counter-measures in International Law* (PhD Thesis, University of Oxford 1986) 384.

¹⁴⁸ UNGA Res 2131 (XX), Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty, UN Doc A/RES/20/2131 (21 December 1965) <<https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup15/Declaration%20on%20the%20Inadmissibility%20of%20Intervention%20in%20the%20Domestic%20Affairs%20of%20States%20and%20the%20Protection%20of%20Their%20Independence%20and%20Sovereignty.pdf>> E.T. 01.03.2025.

¹⁴⁹ Elagab (n 147) 384.

¹⁵⁰ ibid. 384. Ayrıca bkz. Hofer (n 12) 184–185.



sahip olduğu konulara ilişkin olmalıdır. Bu konular arasında bir devletin politik, ekonomik, sosyal ve kültürel sistemini belirleme ya da dış politikasını oluşturma hakkı yer almaktadır”¹⁵¹. Ancak Şimşek’in belirttiği gibi, Adalet Divanı aynı kararında; doğrudan veya dolaylı askeri güç kullanımını içeren eylemleri, iç işlerine müdahale yasağına aykırı zorlayıcı müdahale olarak değerlendirmişken, diğer devletlere yapılan ekonomik yardımların kesilmesi ve ticaret ambargosu gibi uygulamaları iç işlerine müdahale olarak nitelendirmemiştir¹⁵². Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi ekonomik karşı önlemlerin uluslararası hukuka aykırı olduğu iddiası da bulunmaktadır. Kanaatimizce özellikle tek taraflı ekonomik yaptırımların “karşı önlem” olarak alınmasını meşru kılacak koşullar dâhilinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Zira her ne kadar ekonomik baskılar ve müdahaleler, bir devletin egemen karar alma süreçlerine zorlayıcı biçimde müdahale ettiğinde iç işlerine müdahale yasağını ihlal edebilecek nitelikte olsa da her devletin ticaret yapma ya da yapmama konusunda sahip olduğu serbesti de göz ardı edilmemelidir. Zira tek taraflı ekonomik yaptırımların baskı aracı olarak kullanılmasını doğrudan yasaklayan bağlayıcı nitelikte uluslararası bir normatif düzenleme henüz bulunmamaktadır.

Ancak Türkiye’nin de diğer birçok devlet gibi tek taraflı yaptırımlara genel olarak temkinli bir yaklaşım içerisinde olduğu ifade edilebilir. Zira, Amerika ve Birleşik Krallık’ın aksine, Türkiye’nin ulusal bir yaptırım kanunu bulunmamaktadır. Her ne kadar Türkiye zaman zaman bazı tek taraflı yaptırımlar uygulamış olsa da bu tedbirleri açıkça bir “yaptırım rejimi” olarak ilan etmemiştir. Örneğin, 2012 yılında Esad rejimiyle diplomatik ilişkilerini kesmiş ve Şam’daki büyükelçisini geri çağırmıştır¹⁵³. Yine, Türkiye Mavi Marmara davası sonrasında İsrail ile bazı savunma ve ticaret anlaşmalarını askıya almıştır¹⁵⁴. Bu tedbirler doğrudan yaptırım niteliğinde olmasa da ekonomik ve diplomatik ilişkilerin sınırlandırılması şeklinde yorumlanabilir. Benzer şekilde, Fransa ile yaşanan karikatür krizi sonrasında Cumhurbaşkanı Erdoğan, Emmanuel Macron’un “mental tedaviye” ihtiyacı olduğunu söyleyerek Türk halkını ve Müslüman ülkeleri Fransız mallarını boykot etmeye davet etmiştir¹⁵⁵. Bu uygulama, devletin resmî bir yaptırımı olmasa da Cumhurbaşkanı Erdoğan’ın çağrısı toplumsal düzlemde bir yaptırım

¹⁵¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)* (Merits) [1986] ICJ Rep 108, para 205.

¹⁵² ibid. para 245. Detaylı bilgi için bkz. Şimşek (n127) 2059.

¹⁵³ Milliyet, ‘Türkiye Suriye Elçisini Geri Çekti’ (26 March 2012) <<https://web.archive.org/web/20140219172423/http://dunya.milliyet.com.tr/turkiye-suriye-elcisini-geri-cekti/dunya/dunyadetay/26.03.2012/1519878/default.htm>> 23.09.2024.

¹⁵⁴ Nergiz Başeğmez Bolaman, ‘1980 Sonrası Türkiye-Ortadoğu İlişkilerinin Türk Siyasal Hayatına Etkileri (İran, Irak, Suriye, İsrail, Mısır)’ in Ali Rıza Savaş ve Ahmet Hikmet Zabun (eds.), 1980’den Günümüze Türk Siyasal Hayatı: Siyaset, Ekonomi, Dış Politika (Özgür Yayınları 2023) 276.

¹⁵⁵ Panaroma, Türkiye – Fransa İlişkilerinde Karikatür Krizi – Zana Çitak, <https://www.globalpanorama.org/2020/11/turkiye-fransa-iliskilerinde-karikatur-krizi/> 29.09.2025.

olarak kabul edilmiştir. Bunlar gibi birçok örnekte de resmî bir yaptırım olarak ilan edilmemiştir, ancak uzun süreli ekonomik ve diplomatik izolasyon niteliğinde tedbirler alınmıştır¹⁵⁶. Sonuç olarak her ne kadar gayri-resmî tek taraflı yaptırımlar uygulanmış olsa da Türkiye'nin siber güvenlik alanındaki çalışmaları, ulusal altyapının korunması ve siber suçlarla mücadeleye odaklanmaktadır¹⁵⁷. Diğer devletlere yönelik açıkça ilan edilmiş tek taraflı siber yaptırımlar uyguladığına dair kamuya açık bir bilgi bulunmamaktadır.

SONUÇ

Siber uzayın giderek jeopolitik bir çatışma alanına dönüşmesi, klasik yaptırım mekanizmalarının günümüz koşullarına cevap vermekte yetersiz kaldığını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, hem BM Güvenlik Konseyi'nin çok taraflı kolektif yaptırımları hem de devletlerin tek taraflı olarak başvurduğu siber karşı önlemler, uluslararası hukukun yeni normatif sınamalarla karşı karşıya olduğunu göstermektedir.

Çalışmada da detaylı biçimde ele alındığı üzere, BM Güvenlik Konseyi'nin siber yaptırımlar uygulama yetkisi, BM Şartı'nın VII. Bölümü çerçevesinde hukuki temele sahiptir. Ancak bu tür yaptırımların uygulanabilirliği ve meşruiyeti, özellikle insan hakları hukuku ve insancıl hukuk açısından dikkatle değerlendirilmelidir. İfade özgürlüğü, iletişim hakkı ve özel hayatın gizliliği gibi temel haklar, siber yaptırımların hukuki sınırlarını belirlemekte önemli rol oynamaktadır.

Öte yandan, tek taraflı siber karşı önlemler, devletlerin artan biçimde başvurduğu araçlar olmakla birlikte, bağlayıcı bir uluslararası normatif düzenleme eksikliği nedeniyle ciddi meşruiyet sorunları barındırmaktadır. Atfedilebilirlik, orantılılık, geçicilik ve yalnızca zarar gören devlet tarafından uygulanma koşulları gibi unsurlar, karşı önlemlerin uluslararası hukukta hukuka uygun sayılabilmesi için zorunlu kriterlerdir. Ancak siber alanın teknik doğası, bu koşulların sağlanmasını oldukça karmaşık hâle getirmektedir.

Sonuç olarak, siber yaptırımlar ve karşı önlemler, uluslararası hukukun klasik kavramlarını dönüştürme potansiyeline sahip yeni nesil araçlardır. Ancak bu araçların etkin ve meşru şekilde kullanılabilmesi, yalnızca teknik yeterlilikle değil; aynı zamanda açık tanımlara, bağlayıcı normatif düzenlemelere ve insan haklarına duyarlı bir yaklaşımın geliştirilmesine bağlıdır. Uluslararası toplumun,

¹⁵⁶ VOA Türkçe, 'Türkiye ve Mısır Arasında Diplomatik Gerginlik' <<https://www.voaturkce.com/a/misirla-turkiye-arinda-diplomatik-gerginlik/1796256.html>> 23.03.2024. Diken, 'Suudi Arabistan'ın Türk Ürünlerine "Gayriresmi Boykotu" Büyüyor' <<https://www.diken.com.tr/suudi-arabistanin-turk-urunlerine-gayriresmi-boykotu-buyuyor/>> 23.03.2024. T.C. Dışişleri Bakanlığı, 'Türkiye-Ermenistan Siyasi İlişkileri' <<https://www.mfa.gov.tr/turkiye-ermenistan-siyasi-iliskileri.tr.mfa>> 23.03.2024.

¹⁵⁷ Bkz. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, *Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı (2024–2028)* (2024) <<https://hgm.uab.gov.tr/uploads/pages/strateji-eylem-planlari/ulusal-siber-guvenlik-stratejisi-2024-2028.pdf>> 12.04.2024.



siber alana ilişkin kuralları netleştirmek ve mevcut hukuki boşlukları doldurmak amacıyla daha yapıcı ve kapsayıcı girişimlerde bulunması artık bir gereklilik hâline gelmiştir.

KAYNAKÇA

AALCO, *Extraterritorial Application of National Legislation: Sanctions Imposed against Third Parties* (2014) 22 <<http://www.aalco.int/53rdsession/extraterritorial%202014.pdf>> E.T.07.03.2025.

Air Services Agreement of 27 March 1946 (United States v France), Decision of the Arbitral Tribunal

Akdağ İ, *Birleşmiş Milletler Tarafından Gerçekleştirilen Silahsızlanma Çalışmaları ve Türkiye'nin Bu Çalışmalara Yaklaşımı* (Master's thesis, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014).

AP, Russian Cybercrime Network Targeted for Sanctions Across US, UK And Australia, <<https://apnews.com/article/treasury-sanctions-uk-australia-russia-361e788f5482bfd787af01002af2ff4c>> E.T. 12.04.2025 .

Bayram M, 'Angola İç Savaşının Ana Aktörleri ve Uluslararası Ramifikasyonları' (2016) 6(15) *Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi* 365–383.

Benatar M and Gombeer K, 'Cyber Sanctions: Exploring a Blind Spot in the Current Legal Debate' (ESIL 2011 4th Research Forum, 2011).

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, *Report of the Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on the Enjoyment of Human Rights*, Idriss Jazairy, UN Doc A/HRC/30/45 (10 August 2015).

Bogdanova I and Callo-Muller M V, 'Unilateral Cyber Sanctions: Between Questioned Legality and Normative Value' (2021) 54 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 911-954.

Bolaman N B, '1980 Sonrası Türkiye-Ortadoğu İlişkilerinin Türk Siyasal Hayatına Etkileri (İran, Irak, Suriye, İsrail, Mısır)' in Savaş AR and Zabun AH (eds), *1980'den Günümüze Türk Siyasal Hayatı: Siyaset, Ekonomi, Dış Politika* (Özgür Yayınları 2023).

Boyle A, 'Soft Law in International Law-Making' in Malcolm D. Evans (ed), *International Law* (Oxford University Press 2014) 118–137.

Bryant R, 'What Kind of Space is Cyberspace' *Minerva-An Internet* (2001) 5 *Journal of Philosophy* 138-155.

Chatinakrob T, 'Interplay of International Law and Cyberspace: State Sovereignty Violation, Extraterritorial Effects, and the Paradigm of Cyber Sovereignty' (2024) 23(1) *Chinese Journal of International Law* 25-72.

Countering America's Adversaries Through Sanctions Act, Pub L No 115-44, 131 Stat 886 (2 August 2017) <<https://congress.gov/115/plaws/publ44/PLAW-115publ44.pdf>> E.T. 13.05.2025.

Crawford J and Baetens F, 'The Creation of States in International Law' in D Lyons (ed), *Leading Works in International Law* (Routledge 2023) 37-53.

Crawford J, 'The Relationship Between Sanctions and Countermeasures' in Mariano Garcia Rubio and Hassiba Hadj-Sahraoui (eds), *United Nations Sanctions and International Law* (Graduate Institute of International and Development Studies Vol 1, Kluwer Law International 2001).

Crawford J, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press 2002).

Çokışler E, 'Uluslararası Hukukta İkincil Yaptırımlar Açısından Amerika'nın Hasımlarıyla Mücadele Yasası' (2021) 18(69) *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 71-86.

Demirkasımoğlu N, 'Nitel Araştırma Geleneğinde Nicel Göstergelerin Kullanımı ve Genellenebilirlik Üzerine Bir Değerlendirme' (2021) 42 *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 231-242.

Denk E, *Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi* (Siyasal Kitabevi 2015).

Dias T, *Countermeasures in International Law and Their Role in Cyberspace* (Research Paper, International Law Programme, May 2024).

Domain Nedir, <<https://www.turk.net/internet-hiz-altyapi-sorgulama>> E.T. 06.05.2025.

Eckert C, Gatzert N and Schubert M, 'Analyzing Spillover Effects from Data Breaches to the US (Cyber) Insurance Industry' (2023) 29(6) *The European Journal of Finance* 669-692.

Elagab O Y, *The legality of non-forcible counter-measures in international law* (PhD Thesis, University of Oxford 1986).

Eslam H. And Tiwari G, 'Cyberspace: Reimagining Cybersecurity and Its Impact on State Sovereignty' in Mohamed Chawki and Ajith Abraham (eds), *Cybercrime Unveiled: Technologies for Analysing Legal Complexity* (Springer 2025).

European Council, Timeline - Sanctions Against Cyber-Attacks, <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions-against-cyber-attacks/timeline-sanctions-cyber-attacks/>> E.T. 13.05.2025).



European Union, Decision (CFSP) 2019/797 — restrictive measures against cyber-attacks threatening the EU or its Member States (2019).

European Union, Regulation 2019/796 — restrictive measures against cyber-attacks threatening the EU or its Member States (2019) <<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/eu-restrictive-measures-against-cyber-attacks.html>> E.T.03.03.2025.

Evans D M, *International Law* (2nd edn, Oxford University Press 2006).

Executive Order, ‘Blocking the Property of Certain Persons Engaging in Significant Malicious Cyber Enabled Activities’ (1 April 2015) <<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/04/01/executive-order-blocking-property-certain-persons-engaging-significant-m>> E.T. 28.05.2024.

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) (Judgment) [1997] ICJ Rep 7.

Ghironi F, Kim D, and Ozhan G. K, ‘International Economic Sanctions and Third-Country Effects’ (2024) 72(2) *IMF Economic Review* 611-652.

Giegerich T, ‘Retorsion’, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online edn, Oxford University Press, 2021) <<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e983?prd=MPIL>> E.T. 15.01.2025.

Cihangir N, ‘The Role of Soft Law and the Interplay Between Soft Law and Hard Law in the Context of International Human Rights’ (2017) 8(14) *Law & Justice Review* 201-219.

Hofer A, ‘The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention?’ (2017) 16(2) *Chinese Journal of International Law* 175-214.

International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (2001).

Joint Communiqué of the 14th Meeting of the Foreign Ministers of the Russian Federation, the Republic of India and the People’s Republic of China (19 April 2016) <http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjdt_665385/2649_665393/t1356652.shtml> E.T.05.07.2024.

Jones L, *Societies Under Siege: Exploring How International Economic Sanctions (do not) Work* (Oxford University Press, 2015).

Kafadar M F, ‘Uluslararası Hukukta Devletlerin Sorumluluğu Bağlamında Siber Saldırıların Atfedilebilirliği Meselesi’ (2020) 2 *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1027-1054.

Köchler H, 'Sanctions and International Law' (2019) 14(3) *International Organisations Research Journal* 27-47.

Melzer N, *Cyberwarfare and International Law* (United Nations Institute for Disarmament Research 2011).

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep 108.

Milliyet, Türkiye Suriye Elçisini Geri Çekti <<https://web.archive.org/web/20140219172423/http://dunya.milliyet.com.tr/turkiye-suriye-elcisini-geri-cekti/dunya/dunyadetay/26.03.2012/1519878/default.htm>> 23.09.2024.

Mohamad R, 'Unilateral Sanctions in International Law: A Quest for Legality' in Ali Z Marossi and Marisa R Bassett (eds), *Economic Sanctions under International Law* (T.M.C. Asser Press 2015).

Note by the Secretary-General, *Economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries*, UN Doc A/48/535 (25 October 1993).

Özkerim Güner N, *İklim Değişikliği Nedeniyle Devletlerin Sorumluluğu* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2018).

Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk* (Gözden geçirilmiş 21. baskı, Turhan Kitabevi 2022).

Peksen D, 'Better or worse? The Effect of Economic Sanctions on Human Rights' (2009) 46(1) *Journal of Peace Research* 59-77.

Prosecutor v Duško Tadić aka "Dule" (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) (ICTY, 2 October 1995).

Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (Portugal v Germany) (Naulilaa Arbitration) (1928) 2 RIAA 1011.

Reuters, UK Discovers Russian 'Espionage Tool', Sanctions GRU Officers over Cyberattacks, <<https://www.reuters.com/world/uk/uk-discovers-russian-espionage-tool-sanctions-gru-officers-over-cyberattacks-2025-07-18/>> E.T.12.04.2025.

Reveron D. S, (ed), *Cyberspace and National Security: Threats, Opportunities, and Power in a Virtual World* (Georgetown University Press 2012).

Rodríguez F, 'The Human Consequences of Economic Sanctions' (2024) 51(4) *Journal of Economic Studies* 942-963.

Rusinova V and Martynova E, 'Fighting Cyber Attacks with Sanctions: Digital Threats, Economic Responses' (2024) 57 *Israel Law Review* 135-174.



Ruys T, 'Sanctions, Retortions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework' in (eds) *Research Handbook on UN Sanctions and International Law* (Edward Elgar Publishing 2017) 19–51.

Schmitt M N (ed), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge University Press 2017).

Schmitt N M (ed), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (Cambridge University Press 2013).

Schmitt N M, 'Below the Threshold Cyber Operations: The Countermeasures Response Option and International Law' (2013) 54 *Virginia Journal of International Law* 697.

Shackelford S J and Andres B R, 'State Responsibility for Cyber Attacks: Competing Standards for a Growing Problem' (2010) 42 *Georgetown Journal of International Law* 971-1016.

Špaček S, Laštovička M, Horák M and Plesník T, 'Current Issues of Malicious Domains Blocking' in *2019 IFIP/IEEE Symposium on Integrated Network and Service Management (IM)* (IEEE 2019).

Şimşek G. E, 'Uluslararası Hukuk Açısından Ekonomik Yaptırımlar ve ABD'nin Tek Taraflı Yaptırımlarının Kısa Bir Değerlendirilmesi' (2020) 78(4) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 2049-2078.

T.C. Dışişleri Bakanlığı, 'Türkiye- Ermenistan Siyasi İlişkileri' <<https://www.mfa.gov.tr/turkiye-ermenistan-siyasi-iliskileri.tr.mfa>> 23.03.2024.

The Declaration of the Russian Federation and the People's Republic of China on the Promotion of International Law (25 June 2016) <http://www.mid.ru/en/foreign_policy/news//asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2331698> E.T.01.02.2024.

Tzanakopoulos A, 'The Right to Be Free From Economic Coercion' (2015) 4 *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 616-633.

UK Government, *Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018* (2018) <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/13/contents>> E.T.01.02.2025.

UK Statutory Instruments, *The Cyber (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2020*, No 597 (2020) <<https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2020/597/contents/made>> E.T.01.02.2025.

Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, *Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı (2024–2028)* (2024) <<https://hgm.uab.gov.tr/uploads/pages/strateji-eylem-planlari/ulusal-siber-guvenlik-stratejisi-2024-2028.pdf>> E.T. 12.04.2024.

Uluslararası Hukuk Komisyonu (International Law Commission), *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001).

UN Reports of International Arbitral Awards (RIAA) 415 (1978).

UNGA Res 2131 (XX), Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty, UN Doc A/RES/20/2131 (21 December 1965) <<https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup15/Declaration%20on%20the%20Inadmissibility%20of%20Intervention%20in%20the%20Domestic%20Affairs%20of%20States%20and%20the%20Protection%20of%20Their%20Independence%20and%20Sovereignty.pdf>> E.T.01.03.2025.

UNGA Res 3281 (XXIX), Charter of Economic Rights and Duties of States (adopted 12 December 1974) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2778/download>> E.T.04.06.2025> E.T. 12.03.2025.

UNGA Res 56/83, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (12 December 2001) UN Doc A/RES/56/83 (ARSIWA).

United Nations Human Rights Council, 'The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet' UN Doc A/HRC/32/L.20 (27 June 2016).

United Nations Security Council, 'Resolution 1718 (2006)' (14 October 2006) UN Doc S/RES/1718 (2006).

United Nations Security Council, 'Resolution 2199 (2015)' (12 February 2015) UN Doc S/RES/2199 (2015).

United Nations Security Council, 'Resolution 2341 (2017)' (13 February 2017) UN Doc S/RES/2341 (2017).

United Nations Security Council, 'Resolution 253 (1968)' (29 May 1968) UN Doc S/RES/253.

United Nations Security Council, 'Resolution 277 (1970)' (18 March 1970) UN Doc S/RES/277.

United Nations Security Council, 'Resolution 864 (1993)' (15 September 1993) UN Doc S/RES/864.

United Nations Security Council, *Letter dated 12 October 2001 from the Chairman of the Security Council Committee established pursuant to resolution 864 (1993) concerning the situation in Angola addressed to the President of the Security Council* (12 October 2001) UN Doc S/2001/966.

United Nations Security Council, *Letter dated 27 August 2019 from the Panel of Experts established pursuant to resolution 1874 (2009) addressed to the President of the Security Council* (30 August 2019) UN Doc S/2019/691.

Uzun E, *Devletin Milletlerarası Hukuka Aykırı Eyleminden Sorumluluğu* (PhD thesis, Anadolu University 2007).

Weiss T. G, ‘Sanctions as a Foreign Policy Tool: Weighing Humanitarian Impulses’ (1999) 36(5) *Journal of Peace Research* 499-509.

What Is An IP Address? How Does It Work?, <[https://www.fortinet.com/resources/cyberglossary/what-is-ip-address#:~:text=An%20Internet%20Protocol%20\(IP\)%20address,use%20the%20internet%20to%20communicate](https://www.fortinet.com/resources/cyberglossary/what-is-ip-address#:~:text=An%20Internet%20Protocol%20(IP)%20address,use%20the%20internet%20to%20communicate)> E.T.05.02.2025.

World Trade Organization (WTO), *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, WT/DS27/ARB, 9 April 1999.

Yearbook International Law Commission, 1979 Vol 2, Part 2, Report of the Commission to the General Assembly on the Work of Its Thirty-first Session, <https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1979_v2_p2.pdf> E.T.14.02.2025.

KAMU MENFAATİNİN GÖZCÜLERİ: AİHM KARARLARI İŞİĞİNDA BİLGİ UÇURANLAR

*Guardians of the Public Interest:
Whistle-Blowers Under ECHR Judgments*

Yakup YILDIRIM*

Özet

Bilgi uçurma (whistle-blowing) ve bilgi uçuran (whistle-blower) ifadeleri, son yıllarda uluslararası kuruluşların çalışmalarına ve raporlarına konu edilmiştir. Bu kavramlar ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına yansımış ve ifade özgürlüğü hakkının sağladığı güvenceler temelinde koruma sağlanmıştır. Bazı devletler, bu kavramları iç hukuklarında yasal düzeyde tanımlayarak güvence altına almıştır.

Bilgi uçurma, kamu veya özel sektörde, kamu yararına yönelik bir tehdit içeren, zarara sebebiyet veren yanlış uygulama ve eylemlere ilişkin bilgilerin kurum içi veya dışı yetkili kişilere bildirilmesi veya kamuoyuna duyurulmasıdır.

Bilgi uçurma, kamu menfaati taşıyan her alanda ve konuda bilgi ifşası yoluna gidilerek potansiyel tehditlerin ve zararların önlenmesi için bir fırsat olarak değerlendirilmelidir. Bu amacını yerine getirebilmesi için bilgi uçurma olgusunun, uluslararası kuruluşların tavsiye kararları ve mahkemelerin içtihatlarında ortaya çıkan temel ilkeler doğrultusunda kapsamı ve uygulaması hukuki belirlilik ilkesinin gereklerini sağlayacak şekilde belirli hale getirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Bilgi uçurma, bilgi uçuran, ifade özgürlüğü, Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Abstract

The terms whistle-blowing and whistle-blower have been the subject of studies and reports by international organisations in recent years. These concepts have also been the subject of the European Court of Human Rights' judgments and they have been granted protection on the basis of the guarantees offered by the right to freedom of expression. Some States have secured these concepts by laying down their definitions in their national legislation.

Whistleblowing is the disclosure of information about wrongful practices and actions in the public or private sector that pose a threat to the public interest and cause harm, to authorised persons within or outside the organisation, or to the public.

Whistleblowing should be seen as an opportunity for the prevention of potential threats and damage through the disclosure of information in all areas and matters of public interest. In order

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.03.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Hâkim, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı, Ankara/Türkiye,
E-posta: yakupyildirim44@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-2619-7230>

to fulfil this purpose, the scope and application of the whistleblowing phenomenon should be determined in accordance with the fundamental principles derived from the recommendations of international organisations and the jurisprudence of courts, and in such manner as to satisfy the requirements of the principle of legal certainty.

Keywords: Whistle-blowing, whistle-blower, freedom of expression, the Council of Europe, the European Court of Human Rights

GİRİŞ

Bilgi uçurma (whistle-blowing) ve bilgi uçuran (whistle-blower) ifadeleri, hukuki terminolojiye sonradan kazandırılan yeni kavramlar olmalarına rağmen, uluslararası kuruluşların çalışmalarına ve raporlarına konu edilmiştir. Bu kavramlar ayrıca uluslararası mahkemelerin kararlarına yansımış, ifade özgürlüğü hakkı kapsamında koruma sağlanmıştır. Bazı devletler, bu kavramları iç hukuklarında tanımlayarak yasal düzeyde güvence altına almıştır.

Bilgi uçurma kavramı, ilk olarak işçi-işveren ilişkisi ve sadakat yükümlülüğü bağlamında ele alınıp değerlendirilmiştir. Kavramın temsil ettiği olgunun, kamusal ve özel sektör kuruluşlarında çeşitli bağlamlarda daha yaygın olarak görülmesi, kavramın tanımlanması, kapsam ve içeriğinin belirlenmesi konusundaki çalışmalara da hız kazandırmıştır. Bilgi uçurma kavramına, yargısal makamlar tarafından hukuksal değerlendirme süreçlerinde daha sık yer verilmesi, konunun kavram-sallaştırılması ve yasal metinlere konu edilmesi konusunda teşvik edici olmuştur.

Whistle-blowing ve whistle-blower kavramlarına, Avrupa Konseyi'nin çeşitli mekanizmaları tarafından kabul edilen kararlarda yer verilmiştir. 2014 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından bilgi uçuranların korunmasına yönelik Tavsiye Kararının, ayrıca Avrupa Birliği (AB) tarafından 2019 yılında birlik hukuku ihlallerini bildiren kişilerin korunmasına ilişkin Direktifin kabul edilmesi söz konusu kavramlar hakkında farkındalığı daha da arttırmıştır.

Whistle-blowing kavramı hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararlarına baktığımızda, AİHM'in Avrupa Konseyi metinleri ve AB Direktifinden daha önce içtihat ürettiğini görmekteyiz. AİHM, ilk defa Guja/Moldova (no. 14277/ 04, 12 Şubat 2008) kararında konuyu ele almış, bilgi uçurma davalarını hangi temel esaslar temelinde inceleyeceğini belirlemiştir.

AİHM, bilgi uçurmayı ifade özgürlüğünün özel bir görünümü olarak yorumlamakta ve bilgi uçuranların ifade özgürlüğünün sağladığı korumadan yararlanacağını belirtmektedir. AİHM, bilgi uçurma ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün sağladığı koruma temelinde değerlendirmektedir. İfade özgürlüğü hakkını kullananlara sağlanan güvenceler, ifade özgürlüğünün haber ve bilgi verme hakkı temelinde bilgi uçurana da sağlanmaktadır.

Uluslararası kuruluşların metinlerinde ve AİHM kararlarında whistle-blowing ve whistle-blower olarak yer alan kavramların üzerinde uzlaşılan genel bir tanı-

mini bulmak zor olmakla birlikte, genel olarak kamu veya özel sektör iş ilişkileri bağlamında kamu yararına yönelik bir tehdit oluşturan veya zarara sebebiyet veren veya verme tehlikesi bulunan yanlış uygulama, hatalı işlem, yasa dışı faaliyet ve eylemlere ilişkin bilgilerin kurum içi veya dışı yetkili kişilere bildirilmesi veya kamuoyuna duyurulması eylemini bilgi uçurma, bu eylemi yapan kişiyi ise bilgi uçuran olarak tanımlamak mümkündür.

Bu çalışmamızda, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği üyesi devletlerin gündemlerinde daha fazla yer tutacağı anlaşılan bilgi uçurma kavramının uluslararası kuruluşların raporları ve kararlarında ortaya çıkışını inceleyeceğiz. Bilgi uçurma kavramının terim olarak farklı kullanımları ve tanımlama girişimleri hakkında açıklamada bulunularak, uluslararası kuruluşların belgelerinde bilgi uçurma kavramının nasıl yer aldığı değerlendirilecektir. Çalışmamızda ayrıca bilgi uçurmanın önemi, kapsamı, yöntemi hakkında açıklamalara yer verdikten sonra, AİHM tarafından konunun hangi temel ilke ve kriterler çerçevesinde değerlendirildiğini ortaya koymaya çalışacağız.

Çalışmamızın ilk amacı, uluslararası kuruluşların çalışmalarında ve mahkemelerin kararlarında giderek önemli bir yer teşkil eden bilgi uçurma kavramı ekseninde oluşturulan uluslararası standartları incelemektir. Bu standartların, ülkemizde bilgi uçurma kavramı ile ilgili yapılacak yasal bir düzenlemenin genel çerçevesinin oluşturulması bakımından önemli olduğu değerlendirilmektedir.

Çalışmamızın ikinci amacı, konunun AİHM içtihatlarına yansıyan boyutunu ele alarak, AİHM'in bu kapsamda yapılan başvuruları ele aldığı temel ilkeleri incelemektir. AİHM'e yapılan bilgi uçurma temalı başvurularda, birbiri ile çatışma ihtimali bulunan iki menfaatin dengelenmesi söz konusudur. Bir tarafta kamu menfaatine yönelik tehditlerin açığa çıkarılması amacıyla ifade özgürlüğü hakkının özel bir görünümü olan ihbar ve ifşada bulunma hakkı ile diğer tarafta kamu kuruluşlarının toplumda sahip olması gereken güven veya özel sektör kuruluşlarının ticari ve mesleki itibarları söz konusudur. Bu bağlamda, bilgi uçurmanın ifşa ettiği bilginin sahip olduğu kamu menfaati ile sır saklama yükümlülüğünün veya mesleki ve ticari çıkarın/itibarın zarar görmesi arasında nasıl bir dengeleme mekanizması kurduğu, bu dengelemenin hangi kriterler çerçevesinde yapıldığı, ifade özgürlüğü hakkının sağladığı güvencelerin ihbarda bulunana nasıl uygulandığı incelenecektir.

I. BİLGİ UÇURMA KAVRAMI

İnsan hakları hukuku literatürüne yakın zamanda eklenen bilgi uçurma kavramı İngilizce ıslık çalma anlamına gelen “whistle-blowing” sözcüğünün karşılığı olarak kullanılmaktadır. “Blow the whistle on” kavramının karşılığı; “kötü bir şeyin olmasını engellemek için diğer insanların dikkatini bir şeye çekmek”, “birisinin yaptığı yanlış, hatalı veya yasa dışı bir şeyi yetkili birine söylemek”, “yetkili kişileri veya kamuoyunu çalıştıkları şirketin yanlış veya yasa dışı bir şey



yaptığı konusunda bilgilendirme” anlamlarında kullanılmıştır¹. Bir başka ifadeyle, yanlış bir uygulama, davranış, hareket olduğunda bu yanlış eyleme önleyici bir tedbir olarak toplumun dikkatini çekmektir. Kavram, bir suç işlendiğinde polis-in çaldığı düdükle kamuoyunun ve diğer polislerin dikkatini çekmesi bir futbol karşılaşmasında hata olduğunda hakemin çaldığı düdükle oyunu durdurması gibi anlamlara gelmektedir. Bu kelime, ilk defa 1963 yılında güvenlik açısından ortaya çıkan tehlikelerin ve risklerin yer aldığı hukuki bir belgede kullanılmıştır².

Bilgi uçurma kurumunu düzenleyen bir uluslararası sözleşme henüz bulunmama-
makla birlikte birçok ülkede konu hakkında düzenlemeler içeren kanun metinleri
bulunmaktadır. Örneğin, İngiltere’de “Public Interest Disclosure Act (1998)” ve
“Employment Rights Act (ERA, 1996)” bilgi ifşasında bulunan kişilere koruma
sağlayan düzenlemelerdir. İsveç’te ciddi usulsüzlüklerle ilgili ihbarda bulu-
nan çalışanların cezalandırıcı işlemlere karşı özel olarak korunmasını sağlayan
“Whistleblowing Act (2016)” bulunmaktadır. Moldova’da “Law on Whistleb-
lowers No.122”, Kuzey Makedonya’da “Law on Whistleblower Protection”,
Letonya’da “Whistleblower Protection Law”, Litvanya’da “Law on the Protec-
tion of Whistleblowers”, Arnavutluk’ta Law No. 60/2016, “On whistleblowing
and protection of whistleblowers”, şeklinde yasal düzenlemeler bulunmaktadır³.
Amerika Birleşik Devletleri’nde ise bilgi uçurma konusu “Federal False Claims
Act (FFCA)” ve “Sarbanes-Oxley Act (SOA)” ile özel olarak düzenlenmiştir⁴.

“Whistle-blowing” kavramı, uluslararası hukuk literatüründe bu şekilde adlan-
dırılmakta ve kullanılmaktadır. Bu kavram üzerine ülkemizde yapılan çalışmalarda
kavramı tanımlamak için farklı terimlerin kullanıldığı görülmekle birlikte yaygın
olarak bir terimin ön plana çıktığı görülmektedir. Whistle-blowing kavramı, “bilgi
uçurma” şeklinde tercüme edilmiş ve kullanılmıştır. “Whistle-blower” ise, “bilgi
uçuran” olarak kullanılmıştır. Ancak, bazı çalışmalarda farklı kavramların kulla-
nıldığı da görülmektedir. Kavram hakkında yapılan çalışmalarda whistle-blowing
sözcüğünün karşılığı olarak “ihbarcılık”⁵, “ahlaki olmayan davranışların duyuru-

¹ Oxford İngilizce Sözlüğü (Oxford University Press 2024) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/upgrade/>> erişim tarihi 16 Kasım 2024

² M A Hersh ‘Whistleblowers-Heroes or Traitors?: Individual and Collective Responsibility For Ethical Behaviour’ (2002) 26 Annual Reviews in Control 243

³ Parliamentary Assembly ‘Improving the protection of whistle-blowers all over Europe’ <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=28150>> erişim tarihi 20 Aralık 2024)

⁴ Mustafa Alp, ‘Avrupa Birliği’nin 2019/1937 Sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (Whistleblowing) Yönergesi Işığında İşçinin Hukuka Aykırılıkları İfşa Etmesi’ (2021) 23 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4

⁵ Hakan Candan ve Tuba Perihan Kaya ‘İhbarcılık (Whistleblowing) ve Algılanan Örgütsel Destek Arasındaki İlişkinin İncelenmesine Yönelik Bir Kamu Kurumunda Araştırma’, (2016) 2 Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 305

rulması”⁶, “işçinin ifşa ve ihbarı”⁷, “bilgi ifşası”⁸ ifadeleri kullanılmıştır. Kullanılan bu farklı terimler, bu kavramı ifade etme konusunda bir terim birliğinin bulunmadığının, aynı olgunun farklı kelimelerle ve ifadelerle kavramsallaştırma çabalarının göstergesidir.

Ülkemizde, bilgi uçurma ve bilgi uçuran kavramları henüz yasal düzeyde tanımlama konusu yapılmamıştır. Bu alanda bir yasal düzenleme yapılması durumunda, bu olguyu tanımlamak için kullanılacak ifade, aynı zamanda bu alanda yapılacak çalışmalarda da terim birliğinin sağlanmasına yardımcı olacaktır. Çalışmamızda, ülkemizde yapılan çalışmalarda da yaygın olarak kullanılan “bilgi uçurma” ve “bilgi uçuran” kavramlarını kullanmayı tercih edeceğiz.

Bilgi uçuran kavramının tanımına ilişkin olarak yapılan açıklamalara baktığımızda genel olarak kabul edilmiş, üzerinde uzlaşmaya varılmış bir tanımının bulunmadığı görülmektedir. Bilgi uçuran, yetkili kişileri veya kamuoyunu çalıştıkları şirketin yanlış veya yasa dışı bir şey yaptığı konusunda bilgilendiren kişi olarak anlaşılmaktadır. Bilgi uçurma ise tehlikeli, yasa dışı, etik olmayan, ayrımcı olduğuna inanılan veya başka bir şekilde suiistimal içeren ve önemsiz olmayan faaliyetler hakkındaki bilgilerin genellikle mevcut veya eski kuruluş üyeleri tarafından kasıtlı olarak ifşa edilmesini veya yetkili birine bilgi verilmesini içerir. Dolayısıyla bir işletmede, örgütte veya kurumda yanlış, hatalı, hukuka aykırı uygulamaların bu konuda önlem alma yetkisine sahip kişi veya kurumlara bildirilmesi, rapor edilmesi, duyurulması eylemi bilgi uçurma, bu eylemi ve duyurma işlemini yapan kişiye ise bilgi uçuran denilmektedir.

Bilgi uçurma, çalışanlar veya eski çalışanlar tarafından işyerinde öğrenilen yanlış uygulamaların, hukuka aykırılıkların, yasa dışı eylemlerin veya ihmallerin ifşa edilmesi, açığa çıkarılmasıdır⁹. Bilgi uçurma, aynı zamanda etik değerlere uygun olmayan davranışların ve eylemlerin sorunları çözme güç ve yetkisine sahip otoritelere bildirilmesini kapsamaktadır¹⁰. Sadece bir hukuk kuralının ihlali değil aynı zamanda ahlak ve etik kurallarına hatta sözleşmelere aykırılıklar da

⁶ Sahra Saygan ve Aykut Bedük ‘Ahlaki Olmayan Davranışların Duyurulması (Whistleblowing) ve Etik İklimi İlişkisi Üzerine Bir Uygulama’, (2013) 28 [1] Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 2

⁷ Mustafa Alp ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Heinisch / Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin Ifşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü’ (2013) 15 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 385

⁸ Süleyman Uyar ve Esin Yelgen ‘Bilgi İfşası (Whistleblowing) ve Denetim’ (2015) 13 [1] Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 55

⁹ David Lewis and others ‘Whistleblowing At Work: The Results of a Survey of Procedures in Further and Higher Education’ (2001) 13 [3] Education and the Law 215; Ufuk Aydın ‘İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)’ (2002-2003) Sosyal Bilimler Dergisi 79, 81

¹⁰ Çoşkun Can Aktan ‘Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı: WHISTLEBLOWING’ (2015) 7 [2] Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi 20, 21



bilgi uçurmanın konusunu teşkil edecektir¹¹. Bilgi uçurmanın konusunu oluşturan ihmal veya sorumsuzluk içeren eylemler, başkalarına zarar verme potansiyeli taşıyan, kamu çıkarını tehlikeye atan eylemlerdir¹². Bu eylemler kamu yararına zarar verme niteliği taşıdığından dolayı kamu veya özel sektör çalışanları tarafından açığa çıkarılabilir¹³.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin (AKPM) "Bilgi Uçuranların Korunması"na ilişkin 1729 (2010) sayılı Kararında¹⁴ bilgi uçuran, "insanları riske atan yanlış davranışları durdurmak için alarima basan endişeli bireyler" olarak tanımlanmıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 30 Nisan 2014 tarihli 1198. oturumunda kabul ettiği (2014) 7 sayılı bilgi uçuranların korunması hakkında Tavsiye Kararında¹⁵ bilgi uçurana, ister kamu ister özel sektörde olsun, iş ilişkileri bağlamında kamu yararına yönelik bir tehdit veya zarara ilişkin bilgileri rapor eden veya ifşa eden herhangi bir kişi anlamında kullanmıştır.

Yapılan tanımlarda genel itibarıyla bir işyerinde meydana gelen yanlış işlem ve uygulama, yasa dışı faaliyet ve eylemlerin ortaya çıkarılması ve sorunu giderme konusunda yetkili kişilere bildirilmesi veya kamuoyuna başvurulmasının vurgulandığı görülmektedir. Bütün bu tanımlardan ortaya çıkan ortak husus yasalara, ahlaka, etik kurallara aykırı, meşru olmayan bazı faaliyetlerin bildirilmesi, ihbar edilmesi veya raporlanmasıdır. Ancak, yasa dışı olarak nitelendirilen veya algılanan eylemlerin ve faaliyetlerin meşruluk değerlendirmesi konusunda dikkatli olunması, öznel değerlendirmelerden ziyade objektif kriterler göz önünde bulundurularak bir niteleme yapılması, bu mekanizmaya müracaat edilmesi sırasında kötü amaçlı kullanımların önüne geçilmesinde etkili olacaktır. Bu durumda bilgi uçurma konusu yapılan faaliyetlerin, gerçek anlamda yasa dışı veya ahlaka aykırı eylemler ve faaliyetler olması gerekmektedir. Özel bir işyerinde veya kamusal bir kurumda, kurumun ve işyerinin meşru bir şekilde cereyan eden eylemlerine karşı dile getirilen itirazlar veya işleyişteki verimliliği arttırmaya yönelik öneriler bu kapsamda değerlendirilmeyecektir¹⁶.

Bir işyerinde veya kamu kuruluşunda sadece yasalara aykırı olan eylemler değil aynı zamanda ahlaka ve etik değerlere aykırı faaliyetler, gayrimeşru işlemler

¹¹ Alp *Whistleblowing* (n 4) 14

¹² Janet P Near and Marcia P Miceli 'Organizational Dissidence: The Case of Whistleblowing' (1985) 4 *Journal of Business Ethics* 1, 3

¹³ Anna Austin 'Bilgi uçuranlar (whistleblowers) toplumun yeni bekçileri mi?' (2012) *İfade Özgürlüğü-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler* 385, 386

¹⁴ Parliamentary Assembly 'Protection of "whistle-blowers" Resolution 1729 (2010) <<https://pace.coe.int/en/files/17851/html>> erişim tarihi 23 Kasım 2024

¹⁵ Committee of Ministers, 'Protection of whistleblowers' Recommendation 2073 (2015) <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=21936&lang=en>> erişim tarihi 23 Kasım 2024

¹⁶ Near and Miceli (n 12) 3

de bilgi uçurma konusu yapılabilir. Genel itibariyle, mevcut yasal düzenleyici işlemlere aykırılıklar konusunda bilgi verme veya kamuoyuna açıklamada bulunulmasında bir sorun görülmemektedir. Ancak ahlaka ve etik değerlere aykırılık konusunun da bu kapsamda dâhil edilmesinde dikkatli davranılması gerekmektedir. Bireylerin ahlaki ve etik değerler konusunda sahip oldukları öznel değerlendirme  l  tleri ile bilgi uçurmanın kapsamını ve sınırlarını genişletme ihtimali bulunmaktadır. Böyle bir ihtimal bulunmakla birlikte hukuki ve etik kurallar düzenlemesine konu olmayan ancak bireysel ve toplumsal ahlak duygusunu rahatsız eden davranış ve uygulamaların bilgi uçurmanın konusu yapılmasının da engellenmemesi gerektiği d   n lmektedir¹⁷.

Bilgi uçurma olgusunun “g n ll    ” esasına ba lı ahlaki bir davranış olduğu ifade edilebilir¹⁸. Yasaya ve ahlaki değerlere uygun olmayan eylemlerin duyurulması, bireysel ve toplumsal anlamda erdemli bir davranış olarak görülmelidir. Bilgi uçurma kavramı üzerine yapılan deneysel sonuçlar, ahlaki muhakeme düzeyi yüksek olan bireylerin bilgi uçurma olasılıklarının daha fazla olduğunu g stermi tir¹⁹. Bilgi uçurmanın, uygulamada pek çok negatif anlam yüklü olan “ispiyonculuk”, “j rnalcilik”, “a anlık”,²⁰ gibi bazı kavramlardan ve kelimelerden şiddetle uzak tutularak, kavramın özgün doğasının bozulmaması, kötüye kullanımların önlenmesi için herkese büyük sorumluluk düşmektedir.

II. ULUSLARARASI KURULUŞLARIN BELGELERİNDE BİLGİ UÇURMA KAVRAMI

A. Avrupa Konseyi Belgelerinde Bilgi Uçurma Kavramı

Avrupa Konseyi, Avrupa toplumlarında bilgi uçurmanın rolünün incelenmesi ve kamu yararı taşıyan bilgilerin güvenli bir şekilde açığa çıkarılmasına yönelik yapılacak yasal düzenleme ve uygulamalara yardımcı olacak temel ilkelerin belirlenmesi ve geliştirilmesine  nc     etmektedir²¹.

AKPM, 2010 yılında kabul ettiği “Bilgi Uçuranların Korunması”na ilişkin 1729 (2010) sayılı Kararında Avrupa Konseyi  yesi devletlerin birçoğunda bilgi uçuranların korunmasına yönelik kapsamlı yasaların bulunmadığı, ancak birçok devletin çeşitli alanları düzenleyen yasalarında bu konunun farklı boyutlarını d  

¹⁷ Alp I  inin I  a ve I hbarı (n 7) 389

¹⁸ Aktan (n 10) 22

¹⁹ G Liyanarachchi and C Newdick ‘The impact of moral reasoning and retaliation on whistle-blowing: New Zealand evidence’ (2009) 89 [1] Journal of Business Ethics 37, 41

²⁰ Aktan (n 10) 22-23

²¹ Council of Europe ‘Protection of Whistleblowers - Evaluation report on Recommendation CM/Rec(2014) 7 of the Committee of Ministers to member states on the Protection of Whistleblowers’ (2022) <<https://rm.coe.int/cdcj-2022-01-evaluation-report-on-recommendation-cmrec-2014-7p/1680a6fee1>> erişim tarihi 23 Kasım 2024



zenleyen kuralların bulunduğu belirtilmiştir. AKPM, üye devletlere, belirlemiş olduğu yol gösterici temel ilkeleri dikkate alarak bilgi uçuranların korunmasına ilişkin mevzuatlarının ve uygulamalarının gözden geçirilmesi tavsiyesinde bulunmuştur²². AKPM, 1916 (2010) sayılı Tavsiye Kararı²³ ile Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin bir dizi kılavuz ilkeleri hazırlaması ve bilgi uçuranların korunmasına yönelik çerçeve yasa taslağı hazırlamayı değerlendirmesi önerisinde bulunmuştur. AKPM ayrıca, 2073 (2015) sayılı Tavsiye Kararında²⁴, üye devletleri, Avrupa Konseyi bünyesinde bağlayıcılığı olan bir çerçeve sözleşmesinin hazırlanması konusunda teşvik etmiştir.

AKPM, 2013 yılında kabul ettiği, “Ulusal güvenlik ve bilgiye erişim” hakkında 1954 (2013) sayılı Kararı²⁵ ve 2024 (2013) sayılı Tavsiye Kararında²⁶, ulusal güvenlik alanında insan haklarına ve kamu yararına aykırı olan yanlış uygulamaları iyi niyetle açığa çıkaran kişilerin çeşitli yaptırımlara karşı korunmasını sağlamak amacıyla “Ulusal Güvenlik ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Küresel İlkeler”i (Tshwane İlkeleri) desteklediğini ifade etmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, (2014) 7 sayılı bilgi uçuranların korunması hakkında Tavsiye Kararı²⁷ ile bu alandaki temel ilkeleri belirlemiştir. Tavsiye Kararında, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin iş ilişkileri bağlamında kamu yararına yönelik tehdit veya zararlara ilişkin bilgileri rapor eden veya açığa çıkaran kişileri koruyacak yasal, kurumsal ve adli bir çerçeve oluşturmak için adımlar atılması tavsiye edilmiştir. Tavsiye Kararının ekinde, üye devletlere ilgili yasal düzenlemeler veya değişiklikler yapılırken veya ulusal mevzuatlarını gözden geçirirken yardımcı olacak bir dizi ilkeye yer verilmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararı, üye devletlere bilgi uçurma hakkında yapılacak yasal düzenlemeler konusunda yardımcı olacak temel ilkeleri belirlemiştir. Konunun, üye devletlerin ve Avrupa Konseyinin gündeminde daha fazla yer alması, daha kapsamlı değerlendirmelere ihtiyaç duyulması halinde, Avrupa Konseyi bünyesinde bağlayıcılığı olan bir çerçeve sözleşmesine konu edilebileceğini belirtmek gerekir.

²² Parliamentary Assembly (n 14)

²³ Parliamentary Assembly ‘Protection of “whistle-blowers” Recommendation 1916 (2010) <<https://pace.coe.int/en/files/17852/html>> erişim tarihi 23 Kasım 2024

²⁴ Parliamentary Assembly (n 14)

²⁵ Parliamentary Assembly ‘National security and access to information’ Resolution 1954 (2013) <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20190&lang=en>> erişim tarihi 23 Kasım 2024

²⁶ Parliamentary Assembly ‘National security and access to information’ Recommendation 2024 (2013), Council of Europe, <<https://pace.coe.int/en/files/20194/html>> erişim tarihi 23 Kasım 2024

²⁷ Committee of Ministers (n 21)

B. Avrupa Birliği Hukukunda Bilgi Uçurma Kavramı

Bilgi uçurma kavramı çerçevesindeki hukuki düzenlemeler, özel işletmelerin hukuk kurallarına uyumu ve yolsuzlukların önlenmesi amacıyla giderek önem kazanmaktadır²⁸. Bu alanda, yasal standartların belirlenmesi amacıyla uluslararası kuruluşlar tarafından çalışmalar yapılmaktadır. Bu çalışmalar kapsamında bilgi uçurma kavramı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyinin 2019/1937 sayılı Direktifinde²⁹ oldukça kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Kavram olarak “whistle-blower” ifadesinin kullanıldığı 23 Ekim 2019 tarihli AB Direktifinin amacının Birlik hukukunun ihlal edildiği konusunda bildirimde bulunan kişilere yüksek düzeyde koruma sağlayan ortak asgari standartları ortaya koymak, belirli alanlarda Birlik hukuku ve politikalarının uygulanmasını geliştirmek olduğu belirtilmiştir³⁰. Direktif, bilgi uçuranlara sağlanacak kapsamlı koruma için bir çerçeve oluşturmaktadır. Bu çerçevede yer alan tanımların pratik uygulamalarının çoğunu ise üye devletlerin takdir alanına bırakmaktadır³¹. AB Direktifi, üye devletlerin 17 Aralık 2021 tarihine kadar Direktifle uyumlu yasaları yürürlüğe koymalarını öngörmektedir. 17 Aralık 2023 tarihine kadar ise özel sektör tüzel kişileri ile ilgili yasal düzenlemelerin yürürlüğe konulması öngörülmektedir³².

Direktif, AİHM’in ifade özgürlüğü hakkına ilişkin içtihadından ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararı temelinde geliştirilen ilkeler esas alınarak hazırlanmıştır. Direktif, bilgi uçurmanın literal bir tanımını yapmaktaki, bunun yerine AB hukuku ihlallerini bildiren kişilerin korunmasından bahsetmektedir³³.

Tanımlar bölümünde “ihlallere ilişkin bilgilerin”; bildirimde bulunan kişinin çalıştığı veya çalışmış olduğu kurumda ya da bildirimde bulunan kişinin işi nedeniyle temas halinde olduğu veya başka bir kurumda meydana gelen veya meydana gelmesi muhtemel fiili veya potansiyel ihlallere ve bu tür ihlalleri gizleme girişimlerine ilişkin bilgiler anlamına geldiği açıklaması yapılmıştır. Rapor veya rapor etmek, ihlallere ilişkin bilgilerin sözlü veya yazılı olarak iletilmesi olarak tanımlanmıştır³⁴.

²⁸ Alp *Whistleblowing* (n 4) 3

²⁹ ‘Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law’ (Directive (EU) 2019/1937) (2019) OJ L 305 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019L1937>> erişim tarihi 25 Kasım 024

³⁰ Directive (EU) 2019/1937 (n 29)

³¹ Arielle Gerber ‘Seizing the Opportunity for Advanced Whistleblower Protections and Rewards in the European Public Prosecutor’s Office’ (2021-2022) 6 HRLR Online 313, 336

³² Directive (EU) 2019/1937 (n 29) Article 26

³³ Emil Balan and Mihaela Miruna Tudorascu ‘The Whistleblower. Evolution and Perspectives’ (2022) 10 Academic Journal of Law and Governance 53, 55

³⁴ Directive (EU) 2019/1937 (n 29) Article 5



Direktif, hem konu hem de kişi bakımından uygulama alanı bakımından oldukça kapsamlı düzenlenmiştir. Direktif, hem özel sektör çalışanlarını hem de kamu çalışanlarını kapsamaktadır. Özel sektör bakımından 50 veya daha fazla çalışanı olan şirketlerin raporlama kanalları oluşturması gerekmektedir. Direktif aynı zamanda, işle ilgili sona eren bir bağlantı sırasında bildikleri ihlallerle ilgili bilgileri rapor eden veya kamuya açıklayan kişiler için de koruma sağlamaktadır.

Direktifin konu bakımından uygulama alanı Direktifin 2. maddesinde oldukça kapsamlı bir şekilde belirlenmiştir. Kamu ihalesi, kara para aklama, terörün finansmanının önlenmesi, ulaşım güvenliği, çevrenin korunması gibi 12 farklı politika alanında direktifin uygulanacağı belirtilmiştir. Direktifin 3. maddesinde kapsam dışında kalan konular belirtilmiştir. Madde düzenlemesine göre Direktif, devletlerin ulusal güvenliklerini sağlama konusundaki sorumlulukları kapsamayacaktır. Dolayısıyla Direktif, savunma ve güvenlik hususlarını içeren kuralların ihlaline ilişkin raporlama ve bildirimlere uygulanmayacaktır. Gizli bilgilerin korunması, hukuki ve tıbbi mesleki ayrıcalıkların korunması, ceza yargılamasına dair konular ile adli müzakerelerin gizliliğine dair konularda ise Birlik hukuku ve ulusal hukuk düzenlemelerinin önceliğinin bulunduğu Direktifin 3 (3) maddesinde belirtilmiştir.

Direktifin 6 (1) maddesinde ihbarda bulunmanın koşulları düzenlenmiştir. Buna göre bilgi uçuranın Direktif kapsamında korunmaya hak kazanması için raporlama sırasında raporlanan ihlallere ilişkin bilgilerin doğru olduğuna ve bu bilgilerin bu Direktifin kapsamına girdiğine inanmak için makul gerekçelere sahip olması gerekmektedir.

Direktifte iç raporlama, dış raporlama ve kamuya açıklama olmak üzere üç raporlama yöntemi benimsenmiştir. Bir ihlalin dâhili olarak etkili bir şekilde ele alınabildiği ve ihbarda bulunan tarafın misilleme tehlikesinin söz konusu olmadığı durumlarda, dış raporlama kanalları aracılığıyla raporlama yapmadan önce iç raporlama yapılması öngörülmüştür. İç raporlama iş yerine, dış raporlama iş yeri dışındaki makamlara, kamuya açıklama ise medyaya yapılan bildirim ve açıklamaları ifade etmektedir. Kamuya açıklama, en son başvurulması gereken yöntem olmakla birlikte bu yönteme başvurulabilmesi için çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de inceleneceği üzere Direktifin 15. maddesinde sayılan özel koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Dâhili raporlama veya kurum içi bildirim, özel veya kamu sektöründeki bir tüzel kişilik bünyesinde ihlallere ilişkin bilgilerin sözlü veya yazılı olarak iletilmesi; dış raporlama veya kurum dışı bildirim, ihlallere ilişkin bilgilerin yetkili makamlara sözlü veya yazılı olarak iletilmesi olarak tanımlanmıştır. Kamuya açıklama ise ihlallere ilişkin bilgilerin kamuya açık hale getirilmesi anlamına gelmektedir³⁵.

³⁵ Directive (EU) 2019/1937 (n 29) Article 5

Bilgi uçuranların hangi koşullarda ve etkili bir şekilde nasıl korunacağı meselesi oldukça önemli bir konudur. Uluslararası metinler, devletlerin bilgi uçurunu koruma yükümlülüğünden bahsetmekle birlikte bu korumanın kapsam ve içeriği hakkındaki somut düzenlemeleri ilgili ulusal mevzuata bırakmaktadırlar³⁶. Direktifin 19. maddesinde bildirimde bulunan kişilerin karşılaşması muhtemel cezalandırıcı eylemlere ve misillemelere karşı korunmaları için gerekli tedbirlerin alınması gerektiği belirtilmiştir. Madde metninde, cezalandırıcı eylemlere örnek olarak işten çıkarma, terfinin durdurulması, rütbenin düşürülmesi, işyerinin değiştirilmesi, ücretlerin azaltılması, çalışma saatlerinin değiştirilmesi, eğitimin engellenmesi, disiplin cezası uygulanması, ayrımcılık veya haksız muameleye maruz kalma, geçici iş sözleşmesinin yenilenmemesi veya erken feshedilmesi, ruhsat veya iznin iptal edilmesi sayılmıştır.

AB Direktifi, bilgi uçurunu korumak ve bu koruma standartlarına uymayanları cezalandırmak için bir bazı tedbirler öngörmektedir³⁷. Üye devletler, etkili ve orantılı tedbirler alma yükümlülüğünde olsalar da bu tedbirlerin niteliği, içeriği ve kapsamı daha çok üye devletlerin takdir alanında kalmaktadır³⁸.

Direktifin 23. maddesinde, raporlamayı engelleyen veya engellemeye teşebbüs eden, raporlamada bulunan kişilere karşı cezalandırıcı tedbirlere başvuran veya dava açan gerçek veya tüzel kişilere etkili, orantılı ve caydırıcı cezaların üye devletler tarafından öngörüleceği belirtilmiştir.

Madde metninde ayrıca, yanlış bilgileri bilerek bildirdikleri veya kamuya açıkladıkları tespit edilen kişilerle ilgili olarak etkili, orantılı ve caydırıcı cezalar öngörüleceği, yanlış ve yanıltıcı bilgiler nedeniyle uğranılan zararların tazmin edilmesine yönelik tedbirlerin alınacağı düzenlenmiştir.

Direktifin içerdiği tanımlar, uygulamada karşılaşılması muhtemel sorunlu alanları yoruma gerek bırakmayacak şekilde geniş kapsamlı olarak düzenlemiştir. Direktif, AB üyesi ülkelerde bilgi uçuranların etkili bir şekilde korunmasını sağlayacak ortak asgari standartları belirlemektedir.

Uluslararası kuruluşların hazırladığı yol gösterici metinler ve bu kapsamda iç hukukta hazırlanan yasal düzenlemeler bu olgunun yerleşmesi bakımından bir başlangıç noktası görevi görebilirler. Ancak bilgi uçurmanın etkili ve verimli bir şekilde amacına uygun olarak işleyebilmesi bu konudaki toplumsal bilinç düzeyinin artması ve uygulamaların kültürel olarak benimsenip yerleşmesi ile

³⁶ Alp *Whistleblowing* (n 4) 24

³⁷ Arnaud Van Waeyenberge and Zachariah Davies 'The Whistleblower Protection Directive (2019/1937): Satisfactory but Incomplete System' (2021) 12 [1] *European Journal of Risk Regulation* 236, 240

³⁸ Van Waeyenberge and Davies (n 37) 243

mümkün olabilecektir³⁹. Dolayısıyla bilgi uçuranların korunması kapsamında atılan adımların etkililiği, mevcut yasalardan ziyade kurum kültürüne bağlıdır⁴⁰.

III. BİLGİ UÇURMANIN ÖNEMİ

Bilgi uçurma, iş dünyasındaki veya devlet organlarındaki kusurların belirlenmesi ve demokrasinin işlemesi açısından yararlı bir uygulama olarak görülmektedir⁴¹. Bilgi uçuranlar, açık ve şeffaf bir toplumda oldukça önemli bir role sahiptirler. Demokratik bir toplumda onların bu fonksiyonlarının etkililiğini sağlamak için, hem yasal düzeyde hem de uygulamada güçlü koruma sağlanması demokratik bir toplumda önemli bir gösterge olacaktır. Bireylerin cezalandırılma korkusu olmaksızın görüşlerini özgür bir şekilde ifade etme hakkı bulunmaktadır. Ancak bu hakkın kullanılması, özellikle nefret söylemi, başkalarının itibarının korunması gibi bazı sınırlara sahip olmalıdır⁴².

Bilgi uçurma, ifade özgürlüğünün özel bir görümü olarak değerlendirilmektedir. Bilgi uçurmanın konusu kamu yararına yönelik ciddi tehdit, tehlike ve hata içeren durum ve uygulamalar olduğundan dolayı kamusal tartışma bakımından da önem taşımaktadır. AİHM Heinisch/Almanya kararında bilgi uçurmanın kamusal tartışma bakımından önemini ortaya koymuştur⁴³.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararında kamu menfaatine yönelik tehditler veya zararlara ilişkin bilgileri rapor eden veya ifşa eden bireylerin (“bilgi uçuranlar”) şeffaflığın ve demokratik hesap verebilirliğin güçlendirilmesine katkıda bulunabileceği belirtilerek bilgi uçurmanın temel konusunun kamu menfaatine yönelik tehditler olduğu belirtilmiştir⁴⁴. AB Direktifinde de bilgi uçurma faaliyetinde bulunan kişilerin, kamu yararına yönelik tehdit veya zararlara ilişkin bilgileri rapor ederek ifade özgürlüğü haklarını kullandıkları belirtilmiştir⁴⁵.

AİHM, kamunun genel ilgisini çeken konularda yapılan tartışmanın ifade özgürlüğü bağlamında korunmasını değerli bulmaktadır. Kamu yararı taşıyan ve toplumun genel ilgisini çeken konularda, bilgi ve fikir açıklamalarına daha

³⁹ Vigilencia Abazi ‘The European Union Whistleblower Directive: A ‘Game Changer’ for Whistleblowing Protection?’ (2020) 49 [4] Insutrial Law Journal 640, 654

⁴⁰ Kate Kenny *Whistleblowing: Toward a New Theory* (Harvard University Press 2019) 16

⁴¹ Wolfgang Benedek and Matthias C Kettmann *Freedom of Expression and the Internet* (Council of Europe 2014) 28

⁴² Parliamentary Assembly ‘Improving the protection of whistle-blowers all over Europe’ <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=28150>> erişim tarihi 20 Aralık 2024

⁴³ Benedek and Kettmann (n 41) 126

⁴⁴ Committee of Ministers (n 21) para 5

⁴⁵ Directive (EU) 2019/1937 (n 29) para 31

fazla koruma sağlandığı görülmektedir⁴⁶. Kamusal yarar taşıyan konularda ifade özgürlüğüne sağlanan bu geniş koruma alanı, demokratik tartışma ortamının sağlanmasına olumlu bir katkı sunduğu gibi, “demokratik toplum kriteri”nin asli unsurlarından olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin de gerçekleşmesini sağlamaktadır. Bu yaklaşım şüphesiz ki, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumda taşıdığı önemin ve demokrasinin temelini oluşturmasının bir yansımasıdır.

İfade özgürlüğünün farklı bir görünümü olan ve AİHM’in yorumuyla ifade özgürlüğünün sağladığı güvencelerden yararlanan bilgi uçurma, kamusal menfaate yönelik tehditler veya zararlara ilişkin bilgilerin rapor edilmesi veya açıklanması sürecinde kamunun genel çıkarına hizmet etmesi nedeniyle önemli bir olgu olarak değerlendirilmelidir.

IV. BİLGİ UÇURMANIN KAPSAMI

A. Konu Bakımından Kapsamı

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararında, kamu yararına yönelik bir tehdit veya zarar içeren eylem ve ihmallere karşı bilgilerin raporlanması veya açığa çıkarılması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, bilgi uçurma kavramının kapsam olarak temel unsurunu kamu yararı kavramı oluşturmaktadır. Kamu yararının, hangi temel unsurları taşıdığı, neyi temsil ettiği veya bileşenlerinin neler olduğunu belirlemek şüphesiz ki ilgili devletin takdir alanı içerisinde kalmaktadır. Kamu yararı kavramı genel olarak kamunun veya toplumun refahı veya esenliği olarak anlaşılmaktadır⁴⁷. Ancak belirtmek gerekir ki kamu yararı kavramı, insan haklarının ihlaline yol açan bütün hukuka aykırılıkları içerecek şekilde yorumlanmalıdır⁴⁸. Tavsiye Kararında da üye devletlerin yasal çerçevelerinin en azından hukuk ve insan hakları ihlallerinin yanı sıra kamu sağlığı ve güvenliği ile çevreye yönelik riskleri açıkça belirtmesi ve bu doğrultuda tasarlanması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁹.

Bilgi uçurma kavramının kapsamına genellikle sağlık ve güvenliğe aykırı veya bunları tehlikeye düşüren faaliyetler ile çevreye zarar veren veya zarar verme potansiyeli taşıyan faaliyetler girmektedir. Ancak bilgi uçurmanın kapsamına kamu menfaatini tehdit eden bütün olay ve olgular girdiğinden, bilgi uçurmayı içerik olarak belli konularla sınırlandırmak doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Bu

⁴⁶ Dirk Voorhoof ‘Defamation and Libel Laws in Europe-The Framework of Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR)’ (1992) 13 [4] Tolley’s Journal of Media Law and Practice 254, 257; Leto Cariolou ‘Circumnavigating the Conflict between the Right to Reputation and the Right to Freedom of Expression’ in *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights* (Editörler: Stijn Smet and Eva Brems) (Oxford 2017) 179

⁴⁷ Council of Europe ‘Protection of Whistleblowers: A Brief Guide for Implementing a National Framework’ (2015) 8 <<https://rm.coe.int/16806ffbc>> erişim tarihi 2 Aralık 2024

⁴⁸ Council of Europe (n 21) 35

⁴⁹ Committee of Ministers (n 21) para 1



doğrultuda, bilgi uçurma kapsam olarak sağlık, çevre, güvenlikle ilgili hususların yanı sıra konusu suç oluşturan hukuka aykırı her türlü eylemi ve yasal yükümlülüklerle aykırılık teşkil eden faaliyetleri de kapsamaktadır.

Bilgi uçurmanın kapsamına toplum sağlığına uygun olmayan ürünlerin üretilmesi, vergi kaçakçılığı, ekonomik suçlar, iş hukukuna aykırılıklar, sosyal ve mali hakların sağlanmaması gibi hususların girdiği kabul edilmektedir⁵⁰. Çeşitli meslek gruplarının, özel sektör işletmelerinin faaliyetlerinin düzenlendiği yasal metinlerde belirlenen kuralların yanı sıra işletmelerin üye olduğu meslek örgütlerinin, sivil toplum kuruluşlarının veya bizzat ilgili işletmenin belirlediği kurallara aykırı, toplumun genel yararına uygun olmayan faaliyetlerde bulunulması bilgi uçurmanın konusu olabilecektir⁵¹.

Bilgi uçurmanın kapsamına hangi konuların gireceği AB Direktifinde oldukça geniş bir şekilde sayılmıştır. Direktifte; kamu ihalesi, mali hizmetler, ürünler ve piyasalar ile kara para aklama ve terörün finansmanının önlenmesi, ürün güvenliği ve uygunluk, ulaşım güvenliği, çevrenin korunması, radyasyondan korunma ve nükleer güvenlik, gıda ve yem güvenliği, hayvan sağlığı, halk sağlığı, tüketicinin korunması, özel yaşamın ve kişisel verilerin korunması, ağ ve bilgi sistemlerinin güvenliği konularında Birlik hukuku ihlallerini bildiren kişilerin korunmasına yönelik ortak asgari standartların belirleneceği ifade edilmiştir⁵². Sayılan bu alanlar ve konular, dinamik bir süreçte sahip olan insan hakları hukukunun gelecekte kamu menfaatini ihlal eden konularda daha fazla bilgi raporlamayı koruma ihtiyacına göre genişleyebilecektir.

Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararında ve AB Direktifinde ulusal güvenliği ilgilendiren hususlarda açıklama ve raporlama yapılması bilgi uçurma faaliyeti kapsamında değerlendirilmemiştir. Ancak, AKPM'nin 1729 (2010) sayılı Kararında, bilgi uçuranlar hakkında çıkarılacak yasanın silahlı kuvvetler mensuplarını da kapsamı gerektiği belirtilmiştir⁵³. Özellikle, ulusal güvenlik konusunda üzerinde mutabakata varılmış bir tanımlamanın bulunmayışı, her ülkenin güvenlik algısının ve güvenliğe tehdit olarak gördüğü faktörlerin farklılık göstermesi nedeniyle ortak bir güvenlik anlayışı çerçevesinin yokluğu bu istisnayı haklı kılmaktadır.

Bilgi uçurmanın konu itibarıyla kapsamı, bu alanda kabul edilmiş uluslararası bir sözleşmenin bulunmaması nedeniyle ülkelerin tercihleri ve öncelikleri doğrultusunda belirlenmektedir. Örneğin Fransa'da 2016 yılına kadar bilgi uçuranlara yolsuzlukla mücadele, sağlık ve çevrenin korunması gibi sektörel bazda

⁵⁰ Alp İşçinin İfşa ve İhbarı (n 7) 388 Aktan (n 10) 21

⁵¹ Alp İşçinin İfşa ve İhbarı (n 7) 388

⁵² Directive (EU) 2019/1937 (n 29) Article 2

⁵³ Parliamentary Assembly (n 14) Article 6.1.2



koruma sağlanırken, 2016 yılında çıkartılan genel bir kanunla⁵⁴ daha geniş bir koruma sağlanmışır⁵⁵.

Bilgi uçurma hakkında yapılan tanımlarda, bilgi uçurmanın mutlaka kamu yararı gerektiren bir husus hakkında olması gerektiği ifade edilmektedir. Kamu yararı kavramı yasal düzenlemelerde, uluslararası mahkeme kararlarında farklı şekillerde yorumlanabilmektedir. Dolayısıyla, kamu yararı kavramının içeriğinin ve kapsamının nasıl belirleneceği hususunda ortak bir anlayış bulmak oldukça zordur⁵⁶. Açıklanan bilgilerin, kamu yararı taşıyıp taşımadığı her somut olayın koşulları doğrultusunda yargı makamları tarafından belirlenecektir. Kamu menfaatine aykırı uygulamaları bildiren kişilere yönelik sağlanacak korumanın çerçevesinin belirlenmesi kapsamında bağlayıcılığı olan bir uluslararası sözleşmenin bulunması, bu alanda temel standartların belirlenmesinde yardımcı olacaktır. Bilgi uçuranların korunmasına yönelik yasal çerçevenin bulunması, konu itibarıyla bir sınırlama bulunmadan kamu yararına yönelik tüm tehditlerin ve zarar risklerinin önlenmesi konusunda güvenceli bir alan teşkil edecektir.

B. Kişi Bakımından Kapsamı

İfade özgürlüğü hakkını düzenleyen uluslararası sözleşmelere bakıldığında bu özgürlüğün kullanılması bakımından kişi yönünden bir sınırlamaya yer verilmediği, bütün bireylerin bu hakkı kullanma özgürlüğüne sahip olduğu görülmektedir. Her birey, statüsü ve fonksiyonu önemli olmaksızın ifade özgürlüğü hakkına sahiptir⁵⁷. AİHS'nin ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen 10. maddesinde "herkesin" ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.

Kamu menfaatine aykırı faaliyetlerin duyurulmasını sağlayan bilgi uçuranların, esasında ifade özgürlüğü haklarını kullandıkları için bilgi uçurma eyleminin öznesi olmak bakımından bir sınırlamaya maruz kalmamaları gerektiği değerlendirilmektedir. Kamusal menfaate tehdit algısı hakkında bilgi sahibi her birey, kamu veya özel sektörde çalışmasına bakılmaksızın bilgi uçurmanın sağladığı güvenceye sahip olmalıdır. Bu kapsamda, yapılan işin ücretli olup olmaması, iş ilişkisinin niteliği önemli olmamalıdır. İş ilişkisi henüz başlamamış veya sona ermiş bireylerin, işe alım sürecinde veya sözleşme öncesi müzakere aşamalarında ilgili işyeri veya kurumda kamu menfaatine yönelik bir tehdit veya zarara ilişkin bilgi sahibi olması durumunda da bu kişilerin eylemleri bilgi uçurma kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁸. AB Direktifi, bilgi uçuranların kapsamını Bakanlar Komitesi

⁵⁴ "Sapin II" Kanunu olarak adlandırılan 9 Aralık 2016 tarihli "Şeffaflık, Yolsuzlukla Mücadele Tedbirleri ve Ekonomik Hayatın Modernizasyonu Hakkında Kanun"

⁵⁵ Parliamentary Assembly (n 42) para 8

⁵⁶ David Lewis 'Is public interest test for workplace whistleblowing in society's interest?' (2015) 57 [2] International Journal of Law and Management 141, 152

⁵⁷ William A Schabas *The European Convention on Human Rights* (Oxford 2015) 455

⁵⁸ Committee of Ministers (n 21) paras 3-4; Directive (EU) 2019/1937 (n 29) Article 4

tesisi Tavsiye Kararından daha geniş tutarak, bir iş ilişkisi kapsamında öğrenilen ve daha sonra sona eren ihlallere ilişkin bilgileri bildiren veya kamuoyuna açıklayan kişilere de koruma sağlamaktadır.

Tüzel kişiler, raporlama yapan kişinin tüzel kişinin sahibi olması, tüzel kişi için çalışması veya tüzel kişiyle başka bir şekilde profesyonel olarak bağlantılı olması halinde, Direktif tarafından sunulan korumadan dolayı olarak faydalanabilir⁵⁹. Direktifin sağladığı korumanın neden tüzel kişilere doğrudan tanınmadığı belirsizdir. Bu yaklaşımda, çevre koruma alanında faaliyet gösteren veya çevre hukuku ihlallerini ortaya çıkaran bir sivil toplum kuruluşunun, Direktifin sunduğu korumadan faydalanamayacağı sonucu çıkmaktadır⁶⁰.

Bilgi uçuranlar, kamu yararı taşıyan bilgilere ulaşmayı kolaylaştırma konusunda oldukça önemli bir role sahip olmakla birlikte aynı zamanda kendileri açısından ciddi riskler taşıyan bir duruma da yol açmaktadırlar. Bu nedenle bilgi uçuranlar, yasal düzeyde ve uygulamada en yüksek düzeyde korumayı hak etmektedirler⁶¹.

V. BİLGİ UÇURMANIN YÖNTEMLERİ

Bilgi uçurmanın konusunun, kamu menfaatine zarar verme tehlikesi içeren veya genel toplumsal çıkarlara aykırılık taşıyan bir faaliyete ilişkin olması gerekmektedir. Söz konusu bilginin, kişilik haklarının ihlalinin içermeyecek nitelikte doğru ve güvenilir olması önemlidir. Önemsiz nitelikte, kamuoyunun ilgisini çekmeyen, ayrıca hukuka ve etik değerlere de aykırılık içermeyen hususlarda yapılan raporlama faaliyeti bilgi uçurma kapsamında değerlendirilmeyecektir⁶².

Kamu menfaatine aykırı eylem ve faaliyetler tespit edildikten sonra sorunun çözümü noktasında etkili tedbirler alınması için atılacak adımların tespiti oldukça önem taşımaktadır. Sorunun tespitinden sonra, ilgili mekanizmaları harekete geçirmek için sorunu açığa çıkarmak ve aktarmak, sorun hakkında bilgilendirmede bulunmak ikinci önemli adımı oluşturmaktadır. Bilgi sahibi kişi, kamu menfaatine zarar veren hatalı uygulamalar hakkında sahip olduğu bilgiyi başka kişi ve kurumlara veya medyaya aktararak sorunlu gördüğü olayın açığa çıkmasını sağlayabilir. Bilgi uçurmanın hukuken korunabilmesi için açığa çıkarma sürecinde belirli adımların takip edilmesi gerekmektedir⁶³.

Çalışanın işletme veya kurum içinde karşılaştığı problemli uygulamalara ilişkin bilgiyi işletme, kurum veya organizasyon içinde ilgili kişilere bildirmesi “iç raporlama veya iç bildirim” olarak tanımlanmaktadır. İlgili kişiler veya makamlar kurumun üst yönetimi, denetim birimi veya sorunun çözümü konusunda yetkili

⁵⁹ Directive (EU) 2019/1937 (n 29) Article 4/4.c

⁶⁰ Van Waeyenberge and Davies (n 37) 239

⁶¹ Gerber (n 31) 315-316

⁶² Aydın (n 9) 86

⁶³ Aydın (n 9) 86

kişi ve makamlar olabilir. İç raporlama, özel veya kamu sektöründeki bir tüzel kişilik bünyesindeki ihlallere ilişkin bilgilerin sözlü veya yazılı olarak iletilmesi anlamına gelir. Raporlamanın, organizasyon veya kurum dışındaki yetkili kişi, makam veya basına yapılması ise “dış raporlama veya dış bildirim” olarak tanımlanmaktadır⁶⁴. Dış raporlama, sahip olunan bilginin idari ve adli makamlar, yazılı ve görsel medyaya iletilmesidir. Kamuya açıklama ise ihlallere ilişkin bilgilerin kamuya açık hale getirilmesidir⁶⁵.

Dış bildirim, ilgili kurumların veya işletmelerin itibarı üzerinde de olumsuz etki bırakacağından incelemelerin ve düzeltici işlemlerin daha hızlı başlatılmasını ve sonuçlanmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla dış bildirim, tespit edilen sorunların giderilmesinde ve değişimi hızlandırmada daha etkili olmaktadır⁶⁶. Ancak iç bildirim mekanizmaları kullanılmaksızın, haklı ve özel bir gerekçe bulunulmaksızın doğrudan medyaya bilgilerin açıklanmasının bilgi uçuranlara sağlanan korumayı zayıflatacağı da savunulmaktadır⁶⁷.

Bilgi uçuranların, kamu yararına aykırılık taşıdığını düşündükleri bilgiyi ifşa ederken ölçülü davranması, sorunun öncelikle kurum veya işletme içi mekanizmalar kullanılarak, işverene ve kuruma daha az zarar veren araçlara başvurulması gerekmektedir⁶⁸. Ölçülülük değerlendirmesi, ifşa ve ihbarın medya aracı kılınarak yapılması durumunda özellikle önem taşımaktadır⁶⁹. Bilgi uçuranlar, ilk önce iç bildirim mekanizmalarını kullanmalıdırlar. İç bildirim kanallarının mevcut sorunlu alanı çözmekte yetersiz kalması durumunda dış bildirim başvurulmalıdır⁷⁰. Bilgi uçuranlar, sahip oldukları bilgi konusunda objektif, nitelikli ve güçlü delillere sahip olmaları durumunda dış bildirim tercih etmektedirler⁷¹. İç ve dış bildirim, yazılı veya sözlü bir şekilde aleni olarak yapılabileceği gibi kimlik bilgilerinin gizlenmesi suretiyle zımni bir şekilde de yapılabilmektedir⁷².

Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı ve AB Direktifinde de bilgilerin raporlanması için üç mekanizma öngörülmüştür. Bu raporlama şekilleri, bir kurum veya kuruluş içindeki iç raporlama kanalları aracılığıyla iç raporlama; ilgili kamu ku-

⁶⁴ Terry Morehead Dworkin and Melissa S Baucus ‘Internal vs. External Whistleblowers: A Comparison of Whistleblowing Processes’ (1998) 17 [12] Journal of Business Ethics 1281; Aktan (n 8) 22

⁶⁵ Directive (EU) 2019/1937 (n 29) Article 5

⁶⁶ Dworkin and Baucus (n 64) 1286

⁶⁷ Aydın (n 9) 87

⁶⁸ Alp *Whistleblowing* (n 4) 9

⁶⁹ Kemal Eroğlu ve Gizem Sarıbay Öztürk, ‘İş Hukuku ve Örgütsel Boyutuyla Haber Uçurma (Whistleblowing)’ Sevinç Köse ve Mustafa Alp (ed.) Örgütsel Davranış ve İş Hukukuna Yansımaları (1. Baskı, Seçkin 2020) 364

⁷⁰ Terry Morehead Dworkin and Janet P Near ‘A Better Statutory Approach to Whistle-Blowing’ (1997) 7 [1] Business Ethics Quarterly 1, 4

⁷¹ Dworkin and Baucus (n 64) 1284

⁷² Aktan (n 10) 24



rumlarına, kolluk kuvvetlerine, adli mercilere veya denetleyici kurumlara yapılan dış raporlama ile basına, kamuoyuna, parlamentoya yapılan açıklamalardır. Her iki metinde de raporlama yöntemleri arasında bir öncelik sıralaması yapılmamıştır. Söz konusu bilgileri, dış raporlamaya konu yapmadan veya kamuya/basına açıklamadan önce iç raporlama yöntemine başvurulması gerekmemektedir. Bilgi uçuran bu anlamda karar verme özgürlüğüne sahip olmakla birlikte, Tavsiye Kararında, her olayın kendine özgü koşullarının en uygun kanalı belirleyeceği ifade edilmiştir⁷³. Telifisi imkânsız zararların ortaya çıkma tehlikesinin bulunması, yakın ve önlenemez tehdidin bulunması veya dâhili raporlama mekanizmalarından etkili sonuç alma olasılığının açık bir şekilde zayıf olması durumunda derhal kamuya veya basın kuruluşlarına başvurulması bilgi uçurmanın amacına uygun bir yaklaşım olacaktır.

Bilgilerin kamuoyu ve basınla paylaşılmasının gerekçesini AİHM, demokratik bir sistemde, hükûmetin eylemleri ya da ihmallerinin sadece yasama ve yargının denetiminde değil aynı zamanda medya ve kamuoyunun da denetimi altında bulunması gerektiğini belirterek açıklamıştır. Belli bir bilgi için kamuoyunun yararının büyüklüğünün, kanunun dayattığı gizlilik yükümlülüğünden de üstün olabileceği ifade edilerek⁷⁴, medya ve kamuoyunun siyasal örgütlerin denetlenmesindeki rolüne bir kez daha vurgu yapılmıştır.

Bilgi uçurmanın, sahip olduğu bilgileri bildirmesi bakımından öngörülen raporlama yöntemleri arasında bir öncelik sıralaması yapılmamakla birlikte, söz konusu bilgilerin öncelikle birinci derece sorumlu olan kurum veya organizasyon içinde telefi edici mekanizmalara başvurulması gerektiği değerlendirilmektedir. Çünkü mevcut soruna en yakın konumda bulunan ve birinci derecede sorumluluğu bulunan kişi veya organların, sorunun tespiti ve telafi edici etkili adımlar atma konusunda daha hızlı hareket ederek müdahale edebilecekleri düşünülmektedir. Ayrıca, hukuki sorumluluk ilgili kişi veya kuruma ait olduğundan sorumlulara telafi edici mekanizmaların kullanılması konusunda da fırsat tanınmalıdır. Bu kapsamda, kurum ve işletmeler dâhili raporlama prosedürleri belirlemeli ve bunları uygulamaya koymalıdır. İç raporlama sistemine başvurulmadan kamuya bir açıklama yapılması halinde, bu durum bilgi uçurana sağlanacak koruma düzeyinin belirlenmesinde dikkate alınabilecektir⁷⁵.

AB Direktifinde, iç ve dış raporlama usulleri ve takip prosedürleri hakkında oldukça ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Direktifte, kamuoyuna yapılan açıklamalarda bilgi uçurmanın korunabilmesi için bazı kriterlerin yerine getirilmesi aranmıştır. Düzenlemeye göre bireyin, daha önce iç ve dış bildirimde bulunması veya doğrudan dış bildirimde bulunması ve bu bildirim üzerine Direktifte

⁷³ Committee of Ministers (n 21) para 12; Directive (EU) 2019/1937 (n 29) paras 7-11

⁷⁴ Guja v Moldova [GC] App no 14277/04 (ECHR12 February 2008) para 74

⁷⁵ Committee of Ministers (n 21) para 25

öngörülen zaman periyodu içerisinde⁷⁶ uygun bir işlem yapılmaması durumunda doğrudan kamuoyuna paylaşımda bulunulabilecektir. Kamuoyuna raporlama yapan bireyin, Direktif kapsamında korunmaya hak kazanmasının ikinci koşulu ise ihlalin kamu yararına yönelik yakın veya açık bir tehlike oluşturabilecek acil bir durum veya geri dönüşü olmayan bir zarar riski içermesi veya dış raporlama olduğunda kişinin misillemeye uğrama riskinin bulunması, delillerin gizlenebileceği, yok edilebileceği ya da bir makamın ihlalin faili ile gizli bir anlaşma içinde olabileceği gibi durumlar nedeniyle davanın özel koşullarının ihlalin etkili bir şekilde ele alınma ihtimalini düşürmesi konusunda makul gerekçelerin bulunmasıdır⁷⁷. Bu koşulların bulunması durumunda kamuoyuna açıklamada bulunan birey, Direktifin sağladığı korumadan yararlanacaktır. Kamuoyuna yapılacak açıklamalar ve raporlamalar konusunda bazı koşulların öngörülmüş olmasının öncelikli amacının, dâhili ve harici raporlama sistemini etkin bir şekilde kullanmak olduğu düşünülebilir. Kamuoyu ile yapılacak paylaşımlarda sağlanacak korumanın koşula bağlanmasının ikinci amacının, kamu ve özel sektör kuruluşlarının kanıta dayanmayan, asılsız ihbarlar karşısında itibarlarına yapılacak saldırılar karşısında korunmalarına yönelik olduğu değerlendirilmektedir.

VI. KORUMA TEDBİRLERİ VE YAPTIRIMLAR

Bilgi uçurma olgusunun etkili bir şekilde kullanılabilmesi için kapsamı, yöntemi ve koşullarının belirlenmesi kadar süreç içinde bazı güvencelerin de yasal olarak temin edilmiş olması gerekmektedir. Bu güvenceler, hem sürecin belirli öngörülebilirlikte ilerlemesini sağlayacak hem de bilgi uçurmanın çeşitli yaptırımlara karşı korunmasına yardımcı olacaktır.

Bilgi uçuranların, kimliklerinin gizli tutulmasını isteme hakkına sahip olmaları bu güvencelerden en önemlisi teşkil etmektedir. Bilgi rapor eden bireyin kimliğinin, bu bireyin açık rızası olmaksızın, bildirimleri almak ve takip etmek için kurulan sistemde yetkili kişiler haricinde başkası tarafından bilinmemesini sağlayacak gizliliğin temin edilmesi gerekmektedir⁷⁸. Bu gizlilik, sadece bilgi uçurmanın kimliği ile sınırlı olmamalı, başta çocuklar, savunmasız bireyler olmak üzere mağdurların da kimliklerinin gizli tutulmasını öngörmelidir.

Bilgi uçurmanın, raporlama yaparken veya açıklamada bulunurken iyi niyetle hareket etmesi gerekmektedir. Bilgi uçurmanın, söz konusu bilginin doğru olduğuna ve kamu yararı açısından bildirilmesi veya açıklanmasının gerekli olduğuna inanmak için makul ve haklı gerekçelerinin bulunması durumunda iyi niyetle hareket

⁷⁶ AB Direktifinin 11 / 2 (d) bendine göre, raporlama yapan kişiye üç ay veya usulüne uygun olarak gerekçelendirilmiş durumlarda altı ayı aşmamak üzere makul bir süre içinde geri bildirimde bulunulmalıdır.

⁷⁷ Directive (EU) 2019/1937 (n 29) Article 15

⁷⁸ Committee of Ministers (n 21) para 18; Directive (EU) 2019/1937 (n 29) Article 16



ettiği varsayılmalıdır⁷⁹. Bilgi uçurana sağlanan koruma, raporlama ve açıklamanın içeriği konusunda hatalı değerlendirme yapılmış olması veya kamu yararına yönelik algılanan tehdidin gerçekleşmemiş olması durumunda da sağlanmalıdır⁸⁰. AİHM, bilgi uçuranın iyi niyetle ve bilginin gerçek olduğu kanaatiyle hareket etmiş olmasına vurgu yapmıştır. AİHM, kişisel bir husumet duymak, maddi bir kazanç elde etmek, kişisel bir avantaj sağlamak gibi gizli bir amaç taşıyan eylemin korunmayacağını belirtmiştir⁸¹.

Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararında, “yanlış ve yanıltıcı bilgilerin bildirilmesi veya açıklanması nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak zarar görenlerin, genel hukuk kuralları kapsamında sağlanan koruma ve çözüm yollarına sahip olması” gerektiği belirtilmiştir⁸². AB Direktifinde de yanlış ve yanıltıcı bilgileri bildiren veya kamuya açıklayanlar hakkında etkili, orantılı ve caydırıcı cezaların üye devletler tarafından öngörülebileceği düzenlenmiştir. Bu tür raporlama ve kamuya açıklamalardan dolayı oluşan zararların tazminine yönelik tedbirler alınacaktır. Ayrıca, raporlamayı engelleyen veya engellemeye teşebbüs edenler ile bildirimde bulunan kişilerin kimliklerinin gizliliğini koruma yükümlülüğünü ihlal edenler hakkında da caydırıcı tedbirler alınacaktır⁸³. Dolayısıyla, bilgi uçuranın raporlama ve kamuya açıklama yönündeki iyi niyetli faaliyetleri için öngörülen güçlü koruma sistemi, yanlış ve yanıltıcı raporlama ve açıklamalar nedeniyle zarar gören kişilerin mağduriyetlerinin telafi edilmesi yönünden de sağlanmalıdır.

Bilgi uçuranlar, bu eylemlerinin neticesi olarak çalıştıkları kurumlarda, işyerlerinde işveren veya onun adına hareket eden kişiler tarafından herhangi bir cezalandırıcı işleme maruz kalmamalıdır. Bu işlemler kişinin görev yaptığı kurumun, organizasyonun faaliyet alanına göre farklılık göstermekle birlikte işten çıkarma, terfiinin engellenmesi, rütbenin düşürülmesi, ücretlerin azaltılması veya kesilmesi, çalışma saatlerinin değiştirilmesi, disiplin tedbiri uygulanması, geçici bir iş sözleşmesinin yenilenmemesi veya erken feshedilmesi gibi cezalandırıcı ve ayırmacı muameleler şeklinde kendini gösterebilmektedir. Bu tarz cezalandırıcı işlemlerin yasal düzeyde önlenmesi, bu işlemlerde bulunanlar için gerektiğinde cezai, hukuki ve idari mekanizmaların işletilebilmesi için gerekli tedbirlerin alınması bilgi uçurmanın etkililiğini arttıracaktır. Bilgi uçuranın, makul gerekçelere dayanarak doğruluğuna inandığı raporlama ve açıklamalar neticesinde cezalandırıcı ve ayırmacı muameleye maruz kaldığını ispatlaması gerekmektedir. Bu durumda, söz konusu işlemin bilgi uçuranın raporlama veya açıklama faaliyeti

⁷⁹ Parliamentary Assembly (n 42) para 56

⁸⁰ Committee of Ministers (n 21) para 22

⁸¹ Guja v Moldova [GC] App no 14277/04 (ECHR12 February 2008) para 93

⁸² Committee of Ministers (n 21) para 10

⁸³ Directive (EU) 2019/1937 (n 29) Article 23

neticesinde olmadığını, usulüne uygun ve haklı gerekçelere dayandığını ispatlamak ise işverenin sorumluluğundadır⁸⁴.

Bilgilerin elde edilmesi yöntemi başlı başına yasal düzenlemelerde konusu suç teşkil eden bir faaliyet oluşturmadığı takdirde, bilgilerin elde edilmesi sürecine ilişkin olarak bilgi uçuranın sorumluluğu yoluna gidilmeyecektir. Ancak bilgilere erişim usulünün, suç olarak düzenlenmiş bir eylem olarak tanımlanması durumunda ise ilgili kişinin cezai sorumluluğu mevcut yasalar bağlamında gündeme gelecektir⁸⁵.

Bilgi uçurma olgusunun hukuksal anlamda etkili bir şekilde korunabilmesi iki faktörün gerçekleşmesine bağlıdır. Bunlardan birincisi, bilgi uçuranın, raporlama kanallarını kullandıktan sonra bu bildirimin belirli bir neticeye ulaşmasıdır. İkinci olarak, raporlamaya konu edilen yanlış uygulamaların engellenmesi, tekrarının önlenmesi amacıyla tedbir alınması büyük önem taşımaktadır. Çünkü bilgi uçurmanın etkililiğini sağlamanın yolu yanlış uygulamaların, ihmallerin bilgi uçurmaya konu edildikten sonra makul bir zaman dilimi içinde, başkalarına ve kamunun geneline zarar verme ihtimalini ortadan kaldırmakla sağlanabilecektir⁸⁶.

VII. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA BİLGİ UÇURMA

A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında “Whistle-blowing” Teriminin Kullanımı ve Tanımı

Bilgi uçurma olgusunun hukuki boyutu, bilgi uçuranlara sağlanan korumanın düzeyi, ilgili devletlerin sorumluluğu son yıllarda AİHM’in de gündeminde yer almıştır. AİHM kararlarında, bilgi uçurma kavramının karşılığı olarak “whistle-blowing” ifadesi kullanılmıştır. AİHM’in bu konuda ilk defa verdiği Guja/Moldava kararında “whistle-blowing” kavramını, Mahkeme’nin değerlendirmesinin yer aldığı kısımda kullanmakta biraz çekimser görüldüğü, sadece davanın taraflarının iddia ve savunmalarında kullandıkları haliyle bu kavramı kullanmayı tercih ettiği anlaşılmaktadır. AİHM bu kararında, “whistle-blowing” kavramını değerlendirme kısmında kullanmamış olsa da bilgi uçuranların korunmasına yönelik önemli bir eşik oluşturan içtihadını geliştirmiştir. AİHM’in bu alanda vermiş olduğu ikinci karar olan Heinisch / Almanya kararında ve daha

⁸⁴ Committee of Ministers (n 21) para 25; Directive (EU) 2019/1937 (n 29) Article 21/5

⁸⁵ Directive (EU) 2019/1937 (n 29) Article 21/3

⁸⁶ Janet P Near and Marcia P Miceli ‘Effective Whistle-Blowing’ (1995) 20 [3] The Academy of Management Review 679, 681

sonra verdiği kararlarda⁸⁷ ise “whistle-blowing” ve “whistle-blower” kavramını kullandığı görülmektedir⁸⁸.

Kavramın tanımlanması konusunda ise AİHM’in bir tanımlama girişiminde bulunmadığı görülmektedir. AİHM, yakın zamanda verdiği Halet/Lüksemburg kararında bilgi uçurma kavramının bugüne kadar kesin bir hukuki tanıma konu olmadığını, soyut ve genel bir tanımlama yapmaktan her zaman kaçındığını ifade etmiştir⁸⁹.

⁸⁷ Bucur and Toma v Romania App no 40238/02 (ECHR 8 January 2013); Gawlik v Liechtenstein App no 23922/19 (ECHR 16 February 2021); MedžlisIslamske Zajednice Brčko and Others v Bosnia and Herzegovina [GC] App no 17224/11 (ECHR 27 June 2017). AİHM’in MedžlisIslamske Zajednice Brčko and Others / Bosna Hersek kararına konu başvuruda başvuranlar, Brcko bölgesindeki bir Müslüman topluluğu ile üç etnik sivil toplum kuruluşundan oluşuyordu. Başvuranlar, bölgenin en yüksek makamlarına bir mektup göndererek, çok etnikli kamu radyo istasyonunda editör olarak görev yapan ve aynı zamanda yönetici olarak atanması önerilen şahsın, Müslümanlara ve Boşnaklara saygısızlık yapan eylemlerde bulunması nedeniyle atama prosedürü hakkında şikâyetlerde bulunmuşlardır. Kısa bir süre sonra, mektup üç farklı günlük gazetede yayımlanmıştır. Başvuranlar, radyoya yönetici olarak atanması önerilen şahsa hakaretten sorumlu tutulmuş ve tazminat ödemeye mahkûm edilmişlerdir. Başvuranların ifade özgürlüğü ile söz konusu kişinin itibarının korunması arasındaki dengenin sağlanmasında AİHM Büyük Dairesi, ilgili kriterlerin somut davaya uygulanması neticesinde altıya karşı onbir oyla, ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede, başvuranların durumunun bilgi uçuranlar gibi yorumlanamayacağını belirtmiştir.

⁸⁸ Heinisch v Germany App no 28274/08 (ECHR 21 July 2011)

⁸⁹ Halet v Luxembourg App no 21884/18 (ECHR 14 February 2023) para 156. Başvuran, olayların geçtiği tarihte müşterilerine denetim, vergi danışmanlığı ve yönetim danışmanlığı hizmetleri sağlayan özel bir şirkette çalışmaktaydı. Söz konusu şirket, müşterisi olan gerçek ve tüzel kişiler adına vergi beyannamesi hazırlama faaliyeti ile müşterilerinin vergiye tabi faaliyetlerine uygulanacak vergi mevzuatını vergi otoritelerinden talep etme şeklinde özetlenebilecek ‘peşin vergi anlaşmalarını’ hazırlama faaliyetini yürüten bir şirkettir. Çok uluslu şirketler adına hareket eden bu şirket ile Lüksemburg vergi makamları arasında 2002 ve 2012 yılları arasında imzalanan son derece avantajlı vergi anlaşmaları olduğu ve vergi kaçırıldığı konusunda kamuoyunun dikkatini çekmek amacıyla 2012 ve 2014 yılları arasında yüzlerce belge çeşitli medya kuruluşları tarafından yayınlanmıştır. Ortaya çıkan ifşaatların ardından başvuran, 2012 yılında çok uluslu şirketlere ait on dört vergi beyannamesini ve iki kapak mektubunu bir gazeteciye teslim etmiştir. Başvuranın E.P. adlı gazeteciye verdiği 16 adet belge ‘Uluslararası Araştırmacı Gazeteciler Konsorsiyumu (ICIJ) tarafından 5 ve 6 Kasım 2014 tarihlerinde internette paylaşılmıştır. Bu yayınlar ICIJ tarafından “Luxleaks” olarak tanımlanmıştır. Yaşanan bu olayın ardından şirket gerçekleştirdiği iç denetimler sonucunda 16 adet belgenin başvuran tarafından gazeteciye verildiğini tespit ederek başvuranın iş sözleşmesine 29 Aralık 2014 tarihinde son vermiştir. Başvuranı yargılayan ilk derece mahkemesi 29 Haziran 2016 tarihinde başvuranın işverenlerine karşı hırsızlık yapmak, bilişim sistemine hileli şekilde erişim sağlamak, ticari gizliliği ihlal etmek, mesleki gizliliği ihlal etmek ve hileli şekilde bilişim sisteminden elde ettiği bilgileri bulundurmak suçlarından 9 ay hapis cezası ve 1.000 Euro adli para cezası ile mahkûmiyetine karar vermiştir. Başvuranın ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini inceleyen AİHM, başvuran hakkında verilen cezai mahkûmiyetin niteliğini ve caydırıcı etkisini dikkate aldıktan sonra, ifade özgürlüğü hakkına, özellikle de bilgi verme özgürlüğüne yapılan müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı sonucuna varmıştır. Bu sebeple AİHM, başvuranın Sözleşme’nin 10. Maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM, kavramın literal olarak tanımlanması konusunda sessiz kalmakla birlikte Guja / Moldova kararında bilgi uçurma olgusunun içeriğini açıklamıştır. AİHM, söz konusu davanın konusunun, bir kamu görevlisinin öğrendiği bilgiler hakkında iç raporlamada bulunması ile ilgili olduğunu ve bu konuyu daha önceki kararlarında ele almadığını belirtmiştir. Bu bağlamda mevcut davanın, bilgi uçurmanın kamu görevlisinin müdahalesi olmaksızın ortaya çıkan Stoll / İsviçre⁹⁰ kararına konu olaydan farklı olduğunu ifade etmiştir. Kamu görevlileri, sözleşmeli veya kadrolu olmaları dikkate alınmaksızın, görevlerini icra ettikleri sırada yayınlanması veya açığa çıkarılmasında kamu yararı bulunan, sır niteliğinde bilgilere erişebilirler. Kamu görevlileri tarafından iş yerinde tespit edilen, kanuna aykırı davranış ve tutumların ihbar edilmesi bazı durumlarda korunmalıdır⁹¹. Böylelikle AİHM, bilgi uçurma olgusunun içeriğini açıklamakta ve kavramın oldukça geniş bir tanımını dolaylı olarak vermektedir.

AİHM, kavramın tanımlanması konusundaki yaklaşımını Heinisch / Almanya kararında da sürdürmüştür. Bu kararda, kamu görevlisinin söz konusu olduğu Guja / Moldova kararında bilgi uçurmanın korunması kapsamında belirtilen ilke ve şartların, özel hukuk iş ilişkilerinde de uygulanabilir olduğunu ve çalışanların işverenin yasadışı bir davranış veya eylemini bildirme hakları ile işverenin

⁹⁰ Stoll v Switzerland [GC] App no 69698/01 (ECHR 10 December 2007). AİHM'in Stoll / İsviçre kararı gizli stratejik bir belgenin yayımlanması nedeniyle bir gazetecinin mahkûm edilmesi hakkındadır. Başvuru, Dünya Yahudi Kongresi'yle İsviçre bankaları arasında yürütülen pazarlıklarla ilgili İsviçre Hükûmeti'nin uygulayacağı stratejiyi gösteren ve İsviçre'nin Amerika büyükelçisine ait olan gizli bir raporu, gazeteci olan başvurunun basında yayımlamasından dolayı para cezasına mahkûm edilmesi hakkındadır. Mahkeme başvuruca ceza kanunun 293. maddesi anlamında "gizli resmi görüşmeleri" yayımlamaktan 800 İsviçre francı (yaklaşık olarak 476 Euro) para cezasına mahkûm etmiştir. Başvurunun bu karara karşı yaptığı itirazlar, Federal Mahkeme tarafından reddedilmiştir. AİHM bu kararda, gazetecilerin gizli bilgileri yayımladıkları zaman ifade özgürlüklerine yapılan müdahalenin haklılığını değerlendirmek için beş kriter ve bazı alt kriterler belirlenmiştir. AİHM, yapmış olduğu değerlendirmede başvuranın ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

⁹¹ Guja v Moldova [GC] App no 14277/04 (ECHR 12 February 2008) para 72. AİHM'in bilgi uçurmanın hakkındaki verdiği ilk karar Guja / Moldova başvurusu, bir Başsavcılık çalışanı, devam eden soruşturmalara siyasi müdahaleyi gösteren resmi mektupları basına sızdırdığı için işten çıkarılması ile ilgilidir. Bu başvuruya konu olayda, başsavcılığın basın servisini yöneten başvuran ulusal bir gazeteye başsavcının almış olduğu iki mektubu göndermiştir. Bu mektuplardan birincisi, Parlamento başkan yardımcısının başsavcıya, haklarında yasadışı tutma ve mahkûmlara kötü muamele suçlaması bulunan dört polis hakkında cezai soruşturma yapılmaması talebini içeren bir mektupla birlikte gönderdiği bir notta ibaretti. Bir bakan yardımcısı tarafından başsavcı yardımcısına gönderilmiş olan ikinci mektup, polislerden birisinin daha önce mahkûmlara şiddet uygulamaktan mahkûm olduğunu ama sonradan affedildiğini ifade ediyordu. Bu mektupları aldıktan sonra gazete görevi kötüye kullanmanın Moldova'da yaygın olan bir problem olduğunu belirten bir makale ve iki mektubun örneğini yayımlamıştır. Başvuranın, meslektaşlarına danışmadığı ve gizli belgeleri açıkladığı gerekçesiyle işine son verilmiş, yeniden işe alınması için açtığı davadan bir sonuç elde edememiştir. AİHM, başvurunun ifade özgürlüğüne, esas olarak bilgiyi aktarma hakkına, yapılan müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığı ve ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

şöhret ve ticari çıkarlarının korunması hakkının dengelenmesinde uygulanacağını belirtmiştir⁹².

AİHM bölgesel bir insan hakları koruma mekanizması ve aynı zamanda bir içtihat mahkemesidir. Mahkeme her bir başvuruyu, somut olayın kendine has koşullarını göz önünde bulundurarak değerlendirmektedir. Dolayısıyla AİHM, kendisini ilerde bağlayacak kavramsal tanımlamalardan ziyade, AİHS ile koruma altına alınan temel haklar ile bu hakların tanımından ve yorumundan yola çıkarak bir değerlendirme yapmaktadır. AİHS, AİHM'in toplumsal gereksinimlere cevap veren dinamik yorum yöntemi sayesinde günümüzün gerekleri, koşulları ışığında yorumlanmaktadır⁹³. AİHM, dinamik yorum yöntemi ile “whistle-blower”, “whistle-blowing” gibi kavramları içtihatlarında kullanmış ve AİHS kapsamında değerlendirilen temel hak ve özgürlükler alanına dâhil etmiştir.

B. İfade Özgürlüğü Hakkının Özel Bir Görünümü Olarak Bilgi Uçurma

İfade özgürlüğü hakkından kimlerin yararlanabileceği konusunda kategorik olarak bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Bu özgürlüğün öznesi AİHS’de “herkes” olarak belirtilmiştir. Kamu görevlileri ile özel sektör çalışanları da birey olarak ifade özgürlüğü hakkına sahip olup, kamusal tartışma konusu olaylar hakkında görüşlerini ifade edebilmektedirler. Kamu ve özel sektör çalışanları, görevlerini yerine getirirken bazen hassas, gizli ve önemli nitelikte bilgilere erişebilmekte ve bu bilgileri paylaşmaları ve açıklamaları nedeniyle ifade özgürlüğü sınırlamalarına maruz kalabilmektedirler⁹⁴.

İfade özgürlüğü hakkını güvence altına alan AİHS’in 10. maddesine göre bu hak, kamu makamları tarafından müdahale olmaksızın ve ulusal sınırlar dikkate

⁹² Heinisch v Germany App no 28274/08 (ECHR 21 July 2011) para 64. Heinisch / Almanya kararı bir hemşirenin, özel bir işveren tarafından yapılan tıbbi bakım ve tedavideki eksiklikleri ihbar eden bir şikâyet dilekçesi vermesinden dolayı işten atılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir. Başvurucu, çalıştığı işyerinde personel eksikliğinden kaynaklı iş yoğunluğundan ve yapılan tedavilerle ilgili tutulan özetlerin eksik olmasından dolayı işverene şikâyetle bulunmuştur. Başvuran bir süre sonra savcılığa şikâyetle bulunmuştur. Başvurucunun, çalıştığı şirket tarafından işten çıkarılması üzerine iç hukukta yapmış olduğu başvurunun aleyhine sonuçlanması üzerine ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM’e başvurmuştur. AİHM yapmış olduğu incelemede, başvurunun iş akdinin ön bildirimsiz bir şekilde feshedilmesinin orantısız olduğunu ve ulusal mahkemelerin, işverenin şöhretini koruma gerekliliği ile başvurunun ifade özgürlüğünü koruma gerekliliği arasında adil bir denge kuramadıklarını belirtmiştir. AİHM, netice olarak başvuranın ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

⁹³ Jean Pierre Marguenaud ‘İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yorum Yöntemleri’ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004) 50; A Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (10. Baskı Turhan Kitabevi Ankara 2013) 142

⁹⁴ Dirk Voorhoof and Patrick Humblet ‘The Right to Freedom of Expression in the Workplace under Article 10 ECHR’ in *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation* (Editörler: Filip Dorssemont, Klaus Lörcher ve Isabelle Schömann) (Oxford-Portland-Oregon 2013) 242

alınmaksızın görüşlere sahip olma, bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma özgürlüğünü içermektedir. AİHS’de ifade özgürlüğünün en yalın hali olan düşün-
cenin özgür bir şekilde dış dünyaya aktarılmasının yanı sıra, bununla bağlantılı
olarak diğer bazı özgürlükler de güvence altına alınmıştır⁹⁵. İfade özgürlüğü, bazı
hak ve özgürlükler ile yakın bir ilişkiyi gündeme getirmektedir. İfade özgürlüğü,
diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını da gündeme getirdiğinden aslında
diğer özgürlükler için bir kavşak/eksen özgürlük pozisyonunda bulunmaktadır⁹⁶.

İfade özgürlüğü hakkı, mesleki ilişkiler bağlamında ortaya çıkan durumlara
da uygulanabilir bir şekilde geniş yorumlanmaktadır⁹⁷. İfade özgürlüğü, sadece
kamu hukuku hükümlerine tabi olarak çalışanlar açısından değil aynı zamanda
özel hukuk hükümleri kapsamında işveren ile çalışan arasındaki ilişkiler bağla-
mında da uygulanabilir bir niteliğe sahiptir⁹⁸.

Özel hukuk hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda,
bilgi uçuranın ifade özgürlüğü hakkının korunması devletin pozitif yükümlülük-
lerini doğurmaktadır. Devletlerin, ifade özgürlüğü hakkının kullanımına engel
olacak kısıtlamalarda bulunmama şeklindeki negatif yükümlülüğünün yanı sıra
bu hakkın aktif ve etkili bir şekilde kullanılmasını sağlama konusunda pozitif
yükümlülükleri bulunmaktadır. Pozitif yükümlülükler kapsamında alınması ge-
reken tedbirler her somut olayın özelinde farklı olmakla birlikte AİHM’in üye
devletleri bilgi uçuranların korunmasına yönelik mevzuatlarını değerlendirmeye
davet etmesi, devletin alması gereken pozitif yükümlülük kapsamında değerlendirilebilir.
AİHM, Halet / Lüksemburg kararında, AK Parlamenterler Meclisinin 1729
(2010) sayılı Kararına, Bakanlar Komitesinin (2014) 7 sayılı Tavsiye Kararına,
AB’nin 2019/1937 sayılı Direktifine atıfta bulunmuştur. AİHM, Avrupa Konseyi
üyeleri devletleri bilgi uçuranların korunmasına yönelik olarak mevzuatlarını yeni
standartlara uygun olarak düzenlemeye davet etmiştir⁹⁹.

⁹⁵ Jean François Flauss ‘The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression’ (2009) 84 [3] Indiana Law Journal 809-810

⁹⁶ Flauss (n 95) 813-814; Atilla Yayla ‘İfade Özgürlüğü Nedir ve Niçin Gereklidir’ (2008) 50 Liberal Düşünce 159, 160

⁹⁷ Koudechkina v Russia App no 29492/05 (ECHR 26 February 2009) para 85. AİHM’in Koudechkina / Rusya kararına konu olayların geçtiği dönemde, 18 yıldan uzun bir süredir hâkim olan başvuran, Moskova Şehir Mahkemesi’nde görev yapmaktaydı. Başvuran, yüksek yargı ve savcılık yetkililerini, yüksek profilli bir ceza davasıyla bağlantılı olarak kendisine baskı yapmakla alenen suçladığı için 2004 yılında yargıdan ihraç edildiğini iddia etmiştir. Başvuranın ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği şikayetini inceleyen AİHM, verilen yargı hizmetinden çıkarılma cezasının orantısız derecede ağır olduğunu ve yargı kurumlarının etkililiğine ilişkin kamusal tartışmalara katılmak isteyen hâkimler üzerinde “caydırıcı bir etki” yaratabilecek nitelikte olduğunu değerlendirmiştir. AİHM, başvuranın ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

⁹⁸ Palomo Sánchez and Others v Spain [GC] App no 28955/06 (ECHR 12 September 2011) para 59

⁹⁹ Halet v Luxembourg App no 21884/18 (ECHR 14 February 2023) paras 55-58



Ayrıca AİHM'in Heinisch / Almanya kararında, başvurunun özel bir işveren tarafından yapılan tıbbi bakım ve tedavideki eksiklikleri ihbar eden bir şikâyet dilekçesi vermesinden dolayı ön bildirimsiz bir şekilde işten atılması işlemine karşı başvurunun yaptığı başvurunun ulusal yargı mercileri tarafından reddedilmesi pozitif yükümlülüğün ihlali kapsamında nitelendirilebilir¹⁰⁰.

Çalışanın işyerinde öğrendiği olumsuzlukları ifşa ve ihbar hakkı esas olarak ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilen bir haktır. Çalışanın ifşa ve ihbar hakkına getirilecek bir kısıtlamada, o kişinin ifade özgürlüğü hakkına getirilmiş bir sınırlama niteliğinde olacaktır¹⁰¹. Çalışanın, işyerindeki hukuka aykırılık teşkil eden durumları ifşa ve ihbar etmesinin işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturup oluşturmadığı öğretide tartışılan bir husus olmakla birlikte¹⁰², ifade özgürlüğü hakkının sağladığı geniş koruma alanı, çalışanın hukuka aykırılıkları bildirmesinin kamu yararı göz önünde bulundurulduğunda daha üstün olduğunu göstermektedir.

AİHM, iş yerlerinde tespit edilen yasa dışı davranış veya eylemlerin çalışanlar tarafından bildirilmesinin bazı koşullarda korunması gerektiğini belirtmektedir. Bu kişilerin ifade özgürlüğü haklarının korunmasının, ilgili memurun iş yerinde neler yaşandığını bilen tek kişi olması ve dolayısıyla işverenini veya kamuoyunu uyararak kamu yararı bağlamında hareket etmek için en iyi konumda bulunması halinde gerekli olabileceği belirtilmiştir¹⁰³. Buna rağmen, ifşa konusu bilgilere ayrıcalıklı ve münhasır bir erişimi olmayan, hizmetiyle ilgili gizlilik veya takdir yetkisine sahip olmayan, söz konusu bilgileri ifşa etmesi nedeniyle işyerinde herhangi bir yaptırıma maruz kalmadığı anlaşılan bir memur tarafından bilgilerin açıklanması, bilgi uçurma olarak değerlendirilemez¹⁰⁴.

AİHM, AİHS'in ifade özgürlüğü hakkını koruyan 10. maddesi kapsamında bilgi uçuranların korunmasına yönelik bir içtihat hukuku geliştirmiştir. AİHM bilgi uçurma kapsamında vermiş olduğu kararlarda, ifşa ve ihbar hakkının ifade özgürlüğünün sağladığı korumadan faydalanması, dolayısıyla hukuka uygun bir şekilde kullanımına yönelik bazı temel ilkeler belirlemiş ve sınırlamalar getirmiştir¹⁰⁵.

AİHM de bilgi uçurma ile ilgili başvuruları AİHS'in 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü temelinde ele alıp incelemektedir. AİHM'in içtihat

¹⁰⁰ Heinisch v Germany App no 28274/08 (ECHR 21 July 2011)

¹⁰¹ Mustafa Alp, Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi-Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu-(Whistleblowing) (1. Baskı, Beta 2013) 106

¹⁰² Eroğlu ve Sarıbay Öztürk (n 69) 362

¹⁰³ Guja v Moldova [GC] App no 14277/04 (ECHR 12 February 2008) para 72; Heinisch v Germany App no 28274/08 (ECHR 21 July 2011) para 63

¹⁰⁴ Wojczuk v Poland App no 52969/13 (ECHR 9 December 2021) paras 85-89

¹⁰⁵ Gülsevil Alpagut, 'İfşa-İhbar Hakkına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları' Alpay Hekimler (ed.), Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı (1 Baskı, Legal 2021) 9

hukuku ile sağladığı bu koruma, konu hakkında özel bir yasal düzenlemenin bulunmaması halinde dahi bilgi uçuranlar için asgari düzeyde bir koruma alanı temin etmektedir¹⁰⁶.

C. Bilgi Uçurma Başvurularının “Demokratik Toplumda Gerekli Olma” Kriteri Bakımından Değerlendirilmesi

Bilgi uçuranlar, ifade özgürlüğü hakkı kapsamında haber ve bilgi verme özgürlüğünü kullananlar kategorisinde değerlendirilmektedir. İfade özgürlüğü hakkına, AİHS’in 10. maddesi ile sağlanan güvenceler bilgi uçurana da sağlanmaktadır. Bireyin ifade özgürlüğü hakkına yapılan bir müdahalenin AİHS’in 10. maddesinin 2. fıkrası temelinde meşru sayılabilmesi için gerçekleştirilen müdahalenin “yasayla öngörülmüş olması”, “müdahalenin meşru amaçlara dayanması” ve “müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması” aranmaktadır.

İfade özgürlüğü hakkına yapılan bir müdahalenin, AİHS’de belirtilen standartlar kapsamında meşruluğunu belirlemeye çalışan ölçütlerden en geniş kapsam ve içerikte, ayrıca sonuç üzerinde belirleyici olanı demokratik toplumda gerekli olma ölçütüdür. Bu ölçütün uygulamasında, ulusal makamlar ifade özgürlüğü hakkına müdahalede bulunurken kullandıkları tedbirin demokratik toplumda gerekliliğinin belirlenmesinde bir takdir alanına sahip olmakla birlikte, bu takdir alanı sınırsız olmayıp AİHM denetimine tabi bulunmaktadır.

AİHM, uygulanan tedbirlerin haklılığını ortaya koyacak “ilgili ve yeterli gerekçe”nin yerel mahkemeler tarafından ortaya konulup konulmadığını belirleme yetkisini kendinde muhafaza etmektedir¹⁰⁷. İfade özgürlüğü hakkının kullanılmasına ilişkin yapılacak sınırlama ya da müdahale ilgili ulusal yasalarda veya diğer düzenleyici işlemlerde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmeli, müdahalenin gerekliliği ve haklılığı kanıtlanmalıdır. İfade özgürlüğü hakkına yapılan bir müdahalenin yasayla öngörülmüş olması ve meşru amaçlara sahip olması durumunda bile müdahale demokratik bir toplumda gerekli değilse ifade özgürlüğü hakkının ihlali söz konusu olacaktır.

Demokratik toplum kavramının unsurları; çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla, ifade özgürlüğünü sınırlama ölçütleri değerlendirilirken, o ölçütlerin herhangi bir anlamı değil, demokratik bir toplumun değerleri ile bağdaşan anlamının esas alınması gerekmektedir¹⁰⁸.

Bu anlamda demokratik toplumda gerekli olma ölçütü, bilgi uçurma davalarında da oldukça önem taşımaktadır. AİHM, ilk defa Guja / Moldova kararında,

¹⁰⁶ Van Waeyenberge and Davies (n 37) 237

¹⁰⁷ D J Harris vd. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Türkçe birinci baskı Avrupa Konseyi 2013) 456

¹⁰⁸ Mustafa Erdoğan *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku* (3. baskıdan tıpkı basım Hukuk Yayınları Ankara 2018) 159



bilgi ifşasında bulunan kişilerin Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü hakkının sağladığı korumadan yararlanıp yararlanmayacağını incelemiştir. AİHM, demokratik toplumda gerekli olma kriterini bilgi uçurma kapsamında incelediği davalarda uygularken bu dava türüne has bir takım alt kriterler geliştirmiştir.

AİHM, yapılan başvurularda ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahale yönünden yaptığı incelemede, bilgi uçurmanın ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin meşru amaçlarla yapıp yapılmadığını değerlendirmektedir. Bilgi uçurmanın ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin gizli nitelikteki bilgilerin ifş edilmesini önlemek, kamu kuruluşlarına olan güveni korumak, mesleki itibar ve ticari çıkarın korunması, başkalarının itibarının ve haklarının korunması gibi gerekçelerle meşru olup olmadığı incelenmektedir. Dolayısıyla, farklı hakların ve hukuksal çıkarların dengelenmesi söz konusudur. Bu dengelemede AİHM, bilgi açıklamasının kamuya sağladığı menfaat ile sır saklama yükümlülüğünün ihlali veya mesleki itibar ve ticari çıkarın korunması arasındaki dengenin kamu menfaati yönünden daha ağır gelmesi gerektiğini aramaktadır.

AİHM, Guja / Moldova kararında kamu sektöründe çalışanların bilgi ifşası nedeniyle ifade özgürlüğünün sağladığı korumadan yararlanıp yararlanamayacağını incelemiş, daha sonra yapılan benzer başvuruları da bu kararda ortaya çıkan kriterler çerçevesinde incelemiştir¹⁰⁹. Mahkeme, özel hukuka tabi bir iş ilişkisi kapsamında yapılan başvuruda da yine aynı kriterleri kullanarak değerlendirmeye bulunmuştur¹¹⁰.

AİHM, 14 Şubat 2023 tarihli Halet/Lüksemburg Büyük Daire kararında bilgi uçuranların korunmasına dair Avrupa'da ve uluslararası alandaki gelişmeler doğrultusunda söz konusu kriterleri tekrar değerlendirme fırsatı elde ettiğini belirterek bu kriterleri daha kapsamlı bir şekilde incelemiştir. AİHM'in bugüne kadar verdiği kararlardan¹¹¹ hareketle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin orantılılığını değerlendirmek için belirlediği bu kriterler aşağıda incelenecektir.

¹⁰⁹ Bucur and Toma v Romania App no 40238/02 (ECHR 8 January 2013); Gawlik v Liechtenstein App no 23922/19 (ECHR 16 February 2021)

¹¹⁰ Heinisch v Germany App no 28274/08 (ECHR 21 July 2011)

¹¹¹ AİHM'in bilgi uçurma hakkında verdiği kararlar şunlardır: Marchenko v Ukraine App no 4063/04 (ECHR 19 February 2009); Koudechkina v Russia App no 29492/05 (ECHR 26 February 2009); Balenović v Croatia App no 28369/07 (ECHR 30 September 2010); Bathellier v France App no. 49001/07 (ECHR 12 October 2010); Stanculescu v Romania App no 14621/06 (ECHR 22 November 2011); Heinisch v Germany App no 28274/08 (ECHR 21 July 2011); Bucur and Toma v Romania App no 40238/02 (ECHR 8 January 2013); Gawlik v Liechtenstein App no 23922/19 (ECHR 16 February 2021); MedžlisIslamske Zajednice Brčko and Others v Bosnia and Herzegovina [GC] App no 17224/11 (ECHR 27 June 2017); Wojczuk v Poland App no 52969/13 (ECHR 9 December 2021); Halet v Luxembourg App no 21884/18 (ECHR 14 February 2023); Langner v Germany App no 14464/11 (ECHR 17 September 2015); Aurelian Oprea v Romania App no 12138/08 (ECHR 19 January 2016); Rubins v Latvia App no 79040/12 (ECHR 13 January 2015); Soares v Portugal App no 79972/12 (ECHR 21 June 2016)

1. Kullanılan Yöntemler

AİHM, öncelikle bilgi uçurmanın sahip olduğu bilgileri kamuoyuna açıklamadan önce alternatif kanallara sahip olup olmadığını incelemiştir. AİHM, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığını değerlendirmek için öncelikle başvuranın kamuoyuna açıklama yapmadan önce eleştirdiği durumu telafi edici başka imkânlarla sahip olup olmadığını değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda, bilgi uçurmanın kamu yararına aykırı olduğunu düşündüğü uygulama hakkında kamuoyuna açıklama yapmadan önce üstü konumunda bulunan bir yöneticiye veya konu hakkında yetkili bir makam veya kuruma bildirimde bulunması gerekmektedir. Bu tarz bir bildirimde bulunmanın imkânsız olduğu durumda, kamuoyuna açıklama yapmak son çare olarak başvurulması gereken bir yoldur¹¹². AİHM, bilgi uçurmanın, söz konusu dâhili raporlama kanallarının varlığını bilmesine rağmen kurum içi bildirimde bulunmaması, yetkili amirine başvurmaması veya bu konuda ikna edici açıklamalarda bulunmaması durumunda bilgi uçurmanın sağlayacağı korumanın söz konusu olmayacağı kanaatine varmıştır¹¹³.

Bilgileri açıklamada, iç ve dış raporlama ve bildirim kanalları arasında bir öncelik sıralaması yapılmamaktadır. İç bildirim kanallarının güvenilirlik ve etkinlikten yoksun olması, bilgi uçurmanın bir tedbire veya yaptırıma maruz kalması ihtimalinin bulunması durumunda dış bildirim kanallarına başvurulması haklı görülmektedir¹¹⁴. AİHM, Bakanlar Komitesinin “her duruma ilişkin bireysel koşulların en uygun kanalın belirlenmesine imkân vermesi gerektiği” yönündeki ifadesine atıfta bulunarak bildirim kanalına ilişkin kriterin her davanın koşulları açısından değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır¹¹⁵.

Çalışanın ifşa ve ihbar hakkından vazgeçtiğine yönelik olarak sözleşme ile konulacak kayıtlar hükümsüz olacaktır. Ancak, ihbarın işletme dışındaki mekanizmalara bildirilmeden önce öncelikle işletme içindeki bildirim mekanizmaları kullanılarak yapılması şeklinde bu hakkın kullanımına yönelik bir takım usullerin konulması mümkün görünmektedir¹¹⁶.

2. Bilginin Gerçekliği

Bilgi uçurma başvurularında demokratik toplumda gereklilik kriteri uygulanırken, uygulanan kriterlerden bir diğeri raporlanan veya kamuoyuna açıklanan bilgilerin gerçekliğidir. İfade özgürlüğü hakkının kullanılması, AİHS’in 10.

¹¹² Guja v Moldova [GC] App no 14277/04 (ECHR12 February 2008) para 73

¹¹³ Bathellier v France App no. 49001/07 (ECHR 12 October 2010); Stanculescu v Romania App no 14621/06 (ECHR 22 November 2011)

¹¹⁴ Heinisch v Germany App no 28274/08 (ECHR 21 July 2011) para 74; Guja v Moldova [GC] App no 14277/04 (ECHR12 February 2008) paras 82-83

¹¹⁵ Halet v Luxembourg App no 21884/18 (ECHR 14 February 2023) para 123

¹¹⁶ Eroğlu ve Sarıbay Öztürk (n 69) 369



maddesinin birinci fıkrasında herhangi bir kısıtlama ve koşula bağlı kılınmaksızın düzenlenmişken aynı maddenin ikinci fıkrasında bu hakkın kullanımının bazı ödev ve sorumluluklar taşıdığı ifade edilmiştir. İfade özgürlüğü hakkının bünyesinde bulunan bu sorumluluğun gereği olarak, bilgi uçurma konusu olan bilgi ve verilerin de doğru, güvenilir olması gerekmektedir¹¹⁷. Yanlış ve yanıltıcı bilgiler, ifade özgürlüğü hakkının sağladığı korumadan yararlanamayacaktır. İfşa edilen bilgilerin doğru ve güvenilir olması aranan bir kriter olmakla birlikte, bilgi uçurmanın, ifşa ettiği bilgilerin doğruluğunu, gerçekliğini kanıtlaması talep edilmeyecektir¹¹⁸.

İfşa edilen bilginin gerçekliğini doğrulamak için mümkün olduğunca özenli davranıldığı, ancak söz konusu bilginin yanlış olduğunun sonradan ortaya çıktığı durumlarda bilgi uçurmanın ifade özgürlüğü hakkının korunması gerekmektedir. AİHM, AKPM'nin 1729 (2010) sayılı Kararında yer alan “bilgi uçurmanın, ifşa ettiği bilginin doğru olduğuna inanmak için makul gerekçelere sahip olması, daha sonra doğru olmadığı ortaya çıksa bile yasadışı veya etiğe aykırı bir amacı olmaması koşuluyla, iyi niyetle hareket ettiği kabul edilmelidir” şeklindeki ilkesine atıfla bu sonuca ulaşmaktadır¹¹⁹.

Sonuç olarak bilgi uçuran, ifşa ettiği bilgilerin daha sonra yanlış olduğunun ortaya çıkması durumunda da ifade özgürlüğü hakkı kapsamında sağlanan korumadan yararlanmalıdır. Ancak bu korumanın sağlanabilmesi için bilgi uçurmanın sahip olduğu bilgileri kamuya açıklamadan önce sorumlu bir şekilde hareket etmesi ve bilgilerin doğruluğunu teyit etme konusunda özenli bir tutum için içinde bulunması gerekmektedir.

3. İyi niyet

Bilgi uçurmanın korunabilmesi için tamamen iyi niyetli olarak ve sahip olduğu bilgilerin kamu yararını ilgilendiren doğru bilgiler olduğu kanaatiyle hareket etmiş olması gerekmektedir¹²⁰. Bireyin, maddi kazanç dâhil olmak üzere kişisel bir menfaat temini amacıyla güdülenmesi veya kişisel bir husumet duyması, başka bir gizli amaç nedeniyle hareket etmesi durumunda bu eylem artık ifade özgürlüğünün sağladığı korumadan yararlanamayacaktır¹²¹.

¹¹⁷ Guja v Moldova [GC] App no 14277/04 (ECHR12 February 2008) para 75; Heinisch v Germany App no 28274/08 (ECHR 21 July 2011) para 77; Bladet Tromsø et Stensaas v Norway [GC] App no 21980/93 (ECHR 20 May 1999) para 65

¹¹⁸ Halet v Luxembourg App no 21884/18 (ECHR 14 February 2023) para 125

¹¹⁹ Bucur and Toma v Romania App no 40238/02 (ECHR 8 January 2013) para 107; Gawlik v Liechtenstein App no 23922/19 (ECHR 16 February 2021) para 76

¹²⁰ Alpagut (n 105) 11; Eroğlu ve Sarıbay Öztürk (n 69) 368

¹²¹ Guja v Moldova [GC] App no 14277/04 (ECHR12 February 2008) para 77; Heinisch v Germany App no 28274/08 (ECHR 21 July 2011) paras 82-83

Bireyin, sahip olduğu bilgileri ifşa ederken kullandığı araçlar ve kanallar iyi niyetli hareket edip etmediğinin değerlendirmesinde dikkate alınabilir. AİHM, Heinisch kararında, başvuranın dış raporlamanın gerekli olduğu sonucuna vardıktan sonra kamuoyunun azami dikkatini çekmek için derhal medyaya başvurmaması veya broşür dağıtmamasını, soruşturma başlatılmasını sağlamak amacıyla öncelikle savcılık makamına başvurmayı tercih etmesini bu bağlamda değerlendirmiştir. AİHM bir başka kararında ise bilgi uçurmanın şikâyet konusu yaptığı hususa dair taşıdığı gerçek bir endişeden ziyade mesleki şikâyetlerini kamuoyuna duyurma kaygısıyla hareket ettiğini belirtmiştir. Aynı kararda, basına yaptığı açıklamaların içeriği ve tonu da dikkate alındığında basına açıklamada bulunmasının ifade özgürlüğü hakkı kapsamında koruma görmeyeceğini belirtmiştir¹²². Bilgi uçurmanın iddialarının sadece bir söylentiye dayanması ve bunları destekleyecek bir kanıt sunamaması durumunda iyi niyetle hareket ettiği söylenemeyecektir¹²³.

4. Bilgilerin Kamu Yararı Niteliği Taşınması

AİHM, bilgi uçurma kapsamında incelediği başvurularda kamu yararı kavramının bir tanımını yapmamakla birlikte açıklanan veya raporlanan bilginin kamu yararı taşınmasını aramaktadır. Bir konunun kamu yararı niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde, her bir olayın sahip olduğu koşulların dikkate alınarak değerlendirmede bulunulması gerekmektedir¹²⁴.

Kamu yararı taşıyan konuşmalar veya sorunlara ilişkin olarak yapılan açıklamalar konusunda ifade özgürlüğü hakkının kısıtlanmasına dair çok dar bir alan bulunmaktadır. AİHM'in içtihadına göre, ifade ve bilgi edinme özgürlüğüyle ilgili davaların genel bağlamında, halkı etkileyen, dikkatini çeken veya özellikle vatandaşların refahı veya toplumun yaşamıyla ilgili olduğu için onu önemli ölçüde ilgilendiren konular kamu yararı kapsamındadır. Bu durum, önemli tartışmalara yol açması muhtemel olan, önemli bir toplumsal meseleyi ilgilendiren veya kamuoyunun bilgi sahibi olmak isteyeceği bir sorunla ilgili konular bakımından da geçerlidir¹²⁵. Ancak, başkalarının özel hayatının ayrıntılarına ilişkin olarak okuyucunun merakını gidermeyi amaçlayan durumlar kamusal tartışmaya katkı sağlamayacaktır¹²⁶.

AİHM, ifşa edilen bilgilerin kamu yararına olup olmadığını değerlendirirken, kamu yararının ağırlığının koşullara göre değiştiğini vurgulamaktadır. Gizli bilgilerin ifşa edilmesindeki kamu yararının, ifşa edilen bilgilerin hukuka aykırı

¹²² Balenović v Croatia App no 28369/07 (ECHR 30 September 2010)

¹²³ Soares v Portugal App no 79972/12 (ECHR 21 June 2016) para 46

¹²⁴ Vigjilence Abazi 'Whistleblowing in Europe: A New Era of Legal Protections' in *European Yearbook on Human Rights* (2019) (ed Philip Czech) 106

¹²⁵ Coudere ve Hachette Filipacchi Associés v France [GC] App no 40454/07 (ECHR 10 November 2015) paras 97-103

¹²⁶ Alkaya v Turkey App no 42811/06 (ECHR 9 October 2012) para 35



eylemler veya uygulamalar ile kınanacak eylemler, uygulamalar veya davranışlar hakkında olup olmaması önem taşımaktadır. Hukuka aykırı eylemler veya uygulamalarla ilgili bilgiler inkâr edilemez bir şekilde kamu yararı taşımaktadır. Ancak, kendi başlarına hukuka aykırı olmamakla birlikte, kınanabilir veya tartışmalı olan eylemlerle ilgili bilgiler kamu yararının varlığı bakımından özel bir öneme sahip olabilir¹²⁷.

Kamu yararı niteliği taşıyan bilgiler ilke olarak kamu makamları veya kuruluşları ile ilgilidir. Ancak, bazı durumlarda özel sektör temsilcilerinin davranışları veya eylemleri ile ilgili olabileceği de dikkate alınmalıdır¹²⁸. Ayrıca kamu yararı değerlendirmesinin sadece ulusal düzeydeki çeşitli faktörler ve ulusal çıkarlar temelinde yapılmaması, bazı bilgilerin uluslararası düzeyde veya başka devletler ve vatandaşları için kamu yararı niteliği taşıyabileceği göz önünde bulundurulmalıdır¹²⁹.

Bilgilerin ortaya çıkarılmasında ve ilgili makamların denetimine tabi tutulmasında aranacak kamu yararı ölçütü, her somut olayın koşullarına göre farklılık gösterecektir. Bilgilerin açıklanmasının kamuya sağladığı menfaat ile sır saklama yükümlülüğünün ihlali arasındaki denge kamu menfaati yönünden daha ağır gelmelidir. Sır saklama yükümlülüğü ile kamunun bilgileri öğrenmesi arasındaki menfaat dengelemesi, yargısal veya idari makamların denetimine tabi tutulmalıdır. Bu denetim ölçülebilir, denetlenebilir ve şeffaf olmalıdır.

Raporlama veya kamuya açıklama konusu olan bilginin kamu yararı taşıyan bir niteliğinin bulunması gerekmektedir. Bir bilginin kamu yararına olup olmadığını belirlemek önemli değerlendirme aşamalarını gerektirmektedir. Kamu yararının bulunup bulunmadığını önceden tüketici bir şekilde belirlemenin zorluğu karşısında, bunun her somut olayın özelliğine göre değerlendirmek ve nihai olarak yargı makamları tarafından belirli ölçütler temelinde ve dengeleme yöntemiyle belirlenmesini sağlamak daha makul bir çözüm olarak durmaktadır¹³⁰.

5. Neden Olunan Zarar

Bilgi açıklamasının kamuya sağladığı menfaatin önemi ile ilgili kamu kuruluşuna veya işverene verdiği zarar arasında yapılacak dengeleme, dikkate alınan bir diğer unsurdur. Söz konusu bilgilerin açıklanmasının taşıdığı genel kamu yararının, bu bilgilerin açıklanması ile kamu kurumuna veya işverene verilen zarardan daha üstün olması gerekmektedir¹³¹. Dolayısıyla ifşa ve ihbarın sağlanan koru-

¹²⁷ Halet v Luxembourg App no 21884/18 (ECHR 14 February 2023) paras 140-141

¹²⁸ Halet v Luxembourg App no 21884/18 (ECHR 14 February 2023) para 142

¹²⁹ Halet v Luxembourg App no 21884/18 (ECHR 14 February 2023) para 143

¹³⁰ Abazi (n 124) 100

¹³¹ Guja v Moldova [GC] App no 14277/04 (ECHR 12 February 2008) para 76; Stoll v Switzerland [GC] App no 69698/01 (ECHR 10 December 2007) para 130 Hadjianastassiou v Greece App no 12945/87 (ECHR 16 December 1992) para 45

madan yararlanabilmesi için kamu yararı ile işverenin zararı arasında yapılacak dengelemede kamu yararının daha ağır basması gerekmektedir¹³².

AIHM incelediği davalarda, halkın bilgiyi öğrenme menfaatine sürekli olarak öncelik verilmiştir¹³³. AIHM, Guja / Moldova kararında, devam eden soruşturmalara müdahale hakkında toplumun bilgi sahibi olmasındaki kamu yararının, savcılık kurumuna olan kamu güveninin korunmasındaki yarardan daha ağır bastığına karar vermiştir. Toma ve Bucur / Romanya kararında, istihbarat teşkilatı içinde yasadışı faaliyetleri ortaya çıkaran bilgilerin öğrenilmesindeki toplumsal menfaatin, söz konusu kamu kurumuna olan güvenin korunmasındaki çıkarın üstünde olduğu ifade edilmiştir.

Zarar kriteri, başlangıçta kamu idareleri veya kuruluşları ile ilgili olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda bilgi ifşası neticesinde savcılık kurumunun bağımsızlığına olan güvenin sarsılmasına¹³⁴ ve istihbarat servislerinin yasallıklarına olan kamu güveninin kaybolmasına yol açabileceği¹³⁵, ayrıca bir kamu şirketinin mesleki itibarı ve ticari çıkarının¹³⁶, bir hastanenin tıbbi tedavi sağlamasına yönelik kamu güveninin ve bu hastane personelinin kişisel ve mesleki itibarının¹³⁷ zarar görebileceği içtihatlarla konu edilmiştir. Ancak zarar kriterinin, sadece kamu kurumları ile sınırlandırılması mümkün değildir. Bilgi ifşası nedeniyle özel bir işveren de mali ve itibari olarak zarara uğrayabilecektir.

6. Yaptırımın Ağırlığı

¹³² Alp Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi (n 101) 104, Alpagut (n 105) 10

¹³³ Abazi (n 124) 106

¹³⁴ Guja v Moldova [GC] App no 14277/04 (ECHR12 February 2008) para 90

¹³⁵ Bucur and Toma v Romania App no 40238/02 (ECHR 8 January 2013) para 115. AIHM'in bu kararına konu başvuru konusu olaylar şu şekilde gelişmiştir: Romanya İstihbarat Servisi'nin askeri bir biriminin telefon iletişimini izleme ve kaydetme bölümünde çalışan başvuran işi sırasında bir dizi usulsüzlükle karşılaşmıştır. Çok sayıda gazetecinin, siyasetçinin ve iş adamının telefonları, özellikle de bazı yüksek profilili haberlerin medyada geniş yer bulmasının ardından dinlenmiştir. 13 Mayıs 1996 tarihinde başvuran ulusal ve uluslararası alanda manşetlere çıkan bir basın toplantısı düzenlemiştir. Davranışını, ülkesinin yasalarına ve özellikle de Anayasa'ya saygı duyulduğunu görme arzusuyla gerekçelendirmiştir. Başvuran, görevi sırasında gizli bilgi toplamak ve vermekle suçlanmış ve hakkında ceza yargılaması yürütülmüştür. Başvurana, iki yıl ertelenmiş hapis cezası verilmiştir. AIHM, başvuranın bilgi verme hakkı kapsamında ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına, başvuranın ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

¹³⁶ Heinisch v Germany App no 28274/08 (ECHR 21 July 2011) para 88

¹³⁷ Gawlik v Liechtenstein App no 23922/19, (ECHR 16 February 2021) para 79. Bu başvuru, çalıştığı hastanede ötanazi yapıldığına dair şüphelerini dile getiren bir doktorla ilgilidir. Başvuran şikâyetle bulunurken, hastanenin şikâyet yapısının dışına çıkmış ve suç duyurusunda bulunmuştur. Olay medyanın büyük ilgisini çekmiştir. Başvuran, suç duyurusunda bulunduğu için görevinden ihbarsız olarak alınmasının ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuştur. AIHM, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına, özellikle de bilgi verme hakkına yapılan müdahalenin, izlenen meşru amaçla orantılı olduğu ve dolayısıyla demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna varmış ve ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Son olarak, bilgi uçurmanın bu eylemi nedeniyle uğradığı yaptırımın ağırlığı ve niteliği ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin orantılılığı değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır.

Hem kamu sektörü hem de özel sektör çalışanları açısından bu kriterin maruz kalınan yaptırım özelinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilgi uçurana yönelik yaptırımlar mesleki, disiplin ve cezai olmak üzere çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bilgi uçurana uygulanan yaptırım, onun kişisel kariyeri üzerinde olumsuz bir etkiye sahiptir. Bu yaptırım, aynı alanda çalışan diğer insanlar üzerinde caydırıcı etkiye (chilling effect) sahip olacaktır. Bu caydırıcı etki, toplumun menfaatine aykırı olan bütün hususların ortaya çıkarılmasını olumsuz etkileyecektir¹³⁸. AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesiyle ilgili başvurularda yaptığı incelemede, başvuranın ceza hukuku bağlamında mahkûmiyetine karar verilmesinin ifade özgürlüğü hakkına yönelik en ciddi müdahale biçimlerinden biri olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle ulusal mahkemelerin ceza yolunu kullanırken caydırıcı etkiye neden olmamak bakımından daha dikkatli davranmaları gerektiğini birçok defa hatırlatmıştır¹³⁹.

Guja / Moldova kararında ilk defa ortaya konulan ve Halet / Lüksemburg kararında kapsamı ve çerçevesi detaylı bir şekilde çizilen kriterler, demokratik toplumda gerekli olma ölçütü bağlamında AİHM tarafından her somut olayın koşulları dikkate alınarak uygulanmaktadır. Bireysel başvuru konusu olay, bu temel ilkeler çerçevesinde değerlendirilmektedir. Yapılan değerlendirme neticesinde, bilgi uçurma eyleminde bulunan kişinin bu eyleminin, AİHS'in 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün sağladığı korumadan yararlanıp yararlanmayacağı belirlenmektedir.

AİHM, bilgi uçurma ile ilgili başvurularda yaptığı incelemede başvuruyu genel bağlamı içinde bütüncül bir yaklaşımla ele almaktadır. AİHM'in sağladığı bu geniş koruma kalkanı, bilgi uçurana uygulanan ağır yaptırımların, başkalarının bilgi uçurma bağlamında ifade özgürlüğü haklarını kullanmaları üzerinde caydırıcı bir etki yaratmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır¹⁴⁰.

SONUÇ

İnsan hakları hukuku literatürüne son zamanlarda giren bilgi uçurma, kamu kurumunda veya özel hukuk hükümlerinin uygulandığı bir işyerinde çalışan kişinin hukuka, ahlaka, etik değerlere aykırı yanlış uygulama ve davranışları başka kişi ve kuruluşların zarar görmesinin önüne geçilmesi amacıyla kurum içi veya

¹³⁸ Guja v Moldova [GC] App no 14277/04 (ECHR 12 February 2008) para 95; Heinisch v Germany App no 28274/08 (ECHR 21 July 2011) para 91

¹³⁹ Rouillan v France App no 28000/19 (ECHR 23 June 2022) para 74; Z.B. v France App no 46883/15 (ECHR 2 September 2021) para 67; Reichman v France App no 50147/11 (ECHR 12 July 2016) para 73

¹⁴⁰ Abazi (n 124) 105

dışı raporlaması veya kamuoyuna açıklaması faaliyetidir. Bilgi uçurma olgusu, kamu menfaati taşıyan her alanda ve konuda bilgi ifşası yoluna gidilerek yanlış uygulamalardan dolayı potansiyel tehlikelerin, tehditlerin önlenmesi için bir fırsat olarak değerlendirilmelidir. Bu amacını yerine getirebilmesi için bilgi uçurmanın kapsamı ve uygulaması, uluslararası kuruluşların tavsiye kararları ve mahkemelerin içtihatlarında ortaya çıkan temel ilkeler doğrultusunda, hukuki belirlilik ilkesinin gereklerini sağlayacak şekilde açık, anlaşılır ve belirli hale getirilmelidir.

Kavramsal düzeyde tanımlama konusunda bilgi uçurma üzerinde mutabakata varılmış bir tanımlama bulunmayıp, kültürel farklılıklardan da kaynaklı olarak bilgi uçurmanın olumsuz manalar ve çağrışımlar yüklenen anlamlara sahip olduğu görülmektedir. Bu değerlendirme ve yorumlama farklılığı, bilgi uçuranlara sağlanacak koruma düzeyine de yansiyabilmektedir.

Uluslararası kuruluşların konu hakkındaki çalışmalarını incelediğimizde, AKPM'nin 2010 yılında kabul ettiği "Bilgi Uçuranların Korunması"na ilişkin 1729 (2010) sayılı Kararından sonra, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 30 Nisan 2014 tarihinde (2014) 7 sayılı bilgi uçuranların korunması hakkında Tavsiye Kararını kabul etmiştir. Ayrıca, AB hukukunun ihlal edildiği konusunda bildirimde bulunan kişilere sağlanacak koruma düzeyini belirleyen ortak asgari standartları ortaya koymak amacıyla Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi tarafından 23 Ekim 2019 tarihinde 2019/1937 sayılı AB Direktifi kabul edilmiştir. Bu belgeler, üye devletler tarafından bilgi uçurma hakkında yapılacak yasal düzenlemeler konusunda ortak asgari standartların belirlenmesinde yardımcı olacak temel ilkeleri belirlemenin yanı sıra, bilgi uçuranlara sağlanacak koruma düzeyinin çerçevesini de belirlemektedir.

AİHM, bilgi uçurma ve bilgi uçuran kavramlarını içtihatlarında aşamalı olarak kullanmış, bilgi uçurma kavramını AİHS'in 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün sağladığı koruma alanına dâhil etmiştir. AİHM, kamusal menfaatlere yönelik tehditler veya zararlara ilişkin bilgilerin rapor edilmesi veya açıklanması sürecinde ifade özgürlüğü hakkının korunması başvurularında da önemli bir değerlendirme kriteri olan kamunun genel menfaatlerinin korunması nedenini ön planda tutarak bir dengeleme yapmaktadır. Bu kapsamda, açıklanan bilgilerin sahip olduğu kamu menfaatinin, bu bilgilerin ifşa edilmesi ile hakları zarar görecektir kişi veya kurumların çıkarlarının üstünde olması aranmaktadır. Ifşa edilen bilginin temsil ettiği kamu yararı kriteri, AİHM'in değerlendirme sürecinde önemli bir aşamayı oluşturmaktadır. AİHM, bilgi uçurma hakkında 2008 yılında verdiği ilk karar olan Guja/Moldova kararından sonra, bilgi uçuranların korunmasına yönelik önemli bir içtihat alanı oluşturmuştur. AİHM, bu kapsamda yapılan başvuruları ifade özgürlüğü kategorisinde değerlendirmekte, geliştirdiği içtihat hukuku ile bilgi uçuranlar için asgari düzeyde bir koruma alanı temin etmektedir.

Ülkemizde, bilgi uçurma ve bilgi uçuran kavramları henüz yasal düzenlemelere veya yargı pratiğine yansımamış kavramlardır. İlerleyen süreçte, yargı



makamları veya kanun koyucu tarafından kavramsal düzeyde aynı terimlerin ve tanımların kullanılıp kullanılmayacağı bilinmemekle birlikte, konu hakkında yapılacak yasal düzenlemede kullanımı tercih edilecek ifade, bu alanda terim birliğinin sağlanmasında önemli rol oynayacaktır.

Bilgi uçurma olgusu hakkında münferiden yapılmış yasal bir düzenlemenin bulunmayışı, konu hakkında yargısal değerlendirmeler açısından farklı yorum ve uygulamaların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Kamusal menfaatlerin gönüllü olarak korunmasında önemi yadsınamayacak olan bilgi uçurmanın kapsamını, konusunu, önemini, uygulanma koşullarını, değerlendirme kriterlerini, başvuru yollarını yasal çerçevede düzenlemek faydalı olacaktır. Yasal düzenleme, uygulamada değerlendirme farklılıklarını ortadan kaldırarak objektif ölçütler ortaya koyacaktır. Bilgi uçurana daha üst düzeyde koruma sağlanarak, kötüye kullanımların önüne geçilecektir. Bilgi uçurmanın, kamunun ortak menfaatine aykırı uygulamaların ortaya çıkarılmasına hizmet eden asli sebebini koruyacak güvenceli bir alana kavuşturulması için politika yapımcılarına önemli görevler düşmektedir.

Hukukumuzda yasal çerçevenin belirlenmesi konusunda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararı ile AB Direktifinin esas alınmasını önermekteyiz. Bilgi uçurmanın konu bakımından hangi alanları ve faaliyetleri kapsayacağı, kamu menfaatine aykırı bilgileri bildiren kişilere yönelik sağlanacak korumanın çerçevesinin ve raporlama mekanizmalarının oluşturulması gibi temel standartların belirlenmesi konusunda bu belgeler oldukça önemli bir eşik oluşturmaktadır.

Hem kamu, hem de özel sektörü kapsayan yasal bir çerçevenin bulunması ve bilgi uçuranların cezai, hukuki, idari yaptırım ve tedbirlere maruz kalmaları önlenerek yargısal denetim güvencesine sahip bir koruma sisteminin sağlanması, kamu yararına yönelik tehditlerin önlenmesinde kamu otoriteleri haricinde, bireylerin de gönüllü olarak katkıda bulunmaları hususunda teşvik edici olacaktır.

KAYNAKÇA

Abazi V, 'The European Union Whistleblower Directive: A 'Game Changer' for Whistleblowing Protection?' (2020) 49 [4] Insutrial Law Journal 640-656

— —, 'Whistleblowing in Europe: A New Era of Legal Protections' in European Yearbook on Human Rights (2019) (ed Philip Czech) 91-110

Aktan Ç C, 'Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı: WHISTLEBLOWING' (2015) 7 [2] Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi 19-36

Alp M, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch / Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü' (2013) 15 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 385-422 (İşçinin İfşa ve İhbarı)



— —, ‘Avrupa Birliği’nin 2019/1937 Sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (Whistleblowing) Yönergesi Işığında İşçinin Hukuka Aykırılıkları İfşa Etmesi’ (2021) 23 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-37 (Whistleblowing).

— —, Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi-Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu-(Whistleblowing) (1. Baskı, Beta 2013) (Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi)

— —, ‘Avrupa Birliği’nin 2019/1937 Sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (Whistleblowing) Yönergesi Işığında İşçinin Hukuka Aykırılıkları İfşa Etmesi’ (2021) 23 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-37 (Whistleblowing).

Austin A, ‘Bilgi uçuranlar (whistleblowers) toplumun yeni bekçileri mi?’ (2012) İfade Özgürlüğü-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler 385-396

Aydın U, ‘İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)’ (2002-2003) Sosyal Bilimler Dergisi 79-98

Balan E and Tudorascu M M, ‘The Whistleblower. Evolution and Perspectives’ (2022) 10 Academic Journal of Law and Governance 53-63

Benedek W and Kettemann M C, Freedom of Expression and the Internet (Council of Europe 2014)

Candan H ve Kaya T P, İhbarcılık (Whistleblowing) ve Algılanan Örgütsel Destek Arasındaki İlişkinin İncelenmesine Yönelik Bir Kamu Kurumunda Araştırma’ (2016) 2 Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 305-330

Cariolou L, ‘Circumnavigating the Conflict between the Right to Reputation and the Right to Freedom of Expression’ in When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights (Editörler: Stijn Smet and Eva Brems) (Oxford 2017) 171-191

Dworkin T M and Baucus M S, ‘Internal vs. External Whistleblowers: A Comparison of Whistleblowing Processes’ (1998) 17 [12] Journal of Business Ethics 1281-1298

Dworkin T M and Near J P, ‘A Better Statutory Approach to Whistle-Blowing’ (1997) 7 [1] Business Ethics Quarterly 1-16

Erdoğan M, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku (3. baskıdan tıpkı basım Hukuk Yayınları Ankara 2018)

Eroğluer K ve Öztürk GS, 'İş Hukuku ve Örgütsel Boyutuyla Haber Uçurma (Whistleblowing)' Sevinç Köse ve Mustafa Alp (ed.) Örgütsel Davranış ve İş Hukukuna Yansımaları (1. Baskı, Seçkin 2020)

Flauss J F, 'The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression' (2009) 84 [3] Indiana Law Journal 809-850

Gerber A, 'Seizing the Opportunity for Advanced Whistleblower Protections and Rewards in the European Public Prosecutor's Office' (2021-2022) 6 HRLR Online 313-354

Gözübüyük A Ş ve Gölcüklü F, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (10. Baskı Turhan Kitabevi Ankara 2013)

Alpagut G, 'İfşa-İhbar Hakkına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları' Alpay Hekimler (ed.), Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı (1 Baskı, Legal 2021)

Harris, D J vd. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (Türkçe birinci baskı Avrupa Konseyi 2013)

Hersh M A, 'Whistleblowers-Heroes or Traitors?: Individual and Collective Responsibility For Ethical Behaviour' (2002) 26 Annual Reviews in Control 243-262

Kenny K, Whistleblowing: Toward a New Theory (Harvard University Press 2019)

Lewis D, 'Is public interest test for workplace whistleblowing in society's interest?' (2015) 57 [2] International Journal of Law and Management 141-159

Lewis David and others, 'Whistleblowing At Work: The Results of a Survey of Procedures in Further and Higher Education' (2001) 13 [3] Education and the Law 215-225

Liyanarachchi G and Newdick C, 'The impact of moral reasoning and retaliation on whistle-blowing: New Zealand evidence' (2009) 89 [1] Journal of Business Ethics 37-57

Marguenaud J P, 'İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yorum Yöntemleri' İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004)

Near J P and Miceli M P, 'Effective Whistle-Blowing' (1995) 20 [3] The Academy of Management Review 679-708

— —, 'Organizational Dissidence: The Case of Whistleblowing' (1985) 4 Journal of Business Ethics 1-16

Oxford İngilizce Sözlüğü (Oxford University Press 2024) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/upgrade/>> erişim tarihi 16 Kasım 2024

Saygan S ve Bedük A, ‘Ahlaki Olmayan Davranışların Duyurulması (Whistleblowing) ve Etik İklimi İlişkisi Üzerine Bir Uygulama’, (2013) 28 [1] Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 1-23

Schabas W A, The European Convention on Human Rights (Oxford 2015)

Uyar S ve Yelgen E, ‘Bilgi İfşası (Whistleblowing) ve Denetim’ (2015) 13 [1] Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 85-106

Waeyenberge A V and Davies Z, ‘The Whistleblower Protection Directive (2019/1937): Satisfactory but Incomplete System’ (2021) 12 [1] European Journal of Risk Regulation 236-244

Voorhoof D, ‘Defamation and Libel Laws in Europe-The Framework of Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR)’ (1992) 13 [4] Tolley’s Journal of Media Law and Practice 254-261

Voorhoof D and Humblet P, The Right to Freedom of Expression in the Workplace under Article 10 ECHR’ in The European Convention on Human Rights and the Employment Relation (Editörler: Filip Dorssemont, Klaus Lörcher ve Isabelle Schömann) (Oxford-Portland-Oregon 2013)

Yayla A, ‘İfade Özgürlüğü Nedir ve Niçin Gereklidir’ (2008) 50 Liberal Düşünce 159-175

Uluslararası Belgeler

Committee Of Ministers, ‘Protection Of Whistleblowers’ Recommendation 2073 (2015) <<https://Assembly.coe.int/Nw/Xml/Xref/Xref-Xml2html-En.asp?Fileid=21936&Lang=En>> erişim tarihi 23 Kasım 2024

Council Of Europe, ‘Protection Of Whistleblowers: A Brief Guide For Implementing A National Framework’ (2015) 8 <<https://Rm.coe.int/16806fffb>> erişim tarihi 2 Aralık 2024

Council Of Europe, ‘Protection Of Whistleblowers - Evaluation Report On Recommendation Cm/Rec(2014)7 Of The Committee Of Ministers To Member States On The Protection Of Whistleblowers’ (2022) <<https://Rm.coe.int/Cd-cj-2022-01-Evaluation-Report-On-Recommendation-Cmrec-2014-7p/1680a-6fee1>> erişim tarihi 23 Kasım 2024

‘Directive (Eu) 2019/1937 Of The European Parliament And Of The Council Of 23 October 2019 On The Protection Of Persons Who Report Breaches Of Union Law’ (Directive (Eu) 2019/1937) (2019) Oj L 305 <<https://Eur-Lex.europa.eu/Legal-Content/En/Txt/?Uri=Celex:32019l1937>> erişim tarihi 25 Kasım 2024

Parliamentary Assembly, ‘Protection Of “Whistle-Blowers” Resolution 1729 (2010) <<https://Pace.coe.int/En/Files/17851/Html>> erişim tarihi 23 Kasım 2024

Parliamentary Assembly, “Protection Of “Whistle-Blowers” Recommendation 1916 (2010) <<https://Pace.coe.int/En/Files/17852/Html>> erişim tarihi 23 Kasım 2024

Parliamentary Assembly, ‘National Security And Access To Information’ Resolution 1954 (2013) <<https://Assembly.coe.int/Nw/Xml/Xref/Xref-Xml2html-En.asp?Fileid=20190&Lang=En>> erişim tarihi 23 Kasım 2024

Parliamentary Assembly, ‘National Security And Access To Information’ Recommendation 2024 (2013) <<https://Pace.coe.int/En/Files/20194/Html>> erişim tarihi 23 Kasım 2024

Parliamentary Assembly, ‘Improving The Protection Of Whistle-Blowers All Over Europe’ Committee On Legal Affairs And Human Rights, <<https://Assembly.coe.int/Nw/Xml/Xref/Xref-Xml2html-En.asp?Fileid=28150>> erişim tarihi 20 Aralık 2024

AİHM KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI: SÖZLEŞME'Yİ AŞAN BİR SONUÇ OLARAK OBJEKTİF ETKİ

*Binding Force of ECHR Judgments:
Objective Effect as a Result Transcending the Convention*

Cemre Belçim GÖLBAŞI UÇAR*

Özet

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerin, Sözleşme kapsamında, insan haklarını koruma sistemlerini denetleyen güçlü bir bölgesel koruma mekanizmasıdır. AİHM'yi benzerlerine göre güçlü kılan husus, uluslararası bir sözleşme olan AİHS'nin iç hukukla olan uyumunu denetleyebilen ve uyumsuzluk tespit ettiği takdirde yaptırımlar öngörebilen bir merci oluşudur. Bireysel başvuru ve devlet başvurusu usulü ile işleyen Mahkeme sisteminde, taraf devletin Sözleşme'yi ihlal ettiği tespit edilirse; başvuran lehine adil bir tazminata veya bireysel/genel tedbirler alınması gerektiğine karar verilebilmektedir. Mahkeme kararları niteliği itibarıyla esasen bildirici olup, alınması tavsiye edilen bireysel/genel tedbirlerin ulusal hukukta hangi araçlarla gerçekleştirileceği konusunda da serbesti söz konusudur. Bu anlamda Mahkeme kararları kural olarak subjektif bağlayıcılığa sahiptir ve yalnızca taraflar bakımından sonuç doğurmaktadır. Bu durum Sözleşme'nin 46. maddesinde açıkça düzenlenmektedir. Ancak Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı, etkisi ve işlevi kavramlarının öğretide ve uygulamada farklı kullanımları söz konusudur. Bu durumun Mahkeme kararlarının yorumlanmasında ve kullanılmasında tartışmalara sebebiyet verdiği görülmektedir. Çalışmanın amacı, farklı görüşler ve uygulamaları mevcut olduğu tespit edilen Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı konusuna bir açıklık getirmektir. Bu anlamda öncelikle bağlayıcılık, etki ve işlev kavramları arasındaki ayrımın ve bunun hukuki gerekçelerinin ortaya konulması amaçlanmaktadır. Araştırmada nitel araştırma yöntemi tercih edilmiş; birincil kaynak olarak Mahkeme kararları başta olmak üzere ayrıca Mahkeme'ye ilişkin uluslararası hukuk belgeleri kullanılmıştır. İkincil kaynak olarak bu konuda doktrinde yazılmış ulusal ve uluslararası yazındaki eserlerden yararlanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, bağlayıcılık, objektif etki, objektif işlev, subjektif bağlayıcılık, pilot karar usulü, Avrupa Konseyi statüsü

Abstract

The European Court of Human Rights is a very powerful regional protection mechanism that oversees the human rights protection systems of the states parties to the European Convention on Human Rights under the Convention. The point that makes the ECHR stronger than its counterparts is that it is an authority that can monitor the compliance of the ECHR, an international convention, with domestic law and prescribe sanctions if it detects non-compliance. In the Court system

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 6.02.206.02.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 30.10.2025

* Arş. Gör., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara-Türkiye, E-posta: cbelcimgolbasi@baskent.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-5382-5098>



functioning through the individual and inter-state application procedure, if it is determined that the state party has violated the Convention, it may be decided that a fair compensation or individual/general measures should be taken in favor of the applicant. Court decisions are essentially declarative in nature, and there is also a freedom regarding the means by which individual/general measures will be implemented in national law. In this sense, Court decisions as a rule have a subjective binding force and have consequences only for the parties. This is clearly regulated in the article 46 of the Convention. However, there are different uses of the binding force, effect and function of the Court's judgments in doctrine and practice. It is observed that this situation causes controversy in the interpretation and use of Court decisions. The aim of this study is to clarify the issue of the binding effect of Court decisions, which is characterized by different opinions and practices. In this sense, first of all, it is aimed to clarify the distinction between the concepts of binding, effect and function and the legal grounds for this distinction. The qualitative research method was preferred in the study; the Court's judgments, as well as international law documents related to the Court, were used as primary sources. As secondary sources, national and international literature on this subject has been utilized.

Keywords: European Convention on Human Rights, Judgments of European Court of Human Rights, binding force, objective effect, subjective effect, pilot-judgment procedure, statute of the Council of Europe

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme) sayesinde diğer insan haklarını koruyan uluslararası sözleşmeler ile kıyaslandığında güçlü bir koruma mekanizmasına sahiptir.¹ Bunun sebebi taraf devletlerin yetki alanı içinde bulunan herkesin Sözleşme ve Ek Protokollerde belirlenen hak ve özgürlüklerden yararlanıp yararlanmadığının Mahkeme aracılığıyla denetlenebilir ve yaptırıma bağlanabilir oluşudur.²

Mahkeme'ye, bir taraf devletin Sözleşme'yi ihlal ettiği gerekçesiyle başka bir taraf devlet tarafından devlet başvurusu yolu ile veya gerçek kişiler, hükümet dışı kuruluşlar veya kişi grupları vasıtasıyla bireysel başvuru yolu ile başvurulabilir.³ Yapılan başvuru neticesinde Mahkeme, uluslararası hukukta bağlayıcı ve ulusal hukukta çeşitli derecelerde etki doğurucu nihai bir karar verir.⁴ Mahkeme'nin verdiği kararlar farklı türlerde olabilmekle birlikte, çalışmada bağlayıcılık kap-

¹ Yaşar Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2021), s. 25-26. Ebru Karaman, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk', (2014) 72(1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, s. 411 vd.

² Bkz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), madde 1: "Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlar." Madde 19: "Bu Sözleşme ve protokoller gereği Yüksek Sözleşmeciler Taraflar'a yüklenen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, bundan böyle "Mahkeme" olarak anılacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme devamlı görev yapar."

³ AİHS, madde 33 ve 34.

⁴ David Harris, Michael O'Boyle, Edward Bates ve Carla Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2021), s. 5. Örneğin bu konuda İspanya, Fransa ve Almanya incelemeleri için bkz: Nico Krish, 'The Open Architecture of European Human Rights Law', *The Modern Law Review*, (2008) 71(2), s. 196-198.

samında bir inceleme yapıldığından, Mahkeme'nin ihlal tespitinde bulunduğu ve bireysel/genel tedbire hükmettiği kararlar özellikle dikkate alınmıştır. Mahkeme; kabul edilebilirlik, kayıttan düşürme, dostane çözüm, adil tazminat, geçici tedbir, bireysel-genel tedbir ve ihlal gibi birçok farklı karar verebilir.⁵ Ancak ihlal tespitinde bulunup genel nitelikte bir tedbir alınmasının öngörüldüğü kararlarda taraf devletin iç hukukunda harekete geçmesini tetikleyen unsurlar daha belirgindir ve bağlayıcılık tartışmasının merkezinde yer almaktadır.

Mahkeme'nin bir ihlalin varlığını tespit ettiği durumda taraf devletler hakkında verebileceği kararların kapsamı ve bu kararların icra edilme usulü Sözleşme'nin 46. maddesinde düzenlenmiştir. Bu anlamda Mahkeme, ihlali tespit ettikten sonra yargılama giderleri vb. konular haricinde iki temel karar verebilir: zarar gören lehine adil bir tazminata hükmedebilir ve/veya bireysel/genel tedbir alınması gerektiğine karar verebilir. Bu kararların icrasını ise üye devletlerin Dışişleri Bakanlarından veya onları temsil eden kişilerden oluşan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi denetler.⁶

Taraf devletler Sözleşme, Ek Protokoller ve üzerinde uzlaşıldığı beyan edilen insan hakları sisteminin ruhu gereği, Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. Ancak Mahkeme kararlarının içeriğinin ve icrasının kapsamı hukuki olarak net bir şekilde çizilmiş olsa da kararların bağlayıcılığının niteliği konusunda doktrinde tartışma olduğu görülmektedir. Bu tartışmaya cevap verilebilmesi için hukuki anlamda bağlayıcılığın ne anlama geldiğinin, Mahkeme kararlarının bağlayıcılığının düzenlendiği Sözleşme'nin 46. maddesinin kapsamının ve taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerinin özelliklerinin ortaya konulması gerekmektedir. Böyle bir yaklaşım, sözleşmenin bütünlüğü ilkesinin de bir gereğidir.⁷ Mahkeme kararlarının bağlayıcılığının uluslararası hukuk, Sözleşme hükümleri, Mahkeme içtihatları ve ulusal hukuk ile birlikte yorumlanması gerekir.

Bu nedenle çalışmada öncelikle bağlayıcılık kavramının hukuki anlamına yer verilmiş, ardından Mahkeme kararlarının bağlayıcılığının düzenlendiği Sözleşme'nin 46. maddesi ele alınmış ve kapsamı ortaya konulmuştur. Devamında Mahkeme'nin bağlayıcılıkla ilgili olan yorum yöntemleri ve ilkeleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılmış ve Mahkeme kararlarının Türkiye bakımından bağlayıcılığının tespit edilebilmesi için AİHM kararlarının hukukun kaynakları içerisindeki konumuna yer verilmiştir. Son olarak Avrupa Konseyi Statüsü'nün 3. maddesinin Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı konusunda tartışılan anlamı incelenmiştir.

⁵ Bkz; AİHS, madde 35, 39, 41, 46.

⁶ AİHS, madde 46.

⁷ İlyas Doğan ve Omca Özdemir, 'Bölgesel Düzeyde İnsan Haklarının Korunması', İlyas Doğan (Ed.), *İnsan Hakları Hukuku*, (5. Baskı, Astana Yayınları 2022), s. 412.



I. HUKUK NORMUNUN BAĞLAYICILIĞI: BAĞLAYICILIK, ETKİ VE İŞLEV AYRIMI

Hukuk; kanunlar, örf ve adet kuralları ve mahkeme kararları gibi farklı türlerde normları içerisinde barındırır.⁸ Bu hukuk normlarının kişiler üzerindeki etkisi çeşitli boyutlarda ele alınarak değerlendirilir. Örneğin mahkeme kararlarının türlerine göre kişiler ve zaman bakımından doğurduğu sonuçlar değişebilmektedir. AİHM kararları, bireysel başvuru üzerine verilen kararlardır ve kural olarak tespit edicidir.⁹ AİHM'ye bireysel başvuru, ulusal hukuku önceleyen, ikincil nitelikli bir hukuki çaredir.¹⁰ İhlalin varlığı tespit edildikten sonra hükmedilen bireysel veya genel tedbirler ile ilgili olarak bağlayıcılığın kapsamının ne olduğu, bu çalışmanın cevap aradığı temel sorudur.

Hukuki anlamda bağlayıcılık ele alınırken genellikle onun iki boyutu üzerinden bir değerlendirme yapıldığı görülür: objektif veya subjektif bağlayıcılık. Objektif bağlayıcılık, hukuk normunun herkes bakımından geçerli ve uygulanabilir olmasını ifade eder.¹¹ Bu anlamda bir ülkede belirli bir zamanda geçerli hukuk kurallarının, o ülkede yaşayanlar bakımından objektif bağlayıcılığa sahip olduğu söylenebilir.

Subjektif bağlayıcılık ise bir normun yalnızca süjesi bakımından etki doğurabileceğini ifade eder. Örneğin bir kişi, adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi sebebiyle dava açtığında mahkeme ihlalin varlığına karar verip kişi hakkında tazminata hükmettiği zaman, mahkemenin bu kararı yalnızca davanın tarafı o kişi için bağlayıcıdır. Başka birinin benzer sebeplerle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla kendi somut durumuyla ilgili herhangi bir mahkeme kararı bulunmadan hukuk sisteminden tazminat talep edebilme hakkı bulunmamaktadır. Bu durumun istisnaları olarak genellikle İçtihadı Birleştirme Kararları ve Anayasa Mahkemesinin (AYM) verdiği iptal kararları gösterilir.¹² Ancak bu kararları verebilen her iki tür mahkeme de kendi kararlarıyla ilgili içtihat değişikliğine gidebilirler. Ayrıca İçtihadı Birleştirme Kararlarına mahkemeler ve idare uymak zorundadır; bu kararlar tarafları olan somut bir davayla ilgili değildir. Hukukun

⁸ Çalışmada hukuk normu kavramı, Kelsen'in benimsediği şekilde mahkeme kararlarını ve hukuk kurallarını kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır. Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, Ertuğrul Uzun (Çev.), (1. Baskı, Nora Kitap 2016), s. 51 vd. Benzer kullanım için bkz: Zeki Hafızoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, (1. Baskı, Seçkin Kitabevi 1987).

⁹ Ergin Ergül, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulanması*, (1. Baskı, Yargı Yayınevi 2003), s. 71.

¹⁰ Salihpaşaoğlu, Avrupa, (n 1), s. 112-113.

¹¹ Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, (1. Baskı, Filiz Kitabevi 2009), s. 38, 40.

¹² Bu konu hakkında değerlendirme için bkz: İsmail Köküsarı, 'Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi', (2018) 22(1-2), *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 38.

yorumlanmasındaki çelişkide uzlaşıldığına ilişkin kararlardır. Bu özellikleri düşünüldüğünde İçtihadı Birleştirme Kararlarının ve AYM'nin iptal kararlarının objektif bağlayıcılığa sahip olduğunu söylemek doğru görünmemektedir.¹³

Bir hukuk normunun uygulanabilirliği, onun kişiler üzerinde doğurduğu etkinin kapasitesi, işlevi ve bağlayıcılığı ile doğrudan ilişkilidir. Ancak hukuki anlamda bağlayıcılık, etki ve işlev farklı kavramlardır.¹⁴ Mahkeme kararlarının bağlayıcı olduğu kuşku götürmez bir gerçektir. Ancak bu bağlayıcılık özellikle objektif olarak nitelendirildiği zaman artık başka bir anlam ifade eder. Aynı şekilde bir mahkeme kararının bağlayıcılığı ifade edilirken aslında etkisi veya işlevi kastediliyorsa bu durum da hukuk sisteminde çelişkiler olduğunu düşündürür.¹⁵

¹³ Bkz: Danıştay Kanunu madde 40/4: “Bu kararlara, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır.” Yargıtay Kanunu madde 45/5: “İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.” Doktrinde AYM'nin kararlarının objektif bağlayıcılığı, etkisi ve işlevi ile ilgili birçok farklı konuda tartışmalar mevcuttur. Bunlardan önemli biri AYM'nin verdiği kararların etkisine gerekçelerin dahil edilip edilmemesi bir diğeri ise bireysel başvurularda verilen ihlal kararlarının benzer durumları doğrudan bağlayılabilecek objektif bir bağlayıcılığa sahip olup olmadığıdır. Bkz: İbrahim Şahbaz, ‘Anayasa Mahkemesi Kararının Gerekçesinin Bağlayıcılığı Sorunu’, (2020) 2, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Yılmaz Akçıl, ‘Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi’, (2022) (39/1), *Anayasa Yargısı*, s. 1-45. Işıktaç, (n 11), s. 40.

¹⁴ Köküarı, (n 12), s. 4.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, Can Atalay başvurusunda verdiği kararda “Anayasa’nın Yeknesak Yorumu ve Anayasa Mahkemesi Kararlarının Objektif İşlevi” başlığı altında bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı ile ilgili birtakım ifadelerle yer vermektedir: “...Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının objektif ve subjektif olmak üzere iki temel işlevi bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kararlarının objektif işlevi, genel olarak Anayasa’nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerini yorumlamak ve bunların uygulanmasını gözetmektir. Subjektif işlevi ise bireysel başvuru yoluyla önüne gelen somut olayda anılan hükümlerin ihlal edilip edilmediğini incelemek, gerektiğinde başvurucu lehine giderime hükmetmektir. ...Bireysel başvuru kararlarından sonra kamu makamları ve derece mahkemelerinin aynı meseleye ilişkin incelemelerinde, Anayasa Mahkemesinin Anayasa’nın uygulanması ve yorumlanması, temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ve insan haklarının gerekli kıldığı hâllere ilişkin olarak verdiği kararları dikkate almaları ve Anayasa hükümlerinin yorumuyla varılan sonuçları değerlendirilmeleri gerekir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda belirlediği ilkeler, verdiği sonuçlar ve bir ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına ilişkin belirlemelerine göre hareket ederek kamu gücünü kullanan organların temel hak ve özgürlüklerin mevcut ihlallerinden kaynaklanan Anayasa’ya aykırılığı kaldırması ve yeni ihlallerin önlenmesi için tedbirler alması Anayasa Mahkemesi kararının objektif işlevidir. Böylece Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlükleri yorumlarken diğer organlar ve kişilerin uygun davranmakla yükümlü oldukları bir hukuk düzeni yaratarak objektif bir işlev üstlenir.” AYM, Şerafettin Can Atalay Kararı, B. No: 2023/53898, T: 27/10/2023, § 78-79. Özellikle Can Atalay kararından sonra Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı konusunda tartışmalar yaşandığı ve bu konuda genel olarak Yargıtay-Anayasa Mahkemesi arasında ikili bir görüş ayrılığına gidildiği görülmektedir. Bu konuya akademik olarak doğru bakış açısı olayı hukuk çerçevesinde değerlendirmekten geçmektedir. Ancak ilgili makalelerde objektif-subjektif etki ve işlev kavramlarının birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Örneğin kararların objektif işlevi anlatıldıktan sonra bu kavram objektif etki ile aynı anlamda kullanılmaktadır: M. Gözde Atasayan, ‘Can Atalay Kararı ve “Ötesi”’, (2025) 13(35), *Anayasa Hukuku Dergisi*, s. 156-159. Yine etki ve işlev kavramları arasında fark olduğu belirtildikten sonra iki kavram arasında bir tercih yapılarak aynı anlamda kullanıldığı da görülmektedir: Basri Bağcı, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru



Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde mahkeme kararları kural olarak davanın taraflarını bağladığı için subjektif olarak bağlayıcıdır; ancak bir içtihadada dönüşüp aynı durumdaki herkese uygulanabilir hale geldiğinde objektif bir etki doğurmuş olur. Ayrıca bir mahkeme, herkes için geçerli bir karar verebilecek güçte dizayn edilmese de kuruluş amacı ve içinde bulunduğu hukuk sistemine bütüncül bakışın bir gereği olarak zaman içerisinde böyle bir konuma gelebilir. Bu da mahkeme kararlarının uzun vadede ortaya çıkan objektif bir işlevi yerine getirdiğini gösterir.

AİHM kararları kural olarak taraflar bakımından geçerlidir ve bu nedenle subjektif bağlayıcılığa sahiptir. Ancak Sözleşme ve arka planında kabul edilen tüm ilkeler birlikte değerlendirildiğinde Mahkeme kararlarına subjektif bağlayıcılığın ötesine geçen bir görev verildiği ve kabul edildiği; objektif bir işlevinin olduğu açıktır. Mahkeme kararlarının bu iki ayrı özelliği, bağlayıcılık tartışmasının çözümlenmesinin merkezinde yer almaktadır.

Mahkeme kararlarının subjektif bağlayıcılığı ve objektif işlevi arasındaki ayrım, taraf devletlerin Sözleşme ve Statü ile bağlılığının doğurduğu yükümlülüklerin iki boyutu üzerinden açıklanabilir. Bu anlamda taraf devletlerin, *ex ante* (istenilenin gerçekleşmesinden önceki) ve *ex post* (gerçekleşen olaydan sonraki) olmak üzere iki anlamda yükümlülük altında olduğu belirtilmektedir.¹⁶ *Ex ante* yükümlülük, Mahkeme tarafından taraf devletler hakkında ihlal kararı verilmeden önce Sözleşme'ye ve onun parçası her türlü düzenlemeye uygun olarak gerekenleri hukuk sistemine yansıtmasını, önlemler almasını, mevzuatını uyumlaştırmasını gerektirir.¹⁷ Zira Mahkeme, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin yorumlanması konusunda tek yetkili mercidir. İhlal gerçekleşmeden önceki önleyici yönü ile *ex ante* yükümlülük, pozitif yükümlülüğe benzetilebilir. Taraf devletler, Mahkeme'nin dinamik yapısı içerisinde ulaştığı içtihatlar, ilkeler ve belirlediği kapsam ile bağlıdır. Sözleşme'nin uygulama alanında kalan her konuda Mahkeme'nin, ulusal hukuka göre öncelikli ve üstün bir yorumlama yetkisi bulunmaktadır. Taraf devletler ancak kendi yasaları ile hak ve özgürlüklerin uygulanmasını geliştirebilir ancak bunu Sözleşme'yi, Mahkeme'den bağımsız ve aykırı bir şekilde yorumlayarak yapamaz. Ayrıca taraf devletlerin *ex ante* yükümlülüğünü yerine getirmesi, Sözleşme ile ilgili olarak hukuk birliğinin sağlanması için de zorunlu bir koşuldur.¹⁸ Burada Mahkeme kararlarının yalnızca taraflar bakımından bağlayıcılığı aşan bir sonuç doğurduğu; objektif bir işlevi sağladığı söylenebilir.

Kararlarının Objektif İşlevi (Etkisi), (2024) 1, Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan, s. 1010.

¹⁶ Tomáš Lalík, 'Understanding the Binding Effect of the Case-Law of the ECtHR in Domestic Legal Order', (2011), *International Conference: Effectiveness of the European System of Protection of Human Rights*, s. 6. <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1951830> Erişim Tarihi: 06/02/2025.

¹⁷ Lalík, (n 16), s. 7.

¹⁸ İbid s. 7-8.

Ex post yükümlülük ise ihlal kararı verildikten sonra bu karar gereği ihlal tespiti dikkate alınmasını ve ihlalin ortadan kaldırılması için bireysel ve/veya genel tedbir alınmasını gerektirir.¹⁹ Taraf devletlerin somut olaya özel olan bu yükümlülüğü, subjektif bağlayıcılığın bariz örneklerinden birisidir. Bu durum genel bir kural olarak Sözleşme'nin 46. maddesinden ve pilot karar usulü ile ilgili olarak İç Tüzüğü'nün 61. maddesinden anlaşılmaktadır.

II. SÖZLEŞME'NİN 46. MADDESİNİN KAPSAMI

A. Taraflar Bakımından Bağlayıcılık

Mahkeme kararlarının davaya taraf devletler bakımından bağlayıcı olmasının anlamını tespit edebilmek için bağlayıcılığın kapsamına nelerin girdiğine, kararın gereklerini yerine getirmede Mahkeme'nin rolüne ve kararların infaz usulüne değinilmesi gerekir. Sözleşme'nin 1, 41 ve 46. maddeleri bağlayıcılıkla ilgili hükümler içerir. Sözleşme'nin 46. maddesinde Mahkeme kararlarının bağlayıcı olduğu ifade edilir ve infaz usulüne ilişkin detaylara yer verilir.

AİHS'nin “*Kararların Bağlayıcılığı ve İnfazı*” başlıklı 46. maddesinin metni şu şekildedir:

“1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkeme'nin kesinleşen kararı, icrasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.

3. Bakanlar Komitesi, kesinleşen bir kararın icrasının denetlenmesinin, söz konusu kararın yorumundan kaynaklanan bir zorluk nedeniyle engellendiği kanaatinde ise, bu yorum konusunda karar vermesi için Mahkeme'ye başvurabilir. Mahkeme'ye başvurma kararı, Komite toplantılarına katılma hakkına sahip temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınır.

4. Bakanlar Komitesi, bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın, taraf olduğu bir davada verilen kesin karara uygun davranmayı reddettiği görüşünde ise, ilgili Taraf'a ihtarda bulunduktan sonra, Komite toplantılarına katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınacak bir kararla, ilgili Taraf'ın 1. fıkrada öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir.

5. Mahkeme 1. fıkranın ihlal edildiğini tespit ederse, alınacak önlemleri değerlendirmesi için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Mahkeme,

¹⁹ İbid s. 6.

eğer 1. fıkranın ihlal edilmediğini saptarsa, davayı, incelemesine son verecek kararı alması için Bakanlar Komitesi'ne iletir.”

Maddenin ilk fıkrasında Mahkeme kararlarının davaya taraf devlet açısından bağlayıcı olduğuna yer verilmiştir. Buna göre öncelikle altı çizilmesi gereken husus; sözleşmenin tarafı devletlerin mahkemenin her kesinleşmiş kararına değil, ancak tarafı oldukları davalarda verilen kesinleşmiş kararlara uyma borcu altında olduğudur. Devletlerin, somut olay bakımından ne kadar benzer olursa olsun, tarafı olmadıkları diğer davalarda verilen kararlara uyma zorunluluğu bulunmamaktadır.²⁰ Sözleşmenin tarafı devletlerin uluslararası sorumluluğunun kapsamı, gerçekleştirildiği tespit edilen ihlaller ve alınan önlemler ile sınırlıdır.²¹ Bu durum ortaya çıkan hukuki sonucun mahkeme kararı olmasının da doğal bir gereğidir. Aksi takdirde mahkeme kararları, sözleşmenin tarafı her devlet için bağlayıcı olsaydı, mahkemeye yasa koyan bir sıfat yüklenmiş olacak ve bu durum da uluslararası bir kurumun doğrudan ulusal hukukta sonuç doğurabilmesini sağlayacaktı. Ancak mahkeme kararları aynı ulusal hukukta olduğu gibi re'sen uygulanabilir bir anlam ifade etmez;²² AİHM'nin verdiği kararlar Sözleşme'nin ihlal edildiğinin tespitine ilişkindir.²³

46. madde, devletlere Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi için birtakım yükümlülükler öngörür. Bu yükümlülüklerin kapsamı, tazminat ödenmesini içerebilir veya ek olarak devletin birtakım tedbirler almasını gerektirebilir.²⁴ Bu anlamda Mahkeme, bir ihlal tespit ettiği ve bu ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasının ancak kısmen mümkün olduğu durumlarda Sözleşme'nin 41. maddesine dayanarak, talep edildiği takdirde, zarar gören lehine adil bir tazminata hükmedebilir.²⁵ Mahkeme, adil tazminat miktarının büyüklüğü ve taraf devletin ekonomik güçlük içinde bulunması durumlarında istisna tutmaksızın taraf devletten ödemede bulunmasını beklemekte ve bu beklentisinin dayanağı olarak da kararlarının bağlayıcılığını göstermektedir. Örneğin Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis/Yunanistan başvurusunda Mahkeme, Yunanistan aleyhine

²⁰ Salihpaşaoğlu, Avrupa, (n 1), s. 239.

²¹ Doğan ve Özdemir, (n 7), s. 490.

²² Harris, O'Boyle vd., (n 4), s. 171. Christos Giakoumopoulos, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü', (2016), 33, *Anayasa Yargısı*, s. 35.

²³ Doğan ve Özdemir, (n 7), s. 491. Karaman, (n 1), s. 414.

²⁴ Harris, O'Boyle, vd., (n 4), s. 31-32. Osman Doğru, 'İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi', (2000), 17, *Anayasa Yargısı*, s. 198.

²⁵ AİHS madde 41: "Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder." İç Tüzük madde 60/1: "Sözleşme'den doğan haklarının ihlal edildiğinin tespiti halinde, Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca Mahkeme tarafından kendisine adil tazmin ödenmesine karar verilmesini isteyen her başvuran, bu yönde özel bir talepte bulunmalıdır."

yüklü bir tazminat ödenmesine karar vermiş ancak mevcut hükümet ekonomik kriz nedeniyle ödemeyi hemen yapmasının mümkün olmadığını bildirmiştir. Bunun üzerine Bakanlar Komitesi 1996 tarihinde dönemin Dış İşleri Bakanına bir mektup göndermiş ve bu mektupta, Sözleşme kapsamında oluşturulan insan haklarının kolektif uygulanma mekanizmasının güvenilirliğinin ve etkinliğinin taraf devletlerce serbestçe yerine getirilen yükümlülöklere saygı gösterilmesine dayandığının altını çizmiştir.²⁶ Yine Loizidou/Türkiye başvurusunda karar verilen tazminat sonrası Türkiye'nin ödemeyi yapmaması ve bir şart göstererek ödeyeceğini belirtmesi sonrası Bakanlar Komitesi, ödemenin şarta bağlanmasının Mahkeme kararlarının bağlayıcılığının getirdiğı yükümlölökle bağdaşmadığını ifade etmiştir.²⁷

Adil tazminat dışında Mahkeme, gerekli gördüğü takdirde taraf devletler tarafından bireysel veya genel tedbirler alınması gerektiğine de karar verebilir. Bu tür kararlar Mahkeme'nin ulusal düzeyde müdahalede bulunma konusunda etkisinin daha çok hissedildiğı kararlar olarak görölmektedir.²⁸ Mahkeme tedbir alınması gerektiğine hükmettiğinde ise bunun içeriğini taraf devletin takdirine bırakır. İhlalin telafi edilmesi için ulusal hukukta bireysel bir işlem veya genel olarak yeni bir düzenleme yapılması gerekiyorsa Mahkeme'nin taraf devlete bunun yapılma şeklini dayatma gibi bir yetkisi bulunmamaktadır.²⁹ Marckx/Belçika başvurusunda da ifade edildiğı üzere: “*Mahkeme kararları esasen bildiricidir*” ve Mahkeme, “*...yükümlölöğü yerine getirmek için iç hukuk sisteminde kullanılacak araçların seçimini devlete bırakır.*”³⁰ Örneğın tespit edilen ihlalin özelliğine göre yargılamanın yenilenmesine gidilebilir veya mevzuatta değışiklik yapılabilir.³¹ Türkiye’de de iç hukukun Sözleşme’ye ve uygulanmasına uyumunun sağlanması için kanunlarda düzenlemeler yapılmış ve AİHM kararları yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak madde fıkralarına eklenmiştir.³²

²⁶ Bakanlar Komitesi, Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis/Yunanistan, 13427/87, Res-54, 20/03/1997. Doğru, (n 24), s. 199.

²⁷ Bakanlar Komitesi, Loizidou/Türkiye, 15318/89, 06/10/1999. Doğru, (n 24), s. 200.

²⁸ Serkan Cengiz, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası*, (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023), s. 168-169.

²⁹ Harris, O’Boyle vd., (n 4), s. 31. Lalik, (n 14), s. 3. Bu konuyla ilgili olarak Mahkeme’nin Broniowski/Polonya başvurusunda yaptığı değeriendirme Türkçe’ye şu şekilde tercüme edilebilir: “*İlke olarak Mahkeme, davalı devletin Sözleşme’nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlölöklərini yerine getirmek için hangi iyileştirici önlemlerin uygun olabileceğini belirlemez.*” AİHM, Broniowski/Polonya, B. No: 31443/96, T: 22/06/2004, § 193.

³⁰ AİHM, Marckx/Belçika, B. No: 6833/74, T: 13/06/1979, § 58.

³¹ Örneğın Mahkeme’nin Ümmühan Kaplan/Türkiye kararından sonra makul sürede yargılanma hakkına ilişkin sorunların çözümü için 6384 Sayılı Kanun ile İnsan Hakları Tazminat Komisyonu kurulmuştur. Bkz: Ramazan Çakmak, ‘İkincillik İlkesi Çerçevesinde Türkiye’de İnsan Hakları Tazminat Komisyonu’, (2021) 16(177), *Terazi Hukuk Dergisi*, s. 883, 885-889.

³² Bkz: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) madde 172/3 ve 311/1-f, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) madde 375/1-i, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)

Mahkeme kararlarının icra edilip edilmediği Bakanlar Komitesi'nin yetki alanına bırakılmıştır. Komite'nin görevi kapsamında olan husus; Mahkeme kararlarının doğrudan yerine getirilmesini sağlamak değil, kararların infaz edilip edilmediğini denetlemektir.³³ Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8. maddesine göre:

“Avrupa Konseyi'nin, üçüncü madde hükümlerini ciddi surette ihlal eden, her üyesi temsil hakkından bir süre için mahrum edilebilir ve Bakanlar Komitesi tarafından 7. maddedeki koşullar dahilinde Konsey'den çekilmeye davet edilebilir. Bu davet dikkate alınmadığı takdirde Komite, bizzat Komite'nin tayin edeceği tarihten itibaren söz konusu üyenin artık Konsey'e mensup olmadığına dair karar verebilir.”

Görüleceği üzere böyle bir durumda devletlerin karşılaşacağı en ağır yaptırım, taraf devletin Avrupa Konseyi'nden (Konsey) çıkarılmasıdır.³⁴ Ancak hukuki olarak bir taraf devletin Konsey'den çıkarılması yaptırımına tabi tutulması mümkün olsa da şu ana kadar böyle bir durum hiç gerçekleşmemiştir.³⁵ Bu anlamda üye devletin Konsey'in koruma sisteminden çıkarılması ve AİHS'in amacı arasında gözetilen siyasi denge düşünüldüğünde Avrupa Konseyi'nin üyelerini tutmak isteyen bir tavır çizdiği söylenebilir.³⁶

Sonuç olarak Mahkeme'nin vermiş olduğu ihlal kararını yerine getirmenin şekli konusunda taraf devletler serbestliğe sahiptir. Bu anlamda ihlali ortaya çıkaran işlemleri iptal edebilir, gelecekte benzer bir ihlal durumuyla karşılaşmaması için gerekliyse mevzuatında değişiklik yapabilir, hukuki işlerliğin sağlanması ve denetlenebilmesi için kurumsal olarak yeni basamaklar geliştirebilir veya başvurucuya tazminat ödemesinde bulunmak gibi birçok işlemde bulunabilirler.³⁷

madde 53/1-1.

³³ Salihpaşaoğlu, Avrupa, (n 1), s. 240.

³⁴ AİHS madde 46'da ve Avrupa Konseyi Statüsü madde 3 ve madde 8'de bu durum ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Karaman, (n 1), s. 428 vd.

³⁵ Cengiz, (n 28), s. 254. Şu ana kadar Avrupa Konseyi'nden çıkarılma konusu ile ilişkilendirilebilecek iki örnek mevcuttur. Bunlardan ilki askeri darbe sonrası Konsey'den uzaklaştırılacağını düşünen Yunanistan'ın böyle bir karar verilmeden Konsey'den ayrılmasıdır. Ancak 1967'deki askeri darbenin ardından yaşanan olaylar neticesinde 1974'te Yunanistan Avrupa Konseyi'ne yeniden katılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: James Becket, 'The Greek Case Before the European Human Rights Commission', (1970) 1(1), *Human Rights*. İkinci bir durum ise Rusya'nın Ukrayna'yı işgal etmesi ve devamında yaşanan ihlaller sonucu Avrupa Konseyi üyeliğinin askıya alınması ancak hakkında çıkarılma kararı verilmeden kendisinin üyelikten resmen çıktığını açıklayan mektubu göndermesidir. Bu nedenle Rusya'nın çıkmasıyla günümüzde Avrupa Konseyi'ne üye devlet sayısı 46'ya düşmüştür. Bkz: <<https://www.coe.int/tr/web/about-us/our-member-states>> Erişim Tarihi: 06/02/2025. <<https://www.coe.int/en/web/portal/-/the-russian-federation-is-excluded-from-the-council-of-europe>> Erişim Tarihi: 06/02/2025.

³⁶ Harris, O'Boyle vd., (n 4), s. 183.

³⁷ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, (4. Baskı, Ekin Yayınları 2021), s. 431.

Mahkeme, taraf devletlere kararların bağlayıcılıklarını sağlama konusundaki yol ve yöntemlerle ilgili serbestlik tanımıştır. Mahkemenin bu konu hakkındaki görüşlerini içeren Yüksel Yalçinkaya/Türkiye kararındaki ifadeleri Türkçe'ye şu şekilde tercüme edilebilir:

“Sözleşme’nin 46. maddesi uyarınca verilen kararların yerine getirilmesi konusunda, Mahkeme’nin Sözleşme’nin ihlal edildiğini tespit ettiği bir karar; davalı devlete, tespit edilen ihlale son vermek ve sonuçlarını, durumu mümkün olduğunca ihlalden önceki durumuna getirecek bir yol ile tamir etmek üzere yasal bir sorumluluk yükler. Mahkemenin kararları, her halükarda, esasen doğası gereği tespit edicidir. Dolayısıyla bir davaya taraf olan Sözleşmeciler, Bakanlar Komitesi’nin denetimine tabi bir şekilde, ilke olarak, infazın iyi niyetle ve kararın “sonuçları ve ruhu” ile uyumlu bir şekilde yapılması şartıyla Mahkeme’nin ihlal tespit ettiği -kendi iç hukuk düzenlerine uyarlanacak herhangi bir genel ve/veya eğer uygunsa, bireysel önlemler içeren- bir karara uyacakları araçları seçmekte özgürdür.”³⁸

Görülebileceği üzere Mahkeme’nin kararları kural olarak tespit edici nitelik taşımaktadır ve tespit edilen ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi veya iyileştirebilmesi için Mahkeme’nin müdahalede bulunabileceği hukukun sınırları da Sözleşme ve Mahkeme içtihatlarıyla belirlenmiştir. Mahkeme’nin ikincilliği gereği, hakların ihlalleri ile ilgili sorunları çözmekte asli görevli olan taraf devletlerdir. Bu anlamda ihlalin ortadan kaldırılması ve eski durumun tesis edilebilmesi (*restitutio in integrum*) için Mahkeme’nin taraf devletlere yüklediği yasal sorumluluğun hangi hukuki araçlarla yerine getirileceği konusunda serbesti söz konusudur. Ancak Sözleşme’ye taraf olarak onu kabul eden devletlerin Mahkeme kararlarının “sonucuna ve ruhuna” uygun bir yöntem benimsemeleri beklenmektedir.

B. Subjektif Bağlayıcılığa Bir İstisna: Pilot Karar Usulü

AİHM kararlarının objektif bağlayıcılığı olmadığını ortaya koyan hususlardan bir diğeri Mahkeme’nin esas denetiminde kullandığı özel usullerden biri olan pilot karar usulüdür. Bunu ortaya koyabilmek için pilot karar usulünün nasıl ortaya çıktığı, ne anlama geldiği ve nasıl sonuçlar doğurduğunun incelenmesi gerekir. Pilot karar usulü, Sözleşme’nin orijinal metninde yer almayan ancak daha sonrasında Mahkeme uygulamasıyla geliştirilerek Mahkeme İç Tüzüğüne eklenen

³⁸ AİHM, Yüksel Yalçinkaya/Türkiye, B. No: 15669/20, T: 26.09.2023, § 404. Mahkeme, 46. madde kapsamında hükmedilen genel nitelikli tedbirlerin şeklini taraf devlete bıraktığını birçok kararında yinelemektedir: AİHM, Nika/Arnavutluk, B. No: 1049/17, T: 14/11/2023, § 176. AİHM, Magnitskiy ve Diğerleri/Rusya, B. No: 32631/09-53799/12, T: 27/08/2019, § 295. AİHM, Gluhaković/Hırvatistan, B. No: 21188/09, T: 12/04/2011, § 86.



esasa ilişkin bir inceleme yöntemidir.³⁹ İç Tüzüğe 2011 yılında 61. madde ile eklenen pilot karar usulü maddenin ilk fıkrasında şu şekilde düzenlenmektedir:

“1. Mahkeme, kendisine sunulan bir başvuruya dayanak oluşturan olayların, ilgili Sözleşmecî Tarafta yapısal veya sistemik bir sorunu ya da diğer benzer başvuruların yapılmasına neden olan ya da olabilecek nitelikte başka bir aksaklığın varlığını ortaya koyması durumunda, pilot karar usulünü uygulamaya karar verebilmekte ve bir pilot karar verebilmektedir.”

Pilot karar usulünün getiriliş amacı en başta yoğun bir iş yüküne sahip olan Mahkeme'nin yükünü azaltmaktır.⁴⁰ Aynı konuyla ilgili olarak yapılan yüzlerce ve hatta binlerce bireysel başvuru dosyasının incelenmesi için yeterli imkanı olmayan Mahkeme, bu dosyalardan birini seçerek pilot karar usulü ile incelemekte ve diğer dosyaların tümü hakkında erteleme kararı verebilmektedir. Bu şekilde Sözleşme'nin de hedeflerine ulaşması amaçlanmakta ve adaletin sağlanabilmesi için Mahkeme tarafından menfaat ekseninde bir tercih yapılmaktadır.⁴¹

Mahkeme'nin önüne gelen başvurunun sebebi, taraf devletin yapısal veya sistemik bir bozukluğundan kaynaklanıyorsa Mahkeme önce bu sorunu çözmeye çalışır. Zira taraf devletteki bozukluğun giderilmemesi sebebiyle aynı konuyla ilgili birçok başvuru yapılmaya devam edilmekte ve başvurular Mahkeme önünde birikmektedir. Yalnızca 47 hakime sahip ve 2023 tarihli rapora göre son yirmi beş yılda toplam 25.852 karar vermiş olan Mahkeme'nin aynı konuyla ilgili binlerce başvuruyu karara bağlamasını beklemek gerçekçi değildir.⁴² Mahkeme'nin Ališić vd./Bosna vd. başvurusunda ifade ettiği üzere, pilot karar usulünün amacı: *“ulusal hukuk sisteminde söz konusu Sözleşme kararlarının korunmasını etkileyen işle-yiş bozukluğunun en hızlı ve en etkili biçimde çözülmesini kolaylaştırmaktır.”*⁴³

Mahkeme re'sen veya tarafın/tarafların talebi üzerine pilot karar usulünün uygulanmasına karar verebilir.⁴⁴ Bu usul ile incelenmesine karar verilen her başvuru, Mahkeme tarafından öncelikli olarak incelenir. Mahkeme'nin bu önceliği vermesinde İç Tüzüğün *“Başvuruların İncelenme Sırası”* başlıklı 41. maddesinde

³⁹ Doğan ve Özdemir, (n 7), s. 494-495.

⁴⁰ AİHM, Tematik Bilgi Notu – Pilot karar usulünün hedefleri, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_pilot_judgments_tur> Erişim Tarihi: 01/11/2023.

⁴¹ Pilot karar usulü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Afra Nur Dere, ‘Anayasa Yargısında Pilot Karar Usulü’, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2024).

⁴² ECHR-Analysis of Statistics 2023, s. 11. <<https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats-analysis-2023-eng>> Erişim Tarihi: 06/02/2025.

⁴³ AİHM, Ališić ve Diğerleri/Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti, B. No: 60642/08, T: 16/07/2014, § 143.

⁴⁴ Mahkeme İç Tüzüğü m. 61/2/b.

atıf yapılır. Bu anlamda Mahkeme, başvuruya sebep olan sorunları önemli ve bu sorunların çözülmesini ivedi olarak değerlendirdiği durumlarda başvuruyu öncelikli olarak inceleme hakkına sahiptir.⁴⁵

Mahkeme, pilot karar usulü ile incelenmesini uygun gördüğü başvurulara ilişkin kararların “Usul” kısmında Sözleşme’nin 46/1 maddesi bağlamında pilot karar usulünün uygulanmasının gerektiği kanaatinde olduğuna yer verir.⁴⁶ Bu usul ile incelenen başvuruların karar metinlerinde ayrıca “Sözleşme’nin 46. maddesinin uygulanması hakkında” başlıklı bir bölüm bulunur ve Mahkeme burada daha öncesinde pilot karar usulü ile incelediği başvurularda benimsediği genel ilkelere atıf yaparak belirlenen prensiplerin uygulanacağını belirtir. Ardından somut olayda pilot karar usulünün uygulanması ve Sözleşme’ye aykırılık tespit ettiği hususlarla ilgili değerlendirmeler yer alır. Pilot karar usulü ile incelenen başvuruların diğerlerinden önemli bir farkı, taraf devletteki Sözleşme’yle uyumsuz durumun tespit edildikten sonra bu durumun giderilmesi için ne tür tedbirler alınması gerektiğinin açıkça yazılmasıdır.⁴⁷ İç Tüzüğü’nün 61. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında belirtildiği üzere:

“3. Mahkeme, verdiği pilot kararında, tespit ettiği yapısal veya sistemik sorunun ya da aksaklığın niteliğini ve ilgili Sözleşmeciler Tarafın karar hükmü uyarınca ulusal düzeyde alması gereken tazminat tedbirlerinin tümünü belirtmelidir.

4. Mahkeme, verdiği pilot kararının hüküm kısmında, gereken tedbirlerin niteliğini ve tespit ettiği soruna ulusal düzeyde çözüm getirebilecek hızı göz önünde tutarak, yukarıda geçen 3. paragrafta belirtilen tedbirlerin alınması için belirlenen süreyi belirtebilmektedir.”

Mahkeme, pilot karar usulü ile incelediği başvurularda yalnızca ihlali tespit edip tazminat kararı vermekle kalmayıp aynı zamanda ihlalin giderilmesi için yapılması gerekenleri belirtmekte ve taraf devlete belirli bir süre vermektedir.⁴⁸ Bu süre içerisinde taraf devletle ilgili olarak iki farklı durum ortaya çıkmaktadır. İlk olarak taraf devlet, mahkeme kararına uyarak ulusal hukukunda gerekli düzenlemeleri yapabilir. Böyle durumlarda Mahkeme, pilot karar usulü ile incelediği başvuruya atıfta bulunarak ertelenen dosyalar hakkında kayıttan düşürme (*to strike applications out of the list*) ve pilot kararı kapatma kararı vermekte-

⁴⁵ Mahkeme İç Tüzüğü m. 41: “Mahkeme, davaların incelenmesi gereken sırayı belirlemek için kendisi tarafından belirlenen kriterlere dayanarak, ileri sürülen sorunların önemini ve ivediliğini dikkate almaktadır. Bununla birlikte, Daire ve Daire Başkanı, bu kriterlere uymayabilmekte ve belirli bir başvuruyu öncelikli olarak inceleme hakkını saklı tutabilmektedir.”

⁴⁶ Bkz: AİHM, Ümmühan Kaplan/Türkiye, B. No:24240/70, T: 20/03/2012.

⁴⁷ AİHM, Tematik Bilgi Notu – Pilot karar usulü nedir.

⁴⁸ Doğan ve Özdemir, (n 7), s. 495-496.



dir.⁴⁹ Pilot karar hükmünün gereğinin taraf devlet tarafından yerine getirildiği ve bu nedenle iç hukuk yolları tüketilmeden başvuru yapıldığı durumlarda ise Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 35. maddesi gereği kabul edilemezlik kararı verilmektedir.⁵⁰

Taraf devletin, pilot kararın gereğini yerine getirmediği durumlarda ise ertelenen dosyalar hakkında hangi yöntemin izleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira bu şekilde Mahkeme tarafından tespit edilen yapısal veya sistemik bozukluk giderilmemiş olacaktır. İç Tüzüğü'nün 61/8. maddesinde bu durum düzenlenmektedir:

“İlgili Sözleşmeci Tarafın pilot kararın hüküm kısmına uygun davranmaması halinde, Mahkeme, aksi yönde bir karar vermedikçe, yukarıda geçen 6. paragraf uyarınca ertelenen başvuruların incelemesine yeniden devam etmektedir.”

Görüleceği üzere Mahkeme bu aşamada ertelenen başvuruların incelemesine devam edebileceği gibi devam etmeyeceği yönünde de karar alabilmektedir. Pilot karar usulünün en başta ortaya çıkış amacı ve düzenlemelere dahil edilmesindeki hedefler göz önünde bulundurulduğunda Mahkeme'nin ertelenen yüzlerce ve hatta binlerce başvuruyu yeniden incelemesinin mümkün olmadığı açıktır. Mahkeme'nin pilot karar hükmüne uyulmadığı zaman verdiği kararlar incelendiğinde Mahkeme'nin ertelenen başvuruları tek tek incelemektense kayıttan düşürme kararı verme eğiliminde olduğu tespit edilmektedir.⁵¹ Verilen bu “strike-out” kararları da subjektif bağlayıcılığa bir istisna teşkil eder. Çünkü Mahkeme kararı yine başvurunun tarafı olmayan başkaları için bir etki doğurmaktadır. Bu sefer benzer durumda olup yapısal bir sorundan kaynaklanan ihlalin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak alınması gereken bir tedbir değil, benzer başvurunun pilot olarak seçilmesi nedeniyle kayıttan düşürme söz konusudur. Pilot olarak seçilmeyen başvuruların durumu pilot karar sonucu kayıttan düşürerek etkilenmektedir.

Pilot karar usulü, niteliği gereği Mahkeme kararlarının taraflar bakımından bağlayıcılığına bir istisna teşkil eder.⁵² Zira görüleceği üzere pilot karar usulü ile incelenen başvurularda ihlalde bulunduğu tespit edilen taraf devlete Mahkeme tarafından sistemik sorunu çözmesi ve mevzuatını değiştirmesi için süre verilebilmektedir. Bu durum Mahkeme kararının etkisini sadece taraflar bakımından

⁴⁹ Salihpaşaoğlu, Avrupa, (n 1), s. 203. Mahkeme'nin bu konuda verdiği bazı kararlar için bkz: AİHM, Suljagic/Bosna Hersek, B. No: 27912/02, T: 03/11/2009. AİHM, Burmych ve Diğerleri/Ukrayna, B. No: 46852/13, T: 12/10/2017. AİHM, Ališić ve Diğerleri/Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti, B. No: 60642/08, T: 16/07/2014.

⁵⁰ Salihpaşaoğlu, Avrupa, (n 1) s. 204. AİHS m. 35/1: “Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren dört aylık bir süre içinde başvurulabilir.”

⁵¹ Salihpaşaoğlu, Avrupa, (n 1), s. 205.

⁵² Köküarı, (n 12), s. 11.

bağlayıcı olmaktan çıkarır; çünkü artık ulusal mevzuata müdahale edilmekte ve herkes için geçerli olan kanun hükümleri bakımından değişikliğe gidilmektedir.⁵³ Ancak yine de Mahkemenin böyle bir usule sahip olması Mahkeme kararlarının objektif bağlayıcılığı olmadığını ispatlayan durumlardan biridir. Çünkü eğer Mahkeme kararları objektif bağlayıcılığa sahip olsaydı Mahkeme'nin taraf devletlere mevzuattaki sorunun çözülmesi için süre veren bir usul tercih etmesine gerek kalmazdı. İncelediği bireysel başvuruda vermiş olduğu karar, doğrudan ulusal hukukta geçerli bir kural niteliği kazanırdı. Yine 46. maddede düzenlenen kararların alınması ve infaz edilmesi arasındaki görev paylaşımı bu durumu kanıtlar niteliktedir. Mahkeme'nin de Burmych ve Diğerleri/Ukrayna başvurusunda vurguladığı üzere Mahkeme ve Bakanlar Komitesi arasında bir yetki ayrımı vardır.⁵⁴ Mahkeme'nin yetkisi, sistemik sorunu tespit edip bu sorunu ortadan kaldıracı önlemleri belirtmek iken; Bakanlar Komitesi'nin yetkisi bu kararların taraf devletçe yerine getirilip getirilmediğini denetlemektir. Ayrıca pilot karar usulü ile verilmiş olsa dahi karar verilen önlemlerin yalnızca ilgili devlet bakımından bağlayıcı olduğu unutulmamalıdır. Bağlayıcı etkiyi sınırlamada 1. maddenin etkisinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.⁵⁵ Mahkeme, taraf devletlerin yetki alanları içinde bulunan kişiler bakımından Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanılıp yararlanılmadığını denetler.⁵⁶ Bu anlamda pilot kararın istisnai *erga omnes* etkisi, ancak taraf devlet ülkesinde yapılan benzer başvurular bakımından söz konusu olabilir.

III. MAHKEME KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI TARTIŞMASINA IŞIK TUTAN İLKELER: İKİNCİLLİK İLKESİ VE TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ

Günümüzde uluslararası hukukta devletlerin ulusal hukukuna doğrudan müdahale edebilen bir mekanizma olarak düzenlenmiş ve kabul edilmiş ulusüstü bir kurum henüz mevcut değildir.⁵⁷ Bu anlamda Mahkeme de birçok kararında insan haklarının korunması konusunda ikincil bir mekanizma (*subsidiarity*) ol-

⁵³ Köküsarı, (n 12), s. 43. Pilot karar sonucunda yasama organı tarafından değişiklik yapılmasına sebep olunması gibi durumlar "AİHM kararlarından daha bağlayıcı" bir etki yaratacağından ihlale sebep olan sorunların giderilmesinde daha etkili bir yol olarak da görülmektedir: Emre Oğuz Meriç, 'İnsan Hakları İhlallerinin Önlenmesinde Pilot Kararların Usuli Açından Etkililiği', (2021) 1(2), *Dicle Akademi Dergisi*, s. 36. "...pilot karar usulü sistemik veya yapısal sorunların çözümüne yönelik olarak, bireysel tedbirlerin yanı sıra benzer başvurular için genel tedbirlerin de uygulanmasını gerektiren bir mekanizmadır." Nurullah Yusuf Ergür, 'AİHM Pilot Karar Usulü, İkincillik Prensibi ve Yapısal Adalet', (2025) 5(1), *SDE Akademi Dergisi*, s. 143.

⁵⁴ Burmych ve Diğerleri/Ukrayna, § 141.

⁵⁵ Lalık, (n 16), s. 6.

⁵⁶ AİHS madde 1: "Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar."

⁵⁷ Selman Karakul, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kendi Kararlarının Yerine Getirilmesindeki Rolü', (2018) 5((2), *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 125-126.



duğunun altını çizmekte ve ulusal hukuka doğrudan müdahaleyi içeren ifadeler kullanmaktan kaçınmaktadır. Sözleşme’ye konu hakların korunması bakımından taraf devletlerin yetkisinin birincil ve Mahkeme’nin yetkisinin ikincil olması, Mahkeme kararlarının bağlayıcılığına çizilen sınırın anlaşılması bakımından da yol göstericidir.

İkincillik ilkesi Mahkeme’nin Sözleşme’yi yorumlama yöntemlerinden biridir. Bu ilkeye, 2000 yılında kabul edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nda ve 2013 yılında kabul edilen 15. Ek Protokol ile Sözleşme metninin giriş kısmında yer verilerek Sözleşme’nin uygulanmasında bir yorum aracı olarak kullanılacağı teyit edilmiştir.⁵⁸ Sözleşme’nin giriş kısmında ifade edildiği üzere üye devletler: “...hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda ilk adımları atmaya kararlı olarak, ikincillik ilkesi gereğince, bu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma hususunda birincil sorumluluğun Yüksek Sözleşmeciler Tarafına ait olduğunu” tekrarlayarak Sözleşme’de belirtilen konular üzerinde anlaşmışlardır. Bu anlamda ikincillik ilkesi, Sözleşme’de belirtilen hak ve özgürlükleri koruma konusunda ilk görevin taraf devletlere verildiğini ve Mahkeme’nin bu konuda bir “denetleyici yargı yetkisine” sahip olduğunu ifade eder.⁵⁹ Sözleşme gereklerinin yerine getirilmesi konusunda sorumluluk taraf devletlere aittir ve bu sorumluluğun yerine getirilmediği durumlarda Mahkeme bir denetleme merci olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁰

Tüm Avrupalılar için Sözleşme’deki hakların kullanılmasını teminat altına alan AİHM, Avrupa Konseyi’nin yapısal kuruluşu içerisinde yer alan daimi bir yargı organıdır.⁶¹ Bu anlamda AİHS sistemi, Avrupa Birliği Hukukundan farklıdır. Bu farklılığın en temel nedeni ise AİHS sisteminin ortak bir mevzuat oluşturmaktan ziyade; taraf devletlerin ortak değerlerini koruyan ulusal mevzuatlar oluşturmalarını hedeflemesidir. Sözleşme’deki hakların korunmasında Mahkeme’nin yetkisinin ulusal hukuka göre ikincil olduğu sadece Mahkeme kararlarında değil, birçok yerde ve belgede de sıklıkla tekrar edilmektedir.⁶² Öyle ki özellikle Mahkeme’nin 2010 sonrası dönemi “ikincillik çağı” olarak nitelendirilmektedir.⁶³

İkincillik ilkesinin ortaya çıkardığı sonuçlardan ilki, Mahkeme’ye ancak iç hukuk yolları tüketildikten sonra başvurulabilmesidir.⁶⁴ Ulusal hukuk yolları tüke-

⁵⁸ Salihpaşaoğlu, Avrupa, (n 1), s. 180.

⁵⁹ AİHS Giriş Metni.

⁶⁰ Cengiz, (n 28), s. 75.

⁶¹ <<https://www.coe.int/tr/web/about-us/our-member-states>> Erişim Tarihi: 14/04/2025.

⁶² Ufuk Ramazan Çakmak, ‘Bireysel Başvuruda İkincillik Çağı’, (2024) 28(2), *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 376.

⁶³ Çakmak, s. 377.

⁶⁴ AİHS, madde 35/1: “Mahkeme’ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren dört aylık bir süre içinde başvurulabilir.”

bir takdir alanına sahiptir.⁶⁹ Mahkeme'nin bu anlayışı; ikincillik ilkesinin, taraf devletlerin egemenliğine duyulan saygının ve kültürel farklılıklara saygı ilkesinin de bir gereğidir.⁷⁰

Sözleşme yargılamasında ikincillik ilkesinin benimsenmesi ile bağlantılı olan konulardan bir diğeri Mahkeme'nin bir "temyiz mahkemesi" özelliği göstermesidir. Bu anlamda Mahkeme, taraf devletlerin yargı sistemine dahil ve ulusal mahkemelerin kararlarını denetleyen bir "dördüncü derece yargı yeri" değildir.⁷¹ Mahkeme'nin bir temyiz merci olmaması yukarıda benimsenen ilkeler de dahil olmak üzere oluşturulan AİHM sisteminin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, başvuru halinde ulusal makamların Sözleşme'yi ihlal edip etmediğini inceler ve taraf devletin takdir marjı olduğunu tespit ettiği durumlarda ihlalin olmadığı kararını verir. Sözleşme bakımından yardımcı bir görev mekanizmasına sahip olan Mahkeme'nin yetkisi tamamlayıcıdır.⁷² Bu anlamda ikincillik ilkesi ve takdir marjı doktrini Mahkeme kararlarının objektif bağlayıcılığa sahip olmadığının temel hukuki dayanaklarından biridir. AİHM'in bir temyiz merci olmaması da bu durumu destekleyen özelliklerden biridir.

IV. HUKUKUN KAYNAĞI OLARAK AİHM KARARLARI

Mahkeme kararlarının bağlayıcının, ulusal hukuk sisteminin özellikleri bakımından değişen bir etkiye sahip olması nedeniyle, taraf devletlerde benimsenen hukuk anlayışının da ortaya konulması gerekir. Ancak belirtilmelidir ki; Sözleşme'nin iç hukuka eklenmesi ile Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı farklı durumlara işaret eder. Sözleşme'de düzenlenen hakların taraf devletler tarafın-

⁶⁹ Bkz: "Devletin, Sözleşme anlamındaki pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınır, belli bir tanıma elverişli değildir; pozitif veya negatif yükümlülüklerle ilişkin her iki varsayımda da, devletin, belli bir takdir marjı bulunmaktadır." AİHM, *Mouvement Raëlien Suisse/İsviçre*, B. No: 16354/06, T: 13/07/2012, § 50. "Yerleşik içtihatlarına göre, Mahkeme, bir müdahalenin gerekli olup olmadığına ve ne kadar gerekli olduğuna karar verirken, Sözleşme'ye taraf Devletlere belli bir takdir marjı bırakmaktadır. Bu takdir marjı hem kanunu hem de kanunu uygulanan mahkeme kararlarını içine alarak Avrupa denetimiyle bir arada uygulanır." AİHM, *Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, T: 15/01/2013, § 84. Mahkemenin taraf devletlerin takdir marjına atıf yaptığı bazı kararlar için bkz: AİHM, *Başvuran: Lautsi ve Diğerleri/İtalya*, B. No: 30814/06, T: 18/03/2011. AİHM, *Fedotova ve Diğerleri/Rusya*, B. No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, T: 17/01/2023. AİHM, *Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye*, B. No: 35009/05, T: 04/04/2017.

⁷⁰ Salihpaşaoğlu, Avrupa, (n 1), s. 176-186.

⁷¹ Erdoğan Keskin, 'AİHM'nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı', (2020) 69(3), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 1385 vd. Salihpaşaoğlu, Avrupa, (n 1) s. 181. Emine Betül Göktaş, 'İnsan Haklarının Evrenselliği ve Kültürel Görecelik Tartışması Bağlamında Takdir Marjı Doktrini', (2023) 6(11), *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Dergisi*, s. 24. Karaman, (n 1), s. 413. Bülent Algan, 'Bireysel Başvurularda "Açıkça Dayanaktan Yoksunluk" Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması', (2014) 63(2), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 260.

⁷² Doğan ve Özdemir, (n 7), s. 420.

dan güvence altına alınması için Sözleşme'nin iç hukuka dahil edilmesi etkililiği arttırsa da zorunluluk değildir.⁷³ Taraf devletlerin kendi uygulamalarıyla Sözleşme'nin gereklerini yerine getirmesi ikincilik ilkesi ile de uyumludur. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ise mahkeme kararlarının hukuk sistemindeki yeri ile ilgili bir meseledir ve bu nedenle hukukun kaynağı olarak mahkeme kararlarının nasıl bir etkiye sahip olduğunun belirlenmesi gerekir.

Öğretide hukuk sistemleri geleneksel olarak Kıta Avrupası, Anglo-Sakson, İslam ve Sosyalist hukuk sistemleri olarak dört ayrı başlık altında incelenir.⁷⁴ Bunlardan Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemleri, günümüzde Konsey'e üye devletlerin sistemlerini ifade ettiğinden ayrıca önemlidir. Farklı kökenlere dayanan ve farklı özellikler gösteren bu iki ayrı hukuk sisteminde yargı kararlarının anlamı ve yeri de değişkenlik gösterir. Bu anlamda içtihadi yönü ön planda olan Anglo-Sakson Hukuk Sistemlerinde mahkeme kararlarının ortaya çıkardığı etkinin kapsamı daha geniş olabilir.⁷⁵ Sözleşme'ye taraf devletlerin tümü aynı hukuk sistemini benimsemediği için Mahkeme kararlarının ulusal hukukta doğurduğu sonuçlar da farklılık arz edebilir.

Kökenini Roma hukukundan alan Kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsendiği coğrafya; İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda hariç Avrupa devletleri olarak belirlenebilir. Türkiye'nin hukuk sistemi de Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin özelliklerini yansıtmaktadır.⁷⁶ Anglo-Sakson Hukuk Sistemi ise İngiltere'de ortaya çıkmıştır ve bu nedenle başta İngiltere olmak üzere tarihte İngiliz sömürgesi olmuş diğer devletlerde uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Bunlara örnek olarak Hindistan, Nijerya ve İsrail verilebilir.⁷⁷

Anglo-Sakson Hukuk Sistemi, Orta Çağ döneminde İngiltere'de Norman istilaları sonucu ortaya çıkan bir hukuk sistemidir.⁷⁸ Sistemin orijinal adı "*Common Law*" yani "Ortak Hukuk" anlayışdır ve ülkede ortak bir hukukun geçerli olabilmesi için gezici yargıçların en uygun örf-adet kuralını kararlarına gerekçe göstermeleri ile ortaya çıkmıştır.⁷⁹ Ancak yargıçların bu şekilde önlerine gelen tüm uyuşmazlıkları çözmeleri mümkün olmadığından, sistem daha sonrasında bir mahkemenin verdiği kararın benzer somut olayda uygulanabilmesini sağlayan formata dönüşmüştür. Emsal kararlar, uygulanacak hukuk haline gelmiş ve örf-a-

⁷³ Harris, O'Boyle vd., (n 4), s. 29.

⁷⁴ Bkz: Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, (12. Baskı, Ekin Yayınları 2015), s. 132-146. İhsan Erdoğan, *Hukuka Giriş*, (3. Baskı, Seçkin Yayınları 2021), s. 57-61.

⁷⁵ Gözler, *Hukuka*, (n 74), s. 136.

⁷⁶ Yaşar Salihpaşaoğlu, *Hukuka Giriş*, (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2023), s. 179.

⁷⁷ Catherine Elliott ve Frances Quinn, *English Legal System*, (Pearson Longman 2006), s. 10. Salihpaşaoğlu, *Hukuka*, (n 76), s. 180.

⁷⁸ George Burton Adams, 'The Origin of the Common Law', (1924) 34(2), *The Yale Law Journal*, s. 116.

⁷⁹ Gözler, *Hukuka*, (n 74), s. 136. Ayrıntılı bilgi için bkz: Arthur Hogue, *Origins of the Common Law*, (Liberty Press 1985).



det kuralları ile mahkeme kararları hukukun asli kaynakları arasında sayılmıştır. Bu anlamda *Common Law* geleneğinde yargıcın hukuk yaratmasının sistemin en temel özelliklerinden biri olduğu söylenebilir.⁸⁰

Kıta Avrupası Hukuk sistemi ise Roma hukukuna dayanması ile bağlantılı olarak kamu hukuku-özel hukuk ayırımına dayanan ikili bir sistem özelliği gösterir. Bu nedenle yargısal anlamda da kategorileşme söz konusudur.⁸¹ Örneğin Türkiye’de adli yargı mercileri ve idari yargı mercileri ayrı örgütlenmelere sahiptir ve hiyerarşik olarak farklı üst mahkemelere tabidirler. Adli yargılamada temyiz merci Yargıtay iken idari yargıda Danıştaydır.⁸² Bunun haricinde yargı makamlarının uygulamakla görevli olduğu hukuk kurallarının belirliliği yazılı olması ile sağlanır. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin temel özelliği; hukuk kurallarının yazılı olması ve bu yazılı hukuk kurallarının yargılama aşamasında birincil kaynak olarak kullanılmasının zorunlu olmasıdır. Bu anlamda örf ve adet kuralları, mahkeme kararları, doktrin görüşleri gibi diğer kaynaklar ancak yazılı hukuk kurallarında gösterilmişse yardımcı kaynak olarak kullanılabilir.⁸³

Türkiye de Kıta Avrupası Hukuk Sistemini benimsemiş devletlerden biridir ve buna uygun olarak 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda (TMK) hukukun kaynaklarının neler olduğu ve sırası ile belirtilmiştir.

Kanunun “*Hukukun uygulanması ve kaynakları*” başlıklı 1. maddesinde ifade edildiği üzere:

“Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”

Madde hükmünden açık bir şekilde anlaşıldığı üzere mahkeme kararları Türkiye hukukunda yargılama esnasında ancak yardımcı kaynak olarak kullanılabilir. Hakim, önüne gelen somut olayda öncelikle geçerli hukuk kuralına başvurmak zorundadır. Bu zorunluluk aynı zamanda keyfilik yerine kuralcılığın uygulan-

⁸⁰ Douglas E. Edlin, *Common Law Judging: Subjectivity, Impartiality, and the Making of Law*, (University of Michigan Press 2016), s. 77-80.

⁸¹ Gözler, Hukuka, (n 74), s. 132-135.

⁸² The Judicial System of Turkey and Organisation of the Ministry of Justice: <https://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492019170148THE_JUDICIAL_SYSTEM_OF_TURKEY_AND_ORGANISATION_OF_THE_MINISTRY_OF_JUSTICE.pdf> Erişim Tarihi: 06/02/2025. Gözler, Türk, (n 37), a.g.e., s. 1158-1163. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, (Beta Yayınları 2015), s. 472-478.

⁸³ Gözler, Hukuka, (n 74) s. 134. Kemal Gözler, *Hukukun Temel Kavramları*, (20. Baskı, Ekin Yayınları, 2022), s. 47.

rak hukuki güvenliğin sağlanması anlamına gelen hukukun üstünlüğü ilkesinin de bir gereğidir.⁸⁴

Mahkeme kararlarının, Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde yardımcı kaynak olarak kullanılabilmesinin bir sonucu hem ulusal sistemde hem de AİHM yargılaması sisteminde kararların yalnızca mahkemenin önündeki davayı bağlamasıdır. Bu anlamda Kıta Avrupası hukuk sistemine tabi bir ülkede ulusal mahkeme ve AİHM kararlarının herkese karşı ileri sürülmesi mümkün değildir.⁸⁵ Kararlar *erga omnes* (herkese karşı ileri sürülebilen) değil, *inter partes* (tarafklar arası) niteliktedir; yalnızca davanın tarafları bakımından sonuç doğurur. Mahkeme kararları objektif olarak bağlayıcı değildir ve genel hukuki kurallar ortaya koyamaz.⁸⁶

Objektif olarak bir hukuki işlemin bağlayıcı olabilmesi için hukuk düzeninde öngörüldüğü andan itibaren herkes için geçerli olması gerekir. Mahkeme kararlarına objektif bir anlam yüklenmesi halinde ise yargı organına düzenleyici bir organ rolü yüklenmiş olur. Bu durum modern demokrasi anlayışında *sine qua non* (olmazsa olmaz) bir unsur olarak kabul edilen devletin organları arasındaki denge ve denetleme⁸⁷ (*checks and balances*) ile bağdaşmadığı gibi aynı zamanda ulusal hukukta düzenlenen yargı kararlarının hukukun kaynakları içerisindeki yerine de açıkça aykırı düşer. Günümüzde yerleşen modern demokrasi anlayışı temelde halkın kendi kendini yönetme yetkisine ve serbest seçimlere dayanır. Ancak mahkeme kararlarının objektif bağlayıcılığı olduğu kabul edilirse bu durum yasama yetkisinin devri anlamına gelir ve halkın yönetiminin önüne geçer. Mahkeme kararları şüphesiz ki bağlayıcıdır; ancak bunu objektif olarak nitelendirmek Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin ve Kelsenci norm anlayışının benimsendiği bir ülkede çelişkiye sebep olacaktır.

Burada belirtilmesi gereken bir başka husus; aynı hukuk sistemi içerisinde de olsa sözleşmelerin bağlayıcılığı ile mahkeme kararlarının bağlayıcının farklı anlamlara gelmesidir. AİHM kararlarının bağlayıcılığının Türkiye hukuk sistemindeki yeri tartışılırken birçok kez atıf yapıldığı görülen Anayasa'nın 90. maddesinden kaynaklanmadığının altının çizilmesi gerekir.⁸⁸ Zira Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasında ifade edilen husus, Sözleşme'nin hükmünün kanunlarla çatışması halindeki bir duruma atıf yapmaktadır. Sözleşmenin kanunlardan farklı hüküm içermesi halinde iç hukukta doğrudan uygulanması ile Sözleşme'nin denetleme

⁸⁴ Oktay Uygun, 'Hukukun Üstünlüğü İlkesi', (2022) 19(3), *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 522.

⁸⁵ Salihpaşaoğlu, Avrupa, (n 1), s. 239. Gözler, Hukuka, (n 74), s. 134. Gözler, Hukukun, (n 83), s. 47. Köküarı, (n 12), s. 15.

⁸⁶ Köküarı, (n 12), s. 41.

⁸⁷ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, (2. Baskı, Seçkin Yayınları 2021), s. 351.

⁸⁸ Anayasa'nın 90. maddesinin Türk yargı kararlarında Mahkeme içtihatlarına atıf yapılan görünümü hakkında detaylı bilgi için bkz: Yaşar Salihpaşaoğlu, 'Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası ve Türk Yargı Uygulamasındaki Görünümü', (2022) 39(1), *Anayasa Yargısı*, s. 347-351.

organı olan Mahkeme kararlarının kanunlarla çatışması halinde iç hukukta doğrudan uygulanması iki farklı duruma işaret eder. İlgili madde metni şu şekildedir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”⁸⁹

Görüldüğü üzere Anayasa’da ifade edilen husus, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların çatışması durumunda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağına ilişkindir. Örneğin AİHS üzerinden bu madde yorumlandığında; ulusal bir mahkeme, önüne gelen somut olayda uygulanacak hukuk konusunda AİHS ve ulusal kanunlar arasında bir çatışma olması halinde AİHS hükümlerini esas alacaktır. Zira AİHS’nin içeriği temel hak ve özgürlüklere ilişkindir ve Anayasa’da açıkça düzenlenen hüküm gereği çatışma halinde mahkeme tarafından öncelikli olarak karara esas alınması zorunludur.⁹⁰ Türkiye’nin benimsediği hukuk sisteminde mahkeme kararlarının doğrudan geçerli hukuk olarak uygulanması gibi bir usul yoktur ve Anayasa’nın 90/5. maddesi hükmü, mahkeme kararları ile ilgili değil, Sözleşme metninin içeriği ile ilgilidir. AİHM kararları Türkiye’de; hem Kıta Avrupası hukuk sisteminin geçerli olması hem de AİHS’nin uluslararası hukuktaki anlamı gereği, ulusal mahkeme kararlarında ancak yardımcı kaynak olarak kullanılabilir. Ulusal mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta AİHM kararının doğrudan somut olaya uygulanmasına hukuk sistemi müsaade etmemektedir.

Mahkeme kararlarının, hukukun kaynakları arasında tayin edilen yeri sebebiyle taraflar dışında bağlayıcılık doğurmadığını ortaya koyan durumlara örnek olarak AİHM’nin kadının soyadı⁹¹, Cumhurbaşkanı hakaret suçu ve vicdani

⁸⁹ 1982 Tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>> Erişim tarihi: 06/02/2025.

⁹⁰ Sibel İncoğlu, ‘Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi’, Sibel İncoğlu (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, (1. Baskı, Avrupa Konseyi 2013), s. 9. A. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2005), s. 21-22. Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, (4. Baskı, Ekin Yayınları 2022) s. 479. Bülent Algan, *İnsan Hakları: Kavramsal ve Kuramsal Çerçeve*, (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2023), s. 188-192. Söz konusu Anayasa hükmünün iç hukuktaki anlamı konusunda çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Salihpaşaoğlu, *Anayasa*, (n 83), s. 339-346. Ahmet Burak Bilgin, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukuktaki Yeri’, (2016) 22(1), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, s. 81-130.

⁹¹ Kadının soyadı ve Anayasa madde 90/5 fıkrası ile ilgili AİHM kararlarının detaylı incelemesi için

ret meselesi ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlar gösterilebilir. AİHM'in kadının soyadı ile ilgili verdiği kararlardan biri olan Ünal Tekeli/Türkiye kararında Türkiye aleyhine Ayten Ünal Tekeli tarafından yapılan başvuruda, kadınların evlendikten sonra kızlık soyadlarını tek başına kullanamamalarının Sözleşme'nin "Özel ve aile hayatına saygı" başlıklı 8. maddesi ve bu madde ile bağlantılı olarak "Ayrımcılık yasağı" başlıklı 14. maddesine aykırılık teşkil ettiği iddia edilmiştir. AİHM yaptığı inceleme sonucunda; "*AİHS'nin 8. maddesi ile birlikte düşünüldüğünde 14. maddenin ihlal edildiğine*" karar vermiştir.⁹² Ancak Mahkeme'nin vermiş olduğu bu karardan sonra Türkiye'de kadınların evlendikten sonra tek başına kızlık soyadlarını kullanabilmeleri söz konusu olmamıştır. Zira TMK'nın "*Kadının soyadı*" başlıklı 187. maddesinde: "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*" şeklinde bu durum düzenlenmiştir. Bu nedenle AİHM'nin ihlal kararı vermesiyle doğrudan kadınların soyadlarını kullanabilmesinin önü açılmış değildir. AİHM kararı, doğrudan hukuk sisteminde sonuç doğuran bir özelliğe sahip değildir. Anayasa Mahkemesi, bu konuda AİHM'nin vermiş olduğu ihlal kararlarını da göz önünde bulundurarak 22/2/2023 tarihinde E.2022/155 numaralı dosyada verdiği kararla TMK'nın 187. maddesini iptal edene kadar madde geçerliliğini sürdürmüştür.⁹³

Başka bir örnek olarak Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu konusunda yapılan AİHM yargılamalarının ulusal hukuktaki etkisi gösterilebilir.⁹⁴ Ulusal mevzuatta Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu Türk Ceza Kanunu (TCK) madde 299'da şu şekilde düzenlenmektedir:

"(1) Cumhurbaşkanı'na hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/35 md.) Suçun alenen işlenmesi hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır.

(3) Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır."

Bahsedilen madde hükmü gereği Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu hapis cezasıyla cezalandırılabilmektedir. Cumhurbaşkanı'na yönelik hakaret suçu, TCK'nın

bkz: Salihpaşaoğlu, Anayasa, (n 88), s. 348-349.

⁹² AİHM, Ayten Ünal Tekeli/Türkiye, Başvuru No: 29865/96, T: 16/11/2004.

⁹³ <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/norm-denetimi-basin-duyurulari/kadinin-kocasinin-soyadini-almasini-ongoren-kuralin-iptali/>> Erişim Tarihi: 06/02/2025.

⁹⁴ Salihpaşaoğlu, Anayasa, (n 88), s. 350-351.

125. maddesinde düzenlenen genel hakaret suçlarından farklı olarak temsil ettiği makam, devletin manevi dokunulmazlığı gibi korumak istenen başka sùjelerin bulunması nedeniyle özel hakaret suçu olarak devletin güvenliğine karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir.⁹⁵ Bu konuda AİHM'nin önüne gelen birçok dosyada ise Sözleşme'nin 10. maddesinin (İfade özgürlüğü) ihlali kararı verilmektedir. Mahkeme'nin kanaatine göre suçun yöneldiğı taraf Cumhurbaşkanı olduğı zaman korumanın arttırılması Sözleşme'nin ruhu ile uyuşmayan bir durum yaratmaktadır:

“Mahkeme dolayısıyla, mevcut davanın koşullarında, Sözleşme'nin ruhuna uygun olmadığı değerlendirilen, hakaret konusunda Cumhurbaşkanı için daha fazla bir korumayı öngören özel bir hüküm uyarınca başvuran hakkında verilen ve cezai bir nitelik taşıyan yaptırımı dikkate alarak, Hükümetin, ihtilaf konusu tedbirin izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğunu ve Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında, demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kanıtlayamadığı kanaatine varmaktadır.”⁹⁶

Mahkeme, belirtilen durumda ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermekte ve benzer birçok başvuruda da bu görüşünü tekrar etmektedir.⁹⁷ Ancak AİHM'nin ihlal kararlarına rağmen 299. madde ulusal hukukta halen geçerli bir kanun hükmü olduğundan yargı makamları tarafından sayısız kez uygulanmıştır ve uygulanmaya devam etmektedir.⁹⁸

Bu konuyla ilgili bir diğer örnek olarak Mahkeme'nin vicdani ret meselesine ilişkin vermiş olduğu kararlar gösterilebilir. Vicdani ret; “askerlik hizmetine yönelik dini, ahlaki, etik, insani ya da bunun gibi nedenlerden kaynaklanan koyu

⁹⁵ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, (Yetkin Yayınları 2021) s. 107-108.

⁹⁶ AİHM, Vedat Şorli/Türkiye, B. No: 42048/19, T: 19/10/2021, § 47.

⁹⁷ Bkz: “Bu sebeple Mahkeme, davanın koşullarında, söz konusu menfaatler arasında adil ve Mahkeme içtihatlarına uygun bir dengeyi gözetilmediğı ve özellikle hakaret konusunda Cumhurbaşkanına ayrıcalıklı bir koruma sağlanmasını öngören özel hüküm uyarınca başvurana verilmesine hükmedilen, cezai bir niteliğe sahip olan yaptırımın orantılılığının incelenmediğı dikkate alındığında, ihtilaf konusu tedbirin, izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğunun ve Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında demokratik bir toplumda gerekli olduğunun kanıtlanmadığı kanaatindedir.” AİHM, Önal/Türkiye, B. No: 44982/07, T: 02/07/2019, § 44. İhlal verilen başka bir karar için bkz: AİHM, Durukan ve Birol/Türkiye, B. No: 14879/20 13440/21, T: 03/10/2023.

⁹⁸ TCK madde 299'un iptali için yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi ret kararı vermiştir: “İtiraz konusu kuralın, ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlandırma getirdiğı açıktır. Söz konusu sınırlama, başkasının şöhret veya haklarının korunması ile kamu düzeninin korunmasını sağlamak amacıyla getirilmiş olup demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamındadır. İtiraz konusu kural, kişilerin başkalarının şöhret veya haklarına zarar vermemek suretiyle düşünce ve kanaatlerini açıklamalarına engel oluşturmamaktadır. Dolayısıyla kuralla getirilen sınırlamanın, Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün amacına uygun bir şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara bağlanmadığı ve hakkın özüne dokunulmadığı açıktır.” AYM, E. 2016/25, K. 2016/186, T: 14.12.2016, § 20.

görüşler de dahil, vicdani ilke ve sebeplerden kaynaklanan itirazı” ifade eder.⁹⁹ Vicdani reddin bunlar dışında da birçok farklı sebebi olabilir. Avrupa Konseyi ülkeleri arasında vicdani reddin kabul edilip edilmeyeceği ya da hangi sebeplere bağlı olarak kabul edileceği konusunda bir konsensüsün varlığından söz edilmesi mümkün değildir. Sözleşme bağlamında da vicdani ret ile ilgili olarak herhangi bir yükümlülük getirilmemiştir. Vicdani reddin madde 4 (Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı) ve madde 9 (Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) ile ilişkilendirilen başvurulara bakıldığında başlarda olumsuz bir tavır takınıldığı ve kabul edilemezlik veya ihlal olmadığına ilişkin kararlar verildiği görülmektedir. Ancak sonrasında birçok taraf devletin vicdani reddi hukuken tanınması ile Mahkeme’nin görüşü değişmiş ve yaşayan belge doktrinine atıf yapılarak Sözleşme’nin 9. maddesinin yorumlanmasında bir değişiklik yapılmasının gerekli olduğu, vicdani ret konusunda bu maddenin artık Sözleşme’nin 4. maddesinin 3/b bendi ile birlikte yorumlanmaması gerektiğine karar verilmiştir.¹⁰⁰

AİHS bağlamında vicdani ret meselesine ilişkin görüş değişikliği, Türkiye’nin taraf olduğu Erçek/Türkiye kararında da görülmektedir. Mahkeme, Yehova Şahidi başvuranın askerlik yapmayı reddetmesi sebebinin derin ve samimi inançlarına dayandığından kanaatle askerlik hizmetinde bulunmayı reddetmesinin cezalandırılmasının madde 9 ihlali oluşturduğuna hükmetmiştir.¹⁰¹ Bu anlamda Türkiye’nin askerlik hizmetine alternatif hiçbir hizmeti kabul etmemesi iç hukuk sistemindeki bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme’nin kanaatine göre yasal reform yapılarak bu yapısal soruna bağlı olarak ortaya çıkacak ihlallerin önüne geçilebilir.¹⁰² Ancak Mahkeme’nin bu tavsiyesine yönelik olarak Türkiye’de henüz vicdani reddin bir hak olduğuna ilişkin yasal bir düzenleme kabul edilmemiştir.¹⁰³ Her ne kadar bu konuda Türkiye’nin de taraf olduğu başvurularda verilen ihlal kararları mevcutsa da Anayasa’da ve ilgili kanunlarda değişiklik yapılana kadar Türkiye’de zorunlu askerlik hizmeti devam edecektir.

Görüleceği üzere AİHM’nin verdiği ihlal kararlarının Anglo-Sakson Hukuk Sistemlerinde doğrudan sonuç doğurması bakımından bir anlamı olsa da Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin benimsendiği Türkiye için aynı durumun söz konusu olmadığını destekleyen birçok örnek mevcuttur.¹⁰⁴ Mahkeme’nin kendisi de taraf

⁹⁹ Ogün Usta, *Türk Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasağı*, (On İki Levha Yayınları 2021) s. 345. Tanımın geçtiği karar için bkz: AİHM, Chitos/Yunanistan, B. No: 51637/12, T: 04/06/2015.

¹⁰⁰ AİHM, Tematik Bilgi Notu – Vicdani ret, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Conscientious_objection_TUR> Erişim Tarihi: 06/02/2025. Vicdani redde ilişkin görüş değişikliğinin ortaya koyulduğu ilgili karar için bkz: AİHM, Bayatyan/Ermenistan, B. No: 23459/03, T: 07/07/2011.

¹⁰¹ AİHM, Erçek/Türkiye, B. No: 43965/04, T: 22/11/2011, § 61.

¹⁰² AİHM, Erçek/Türkiye, B. No: 43965/04, T: 22/11/2011, § 80.

¹⁰³ Bkz: 1982 Anayasası madde 72 ve 7179 Sayılı Askeralma Kanunu.

¹⁰⁴ Bkz: Osman Düzel, ‘Türkiye’nin Avrupa Birliği Üyeliği ve Türk Hukuk Sistemi’, Uzmanlık Tezi, (Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Ulusal Program Dairesi 2004), s. 70 vd. “...yalnızca aynı veya



devletler arasındaki hukuk sistemi ayrımının farkındadır. Bu anlamda son olarak burada Mahkeme'nin kendi içtihatlarına uyması bakımından benimsediği görüşe de yer verilebilir. Çünkü Mahkeme kararlarının bağlayıcı etkisinin görüldüğü iki yer vardır: bunlardan birisi taraf devletler iken bir diğeri Mahkeme'nin kendisidir. Araştırmanın amacı gereği taraf devletler üzerindeki bağlayıcılık konusuna daha geniş bir kapsamda yer verilmiştir. Ancak Mahkeme'nin kendi içtihatlarına bağlılığı konusunda benimsediği yaklaşım da taraf devletler üzerindeki bağlayıcılığın anlamı bakımından fikir oluşturur. Mahkeme bu konuda görüşünü bildirirken dinamik ve gelişimci yorum anlayışının altını çizer. Bu anlamda Mahkeme, genellikle karar vermedeki esnek yapısını vurgular ve önceki kararlarına uymakla hukuken bağlayıcı olmadığını söyler.¹⁰⁵ Mahkeme'nin bu konudaki görüşünü ortaya koyan kararlarından biri olan Christine Goodwin v. Birleşik Krallık'taki ifadeler Türkçe'ye şu şekilde çevrilebilir:

“Mahkeme, önceki kararlarına uymakla hukuken bağlayıcı olmasa da, hukuki güvenlik, öngörülebilirlik ve kanun önünde eşitlik ilkeleri gereği, geçerli ve haklı bir neden olmaksızın daha önceki davalarda ortaya konulan içtihatlardan sapmaması yararınadır. ...Ancak Sözleşme öncelikle bir insan hakları koruma sistemi olduğundan, Mahkeme, davalı Devlet içindeki ve genel olarak Sözleşmeciler Devletler içindeki değişen koşulları dikkate almak ve örneğin, ulaşılması gereken standartlar konusunda gelişen bir yakınsamaya yanıt vermek zorundadır. ...Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanmasının, onun haklarını teorik ve yanıltıcı olarak değil, pratik ve etkili hale getirecek bir biçimde olması hayati önemdedir. Mahkeme'nin dinamik ve evrimsel bir yaklaşım sürdürmemesi, onu reform ya da gelişmenin önünde bir engel haline getirme riski taşır.”¹⁰⁶

V. AVRUPA KONSEYİ STATÜSÜ'NÜN 3. MADDESİ KAPSAMINDA MAHKEME KARARLARININ OBJEKTİF İŞLEVİ

Mahkeme'nin taraflar bakımından bağlayıcılığa sahip olan kararlarına bir istisna teşkil eden pilot karar usulünde, taraf devletin mevzuatında değişiklik ya-

daha üst düzeydeki bir mahkemenin bir emsal kararı bozabileceği veya daha alt düzeydeki de dâhil olmak üzere her mahkemenin keyfi olmaması koşuluyla içtihattan ayrılıp ayrılamayacağı konularında Ortak Hukuk ve Kıta Avrupası hukuk sistemleri arasında ciddi farklılıklar süregelmektedir.” Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi (CCJE) 20 No'lu Görüş, Hukukun Yeknesak Bir Şekilde Uygulanmasında Mahkemelerin Rolü, (Avrupa Konseyi 2023), s. 8.

¹⁰⁵ Bahadır Kılınç, ‘The Issue of Binding Value of Precedent Cases in the Case-Law of the European Court of Human Rights’, (2016) 7, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, s. 670. Mahkeme'nin bu konudaki görüşünü belirttiği bazı kararlar için bkz: AİHM, Chapman/Birleşik Krallık, B. No: 27238/95, T: 18/01/2001, § 70. AİHM, Cossey/Birleşik Krallık, B. No: 10843/84, T: 27/09/1990, § 35.

¹⁰⁶ AİHM, Christine Goodwin/Birleşik Krallık, B. No: 28957/95, T: 11/07/2022, § 74.

pılması kararını uygulaması ve yerine getirmesinin Avrupa Konseyi Statüsü'nün 3. maddesinin bir gereği olup olmadığı meselesi de ayrıca tartışılması gereken hususlardan biridir. Statü'nün 3. maddesine göre:

“Avrupa Konseyinin her üyesi, hukukun üstünlüğü prensibini ve yasal yetkisi altında bulunan her şahsın insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanma prensibini kabul eder. Birinci bölümde yazılı gayenin güdülmesine samimi ve fiili bir surette katılmayı etmeyi taahhüt eder.”

Maddede geçen yazılı amaç, Konsey'in amacının üyeler arasında: “...müşterek mirasları olan ülkü ve prensipleri korumak ve yaymak ve siyasi, ekonomik ilerlemelerini sağlamak amacıyla daha sıkı bir birlik meydana getirmek” olduğunu ifade eder.¹⁰⁷ Bu amaca “Konsey organları vasıtasıyla, ortak çıkarları ilgilendiren sorunların incelenmesi, anlaşmalar akdi ve ekonomik, sosyal, kültürel, bilimsel, yasal ve idarî alanlarda bir ortak hareket hattının kabulü ve insan hakları ile temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesiyle” varılacağı kabul edilir.¹⁰⁸ Bu anlamda Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin üzerinde anlaştığı ve kabul ettiği değerleri korumak, Statü'nün 1. ve 3. maddelerinin de bir gereğidir. Bu korumanın en bariz ayağının AİHS'yi uygulamak ve AİHM'nin yetkisini kabul etmek olduğu açıktır.

Ahde vefa ilkesi gereği Sözleşme'ye uyma yükümlülüğü bulunan ve samimi olarak Statü'de düzenlenen hükümlere uyacağını taahhüt eden her devlet, Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına uygun olarak mevzuatını geliştirme yükümlülüğü altındadır.¹⁰⁹ Taraf devletlerin en azından Avrupa Konseyi'nin belirlenen ve kabul edilen gayesine uygun olarak iç hukukunu uyumlu hale getirilmesi gerekir. Sözleşme, çok taraflı uluslararası bir sözleşme niteliğine sahiptir ve uluslararası hukukta sözleşmelerin yorumlanmasını ve uygulanmasını düzenleyen Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi hükümlerine tabidir.¹¹⁰ Taraf devletler, sözleşmeye attıkları imza ile bağlı olmaları sebebiyle ahde vefa ilkesi (*pacta sunt servanda*) gereği sözleşme ile bağlıdır.¹¹¹

¹⁰⁷ Avrupa Konseyi Statüsü, 1/1. madde.

¹⁰⁸ Avrupa Konseyi Statüsü, 1/2. madde.

¹⁰⁹ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, (14. Baskı, Turhan Kitabevi 2015), s. 14-15.

¹¹⁰ Pazarcı, (n 109), s. 43 vd.

¹¹¹ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 26. Pazarcı, (n 102), s. 57-64, 72-76. Mahkeme de kararlarında zaman zaman ahde vefa ilkesine atıf yapmaktadır: “Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme'nin, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26. maddesinde kurallaştırılan ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi uyarınca, Sözleşmeciler Tarafı açısından bağlayıcı olan ve iyi niyetle ifa edilmesi gereken uluslararası bir antlaşma olduğunu da tekrar hatırlatmaktadır.” AİHM, Janowiec ve Diğerleri/Rusya, B. No: 55508/07, T: 21/10/2013, § 211. “*Pacta sunt servanda* prensibine göre, bir devlet, Sözleşme'nin dayattığı yükümlülüklerden, kaçak göçle mücadeleyle ilişkin çift taraflı veya çok taraflı sözleşmelerden doğan taahhütlere dayanarak muaf olamaz.” AİHM, Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya, B. No: 27765/09, T: 23/02/2012, § 103. Diğer örnekler için bkz:



Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26. maddesinde yer aldığı üzere: “Yürürlükteki her antlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir.” Taraf devletlerin, yaptıkları antlaşmalara uymadıkları takdirde sözleşmeyi ihlal etmekten ve ahde vefa ilkesini yerine getirmemekten dolayı uluslararası sorumlulukları doğar.¹¹² Bu anlamda AİHS'te yer alan AİHM kararlarının bağlayıcılığına ilişkin hükümlere uyulması, uluslararası hukukun bir parçası olan devletlerin sözleşmenin tarafı olmaları sebebiyle doğal olarak ortaya çıkan yükümlülükleridir ve iyi niyetlerini ortaya koyar.¹¹³ Bu durum ise Mahkeme “kararlarının” objektif bağlayıcılığı olduğu anlamına gelmez; ancak Mahkeme tarafından taraf devletin Sözleşme'yi ihlal ettiği ve bu ihlalin sebebinin ulusal hukuktaki düzenlemeler olduğu düşünülüyorsa devletin mevzuatını üzerinde uzlaşılan insan hakları anlayışına uygun hale getirmesi Avrupa Konseyi Statüsü ve AİHS'nin gereği olarak görülebilir. Bu durum da “Sözleşme”nin objektif işlevine işaret eder.

Taraf devletlerin, Statü'nün bir gereği olarak, mevzuatlarını Sözleşme'ye uygun olarak dönüştürmeleri, yeni koruma mekanizmalarını hukuk sistemlerine dahil etmeleri ve ulusal mahkemelerin karar verirken içtihatları dikkate almaları AİHM kararlarının objektif işlevinin bir sonucudur. Örneğin Ümmühan Kaplan/ Türkiye başvurusundan sonra “yeterli ve uygun tazmin sunan etkili bir iç hukuk yolunun” ihdas edilmesi amacıyla Adalet Bakanlığı nezdinde İnsan Hakları Tazminat Komisyonu kurulmuştur.¹¹⁴ Yine ulusal mahkemelerde içtihatların yardımcı kaynak olarak kullanılarak karar verilmesi aynı zamanda yasama mercini ve Anayasa Mahkemesini de etkilemektedir. Anayasa Mahkemesi, kadının soyadına ilişkin olarak daha öncesinde yapılan başvurularda iptal kararı vermeyi gerekli görmezken geline son aşamada AİHM'nin verdiği ihlal kararlarını, özel hayat kapsamında yaptığı yorumu ve Yargıtay'ın kararını da dikkate alarak TMK'da yer alan kadının soyadına ilişkin hükmü iptal etmiştir.¹¹⁵ Sözleşmeciler devletler tarafından gerçekleştirilen bu dönüşüm, anlık değildir ve bir süreç içerisinde ortaya çıkmaktadır. Bu durum Mahkeme kararlarının objektif işlevinin bir sonucudur.

AİHM, Hutchinson/Birleşik Krallık, B. No: 57592/08, T: 17/01/2017, § 45. AİHM, Husayn (Abu Zubaydah)/Polonya, B. No: 7511/13, T: 24/07/2014, § 358.

¹¹² Pazarcı, (n 109), s. 15, 83. Yine Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ile ilgili olarak Avrupa Konseyi'nde yapılan bir konferansta ifade edildiği üzere: “Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Mahkemesi, savaşın ardından keyfiliği ve zulmü önlemek için tasarlanmıştır. Bu durum, siyasi kararlılığı ve sağlam kurumların varlığını gerektirmektedir.” Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği bünyesinde yapılan “Binding Effect of the Judicial Decisions” başlıklı konferans konuşması, Tarih: 20 Haziran 2017. <<https://www.coe.int/en/web/secretary-general/-/conference-binding-effect-of-the-judicial-decisions->> Erişim Tarihi: 30/12/2023.

¹¹³ I. I. Lukashuk, ‘The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation Under International Law’, (1989) 83(3), *The American Journal of International Law*, s. 514.

¹¹⁴ <<https://ihtk.adalet.gov.tr/SayfaDetay/Komisyonhakkinda>> Erişim Tarihi: 06/02/2025.

¹¹⁵ <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/norm-denetimi-basin-duyurulari/kadinin-kocasinin-soyadinalmasini-ongoren-kuralin-iptali/>> Erişim Tarihi: 06/02/2025.

Bu işlev, Mahkeme'nin Sözleşme ile sağlanan hak ve özgürlüklerin korunması için yaptığı yorumların, belirlediği ilkelerin ve vardığı sonuçların taraf devletlerce dikkate alınmasını, onlara göre hareket etmelerini sağlamaktadır. Bu durum doktrinde, Mahkeme kararlarının uzun vadede ortaya çıkan dolaylı, “*de facto emsal etkisi*” olarak da nitelendirilmektedir.¹¹⁶

Bu konuda tartışılan hususlardan bir diğeri de Mahkeme'nin ulusal hukuka müdahale edebilecek bir yetki ile donatılıp donatılmadığı üzerinedir. Uluslararası bir kurum olarak AİHM'nin ulusal hukukta doğrudan sonuç doğuran bir güce sahip olması, II. Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupalı devletler tarafından kabul edilen devlet anlayışı ile örtüşmediği fikrinin tartışılmasına sebebiyet vermektedir. İlk kurulduğu zaman pilot karar usulüne sahip olmayan ancak sonradan içtihatlarla geliştirerek bu yöntemi iç tüzüğüne ekleyen Mahkeme, önceden ihlal ve tazminat kararları verirken günümüzde geline nokta taraf devletlere mevzuatını değiştirme direktifi verebilmektedir.¹¹⁷

SONUÇ

Taraf devletlerin Sözleşme'de belirtilen taahhütlere uymalarının sağlanması için kurulan AİHM, getirilen Ek Protokoller ve içtihadi değişikliklerle kendisini geliştirmiş ve bugünkü halini almıştır. Günümüzde Mahkeme, pilot karar uygulaması gibi sonradan eklenen birçok yargılama usulü ve ilkesiyle taraf devletlerin Sözleşme'ye uyup uymadığını denetlemektedir. Bunun yanında, insan haklarına saygılı ortak bir Avrupa kamu düzeninin oluşturulmasında hukuki ve siyasi bir baskı aracı olarak da kullanılmaktadır.

Mahkeme'nin ihlal kararlarının içeriğinde; ihlalin tespiti ve eski durumun yeniden tesis edilebilmesi için yapılması tavsiye edilen veya belirli bir süre dahilinde taraf devletten alması beklenen tedbirler yer alır. Ancak taraf devletin Mahkeme kararının gereği olarak yerine getirmesi gereken işlemlerin neler olduğu kararlarda spesifik olarak belirtilmez. İhlalin ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak hukuki aracın seçiminde taraf devletler serbestiye sahip olabilir. Bu anlamda Mahkeme kararları nitelik olarak tespit edici ve bildiricidir. Mahkeme de ikincillik ilkesi ve takdir marjı doktrini gibi ilkelere atıf yaparak bu niteliğini kabul etmekte ve tekrarlamaktadır.

Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı, ulusal hukukta benimsenen hukuk sisteminin özelliklerine göre farklı yorumlanabilmektedir. Zira hukukta sözleşmelerin bağlayıcılığı ile mahkeme kararlarının bağlayıcılığı iki farklı durumu ifade et-

¹¹⁶ Köküarı, (n 12), s. 30-31. Ayrıca insan hakları hukuku, doğası gereği içtihadi bütünsellik özelliğine sahiptir. Bu anlamda sözleşme organlarının belirlediği ilkeler açık veya örtülü şekilde davalar arasında ilişkilendirilmekte; kararlarda içtihatlar atıf yapılmaktadır. Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2*, (8. Baskı, Legal Yayıncılık 2012), s. 640 vd.

¹¹⁷ Harris, O'Boyle vd., (n 4), s. 31-32.



mektedir. AİHS'nin uluslararası hukukta belirli bir standardı içeren kamu düzeni hedeflediği açıktır; ancak ulusal hukukun bu düzenin bir parçası olabilmesi için Mahkeme kararları yeterli hukuki güce sahip olmayabilir. Bu anlamda İngiltere gibi emsal kararların hukuku oluşturduğu Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip ülkelerde mahkeme kararları herkesi doğrudan, objektif olarak bağlayan bir hukuk normu niteliğine sahiptir. Ancak Türkiye gibi Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin özelliklerini taşıyan ülkelerde ise hukukun kaynağı olarak mahkeme kararları yardımcıdır ve kural olarak yalnızca davanın taraflarını bağlayan, subjektif bir bağlayıcılığa sahiptir. Mahkeme kararlarının hukukun kaynakları içerisinde yardımcı bir şekli kaynak olması ise tek başına Türkiye'de AİHM kararlarının bağlayıcılığının anlamını tespit edebilmek için yeterli değildir.

Türkiye, II. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan uluslararası sistemin ve söz konusu sistemin üzerine inşa edildiği değerlerin bir parçası olduğunu Konsey'in üyesi ve Sözleşme'nin tarafı olarak kabul etmiştir. Sözleşme'nin konusunu insan haklarının oluşturması, bağlayıcılık konusunu özellikle önemli kılmakta ve herhangi bir uluslararası sözleşmeden ayrı, üstün bir yere koymaktadır. Avrupa Konseyi'nin ortak Avrupa kamu düzeni hedefinin bir parçası olan AİHS'nin denetim organı olan AİHM'nin verdiği kararların, gerekçesi ile birlikte taraf devletçe dikkate alınması gerekmektedir. Bunun sebebi ise Mahkeme kararlarının objektif bağlayıcılığa sahip olması değil; Türkiye'nin, söz konusu sistemin bir parçası olmak adına gerek BM Şartı'nı gerekse Avrupa Konseyi Statüsü'nü imzalaması nedeniyle verdiği sözde durmasının bir gereği olmasıdır. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı, hukukun temel kavramlarından biri olsa da bu kavramın uygulamada ve doktrinde farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılması tartışmalara yol açmaktadır. Bu durum hem ulusal mahkemelerin hem de AİHM'nin görünüşüne zarar verecek ve bireysel başvurulara yönelik meşru beklentilerin de farklı olmasına yol açacak nitelikte önemli bir sorundur. AİHM kararlarının bağlayıcılığının objektif nitelikte olmaması bu kararların önemini düşürmemekte ya da Mahkeme'yi olumsuzlamamaktadır. Aksine, hukuki gerekçeleriyle birlikte AİHM'nin niteliğinin ortaya koyulması kuruluş amacına hizmet etmektedir. Bu anlamda söze bağlılık ilkesi gereği Türkiye'nin, Mahkeme kararlarının içeriğini de dikkate alarak iç hukukunu dönüştürmesi Mahkeme kararlarının objektif işlevinin kaçınılmaz bir sonucudur.

KAYNAKÇA

Adams, G B, ‘The Origin of the Common Law’, (1924) 34(2), *The Yale Law Journal*, s. 115-128.

Akçıl, Y, ‘Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi’, (2022) 39(1), *Anayasa Yargısı*, s. 1-45.

Algan, B, ‘Bireysel Başvurularda “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk” Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması’, (2014) 63(2), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 247-284.

Algan, B, İnsan Hakları: Kavramsal ve Kuramsal Çerçeve, (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2023).

Alyanak, S ve Bozkurt Cengiz, B, ‘Anayasa Mahkemesinin Pilot Karar Uygulaması ve Kararların Yasama Organına Bildirilmesi’, (2023) (48), *Yasama Dergisi*, s. 117-153.

Anayurt, Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, (2. Baskı, Seçkin Yayınları 2021).

Atasayan, M Gözde, ‘Can Atalay Kararı ve “Ötesi”’, (2025) 13(35), *Anayasa Hukuku Dergisi*, s. 129-182.

Aybay, R ve Çelik, D B, İnsan Hakları Hukuku, (5. Baskı, Der Yayınları 2022).

Bağcı, B, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Objektif İşlevi (Etkisi)’, (2024) 1, *Prof. Dr. Zühtü Arslan’a Armağan*, s. 1005-1037.

Becket, J, ‘The Greek Case Before the European Human Rights Commission’, (1970) 1(1), *Human Rights*, s. 91-117.

Bilgin, A B, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukuktaki Yeri’, (2016) 22(1), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, s. 81-130.

Cengiz, S, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası*, (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).

Çakmak, U R, ‘Bireysel Başvuruda İkincillik Çağı’, (2024) 28(2), *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 373-393.

Çakmak, U R, ‘İkincillik İlkesi Çerçevesinde Türkiye’de İnsan Hakları Tazminat Komisyonu’, (2021) 16(177), *Terazi Hukuk Dergisi*, s. 882-890.

Değirmencioğlu, B, ‘AİHM Esas Denetiminde Kullanılan Özel Bir Metot Olarak “Pilot Karar Usulü” ve Türk Anayasa Yargısı Özelinde Değerlendirilmesi’, (2024) 4(2), *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, s. 785-827.

Dere, A N, ‘Anayasa Yargısında Pilot Karar Usulü’, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2024).



- Doğan, İ (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, (5. Baskı, Astana Yayınları 2022).
- Doğru, D, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini*, (1. Baskı, Turhan Kitabevi 2019).
- Doğru, O, 'İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi', (2000) 17, *Anayasa Yargısı*, s. 194-225.
- Edlin, D E, *Common Law Judging: Subjectivity, Impartiality, and the Making of Law*, (University of Michigan Press 2016).
- Elliott, C. ve Quinn, F, *English Legal System*, (Pearson Longman 2006).
- Erdoğan, İ, *Hukuka Giriş*, (3. Baskı, Seçkin Yayınları 2021).
- Ergül, E, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, (1. Baskı, Yargı Yayınevi 2003).
- Ergür, N Y, 'AİHM Pilot Karar Usulü, İkincillik Prensibi ve Yapısal Adalet', (2025) 5(1), *SDE Akademi Dergisi*, s. 137-168.
- Esen, E, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini, (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Gemalmaz, M S, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2*, (8. Baskı, Legal Yayıncılık 2012),
- Giakoumopoulos, C, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü', (2016) 33, *Anayasa Yargısı*, s. 35-42.
- Göktaş, E B, 'İnsan Haklarının Evrenselliği ve Kültürel Görecelilik Tartışması Bağlamında Takdir Marjı Doktrini', (2023) 6(11), *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Dergisi*, s. 15-46.
- Gözler, K, *Hukuka Giriş*, (12. Baskı, Ekin Yayınları 2015).
- Gözler, K, *Hukukun Temel Kavramları*, (20. Baskı, Ekin Yayınları 2022).
- Gözler, K, İnsan Hakları Hukuku, (4. Baskı, Ekin Yayınları 2022).
- Gözler, K, *Türk Anayasa Hukuku*, (4. Baskı, Ekin Yayınları 2021).
- Gözübüyük, A Ş ve Gölcüklü, F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2005),
- Hafızoğulları, Z, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, (1. Baskı, Seçkin Kitabevi 1987).
- Harris, D ve O'Boyle, M ve Bates, E ve Buckley, C, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2021).

Hogue, A, *Origins of the Common Law*, (Liberty Press 1985).

Işıқтаç, Y, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, (1. Baskı, Filiz Kitabevi 2009).

İnceoğlu, S (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, (1. Baskı, Avrupa Konseyi 2013).

Karakul, S, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kendi Kararlarının Yerine Getirilmesindeki Rolü', (2018) 5(2), *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 125-156.

Karaman, E, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk', (2014) 72(1), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, s. 411-434.

Kelsen, H, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, Ertuğrul Uzun (Çev.), (1. Baskı, Nora Kitap 2016),

Keskin, E, 'AİHM'nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı', (2020) 69(3), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 1379-1414.

Kılınç, B, 'The Issue of Binding Value of Precedent Cases in the Case-Law of the European Court of Human Rights', (2016) 7, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, s. 665-675.

Krish, N, 'The Open Architecture of European Human Rights Law', *The Modern Law Review*, (2008) 71(2), s. 183-216.

Köküsarı, İ, 'Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi', (2018) 22(1-2), *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 1-56.

Lalík, T, 'Understanding the Binding Effect of the Case-Law of the ECtHR in Domestic Legal Order', *International Conference: Effectiveness of the European System of Protection of Human Rights*, Varşova, 18-19/04/2011.

Lukashuk, I I, 'The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation Under International Law', (1989) 83(3), *The American Journal of International Law*, s. 513-518.

Meriç, E O, 'İnsan Hakları İhlallerinin Önlenmesinde Pilot Kararların Usuli Açıdan Etkililiği', (2021) 1(2), *Dicle Akademi Dergisi*, s. 29-56.

Pazarcı, H, *Uluslararası Hukuk*, (14. Baskı, Turhan Kitabevi 2015).



Salihpaşaoğlu, Y, 'Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası ve Türk Yargı Uygulamasındaki Görünümü', (2022) 39(1), *Anayasa Yargısı*, s. 339-352.

Salihpaşaoğlu, Y, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2021).

Salihpaşaoğlu, Y, *Hukuka Giriş*, (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2023).

Şahbaz, İ, 'Anayasa Mahkemesi Kararının Gerekçesinin Bağlayıcılığı Sorunu', (2020) 2, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.

Teziç, E, *Anayasa Hukuku*, (Beta Yayınları 2015).

Toroslu, N ve Toroslu, H, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, (Yetkin Yayınları 2021).

Usta, O, *Türk Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasağı*, (On İki Levha Yayınları 2021).

Uygun, O, 'Hukukun Üstünlüğü İlkesi', (2022) 19(3), *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 521-558.

Mahkeme, Komite ve Komisyon Kararları

AİHM Komisyon Kararı, Avusturya/İtalya, B. No: 788/60, T: 11/01/1961.

AİHM, Ališić ve Diğerleri/Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti, B. No: 60642/08, T: 16/07/2014.

AİHM, Bayatyan/Ermenistan, B. No: 23459/03, T: 07/07/2011.

AİHM, Burmych ve Diğerleri/Ukrayna, B. No: 46852/13, T: 12/10/2017.

AİHM, Chapman/Birleşik Krallık, B. No: 27238/95, T: 18/01/2001.

AİHM, Chitos/Yunanistan, B. No: 51637/12, T: 04/06/2015.

AİHM, Cossey/Birleşik Krallık, B. No: 10843/84, T: 27/09/1990.

AİHM, Christine Goodwin/Birleşik Krallık, B. No: 28957/95, T: 11/07/2022.

AİHM, Durukan ve Birol/Türkiye, B. No: 14879/20 13440/21, T: 03/10/2023.

AİHM, Erçep/Türkiye, B. No: 43965/04, T: 22/11/2011.

AİHM, Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, T: 15/01/2013.

AİHM, Fedotova ve Diğerleri/Rusya, B. No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, T: 17/01/2023.

AİHM, Gluhaković/Hırvatistan, B. No: 21188/09, T: 12/04/2011.

AİHM, Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya, B. No: 27765/09, T: 23/02/2012.

AİHM, Husayn (Abu Zubaydah)/Polonya, B. No: 7511/13, T: 24/07/2014.



- AİHM, Hutchinson/Birleşik Krallık, B. No: 57592/08, T: 17/01/2017.
AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, B. No: 5310/71, T: 18/07/1978.
AİHM, Janowiec ve Diğerleri/Rusya, B. No: 55508/07, T: 21/10/2013.
AİHM, Lautsi ve Diğerleri/İtalya., B. No: 30814/06, T: 18/03/2011.
AİHM, Magnitskiy ve Diğerleri/Rusya, B. No: 32631/09-53799/12, T: 27/08/2019.
AİHM, Marckx/Belçika, B. No: 6833/74, T: 13/06/1979.
AİHM, Mouvement Raëlien Suisse/İsviçre, B. No: 16354/06, T: 13/07/2012.
AİHM, Nika/Arnavutluk, B. No: 1049/17, T: 14/11/2023.
AİHM, Önal/Türkiye, B. No: 44982/07, T: 02/07/2019.
AİHM, Suljagic/Bosna Hersek, B. No: 27912/02, T: 03/11/2009.
AİHM, Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye, B. No: 35009/05, T: 04/04/2017.
AİHM, Yüksel Yalçınkaya/Türkiye, B. No: 15669/20, T: 26.09.2023.
AYM, Şerafettin Can Atalay Kararı, B. No: 2023/53898, T: 27/10/2023.
Bakanlar Komitesi, Loizidou/Türkiye, 15318/89, Res-54, 06/10/1999.
Bakanlar Komitesi, Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis/Yunanistan, 13427/87, 20/03/1997.

İnternet Kaynakları

- <https://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492019170148THE_JUDICIAL_SYSTEM_OF_TURKEY_AND_ORGANISATION_OF_THE_MINISTRY_OF_JUSTICE.pdf> Erişim Tarihi: 06/02/2025.
<<https://ihtk.adalet.gov.tr/SayfaDetay/Komisyonhakkinda>> Erişim Tarihi: 10/07/2025.
<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1951830> Erişim Tarihi: 06/02/2025.
<[https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:\[%2209000016805dd190%22\],%22sort%22:\[%22CoEValidationDate%20Descending%22\]}](https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:[%2209000016805dd190%22],%22sort%22:[%22CoEValidationDate%20Descending%22]})> Erişim Tarihi: 10/07/2025.
<<https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/norm-denetimi-basin-duyurulari/kadin-kocasinin-soyadini-almasini-ongoren-kuralin-iptali>> Erişim Tarihi: 06/02/2025.
<<https://www.coe.int/en/web/portal/-/the-russian-federation-is-excluded-from-the-council-of-europe>> Erişim Tarihi: 06/02/2025.
<<https://www.coe.int/en/web/secretary-general/-/conference-binding-effect-of-the-judicial-decisions->>

<<https://www.coe.int/tr/web/about-us/our-member-states>> Erişim Tarihi: 06/02/2025.

<<https://www.coe.int/tr/web/about-us/our-member-states>> Erişim Tarihi: 14/04/2025.

<https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Conscientious_objection_TUR>
Erişim Tarihi: 06/02/2025.

<https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_pilot_judgments_tur> Erişim
Tarihi: 06/02/2025.

<<https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats-analysis-2023-eng>> Erişim
Tarihi: 06/02/2025.

Diğer Kaynaklar

Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi (CCJE) 20 No'lu Görüş, *Hukukun Yeknesak Bir Şekilde Uygulanmasında Mahkemelerin Rolü*, (Avrupa Konseyi 2023).

Düzel, Osman, *Türkiye'nin Avrupa Birliği Üyeliği ve Türk Hukuk Sistemi*, Uzmanlık Tezi, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Ulusal Program Dairesi, Ankara, 2004.

YAPAY ZEKÂNIN KULLANIMINDAN KAYNAKLI SORUNLARIN GÖÇ HUKUKUNA ETKİSİ

*The Impact of Problems Arising
from the use of Artificial Intelligence on Immigration Law*

Necip Fazıl AKBURAKCI*

Özet

Dünyada teknolojinin gelişimiyle beraber eğitim, sağlık, güvenlik ve hukuk gibi birçok alanda değişiklikler ve gelişmeler olmaktadır. Bu alanları etkileyen en önemli faktör sistemlerin otomatikleşmesi ve yapay zekâdır. Yapay zekâyla eğitim hizmetleri kişiselleştirilmiş, sağlık hizmetlerinde daha iyi tedaviler sunulmuş ve güvenlik alanında suçluların tespiti kolaylaşmıştır. Ancak her teknolojinin kusurları olduğu gibi yapay zekânın da kendine has birtakım sorunları bulunmaktadır. İşte bu sorunlar hukuk alanını etkilemekte ve bilhassa temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi gibi sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Yapay zekâ sistemleri göç alanında Almanya, Kanada, Avustralya ve Amerika Birleşik Devletleri gibi birçok ülke tarafından kullanılmaktadır. Ayrıca yapay zekâ, uluslararası kuruluşlar tarafından da kullanılmaktadır. Bu ülke ve kuruluşlar, yapay zekâyı kişilerin içinde bulundukları zor durumdan faydalanarak, deneysel bir biçimde kullanmaktadır. Bu kişiler, haklarında alınan kararlar için dava açtıklarında verilen kararın sadece bir insana ait olmadığını öğrenmişlerdir. Kararlar, yapay zekâ destekli bir şekilde alınmaktadır. Çalışma, yapay zekânın göç hukukunda kullanımından kaynaklı sorunlara odaklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Göç hukuku, yapay zekâ, otomatik karar alma mekanizmaları, insan hakları, idari usul

Abstract

With the development of technology in the world, there are changes and developments in many areas such as education, health, security and law. The most important factor affecting these areas is the automation of systems and artificial intelligence. With artificial intelligence, education services have been personalized, better treatments have been provided in health services and detection of criminals in the field of security has become easier. However, as every technology has its flaws, artificial intelligence has its own problems. These problems also affect the field of law and lead to consequences such as violations of fundamental rights and freedoms. Artificial intelligence systems are used in the field of immigration by many countries such as Germany, Canada, Australia and the United States. Artificial intelligence is also used by international organizations. These countries and organizations use artificial intelligence in an experimental way by taking advantage of the difficult situation that people are in. When these individuals filed

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 09.02.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, neccpfazilakburakci@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-3649-3906>

a lawsuit for the decisions taken against them, they learned that the decision made was not just a human decision. Decisions are made with the support of artificial intelligence. The study focuses on the problems arising from the use of artificial intelligence in immigration law.

Keywords: Migration law, artificial intelligence, automated decision-making mechanisms, human rights, administrative procedure

GİRİŞ

Göç hukukunda yapay zekâ sistemlerinden kaynaklı sorunların ortaya çıkmasındaki en büyük sebep, göçmenlerin bulunduğu zor durumdan yararlanılmasıdır. Bu durum öyle ileri bir noktaya ulaşmıştır ki, göç alanında “*Göç Sistemlerinin Otomatikleştirilmesinde Deneyler*” adlı bir eser dâhi telif edilmiştir¹. Bu eserde İngiltere’de göç alanında kullanılan bazı otomatik sistemlerden bahsedilmektedir ve göçmenler, kendileri üzerinde otomatik sistemlerin kullanıldığını açtıkları dava sonucunda öğrenmişlerdir. Ayrıca Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK), mültecilerin biyometrik verilerini işleyerek biyometrik kimlik kartı vermektedir. Eğer mülteciler biyometrik kimlik kartını almazsa, mültecilerin gıda, su ve barınma gibi ihtiyaçları karşılanmamaktadır. Nihai olarak yapay zekâ sistemleri, göçmenlere vize, çalışma izni veya mülteci statüsü verilmesi amacıyla kullanılmaktadır.

Çalışmamızın konusu yapay zekâ sistemlerinin göç hukukuna etkisidir. Bu sebeple ilk bölümde neden yabancı değil de göçmen kavramı kullanıldığı anlatılacaktır. Göçmen kavramına yüklenen anlamın Türk literatürü ile yabancı literatürdeki farklılığı açıklanacaktır. Son olarak göç hukukunun kapsamına kısaca değinilecektir.

İkinci bölümde ise yapay zekâ sistemlerinin göç hukuku alanında ortaya çıkarıldığı temel sorunlar açıklanmıştır. Bunlar şeffaflık sorunu, kirli veri sorunu ve kişisel veriler sorunudur. Bu sorunlara ilişkin detaylı bir inceleme yapılmış ve sorunların anlaşılması için farklı ülkelerdeki somut olaylardan örnekler verilecektir.

Üçüncü bölümde ise göç hukuku alanında Kanada’da, Avrupa Birliğinde ve Almanya’da kullanılan yapay zekâ sistemleri anlatılacaktır ve bu sistemlerin mahkeme kararlarında nasıl değerlendirildiği hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. Kanada’da Chinook, Avrupa Birliğinde iBorderCtrl ve Almanya’da DIAS adlı bir yapay zekâ kullanılmaktadır. Chinook, Kanada’da geçici ikamet başvuruları hakkında sınıflandırma ve özet yapması amacıyla kullanılan bir yazılımdır. Bu yazılımın yapay zekâ olup olmadığı hakkında tartışmalar söz konusudur. Bu konuda hükümetin, avam kamarasının ve mahkemelerin açıklamalarına yer verilecektir. Chinook adlı yapay zekâ, şeffaflık sorunu açısından irdelenmeye değerdir. İkinci incelenen yapay zekâ iBorderCtrl ise Avrupa Birliğine kara sınırlarından geçen Avrupa Birliği üyesi olmayan ülke vatandaşlarının kontrolü amacıyla kullanılmaktadır. Bu yazılımın şeffaflığına ilişkin sorunları olması sebebiyle incelenmesi gereklidir. Avrupa

¹ Jack Maxwell ve Joe Tomlinson, *Experiments in Automating Immigration Systems* (1. Baskı, Bristol University Press 2022).

Birliğinden bağımsız olarak Almanya’da göç alanında ulusal yapay zekâ sistemleri kullanılmaktadır ve bu sebeple anlatılmaya değerdir. Almanya’da sığınma başvurularında DIAS adlı bir yapay zekâ sistemi kullanılmaktadır. Ayrıca sığınma başvurularında cep telefonları yapay zekâ ile analiz edilmektedir. Her iki sistem başvuranın uyruğunu belirlemeye yönelik tasarlanmıştır. Cep telefonunun yapay zekâ ile analiz edilmesine ilişkin bir de karar incelemesi yapılmıştır.

Nihai olarak yapay zekâ sistemlerinin sorunlarından bahsedilerek, göç hukuku alanında ortaya çıkardığı sonuçlar incelenecektir. Ayrıca bu konuya ilişkin mahkeme kararları ele alınacaktır.

I. GÖÇ HUKUKU KAVRAMI

Devletlerin politikalarını göç kavramı üzerinden şekillendirmeye başlamaları neticesinde göçmen kavramı zihinlerde yer etmeye başlamıştır. Bunun esaslı sebebi dünyanın birçok yerinde yaşanan savaşlar, çatışmalar ve insani krizler sonucunda bireysel veya toplu olarak insanların isteyerek ya da istemeyerek göç etmesidir. Ancak insanların göç etmesinin sebepleri bunlarla sınırlı değildir. İnsanlar eğitim amacıyla ya da ekonomik veya kültürel sebeplerle de göç edebilmektedir². Öyle ki göçmenlere ilişkin politikaların belirlenmesinde düzenli ve düzensiz göçmen ayrımı yapılmaktadır. Düzenli göçmenlere yasal; düzensiz göçmenlere yasal olmayan göçmen de denilmektedir³. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 3. maddesinin 1 bendine göre göç “...yabancıların, yasal yollarla Türkiye’ye girişini, Türkiye’de kalışını ve Türkiye’den çıkışını ifade eden düzenli göç ile yabancıların yasa dışı yollarla Türkiye’ye girişini, Türkiye’de kalışını, Türkiye’den çıkışını ve Türkiye’de izinsiz çalışmasını ifade eden düzensiz göçü ve uluslararası korumayı” ifade etmektedir.

Yurt dışındaki bazı eserler “Immigration Law (Göç Hukuku)”⁴ ve “Immigration and Refugee Law and Policy (Göç ve Mülteci Hukuku ve Politikası)”⁵ gibi isimlerle telif edilmektedir. Türkiye’de de “Göç-İltica ve Sığınma Hukuku”⁶ ve “Avrupa Birliği Göç Hukuku Reformunda Düzensiz Göçmenlerin Statüleri”⁷ adlı kitaplar kaleme alınmıştır.

Dünyada farklı ülkelerde ve ülkemizde yabancılar hakkındaki faaliyetler idareler tarafından gerçekleştirilmektedir. Yabancılarla ilişkin faaliyetleri, Kanada’da

² Türkan Melis Parlak, *Avrupa Birliği Göç Hukuku Reformunda Düzensiz Göçmenlerin Statüleri* (1. Baskı, Seçkin 2022) 24.

³ Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5. Baskı, Beta 2018) s. 1.

⁴ Kurzban Ira J., *Kurzban’s Immigration Law Sourcebook* (8. Baskı, American Immigration Law Foundation 2002).

⁵ Stephen H Legonsky ve Cristina M Rodriguez, *Immigration and Refugee Law and Policy* (5. Baskı, Foundation Press 2009).

⁶ Işıl Özkan, *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2023).

⁷ Parlak (n 2).



Göçmen, Mülteciler ve Vatandaşlık Bakanlığı, İngiltere’de İçişleri Bakanlığı bünyesinde Vizeler ve Göç İdaresi ve Almanya’da Göçmenler ve Mülteciler Federal Ofisi yürütmektedir. Türkiye’de ise bu faaliyetler İçişleri Bakanlığı bünyesindeki Göç İdaresi Başkanlığı tarafından yürütülmektedir. 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi(CBK)’nin 158. maddesinde Göç İdaresi Başkanlığının görevi “...*yabancıların Türkiye’ye giriş ve Türkiye’de kalışları, Türkiye’den çıkışları ve sınır dışı edilmeleri, uluslararası koruma, geçici koruma ve insan ticareti mağdurlarının korunmasıyla ilgili iş ve işlemleri yürütmek...*” şeklinde ifade edilmiştir. Burada Göç İdaresi Başkanlığının sadece yurtiçinde görev yaptığı akla gelebilir. Ancak Göç İdaresi Başkanlığı 4 sayılı CBK’nın 163. maddesine göre konsolosluklarda ve büyükelçiliklerde yurtdışı teşkilatı kurabilir. Büyükelçiliklerde göç müşavirleri, konsolosluklarda göç ataşeleri görev yapmaktadır.

Yabancı veya göçmen kavramının kullanılmasında ülkelerin göç alma oranları dikkate alınmaktadır; Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Almanya ve Kanada gibi fazla göç alan ülkelerde göçmen kavramının kullanımı yaygınken, diğer ülkelerde yabancı kavramı tercih edilmektedir. Türkiye’nin bir göçmen ülkesi olmadığı, dolayısıyla göçmen kavramının kullanılamayacağı ifade edilmiştir⁸. Ancak Türk hukukunda 5543 sayılı İskân Kanunu’nda her ne kadar sadece Türk soylu ve Türk kültüründen olanların göçmen olacağı kabul edilse de başka ülkeler açısından göçmen kavramı farklı anlamlara gelebilmektedir. Türk hukuku dışında göçmen kavramı, Ekşi’ye göre “*bir ülkede bulunan yabancıları ifade eden genel bir kavramdır*”⁹. Zaten çalışmamız kapsamında yoğun göç alan ve göç alanında yapay zekâ kullanılan ülkeler anlatılacağından çalışmamız açısından göç hukuku kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağını düşünmekteyiz.

Bu açıklamalardan sonra göç hukuku kapsamında idarelerin yaptığı faaliyetleri kısaca açıklamak yerinde olacaktır.

Birçok ülkenin göç hukuku alanında kanunu vardır. Almanya’da yabancılar hukuku kavramının olumsuz karşılanması üzerine daha çok ikamet veya göç hukuku kavramları kullanılmaya başlanmıştır¹⁰. Almanya’da yabancıların ülkede kalabilmeleri, çalışabilmeleri ve entegrasyonları amacıyla Yabancıların Federal Bölgede İkamet Etmesi, Çalışması ve Entegrasyonu Hakkında Kanun (İkamet Kanunu) (Act on the Residence, Economic Activity and Integration of Foreigners in the Federal Territory) (Residence Act- AufenthG) yürürlüğe girmiştir. Bunun yanında sığınma (iltica) hakkına önem verilmesi sebebiyle İltica Kanunu (Asylum Act- Asylgesetz) ayrıca düzenlenmiştir¹¹. Amerika’da göç hukukundaki esaslı düzenleme adından da

⁸ Hacı Can ve Ekin Tuna, *Yabancılar Hukuku* (1. Baskı, Adalet 2022) s. 23.

⁹ Parlak (n 2) 25 vd.; Ekşi (n 3) s. 5.

¹⁰ Hacı Can, *Almanya’da Yabancıların İkameti, Kazanç Sağlayıcı Faaliyeti ve Entegrasyonu (Aufenthalt, Erwerbstätigkeit Und Integration von Ausländern in Deutschland)* (1. Baskı, Adalet 2023) s. 22.

¹¹ ibid s. 23-24.

anlaşılacağı üzere Göçmenlik ve Vatandaşlık Kanunu (Immigration and Nationality Act)'dur. Bu Kanun genel hükümler, göç, vatandaşlığa geçiş, mülteci yardımı ve yabancı teröristlerin ülkeden uzaklaştırılması olmak üzere beş kısımdan oluşmaktadır. Yine göç hukuku alanı Kanada'da Göçmen ve Mülteci Koruma Kanunu (Immigration and Refugee Protection Act) ile düzenlenirken, Avustralya'da 1958 tarihli Göç Kanunu (Migration Act 1958) ile düzenlenmiştir.

Bu Kanunlarda vize ve ikamet almanın şartlarının ve usullerinin neler olduğu, çalışma izinlerinin nasıl alınabileceği, hangi hallerde vatandaşlık alınabileceği gibi konular düzenlenmektedir. Ayrıca bu izinlerin hangi hallerde geri alınacağı veya iptal edileceği de düzenlenmektedir. Bu kanunlara tabi olan kişilerin hangi sebeplerle ülkeye alınmayacağı, sınır dışı edileceği veya haklarında ülkeye giriş yasağı konulacağı da düzenlenmektedir. Son olarak kimlerin uluslararası koruma statüsüne girebileceği ve hangi haklardan yararlanabilecekleri düzenlenmiştir. Kanunlarda bulunan bu hususların şartları, usulleri ve sonuçları çalışmamızın kapsamını aşmakta olduğundan bu kadarını aktarmakla iktifa ediyoruz.

II. YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİNİN KULLANILMASINDAN KAYNAKLI SORUNLAR

Otomatik karar alma mekanizmalarının yapay zekâyı kapsayıp kapsamadığına ilişkin tartışmalar söz konusudur. Ancak Avrupa Konseyi'nin "*Yapay Zekâ ve İdare Hukuku*" adlı raporunda yapay zekâ otomatik karar alma mekanizmaları kapsamındadır¹². Biz de yapay zekâları bu kapsamda görmekteyiz ve çalışma kapsamında gerekli olduğu yerlerde ilgili mevzuata değineceğiz. Yapay zekâyı ilişkin belli sorunlar söz konusudur. Bu sorunlar açıklandıktan sonra yapay zekâ sistemlerinin kullanımına ilişkin Kanada, Avrupa Birliği ve Almanya örnekleri incelenecektir. Ayrıca bu sistemlerle ilgili mahkeme kararları da değerlendirilecektir.

Göç alanında yapay zekânın etkin kullanımından kaynaklı olarak temel hak ve özgürlükleri etkileyen birçok sorun çıkmaktadır. Bunlar şeffaflık sorunu, kirli veri (dirty data) ve kişisel verilerin korunması sorunudur. Bu hususları ayrı birer başlık altında irdeleyeceğiz.

A. Şeffaflık Sorunu

Karar almada yapay zekâ sistemlerinin kullanılmasında şeffaflık iki şekilde anlaşılabilir. Birincisi sistemin şeffaflığı, ikincisi ortaya çıkan sonucun şeffaflığıdır¹³. Sistemin şeffaflığı, bir kararın altında yatan algoritmalar, kurallar ve hesaplamalarla

¹² Dursun Çelik, 'Tam Otomatikleştirilmiş İdari İşlemler' (2024) 28 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 413, 423; Johan Wolswinkel, 'Artificial Intelligence and Administrative Law' (Council of Europe 2022) 8.

¹³ Peter Parycek, Verena Schmid ve Anna-Sophie Novak, 'Artificial Intelligence (AI) and Automation in Administrative Procedures: Potentials, Limitations, and Framework Conditions' (2023) 15 Journal of the Knowledge Economy 8390, 8404.



ilgilidir. Sistemin teknik alt yapısının anlaşılabilmesi için algoritma bileşenleri, veri tabanları, eğitim modelleri ve verilerin yayınlanması gerekir. Ancak bunun önüne bazı engeller çıkabilir. Örneğin ticari sırrın korunması kapsamında sisteme ilişkin verilerin açıklanmasından kaçınılabılır¹⁴. Sonucun şeffaflığı ise alınan kararın neden alındığının, amacın ne olduğunun ve hatalı olup değişmesi gereken verilerin neler olduğunun açıklanması neticesinde sağlanır¹⁵.

Yapay zekâların şeffaflığı açısından teknik anlamda şeffaflık, hukuki anlamda şeffaflık ayrımı da yapılmaktadır. Teknik anlamda şeffaflık problemi, sistemin neyi neden yaptığının anlaşılabilmesidir. Hatta yapay zekâyı üretenlerin dâhi yapay zekânın neden belli bir sonuca ulaştığını anlayamadığı durumlar söz konusu olmaktadır¹⁶. Hukuki anlamda problem ise iki sebepten kaynaklanır. Birincisi idare, yapay zekânın nasıl çalıştığına ilişkin veriyi kamu düzeni sebebiyle vermeyebilir. İkincisi ise yapay zekâyı üreten bir özel hukuk tüzel kişisi fikri mülkiyet sebebiyle verilerin açıklanmasını istemeyebilir. Bu iki durumda da şeffaflık hukuki sebeplerden ötürü engellenmiş olabilir¹⁷.

Yapay zekânın şeffaf olabilmesi için anlaşılabilirlik, izlenebilirlik ve açıklanabilirlik unsurlarının varlığı aranır. Yapay zekâ kullanıldığında konunun uzmanları, kullanıcılar ve herhangi bir şekilde etkilenenler açısından yeterince anlaşılır olmalıdır. Yapay zekânın tasarımı, geliştirilmesi ve kullanımı için sorumlulukların açıkça tanımlanması, yapay zekânın tutarlı bir şekilde kullanılması ve yapay zekânın işleyişinin her bir aşamasının izlenebilir olması gereklidir. İdareler, yapay zekâ kullanımında kamu düzenine, milli güvenliğe ve devlet sırrına ilişkin bilgiler hariç olmak üzere geriye kalan bütün bilgileri açıklamalıdır¹⁸.

Kara kutu problemi olarak da bilinen yapay zekâların açıklanabilirliği sorunu hakkında biraz daha bilgi vermek gereklidir. Sadece makine öğrenmesi ile çalışan yapay zekâların belli alt türlerinde açıklanabilirlik seviyesi yüksekken, derin öğrenme ile çalışan yapay zekâlarda bu seviye düşüktür¹⁹. Açıklanabilirlikle ilgili sorun sadece sebep-sonuç ilişkisinin anlaşılabilmesi değildir, aynı zamanda yapılan açıklamanın kendisi de anlaşılabilir olabilmektedir²⁰. Zira yapay zekânın verdiği sonuçların anlaşılması zaten güçken bir de yapılan açıklamanın teknik olması sonucunda yapay zekâ ile alınan kararlar daha da anlaşılabilir olmaktadır. İşte bu

¹⁴ ibid 8405.

¹⁵ ibid 8406.

¹⁶ Lucia Nalbandian, 'An Eye for an "I:" A Critical Assessment of Artificial Intelligence Tools in Migration and Asylum Management' (2022) 10 Comparative Migration Studies 1, 12; Ahmet Yayla, *İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ* (1. Baskı, Seçkin 2023) 111.

¹⁷ Nalbandian (n 16) 13; Yayla (n 16) 111.

¹⁸ Francesca Bignami, 'Artificial Intelligence Accountability of Public Administration' (2022) 70 The American Journal of Comparative Law i312, i328.

¹⁹ Yayla (n 16) 111.

²⁰ ibid.

sebeplerle yapay zekâ hakkında olabildiğince ticari sırlara ve kamu düzenine halel getirmemek şartıyla açıklanabilirliğin sağlanması gereklidir.

Yayla, açıklanabilirliğin gerekli olduğunu ama yapay zekâ hakkında her şeyin bilinmesine de ihtiyaç olmadığını şu şekilde ifade etmektedir²¹: “*Denilebilir ki, nasıl bir kamu görevlisinin idari işlem tesis ederken aklından geçenlerin hepsini bilmek gerekmiyorsa YZ sisteminde de tüm işleyişin apaçık ortada olması şart değildir*”²². Yazar, birey hakkındaki işlemin sebebinin makul bir biçimde açıklanmasını yeterli görmektedir²³.

Yapay zekâların şeffaflığı sorunu hakkında somut örnekler vermek mümkündür. Örneğin ABD’de göçmenlerin kaçma riski ve kamu güvenliğine yönelik olarak İç Güvenlik Bakanlığı tarafından “*Risk Sınıflandırma Değerlendirmesi (Risk Classification Assessment) (RCA)*” adlı yapay zekâ kullanılmaktadır. Bir grup akademisyen bu yapay zekâ sistemin kaynak koduna, idari kayıtlara erişim hakkı kapsamında erişip erişemeyeceklerini öğrenmek için bilgi edinme başvurusunda bulunmuş ve itiraz sürecinden sonra üç yıl boyunca mahkemenin karar vermesini beklemişlerdir. Davanın sonuçlanmasıyla beraber her ne kadar sistemin kaynak koduna erişemeseler de ABD Savcılığıyla yapılan müzakere sonucunda belli belgeler yayımlanmıştır²⁴.

İkinci bir örnek ise “*Göç Sistemlerinin Otomatikleştirilmesinde Deneyler*” adlı eserde anlatılan İngiltere’de öğrencilerin vizelerinin iptali hakkındaki bir olaya ilişkindir. Eğitim almak için İngiltere’ye gelen ve sonrasında vize almak için başvuruda bulunan on binlerce öğrencinin İngilizce yeterlilik sınavında kopya çektiği yapay zekâ sistemlerle tespit edilmiştir. Kopya çektiği iddia edilen bu öğrencilerin vizeleri iptal edilmiş veya kısıtlanmıştır. Bu öğrencilerin açtıkları davalar Educational Testing Service (ETS) davaları olarak bilinmektedir²⁵.

Öğrenciler hakkında yapılan TOEIC (Test of English for International Communication) sınavına ilişkin açıklamalarda bulunmak gereklidir. TOEIC okuma, yazma, dinleme ve konuşma becerilerinin ölçüldüğü bir sınavdır. TOEIC sınavlarında birçok kişinin farklı yöntemlerle kopya çektiğine dair şüpheler söz konusu olmuştur²⁶. Bunun üzerine hangi kişilerin hile yaptığını anlayabilmek için ABD menşeli ETS şirketinin sunduğu ses tanıma sistemi getirilmiştir. TOEIC testindeki ses tanıma sistemi üç aşamadan oluşmaktadır. TOEIC sınavının konuşma bölümü kayıt altına alınmıştır ve ses tanıma sistemi, öğrencinin yerine sınava başkasının

²¹ ibid 117–118.

²² ibid 118.

²³ ibid.

²⁴ Bignami (n 18) i335–i336.

²⁵ Maxwell ve Tomlinson (n 1) 6–7. Eserin adında geçen deneyler ifadesinin seçilmesi bilinçlidir ve göç hukukunda kullanılan yapay zekâlar hakkında ortaya çıkan birçok sorunu açıklamaktadır. Devletler kullanacakları yapay zekâları öncelikle vatandaşı olmayan bilhassa zor durumdaki göçmenler açısından kullanmaktadır.

²⁶ ibid 7.



girip girmediğini, hile yapıp yapmadığını tespit etmiştir. Bu tespitten sonra iki insan denetçi sistemin hileli olarak tespit ettiği sınavları manuel olarak değerlendirmiştir. Her ikisi de sistemin kararını onaylarsa sınav geçersiz olmakta; ancak şaibeli bir durum varsa kişinin sınavı şüpheli olarak işaretlenmektedir²⁷. TOEIC sınavında kullanılan bu ses tanıma sisteminin öğrenciler hakkında verdiği kararların hatalı çıkmasının en önemli sebebi sistemin İçişleri Bakanlığı tarafından düzgün bir şekilde test edilmemesidir. Küçük bir heyet bu sistemin kullanılabilirliğini onayladıktan sonra İçişleri Bakanlığı kullanmaya başlamıştır. Ayrıca kullanılan sistem hakkında gizli toplantılar yapılmıştır²⁸.

Öğrenciler İçişleri Bakanlığının vizelerini iptal etmesi veya sınırlandırmasına itiraz etmeye başladığında gerçekler ortaya çıkmıştır. Açılan davalar üzerine bu sistem hakkındaki veriler ETS tarafından ticari sır olması sebebiyle açıklanmamıştır²⁹. Yüksek Mahkeme (Upper Tribunal)³⁰, ticari sırların açıklanmamasını hafif derecede şaşırtıcı bulmuştur³¹. Kayıtların saatini, tarihini ve yerini belirlemek için kullanılabilecek bir veri olmadığı ortaya çıkmıştır. Belirli bir kişi ile ses dosyası arasında tanımlayıcı bir bağlantı da bulunamamıştır. Diğer bir ifadeyle kişi ile yapılan sözlü sınav eşleştirmesi hatalıdır. Öyle ki hatalı veriler bununla da sınırlı değildir. İçişleri Bakanlığı kendi tuttuğu manuel kayıtlar ile ETS'nin mahkemeye sunduğu elektronik sistem kayıtlarını karşılaştıran “Lookup Tool (Arama Aracı)” adlı bir tablo hazırlamıştır. Bu tabloya göre göç kanununa göre İngilizce yeterlilik sınavına girmemesi gereken kişilerin isimleri dâhi yer almıştır. Ayrıca bazı kişilerin uyrukları da yanlış tespit edilmiştir. Sınava girdiği iddia edilen kişilerin, o sırada başka yerde olduklarını gösteren resmi belgeler (örneğin makbuzlar) de söz konusudur³². Görüldüğü üzere hem şeffaf olmayan bir sistemin kullanılması hem de sistemde hatalı verilerin kullanılması neticesinde ilgili öğrencilerin vizeleri iptal edilmiştir.

Bir başka örnek ise Eyal Weizman isimli bir şirket sahibi hakkındadır. Londra merkezli Forensic Architecture adlı araştırma ajansının kurucu direktörü olan Eyal Weizman, ajansın ABD’de ofisini açmak için ABD’ye gitmeden önce, Pakistan’da CIA (Central Intelligence Agency) drone saldırısı ve siyahi ABD vatandaşlarının

²⁷ ibid 8–9.

²⁸ ibid 11.

²⁹ ibid.

³⁰ İngiliz üst mahkemesidir ve dairelerinden birisi İltica ve Göç Dairesi’dir. Meltem İneli Çiğer, ‘Silahlı Çatışma Durumlarında Ayrım Gözetmeyen Şiddet Hareketlerinden Kaçan Kişilerin Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Korunması’ (2018) 20 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199, 213.

³¹ Maxwell ve Tomlinson (n 1) 18. Yüksek Mahkeme (Upper Tribunal)’nin ifadesi şu şekildedir: “Almost remarkably, ETS provided no evidence, directly or indirectly, to this Tribunal. Its refusal to provide the voice recordings of these two Appellants in particular is mildly astonishing.” *SM ve Qadir v Secretary of State for the Home Department* [2016] Yüksek Mahkeme (İltica ve Göç Dairesi) UKUT 00229 (IAC) 1.

³² Maxwell ve Tomlinson (n 1) 14–15.

polis tarafından öldürülmesiyle ilgili soruşturmalara ilişkin bir sergi yapmıştır. Vize muafiyeti talebinde bulunan Weizman'ın başvurusu reddedilmiş ve Weizman, Amerika'ya giremeyeceği konusunda bilgilendirilmiştir³³. Londra'daki ABD büyükelçiliğinde yapılan daha detaylı bir soruşturma sonucunda başvuru verilerinde şüpheli kalıplar arayan bir algoritma tarafından başvuru sahiplerinin güvenlik tehdidi olarak işaretlendiği bilgisi verilmiştir. Elçilik yetkilileri, Weizman'a başvurusunun neden reddedildiğini tam olarak açıklamamışlardır ve kendisinin dâhil olduğu bir şeyden, temasta bulunduğu bir kimseden veya seyahat ettiği yerlerden kaynaklı (Suriye, Irak, İran, Yemen veya Somali) olabileceğini ifade etmişlerdir. Söz konusu ifadeler, elçilik çalışanlarının tahminlerinden ibarettir ve elçilik çalışanlarının alınan kararın nedenini bilmediği izlenimi vermektedir. Weizman, algoritmanın neden kendisini güvenlik tehdidi olarak algıladığı hakkında ABD İçişleri Bakanlığı'ndan bilgi talebinde bulunmuştur. Ancak talebi reddedilmiştir³⁴. Bu olayda diğer olayların aksine yapay zekânın şeffaflığına ilişkin engel teknik mi yoksa hukuki mi anlaşılamamaktadır. Yapay zekâ, tehdit algılamasının sebebini açıklamamış ise bu durum onun algoritmasından kaynaklanan teknik bir engel olarak nitelendirilebilir. Buna karşın bir sebep ortaya koymuş ve fakat büyükelçilik çalışanları bunu kamu düzeni gerekçesiyle gizli tutmak istediye hukuki engel olarak nitelendirilebilir. Hülâsa hukuki veya teknik, hangi sebeple olursa olsun, somut olayda bir şeffaflık sorunu vardır.

B. Kirli Veri (Dirty Data) Sorunu

Kirli veri, bir araştırmada bulunan eksik, yanlış veya diğer verilerle aynı standardı sağlamayan veri olarak adlandırılabilir³⁵. Kirli veri aynı zamanda bozuk, taraflı ve hukuka aykırı bir şekilde üretilen ve etkilenen verileri, bireysel ve toplumsal önyargılar tarafından kasıtlı veya kasıtlı olmadan manipüle edilmiş verileri de içerir³⁶. Kirli veri insan hatasından kaynaklı olarak beş şekilde ortaya çıkar. Birincisi; kişiler toplanan verinin bütünleştirilmesinde hata yapabilirler. İkincisi veriler eksik toplanmış olabilir. Üçüncüsü veriler tutarsız olabilir. Diğer bir ifadeyle zamanla değişen veriler söz konusu olduğundan hatalar ortaya çıkabilir. Dördüncüsü veriler anlaşılmaz olur ve bu sebeple sistem hata yapabilir³⁷. Beşincisi yinelen verilerdir. Örneğin bir veri bir tabloda birden fazla yere yazılmışsa bu yinelenen veri olduğu anlamına gelir. Bir sosyal yardım sisteminde böyle bir hatalı veri söz konusu olursa,

³³ Matthias Leese, Simon Noori ve Stephan Scheel, 'Data Matters: The Politics and Practices of Digital Border and Migration Management' (2022) 27 Geopolitics 5, 5.

³⁴ ibid.

³⁵ Madison Blevins, 'When Dirty Data Leads to Dirty Policing' (2023) 29 Richmond Journal of Law & Technology 166, 170.

³⁶ ibid.

³⁷ ibid 171.

bir kişiye birden fazla yardım gidebilir ve o yardımlardan birisi başkasına aitse, o kişi devlet yardımından yararlanamaz³⁸.

Bu hataların ortaya çıkmasında bazı etkenler söz konusudur. Bunlardan birisi sistemlerin parça parça yapılıyor olmasıdır. Zira her bir sistem farklı kişi veya gruplar tarafından yapıldığından, bunlardan bazıları bir önceki sistemin nasıl yapıldığına bakmaz. Diğer bir ifadeyle bütüncül bir şekilde yapılmayan sistemlerde kirli veri ortaya çıkar³⁹. Örneğin bir dosya sistemi yapılması planlandığında, bunun için birden fazla sistem kurulması gereklidir. Öncelikle bordro sistemi kurulur ve bu sistemin kurulumu tamamlandıktan sonra maliyetleri hesaplayan bir sistem ile diğer gerekli başka sistemler kurulur. Ayrıca farklı veri kaynaklarından verilerin çekilmesi gereklidir. Bütün bunlar uyumsuz olduğunda kirli veri oluşmasına sebebiyet verilmiş olur⁴⁰.

Kirli veri, verinin güncel olmaması sebebiyle de ortaya çıkabilir. Bu durum sistem güncellenmediğinde ortaya çıkabildiği gibi, sık sistem bakımı yapılması durumunda da ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca sistemin güncellenmesi doğru kişiler tarafından yapılmadığında da kirli veri oluşabilmektedir. Örneğin idarelerin kendi yapmadığı, satın aldıkları sistemlerin güncelleme işini sistemi yapanlar değil de idarenin personeli yaparsa kirli veri oluşabilir⁴¹.

Kirli veri açısından birden fazla somut örnek vermek mümkündür. Bunlardan ilki Avrupa Birliğinde sığınma taleplerine ilişkindir. Dublin II Tüzüğü'ne göre Avrupa sığınma taleplerinin incelenmesi açısından özel bir usul belirlenmiştir⁴². Bu usulde sığınmacının Avrupa Birliğine ilk girdiği ülkeden sonra başka bir ülkeye giderek sığınma talebinde bulunması durumunda, ilgili ülke sığınma başvurusuyla ilgili işlemlerle ilgilenmesi için Avrupa Birliğine ilk girdiği ülkeye geri gönderebilmektedir. Bu kapsamda bir Afgan vatandaşı Yunanistan'dan Avrupa Birliğine girmiş ve Belçika'da sığınma talebinde bulunmuştur. Belçika kişiyi Yunanistan'a geri göndermiştir⁴³. Avrupa Birliğine ilk girilen ülke, Avrupa'daki ortak biyometrik veri tabanı EURODAC (European Dactyloscopy) sayesinde tespit edilebilmektedir. Ancak yapılan bir araştırmaya göre Yunanistan, başka ülkeye gidip de sığınma başvurusu yapan kişinin işlemlerinden kaçınmak için parmak izlerini küçük tutmaya

³⁸ Faheem Bukhatwa, Ahmed Laarfi ve Ismahan Salem, 'Dirty Data between Errors and Their Handling—A Firsthand Experience in Solving Dirty Data from Within' (2023) 13 International Journal of Intelligence Science 48, 55.

³⁹ ibid 53.

⁴⁰ ibid.

⁴¹ ibid 54.

⁴² Ergin Ergül, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme* (1. Baskı, Yargı Yayınevi 2012) 116.

⁴³ ibid.

çalışmaktadır. Bu sebeple kirli veriler ortaya çıkmakta ve Avrupa Birliği'ndeki başka ülkede sığınma talebinde bulunan kişilerin Yunanistan'a gelişi engellenmektedir⁴⁴.

Kirli verinin kendini en belirgin gösterdiği alanlardan birisi de öngörücü kolluk uygulamalarıdır. Bu uygulamalar ABD, Almanya, Hindistan⁴⁵ ve Güney Afrika olmak üzere birçok ülke tarafından kullanılmaktadır. Ancak öncesinde öngörücü kolluğun ne olduğu açıklanarak, sonra da ABD ve Güney Afrika'yla örneklendirilecektir. ABD kirli veri kullanımını azaltmaya yaklaşmazken, Güney Afrika kirli veri kullanımını azaltmaya ve öngörücü kolluk açısından bir toplum bilinci oluşturmaya çalışmaktadır. Bu sebeple çalışmada bu iki ülke örneklerinin incelenmesinin uygun olacağı düşünülmüştür.

Öngörücü kolluk, genellikle bir suçun hangi zaman aralığında, nerede işlenebileceği veya bir suçta fail ya da mağdur kimler olabileceğini mevcut verilere dayanarak tahmin etmeye çalışan sistemdir⁴⁶. Kolluğun elindeki verileri üç sınıfa ayırmak mümkündür. Bunlardan birincisi tarihsel (geçmiş) verilerdir. Kolluğun geçmişte tuttuğu hatalı, güncel olmayan veya ayrımcılık oluşturacak türde verilerin öngörücü kolluk sistemlerinde kullanılması sonucu hukuka aykırı sonuçlar ortaya çıkabilir⁴⁷. Hindistan'da göçmen sayısının fazla olduğu bölgeler, diğer bölgelere göre yüksek riskli alanlar olarak profillenmiş ve kolluk tarafından bu bölgelere daha fazla müdahalede bulunulmuştur⁴⁸. İkincisi yalan ifadelere dayalı olarak ortaya çıkan verilerdir. Sanık veya şüpheli olan kişilerin verdikleri yalan bilgilerin öngörücü kolluk uygulamalarında kullanılması sonucunda masum kişiler yakalanmaktadır. Diğer bir ifadeyle kolluk istemeden de olsa kirli veri elde etmektedir ve bunun sonucunda masum kişilerin haklarına müdahale gerçekleştirilmektedir⁴⁹. Üçüncüsü dine ve dile dayalı idare dışındaki kişilerin ortaya çıkardığı verilerdir. Örneğin yapay zekâlar, radikal terör örgütlerinin tespiti için kullanıldığından Arapça konuşan herkesi ve hatta Araplarla iletişime geçen herkesi güvenlik tehdidi olarak nitelendirmeye meyillidir. Öyle ki bu örgütlerin İsveç Radyosu'nu ele geçirerek "*Allah'la konuşmak istiyorsanız dua edin*", "*Allah'ın sizinle konuşmasını istiyorsanız, Kur'an okuyun*" gibi zararsız ifadelerin paylaşılması masum Müslümanların haklarına zarar vere-

⁴⁴ Leese, Noori ve Scheel (n 33) 9.

⁴⁵ Necip Fazıl Akburakcı, *Kamu Düzeni Açısından Yapay Zekâ* (1. Baskı, Adalet 2023) 96–104.

⁴⁶ Rashida Richardson, Jason Schultz ve Kate Crawford, 'Dirty Data, Bad Predictions: How Civil Rights Violations Impact Police Data, Predictive Policing Systems, and Justice' (2019) 94 New York University Law Review 192, 198.

⁴⁷ Akburakcı (n 45) 101–102.

⁴⁸ Vidushi Marda ve Shivangi Narayan, 'Data in New Delhi's Predictive Policing System', *Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency* (ACM 2020) 322.

⁴⁹ Maria Noriega, 'The Application of Artificial Intelligence in Police Interrogations: An Analysis Addressing The Proposed Effect AI Has on Racial and Gender Bias, Cooperation, and False Confessions' (2020) 117 Futures 102510, 102510.



bilmektedir⁵⁰. Zira bu ifadeler kirli veri oluşturmaktadır. Öngörücü kolluğa ilişkin bu kısa açıklamalardan sonra somut olaylardan örnekler vermek yerinde olacaktır.

Kirli verinin oluşturulma sürecinin anlaşılması açısından Amerika’da Maricopa İlçe Şerif Ofisi’nin yasadışı göçmenlere karşı yaptığı ayrımcılığa bakılabilir. Göçmenler yerel polisin kendilerine ırkçı uygulamalar ortaya koyduğu iddiasıyla dava açmıştır. Ayrıca Adalet Bakanlığı ertesi yıl Maricopa İlçe Şerif Ofisi hakkında soruşturma başlatmıştır. Ancak soruşturma kapsamında ofis tarafından gerekli bilgiler verilmemiştir⁵¹. Adalet Bakanlığı 2011 yılında, Maricopa İlçe Şerif Ofisi’nin 2007 ve 2011 yılları arasındaki davranışlarıyla, Latin kökenlilere karşı yasadışı durdurmalar ve tutuklamalar arasında ayrımcılık yapıldığına dair bir örüntü tespit etmiştir. 2013 yılında federal mahkeme, Maricopa İlçe Şerif Ofisi’nin Latin kökenlilere yaptığı müdahaleleri anayasaya aykırılık teşkil eden bir ayrımcılık olarak nitelendirmiştir. Ayrıca mahkemede ofisin yaptıkları önemli usulsüzlükler ile Ofis yetkililerinin ve liderlerinin Latin kökenliler hakkındaki taraflı ve aşağılayıcı düşüncülerini sıklıkla dile getirdikleri kanıtlanmıştır⁵². Daha birçok ayrımcı uygulamaya sahip Maricopa İlçe Şerif Ofisi, öngörücü kolluk uygulaması şirketi olan PredPol ile üç yıllık bir sözleşme imzalamıştır. Ofis, kullanacağı bu öngörücü kolluk yazılımını kendi yerel verilerini kullanarak çalıştıracaktır. Ancak Ofis açıkça hangi verileri kullanacağını söylemese de geçmişteki verilerden yararlanacağı düşünülmektedir. Diğer bir ifadeyle ofisin azımsanmayacak derece kirli veriyi öngörücü kolluk sisteminde kullanacağı ifade edilmektedir⁵³.

Güney Afrika’daki birçok kent merkezinde kullanılan veri odaklı öngörücü polislilik, kamu-özel iş birliği çerçevesinde Vumacam adlı fiber internet şirketi tarafından geliştirilen CCTV (Circuit TeleVision- Kapalı Devre Televizyon) ile LPR (License Plate Registration- Plaka Tanıma) kamera sistemleriyle gerçekleştirilmektedir⁵⁴. Vumacam’ın web sitesinde yer alan bilgilere göre LPR kameralar SAPS (South African Police Service) unicode, topluluk veri tabanları ve diğer veri tabanları olmak üzere üç veri kaynağından beslenir. SAPS unicode Güney Afrika Polis Teşkilatı tarafından yönetilen, çalıntı araçlara yönelik bir küresel liste içeren veri tabanıdır. İkinci veri tabanı E2 olarak da adlandırılan Güney Afrika Sigorta Suç Bürosu ile uyumlu ve SAPS veri tabanında olmayan araçların listesine ilişkin veri tabanıdır. Üçüncü liste

⁵⁰ John LM McDaniel ve Ken G Pease (editörler), ‘Artificial Intelligence and Online Extremism: Challenges and Opportunities’, *Predictive Policing and Artificial Intelligence* (1. Baskı, Routledge 2021) 148–150.

⁵¹ Richardson, Schultz ve Crawford (n 46) 214.

⁵² ibid 215.

⁵³ ibid 216.

⁵⁴ Tessa Diphoorn, ‘Dirty Versus Clean Data: The Politics of Data-Driven Policing in South Africa’ in Tereza Østbø Kuldova, Helene Oppen Ingebrigtsen Gundhus ve Christin Thea Wathne (editörler), *Policing and Intelligence in the Global Big Data Era, Volume II* (1. Baskı, Springer Nature Switzerland 2024) 50.

ise şirketlerin yerel listeleridir. Bunlar yerel olaylardaki araçları listeler⁵⁵. Sistemin hata yapmasına ilişkin şirket sahiplerinden birisinin açıklamasındaki örneğe göre, düzenli olarak bir mağazanın önünden geçen ve bir şey almayan bir araç şüpheli olarak listeye kaydedilir⁵⁶. Ayrıca bu yerel listelerde toplum polisi girişimleri veya yerel sakinlerin dernekleri tarafından oluşturulmuş Whatsapp ve Telegram gibi platformlarındaki gruplardan elde edilen veriler de kullanılmaktadır⁵⁷.

Güney Afrika’da kullanılan bu yapay zekâ CCTV’ler hakkında kirli veri açısından bir toplum bilinci vardır ve bu sebeple kolluğun topladığı veriler haricinde farklı kaynaklarından veri almaktadırlar. Ancak bu durum kirli veriden kurtulmayı sağlamamış, kirli verilerin diğer verilerle birleşmesine sebebiyet vermiştir. Kirli veriden kurtulmanın bir yolu olarak kolluğun veri tabanına kirli verinin hiç dâhil olmadan ayrıştırılması, filtrelenmesi yöntemi uygulanmaktadır. Ancak bu filtreleme yapılırken ayrı bir yazılım değil, insan gücü kullanılmaktadır. Bu da verilerin filtrelenmesini yavaşlatmakta ve yeterli bir çözüm olmamaktadır⁵⁸.

C. Kişisel Verilerin Korunması Sorunu

Kişisel veri kavramının tanımı açısından öğretide bir birlik söz konusu değildir. Dolayısıyla Kanundaki tanımı kullanmayı uygun görüyoruz. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 3. maddesinde kişisel veri “*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır.

Kişisel verilerin hukuka uygun bir şekilde işlenebilmesi için belli ilkelere uyulması gereklidir. Bu ilkeler “*dürüstlük kuralına uygun işleme*”, “*belirli, açık ve meşru amaçlar için toplama*”, “*unutulma hakkına uygun davranma*”, “*ilgili kişiyi bilgilendirme*”, “*ilgilin rızasını hukuka uygun bir biçimde alma*” ve “*ilgiliye itiraz hakkı tanıma*” olarak sayılabilir⁵⁹. Göç hukukunda yapay zekâ ile veri işlenmesi bakımından ilgili kişinin açık rızası önem arz etmektedir. Bu sebeple bu ilke incelenecektir.

Kişisel verilerin işlenmesinde kişilerin açık rızasının alınması bir zorunluluktur. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 3. maddesinde açık rıza şu şekilde tanımlanmıştır: “*Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza.*”

Açık rızanın alınabilmesi için kanunda öngörölmüş bazı şartlar vardır. Rıza, belirli bir konuya ilişkin olmalı, bilgilendirmeye dayanmalı ve özgür iradeyle açık-

⁵⁵ ibid 65.

⁵⁶ ibid.

⁵⁷ ibid 66.

⁵⁸ ibid 69–70.

⁵⁹ Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması* (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021) 227–277; Osman Gazi Güçlütürk, *Yapay Zeka ve Verinin Kullanımı* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022) 297–325.



lanmalıdır. Bu kapsamda rızanın şüpheye yer bırakmayacak derece kesin olması gereklidir⁶⁰. Ayrıca kişinin susması da kural olarak rıza anlamına gelmez. Kişinin rızasını özgürce verebilmesi için herhangi bir şeye muhtaç edilmemesi, iradesini bozacak herhangi bir dış etkenin bulunmaması gereklidir. Kişinin neye rıza verdiğinin kapsamı açısından net bir şekilde bilgilendirilmiş olması da gereklidir⁶¹.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)'nın aksine Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation)(GDPR)'nde rıza ve açık rıza ayrımı yapılmıştır⁶². GDPR 4. maddede rıza şu şekilde tanımlanmıştır: “*Veri sahibinin, bir beyanla ya da açık bir onay eylemiyle kendisiyle ilgili kişisel verilerin işlenmesini kabul ettiğini belirttiği, özgür bir şekilde, spesifik, bilinçli ve açıkça ifade edilen istekleridir.*” Yapılan bu tanıma göre veri sahibi özgür bir şekilde, özgülenen amaçtan açıkça haberdar ve bilinçli olarak rıza beyanını ortaya koymalıdır⁶³. Eğer veri sahibi, verilerini verme konusunda bir seçim şansına sahip değilse veya rıza göstermeye zorlanmış ya da rıza vermemesine bağlı olarak olumsuz sonuçlarla karşı karşıya kalacağını hissediyorsa özgür bir şekilde rıza verildiği söylenemez⁶⁴. Veri sahibi, kaç tane veri işleme amacı varsa hepsinden haberdar edilmelidir⁶⁵. Ayrıca veri sahibine hangi tür verilerin işleneceği, rızayı geri alma hakkının olduğu, ilgili verilerin otomatik karar almada kullanılıp kullanılmayacağı, verilerin yurtdışına aktarılıp aktarılmayacağı konusunda bilgilendirme yapılmalıdır⁶⁶.

GDPR'da rızayı geri alma hakkı düzenlenmişken, KVKK'da böyle bir düzenleme söz konusu değildir. GDPR'a göre nitelikli veriler⁶⁷, yurtdışına aktarılabacak veriler⁶⁸ ve otomatik karar almaya tabi tutulacak veriler⁶⁹ bakımından açık rıza alınması gereklidir. KVKK'da rıza kavramının düzenlenmeyişi Kişisel Verileri Koruma

⁶⁰ Küzeci (n 59) 264–266; Güçlütürk (n 59) 323–325; Cemal Başar, *Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 49–58.

⁶¹ Küzeci (n 59) 266–268.

⁶² Murat Volkan Dülger, ‘Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması’ (2019) 1 Yaşar Hukuk Dergisi 71, 113–114.

⁶³ ‘Guidelines 05/2020 on Consent under Regulation 2016/679 Version 1.1’ (European Data Protection Board 2020) 9.

⁶⁴ ibid 7.

⁶⁵ ibid 13 vd.

⁶⁶ ibid 15 vd.

⁶⁷ Tüze Yılmaz, *Avrupa Birliğinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (1.Baskı, Adalet 2022) 89. GDPR'ın 9. Maddesi şu şekildedir: “*İrk veya etnik köken, siyasi görüşler, dini veya felsefi inançlar ya da sendika üyeliğini açığa çıkaran kişisel verilerin işlenmesi ve bir gerçek kişinin kimliğini benzersiz bir şekilde belirleyen genetik veriler ile biyometrik verilerinin işlenmesi, sağlık verilerinin veya bir gerçek kişinin cinsel yaşamı veya cinsel eğilimine ilişkin verilerin işlenmesi yasaktır.*”

⁶⁸ ‘Guidelines 2/2018 on Derogations of Article 49 under Regulation 2016/679’ (European Data Protection Board 2018) 6.

⁶⁹ Dülger (n 62) 160.

Kurulu şu şekilde açıklamaktadır⁷⁰: “Avrupa Birliğinde yalnızca özel nitelikli (hassas) verilerin işlenmesi için açık rıza aranmakta iken ülkemizde kural olarak her türlü kişisel verinin işlenmesi için açık rızaya ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bakımdan Kanun, Avrupa Birliği düzenlemelerine göre daha fazla koruma öngörmektedir.”

Kişisel verilerle ilgili “BMMYK’nın İlgi Alanında Kişilere ait Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Politika” adlı düzenleme de incelenmeye değerdir. Bu politika belgesinin amacı 1990 yılında BM tarafından çıkarılan “Bilgisayar İşlenmiş Kişisel Veri Dosyalarının Düzenlenmesine İlişkin Kılavuz İlkelerine” ve kişisel verilere ilişkin diğer uluslararası belgelere uygunluğunu sağlamaktır⁷¹. Bu politikanın kapsamına BMMYK’nın elindeki tüm veriler dahildir ve BMMYK’nın ofislerinin bulunduğu her yerde uygulanır⁷². Ayrıca bu veriler üçüncü taraflara aktarılırken de politikaya uygun davranılmalıdır⁷³. Politika’da rıza kavramı GDPR’a benzer şekilde tanımlanmıştır⁷⁴: “Veri sahibi tarafından yazılı ya da sözlü beyan şeklinde ya da net bir onaylayıcı eylemle kişisel verilerinin işlenmesine yönelik özgür ve bilinçli bir uzlaşma göstergesi.” Kişisel veriler işlenirken veri sahibinin belli hakları vardır. İlk olarak veri sahibine ilgili verilerin hangi amaçlarla kullanılacağı, verilerin silinmesi ya düzeltilmesi hakkı, verilerin işlenmesine itiraz etme hakkı ve kişisel verileri sağlamayı reddetmenin sonuçları hakkında bilgilendirme yapılmalıdır⁷⁵. İkinci olarak veri sahibinin talebi üzerine, veri sahibi hakkında hangi verilerin işlendiği ve bu verilerin kimlerle (üçüncü ülke veya organizasyonlar) paylaşıldığı bilgisi veri sahibine verilmelidir⁷⁶. BMMYK, üçüncü bir tarafa belli koşullar altında kişisel veri aktarımı yapabilir. Kişisel veriler meşru bir veya birkaç amaçla aktarılmalı, aktarım amacının gerektirdiği kadar ilgili veriler işlenmelidir⁷⁷. Ayrıca BMMYK ile üçüncü taraf arasında bir veri aktarım sözleşmesi olsun ya da olmasın BMMYK, üçüncü tarafla kişisel verilerin korunmasını sağlamak amacıyla bir yazılı sözleşme yapmalıdır⁷⁸.

Bu konu hakkında somut olay örneği olarak Rohingya’lı mültecilerden bahsedilebilir. BMMYK mültecilerin belli haklardan yararlanabilmeleri için mültecilere ilişkin biyometrik verileri toplamaktadır. BMMYK, Nüfus Kayıt ve Kimlik Yönetimi Eko-Sistemi (Population Registration and Identity Management EcoSystem) (PRIMES), mültecilerin kişisel verilerini toplayarak kayıt ve kimlik yönetimini

⁷⁰ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza, <https://kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf>, Son Erişim, 10 Aralık 2024

⁷¹ ‘BMMYK’nın İlgi Alanındaki Kişilere Ait Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Politika’ (BMMYK 2018) 4.

⁷² ibid.

⁷³ ibid 5.

⁷⁴ ibid 6.

⁷⁵ ibid 15.

⁷⁶ ibid.

⁷⁷ ibid 25.

⁷⁸ ibid.



destekleyen temel bir platformdur. Bu sistemin en önemli bileşenleri ProGres (Profile Global Registration System) (Küresel Profil Kayıt Sistemi), Biometric Identity Management System (Biyometrik Kimlik Yönetim Sistemi) (BIMS), Global Distribution Tool (Küresel Dağıtım Aracı) (GDT) ve IrisGuard'dır. Dördüncü nesil kayıt yazılımı olan ProGres v4, dünya çapında ilgili kişilere koruma ve yardım hizmetlerinin sunulması ve izlenmesinde önemli bir rol oynar ve iş birliği için ev sahibi hükümetler de dahil olmak üzere ortaklara erişim sağlamaktadır⁷⁹. ProGres v4'e bağlı olan BIMS, sistemi kullanan tüm BMMYK sitelerinde verilerin gerçek zamanlı birleştirilmesine ve kimlik doğrulamasına izin veren merkezi bir veri tabanına sahip temel biyometrik kimlik yönetim sistemidir. Bu biyometrik kayıt, her bireye ilişkin on parmak izi ve iki irise ilişkin verinin tümünü kullanmaktadır. BMMYK, parmak izlerinin ve irislerin toplanmasıyla birlikte, bu sistem sayesinde nüfusun belirlenmesinin kolaylaştığını ifade etmektedir⁸⁰. 2015 yılında BIMS'e eşlik eden bir sonraki bileşen olan GDT, gıda dağıtım sürecini dijitalleştirmiş ve biyometrik doğrulama kullanarak kimin yardım topladığına dair gerçek zamanlı raporlama sağlarken çeşitli kaynaklardan gıda dağıtım listelerini kabul etmektedir⁸¹.

BMMYK'nin topladığı biyometrik veriler, başlangıçta sadece BMMYK tarafından ulaşılabilen verilerdir. Ancak bu veriler zamanla farklı devletler tarafından da elde edilmeye başlanınca mülteciler açısından potansiyel risk barındırmaya başlamıştır. Ülkelerin BMMYK ile anlaşması veya BMMYK üzerinde baskı kurması neticesinde biyometrik veriler ev sahibi ülkenin eline geçebilir⁸². Bangladeş'teki ortak veri tabanı, BMMYK ile Bangladeş arasında Myanmar'dan kaçan 900 binden fazla mültecinin kaydına ilişkin veri paylaşımı yapıldığını göstermektedir. Hatta oluşturulan bu yeni veri tabanı sebebiyle mültecilere yeni kimlik kartları verilmiştir. Bangladeş hükümeti ise bu verileri Myanmar ile paylaştığını açıklamıştır. Rohingya mülteciler BMMYK tarafından verilen kimlik kartlarını almak için verilerinin işlenmesine onay verdiklerini ancak elde edilen verilerin Myanmar ile paylaşılacağını bilmediklerini ifade etmişlerdir⁸³. Bangladeş Sanayi Bakanı Amir Hossain Amu, amacın mülteci statüsü vermek olmadığını, biyometrik veri toplamalarının sadece Rohingyaların kaydını tutmak olduğunu ve onları evlerine göndermeyi amaçladıklarını açıklamıştır⁸⁴.

⁷⁹ Apurva Vohra, 'Social Order in the Age of Artificial Intelligence : The Use of Technology in Migration Governance and Decision-Making' (Yüksek Lisans, University Of British Columbia 2023) 67.

⁸⁰ ibid 67–68.

⁸¹ ibid.

⁸² ibid 69–70.

⁸³ ibid 71–72.

⁸⁴ Niamh Kinchin, 'Technology, Displaced? The Risks and Potential of Artificial Intelligence for Fair, Effective, and Efficient Refugee Status Determination' (2021) 37 Law in Context. A Socio-legal Journal 45, 61. Effective, and Efficient Refugee Status Determination\uc0\u8217\{ (2021

Kasım 2018’de Rohingya mültecileri, kendilerine verilen biyometrik kimlik kartlarını protesto etmek için Bangladeş’te toplanmışlardır. Mülteciler kendilerine verilen kimlik kartları sebebiyle Myanmar’a geri gönderileceklerinden ve orada zulme uğrayacaklarından korktukları için böyle bir eylem gerçekleştirmiş ve kimlik kartlarını istememişlerdir. Eylemin bir diğer sebebi olarak Myanmar ile yapılan geri dönüş anlaşması hakkında kendilerine danışılmadığını iddia etmektedirler⁸⁵.

Rohingya’lı mültecilerin kişisel verilerinin toplanması açısından rıza sorunu vardır. Biyometrik verinin toplanabilmesi için ilk olarak mültecilerin potansiyel riskler hakkında tam olarak bilgilendirilmiş olması gereklidir. İkincisi mültecilerin eylemlerinin etkisini anlamaları gereklidir. Üçüncüsü mülteciler böyle bir eylemi kabul etmek için hiçbir zarar tehdidi altında olmamalıdır. Görüldüğü üzere Rohingya’lı mültecilerin verileri amacına uygun toplanmamış, ayrıca bilgilendirme hem yetersiz hem de yanlış yapılmıştır⁸⁶. Son olarak mülteciler gıda, su gibi temel ihtiyaçlara ulaşmak amacıyla verilerinin işlenmesine izin vermişlerdir. Bu durum, verilen rızanın hem GDPR’de hem de BMMYK’nin hazırladığı Politika’ya uygun bir şekilde alınmadığı şüphesini akla getirmektedir. Rohingya’lı mültecilere yapılan hukuka aykırı müdahalelere ek olarak Birleşmiş Milletler İç Denetim Hizmetleri Ofisi, 2016 yılında yaptığı bir denetimde incelenen beş ülkeden dördünün BM’nin kişisel verilere ilişkin politikasına uymadığını tespit etmiştir⁸⁷.

Etiyopya Hisat kampındaki bir mülteci kişisel veriler işlenirken alınması gereken rıza hakkında şunları söylemektedir “*Kayıt süreci rızayı kapsamaz. Rıza istenmesi bir lüks hak olarak görülmektedir. Yiyecek veya korunma imkanına kavuşmamızın başka bir yolu olmadığı için bir güç aracı olarak kayıt altına alınıyoruz*”⁸⁸.” Görüldüğü üzere BMMYK’nin kişisel verileri hukuka uygun bir şekilde işlemediği tek grup Rohingya’lı mülteciler değildir. Ayrıca BMMYK kendi politikasına dahi uymamaktadır. BMMYK göçmenlerin zor durumlarından yararlanarak yapay zekâ uygulamalarını deneysel bir biçimde göçmenler üzerinde kullanmaktadır.

Kişisel verilerin bu şekilde rıza olmadan işlenmesi yaşam hakkı, işkence yasağı ve özgürlük ve güvenlik hakkı gibi birçok temel hak ve özgürlüğü etkilemektedir. Bu haklar “*insan varlığından ayrılamayan, ayrılma durumunda insan olma vasfının ortadan kalktığı bu yönüyle insan doğasına işlenmiş haklardır*”⁸⁹. Nitekim başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere birçok uluslararası organ ve

⁸⁵ Vohra (n 78) 75.

⁸⁶ Kinchin (n 83) 61.

⁸⁷ ibid.

⁸⁸ ibid.

⁸⁹ Firuze Yiğit, ‘Doğal Hakkın İnsan Hakkına Dönüşümü’ (2024) 41 İnsan Hakları Yıllığı 1, 4.



ulusal yargı mercii, geri gönderme yasağını söz konusu haklarla ilişkilendirerek incelemektedir⁹⁰.

III. GÖÇ HUKUKU- YAPAY ZEKÂ İLİŞKİSİ

Bu bölümde mahkeme kararına konu olan ve göç hukuku alanında kullanılan yapay zekâ sistemlerinden bahsedilecektir. İlk olarak kullanılan sisteme ilişkin açıklamalar yapılacak ve sonra ilgili mahkeme kararı/kararları incelenecektir.

A. Kanada Örneği: Chinook adlı Yapay Zekâ

Kanada’da göçmen sayısında yaşanan artış sebebiyle geçici ikamet başvuruları hakkında düzenli olarak sınıflandırma ve özet yapabilen bir yapay zekâ aracı olan Chinook adlı uygulama 2018 yılında pilot olarak uygulanırken, 2019 yılında tam olarak kullanılmaya başlanmıştır⁹¹. Ancak 2020-2021 yılları arasındaki Fransa Sömürgesi Afrika ülkelerinden gelen göçmenlerin yaptığı başvuruların büyük bir çoğunluğu reddedilmiştir. Bu başvuruların ret gerekçeleri standart ya da ilgisiz gerekçelerden oluşmaktadır. Bu gerekçelerin Kanada Göçmenlik, Mültecilik ve Vatandaşlık Bakanlığının (IRCC) kullandığı Chinook adlı bir yazılımdan kaynaklandığı ortaya çıkmıştır⁹².

Chinook adlı yazılımın şeffaflığı ile ilgili problemler söz konusudur. Chinook adlı yazılımın iç işleyişi hakkında bilgiler bir Ganalı vatandaşın çalışma izninin reddedilmesine ilişkin açtığı davada (Ocran v. Canada) Kanada Göçmenlik ve Vatandaşlık Bakanlığının açıklamalarıyla öğrenilmiştir. Ocran çalışma izninin reddedilmesine ilişkin cevapta bir insan tarafından yazılmasının mümkün olmadığı alışılmadık bir dil kullanıldığını görmüştür⁹³. Ocran davasında IRCC Uluslararası İlişkiler Optimizasyon ve Modernizasyon Ekip Direktörü’nün yeminli ifadesi ilginçtir. Verilen ifadeye göre Chinook tarafından başvuruyu reddetme sebeplerini içeren standart bir dil oluşturulmuştur ve yazılım bunu başvuruları kategorize etmek için risk göstergelerini kullanmıştır⁹⁴. Her ne kadar burada ve sonraki kararlarda yapılan savunmalarda Chinook’un yerleşik bir karar algoritması olmadığı iddia edilse de şeffaflığın sağlanamadığı açıktır. Yapay zekânın risk göstergelerini neye göre belirlediği açık değildir⁹⁵.

⁹⁰ TİHEK, ‘Sınır Dışı Edilen Yabancılar ve Geri Gönderme Yasağı’ (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu 2022) Araştırma Raporu 17. Geri gönderme yasağının işkence ve kötü muamele yasağıyla ilişkili olarak incelenmesi dair bkz. ibid 34–37.

⁹¹ Vohra (n 78) 105–106.

⁹² Nicolas Chartier-Edwards, Marek Blottiere ve Jonathan Roberge, ‘AI Statecraft Heating-up: The Automation of Governance through Canada’s Chinook Case Study’ [2024] AI & SOCIETY 1, 1.

⁹³ ‘Chinook Canada-IRCC Decision-Making System In 2024’ (29 Nisan 2022) <<https://arnikavisa.com/all-we-know-about-chinook-system/>> son erişim tarihi 8 Aralık 2024.

⁹⁴ Vohra (n 78) 106.

⁹⁵ ibid 106–107.

Chinook hakkında ortaya çıkan bir tartışma konusu da yazılımın yapay zekâ olup olmadığı tartışmasıdır. Chinook, Kanada Göçmenlik, Mültecilik ve Vatandaşlık Bakanlığı tarafından geçici ikamet başvurularının değerlendirilmesi amacıyla geliştirilen Microsoft Excel tabanlı bir araçtır. Bu araç Kanada Hükümeti tarafından açıkça ve ısrarla yapay zekâ olarak kabul edilmemektedir. Ayrıca bu açıklama, Chinook hakkında açılan bir dava sonrasında yapılmıştır. Ancak Avam Kamarası görüşmelerinde bir göçmenlik avukatı olan Wei William Tao Chinook'un yapay zekâ olduğuna inandığını şu sözlerle ifade etmektedir⁹⁶:

“Öncelikle, otomasyon süreçleriyle çalıştığına ve yapay zekâ olduğuna inandığım Chinook'un, uygun bir Algorithmic Impact Assessment (Algoritmik Etki Değerlendirmesi)⁹⁷ (AIA) ve bağımsız bir ırk-eşitlik incelemesi gibi diğer güvenlik önlemlerinden geçmesini sağlayın.”

Wei William Tao kendi kişisel blogunda da Chinook'un karar alma sürecine basit bir katkı sağlamadığını ve memurun bu kararı doğrudan onaylamasına yardımcı olduğunu ifade etmiştir. Tao'ya göre memurun başvuruları muhakeme etmesine yardımcı olan bu sistem ancak bir yapay zekâ olabilir⁹⁸.

Kanada Federal Mahkemesi “Haghshenas v Canada” kararında hâkim, Chinook'un yapay zekâ olduğunu şu şekilde dile getirmiştir⁹⁹:

“Yapay zekaya gelince, Başvuru Sahibi, Kararın Microsoft tarafından “Chinook” yazılımı biçiminde oluşturulan yapay zekaya dayandığını ileri sürmektedir... Kararın yapay zekâ tarafından bir araya getirilen girdilere sahip olduğunu kabul ediyorum...”

Hükümetin Chinook'un yapay zekâ olmadığına ilişkin yaptığı açıklamalarına karşın uygulamanın yapay zekâ olduğuna ilişkin düşünceler hem savunma hem de mahkeme tarafından dile getirilmiştir. Ayrıca mahkeme, kararın verilmesinde yapay zekânın memura yardımcı olduğunu ve asıl karar verenin memur olduğunu da açıklamaktadır.

Chinook adlı yapay zekâ hakkındaki tartışmalardan birisi de ayrımcılık hakkındadır. IRCC ile Irkçılık Karşıtı Görev Gücü arasında ortaya çıkan malleşmelerde Chinook adlı yapay zekânın sisteminde ırkçılığa karşı önlemler alınmadığı ortaya çıkmıştır ve 2021 yılından sonra ırkçılık karşıtı önlemler alınmaya başlanmıştır. Yapay zekânın gerekli önlemler alınmadığı durumda ırkçı bir yönelimi olduğu

⁹⁶ ‘Evidence - CIMM (44-1) - No. 3 - House of Commons of Canada’ <<https://www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/44-1/CIMM/meeting-3/evidence>> son erişim tarihi 7 Aralık 2024.

⁹⁷ Söz konusu algoritmik etki değerlendirmesi Kanada Otomatik Karar Alma Direktifi'nde yer almaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Nuray Sümer, ‘Kanada’da İdarenin Karar Alma Süreçlerinde Yapay Zekayı Kullanımı: Otomatik Karar Alma Yönergesi’ (2024) 6 Bilişim Hukuku Dergisi 155, 163.

⁹⁸ Chartier-Edwards, Blottiere ve Roberge (n 91) 4.

⁹⁹ *Haghshenas v Canada* [2023] Federal Kanada Mahkemesi 2023 FC 464 [24].



daha önce birçok kez ortaya çıkmışken, ırkçı karşıtı önlemlerin alınmamasının 2021 öncesi başvurularda ayrımcılığa sebebiyet vermesi son derece doğaldır¹⁰⁰. Wei Wiliam Tao Avam Kamarası görüşmelerinde ayrımcılığa ilişkin endişelerini şu şekilde dile getirmektedir¹⁰¹:

“...Afrika ve küresel güney başvuranlarının davalarını kanıtlamaları için daha büyük engeller, daha yüksek belge gereksinimleri ve daha yüksek ret oranları var. Retler, belirsiz mali gerekçeler veya başvuranların eğitimlerinden sonra memleketlerine dönmeyecekleri önyargılı varsayımlar üzerine verilmektedir.

... Açık olmak gerekirse, ne kadar idealist olsam da göçte ayrımcılığı tamamen ortadan kaldıracabileceğimize inanmıyorum, çünkü göç, uyruk ve seyahat belgesi gerekliliklerine dayalı devlet onaylı bir ayrımcılık sürecidir.

... IRCC Chinook adlı bir araç kullanmaktadır. Şimdiye kadar Chinook’un küresel güneyin yüksek en sık hacimli vize ofislerinde uygulanmaktadır. Yapılan başvuruları uyruk, yaş, cinsiyet ve medeni durumlarına göre sıralayan Excel tabanlı sistem yüzlerce toplu ret işlemine neden olmaktadır. Memurların başvuruçular hakkında oluşturduğu bireysel değerlendirmelere ilişkin çalışma notları genellikle silinmektedir.

... Başvuranlar bu şablon retlerle baş başa kalmakta ve yalnızca Federal Mahkemeye başvurabilmekte; bu mahkemeye yapılan başvurular başarılı olsa da çoğu zaman çok masraflı olmaktadır...”

Tao’nun yaptığı açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Afrikalılara ve güney ülkelerinden gelen kişilere karşı bir ayrımcılık yapılmaktadır. Bu ayrımcılığın ortaya çıkmasındaki en temel sebep aslında Chinook adlı yapay zekânın kendi bünyesinden kaynaklanan bir durum değildir. Zira bu durum Kanada’nın devlet olarak belli ülkelerden gelen kişilere ayrımcılık yapma eğiliminde olmasından kaynaklanmaktadır. Kanada Devleti, Chinook’un da bu kapsamda tasarlanması ve kullanılması için çaba harcamaktadır. Ayrıca Chinook’un ret kararlarına ilişkin memurların ekledikleri bireysel notların silinmesi ve şablon ret gerekçeleri sunulması da idari işlem açısından hukuka aykırılık ortaya çıkarmaktadır. Zira Kanada’da idari usul açısından önemli içtihatların belirlendiği Baker v. Canada davasına göre, verilen kararların gerekçeleri memurların bireysel notlarıdır ve kararlarda gerekçe olması gereklidir¹⁰². Chinook uygulaması kullanılarak alınan kararlarda gerekçe bulunmaması veya sunulan gerekçenin gerçekçi olmaması durumunda, alınan kararlar hukuka aykırı olacaktır.

Chinook yazılımı hakkında verilen bilgilerden sonra mahkeme kararlarına bakmak gereklidir. Kanada Federal Mahkemesi Chinook’u memurun kararının makul olup

¹⁰⁰ Vohra (n 78) 107–108.

¹⁰¹ ‘Evidence - CIMM (44-1) - No. 3 - House of Commons of Canada’ (n 95).

¹⁰² Baker v Canada (Minister of Citizenship and Immigration) [1999] Kanada Yüksek Mahkemesi [1999] 2 SCR 817.

olmadığı ve usul adaletine aykırılık teşkil edip etmediği açısından değerlendirmiştir. Mahkeme kararları açısından iki farklı yaklaşım söz konusudur. Birinci yaklaşımda kararların hukuka uygun olduğuna hükmederek başvuruları reddetmiştir¹⁰³. İkinci yaklaşımda ise memurun kararının makul olmadığı sebebiyle başvuruları kabul etmiştir¹⁰⁴.

Mahkemenin ret kararlarını, vize için sunulan ret gerekçeleri ve Chinook adlı yapay zekâ hakkındaki değerlendirmeleri bakımından incelemek gereklidir. Çalışma izni ret kararlarının gerekçeleri Global Case Management System (Küresel Vaka Yönetim Sistemi) (GCMS) denilen bir sistem içerisinde tutulmaktadır. Öncelikle ret kararlarında belli bir sistematiklik göze çarpmaktadır. Vizelerin reddedilmesinde önce başvuran hakkında, sonra iş planı hakkında bir değerlendirme yapıldığı gözlemlenmektedir. Ancak yapılan bu değerlendirmelerin kısa açıklamalardan ibaret olduğu görülmektedir. Ayrıca mahkeme kararlarında, vize kararlarının ret gerekçeleri “...memurun, başvurucunun ziyaretinin amacına dayanarak kalış süresinin sonunda Kanada’da ayrılacağından tatmin olmaması nedeniyle çalışma izninin reddedildiği...”¹⁰⁵ şeklinde tespit edilmiştir. Birbirine çok benzeyen ve şablon ret gerekçeleri sebebiyle taraflar kararın alınmasında Chinook’un çok etkili olduğunu iddia etmiştir. Ancak mahkeme idari usul ve kararın makul olup olmaması ile yapay zekâ arasında bir bağlantı bulunmaması sebebiyle başvuruları reddetmiştir.

Mahkemenin başvuruyu reddettiği bir kararla (Ocran v. Canada), kabul ettiği bir kararın (Shirazi Nezhad v. Canada), çalışma izni ret gerekçelerinin benzerliği açısından değerlendirilmesi gereklidir. Mahkemenin başvuruyu reddettiği Ocran v. Canada kararındaki çalışma izni ret gerekçeleri şu şekildedir¹⁰⁶:

“...başvuru sahibinin Kanada’da güçlü aile bağları var – başvuru sahibi bekar, mobil(hareketli), yerleşik değil ve bakmakla yükümlü olduğu kimse yok. Çalışma planı, başvuranın istihdam ve eğitim geçmişi göz önüne alındığında makul görünmemesi...”

¹⁰³ Reddedilen bazı kararlar için bkz. *Haghshenas v Canada* (n 98); *Raja v Canada (Citizenship and Immigration)* [2023] Kanada Federal Mahkemesi 2023 FC 719; *Ardestani v Canada (Citizenship and Immigration)* [2023] Kanada Federal Mahkemesi 2023 FC 874; *Farshid v Canada (Citizenship and Immigration)* [2024] Kanada Federal Mahkemesi 2024 FC 1573; *Shirkavand v Canada (Citizenship and Immigration)* [2023] Kanada Federal Mahkemesi 2023 FC 1022; *Zargar v Canada (Citizenship and Immigration)* [2023] Kanada Federal Mahkemesi 2023 FC 905.

¹⁰⁴ Kabul edilen kararlardan bazıları için bkz. *Mehrara v Canada (Citizenship and Immigration)* [2024] Kanada Federal Mahkemesi 2024 FC 1554; *Shirazi Nezhad v Canada (Citizenship and Immigration)* [2024] Kanada Federal Mahkemesi 2024 FC 1747; *Safarian v Canada (Citizenship and Immigration)* [2023] Kanada Federal Mahkemesi 2023 FC 775.

¹⁰⁵ *Raja v. Canada (Citizenship and Immigration)* (n 102); *Zargar v. Canada (Citizenship and Immigration)* (n 102); *Shirkavand v. Canada (Citizenship and Immigration)* (n 102); *Haghshenas v Canada* (n 98).

¹⁰⁶ *Ocran v Canada (Citizenship and Immigration)* [2022] Kanada Federal Mahkemesi 2022 FC 175.



Mahkemenin başvuru kabul ettiği Shirazi Nezhad v. Canada kararındaki ikamet izni ret gerekçeleri ise şöyledir¹⁰⁷:

“...(i) Bayan Nezhad “bekar, *mobil(hareketli)* ve bakmakla yükümlü olduğu kimsesi yok”, (ii) Kanada dışında önemli aile bağları yok, (iii) önceki çalışmaları ilgisiz bir alanda ve daha yüksek bir akademik düzey olması, (iv) çalışma planı tutarsız bir kariyer ilerlemesi göstermesi...”

Ayrıca mahkeme Shirazi Nezhad v. Canada kararında, *Safarian v Canada* kararına atıf yaparak, çalışma izni ret gerekçelerindeki zayıflıklardan bahsetmiştir. *Safarian v Canada* kararında Chinook ile ortaya çıkan kalıp ifadeler hakkında şunlar ifade edilmiştir¹⁰⁸:

“...Mevcut davada, memurun notları büyük ölçüde çalışma izni kararlarında tekrar tekrar gördüğümüz ve Chinook yazılımı tarafından oluşturulmuş gibi görünen kalıp ifadelerden oluşmaktadır. ... kalıp ifadelerin kullanımı kendi başına sakıncalı değildir, ancak gözden geçiren mahkeme karar vericinin zihnini davanın gerçeklerine yönelttiğinden tatmin olmalıdır. Belirli bir cümlenin kullanımının önceki bir davada makul olduğu sonucuna varılmış olması, bunun sonraki davalarda gözden geçirilmeyeceği anlamına gelmez. Tersine, belirli bir bağlamda makul olmayan bir cümle, farklı bir bağlamda mutlaka makul olmayacaktır. Sonuç olarak, mahkeme karar vericinin belirli bir sonuca neden ulaştığını anlayabilmelidir.”

Nihai olarak mahkeme kararlarında Chinook destekli bir şekilde kalıp ret kararları verildiği kabul edilmekle birlikte verilen kararın tek başına Chinook tarafından verilmediği anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle kararın memur tarafından verildiğini gösteren açık bir delil söz konusu değildir. Ayrıca mahkemenin başvuru reddettiği kararında idarenin kararı makul görünürken, kabul ettiği kararda idarenin kararı makul bulunmamıştır. Mahkemenin başvuru kabul ettiği kararda vize memurunun çalışma iznini neden reddettiği anlaşılamadığından “*yeniden değerlendirilmek üzere farklı bir vize memuruna havale*¹⁰⁹” edilmiştir.

Mahkemenin yapılan başvurulardan kabul ettiği Mehrara v. Kanada kararında davalılar memurun takdir yetkisinin kısıtlandığını, idari usule aykırı karar verildiğini ve kararın makul olmadığını iddia etmiştir. Yine bu kararda da diğer iddialar reddedilerek, sadece kararın makul olmaması sebebiyle başvuru kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle memurun neden ret kararı verdiği açıkça anlaşılamamıştır.

Mahkeme kararında risk göstergeleri kişi hakkında belli bir kanıya varılmasını sağlama aracı olarak tanımlanmaktadır. Chinook bir kişiye ait bit risk göstergesi oluşturduğunda, eğer veriler günlük olarak silinmezse, kişinin bir sonraki başvurusunda Chinook bu durumu dikkate alarak bir tablo hazırlar. Bu da kişinin sonraki

¹⁰⁷ Shirazi Nezhad v. Canada (Citizenship and Immigration) (n 103).

¹⁰⁸ Safarian v. Canada (Citizenship and Immigration) (n 103).

¹⁰⁹ ibid.

yapacağı vize ya da çalışma izni başvurularında olumsuz sonuçlar almasına sebebiyet verebilir. Bu sebeple veriler günlük olarak silinmektedir. Mahkemenin, kayıtların günlük olarak silinmesine şüpheli bakmasının sebebi, bu kayıtlara erişilemez ise Chinook'un risk göstergeleri hakkında erişilebilecek tek verinin GCMS notları olmasıdır. Diğer bir ifadeyle Chinook desteğiyle verilen kararın ancak memur tarafından hazırlanan kısmına erişim söz konusu olur.

Ancak bu kararda mahkemenin Chinook adlı veri işleme teknolojisi hakkında yaptığı şu açıklamalar dikkate değerdir¹¹⁰:

"...hatanın niteliği, memurun gerekçeleri ve Chinook'un işleviyle ilgili mevcut kanıtlara dayanarak bu kararı gözden geçirme amaçları için kaydın eksiksiz olduğunu bulmuş olsam da, özellikle risk göstergelerinin mevcut olduğu başvurularda, işleme teknolojisi kullanılarak işlenen başvuruların diğer yargısal incelemelerinde durum böyle olmayabilir. Bu nedenle, davalının işleme teknolojisi tarafından üretilen tüm materyali sistematik olarak günlük olarak silme işlemi en iyi uygulamayı yansıtmayabilir..."

Somut olayda ise Chinook'un oluşturduğu risk göstergesi "N/A (Not Available/ No Answer) (Mevcut Değil/Yok)" olarak belirlenmiştir. Bu da kişi hakkında risk göstergesinde herhangi bir işaretleme yapılmadığını göstermektedir. Dolayısıyla verilerin günlük olarak silinmesinin somut olayda bir önemi yoktur. Ancak daha ilginç olanı, ilgili memurun mahkemeye verdiği ifadede risk göstergelerinin ne olduğunu bilmediğidir¹¹¹. Mahkeme kararında belirtildiği gibi eğer kişi hakkında bir işaretleme yapılmış olsaydı, bu durumda çalışma izni ret kararının geçerli olup olmayacağı ayrı bir sorundur. Zira idarenin personeli yeterince eğitmemesi veya gereği gibi seçmemesi sorunu vardır. Ayrıca memurun risk göstergelerinin ne olduğunu bilmemesi teknik anlamda şeffaflık problemi olup olmadığına dair şüpheleri de akla getirmektedir.

B. Avrupa Birliği Örneği: iBorderCtrl adlı Yapay Zekâ

iBorderCtrl, Avrupa Birliği Üye Devletlerinin kara sınırlarını geçen Avrupa Birliğine üye olmayan ülke vatandaşları için hızlı ve kesin bir sınır kontrolünün gerçekleştirilmesine yardımcı olacak bir teknolojidir. iBorderCtrl sınır kontrolünde farklı yapılardan oluşur¹¹². Bu yapılar "Biyometrik Sistem", "Yüz Eşleştirme Aracı", "Belge Doğrulama-Analitik Aracı", "Gizli İnsan Algılama Aracı", "Harici Eski ve Sosyal Arayüzler Sistemi", "Entegre Kontrol Sınır Analitiği Aracı", "Risk Tabanlı Değerlendirme Aracı ve Otomatik Hile Algılama Aracı" olmak üzere sekiz tanedir.

¹¹⁰ *Mehrara v. Canada (Citizenship and Immigration)* (n 103).

¹¹¹ Bu durum, *Mehrara v Canada* davasının 64. paragrafında şu şekilde ifade edilmiştir: "In the present case, the Officer testified under cross-examination that she did not know what the risk indicators in Chinook were" ibid.

¹¹² Alejandra Bringas Colmenarejo, 'Artificial Intelligence and Big Data Analytics in Decision Making: The Migration and Asylum Systems' (Yüksek Lisans, Charles University 2020) 79.



Bütün bu araçları kapsayan iBorderCtrl sisteminin iki aşaması vardır. İlk aşamada kişinin seyahatine ilişkin tüm bilgiler alınmakta ve bu bilgilerin doğruluğu sınırda bir avatar (sanal ortamda insan hüviyetinde görünen bir yapay zekâ) tarafından denetlenmektedir. İkinci aşamada bu sistemden alınan verilerle birlikte sınır memuru bir denetim yapar¹¹³. Avatarın belirgin olarak kullandığı üç araç vardır. Avatar daha önceden elde edilen bilgilere dayalı olarak kişiye belli sorular sorar. Otomatik hile algılama aracı ile kişinin sözel olmayan mikro jestlerini analiz eder. İkinci olarak risk tabanlı değerlendirme aracı ile sınır memuru tarafından daha fazla araştırmayı gerektirecek vakıaları tespit edebilmesi için kişiler hakkında bir risk puanı belirlenir. Üçüncü olarak Entegre Sınır Kontrolü Analitiği Aracı ile yasadışı faaliyet veya davranış kalıpları tespit edilir¹¹⁴.

iBorderCtrl, 2016 ile 2019 yılları arasında Avrupa Birliği üyesi olan Macaristan ve Letonya’da uygulanmak üzere gönüllü bir pilot proje olarak tasarlanmıştır. Ancak gerçekten gönüllü kişilerin katılımı ile gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği şüphelidir. Özellikle Letonya’da kaç gönüllünün bu projeye katıldığının açıklanmaması şüpheyi arttırmaktadır¹¹⁵.

iBorderCtrl adlı sistem pek şeffaf değildir. Sistem birçok modülden aldığı verileri tek bir raporda birleştirir ve sınır memuruna bu şekilde sunar. İdare adına hareket eden sınır memuru dâhi arka planda çalışan modüllerin hepsinin sonuçlarına teker teker ulaşamamaktadır. Bu da aslında idarenin dâhi sistemin tam olarak neye dayalı karar verdiğini anlayamaması durumunu ortaya çıkarır¹¹⁶. Ayrıca ilgili kişiye temel bazı belge hataları aktarılırken, kendisi hakkında sistem tarafından verilen risk puanı hakkında bilgi verilmez. Bu noktada kişi, sonuç raporundan haberdar olursa dinlenebilir ve kendisi hakkındaki iddiaları cevaplandırabilir. Bu da memurun daha sağlıklı bir karar vermesini sağlar¹¹⁷.

iBorderCtrl adlı yazılımın şeffaf olmadığı gerekçesiyle, yazılım hakkında bilgi almak için önce Yunanistan’daki bir sivil toplum örgütü olan Homo Digitalis, Avrupa Komisyonu’nun Avrupa Araştırma Yürütme Ajansı’ndan bilgi talep etmiştir¹¹⁸. Bu başvuru sınırlı başarıya ulaşmıştır. Daha sonra Patrick Breyer Avrupa Araştırma Yürütme Ajansından teknolojinin yasallığı ve proje bulguları hakkında bilgi talebinde bulunmuştur. Ancak ikinci başvuru ticari sır gerekçesiyle reddedilmiştir¹¹⁹.

¹¹³ ibid 79–80.

¹¹⁴ ibid 80.

¹¹⁵ ibid 81–83.

¹¹⁶ Micheal Dockstator, ‘Administrative Intelligence: Exploring Balanced Human-AI Decision-Making Relationships in Canadian Administrative Contexts’ (Yüksek Lisans, University of Toronto 2019) 49.

¹¹⁷ ibid 50.

¹¹⁸ Derya Ozkul, ‘Automating Immigration and Asylum: The Uses of New Technologies in Migration and Asylum Governance in Europe’ (University of Oxford 2023) 27.

¹¹⁹ ibid.

Patrick Breyer de bunun üzerine Avrupa Birliği Adalet Divanı(ABAD)’nda dava açmıştır. Yapılan yargılama sonucunda Mahkeme kamu yararının ağır bastığını ve ticari sırların kısmen açıklanması gerektiğine karar vermiştir. Açıklanan karara göre, iBorderCtrl teknolojisinin yasal ve etik etkilerinin neler olduğuna, teknoloji sebebiyle profillenen kişilerin haklarında yanlış bir kanıya varılmasının nasıl önüne geçildiğine, teknolojinin teknik yeterliliklerinin neler olduğuna, yukarıda bahsedilen Biyometrik Sistem, Yüz Eşleştirme, Belge Doğrulama-Analitik, Gizli İnsan Algılama Aracı, Entegre Kontrol Sınır Analitiği Aracı, Risk Tabanlı Değerlendirme ve Otomatik Hile Algılama araçlarının nasıl çalıştığına, teknolojinin nasıl veri topladığına ilişkin veriler ticari sır kapsamında değerlendirilmiştir¹²⁰. Patrick Breyer’de bu karara itiraz etmiştir. Ancak Mahkeme Breyer tarafından yapılan itirazı, kamu yararının ticari sırlardan üstün olduğunu açıklamada ve kanıtlamada yetersiz görmüştür¹²¹.

C. Almanya Örneği: Sığınma Başvurusunda Kullanılan Yapay Zekâlar

Göçmenlerin sığınma başvurularında yapay zekâ ile profillemeye yapmak amacıyla Almanya’da Arapça konuşan kişilerin lehçelerinin anlaşılması için Dil ve Lehçe Tanımlama Yardım Sistemi (Language and Dialect Identification Assistance) (DIAS) kullanılmaktadır. Almanya ayrıca yüz tanıma sistemiyle birlikte sığınma başvurusunda bulunan kişinin etnik kökeni, yaşı, menşe ülkesi gibi kişisel verilere hızlıca ulaşmayı amaçlamaktadır¹²². Alman Göçmenler ve Mülteciler Federal Ofisi, bu sistemi başvuranların kimlik belgelerinin olmaması, hilekarlığın tespiti, zaman ve verimliliğin sağlanması ve başvuranların ülkelerine dönmelerini sağlama amaçlarıyla kullanılmaktadır¹²³. Dil ve Lehçe Tanımlama Yardım Sisteminin yasal dayanağı İltica Kanunu’nun 16. maddesinin 1. fıkrasının 3. cümlesidir ve hüküm şöyledir¹²⁴: “*Yabancıların menşe ülkesinin veya bölgesinin belirlenmesi amacıyla, yabancıların sözlü ifadeleri resmi duruşması dışında ses ve veri ortamına kaydedilebilir.*”

DIAS, kişinin ana dilinde yaptığı konuşmasını kaydeder, aksanını analiz etmek için akustik tonlamalara odaklanır. İlk aşamada bu sisteme ilgili kişinin sesi kaydedilir. İkinci aşamada ise kaydedilen sesin analiz edilmesi sonucu belirli dil veya lehçeyle eşleşme olasılığı hesaplanır. Ortaya çıkan sonuç bir rapor haline getiril-

¹²⁰ Patrick Breyer, ‘Briefing: Transparency Complaint against Secret EU Surveillance Research “iBorderCtrl”’ (Patrick Breyer, 15 Aralık 2021) <<https://www.patrick-breyer.de/en/press-briefing-transparency-complaint-against-secret-eu-surveillance-research-iborderctrl/>> son erişim tarihi 8 Aralık 2024.

¹²¹ *Patrick Breyer v European Research Executive Agency (REA)* [2023] Avrupa Birliği Adalet Divanı(Onuncu Daire) C-135/22 P.

¹²² Lisa Nyman, ‘Potential Legal Challenges under the European Convention on Human Rights on the Use of Artificial Intelligence in Asylum Procedures’ (Lisans Tezi, Örebro University 2022) 1.

¹²³ Ozkul (n 117) 45.

¹²⁴ Asylum Act in the version promulgated on 2 September 2008 (Federal Law Gazette I, p. 1798), last amended by Article 2 of the Act of 11 March 2016 (Federal Law Gazette I, p. 394)



dikten sonra mülakat görüşmesinden önce başvuranın iddiasının değerlendirilmesi için bilgi kaynağı olarak kullanılır¹²⁵.

İltica başvurusunda bulunan kişinin sesinin biyometrik¹²⁶ analizi için test özel bir odada yapılır. Başvuru sahibinden telefon ahizesini kaldırdığında, sinyal sesini duyduktan sonra bir görüntüyü mümkün olabildiğince en ayrıntılı şekilde iki dakika boyunca anlatması istenir¹²⁷. Bu işlem tamamlandıktan birkaç dakika sonra kişinin lehçesi veya dili hakkında olasılık yüzdelerine ilişkin bir rapor oluşturulur¹²⁸. Yapay zekânın ses kaydı alması için kullanılan ahizenin de önemli olduğunu söylemek gereklidir. Ahize kişinin sesini gerektiği kalitede ve doğrulukta kaydetmiyorsa hatalı sonuçların ortaya çıkması söz konusu olabilir. Ayrıca iltica başvurusu yapanlara anlatılan görüntüden de kişiye dair veriler toplamak amacıyla yönlendirmeler yapılmaktadır. Örneğin bir Müslüman ailenin ev ortamında birlikte yemek yemesinin tasvir edilmesi istenmektedir. Başvuru sahipleri bunu yaparken aile hayatına dair hususlardan bahsedeceğinden, aile hayatına saygı ve mahremiyet hakları zedelenabilir¹²⁹.

Almanya’da DIAS, sığınmacıların kökenleri hakkındaki açıklamalarına güvenilmediğinde veya sunulan belgelerden şüphelenildiğinde başvuranın menşe ülkesini belirlemede kullanılır. Alman Federal Göç ve Mülteci İdaresi tarafından DIAS’ta hangi verilerin kullanıldığına, DIAS’ın kaç dili tanıyabildiğine ve hata oranının ne olduğuna ilişkin veriler açıkça paylaşılmamıştır¹³⁰. Federal İçişleri Bakanlığı tarafından sadece Levant Arapçasının farklı versiyonlarının Pensilvanya Üniversitesinden satın alındığı belirtilmiştir¹³¹. Bu sebeple sistemin Arap ülkelerinden gelenlerin menşe ülkesini belirlemede kullanıldığı düşünülmektedir¹³².

Sistemin 2017’de 292 rapordan 160’ında kişilerin menşe ülkesini doğru bir şekilde tespit edebildiği görülmektedir. Ayrıca sistemde var olan dillerin sayısı ile dilin gelişimi de dikkate alındığında, menşe ülkenin doğru tespit oranı azalmaktadır. Her ne kadar sistem geliştirilmeye devam etse de dil bilimcilere göre dil yaşayan bir mefhumdur ve dile göre menşe ülke tahmini asla yüzde yüz doğru çalışmaz. Dilin toplumsal yapısına ilişkin etkenler dikkate alınmadan yapılan bu yapay zekâ iltica

¹²⁵ Nyman (n 121) 10.

¹²⁶ “Yazar, sığınma usulünde ses biyometrisinin etkisini şu şekilde açıklamaktadır: “*Sığınma usulünde ses biyometrisi, sesi, mahremiyet alanını sömürmek için bir araç olarak silahlandırır.*” Daniel Leix Palumbo, ‘The Weaponization of Datafied Sound: The Case of Voice Biometrics in German Asylum Procedures’ in Koen Leurs and Sandra Ponzanesi (editörler), *Doing Digital Migration Studies* (1. Baskı, Amsterdam University Press 2024) 315.

¹²⁷ ibid 312.

¹²⁸ ibid 314.

¹²⁹ ibid.

¹³⁰ ibid 307.

¹³¹ ibid 312.

¹³² ibid 305.

başvurularının reddedilmesinde kullanılmıştır¹³³. Dünya üzerinde tek bir konuşma biçimi yoktur. Ancak bir kişinin konuşma biçimi ve ses tonu, o kişinin kültürü ve ülkesi hakkında ipuçları verir. Kişiden kişiye de ses deneyimi değişkenlik göstermektedir. Bir aktör, şarkıcı ya da istihbarat görevlisi ses analizi yapan makineleri aldatılabilir. Kişinin hasta olması durumunda ses analizinin doğru yapıp yapılmadığı da şüphelidir. Ayrıca Göçmenler ve Mülteciler Federal Ofisi sistemi yardımcı olarak kullandığını, asıl karar vericinin memurlar olduğunu ifade etse de Anna Bisselli isimli gazeteci aksini iddia etmektedir¹³⁴.

Almanya'da İltica Kanununa göre sadece kimlik belirleme amacıyla cep telefonu verileri analiz edilmektedir. Bu uygulamanın yasal dayanağı olan İkamet Yasasının 48. maddesinin 3a fıkrası şu şekildedir¹³⁵: “*Yabancıların geçerli bir pasaportu, pasaport yerine geçen veya başka bir uygun kimlik belgesine sahip olmaması durumunda, kimlik ve uyruğun belirlenmesi ve ülkesine geri gönderilme olasılığının belirlenmesi ve ileri sürülmesi gerekiyorsa, 3b paragrafı uyarınca bir değerlendirilmenin sağlanması amacıyla, mobil cihazlar ve bulut hizmetleri de dahil olmak üzere veri taşıyıcılarının okunmasına izin verilir. Yabancı, veri taşıyıcılarının izin verilen okunması için gerekli erişim verilerini sağlamalıdır.*” Kişinin pasaport ya da kimlik belgesi gibi bir belgesinin olmaması durumunda kişiden cihazını teslim etmesi ve imzalı bir formda onay vermesi istenir¹³⁶. Başvuru sahipleri, bu formda cep telefonlarındaki verilerin işlenmesine ilişkin izin vermeyi reddedebilir. Ancak bu durumda başvurularının durdurulabileceğine ilişkin bir kutucuğu işaretlemek zorundadırlar¹³⁷. Diğer bir ifadeyle kişisel verilerinin işlenmemesi durumunda başvuruların dikkate alınmaması durumu söz konusudur.

Kişi cep telefonunun varsa kilidini açarak ilgililere teslim etmek zorundadır. Daha sonra cihaz bir bilgisayara bağlanır ve başvuru sahibinin huzurunda inceleme yapılarak rapora dönüştürülür. Rapor Alman Federal Göç ve Mülteci İdaresi'nde çalışan bir avukatın raporun gerekliliği ve orantılılığına ilişkin izniyle kullanılabilir. Daha sonra raporla başvuranın açıklamaları arasında bir çelişki varsa, bunlar başvurana sorulabilir¹³⁸. Sonuç raporunda şu bilgiler yer alır; telefonda depolanan kişilerin ülke kodları, gelen ve giden aramalar ve mesajlarla ilgili ülke kodları; gelen ve giden mesajlarda kullanılan diller, tarama geçmişinin ülke sonları (alan adının

¹³³ Ozkul (n 117) 46.

¹³⁴ Palumbo (n 125) 311–312.

¹³⁵ Asylum Act in the version promulgated on 2 September 2008 (Federal Law Gazette I, p. 1798), last amended by Article 2 of the Act of 11 March 2016 (Federal Law Gazette I, p. 394).

¹³⁶ Ozkul (n 117) 51.

¹³⁷ Francesca Palmiotto ve Derya Ozkul, “Like Handing My Whole Life Over” [2023] Verfassungsblog: On Matters Constitutional 234, 235. İlgili formdaki ifade şu şekildedir: “*I am aware that this refusal will regularly lead to the asylum procedure being discontinued, as I am thereby violating my obligation to cooperate in the asylum procedure.*”

¹³⁸ Ozkul (n 117) 51.



sonunda bulunan tr, uk gibi ifadeler); Facebook gibi uygulamalarda kullanılan giriş adları ve adresler ve son olarak kaydedilmiş fotoğraflardan ve uygulamalardan elde edilen coğrafi/konum verileri¹³⁹.

Almanya'daki sığınma başvurusunda kullanılan yapay zekâlar ile ilgili açıklamalardan sonra Federal İdare Mahkemesi'nin verdiği bir karar incelenmelidir. Bir Afgan'ın Almanya'da yaptığı sığınma başvurusunda sunduğu evlilik cüzdanı (tazkira) gerçekçi bulunmamış ve kişinin telefonuna el konularak yapay zekâ tarafından veriler incelenmiştir. İnceleme sonucunda ortaya çıkan rapor ve başvurucunun iddiaları çelişkili çıkınca sığınma başvurusu reddedilmiştir¹⁴⁰. Görünen o ki yapay zekânın verdiği rapora üstünlük tanınmıştır. Somut olayda kişinin pasaport ya da pasaport yerine geçen belgelerden birisine sahip olmaması durumunda doğrudan cep telefonu verisinin analiz edilmesi Federal İdare Mahkemesi tarafından orantılı bulunmamıştır çünkü evlilik cüzdanı gibi diğer resmî belgelere bakılması, tercüman aracılığıyla bilgi alınması gibi daha hafif yollar söz konusuysen cep telefonu analizini ağır bir müdahale olarak görmüştür¹⁴¹. Kararda orantılılık ilkesi açısından iki ilke değerlendirilmiştir: kullanılan teknolojinin gerekli ve ulaşmak istenen amaca uygun olup olmadığı. Ulaşmak istenen amaca, en az müdahale gerektiren araçla ulaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Somut olayda evlilik cüzdanının sunulmasına rağmen yine de Afgan uyruklu kişiden cep telefonunun talep edilmesi mahkeme tarafından orantısız bulunmuştur¹⁴². Ayrıca kararda cep telefonunun kişiyi analiz etmek açısından uygun bir yöntem olup olmadığı da tartışılmaktadır. Gesellschaft für Freiheitsrechte (Özgürlük Hakları Derneği), mobil telefonların sadece kişi tarafından kullanılmaması veya kişinin başkasına telefonunu mobil erişim noktası açarak kullandırması durumlarında kişiye ait olmayan verilerin telefonda depolandığını ifade etmektedir. Bu sebeple sadece kişiye ait olmayan verilerin telefonda depolanması neticesinde kişi hakkında hatalı ve yanıltıcı sonuçların ortaya çıkması muhtemeldir. Ancak cep telefonunun kişinin kimliğini ve menşe ülkesini belirlemek açısından uygun bir araç olduğuna karar verilmiştir¹⁴³.

Ayrıca bu olayda verilerin işleniş biçimine bakıldığında alınan rızanın hukuka uygun olup olmadığı da tartışmalıdır. GDPR'ın 5. maddesine göre kişisel veri “işlenme amaçlarına uygun, işlenme amaçlarıyla ilgili ve bunlarla sınırlı olmalıdır.” Ayrıca Tüzüğün 7. maddesine göre rızanın özgür bir şekilde alınması gereklidir. Son olarak Tüzüğün 15. maddesine göre kişilere, verileri işlenirken itiraz etme imkânı

¹³⁹ ibid.

¹⁴⁰ Francesca Palmiotto, ‘Procedural Fairness in Automated Asylum Procedures: Fundamental Rights for Fundamental Challenges’ (2024) 55 Computer Law & Security Review 1, 3.

¹⁴¹ Palmiotto ve Ozkul (n 136) 236.

¹⁴² Palmiotto ve Ozkul (n 136) 236. Orantılılık ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Alkım Aktaş, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kolluk Faaliyetlerinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi’ [2023] Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ; Fıruze Yiğit, *Barışçıl Toplanma Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalarda AİHM Denetimi* (1. Baskı, Adalet 2023) 105 vd.

¹⁴³ Palmiotto ve Ozkul (n 136) 236.

verilmiştir. Ancak somut olaya bakıldığında kişiler rıza vermezse başvurularının değerlendirmeye alınmayacağına ilişkin bir formun imzalatıldığı görülmektedir. Bu da kişisel verilerin işlenmesine ilişkin itiraz imkanını ortadan kaldırmaktadır¹⁴⁴. Tüzüğün 15. maddesinde düzenlenen itiraz hakkına aykırılık teşkil eden bir uygulama söz konusudur.

Türkiye’de de Almanya’dakine benzer şekilde bir proje yapılmıştır. 2019-2021 yılları arasında AB tarafından finanse edilen bir konuşma algılama sistemi projesi oluşturulmaya çalışılmıştır. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü “*Etkili Vatandaşlık Belirlemesi İçin Kapasite Geliştirme*” adlı proje kapsamında Özbek ve Uygur dillerindeki lehçe farkını ayırt etmeyi hedeflemiştir. Yapılan çalışmalar neticesinde sistemin doğruluk oranı önce yüzde 53’ken, geliştirmeler neticesinde yüzde 70 olmuştur. Ancak proje tatmin edici sonuçlar alınamaması sebebiyle uygulanmamıştır¹⁴⁵.

SONUÇ

Çalışma çerçevesinde yapay zekânın göç hukukuna etkilerinden bahsedilmiştir. Bu çerçevede yapay zekânın kendine has sorunlarının göç hukuku alanında da devam ettiği görülmektedir. Bu etki Almanya, Kanada ve Güney Afrika gibi dünyanın birçok ülkesinde kendini göstermektedir. Ayrıca Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler gibi uluslararası kuruluşların kullandığı yapay zekâlarda da aynı sorunlar devam etmektedir. Çalışma içerisinde bahsedilen şeffaflık, kirli veri ve kişisel verilerin korunması sorunları, göç işlemlerinin muhatabı olan kişilerin yaşam hakkı, işkence yasağı ve özgürlük ve güvenlik hakkı gibi temel hak ve özgürlükleri de etkilemektedir. Ayrıca geri gönderme yasağına aykırılık teşkil edecek yönde uygulamaların ortaya çıkması muhtemeldir.

Kanada’da göç alanında uygulanan politikaların ayrımcı olduğu görülmektedir. Bu politikaların gerçekleştirilmesi amacıyla yapay zekâ kullanıldığı da görülmektedir. Öyle ki yapay zekânın kullanımı açılan davalar sırasında fark edilmektedir. Chinook adlı yapay zekânın kullanımı da açılan bir davada fark edilmiştir. Avrupa Birliğinde ise iBorderCtrl adlı bir yapay zekâ kullanılmaktadır. Ancak bu yapay zekâ hakkındaki sorun, açılan dava sonucunda yeterli şeffaflığın sağlanamamış olmasıdır. Almanya’da ise sığınma başvuruları kapsamında, mahkeme kullanılan yapay zekâyı orantılı bulmamıştır. Türkiye’de de Almanya’ya benzer şekilde uygulamalar oluşturulmaya çalışılmıştır. Ancak başarılı olunamamıştır.

Yapay zekâların otomatik karar alma mekanizmaları kapsamında kabul edildiği ifade edilmiştir. ABAD’ın son içtihatları ışığında sığınmacıların iltica kararlarının otomatik sistemler tarafından verilmesinde iki ilke geçerlidir. Birincisi sığınmacıların otomatik sistemde üretilen rapora, kullanılan girdi verilerine ve sistemin nasıl çalıştığını anlama imkanına erişme hakları vardır. İkincisi otomatik kararların ürettiği sonuçların doğruluğuna, geçerliliğine ve yasallığına itiraz etme, eğer varsa güncel

¹⁴⁴ ibid 237.

¹⁴⁵ Ozkul (n 117) 48.



olmayan veya yanlış olan verileri düzeltme hakları vardır. Ayrıca kişisel verilerinin silinmesini veya sınırlandırılmasını talep etmeleri de imkân dahilindedir¹⁴⁶.

Görüldüğü üzere göç hukuku alanında yapay zekâ destekli bir şekilde tesis edilen idari işlemler açısından birçok usuli problem söz konusudur. Türk hukukunda yapay zekâ sistemlere ilişkin usuli düzenlemelerin yapılabilmesi için aşılması gereken problemler Dinçkol tarafından şu şekilde ifade edilmektedir: “...*yapay zekâ sistemini Türk idari yargılamalarına uyarlarken yargılamalarında çözülmesi gereken bazı zorluklar da bulunmaktadır. Örneğin, Türk idari usul normlarının parçalı olması, Türk idari yargısı açısından kararların öngörülebilirliğinin ve yayınlanan dava kararı sayısının yetersiz olması, hukuki sürecin belirsizliği gibi Türk idari işlemlerinin ve ilgili kanunların iç yapısından kaynaklanan bazı sorunlar ortaya çıkabilmektedir.*”¹⁴⁷. Biz de Dinçkol’a katılarak Türkiye’de yapay zekâ sistemlerine ilişkin hükümler barındıran bir genel idari usul kanunu yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Ayrıca bu kanunun yapımında yapay zekânın kullanımından kaynaklı uygulamada ortaya çıkabilecek şeffaflık, kirli veri ve kişisel verilerin korunması gibi konuların dikkate alınması gereklidir. Özellikle yapay zekâ sistemleri bakımından şeffaflık özel bir öneme sahiptir. Zira Kanada’da Chinook adlı yapay zekânın kullanımında yaşanan şeffaflık sorunu idarenin sorumluluğunu gündeme getirecektir. Sorumluluk doğuran diğer bir husus ayrımcılıktır. Kanada’nın ülke politikası olarak benimsediği ayrımcı uygulama bir yana, yapay zekânın bizatihi bünyesinde barındırdığı kirli veriden dolayı ayrımcılık ortaya çıkabilmektedir. Bu sorunların önüne geçilebilmesi için ilgili tedbirlerin alınması gereklidir. Örneğin söz konusu sistemler açısından risk ve etki değerlendirme testleri genel idari usul kanununda düzenlenebilir.

Göç hukuku bağlamında yapay zekânın yardımcı olarak kullanıldığı mülteci statüsünün belirlenmesi, vize verilmesi veya vize iptali gibi işlemlerde ayrı bir usulün benimsenmesi elzemdir. Bu şekilde, söz konusu işlemlere muhatap kişilerin zor durumlarından yararlanılmasının önüne geçilmelidir.

KAYNAKÇA

Akburakcı NF, Kamu Düzeni Açısından Yapay Zekâ (1. Baskı, Adalet 2023)

Aktaş A, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kolluk Faaliyetlerinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi’ [2023] Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 727

Başar C, Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020)

¹⁴⁶ Palmiotto (n 139) 8.

¹⁴⁷ Hulüsi Alphan Dinçkol, ‘Yapay Zekânın İdari Yargı Üzerindeki Etkileri’ (2024) 12 Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 47, 68.



Bignami F, ‘Artificial Intelligence Accountability of Public Administration’ (2022) 70 The American Journal of Comparative Law i312

Blevins M, ‘When Dirty Data Leads to Dirty Policing’ (2023) 29 Richmond Journal of Law & Technology 166

‘BMMYK’nın İlgi Alanındaki Kişilere Ait Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Politika’ (BMMYK 2018)

Breyer P, ‘Briefing: Transparency Complaint against Secret EU Surveillance Research “iBorderCtrl”’ (Patrick Breyer, 15 Aralık 2021) <<https://www.patrick-breyer.de/en/press-briefing-transparency-complaint-against-secret-eu-surveillance-research-iborderctrl/>> son erişim 8 Aralık 2024

Bringas Colmenarejo A, ‘Artificial Intelligence and Big Data Analytics in Decision Making: The Migration and Asylum Systems’ (Yüksek Lisans, Charles University 2020)

Bukhatwa F, Laarfi A ve Salem I, ‘Dirty Data between Errors and Their Handling—A Firsthand Experience in Solving Dirty Data from Within’ (2023) 13 International Journal of Intelligence Science 48

Can H, Almanya’da Yabancıların İkameti, Kazanç Sağlayıcı Faaliyeti ve Entegrasyonu (Aufenthalt, Erwerbstätigkeit Und Integration von Ausländern in Deutschland) (1. Baskı, Adalet 2023)

Can H ve Tuna E, Yabancılar Hukuku (1. Baskı, Adalet 2022)

Çelik D, ‘Tam Otomatikleştirilmiş İdari İşlemler’ (2024) 28 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 413

Chartier-Edwards N, Blottiere M ve Roberge J, ‘AI Statecraft Heating-up: The Automation of Governance through Canada’s Chinook Case Study’ [2024] AI & SOCIETY 1

‘Chinook Canada-IRCC Decision-Making System In 2024’ (29 Nisan 2022) <<https://arnikavisa.com/all-we-know-about-chinook-system/>> son erişim 8 Aralık 2024

Dinçkol HA, ‘Yapay Zekânın İdari Yargı Üzerindeki Etkileri’ (2024) 12 Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 47

Diphooorn T, ‘Dirty Versus Clean Data: The Politics of Data-Driven Policing in South Africa’ in Tereza Østbø Kuldova, Helene Oppen Ingebrigtsen Gundhus and Christin Thea Wathne (editörler), Policing and Intelligence in the Global Big Data Era, Volume II (1. Baskı, Springer Nature Switzerland 2024)

Dockstator M, ‘Administrative Intelligence: Exploring Balanced Human-AI Decision-Making Relationships in Canadian Administrative Contexts’ (Yüksek Lisans, University of Toronto 2019)



Dülger MV, ‘Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması’ (2019) 1 Yaşar Hukuk Dergisi 71

Ekşi N, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku (5. Baskı, Beta 2018)

Ergül E, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Sınır Dışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme (1. Baskı, Yargı Yayınevi 2012)

‘Evidence - CImm (44-1) - No. 3 - House of Commons of Canada’ <<https://www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/44-1/CImm/meeting-3/evidence>> son erişim 7 Aralık 2024

Güçlütürk OG, Yapay Zeka ve Verinin Kullanımı (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022)

‘Guidelines 2/2018 on Derogations of Article 49 under Regulation 2016/679’ (European Data Protection Board 2018)

‘Guidelines 05/2020 on Consent under Regulation 2016/679 Version 1.1’ (European Data Protection Board 2020)

İneli Ciğer M, ‘Silahlı Çatışma Durumlarında Ayrım Gözetmeyen Şiddet Hareketlerinden Kaçan Kişilerin Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Korunması’ (2018) 20 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199

Ira J. K, Kurzban’s Immigration Law Sourcebook (8. Baskı, American Immigration Law Foundation 2002)

Kinchin N, ‘Technology, Displaced? The Risks and Potential of Artificial Intelligence for Fair, Effective, and Efficient Refugee Status Determination’ (2021) 37 Law in Context. A Socio-legal Journal 45

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza, <https://kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf>, Son Erişim, 10 Aralık 2024

Küzeci E, Kişisel Verilerin Korunması (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021)

Leese M, Noori S ve Scheel S, ‘Data Matters: The Politics and Practices of Digital Border and Migration Management’ (2022) 27 Geopolitics 5

Legonsky SH ve Rodriguez CM, Immigration and Refugee Law and Policy (5. Baskı, Foundation Press 2009)

Marda V ve Narayan S, ‘Data in New Delhi’s Predictive Policing System’, Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (ACM 2020) <<https://dl.acm.org/doi/10.1145/3351095.3372865>> son erişim 4 Aralık 2024

Maxwell J ve Tomlinson J, Experiments in Automating Immigration Systems (1. Baskı, Bristol University Press 2022)



McDaniel JLM ve Pease KG (editörler), 'Artificial Intelligence and Online Extremism: Challenges and Opportunities', Predictive Policing and Artificial Intelligence (1. Baskı, Routledge 2021)

Nalbandian L, 'An Eye for an "I:" A Critical Assessment of Artificial Intelligence Tools in Migration and Asylum Management' (2022) 10 Comparative Migration Studies 1

Noriega M, 'The Application of Artificial Intelligence in Police Interrogations: An Analysis Addressing The Proposed Effect AI Has on Racial and Gender Bias, Cooperation, and False Confessions' (2020) 117 Futures 102510

Nyman L, 'Potential Legal Challenges under the European Convention on Human Rights on the Use of Artificial Intelligence in Asylum Procedures' (Lisans Tezi, Örebro University 2022)

Özkan I, Göç-İltica ve Sığınma Hukuku (5. Baskı, Seçkin 2023)

Ozkul D, 'Automating Immigration and Asylum: The Uses of New Technologies in Migration and Asylum Governance in Europe' (University of Oxford 2023)

Palmiotto F, 'Procedural Fairness in Automated Asylum Procedures: Fundamental Rights for Fundamental Challenges' (2024) 55 Computer Law & Security Review 1

Palmiotto F ve Ozkul D, '„Like Handing My Whole Life Over“' [2023] Verfassungsblog: On Matters Constitutional 234

Palumbo DL, 'The Weaponization of Datafied Sound: The Case of Voice Biometrics in German Asylum Procedures' in Koen Leurs and Sandra Ponzanesi (editörler), Doing Digital Migration Studies (1. Baskı, Amsterdam University Press 2024)

Parlak TM, Avrupa Birliği Göç Hukuku Reformunda Düzensiz Göçmenlerin Statüleri (1. Baskı, Seçkin 2022)

Parycek P, Schmid V and Novak A-S, 'Artificial Intelligence (AI) and Automation in Administrative Procedures: Potentials, Limitations, and Framework Conditions' (2023) 15 Journal of the Knowledge Economy 8390

Richardson R, Schultz J ve Crawford K, 'Dirty Data, Bad Predictions: How Civil Rights Violations Impact Police Data, Predictive Policing Systems, and Justice' (2019) 94 New York University Law Review 192

Sümer N, 'Kanada'da İdarenin Karar Alma Süreçlerinde Yapay Zekayı Kullanımı: Otomatik Karar Alma Yönergesi' (2024) 6 Bilişim Hukuku Dergisi 155

TİHEK, 'Sınır Dışı Edilen Yabancılar ve Geri Gönderme Yasağı' (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu 2022) Araştırma Raporu



Vohra A, ‘Social Order in the Age of Artificial Intelligence: The Use of Technology in Migration Governance and Decision-Making’ (Yüksek Lisans, University Of British Columbia 2023)

Wolswinkel J, ‘Artificial Intelligence and Administrative Law’ (Council of Europe 2022)

Yayla A, İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ (1. Baskı, Seçkin 2023)

Yiğit F, Barışçıl Toplanma Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalarda AIHM Denetimi (1. Baskı, Adalet 2023)

— —, ‘Doğal Hakkın İnsan Hakkına Dönüşümü’ (2024) 41 İnsan Hakları Yıllığı 1

Yılmaz T, Avrupa Birliğinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku (1.Baskı, Adalet 2022)

KARARLAR

Ardestani v Canada (Citizenship and Immigration) [2023] Kanada Federal Mahkemesi 2023 FC 874

Baker v Canada (Minister of Citizenship and Immigration) [1999] Kanada Yüksek Mahkemesi [1999] 2 SCR 817

Farshid v Canada (Citizenship and Immigration) [2024] Kanada Federal Mahkemesi 2024 FC 1573

Haghshenas v Canada [2023] Federal Kanada Mahkemesi 2023 FC 464

Mehrara v Canada (Citizenship and Immigration) [2024] Kanada Federal Mahkemesi 2024 FC 1554

Ocran v Canada (Citizenship and Immigration) [2022] Kanada Federal Mahkemesi 2022 FC 175

Patrick Breyer v European Research Executive Agency (REA) [2023] Avrupa Birliği Adalet Divanı (Onuncu Daire) C-135/22 P

Raja v Canada (Citizenship and Immigration) [2023] Kanada Federal Mahkemesi 2023 FC 719

Safarian v Canada (Citizenship and Immigration) [2023] Kanada Federal Mahkemesi 2023 FC 775

Shirazi Nezhad v Canada (Citizenship and Immigration) [2024] Kanada Federal Mahkemesi 2024 FC 1747

Shirkavand v Canada (Citizenship and Immigration) [2023] Kanada Federal Mahkemesi 2023 FC 1022

SM and Qadir v Secretary of State for the Home Department [2016] Yüksek Mahkeme (Göç ve İltica Dairesi) UKUT 00229 (IAC) 1

Zargar v Canada (Citizenship and Immigration) [2023] Kanada Federal Mahkemesi 2023 FC 905



EŞYA MÜSADERESİNİN TÜRK CEZA KANUNU’NUN (TCK) 54/1. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ*

*Evaluation of Property Confiscation within the Scope of Article
54/1 of the Turkish Penal Code (TCK)*

Sultan ÖNDEŞ**

Özet

Mülkiyet hakkı, taşınır veya taşınmaz bir mal üzerinde sahibine tasarruf yetkisi tanıyan bir hak olup çağlar boyunca kutsal ve dokunulmaz olarak kabul edilmiştir. Ancak bir kimsenin, mülkiyet hakkını sınırsız bir şekilde kullanması kabul edilemez. Bundan ötürü hukuk sistemlerinde mülkiyet hakkını kullanmanın sınırları çizilmiş ve hukukun belirlediği sınırlar çerçevesinde mülkiyet hakkını kullanmayan kişilere ise devletin çeşitli müdahalelerde bulunabileceğine ilişkin yasal düzenlemeler yapılmıştır. Mülkiyet hakkına yönelik sınırlama içeren yasal düzenlemelerden biri müsaderedir.

Müsadere, failin gerçekleştirdiği suç nedeni ile suç ile bağlantısı bulunan eşya, kazanç veya maddi menfaat üzerindeki mülkiyetin, mahkeme kararı ile ortadan kaldırılarak devlete geçirilmesi sonucunu doğuran bir kurum olup 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) “Güvenlik Tedbirleri” başlığı altında düzenlenmiştir. Müsaderenin konusunu oluşturan eşyanın faille ait olması şart olmadığından, müsadere üçüncü kişilerin mülkiyet hakkını da etkileyen bir kurumdur. TCK’da müsadere kurumu kazanç ve eşya müsaderesi olarak ikiye ayrılmıştır. Çalışma konumuz olan eşya müsaderesi TCK’nın 54. maddesinde düzenlenmiştir. Bu çalışmada müsadere kurumu, eşya müsaderesi ile sınırlı olarak incelenmiş ve eşya müsaderesinin tanımı, hukuki niteliği, eşya müsaderesine hükmedilebilmesi için gereken şartlar doktrindeki görüşler ve yargı kararları çerçevesinde ele alınmış ve uygulamada hata yapılan konulara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet hakkı, müsadere, eşya müsaderesi, orantılılık, hakkaniyet

Abstract

Property right is a right that assures the owners’ entitlement to dispose a real or movable asset. Indeed, it has been considered as sacred and inviolable throughout the ages. However, it is unadmissible for someone to use their property rights unrestrictedly. Therefore, in legal orders, the usage of a property is delimited by the law. Legal regulations have been made for state to intervene for those who do not use their property rights within the limits determined by law. Confiscation is one of the legal regulations that constrict one’s property rights. It is an institution that results in the seizure of property, earnings or material benefits related to the crime committed by the perpetrator by a court decision; and their transfer to the state. It is regulated under the title of “Security Measures” of the Turkish Penal Code (TCK) No. 5237. Because it’s not necessary

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 20.05.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Bu çalışma, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde hazırlanan “Türk Ceza Hukukunda Müsadere” başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

** Hâkim, Kemer Adliyesi, ondessultan8@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-5376-0415>.



that the subject of property belong to the perpetrator, confiscation is an institution that also affects the property rights of third parties. The institution of confiscation is divided into two in the Turkish Penal Code; earnings and property confiscation. The subject of the current study, confiscation of property, is regulated in Article 54 of the Turkish Penal Code. Regarding that, in this study, the confiscation institution was examined in a limited way with the confiscation of property and the definition of the confiscation of property, its legal nature, the conditions required for the confiscation of property. Confiscation of property was reviewed within the framework of the ideas in the doctrine and court decisions, and the errors that were made in the application were mentioned.

Keywords: Property right, confiscation, property confiscation, proportionality, equity

GİRİŞ

Müsadere, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) birinci kitabının “Güvenlik Tedbirleri” başlığını taşıyan ikinci bölümünde “eşya müsaderesi” ve “kazanç müsaderesi” olarak iki ayrı maddede düzenlenmiştir.

Doktrinde müsadere için, “işlenen bir suç karşılığı olarak suçlunun malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerindeki mülkiyetinin ortadan kaldırılması ve bu mülkiyetin kamusal karakter gösteren bir kuruluşa devredilmesi”¹, “kanunda yazılı olan hallerde belirli malların mülkiyetinin veya kazancın mahkeme kararıyla maliklerinden alınarak kamusal bir kuruma verilmesi”², “mahkûmiyetin sonucu olarak bir eşyanın ya da kazancın mülkiyetinin devlete geçmesi”³, “suçun icrasında kullanılan, suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçun işlenmesinden meydana gelen eşya ile suç işlemek sureti ile veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen malvarlığı değerlerinin failin elinden alınarak devletin mülkiyetine geçmesi”⁴, “suçlunun malvarlığının tamamının veya bir kısmının mülkiyetinin suçludan alınarak devlete geçirilmesi”⁵, “suç nedeniyle eşyanın veya kazancın mülkiyetinin devlete geçmesi”⁶ şeklinde tanımlar yapılmıştır. Buna göre müsadere, kanunda düzenlenen koşullar ortaya çıktığı takdirde bir kimsenin malvarlığı üzerinde bulunan mülkiyet hakkının sonlandırılarak, mülkiyetin devlete geçirilmesini sağlayan bir ceza hukuku yaptırımı olduğu şeklinde tanımlanabilir.

Müsadere, TCK'da “Güvenlik Tedbirleri” başlığı altında düzenlenmesine rağmen hukuki niteliği doktrinde çok tartışılmıştır. Müsaderenin hukuki niteliğinin ceza olduğunu düşünen yazarlara göre, güvenlik tedbirleri failin tehlikeliliği esasından hareket ederek geçici olarak uygulanır. Müsadere ise, failin tehlikeli olmasından ziyade, suçun kazanç kapısı olarak görülmesi esasından hareket eder

¹ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku* (14nd edn, Der 2020) 173.

² Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16nd edn, Seçkin 2021) 662.

³ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (7nd edn, Beta 2011) 702.

⁴ Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15nd edn, Seçkin 2022) 666.

⁵ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16nd edn, Adalet 2022) 1008.

⁶ Uğur Ersoy, Sibel Can, ‘Eşyanın Dosyada Delil Olarak Saklanması Kararı Üzerine Bir İnceleme’ (2023) 14(53) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 285, 286.

ve mülkiyetin kalıcı olarak devlet hazinesine girmesi sonucunu doğurur. Bundan dolayı, müsadere hukuki niteliğinin ceza olduğu kabul edilmelidir⁷. Müsaderenin hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğunu düşünen yazarlara göre müsadere kurumu, TCK’da “Güvenlik Tedbirleri” başlığı altında düzenlendiğinden müsaderenin hukuki niteliğinin kanun koyucu tarafından güvenlik tedbiri olarak belirlendiğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁸. Doktrinde bir görüşe göre ise,

⁷ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Emniyet Tedbirleri Hukuku* (21nd edn, Seçkin 2021) 579; Nur Centel, ‘Yeni Türk Ceza Yasasında Cezalar Ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi’ (2005) 9(1) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 359, 367-368; Centel/ Zafer/ Çakmut’a göre, bir suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesi failin suç işlemesine bağlı olduğundan müsadere ceza veya cezanın sonucu olan ek bir yaptırımdır. Kanun koyucunun, müsadere kurumunu güvenlik tedbiri başlığı altında düzenlemesi kurumun, hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğu anlamına gelmez. Müsadere kurumu, Alman Ceza Kanununda olduğu gibi bağımsız bir başlık altında düzenlenmelidir. Centel, Zafer, Çakmut (n 3) 703; Özen’e göre, müsadere, yapısı, amacı ve sebebi ile güvenlik tedbirine uymamaktadır. Güvenlik tedbirinin düzenlenme sebebi tehlikeli olan kişi iken müsaderenin düzenlenme sebebi suçun kazanç kapısı olarak görülmesini engellemektir. Cezanın amacı ıslahatır ve müsadere yaptırımı ekonomik bir yaptırım olduğundan ve ekonomik ıslahattan söz edilemeyeceğinden müsaderenin hukuki niteliği cezadır. Mustafa Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4nd edn, Adalet 2021) 1126; Katoğlu’na göre, maddi anlamda “ceza” mahiyetinde olan bir düzenlemenin, kanun koyucu tarafından “güvenlik tedbiri” başlığı altında düzenlenmesi o kurumun güvenlik tedbiri olduğu anlamına gelmez. Güvenlik tedbiri mahiyeti itibari ile failin toplum açısından oluşturduğu tehlikelilik durumunun giderilmesini amaçlar. Ancak TCK’nın 55. maddesinde düzenlenen kazanç müsaderesine ilişkin kanun gerekçesinde açıkça müsaderenin caydırıcılık özelliği olan bir yaptırım olduğu ifadesi, müsaderenin ceza yönünün ağır bastığını göstermektedir. Bkz. Tuğrul Katoğlu, *Ceza Normlarının Zaman Yönünden Uygulanması* (1nd edn, Seçkin 2008) 212; Mahmut Koca, ‘Türk Ceza Hukukunda Müsadere Yaptırımı’ (Lexpera Blog, 27.05.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/>> erişim tarihi 15 Ekim 2024; Ali Rıza Çınar, ‘Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı’ (2013) 19(2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan) 603, 653; Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu* (Vedat 2006) 176-177; Güneş Okuyucu Ergün, ‘Suçta Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşyanın Müsaderesi’ (2021) 153 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 169, 173.

⁸ Zeki Hafizoğulları, ‘Emniyet Tedbirleri’ (1991) 46(3) *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi* 45, 53; Koca, Üzülmüş (n 4) 662-663; Güngör/Toroslu’ya göre, müsaderenin hukuki niteliği konusunda her ne kadar doktrinde tartışmalar mevcut olsa da yeni TCK sistematigi açısından müsaderenin ceza niteliğinde olduğunu iddia etmek zor görünmektedir. Bkz. Devrim Güngör, Haluk Toroslu, ‘Müsadere Ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme’ (2016) 65(4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1967, 1969-1970; Tafran’a göre, müsaderenin hukuki niteliği ceza olsa idi kanun koyucu müsadereyi ceza yaptırım başlığı altında düzenlerdi. Ayrıca TCK 55. maddesine bakıldığında kazanç müsaderesinin amacının ödetime veya bastırma olmadığı suçun maddi yönden çekiciliğini ortadan kaldırmak olduğu görülmektedir. Bkz. Adem Tafran, ‘Türk Ceza Hukukunda Kazanç Müsaderesi’ (2016) 7(13) *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, 15; Özgenç, TCK’nın açık hükmüne rağmen doktrinde müsaderenin hukuki niteliğinin ceza olduğu yönünde tartışmaların bulunmasını eleştirmektedir. Bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17nd edn, Seçkin 2021) 951; Kayhan İçel, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7nd edn, Beta 2023) 751; Artuk, Gökçen (n 5) 975; Özen’e göre: müsadere özü, yapısı ve amacı itibari ile güvenlik tedbirlerinin özellikleri ile uyusmamaktadır. Güvenlik tedbirlerinin sebebi, tehlikeli olan kişi; amacı ise ıslahatır. Oysaki müsaderenin amacı kişinin tehlikeliliği değil suçun kazanç kapısı olarak görülmesinin engellenmesidir. Müsadere, ekonomik bir yaptırımdır. Ancak ıslahın ekonomik bir amacı bulunmamaktadır. Yazar eserinde müsaderenin hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olmadığını belirtmiş ancak niteliğinin ceza olduğuna ilişkin bir görüşe eserinde rastlanmamıştır. Bkz. Özen (n 7) 1126; Kemal Güler,



müsadere kurumunun uygulanması ile suç fikrini canlı tutan eşyanın failin elinden alınarak yeniden suç işlenmesinin önlenmesi amaçlandığından müsaderenin hukuki niteliği, güvenlik tedbiri niteliği ağır basan cezai tedbirdir⁹. Müsadereye hükmedilmesi için mahkûmiyet şartının aranmaması, TCK'nın 75/5. maddesinde düzenlendiği üzere önödeme kurumunun uygulanması nedeniyle kamu davasının açılmaması ya da açılmış olan kamu davasının düşmesine karar verilmesi gibi durumlarda da müsaderenin uygulanması müsaderenin hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğunu göstermektedir. Diğer yönden 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/3. maddesinde belirtilen nedenler ile sanık hakkında kusuru bulunmadığından ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gibi durumların, müsaderenin uygulanmasına engel teşkil etmemesi de müsaderenin hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğunu göstermektedir. Bu nedenlerle biz, müsaderenin hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğu kanaatindeyiz.

Çalışma konumuz olan eşya müsaderesi, TCK'nın 54. maddesinde, “(1) *İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı ayni hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Düzenlemeden anlaşılabileceği üzere, eşya müsaderesine hükmedilebilmesi için kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın bulunması¹⁰, eşya ile suç arasında irtibatın bulunması, eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması ve müsadere kararının orantılılık ve hakkaniyet ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir.

Çalışmamızda öncelikle eşya kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmış ve eşya müsaderesine hükmedilebilmesi için gereken şartlar, doktrin ve Yargıtay

⁹ ‘Türk Ceza Hukukunda Müsadere’ (2014) XVIII (3-4) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 849, 855-856.

⁹ Mehmet Gödekli, *Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri Ve Muhakeme Usulü* (Adalet 2020) 438; *Giyik*’e göre, eşya müsaderesinde, eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olması durumunda eşyanın müsadere edilememesi yine müsadereye konu eşyanın ortadan kaldırılması, tüketilmesi, elden çıkarılması veya herhangi bir neden ile müsaderesinin imkânsız olması durumunda bu eşyanın değeri kadar parasal tutarın müsadere edileceğine ilişkin düzenleme gibi müsaderenin ceza yaptırımına benzeyen yönleri olsa da müsaderenin amacı doktrinde belirtildiği gibi mülkiyetin devlete geçirilmesi değil suç fikrini canlı tutan eşyanın failin elinden alınarak yeniden suç işlenmesinin önlenmesi olduğundan müsadere “güvenlik tedbiri niteliği ağır basan bir cezai tedbir”dir. Bkz. Abdülbaki Giyik, ‘Eşya Müsaderesinin Olumsuz Koşulu: Eşyanın İyiniyetli Üçüncü Kişiye Ait Olmaması’ (2024) 30(1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi* 86, 93-94.

¹⁰ Karar verildiği anda suç ile bağlantısı olan eşyanın ortadan kaldırılmış olması halinde müsaderesine karar verilemeyecektir. Bkz. “*Bilirkişi raporlarında, suça konu barakanın tamamen yıkılıp, enkazının nakledilmiş olduğunun belirtilmesine göre infazı kabil olmayacak şekilde tesisin müsaderesine karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi...*” Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E 2007/13308 K 2008/4735, 28.04.2008.

kararları eşliğinde incelenmiştir. Yapılan inceleme neticesinde, uygulamada en çok hata yapılan konular tespit edilerek çözüm önerileri sunulmuştur.

I. EŞYA KAVRAMI

TCK'nın 54. maddesi gereğince müsadere kararı verilebilmesi için öncelikle bir eşyanın bulunması gerekmektedir¹¹. Eşya, üzerinde hâkimiyet kurmaya elverişli, insan dışı maddi varlığı olan, sınırlanabilen ve iktisadi değer taşıyan her şeydir¹². Bu durumda menkul ve gayrimenkul varlıklar ile canlı hayvanlar eşya kapsamında değerlendirilebilir¹³.

Doktrinde, nakledilmek için cesetten veya insandan alınmış uzuvlar ile cesedin eşya kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve müsadere karar verilir verilemeyeceği konusunda tartışmalar mevcuttur¹⁴. Bir görüşe göre eşya; üzerinde hâkimiyet kurulabilen, maddi varlığı ve ekonomik değeri olan nesnelerdir. Bu görüşü savunanlara göre canlı bir insanın vücudu müsadere edilemez ancak insan bedeninden ayrılmış olan saç, kan, diş gibi insan bedeninin parçaları vücuttan ayrıldıktan sonra eşya konumuna geçeceği için bu insan bedeninin parçaları müsadere konusunu oluşturabilir¹⁵. İnsan bedeni ile ayrılmaz bir şekilde bütünleşmiş olan takma diş, nakil yapılmış göz, böbrek gibi uzuvlar, protez kol, bacak gibi suni uzuvların müsadere; insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesini ihlal edeceği için, insan bedeni ile bütünleşmiş olan uzuvlar müsadere edilmez¹⁶. Diğer bir görüşe göre ise, bir nesnenin eşya kabul edilebilmesi için mutlaka insan dışı nesne olması gerektiğinden insandan ayrılmış olan beden uzuvları da müsadere edilemez¹⁷.

¹¹ Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16nd edn, Usa 2022) 504.

¹² Şeref Ertaş, Emre Cumalıoğlu, İlknur Serdar, *Eşya Hukuku*, (16nd edn, Barış 2021) 6; Ceza hukukunda eşya kavramı, özel hukuktaki anlamından daha kapsamlıdır. Doktrinde, bazı ceza hukukçuları eşyanın ekonomik değer taşıması gerekmediğini ifade etmektedir. Özen'e göre, eşyanın tanımında ekonomik değer taşıması unsuruna yer verilecek olursa ekonomik değer taşımayan taşınır malların hırsızlanması durumunda bu taşınır mal müsadere konusunu olmayacaktır. Bkz. Özen, (n 7) 1130; Yargıtay, "... Görüldüğü üzere, ekonomik değeri bulunmayan bir eşyanın imhasına karar verilebilmesi için; söz konusu eşyanın müsadereye tabi tutulamayacak nitelikte, dolayısıyla iadesine kararı verilebilecek eşya olması..." şeklinde verdiği karar ile ekonomik değeri bulunmayan eşyanın müsadere edilebileceğini belirtmiştir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun E 2016/16-1161 K 2019/126, 21.02.2019.

¹³ Joachim Kretschmer, 'Ceza Hukukunda Suçun Kanuni Unsuru Olarak Eşya' (Çev: Kazım Furkan Ağkuş, Can Eralp Elibol) (2021) 3(2) *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 157, 161; Yargıtay, suçun işlenmesinden elde edilen hayvanların eşya müsadere kapsamında müsadere edileceğine ilişkin kararlar vermektedir. Bkz. "Davaya konu kaçak hayvanların 5607 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesinin birinci fıkrası yollamastıyla 5237 sayılı Kanun'un 54 üncü maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca müsadere" Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E 2023/16408 K 2023/10544, 30.11.2023; Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E 2023/5645 K 2023/10434, 29.11.2023.

¹⁴ Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (3nd edn, Adalet 2016) 800.

¹⁵ Artuk, Gökçen (n 5) 927.

¹⁶ Artuk, Gökçen (n 5) 927.

¹⁷ Öztürk, Erdem (n 7) 595.



Alman hukukunda eşya, maddi varlığı olan maldır. Buna göre, yaşayan insan eşyanın konusunu oluşturmaz ancak ceset ve insan bedeninden ayrılmış olan saç, kıl, yumurta, sperm gibi herhangi bir insan uzvu eşya olarak kabul edilir¹⁸. Hatta *Kretschmer* 'e göre, doğal olarak döllenmiş embriyo insan bedeninde olduğundan eşya sayılmaz iken suni olarak döllenmiş embriyo eşya sayılmalıdır¹⁹. Vücuttan ayrılan parçalar eşya niteliğine dönüşmekle birlikte vücudundan ayrıldıkları kişinin mülkiyetine girmektedirler. Bu durumda eşya sayılan varlıklar ceza hukukunun konusunu oluşturmaktadır²⁰. Buna göre, insan bedeninden ayrılan bir kol veya iç organlar gibi herhangi bir uzuv müsadere konusunu oluşturur²¹.

Paranın eşya niteliğinin bulunup bulunmadığı hususuna da değinmek gerekmektedir. *Hafizoğulları/Özen* 'e göre, maddi varlığı bulunan cisimler eşya olarak tanımlandığından para da eşya olarak müsadere edilebilirdir²². Yargıtay, para ve piyasaya sürülmesi yasak olmayan altın gibi ziynet eşyalarının kazanç müsadere konusunu oluşturduğundan bahisle TCK'nın 55. maddesi kapsamında müsadere karar vermektedir²³. Yargıtay, piyasaya sürülmesi suç teşkil eden ayarı düşürülmüş milli servet altınlarını ise eşya olarak değerlendirmekte ve TCK'nın 54. maddesi kapsamında müsadere karar vermektedir²⁴.

Hak veya taleplerin müsadereye konu olup olamayacağı hususuna değinmek gerekirse doktrinde bu konuda görüş birliği bulunmakta olup, yazarlar eşyanın maddi varlığının olmasına üstünlük tanıyarak hak veya taleplerin müsadereye konu edilemeyeceğini belirtmektedir²⁵.

II. EŞYA MÜSADERESİNİN ŞARTLARI

A. Kasıtlı Bir Suçun İşlenmiş Olması

TCK'nın "eşya müsadere" başlıklı 54. maddesi, "...*kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere hükmolunur*" şeklinde düzenlenerek yalnızca kasıtlı

¹⁸ Kretschmer (n 13) s. 161.

¹⁹ Kretschmer (n 13) s. 162.

²⁰ Kretschmer (n 13) s. 163.

²¹ Kretschmer (n 13) s. 163.

²² Hafizoğulları, Özen (n 11) 504.

²³ "Sanıkların evlerinde yapılan aramada ele geçirilen ve emanetin 2008/7945 sırasında bulunan ve nitelikleri belirtilen altınlar; döviz cinsinden yabancı paralar ile Türk paralarının TCK'nın 55. maddesi yerine 54. maddesi gereğince müsadere karar verilmesi yasaya aykırıdır..." bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi E 2012/9917 K 2012/44079, 22.11.2012.

²⁴ Bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi E 2022/6260 K 2024/1985, 29.02.2024.

²⁵ Artuk, Gökcen (n 5) 927; Koca, Üzülmüş (n 4) 663-665; Öztürk, Erdem (n 7) 595; Doğan Gedik, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre Müsadere (2nd edn, Yetkin 2016) 63.

suçlarda eşya müsaderesine karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu durumda tasirle işlenen suçlarda eşya müsaderesine karar verilemez²⁶.

Müsaderenin güvenlik tedbiri olması nedeni ile “kasıtlı bir suçun işlenmesinde” ibaresinden kastedilen, kanuni tanıma uygun hukuka aykırı fiilin varlığıdır²⁷. Diğer bir ifade ile müsadereye hükmedilebilmesi için mahkûmiyet şartı gerekmemektedir²⁸. Nitekim failin akıl hastası olması veya yaşının küçük olması nedeni ile kusur yeteneğinin bulunmadığı durumlarda fail hakkında mahkûmiyet kararı verilmez. Ancak, müsadere güvenlik tedbiri olduğundan suç ile bağlantılı olan eşya müsadere edilir²⁹. Failin gerçekleştirdiği eylemin kabahat kapsamına alınması gibi, suç olmaktan çıkarıldığı durumlarda ise müsadereye hükmedilmez³⁰.

Müsadere kararı verilmesi için kasıtlı bir suçun icra hareketlerine başlanmış olması yeterlidir³¹. Suçun tamamlanmış olmasına gerek bulunmamaktadır³². Failin gerçekleştirdiği eylemin hazırlık aşamasında kalması durumunda ise suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olmadığı müddetçe müsadere edilemez³³.

B. Eşya İle Suç Arasında Bağlantının Olması

TCK’nın 54. maddesinde, “suçun işlenmesinde kullanılan eşya”, “suçun işlenmesine tahsis edilen eşya”, “suçtan meydana gelen eşya”, “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan tehlikeli eşya” ibareleri ile müsadere edilecek eşyanın mutlaka suç ile bağlantısının bulunması gerektiğine işaret edilmiştir.

Bir eşyanın müsadere edilmesi için failin mahkûmiyet alması gerekmemekle birlikte, mutlaka kasıtlı bir suçun işlenmiş olması gerekmektedir³⁴. Eşya ile suç arasındaki bağlantının ise suçun işlenmesinden önce, işlenmesi sırasında veya işlendikten sonra kurulması mümkündür³⁵. Bu durumda, suçla herhangi bir şekilde bağlantısı kurulamayan ve bulundurulması, kullanılması, taşınması ve ticareti suç oluşturmeyen eşyanın müsaderesine karar verilemez³⁶. Failin suç ile bağlantılı

²⁶ Özgenç (n 8) 951; Gökhan Taneri, *Müsadere* (1nd edn, Bilge 2013) 56.

²⁷ Centel, Zafer, Çakmut (n 3) 764-765; Ayşe Nuhoglu, *Mukayeseli Hukukta Ve Türk Ceza Hukukunda Özgürlüğü Bağlayıcı Emniyet Tedbirleri* (Adil 1997) 83.

²⁸ Demirbaş (n 2) 663; Akbulut (n 13) 802; Veli Özer Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku* (2nd edn, Seçkin 2021) 161.

²⁹ Centel, Zafer, Çakmut (n 3) 764-765.

³⁰ Koca, Üzülmüş (n 4) 663; Akbulut, (n 14) 802.

³¹ Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5nd edn, Beta 2015) 535.

³² Özbek, (n 27) 161; Akbulut, (n 14) 802.

³³ Akbulut, (n 14) 802.

³⁴ Özen (n 7) 1131.

³⁵ Özen (n 7) 1131.

³⁶ Mualla Buket Soygüt Arslan, “Türk Ceza Hukukunda Müsadere” (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014) 324.



olmayan malvarlığını da kapsayacak şekilde tüm malvarlığının müsadere edilmesi durumunda, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan “genel müsadere yasağı” ilkesi ihlal edilmiş olur³⁷.

Yargıtay, birçok kararında failin suçun işlenmesinde kullandığı, suçun işlenmesi için tahsis ettiği veya suçtan meydana getirdiği eşyanın tespitinin şüpheye mahal bırakmayacak şekilde belirlenmesi gerektiğini ve suç ile ilgisi saptanamayan eşyanın müsadere edilemeyeceğini vurgulamıştır³⁸. Ayrıca Yargıtay, müsaderenin eyleme bağlı olduğunu vurgulamaktadır. Buna göre, zamanaşımı durumu gibi eylemin sorgulanabilme imkânının kalmadığı durumlarda, eşyanın suçta kullanılıp kullanılmadığı belirsizliğini koruduğundan, müsadere kararı verilmez³⁹. Ancak doktrinde, dava zamanaşımına uğrasa bile tehlike hali devam ettiğinden müsadere kurumunun uygulanabileceği yönünde aksi görüş de mevcuttur⁴⁰.

Çalışmamızda, eşya ile suç arasındaki bağlantı “suçun işlenmesinde kullanılan eşya”, “suçun işlenmesine tahsis edilen eşya”, “suçtan meydana gelen eşya” ve “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan tehlikeli eşya” başlıkları altında incelenecektir.

1. Suçun İşlenmesinde Kullanılan Eşya

Kullanma kelimesi sözlükte, “bir şeyden belirli bir amaç için yararlanma” şeklinde tanımlanmaktadır⁴¹. Bu durumda, tanımdan anlaşılacağı üzere belirli amaç doğrultusunda hareket eden fail ile yararlanılan şey arasında sıkı bir irtibat bulunmaktadır.

³⁷ “...Fail, malvarlığının bir kısmını veya bir eşyasını suçta kullanmış, suçta özgülemiş veya suçtan elde etmişse, sadece söz konusu eşya veya malvarlığı değeri değil, bütün malvarlığı müsadere ediliyorsa genel müsadereden söz edilebilir. Başka bir deyişle genel müsadereyi, suç işleyen kimsenin suçla ilgili olmayan malvarlığını da kapsayacak biçimde tüm malvarlığının müsaderesi olarak tanımlamak gerekir” bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi E 2022/18087 K 2023/2215, 14.04.2023.

³⁸ “...hangi silahın suçta kullanıldığının belli olmadığı, öncelikle hangi silahı kullandığının tespit edilmesi ve silahlar ruhsatlı ise suçta kullanılmayan silahın bulundurma ruhsat süresinin geçip geçmediği gözetilerek, süresinin geçmediğinin anlaşılması halinde sanığa iadesine, süresinin geçtiğinin tespiti halinde ise gerekli işlemlerin yapılması için idareye teslimine, suçta kullanılan silahın ise müsaderesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden...” Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 2022/10835 Esas ve 2022/24582 Karar sayılı Kararı; “Adli emanete alınan eşyalardan suçta kullanılanların TCK'nın 54/1. madde ve fıkrası gereğince müsaderesine, suçun icra hareketlerinde doğrudan kullanıldığına dair dosyada herhangi bir delil bulunmayan, bizzat üretti, bulundurulması, kullanılması, taşınması ya da alım ve satımı suç teşkil etmeyen eşyaların sahibi sanıklara iadesine, delil değeri olanların ise dosyada delil olarak saklanması karar verilmesi gerekirken...” bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi E 2017/3839 K 2018/805, 24.01.2018.

³⁹ “...kamu davasının düşme sebeplerinden olan zamanaşımının dolması halinde kasıtlı suçun işlenmesinde kullanılma şartı henüz gerçekleşmediği ve belirsizliğini koruduğundan, kural olarak suçta kullanıldığı iddia edilen eşyanın da müsaderesine karar verilemeyeceği...” bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi E 2022/10964 K 2022/19786, 29.12.2022.

⁴⁰ Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yorumu (Yayın 2008) 578.

⁴¹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri. <https://www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi: 12.05.2024.

Suçun işlenmesinde kullanılan eşya kapsamında müsadere kararı verilmesi için öncelikle suçun işlendiğinin sabit olması gerekmektedir⁴². Suçun işlendiğinin sabit olması halinde, failin suçun işlenmesinde kullandığı eşya nedeni ile müsadere gündeme gelir⁴³. Suçun işlenmesi sırasında kullanılmayan eşya bulundurulması, taşınması veya ticareti münhasıran suç oluşturmadığı takdirde müsadere edilemez⁴⁴. Müsadereye karar verilirken eşyanın suçun işlenmesinde kullanıldığının her türlü şüpheden uzak bir şekilde saptanması gerekmektedir⁴⁵. Rastlantısal olarak failin üzerinden çıkan ve suçun işlenmesi sırasında kullanılıp kullanılmadığı belirlenemeyen eşyanın müsaderesine karar verilemez⁴⁶.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın suçun icra hareketlerinin gerçekleştirilmesine katkı sağlaması ve fiilen kullanılması gerektiğini, *"suçun işlenmesini kolaylaştıran bir harici vasıta"dır ki bu vasıtanın cürümden vasut olan gaye ile münasebeti, mücerret suçun işlenmesinden beklenen neticenin elde edilmesine yardım etmiş olmaktan ibarettir. Bu sebeple mal üzerinde işlenen suçlarda bir binaya girmeye hizmet eden merdiven, sandık kıran veya çivi söken alet, kilit açan maymuncuk veya anahtar, kaçak maddeyi tartan ölçü, memnu maddelerin imal veya istihsalinde kullanılan alet ve edevat gibi şeyler suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan şeylerdir. Fakat suça mevzu olan yani üzerinde suç işlenen şey değildir. Üzerinde suç işlenen şey ise zatı cürmü meydana getiren amildir ki Ceza Kanunu bakımından bunlar mesela kaçak mal gibi esasen memnu olan veya kemiyet ve keyfiyetinde hile yapılmak sureti ile memnuiyet iktisap etmiş bulunan mahiyette olmadıkça müsadereye tabi değildirler"* şeklinde vurgulamıştır⁴⁷. Bu durumda, suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıran ve suçtan elde

⁴² Koca, üzülmez (n 4) 666; *"...Ancak, eşyanın suçta kullanıldığının kabul edilebilmesi için, öncelikle suçun işlendiğinin sabit olmasında zorunluluk bulunduğundan, eşyanın müsaderesi veya iadesi hususu suçla ilgili hükmün sonucuna bağlı olabilir"* bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E 2021/7-287 K 2022/808, 15.12.2022.

⁴³ Özgenç (n 8) 951; Özbek (n 27) 162; *"...Suçun işlenmesinde kullanılmayan 80 FL 427 plakalı motosikletin sahibine iadesi yerine, TCK'nın 54. maddesi gereğince müsaderesine karar verilmesi..."* Yargıtay 10. Ceza Dairesi E 2007/20136 K 2008/4181, 11.03.2008; *"...bir adet çakı bıçağı, bir adet falçata ve iki adet kazma sapının hırsızlık suçunda kullanılmadığının...anlaşılması karşısında müsadere edilemeyeceğinin düşünülmemesi"* Yargıtay 13. Ceza Dairesi E 2011/26304 K 2013/346, 15.01.2013.

⁴⁴ Artuk, Gökçen (n 5) 927; Taneri (n 25) 72; *"5237 sayılı Kanun'un 54 üncü maddesi gereğince, suçun işlenmesi sırasında bizzat kullanılmaması nedeniyle tırın müsaderesine karar verilmemesinde hukuka aykırılık bulunmamıştır"* Yargıtay 12. Ceza Dairesi E 2021/6685 K 2023/349, 09.02.2023.

⁴⁵ *"...suçun işlenmesinde kullanıldığına dair dosya kapsamında herhangi bir şerhin mevcut olmaması karşısında nakil aracının iadesi yerine müsaderesine..."* bkz. Yargıtay 7. Ceza Dairesi E 2023/3049 K 2023/6765, 22.06.2023.

⁴⁶ Arslan (n 36) 325; *"Yakalandığında sanığın üzerinde ele geçen ve emanete alınan bıçak, yağma suçunun işlenmesinde kullanılmadığı halde zorunluluğuna karar verilmesi..."* bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi E 2006/20895 K 2007/5774, 10.05.2007.

⁴⁷ Aslan (n 36) 49; bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı E 1943 K 1944/1, 05/01/1944.



edilmesi beklenen sonucun ortaya çıkmasına yardımcı olan dışsal araçlar olduğu kabul edilmelidir⁴⁸. Eşyanın, suçun işlenmesi için zorunlu olması gerekmez. Faile, suçu işlemekte yardımcı olması ve suçun işlenmesini kolaylaştırılması yeterlidir.⁴⁹ Örneğin, hırsızlık amacı ile üçüncü katta bulunan konuta girmek için failin merdiven kullanması zorunludur. Zemin katta bulunan bir konuta girmek için ise failin merdiven kullanması zorunlu değildir; ancak suçun işlenmesinde faile yardımcı olduğu için müsadere edilir⁵⁰. Yargıtay bir kararında, Ceza İnfaz Kurumuna vidanın şampuan kutusu içerisinde saklanarak sokulması şeklinde gelişen olayda İnfaz Kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak suçunun işlenmesine yardımcı olması ve kolaylaştırılmasından ötürü şampuanın suçta kullanılan eşya olduğundan bahisle müsaderesine karar vermiştir⁵¹. Diğer bir kararında ise, sanığın suçu işlemek amacı ile suç mahalline giderken kullandığı aracın, suçun işlenmesinde doğrudan kullanılmadığı gerekçesi ile suçta kullanılan eşya olarak değerlendirilemeyeceğinden müsaderesine karar verilemeyeceğini belirtmiştir⁵².

Doktrinde, suçta kullanılan eşyanın müsaderesi için eşyanın suçun işlenmesinde kullanıldığının mümkün olmasının, müsadere kararı vermek için yeterli olmadığı; eşyanın suçun işlenmesinde kullanıldığının sabit olmasının gerektiği ileri sürülmüştür⁵³. Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarla, eşyanın suçta kullanıldığının sabit olmaması halinde müsadere kararı verilemeyeceğini belirtmektedir⁵⁴.

⁴⁸ Dönmezer, Erman (n 1) 177; Öykü Didem Aydın, 'Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası'nda Müsadere', (1993) 43(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 143, 191; bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi E 2022/10964 K 2022/19786, 28.11.2022.

⁴⁹ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler III (Beta 1989) 95; Faruk Erem, *Türk Ceza Hukuku Cilt I* (Ankara Hukuk Fakültesi 1960) 386-387.

⁵⁰ Örnek için bkz. Arslan (n 36) 330-331.

⁵¹ "Sanığın nakil nedeniyle Adıyaman E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna alınırken yanında getirdiği eşyanın X-ray cihazından geçişi sırasında şampuan kutusunun içerisinde ucu sivriltilmiş bir adet vidaya rastlanılması üzerine, infaz kurumunda veya tutukevine sokulması veya bu yerlerde bulundurulması yasak nitelikteki vidaya ve bu eşyanın konulduğu şampuan kutusuna el konulduğu olayda; suça konu vidanın sanığa atılı infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma suçunun işlenmesinde kullanılan eşya niteliğinde olması, şampuan kutusunun da somut olayda suça konu vidayı gizlemek, böylece suçun icra hareketleri olan yasak eşyayı gerek "infaz kurumunda veya tutukevinde bulundurma", gerekse bu yerlere "sokma" fiillerinin işlenmesini kolaylaştıran, dolayısıyla suçtan beklenen sonucu elde etmeye yardımcı olan eşya niteliğinde olması birlikte değerlendirildiğinde; hem suça konu vidanın, hem de bu vidanın konulduğu şampuan kutusunun TCK'nın 54. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi gerekmektedir" bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E 2016/116161 K 2019/126, 21.02.2019.

⁵² "...söz konusu aracın doğrudan suçun işlenmesinde kullanılmadığı, sadece sanıkları bir yerden bir yere götüren vasıta konumunda bulunduğu..." bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi E 2023/22199 K 2024/6614, 09.05.2024.

⁵³ Demirbaş, (n 2) 664.

⁵⁴ Bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi E 2022/10964 K 2022/19786, 28.11.2022.

Suçta kullanılan eşyanın bütünleyici parçaları da asıl eşya ile birlikte müsadere edilir⁵⁵. Örneğin, bir otomobilin müsadere karar verilmesi durumunda zorunlu olarak motoru da müsadere edilir⁵⁶. Nitekim Yargıtay bir kararında, suçta kullanılan silahın müsadere karar verilirken silahın bütünleyici parçasını oluşturan şarjörün müsadere yerine iadesine karar verilmesini kanuna aykırı bulmuştur⁵⁷. Eşyanın eklentisi söz konusu olduğunda ise doktrinde, eklentinin suçun işlenmesinde bir fonksiyonunun bulunması halinde müsadere edilmesi gerektiği; aksi takdirde müsadereye konu olmayacağı belirtilmiştir. Örneğin, suçun silahla işlenmesi durumunda silah kılıfının suçun işlenmesine bir katkısı bulunmadığından müsadere edilemeyeceği ileri sürülmüştür⁵⁸.

Suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın eklenti parçasının bulunması ve eklenti parçasının suçun işlenmesinde kullanılmaması halinde müsadere kararı verilir verilmeyeceği hususu Yargıtay kararlarına konu olmuştur. İlk derece mahkemesi, tıra ait çekicide bulunan zula içerisinde uyuşturucu madde taşınan olayda, çekici ile birlikte dorsenin de müsadere karar vermiştir. Verilen karar, yalnızca çekicinin müsadere karar verilmesi gerektiğinden bahisle temyiz başvurusuna konu olmuştur. Yargıtay, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca çekici ve dorsenin ayrı ayrı plakalar aldığı ve dorsenin çekici olmaksızın tek başına hareket kabiliyeti olmadığından, çekici ile birlikte dorsenin müsadere edilmesini kanuna uygun bulmuştur⁵⁹.

Suçun işlenmesinde kullanılan eşya bakımından müsadere kararı verilebilmesi için suçun icrasına başlanmış olması ve eşyanın suçun icrasında kullanılmış olması gerekir⁶⁰. Suçun icrasında hiç kullanılmamış olan eşya bakımından, “suçun işlenmesinde kullanılan eşya” kapsamında müsadere kararı verilemez⁶¹. Örneğin, failin tartışma sırasında mağduru darp etmesi ve cebinde bulundurduğu taşıma ruhsatlı silahla, mağdura ateş etmesi ancak isabet ettirememesi durumunda silahın suçta kullanıldığından bahisle müsadere karar verilir. Ancak, failin

⁵⁵ Abdullah Batuhan Baytaz, “Türk Ceza Hukukunda Müsadere (TCK m. 54-55)” (Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009) 70; Taneri (n 25) 72; Mustafa Tünay, “Müsadere Ve Müsadere Muhakemesi” (Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014) 38.

⁵⁶ Taneri (n 25) 72; Tünay (n 55) 38.

⁵⁷ Bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi E 2015/6584 K 2015/18231, 03.06.2015.

⁵⁸ Baytaz (n 55) 70

⁵⁹ Bkz. Yargıtay 10. Ceza Dairesi E 2021/6213 K 2023/5845, 21.06.2023; Yargıtay 7. Ceza Dairesi E 2023/12692 K 2023/10023, 08.11.2023.

⁶⁰ Artuk, Gökçen (n 5) 927; “...Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise, suçun icra hareketlerine henüz başlanmamış ise, sadece bu nedenle müsadere edilemeyecek, ancak niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda eşyanın müsadere kararına hükmedilecektir” bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E 2016/11-1161 K 2019/126, 21.02.2019.

⁶¹ Demirbaş (n 2) 663; Koca, Üzülmüş (n 4) 666-667.

cebindeki silahı hiç çıkarmadan mağduru darp etmesi olayında taşıma ruhsatlı silahın, suçta kullanıldığından bahisle müsaderesine karar verilemez.

2. Suçun İşlenmesine Tahsis Edilen Eşya

5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'dan farklı olarak “suçun işlenmesine tahsis edilen eşya” müsadere kapsamına alınmıştır⁶². Ancak TCK'nın 54. maddesinde ve gerekçesinde, suçta tahsis edilen eşyadan ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmamıştır.

“Tahsis” kelimesi sözlükte “bir şeyi bir kimseye veya bir yere ayırma”; “tahsis etmek” ise “ayırarak, özgülemek” anlamlarına gelmektedir⁶³. Suçun işlenmesinde kullanılan eşya genellikle kısa süreli ve geçici bir amaçla kullanılırken; suçta tahsis edilen eşyada, kelime anlamından eşyanın kullanılmasında bir süreklilik ve devamlılık olduğu anlaşılmaktadır⁶⁴. Örneğin, suç işlemek amacı ile kurulmuş bir örgütün işlerinde kullandığı eşya, suçun işlenmesine tahsis edilen eşya niteliğindedir⁶⁵.

Doktrinde, suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın kapsamı kanun ve gerekçesinde belirli olmadığından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşleri açıklayacak olursak:

Hafizoğulları/Özen'e göre, 5237 sayılı TCK'nın 54. maddesinde belirtilen “suçun işlenmesine tahsis edilen eşya” ibaresi, 765 sayılı TCK'da belirtilen “...cürümde...kullanılmak üzere hazırlanan eşya” ibaresinden farklı bir şey olmayıp suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın kapsamı, niteliği ve sınırları gerek doktrinde gerek ise uygulamada belirlidir⁶⁶.

Özgenç'e göre, “tahsis etme” ibaresinde devamlılık özelliği bulunduğundan dolayı suçun işlenmesine tahsis edilen eşya, suçun işlenmesi için devamlı hazır halde bulundurulmuş, suçta özgülenen eşyadır. Suçun işlenmesi için devamlı nitelikte özgülenmemiş eşya, suç işlemek için tahsis edilmiş eşya kapsamında değerlendirilmemelidir. Ayrıca eşyanın, suçta özgülenmiş olması yeterli olup illa suçun işlenmesinde kullanılmış olması gerekmez⁶⁷.

Centel/Zafer/Çakmut'a göre, tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalmış suçta, suçun işlenmesinde kullanılan eşya dışında kalan ancak suçun işlenmesine katkısı olan veya işlenmesini kolaylaştıran eşya, suçun işlenmesine tahsis edilen eşya kapsamında değerlendirilerek müsadere edilmelidir. Ancak bu şekil-

⁶² Taneri (n 25) 73.

⁶³ Türk Dil Kurumu Sözlükleri. <https://www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi: 18.05.2024.

⁶⁴ Özbek (n 27) 162; Tüney (n 55) 42.

⁶⁵ Özgenç (n 8) 667; Erdal Yerdelen, *Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya geçirilmesi* (Adalet 2010) 50.

⁶⁶ Hafizoğulları, Özen (n 11) 505.

⁶⁷ Özgenç (n 8) 952; Aynı görüş için bkz. Günler (n 8) 863; Özgenç'ten farklı düşünen Özen'e göre, suç için tahsis edilen eşyanın müsadere edilebilmesi için mutlaka suçun işlenmesinde kullanılması gerekmektedir. Ayrıca bkz. Özen, (n 7) 1130.

de müsadere kararı verilmesi için en azından suçun icra hareketlerine başlanmış olması şarttır⁶⁸.

Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirilmesi sırasında kullanılan eşya, suçun işlenmesi sırasında kullanılan eşya kapsamında müsadere edilir. Suçun kanuni tanımındaki unsurları oluşturan hareketin gerçekleştirilmesinden önce veya sonra kullanılan eşya ise suçun işlenmesine tahsis edilen eşya kapsamında müsadere edilir⁶⁹.

Bakıcı'ya göre, suçun işlenmesine tahsis edilen eşya, suçun işlenmesinden önce veya sonra kullanılan eşya olup bu eşyanın suç işlenmesine özgülenmesi gerekmemektedir. Örneğin, bir kimsenin kasten öldürme suçunu işledikten sonra kaçmak amacı ile bulundurduğu araç, suçun işlenmesine tahsis edilen eşya kapsamında müsadere edilmelidir⁷⁰.

Yargıtay kararları incelendiğinde, bir kararda “suçun işlenmesine tahsis edilen eşya, suçun işlenmesi için sürekli bulundurulanan suçun işlenmesi ve suç işlenmesinde kullanılmasına özgülenen eşyadır” şeklinde tanımlanırken;⁷¹ bir diğer kararda, “...suçun işlenmesine tahsis edilmesi ile kast edilen, şirketin tümüyle suç olarak tanımlanan hareketin gerçekleştirilmesine, katkı sağlanmasına, kolaylaştırılmasına, kullanılmasına, işletilmesine, yönetilmesine ayrılması, özgülenmesidir” şeklinde tanımlanmıştır⁷². Yargıtay örgütlü olarak işlenen suçlarda, örgüte ait malvarlığının “suçun işlenmesine tahsis edilen eşya” kapsamında müsadere edilmesi gerektiğini “Bunun karşısında terörizmin finansmanı suçunun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlendiği durumlarda, örgütün mensuplarından topladığı bağışlar neticesinde oluşturduğu fonun veya başka yöntemlerle elde ettiği haksız kazançların vakıf, dernek, şirket vb. yasal görünümüne kurumlardan kullanılarak kayıt dışı paralar kayıt altına alınıp aklandıktan sonra yeniden örgütün finansmanında ve faaliyetlerinde kullanıldığı halde ise artık bu faaliyete tahsis edilen tüzel kişi hakkında suçta tahsis edilen eşya hakkındaki müsadere

⁶⁸ Örneğin, suç işlemek için olay yerine gidilen aracın bu kapsamda müsadere edilmesi mümkündür. Örnek ve açıklama için bkz. Centel, Zafer, Yenerer, Çakmut (n 3) 740-741.

⁶⁹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız, İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14nd edn, Seçkin 2023) 377-378.

⁷⁰ Sedat Bakıcı, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri (Adalet 2007) 1059.

⁷¹ Yargıtay 6. Ceza Dairesi E 2012/15478 K 2013/25780, 24.12.2013; “Suça tahsis edilen eşya hazır edilmekle birlikte icra hareketleri esnasında kısmen ya da tamamen kullanılmayan; fakat suçun işlenmesini kolaylaştıran eşyadır Suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın müsadere edilebilmesi için eşyanın suç işlenmesi için sürekli hazır bulundurulmuş olması, tahsisin devamlılık özelliğine sahip olması gerekmektedir. Suçun işlenmesinde kullanılan eşya ile suçun işlenmesine tahsis edilen eşya kavramları birbirine yakındır. Suçta kullanılan eşya hareketi gerçekleştirmek için kullanılan eşya iken suçta tahsis edilen eşya hareketin yapılmasından önce veya sonra kullanılabilir” bkz. Yargıtay 18. Ceza Dairesi E 2016/13460 K 2018/14543, 07.11.2018.

⁷² Bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi E 2021/2528 K 2023/182, 23.01.2023.



hükümlerine göre müsadere yapılmalıdır” şeklinde açıklamıştır⁷³. Bu durumda Yargıtay’ın, “suçun işlenmesine tahsis edilen” ibaresi ile eşyanın hem suçun işlenmesine özgülenmesi yani “devamlılık” hem de suçun işlenmesini kolaylaştırması, suçun işlenmesine katkı sağlaması ölçütlerini benimsediği söylenebilir.

3. Suçtan Meydana Gelen Eşya

“*Suçun işlenmesi ile elde edilen eşya*”, “*dosyada delil olarak saklanması gereken eşya*” ve “*suçtan meydana gelen eşya*” kavramları birbirleri ile benzerlik göstermekle birlikte birbirinden farklı kavramlardır⁷⁴. Suçun işlenmesi ile elde edilen eşya, suç tipindeki kanuni unsurların gerçekleştirilmesi sonucu oluşan, suçun işlenmesinden önce mevcut olmayan diğer bir ifade ile suçun doğurduğu eşyadır⁷⁵. Örneğin, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin üretiminde kullanılan ve bu nedenle tarımı yasak olan bitkilerin yetiştirilmesi durumunda bu ürünler suçtan meydana geldiği için müsadere edilir⁷⁶. Yine aynı şekilde sahte olarak üretilen pasaport, nişasta karıştırılmış kaşar peyniri⁷⁷, çocuk pornografisi içeren ürünler suçtan meydana gelen eşyalardır⁷⁸.

Suçtan meydana gelen eşyanın kapsamının ne olması gerektiğine ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Özgenç’e göre, suçtan meydana gelen eşya aynı zamanda suçun konusunu oluşturmakta ise hem eşya hem de kazanç müsaderesine ilişkin hükümler gereğince müsaderesine karar verilebilir⁷⁹. Görüldüğü üzere Özgenç, suçtan meydana gelen eşyanın kapsamını genişleterek yorumlamıştır. Önder’e göre ise eşyanın suçtan meydana geldiğinin kabul edilmesi için eşya, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirilmesi sonucu oluşmalıdır⁸⁰.

Birbirine yakın benzerlikleri ve sıklıkla karıştırılmaları nedeni ile kazanç müsaderesine konu olan eşya ve suçtan meydana gelen eşya arasındaki ayrıma değinmek gerekmektedir. Suçtan meydana gelen eşya TCK’nın 54. maddesi gereğince müsadere edilirken suçtan elde edilen eşya ise TCK’nın 55. maddesi gereğince müsadere edilir. TCK’nın 55/1. maddesinde eşya terimi kullanılmadan maddi kazanç veya menfaat kavramına yer verilmiştir. TCK’nın 55/2. maddesinde ise “*Müsadere konusu eşya...*” ibaresi ile eşya terimi kullanılmıştır.

⁷³ Bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi E 2022/18087 K 2023/2215, 14.04.2023.

⁷⁴ Yerdelen (n 65) 51.

⁷⁵ Koca, Üzülmöz (n 4) 667; Demirbaş (n 2) 664; Yerdelen (n 65) 51

⁷⁶ Özgenç (n 8) 954.

⁷⁷ Demirbaş (n 2) 664.

⁷⁸ Koca, Üzülmöz (n 4) 667.

⁷⁹ Özgenç (n 8) 954; aksi yönde düşünen Hafizoğulları/Özen’e göre, kanun koyucu “*suçtan meydana gelen eşya*” ibaresine ayrıca yer verdiğine göre suçun konusunu oluşturan eşya suçtan meydana gelen eşya veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşya vasfı ile müsadere edilemez. Bkz. Hafizoğulları, Özen (n 11) 504.

⁸⁰ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Dersleri* (Filiz 1992) 592.

Bundan dolayı kazanç müsaderesine konu olan eşya ve suçtan meydana gelen eşya birbiri ile karıştırılmaktadır⁸¹. Doktrindeki bir görüşe göre, “suçtan meydana gelen eşya” ve “suçun işlenmesi dolayısı ile elde edilen kazanç” aynı anlama gelmektedir⁸². Diğer bir görüşe göre, “kazanç” ve “eşya” terimleri farklı anlama gelmekle birlikte kanunun amacı gözetilerek yorum yapılmalı ve TCK’nın 55/2. maddesinde, “*müsadere konusu eşya*...” ibaresinde yer alan “eşya” terimi “şey” veya “nesne” olarak anlaşılmalıdır⁸³. Bizim de katıldığımız görüşe göre “*suçtan meydana gelen eşya*” ibaresi ile suçun tipiklik unsurunun gerçekleştirilmesi ile oluşan eşya kastedilirken “*müsadere konusu eşya*” ibaresiyle ise eşyanın suçun işlenmesinden önce de var olduğu ancak zilyetliğinin failde olmadığı, zilyetliğin faile suçun işlenmesi ile geçtiği durum yani müsadere edilen eşyanın suç konusu olduğu durum kastedilmektedir⁸⁴. Eşya suçun konusunu oluşturduğunda, TCK’nın 55/1. maddesine göre müsadere edilir. Bu duruma örnek olarak hırsızlık suçunun işlenmesi sonucu elde edilen bilgisayar, telefon vs. veya rüşvet suçunun işlenmesi sonucu elde edilen para verilebilir.

TCK ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) dosyada delil olarak saklanması gereken eşyaya ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden suçtan meydana gelen eşya ile dosyada delil olarak saklanması gereken eşyanın uygulamada sıklıkla karıştırıldığı görülmektedir. Suç Eşyası Yönetmeliği’nin 18/1-d. bendi, “*Emanete alınmakla birlikte mahiyetleri itibarıyla müsadereye konu edilemeyen eşya, yargılama sonunda verilen bu yöndeki karar doğrultusunda, ilgili dosyasında delil olarak muhafaza edilmek üzere mahkemesine gönderilir...*” şeklinde düzenlenmiştir⁸⁵. Buna göre, eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturmayan eşyalar dosyada delil olarak saklanır.

Uygulamada dosyada delil olarak saklanması gereken eşyanın müsaderesine veya müsaderesine karar verilmesi gereken suçtan meydana gelen eşyanın dosyada delil olarak saklanmasına ya da aynı eşyanın hem müsadere hem de dosyada delil olarak saklanmasına karar verildiği sıklıkla görülmektedir⁸⁶. Ancak özellikle suçtan meydana gelen sahte kredi kartı⁸⁷, sahte olarak oluşturulmuş resmi veya özel belge⁸⁸, sahte nüfus cüzdanı⁸⁹, sahte sürücü belgesi⁹⁰, sahte piyango bileti

⁸¹ Arslan (n 36) 347.

⁸² Şen (n 7) 180.

⁸³ Hafizoğulları, Özen (n 11) 509.

⁸⁴ Centel, Zafer, Çakmut (n 3) 767; Önder (n 49) 96.

⁸⁵ Yönetmelik için bkz. Resmi Gazete Tarih: 23/03/2016 Sayı: 29662.

⁸⁶ Bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi E 2013/3381 K 2014/9805, 16.04.2014.

⁸⁷ Bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi E 2009/17010 K 2012/2733, 05.03.2012.

⁸⁸ Bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi E 2021/2945 K 2024/2423, 28.02.2024; Yargıtay 11. Ceza Dairesi E 2021/12424 K 2024/1797, 19.02.2024.

⁸⁹ Bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi E 2014/1907 K 2016/925, 10.02.2016.

⁹⁰ Bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi E 2009/18132 K 2012/32, 09.01.2012.



veya bahis kuponu⁹¹, sahte plaka⁹², sahte çek⁹³ gibi eşyaların “suçtan meydana gelen eşya” niteliği ile müsaderesine karar verilmesi gerekirken Yargıtay, bu eşyaların dosya da “*delil olarak saklanması*” şeklinde içtihat oluşturmuştur. Yargıtay, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında işlenen suçlarda ise üretilen DVD, CD gibi ürünlerin müsaderesine karar vermektedir⁹⁴.

Yargıtay, sahte olarak oluşturulmuş para konusunda, suçun oluşup oluşmaması durumuna göre müsadere kararı vermektedir. Sahte olarak oluşturulan paranın iğfal kabiliyetinin bulunması halinde sahte paranın müsaderesine⁹⁵ karar verirken; iğfal kabiliyeti bulunmayan sahte olarak oluşturulan para ise suç oluşmadığından dolayı paranın dosyada delil olarak saklanması gerektiği yönünde karar vermektedir⁹⁶.

Doktrinde, Yargıtay’ın suçun hem konusu hem de delili olan eşyalar konusunda kimi zaman müsadere kimi zaman ise dosyada delil olarak saklanması kararını vermesi eleştirilmektedir. Zira Yargıtay’ın bu eğilimi, her olaya uygulanabilecek somut kıstaslar getirilmemesine ve çelişkili kararların ortaya çıkmasına neden olmaktadır⁹⁷. Örneğin Yargıtay; sahte sürücü belgesi, sahte nüfus cüzdanı, sahte plaka, sahte çek, sahte piyango bileti gibi suçtan meydana gelen eşyanın dosyada delil olarak saklanmasına karar verirken; sahte olarak üretilen ve iğfal kabiliyeti bulunan paranın ise müsaderesine karar vermektedir. Oysaki belirttiğimiz eşyaların hepsi suçtan meydana gelmektedir⁹⁸. *Hakeri ve Aldemir*’e göre, delil niteliği bulunan eşyanın müsaderesine karar verilmemesi gerekmektedir⁹⁹. *Malkoç*, aynı yönde düşünerek ileride yeni bir delil ortaya çıkması ve olağanüstü kanun yollarına başvurulması halinde delil niteliği taşıyan eşyanın tekrar değerlendirilmesi gerekeceğinden bu eşyanın dosyada delil olarak saklanması gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁰.

Kanaatimizce, suçun konusu olan eşya aynı zamanda dosyada delil olarak saklanması gereken eşya ise dosyada kanun yolu mercileri tarafından hukuki denetim yapılacağından ve suçun konusunun dosyada bulunmaması halinde yar-

⁹¹ Bkz. Yargıtay 19. Ceza Dairesi E 2019/6 K 2019/4529, 16.02.2019.

⁹² Bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi E 2022/2552 K 2022/19126, 16.11.2022; Yargıtay 11. Ceza Dairesi E 2012/29575 K 2014/17079, 21.10.2024.

⁹³ Bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi E 2012/3132 K 2013/10324, 18.06.2013.

⁹⁴ Bkz. Yargıtay 7. Ceza Dairesi E 2011/8255 K 2013/8158, 01.04.2013.

⁹⁵ Bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi E 2012/272 K 2013/11125, 09.04.2013.

⁹⁶ Bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi E 2021/12538 K 2024/1681, 22.02.2024.

⁹⁷ Ersoy, Can (n 6) 291-292.

⁹⁸ Ersoy, Can (n 6); Tünay (n 55) 45.

⁹⁹ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (29nd edn, Adalet 2020) 628-629; Hüsnü Aldemir, *Türk İnfaz Hukuku Ve İnfaz Yargılaması*, (Bilge 2012) 47.

¹⁰⁰ İsmail Malkoç, *Yeni Türk Ceza Kanunu Madde 1-178* (3rd edn, Malkoç 2008) 443.

gısal denetim yapılması zorlaşacağından suçun konusu olan eşyanın delil niteliğine üstünlük tanınmalı ve dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmelidir.

4. Suçun İşlenmesinde Kullanılmak Üzere Hazırlanan Tehlikeli Eşya

5237 sayılı TCK’nın 54/1. maddesinde suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın ancak kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak için tehlikeli olması durumunda müsadere edileceği belirtilmiştir¹⁰¹. Kanun maddesinin gerekçesinde ise “*Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise, suçun icra hareketlerine henüz başlanmamış ise, sadece bu nedenle müsadere edilemeyecektir. Ancak bu eşyanın niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsaderesine hükmedilecektir*” şeklinde suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya deyimi ile suçun icra hareketlerine başlanmamış olması durumunun kastedildiği belirtilmiştir.

Kanun metni ve gerekçesinde “tehlike” ibaresinden “davranışın tehlikeliliği” mi “zarar tehlikesinin” mi kastedildiği açık olarak belirtilmemekle birlikte, doktrinde bu ibarenin “zarar tehlikesi” olarak anlaşılması gerektiği; aksi takdirde salt kişilerin tasavvuru ile hareket edilerek demokratik olmayan sonuçların ortaya çıkabileceği belirtilmiştir¹⁰². Kanaatimizce, “suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya” niteliği ile bir eşyanın müsaderesine karar verilmesi için suçun icra hareketlerine başlanmamış olması gerektiğinden kanun metninde davranışın tehlikeli olması durumu değil zarar tehlikesi aranmaktadır.

Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadereesine karar verilmesi için eşyanın tehlikeli olmasının yanı sıra suçun icra hareketlerine başlanmamış olması ve eşyanın, işlenmesi düşünülen suç için hazırlandığına yönelik bir kanaat oluşturması gerekmektedir¹⁰³. Yargıtay, 05.01.1944 tarihli ve 33-1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyadan, suçun işlenmesini kolaylaştırabilecek ve suçun işlenmesi ile hedeflenen sonucu meydana getirebilecek nitelikte olan eşyanın kastedildiğini vurgulamıştır¹⁰⁴. Bu duruma, bir kimseyi öldürmek için hazır bulundurulmuş zehirli maddenin müsadereesi ya da çocukların görebilmesi amacı ile hazırlanmış olan müstehcen ürünler örnek olarak verilebilir¹⁰⁵. Doktrinde ise, suçun işlenmesi için hazırlanan eşyanın istenen sonucu meydana getirmek için yetersiz olması veya suçun işlenmesi sırasında herhangi bir neden ile kullanılamamış olması durumunda da müsadere

¹⁰¹ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun E 2016/16-1161 K 2019/126, 21.02.2019.

¹⁰² Hafizoğulları, Özen (n 11) 505-506.

¹⁰³ Özgenç (n 8) 953; Gödekli (n 9) 302.

104 “Suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan şeyden maksat, suçun işlenmesini kolaylaştıran harici bir vasıtaadır ki o vasıtanın cürümden maksut olan gaye ile münasebeti mücerret suçun işlenmesinden beklenen neticenin elde edilmesine yardım etmiş olmaktan ibarettir” bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı E 1943 K 1944/1, 05/01/1944.

¹⁰⁵ Özgenç (n 8) 953.



kararı verilebileceği belirtilmiştir¹⁰⁶. Suçun icra hareketlerine başlanmasından sonra ele geçirilen eşya ise “suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya” niteliği ile değil, “suçta kullanılan eşya” niteliği ile müsadere edilir ve eşyanın tehlikeli olması koşulu aranmaz¹⁰⁷. Ayrıca, suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadere edilmesi için niteliği gereği “tehlikeli olması” unsuru arandığından bu eşyanın sahibinin iyiniyetli olup olmadığı hususunun araştırılmasına gerek yoktur¹⁰⁸.

Doktrinde bir görüşe göre, TCK’nın 54/1. maddesinde bulunan “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya” ibaresi, genişletilmiş müsadereyi mümkün kılmakta ve Anayasa’nın 38/10. maddesinde yer alan “... *genel müsadere cezası verilemez*” şeklindeki düzenleme ile bağdaşmamaktadır¹⁰⁹. Zira düzenleme ile eşyanın suç ile bağlantısı koparılmaktadır. Bundan dolayı “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlama” fiili, Kabahatler Kanunu’na alınmalı ve kabahat olarak tanımlanmalıdır. Yaptırımını da idari tedbir olan mülkiyetin kamuya geçirilmesi olmalıdır¹¹⁰.

Diğer bir görüşe göre ise “suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya” ibaresi, suçun hazırlık hareketleri bakımından bir ispat sorunu oluşturabilir. Örneğin, failin üzerinden hem ruhsatsız silah hem de zehir ele geçirilmesi durumunda, ruhsatsız silahın kasten öldürme suçunu gerçekleştirmek üzere hazırlık hareketi olarak bulundurulduğu düşüncesi ile müsaderesi mümkün olabileceği gibi niteliği gereği bulundurulması suç oluşturduğundan bahisle de müsaderesi mümkündür. Failin üzerinde bulunan zehrin ise kasten öldürme suçunda kullanılmak üzere hazırlanıp hazırlanmadığını belirlemek her zaman mümkün olmayabilir¹¹¹.

Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya niteliği ile müsadere kararı verilmesi için gerekli olan iki koşuldaki ilki “henüz icrasına başlanmış bir suç olmaması”dır. Bu koşul, kişi hak ve özgürlüklerini ciddi manada sınırlandırdığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. İkinci koşul ise “kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olma”dır. Bu koşul ise, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak kavramlarının belirsiz olmasından dolayı eleştirilmektedir. Zira ceza hukukuna hâkim olan kanunilik ilkesi gereğince ceza kanunlarının açık ve belirli olması gerekir¹¹².

¹⁰⁶ Demirbaş, (n 2) 664.

¹⁰⁷ Hakan Karakehya, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1nd edn, Adalet 2022) 314.

¹⁰⁸ Koca, Üzülmüş (n 4) 669; Baytaş (n 55) 75.

¹⁰⁹ Koca, Üzülmüş (n 4) 669.

¹¹⁰ Koca, Üzülmüş (n 4) 669.

¹¹¹ Vehbi Kadri Kamer, *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı* (2nd edn, Adalet 2014) 337; *Güngör/Toroslu’ya göre*, ortada henüz icrai bir hareket yokken bir eşyanın suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığını tespit etmek önemli ölçüde zordur. Bkz. Güngör, Toroslu (n 8) 1971.

¹¹² Ergün (n 7) 182.

Suçun işlenmesine tahsis edilen eşya ile suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya arasındaki ayrıma da değinmek gerekmektedir. Suçun işlenmesine tahsis edilen eşya, suçun işlenmesi sırasında hazır edilmekle birlikte icra hareketleri esnasında kısmen ya da tamamen kullanılmayan, suçun işlenmesini kolaylaştıran ve suçun işlenmesi için sürekli hazır bulundurulmuş eşyadır¹¹³. Tanımdan anlaşılacağı üzere, suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın suçun işlenmesinde kullanılması şart olmadığı gibi bu eşyanın tehlikeli olması da gerekmez¹¹⁴. Ancak, suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadere edilebilmesi için tehlikeli olması ve icra hareketlerine başlanmamış olması gerekmektedir.

Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya kapsamında müsadere kararı verilmesi için henüz bir suç işlenmemiş olması gerektiğinden, doktrinde düzenlemenin güvenlik tedbirlerinin genel mantığı ile bağdaşmadığı belirtilmiş ve düzenleme, kolluk tedbirine benzetilmiştir¹¹⁵. Ancak müsadere kararı verilmesi için hâkim kararı gerektiğinden, bu düzenlemenin “kolluk tedbiri benzeri” niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür¹¹⁶.

C. Eşyanın İyiniyetli Üçüncü Kişiye Ait Olmaması

TCK’nın 54/1. maddesinde, “Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı ayni hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir” şeklinde eşya üzerinde sınırlı ayni hakkın bulunması durumunda, sınırlı ayni hak saklı kalmak koşulu ile müsadere kararı verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

TCK’nın 54. maddesinin gerekçesinde iyiniyetli üçüncü kişi kavramı “... Ancak bunun için eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekir. Başka bir deyiş ile kişinin suçun işleyişine iştirak etmemesi, suçun işlenmesinden haberdar olmaması durumunda, sahibi olduğu eşya bir suçun işlenmesinde kullanılmış olsa bile müsadereye hükmedilemeyecektir...” şeklinde açıklanmıştır. Bu durumda, eşyanın fail veya suçun işlenmesine iştirak eden kişilere veya suçun işlenmesinden haberdar olan kişilere ait olması durumunda, bu kişilerin iyiniyetli olup olmadığı hususu araştırılmayacak ve eşya müsadere edilecektir¹¹⁷. Doktrinde, TCK’da “iyiniyetli üçüncü kişi” kavramına yer verilmesi “olması gerekeni normatif kimliğe büründüren” bir şart niteliğinde yorumlanmıştır. Zira ceza hukukunun genel ilkelerinden yola çıkılarak, suçla hiçbir bağlantısı olmayan fail ve şerik dışındaki kişilerin eşyalarının müsadere edilmeyeceği sonucuna ulaşılabilir¹¹⁸.

¹¹³ Bkz. Yargıtay 18. Ceza Dairesi E 2016/13460 K 2018/14543, 07.11.2018.

¹¹⁴ Özgenç (n 8) 952; Karakehya (n 107) 314.

¹¹⁵ Arslan (n 36) 96.

¹¹⁶ Arslan (n 36) 96.

¹¹⁷ Artuk Gökçen (n 5) 928; Arslan (n 36) 355.

¹¹⁸ Giyik (n 9) 97.



Müsadereye karar verilebilmesi için kanun metninde eşyanın üçüncü kişiye ait olmaması gerektiği belirtilmekle birlikte “üçüncü kişi” ibaresi ile eşyanın malikinin mi zilyedinin mi kastedildiği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doktrinde, kanun metninde yer alan “üçüncü kişilere ait olmaması” ibaresi ile mülkiyetin kastedildiği konusunda görüş birliği bulunmaktadır¹¹⁹. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir¹²⁰.

Suçta kullanılan eşyanın resmi olarak üçüncü kişiye ait iken harici satım sözleşmesi ile sanığa veya iştirak ortağına satılmış olması durumunda suç konusu eşyanın müsadere edilip edilmeyeceğine değinmek gerekmektedir. Yargıtay, suç konusu eşyanın harici satım sözleşmesi ile sanığa devredilmiş olduğu bir olayda, eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmadığı gerekçesi ile müsaderesine karar vermiştir¹²¹. Benzer başka bir olayda ise, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) hükümlerine göre eşyanın devri için harici satım sözleşmesinin yeterli olmadığı gerekçesi ile suç konusu eşya, harici satım sözleşmesi ile sanığa devredilse bile eşyanın müsadere edilemeyeceği yönünde birbirinden farklı kararlar vermiştir¹²². Yargıtay'ın birbirinden farklı olarak verdiği her iki kararda da suç konusu eşya, trafik siciline kayıtlı olan bir araçtır. Trafik sicili ve araç tescil belgesi, mülkiyet ilişkisinin belirlenmesinde şekli olarak maliki tespit eden yalnızca karine fonksi-

¹¹⁹ Özgenç (n 8) 953; Koca, Üzülmez (n 4) 668; Artuk, Gökçen (n 5) 928; Akbulut, (n 14) 803; Baytaz (n 55) 78; Taneri (n 25) 65.

¹²⁰ “...şüpheli veya sanığa ait olan ulaşım aracına el konulabileceğinin belirtildiği ve aidiyet kavramı ise mülkiyet ile ilgili olduğu halde, Konya 1.Asliye Ceza Mahkemesinin 2013/411 esas sayılı dosyasından yürütülen yargılamanın kovuşturma aşamasında hakkında aracına el konulma kararı verilen araç sahibinin sanık olmadığı gözetilmeden, araca el konulmasına yönelik kararın kaldırılması isteminin reddine ilişkin karara yapılan itirazın kabulü yerine yasal gerekçe gösterilmeksizin reddine karar verilmesinde...” bkz. Yargıtay 7. Ceza Dairesi E 2013/23612 K 2014/8826, 03.04.2014.

¹²¹ “Mahkemece iyiniyetli 3. kişiye ait olduğu gerekçesi ile nakilde kullanılan aracın müsaderesine yer olmadığına karar verilmiş ise de; malen sorumlu Abdullatif ***'un 06/03/2012 günlü mahkeme ifadesinde “01 GF 199 plakalı ford transit açık kasa kamyonetin mülkiyeti benim adıma kayıtlıdır; Mahmut'u *** tanırım, aracı ben Mahmut'a haricen olay tarihinden 15-20 gün önce satmışım. Paramı tam alamadığımdan satış işlemlerini yapmamıştık, protokol ile satın zilyetliğini vermişim, kaçak sigaralarla bir ilgilim yoktur. Araç bana iade edilmiştir. Aracımın üzerine tedbir konulmuştur; tedbirin kaldırılmasını isterim... şeklindeki beyanı karşısında, aracın sanığa ait olduğu, iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmadığı ve dava konusu eşyanın, nakil vasıtasının taşıma kapasitesine göre miktar ve hacim bakımından ağırlıklı bölümü oluşturduğu gözetilerek müsaderesine karar verilmesi yerine yazılı şekilde iadesine karar verilmesi...” bkz. Yargıtay 7. Ceza Dairesi E 2013/19871 K 2014/7374, 15.04.2014.

¹²² “Suçta kullanıldığı iddia edilen ve harici satım sözleşmesi ile sanığa satıldığı iddia edilen * ** plakalı aracın trafikte ruhsat sahibi İbrahim adına kayıtlı olduğu anlaşılmakla...Trafik tescil kaydına göre mülkiyeti İbrahim * **'e ait olan, noter tarafından yapılmış satış ve devri bulunmayan * ** plakalı aracın 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunun 5942 sayılı Kanunla değişik 20/d fıkrasının “noterce” yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir; hükmü karşısında suça iştirak etmeyen ve suça konu eşyanın taşınması için kullanılmasının da zorunlu bulunmadığı gözetilmeden müsaderesine karar verilmesi...” bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi E 2012/18874 K 2012/46072, 20.12.2012.

yonuna sahip olan kayıtlardan ibarettir¹²³. Bundan ötürü suçta kullanılan aracın, harici satım sözleşmesi ile sanığa devredilmiş olduğu durumlarda müsadere kararının verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Doktrinde “üçüncü kişi” ibaresi ile suçu işleyen fail, failer veya şeriklerin dışındaki kişilerin anlaşılması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmakla birlikte ceza hukukunda ilk defa kanun metninde kullanılan “iyiniyet” ibaresi ile neyin anlaşılması gerektiği tartışılmıştır¹²⁴. Bir görüşe göre, kanun metninde iyiniyet kavramı teknik olarak kullanıldığından TMK’nın 3. maddesinde yer alan, “*Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz*” şeklindeki düzenleme göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, aksi ispatlanıncaya kadar eşyanın malikinin iyiniyeti korunmalıdır. İçinde bulunulan durum ve koşullar altında gerekli dikkat ve özeni göstermeyen bir kimsenin iyiniyet iddiasında bulunamayacağı kabul edilmelidir¹²⁵. Örneğin, bir araba kiralama şirketinden alınan araba ile kaçakçılık suçunun işlenmesi durumunda kiralama şirketinin suçun işlenmesine iştirak edip etmediği veya içinde bulunulan durum ve koşullar itibari ile suçun işleneceğini öngörebilme imkânının olup olmadığı hususu araştırılmalıdır. Şirket yetkililerinin suçun işlenmesine iştirak etmesi veya gerekli dikkat ve özeni gösterdiği takdirde suçun işlenmesini öngörebilecek olması durumunda arabanın müsadere karar verilmelidir¹²⁶. Bir başka örnek vermek gerekirse, failin göçmen kaçakçılığı suçunu işlenmesi amacıyla uzun bir süre için kiraladığı bir tekne ile henüz icra hareketlerine başlamadan önce yakalanması durumunda teknenin “suçun işlenmesine tahsis edilen eşya” kapsamında müsadere edilmesi için tekne sahibinin teknenin göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılacağına ilişkin bir bilgisi veya bilebilecek durumda olması gerekmektedir. Aksi takdirde teknenin müsadere karar verilemez¹²⁷.

Doktrinde “iyiniyet” ibaresi ile TMK’nın 3. maddesindeki düzenlemenin kastedilmediği görüşünü savunan yazarlara göre, suça iştirak etmeyen ve suçun işlenmesinden haberdar olmayan üçüncü kişinin eşyası müsadere edilmemdir.

¹²³ Fikret Eren, “Karayolları Trafik Kanununa göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği Ve Unsurları” (1987) 39(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 159, 177.

¹²⁴ İçel (n 8) 753; Koca, Üzülmüş (n 4) 667; Artuk, Gökçen (n 5) 928; Demirbaş (n 2) 664; Özen (n 10) 1134; Akbulut (n 14) 803; Yerdelen (n 65) 52; Ersan Şen, Eşya Müsadere ve Müsadere Yaşanan Bazı Sorunlar’ (Ersan Şen, 29.07.2023) <<https://sen.av.tr/tr/makale/esya-m%C3%BCsaderesi-ve-musaderesinde-yasanan-bazi-sorunlar>> erişim tarihi 29 Eylül 2024; Giyik (n 9) 108-109.

¹²⁵ Parlar, Hatipoğlu (n 40) 496.

¹²⁶ Örnek için Bkz. Nurten Kübra Özden “Türk Ceza Hukukunda Müsadere” (2023) 5(2) *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1058, 1068.

¹²⁷ Örnek için Bkz. Gamze Güler, “Bir Güvenlik Tedbiri Olarak Müsadere Ve Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK 79) Bakımından Uygulanması” (2023) 10(2) *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 265, 278.



Aksi yönde uygulama yapılması, üçüncü kişinin taksirinden sorumlu tutulması anlamına gelecektir¹²⁸. Özgenç'e göre, müsadere edilecek eşyanın somut olaydaki niteliği ile fail arasındaki ilişki göz önünde bulundurularak eşyanın sahibinin iyiniyetli olup olmadığı hususu değerlendirilmelidir. Buna göre, eşya kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılıyor ise eşya ile suç işleyen kişiler arasında sıkı bir ilişki mevcut olduğundan suç konusu eşya, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin mülkiyetinde ise müsadere edilecektir¹²⁹.

Suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın müsaderesinde sahibinin iyiniyetli olup olmadığı araştırılmaz. Zira tahsisten bahsetmek için eşyanın suçun işlenmesine devamlı özgülenmesi gerekir. Eşya sahibinin iyiniyetli olması durumunda ise devamlı özgülenmeden başka bir ifade ile tahsisten bahsedilemez¹³⁰. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya konusunda ise eşyanın “kamu güvenliği”, “kamu sağlığı” veya “genel ahlak” açısından tehlikeli olması durumunda müsaderesine karar verileceği için eşya sahibinin iyiniyetli olup olmadığının araştırılmasına gerek bulunmamaktadır¹³¹.

İyiniyetli üçüncü kişi kavramının, Alman ceza hukukunda ne şekilde anlaşıldığını incelemek gerekmektedir. Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 74/a-1. maddesi “*Kararın verildiği sırada eşya kendisine ait olan veya bunlar üzerinde bir hak sahibi olan kişi en azından ağır dikkatsizlik veya tedbirsizlik nedeniyle eşyanın veya hakkın, suçun aracı veya konusu olmasına veya hazırlanmasına katkıda bulunmasına neden olmuşsa eşya...74 üncü maddenin ikinci fıkrasının 1 numaralı bendinden farklı olarak eşya gene müsadere edilebilir*”¹³² şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumda Alman Ceza Kanunu'nda, “*eşya kendisine ait olan veya bunlar üzerinde bir hak sahibi olan*” ibaresi, malikin yanı sıra zilyetliği de kapsamaktadır. Alman hukukunda, suça iştirak etmemekle birlikte “*en azından ağır dikkatsizlik veya tedbirsizlik*” nedeniyle suçun işlenmesine katkıda bulunan malik ya da zilyet olan üçüncü kişinin eşyası da müsadere edilebileceğinden kanaatimizce hukukumuzda nazaran Alman ceza hukukunda müsaderenin uygulama alanının daha geniş olduğu söylenebilir¹³³. Alman Ceza Kanunu'ndaki bu

¹²⁸ Koca, Üzülmüş (n 4) 668.

¹²⁹ Özgenç (n 8) 951.

¹³⁰ Özgenç (n 8) 952.

¹³¹ Özgenç (n 8) 953.

¹³² Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu-Strafgesetzbuch* (2nd edn, Beta 2015) 122.

¹³³ Añcak Yargıtay'ın Alman ceza hukukuna benzer şekilde verdiği kararlar mevcuttur. Yargıtay 10 Ceza Dairesi E 2014/1441 K 2014/2523, 10.04.2014, “*Sanık Halil'in, suçta kullandığı 34 ** ***** plakalı aracı hafta sonu düşün için şirket müdürü olduğu anlaşılan Ali ***'dan ödünç aldığını, pazar günü akşamı teslim edeceğini bildirmesine rağmen, malen sorumlunun olay sonrası araçla ilgilenmemesi, zamanında geri verilmemesine karşın akıbetinin araştırılmaması, resmi makamlara herhangi bir başvuru yapılmamış olması, Mahkemenin tebligatı üzerine olaydan yaklaşık 6 ay sonra 05.07.2013 tarihli dilekçe ile beyanda bulunularak kapora karşılığı deneme amaçlı verildiğinin belirtilmesi;*

maddenin uygulamasına, suçun işlenişine iştirak etmeyen üçüncü kişinin basit bir denetimle hırsızlık suçundan elde edildiğini anlayabileceği eşyayı kamyoneti ile taşımaya durumunda iyi niyetli olmadığından kamyonun müsadere edileceği örnek olarak verilmiştir¹³⁴.

Eşyanın aidiyetinin ve iyiniyetin aranacağı zaman konusuna değinmek gerekmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, müsadere kararı verilirken aidiyet konusunda suçun işlendiği zaman esas alınmalıdır. Zira üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığı suçun işlendiği zaman dilimi esas alınarak belirlenmektedir. Bundan dolayı eşyanın aidiyeti de suçun işlendiği zamana göre belirlenmelidir¹³⁵. Diğer bir görüşe göre ise aidiyet konusunda karar tarihi esas alınmalıdır. Zira kanun koyucu tarafından açık bir şekilde müsadere kararı verilmesi için eşyanın iyiniyetli kişilere ait olmaması koşulu aranmıştır. Buna göre, iyiniyetli kişilerin mülkiyet hakkının korunması amacı ile aidiyet kavramı suçun işlendiği zaman dilimi ile sınırlandırılmamalıdır¹³⁶. Arslan'a göre, tehlikelilik yargısı geleceğe ilişkin olduğundan suçun işlenmesinden sonra eşyayı satın alan iyiniyetli kişinin de hakkının korunması adına aidiyet konusunda müsadere kararı verildiği bir başka ifade ile hüküm kurulduğu zaman esas alınmalıdır¹³⁷. Yargıtay kararları incelendiğinde ise aidiyet konusunda suç tarihinin esas alındığı görülmektedir¹³⁸. Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 74/2-1. cümlesinde yer alan "*Eşya, kararın verildiği sırada faile veya şerike ait ise veya bunlar eşya üzerinde bir hakka sahip iseler...*" şeklindeki düzenleme ile aidiyet konusunda karar tarihinin esas alınacağı belirtilmiştir¹³⁹. Kanaatimizce müsadere kurumunun kanunda, güvenlik tedbiri olarak düzenlendiği ve amacının suç ile bağlantılı olan eşyanın toplumda oluşturduğu tehlikeyi önlemek olduğu göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır¹⁴⁰. Bu durumda karar tarihinde suç konusu eşyanın mülkiyetinin sanıkta bulunmaması

bu şekilde teslimin mülkiyetin devrine yönelik bir ön işlem olması, teslimle ilgili herhangi bir belge gösterilememesi ve sanığın aracı malik gibi tasarruf etmesi gibi hususlar Mahkeme gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde, malen sorumlunun kendisinden beklenen ihtimamı göstermemesi ve olaydaki kusuru nedeniyle iyi niyetli 3. şahıs konumunda kabul edilemeyeceğinden, tebliğnamedeki bu yöne ilişkin bozma düşüncesi benimsenmemiştir" şeklinde üçüncü kişinin sanığa aracını vermesi ve akıbetini takip etmemesi durumunda kusurlu sayılacağından bahisle aracın müsadere karar verilmesini hukuka uygun bulmuştur.

¹³⁴ Adem Sözüer, 'Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı' (2003) 36 İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Dergisi (Cumhuriyetin 80. Yılına Armağan) 397, 400.

¹³⁵ Gedik (n 24) 146; Bakıcı (n 70) 1060; Giyik (n 9) 120; Baytaz (n 55) 78.

¹³⁶ Parlar, Hatipoğlu (n 40) 495.

¹³⁷ Arslan (n 36) 377.

¹³⁸ "...aracın suç tarihi itibarıyla kime ait olduğu H.A. 'da dinlenerek oluşacak sonuca göre müsadere konusunda bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hükme varılması gerektiğinden bahisle yerel mahkemece verilen kararın bozulmasına, karar verilmiştir..." bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi E 2006/1497 K 2006/4092, 17.05.2006.

¹³⁹ Yenisey, Plagemann (n 132) 123.

¹⁴⁰ Müsaderenin amacı konusunda bkz. Özgenç (n 8) 928; Koca, Üzülmüş (n 4) 662.



durumunda toplum açısından tehlike oluşturacak bir durum mevcut olmayacağından müsadere kararı verilmemelidir. Bu durumda sanıktan suç tarihinden sonra iyi niyetle suç konusu eşyayı satın alan üçüncü kişinin hakkı da korunmuş olacak ve bu kişi hukuk mahkemeleri nezdinde dava açmak zorunda kalmayacaktır.

Aidiyetin ispatı, iddia makamına aittir¹⁴¹. Aidiyetin çekişmeli olduğu veya herhangi bir nedenden ötürü aidiyet konusunda kuşku bulunan durumlarda Yargıtay içtihatlarında, istikrarlı olarak ceza mahkemelerinin aidiyet konusunda karar verme yetkisi bulunmadığından ötürü aidiyetin hukuk mahkemesince belirlenmesi ve akabinde ceza mahkemeleri tarafından müsadere konusunda bir karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁴². Buna göre, müsadere kararı verilebilmesi için eşyanın kime ait olduğunun belirlenmesi gerekir. Yargıtay, ilk derece mahkemeleri tarafından suç konusu eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olup olmadığı konusunda şüphe bulunması durumunda *“hukuk mahkemesinde dava açma muhtariyetine”* şeklinde verilen kararların yargılama sürecinin uzamaması adına isabetli olduğunu belirtmiştir¹⁴³. Ancak Yargıtay hukuk dairelerinin verdiği kararlar incelendiğinde, müsadereye tabi eşyalar hakkında açılan davalarda ceza davalarının bekletici mesele yapılmasını ve müsadere kararı verilip verilmemesi durumuna göre değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁴. Yargıtay hukuk daireleri, suç konusu eşyanın suçun işlendiği tarihten önce veya sonrasında bir başkasına satılması, ceza mahkemelerinde müsadere kararı verilmesi ve kararın infazının

¹⁴¹ Arslan (n 36) 381.

¹⁴² *“Bu hükümler uyarınca iade kararı verilebilmesi için, eşya ya da malvarlığı değerlerinin müsadereye tabi tutulamayacak olması ve aidiyetleri hususunda da herhangi bir kuşku bulunmaması gerekir. Aidiyetin ihtilaflı olduğu durumlarda ise hak sahibi olduğunu iddia eden kişi, aidiyete ilişkin uyuşmazlığın çözümü için hukuk mahkemelerine başvurmalıdır. Çünkü, ceza mahkemelerinin, elkonulan ancak müsaderesine tabi tutulmayacağı anlaşılan ve üzerinde hak iddia edilen eşya ya da malvarlığı değerlerinin aidiyeti hususundaki ihtilafları çözecek şekilde karar verme görevleri bulunmamaktadır”* bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E 2017/5-728 K 2021/487, 19.10.2021.

¹⁴³ *“İlk derece mahkemesi tarafından “Ümraniye Sulh Ceza Mahkemesinin 16.06.2007 gün, 2007/105 değişik iş sayılı elkoyma kararına konu nakit ve emvale ilişkin TCK'nun 55/1. maddesinin içeriği de göz önünde tutularak mahkememizce bu konuda karar verilmesi durumunda hak zayiine neden olunacağı gerekçesi ile bu konuda müsadereye dair karar verilmesine yer olmadığına, tarafların mülkiyet hususunda hukuk mahkemesinde dava açmada muhtariyetlerine” şeklinde verilen kararda... elkonulan bu malvarlığı değerlerinin suçun işlenmesi ile elde edilen maddi menfaatin dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazanç niteliğinde olup olmadığına ilişkin araştırma yargılamayı uzatacağından, yerel mahkemece, katılanın suçtan doğan zararının giderilmesi için hukuk mahkemelerinde tazminat davası açarak ihtiyati tedbir koydurma talebinde bulunabileceği 53.700 Avro, ev eşyası ve araçlarla ilgili tarafların mülkiyet hususunda hukuk mahkemelerinde dava açmakta muhtariyetlerine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığı kabul edilmelidir”* bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E 2014/11-312 K 2017/11, 17.01.2017.

¹⁴⁴ *“...Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2016/45 esas sayılı dosyası üzerinden dava konusu aracın da yer aldığı bir kısım araçlarla ilgili olarak ceza davasının da devam ettiği anlaşılmaktadır. Araç halen davacıda olup devam eden ceza yargılama sonucunda müsadere kararı verilip verilmeyeceği de belli değildir. Öyle olunca, ceza davanın sonucunu beklenerek sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir...”* bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E 2020/10823 K 2022/214, 20.01.2022.

da mümkün olması durumunda ceza mahkemesinde verilen müsadere kararının yerine getirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁴⁵. Kanaatimizce, TCK'nın 54/1. maddesinde düzenlenen müsadere yaptırımı suçla bağlı olarak uygulandığından ceza hâkimi CMK'nın 218. maddesinde, *“Yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu Kanun hükümlerine göre karar verebilir”* şeklinde yer alan yetkisini kullanmalı ve müsadere konusunda karar vermelidir.

D. Eşyanın Müsaderesinin Orantılılık ve Hakkaniyet İlkelerine Aykırı Olmaması

Orantılılık ilkesi, ceza hukukunda failin gerçekleştirdiği eylem ile bu eyleme bağlanan yaptırım arasında uygunluğun bulunması şeklinde tanımlanmaktadır¹⁴⁶. TCK'nın 3/1. maddesinde *“Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur”* şeklindeki düzenleme ile ceza ve güvenlik tedbirlerinin gerçekleştirilen fiille orantılı olması gerektiği düzenlenmiştir.

TCK'nın 54/3. maddesinde yer alan *“Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçla nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir”* şeklindeki düzenleme orantılılık ilkesinin bir görünümüdür¹⁴⁷. Hakkaniyet ilkesi ise temelini TMK'nın 4/1. maddesinde, *“Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir”* şeklindeki düzenlemelerden alan bir ilke olup; uygulanan yaptırımın adalete uygun olmasını ifade eder¹⁴⁸. Hakkaniyet ilkesinden maksat, müsadere kararı verilmesi ile eşyası müsadere edilen kişinin, maddi manada yıkımına neden olmamaktır¹⁴⁹. Örnek olarak birkaç kilo kaçak odun çalınması halinde traktörün müsadere edilmesi¹⁵⁰ ya da katırı ile ke-

¹⁴⁵ “Şu durumda; davalının, müsaderesine karar verilen aracı teslimine hazır olduğu ve müsaderede asıl amacın, suç konusu eşyanın alınması olduğu, davacı idarenin de müsadere kararının infazı için tebligat işlemi dışında başka bir işlem yapmadığı gözetilerek, davaya konu araç yönünden 5237 sayılı TCK 54/2. maddesi anlamında halen müsadere imkânının bulunup bulunmadığı, müsadere için yasa ve Suç Eşyası Yönetmeliği'nde belirtilen gerekli tüm işlemlerin yapıp yapılmadığı araştırılmalı ve müsadere kararının infaz edilip edilmemesine göre karar verilmelidir. Eksik incelemeye dayalı olarak verilen kararın bozulması gerekir” bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2013/3953 Esas ve 2014/2548 Karar sayılı Kararı.

¹⁴⁶ Murat Aydın, ‘Ceza Hukukunda Orantılılık İlkesi’, (2024) 15(57) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 141, 142.

¹⁴⁷ Koca, Üzülmüş (n 4) 668; Demirbaş, (n 2) 664.

¹⁴⁸ Hafizoğulları, Özen (n 11) 506.

¹⁴⁹ Hafizoğulları, Özen (n 11) 506; Özen, (n 7) 1135.

¹⁵⁰ Örnek için bkz. Özen, (n 7) 1135.



reste çalan failin, katırının müsadere edilmesi hakkaniyete uygun değildir¹⁵¹. Bu durumda kanun metninde yer alan “işlenen suça nazaran” ifadesi ile yalnızca orantılılığı anlamamak gerekir. Orantılı olan her şey hakkaniyete uygun olmaya-bilir¹⁵². Diğer bir ifade ile orantılılık objektif bir değerlendirmeyi gerektirirken; hakkaniyet ise sübjektif bir değerlendirmeyi gerektirmektedir¹⁵³.

Müsadereye tabi eşya hakkında müsadere yaptırımının uygulanması ile gerçekleştirilen fiilin meydana getirdiği haksızlık içeriği arasında makul bir dengenin bulunması gerekmektedir¹⁵⁴. Bazı durumlarda gerçekleştirilen fiilin haksızlık içeriğinin çok az olması dolayısı ile bu haksızlık içeriğinin azlığından dolayı eşyanın müsaderesine karar verilmesi halinde açık bir orantısızlık meydana gelebilir¹⁵⁵. Bu gibi durumlarda müsadere kararı verilemez. Uygulamada, suçta kullanılan eşyanın değeri ile failin elde etmeyi umduğu menfaat arasındaki orantı¹⁵⁶, suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın suçun işlenmesini kolaylaştırması¹⁵⁷, suçun işlenmesi için tahsis edilen eşyanın suçun işlenmesi için zorunluluk arz etmesi¹⁵⁸ gibi

¹⁵¹ Örnek için bkz. Hafizoğulları, Özen (n 11) 506

¹⁵² Hafizoğulları, Özen (n 11) 507.

¹⁵³ Arslan (n 36) 262.

¹⁵⁴ Özgenç (n 8) 952; Artuk, Gökçen (n 5) 928.

¹⁵⁵ Özgenç (n 8) 953.

¹⁵⁶ 17 göçmenin mağdur olduğu göçmen kaçakçılığı suçundan yapılan yargılama da Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 8. Ceza Dairesinin 2021/1921 Esas ve 2023/1115 Karar sayılı Kararı “... göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında suçta kullanıldığı iddiası ile sanık Aydın ***’ın kullanımında olan 34 VT **** plakalı aracın müsaderesi talep edilmiş ise de; suçta kullanılan 34 VT **** plakalı aracın suç tarihi itibarıyla bilinen değeri gözetildiğinde söz konusu aracın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı, bu sebeple hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığından, TCK’nın 54/3. maddesi uyarınca söz konusu aracın müsaderesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken...” gerekçesi ile hükmün düzeltilerek istinaf başvurusunun reddedildiği karar Yargıtay 4. Ceza Dairesi E 2023/15828 K 2024/2285 Karar sayılı Kararı ile onanmıştır. Kanaatimizce bu kararda Yargıtay, failin elde etmeyi umduğu menfaat kıstasını dikkate almıştır.

¹⁵⁷ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın “Somut olayda sanığın uyuşturucu ticareti yapma suçunun işlenmesinde kullandığı aracın, suçun işlenmesini kolaylaştırmasına ve suçtan beklenen sonucu elde etmeye yardımcı olmasına rağmen suçun işlenmesi bakımından zorunlu olmaması, suça konu satışa arz ettiği uyuşturucu madde ile aracın değerinin orantılı olmaması hususları dikkate alındığında, sanığa ait aracın müsaderesine hükmedilmesinin TCK 3. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “orantılılık” ilkesine ve suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağından aynı Kanun’un 54. maddesinin 3. fıkrasına göre hakkaniyete aykırılık oluşturduğu kabul edilmelidir” gerekçesi ile müsadere kararının kaldırılmasına ilişkin itirazını Yargıtay kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay 10. Ceza Dairesi E 2020/20135 K 2021/3898, 24.03.2021.

¹⁵⁸ “...sanıkların marka hakkına tecavüz suçunun işlenmesinde kullandıkları araçların, suçun işlenmesini kolaylaştırmasına ve suçtan beklenen sonucu elde etmeye yardımcı olmasına rağmen suçun işlenmesi bakımından zorunlu olmamaları, araçların sadece bu suçun işlenmesinde kullanılmak üzere tahsis edildiğini gösterir herhangi bir tertibatın bulunmaması, sanıkların suça konu ayakkabıları satmakta kullandığı araçlar ile satışa arz ettikleri ayakkabıların değerinin orantılı olmaması hususları dikkate alındığında, sanıklara ait araçların müsaderesine hükmedilmesinin TCK’nın 3. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “orantılılık” ilkesine ve suça nazaran daha ağır sonuçlar

kıstaslar göz önünde bulundurularak müsadere kararının orantılı ve hakkaniyete uygun olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılmaktadır.

Yargıtay kararları incelendiğinde, orantılılık ve hakkaniyet ilkesinin sıklıkla 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında yapılan yargılamalarda değerlendirildiği görülmektedir. Yargıtay istikrar kazanmış içtihatları ile kaçak olduğu tespit edilen eşyanın TCK'nın 54/4. maddesi gereğince müsaderesine karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁵⁹. Yargıtay, kaçak eşyanın, taşındığı aracın müsadere edilmesi için orantılık ilkesi gereğince, kaçak eşyanın, nakil aracının miktar ve hacim itibari ile ağırlıklı bölümünü oluşturup oluşturmadığının araştırılması gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay, hakkaniyet ilkesi gereğince ise nakil aracının suç tarihindeki değeri ile kaçak olduğu tespit edilen eşyanın değeri arasında makul bir oranın bulunup bulunmadığı yönünde değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir¹⁶⁰.

SONUÇ

Eşya müsaderesi, 5237 sayılı TCK'nın 54/1. maddesinde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Eşya müsaderesi, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan, suçun işlenmesi ile meydana gelen veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da niteliği itibariyle kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlike arz edip suçta kullanılmak amacı ile hazırlanan eşyanın mülkiyetinin devlete aktarılmasıdır.

Eşya müsaderesine karar verilmesi için kasıtlı işlenen bir suçun olması, eşya ile suç arasında bağlantının bulunması, eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması ve müsadere kararının orantılılık ve hakkaniyet ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir. Suçun hazırlık aşamasında, suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesine karar verilmesi için ise eşyanın, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması gerekir.

Eşya müsaderesi kurumunun uygulanabilmesi için eşya ile suç arasında mutlaka bağlantının kurulması gerekir. Diğer bir ifade ile failin, suç işlerken üzerinde bulunan tüm eşyaların müsaderesine karar verilemez. Failin, üzerinde bulunan eşyanın suçun işlenmesi veya neticenin gerçekleşmesine herhangi bir şekilde etkisinin bulunması gerekir. Kanun koyucu suç ile eşya arasındaki bağlantıyı, TCK'nın 54/1. maddesinde yer alan “suçun işlenmesinde kullanılan eşya”, “suçun işlenmesine tahsis edilen eşya”, “suçtan meydana gelen eşya” ve “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan tehlikeli eşya” ibareleri ile kurmuştur.

doğuracağından aynı Kanun'un 54. maddesinin 3. fıkrasına göre hakkaniyete aykırılık oluşturduğu kabul edilmelidir...” bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E 2017/19-45 K 2020/252, 10.03.2020.

¹⁵⁹ Bkz. Yargıtay 7. Ceza Dairesi E 2021/29431 K 2024/2317, 04.03.2024; Yargıtay 7. Ceza Dairesi E 2021/13951 K 2024/2316, 04.03.2024.

¹⁶⁰ Bkz. Yargıtay 7. Ceza Dairesi E 2021/28245 K 2024/7052, 16.09.2024.



Eşya müsadereyi bir güvenlik tedbiri olduğundan amacı, suç ile bağlantılı olan eşyanın toplumda oluşturduğu tehlikeyi önlemektir. Diğer bir ifade ile eşyanın failde bırakılması durumunda eşya yeniden suç işlenmesinde kullanılabilir. Bundan dolayı müsadereye konu eşyanın failin mülkiyetinde bulunması gerekir. Müsadere kurumunun uygulanması ile failin, doğrudan mülkiyet hakkı sonlandırılacağından karar verilirken orantılılık ve hakkaniyet ilkeleri gözetilmelidir.

Müsadere kurumunun uygulanmasında, sorunlardan biri içtihat birliğinin sağlanmamasıdır. Örneğin, dosyada delil olarak saklanması gereken eşyanın kimi zaman müsaderesine karar verilirken kimi zaman ise hem müsaderesine hem de delil olarak saklanmasına karar verildiği görülmektedir. Yargıtay'ın her iki yönde uygulamayı da kanuna uygun bulduğu kararları bulunmaktadır. Kanaatimizce mülkiyet hakkına yoğun müdahalede bulunan müsadere kurumunun uygulanmasında Yargıtay somut kıstaslar belirlemeli ve içtihat birliği sağlamalıdır.

Müsadere kurumunun uygulanmasında bir diğer sorun ise eşyanın aidiyeti konusunda ihtilaf bulunması durumudur. Müsadereye konu eşya hakkında hukuk mahkemelerinde dava açıldığında Yargıtay hukuk daireleri, ceza mahkemesinde görülen davanın bekletici mesele yapılması gerektiği yönünde karar vermektedir. Yargıtay ceza daireleri ise cezai sorumluluk yönünden yargılamanın yapılması ancak aidiyeti ihtilafı olan eşya için *“hukuk mahkemesinde dava açma muhtariyetine”* şeklinde karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak müsadere, suça bağlı bir yaptırımdır. Eşyanın suç ile bağlantısının saptanması için ise müsadere, mutlaka suça ilişkin yargılama ile birlikte değerlendirilmelidir. Bundan ötürü ceza hâkiminin CMK'nın 218/1. maddesinde yer alan, *“Yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu Kanun hükümlerine göre karar verebilir”* şeklindeki yetkisini kullanarak müsadere yönünden değerlendirme yapması gerektiğini düşünmekteyiz.

Yargıtay'ın içtihat haline gelmiş kararlarının incelenmesinde, müsadere kurumunun uygulanmasında eşyanın aidiyeti konusunda suç tarihinin esas alındığı görülmektedir. Ancak çalışmamızda belirttiğimiz üzere müsaderenin amacı, suç ile bağlantılı olan eşyanın toplumda oluşturduğu tehlikeyi önlemektir. Eşya, failin mülkiyet alanından çıkmış ise tehlikeden bahsedilemez. Bundan dolayı müsadereye konu eşyanın karar tarihindeki aidiyetinin göz önünde bulundurulması gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi takdirde suç ile ilgisi bulunmayan bir kimsenin mülkiyet hakkı sınırlandırılmış olacak ve bu kişi hukuk mahkemelerinde hakkını aramak zorunda bırakılacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler (3. Baskı, Adalet 2016)
- Aldemir H, Türk İnfaz Hukuku Ve İnfaz Yargılaması (Bilge 2012)
- Arslan MB, ‘Türk Ceza Hukukunda Müsadere’ (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi SBE 2014).
- Artuk M, Gökçen A, Alşahin E, Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Adalet 2022)
- Aslan B H, Kazanç Müsaderesi (1. Baskı, Seçkin 2006)
- Aydın M, ‘Ceza Hukukunda Orantılılık İlkesi’, (2024) 15(57) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 141-168
- Aydın ÖD, ‘Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası’nda Müsadere’, (1993) 43(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143-156
- Bakıcı S, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri (Adalet 2007)
- Baytaç AB, ‘Türk Ceza Hukukunda Müsadere (TCK m. 54-55)’ (Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE 2009)
- Centel N, ‘Yeni Türk Ceza Yasasında Cezalar Ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi’, (2005) 9(1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 359-368
- Centel N, Zafer H, Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş (10. Baskı, Beta 2017)
- Centel N, Zafer H, Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş (7. Baskı, Beta 2011)
- Çınar A R, ‘Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı’ (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan) 603-666
- Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Seçkin 2021)
- Dönmezer S, Erman S, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku (14. Baskı, Der 2020).
- Erem F, Türk Ceza Hukuku Cilt 1 (Ankara Hukuk Fakültesi 1960)
- Eren F, ‘Karayolları Trafik Kanununa göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği Ve Unsurları” (1987) 39(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159-212
- Ergün GO, ‘Suçta Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşyanın Müsaderesi’, (2021) 153 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 169-185



Ersoy U, Can S, 'Eşyanın Dosyada Delil Olarak Saklanması Kararı Üzerine Bir İnceleme', (2023) 14(53) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 285-310

Ertay Ş, Cumalıoğlu E, Serdar İ, Eşya Hukuku (16. Baskı, Barış 2021)

Gedik D, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu' na göre Müsadere (2. Baskı, Yetkin 2016)

Giyik A, "Eşya Müsaderesinin Olumsuz Koşulu: Eşyanın İyiniyetli Üçüncü Kişiye Ait Olmaması" (2024) 30(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi 86-132

Gödekli M, Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri Ve Muhakeme Usulü (Adalet 2020)

Güler G, "Bir Güvenlik Tedbiri Olarak Müsadere Ve Göçmek Kaçakçılığı Suçu (TCK 79) Bakımından Uygulanması" (2023) 10(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 265-296

Güngör D, Toroslu H, 'Müsadere Ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1967-1980

Günler K, "Türk Ceza Hukukunda Müsadere" (2014) XVIII (3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 849-876

Hafizoğulları Z, "Emniyet Tedbirleri", (1991) 46(3) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi 45-58

Hafizoğulları Z, Özen M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Usa 2022)

Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (29. Baskı, Adalet 2020)

İçel K, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (7. Baskı, Beta 2023)

Kamer VK, Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı (2. Baskı, Adalet 2014)

Karakehya H, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (1. Baskı, Adalet 2022)

Katoğlu T, Ceza Normlarının Zaman Yönünden Uygulanması (1. Baskı, Seçkin 2008)

Koca M, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere Yaptırımı' (Lexpera Blog, 27.05.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/>> erişim tarihi 15 Ekim 2024

Koca M, Üzülmüş İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (15. Baskı, Seçkin 2022)

Kretschmer J, “Ceza Hukukunda Suçun Kanuni Unsuru Olarak Eşya” (Çev: Kazım Furkan Ağkuş, Can Eralp Elibol) (2021) 3(2) Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 157-170

Malkoç İ, Yeni Türk Ceza Kanunu Madde 1-178 (3. Baskı, Malkoç 2008)

Nuhoğlu A, Mukayeseli Hukukta Ve Türk Ceza Hukukunda Özgürlüğü Bağlayıcı Emniyet Tedbirleri (Adil 1997)

Önder A, Ceza Hukuku Genel Dersleri (Filiz 1992)

Önder A, Ceza Hukuku Genel Hükümler III (Beta 1989)

Özbek V, Doğan K, Meraklı S, Bacaksız P, Başbüyük İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin 2023)

Özbek V, Ekonomi Ceza Hukuku (2. Baskı, Seçkin 2021)

Özden NK, “Türk Ceza Hukukunda Müsadere” (2023) 5(2) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1058-1086

Özen M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (4. Baskı, Adalet 2021)

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (17. Baskı, Seçkin 2021)

Öztürk B, Erdem M, Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Emniyet Tedbirleri Hukuku (21. Baskı, Seçkin 2021)

Parlar A, Hatipoğlu M, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yorumu (Yayın 2008)

Sözüer A, ‘Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı’ (2003) 36 İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Dergisi (Cumhuriyetin 80. Yılına Armağan) 397-406

Şen E, ‘Eşya Müsaderesi Ve Müsaderede Yaşanan Bazı Sorunlar’ (Ersan Şen, 29.07.2023)

<<https://sen.av.tr/tr/makale/esya-m%C3%BCsaderesi-ve-musaderesinde-yasanan-bazi-sorunlar>> erişim tarihi 29 Eylül 2024

Şen E, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu (Vedat 2006)

Tafran A, ‘Türk Ceza Hukukunda Kazanç Müsaderesi’ (2016) 7(13) Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11-31

Taneri G, Müsadere (1. Baskı, Bilge 2013)

Tünay M ‘Müsadere Ve Müsadere Muhakemesi’ (Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE 2014)

Yenisey F, Plagemann G, *Alman Ceza Kanunu-Strafgesetzbuch* (2. Baskı, Beta 2015).

Yerdelen E, Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya geçirilmesi (Adalet 2010)

Zafer H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (5. Baskı, Beta 2015)

<<https://www.tdk.gov.tr>>

<www.uyap.gov.tr>

ÂİLE HUKUKU

- 1. NAFKA YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN ÇATIŞMASI**
Conflict of Alimony Obligations
Semih YÜNLÜ
- 2. DİJİTAL BOŞANMA BAĞLAMINDA HOLLANDA'DA GELİŞTİRİLEN ÇEVİRİM İÇİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM ARAÇLARI (Rechtwijzer uit elkaar ve Uiteelkaar.nl) ve TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**
Online Dispute Resolution Tools Developed in the Netherlands in the Context of Digital Divorce (Rechtwijzer uit elkaar and Uiteelkaar.nl) and Their Assessment under Turkish Law
Gamze TURAN BAŞARA
- 3. AİLE MAHKEMELERİNDE GÖRÜLMEKTE OLAN DAVALARDA NAFKANIN İSLAH YOLUYLA ARTIRILMASI SORUNU: GÜNCEL YARGI KARARLARI İŞİĞİNDE BİR İNCELEME**
The Problem of Increasing Alimony Through Improvement in Cases Held in Family Courts: An Examination in Light of Current Judicial Decisions
Selin SERT SÜTÇÜ; Şelale SÜER
- 4. YABANCI BOŞANMA KARARLARININ TÜRK MAHKEMELERİNDE TANINMASINDA KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK KOŞULU**
The Public Policy Exception in the Recognition of Foreign Divorce Judgments by Turkish Courts
Elif Selen BATIGÜN
- 5. ANA BABANIN ENGELLİ ÇOCUĞA KARŞI EĞİTİM VE BAKIM YÜKÜMLÜLÜĞÜ: TÜRK MEDENİ KANUNU HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE BİR İNCELEME**
Parents' Duty of Education and Maintenance towards the Disabled Child: An Examination within the Framework of Turkish Civil Code Provisions
Esma KIRAC ADIR
- 6. HETEROLOG YAPAY DÖLLENMEDE ANNENİN TESPİTİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME**
An Evaluation of the Determination of Motherhood in Heterologous Artificial Insemination
Dilşah Buşra KARTAL
- 7. MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI**
The Right to Marry and Found a Family under the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights
Haacı Ali AÇIKGÜL
- 8. EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMSİLİ VE SÖZLEŞMELERİN NİSPİLİĞİ ÇERÇEVESİNDE YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2022/132 K. 2023/100 T. 22.2.2023 KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**
The General Assembly of Civil Chambers Decision (E. 2022/132, K. 2023/100, 22 Feb 2023) within the Framework of Marital Representation and the Principle of Privity of Contracts
Elif KARA
- 9. ÇOCUKLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİNDE AÇIK RIZA VE YAŞ SINIRINA İLİŞKİN MUKAYESELİ BİR İNCELEME**
A Comparative Analysis of Explicit Consent and Age Limit in the Processing of Children's Personal Data
Esra KARATAŞ
- 10. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE VE MİRAS HUKUKUNDA AİLE KONUTUNUN SAĞ KALAN EŞE ÖZGÜLENMESİ**
The Assignment of the Family Residence to the Surviving Spouse under the Regime of Participation in Acquired Property and Inheritance Law
Burak DOĞAN
- 11. ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ BAĞLAMINDA KORUYUCU AİLE KURUMU**
The Foster Family Institution in the Context of the Best Interests of the Child Principle
Büşra ALTINBAY

ÖZEL HUKUK

- 12. ÖLÜMDEN SONRA GEÇERLİ VEKÂLETNAMESLER (TRANSMORTAL VOLLMACHT): ALMAN VE TÜRK HUKUKU BAĞLAMINDA KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME**
Post-Mortem Powers of Attorney (Transmortale Vollmacht): A Comparative Analysis of German and Turkish Law
Mehmet ALTUNKAYA
- 13. TAŞINMAZ DEVRİNE İLİŞKİN YAPILAN ARABULUCULUK ANLAŞMASININ ÖNALIM HAKKI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**
Evaluation of Mediation Settlement Agreements Concerning the Transfer of Immovable Property in Terms of the Right of Pre-emption
Gökhan ŞAHAN
- 14. GÖÇMEN İŞÇİLERİN HUKUKSAL KONUMU**
The Legal Status of Migrant Workers
Mustafa KILIÇOĞLU; Batuhan ESKİCİNDİL
- 15. MEDENİ USÛL HUKUKUNDA ÇİFTE ETKİLİ VAKIALAR**
The Concept of Doubly Relevant Facts in Civil Procedure
Cansu ATICI KABALAK
- 16. KAT MÜLKİYETİ HUKUKU ÇERÇEVESİNDE EVCİL HAYVAN BULUNDURMA VE EVCİL HAYVANIN İÇGÜDÜSEL DAVRANIŞINDAN DOĞAN SORUMLULUK**
Pet Keeping and Liability Arising from Instinctive Behavior of Pet under Condominium Ownership Law
Guray TÜRKER
- 17. 1924 ANAYASASI VE KURUCU İKTİDAR TARTIŞMALARI**
The 1924 Constitution and the Constituent Power Discussions
Mustafa KOÇAK
- 18. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE BAŞKANLIK, KARARNAME VE DİN-DEVLET İLİŞKİLERİ**
Presidency, Presidential Decree and State-Religion Relations in the United States
Hasan Tahsin FENDOĞLU
- 19. DOKTRİN VE DANIŞTAY KARARLARI İŞİĞİNDE İDARI YARGI MERCİLERİNİN ÖZEL HUKUK KURALLARINA BAŞVURABİLİMLERİ**
In the Light of the Doctrine and the Decisions of the Council of State, Administrative Courts' Ability to Apply to Private Law Rules
Abdulahap DARENDERELİ
- 20. KAMU GÖREVLİLERİNİN SOSYAL MEDYA PAYLAŞIMLARI DOLAYISIYLA DISİPLİN SORUMLULUĞU**
Disciplinary Liability of Public Officials for Social Media Posts
Sümeyye ŞİMŞEK KARABEKİROĞLU
- 21. ULUSLARARASI HUKUKUN SINIRLARINDA BİR MÜDAHALE ARAÇI: SİBER YAPTIRIMLAR VE SİBER KARŞI ÖNLEMLER ÜZERİNE HUKUKİ BİR DEĞERLENDİRME**
An Instrument of Intervention within the Limits of International Law A Legal Assessment of Cyber Sanctions and Cyber Countermeasures
Zeynep ERHAN BULUT
- 22. KAMU MENFAATİNİN GÖZCÜLERİ: AİHM KARARLARI İŞİĞİNDE BİLGİ UÇURANLAR**
Guardians of the Public Interest: Whistle-Blowers Under ECHR Judgments
Yakup YILDIRIM
- 23. AİHM KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI: SÖZLEŞME'Yİ AŞAN BİR SONUÇ OLARAK OBJEKTİF ETKİ**
Binding Force of ECHR Judgments: Objective Effect as a Result Transcending the Convention
Cemre Belçim GÖLBAŞI UÇAR
- 24. YAPAY ZEKÂNIN KULLANIMINDAN KAYNAKLI SORUNLARIN GÖÇ HUKUKUNA ETKİSİ**
The Impact of Problems Arising from the use of Artificial Intelligence on Immigration Law
Necip Fazıl AKBURAKCI
- 25. EŞYA MÜSADERESİNİN TÜRK CEZA KANUNU'NUN (TCK) 54/1. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**
Evaluation of Property Confiscation within the Scope of Article 54/1 of the Turkish Penal Code (TCK)
Sultan ÖNDEŞ

