



Cilt-6 Sayı-2 Jahrgang-6 Heft-2 2024

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ | ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN



TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ  
TÜRKISCH-DEUTSCHE UNIVERSITÄT



# HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

*ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN*

2024

Cilt-6 Sayı-2

Jahrgang-6 Heft-2



**TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-  
DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN**



**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**  
Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien  
Cilt/Jahrgang: 6 • Sayı/Heft: 2 • Aralık / Dezember 2024  
ISSN: 2687-3923 E-ISSN: 2687-461X

**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanan hakemli bir dergidir.**

Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint alle sechs Monate im Juni und Dezember nach Durchführung eines Peer-Reviews

**Dergi Hakkında/Über die Zeitschrift**

**Yayın Sahibi/Herausgeber**  
**Türk-Alman Üniversitesi**  
Türkisch-Deutsche Universität

**Yayın Sahibi Temsilcisi/Vertreter des Herausgebers**

**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı**  
Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft, Türkisch-Deutsche Universität  
Prof. Dr. Hamide Özden Özkaya Ferendeci

**Baş Editörler/Chefredakteure**  
Prof. Dr. Dres. h. c. mult. Philip Kunig  
Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız, Doç. Dr. Berke Özenç

**Baş Editör Yardımcıları/Co-Chefredakteure**  
Prof. Dr. İrfan Akın, Araş. Gör. Lütfullah Yasin Akbulut,  
Araş. Gör. Zehra Büşra Kayaözü, Araş. Gör. Muhammed Ali Çoban,  
Araş. Gör. İrem Diler, Araş. Gör. Nurdan Özçelik

**Yayın Kurulu/Redaktionsbeirat**  
Prof. Dr. Halil Akkanat, İstanbul Üniversitesi  
Prof. Dr. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi  
Prof. Dr. Matthias Mahlmann, Zürih Üniversitesi  
Prof. Dr. Yeşim Atamer, Zürih Üniversitesi  
Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar, Bilkent Üniversitesi  
Prof. Dr. Henning Rosenau, Martin Luther Üniversitesi, Halle/S.  
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul Üniversitesi  
Karl-Heinz Oehler, Türk-Alman Üniversitesi  
Prof. Dr. Murat Atalı, İstanbul Üniversitesi  
Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi  
Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç, İstanbul Üniversitesi  
Prof. Dr. Arzu Oğuz, Ankara Üniversitesi  
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, Medipol Üniversitesi  
Prof. Dr. Zafer Zeytin, Türk-Alman Üniversitesi



Prof. Dr. Huang Hui, Pekin Üniversitesi  
Prof. Dr. Osman Doğru, Marmara Üniversitesi

**Dil Editörü/Spracheditor**

Dr. Karen Klein, Türk-Alman Üniversitesi

**Yönetim Yeri/Hauptverwaltung**

**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

Türkisch-Deutsche Universität, Fakultät für Rechtswissenschaft

**Yayın Türü/Publikationsart**

**Yaygın Süreli Yayın/Periodische Publikation**

**Yayın Dili/Sprachen**

**Türkçe, Almanca, İngilizce/Türkisch, Deutsch, Englisch**

**Yayın Periyodu/Veröffentlichungszeitraum**

**Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanır/Halbjährlich (Juni,  
Dezember)**

**Baskı ve Cilt/Druckerei**

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım

Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.

Matbaacı Sertifika Numarası: 48596

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım

Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.

Cemal Yener Tosyalı Cad. No: 57/A (113)

Vefa-Fatih/İSTANBUL

Tel: (212) 527 0 718 - (850)441 0 359

Faks: (212) 519 20 71

www.filizkitabevi.com bilgi@filizkitabevi.com

Yayıncı Sertifika Numarası: 48596

**İletişim/Kontakt**

**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

Şahinkaya Cad. 86 - 34820 Beykoz / İSTANBUL, e-mail: hukuk@tau.edu.tr

http://www.tau.edu.tr - http://hukuk.tau.edu.tr

Tel: +90 (216) 333 30 00 Web: http://hfd.tau.edu.tr/

E-mail: tauhfd@tau.edu.tr, ztdr@tau.edu.tr

**Basım Tarihi/Druckdatum**

**Aralık / Dezember 2024**

## İçindekiler/Inhaltsverzeichnis

<b>MAKALELER/AUFSÄTZE.....</b>	<b>1</b>
<b>Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Çocuğun Soyadı</b> Der Name des Kindes nach türkischem, schweizerischem und deutschem Recht.....	3
Dr. Öğr. Üyesi Kemal ERDOĞAN	
<b>Gerçeğe Aykırı Beyan, Sözleşme ve Eki Belgelerinde Sahtecilik Suçu</b> Unwahren Angaben und Urkundenfälschung in Verträgen und Anhangdokumenten .....	96
Araş. Gör. Kazım Furkan AĞKUŞ	
<b>Parametrik Sigorta Sözleşmeleri (Gösterge Temelli Sigorta Sözleşmeleri)</b> Parametrische Versicherungsverträge (Index-Basierte Versicherungsverträge).....	133
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Batuhan OYAL	
<b>Siyasal Ekoloji Çerçevesinde Devlet Kudretinin Yeşilleşmesine İlişkin Bir Tartışma</b> Eine Erörterung der Vergrünung staatlicher Macht im Kontext der politischen Ökologie.....	186
Dr. Öğr. Üyesi A. Aslı ŞİMŞEK ÖNER	
<b>Alman Hukukunda Hukuka Aykırı İdari İşlemlerin Geri Alınmasında İdarenin Takdir Yetkisi</b> Das Rücknahmeermessen der Verwaltung bei rechtswidrigen Verwaltungsakten im deutschen Recht .....	256
Öğr. Gör. Dr. Ayşe Nur SALDIRAN	
<b>Göreve Gelmeme Hâllerinde Devlet Memurlarına Uygulanacak Yaptırımların İhmalinden Doğabilecek Mali ve Cezai Sorumluluk</b> Finanz- und strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Unterlassen von Sanktionen im Falle der Dienstabwesenheit von Beamten .....	285
Dr. Yalçın ARSLANTÜRK	

**Destekleyici Edimlerde Fırsat Eşitliği ve Damgalama Dengesi: Federal Alman Anayasa Mahkemesinin “Diplomada Disleksi Kaydı” Kararı Işığında Bir İnceleme**

Die Abwägung von Chancengleichheit und Stigmatisierung bei Fördermaßnahmen: Eine Analyse im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum „Legasthenie-Vermerk in den Abiturzeugnissen“ .....319  
Araş. Gör. Ceren Hilal GÜNAYDIN

**Das Executive Summary in Rechtsgutachten**

Hukuki Görüşlerde Yönetici Özeti.....371  
Dr. Karen KLEIN

**Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Etkin Pişmanlık (FSEK M. 71/3)**

Die tätige Reue im Gesetz über geistige und künstlerische Werke (Art. 71/3 des FSEK) .....381  
Araş. Gör. Dr. Bilal OSMANOĞLU

**Dijitalleşmenin İnsan Haklarına Getirdiği İnkilemleri Savunmasız Gruplar Örneği Üzerinden Anlamak**

Herausforderungen der Digitalisierung im Hinblick auf die Menschenrechte aus der Perspektive schutzbedürftiger Gruppen .....414  
Dr. Melih Uğraş EROL

**Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Geçerlilik Koşulları**

Gültigkeitsbedingungen einer Strafenterbung .....454  
Dr. Öğr. Üyesi Özlem ACAR ÜNAL

**Yükümlülük Suçlarının Kasıtlı Extraneus Aracılığıyla İşlenmesi**

Die Begehung von Pflichtdelikten durch den vorsätzlich ausführenden Extraneus (qualifikationlos-doloses Werkzeug).....513  
Araş. Gör. Fahrettin KIDIL

**Mercedes-Decision of the European Court of Justice: A New Phase in European Law**

Adalet Divanı’nın Mercedes Kararı: Avrupa Hukuku’nda Yeni Bir Safha .....542  
Dr. Cihat BÖRKLÜCE

**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**

Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları .....563

**Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien**

Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben.....569

## **MAKALELER/AUFSÄTZE**



## Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Çocuğun Soyadı<sup>♦</sup>

### Der Name des Kindes nach türkischem, schweizerischem und deutschem Recht

Dr. Öğr. Üyesi Kemal Erdoğan\*

#### ÖZ

*Kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağına ilişkin TMK m. 187 hükmü, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve bu iptal kararı 28.01.2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar uygulama aksi yönde gelişse de teorik olarak kadınlar artık evlenmekle birlikte kocalarının soyadını taşımak zorunda değildir. Bu durum, çocuğun ana ve baba evli ise ailenin soyadını alacağını öngören TMK m. 321 hükmünü uygulanamaz hâle getirmiştir. Zira artık eşler ortak bir soyadı taşımak, yani aile soyadı edinmek zorunda olmadıklarından, TMK m. 321 hükmü uyarınca evlilik birliği içinde doğan çocuğa hangi soyadının verileceği belirsiz hâle gelmiştir. Olan hukukta çocuğun soyadı konusunda ortaya çıkan boşluğun hâkim tarafından yeni bir hukuk kuralı ihdas edilerek doldurulması gerekmektedir. Kişisel bir değer olan soyadını ilgilendirdiği için, konunun yönetmelikle veya Bakanlığın açıklayıcı yazılarıyla çözülmesi ise mümkün değildir. Hâkim bu boşluğu doldururken İsviçre ve Alman hukukunun da dâhil olduğu kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki düzenlemelerden istifade edebilecektir. Buna karşılık, olması gereken hukuk bakımından Türk*

<sup>♦</sup> Bu çalışma, 6. Uluslararası Multidisipliner Çocuk Çalışmaları Kongresi'nde "Kadının ve Çocuğun Soyadına İlişkin Güncel Gelişmeler ve Olması Gereken Hukuk Bakımından Bir Öneri" başlığıyla sunulan ve özet metni yayınlanan bildirisinin genişletilerek makale hâline getirilmiş hâlidir.

\* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (kemalerdoganhukuk@gmail.com). ORCID ID: 0000-0001-8648-1623.



*kanun koyucusu derhâl bütüncül bir anlayışla gerek ailenin gerek çocuğun soyadını yasal bir düzenlemeye kavuşturmalıdır. Kanun koyucu, bu yasal düzenlemeyi yaparken özellikle İsviçre'de 1 Ocak 2013 ve 1 Temmuz 2014 tarihlerinde yürürlüğe giren hükümleri ve Alman hukukunda yürürlükte bulunan hükümlerle 1 Mayıs 2025'te yürürlüğe girmesi beklenen Evlilik ve Doğum Adına İlişkin Hükümlerin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı'nda yer alan hükümleri göz önünde bulundurmalıdır. Çalışmada Türk, İsviçre ve Alman hukukunda çocuğun anne ve/veya babasının soyadını edinmesi ve bu bağlamda Alman hukukunda 1 Mayıs 2025 tarihinde yürürlüğe girmesi beklenen revizyon incelenmiş ve nihayet Türk hukukunda çocuğun soyadının ne şekilde düzenlenmesi gerektiği yönünde bir öneri getirilmiştir.*

*Anahtar Kelimeler: Kadının soyadı, çocuğun soyadı, aile soyadı, soybağının hükümleri, kanun önünde eşitlik ilkesi.*

## **The Surname of the Child Under Turkish, Swiss and German Law**

### **ABSTRACT**

*Article 187 of the Turkish Civil Code (TCC), which required women to take their husband's surname upon marriage, was repealed by the Constitutional Court, and this repeal decision entered into force on January 28, 2024. Although the practice has developed vice versa, theoretically, women are no longer obliged to bear the surname of their husbands upon marriage. This situation has rendered Article 321 of the TCC, which stipulates that the child shall take the surname of the family if the parents are married, inapplicable. Since the spouses are no longer obliged to bear a common surname, in other words, to adopt a family surname, it has become uncertain which surname will be given to the child born within the marriage union in accordance with Article 321 of the TCC. The gap in the existing law regarding the surname of the child must be filled by the judge through judicial rulemaking. Since it concerns the surname, which is considered a personal right, it is not possible to resolve the issue by guidelines or explanatory letters of the Ministry. While filling this gap, the judge may make use of the*

*regulations in continental European legal systems, including Swiss and German Law. On the other hand, from a de lege ferenda perspective, the Turkish legislator should immediately regulate the surname of both the family and the child with a holistic approach. While making this legal regulation, the legislator should take into consideration the provisions that entered into force on January 1, 2013, and July 1, 2014, in Switzerland, the provisions in force in German Law, and the provisions in the Draft Law on the Amendment of the Provisions on Marriage and Birth Name, which is expected to enter into force on May 1, 2025. In this study, the child's adoption of the surname of the mother and/or father under Turkish, Swiss, and German Law and the revision expected to enter into force on May 1, 2025, under German Law in this context are examined, and finally, a suggestion is made as to how the surname of the child should be regulated under Turkish Law.*

**Keywords:** *Woman's surname, child's surname, married name, provisions of paternity, the equal protection of law.*

## GİRİŞ

Kişilerin belirli bir soydan geldiğini gösteren ve aynı adı taşıyan kişilerin birbirinden ayırt edilmesini sağlayan ada, soyadı denilmektedir<sup>1</sup>. 21.06.1934 tarih ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun<sup>2</sup> (SK)

---

<sup>1</sup> Benzer tanımlar için bkz. Yıldız Abik, *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 31; Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku, Cilt I, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 424; Ayça Akkayan-Yıldırım, "Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 69*; Serkan Ayan, "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 4, 2012, s. 20*; Başak Başoğlu, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2017, s. 352*; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 97*; Seda İrem Çakırca, "Kadın



---

Erkek Eşitliği Açısından MK.m.187'nin Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 703*; Özgün Çelebi, "Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı ve Soyadının Çocuğa Aktarımı", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2019, s. 550*; Damla Özden Çelt, "TMK m. 187'nin İptali Kararının Çocuğun Soyadına Olası Etkileri ve Olması Gereken Hukuk Bağlamında Bir Öneri", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. Yılına Armağan, 2023, s. 1071*; Mustafa Dural/Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, N. 832*; Esra Dursun, *Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 8*; Kübra Kamelya Efedayioğlu, "Evli Kadının Soyadı Problemi", *Ankara Barosu Dergisi, C. 77, S. 4, 2019, s. 5-6*; Özge Erbek-Odabaşı, "Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2017, s. 47*; Arzu Genç-Ardemir, "Türk Hukukunda Anne ve Babası Evli Olan Çocuğun Soyadı ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, C. 9, S. 1, Özel Sayı, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, 2011-2012, s. 731*; Mahir Ersin Germeç, "Çocuğun Soybağı ve Soyadı", *Terazi Hukuk Dergisi, Y. 7, S. 67, 2012, s. 67*; Ayşe Havutcu/Yasemin Kalkancı, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2020, s. 137*; Serap Helvacı/Gediz Kocabaş, "Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 2, Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'a Armağan, 2015, s. 615*; Pelin Işıntan, "Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2012, s. 265*; Ebru Karaman, "Türk Hukukunda Evli Kadının Soyadı", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y. 5, S. 49, 2017, s. 44-45*; Kumru Kılıçoğlu-Yılmaz, "Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu", *Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2014, s. 583*; Süleyman Mortaş, "Evlene Kadın ile Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde 'Kocanın Soyadı' Parametresi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, s. 2016, s. 313, dn. 1*; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 106*; Saibe Oktay-Özdemir, "Soyadı ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları*

1'inci maddesine göre, "Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur". Hükümden anlaşılacağı üzere, her Türk vatandaşının hayatı boyunca bir soyadı taşıma zorunluluğu ve yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>3</sup>. Soyadı kişinin kimliğinin ayrılmaz bir parçası olup,

---

*Dergisi*, C. 22, S. 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. II, 2016, s. 2019; Bahar Öcal-Apaydın, "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2015, s. 427; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 208-209, 1010; Mehmet Gökhan Pehlivan, "Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı ile Velayet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7, 2016, s. 797; Sera Reyhani-Yüksel, "Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, 2014, s. 182; Selin Sert-Sütçü, "Soybağının Kurulması", *Çocuk Hukuku, Genel Esaslar ve Güncel Meseleler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 294; Süleyman Yılmaz/Gökçe Filiz Çavuşoğlu, "Soyadı Üzerine Güncel Hukukî Sorunlar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 1, 2020, s. 4-5; Yeliz Yücel, *Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 200.

<sup>2</sup> RG. T. 02.07.1934, S. 2741.

<sup>3</sup> Abik, s. 37; Pakize Ezgi Akbulut, "Türk ve Alman Hukuku'nda Evlenme ve Boşanmanın Kişinin Soyadına Etkisi ve Milletlerarası Özel Hukukta Ortaya Çıkan Sorunlar", *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 76, S. 3, 2011, s. 62; Akkayan-Yıldırım, s. 69; Çelt, s. 1071-1072; Erbek-Odabaşı, s. 47; Erdoğan, İhsan, "Şahsiyeti İncitici Soyadı Meselesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1-2, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, 1998, s. 705; Deniz Ergene, "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 31, S. 2, 2011, s. 128; Germeç, s. 67; Ece Göztepe, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 54, S. 2, 1999, s. 114; Zeynep Güler, *Türk Hukuku'nda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 19; Işıntan, s. 266; Nurten İnce, "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı", *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, C. 3, S. 2, 2017, s. 38; Kılıçoğlu-Yılmaz, s. 583; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 107; Hayrunnisa Özdemir, "Türk ve İsviçre Medenî Hukuku'nda Ad Üzerindeki Hak ve

kişiyi sıkı suretle bağlı, vazgeçilemez ve devredilemez mutlak bir haktır. Bu bakımdan soyadı, kişilik hakkının korumasından yararlanmaktadır<sup>4</sup>. Kanun koyucunun diğer kişisel değerlerden farklı

---

Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3, 2008, s. 566, 571; Burak Özen, “Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 16, S. 3-4, 2010, s. 171; Pehlivan, s. 798. Soyadı Kanunu yürürlüğe girdiği zaman, ayırt etme gücüne sahip ergin kişilere bir ismi soyadı olarak seçme hakkı ve görevi vermiştir. Ancak Soyadı Kanunu’nun 3’üncü maddesine göre, “Rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleriyle umumi edelere uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılamaz”. Şayet ergin olan kişi akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle vesayet altına alınmışsa, onun soyadını seçme hakkı babasına, yok ise anasına, o da yok ise vasisine verilmiştir (SK m. 5). Evlilik birliğinde ise soyadı seçme hakkı ve vazifesi kural olarak kocaya tanınmış (SK m. 4/I); koca ölmüş ve karısı yeniden evlenmemişse ya da evlilik birliği devam etmesine rağmen koca akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle vesayet altında bulunuyor ise, soyadını seçme hakkı ve vazifesi karıya tanınmıştır (SK m. 4/II). Ne var ki, koca öldükten sonra karı yeniden evlenmişse ya da koca akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle vesayet altına alınmış ve evlilik de son bulmuşsa soyadını seçme hak ve vazifesi, çocuğun baba cihetinden olan kan hısımlarından en yakın erkeğe ve bunların en yaşlısına, yok ise vasiye verilmiştir (SK m. 4/III). Bununla birlikte, bazı kişilerin soyadı seç(e)meyebileceklerini göz önünde tutan kanun koyucu, bu kişilere (kendiliklerinden soyadı seçmeyenlere veya anası babası belli olmayan çocuklara) ad takma yetkisinin ana kütüğün bulunduğu yerin en büyük mülkiye memuruna ait olduğunu öngörmüştür (SK m. 8).

<sup>4</sup> Verena Bräm, *Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), 2. Teilband, 1c. Unterteilband: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180*, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1998, Art. 160, N. 7; Roland Bühler, “Art. 270-270b ZGB”, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, Hrsg. Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2018, N. 3; Christian Fraefel, “Art. 270-270b ZGB”, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB - Partnerschaftsgesetz*, Hrsg. Ruth Arnet/Peter Breitschmid/Alexandra Jungo, 4. Auflage, Schulthess, Zürich, 2023, N. 2;

---

Cyril Hegnauer, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, 2. Teilband: Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art. 270-275 ZGB, Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art. 276-295 ZGB*, Hrsg. Heinz Hausheer, Stämpfli Verlag, Bern, 1997, Art. 270, N. 2; Margot Michel/Christina Schlatter, "Art. 270-270b ZGB", *Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2018, N.1a; Claudia Stehli, "Art. 270-270b ZGB", *Orell Füssli Kommentar, ZGB-Kommentar*, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021, Art. 270, N. 1; Abik, s. 37-41, 63; Akbulut, s. 62; M. Gözde Atasayan, "Kadının Soyadı da Yok", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 201; Ayan, s. 20; Başoğlu, s. 352; Ebru Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 51; Çakırca, Kadın Erkek Eşitliği, s. 704; Seda İrem Çakırca, "Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 70, S. 2, 2012, s. 145-146; Çelebi, s. 550-551; Çelt, s. 1070-1071; Yasemin Durak/Nurşen Ayan, "Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanunu'nun 187. Maddesini İptal Etmesi Çerçevesinde Kadının ve Çocuğun Soyadının Değerlendirilmesi", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, 2023, s. 364; Dursun, s. 14; Efedayıoğlu, s. 5; Ekşi, s. 313; Gülçin Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 25; Erbek-Odabaşı, s. 46; Ergene, s. 125; Göztepe, s. 115; Güler, s. 19-20; Kudret Güven, *İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Son Gelişmeler*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2023, s. 246, 407-408; Havutcu/Kalkancı, s. 137-138; Helvacı/Kocabaş, s. 616; Işıntan, s. 266; İnce, s. 38; Ahmet Kalender, "Evliliğin Genel Hükümleri", *Medeni Hukuk-II, Aile Hukuku*, Ed. Metin İkizler/ Özlem Tüzüner, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 216; Karaman, s. 45; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 475; Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 106; Oktay-Özdemir, *İsviçre Medeni Kanunu*, s. 2019; Öcal-Apaydın, s. 427-428; Özen, Soybağı, s. 171; Öztan, s. 208-209, 1010; Pehlivan, s. 798; Selâhattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 281; Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 5-6; Yücel, s. 199-200. Türkiye'nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7'nci maddesine göre, her çocuk doğumundan itibaren bir isim hakkına sahiptir. Bkz. Başoğlu, s. 352; Çelt, s. 1075; Ergene, s. 126-127.

olarak TMK m. 26-27 hükümleriyle adı ayrıca koruması, kişisel değerlerden birisi olan ada ne kadar önem verdiğini göstermektedir.

Türk hukukunda çocuğun adını velâyet hakkı kapsamında ana ve babanın koyacağı kabul edilmiştir (TMK m. 339/V). Buna karşılık, çocuğun soyadı velâyet hakkının kapsamında düzenlenmemiş, doğrudan soybağı ilişkisinin bir hükmü olarak ele alınmıştır<sup>5</sup>. Kanun koyucunun çocuğun soyadının belirlenmesinde temel hareket noktası, soybağının kurulup kurulmamasıdır<sup>6</sup>. Soybağı, kan bağı ya da evlât edinme yoluyla kurulabilir. Çocuk ile anası arasında kan bağına dayanan soybağı doğumla kurulmakta iken; baba ile çocuk arasındaki soybağı ana ile evlilik, tanıma veya babalık davası yollarından birisi ile kurulmaktadır. Baba ile soybağının kurulması hâlinde çocuk, babasının soyadını alacakken; baba ile soybağının kurulmaması hâlinde ise anasının soyadını taşıyacaktır. Soybağının evlât edinme yoluyla kurulmasında da evlât edinilen küçük, kural olarak evlât edinenin soyadını alacaktır (TMK m. 314/III)<sup>7</sup>.

Çocuğun soyadını kazanmasında öncelikle baba ile soybağının kurulup kurulmadığı önem taşımakta; çocuğun ana ile soybağının kurulması ancak babası ile soybağının kurulmadığı durumlarda rol oynamaktadır. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi'nin gerek somut norm denetimi gerek bireysel başvuru yoluyla önüne gelen uyuşmazlıklarda verdiği kararlar<sup>8</sup>, çocuğun soyadının belirlenmesinde artık soybağının değil, velâyet hakkının kıstas alınması gerektiği fikrini uyandırmıştır. Bununla birlikte, mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) 1 Ocak 2013 ve 1 Temmuz 2014 tarihlerinde yürürlüğe giren değişiklikler ile Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) meselenin düzenlenişi, çocuğun soyadının

---

<sup>5</sup> Hatice Kübra Ercoşkun Şenol, "Soybağı", Aile Hukuku, Ed. Şebnem Akipek Öcal/Hayrunnisa Özdemir, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 398-399.

<sup>6</sup> Ercoşkun Şenol, s. 396.

<sup>7</sup> Gözde Çağlayan Aygün, "Evlat Edinme", Aile Hukuku, Ed. Şebnem Akipek Öcal/Hayrunnisa Özdemir, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 448.

<sup>8</sup> AYM, Başvuru No: 2013/3434, T. 25.06.2015, (RG. T. 02.10.2015, S. 29490); AYM, Başvuru No: 2013/9880, T. 11.11.2015, (RG. T. 31.12.2015, S. 29579).

belirlenmesi bakımından temel kriter olarak velâyet hakkının dikkate alındığını göstermektedir<sup>9</sup>.

Türk hukukunda kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağına ve yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabileceğine yönelik Türk Medeni Kanunu'nun 187'nci maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olup, hâlihazırda bu konuda yasal bir düzenleme yapılmamıştır. Gerek hukuk öğretisinde gerek kamuoyunda mesele, sadece kadının (ya da ailenin) soyadı bağlamında tartışılmakta; ancak ailenin soyadına yönelik düzenlemelerin çocuğun soyadını nasıl etkileyeceği meselesi ikinci plana atılmaktadır. "Eşler boşanır ama olan, çocuklara olur" şeklinde Anadolu'da yaygın olan atasözünde de belirtildiği üzere, peki ya çocukların soyadı ne olacaktır? Hâlihazırda TMK m. 187 hükmü iptal edildiği için, kadının kocasının soyadını taşımasını gerektiren yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada kadınlar hâlen kocalarının soyadını kullanmak zorunda bırakılırlar<sup>10</sup> da iptal hükmünün yürürlüğe girdiği 28.01.2024 tarihinden itibaren yapılan evliliklerde kadınlar, teorik olarak kocalarının soyadını almak zorunda olmayıp, kendi bekârlık soyadlarını kullanmaya devam etmelidirler<sup>11</sup>. Hatta

---

<sup>9</sup> Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 8; Stehli, OFK ZGB, Art. 270a, N. 1; Ayan, s. 35.

<sup>10</sup> Uygulamada Nüfus Müdürlükleri, 8.5.2020 tarihli ve 2505 sayılı Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nin (RG. T. 9.5.2020, S. 31122) "Evlenen kadının soyadı" başlıklı 24'üncü maddesinde evlenen kadının kocasının soyadını alacağına belirtildiğini ifade etmekte ve her ne kadar TMK m. 187 hükmü iptal edilmiş olsa bile eski uygulama devam etmektedir. Ne var ki, bu uygulamanın temel bir hukuk ilkesi olan normlar hiyerarşisine aykırı olduğu açıktır. Kişisel değerlerden birisi olan soyadını değiştirme zorunluluğu, ancak kanuni bir düzenleme ile öngörülebilir. Mevcut durumda kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağına yönelik kanuni bir düzenleme bulunmadığından, teorik olarak artık kadınların soyadının değişmezliği ilkesinin benimsendiği sonucuna ulaşılmalıdır. Aynı yönde bkz. Hayriye Şen Doğramacı, "Evliliğin Hükümleri", *Aile Hukuku*, Ed. Şebnem Akipek Öcal/Hayrunnisa Özdemir, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 246.

<sup>11</sup> Aynı yönde bkz. Çelt, s. 1068, 1077-1078.

kanaatimizce iptal hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra evlenen kadınların, istemleri hâlinde bile kocalarının soyadını kullanma imkânı bulunmamakta olup, şayet arzu ederlerse soyadının değiştirilmesi davası açmaları gerekmektedir. Bu durum karşısında 28.01.2024 tarihinden sonra kurulan bir evlilik içinde doğan çocuğun kimin soyadını alacağı hususu akla gelmektedir. Nitekim TMK m. 321 hükmünde, “çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; (...) soyadını taşır” şeklinde bir düzenleme bulunmaktaysa da; pozitif hukuk bakımından hâlihazırda bir aile soyadı mevcut olmadığından çocuğun kimin soyadını alacağı meselesi gündeme gelecektir. Diğer taraftan, hâlen yürürlükte bulunan 25.4.2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu (NHK)<sup>12</sup> m. 28/IV, “Tanınan veya babalığa hüküm kararı ile soybağı kurulan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile nakledilir” şeklinde bir hüküm içermektedir. Hâl böyle olunca TMK m. 187 hükmünün iptali nedeniyle oluşan kanun boşluğu, NHK m. 28/IV hükmü genişletici yorumu tabi tutularak anası bekârlık soyadını taşımaya devam etse bile babası ile herhangi bir yolla soybağı kurulan çocuğun babasının soyadını alacağı ileri sürülebilir.

Öte yandan, kişinin kimliğini geliştirebilmesi ve bireyselleşebilmesi için, bir soyadına sahip olması ve sahip olduğu bu soyadının sürekli değişime uğramaması gerekmektedir. Buna “soyadının değişmezliği” ilkesi denilmektedir<sup>13</sup>. Soyadının değişmesini gerektiren haklı nedenler varsa da kişiye kendi kararını verebilme fırsatı sunulmalıdır. Türk Medeni Kanunu’nun evli kimsenin evlât edinilmesinde eşinin rızasını aramasının bir sebebi olarak evlât edinme işleminden sonra evlâtlıkla birlikte eşinin de soyadının değişme ihtimali gösterilmektedir<sup>14</sup>. O hâlde, kocanın (dolayısıyla kadının) evlât edinme işlemi nedeniyle soyadının değişmesine karısı, engel olabilmektedir. Diğer bir deyişle, Türk Medeni Kanunu kişiye soyadını belirleme

<sup>12</sup> RG. T. 29.04.2006, S. 26153.

<sup>13</sup> Serap Helvacı, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 35, S. 1, 2015, s. 158.

<sup>14</sup> Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, N. 1581.

noktasında kısmi bir imkân tanımıştır. Kanaatimizce bu imkânın oldukça dar bir kapsamda tutulmaması ve kamu düzenini bozmayacak kadar genişletilmesi yerinde olur.

Bu çalışmada, öncelikle Türk hukukunda çocuğun soyadı konusu ele alınacak; hemen ardından İsviçre ve Alman hukukunda çocuğun soyadının belirlenmesinde kabul edilen ölçütlere ve gelişmelere yer verilecektir. Nihayet İsviçre ve Alman hukukundaki gelişmeler dikkate alınarak Türk Medeni Kanunu'nda yapılması düşünülen soyadı revizyonunda çocuğun soyadının ne şekilde düzenlenmesi gerektiği yönünde bir öneri getirilecektir.

## I. TÜRK HUKUKUNDA ÇOCUĞUN SOYADI

Çocuğun soyadı, Türk Medeni Kanunu'nda "Soybağının Hükümleri" başlığı altında, 321'inci maddede emredici olarak<sup>15</sup> düzenlenmiştir. Buna göre, "*Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin*<sup>16</sup>; (...)

---

<sup>15</sup> TMK m. 321 hükmünün emredici bir hüküm olduğu yönünde bkz. Abik, s. 139; Ece Baş-Süzel/ Gökçe Kurtulan, "Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 135-136, 2015, s. 80; Başoğlu, s. 353; Çelt, s. 1076; Dural/Öğüz/Gümü, N. 835; Dursun, s. 62; Ergene, s. 139; Genç-Arıdemir, Sorunlar, s. 738; Güler, s. 152; Mortaş, s. 317; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 109; Oktay-Özdemir, İsviçre Medeni Kanunu, s. 2029; Öcal-Apaydın, s. 426, 429; Özdemir, s. 571; Özen, Soybağı, s. 173; Öztan, s. 209, 1010-1011; Pehlivan, s. 801; Sert-Sütçü, s. 295.

<sup>16</sup> Türk hukukunda aile soyadı bakımından birlik ilkesi geçerli idi ve TMK m. 187 hükmüne göre aile soyadı, kocanın soyadı idi. Hükümde kadının evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde kendi soyadını kullanabilmesine olanak tanınmıştı. Ancak evli olan kadının bu hüküm uyarınca evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanması mümkün değildi. Ayrıca birlik ilkesi uyarınca ailede koca, karı ve çocukların aynı soyadını taşımaları gerekmektedir. Ancak bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ihlâl kararları neticesinde Yargıtay da evli kadınların tek başına bekârlık soyadını kullanmalarının yolunu açmıştı. Ne var ki, TMK m. 187 hükmü Anayasa Mahkemesi'nin 22.02.2023 tarihli ve 2022/155 Esas, 2023/38 Karar sayılı kararıyla iptal edilmiş, iptal kararı 28.04.2023 tarihinde 32174 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmış ve 28.01.2024



soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır". Hükümden anlaşılacağı üzere, çocuğun hangi soyadını alacağı konusunda temel ölçüt, ananın ve babanın evli olup olmamasıdır. Diğer bir deyişle, çocuğun doğumla kimin soyadını alacağı belirlenirken öncelikle ortada bir ailenin olup olmadığına, diğer bir deyişle çocuğun evlilik içinde doğup doğmadığına bakılmalıdır<sup>17</sup>.

### A. EVLİLİK İÇİNDE DOĞAN ÇOCUĞUN SOYADI

TMK m. 321-c.1 hükmüne göre, ana ve babası evli olan çocuk ailenin soyadını almak zorundadır. Diğer bir deyişle, Türk hukukunda geçerli olan ailenin soyadında birlik ilkesi uyarınca eşlerin ve çocukların aynı soyadını taşımaları gerekmektedir<sup>18</sup>. Öncelikle hükümde geçen "ana ve baba evli ise" ibaresinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır. Acaba ana ve baba, çocuğun doğduğu anda mı yoksa çocuğun ana rahmine düştüğü anda mı evli olmalıdır? Çocuğun varlık kazandığı ve dünyaya gelmeden önce ana rahminde geçirdiği sürecin ilk ve son anları bu iki andır. TMK m. 321/c.1 hükmünde bu sorunun cevabı net bir şekilde verilmemiştir. Ne var ki öğretilerde haklı olarak kabul edildiği üzere<sup>19</sup>, ana ve babanın evli olması ibaresi, hem çocuğun ana

---

tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kadının soyadı ve daha doğru bir ifadeyle aile soyadı meselesi, çocuğun soyadı ile de yakından ilgilidir. Ancak bu konu önceden çok defa incelendiğinden çalışmanın kapsamını gereğinden fazla genişletmemek amacıyla kadının soyadı konusuna değinilmemiştir.

<sup>17</sup> Abik, s. 139; Dursun, s. 46-47; Güler, s. 151; Mortaş, s. 316; Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 12.

<sup>18</sup> Ayan, s. 20; Mustafa Alper Gümüş, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 23; Havutcu/Kalkancı, s. 140.

<sup>19</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 425; Akkayan-Yıldırım, s. 70; Cem Baygın, "Kan Bağına Dayanan Soybağı", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1-4, 2002, s. 278; Baygın, *Soybağı Hukuku*, s. 98; Çelebi, s. 571; Çelt, s. 1075, dn. 54; Dural/Öğüz, N. 858; Dursun, s. 48; Erbek-Odabaşı, s. 48; Genç-Arıdemir, *Sorunlar*, s. 733; Güler, s. 153; Işıntan, s. 267; Mortaş, s. 316-317; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 109; Oktay-Özdemir, *İsviçre Medeni Kanunu*, s. 2029; Öcal-Apaydın, s. 450; Özen, *Soybağı*, s. 174; Öztan, s. 1011; Sert-Sütçü, s. 295; Gamze Turan-Başara, "Ana ile Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin

rahmine düştüğü anı hem de doğum anını kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Diğer bir deyişle, ana ve babanın evli olmasından kasıt, babalık karinesinin uygulandığı hâllerdir. Zira öğretilerdeki bu görüşün aksine hükmü dar yorumlayarak evliliğin mevcudiyetini sadece çocuğun doğduğu anda aramak, Türk Medeni Kanunu'nun babalık karinesine ilişkin hükümlerini anlamsız kılmaktadır. Hâl böyle olunca, doğumu anında anası ve babası evli olan ya da evlilik dışında doğmuş olsa bile evlilik içinde ana rahmine düşen çocuk, ailenin soyadını taşır. Bu nedenle, evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde doğan çocuk, ailenin soyadını almalıdır. Zira bu süre içinde doğan çocuk, babalık karinesinden faydalanmaktadır (TMK m. 285)<sup>20</sup>. Hatta bu süre geçtikten sonra doğan çocuk, ananın evlilik sırasına gebe kaldığı ispatlanabilirse kocaya bağlanmakta (TMK m. 285/II) ve böylece ailenin soyadını alması gerekmektedir<sup>21</sup>. Aynı şekilde, baba ile soybağının sonradan evlenme yoluyla kurulması hâlinde de evlilik dışında doğan çocuk kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olacağından (TMK m. 292), bu çocuk da ailenin soyadını taşımaktadır<sup>22</sup>.

---

Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 131, 2017, s. 216; Yücel, s. 203.

<sup>20</sup> Bkz. Akkayan-Yıldırım, s. 70; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması*, 7. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2020, s. 121; Ayan, s. 23; Başoğlu, s. 354; Baygın, *Soybağı Hukuku*, s. 98; Çelt, s. 1075, dn. 54; Dural/Öğüz, N. 587-859; Dursun, s. 48-49; Efedayioğlu, s. 8; Erbek-Odabaşı, s. 48; Erdoğan, s. 707; Genç-Arıdemir, *Sorunlar*, s. 734-737; Germeç, s. 67; Güler, s. 153; Mortaş, s. 316-317; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 109; Oktay-Özdemir, *İsviçre Medeni Kanunu*, s. 2029; Öcal-Apaydın, s. 450; Özen, *Soybağı*, s. 174; Pehlivan, s. 801; Sert-Sütçü, s. 295; Abdulkerim Yıldırım, *Türk Aile Hukuku*, 5. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara, 2023, s. 147; Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 12; Yücel, s. 203.

<sup>21</sup> Dural/Öğüz, N. 587-859; Efedayioğlu, s. 8; Erbek-Odabaşı, s. 48; Güler, s. 153; Özen, *Soybağı*, s. 174, dn. 11; Pehlivan, s. 801; Yücel, s. 208.

<sup>22</sup> Abık, s. 55; Akkayan-Yıldırım, s. 70, 77; Baygın, *Kan Bağı*, s. 279; Çelebi, s. 571; Çelt, s. 1075, dn. 54; Dural/Öğüz, N. 587-859; Dursun, s. 48; Erbek-Odabaşı, s. 48; Genç-Arıdemir, *Sorunlar*, s. 737; Germeç, s. 67; Güler, s. 153; Mortaş, s. 317; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 110; Oktay-Özdemir,

Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde çocuğun hangi soyadını alacağı meselesi de ayrıca incelenmelidir. Şöyle ki eşlerden birisi hakkında gaiplik kararı alınması, Türk hukukunda evliliği kendiliğinden sona erdirmemektedir. TMK m. 131 hükmüne göre, *“Gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmemişçe yeniden evlenemez”*. Ayrıca, Türk Medeni Kanunu’nda gaiplik kararının ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğuracağı öngörülmüştür (TMK m. 35/II). Bu durumda, gaiplik kararının hüküm ve sonuçlarını doğurduğu ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı gün ile evliliğin feshedilmesi arasındaki süreçte doğan çocuğun soyadının ne olacağı akla gelmektedir. TMK m. 285/III hükmünde, *“Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar”* şeklinde bir düzenleme yapılarak babalık karinesi sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla kocanın ölüm tehlikesi içinde kaybolmasından veya ondan son haber alındığı günden itibaren üçyüz gün geçtikten sonra doğan çocuk, bu ihtimalde babalık karinesi geçerli olmadığı için kocanın değil, annesinin soyadını almalıdır<sup>23</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, çocuğun doğumu anında annesi ile koca arasındaki evlilik hukuken devam etmektedir. Bu nedenle, gaiplik kararı verilmeye kadar çocuğa hâlihazırda mevcut olan babalık karinesi gereğince kocanın soyadı verilir. Ne var ki sonradan verilen gaiplik kararıyla birlikte babalık karinesinin etkisi de geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta ve çocuğun soyadı kendiliğinden annesinin kendisini doğurduğu andaki soyadıyla değişmektedir<sup>24</sup>.

---

İsviçre Medeni Kanunu, s. 2029; Özen, Soybağı, s. 181; Öztan, s. 1014; Pehlivan, s. 801; Sert-Sütçü, s. 295; Yıldırım, s. 148; Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 12, 14; Yücel, s. 209.

<sup>23</sup> Bkz. Ayan, s. 26; Efedayioğlu, s. 8; Erbek-Odabaşı, s. 48; Genç-Arıdemir, Sorunlar, s. 739; Pehlivan, s. 801.

<sup>24</sup> Ayan, s. 26. Peki anne çocuğun doğumu anında zaten kocasının soyadını taşımakta ise, çocuk dolaylı olarak yine de kocanın soyadını mı alacaktır? Bu hususta öğretide, soybağının reddi hâlinde çocuğun soyadının düzenlendiği Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in 104’üncü maddesinin kıyasen uygulanması sonucunda bu durumda çocuğun annesinin bekârlık soyadını alacağı savunulmaktaydı (Ayan, s. 26).

Evlilik içinde doğan çocuğun ailenin soyadını taşıması için, ana ve/veya babanın çocuk üzerinde velâyet hakkına sahip olması şart değildir. Çocuk henüz doğmadan evvel ana ve/veya babasının velâyet hakkı kaldırılmış olsa bile, çocuk doğumla ailenin soyadını edinir<sup>25</sup>. Zira çocuğun doğumla soyadını edinmesi, Türk hukukunda velâyet hakkına değil, soybağına dayanmaktadır. Nitekim kanun koyucu da soyadı meselesini, “Soybağının Hükümleri” başlıklı beşinci ayırımında düzenlemiştir<sup>26</sup>.

Aile soyadı, eşlerin ortak soyadını, yani ailenin sosyal ilişkilerinde tanındıkları ve anıldıkları ortak ismi ifade etmektedir<sup>27</sup>. Türk Medeni Kanunu’nda aile soyadı düzenlenmemiştir<sup>28</sup>. Ancak, TMK m. 187 hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce ailenin soyadında birlik ilkesinin benimsendiği ve ailenin soyadının

---

Ne var ki bu Yönetmelik, 8.5.2020 tarihli ve 2505 sayılı Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği’nin 75’inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği’nde ise bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır. Kanaatimizce hâkim hukuk yaratarak aynı sonuca ulaşmalıdır. Ayrıca bkz. dn. 42. Gaiplik kararının soybağının kurulmasına etkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Hüseyin Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 124-126.

<sup>25</sup> Ayan, s. 23.

<sup>26</sup> Ayan, s. 23; Başoğlu, s. 352; Tuba Birinci-Uzun, “Aile Soyadı Çıkmazı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2016, s. 105; Çelebi, s. 579; Çelt, s. 1075; Durak/Ayan, s. 379; Işıntan, s. 266; Mortaş, s. 314, 319, 321; Oktay-Özdemir, *İsviçre Medeni Kanunu*, s. 2032; Öcal-Apaydın, s. 454; Özen, Soybağı, s. 180; Turan-Başara, s. 215; Yücel, s. 202.

<sup>27</sup> Benzer tanımlar için bkz. Ayan, s. 23; Baygın, Kan Bağı, s. 278-279; Baygın, Soybağı Hukuku, s. 98; Çelt, s. 1075; Güven, s. 407; Özen, Soybağı, s. 173; Hayrunnisa Özdemir/Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 802. Türk hukukunda soyadı kavramı, aile soyadıyla eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bkz. Atasayan, s. 200; Baş-Süzel/Kurtulan, s. 78; Çelt, s. 1071; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 191; Özdemir, s. 570; Yücel, s. 204.

<sup>28</sup> Türk hukukunda aile soyadı kavramı bulunmamasına rağmen, bu ifadenin *İsviçre Medeni Kanunu* tercüme edilirken *Türk Medeni Kanunu*’na girdiği yönünde bkz. Kılıçoğlu, s. 475.

kocanın soyadı olduğu söylenebilirdi<sup>29</sup>. Kadına kocasının soyadı önünde bekârlık soyadını kullanma imkânı verilmesi, bu sonucu değiştirmemekteydi<sup>30</sup>. Zira bu durumda da ailenin ortak soyadı, yine kocanın soyadı olmaktadır. Dolayısıyla, TMK m. 187 hükmünün yürürlükte olduğu dönemde evlilik içinde doğan çocuk, babasının

<sup>29</sup> Abik, s. 55, 139; Akkayan-Yıldırım, s. 70; Akyüz, s. 121; Gülşah Sinem Aydın, “Türk Medeni Kanunu m.187 (Anayasa Mahkemesinin 187. Maddenin İptal İstemini Red Kararı ve Gerekli Görülen Yeni Düzenleme Hakkında Bir Değerlendirme)”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 247; Baş-Süzel/Kurtulan, s. 80; Birinci-Uzun, s. 106; Çakırca, Evli Kadının Soyadı, s. 145; Çelebi, s. 570-571; Dursun, s. 48; Efedayioğlu, s. 8; Nuray Ekşi, “Medeni Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükmünün AIHS, Anayasa, CEDAW ve MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, C. 9, S. 1, Özel Sayı, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, 2011-2012, s. 312; Erbek-Odabaşı, s. 47-48; Mehmet Erdem/Aslı Makaracı-Başak, *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 244; Erdoğan, s. 707; Ergene, s. 138-139; Genç-Arıdemir, Sorunlar, s. 733-734; Güler, s. 151; Gümüş, s. 23; Havutcu/Kalkancı, s. 138-139; Helvacı, s. 160; Işıntan, s. 267; Kılıçoğlu, s. 475; Mortaş, s. 316, 318, dn. 22; Saibe Oktay-Özdemir, “Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler”, *Prof. Dr. Zahir İmre’ye Armağan*, Der Yayınları, İstanbul 2009, s. 291; Öcal-Apaydın, s. 429, 450; Demet Özdamar, “5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun Türk Medeni Kanunu’ndaki İlkeler Işığında Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, C. II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 1632; Demet Özdamar, “Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık Yönü ile Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Kadının Hukuki Konumuna İlişkin Son Gelişmeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2006, s. 44; Özdemir, s. 571; Özen, Soybağı, s. 174; Öztan, s. 209, 213, 1010; Pehlivan, s. 800; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, Genişletilmiş İkinci Bası’dan Tıpkı Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 238; Sert-Sütçü, s. 294; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt III, Aile Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 279; Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 13; Yücel, s. 204-207; Semih Yünlü, “Soybağının Hükümleri: Genel Hükümler ve Velayet”, *Medeni Hukuk-II, Aile Hukuku*, Ed. Metin İkişler/Özlem Tüzüner, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 379.

<sup>30</sup> Ayan, s. 23; Aydın, s. 247; Başoğlu, s. 353; Çelebi, s. 571; Çelt, s. 1075; Ergene, s. 140; Genç-Arıdemir, Sorunlar, s. 734; Mortaş, s. 316; Özen, Soybağı, s. 174-175; Öztan, s. 1010; Yılmaz, s. 519; Yücel, s. 204-205.

soyadını doğumla kendiliğinden kazanmakta idi<sup>31</sup>. Ne var ki, TMK m. 187 hükmünün iptalinden sonra kanunda bir boşluk oluşmuş ve böylece evli kadınların kocalarının soyadını kullanma yükümlülüğü hâlihazırda ortadan kalkmıştır. Uygulamada bu süreçte evlenen kadınlara fiilen kocalarının soyadı verilmekteyse de bu durumun hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır. O hâlde artık evlenen kadın, kendi bekârlık soyadını tek başına kullanabilmelidir. Ancak bu durumda aile soyadı kimin soyadı olacaktır? Evlilik içinde doğan çocuğa kimin soyadı verilecektir? Benzer bir durum, TMK m. 187 hükmü henüz Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce de gündeme gelmiştir. Şöyle ki kadın eş, bu dönemde mahkemeye başvurarak kocasının soyadını almak yerine sadece evlenmeden önce kullandığı soyadını taşıma imkânı elde edebilmekteydi<sup>32</sup>. Öğretide kadın eşin mahkeme kararına istinaden sadece bekârlık soyadını taşıdığı bir evlilik içinde doğan çocuklara kimin soyadının verilmesi gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre<sup>33</sup>, evlenen kadının soyadı hakkında yapılan bir bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesi tarafından AY m. 90/son uyarınca TMK m. 187 hükmünün zımnen mülga olduğuna karar verilmiş olsa da bu durumun çocuğun soyadına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Zira Anayasa Mahkemesi, başvuruyu ortak çocuğun soyadı bakımından incelememiş olup, anılan karar Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in<sup>34</sup> 22'nci maddesinin<sup>35</sup> yürürlüğünü etkilemeyecektir. Bu görüş dikkate alınırrsa benzer bir değerlendirme, TMK m. 187 hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından

---

<sup>31</sup> Erdoğan, s. 707; Havutcu/Kalkancı, s. 139; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 109; Oktay-Özdemir, İsviçre Medeni Kanunu, s. 2029; Öcal-Apaydın, s. 449-450; Yücel, s. 202-203.

<sup>32</sup> AYM, Başvuru No: 2013/2187, T. 19.12.2013, (RG. T. 07.01.2014, S. 28875); Yarg. HGK, T. 30.09.2015, E. 2014/889, K. 2015/2011, (Lexpera).

<sup>33</sup> Başoğlu, s. 353, dn. 3.

<sup>34</sup> RG. T. 23.11.2006, S. 26355.

<sup>35</sup> İlgili madde şu şekildedir: *“Evlilik içinde veya herhangi bir nedenle evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde Türk babadan olan veya Türk anadan doğan çocuklar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşlığını kazanırlar. Bu çocuklar babanın soyadını alır ve aile kütüklerinde babalarının hanesine yazılırlar”*.

iptal edilmesinden sonra da yapılabilirdi. Ne var ki bu Yönetmelik, 8.5.2020 tarihli ve 2505 sayılı Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nin (RG. T. 9.5.2020, S. 31122) 75'inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Öğretide<sup>36</sup>, NHK m. 28/IV hükmünde öngörülen tanınan veya babalık hükmüyle soybağı kurulan çocukların babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile nakledilmesi yönündeki düzenlemenin burada kıyasen uygulanabileceği de ifade edilmektedir. Bir diğer görüşe göre ise<sup>37</sup>, Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 187'nin zımnen ilga edilmiş olduğunu belirttiği bireysel başvuru kararları göz önünde bulundurulduğunda, yürürlükte evli kadının erkek eşin soyadını alacağına ilişkin bir kural bulunmadığından kadın ve erkeğin aile soyadını anlaşarak belirlemeleri mümkün olmalıdır. Bu konuda ZGB Art. 270 kıyasen uygulanarak çocuğun soyadının belirlenmesi yerinde olacaktır. Zira çocuğun soyadı onun kişisel değerleri arasında yer almakta olup, buna ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması gerekmektedir. O hâlde, kadın eşin tek başına kendi soyadını taşıdığı durumlarda bir yönetmelik hükmü esas alınarak çocuğa babasının soyadının verilmesi hukukun temel ilkeleriyle bağdaşmayacaktır<sup>38</sup>. Kanaatimizce TMK m. 187 hükmünün iptaliyle birlikte çocuğun soyadı bakımından örtülü bir boşluk oluşmuştur. Zira artık çocuğa verilmesi gereken aile soyadı belirlenmemektedir. Bu durumda TMK m. 321 hükmünün uygulama imkânını kaybettiği ve örtülü olarak yürürlükten kalktığı sonucuna ulaşılabilir<sup>39</sup>. Kanun koyucunun bu konuda yapması gereken, derhal bir düzenleme yaparak ailenin soyadını ve bununla birlikte mutlaka çocuğun soyadını da düzenlemektir<sup>40</sup>. Ancak kanun koyucu tarafından bu boşluk dolduruluncaya kadar ortada bir hukuk boşluğu bulunduğundan, önüne bu yönde bir uyuşmazlık gelen hâkimin hukuk kuralı koyma yoluna gitmesi gerekmektedir. Şüphesiz

---

<sup>36</sup> Öztan, s. 214, dn. 757.

<sup>37</sup> Burak Özen, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı", *Makaleler – Tebliğler (2001-2020)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 466-467.

<sup>38</sup> Çelt, s. 1076; Öztan, s. 214, dn. 757.

<sup>39</sup> Aynı yönde bkz. Çelt, s. 1078; Şen Doğramacı, s. 246; Turan-Başara, s. 216-217.

<sup>40</sup> Aynı yönde bkz. Çelt, s. 1069.

hâkim hukuk kuralı koyarken mehz İsviçre Medeni Kanunu hükümlerinden yararlanabilecektir. Ne var ki, hâkimlerin bu yola başvurmaları zorunlu olmayıp, her münferit uyuşmazlıkta farklı gerekçelerle farklı sonuçlara varmaları muhtemeldir. Bununla birlikte, aynı konudaki uyuşmazlıklarda farklı yönde kararlar verilmesi, hukuki güvenlik ilkesini zedeleyeceği gibi, evlilik içinde doğan her çocuğun soyadının belirlenebilmesi için mahkeme kararının gerekmesi yargının iş yükünü fevkalade ağırlaştıracaktır. İş yükünün artması ve böylece mahkemelerden karar alınma sürecinin uzaması, kamu düzenini bozacağı gibi, çocuğun soyadının belirlenmesini geciktirecek ve yeni doğan çocuklar muhtemelen 4-5 yıl soyadı olmadan yaşamak zorunda kalacaklardır. Bu süreç, çocuğun bireyselleşmesine ve kendi benliğini oluşturmasına zarar verecek ya da kreş eğitimi veya kamu hizmetlerinin alınması gibi çocuğun toplum içine çıkması gereken durumlarda kamu düzeni bozulacaktır. Hatta çocuğun ana ve babası, bu yönde bir dava açmazsa nasıl hareket edileceği de belli değildir. Bu durumda Soyadı Kanunu'nda olduğu gibi çocuğun soyadının nüfus müdürlüğüne belirlenmesi de önerilemez (SK m. 8). O hâlde ana ve babanın çocuğa verilecek soyadı konusunda yaptıkları anlaşmaya imkân tanınmalı; şayet böyle bir anlaşma gerçekleştirilemezse çocuğa hem ananın hem de babanın soyadı verilmelidir. Zira soyadı, soybağının hükümlerinden birisidir. Çocuk ile hem ana hem de baba arasında soybağı ilişkisi mevcut olduğundan her ikisinin soyadını taşıması teorik açıdan daha yerindedir.

Evlilik içinde doğan ve ailenin ortak soyadını kullanan çocuğun gerek kendisi gerek anne ve babası sadece çocuğun soyadının değiştirilmesini kural olarak talep edemez<sup>41</sup>. Diğer bir deyişle, ana ve baba kanunda öngörülen aile (TMK m. 187 hükmünün iptalinden önce kocanın) soyadından başka bir soyadını ailenin soyadı olarak seçemezler<sup>42</sup>. Çocuk ergin olana kadar, ailenin (yani babasının) soyadını taşımakla yükümlüdür ve bu konuda bir seçim hakkına sahip değildir. Meselâ, çocuk annesinin soyadını, babasının soyadı ile birlikte annesinin

---

<sup>41</sup> Ayan, s. 63.

<sup>42</sup> Başoğlu, s. 354.



soyadını ya da başka bir soyadını taşımayı seçemez<sup>43</sup>. Bu süreçte ailenin (yani babanın) soyadının sonradan değişmesi hâlinde, çocuğun soyadı da kendiliğinden değişir<sup>44</sup>. Meselâ, yukarıda da açıklandığı üzere, evli bir erkeğin evlât edinilmesi hâlinde hem kendisinin hem de eşi ile ergin olmayan çocuklarının soyadı değişecektir. Bunun gibi baba haklı sebeplerin varlığı hâlinde TMK m. 27 hükmüne dayanarak soyadının değiştirilmesi için dava açabilir. Babanın soyadının değişmesi yönünde mahkeme tarafından verilen karar, kendiliğinden çocuğun soyadının da değişmesini sağlar<sup>45</sup>. Buna karşılık, çocuk ergin olduktan sonra, babasının soyadını taşımak zorunda değildir. Haklı sebepler varsa soyadının değiştirilmesi için dava yoluna başvurulabilir<sup>46</sup>. Babanın soyadının çocuk ergin olduktan sonra değişmesi, çocuğun soyadının kendiliğinden değişmesi sonucunu doğurmaz. Bu durumda çocuğun soyadının değişmesi, onun rızasına bağlanmıştır (NHK m. 36/I-b)<sup>47</sup>.

Evlilik içinde doğan çocuğun babasının onu doğuran kadının kocası olduğuna ilişkin karine, adi bir karine olup, bunun aksinin soybağının reddi davası açılarak ispat edilmesi mümkündür. Soybağının reddi kararı yenilik doğuran bir karar olup, çocuk ile koca arasındaki soybağını geçmişe etkili olarak çocuğun doğumundan itibaren ortadan kaldırır<sup>48</sup>. Bu nedenle, soybağı reddedilen çocuk, babanın soyadını taşıma imkânını da kaybeder. Evlilik içinde doğan

---

<sup>43</sup> Başoğlu, s. 354; Cem Baygın, “4721 Sayılı Yeni Medeni Kanununun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler”, *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 451.

<sup>44</sup> Akyüz, s. 123; Başoğlu, s. 354; Baygın, *Soybağı Hukuku*, s. 100; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1642, dn. 305; Feyzioğlu, s. 500; Genç-Arıdemir, *Sorunlar*, s. 737-738; Öztan, s. 1014; Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 239; Yücel, s. 207.

<sup>45</sup> Başoğlu, s. 354; Öztan, s. 1014.

<sup>46</sup> Turgut Akıntürk/Derya Ateş-Karaman, *Türk Medenî Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku*, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 394; Başoğlu, s. 354.

<sup>47</sup> Akyüz, s. 123; Başoğlu, s. 354; Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 239; Rona Serozan, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 481, N. 2.

<sup>48</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1406; Genç-Arıdemir, *Sorunlar*, s. 739.

çocuğun soybağının onun doğumundan önce reddedilmesi de mümkündür. Bu durumda çocuk, doğum anıyla birlikte annesinin soyadını alır<sup>49</sup>. Tartışmalı olan husus, çocuğun annesinin hangi soyadını alacağı meselesidir. Zira anne çocuğun doğumu anında kocanın soyadını taşıyorsa, çocuğun annesinin kendisini doğurduğu andaki soyadını mı yoksa evlenmeden önceki soyadını mı alacağı akla gelmektedir. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre<sup>50</sup>, çocuk doğumu anında annesi hangi soyadını taşıyorsa, onu almalıdır. Bu soyadı, TMK m. 187 hükmü uyarınca kocanın soyadı da olabilir. Aksi yönde olan görüşe göre ise<sup>51</sup>, çocuğun doğumu sırasında annesinin taşıdığı soyadını alması kocanın baba olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Bu nedenle, çocuğun annenin bekârlık soyadını alması daha yerindedir. Hatta 9.5.2020 tarihinde yürürlükten kalkan 2006/11081 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 104'üncü maddesinde de soybağının reddi hâlinde çocuğun, annesinin bekârlık soyadını alacağı açıkça belirtilmişti. Ne var ki bu Yönetmelik yerine çıkarılan 8.5.2020 tarihli ve 2505 sayılı Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nde bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan 8.10.2021 tarihli Nüfus Mevzuatının Uygulanmasına İlişkin Açıklama'nın<sup>52</sup> 57'nci sayfasında "*Mahkeme kararı ile soybağı reddedilen çocuğun, baba hanesindeki kaydına açıklama yapılarak nüfus kaydı kapatılır ve anasının bekârlık hanesine, anasının bekârlık soyadı ile taşınır*" şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Görüleceği üzere, Bakanlığın bu açıklayıcı yazısı, Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesinden sonra yayınlanmıştır ve açıklayıcı yazıda yer yer bu Yönetmelik'e atıfta bulunmaktadır. Mülga Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 104'üncü maddesinde yer alan düzenleme, artık bu açıklayıcı yazının içinde yer almaktadır. Kanaatimizce yönetmelikle dahi düzenlenmesi yerinde olmayan bir hususun, açıklama yazısı içerisine

---

<sup>49</sup> Başoğlu, s. 366; Genç-Arıdemir, Sorunlar, s. 739-740; Güler, s. 153; Mortaş, s. 317; Özen, Soybağı, s. 182; Öztan, s. 1014; Pehlivan, s. 810; Yıldırım, s. 147.

<sup>50</sup> Oktay-Özdemir, İsviçre Medeni Kanunu, s. 2025-2026.

<sup>51</sup> Ayan, s. 25; Başoğlu, s. 366; Mortaş, s. 317; Öztan, s. 1017; Pehlivan, s. 810.

<sup>52</sup> Bkz. <https://www.nvi.gov.tr/nufus-islemleri-talimatları>, Erişim Tarihi: 13.09.2024.

alınması hukuk tekniği bakımından eleştiriye açıktır. Ancak uygulama bu açıklayıcı yazı çerçevesinde şekillenecektir. Ayrıca 01 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren ZGB Art. 270a Abs. 1 hükmünde de evlilik dışında doğan çocuğun, annesinin bekârlık soyadını alacağı açıkça belirtilmiş ve böylece çocuğun doğumu sırasında annenin eski evliliğinden edindiği soyadını taşıması hâlinde çocuk ile annenin farklı soyadlarına sahip olacağına açıkça dikkat çekilmiştir. Bu sonucun genelleştirilmesiyle soybağı reddedilen çocuğun da annesinin bekârlık soyadını alması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Annenin soyadında yeniden evlenme nedeniyle sonradan meydana gelen değişiklikler ise, kural olarak çocuğun soyadını etkilemeyecektir. Ne var ki, anne sonradan baba ile evlenirse, bu durumda çocuk ile baba arasında soybağı kurulacağından çocuğun soyadı da değişime uğrayacaktır<sup>53</sup>.

Evliliğin veya velâyetin sona ermesi, çocuğun soyadı üzerinde kural olarak herhangi değişiklik meydana getirmez<sup>54</sup>. Dolayısıyla boşanmadan sonra çocuğun velâyetinin anaya verilmesi, kural olarak çocuğun soyadının değişmesi sonucunu doğurmamaktadır. Nitekim bu kural, Soyadı Kanunu'nun 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde de *"Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır"* şeklinde ifade edilmişti. Yargıtay da çocuğun soyadının (ananın soyadını alma şeklinde) değişikliği davalarında (TMK m. 27) velâyet kendisine bırakılan ananın çocuğu temsilen gerçekleştireceği işlemlerde bazı sorunlarla karşılaşacak olmasını bu temel kurala istinaden haklı bir gerekçe olarak kabul etmemekteydi. Ancak, Soyadı Kanunu'ndaki bu cümle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir<sup>55</sup>. Dolayısıyla iptal

---

<sup>53</sup> Başoğlu, s. 366-367.

<sup>54</sup> Akyüz, s. 123; Başoğlu, s. 354; Baygın, Kan Bağı, s. 279; Baygın, Soybağı Hukuku, s. 98, 101; Çelebi, s. 571, 580; Dursun, s. 60; Erdem/Makaracı-Başak, s. 410-411; Kılıçoğlu, s. 475; Mortaş, s. 318, 322-323; Özdemir, s. 571-572; Özen, Soybağı, s. 182; Hasan Özkan, *Türk Medeni Yasası ve Uygulaması, Aile Hukuku-II (Md. 202-395)*, 3. Cilt, Legal, İstanbul, 2017, s. 1977; Öztan, s. 216; Yılmaz, s. 519; Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 14; Yücel, s. 214; Yünlü, s. 380.

<sup>55</sup> AYM, T. 08.12.2011, E. 2010/119, K. 2011/165 (RG. T. 14.02.2012, S. 28204). Bu karar öğretide farklı açılardan eleştirilmiştir. Öncelikle, kararda soyadının

kararından sonra, boşanma sonrasında velâyeti anaya verilen çocuğun soyadına ilişkin açık bir kanuni düzenleme kalmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararına rağmen, Yargıtay hükmün zaten iptali gereken bir hüküm olduğunu gerekçe göstererek, bu iptal kararının boşanan kadına velâyeti altındaki çocuğun soyadını kendi soyadıyla değiştireme hakkı vermeyeceğini kabul etmiştir<sup>56</sup>. Yargıtay'ın bu uygulamasına karşı, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurular yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, 2015 yılının Mayıs ayından itibaren bu uygulamayı Anayasa'nın 20'nci maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlâli olarak değerlendirmiştir<sup>57</sup>. Ancak Yargıtay bu ihlâl kararlarına rağmen, eski uygulamasına bir müddet daha devam etmiştir<sup>58</sup>. Nihayet Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2018 yılında verdiği bir

---

velâyet hakkının bir parçası olduğunun belirtilmesi yerinde değildir. Zira çocuğun soyadını düzenleyen TMK m. 321 hükmü, "Soybağının Hükümleri" başlığı altında düzenlenmiştir ve çocuğun soyadı velâyet hakkına değil, soybağına bağlanmıştır. Bkz. Ayan, s. 23, dn. 14; Başoğlu, s. 355, 356-364; Birinci-Uzun, s. 121; Çelebi, s. 579; Işıntan, s. 277-278; Mortaş, s. 319; Öcal-Apaydın, s. 454; Murat Sarıkaya, "Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadına İlişkin Güncel Durumun Değerlendirilmesi: Çelişkili Yaklaşımlar ve Düzenleme Eksiklikleri Bakımından Çözüm Önerileri", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, 2021, s. 434. İkinci olarak, kararda çocuğun soyadını seçme hakkından bahsedilmektedir. Oysa ki Soyadı Kanunu'nun 7 ve 10'uncu maddelerinin sarih ifadeleri karşısında 02.07.1936 tarihinden itibaren soyadının seçme yoluyla kazanılması mümkün değildir. Bkz. Başoğlu, s. 355. 02.07; Çelebi, s. 579; Dursun, s. 61-62; Erbek-Odabaşı, s. 51-52; Işıntan, s. 276; Pehlivan, s. 799. 1936 yılından itibaren soyadını seçme yoluyla kazanmak mümkün olmayıp, artık soyadının kazanılması bakımından genel hükümler uygulanmaya başlanmıştır. Bkz. Abik, s. 54-55; Güler, s. 11; Işıntan, s. 276; Sarıkaya, s. 434.

<sup>56</sup> Yarg. HGK. T. 13.03.2015, E. 2013/18-1755, K. 2015/1039, (Acabey, M. Beşir, Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, s. 498).

<sup>57</sup> AYM, Başvuru No: 2013/3434, T. 25.06.2015, (RG. T. 02.10.2015, S. 29490); AYM, Başvuru No: 2013/9880, T. 11.11.2015, (RG. T. 31.12.2015, S. 29579).

<sup>58</sup> Yarg. 18. HD. T. 29.09.2016, E. 2016/9861, K. 2016/10849 (Lexpera).

kararda<sup>59</sup> çocuğun soyadının velâyet hakkı kapsamında kaldığını gerekçe göstererek velâyet hakkına sahip annenin açtığı soyadının değiştirilmesi talebini haklı bulmuştur. Ancak kararda varılan sonuç olması gereken hukuka uygun olmakla birlikte, hükmün gerekçelendirilmesi yerinde olmamıştır. Zira kanun koyucu çocuğun soyadını, soybağının bir hükmü olarak düzenlenmiştir. Bu açıdan soybağına sahip olan kişinin velâyet hakkına sahip olup olmamasına bir önem atfedilmemiştir. Kanaatimizce Yargıtay, bu kararlarında adın değiştirilmesi talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasına rağmen istisnai hallerde tam ehliyetsiz adına yasal temsilci tarafından kullanılabilceğini, babanın soyadını taşıyan ancak velâyeti anneye verilen sınırlı ehliyetsizin ancak ergin olduktan sonra isim değişikliği davasını açabileceğini kabul etmenin doğru bir yaklaşım olmadığını, bu nedenle haklı bir neden varsa ananın çocuk henüz ergin olmadan önce onun adına dava açarak TMK m. 27 hükmüne göre soyadının değişikliğini sağlayabileceği, ancak çocuk ergin olmamasına rağmen ayırt etme gücüne sahipse bu davayı bizzat onun açabileceğini (TMK m. 16) belirtmeliydi<sup>60</sup>.

## B. EVLİLİK DIŞINDA DOĞAN ÇOCUĞUN SOYADI

### 1. Evlilik Dışında Doğan ve Babasıyla Arasında Soybağı Kurulan Çocuğun Soyadı

TMK m. 321 hükmünün ilk hâlinde evlilik dışında doğan çocuğun soyadı meselesi de düzenlenmişti. Buna göre, “Çocuk, ana ve baba ...; evli değilse<sup>61</sup> ananın soyadını taşır. Ancak ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır”. Diğer bir deyişle, evlilik dışında doğan çocuğun anasının soyadını alacağı

<sup>59</sup> Yarg. 2. HD. T. 09.04.2018, E. 2018/1306, K. 2018/4719 (Legalbank).

<sup>60</sup> Aynı yönde bkz. Acabey, s. 500. *Dural/Öğüz/Gümüş* de kararın isabetli olmadığı görüşündedir. Bkz. *Dural/ Öğüz/Gümüş*, N. 1646, dn. 312.

<sup>61</sup> Ne var ki, evlilik dışında doğmakla birlikte ana ve babanın sonradan evlenmesi nedeniyle TMK m. 292 hükmüne göre kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olan çocuk, doğrudan babasının soyadını alacaktır. Bkz. Ayan, s. 26, dn. 24.

öngörülmüştü. Öğretide<sup>62</sup>, evlilik dışında doğan çocuk ile biyolojik babası arasında sonradan soybağının tanıma veya babalık hükmüyle kurulmuş olmasının bu durumu değiştirmeyeceği, diğer bir deyişle bu gibi hâllerde de çocuğun babanın soyadını taşımayacağı, ananın soyadını taşıması gerektiği ifade edilmekteydi. Hükmün bu şekilde geniş yorumlanmasına maddenin gerekçesinde geçen, “*Baba ile çocuk arasında tanıma ve babalık hükmü ile soybağı kurulduğu hâlde dahi çocuk ananın soyadını alacaktır*” şeklindeki ifade neden olmuştu<sup>63</sup>. Bununla birlikte, haklı nedenlerin varlığı hâlinde evlilik dışında doğan çocukların soyadı değişikliği talep ederek mahkeme kararıyla (TMK m. 27) babalarının soyadını alabilecekleri kabul edilmekte idi<sup>64</sup>.

Buna karşılık, öğretide kabul edilen diğer bir görüşe göre<sup>65</sup>, TMK m. 321 hükmünün ilk hâlinde geçen “*evli değilse ananın*” ibaresini, çocuk ile baba arasında tanıma veya babalık hükmüyle soybağının kurulduğu hâlleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlamak yerinde değildir. Zira 25.04.2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun<sup>66</sup> 28’inci maddesinin dördüncü fıkrasında “*Tanınan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edilir*”<sup>67</sup> şeklinde bir düzenleme yapılarak, evlilik dışında

---

<sup>62</sup> Abik, s. 139-140; Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 394; Akkayan-Yıldırım, s. 76-78; Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 164; Ayan, s. 26; Baş-Süzel/Kurtulan, s. 86; Baygın, Kan Bağı, s. 279; Birinci-Uzun, s. 106; Dural/ Öğüz/ Gümüş, N. 1644; Efedayioğlu, s. 8; Arzu Genç-Arıdemir, “Tanıma Yolu ile Kurulan Soybağı”, *Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan*, Der Yayınları, İstanbul 2009, 23; Güler, s. 154; Işıntan, s. 268; Oktay-Özdemir, *Eşitliğe Aykırı Hükümler*, s. 298; Özdemir, s. 572; Öztan, s. 1012; Pehlivan, s. 802; Sarıkaya, s. 433; Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 238.

<sup>63</sup> Dural/Öğüz, N. 863.

<sup>64</sup> Ayan/Ayan, s. 164.

<sup>65</sup> Çelebi, s. 572; Dural/ Öğüz/Gümüş, N. 1645; Dural/Öğüz, N. 863-866.

<sup>66</sup> RG. T. 29.04.2006, S. 26153.

<sup>67</sup> Anılan hükmün gerekçesinde de şu şekilde bir ifade yer almaktadır: “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 321 inci maddesine göre tanınan çocuk ana hanesine ananın soyadı ile tescil edilmektedir. Bu madde ile, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi uygulamasında olduğu gibi, tanınan çocuğun baba hanesine

doğmuş olsa da babası ile tanıma yoluyla soybağı kurulan çocukların babanın soyadını alacağı kabul edilmiştir. Kanun koyucunun NHK m. 28/IV hükmüyle TMK m. 321 hükmünü örtülü olarak değiştirdiği sonucuna varılmalıdır<sup>68</sup>. Dolayısıyla, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 29.04.2006 tarihinden itibaren evlilik dışında doğan ancak babası tarafından tanınan çocukların babanın soyadını alacağı ifade edilebilir<sup>69</sup>.

Her ne kadar sadece tanımadan söz ediyor olsa da NHK m. 28/IV, soybağının babalık hükmüyle kurulmasını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır<sup>70</sup>. Gerçekten, 24.12.1934 tarih ve 2/1759 sayılı Soyadı Nizamnamesi'nin<sup>71</sup> Bakanlar Kurulu tarafından 2009/14848 sayılı Kararla değiştirilen<sup>72</sup> 15'inci maddesinde "*Evlilik devam ederken veya*

---

*babanın soyadı ile tescil edilmesi öngörülmektedir*". Gerçekten, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde evlilik dışında doğan çocuk ile babası arasında soybağının kurulması hâlinde, çocuğun babasının soyadını alacağı kabul edilmişti. Bkz. Ayan, s. 26, dn. 25; Feyzioğlu, s. 499-500; Tekinay, Kişiler Hukuku, s. 282; Selâhattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 560. Nitekim kanun koyucu 05.05.1972 tarihli ve 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun (RG. T. 16.05.1972, S. 14189) 20'nci maddesinin beşinci fıkrasında da "*Ancak; bunların (yani, evlilik dışında doğmuş çocukların) nesebi düzeltildiğinde veya tanındıklarında babaları hanesine baba adı ve soyadı ve analarına izafetle naklen kaydolunurlar*" şeklinde bir düzenleme yapmıştı.

<sup>68</sup> Ayan, s. 27.

<sup>69</sup> Ayan, s. 27; Çelebi, s. 572.

<sup>70</sup> Akkayan-Yıldırım, s. 80; Çelebi, s. 572; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1645; Erbek-Odabaşı, s. 50; Güler, s. 157; Öztan, s. 1013; Turan-Başara, s. 217. Ayan da NHK m. 28/IV hükmünde tanıma için kabul edilen sonucun, babalık hükmü bakımından da en azından kıyas yoluyla uygulanmasının uygun olduğunu belirtmektedir. Bkz. Ayan, s. 27.

<sup>71</sup> RG. T. 27.12.1934, S. 2891.

<sup>72</sup> Hükmün değiştirilmeden önceki hâli şu şekildedir: "*Nesebi sahih olan çocuklar, babalarının soy adını taşırlar. Nesebi sahih olmayan çocuklar, analarının soy adını takınırlar. Ancak bu çocuklar babalarının tanınması ile veya hâkimin kararı ile babanın soy adını alırlar*". Soyadı Nizamnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük'ün 10'uncu maddesi uyarınca bu değişiklik Resmî Gazete'de yayımı tarihinde (29.04.2009) yürürlüğe girmiştir.

*evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuklar babalarının soyadını taşırlar. Evlilik dışında doğan çocuklar, annelerinin soyadını alırlar. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çift soyadı taşıyorsa, çocuk onun bekarlık soyadını taşır. Evlilik dışında doğmuş çocuklar, ana ve babanın birbirleri ile evlenmesi veya babalarının tanınması ya da hakimin babalığa karar vermesi ile babanın soyadını alır.”* şeklinde bir düzenleme yapılması, NHK m. 28/IV’ün geniş yorumlanmasını desteklemektedir<sup>73</sup>. O hâlde, evlilik dışında doğan çocuk ile biyolojik babası arasında soybağı ilişkisi tanıma veya babalık hükmüyle kurulmuşsa, çocuğun babasının soyadını alacağı ve TMK m. 321 hükmünün örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı<sup>74</sup> ifade edilebilir.

TMK m. 321 hükmü, Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, maddenin ana ve babanın evli olması durumunda çocuğun aile adını taşımasını düzenleyen kısmını Anayasa’ya aykırı görmemiş; ancak hükümde geçen “*evli değilse ananın*” ibaresini Anayasanın 10, 11 ve 41’inci maddelerine

---

<sup>73</sup> 2006/11081 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’te de evlilik dışında doğmuş olmasına karşın biyolojik baba ile soybağı kurulan çocukların babanın soyadını alacağına ilişkin bazı hükümler (m. 23/IV-b, 103/I-II, 109/I) yer almaktaydı. Bu hükümler de NHK m. 28/IV’ün geniş yorumlanmasını destekler nitelikteydi.

<sup>74</sup> Ancak önemle belirtilmelidir ki, kanun koyucu 25.04.2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’yla çocuğun soyadına ilişkin bu değişikliği gerçekleştirirken, aynı zamanda açık bir hükümle TMK m. 321 hükmünü yürürlükten kaldırdığını da belirtmesi ya da bu hükmü yeniden kaleme alması gerekirdi. Kanun koyucunun bu konuda sessiz kalması, kanun yapma tekniğindeki özen eksikliğinin bir göstergesidir. Bkz. Genç-Arıdemir, Tanıma, s. 24. Kanun koyucunun bu değişikliğe uygun olarak, temel kanun niteliğindeki Türk Medeni Kanunu’nun 321’inci maddesini yeniden düzenlemesi gerekirdi. Aksi hâlde, uygulamada TMK m. 321’in hâlâ yürürlükte olup olmadığı konusunda bir tereddüt oluşması ve mahkemelerin örtülü olarak yürürlükten kaldırılan bu hükmü dikkate alarak karar vermeleri ihtimal dahilindedir. Bkz. Ayan, s. 28, dn. 30. Hukuk tekniği bakımından Türk Medeni Kanunu’nda yer almayan bir düzenlemenin anılan şekilde bir başka kanun, tüzük ve hatta yönetmelikte düzenlenmiş olmasının yerinde olmadığı yönünde bkz. Işıntan, s. 269-270.



aykırı bulmuş ve hükmün bu hâliyle evlilik içinde doğan çocuklarla evlilik dışında doğan ancak tanıma veya babalık hükmüyle biyolojik babaları arasında soybağı kurulan çocuklar arasında bir eşitsizlik meydana getirdiğini gerekçe göstererek 02.07.2009 tarihli kararıyla söz konusu ibareyi iptal etmiştir<sup>75</sup>. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, iptal kararından sonra ortaya çıkacak boşluk kamu düzenini ihlâl edici nitelikte olduğundan bu kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından (07.10.2009) itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin verdiği iptal kararı öğretilerde haklı olarak farklı açılardan eleştirilmiştir. İlk olarak, iptal edilen TMK m. 321 hükmü zaten NHK m. 28/IV hükmüyle örtülü olarak yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, aslında örtülü olarak yürürlükten kalkmış bir hükmü iptal etmiş ve böylece iptal kararının olan hukuka bir etkisi olmamıştır<sup>76</sup>. Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararında dayandığı gerekçeler de yerinde değildir. Şöyle ki iptal kararında, hükmün mevcut hâliyle evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar arasında ayırım gözetilmemesi ilkesini ihlâl ettiği ve evlilik dışında doğan çocuğun babanın soyadını taşınamamasının çocuğun yararına aykırı olduğu belirtilmiştir. Bu gerekçelerden ilki, yani hükmün bu hâliyle evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar arasında ayırım yapılmaması ilkesine aykırı düştüğü, kabul edilebilir<sup>77</sup>. Zira ister evlilik içinde ister evlilik dışında doğmuş olsun ve babalık karinesi ya da diğer yollardan biriyle babası ile soybağı kurulmuş olan çocuklar arasında ayırım yapmak ve tanıma veya babalık hükmüyle babası ile arasında soybağı kurulan çocuğun babasının soyadını alamaması, bu ilkeyi ihlal etmektedir. Ancak mahkemenin, evlilik dışında doğan ve babasıyla arasında soybağı kurulan çocuğun babasının soyadının almasının menfaatine olacağını varsayması yerinde olmamıştır<sup>78</sup>. Nitekim evlilik

<sup>75</sup> AYM, T. 02.07.2009, E. 2005/114, K. 2009/105 (RG. T. 07.10.2009, S. 27369). Bu kararın eleştirisi için bkz. Akkayan-Yıldırım, s. 81-88.

<sup>76</sup> Acabey, s. 497-498; Ayan, s. 28; Erdem/ Makaracı-Başak, s. 410, dn. 857; Turan-Başara, s. 217; Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 13.

<sup>77</sup> Aynı yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 110.

<sup>78</sup> Baş-Süzel/Kurtulan, s. 86; Başoğlu, s. 364-365; Çelebi, s. 574-575; Güler, s. 157-158; Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 13; Turan-Başara, s. 218. Kararın karşı oy yazılarında da Sacit Adalı, Serruh Kaleli ve Mehmet Erten tarafından bu

dışında doğan ve velâyeti anneye ait olan çocuğun her hâlükârda kanun gereği babasının soyadını alması, temel ilkelerden birisi olan “çocuğun menfaati” ilkesine aykırıdır. Zira evlilik dışında doğan çocuğun annenin soyadını almasına yönelik düzenlemenin temel gerekçesi, bu gibi durumlarda çocuğun genellikle annesinin yanında kalması, onun sosyal çevresinde yetişmesi, bu sosyal çevrede yabancı hissetmeyerek toplum içinde kendisine yer bulabilme fırsatı edinmesi ve böylece bu düzenleme tarzının çocuğun menfaatine daha uygun görülmesidir. Ayrıca İsviçre ve Alman Medeni Kanunlarında da zaten evlilik dışında doğan çocukların kural olarak velâyet hakkına sahip olan ebeveynin (yani genellikle annesinin) soyadını taşıyacağına ilişkin düzenlemeler (ZGB Art. 270a, BGB § 1617, 1617a) bulunmaktadır<sup>79</sup>.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yol açtığı boşluk hâlâ kanun koyucu tarafından doldurulmamıştır<sup>80</sup>. Hükmün iptal kararından sonraki mevcut hâline göre evlilik dışında doğan çocuklar, tanıma veya babalık davası sonucunda aralarında soybağı ilişkisi kurulmuşsa biyolojik babalarının soyadını; aksi hâlde analarının soyadını edinmektedirler<sup>81</sup>. Soybağının kurulması tanıma veya babalık

---

eleştiri yapılmıştır. Bkz. AYM, T. 02.07.2009, E. 2005/114, K. 2009/105 (RG. T. 07.10.2009, S. 27369).

<sup>79</sup> Acabey, s. 497-498; Ayan, s. 29.

<sup>80</sup> Acabey, s. 495; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 425; Akıntürk/ Ateş-Karaman, s. 394; Başoğlu, s. 365; Güler, s. 155; Işıntan, s. 268; Özen, Soybağı, s. 179; Yücel, s. 208. Buna karşılık, öğretilerde her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nda yeni bir düzenleme yapılmamış olsa da Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun hükümleri göz önünde bulundurulduğunda ortada herhangi bir boşluğun bulunmadığı da ileri sürülmektedir. Bkz. Dursun, s. 60. Ancak hakları belirleyen kanunun TMK olması nedeniyle, Türk Medeni Kanunu'nda iptal kararına uygun bir düzenlemenin yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Efedayioğlu, s. 8; Güler, s. 156; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 110; Oktay-Özdemir, İsviçre Medeni Kanunu, s. 2030; Turan-Başara, s. 219.

<sup>81</sup> Akyüz, s. 122; Baş-Süzel/Kurtulan, s. 87; Birinci-Uzun, s. 107; Çelebi, s. 573; Ergene, s. 146; Güler, s. 155; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, N. 657; Havutcu/Kalkancı, s. 139-140; Mortaş, s. 317; Özen, Soybağı, s. 180; Özdemir/Ruhi, s. 802; Öztan, s. 213,

hükmüyle çocuğun doğumundan önce gerçekleşirse, çocuk babasının soyadını doğumu anında almaktadır. Buna karşılık, baba ile çocuğun doğumundan sonra soybağı kurulursa, çocuk doğumla birlikte anasının soyadını almakta; ancak soybağının kurulmasıyla çocuğun soyadı değişmektedir<sup>82</sup>. Görüleceği üzere, evlilik dışında doğan çocuğun, babası ile soybağı ilişkisi kurulduktan sonra anasının soyadını taşıma hakkı yoktur<sup>83</sup>. Kanaatimizce bu durum eleştiriye açıktır. Babası ile sadece tanıma ya da mahkeme hükmü ile soybağı kurulan, anası ile birlikte yaşayan ve onun tarafından yetiştirilen, buna karşılık babası ile hiçbir kişisel ilişkisi bulunmayan çocuğun babasının soyadını taşımak zorunda bırakılması doğru değildir. Bu durum çocukta ağır psikolojik travmalara yol açabileceği gibi, çocuğun ananın soyadı taşımasında şüphesiz ananın da menfaati bulunabilir. Hiç şüphesiz çocuğun menfaati ebeveynlerin menfaatinden önce gelmektedir. Ancak babasının soyadını taşımaya oranla annesinin soyadını taşımak, çocuğun daha fazla yararına olabilir. Bununla birlikte öğretide<sup>84</sup>, soybağının tesis edilmesi sonucunda babasının soyadını taşımak zorunda kalan çocuğun, TMK m. 27 hükmüne dayanarak haklı nedenlerle bu soyadının değiştirilmesini talep etme imkânının bulunduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla, evlilik dışında doğan ancak babası ile arasında soybağı tesis edilen çocuk, şayet babasının soyadını kullanmak haklı menfaatlerini zedeleyecekse, TMK m. 27 uyarınca soyadını değiştirmek suretiyle bu olumsuz durumdan kurtulabilir.

## **2. Evlilik Dışında Doğan ve Babasıyla Arasında Soybağı Kurulmayan Çocuğun Soyadı**

Biyolojik babası ile arasında soybağı ilişkisi tesis edilmeyen çocuk, anasının soyadını taşır<sup>85</sup>. Bu durum aslında mantıki bir

---

1012-1013; Sert-Sütçü, s. 296; Turan-Başara, s. 212, 214-215, 222; Yücel, s. 208-209; Yünlü, s. 379-380.

<sup>82</sup> Ayan, s. 31-32.

<sup>83</sup> Akkayan-Yıldırım, s. 83-84; Başoğlu, s. 365; Çelebi, s. 574; Erdem/Makaracı-Başak, s. 410; Ergene, s. 146.

<sup>84</sup> Akkayan-Yıldırım, s. 85-86; Ayan, s. 30; Çelebi, s. 575.

<sup>85</sup> Akkayan-Yıldırım, s. 83; Akyüz, s. 122; Ayan/Ayan, s. 165; Ayan, s. 30; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1644; Erdem/Makaracı-Başak, s. 410; Erdoğan, s. 707;

zorunluluğun sonucudur. Zira bu ihtimalde çocuğun soyadını alabileceği başka bir kişi bulunmamaktadır<sup>86</sup>. Çocuğun annesinin soyadını alması, onun velâyet hakkına sahip olmasının değil, çocuk ile arasında soybağının kurulmasının bir sonucudur. Velâyet hakkı kaldırılmış olsa bile, çocuk annesinin soyadını taşımaya devam edecektir<sup>87</sup>.

Evlilik dışında doğan ve babasıyla arasında soybağı kurulmayan çocuğun annenin hangi soyadını taşıyacağı, önem arz eden bir meseledir. Meselâ, anne evliliğin ölümle veya boşanmayla sona ermesine rağmen eski kocasının soyadını taşımaya devam ediyor olabilir. Benzer şekilde kadın evli iken doğan çocuğun babalık karinesi uyarınca koca ile arasında kurulan soybağı koca tarafından reddedilmiş olabilir. TMK m. 321 hükmündeki “*evli değilse ananın*” ibaresi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce, çocuğun doğumu anında ananın soyadı ne ise onu taşıması gerektiği, dolayısıyla evliliğin sona ermesinden üçyüz gün sonra doğan çocuğun ananın eski kocasının soyadını ya da soybağı reddedilen çocuğun ananın zaten evli olması hasebiyle soyadını kullandığı ancak çocuk ile arasındaki soybağını reddeden mevcut (ancak çocuğun babası olmayan) kocanın soyadını taşıyacağı sonucu çıkmaktadır<sup>88</sup>. Bu durum öğretide haklı olarak

---

Güler, s. 157; Mortaş, s. 317; Öcal-Apaydın, s. 429, 450; Öztan, s. 1014; Pehlivan, s. 802-803; Serozan, Medeni Hukuk, s. 480, N. 2; Yıldırım, s. 148.

<sup>86</sup> Ayan, s. 30.

<sup>87</sup> Ayan, s. 30; Turan-Başara, s. 215. İsviçre hukukunda da 31 Aralık 2012 tarihine kadar durum bu şekilde idi. Bkz. Hegnauer, BK ZGB, Art. 270, N. 30.

<sup>88</sup> Ayan, s. 30; Özen, Soybağı, s. 175-176; Öztan, s. 1014. Bu sonucun yerindeliği tartışılabilir. Zira annenin eski kocasının soyadını taşıması, aralarında bir dönem kurulmuş olan hukuki ilişkinin bir sonucudur. Ne var ki, evlilik dışında doğan bu çocuk ile eski koca arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Bu nedenle, evlilik dışında doğan çocukların annenin hâlihazırdaki soyadını değil, bekârlık soyadını alması daha doğrudur. Nitekim İsviçre kanun koyucusu da bu sonucu yerinde görmeyerek ZGB Art. 270a Abs. 1 hükmünde evlilik dışında doğan çocuğun annenin mevcut soyadını değil, bekârlık soyadını alacağını açıkça düzenlemiştir.

eleştirilmektedir<sup>89</sup>. Mülga Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, çocuğun anasının bekârlık hanesine, yine anasının bekârlık soyadı ile tescil edileceği düzenlenmişti. Görüleceği üzere, bu düzenlemeyle çocuğun doğumu anında anasının taşıdığı soyadını değil, onun bekârlık soyadını alacağı hüküm altına alınarak bu konudaki tartışmalara ve eleştirilere bir çözüm getirilmişti<sup>90</sup>. Ne var ki, bu Yönetmelik yürürlükten kaldırılmış olup, Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nde bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından 8.10.2021 tarihinde yayınlanan Nüfus Mevzuatının Uygulanmasına İlişkin Açıklama'nın 10'uncu sayfasında yer alan 3.2.1 nolu paragrafta, *"Evlilik dışında veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz günden sonra doğan veya baba tarafından mahkeme kararı ile soybağı reddedilen çocuk; anasının bekârlık hanesine, anasının soyadı ve bildireceği baba adı ile tescil edilir"* denilerek, bu çocukların analarının bekârlık soyadını alacakları belirtilmiştir.

## II. İSVİÇRE HUKUKUNDA ÇOCUĞUN SOYADI

### A. GENEL OLARAK

30.09.2011 tarihinde kabul edilen ve 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren Kanunla İsviçre Medeni Kanunu'nda kadının ve çocuğun soyadı konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bununla birlikte, 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren ZGB Art. 270a hükmü, 21.06.2013 tarihinde kabul edilen ve 01.07.2014 tarihinde yürürlüğe giren

---

<sup>89</sup> Tartışmalar hakkında bkz. Turan-Başara, s. 220, dn. 25. Benzer eleştiriler 31 Aralık 2012 tarihine kadar İsviçre hukukunda da yapılmıştı. Bkz. Bräm, ZK ZGB, Art. 160, N. 50A. Buna karşılık, çocuğun ananın mevcut soyadını almasının onun üstün yararına uygun olduğu, bu hususun çocuğu duygusal ve sosyal güvenliği açısından önem arz ettiği, aksinin kabulü hâlinde çocuğun sosyal çevresinde duygusal bakımdan zarar görmesine neden olabileceği de belirtilmektedir. Bkz. Akyüz, s. 122.

<sup>90</sup> Ayan, s. 31; Erbek-Odabaşı, s. 51; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 110; Özen, Soybağı, s. 175-176; Öztan, s. 213; Pehlivan, s. 803; Turan-Başara, s. 220.

Kanunla yeniden revize edilmiştir. Çocuğun soyadı, bu değişiklikten önceki ve sonraki süreç bakımından iki ayrı başlık altında ele alınacaktır.

## B. 1 OCAK 2013 TARİHİNDEN ÖNCE ÇOCUĞUN SOYADI

İsviçre hukukunda, 1 Ocak 2013 tarihinden önce çocuğun soyadı mülga (aufgehoben) ZGB Art. 270’te düzenlenmişti. Bu hüküm, TMK m. 321 hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önceki şekliyle aynı esasları içermekteydi<sup>91</sup>. Şöyle ki, ana ve baba evli iseler<sup>92</sup> çocuk soyadı olarak anne ve babanın ortak aile soyadını (yani babanın soyadını)<sup>93</sup> almaktaydı (aufgeh. ZGB Art. 270 Abs. 1). Buna karşılık, ana

---

<sup>91</sup> Bu dönemde eşlerin soyadı hakkında AIHM’e İsviçre aleyhine bazı başvurular yapılmıştır. Bu konuda bkz. Ergene, s. 149-152; Öcal-Apaydın, s. 430-432. 31 Aralık 2012 tarihine kadar İsviçre hukukunda “*aile soyadında birlik (der Grundsatz der Einheit des Familiennamens)*” ilkesinin geçerli olduğu yönünde bkz. Bräm, ZK ZGB, Art. 160, N. 9, 50; Thomas Geiser, “Das neue Namensrecht und die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde”, *Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE)*, 2012, s. 361; Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Teilband: Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180 ZGB*, Hrsg. Heinz Hausheer, Stämpfli Verlag, Bern, 1999, Art. 160, N. 12.

<sup>92</sup> Ana ve babanın evli olmasıyla, çocuğun evlilik içinde ana rahmine düşmesi, yani babalık karinesinin geçerli olması kastedilmektedir. Bkz. Hegnauer, BK ZGB, Art. 270, N. 22; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2002, s. 398. Babalık karinesinin ortadan kaldırılması hâlinde çocuğun aile soyadını taşıması mümkün değildir. Bkz. Cora Graf-Gaiser, “Das neue Namens- und Bürgerrecht”, *FamPra.ch* 2013, s. 268-269; Hegnauer, BK ZGB, Art. 270, N. 26.

<sup>93</sup> Bkz. Peter Breitschmid, “Der Name des Kindes: Namenskontinuität oder Namenskoordination mit der Betreuungssituation? Bemerkungen zu BGE 132 III 497”, *Zeitschrift für Vormundschaftswesen (ZVW)*, 2007, s. 32; Bräm, ZK ZGB, Art. 160, N. 11, 50; Hegnauer, BK ZGB, Art. 270, N. 23. Bu dönemde kadının soyadı, sadece ZGB Art. 30 hükmü uyarınca isim değişikliği sağlanarak aile soyadı hâline gelebilirdi. Bkz. Bräm, ZK ZGB, Art. 160, N. 12; Hegnauer, BK ZGB, Art. 270, N. 24; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 277.

ve baba evli değillerse çocuk annenin soyadını taşımaktaydı<sup>94</sup>. Diğer bir deyişle, evlilik dışında ana rahmine düşen çocuğun annenin soyadını taşıması gerekirdi. Annenin iki soyadı taşıması hâlinde ise, çocuk bunlardan ilkinin yani annenin bekârlık soyadını almaktaydı (aufgeh. ZGB Art. 270, Abs. 2).

İsviçre hukukunda çocuk ile babası arasında tanıma veya babalık hükmüyle soybağı kurulmuş olsa bile, bu sonucun değişmeyeceği ve çocuğun ananın soyadını alması gerektiği ileri sürülmekteydi<sup>95</sup>. Bununla birlikte, ZGB Art. 295/I hükmü uyarınca ana ve babanın sonradan evlenmesi yoluyla soybağı kurulmuşsa çocuk ailenin ortak soyadını alacaktı<sup>96</sup>. Diğer bir deyişle, İsviçre hukukunda 1 Ocak 2013 tarihine kadar çocukların soyadı, velâyete değil, soybağına dayanmakta idi<sup>97</sup>.

### **C. 1 OCAK 2013 TARİHİNDEN İTİBAREN ÇOCUĞUN SOYADI**

İsviçre Medeni Kanunu'nun soyadına ilişkin hükümlerinde çok önemli değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İsviçre kanun koyucusu bu değişiklikten sonra da çocuğun soyadının belirlenmesi bakımından temel ölçüt olarak anne ve babanın evli olup olmamasını dikkate almıştır<sup>98</sup>. Ancak değişiklikten önce çocuğun soyadı tek bir maddede düzenlenmekte iken (aufgeh. ZGB Art. 270); değişiklikten sonra bu konu emredici nitelikte olan<sup>99</sup> üç maddede ele alınmıştır (ZGB Art. 270, Art. 270a ve Art. 270b).

<sup>94</sup> Hegnauer, BK ZGB, Art. 270, N. 28; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 398; Öcal-Apaydın, s. 433.

<sup>95</sup> Hegnauer, BK ZGB, Art. 270, N. 29; Ayan, s. 32; Öcal-Apaydın, s. 434.

<sup>96</sup> Ayan, s. 32; Öcal-Apaydın, s. 434.

<sup>97</sup> Bräm, ZK ZGB, Art. 160, N. 49; Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 1.

<sup>98</sup> Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 1; Schlumpf/Fraefel, CHK ZGB, Art. 270-270b, N. 4, Güven, s. 412.

<sup>99</sup> Bkz. Stehli, OFK ZGB, Art. 270, N. 1.

## 1. Evlilik İçinde Doğan Çocuğun Soyadı

Anası ve babası evli olan, yani evlilik içinde doğan<sup>100</sup> çocuğun soyadı ZGB Art. 270 hükmünde düzenlenmiştir. Ne var ki bu hükmün ZGB Art. 160 ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle ZGB Art. 160 Abs. 2 hükmüne göre<sup>101</sup>, nişanlılar<sup>102</sup> ortak aile soyadı olarak kadının veya erkeğin bekârlık soyadını<sup>103</sup> kullanmak istediklerini

<sup>100</sup> Soybağındaki değişikliklerin çocuğun soyadını da etkilemesi mümkündür. Şöyle ki, evlilik dışında doğan bir çocuk ile babası arasında soybağı kurulursa ya da ana ve baba sonradan evlenirlerse (ZGB Art. 259, Abs. 1), ZGB Art. 270a hükmü uyarınca edinilen soyadı, ZGB Art. 270 hükmü uyarınca edinilmesi gereken bir soyadına dönüşecektir. Buna karşılık, babası ile arasındaki soybağı ortadan kalkan çocuk ise, bu soyadını kaybedecektir. Bkz. Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 13; Stehli, OFK ZGB, Art. 270, N. 2, 7.

<sup>101</sup> Hükmün Almanca şekli şu şekildedir: *“Die Verlobten können aber gegenüber der Zivilstandsbeamten oder dem Zivilstandsbeamten erklären, dass sie einen ihrer Ledignamen als gemeinsamen Familiennamen tragen wollen”*. Komisyon raporunda hükmün geleneklerine bağlı insanların ihtiyacının karşılanması amacıyla düzenlendiği ifade edilmektedir. Bkz. Schmid, Ursula, *“Art. 160 ZGB”*, Orell Füssli Kommentar, ZGB-Kommentar, (ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser), 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2021, N. 1.

<sup>102</sup> Bildirimin evlenmeden önce yapılması gerekmektedir. Nitekim kanun koyucu da *“Die Verlobten (Nişanlılar)”* kavramını kullanarak buna işaret etmektedir. Evlendikten sonra artık *“nişanlılar”* değil; *“eşler”* devreye girmektedir. Evlenmeden önce ortak aile soyadı kullanımı yönünde beyanda bulunmayan eşlerin evlendikten sonra ortak soyadı olarak içlerinden birisinin soyadını kullanmak istemeleri hâlinde sadece bir beyan yeterli olmayıp, bu konuda ZGB Art. 30 (TMK m. 27) uyarınca mahkemeden haklı nedenle soyadı değişikliği talep etmeleri gerekmektedir. Bkz. Geiser, ZKE 2012, s. 362-363; Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 254-255, 263; Çelebi, s. 591, s. 206; Oktay-Özdemir, İsviçre Medeni Kanunu, s. 2022. Diğer taraftan, bu beyanı nişanlıların her ikisi birlikte yapmalıdır. Onlardan bir tanesinin tek başına diğerinin soyadını kullanmak istediğini beyan etmesi yeterli değildir. Bkz. Geiser, ZKE 2012, s. 362; Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 254.

<sup>103</sup> Bu soyadının eşlerin kendi ailelerinin veya önceki evlilikleriyle kazandıkları ancak boşandıktan sonra da kullanmaya devam ettikleri soyadı olabileceği



nüfus memuruna beyan edebilirler<sup>104</sup>. Aile adının seçimine ilişkin bu beyanın açık olması gerekli olup, örtülü irade bayanı yeterli değildir<sup>105</sup>. Eşler ortak bir soyadı taşımak istiyorlarsa, kadının veya erkeğin bekârlık soyadlarından birini seçmeleri gerekmektedir. Üçüncü bir soyadı seçilemeyeceği gibi, önceki durumdan farklı olarak eşlerin çifte soyadı (Doppelname) kullanma imkânı da ortadan kaldırılmıştır<sup>106</sup>. Bu

---

yönünde bkz. Güven, s. 245. Buna karşılık, öğretide önceki evlilikten kazanılan soyadının aile soyadı olarak seçilemeyeceği, sadece ilk evlilikten önce kullanılan (kural olarak doğum belgesinde yer alan) bekârlık soyadının aile soyadı olarak seçilebileceği de savunulmaktadır. Bkz. Roland Frankhauser, "Art. 160 ZGB", *Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2018, N. 3; Geiser, ZKE 2012, s. 363; Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 254; Schmid, OFK ZGB, Art. 160, N. 2; Ivo Schwander, "Art. 160", *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, Hrsg. Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2018, N. 3; Stehli, OFK ZGB, Art. 270, N. 4; Ebru Ceylan, "Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Kadının Hukuki Durumu", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 2016, s. 97; Çelebi, s. 591, dn. 205. Bir eşin önceki evliliğiyle kazandığı soyadının aile soyadı olarak seçilebilmesi için, evliliğin 1 Ocak 2013 tarihinden önce gerçekleşmiş olması gerektiği yönünde bkz. Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 263; Stehli, OFK ZGB, Art. 270, N. 4. Buna karşılık, ebeveynlerin evlenmesi nedeniyle edinilen soyadının aile soyadı olarak seçilebileceği yönünde bkz. Schmid, OFK ZGB, Art. 160, N. 2. Eşlerin evlenme yoluyla edindikleri soyadını ortak soyadı olarak seçmemeleri öğretide eleştirilmektedir. Bkz. Oktay-Özdemir, *İsviçre Medeni Kanunu*, s. 2025.

<sup>104</sup> Bu beyanın yazılı veya sözlü olarak yapılabileceğini savunanlar olduğu gibi, 01.01.2013'te yürürlüğe giren ZStV Art. 12 hükmünden hareketle yazılı beyanın gerekli olduğunu savunanlar da bulunmaktadır. Bkz. Helvacı/Kocabaş, s. 630. Beyanın yazılı olması gerektiği yönünde bkz. Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 254.

<sup>105</sup> Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 254; Helvacı/Kocabaş, s. 630-631.

<sup>106</sup> Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 6; Graf-Gaiser, FamPra.ch, 2013, s. 253-254; Schmid, OFK ZGB, Art. 160, N. 3; Schwander, BSK ZGB I, Art. 160, N. 4; Çelt, s. 1080; Erbek-Odabaşı, s. 55; Helvacı/Kocabaş, s. 631; Öcal-Apaydın, s. 433. Ancak 31 Aralık 2012 tarihine kadar alınan çift soyadları kullanılmaya devam edecektir. Bkz. Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 6; Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 254; Schwander, BSK ZGB I, Art. 160, N. 4. Soyadı aile

ihhtimalde evlilik içinde doğan<sup>107</sup> çocuk, ana ve babanın ortak soyadını almaktadır (ZGB Art. 270, Abs. 3)<sup>108</sup>. Ana ve babanın ortak bir soyadı kullanmaları hâlinde, çocuklara bu ortak soyadından farklı bir soyadının verilmesi mümkün değildir<sup>109</sup>. Aynı şekilde, ailenin ortak bir soyadı bulunmasına rağmen, eşlerin kendi ortak soyadlarını muhafaza ederek sadece çocuğa diğer eşin soyadının vermeleri de mümkün değildir. Zira evlenen eşlerin ortak bir soyadı taşımaları hâlinde, çocuk da bu soyadını taşımak zorundadır<sup>110</sup>.

---

soyadı olarak seçilmeyen eşe, aile soyadının önünde bekârlık soyadını kullanma imkânının verilmemesi, İsviçre öğretisinde eleştirilmektedir. Zira bu düzenleme nedeniyle evlenecek eşler (özellikle de kadın eşler) kimliğini muhafaza etme ve aile içinde bağlılığın tesisi arasında karar verme açısından zor durumda bırakılmıştır. Bkz. Çelt, s. 1080.

<sup>107</sup> Bu hükmün uygulanabilmesi için ana ve babanın çocuğun doğumu anında mutlaka evli olması şart değildir. Ana ve baba çocuğun doğumu anında evli olmasa bile şayet babalık karinesi geçerli ise bu hüküm yine uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 2. ZGB Art. 270-270b hükümleri, “*Die Wirkungen des Kindesverhältnisses (Soybağının Hükümleri)*” başlıklı sekizinci kısımda yer almaktadır. ZGB Art. 270 hükmü uyarınca soyadının edinilmesi, çocuk ile ana ve babası arasındaki soybağının mevcudiyetine bağlıdır. Diğer bir deyişle, soybağı ile çocuğun soyadı arasında bir nedensellik (Kausalität) bulunmaktadır. Bkz. Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 9; Hegnauer, BK ZGB, Art. 270, N. 17; Stehli, OFK ZGB, Art. 270, N. 1.

<sup>108</sup> Hükmün Almanca şekli şu şekildedir: “*Tragen die Eltern einen gemeinsamen Familiennamen, so erhält das Kind diesen Namen*”. Bu konuda bkz. Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 7; Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 2; Başoğlu, s. 369; Güven, s. 245-246, 409; Helvacı/Kocabaş, s. 629; Oktay-Özdemir, İsviçre Medeni Kanunu, s. 2023; Öcal-Apaydın, s. 434.

<sup>109</sup> Schlumpf/Fraefel, CHK ZGB, Art. 270-270b, N. 7; Ayan, s. 32-33; Güven, s. 409.

<sup>110</sup> Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 7; Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 2; Schlumpf/Fraefel, CHK ZGB, Art. 270-270b, N. 7. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 27.09.2001 tarihli G.M.B. ve K.M./İsviçre kararında ortak bir aile soyadına sahip olan eşlerin çocuklarına diğer eşin soyadını verme taleplerinin reddedilmesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırı olmayacağına hükmetmiştir. Bkz. Ayan, s. 63.

Buna karşılık, eşler ortak bir aile soyadı benimsememişlerse, her eş kendi soyadını<sup>111</sup> evlendikten sonra da<sup>112</sup> muhafaza edecektir (ZGB Art. 160, Abs. 1)<sup>113</sup>. Evlenen çiftler kendi soyadlarını muhafaza etmişlerse, çocuklarına hangi tarafın bekârlık soyadının verilmesi gerektiğine karar vermeleri, yani bu konuda anlaşmaları gerekmektedir (ZGB Art. 160, Abs. 3, Satz 1)<sup>114</sup>. Bu amaçla, çocukların eşlerden hangisinin soyadını taşıyacağını evlenmeden önce nüfus memurluğuna bildirmeleri gerekli görülmüştür<sup>115</sup>. Bildirimin sözlü veya yazılı olarak yapılması ise mümkündür<sup>116</sup>. Eşler bu konuda verdikleri kararı bildirmezlerse, kural olarak evlilik gerçekleştirilmeyecektir<sup>117</sup>. Evlenen

<sup>111</sup> Bir görüşe göre, ZGB Art. 160, Abs. 1 hükmünde geçen “kendi soyadını” ifadesiyle eşlerin bekârlık soyadı kastedilmektedir. Bkz. Güven, s. 244; Helvacı/Kocabaş, s. 629. Buna karşılık, eşlerin evlilik sırasında taşıdıkları soyadlarını muhafaza edebilecekleri de savunulmaktadır. Bkz. Frankhauser, KUKO, ZGB Art. 160, N. 2a; Schwander, BSK ZGB I, Art. 160, N. 1.

<sup>112</sup> 1 Ocak 2013 tarihinden önce evlenen ve diğer eşin soyadını almak veya çifte soyadı almak suretiyle soyadını değiştiren eşlere, herhangi bir süreye tabi olmadan ve herhangi bir gerekçe göstermeksizin bekârlık soyadlarını kullanmak istediklerini nüfus müdürlüklerine beyan etme imkânı tanınmıştır (SchlT ZGB Art. 8a). Ayrıca bkz. Schwander, BSK ZGB I, Art. 160, N. 1.

<sup>113</sup> Hükmün Almanca metni şu şekildedir: “Jeder Ehegatte behält seinen Namen”. İsviçre kanun koyucusu bu hükümlerle, “aile içinde soyadı birliği ilkesi (Prinzip der Namenseinheit in der Familie)” yerine, “soyadının değişmezliği ilkesi (Prinzip der Unveränderbarkeit des Namens)”ni kabul etmiştir. Bkz. Frankhauser, KUKO, ZGB Art. 160, N. 1; Geiser, ZKE 2012, s. 362; Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 254; Schlumpf/ Fraefel, CHK ZGB, Art. 270-270b, N. 10; Schmid, OFK ZGB, Art. 160, N. 1; Schwander, BSK ZGB I, Art. 160, N. 1; Çelebi, s. 590; Çelt, s. 1080; Güven, s. 244; Helvacı/Kocabaş, s. 629; Öcal-Apaydın, s. 433, dn. 37. Bu nedenle, hükmün kenar başlığı “Familiename (aile soyadı)” ya da “Ehename (evlilik soyadı)” olarak değil, sadece “Name (soyadı)” olarak düzenlenmiştir. Bkz. Çelt, s. 1079, dn. 71.

<sup>114</sup> Hükmün Almanca metni şu şekildedir: “Behalten die Verlobten ihren Namen, so bestimmen sie, welchen ihrer Ledignamen ihre Kinder tragen sollen. ...”.

<sup>115</sup> Schwander, BSK ZGB I, Art. 160, N. 2; Ayan, s. 33; Çelebi, s. 591; Helvacı/Kocabaş, s. 630.

<sup>116</sup> Helvacı/Kocabaş, s. 630, dn. 65.

<sup>117</sup> Geiser, ZKE 2012, s. 366.

çiftler farklı soyadları taşıyorlarsa ve evlilik içinde bir çocuk doğmuşsa, bu çocuğa eşlerin evlenmeden önce nüfus memurluğuna bildirdikleri soyadı verilecektir (ZGB Art. 270, Abs. 1). Ana ve babanın çocukları için belirledikleri bu soyadı sadece içlerinden birinin bekârlık soyadı olabilir. Diğer bir deyişle, eşlerin kendi soyadlarından birisi olmayan başka bir adı ortak soyadı olarak belirlemeleri mümkün değildir<sup>118</sup>. Kanun koyucu, eşler farklı soyadlarına sahip olsalar bile çocukların ortak bir soyadına sahip olmalarını öngörmüştür. Nitekim seçilen bu soyadı tüm ortak çocuklar için geçerli olacaktır<sup>119</sup>.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 160'ıncı maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde ise<sup>120</sup>, nüfus memuruna haklı sebeplerin varlığı durumunda evlenen çifti bu yükümlülükten (yani evlilik birliği içinde doğan çocukların hangi soyadını alacağını belirleme yükümlülüğünden) muaf tutma yetkisi verilmiştir<sup>121</sup>. Mesela, evlenen çiftlerin çocuk yapma yeteneğinden yoksun olduklarını kanıtlamaları ya da kadının çok yaşlı olması hâlinde nüfus memuru onları bu yükümlülükten muaf tutabilir<sup>122</sup>.

Nüfus memuru tarafından belirleme yükümlülüğünden muaf tutulan eşlerin her nasılsa sonradan çocuk sahibi olması gelişen teknoloji karşısında muhtemeldir. ZGB Art. 160 hükmünde kanun koyucunun

---

<sup>118</sup> Ayan, s. 33; Güven, s. 408; Öcal-Apaydın, s. 433.

<sup>119</sup> Frankhauser, KUKO, ZGB Art. 160, N. 8a; Geiser, ZKE 2012, s. 366.

<sup>120</sup> Hükmün Almanca metni şu şekildedir: "... In begründeten Fällen kann die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte die Verlobten von dieser Pflicht befreien".

<sup>121</sup> Eşlere muafiyet tanınmasının temelinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12'nci ve İsviçre Federal Anayasası'nın 14'üncü maddeleri uyarınca evlenme hakkına saygı duyulması gerekliliği yer almaktadır. Zira, eşleri evlenmeden önce çocuklarına hangi tarafın soyadının verileceği konusunda karar vermek zorunda bırakan düzenlemenin haklı sebeplerin varlığı durumunda onlara tanınacak olan bu muafiyet nedeniyle evlenme yasağı olarak yorumlanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 256.

<sup>122</sup> Geiser, ZKE 2012, s. 364; Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 256; Schwander, BSK ZGB I, Art. 160, N. 2; Ayan, s. 33; Helvacı/Kocabaş, s. 630; krş. Güven, s. 246.

bilinçli olarak “die Verlobten (nişanlılar)” kavramını kullanması dikkate alındığında, evlenecek çiftlerin doğacak çocuklarının soyadını evlenmeden önce, yani evlenme başvurusunda bulunurken belirlemeleri gerekir. Bu durumda evlenmeden önce böyle bir belirleme yapmayan ve evlendikten sonra da farklı soyadlarını taşıyan eşlerin evlilik içinde doğan çocuklarına kimin soyadının verileceği meselesi gündeme gelmektedir. Kişisel Hal Yönetmeliği (Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004; ZStV) Art. 37, Abs. 2’de bu durum düzenlenmiştir. Buna göre, “Eşler farklı soyadları taşıyorsa ve evlendikleri sırasında çocuklarının hangi soyadını taşıyacağını beyan etmemişlerse, ilk çocuklarının doğum bildirimisiyle birlikte nüfus memuruna çocuklarının hangi soyadını taşıyacağını yazılı olarak beyan ederler”<sup>123</sup>. Öğretide<sup>124</sup> eşlerin bu durumda ZGB Art. 270, Abs. 2 hükmü uyarınca bir yıl içinde çocuğun soyadı için seçim yapmaları gerektiği ileri sürülmektedir. Ne var ki, eşler bu süre içinde seçim yapmazlarsa ya da fikir birliğine varamazlarsa ne olacağı konusunda kanunda açıklık bulunmamaktadır<sup>125</sup>. Her ne kadar bu durumun pratikte gerçekleşmeyecek varsayımsal bir problem olduğu ileri sürülse de<sup>126</sup>, öğretide eşlerin anlaşamamaları durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiği konusunda çeşitli görüşler ileri

<sup>123</sup> Hükmün Almanca metni şu şekildedir: “*Tragen die Eltern verschiedene Namen und haben sie bei der Eheschliessung nicht erklärt, welchen Namen ihre Kinder tragen sollen, so erklären sie mit der Geburtsmeldung des ersten Kindes schriftlich gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten, welchen ihrer Ledignamen ihre Kinder tragen sollen*”.

<sup>124</sup> Ayan, s. 33; Güven, s. 408. Ne var ki, eşlere çocuğun soyadını doğumundan itibaren bir yıl içinde belirleme imkânı tanınması öğretide eleştirilmektedir. Zira bu imkân, çocuğun doğumundan itibaren bir yıl boyunca soyadının olmamasına yol açabilecek niteliktedir. Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 7’nci maddesi göz önünde bulundurulduğunda çocuğa doğar doğmaz gecikmeksizin bir soyadının verilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde kişisel değerlerinin birisinden mahrum bırakılan çocuğun kişilik hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bkz. Schlumpf/Fraefel, CHK ZGB, Art. 270-270b, N. 6; Güven, s. 409.

<sup>125</sup> İsviçre kanun koyucusunun bu durumu kasıtlı olarak düzenlemediği konusunda bkz. Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 264; Stehli, OFK ZGB, Art. 270, N. 2.

<sup>126</sup> Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 264.

sürülmektedir<sup>127</sup>. Hâkim görüşe göre<sup>128</sup>, Ön Taslak'a<sup>129</sup> dayanarak bunun Kindes-Erwachsenenschutzbehörde (KESB: Çocukları ve Yetişkinleri Koruma Kurumu)'nun yetkisine girdiği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, KESB öncelikle ana ve baba arasında arabuluculuk yapmalı ve anlaşma olmaması hâlinde ZGB Art. 307 vd. hükümler uyarınca soyadı konusunda bir karar vermelidir.

Kanun koyucu ZGB Art. 270, Abs. 2 hükmüyle çocukların evlilik sırasında ana ve babaları tarafından belirlenen soyadını kullanmaları yönündeki ilkeyi yumuşatmıştır. Hükümde ilk çocuğun doğumundan itibaren bir yıl içinde eşlere çocuğun diğer eşin bekârlık soyadını kullanması konusunda birlikte talepte bulunabilme imkânı tanınmıştır (ZGB Art. 270, Abs. 2). Diğer bir deyişle, eşler evlenmeleri sırasında çocukların soyadı olarak seçtikleri soyadını bir defaya mahsus olarak değiştirme yetkisine sahiptirler<sup>130</sup>. Eşlerin bu seçimleri, tüm müşterek çocukları bakımından geçerlidir ve bu ilkenin bir istisnası da bulunmamaktadır<sup>131</sup>. Kanun koyucunun eşlere bu imkânı sadece ilk

<sup>127</sup> Bu konuda öğretide ileri sürülen görüşler için bkz. Çelebi, s. 592.

<sup>128</sup> Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 265; Schlumpf Fraefel, CHK ZGB, Art. 270-270b, N. 6; Stehli, OFK ZGB, Art. 270, N. 2; Güven, s. 408. Ayrıca bkz. Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 2.

<sup>129</sup> Name und Bürgerrecht der Ehegatten und der Kinder, BBl 2009 423.

<sup>130</sup> Frankhauser, KUKO, ZGB Art. 160, N. 8a; Schmid, OFK ZGB, Art. 160, N. 5; Ayan, s. 33-34; Başoğlu, s. 369; Çelebi, s. 592; Çelt, s. 1081; Öcal-Apaydın, s. 434. Ne var ki, bu imkân ana ve baba tarafından çocukların soyadının doğumdan sonra belirlenmesi hâlinde bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, bu yetkiden faydalanabilmek için, çocukların soyadının nişanlılar tarafından ZGB Art. 160, Abs. 3 hükmü uyarınca belirlenmiş olması gerekmektedir. Bkz. Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 262; Stehli, OFK ZGB, Art. 270, N. 3.

<sup>131</sup> Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 263; Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 9c; Schmid, OFK ZGB, Art. 160, N. 5; Stehli, OFK ZGB, Art. 270, N. 2. İsviçre öğretisinde tüm müşterek çocukların aynı soyadını taşımak zorunda bırakılmasını eleştirenler de bulunmaktadır. Şöyle ki, yeni revizyonla birlikte ailenin tüm bireylerinin aynı soyadını taşıma zorunluğu ortadan kaldırılmıştır. Kardeşlerin doğumları arasına uzunca bir zaman dilimi girmiş ve bu süreçte ailenin yaşam koşulları temelinden değişmiş olabilir. Sözgelimi aile farklı bir dilin konuşulduğu farklı bir sosyal çevrede

çocuğun doğumuna ilişkin olarak tanınmasının temelinde ise, çocukların tamamının aynı soyadını taşıması kuralı geçerli olduğundan eşlerin ortak çocuklarının zaten farklı soyadları taşıyamayacak olmaları yer almaktadır<sup>132</sup>.

## 2. Evlilik Dışında Doğan Çocuğun Soyadı

Ana ve baba evli değilse, çocuğun hangi soyadını alacağı ZGB Art. 270a hükmünde düzenlenmiştir. Hükmün 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren ilk hâlinde, ana ve baba birbiriyle evli değilse, çocuğun annenin bekârlık soyadını alacağı kabul edilmiştir (Abs. 1). Düzenlemede ilk olarak dikkat çeken husus, çocuğun annenin “bekârlık” soyadını alacağının özellikle vurgulanmasıdır. Dolayısıyla, çocuğun doğumu sırasında anne eski kocasının soyadını kullanıyorsa ya da soybağının reddi nedeniyle çocuk annesi evli olmasına rağmen evlilik dışı çocuk statüsünü kazanmışsa, çocuk doğumu anında annesinin mevcut olan soyadını değil, onun bekârlık soyadını alacaktır<sup>133</sup>. Bu durum anne velâyet hakkına sahip olmasa bile geçerlidir<sup>134</sup>. *Graf-Gaiser*, bu konuda dikkat çekici bir örnek vermektedir. Önceki eşinin soyadı (B)'yi kullanmaya devam eden bekârlık soyadı (A) olan boşanmış kadın yeni bir hayat arkadaşı edinmiş ve bu arkadaşından birisi 1 Ocak 2013 tarihinden önce diğeri bu tarihten sonra doğmak üzere iki çocuk doğurmuştur. Her bir çocuk açısından doğumu

---

yaşamak durumunda kalmış olabilir. Ana ve baba, soyadlarının dezavantajlarını ilk çocukları okula başladığı zaman öğrenmiş olabilirler. Bu durumda diğer çocukları da aynı olumsuz koşullar içinde bırakmanın bir anlamı bulunmamaktadır. Ne var ki, yürürlükteki hukuka göre bu durumda ancak ZGB Art. 30 hükmü uyarınca dava açılması gerekmektedir. Bkz. Geiser, ZKE 2012, s. 366-367. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Şayet ismin böyle olumsuz anlamları varsa diğer çocukları bu durumdan korumalıyız demek, ilk çocuğu bu olumsuz koşullar içinde bırakmak anlamına gelmektedir. Hiç şüphesiz bu yerinde bir yaklaşım olmaz. Dolayısıyla ana ve baba, bu gibi durumlarda tüm aile bireylerinin soyadlarının değiştirilmesi için harekete geçmelidirler.

<sup>132</sup> Çelt, s. 1081.

<sup>133</sup> Geiser, ZKE 2012, s. 367; Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 265; Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 3; Ayan, s. 34.

<sup>134</sup> Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 3.

anında yürürlükte olan hukuk uygulanacaktır. Böylece ilk doğan çocuk (B) soyadını alırken; ikinci doğan çocuk (A) soyadını alacaktır. Bu da aynı anne ve babanın müşterek çocuklarının soyadlarının farklı olması anlamına gelmektedir. Çocuklarının soyadlarının aynı olmasını arzulayan anne ve baba, ya ZGB Art. 270a, Abs. 2'de düzenlenen imkândan faydalanmalı ya da ZGB Art. 30 hükmüne dayanarak ilk çocuğun soyadının değişikliği için dava açmalıdırlar. Aynı anne ve babadan olan çocukların soyadlarının aynı olması, hiç şüphesiz soyadının değiştirilmesi için haklı bir sebep olarak kabul edilmelidir<sup>135</sup>.

Kanun koyucu evlilik dışında doğan çocuğun velâyetinin her iki ebeveyne ya da sadece babaya verilmesi ihtimâlinde nüfus memurluğuna yapılacak bir başvuruya çocuğa babanın bekârlık soyadının verilmesinin talep edilebileceğini de düzenlenmiştir. Şöyle ki, çocuğun velâyeti her iki ebeveyne verilmişse, bunlar bir yıl içinde nüfus memurluğuna çocuğun babanın bekârlık soyadını taşıyacağını bildirebilirler (ZGB Art. 270a, Abs. 2). Hükmün üçüncü fıkrasında ise velâyet hakkına tek başına sahip olan babanın da aynı açıklamayı yapabileceği düzenlenmiştir. Şüphesiz babanın tek başına yapacağı bu başvuru da bir yıl içinde yapılmalıdır. Öğretide, gerek ortak velâyete sahip olan ana ve babanın gerek velâyet hakkına tek başına sahip olan babanın yapacağı başvuruya ilişkin bir yıllık sürenin velâyete ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir<sup>136</sup>. Babanın çocuğa bekârlık soyadının verilmesine yönelik başvuru için haklı bir sebep aranmadığı gibi, annenin buna rıza vermesi de şart değildir<sup>137</sup>.

Hüküm 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girdikten yaklaşık beş buçuk ay sonra değişikliğe uğramıştır. Hükümde 21.06.2013 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren Kanunla yapılan değişiklikle evlilik dışında doğan çocuğun soyadı velâyet hakkına bağlanmıştır<sup>138</sup>. Buna göre, öncelikle çocuğun velâyet hakkını

<sup>135</sup> Bkz. Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 265-266.

<sup>136</sup> Ayan, s. 34.

<sup>137</sup> Ayan, s. 34.

<sup>138</sup> Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 8; Stehli, OFK ZGB, Art. 270a, N. 1; Baş-Süzel/Kurtulan, s. 87; Çelebi, s. 594; Turan-Başara, s. 221.



ana ve babanın birlikte mi yoksa içlerinden birisinin tek başına mı kullandığı belirlenmelidir. Şayet, *anne ve babadan birisi tek başına velâyet hakkına sahipse* evlilik dışında doğan çocuğa onun bekârlık soyadı verilmektedir<sup>139</sup>. Bekârlık soyadı dışında ikinci bir soyadı taşıyan anne veya babanın bu ikinci soyadının çocuğa verilmesi mümkün değildir<sup>140</sup>. Buna karşılık, *anne ve baba ortak velâyete sahiplerse*, çocuklarının hangi soyadını taşıyacağına birlikte karar vermelidirler (ZGB Art. 270a, Abs. 1)<sup>141</sup>. Bu durumda ana ve babanın nüfus müdürlüğüne birlikte yazılı beyanda bulunması gerekmektedir (ZStV Art. 37a, Abs. 5)<sup>142</sup>. İlk çocuğun soyadı, tüm müşterek çocuklar için de geçerlidir<sup>143</sup>. Görüleceği üzere, artık çocuğun soyadının belirlenmesinde temel kriter olarak velâyet hakkına kimin sahip olduğu dikkate alınmaktadır. 1 Ocak 2013-1 Temmuz 2014 arası dönemde evlilik dışında doğan çocuk anasının bekârlık soyadını almakta ve ortak velâyet ya da babanın tek başına velâyet hakkına sahip olması durumunda çocuğun babanın bekârlık soyadını alması için bir başvuru yapılabilmekteydi. Ne var ki, 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren yeni düzenlemeye göre,

<sup>139</sup> Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 8; Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 3; Schlumpf/Fraefel, CHK ZGB, Art. 270-270b, N. 8; Stehli, OFK ZGB, Art. 270a, N. 1; Birinci-Uzun, s. 120; Çelebi, s. 592; Durak/Ayan, s. 377; Öcal-Apaydın, s. 434.

<sup>140</sup> Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 265; Güven, s. 409.

<sup>141</sup> İsviçre Medeni Kanunu'nda 01.07.2014 tarihinde yapılan değişiklikte, ana ve babanın evli olup olmadıklarına bakılmaksızın *kural olarak* çocuk üzerinde ortak velâyet hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir. Buna göre, ilk çocuğunun doğumuyla birlikte ortak velâyet hakkı doğmaktadır. Ne var ki, ana ve babanın evli olmadığı durumlarda ortak velâyetin doğması için, ana ve babanın çocuğun yerleşim yerindeki Çocuk Koruma Kurumu'na birlikte beyanda bulunmaları gerekmektedir. Ana ve baba tarafından bu yönde bir beyan yapılmadıkça, çocuğun velâyeti münhasıran anaya ait olmaktadır (ZGB Art. 298a). Bkz. Birinci-Uzun, s. 120, dn. 54; Evgen Gülçin Elçin, "Türk Medeni Kanunu'nda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 35, S. 1, 2015, s. 98; Öcal-Apaydın, s. 435.

<sup>142</sup> Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 3; Stehli, OFK ZGB, Art. 270a, N. 1.

<sup>143</sup> Bkz. Stehli, OFK ZGB, Art. 270a, N.1.

çocuğun doğumu anında baba tek başına velâyet hakkına sahipse herhangi bir başvuru yapılmasına gerek olmaksızın çocuk kanun gereği babasının bekârlık soyadını alacaktır<sup>144</sup>. Bununla birlikte, ana ve babanın ortak velâyete sahip olmaları hâlinde, kanun koyucu evlilik içinde doğan çocukların soyadına benzer şekilde, ana ve babaya çocuğun hangi soyadını taşıyacağını belirleme imkânı tanımıştır.

Öte yandan, ortak velâyetin ilk çocuğun doğumundan sonra tesis edilmesi de hükümde düzenlenmiştir. Bu durumda, anne ve baba ortak velâyetin tesis edilmesinden itibaren bir yıl içinde<sup>145</sup> nüfus memuruna çocuğun diğer ebeveynin soyadını taşıyacağını yazılı olarak beyan edebilirler<sup>146</sup>. Bu beyan varması gerekli, yenilik doğuran bir beyan olup, nüfus memuru, bu beyanı kabul etmekle yükümlüdür<sup>147</sup>. Anne ve baba bu şekilde bir beyanda bulunmuşlarsa, bu beyan velâyetin kime ait olduğuna bakılmaksızın tüm müşterek çocuklar bakımından geçerlidir (ZGB Art. 270a, Abs. 2)<sup>148</sup>. Ne var ki, ZGB Art. 270b hükmü saklı olup, çocuk oniki yaşını doldurmuşsa onun da rızası gerekmektedir<sup>149</sup>. Hüküm bu hâliyle 1 Ocak 2013- 1 Temmuz 2014 tarihleri arasında yürürlükte olan ortak velâyete sahip olan ana ve babanın birlikte başvurarak çocuğa babanın soyadının verilmesini talep etmelerine benzemektedir. Ancak hükmün mülga hâlinde ortak velâyet hâlinde

---

<sup>144</sup> Ne var ki, tanıma işleminin sonradan iptal edilmesi hâlinde (ZGB Art. 259, Abs. 2) çocuk, babasının soyadını değiştirmek ve annesinin soyadını almak zorundadır. Bkz. Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 13; Hegnauer, BK ZGB, Art. 270, N. 37; Güven, s. 413.

<sup>145</sup> ZGB Art. 270a Abs. 2 uyarınca bir yıllık süre içinde yapılmayan beyan, dikkate alınmayacaktır. Diğer bir deyişle, beyanın hukuken sonuç doğurması için bir yıllık süre içinde yapılması gerekmektedir. Bu süre dolduktan sonra soyadı değişikliği için ancak ZGB Art. 30 hükmü uyarınca haklı sebeple soyadının değiştirilmesine yönelik bir dava açmak gerekmektedir. Bkz. Stehli, OFK ZGB, Art. 270, N. 5; Güven, s. 414.

<sup>146</sup> Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 266.

<sup>147</sup> Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 8; Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 3. Bkz. BGer vom 16. 6. 2016, 5A\_756/2015, E. 3.2.4.

<sup>148</sup> Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 3, 9c; Stehli, OFK ZGB, Art. 270a, N. 2; Birinci-Uzun, s. 120; Çelebi, s. 593; Güven, s. 413.

<sup>149</sup> Stehli, OFK ZGB, Art. 270a, N. 2.

eşler zaten doğumu anında kanun gereği ananın bekârlık soyadını alan çocuğun babanın soyadını almasını talep ederlerken; hâlihazırda eşler çocuğun doğumu anında soyadını almadığı diğer ebeveynin soyadını almasını talep etmektedirler. Bir yıllık sürenin ortak velâyete ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren başlayacağı ifade edilebilir<sup>150</sup>. Hükümde kabul edilen önemli bir değişiklik ise, ana ve babanın bu şekilde yaptıkları beyanın tüm müşterek çocuklar bakımından geçerli olmasıdır. Kanun koyucu, müşterek çocukların aynı soyadını taşımalarını arzu etmektedir. Sonradan doğan müşterek çocukların velâyeti kime ait olursa olsun, ana ve babanın beyanı bu çocuklar bakımından da sonuç doğuracaktır<sup>151</sup>.

Velâyet hakkının hem anadan hem de babadan kaldırılması mümkündür. Kanun koyucu bu durumda çocuğun ananın bekârlık soyadını taşıyacağını öngörmüştür (ZGB Art. 270a, Abs. 3)<sup>152</sup>.

ZGB Art. 270a, Abs. 4'te ise, velâyet hakkının dağılımındaki değişikliklerin isim üzerinde hiçbir etkisinin olmadığı ve isim değişikliğine ilişkin hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir<sup>153</sup>. Diğer bir deyişle, doğumu anında annenin velâyeti altında olan ve annenin bekârlık soyadını alan çocuğun velâyeti sonradan babaya verilebilir. Bu durumda, salt velâyet hakkının babaya verilmesi nedeniyle çocuğun soyadı da kendiliğinden babanın soyadı olarak değişmeyecektir. Diğer taraftan, ortak velâyetin ilk çocuğun doğumundan sonra tesis edilmesi üzerine ZGB Art. 270b Abs. 2 hükmü uyarınca çocuğa diğer eşin soyadı verilmiş ancak sonradan ortak velâyet kaldırılmış olsa bile, çocuk yine de artık velâyet hakkına sahip olmayan ebeveynin adını taşımaya

---

<sup>150</sup> Schlumpf/Fraefel, CHK ZGB, Art. 270-270b, N.12.

<sup>151</sup> Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 8; Schlumpf/Fraefel, CHK ZGB, Art. 270-270b, N. 12.

<sup>152</sup> Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 8; Schlumpf/Fraefel, CHK ZGB, Art. 270-270b, N. 9; Stehli, OFK ZGB, Art. 270a, N. 3; Birinci-Uzun, s. 120; Durak/Ayan, s. 377; Güven, s. 413; Öcal-Apaydın, s. 434.

<sup>153</sup> Bu ilkenin tek istisnası, ZGB Art. 270a, Abs. 2 hükmüdür. Diğer bir deyişle, ortak velâyetin ilk çocuğun doğumundan sonra tesis edilmesi çocuğun soyadını etkileyebilmektedir. Bkz. Stehli, OFK ZGB, Art. 270a, N. 4.

devam edecektir<sup>154</sup>. 1 Ocak 2013- 1 Temmuz 2014 arası dönemde olduğu gibi baba bu durumda tek başına çocuğun kendi soyadını almasını talep edemez. Kanun koyucu burada yerinde olarak çocuğun soyadının velâyet hakkındaki dağılımlar nedeniyle sürekli olarak değişmesine engel olmak istemiştir. Bu durumda soyadı değişikliği ancak haklı sebeplerin varlığı hâlinde ZGB Art. 30, Abs. 1 hükmü uyarınca mahkeme kararıyla olabilir<sup>155</sup>. Gerçekten çocuğun kişiliğini geliştirebilmesi için kanaatimizce de çocuğun soyadının bu gibi değişikliklerden korunması gerekir. Ancak çocuğun menfaatinin gerekli kılması hâlinde, isim değişikliğine ilişkin hükümlere başvurularak çocuğun diğer ebeveynin soyadını alması talep edilebilmelidir.

Öte yandan, ZGB Art. 270b hükmünde Türk hukukunda mevcut olmayan çok önemli bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, çocuk on iki yaşını doldurmuşsa, soyadı ancak onun rızasıyla değiştirilebilir<sup>156</sup>. İsviçre kanun koyucusu 12 yaşını doldurmuş çocukların ebeveynlerinin isim değişikliklerinden etkilenip etkilenmeme konusunda ayırt etme gücüne sahip olduklarını ve kişilik hakkının kapsamına giren bu önemli

---

<sup>154</sup> Bkz. Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 8; Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 3; Stehli, OFK ZGB, Art. 270a, N. 4; Birinci-Uzun, s. 120; Çelebi, s. 593; Öcal-Apaydın, s. 434-435. Aynı şekilde ana ve babanın sonradan evlenmesi de çocuğun soyadında bir değişiklik meydana getirmeyecek ve çocuk kazandığı soyadını kullanmaya devam edecektir. Bkz. Güven, s. 413.

<sup>155</sup> Bühler, BSK ZGB I, Art. 270-270b, N. 8; Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 3; Schlumpf/Fraefel, CHK ZGB, Art. 270-270b, N. 10; Stehli, OFK ZGB, Art. 270a, N. 4; Güven, s. 414. İsviçre Federal Mahkemesi, ZGB Art. 270a, Abs. 3 hükmü uyarınca annesinin soyadını alan ancak küçük yaşlardan beri babası tarafından bakılan ve babasının soyadını almak isteyen çocuk ile babası arasındaki sıkı ve samimi bağı dikkate alarak çocuğun soyadının babanın soyadıyla değiştirilmesini haklı bulmuştur. Bkz. BGE 132 III 497, Güven, s. 414. Çocuğun rızası alınmadan onun soyadına ilişkin karar verilmesinin Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin ruhuna aykırı olduğu yönünde bkz. Geiser, ZKE 2012, s. 368-369.

<sup>156</sup> Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 268; Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 9c; Çelebi, s. 593; Öcal-Apaydın, s. 435.

konuda karar verme ve bunu açıklama hürriyetlerinin bulunduğunu varsaymaktadır<sup>157</sup>. Çocuğun soyadının değişmesi, soybağının sonradan kurulması, mahkeme kararı ile soybağında sonradan değişiklik, evlât edinme ve mahkeme kararıyla soyadının değişmesi gibi durumlarda gündeme gelmektedir. Meselâ, evlilik dışında doğan çocuğun ana-babasının evlenmesi ve ortak bir soyadı seçmeleri durumunda bile oniki yaşını dolduran çocuğun soyadının değişikliğe uğraması için rızası gerekmektedir<sup>158</sup>. Soyadı değişikliği için oniki yaşını dolduran çocuk, İsviçre'deki herhangi bir nüfus memurluğuna<sup>159</sup> rızasını şahsen açıklayabilir (ZStV Art. 37b Abs. 2). Bu bağlamda çocuğun yazılı rıza beyanı yeterli görülmemelidir<sup>160</sup>. Oniki yaşını dolduran çocuk rıza vermediği takdirde, soyadı değişikliği yapılmayacaktır<sup>161</sup>.

### III. ALMAN HUKUKUNDA ÇOCUĞUN SOYADI

#### A. ALMAN POZİTİF HUKUKUNDA ÇOCUĞUN SOYADI

Çocuğun soyadı, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 1616, 1617, 1617a, 1617b, 1617c ve 1618'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda çocuğun soyadı bakımından evlilik içinde doğup doğmama değil, velâyet hakkının kime ait olduğunu dikkate alınmıştır<sup>162</sup>.

<sup>157</sup> Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 268; Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 9c; Stehli, OFK ZGB, Art. 270b, N. 1. Ne var ki, henüz 12 yaşını doldurmamış olan bir küçük bu konuda ayırt etme gücüne sahip olsa bile, rıza şartı onun açısından aranmayacak ve bu çocuk soyadının değişmesini istemese bile bu irade beyanına önem verilmeyecektir. Bu durum öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Öğretide bu çocukların da dinlenmeleri ve kararda görüşlerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Michel/Schlatter, KUKO ZGB, Art. 270-270b, N. 9c.

<sup>158</sup> Stehli, OFK ZGB, Art. 270b, N. 1.

<sup>159</sup> KESB kural olarak çocuğun soyadı değişikliği için rızasını açıklama prosedürüne dâhil değildir. Ancak ana ve baba, rızasını açıklaması yönünde çocuk üzerinde baskı kurarlarsa, konu KESB'in alanına girebilir. Bu durumda KESB de sürece dahil olacaktır. Bkz. Geiser, ZKE 2012, s. 369.

<sup>160</sup> Geiser, ZKE 2012, s. 369.

<sup>161</sup> Graf-Gaiser, FamPra.ch 2013, s. 268; Stehli, OFK ZGB, Art. 270b, N. 1.

<sup>162</sup> Ayan, s. 35.

Ana ve baba evlilerse ve *ortak bir aile soyadı (gemeinsame Familienname/Ehename) seçmişlerse*<sup>163</sup>, müşterek çocukları da bu soyadını

<sup>163</sup> Alman hukukunda ortak soyadı, BGB § 1355 hükmünde düzenlenmiştir. Kısaca açıklamak gerekirse, eşlerin *ortak bir aile soyadı belirlemeleri* asıldır. Eşler, belirledikleri bu soyadını kullanmaktadırlar. Eşlerin doğum soyadları veya aile soyadının belirlenmesine ilişkin beyan sırasında sahip oldukları soyadları, aile soyadı olarak belirlenebilir. Doğum soyadıyla nüfus müdürlüğüne beyanda bulunulduğu anda bir eşin doğum belgesinde yazılı olan soyadı kastedilmektedir. Eşler, soyadı belirlemek isterlerse nüfus müdürlüğüne bir beyanda bulunmalıdırlar. Aile soyadının belirlenmesine ilişkin beyan evlenme sırasında yapılmalıdır. Daha sonra yapılmak istenirse, bu beyanın noter tarafından onaylanmış olması gerekmektedir. Kanun koyucu soyadı aile soyadı olarak seçilmeyen eşe de bir imkân tanımıştır. Buna göre, soyadı aile soyadı olarak seçilmeyen eş, aile soyadına doğum soyadını veya evlilik soyadının belirlenmesine ilişkin beyanda bulunduğu anda taşıdığı soyadını ekleyebilir. Ancak bu imkândan faydalanılabilmesi için aile soyadının birden fazla addan oluşmaması gerekmektedir. Soyadı aile soyadı olarak seçilmeyen eşin soyadı, birkaç isimden oluşuyorsa bunlardan sadece birisi aile soyadına eklenebilir. Bu beyanın nüfus müdürlüğüne karşı yeni bir beyanda bulunularak geri alınması mümkündür. Ancak söz konusu beyanın geri alınması hâlinde, hükmün dördüncü fıkrasının birinci cümlesi uyarınca yeni bir beyanda bulunulamaz. Beyan evlenme sırasında bir Alman nüfus müdürlüğüne yapılmamışsa, gerek beyanın gerek beyanın geri alınmasına ilişkin beyanın resmi makam tarafından onaylanması gerekmektedir. Dul veya boşanan eş, aile soyadını kullanmaya devam etmektedir. Ancak bu eş, nüfus müdürlüğüne yapacağı bir beyanla, doğum soyadını veya aile soyadının belirlenmesine kadar kullandığı soyadını yeniden kullanabilir ya da aile soyadına doğum soyadını veya aile soyadının belirlenmesi anında kullandığı soyadını ekleyebilir. Bu durumda dördüncü fıkra hükmü geçerlidir. *Buna karşılık, eşler bir aile adı seçmezlerse* her eş evlendiği anda kullandığı soyadını bundan sonra da kullanmaya devam edecektir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Kathrin Kroll-Ludwigs, *Erman BGB, Kommentar, Buch 4: Familienrecht, Abschnitt 1: Bürgerliche Ehe, Titel 5: Wirkungen der Ehe im Allgemeinen (§§ 1353-1362)*, Hrsg. Harm Peter Westermann/Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer, 16. Auflage, Ottoschmidt, Köln, 2020, Art. 1355, N. 1-23; Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe, “§ 1355 BGB”, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Familienrecht I, §§ 1297-1588*,

kendiliğinden doğum adı olarak alacaktır (BGB § 1616)<sup>164</sup>. Diğer bir deyişle, ortak bir soyadı seçen eşlerin ayrıca çocuğun soyadını belirleme hakları bulunmamaktadır<sup>165</sup>. Eşlerin aile soyadının belirlenmesine ilişkin yapacakları beyan sırasında sahip oldukları soyadlarını aile soyadı olarak belirleyebilecekleri göz önünde bulundurulduğunda, çocuğun bir eşin önceki evliliğinden gelen soyadını alması ihtimal dâhilindedir<sup>166</sup>. BGB § 1616 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için, çocuğun doğumu anında ana ve baba arasındaki evliliğin devam ediyor olması şart değildir. Evlilik daha önce boşanma nedeniyle sona ermesine rağmen baba ile soybağı doğumdan önce kurulmuşsa ve anne ile baba hâlâ ortak soyadını kullanmaya devam ediyorlarsa, çocuğun doğum adı ebeveynlerce kullanılan ortak soyadı olacaktır. Buna karşılık, tanıma veya babalık hükmü doğumdan sonra gerçekleşirse, çocuk soyadını ilk olarak BGB § 1617a, Abs. 1 uyarınca alacaktır. Ne var ki, bu durumda çocuğun BGB § 1616 ve § 1617c hükümleri uyarınca ana ve babanın hâlihazırda kullandıkları ortak soyadını alıp almayacağı tartışmalıdır<sup>167</sup>.

---

*Versorgungsausgleichsgesetz – Gewaltschutzgesetz Lebenspartnerschaftsgesetz, Abschnitt 1: Bürgerliche Ehe, Titel 5: Wirkungen der Ehe im Allgemeinen (§§ 1353–1362)*, Hrsg. Elisabeth Koch, 9. Auflage, C.H. Beck, München, 2022, N. 1-74; Çelebi, s. 594 vd.; Çelt, s. 1081-1082; Efedayioğlu, s. 16-17; Erbek-Odabaşı, s. 58-59; Helvacı/Kocabaş, s. 619-626. BGB § 1355 hükmünde, ZGB Art. 160'dan farklı olarak, öncelikle eşlerin ortak bir soyadı belirlemeleri düzenlenmiş; şayet eşler ortak bir soyadı belirlemezlerse kendi soyadlarını kullanmaya devam edecekleri öngörülmüştür. Bu nedenle, Alman hukukunda kural olarak “aile içinde soyadı birliği ilkesi (Prinzip der Namenseinheit in der Familie)”nin geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Budzikiewicz, Jauernig BGB, § 1616-1617c, N. 1; Döll, Erman BGB, § 1616, N. 1; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1616, N. 2; Helvacı/Kocabaş, s. 619, 621.

<sup>164</sup> Budzikiewicz, Jauernig BGB, § 1616-1617c, N. 2; Döll, Erman BGB, § 1616, N. 2; Schwer, jurisPK BGB, § 1616, N. 36; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1616, N. 2.

<sup>165</sup> von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1616, N. 2.

<sup>166</sup> von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1616, N. 5.

<sup>167</sup> Bkz. Christine Budzikiewicz, “§§ 1297–1921, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt”, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO*, Hrsg. Rolf Stürner,

Benzer şekilde, ana ve baba doğum sırasında birbirleriyle evli olmamasına rağmen sonradan evlenerek ortak bir aile soyadı almış olsalar bile BGB § 1616 hükmü değil, 1617a veya 1617b hükmü uygulama alanı bulacaktır<sup>168</sup>. Bu ihtimalde ana ve babanın çocuğa ortak soyadlarını verebilmeleri için, beş yaşını doldurmuş ise çocuğun da bu değişikliği kabul etmesi gerekir (BGB §1617c)<sup>169</sup>.

Buna karşılık, ana ve babanın ortak bir aile adı (soyadı) yoksa çocuğun soyadı onların ortak velâyete sahip olup olmalarına göre belirlenmiştir. Şayet ana ve baba ortak velâyet hakkına sahiplerse BGB § 1617 hükmü uygulama alanı bulacakken; ebeveynlerden sadece birisi velâyet hakkına sahipse BGB § 1617a hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Ana ve babanın çocuğun doğumu anında<sup>170</sup> ortak bir soyadı olmamasına karşın, ortak velâyete sahip olmaları durumunda çocuğun soyadı BGB § 1617'de düzenlenmiştir. Hükmün uygulanabilmesi için, soybağının BGB § 1591 ff. uyarınca tesis edilmiş olması, çocuğun

---

19. Auflage, C.H. Beck, München, 2023, § 1616-1617c, N. 2; Yves Döll, *Erman BGB, Kommentar, Buch 4: Familienrecht, Abschnitt 2: Verwandtschaft, Titel 4: Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kind im Allgemeinen* (§§ 1616-1625), Hrsg. Harm Peter Westermann/Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer, 16. Auflage, Ottoschmidt, Köln, 2020, § 1616, N. 2; Dominic Schwer, "§§ 1616 bis 1618 BGB", *juris Praxiskommentar BGB, Band 4, Familienrecht*, Hrsg. Maximilian Herberger/Michael Martinek/Helmut Rüßmann/Stephan Weth/Markus Würdinger/Wolfram Viefhues, 9. Auflage, Online-Nutzung, Saarbrücken, 2020, § 1616, N. 32; Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe, "§§ 1616–1625 BGB", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Familienrecht II, §§ 1589-1921, RelKERzG, VVBG, SGB VIII, SaRegG, Abschnitt 2. Verwandtschaft, Titel 4. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kind im Allgemeinen* (§§ 1616–1625), Anh. § 1618: *Das Recht des Kindesvornamens*, Hrsg. Dieter Schwab, 9. Auflage, C.H. Beck, München, 2022, § 1616, N. 8.

<sup>168</sup> Rainer Kemper, "§§ 1616 bis 1618 BGB", *Nomos Hand Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, 12. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2024, BGB § 1616, N. 1.

<sup>169</sup> Budzikiewicz, Jauernig BGB, § 1616-1617c, N. 3.

<sup>170</sup> Markus Pöcker, "§§ 1616–1625", *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, Hrsg. Wolfgang Hau/Roman Poseck, 71. Edition, C.H. Beck, München, 2024, §1617, N. 2; von Sachsen Gessaphe, *MüKo BGB*, § 1617, N. 8-9.



doğumu sırasında ebeveynlerin çocuk üzerinde ortak velâyete sahip olmaları, buna karşılık ortak bir soyadı seçmemiş olmaları gerekmektedir<sup>171</sup>. Öncelikle ifade edilmelidir ki, bu hüküm “*ana ve babanın evli olması ancak her birinin kendi soyadını kullanması*”, “*ana ve babanın boşanmış olmasına karşın mahkemenin ortak velâyete hükmetmiş olması*” ve “*çocuk evlilik dışında doğmuş ve annesi-babası sonradan evlenmemiş olmasına karşın mahkemenin ortak velâyete hükmetmiş olması*” şeklinde üç durumda uygulama alanı bulabilecektir<sup>172</sup>. Diğer bir deyişle, bu hükmün uygulanması bakımından önemli olan husus, ana ve babanın evli olup olmaması değil, ortak velâyete sahip olmalarıdır<sup>173</sup>. BGB § 1617 hükmünün birinci fıkrasına göre, ana ve baba şayet anlaşılırsa nüfus müdürlüğüne beyanda bulunarak babanın veya annenin bu *beyan sırasında sahip oldukları (güncel) soyadını* çocuğun soyadı olarak belirleyebilirler<sup>174</sup>. Kanun koyucu, bu şartların gerçekleşmesi

<sup>171</sup> Döll, Erman BGB, § 1617, N. 2; Kemper, HK BGB, § 1617, N. 2-3; Pöcker, BeckOK BGB, § 1617, N. 2.

<sup>172</sup> Döll, Erman BGB, § 1617, N. 3; Kemper, HK BGB, § 1617, N. 2-3; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617, N. 8; Acabey, s. 505; Çelebi, s. 596. BGB § 1626a hükmüne göre, ortak velâyet eşlerin anlaşmasıyla, sonradan evlenmeleriyle ya da mahkeme kararı ile kurulmaktadır.

<sup>173</sup> Pöcker, BeckOK BGB, §1617, N. 2; Ayan, s. 35; Çelt, s. 1082, dn. 88; Turan-Başara, s. 221.

<sup>174</sup> Budzikiewicz, Jauernig BGB, § 1616-1617c, N. 5; Döll, Erman BGB, § 1617, N. 5; Kemper, HK BGB, § 1617, N. 4; Pöcker, BeckOK BGB, §1617, N. 5; Schwer, jurisPK BGB, § 1617, N. 6; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617, N. 18; Başoğlu, s. 370; Çelebi, s. 595; Çelt, s. 1082; Durak/Ayan, s. 377; Efedayioğlu, s. 17; Halûk N. Nomer, “Avrupa Birliğine Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 22, S. 2, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, 2002, s. 428; Turan-Başara, s. 221-222. Ana ve baba ayrı yaşıyor olsalar da çocuğun soyadını birlikte belirlemelidirler. Zira çocuğun soyadı konusunda karar verme oldukça önemli bir konudur. Ancak birlikte karar verme, şekli açıdan değil, içerik açısından şarttır. Bu nedenle, ana ve babanın harici bir anlaşma yapmaları gerekli olmadığı gibi, nüfus memurunun huzuruna birlikte çıkmaları da şart değildir. Bkz. Döll, Erman BGB, § 1617, N. 8; Schwer, jurisPK BGB, § 1617, N. 4, 11; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617, N. 23.

hâlinde çocuğa ana veya babanın beyan sırasında sahip oldukları güncel soyadlarından birisinin verilebileceğini düzenlemiştir. Bu soyadı, onların bekârlık soyadı olabileceği gibi, önceki evliliklerinden gelen bir evlilik soyadı da olabilecektir<sup>175</sup>. Ne var ki, ana veya babanın hâlihazırda kullanmadıkları önceki soyadlarının çocuğa verilmesi mümkün değildir<sup>176</sup>. Ananın veya babanın güncel soyadı çift isimden oluşuyorsa, çocuğa ana veya babanın bu çifte soyadı verilebilir. Ancak, ana ve babanın soyadlarından yeni bir çifte soyadı oluşturularak çocuğa bunun verilmesi mümkün değildir<sup>177</sup>. Doğumun belgelenmesinden sonra yapılacak beyanın resmi makam tarafından onaylanması gerekmektedir<sup>178</sup>. Kanun koyucu eşlerin birden çok çocuğunun olmasını da dikkate almış ve bir çocuk için yapılacak olan tercihin diğer çocuklar için de geçerli olduğunu öngörmüştür. Bu düzenlemeyle kardeşler arasındaki ilişkilerde isim birliğinin sağlanması (Einheitlichkeit des Geschwisternamens) amaçlanmıştır<sup>179</sup>.

---

<sup>175</sup> Budzikiewicz, Jauernig BGB, § 1616-1617c, N. 5; Döll, Erman BGB, § 1617, N. 6-7. Öğretide çocuğa eşlerin mevcut soyadlarının verilmesine imkân tanınması eleştirilmektedir. Mesela, annenin önceki evliliği nedeniyle edindiği soyadını kullanmaya devam ettiği ve çocuğa da bu soyadının verildiği düşünüldüğünde, bu durum eski kocanın en azından soyadı anlamında baba olduğu izlenimini vermektedir. Bu sonuç ise, tek taraflı isimlendirmenin mümkün olmaması nedeniyle BGB § 1617a ve 1618 hükümleri ile çelişmektedir. Dolayısıyla, BGB § 1617 Abs. 1 hükmünde geçen ifadenin ana ve babanın doğum soyadları şeklinde değiştirilmesi önerilmektedir. Döll, Erman BGB, § 1617, N. 7.

<sup>176</sup> Kemper, HK BGB, § 1617, N. 4.

<sup>177</sup> Budzikiewicz, Jauernig BGB, § 1616-1617c, N. 5; Döll, Erman BGB, § 1617, N. 6; Kemper, HK BGB, § 1617, N. 4; Pöcker, BeckOK BGB, §1617, N. 5-6; Schwer, jurisPK BGB, § 1617, N. 1; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617, N. 19. Çifte soyadının çocuğun aile bağıını tek bir isimden daha iyi ifade edeceği yönünde bkz. von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617, N. 6.

<sup>178</sup> Döll, Erman BGB, § 1617, N. 8a; Pöcker, BeckOK BGB, §1617, N. 11; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617, N. 23.

<sup>179</sup> Budzikiewicz, Jauernig BGB, § 1616-1617c, N. 5; Döll, Erman BGB, § 1617, N. 11; Pöcker, BeckOK BGB, §1617, N. 1; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617, N. 26; Ayan, s. 35; Başoğlu, s. 370; Çelebi, s. 596; Çelt, s. 1082.

BGB § 1617 Abs. 2'de ise, ana ve babanın çocuğun doğumundan itibaren bir ay içinde<sup>180</sup> bu şekilde bir belirleme yapmaması durumunda nasıl hareket edileceği düzenlenmiştir. Öncelikle nüfus müdürlüğü, çocuğun doğumundan itibaren bir ay içinde ana ve babanın bir belirleme yapmadıklarını aile mahkemesine bildirecektir (FamFG § 168g, Abs. 2). Bu bildirim veya eşlerden birinin talebi üzerine durumdan haberdar olan aile mahkemesi, eşlerden her ikisini de dinledikten sonra<sup>181</sup> çocuğun soyadını belirleme hakkını ana veya babadan birine vermelidir<sup>182</sup>. Çocuğun soyadını belirleme hakkı kendisine tanınan ebeveyn, bu hakkını birinci fıkradaki düzenlemeye göre kullanmalıdır. Diğer bir deyişle, bu ihtimalde çocuğun soyadını aile mahkemesi değil, bizzat kendisine bu hak tanınan ebeveyn belirlemektedir<sup>183</sup>. Kendisine

---

<sup>180</sup> Burada geçen bir aylık süre kesin değildir. Bu nedenle, aile mahkemesi tarafından çocuğun soyadını belirleme hakkı bir eşe bırakılıncaya kadar eşler anlaşarak çocuğun soyadını belirleyebilirler. Bkz. Döll, Erman BGB, § 1617, N. 10; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617, N. 30.

<sup>181</sup> Budzikiewicz, Jauernig BGB, § 1616-1617c, N. 6; Döll, Erman BGB, § 1617, N. 13; Çelebi, s. 596, dn. 227.

<sup>182</sup> Burada aile mahkemesi çocuğun soyadını belirleme hakkını ana veya babadan birine vermektedir. Ancak bu kararı verirken aile mahkemesinin hangi ölçütlerden yararlanacağı açık değildir. Hiç şüphesiz öncelikle çocuğun üstün yararının göz önünde tutulması gerekmektedir. Bkz. Döll, Erman BGB, § 1617, N. 12; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617, N. 31. BGB § 1628 hükmü uyarınca verilen kararlarda göz önünde tutulması gereken kriterlerin burada da dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Kemper, HK BGB, § 1617, N. 6; Pöcker, BeckOK BGB, §1617, N. 18.

<sup>183</sup> Döll, Erman BGB, § 1617, N. 15; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617, N. 31. Kendisine çocuğun soyadını belirleme yetkisi verilen ebeveynin bu süreçte ölmesi veya velâyet hakkını kaybetmesi hâlinde, ne olacağı konusunda kanuni bir boşluk bulunmaktadır. Bu boşluk, çocuğun doğumu anında diğer taraf velâyet hakkına sahip olmadığından BGB § 1617a hükmü uyarınca doldurulamaz. Bu durumda yapılması gereken bu kanuni boşluğun, BGB § 1617 hükmüne uygun bir şekilde doldurulmalıdır. Diğer bir deyişle, çocuğun soyadını belirleme yetkisi, velâyet hakkıyla birlikte diğer ebeveyne geçmeli ve bu kişi dilerse kendi soyadını dilerse de seçme yetkisini kaybeden eşin soyadını çocuğun soyadı olarak belirleyebilmelidir.

bu hak verilen ebeveynin, çocuğun soyadı olarak kendi soyadını veya (ölmüş olsa bile) diğer eşin soyadını belirlemesi mümkündür<sup>184</sup>. Çocuğun soyadını belirleme hakkı, resmi makam tarafından onaylanmak koşuluyla nüfus müdürlüğüne karşı kullanılmalıdır<sup>185</sup>. Hatta mahkemenin bu ebeveynin belirleme hakkını kullanması için bir son tarih koyması da mümkündür. Aile mahkemesi tarafından çocuğun soyadının belirlenmesi için bir süre konulmuşsa, bu süre ilgili kararın bildiriyle birlikte işlemeye başlayacaktır<sup>186</sup>. Hâkimin haklı sebeplerin varlığı hâlinde henüz işlemeye devam eden süreyi uzatması mümkünken; sürenin dolması hâlinde yeni bir süre tesis etmesi mümkün değildir<sup>187</sup>. Şayet belirleme hakkı kendisine verilen ebeveyn bu hakkını mahkeme tarafından belirlenen sürenin sonuna kadar kullan(a)mazsa, çocuk belirleme hakkının kendisine verildiği ebeveynin soyadını kanun gereği geçmişe etkili olarak (doğum anından itibaren)<sup>188</sup> elde eder<sup>189</sup>. Hükmün üçüncü fıkrasında ise, çocuğun Almanya'da doğmaması hâline mahkemenin belirleme hakkını bir ebeveyne vermesinin şartları düzenlenmiştir. Buna göre, çocuk Almanya'da doğmamışsa, aile mahkemesinin BGB § 1617 Abs. 2 uyarınca ana veya babadan birisine çocuğun soyadını belirleme hakkını verebilmesi için, ana-babadan birinin veya çocuğun talepte bulunması ya da çocuğun

---

Bkz. von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617, N. 32; krş. Schwer, jurisPK BGB, § 1617, N. 18.

<sup>184</sup> Döll, Erman BGB, § 1617, N. 15; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617, N. 32; Acabey, s. 505.

<sup>185</sup> Döll, Erman BGB, § 1617, N. 15.

<sup>186</sup> Döll, Erman BGB, § 1617, N. 13.

<sup>187</sup> Pöcker, BeckOK BGB, §1617, N. 17, 19; Schwer, jurisPK BGB, § 1617, N. 16; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617, N. 33.

<sup>188</sup> Schwer, jurisPK BGB, § 1617, N. 23.

<sup>189</sup> Budzikiewicz, Jauernig BGB, § 1616-1617c, N. 6; Döll, Erman BGB, § 1617, N. 16; Kemper, HK BGB, § 1617, N. 6; Pöcker, BeckOK BGB, §1617, N. 19; Schwer, jurisPK BGB, § 1617, N. 19; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617, N. 34; Ayan, s. 35; Başoğlu, s. 370; Çelebi, s. 596; Çelt, s. 1083; Nomer, s. 428.

soyadının Alman nüfus kütüğüne veya resmi bir Alman kimlik belgesine kaydedilecek olması aranmıştır<sup>190</sup>.

Ana ve baba çocuğun doğumu anında<sup>191</sup> hem ortak bir soyadına hem de ortak velâyete sahip değillerse, çocuğun soyadının ne olacağı BGB § 1617a hükmünde düzenlenmiştir. Bu ihtimalde, çocuğun velâyet hakkına sahip olan anne veya babanın kendisinin (çocuğun) doğumu anındaki soyadını, kanun gereği kendiliğinden alacağı kabul edilmiştir (BGB § 1617a, Abs. 1)<sup>192</sup>. Hükmün uygulanabilmesi için, soybağının BGB § 1591 ff. hükümleri uyarınca tesis edilmiş olması, çocuğun doğumu sırasında ebeveynlerin ortak velâyete ve ortak bir soyadına sahip olmamaları gerekmektedir<sup>193</sup>. Söz konusu hüküm hem evlilik içinde hem de evlilik dışında doğan çocuklar bakımından geçerlidir<sup>194</sup>. Bununla birlikte, velâyet hakkına tek başına sahip olan anne veya babanın nüfus müdürlüğüne beyanda bulunmak suretiyle çocuğa diğer anne veya babanın soyadının verilmesini sağlayabileceği de kabul edilmiştir (BGB § 1617a, Abs. 2)<sup>195</sup>. Bu düzenleme sadece birinci fıkraya göre edinilen

<sup>190</sup> Bkz. Döll, Erman BGB, § 1617, N. 14; Kemper, HK BGB, § 1617, N. 7; Schwer, jurisPK BGB, § 1617, N. 20-22; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617, N. 36-37.

<sup>191</sup> Pöcker, BeckOK BGB, §1617a, N. 3.

<sup>192</sup> Budzikiewicz, Jauernig BGB, § 1616-1617c, N. 8; Döll, Erman BGB, § 1617a, N. 7; Kemper, HK BGB, § 1617a, N. 2; Pöcker, BeckOK BGB, §1617a, N. 2; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617a, N. 10; Ayan, s. 35; Başoğlu, s. 370; Çelebi, s. 596; Efedayıoğlu, s. 17; Turan-Başara, s. 222.

<sup>193</sup> Döll, Erman BGB, § 1617a, N. 3; Kemper, HK BGB, § 1617a, N. 2; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617a, N. 5-7.

<sup>194</sup> Döll, Erman BGB, § 1617a, N. 1; Pöcker, BeckOK BGB, §1617a, N. 2; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617a, N. 6.

<sup>195</sup> Bu durumda çocuğa diğer anne veya babanın çocuğun doğumu anındaki değil, beyanın yapıldığı andaki soyadı verilecektir. Bkz. Pöcker, BeckOK BGB, §1617a, N. 13. Soyadının BGB § 1616 ve § 1617 uyarınca edinildiği hâllerde, BGB § 1617a, Abs. 2 hükmü uygulama alanı bulmamaktadır. Aynı şekilde, BGB § 1617a Abs. 1 uyarınca çocuğa soyadı verilen ebeveynin ölmesi, çocuğun velâyetinin tek başına diğer tarafa verilmesi ve bu tarafın çocuğa tek başına kendi soyadını vermek istemesi hâlinde de BGB § 1617a,

soyadının değiştirilmesinde değil, aynı zamanda soyadının doğrudan edinilmesine de izin vermektedir<sup>196</sup>. Ancak bunun için çocuğa soyadı verilecek olan diğer anne veya babanın ve çocuk beş yaşını tamamlamışsa onun rızasının alınması gerekmektedir<sup>197</sup>. Çocuğa soyadının verilmesi, velâyet hakkının kapsamına olduğundan, ergin hâle gelen çocuğa BGB § 1617a, Abs. 2 hükmü uyarınca soyadı verilmesi mümkün değildir<sup>198</sup>. Çocuğa diğer ebeveynin soyadının verilmesine yönelik beyanın resmi makam tarafından onaylanmış olması gerekmektedir<sup>199</sup>. Çocuğun rızası bakımından BGB § 1617c Abs. 1 hükmünün kıyas yoluyla uygulanacağı öngörülmüştür.

Çocuğun bir soyadı varken, ana ve baba sonradan ortak velâyet hakkına sahip olabilirler. Bu durumun çocuğun soyadına etkisi, BGB § 1617b Abs. 1 hükmünde düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu ihtimalde ana ve babaya ortak velâyetin (gemeinsame Sorge) kurulmasından itibaren *üç ay içinde*<sup>200</sup> çocuğun soyadını yeniden belirleme imkânı vermiştir<sup>201</sup>. Hükmün uygulanabilmesi için, “*çocuğun soyadının BGB § 1617a hükmüne göre belirlenmesi*” ve “*ortak velâyetin tesis edilmesi*” şeklinde iki tane şartın gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>202</sup>. Bu ihtimalde çocuğa, BGB

---

Abs. 2 hükmü kıyasen uygulanamaz. Bkz. Döll, Erman BGB, § 1617a, N. 3, 11.

<sup>196</sup> Budzikiewicz, Jauernig BGB, § 1616-1617c, N. 8; Döll, Erman BGB, § 1617a, N. 11; Pöcker, BeckOK BGB, §1617a, N. 14. Zira bu beyanın çocuğun doğumundan önce yapılması da mümkündür. Bkz. Döll, Erman BGB, § 1617a, N. 13.

<sup>197</sup> Döll, Erman BGB, § 1617a, N. 12; Kemper, HK BGB, § 1617a, N. 4; Pöcker, BeckOK BGB, §1617a, N. 11; Ayan, s. 36; Başoğlu, s. 370; Çelebi, s. 596; Turan-Başara, s. 222.

<sup>198</sup> Döll, Erman BGB, § 1617a, N. 12.

<sup>199</sup> von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617a, N. 27.

<sup>200</sup> Müşterek velâyetin kurulduğu anda ana veya babanın mutlak yerleşim yeri Almanya’da değilse, bu sürenin o ana veya babanın Almanya’ya dönüşünden itibaren *bir ay* geçmeden sona ermeyeceği düzenlenmiştir. Bkz. Kemper, HK BGB, § 1617b, N. 5.

<sup>201</sup> Bkz. Budzikiewicz, Jauernig BGB, § 1616-1617c, N. 7; Döll, Erman BGB, § 1617b, N. 2; Kemper, HK BGB, § 1617b, N. 5.

<sup>202</sup> Detaylı bilgi için bkz. von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617b, N. 5-10.

§ 1617 hükmündeki düzenlemeye uygun olarak ana veya babanın beyan sırasında sahip oldukları (güncel) soyadları verilebilecektir<sup>203</sup>. BGB § 1617 hükmünde olduğu gibi, burada da ana ve babanın nüfus müdürlüğüne birlikte başvurmaları gerekmektedir. Ancak BGB § 1617'den farklı olarak, velâyet hakkına sahip olan ana ve babanın anlaşamaması durumunda hâkimin çocuğun soyadını belirleme yetkisini ebeveynlerden birine vereceğine ilişkin bir prosedür burada öngörülmemiştir. Böyle bir durumda çocuk mevcut soyadını korumaya devam edecektir<sup>204</sup>. Çocuk beş yaşını doldurmuşsa, ana ve babanın tespiti ancak çocuğun buna katılması hâlinde geçerli olur. Çocuğun kabul etmemesi hâlinde soyadı değişikliği yapılamayacağından, kardeşlerin soyadlarının farklı olması mümkündür<sup>205</sup>.

Çocuğa soyadı doğum soyadı olarak (Geburtsname) verilen erkeğin baba olmadığı sonradan mahkeme kararıyla tespit edilmiş olabilir. Mahkeme tarafından verilen karardan sonra çocuğun hâlâ aynı soyadı taşıyıp taşımayacağı meselesi akla gelmektedir. BGB § 1617b Abs. 2 hükmünde bu durum düzenlenmiştir. Hükme göre, çocuğun ya da çocuk henüz beş yaşını doldurmamışsa erkeğin talebi üzerine çocuğa soyadı olarak annesinin çocuğun doğumu anında sahip olduğu soyadı verilebilmektedir. Başvuru, resmi makam tarafından onaylanan bir beyanla nüfus müdürlüğüne karşı yapılmalıdır. Ayrıca çocuğun başvurusu bakımından BGB § 1617c, Abs. 1'in ikinci ve üçüncü cümlelerinin kıyasen uygulama alanı bulacağı öngörülmüştür<sup>206</sup>.

Öte yandan, ana ve babanın soyadında sonradan bir değişiklik meydana gelebilir. Bu konu, BGB § 1617c hükmünde üç fıkrada düzenlenmiştir. Kanun koyucu, çocuk beş yaşını doldurduktan sonra ana ve babanın bir aile soyadı (Ehename) veya hayat ortaklığı

<sup>203</sup> Döll, Erman BGB, § 1617b, N. 2; Kemper, HK BGB, § 1617b, N. 3.

<sup>204</sup> Budzikiewicz, Jauernig BGB, § 1616-1617c, N. 7; Kemper, HK BGB, § 1617b, N. 4; Pöcker, BeckOK BGB, §1617b, N. 7.

<sup>205</sup> Kemper, HK BGB, § 1617b, N. 4.

<sup>206</sup> Detaylı bilgi için bkz. Budzikiewicz, Jauernig BGB, § 1616-1617c, N. 9-10; Döll, Erman BGB, § 1617b, N. 6-7; Kemper, HK BGB, § 1617b, N. 6; Pöcker, BeckOK BGB, §1617b, N. 10-15; von Sachsen Gessaphe, MüKo BGB, § 1617b, N. 20-32.

(Lebenspartnerschaftsname) soyadı belirlemeleri hâlinde kural olarak bu belirlemenin ancak çocuğun kabul etmesi hâlinde onun doğum soyadının kapsamına gireceğini öngörmüştür. *On dört yaşını doldurmuş olan* sınırlı ehliyetsiz çocuk, bu beyanı sadece kendisi yapabilir. Ancak bunun için yasal temsilcisinin rızası gerekmektedir. Beyan, resmi makam tarafından onaylanmalı ve nüfus müdürlüğüne karşı yapılmalıdır (Abs. 1)<sup>207</sup>. Hükmün ikinci fıkrasında birinci fıkranın uygulama alanı bulacağı bazı durumlar düzenlenmiştir. Buna göre, *“çocuğunun doğum soyadı olan aile soyadı veya hayat ortaklığı soyadının sonradan değişmesi”* veya *“BGB § 1617, 1617a ve 1617b hükümlerinde belirtilen durumlarda soyadı çocuğun doğum soyadı olan anne veya babanın soyadının evlilik veya hayat arkadaşlığının kurulması dışında bir yolla (mahkeme kararıyla ya da anne veya babanın evlât edinilmesi nedeniyle)”*<sup>208</sup> *değişmesi”* durumlarında, birinci fıkra hükmü uygulama alanı bulacaktır. Doğum soyadı değişen çocuğun hâlihazırda evli olması da mümkündür. Kanun koyucu, BGB §1617c hükmünün üçüncü fıkrasında doğum soyadındaki değişikliğin aile veya hayat ortaklığı soyadını kapsayabilmesi için, eşin veya hayat arkadaşının kabulünü şart olarak aramaktadır. Hükmün birinci fıkrasının üçüncü cümlesi bu durumda da kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Yani bu beyanın resmi makam tarafından onaylanması ve nüfus müdürlüğüne karşı yapılması gerekmektedir.

## **B. EVLİLİK VE DOĞUM ADINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN DEĞİŞTİRİLMESİNE DAİR KANUN TASARISINDA ÇOCUĞUN SOYADI**

Alman hukukunda kanun koyucu ortak soyadının ve çocukların soyadının çifte soyadı olamaması yönündeki katı tutumunu yumuşatmıştır. Zira çifte soyadı kullanma imkânının kabul edilmemesi, Alman hukukunda ciddi sorunlara yol açmıştır. Hiç şüphesiz bunlardan birisi de aile mahkemesinin çocuğun soyadını belirleme hakkını eşlerden birine tanınmasına yönelik BGB § 1617 hükmüdür. Bu nedenle, çifte soyadı kullanımına imkân verilmemesinin neden yolduğu

<sup>207</sup> Bkz. Kemper, HK BGB, § 1617c, N. 3; Pöcker, BeckOK BGB, §1617c, N. 3-5.1.

<sup>208</sup> Kemper, HK BGB, § 1617c, N. 2.



problemlerin giderilmesi, mevcut yasal boşlukların doldurulması, karmaşık ve çelişkili düzenlemelerin daha esnek hâle getirilmesi amacıyla<sup>209</sup> 01.11.2023 tarihli Evlilik ve Doğum Adına İlişkin Hükümlerin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı (*Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts*) 11.06.2024 tarihinde kabul edilmiş ve nüfus işlemlerinde dijital altyapının hazırlanmasının ardından söz konusu değişikliklerin 01.05.2025 tarihinde yürürlüğe girmesi beklenmektedir<sup>210</sup>. Bu yeni düzenlemede de eşlerin ortak bir soyadı seçmelerine imkân tanınmıştır. Ana ve baba evlilerse ve ortak bir aile soyadı seçmişlerse, bunların müşterek çocuklarının da bu soyadını alacağını öngören BGB § 1616 hükmünde bir değişiklik yapılmamıştır<sup>211</sup>.

Şayet eşler ortak bir soyadı seçmezlerse evlenme sırasında kullandıkları soyadını evlendikten sonra da kullanmaya devam edeceklerdir (zktf.<sup>212</sup> BGB § 1355, Abs. 1). Zktf. BGB § 1355, Abs. 2'de

<sup>209</sup> Saskia Lettmaier, "Kritische Überlegungen zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts", *NZFam* 2023, s. 625.

<sup>210</sup> Bkz. BGBl. 2024 I Nr. 185 vom 14.06.2024. İlgili düzenlemeye buradan erişilebilir: <https://www.recht.bund.de/bgbl/1/2024/185/VO.html> (Erişim Tarihi: 18.09.2024). Revizyondaki tüm yeniliklerin değerlendirilmesi çalışmanın kapsamını oldukça genişleteceğinden, burada sadece konuyla ilgili temel değişikliklere yer verilmiştir.

<sup>211</sup> Alman öğretisinde toplumdaki yüksek boşanma ve yeniden evlenme oranları dikkate alındığında artık aile soyadının sürdürülebilir olmadığı ileri sürülmektedir. Zira evliliklerin neredeyse % 40'ının boşanma ile sona erdiği ve her yıl yaklaşık 121.000 çocuğun anne ve babasının boşanmasından etkilendiği bir dönemde, artık evlilik soyadına yönelik yasal bir düzenleme yapılması uygun görülmemelidir. Bu gerekçe ile kanun koyucunun hâlâ aile soyadını teşvik etmesi, öğretilde eleştirilmiştir. BGB § 1616 hükmü uyarınca eşler tarafından belirlenen aile soyadını alan çocuk, ebeveynlerinin boşanmasından sonra aile soyadı uğruna kendi soyadından feragat eden ebeveyni ile soyadı yönünden bağlarını kaybetme riski altındadır. Bu risk söz konusu taslakta eşlere çift soyadından oluşan bir aile soyadı belirleme imkânı tanınarak hafifletilmeye çalışılmıştır. Bkz. Lettmaier, s. 626.

<sup>212</sup> zukünftig (gelecekteki, müstakbel), buradan erişilebilir: <https://www.abkuerzungen.de> (Erişim Tarihi: 23.09.2024).

eşlerin ortak soyadı olarak hangi soyadlarını seçebilecekleri düzenlenmiştir. Buna göre, eşler, içlerinden birinin doğum soyadını (Geburtsname), içlerinden birinin beyan tarihindeki soyadını ya da her ikisinin soyadından oluşan çifte soyadını aile soyadı olarak belirleyebilirler. Aile soyadı olarak çifte soyadının belirlenmesi hâlinde eşler, bu soyadlarının bir tire ile birleştirilmesini de öngörebilirler. Diğer bir deyişle, artık ortak aile adı kullanmak isteyen eşlerin kendi adlarından vazgeçmeleri gerekmemektedir<sup>213</sup>. Meselâ, doğum soyadı ADLER olan Bayan BERGER, Bay DÖRING ile evlenmiştir. Bu durumda eşler, sadece ADLER, BERGER veya DÖRING soyadlarını seçebilecekleri gibi; ADLER DÖRING, ADLER-DÖRING, DÖRING ADLER, DÖRING-ADLER, BERGER DÖRING, BERGER-DÖRING, DÖRING BERGER, DÖRING-BERGER şeklinde çifte soyadlarından birini de seçebileceklerdir<sup>214</sup>.

Hükmün üçüncü fıkrasında ise gerek tek başına gerek çifte soyadı için birden çok soyadından belirleme yapılacaksa, nasıl bir yol izlenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, eşlerden birisinin soyadı seçilecekse, bu eşin adının tamamı yerine adlarından birisi veya bazıları evlilik soyadı olarak belirlenebilir. Yine her iki eşin soyadından oluşan çifte soyadı belirlenecekse, bir eşin soyadının oluştuğu isimlerden sadece birisi kullanılabilir. Meselâ, Anna ADLER BERGER ile Bernd DÖRING evlendikten sonra, kural olarak bir ortak soyadı seçmelidirler. Bu ortak soyadı, ADLER, BERGER, DÖRING veya ADLER BERGER olabileceği gibi, ADLER DÖRING, DÖRING ADLER, BERGER DÖRING veya DÖRING BERGER gibi her iki eşin soyadlarından oluşan çifte soyadı da olabilir. Hatta eşler bu çifte soyadlarının kısa çizgi ile birleştirilmesini, yani ADLER-DÖRING, DÖRING-ADLER, BERGER-DÖRING, DÖRING-BERGER şeklinde bir soyadı da tercih edebilirler. Ancak bunun tercih edilmesi, zorunlu değildir<sup>215</sup>. Ancak eşlerin soyadları kısa çizgi kullanılmadan birleştirilerek yeni bir soyadı (meselâ,

---

<sup>213</sup> Claudia Campbell, "Reform des Namensrechts", *NJW-Spezial* 2024, s. 132.

<sup>214</sup> Benzer bir örnek için bkz. Katharina Lugani, "Müller-Lüdenscheidt als Chance-Doppelname als Rechts- und Reformproblem", *NJW* 2024, s. 134, N. 6.

<sup>215</sup> Lugani, s. 134, N. 5.

ADLERDÖRING gibi) oluşturulamaz<sup>216</sup>. Kanun koyucu zkt. BGB § 1355a hükmüyle soyadı aile soyadı olarak seçilmeyen eşe nüfus müdürlüğüne yapacağı bir beyanla aile soyadından önce veya sonra doğum soyadını veya evlilik adının belirlenmesine ilişkin beyanın yapıldığı andaki soyadını veya birden fazla soyadına sahipse bunlardan sadece birisini ekleyebilme imkânı da tanımıştır. Ancak evlilik adı birden fazla soyadından oluşmakta ise, bu hüküm uygulanmayacaktır. Meselâ, yukarıdaki örnekte Bernd, DÖRING ESSER şeklinde çifte soyadı taşımakta ve eşler ortak soyadı olarak bu soyadını (DÖRING ESSER) belirlemişlerse, artık kadın eş Anna ortak soyadının önünde ADLER veya BERGER soyadını kullanamayacaktır. Buna karşılık, eşler ortak soyadı olarak ADLER soyadını tercih etmişlerse, erkek eş Bernd, bu ortak soyadının önünde veya arkasında DÖRING veya ESSER soyadını kullanabilecektir. Bu durumda erkek eş, ADLER DÖRING, ADLER-DÖRING, DÖRING ADLER, DÖRING-ADLER ya da ADLER ESSER, ADLER-ESSER, ESSER ADLER, ESSER-ADLER şeklindeki soyadlarından birisini tercih edebilecektir.

Ebeveynler ortak bir soyadı belirlememişlerse, çocuğun soyadının ne olacağına ilişkin hükümlerde de revizyon yapılmıştır. Ancak yapılan revizyonun odak noktası, çocuğa da çifte soyadının verilmesine imkân tanınması yönündedir<sup>217</sup>. Revizyon kapsamında BGB § 1617 hükmünün birinci fıkrası yerine üç yeni fıkra ihdas edilmiştir. Buna göre ana ve baba evli değilse ve ortak velâyet hakkına sahipse, şu isimlerden birisini çocuğun doğum soyadı olarak

<sup>216</sup> Campbell, s. 132; Lugani, s. 134, N. 7-8.

<sup>217</sup> Buna karşılık, BGB'nin güncel hâline göre, çocuklara çifte soyadı verilmesi mümkün değildir. BGB § 1355, Abs. 4'te eşlere çifte soyadı taşıma imkânının verilmesi çocuğun soyadı bakımından önem arz etmemektedir. Bkz. Campbell, s. 132; Lugani, s. 134, N. 10; Çelebi, s. 596. *Lettmaier*, Avrupa Birliği üyesi 27 ülkeden 22 tanesinde hâlihazırda çocuklara çifte soyadı verilmesine müsaade edildiğini, bu konuda Almanya'nın komşuları arasında neredeyse yalnız olduğunu ifade etmektedir. Yazar, eşler ve çocuklar için çifte soyadı taşıma imkânının getirilmesini, yerinde bir düzenleme olarak görmektedir. Bkz. *Lettmaier*, s. 626.

belirleyebileceklerdir<sup>218</sup>: 1) Beyan sırasında ebeveynlerden birisi tarafından kullanılan soyadını 2) Her iki eşin soyadlarından oluşan bir çifte soyadını. Ana ve baba, kendi soyadlarından oluşan çifte soyadının kullanılması bakımından isimlerin kısa çizgi ile birleştirilmesini de şart koşabileceklerdir. Aile soyadının belirlenmesinde olduğu gibi burada da çocuğun soyadı olarak belirlenecek ebeveynin soyadı birden fazla soyadından oluşmakta ise, bu soyadının tamamı yerine soyadının içinde bulunan isimlerden sadece biri veya bazıları da çocuğun soyadı olarak belirlenebilecektir (zktf. BGB § 1617, Abs. 2)<sup>219</sup>. Aynı şekilde, çocuğun doğum soyadı olarak çifte soyadı belirlenecekse, soyadının içinde bulunan isimlerden sadece birisi kullanılabilir. Meselâ, Anna ADLER BERGER ile Bernd DÖRING ESSER, ortak velâyeti altında bulunan çocukları Corvin'e içlerinden birisi tarafından kullanılan soyadını (mesela ADLER BERGER veya DÖRING ESSER) ya da bunların tamamı yerine sadece birisini (ADLER, BERGER, DÖRING veya ESSER) veya eşlerin fiilen kullandıkları soyadından bağımsız olarak her iki eşin soyadından oluşan bir çifte soyadını (ADLER DÖRING, ADLER-DÖRING, DÖRING ADLER, DÖRING-ADLER, ADLER ESSER, ADLER-ESSER, ESSER ADLER, ESSER-ADLER, BERGER DÖRING, BERGER-DÖRING, DÖRING BERGER, DÖRING-BERGER, BERGER ESSER, BERGER -ESSER, ESSER BERGER, ESSER-BERGER) verebilirler. Buna karşılık, eşlerin anlaşamamaları durumunda nasıl hareket edileceğine ilişkin yeni bir hüküm ihdas edilmemiş, mevcut § BGB 1617 Abs. 2'de yer alan çözüm, Abs. 4'e taşınmıştır<sup>220</sup>. Ne

<sup>218</sup> Doğumun belgelenmesinden sonra yapılan beyanın resmi makamlarca onaylanması gerekmektedir. Bkz. zktf. BGB § 1617, Abs. 3.

<sup>219</sup> Lugani, s. 134-135, N. 12.

<sup>220</sup> Öğretide bu durum eleştirilmiştir. Zira ebeveynlerin anlaşamaması durumunda, çocuğun soyadını belirleme yetkisinin mahkeme tarafından bir tarafa verilmesi, bir tarafı kazanan, diğer tarafı ise kaybeden hâline getireceğinden ebeveyn ilişkisini kötü bir şekilde etkilemektedir. Diğer taraftan, mahkemenin bu kararı hangi kritere göre vereceği de açık olmayıp, burada çocuğun üstün yararı ilkesi de uygulanamaz. Bu durum, hâkimi kanuni temeli olmayan alfabetik sıra ya da kura çekme gibi yollara itebilecektir. O hâlde ebeveynlerin anlaşamamaları hâlinde, çocuğa her iki ebeveynin soyadından oluşan bir çift ismin verileceğinin öngörülmesi daha yerinde olurdu. Bkz. Lettmaier, s. 627.

var ki, çocuğun soyadını belirleme yetkisi kendisine devredilen eş, önceki durumdan farklı olarak, çifte soyadı da belirleyebilecektir<sup>221</sup>. Meselâ, Bayan ADLER ile Bay DÖRING evlenmişler, ancak yeni doğan çocuklarına verilecek soyadı konusunda anlaşamamışlardır. Bunun üzerine aile mahkemesi çocuğa soyadı verme yetkisini Bayan ADLER'e vermiştir. Bu durumda çocuğa, ADLER, DÖRING, ADLER DÖRING, ADLER-DÖRING, DÖRING ADLER, DÖRING-ADLER olmak üzere altı farklı soyadı verilebilecektir. Ancak Bayan ADLER, mahkeme tarafından belirlenen süre içerisinde bu yetkisini kullanmazsa çocuğa ADLER soyadı verilecektir<sup>222</sup>. Hükme eklenen altıncı fıkrada ise, ebeveynler veya bir ebeveyn tarafından seçilen doğum soyadının, diğer ortak çocuklar bakımından da geçerli olacağı düzenlenmiştir.

Ana ve baba hem ortak bir soyadına hem de ortak velâyete sahip değillerse, çocuğun soyadı BGB § 1617a hükmünde düzenlenmiştir. Hükümün birinci fıkrasında iki küçük düzeltme yapılmıştır. Şöyle ki, hükümde geçen "*Namen*" kelimesi "*Familiennamen*" olarak değiştirilmiş ve hükümün sonunda "*als Geburtsnamen*" ibaresi eklenmiştir. Bu ihtimalde, çocuğun velâyet hakkına sahip olan anne veya babanın çocuğun doğumu anındaki aile soyadını doğum soyadı olarak alacağı kabul edilmiştir. Hükümün ikinci fıkrası ise yürürlükten kaldırılacak olup, bunun yerine üç yeni fıkra ihdas edilmiştir. Yeni ikinci fıkraya göre, birinci fıkra uyarınca soyadı çocuğun doğum adı olan ve çocuğun velâyetine tek başına sahip olan ana veya babanın şayet soyadı birden fazla isimden oluşuyorsa nüfus idaresine yapacağı beyanla soyadının oluştuğu adlardan sadece birisini veya birkaçını çocuğa verebileceği hüküm altına alınmıştır. O hâlde, Corvin'in velâyetine tek başına sahip olan Anna ADLER-BERGER, çocuğuna ADLER, BERGER veya ADLER-BERGER soyadlarından birini verebilecektir. Ancak Corvin'in sadece ADLER veya BERGER soyadını alabilmesi için Anna'nın nüfus müdürlüğüne beyanda bulunması gerekmektedir. Yeni üçüncü fıkrada ise, çocuğun velâyetine tek başına sahip olan anne veya babanın nüfus müdürlüğüne beyanda bulunmak suretiyle çocuğa diğer anne veya babanın soyadını verebilmesine ilişkin hüküm revize edilmiştir. Şöyle

---

<sup>221</sup> Lugani, s. 134-135, N. 12.

<sup>222</sup> Benzer bir örnek için bkz. Lugani, s. 135, N. 13.

ki, çocuğun velâyetine tek başına sahip olan anne veya baba, nüfus müdürlüğüne yapacağı beyanla çocuğa diğer ebeveynin aile soyadını veya her iki ebeveynin aile soyadlarından oluşan bir çifte soyadı da verebilir<sup>223</sup>. Bu durumda (soyadlarının kısa çizgi ile bağlanabilmesine ilişkin) zkft. BGB Art. 1617 Abs. 1 Satz 2 ve (birden çok soyadından belirleme yapılacaksa bunlardan sadece birisinin veya bazılarının seçilebileceği ya da çifte soyadı seçilirken sadece bir soyadının kullanılabilmesine ilişkin) Abs. 2 uygulama alanı bulacaktır. Yeni dördüncü fıkrada ise, ikinci ve üçüncü fıkralara göre beş yaşını doldurmuş bulunan çocuğa soyadı verilebilmesi için çocuğun rızasının; üçüncü fıkraya göre diğer ebeveynin soyadının da çocuğa verilmesi durumunda beş yaşını dolduran çocuğun rızasına ek olarak diğer ebeveynin de rızasının gerekli olduğu düzenlenmiştir<sup>224</sup>. Meselâ, Anna ADLER ile Bernd DÖRING'in ayrı yaşarlarken Corvin adında bir çocukları dünyaya gelir ve Corvin'in velâyeti tek başına anneye aittir. Bu durumda Corvin ilk olarak ADLER soyadını edinecektir. Ancak Corvin'e, DÖRING, ADLER DÖRING, ADLER-DÖRING, DÖRING ADLER veya DÖRING-ADLER şeklindeki soyadlarından birinin verilebilmesi için Bay DÖRING'in izni gerekmektedir<sup>225</sup>.

Boşanmadan sonra çocuğun velâyetine tek başına veya diğer eşle birlikte ya da diğer eşin ölümünden sonra çocuğun velâyetine tek başına sahip olan, çocuğu kendi evine alan, ancak soyadı evlilik soyadı olmayan ebeveyne nüfus müdürlüğüne başvurarak yeni soyadını ya da yeni soyadı ve çocuğun beyan sırasında kullandığı soyadından oluşan bir çifte soyadını verme imkânı tanınmıştır (zkft. BGB § 1617d). Meselâ,

---

<sup>223</sup> Bkz. Lettmaier, s. 627; Lugani, s. 135, N. 15.

<sup>224</sup> Ne var ki, öğretilerde diğer ebeveynin soyadının çocuğa verilebilmesi için rızasının aranmasına yönelik düzenleme eleştirilmiştir. Şöyle ki, bir kişinin bir çocukla arasında soybağının kurulması, onun kişisel haklarına müdahale edilmesini haklı gösterebilecek nitelikte bir olgudur. Mesela, BGB §§ 1601 ff. hükümlerinde düzenlenen nafaka yükümlülüğü, velâyet hakkına değil, soybağı ilişkisine dayanmaktadır. Bu nedenle, birçok hukuk sisteminde de çocukla arasında soybağı kurulan ebeveynin soyadı, velâyet hakkına sahip olmasa bile çocuğun soyadı oluşturulurken kullanılabilir. Lettmaier, s. 627.

<sup>225</sup> Benzer bir örnek için bkz. Lugani, s. 135, N. 16

doğum soyadı ADLER olan Bayan Anna, Bay Bernd DÖRING ile enlenmiş ve çift aile soyadı olarak DÖRING soyadını benimsemiştir. Bir müddet sonra çiftin Corvin adında bir çocukları olur ve bu çocuk doğum anında BGB § 1616 hükmü uyarınca DÖRING soyadını edinir. Ne var ki, birkaç yıl sonra Bayan Anna ile Bay Bernd boşanmış ve Bayan Anna DÖRING ise doğum soyadı olan ADLER soyadına dönmüştür. Corvin ise annesi Bayan Anna ile birlikte yaşamaktadır. Revizyonla birlikte Bayan Anna ADLER, çocuğu Corvin DÖRING'in soyadını ADLER olarak değiştirebileceği gibi, ona ADLER DÖRING, ADLER-DÖRING, DÖRING ADLER, DÖRING-ADLER gibi bir çift soyadı da verebilecektir<sup>226</sup>. Diğer taraftan, ebeveynlerin yeniden evlenmelerinin ve boşanmalarının çocuğun soyadına etkisi de düzenlenmiştir (zkft. BGB §1617e). Kısaca ifade etmek gerekirse, çocuğun velâyetine tek başına veya diğer ebeveynle birlikte sahip olan ebeveyn ve onun çocuğu ebeveyni olmayan eşi, nüfus müdürlüğüne beyanda bulunarak ortak hanelerine aldıkları çocuğa aile soyadlarını veya beyan sırasındaki aile soyadları ile çocuğun doğum adından oluşan bir çifte soyadını verebilirler (**Einbenennung = Yeniden adlandırma**). Meselâ, yukarıdaki olayda Bayan Anna DÖRING, Bay Bernd DÖRING ile boşandıktan sonra Bay Ulrich WEBER ile yeni bir evlilik yapmış ve eşler aile soyadı olarak WEBER soyadını benimsemişlerdir. Corvin DÖRING de annesi Bayan Anna WEBER ve Bay Ulrich WEBER'in ortak hanesinde kalmaktadır. Bu durumda Bayan Anna WEBER ve Bay Ulrich WEBER, Corvin'e "WEBER" soyadını verebilecekleri gibi, DÖRING WEBER, DÖRING-WEBER, WEBER DÖRING, WEBER-DÖRING şeklinde çifte soyadlarından birisini de verebileceklerdir<sup>227</sup>. Anne Bayan Anna WEBER ile baba olmayan Bay Ulrich WEBER arasındaki evlilik sona ererse ya da çocuk onların ortak hanesinden ayrılırsa, çocuğun velâyetine tek başına veya diğer ebeveynle birlikte sahip olan her bir ebeveyn veya ergin olur olmaz çocuğun kendisi nüfus müdürlüğüne başvurarak bu kaydı iptal ettirebilir (**Rückbenennung = Geri adlandırma**).

<sup>226</sup> Benzer bir örnek için bkz. Lugani, s. 135, N. 20.

<sup>227</sup> Benzer bir örnek için bkz. Lugani, s. 135, N. 23. Bu düzenlemenin temelinde çocuğun içinde yaşadığı hanede kullanılan soyadını taşımada yararının olabileceği düşüncesi yatmaktadır. Bkz. Lugani, s. 135, N. 22.

Revizyonda dikkat çeken bir diğer hüküm, zktf. BGB § 1617i hükmü olup, bu hükümle ergin olan kişilere doğum adlarını bir defaya mahsus olmak üzere yeniden belirleme imkânı tanınmıştır. Şöyle ki ergin kişiler, doğum adları birden fazla isimden oluşuyorsa, doğum adı olarak bunlardan sadece birisini veya bazılarını belirleyebilecekleri gibi, doğumda sadece bir ebeveynin soyadını almaları hâlinde de bu soyadının diğer ebeveynin soyadı ile değiştirilmesini veya diğer ebeveynin soyadının mevcut doğum adının önüne veya arkasına eklenmesini talep edebilirler. Ancak bu son ihtimalde, soyadı doğum adı olarak belirlenecek olan ebeveynin rızası gerekmektedir. Buna ek olarak, ergin kişi çifte soyadına sahipse soyadındaki mevcut kısa çizginin kaldırılmasını veya iki soyadı arasına kısa çizgi eklenmesini de talep edebilecektir (zktf. BGB § 1617i, Abs. 4)<sup>228</sup>. Kanaatimizce ergin çocuklara bu hakkın tanınması yerinde olmuştur. Buna karşılık, revizyonda aile mahkemesinin çocuğun soyadını belirleme yetkisini eşlerden birine vermesine yönelik hüküm muhafaza edilmiştir. Bu hükmün muhafaza edilmesi eleştirilebilir. Zira revizyonun yürürlüğe girmesi hâlinde çocukların çifte soyadı taşımaları mümkün hâle geleceğinden, kanaatimizce kanun koyucunun aile mahkemesine çocuğun soyadını belirleme hakkını eşlerden birine tanıma imkânı vermemesi ve bu durumda çocuğun soyadının her iki eşin soyadından oluşacağı yönünde bir düzenleme yapması daha yerinde olurdu.

#### IV. SONUÇ

Çocuğun soyadı konusunda olan ve olması gereken hukuk açısından değerlendirme yapmak gerekmektedir. Öncelikle olan hukuk bakımından, TMK m. 187 hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesiyle birlikte eşlerin soyadının değişmezliği ilkesinin geçerli olacağı ifade edilebilir. Bu hâliyle eşler evlendikten sonra da evlenmeden önce kullandıkları soyadlarını kullanmaya devam edeceklerdir. Dolayısıyla çocuğun soyadına ilişkin TMK m. 321 hükmü artık uygulanamaz hâle gelmiştir. Zira mevcut düzenlemelere göre aile soyadı belirlenemeyeceğinden çocuklara hangi soyadının verileceği de belirsiz hâle gelmiş olmaktadır. Bu sorun, eşlerin (özellikle de kadının) soyadı gibi kolaylıkla da çözüme kavuşturulamaz. Zira eşler hâlihazırda bir soyadına sahiptirler ve bu soyadını kullanmaya devam

---

<sup>228</sup> Bkz. Lugani, s. 136, N. 25.



edeceklerdir. Ne var ki, yeni doğan bir çocuk henüz soyadına sahip değildir ve ona ilk defa bir soyadı verilecektir. Bu noktada yönetmelik hükümleri dikkate alınarak bir uygulama geliştirilmesi de doğru olmaz. Zira soyadı, kişisel değerler arasındadır ve bu nedenle kime hangi soyadının verileceği ancak kanunla düzenlenmelidir. O hâlde, örf ve âdet hukukunda da somut olaya uygulanabilir bir hüküm bulunmadığından, uyuşmazlık önüne gelen hâkimin hukuk yaratması gerekecektir (TMK m. 1/II). Hâkim bu konuda karşılaştırmalı hukuktaki ilgili düzenlemelerden istifade edebileceği gibi, bizzat kendisi de bir kural koyabilir. Ne var ki, her hâkimin farklı bir kural ihdas etmesi hukuki güvenlik ilkesinin zedelenmesine yol açacaktır. Buna ek olarak doğan her çocuğun soyadının belirlenebilmesi için dava açılmasının zorunlu olması da yargının iş yükünü fevkalade artıracaktır. Kanaatimizce Türk hukukunda TMK m. 321 hükmünün soybağının hükümleri başlığı altında düzenlenmesinden hareket edilerek kanun koyucu tarafından yeni bir düzenleme yapılana kadar soybağı tesis edilmişse çocuğa hem annesinin hem de babasının soyadını vermek en doğru çözüm olacaktır.

Olmayı gereken hukuk bakımından ise, kanun koyucu soyadı meselesini Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen TMK m. 187 hükmü özelinde algılamamalı ve gerek aile soyadı gerek çocuğunun soyadı olmak üzere soyadını kurumunu bütüncül bir anlayışla toptan düzenlemelidir<sup>229</sup>. Bu kanuni düzenleme yapılırken, “soyadının değişmezliği”, “kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” ve “ailenin korunması” gibi ilkeler temel alınmalıdır. Soyadı meselesi, sadece kadının soyadını etkileyen bir kurum olarak algılanmamalı; bunun yerine “aile soyadı” veya “evlilik soyadı” kavramları tercih edilmelidir. Kanaatimizce, soyadının değişmezliği ilkesi ve soyadının kişisel değerler içinde yer alması dikkate alındığında,

---

<sup>229</sup> Ne var ki, TMK m. 187 hükmünün yürürlükte olduğu dönemde Anayasa Mahkemesi'nin çağdaş yorumları neticesinde uygulamaya yansıyan olumlu yönü ve bu hükmün TMK m. 321 hükmü ile bir bütün oluşturduğu dikkate alındığında, TMK m. 321 hükmünün değiştirilmeye ihtiyacının bulunmadığı ileri sürülmekteydi. Bkz. Güven, s. 411. İsviçre hukukunda eşlerin soyadına ilişkin revizyonun aynı zamanda çocuğun soyadının da yeniden düzenlenmesine yönelik bir ihtiyaç doğurduğu ifade edilmiştir. Bkz. Schlumpf/Fraefel, CHK ZGB, Art. 270-270b, N. 1.

evlenmekle eşlerden birisi diğerinin soyadını almak zorunda bırakılmamalı ve evlendikten sonra da evlilik öncesinde kullandığı soyadını kullanmaya devam edebilmelidir. Bununla beraber, ailenin birlik ve beraberliğinin bir nişanesi olan ortak soyadı, evlilik birliğini tanıtmaya ve aile bireylerinin aileye aidiyet hissetmelerini sağlayan önemli bir görev icra etmektedir. Aile soyadının bu önemli işlevi dikkate alındığında, Alman hukukunda olduğu gibi kanun koyucu öncelikle eşlerin ortak bir soyadı seçebilecekleri yönünde temel kuralı koymalı; eşlerin farklı soyadlarına sahip olmalarını istisnai bir durum olarak düzenlemelidir. Aile soyadı, erkek eşin soyadı olabileceği gibi, kadın eşin soyadı da olabilmelidir. Hatta erkek ve kadının soyadından oluşan çift bir soyadı da aile soyadı olarak belirlenebilmelidir. Nitekim çifte soyadı kullanma imkânını sadece soyadı ortak soyadı olmayan eş bakımından kabul eden Alman kanun koyucusu da 2025 yılında yürürlüğe girmesi beklenen revizyonla bu sınırlamadan vazgeçmiş ve eşlere aile soyadı olarak çifte soyadı kullanma imkânı tanımıştır.

Aile soyadı olarak tek bir eşin soyadının belirlenmesi hâlinde İsviçre hukukunda olduğu gibi eşlerin çifte soyadı kullanma imkânı engellenmemelidir. Nitekim bu husus İsviçre öğretisinde eleştirildiği gibi, Alman kanun koyucusu da 2025 yılında yürürlüğe girmesi beklenen revizyon kapsamında BGB § 1355a hükmünü ihdas etmiş ve bu bağlamda soyadı aile soyadı olarak benimsenmeyen eşe aile soyadından önce veya sonra doğum soyadını veya önceki aile soyadını kullanabilme hakkı vermiştir. Türk hukukunda da İsviçre ve Alman hukukundaki tecrübelerden yararlanılarak soyadı aile soyadı olarak benimsenmeyen eşe mutlaka önceki soyadını da kullanabilme imkânı tanınmalıdır. Bu soyadı, doğum soyadı olabileceği gibi, ilgili beyanın yapıldığı anındaki aile soyadı da olabilmelidir. Nitekim söz konusu durum, Türk hukukuna yabancı da değildir. Zira mülga TMK m. 187 hükmü uyarınca kadının kocasının soyadı önünde kullanabileceği soyadı onun kızlık soyadı olabileceği gibi, önceki kocasının soyadı da olabilmekteydi. Çifte soyadının kullanılmasına karmaşık, kaydı ve takibi zor soyadlarına sebebiyet verebileceği gerekçesiyle eleştiriler yapılabilir. Toplumda yaygınlaşan iki ve daha fazla ön ad kullanma eğilimi de göz önünde bulundurulduğunda çoğu kişinin ön ad ve soyadları, en az dört farklı isimden oluşur hâle gelecektir. Bu durum da kamu düzeninin bozulmasına sebebiyet verebilir. Buna engel olabilmek için, Alman

hukukunda da kabul edildiği üzere birden fazla soyadı kullanımında üst sınır iki soyadı olmalıdır. Hâlihazırda iki soyadı taşıyan nişanlılar bu soyadlarından sadece birisini aile soyadına taşıyabilmelidirler. Bu yöntemle soyadının çok fazla isimden oluşan kontrolsüz bir terkibe dönmesi engellenmiş olmaktadır.

Aile (evlilik) soyadının, evlenecek kişilerin soyadlarından bağımsız üçüncü bir isim olarak belirlenmesi ise kanaatimizce sakıncalıdır. Zira bu yönde bir yapılacak olan düzenleme, gerek AY m. 10 gerek TMK m. 27 ile çelişecektir. Nitekim herhangi bir kişinin soyadını değiştirebilmesi için haklı sebeplere dayanarak dava açmak zorunda bırakılması, buna karşılık evlenecek kişilerin herhangi bir haklı sebep bulunmasa bile tek taraflı bir irade beyanıyla önceki soyadlarından farklı bağımsız bir soyadı seçebilmeleri kamu düzeninin sarsılmasına yol açabilecektir. Dolayısıyla eşlerin evlilik soyadı, önceki soyadlarından oluşmalıdır. Bu terkinin yapılmasında eşlerin soyadları tek tek bir bütün olarak algılanmalı ve tek bir soyadı hecelere ya da harflere bölünerek yeni kombinasyonlar oluşturulmasına cevaz verilmemelidir.

Eşlerin ortak bir aile soyadı taşıdıkları ihtimalde hiç şüphesiz çocuklar da bu ortak soyadını taşımalıdırlar. Ne var ki, soyadı ortak soyadı olarak seçilmemiş olan eşin evlilik önceki soyadını da kullanması hâlinde çocuğun soyadı ile bu eşin soyadı farklılaşacaktır. Kendi soyadıyla birlikte eşinin de soyadını taşımayı kabul eden eşin, evlilik öncesi soyadının çocuğuna verilmesini istemesi yerinde olmaz. Zira bir kere eşinin soyadını evlilik soyadı olarak taşıma konusunda irade gösteren eşin, sonradan çocuğa tek başına kullandığı evlilik öncesi soyadının da verilmesini istemesi çelişkili bir davranış olur ve aile huzurunu bozabilir. Bu nedenle, bir eşin kendi soyadı için yapacağı tercih, aile soyadının tekliği ilkesi uyarınca çocuklar açısından da sonuç doğurmalıdır.

Öte yandan ana ve babanın ortak bir soyadı yoksa çocuğa hangi soyadının verileceği meselesi gündeme gelmektedir. Kanaatimizce çocuğun soyadı bakımından soybağı esaslı yaklaşım yerine velâyet esaslı bir yaklaşım benimsenmelidir. Zira nasıl ki çocuğun ön adının verilmesi konusunda velâyet hakkına sahip olan ebeveyn hak sahibi ise,

soyadı konusu da velâyete bağlanmalıdır<sup>230</sup>. İsviçre hukukunda olduğu gibi çocuğun evlilik içinde doğup doğmaması yönünden bir ayırım yapılarak, evlilik içinde doğan çocuğa hangi soyadının verilmesi gerektiği konusunda eşlerin henüz evlenmeden karar vermeleri ve bunu evlendirme memurluğuna bildirmeleri kanaatimizce yerinde olmaz. Özellikle İsviçre hukukunda yer alan nüfus memurunun nişanlıları bu yükümlülükten muaf tutabileceğine yönelik düzenleme uygulamada bazı sorunlar doğurabilecek niteliktedir. Şöyle ki, İsviçre Medeni Kanunu'ndaki bu düzenlemenin kişilerin evlenme hakkını sınırlayıp sınırlamadığına yönelik tartışmalar bir tarafa, çocuğun soyadını belirleme yükümlülüğünden muaf tutulan eşlerin doğan çocuklarına anlaşamamaları hâlinde kimin soyadının verileceği de açık değildir. Dolayısıyla, eşlerin doğacak çocuklarının soyadını belirleme yükümlülüğünden muaf tutulması yönündeki düzenleme Türk hukukuna aktarılmamalıdır.

Türk hukukunda da ana ve babanın ortak velâyet hakkı bulunmakta ise, ebeveynler çocuğun doğumundan itibaren bir ay içinde çocuğa verilecek soyadı konusunda anlaşabilmelidirler. Eşler, içlerinden birinin doğum soyadını (Geburtsname), içlerinden birinin beyan tarihindeki soyadını ya da her ikisinin soyadından oluşan bir çifte soyadını çocuğun soyadı olarak kararlaştırabilmelidirler. Ne var ki

---

<sup>230</sup> Çocuğun soyadının velâyet esaslı bir yaklaşımla düzenlenebilmesi için Türk Medeni Kanunu'nda diğer bazı değişikliklerin de yapılmasını gerektirmektedir. Zira Türk Medeni Kanunu'nun mevcut hâline göre, evlilik dışında doğan çocukların velâyeti tek başına anneye aittir (TMK m. 337). Bkz. Güven, s. 414; Pehlivan, s. 818. Öğretide Türk hukukunda çocuğun üstün yararı dikkate alınarak evlilik dışı çocuklar için de ortak velâyetin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Yasemin Durak, "Gemeinsames Sorgerecht", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 4, 2020, s. 113. Her ne kadar evlilik dışı çocuklarda ortak velâyet konusu Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmemiş olsa da, bu konudaki boşluğun hâkim tarafından doldurulması gerektiği ve ana baba evli olmasalar bile çocuğun üstün yararına uygun olması hâlinde ortak velâyete karar verilebileceği yönünde bkz. Sera Reyhani-Yüksel, *Velâyet Hakkı ve Anayasal Sınırları*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 78. Dolayısıyla soyadına ilişkin bir düzenleme yapılırken Türk Aile Hukuku bütüncül bir bakış açısıyla tümünden gözden geçirilmelidir.

eşlerin birden çok soyadına sahip olmaları ve çocuğa çifte soyadı vermeyi kararlaştırmaları hâlinde her eş sadece bir soyadını çocuğa aktarabilmelidir. Buna karşılık, ana ve baba bu konuda anlaşamazlarsa, kanaatimizce çocuğa sırasıyla ana ve babanın soyadı verilmelidir. Bu sıralama hem işin doğasına hem de alfabetik sıraya uyumludur. Zira doğum anında çocuğu doğuran kadın bellidir, babanın kim olduğu ancak ana belirlendikten sonra tespit edilebilir. O hâlde işin doğası gereği kadın önce gelmektedir. Ayrıca anne ve baba kelimeleri alfabetik sıralamaya tabi tutulunca anne kelimesi daha önce gelmektedir. Bu nedenle önce anne sonra babanın soyadlarından oluşan çifte soyadı çocuğa verilmelidir. Ancak ana veya babanın birden çok soyadı varsa, nüfus müdürlüğü tarafından ilgili ebeveyne süre verilmeli, şayet bu süre içinde seçim yapılmazsa yine yazımda önce gelen soyadı çocuğa verilmelidir. İlk çocuğa verilen soyadı, diğer ortak çocuklar bakımından da geçerli olmalıdır.

Kanaatimizce Alman hukukunda eşlerin ortak soyadına sahip olmamalarına karşın ortak velâyet hakkına sahip olmaları ve çocuğun soyadı konusunda anlaşamamaları hâlinde çocuğun soyadının belirleme hakkının aile mahkemesi tarafından eşlerden birine tanınması eleştiriye açıktır. Zira bu belirlemeyi yaparken hâkimin hangi kıstaslardan yararlanacağı da net olmayıp, somut olayda çocuğun üstün yararı aleyhine bir sonucun meydana gelmesi mümkündür. Ayrıca eşlerin anlaşamadığı her durumda aile mahkemesinin kararının gerekli olması, yargının iş yükünü ciddi ölçüde artıracaktır. Yargılama sürecinin uzaması da çocuğun üstün yararını zedeleyecektir. Bu gerekçelerle eşlerin anlaşamamaları hâlinde, çocuğa sırasıyla anne ve babanın soyadından oluşan çifte soyadı verilmesi daha yerinde bir çözümdür. Zira Alman hukukunda da aile mahkemesine tanınan bu yetki eleştirilmekte ve 2025 yılında yürürlüğe girmesi beklenen revizyonla çocuklara çifte soyadı verilebilme imkânının kabul edilmesiyle birlikte, bu ihtimâlde çocukların ana ve babanın soyadlarından oluşan bir çifte soyadını kanun gereği alacağı düzenlenmesinin yerinde olacağı belirtilmektedir. Ne var ki, bu revizyonda da aile mahkemesine tanınan yetki muhafaza edilmiş ve bu durum Alman öğretisinde eleştirilmiştir.

Velâyet hakkı ana ve babadan sadece birine aitse, çocuğa velâyet hakkına sahip olan tarafın çocuğun doğumu sırasındaki soyadı

verilmelidir. Gerçekten öğretilerde bir görüşe göre<sup>231</sup>, evlilik içinde doğmakla birlikte boşanma neticesinde velâyeti anaya verilmiş ve evlilik dışında doğmuş ve babasıyla soybağı kurulmuş olmakla birlikte anasıyla birlikte yaşayan çocuğun soyadı bakımından annenin soyadına öncelik verilmelidir. Bu görüşü savunan yazarlar, evli olmayan ebeveynlerin çocuklarının soyadının belirlenmesi hakkının da kendisine velâyet hakkı tanınan ebeveyne ait olduğunu ifade etmektedirler. Diğer bir deyişle, bu durumda velâyet hakkında sahip olan anne veya baba çocuğa diğer eşin soyadını verebilecektir. Velâyet hakkına sahip olan taraf dilerse, diğer tarafın da rızası bulunmasa bile, çocuğa velâyet hakkına sahip olmayan tarafın soyadını verebilmelidir. Alman hukukunda bu gibi durumlarda soyadı çocuğa verilecek olan eşin, özellikle babanın da rızasının gerektiği düzenlenmiştir. Ne var ki kanaatimizce bir kişinin bir çocukla arasında soybağının kurulması, onun kişisel haklarına müdahale edilmesini haklı gösterebilecek nitelikte bir olgudur. Mesela, nafaka yükümlülüğü, velâyet hakkına değil, soybağı ilişkisine dayanmaktadır. Bu nedenle, birçok hukuk sisteminde de çocukla arasında soybağı kurulan ebeveynin soyadı, velâyet hakkına sahip olmasa bile çocuğun soyadı oluşturulurken kullanılabilir. Türk hukukunda da babası tarafından gönüllü olarak tanınmayan, babası ile yargı kararına istinaden zorla soybağı ilişkisi kurulan ve velâyeti de anaya ait olan çocuğa babanın soyadının verilmesinin anlaşılması güç bir durum olduğu belirtilmektedir<sup>232</sup>. Ancak bu karar verme yetkisi soyadı kullanılacak olan kişiye bırakılmamalı, çocuğun ya da velâyet hakkına sahip olan tarafın talebi üzerine çocukla soybağı kurulan kişinin soyadı çocuğa verilebilmelidir.

Ortak velâyetin çocuğun doğumundan sonra tesis edilmesi ise imkân dâhilindedir. Bu durumda, ebeveynlere belirli bir süre içerisinde çocuğun soyadını yeniden belirleme imkânı tanınmalıdır. Anne ve baba, evlilik içinde doğan çocuklarda olduğu gibi içlerinden birinin doğum soyadını, içlerinden birinin beyan tarihindeki soyadını ya da her ikisinin soyadından oluşan çifte soyadını çocuğun soyadı olarak belirleyebilmelidirler. Şayet eşler arasında böyle bir anlaşma yoksa

---

<sup>231</sup> Baş-Süzel/Kurtulan, s. 87.

<sup>232</sup> Serozan, Medeni Hukuk, s. 480, N. 2; Tekinay, Aile Hukuku, s. 561.

çocuk velâyet hakkına sahip olan tarafın soyadını kullanmaya devam etmelidir.

Çocuğun soyadının velâyete bağlanması, velâyet hakkının zamanla değişmesine bağlı olarak çocuğun da soyadının sürekli olarak değişmek zorunda kalabileceği nedeniyle eleştirilebilir<sup>233</sup>. Zira çocuğun soyadının sürekli değişmesi, soyadının değişmezliği ilkesini ihlâl edecektir. Ayrıca nasıl ki kadının soyadının evlilik ve boşanma sebebiyle sürekli değişikliğe uğraması öğretilde eleştiriliyorsa, aynı eleştiri çocuğun soyadı bakımından da yapılabilir. Buna ek olarak, çocuğun soyadının soybağı değişiklikleri nedeniyle değişmesi de uygun değildir. Bu nedenle, çocuğun soyadının velâyet ya da soybağı değişikliklerine bağlı olarak değişmesi bazı açılardan sınırlandırılmalıdır. Bu konuda çocuğa iradesini açıklama fırsatının tanınması yerinde olacaktır. Meselâ çocuk, kendisini istemeyen ancak babalık hükmüyle zorla soybağı ilişkisi kurulan babasının soyadını taşımak zorunda bırakılmamalıdır<sup>234</sup>. Bu konuda çocuğa ve yasal temsilcisine babanın soyadını taşıyıp taşıyamama konusunda bir seçim hakkı tanınmalıdır. Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi, belirli bir yaşa gelen çocukların soyadı ancak kendi rızası varsa velâyet ve soybağının gerektirdiği değişikliklerinden etkilenememelidir. Kanaatimizce çocuğun okul eğitimine başladığı ve toplum içine çıktığı beş yaş, bu konuda temel alınabilir. Zira çocuğun toplum içinde kendi benliğini geliştirmesi, yani kendisini toplumda bir konuma koyabilmesi için, soyadının değişmemesi önemli bir kriter olabilecek niteliktedir. Türk toplumunda annesi ve babası boşanan çocuklar bunu kendi hataları gibi görüp, arkadaşlarından bunu saklama yoluna gidebilmektedir. Bu çekingen psikoloji içerisine giren bulunan çocuk, durduk yere soyadının değişmesini sosyal ilişki içerisinde olduğu arkadaşlarına açıklamakta zorluk yaşayabilir ya da akran zorbalığına maruz kalarak kendisini toplumdan soyutlayabilir. Bu nedenle, beş yaşını dolduran çocuğun soyadı, soyadının değişmesini gerektiren bir

---

<sup>233</sup> Bu nedenle İsviçre kanun koyucusu, ZGB Art. 270a, Abs. 4 hükmünde velâyet hakkının dağılımındaki değişikliklerin isim üzerinde hiçbir etkisinin olmadığını ve isim değişikliğine ilişkin hükümlerin saklı olduğunu düzenlemiştir.

<sup>234</sup> Aynı yönde bkz. Güler, s. 157.

sebepler mevcut olsa bile rızası bulunmadıkça değişmemeli ve çocuk, mevcut soyadını kullanmaya devam etmelidir.

Gerek İsviçre hukukunda gerek Alman hukukunda belirli bir yaşta dolduran çocukların soyadlarının ancak kendi katılımlarıyla değiştirilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, çocuğa öz benliğini oluşturan kişisel değerleri arasında yer alan soyadı üzerinde irade hâkimiyeti tanınması açısından son derecede yerindedir ve Türk hukukunda da mutlaka bu yönde bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Kanaatimizce çocuğun soyadı konusunda ayırt etme gücüne sahip olabileceği bir yaşın kabul edilmesi doğru olur. Bu yönden, Alman hukukunda çocuğun toplum içine çıktığı ve artık soyadıyla birlikte bir birey olarak sosyal çevresinde varlık kazanmaya başladığı beş yaşın esas alınmasının mantıklı bir gerekçesi vardır.

Eşlerin boşanması ve ölümü de çocuğun soyadını etkilememelidir. Zira soyadının değişmezliği ilkesinin bir gereği olarak çocuğun soyadının bu gibi değişikliklerden etkilenmesi, onu psikolojik açıdan yıpratır. Ancak 2025 yılında yürürlüğe girmesi beklenen z.kft. BGB § 1617i hükmüne benzer şekilde ergin çocuğa bir defaya mahsus olmak üzere soyadını belirleme imkânı tanınmalıdır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.



## ZUSAMMENFASSUNG

*Der Familienname dient als Bezeichnung, die die Abstammung einer Person von einer bestimmten Familie oder einem bestimmten Geschlecht kennzeichnet und eine Unterscheidung zwischen Personen mit dem gleichen Vornamen ermöglicht. Der Erwerb des Nachnamens kann mittels verschiedener rechtlicher Vorgänge wie Eheschließung, Anerkennung der Vaterschaft, Adoption, gerichtliche Beschluss oder behördliche Entscheidungen erfolgen. Im Rahmen dieser Studie wird der Erwerb des Familiennamens bei Kindern untersucht.*

*Im türkischen Recht ist der Kindesname in Artikel 321 des Türkisches Zivilgesetzbuch (tZGB) geregelt. Demnach ist das Hauptkriterium für den Name des Kindes, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht. Das Kind verheirateter Eltern nimmt den Familiennamen an. Der Passus „wenn die Mutter und der Vater verheiratet sind“ in Art. 321 tZGB bezieht sich auf jene Fälle, in denen die Vaterschaftsvermutung Anwendung findet. Obwohl das türkische Zivilgesetzbuch keine Regelung für den Familiennamen vorsieht, wurde bis zur Aufhebung von Art. 187 tZGB durch das Verfassungsgericht der Nachname des Vaters als Familienname angesehen. Seit der Aufhebung des Art. 187 tZGB nehmen Frauen in der Praxis immer noch den Nachnamen ihres Mannes an, aber theoretisch sind Frauen nicht mehr verpflichtet, den Nachnamen ihres Mannes anzunehmen, wenn sie heiraten. Infolgedessen ist Art. 321 tZGB, der bestimmt, dass ein Kind den Familiennamen übernimmt, sofern die Eltern verheiratet sind, nicht mehr anwendbar. Da die Ehegatten nicht mehr verpflichtet sind, einen gemeinsamen Familiennamen zu führen, ist es unklar, welchen Nachnamen das in der Ehe geborene Kind gemäß Art. 321 tZGB erhält. Diese gesetzliche Lücke bezüglich des Namens des Kindes muss vom Richter durch den Erlass einer neuen Rechtsnorm geschlossen werden. Da der Name einer der persönlichen Werte ist, lässt sich diese Frage nicht durch ministerielle Erlässe oder Verordnungen lösen. Zur Schließung dieser Lücke können die Richter auf das kontinentaleuropäische Recht, insbesondere das schweizerische und deutsche Zivilrecht, zurückgreifen.*

*Außerehelich geborene Kinder tragen den Nachnamen ihres biologischen Vaters, sofern ein Vaterschaftsverhältnis durch Anerkennung oder gerichtliche Feststellung der Vaterschaft etabliert wurde. Andernfalls nehmen sie den Nachnamen ihrer Mutter an. Trotz des Fehlens einer eindeutigen*

gesetzlichen Regelung besteht in der juristischen Lehre Uneinigkeit darüber, ob ein unverheiratetes Kind, dessen Vaterschaft nicht anerkannt oder festgestellt wurde, den Geburtsnamen der Mutter oder ihren derzeitigen Nachnamen tragen soll.

*De lege ferenda* sollte der türkische Gesetzgeber sowohl der Familiennamen als auch des Kindesnamen in einem ganzheitlichen Verständnis dringend gesetzlich regeln. Dabei können der Gesetzgeber die am 1. Januar 2013 und 1. Juli 2014 in der Schweiz in Kraft getretenen gesetzlichen Bestimmungen, die in Deutschland geltenden Regelungen sowie der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts, der voraussichtlich am 1. Mai 2025 in Kraft treten wird, als Referenz dienen.

Die vorliegende Studie beinhaltet eine Analyse der Regelungen zum Familiennamen des Kindes im schweizerischen und deutschen Recht. Aus dieser Analyse lassen sich folgende Schlussfolgerungen für eine mögliche Regelung im türkischen Recht ableiten:

- Ehegatten sollten die Möglichkeit haben, einen Doppelnamen zu tragen.
- Wenn die Ehegatten den Nachnamen eines von ihnen als Familiennamen auswählen, sollte der Ehegatte, dessen Nachname nicht als Familienname gewählt wurde, die Möglichkeit erhalten, seinen Geburtsnamen oder den Namen, den er zum Zeitpunkt der Erklärung über die Bestimmung des Ehenamens geführt hat, voranzustellen oder anfügen.
- Besteht der Name eines Ehegatten aus mehreren Namen, so sollte die Ehegatten nur einer dieser Namen hinzufügen.
- Ehepartnern sollte es untersagt sein, unabhängig von ihren Namen einen dritten Namen auszuwählen.
- Wenn die Ehegatten einen gemeinsamen Familiennamen führen, sollte die Kinder verpflichtet, diesen Familiennamen anzunehmen.
- Falls die Eltern keinen gemeinsamen Familiennamen haben, sollte der Name des Kindes nach dem Sorgerecht der Eltern festgelegt werden. Steht die elterliche Sorge den Eltern gemeinsam zu, so sollten sie bestimmen, welchen ihrer Nachnamen ihre Kinder tragen sollen. In Ermangelung einer solchen Vereinbarung sollte der Richter das Bestimmungsrecht nicht einem der

*Ehegatten überlassen; stattdessen sollte das Kind einen Doppelnamen erhalten, der aus den Nachnamen der Mutter und des Vaters zusammensetzt ist.*

*Steht die elterliche Sorge hingegen nur einem Elternteil zu, so sollte das Kind dessen Nachnamen erhalten. Der sorgeberechtigte Elternteil sollte die Möglichkeit haben, dem Kind den Nachnamen des nicht sorgeberechtigten Elternteils zu geben, selbst wenn der andere Elternteil damit nicht einverstanden ist. In Fällen, in denen die gemeinsame elterliche Sorge erst nach der Geburt des Kindes begründet, sollten die Eltern das Recht erhalten, den Geburtsnamen des Kindes innerhalb eines festgelegten Zeitrahmens neu zu bestimmen.*

- Der Name des Kindes sollte davor geschützt werden, dass er sich aufgrund der Änderung bei der Zuteilung der elterlichen Sorge ständig ändert. Wie im deutschen und schweizerischen Recht sollte der Geburtsname von Kindern, die ein bestimmtes Alter erreicht haben, lediglich geändert werden, wenn sie der Namenänderung zustimmen.*

- Schließlich sollte dem volljährigen Kind, ähnlich wie in der Vorschrift des § 1617i BGB, die in Deutschland voraussichtlich 2025 in Kraft treten wird, die Möglichkeit gegeben werden, seinen Geburtsnamen einmal zu bestimmen.*

**KISALTMALAR CETVELİ**

Abs.	: Absatz ( <i>Fıkra</i> )
AHİM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AHİS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Art.	: Artikel ( <i>Madde</i> )
aufgeh.	: aufgehoben ( <i>mülga</i> )
AY	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BeckOK	: Beck'scher Online-Kommentar
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGer	: Schweizerisches Bundesgericht
BK	: Berner Kommentar
bkz.	: bakınız
BSK	: Basler Kommentar
C.	: Cilt
CEDAW	: Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women ( <i>Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi</i> )
CHK	: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
dn.	: dipnot
E.	: Esas
FamFG	: Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ( <i>Alman Aile Konularında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulüne İlişkin Kanun</i> )
ff.	: und die Folgenden ( <i>ve devamı</i> )
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HK	: Nomos Hand Kommentar

Hrsg.	: Herausgeber ( <i>Editör</i> )
jurisPK	: juris Praxiskommentar BGB
K.	: Karar, Kanun
KESB	: Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ( <i>Çocukları ve Yetişkinleri Koruma Kurumu</i> )
KUKO	: Kurzkommentar
m.	: madde
MÖHÜK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MüKo	: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
N.	: Numara, Number
NHK	: 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu
OFK	: Orell Füssli Kommentar
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SK	: 2525 sayılı Soyadı Kanunu
T.	: Tarih
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 ( <i>İsviçre Medeni Kanunu</i> )
tZGB	: Türkisches Zivilgesetzbuch ( <i>Türk Medeni Kanunu</i> )
ZK	: Zürcher Kommentar
ZKE	: Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz
zkft.	: zukünftig (gelecekteki, müstakbel)
ZStV	: Zivilstandsverordnung ( <i>İsviçre Kişisel Hal Yönetmeliği</i> )

**KAYNAKÇA**

- ABİK Yıldız, *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- ACABEY M. Beşir, "Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, s. 493-512.
- AKBULUT Pakize Ezgi, "Türk ve Alman Hukuku'nda Evlenme ve Boşanmanın Kişinin Soyadına Etkisi ve Milletlerarası Özel Hukukta Ortaya Çıkan Sorunlar", *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 76, S. 3, 2011, s. 60-78.
- AKINTÜRK Turgut/ATEŞ-KARAMAN Derya, *Türk Medenî Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku*, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- AKİPEK Jale G./AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, *Türk Medenî Hukuku, Cilt I, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- AKKAYAN-YILDIRIM Ayça, "Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul*, 2010, s. 69-89.
- AKYÜZ Emine, *Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması*, 7. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2020.
- ATASAYAN M. Gözde, "Kadının Soyadı da Yok", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 199-219.
- AYAN Mehmet/AYAN Nurşen, *Kişiler Hukuku*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- AYAN Serkan, "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 4, 2012, s. 19-90.

- AYDIN Gülşah Sinem, "Türk Medeni Kanunu m.187 (Anayasa Mahkemesinin 187. Maddenin İptal İstemini Red Kararı ve Gerekli Görülen Yeni Düzenleme Hakkında Bir Değerlendirme)", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 246-275.
- BAŞOĞLU Başak, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2017, s. 351-378.
- BAŞ-SÜZEL Ece/KURTULAN Gökçe, "Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 135-136, 2015, s. 77-90.
- BAYGIN Cem, "4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler", *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 437-461 (Değişiklikler).
- BAYGIN Cem, "Kan Bağına Dayanan Soybağı", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S.1-4, 2002, s. 255-284 (Kan Bağı).
- BAYGIN Cem, *Soybağı Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010 (Soybağı Hukuku).
- BİRİNCİ-UZUN Tuba, "Aile Soyadı Çıkmazı", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2016, s. 97-137.
- BRÄM Verena, *Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), 2. Teilband, 1c. Unterteilband: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180, 3. Auflage*, Schulthess Verlag, Zürich, 1998.
- BREITSCHMID Peter, "Der Name des Kindes: Namenskontinuität oder Namenskoordination mit der Betreuungssituation? Bemerkungen zu BGE 132 III 497", *Zeitschrift für Vormundschafswesen (ZVW)*, 2007, s. 31-33.

- BUDZIKIEWICZ Christine, “§§ 1297–1921, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt”, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO*, Hrsg. Rolf Stürner, 19. Auflage, C.H. Beck, München, 2023.
- BÜHLER Roland, “Art. 270-270b ZGB”, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, Hrsg. Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2018.
- CAMPBELL Claudia, “Reform des Namensrechts”, *NJW-Spezial 2024*, s. 132-133.
- CEYLAN Ebru, “Yeni Türk Medeni Kanunu’na Göre Kadının Hukuki Durumu”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 2016, s. 75-125 (Kadın).
- CEYLAN Ebru, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006 (Boşanma).
- ÇAĞLAYAN AYGÜN Gözde, “Evlat Edinme”, *Aile Hukuku*, Ed. Şebnem Akipek Öcal/Hayrunnisa Özdemir, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 423-467.
- ÇAKIRCA Seda İrem, “Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 70, S. 2, 2012, s. 145-164 (Evli Kadının Soyadı).
- ÇAKIRCA Seda İrem, *Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK.m.187'nin Değerlendirilmesi*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 703-748 (Kadın Erkek Eşitliği).
- ÇELEBİ Özgün, *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı ve Soyadının Çocuğa Aktarımı*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2019, s. 537-614.
- ÇELT Damla Özden, “TMK m. 187'nin İptali Kararının Çocuğun Soyadına Olası Etkileri ve Olması Gereken Hukuk Bağlamında Bir Öneri”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S.



2, Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. Yılına Armağan, 2023, s. 1065-1095.

DÖLL Yves, *Erman BGB, Kommentar, Buch 4: Familienrecht, Abschnitt 2: Verwandtschaft, Titel 4: Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kind im Allgemeinen (§§ 1616-1625)*, Hrsg. Harm Peter Westermann/Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer, 16. Auflage, Ottoschmidt, Köln, 2020.

DURAK Yasemin, "Gemeinsames Sorgerecht", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 4, 2020, s. 101-118.

DURAK Yasemin/AYAN Nurşen, "Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanunu'nun 187. Maddesini İptal Etmesi Çerçevesinde Kadının ve Çocuğun Soyadının Değerlendirilmesi", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, 2023, s. 359-388.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.

DURŞUN Esra, *Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

EFEDAYIOĞLU Kübra Kamelya, "Evli Kadının Soyadı Problemi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 77, S. 4, 2019, s. 1-36.

EKŞİ Nuray, "Medeni Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükmünün AİHS, Anayasa, CEDAW ve MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, C. 9, S. 1, Özel Sayı, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, 2011-2012, s. 311-331.

ELÇİN Evgen Gülçin, "Türk Medeni Kanunu'nda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 35, S. 1, 2015, s. 97-102.

ELÇİN-GRASSİNGER Gülçin, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

ERBEK-ODABAŞI Özge, "Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 1, 2017, s. 43-110.

ERCOŞKUN ŞENOL Hatice Kübra, "Soybağı", *Aile Hukuku*, Ed. Şebnem Akipek Öcal/Hayrunnisa Özdemir, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 329-421.

ERDEM Mehmet/MAKARACI-BAŞAK Aslı, *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

ERDOĞAN İhsan, "Şahsiyeti İncitici Soyadı Meselesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1-2, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, 1998, s. 705-712.

ERGENE Deniz, "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 31, S. 2, 2011, s. 123-176.

FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, *Aile Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.

FRANKHAUSER Roland, "Art. 160 ZGB", *Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2018.

GEISER Thomas, "Das neue Namensrecht und die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde", *Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE)*, 2012, S. 353-377.

GENÇ-ARIDEMİR Arzu, "Tanıma Yolu ile Kurulan Soybağı", *Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2009, s. 1-37 (Tanıma).

GENÇ-ARIDEMİR Arzu, "Türk Hukukunda Anne ve Babası Evli Olan Çocuğun Soyadı ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, C. 9, S. 1,

- Özel Sayı, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, 2011-2012, s. 731-753 (Sorunlar).
- GERMEÇ Mahir Ersin, "Çocuğun Soybağı ve Soyadı", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 7, S. 67, 2012, s. 65-70.
- GÖZTEPE Ece, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 54, S. 2, 1999, s. 101-131.
- GRAF-GAISER Cora, "Das neue Namens- und Bürgerrecht", *FamPra.ch* 2013, S. 251-285.
- GÜLER Zeynep, *Türk Hukuku'nda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- GÜVEN Kudret, *İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Son Gelişmeler*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2023.
- HATEMİ Hüseyin, *Aile Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- HAUSHEER Heinz/REUSSER Ruth/GEISER Thomas, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Teilband: Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180 ZGB*, Hrsg. Heinz Hausheer, Stämpfli Verlag, Bern, 1999.
- HAVUTCU Ayşe/KALKANCI Yasemin, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2020, s. 135-180.
- HEGNAUER Cyril, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, 2. Teilband: Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art. 270-*

275 ZGB, *Die Unterhaltspflicht der Eltern*, Art. 276-295 ZGB, Hrsg. Heinz Hausheer, Stämpfli Verlag, Bern, 1997.

HELVACI Serap, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 35, S. 1, 2015, s. 157-169.

HELVACI Serap/KOCABAŞ Gediz, "Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 21, S. 2, Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'a Armağan, 2015, s. 615-544.

IŞINTAN Pelin, "Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2012, s. 265-279.

İNCE Nurten, "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı", *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, C. 3, S. 2, 2017, s. 37-58.

KALENDER, Ahmet, "Evliliğin Genel Hükümleri", *Medeni Hukuk-II, Aile Hukuku*, Ed. Metin İkişler/Özlem Tüzüner, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 208-244.

KARAMAN Ebru, "Türk Hukukunda Evli Kadının Soyadı", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Y. 5, S. 49, 2017, s. 42-66.

KEMPER Rainer, "§§ 1616 bis 1618 BGB", *Nomos Hand Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, 12. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2024.

KILIÇOĞLU Ahmet M., *Aile Hukuku*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.

KILIÇOĞLU-YILMAZ Kumru, "Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2014, s. 579-594.

KROLL-LUDWIGS Kathrin, *Erman BGB, Kommentar, Buch 4: Familienrecht, Abschnitt 1: Bürgerliche Ehe, Titel 5: Wirkungen der Ehe im Allgemeinen (§§ 1353-1362)*, Hrsg. Harm Peter

Westermann/Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer, 16. Auflage, Ottoschmidt, Köln, 2020.

LETTMAIER Saskia, "Kritische Überlegungen zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts", *NZFam* 2023, S. 625-632.

LUGANI Katharina, "Müller-Lüdenscheidt als Chance-Doppelname als Rechts- und Reformproblem", *NJW* 2024, s. 133-137.

MICHEL Margot/SCHLATTER Christina, "Art. 270-270b ZGB", *Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2018.

MORTAŞ Süleyman, "Evlene Kadın ile Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde 'Kocanın Soyadı' Parametresi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 2, s. 2016, s. 311-369.

NOMER Halûk N., "Avrupa Birliğine Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 22, S. 2, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, 2002, s. 421-450.

OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, *Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler*, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, "Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler", *Prof. Dr. Zahir İmre'ye Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2009, s. 289-305 (Eşitliğe Aykırı Hükümler).

OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, "Soyadı ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. II, 2016, s. 2017-2032 (İsviçre Medeni Kanunu).

- ÖCAL-APAYDIN Bahar, "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözüme Kavuşturulmuş Mudur?", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2015, s. 425-458.
- ÖZDAMAR Demet, "5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun Türk Medeni Kanunu'ndaki İlkeler Işığında Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, C. II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 1599-1675.
- ÖZDAMAR Demet, "Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık Yönü ile Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Kadının Hukuki Konumuna İlişkin Son Gelişmeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2006, s. 11-67.
- ÖZDEMİR Hayrunnisa, "Türk ve İsviçre Medenî Hukuku'nda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3, 2008, s. 561-598.
- ÖZDEMİR Hayrunnisa/RUHİ Ahmet Cemal, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ÖZEN Burak, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı", *Makaleler – Tebliğler (2001-2020)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 459-460 (Kadının Soyadı).
- ÖZEN Burak, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 16, S. 3-4, 2010, s. 171-194 (Soybağı).
- ÖZKAN Hasan, *Türk Medeni Yasası ve Uygulaması*, Aile Hukuku-II (Md. 202-395), 3. Cilt, Legal, İstanbul, 2017.
- ÖZTAN Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- PEHLİVAN Mehmet Gökhan, "Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı ile Velayet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7, 2016, s. 793-829.

- PÖCKER Markus, “§§ 1616–1625”, *Beck’scher Online-Kommentar BGB*, Hrsg. Wolfgang Hau/Roman Poseck, 71. Edition, C.H. Beck, München, 2024.
- REYHANİ-YÜKSEL Sera, “Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, 2014, s. 175-200 (Kadın-Erkek Eşitliği).
- REYHANİ-YÜKSEL Sera, *Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Velayet Hakkı).
- SARIKAYA Murat, “Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadına İlişkin Güncel Durumun Değerlendirilmesi: Çelişkili Yaklaşımlar ve Düzenleme Eksiklikleri Bakımından Çözüm Önerileri”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, 2021, s. 429-444.
- SCHLUMPF Michael/FRAEFEL Christian, “Art. 270-270b ZGB”, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB - Partnerschaftsgesetz*, Hrsg. Ruth Arnet/Peter Breitschmid/Alexandra Jungo, 4. Auflage, Schulthess, Zürich, 2023.
- SCHMID Ursula, “Art. 160 ZGB”, *Orell Füssli Kommentar, ZGB-Kommentar*, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021.
- SCHWANDER Ivo, “Art. 160”, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, Hrsg. Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2018.
- SCHWER Dominic, “§§ 1616 bis 1618 BGB”, *juris Praxiskommentar BGB, Band 4, Familienrecht*, Hrsg. Maximilian Herberger/Michael Martinek/Helmut Rüßmann/Stephan Weth/Markus Würdinger/Wolfram Viefhues, 9. Auflage, Online-Nutzung, Saarbrücken, 2020.
- SEROZAN Rona, *Çocuk Hukuku*, Genişletilmiş İkinci Bası’dan Tıpkı Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017 (Çocuk Hukuku).

- SEROZAN Rona, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015 (Medeni Hukuk).
- SERT-SÜTÇÜ Selin, “Soybağının Kurulması”, *Çocuk Hukuku, Genel Esaslar ve Güncel Meseleler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 251-321.
- STEHLI Claudia, “Art. 270-270b ZGB”, *Orell Füssli Kommentar, ZGB-Kommentar*, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021.
- ŞEN DOĞRAMACI Hayriye, “Evliliğin Hükümleri”, *Aile Hukuku*, Ed. Şebnem Akipek Öcal/Hayrunnisa Özdemir, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 215-266.
- TEKİNAY Selâhattin Sulhi, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992 (Kişiler Hukuku).
- TEKİNAY Selâhattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990 (Aile Hukuku).
- TOKAT Hüseyin, *Türk Hukukunda Gaiplik*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- TUOR Peter/SCHNYDER Bernhard/SCHMID Jörg/RUMO-JUNGO Alexandra, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2002.
- TURAN-BAŞARA Gamze, “Ana ile Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 131, 2017, s. 211-238.
- von SACHSEN GESSAPHE Karl August Prinz, “§ 1355 BGB”, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Familienrecht I, §§ 1297-1588, Versorgungsausgleichsgesetz – Gewaltschutzgesetz Lebenspartnerschaftsgesetz, Abschnitt 1: Bürgerliche Ehe, Titel 5: Wirkungen der Ehe im Allgemeinen (§§*



1353–1362), Hrsg. Elisabeth Koch, 9. Auflage, C.H. Beck, München, 2022.

von SACHSEN GESSAPHE Karl August Prinz, “§§ 1616–1625 BGB”, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Familienrecht II, §§ 1589-1921, RelKErzG, VBG, SGB VIII, SaRegG, Abschnitt 2. Verwandtschaft, Titel 4. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kind im Allgemeinen (§§ 1616–1625), Anh. § 1618: Das Recht des Kindesvornamens*, Hrsg. Dieter Schwab, 9. Auflage, C.H. Beck, München, 2022.

YILDIRIM Abdulkerim, *Türk Aile Hukuku*, 5. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara 2023.

YILMAZ Süleyman, *Medeni Hukuk, Cilt III, Aile Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

YILMAZ Süleyman/ÇAVUŞOĞLU Gökçe Filiz, “Soyadı Üzerine Güncel Hukukî Sorunlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 1, 2020, s. 3-30.

YÜCEL Yeliz, *Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, On İki Levha Yayıncılık*, İstanbul, 2018.

YÜNLÜ Semih, “Soybağının Hükümleri: Genel Hükümler ve Velayet”, *Medeni Hukuk-II, Aile Hukuku*, Ed. Metin İkizler/Özlem Tüzüner, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 378-416.



## Gerçeğe Aykırı Beyan, Sözleşme ve Eki Belgelerinde Sahtecilik Suçu

### Unwahren Angaben und Urkundenfälschung in Verträgen und Anhangdokumenten

Araş. Gör. Kazım Furkan Ağkuş\*

#### ÖZ

*Tarihi süreç içerisinde, insanlık takas, alışveriş ve ticaret için sürekli yeni yollar bulmaya ve teknolojiyi bu işlem amaçla kullanmaya çalışmıştır. Hızla gelişen teknolojiyle internet, ATM ile POS cihazları, cep telefonları ve akıllı saatler hayatımızın vazgeçilmez parçaları haline gelmiştir. Teknolojik gelişmelerle birlikte, bankacılık hizmeti veren kurum ve kuruluşlar da değişerek, kredi kartları, internet bankacılığı ve sanal kart uygulamalarına geçmişlerdir. Banka ve kart çıkaran kurumların hizmetleri, günümüzde, kartın fiziki kullanımı ile sınırlanamayacak bir hal almıştır. Küreselleşme ile birlikte, bankalar belirli kart çıkaran kurumlar ile birlikte, bu kurumların sistem ve avantajlarından yararlanarak hizmet sunmaya başlamışlardır. Ticari yaşamda güveni arttırdığı belirtilen bu araçların kullanımındaki artış, bunlara yönelik ihlalleri de beraberinde getirmiştir. Söz konusu ihlallerden biri de 5464 sayılı "Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun ("BKK") 37. maddesinde düzenlenen "Gerçeğe aykırı beyan, Sözleşme ve Eki Belgelerde Sahtecilik" suçudur. İş bu çalışma kapsamında, banka ve kredi kartları ve işleyişleri hakkında bilgilere yer verilerek, gerçeğe aykırı beyan, sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik suçu ele alınmıştır.*

\* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi; Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (agkus@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-9670-7363.



*Anahtar Kelimeler: Gerçeğe aykırı beyan, sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik suçu, banka ve kredi kartları, sahtecilik.*

## **False Statement, Forgery of Contracts and Annexed Documents**

### **ABSTRACT**

*Throughout history, humanity has constantly tried to find new ways to barter, shop and trade and to use technology for these transactions. With rapid development of technology; internet, ATM and POS devices, cell phones and smart watches have become indispensable parts of our lives. Along with those developments, banking institutions and organizations have also changed and switched to credit cards, internet banking and virtual card applications. Today, the services of banks and card issuers cannot be limited to the physical use of the card. With globalization, banks have started to provide services together with certain card issuers by making use of the systems and advantages of these institutions. The increase in the usage of these instruments, while also developing trust in commercial life, has also brought violations against them. One of the violations in question is the crime of "Untruthful declaration, forgery of contracts and annexed documents" regulated in Article 37 of the "Bank Cards and Credit Cards Law" numbered 5464 ("BKK"). Within the scope of this study, I give necessary information about debit and credit cards and their functions and examine the offense of false statement, forgery of contracts and annexed documents.*

*Keywords: Untruthful declaration, forgery of contracts and annexed documents, bank and credit cards, forgery.*

### **I. Tarihsel Gelişim**

765 sayılı Türk Ceza Kanunu ("TCK") döneminde gerçeğe aykırı beyan, sözleşme ve eki belgelerde sahteciliğe ilişkin müstakil bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu hareketler sahtecilik ve dolandırıcılık suçları

kapsamında değerlendirilmekteydi<sup>1</sup>. 765 sayılı TCK'nın 503. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun, "*Kamu kurum ve kuruluşlarının ... zararına olarak*" ve "*...[B]anka veya kredi kurumlarını ... vasıta olarak kullanmak suretiyle*" işlenmesi 765 sayılı TCK'nın 504. maddesinin yedinci ve üçüncü fıkralarında nitelikli hal olarak düzenlenmişti. Bu kapsamda gerçekleştirilen dolandırıcılık sonucunda suçtan zarar görenin kart hamili veya özel banka olması durumunda üçüncü fıkra, suçtan zarar görenin kamu bankası olması durumunda yedinci fıkra hükümleri uygulanmaktaydı<sup>2</sup>. Suçun sahtecilik unsuru bakımından ise, 765 sayılı TCK'nın 345. maddesi uyarınca banka ve kredi kartları özel belge olarak kabul edilmekteydi.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinde "*banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması*" suçları düzenlenmekle birlikte, inceleme kapsamımız olan gerçeğe aykırı beyan, sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik suçu kapsamındaki belirli hareketler aşağıda incelendiği üzere, TCK'nın 245. maddesi kapsamında yer almamaktadır. Bu nedenle bu hareketlerin gerçekleştirilmesi durumunda özel belgede sahtecilik ve dolandırıcılık suçları kapsamında değerlendirme yapılmaktaydı<sup>3</sup>. Nitekim 765 sayılı TCK'ya paralel olarak 5237 sayılı TCK'nın 158. maddesinin birinci fıkrasının d bendinde "*Kamu kurum kuruluşlarının ... araç olarak kullanılması*", e bendinde "*Kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak*", f bendinde "*Bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle*", j bendinde "*Banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla*" dolandırıcılık suçunun işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ancak 23.02.2006 tarihinde kabul edilerek 01.03.2006 tarih ve 26095 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 5464 sayılı BKK'nın

---

<sup>1</sup> Ziya Koç, "5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. Maddesinde Düzenlenen Belgede Sahtecilik Suçu", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, No: 2, 2021, s. 770.

<sup>2</sup> Mustafa Ekinci, **Ceza Hukuku Uygulamasında Banka ve Kredi Kartları**, Ankara, Adalet, 2002, s. 108-110.

<sup>3</sup> Koç, "5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. Maddesinde Düzenlenen Belgede Sahtecilik Suçu", s. 771.

yürürlüğe girmesiyle birlikte gerçeğe aykırı beyan, sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik suçları özel olarak düzenlenmiştir.

## II. Yasal Tanım ve Korunan Hukuksal Değer

BKK'nın 37. maddesinde, gerçeğe aykırı beyan, sözleşme ve eki belgelerinde sahtecilik suçu iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, *“banka kartı veya kredi kartını kaybettiği ya da çaldırdığı yolunda gerçeğe aykırı beyanda bulunarak kartı bizzat kullanan veya başkasına kullandıran kart hamilleri[nin]”* ve *“bunları bilerek kullananlar[ın]”* cezai sorumluluğu; ikinci fıkrada ise, *“kredi kartı veya üye işyeri sözleşmesinde veya eki belgelerde sahtecilik yapanlar[ın]”* ve *“[...]sözleşme imzalamak amacıyla sahte belge ibraz edenler[ın]”* cezai sorumluluğu düzenlenmiştir.

Birinci fıkra kapsamında, bankaların sigorta ve katlanma yükümlülüğü nedeniyle, kart hamillerinin bildirimde bulunduktan sonra özel hukuk kapsamında sorumlulukları olmaksızın kartları kullanmaları veya kullandırmaları engellenmektedir. İkinci fıkra kapsamında ise, kredi kartı sözleşmeleri ile üye işyeri sözleşmelerinde veya bunların eki niteliğindeki sözleşmelerde sahtecilik yapılması ile bu sözleşmelerin imzalanması amacıyla temin edilen belgelerin sahte olması düzenlenmiştir. Bu suç belgede sahtecilik kapsamında gerçekleştirilebileceği gibi kişinin kendisine veya ait gerçeğe aykırı bilgiler vermesi şeklinde de ortaya çıkabilmektedir<sup>4</sup>.

BKK'da düzenlenen gerçeğe aykırı beyanda bulunma ve sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik suçları; TCK'da bilişim suçları başlığı altında düzenlenen banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçları, dolandırıcılık suçu ve belgede sahtecilik suçları ile korunan hukuksal değerler bakımından benzerlikler taşımaktadır.

İlk olarak banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçları bakımından, bu suçlar bilişim suçları başlığı altında düzenlenmesine rağmen, madde gerekçesinden<sup>5</sup> hareketle malvarlığına

---

<sup>4</sup> Hasan İşgüzar, **Banka ve Kredi Kartı Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin, 2003, s. 135.

<sup>5</sup> TCK m. 245 gerekçesinde *“...Aslında hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının ratio legis'lerinin tümünü de içeren bu fiillerin,*

karşı işlenen suç izlenimi verdiği ileri sürülmüştür<sup>6</sup>. Nitekim bu suçun gerçekleştirilmesi ile kişilerin malvarlığı üzerinde zararlar ortaya çıkmaktadır<sup>7</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TCK m. 158/1-j' de düzenlenen kredi dolandırıcılığı bakımından, kredi verenin malvarlığının korunmasının yanında, bankacılık ve kredi isteminin ve dolayısıyla tüm ekonomik düzenin dikkate alınmasından ötürü, kamusal nitelikte bir hukuki değer olarak "bilişim sisteminin güvenliği" nin korunmasının amaçlandığı belirtilmektedir<sup>8</sup>. Bu nedenle ağırlıklı olarak korunan hukuksal değerın karma nitelikli olduğu kabul edilmektedir<sup>9</sup>.

İkinci olarak, dolandırıcılık suçu bakımından, malvarlığına karşı suçlar kısmında düzenlenen ve suçun neticesi olarak mağdurun malvarlığında azalma meydana gelmesi aranan bu suçta, korunan hukuki değerın malvarlığı olduğu ileri sürülmektedir<sup>10</sup>. Bununla birlikte, uygulamada Yargıtay, dolandırıcılık suçunun birden fazla hukuki değeri korumaya yönelik bir suç olduğunu vurgulamaktadır<sup>11</sup>.

---

*duraksamaları ve içtihat farklılıklarını önlemek amacıyla, bağımsız suç hâline getirilmeleri uygun görülmüştür..." açıklamasına yer verilmiştir.*

- <sup>6</sup> Veli Özer Özbek, "Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m.245)", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, Prof. Dr. Ünal Narmanoğlu'na Armağan, No: Özel Sayı, 2007, s. 1022.
- <sup>7</sup> Murat Volkan Dülger, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, 5. bs, Ankara, Seçkin, 2014, s. 252.
- <sup>8</sup> Fatih Selami Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 268.
- <sup>9</sup> Veli Özer Özbek/Pınar Bacaksız/Koray Doğan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2023, s. 1025.
- <sup>10</sup> İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2023, s. 179; Özbek/Bacaksız/Doğan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 735.
- <sup>11</sup> YCGK, E.2014/15-807, K. 2015/341, T.20.10.2015; YCGK, E.2014/15-792, K.2015/42, T. 10.3.2015; YCGK, E. 2013/11-727, K..2015/1, T. 17.2.2015: "...Malvarlığının yanında irade özgürlüğünün de korunduğu dolandırıcılık suçunun..."; YCGK, E.2002/6-306, K. 2002/441, T. 24.12.2002; "...Dolandırıcılık suçu, hile ve desiseler yaparak bir kişiyi hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya bir başkasına haksız çıkar sağlamaktır. Bu suç iki konulu bir cürüm olup, malvarlığı yanında kişinin irade serbestisi ve rıza özgürlüğü de korunmaktadır..."

Nitekim TCK m.157'de düzenlenen dolandırıcılık suçunun gerekçesinde “Dolandırıcılık suçu kişilerin malvarlığına karşı işlenen bir suçtur...[A]ldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle kişiler arasındaki ilişkilerde bulunması gereken iyi niyet ve güven ihlal edilmektedir. Bu şekilde kişinin irade serbestisi etkilenmekte ve irade özgürlüğü ihlal edilmektedir.” şeklinde ifade edilerek birden fazla hukuki değerın korunduğu belirtilmiştir.

Üçüncü ve son olarak kamu güvenine karşı suçlar başlığı altında düzenlenen belgede sahtecilik suçları bakımından, korunan hukuki değerin, kişilerin hukuk toplumunda kendine hukuki sonuç bağlanan şey ve alametlerin doğru olduğu yönündeki değeri, kısaca kamu güveni olduğu kabul edilmektedir<sup>12</sup>.

Bu açıklamalar doğrultusunda, her iki fıkranın hareketleri ve benzerlik gösterdikleri suç tipleri göz önünde bulundurulduğunda, bunların birbirinden bağımsız değerlendirilmesi gerektiği görülmektedir. Birinci fıkra kapsamında, kartların kötüye kullanılmasının engellenmesiyle banka ve kredi kartları sisteminin güvenilirliğinin ve daha etkin bir şekilde işleyişinin sağlanması olduğu belirtenler bulunmaktadır<sup>13</sup>. Bununla birlikte, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunda olduğu gibi<sup>14</sup>, malvarlığının korunduğu da iddia edilebilir. Gerçeğe aykırı bir beyanda bulunulması ve kartın kullanılması veya kullandırılması üzerinden aldatıcı nitelikte bir beyan ve kullanma söz konusudur. Her ne kadar kanunda yarar sağlanması netice olarak aranmasa<sup>15</sup> da BKK'nın 12. maddesi uyarınca

---

<sup>12</sup> Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Adalet, 2023, s. 672; Özbek/Bacaksız/Doğan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 868.

<sup>13</sup> Mustafa Akın, **Bankacılığın Kırmızı Çizgileri: Bankacılık Suçları**, İstanbul, Acar Basım, 2015, s. 799.

<sup>14</sup> Dülger, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, s. 252.

<sup>15</sup> Alman Ceza Kanununda banka ve kuruluşlar aleyhine zarar neticesi öngörülmektedir. İlgili düzenleme Her kim, kullanması için kendisine verilen bir çek kartının veya kredi kartının sağladığı, kartı düzenleyen bir ödeme yapmasına yol açan olanağı kötüye kullanır ve böylece kartı düzenleyene zarar verirse, üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile



kartın kullanılması borç yükümlülüğü bakımından sınırlı olarak kart hamilinin ve sınırsız olarak banka veya kredi kartı kuruluşunun sorumluluğunu doğurmaktadır. Bu nedenle banka veya kuruluşların malvarlığının korunduğu belirtilmelidir. Nitekim kartın POS (*Point of Sale Terminal, Satış Noktası Terminali*) veya ATM (*Automated Teller Machine, Otomatik Vezne Makinesi*) sisteminin kendinde bulunan bir sorun nedeniyle kullanılamaması durumu, internet bağlantısının kesilmesi veya cihazın şarjının bitmesi gibi ileride açıklanacağı üzere teşebbüs kapsamında değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, banka veya kredi kartlarının ücretsiz lounge hizmetleri gibi POS ve ATM cihazları haricinde kullanımı da söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle, kanaatimizce yalnızca malvarlığının korunan hukuksal değer olarak kabul edilmesi yeterli değildir. Bu noktada ayrıca kartlı ödeme sisteminin de korunduğunun kabul edilmesi gerekmektedir<sup>16</sup>. Başka bir deyişle, birinci fıkra bakımından, korunan hukuki değerın karma nitelikte olduğu<sup>17</sup>; banka ve kuruluşların malvarlığı ile kartlı ödeme sisteminin korunduğu kanaatindeyiz.

İkinci fıkra bakımından ise, belgede sahtecilik suçlarına benzerlik nedeniyle kamu güveni ön plana çıkmakla birlikte, BKK ve ilgili diğer kanunlar kapsamında banka veya kredi kartı düzenleme yetkisine sahip kuruluşların kontrol, sistem güvenliği, bilgilerin saklanması gibi yükümlülükleri ve kamu düzeni bakımından etkileri göz önünde bulundurulduğunda banka ve kredi kartı düzenleme yetkisini haiz banka ve kuruluşların irade serbestisi ile birlikte kartlı ödeme sisteminin korunduğunun kabul edilmesi gerekir. Nitekim aşağıda açıklayacağımız üzere, kartın düzenlenmesi veya düzenlenen kartın kullanılması TCK'nın 245. maddesinin ikinci ve üçüncü maddeleriyle korunmaktadır.

---

cezalandırılır." şeklindedir. Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu : Strafgezetzbuch**, 2. bs, Ankara, Seçkin, 2015, s. 391-392.

<sup>16</sup> Martin Heger, "StGB § 266b Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten", **StGB**, ed. Karl Lackner, Kristian Köhl, Martin Heger, 30. bs, Münih, C.H. Beck, 2023 kn. 1.

<sup>17</sup> İshak Tufanoğlu, "Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçları", İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 87-88.

Bu doğrultuda malvarlığı BKK'nın 37. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında korunan hukuksal değer olarak değerlendirilmemelidir.

Korunan hukuksal değerleri de farklılık gösteren, birinci fıkrada düzenlenen gerçeğe aykırı beyan suçu ve ikinci fıkrada düzenlenen sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik suçu, unsurları bakımında da ayrıma tabi tutularak incelenmelidir.

### III. Suçun Unsurları

#### A. Maddi Unsurlar

##### 1. Konu

Gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçu bakımından suçun konusu gerçek banka veya kredi kartlarıdır<sup>18</sup>. Seçimlik konulu suç olarak düzenlenmiştir<sup>19</sup>. İkinci fıkrada düzenlenen sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik suçu bakımından, belgede sahtecilik suçlarına paralel olarak<sup>20</sup>, konu, kredi kartı veya üye işleri sözleşmeleri veya eki niteliğindeki belgelerle<sup>21</sup> sözleşme imzalamak için ibraz edilen her türlü sahte belge olabilir. Aynı şekilde seçimlik konulu suç olarak düzenlenmiştir<sup>22</sup>. Banka ve kredi kartı kavramları ile birlikte, sözleşme ve eki belgelerin kapsam ve içeriklerinin belirlenmesi gerekmektedir.

##### a. Banka Kartı

Detaylı olarak incelemek gerekirse, banka kartı, BKK'nın 3. maddesinin d fıkrasında, "*Mevduat hesabı veya özel cari hesapların kullanımı dahil bankacılık hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan kart[...]*" olarak tanımlanmıştır. Ceza Hukuku bağlamında ise, TCK'nın 245. maddesinin gerekçesinde, "*...[B]ankanın kurduğu sisteme hukuka uygun olarak girmeyi sağla(yan), [...] saptanan ve kart sahibince bilinen bir numara*

<sup>18</sup> Çetin Arslan, Bahattin Azizağaoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, 2004, s. 1014.

<sup>19</sup> Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet, 2023, s. 482.

<sup>20</sup> Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 672-673.

<sup>21</sup> Emrullah Aycı, İnci Biçkin, Mustafa Artuç, **Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu**, Ankara, 2006, s. 92.

<sup>22</sup> Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 482.

*marifetiyle, banka görevlisinin yardımı olmadan, kart sahibinin kendi hesabından para çekmesini sağla(yan)...” kart olarak tanımlanmıştır.*

Doğrudan kart sahibinin mevduat hesabına bağlı olan banka kartı ile bu hesaba şifre aracılığı ile ulaşılarak, ATM ve POS cihazları vasıtasıyla mal ve hizmet alma, para çekme ve sunulan diğer bankacılık hizmetlerinden (para havalesi, fon transferi, döviz veya hisse senedi alım satımı, ödeme işlemleri, para çekilmesi veya yatırılması vd.) yararlanılır<sup>23</sup>; kart sahibinin hesabından derhal para çıkışı yapılır<sup>24</sup>. Banka kartına sahip olabilmek için kişinin öncelikle mevduat hesabı açması ve takiben banka kartı düzenlenmesi için başvuru yapması gerekir. Banka kartlarında mülkiyet, bankaya ait olmakla birlikte kullanım hakkı müşteriye verilmektedir<sup>25</sup>. Kart hamilinin yaptığı bütün işlemler bankanın bilişim sistemleri üzerinden gerçekleşir.

Banka kartlarında, kredi kartlarından farklı olarak, önceden belirlenmiş bir kullanım limiti bulunmamaktadır. Kart sahibinin mevduat hesabında yer alan para veya varsa bankadaki kullanılmaya açık cari hesabın tutarı kullanılabilir<sup>26</sup>. Hamilin mevduat hesabından yaptığı harcama tutarı düşülür ve üye işyerinin düzenlediği harcama belgesi karşılığında üye işyerinin hesabına bu harcama tutarı alacak kaydedilir<sup>27</sup>.

Kredi kartı kullanılabilmesi için, kart hamilinin hesabında para olması aranmaz; ayrıca kart hamilinin mevduat hesabı olması da aranmaz<sup>28</sup>. Kredi kartının kullanılması ile döner kredi söz konusu

---

<sup>23</sup> Y. Haluk Aytekin, **Ansiklopedik Bankacılık ve Finansal Terimler Sözlüğü**, Ankara, Palme, 2008, s. 95-96.

<sup>24</sup> Ziya Koç, **TCK'nın 245. Maddesinde Düzenlenen Bankan veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 1-2.

<sup>25</sup> BKK m. 3 (j) uyarınca, kartı kullanan kişi kart hamili olarak belirlenmiştir.

<sup>26</sup> Cengiz Kostakoğlu, **Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar**, İstanbul, Beta, 2006, s. 725.

<sup>27</sup> Oğuzhan Buhur, **Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 29.

<sup>28</sup> Mehmet Baydemir, **Her Yönüyle Kredi Kartları**, İstanbul, MS Destek SMMM Yayınları, 2004, s. 14; Mustafa Çeker, **Kredi Kartı Uygulaması ve**

olurken, banka kartının kullanılmasıyla herhangi bir kredi kullanımı söz konusu olmamaktadır<sup>29</sup>.

### **b. Kredi Kartı**

Latince "credere" kökünden gelen ve genel olarak bir kimseye emniyet ve itimat etmek anlamına gelen<sup>30</sup>, kredi belli bir süre sonra geri ödemek kaydıyla para, mal veya hizmet temin kabiliyeti<sup>31</sup> veya bir kimseye belirli bir süre sonra geri almak kaydıyla satın alma gücü sağlanması veya bu gücün devredilmesi olarak tanımlanır<sup>32</sup>. Başka bir ifade ile kredi alan, kredi verenin hazır alma gücü karşılığında, bir süreliğine borçlanmaktadır<sup>33</sup>.

Kredi kartı, BKK'nın 3. maddesinin fıkrası uyarınca, "*Nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fizikî varlığı bulunmayan kart numarası*" olarak tanımlanmıştır. Böylece teknolojik gelişmelere paralel olarak elektronik ortamda alışveriş için yeni ödeme aracına hukuki dayanak oluşturulmuştur<sup>34</sup>. Ceza Hukuku bağlamında, TCK'nın 245. maddesinin gerekçesinde, "*[K]redi kartı, banka ile kendisine kart verilen kişi arasında yapılmış bir sözleşme gereğince, kişinin bankanın belirli koşullarla sağladığı kredi olanağını kullanmasını sağlayan*" araç olarak tanımlanmıştır. Hamiline nakit para ödemedi mal ve hizmet satın alma veya nakit

---

**Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997, s. 35-36.

<sup>29</sup> Buhur, **Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması**, s. 29-30; Baydemir, **Her Yönüyle Kredi Kartları**, s. 14.

<sup>30</sup> Teoman Ömer, **Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması**, İstanbul, Beta, 1996, s. 6.

<sup>31</sup> Faruk Yalvaç, **Bankacılık Terimleri Sözlüğü**, Ankara, Kardeş, Kitap ve Yayınevi, 1997, s. 144.

<sup>32</sup> TDK, (Çevrimiçi), <http://www.tdksozluk.com/s/kredi/>, 07.10.2024.

<sup>33</sup> Ömer, **Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması**, s. 226.

<sup>34</sup> Serhat Sayın, **Türk Hukukunda Kredi Kartı ve Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Hukuki Sorumluluk**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 2005, s. 4.

para çekebilme imkânı sağlayan kredi kartları<sup>35</sup>, öğretide farklı tanımlara da tabidir. Bu doğrultuda, geri ödeme şekli ve ödeme aracı niteliğini vurgulayanlar; belge niteliğini vurgulayanlar, limit ve kullanım araçlarını belirtenler bulunmaktadır<sup>36</sup>.

Kredi kartı sisteminde, ticari işletmeler ile önceden yapılan antlaşmalarla, kart sahiplerinin ödemelerini bu kartlarla yapabilmesi ve üye işyerlerinin de başka bir şart aranmaksızın bunu kabul etme durumu vardır. Üye işyeri, ücretini kartı çıkaran kurumdan alır, kart sahibi ise belirlenen vadede ödemesini kartı çıkaran kuruma yapmaktadır<sup>37</sup>.

Ön yüzünde kabartma bilgiler alanı ile yonga (chip) ve arka yüzünde manyetik şerit bulunan<sup>38</sup> kartın, üye işyerine ibraz edilmesi ve harcama belgesinin düzenlenebilmesi için POS cihazına kart şifresini

---

<sup>35</sup> Aytekin, **Ansiklopedik Bankacılık ve Finansal Terimler Sözlüğü**, s. 531-532.

<sup>36</sup> Koc, "...[Y]apılan harcamaların aylık olarak bankaya tek seferde ya da taksitlerle ödenmek zorunda olunduğu, nakit paraya alternatif bir ödeme aracı..." şeklinde ifade ederek geri ödemenin şekli ve ödeme aracı niteliğini vurgulamıştır. Koç, **TCK'nın 245. Maddesinde Düzenlenen Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması**, s. 4; Özbek ise, "Kredi kartı peşin para ödemesi yapılmaksızın vadeli olabilme seçeneği de sunabilen, kullanıcıya bir hizmetten yararlanma ya da bir mal almayı sağlayan bir tür belge niteliğindedir" cümlesi ile vade seçeneğini ile birlikte belge niteliğini belirtmiştir. Özbek, "Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m.245)", s. 1028; Çırpan, "Kart sahiplerine POS [...] cihazları aracılığıyla nakit para olmaksızın alışveriş, ATM cihazları [...] aracılığıyla belli bir limite kadar nakit para çekme imkânı sağlayan plastik yapımlı kartlara verilen addır." şeklindeki tanım ile limit ve kullanım araçlarına değinmiştir. Belgin Çırpan, **Kredi Kartları**, Bursa, Ceren Basım Yayınevi, 2000, s. 1 vd.

<sup>37</sup> Çeker, **Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı**, s. 1-2.

<sup>38</sup> İlhan Sungur, **Uygulamacı Gözüyle Banka Kartları Mevzuatı ve Uygulaması: İlişkiler, Belgeler, Çekişmeli Konular**, Ankara, Seçkin, 2007, s. 22-25.

tuşlaması<sup>39</sup> veya imza atması gerekmektedir. Kullanana kısa süreli kredi sağlayan<sup>40</sup> kredi kartları, tüm dünyada ve ülkemizde kullanım alanı oldukça yaygın hale gelmiş ve günümüzde çok fonksiyonlu ve evrensel bir nitelik kazanmıştır<sup>41</sup>.

### **i. Kredi Kartı Türleri**

Kredi kartı sistemleri katılan tarafların sayısına göre üç gruba ayrılmaktadır: iki taraflı, üç taraflı, karma kredi kartı sistemleri. Bu ayırım kredi kartlarının tarihi gelişimini de yansıtmaktadır<sup>42</sup>.

İlk olarak ortaya çıkan iki taraflı kredi kartı sistemi, kredi kartı çıkaran kuruluşun sadece kendi müşterilerine kart vererek kendi işyerlerinde hizmet sunması şeklinde işlemekteydi. Öğretide bu kartlar “*adi kredi kartı*”, “*müşteri kredi kartı*”, “*basit kartlar*”, “*satıcı kredi kartları*” olarak anılmaktadır<sup>43</sup>. Söz konusu kartlar, yalnızca kartı çıkaran işletmenin şubeleri ve bağlı işyerlerinde kullanılabilir<sup>44</sup>. Bu kartların asıl amacının, kart hamillerini sürekli müşteri haline getirmek ve kendilerine bağlılığı arttırmak olduğu öne sürülmektedir<sup>45</sup>.

Üç taraflı kredi kartı sisteminde ise, ticari işletmelerin kendi kredi kartlarını ihraç etmeleri yerine, bu işlem uzmanlaşmış kredi kartı kuruluşları ya da bankalar tarafından üstlenilmiştir. Başka bir ifade ile kartı çıkarın kurum ile mal ve hizmeti sunan işletme birbirinden ayrılmıştır. Bu sistemde kredi kartını çıkaran kuruluş, *ödeme riskini*,

<sup>39</sup> 31 Mart 2006’dan itibaren çipli kredi kartı sahibi, alışverişlerinde ödemesini onaylatmak için, 4 rakamdan oluşan şifresini, yani PIN’ini tuşlanmaktadır.

<sup>40</sup> Çeker, **Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı**, s. 33.

<sup>41</sup> Buhur, **Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması**, s. 17.

<sup>42</sup> Ömer, **Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması**, s. 13-14; Baydemir, **Her Yönüyle Kredi Kartları**, s. 23.

<sup>43</sup> Ömer, **Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması**, s. 46-47; Çeker, **Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı**, s. 7; Baydemir, **Her Yönüyle Kredi Kartları**, s. 24.

<sup>44</sup> Çeker, **Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı**, s. 7.

<sup>45</sup> İşgüzar, **Banka ve Kredi Kartı Sözleşmeleri**, s. 39-40.

*rizikosunu* üzerine almaktadır<sup>46</sup>. Bu sistemde, kredi kartları mal satma aracı olmaktan çıkmış ve ödeme aracı haline gelmiştir<sup>47</sup>.

Genişletilmiş üç taraflı sistemde ise, bankalar kendi başlarına kredi kartı çıkarmak yerine *Visa, Mastercard* gibi uluslararası kredi kuruluşları ile lisans anlaşmaları imzalamak suretiyle bu kuruluşlarca çıkarılan kartları müşterilerine tanımlamaktadırlar. Bu sistemin işleyişinde temel olarak beş taraf söz konusudur: lisans veren kredi kuruluşu, banka veya finans kuruluşu, yetkili bankadan kredi kartı alan kart hamili, işyeri üye sözleşmesi imzalamış başka bir banka, işyeri<sup>48</sup>.

Son olarak, karma sistemde, kart hamili kredi kartını, kartı kendisine veren işletmenin yanı sıra diğer işletmelerde de kullanabilmektedir. İki taraflı ve üç taraflı sistemin özelliklerini taşıyan bu sistemin en tipik örneği, "*Air Travel Card*" adı verilen karttır<sup>49</sup>.

### c. Gerçeğe Aykırı Beyan Suçu Bakımından Suçun Konusu

BKK'nın 37. maddesinin birinci fıkrası kapsamında, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçuna benzer şekilde<sup>50</sup>, gerçek bir banka veya kredi kartından anlaşılması gereken kartın ait olduğu banka, kredi veya finans kuruluşu tarafından usulüne uygun olarak yapılan başvuru üzerine düzenlenerek hamiline teslim edilmiş veya kart numaraları verilmiş karttır.

Kartın fiziksel varlığının olup olmadığı noktasında, kredi kartları ve banka kartları arasında tanımdan kaynaklanan bir ayırım bulunmaktadır. Kredi kartları, plastik yapımlı kart olabileceği gibi fiziksel varlığı bulunmayan kart numarası şeklinde de olabilir. Buna

<sup>46</sup> Yalvaç, *Bankacılık Terimleri Sözlüğü*, s. 146.

<sup>47</sup> Ömer, *Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması*, s. 47; Buhur, *Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması*, s. 22; Baydemir, *Her Yönüyle Kredi Kartları*, s. 25.

<sup>48</sup> Yalvaç, *Bankacılık Terimleri Sözlüğü*, s. 146.

<sup>49</sup> Ömer, *Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması*, s. 49-50; Buhur, *Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması*, s. 25; Baydemir, *Her Yönüyle Kredi Kartları*, s. 27.

<sup>50</sup> Koç, "5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. Maddesinde Düzenlenen Belgede Sahtecilik Suçu", s. 768.

karşın, BKK'nın 3. maddesi uyarınca, ancak fiziksel varlığı bulunan banka kartları suçun konusu olabilir<sup>51</sup>.

Üzerinde sahtecilik yapılmış veya sahte belgelerle elde edilmiş kart birinci fıkra kapsamında suçun konusu olamayacaktır<sup>52</sup>. Kart üzerinde sahtecilik yapılması durumunda TCK'nın 245. maddesinin ikinci ve üçüncü maddesi kapsamında inceleme yapılması gerekir<sup>53</sup>. Aynı şekilde ön ödemeli kartlar ile iki taraflı müşteri kartları ilgili düzenlemenin kapsamı dışındadır<sup>54</sup>. Bununla birlikte, kart hamilinin talebi üzerine aile veya firma çalışanları için çıkarılan ek kartların da suçun konusu olması mümkündür.

Gerçeğe aykırı beyan suçuna benzerlik gösteren, banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun konusunda banka ve kredi kartları ile birlikte kartı çıkartan ve riziko sahibi kuruluşun para ve menkul değerlerini de konu kapsamında değerlendirenler de bulunmaktadır<sup>55</sup>. Ancak gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçu bakımından banka veya kuruluş bakımından zarar unsurunun bulunmaması ve aynı şekilde fail bakımından yarar unsurunun tipiklik kapsamında yer almaması nedeniyle, para ve menkul değerlerin konu kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> Özbek/Bacaksız/Doğan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 969.

<sup>52</sup> Banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu bakımından aynı yönde tespitler için bkz. Özbek/Bacaksız/Doğan, s. 967.

<sup>53</sup> Yarg. 15.CD., T.08.12.2014, E. 2013/4627, K. 2014/20662; "5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 37/2. maddesinde yer alan "kredi kartı veya üye işyeri sözleşmesinde veya eki belgelerde sahtecilik yapanlar veya sözleşme imzalamak amacıyla sahte belge ibraz edenler" şeklindeki düzenlemenin sözleşmenin imzalanmasını da kapsayacak aşamaya kadar uygulanabileceği, kredi kartı sözleşmesinin düzenlenmesinden sonra kartın üretilmesi halinde 5237 sayılı TCK'nın 245/2, sahte üretilen bu kartın kullanılarak menfaat temin edilmesi halinde ise ayrıca 245/3. maddesine temas eden suçu oluşturacağı ve suçtan zarar görenin adı geçen banka olduğu cihetle.....".

<sup>54</sup> Ömer, **Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması**, s. 47.

<sup>55</sup> Dülger, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, s. 253.

<sup>56</sup> Aynı yönde bkz. Özbek/Bacaksız/Doğan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 967.



#### **d. Sözleşme ve Eki Belgelerde Sahtecilik Suçu Bakımından Suçun Konusu**

İkinci fıkra bakımından, kredi kartı sözleşmesi, kredi kartı üye işyeri sözleşmesi veya sözleşme eki belgeler suçun konusu oluşturmaktadır.

Kredi kartı sözleşmeleri; üye işyeri sözleşmeleri, kredi kartı üyelik sözleşmesi ve ek kart sözleşmeleridir. Kredi kartı üyelik sözleşmeleri ise, kredi kartı çıkaran banka veya şirketler ile kredi kartı hamili olmak isteyen kişiler tarafından imzalanan, kartı çıkaran kurum tarafından daha önceden matbu başvuru formu olarak hazırlanan sözleşmeler ile kurulan, temel olarak nakit ödemeksizin alışveriş yapma olanağı ve masrafların ödenmesi konularında tarafların anlaşması ile kurulan sözleşmelerdir.

Üye işyeri sözleşmeleri, kredi kartını çıkaran banka veya şirketler ile üye işyeri sıfatıyla mal satan veya hizmet sunan ticari işletmeler arasında imzalanan<sup>57</sup>, kural olarak şekil serbestliği kapsamında hazırlanan<sup>58</sup>, temel olarak üye işyerinin kredi kartını kabul etmesi, kredi kartı ile yapılan alışveriş bedellerinin kartı çıkaran kurum tarafından ödenmesi noktalarında tarafların anlaşması ile yapılan sözleşmelerdir.

Burada ayrıca ek kart sözleşmelerine de yer verilmesi gerekmektedir. Ek kart sözleşmeleri, asıl kart hamilinin talebi üzerine asıl karta bağlı ve asıl kartın limiti dâhilinde üçüncü kişilere çıkarılan kartlara ilişkin sözleşmelerdir. Aile kartları ve Firma kartları olarak ikiye ayrılmaktadırlar<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Çeker, **Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı**, s. 52.

<sup>58</sup> Çeker, **a.y.**; Derya Ateş, **Banka Kredi Kartı Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Ek Kart**, Ankara, 2000, s. 58.

<sup>59</sup> Ateş, **Banka Kredi Kartı Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Ek Kart**, s. 167.

## 2. Hareket

### a. Gerçeğe Aykırı Beyan Suçu Bakımından Hareket

Birinci fıkrada düzenlenen suçun gerçekleşmesi için öncelikle kartın kaybolduğuna veya çalındığına dair bildirimde bulunulması gerekmektedir. Bu beyanı takiben kredi kartının bizzat fail tarafından kullanılması veya kartın başkasına kullandırması ya da kartın bu özelliğini bilen üçüncü kişi tarafından kullanılması gerekir. Gerçeğe aykırı beyanda bulunma ve kartı bizzat kullanma veya başkasına kullandırma çok hareketli suçtur. Çok hareketli suçlar suçun kanuni tanımında birden fazla harekete yer verilen suçlar olarak tanımlanabilir<sup>60</sup>. Aynı zamanda suçun oluşması banka veya kredi kartını kaybettiği veya çaldırđıęı yönünde gerçeğe aykırı bulunma beyanına bağlanmıştır. Bu nedenle bağlı hareketli suçtur.

Hareketlerin zamanının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Yasal düzenlemede, *“bulunarak ... kullanan veya ... kullandıran”* denilmekle birlikte, BKK'nın 12. maddesi uyarınca, kart hamilinin bildiriminden önceki yirmi dört saat içinde gerçekleştirilen kullanımdan kart hamili yalnızca yüz elli Türk Lirası tutarında sorumlu kabul edilmiştir. Diğer bir deyişle, kuruluşların yüz elli Türk Lirası üzerindeki tutarı talep etmeme ve sigortalama yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>61</sup>. Korunan hukuksal değerin kartlı ödeme sistemleri veya banka ve kuruluşların malvarlığı olarak kabul edilmesi durumunda, kart kullanıldıktan veya kullandırıldıktan sonra yirmi dört saat içinde çalındığı veya kaybolduğu bildiriminde bulunulması durumunun da suç kapsamında olduğu ileri sürülebilir. Bununla birlikte, kanaatimizce kanunilik ilkesi gereği, bildirimde bulunduktan sonraki kullanma veya kullandırmalar suç olarak kabul edilmeli ve kullanma veya kullandırma sonrası yirmi dört saat içinde bildirimde bulunulması durumunda ise

---

<sup>60</sup> Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2023, s. 501.

<sup>61</sup> Hasan Esen, *“Kart Çıkaran Kuruluşların Yükümlülükleri”*, **5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun Değerlendirilmesi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar**, ed. Taylan Özgür Kiraz, İstanbul, Akademi, 2009, s. 41-42.

BKK'nın 12. maddesi uyarınca yalnızca kuruluşların yüz elli Türk Lirası üzerindeki tutara ilişkin sorumluluklarının kalktığı kabul edilmesi gerekir.

Kartı bizzat kullanma veya başkasına kullandırma ile bu özelliğini bilerek kullanma bakımından seçimlik hareketli suçtur. Birden fazla seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde göz önünde bulundurulur<sup>62</sup>. Burada kullanmanın kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Öncelikle banka kartları bakımından *“Mevduat hesabı ve özel cari hesapların kullanımı dahil bankacılık hizmetleri”* nin icrası; kredi kartları bakımından *“Nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme”* şeklindeki kullanımlar bakımından herhangi bir tereddüt söz konusu değildir. Bu hareketler POS cihazı veya ATM kullanılarak gerçekleştirilebilir. Bu kapsamda işlemlerin POS cihazı veya ATM nedeniyle tamamlanamaması teşebbüs kapsamında incelenmektedir. Bununla birlikte, POS cihazı veya ATM kullanımı olmaksızın, kart hamili olmak nedeniyle banka veya kuruluşların sağladığı imkânlardan yararlanılmasının kullanma kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin incelenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, kart ve kimlik bilgileri gösterilerek yararlanılan lounge hizmetlerinden yararlanılması da kanaatimce kullanma kapsamında değerlendirilmelidir.

Ayrıca hareketin tamamlanması için dolandırıcılık suçundan farklı olarak yarar sağlanması aranmamıştır. Diğer bir deyişle, kullanma, kullandırma veya bu özelliğini bilerek kullanma, sırf hareket suçu olarak düzenlenmiştir ayrıca yarar sağlanması veya banka veya kuruluşun zararının ortaya çıkması gibi bir netice aranmamaktadır.

Kullandırma veya gerçeğe aykırı beyanda bulunulduğunu bilerek kullanan üçüncü kişi bakımından, TCK'nın 245. maddesinden farklı olarak kart sahibinin rızası dâhilinde hareket edilmesi gerektiğidir. Kart sahibinin rızası olmaksızın veya rızası haricinde kullanılması veya kullandırılması durumunda TCK'nın 245. maddesinin birinci fıkrası kapsamında düzenlenen banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu oluşacaktır.

---

<sup>62</sup> Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 140.

## **b. Sözleşme ve Eki Belgelerde Sahtecilik Suçu Bakımından Hareket**

Sözleşme veya eki niteliğindeki sözleşmelerde sahtecilik yapılması veya sözleşme imzalamak amacıyla sahte belge ibraz edilmesi gereklidir. Sahtecilik suçlarına paralel olarak, ikinci fıkra kapsamında da yarar sağlanması aranmamıştır. Aynı şekilde belgede sahtecilik suçlarına paralel olarak<sup>63</sup>, seçimli hareketli suçtur. Belgelerde sahtecilik yapılması veya sözleşme imzalamak amacıyla sahte belge ibraz edilmesi şeklinde işlenebilir. Sözleşme veya eki belgelerde sahtecilik yapılması; belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi veya bozulması şeklinde gerçekleştirilebilirken; sözleşme imzalamak amacıyla sahte belge ibrazı, kişinin kendisine veya başkasına ait sahte olarak düzenlenmiş veya değiştirilmiş belgelerin ibrazı şeklinde olabilir. Burada ibraz bakımından, internet üzerinden yapılan başvuruların<sup>64</sup> ve fotokopi ile ibraz olarak kabul edilip edilmeyeceği sorun teşkil etmektedir. Yargıtay, internet üzerinden yapılan başvurularda başvurunun niteliğine göre, TCK'nın 245. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında veya BKK'nın 37. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtirken<sup>65</sup>, fotokopi niteliğindeki belgelerle

---

<sup>63</sup> Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 682.

<sup>64</sup> Yarg. 8. CD, T. 05.11.2014, E. 2014/24293, K.2014/24696; "Sanıkların, Garanti Bankasına yönelik banka veya kredi kartlarını kötüye kullanma suçundan kurulan hükümdede; Sanığın, başkasının kimlik bilgileriyle internet üzerinden Garanti Bankasına kredi kartı başvurusunda bulunduğu olayda, sanığın kartı talep formu ve eklerinin aslı veya onaylı suretlerinin denetime olanak verecek şekilde dosya getirilmesi, kredi kartı talep formu üzerine banka tarafından sanığa telefon ile başvurusu teyit edilip edilmediği, sözleşme hazırlanıp hazırlanmadığı, banka tarafından kredi kartı tanzimi için sanıktan belge istenip istenmediği ve sanığın kredi kartı başvurusunun banka tarafından olumsuz sonuçlandırılmasının nedenlerinin bankaya sorularak tespitinden sonra sanığın suça konu kredi kartı başvurusunun 5464 sayılı Kanunun 37/2. maddesinde tanımlı suçu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan yazılı şekilde karar verilmesi, yasaya aykırı, BOZULMASINA, karar verildi. "

<sup>65</sup> Yarg. 8. CD, T. 06.11.2014, E.2014/26263, K.2014/25064; "Sanıkların mağdur Fortisbank'a C.T.S'in kimlik bilgilerine göre yaptıkları kart başvurusunun

yapılan bankaların başvuru koşullarının ve belgenin aldatma yeteneğinin gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>66</sup>. Koşulların oluşmaması durumunda, sahte belgenin kullanılmasında olduğu üzere elverişsiz teşebbüs söz konusu olacaktır<sup>67</sup>.

Sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik suçu da sırf hareket suçu niteliğindedir. Suçun tamamlanması bakımından ayrıca sözleşmenin imzalanması veya hizmetin sağlanması gerekmemektedir. Elverişli belgelerin ibraz edilmesiyle suç tamamlanmaktadır<sup>68</sup>. Ayrıca kredi kartı numarasının düzenlenmesi veya kartın üretilmesi durumunda TCK'nın 245. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu; düzenlenen kartın kullanılması durumunda ise TCK'nın 245. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında düzenlenen banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu gündeme gelecektir. Ancak TCK'nın 245. maddesinin ikinci fıkrası yalnızca başkalarına ait hesaplarla ilişkilendirilmesi durumunda söz konusu

---

internet yoluyla yapılıp yapılmadığı kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirlendikten sonra internet üzerinden katılan ve mağdur bankaları değişik şahısların kimlik bilgileriyle kart başvurusunda bulunma eyleminin TCK'nın 245/2. maddesinde düzenlenen suça teşebbüs suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde 5464 sayılı yasanın 37/2. maddesi gereğince hüküm kurulması, yasaya aykırı, BOZULMASINA, karar verildi."

<sup>66</sup> Yarg. 11. CD, T.06.10.2009, E.2009/13764, K.2009/11280.; "Sanığın herhangi bir belge eklemeyen yaptığı kredi kartı başvurusu üzerine anılan banka tarafından kredi kartı sözleşmesi imzalanmadan istemin reddine karar verildiği anlaşılmalı nüfus cüzdanı fotokopisinin aldatma yeteneği de gözetilerek sonucuna göre eylemin 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu" nun 37/2. maddesinde düzenlenen suçu oluşturup oluşturmayacağı karar yerinde tartışılmadan yazılı şekilde hüküm tesisi..."; Yarg. 15. CD, T.20.11.2014, E.2013/3181, K. 2014/19390. "...nüfus cüzdanı fotokopisi ve tapu belgesindeki fotoğrafların da yeterli netlikte olduğu, banka görevlilerinin sanığın yanındaki şahsın kim olduğunu denetleme imkanlarının bulunup bulunmadığı tespit edilmesinden sonra öncelikle kullanılan hilenin basit yalan olup olmadığının tespiti..."

<sup>67</sup> YCGK, T.06.05.2021, E.2017-1153, K.2021/203; "Özel belgede sahtecilik suçunun oluşabilmesi için, sahteciliğe konu belgenin aldatma yeteneğinin de bulunması gerekir."

<sup>68</sup> YCGK, T.14.11.2017, .2015/1069, K.2017/467.

olacaktır<sup>69</sup>. Kişinin yalnızca kendisine ait sahte belgeleri ibraz ederek banka veya kredi kartının üretilmesi durumunda yalnızca 37. maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan hareket gerçekleştirilmiş olacaktır.

### 3. Fail

Birinci fıkra bakımından, kullanma veya kullandırma hareketleri yalnızca kart hamili tarafından gerçekleştirilebilir hareketlerdir özgü suç niteliğindedir. Bununla birlikte banka veya kredi kartının kaybedildiği ya da çaldırıldığı yönünde gerçeğe aykırı beyanda bulunulduğunu bilerek kullanan kişiler bakımından herhangi bir sınırlama söz konusu değildir.

İkinci fıkra bakımından ise, kredi kartı veya üye işyeri sözleşmesinde veya eki belgelerde sahtecilik yapılması özgü suç niteliğindedir. Yalnızca sözleşmenin tarafı olanlar veya kredi kartı hamili tarafından sahtecilik yapılması bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, sözleşme imzalamak amacıyla sahte belge ibraz etme hareketi ise özgü suç niteliğine sahip değildir.

Suç ve cezada şahsılık ilkesi dolayısıyla, TCK m. 20 uyarınca tüzel kişilerin fail olabilmesi mümkün değildir<sup>70</sup>. Bununla birlikte, birinci fıkra kapsamında tüzel kişilere ait banka ve kredi kartlarının kullanımı ve bunlara bağlı ek kartlara ilişkin değerlendirme yapılması gerekmektedir. Tüzel kişi adına çıkarılmış olmakla birlikte, sorumlu müdür veya yöneticinin kullanımına bırakılmış kartlarda gerçeğe aykırı bildirim kartın hamili tarafından yapılması gerekmektedir. Aynı durum ek kartlarda da geçerlidir. Bu durumda gerçeğe aykırı beyanda bulunarak kartı kullanan veya kullandıran kişi suçun faili olacaktır. İkinci fıkra bakımından ise, tüzel kişi adına kredi kartı veya üye işyeri sözleşmelerinde, elverişlilik kapsamında yalnızca tüzel kişilerin temsilcileri tarafından işlenebilir. Bu nedenle, bu sığata sahip olmayan kişiler tarafından sahtecilik yapılması durumunda, belgede sahtecilik

---

<sup>69</sup> Yarg. 8. CD, T. 10.12.2014, E. 2014/21644, K.2014/30708.; "Sanığın, kredi kartı almak için şikayetçi adına bankaya müracaat etmesi ve bir takım belgeleri şikayetçi adına imzalaması ... sahtecilik veya kredi kartını alması halinde TCK.nun 245/2. maddesindeki suç u oluşturmaktadır."

<sup>70</sup> Özgenç, s. 192-193

hükümlerine gidilmesi gerekir. Bununla birlikte sözleşme imzalamak amacıyla sahte belge ibraz etme hareketi, tüzel kişinin taraf olduğu bir sözleşme imzalama amacıyla yapılırsa dahi tüzel kişiyi temsil kabiliyetine sahip kişiler tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu değildir. Kanaatimizce, temsil yeteneğine ilişkin sahte belge ibrazının da bu fıkra kapsamında değerlendirilmesi gerekir<sup>71</sup>.

#### 4. Mağdur

BKK'da belirli suçlar bakımından BDDK'nın yazılı başvurusu ve müdahil sıfatıyla katılımı düzenlenmiştir; bununla birlikte gerçeğe aykırı beyan ve sözleşme veya eki belgelerde sahtecilik suçu bakımından bu düzenleme geçerli değildir<sup>72</sup>.

Korunan hukuki değer bakımından yapılan ayrımlar mağdurun belirlenmesinde de ayrımlara neden olmaktadır. Korunan hukuki değer kamusal düzeni olduğu kabul edildiğinde, mağdur toplumu oluşturan bireyler olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte, korunan hukuksal değer, bizim de kabul ettiğimiz üzere birinci fıkra bakımından banka veya kuruluşların malvarlığı ile kartlı ödeme sisteminin güvenliği olduğu; ikinci fıkra bakımından ise banka veya kuruluşların irade serbestisi ile birlikte kartlı ödeme sisteminin güvenliği olduğu kabul edilirse, suçun mağdurunun banka veya kartlı sistem kuruluşları olabileceği ileri sürülebilir<sup>73</sup>. Bu görüşle tüzel kişilerin mağdur olamayacakları birlikte ele alındığında<sup>74</sup>, banka veya kartlı

<sup>71</sup> Sahte imza beyannamesi ile kredi kartı çıkartılmasının TCK'nın 245. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 8. CD., T.11.01.2018, E.2017/211900, K.2018/221.

<sup>72</sup> 5464 sayılı Kanun, m.42: "Bu Kanunun 38 inci, 39 uncu ve 41 inci maddelerinde belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. Bu fıkra uyarınca yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında, başvuruda bulunması halinde Kurum, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır."

<sup>73</sup> Tufanoğlu, "Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçları", s. 89.

<sup>74</sup> Yener Ünver,  **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 141.

sistem kuruluşları bakımından yöneticilerin ve ortakların mağdur olması sonucunu doğuracaktır. Banka ve kartlı sistem kuruluşları yalnızca suçtan zarar gören olarak değerlendirilebilir<sup>75</sup>. Bununla birlikte uygulamada Yargıtay banka ve kuruluşları mağdur olarak tanımlamaktadır<sup>76</sup>.

### **B. Manevi Unsur**

Birinci fıkrada düzenlenen gerçeğe aykırı beyan suçu bakımından beyanın gerçeğe aykırı olduğunun bilinmesi ile kartın kart hamili tarafından kasten kullanılması ile kullandırılması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunulduğu bilinerek üçüncü kişi tarafından kullanılması gerekmektedir. Buradaki bilinç kastın kapsamında yer almaktadır.

İkinci fıkrada düzenlenen sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik suçları da kasten işlenebilen bir suçlardır. Sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik yapılması veya belgenin sahte olduğu bilinerek ibraz edilmesi gerekmektedir. Ancak sahte belge ibraz edilmesi bakımından amaç aranmaktadır. Burada amaç tipikliğin bir unsuru olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, her iki fıkra kapsamında da TCK'da düzenlenen dolandırıcılık suçunda olduğu gibi yarar sağlama amacı bulunmamaktadır. İkinci fıkra kapsamında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, sözleşme imzalama amacı nedeniyle, kredi

---

<sup>75</sup> BKK'nın 36. maddesine ilişkin benzer değerlendirmeler için bkz. Koç, "5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. Maddesinde Düzenlenen Belgede Sahtecilik Suçu", s. 772 Ayrıca, bkz. 9. CD, 25.03.2021, 7118/1691.

<sup>76</sup> YCGK, T.02.12.2021, E.2017/1156, K.2021/604; "Bu bakımdan bahse konu suçun mağduru kart çıkaran banka veya diğer finansal kuruluştur."; Yarg., 11. CD 6.7.2010, 7209/8013; "Sanığın herhangi bir belge eklemeyen yaptığı kredi kartı başvurusunun mağdur Finansbank tarafından kredi kartı sözleşmesi imzalanmadan istemin reddini karar verildiği anlaşılmalı nüfus cüzdanı fotokopisinin aldatma yeteneği de gözetilerek sonucuna göre eylemin 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 37/2. maddesinde düzenlenen suçu oluşturup oluşturmayacağı karar yerinde tartışılmadan[.]"



sözleşmelerinde de olduğu üzere<sup>77</sup>, kredi kartı sözleşmesi yapıldıktan sonra sahte belge ibraz edilmesi durumunda bu suç oluşmayacaktır.

#### **IV. Suçun Özel Görünüş Biçimleri**

##### **A. Teşebbüs**

Gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçu çok hareketli bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda teşebbüse elverişlidir. Kişinin banka veya kredi kartını kaybettiği veya çaldığı yolunda gerçeğe aykırı beyanda bulunması durumunda icra hareketlerine doğrudan doğruya başlandığından bahsedilemez. Ayrıca kullanma veya kullandırma hareketine doğrudan doğruya başlanması gerekmektedir.

Kişi bildirimde bulunduktan sonra sistemde oluşan bir hata veya bildirim yapılan görevlinin gerekli işlemleri gerçekleştirilmeden kullanma veya kullandırma hareketlerinin gerçekleştirilmesi durumunda suç tamamlanmıştır. Nitekim suç bakımından bildirimde bulunulması yeterli kabul edilmektedir ayrıca banka veya kuruluşların bir işlem yapması aranmamaktadır.

Kişinin banka veya kredi kartını kaybettiği veya çaldığına yönelik gerçeğe aykırı beyanda bulunmasını takiben, kartı bizzat kullanmaya çalışırken veya kartı başkasına kullandırırken POS cihazında veya ATM'de oluşan bir hata sonucunda kartın kullanılamaması durumunda kişinin elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması nedeniyle teşebbüs söz konusu olacaktır.

Elverişlilik bağlamında, kullanmanın fiil kapsamında banka veya kredi kartının düzenlenme amacına uygun olması gerekir. Çalındığı veya kaybedildiğine yönelik gerçeğe aykırı beyanda bulunulduktan sonra, kullanıma kapatılan bir kartın bankacılık hizmetleri veya nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme amacıyla kullanılması mümkün değildir. Kullanıma kapalı bir kartın

---

<sup>77</sup> Yarg. 15. CD., T.12.03.2015, E. 2013/9689, K. 2015/22518.; "...suça konu çeklerin kredi sözleşmesi imzalandıktan sonra teminat olarak alınması halinde önceden doğan borç nedeni ile suçun hile unsurunun gerçekleşmemesi nedeni ile beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden..."

kullanılmaya çalışılmasının konu yokluğu nedeniyle elverişsiz teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak buradaki yokluk kanaatimizce nisbi yokluk niteliğindedir. Nitekim bildirim ile kartın kullanıma kapatılması arasındaki sürede kartın kullanılması mümkündür. Bu nedenle kartın kullanıma kapatılması ve POS cihazı veya ATM üzerinde kullanımın reddedilmesi durumunda teşebbüs sorumluluğuna gidilmelidir.

İkinci fıkra kapsamında düzenlenen sözleşme veya eki belgelerde sahtecilik suçu sırf hareket suçudur. Benzer nitelikler gösteren resmi belgede sahtecilik suçuna teşebbüs doktrinde kabul edilmekle birlikte<sup>78</sup>, aldatma kabiliyeti bakımından elverişsiz olan belgelerde teşebbüsten bahsedilemez<sup>79</sup>.

Son olarak yine ikinci fıkra kapsamında sahte belge ibraz edilmesi bakımından, benzer niteliğe sahip resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunda, yalan beyanda bulunulması ile suçun tamamlandığı kabul edilmektedir<sup>80</sup>. Buna karşın, Yargıtay suçun oluşumu bakımından belirli durumlarda belgenin düzenlenmiş olmasını aramaktadır<sup>81</sup>. Söz konusu kararda gerçekleştirilen beyan, belgenin

---

<sup>78</sup> Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 698

<sup>79</sup> YCGK, T.27.10.2015, E.2013/723, K.2015/349.; “Öte yandan, resmî belgenin sahte olarak düzenlenmesi ya da gerçek bir resmi belgenin değiştirilmesi eyleminin sahtecilik suçunu oluşturabilmesi için, düzenlenen ya da değiştirilen belgenin gerçek bir belge olduğu konusunda kişiyi aldatıcı nitelikte olması gerekir. Aldatıcılık özelliği ya da başka bir ifadeyle iğfâl kabiliyeti suçun temel unsuru olup, özel bir incelemeye tâbi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılmayan belge, sahte belge olarak kabul edilmelidir.”

<sup>80</sup> Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 715

<sup>81</sup> Yarg. 11. CD., T. 08.01.2015, E. 2013/2520, K.2015/227.; “Somut olayda, sanığın, olay tarihinde tanık E.’nin yapmış olduğu trafik kazası nedeniyle olay yerine gidip trafik görevlileri tarafından tutanak tanzim edileceği isnada kazayı kendisinin yaptığını beyan ettiği ancak trafik görevlileri tarafından sanığın beyanı şüpheli görülerek çevreden yapılan araştırma neticesinde kazayı yapan kişinin sanık olmadığını anlaşıldığı ve sanığın beyanıyla gerçeğe aykırı bir tutanağın düzenlenmesine sebebiyet vermediğinin anlaşılması karşısında; yüklenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı[...].”

düzenlenmesi bakımından elverişli nitelikte değilken, Yargıtay belgenin düzenlenmemesi bakımından suçun unsurlarının tamamlanmadığını belirtmiştir. Sözleşme kurmak amacıyla sahte belge ibrazı bakımından, ibrazın niteliği, günümüzde internet üzerinden yapılan başvurular nedeniyle büyük bir önem arz etmektedir. “Ortaya çıkarma, gösterme, meydana çıkarma” anlamına gelen ibrazın, sözleşme kurma amacına uygun olması gerekir. Bu kapsamda, sözleşme imzalamak amacıyla ibraz edilen belgelerin banka tarafından kabul edilebilirliğinin, bankanın belgelerin aslı veya onaylı sureti talep edip etmediğinin ve banka tarafından sanığa telefon edilerek teyit alınıp alınmadığının incelenmesi gerekmektedir<sup>82</sup>. Bu kapsamda, banka veya kuruluşlar ile sözleşme imzalamaya elverişli olmayan ibrazlar teşebbüs olarak

---

<sup>82</sup> Yarg. 8. CD, 05.11.2014, E. 2014/24293, K. 2014/24696.; “Sanıkların, Garanti Bankasına yönelik banka veya kredi kartlarını kötüye kullanma suçundan kurulan hükümdede; Sanığın, başkasının kimlik bilgileriyle internet üzerinden Garanti Bankasına kredi kartı başvurusunda bulunduğu olayda, sanığın kartı talep formu ve eklerinin aslı veya onaylı suretlerinin denetime olanak verecek şekilde dosya getirilmesi, kredi kartı talep formu üzerine banka tarafından sanığa telefon ile başvurusu teyit edilip edilmediği, sözleşme hazırlanıp hazırlanmadığı, banka tarafından kredi kartı tanzimi için sanıktan belge istenip istenmediği ve sanığın kredi kartı başvurusunun banka tarafından olumsuz sonuçlandırılmasının nedenlerinin bankaya sorularak tespitinden sonra sanığın suça konu kredi kartı başvurusunun 5464 sayılı Kanununun 37/2. maddesinde tanımlı suçu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan yazılı şekilde karar verilmesi, yasaya aykırı, BOZULMASINA, karar verildi.”; Yarg. 8. CD, 01.07.2014, E. 2013/11228, K.2013/17097; “Bankanın suça konu kredi kartını başvurusunun sahteliğini tespit ettikten sonra ürettiğinin anlaşılması halinde 5464 sayılı Kanununun 37/2. maddesi gözetilerek sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi[...] yasaya aykırı, BOZULMASINA, karar verildi.”; Yarg. 11. CD., T. 06.07.2010, E. 2010/7209, K.2010/8013, “Sanığın herhangi bir belge eklemeden yaptığı kredi kartı başvurusunun mağdur Finansbank tarafından kredi kartı sözleşmesi imzalanmadan istemin reddini karar verildiği anlaşılmakla nüfus cüzdanı fotokopisinin aldatma yeteneği de gözetilerek sonucuna göre eylemin 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun 37/2. maddesinde düzenlenen suçu oluşturup oluşturmayacağı karar yerinde tartışılmadan .....”

değerlendirilemeyecektir. Aynı şekilde, ıslak imzalı belge ibraz edilmesi gerekirken sahte fotokopi belge sunulması veya aldatma yeteneği bulunmayan belgenin ibraz edilmesi durumlarında, Yargıtay'ın belgede sahtecilik suçlarına ilişkin içtihatlarının uygulanması mümkündür. Bu durumlarda elverişli hareket bulunmadığı için teşebbüs sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün değildir.

### **B. İştirak**

Suç tipleri, bazı istisnalar dışında, bir kişi tarafından ihlal edilebileceği göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmiştir ancak; birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi mümkündür. Bu durumda diğer katılanların sorumluluğu iştirak kurumu kapsamında belirlenmektedir<sup>83</sup>. Birden fazla kişinin suçun işlenmesine zorunlu olduğu suçlara, çok failli suçlar denilmektedir; yakınsama veya karşılaşma suçları olarak ikiye ayrılırlar.

Gerçeğe aykırı beyanda bulunma ve sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik suçu iştirak bakımından bir özellik teşkil etmemekle birlikte; gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçu kartın üçüncü kişiye kullandırılması veya üçüncü kişi tarafından kullanılması bakımlarından yakınsama suçudur. Kişi başkası adına sahte belgeler ibraz ederek kredi kartı başvurusunda bulunduğu ve bu kart üretildiğinde TCK'nın 245. maddesinin ikinci fıkrası bakımından dolaylı fail olmakla birlikte BKK'nın 37. maddesinin ikinci fıkrasındaki suçun doğrudan faili olmaktadır<sup>84</sup>.

### **C. İctima**

Görünüşte ictima bakımından iki durum söz konusudur. İlk olarak, gerçeğe aykırı beyanda bulunarak banka veya kredi kartının kullanılması veya kullandırılması bakımından, suçun konusunu oluşturan kartın sahte olması ve menfaat sağlanması durumunda TCK m.245/3 uyarınca failin cezalandırılması gerekir. Burada TCK'nın 245. maddesinin üçüncü fıkrasında kartın sahteliği ve fayda sağlanması

---

<sup>83</sup> Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, vd., **Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2015, s. 549

<sup>84</sup> YCGK, T.04.07.2022, E. 2020/449, K.2022/514.

bakımından özel unsurlar içermektedir. BKK'nın 37. maddesinin birinci fıkrası kapsamında suçun oluşabilmesi için gerçek bir banka veya kredi kartının bulunması gerekmektedir.

İkinci olarak, sözleşme imzalamak amacıyla sahte belge ibraz edilerek, sahte kartın çıkartılması durumunda, TCK'nın 245. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında değerlendirme yapılması gerekmektedir. Suçun konusuna ilişkin açıklamalarımıza paralel olarak, banka kartları bakımından kartın fiziksel olarak üretilmesi, kredi kartları bakımından ise fiziki varlığı bulunmayan kart numarasının verilmesi yeterli olacaktır<sup>85</sup>. Bu çıkartılan sahte banka veya kredi kartı kullanılarak menfaat elde edilmesi durumunda ise, TCK'nın 245. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>86</sup>. Bu üç hüküm arasında asli norm – tali norm ilişkisi bulunmaktadır<sup>88</sup>. Bununla

---

<sup>85</sup> YCGK, T.04.07.2022, E. 2020/449, K.2022/514. “T..CK'nın 245. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen sahte kredi kartı üretme suçunun 5464 sayılı Kanun'un 37. maddesinin ikinci fıkrasında hüküm altına alınan kredi kartı sözleşmesindeki sahtecilik suçunu bünyesine aldığı ve bu suçu tükettiği, diğer bir anlatımla kredi kartı sözleşmesindeki sahtecilik suçunun sahte kredi kartı üretme suçunun unsuru olduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde,...”

<sup>86</sup> Yarg., 15. CD., 08.12.2014, 2013/4627-20662; “5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 37/2. maddesinde yer alan “kredi kartı veya üye işyeri sözleşmesinde veya eki belgelerde sahtecilik yapanlar veya sözleşme imzalamak amacıyla sahte belge ibraz edenler” şeklindeki düzenlemenin sözleşmenin imzalanmasını da kapsayacak aşamaya kadar uygulanabileceği, kredi kartı sözleşmesinin düzenlenmesinden sonra kartın üretilmesi halinde 5237 sayılı TCK'nın 245/2, sahte üretilen bu kartın kullanılarak menfaat temin edilmesi halinde ise ayrıca 245/3. maddesine temas eden suç oluşturacağı ve suçtan zarar görenin adı geçen banka olduğu cihetle.....”

<sup>87</sup> Menfaat temin edilemezse, yalnızca ikinci fıkra kapsamında cezalandırılması gerekir. Yarg. 8. CD, T.04.06.2014, E.2013/7794, K.2014/13790.

<sup>88</sup> Oğuz Bandır, “Görünüşte İçtima”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2024, s. 245-246.; Belirtilen kararlarda Yargıtay, TCK m. 245/2 ile BKK m.37/2 arasında tüketen-tüketilen norm ilişkisi bulunduğunu; TCK m.245/2'nin TCK m.245/3 arasında geçitli

birlikte, TCK'nın 245. maddesinin ikinci fıkrasında "*başkalarına ait banka hesaplarıyla*" ilişkilendirme koşulu nedeniyle, kişinin kendisine sahte bilgiler sunması durumunda, yalnızca BKK'nın 37. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suç oluşmaktadır<sup>89</sup>.

Uygulama açısından karşımıza çıkan temel sorun ise bankaların kendilerine ibraz edilen belgelerin sahte olduğunu tespit ettikten sonraki tutumlarıdır. Yargıtay kararlarından tespit edebildiğimiz kadarıyla, banka ve kuruluş çalışanları kendilerine ibraz edilen belgelerin sahte olduğunu tespit ettikten sonra, durumu Cumhuriyet Savcılığına ihbarda bulduktan sonra ilgili banka veya kredi kartını düzenlemektedir. Bu durumda, Yargıtay ibraz edilen belgelerin sahteliğinin kart düzenlenmeden fark edildiğini, bu sebeple kişilerin TCK 245. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında sorumlu tutulamayacaklarını kabul etmektedir<sup>90</sup>. Belgeleri ibraz eden kişilerin hareketlerinin TCK'nın 245. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında elverişli olmadığı açıktır. Bu hareketin davranışın iki suçun yaptırımları arasındaki farktan kaynaklanmaktadır. Ancak söz konusu belgelerin sahte oldukları tespit edildikten sonra kartın çıkartılması durumunda, bilgilerin sahte olduğunu bilerek kartı çıkarmak için gerekli işlemleri yapan banka görevlilerinin müşterek fail olarak, sahte belge ibrazında bulunan kişi ile sorumluluğuna gidilmelidir.

Zincirleme suç bakımından, gerçeğe aykırı beyanda bulunulduktan sonra kullanma veya kullandırma seçimlik hareketlerinin aynı suç işleme iradesi kapsamında farklı zamanlarda birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanır. Aynı şekilde aynı suç işleme kararı kapsamında sözleşme imzalamak amacıyla birden fazla sahte belgenin değişik zamanlarda ibraz edilmesi

---

suç ilişkisi olduğu karar vermektedir. YCGK, T.02.12.2021, E.2017/1156, K.2021/604.

<sup>89</sup> Yarg. 8. CD., T.10.12.2014, E. 2014/21644, K. 2014/30708.

<sup>90</sup> Yarg. 8. CD., 01.07.2014, E. 2013/11228, K. 2014/17097; "Bankanın suça konu kredi kartını başvurunun sahteliğini tespit ettikten sonra ürettiğinin anlaşılması halinde 5464 sayılı Kanununun 37/2. maddesi gözetilerek sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi[...] yasaya aykırı, BOZULMASINA, karar verildi."

veya farklı zamanlarda kredi kartı ve üye işyeri sözleşmeleri ile eki belgelerde birden fazla sahtecilik yapılması da bu kapsamda yer alacaktır. İncelenmesi gereken husus, bu suçların farklı bankalara karşı aynı suç işleme iradesi işlenmesi durumudur. Yukarıda belirttiğimiz üzere, birinci fıkra kapsamında malvarlığı ve ikinci fıkra kapsamında irade serbestisinin yanında kartla ödeme sistemi güvenliği de korunduğu için, suçun mağduru ilgili banka ve kuruluşların yönetici ve ortakları ile birlikte genel olarak toplumu oluşturan herkeştir. Bu nedenle BKK'nın 37. maddesinde düzenlenen suçların farklı banka ve kuruluşlara karşı işlenmesi durumunda da zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür.

Fikri içtima bakımından ise, gerçeğe aykırı beyanda bulunarak banka veya kredi kartının kullandırılması ve üçüncü kişi tarafından bilinerek kullanılması ile TCK'nın 245. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir. Kart hamili tarafından kullandırma hareketi, 245/1 kapsamında rıza olmaksızın kullanma veya kullandırtmanın dışında kalmaktadır. Bununla birlikte, BKK'nın 37. maddesinin birinci fıkrası kapsamında gerçeğe aykırı beyanda bulunulduğunu bilerek kullanan kişinin kart hamilinin rızası dahilinde kullanıp kullanmadığına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçeğe aykırı beyanda bulunulduğunu bilerek, kart hamilinin rızasına aykırı olarak kullanan kişinin sorumluluğunun farklı neviden fikri içtima uyarınca TCK'nın 245. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmelidir.

Gerçek içtima bakımından son olarak, belgede sahtecilik suçlarında gerçek içtima uygulanmasına ilişkin TCK'nın 212. maddesinin değerlendirilmesi gerekmektedir. İlgili hükmün genel hüküm niteliğinde olmadığı<sup>91</sup> ve yalnızca TCK'da düzenlenen suçlar bakımından uygulanabileceği öğretisi ve uygulamada ağırlıklı olarak kabul edilmektedir<sup>92</sup>. Bu kapsamda sözleşme ve eki belgelerde

---

<sup>91</sup> Mehmet Emin Artuk vd., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 2018, s. 61.

<sup>92</sup> Aksi yönde bkz. Mustafa Akın, Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Bankacılık Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2010, s. 212; Asuman Aytekin İnceoğlu,

sahtecilik suçu bakımından ayrıca TCK'da düzenlenen sahtecilik suçları uyarınca cezaya hükmedilmeyecektir. BKK'nın 37. maddesi belgede sahtecilik suçlarına özel norm niteliğinde olduğundan<sup>93</sup>, yalnızca gerçeğe aykırı beyan, sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik suçu uyarınca cezalandırılması yoluna gidilmektedir.

## V. Sonuç

Gerçeğe aykırı beyan, sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik suçları, Yargıtay'ın da içtihatlarıyla birlikte kendisine TCK'nın 245. maddesinden bağımsız bir uygulama alanı bulmuştur. Bununla birlikte, banka ve kredi kartı tanımlarının arasındaki sanal kartlar bakımından ayırımın giderilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca, 37. maddenin birinci fıkrasında, gerçeğe aykırı beyanın kartın kullanımından önce gerçekleşmesi gerektiği görülmektedir. Ancak korunan hukuksal değer bakımından kullanımdan sonra 24 saat içerisinde gerçekleştirilen gerçeğe aykırı beyanların da suç kapsamında düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Son olarak ikinci fıkra bakımından, sahte belge ibraz edildikten sonra belgenin sahteliği banka veya kuruluşlarca anlaşılabilir savcılığa ihbar edilmesine rağmen kişilerin daha ağır ceza almaları için banka veya kuruluşlar tarafından kredi kartı düzenlenmesinin de kanaatimizce müşterek fail olarak cezalandırılması gerekmektedir.

---

“Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu : 14 -15 Ocak 2011, Ankara**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği, 2011, s. 539.

<sup>93</sup> Benzer şekilde TCK m.245 ve 207 arasında özel norm-genel norm ilişkisi bulunduğuna ilişkin bkz. Bandır, “Görünüşte İctima”, s. 213-214.; YCGK, T.06.05.2021, E.2017/1153, K. 2021/203.; “kredi kartı sözleşmesinde sahtecilik suçunun kartlı ödemeler sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını sağlamak amacıyla TCK'da yer alan resmî ve özel belgede sahtecilik suçlarından ayrı özel bir tür sahtecilik suçu olarak 5464 sayılı Kanun'da düzenlenmesi karşısında resmî ve özel belgede sahtecilik suçları açısından TCK'nın 212. maddesinde hüküm altına alınan özel içtima hükmünün bu suç açısından uygulama yerinin bulunmadığı hususları bir bütün olarak dikkate alındığında”



**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Der Artikel untersucht die Straftat der „unwahren Angaben und Urkundenfälschung in Verträgen und Anhangdokumenten“, wie sie im türkischen Bankkarten- und Kreditkartengesetz („BKK“) in Artikel 37 geregelt ist. Diese Regelung bezieht sich speziell auf Verstöße im Zusammenhang mit der Nutzung von Bank- und Kreditkarten und deckt verschiedene Formen von Betrug und Fälschung ab, die das Vertrauen in den Finanzsektor untergraben.*

*Im historischen Kontext zeigt der Artikel, wie das rapide Wachstum des Finanzwesens und die Einführung von Bankkarten und Kreditkarten den rechtlichen Rahmen für deren Nutzung und Missbrauch verändert haben. Mit der Zeit sind auch die Methoden des Betrugs komplexer geworden, was die Schaffung spezieller Vorschriften für Bank- und Kreditkartendelikte notwendig machte. Beispielsweise führt das BKK mit Artikel 37 erstmals eine eigenständige Vorschrift für unrichtige Angaben und Fälschungen im Zusammenhang mit Karten und Verträgen ein, während solche Delikte früher nur allgemeiner im türkischen Strafgesetzbuch behandelt wurden.*

*Das Gesetz definiert die Straftat in zwei Abschnitten: Die erste Regelung bestraft Inhaber von Bank- oder Kreditkarten, die fälschlicherweise einen Verlust oder Diebstahl der Karte melden und diese dann trotzdem selbst oder durch Dritte weiter nutzen. Die zweite Regelung betrifft Personen, die Fälschungen in Kreditkartenverträgen, Mitgliedsverträgen von Geschäften oder dazugehörigen Dokumenten vornehmen oder solche gefälschten Dokumente zur Unterzeichnung vorlegen.*

*In beiden Fällen werden das Vermögen der Banken und die Sicherheit des Kartenzahlungssystems als schützenswerte Rechtsgüter hervorgehoben. Neben dem finanziellen Schaden wird durch die Fälschung die Integrität des Bankwesens und das Vertrauen in die Kartenzahlungssysteme angegriffen.*

*Der Artikel analysiert die wesentlichen Tatbestandsmerkmale beider Delikte. Der erste Absatz betont den betrügerischen Charakter falscher Verlust- oder Diebstahlmeldungen, wenn die Karten dennoch weiterhin benutzt werden. Hierzu zählen sowohl die tatsächliche Nutzung durch den Karteninhaber als auch die Verwendung durch Dritte, die über den falschen Verlust informiert sind. Solche Handlungen gelten als vermögensgefährdend für die Bank oder das Finanzinstitut, das die Karte ausgegeben hat.*

*Im zweiten Absatz beschreibt der Artikel das Fälschen von Kredit- oder Mitgliedsverträgen und die Einreichung gefälschter Dokumente zur Erlangung eines Kredits oder einer Mitgliedschaft. Es handelt sich um „Mehrakt-Taten“, die unabhängig davon strafbar sind, ob der Täter durch die Fälschung einen direkten Vorteil erlangt hat oder nicht.*

*Die Abhandlung vergleicht außerdem den Artikel 37 BKK mit verwandten Regelungen aus dem allgemeinen türkischen Strafrecht und der Praxis des Yargıtay (oberstes türkisches Gericht). Demnach erfordert die Regelung zur Fälschung von Bankdokumenten und Verträgen eine differenzierte Behandlung je nach Tatbestand, da diese Delikte neben den Vermögensinteressen auch die Vertrauenswürdigkeit öffentlicher Dokumente betreffen. Die Praxis zeigt jedoch, dass es häufig zu Überschneidungen mit anderen Strafnormen kommt, insbesondere mit der allgemeinen Urkundenfälschung.*

*Der Artikel erläutert spezielle Formen dieser Straftat und wie sie im Rahmen von Täterschaft und Teilnahme zu behandeln sind. So stellt der Missbrauch von Bank- und Kreditkarten durch Dritte eine „konvergierende Straftat“ dar, bei der die Zustimmung des Karteninhabers zu weiteren Fälschungshandlungen führt. Außerdem behandelt der Artikel Fälle des „echten und unechten Konkurrenzprinzips“ – etwa, wenn gefälschte Dokumente vorgelegt und die Bank gleichzeitig um einen Kredit betrogen wird. Solche Handlungen fallen gegebenenfalls unter mehrere Straftatbestände.*

*Schließlich wird auf die Problematik eingegangen, dass Banken trotz Kenntnis gefälschter Dokumente manchmal weiterhin Kreditkarten ausstellen und die Fälschungen erst später den Behörden melden. Hier wird vorgeschlagen, auch die Mitarbeiter der Bank als Mittäter zu bestrafen, wenn diese bewusst an solchen Vorgängen beteiligt sind.*

*Zusammengefasst zeigt der Artikel, dass Artikel 37 des BKK eine spezifische Regelung zur Bekämpfung von Fälschungen und unrichtigen Angaben im Zusammenhang mit Bank- und Kreditkarten darstellt, die das Vertrauen und die Effizienz des Bankensektors schützt. Die Abgrenzung gegenüber allgemeinen Fälschungsdelikten schafft rechtliche Klarheit und stärkt die Mechanismen zur Aufrechterhaltung der Systemintegrität. Der Artikel schlägt jedoch vor, die Definitionen und die Behandlung solcher Delikte weiter zu verfeinern, um technologische Entwicklungen und komplexe Betrugsszenarien adäquat abdecken zu können.*

### KAYNAKÇA

- AKBULUT Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet, 2023.
- AKIN Mustafa: **Bankacılığın Kırmızı Çizgileri: Bankacılık Suçları**, İstanbul, Acar Basım, 2015.
- AKIN Mustafa, PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer: **Bankacılık Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2010.
- ARSLAN Çetin, AZİZAGÖĞLU Bahattin: **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, 2004.
- ARTUK Mehmet Emin vd.: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 2018.
- ATEŞ Derya: **Banka Kredi Kartı Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Ek Kart**, Ankara, 2000.
- AYCI Emrullah, BİÇKİN İnci, ARTUÇ Mustafa: **Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu**, Ankara, 2006.
- AYTEKİN İNCEOĞLU Asuman: "Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu : 14 -15 Ocak 2011, Ankara**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği, 2011.
- AYTEKİN Y. Haluk: **Ansiklopedik Bankacılık ve Finansal Terimler Sözlüğü**, Ankara, Palme, 2008.
- BANDIR Oğuz: "Görünüşte İçtima", İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2024.
- BAYDEMİR Mehmet: **Her Yönüyle Kredi Kartları**, İstanbul, MS Destek SMMM Yayınları, 2004.
- BUHUR Oğuzhan: **Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması**, Ankara, Seçkin, 2004.

ÇEKER Mustafa: **Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997.

ÇIRPAN Belgin: **Kredi Kartları**, Bursa, Ceren Basım Yayınevi, 2000.

DÜLGER Murat Volkan: **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, 5. bs, Ankara, Seçkin, 2014.

EKİNCİ Mustafa: **Ceza Hukuku Uygulamasında Banka ve Kredi Kartları**, Ankara, Adalet, 2002.

ESEN Hasan: “Kart Çıkaran Kuruluşların Yükümlülükleri”, **5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun Değerlendirilmesi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar**, ed. Taylan Özgür Kiraz, İstanbul, Akademi, 2009.

HEGER Martin: “StGB § 266b Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten”, **StGB**, ed. Karl Lackner, Kristian Kühl, Martin Heger, 30. bs, Münih, C.H. Beck, 2023.

İŞGÜZAR Hasan: **Banka ve Kredi Kartı Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin, 2003.

KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2023.

KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Adalet, 2023.

KOÇ Ziya: “5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun 36. Maddesinde Düzenlenen Belgede Sahtecilik Suçu”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, No: 2, 2021, s. 761-783.

KOÇ Ziya: **TCK’nın 245. Maddesinde Düzenlenen Bankan veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

KOSTAKOĞLU Cengiz: **Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar**, İstanbul, Beta, 2006.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami: **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Ankara, Seçkin, 2003.

TEOMAN Ömer: **Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması**, İstanbul, Beta, 1996.

ÖZBEK Veli Özer: “Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m.245)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Ünal Narmanoğlu’na Armağan, C. 9, No: Özel Sayı, 2007.

ÖZBEK Veli Özer, BACAKSIZ Pınar, DOĞAN Koray: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2023.

ÖZGENÇ İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2023.

SAYIN Serhat: **Türk Hukukunda Kredi Kartı ve Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Hukuki Sorumluluk**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 2005.

SUNGUR İlhan: **Uygulamacı Gözüyle Banka Kartları Mevzuatı ve Uygulaması: İlişkiler, Belgeler, Çekişmeli Konular**, Ankara, Seçkin, 2007.

TUFANOĞLU İşhak: “Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçları”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014.

ÜNVER Yener: **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin, 2003.

YALVAÇ Faruk: **Bankacılık Terimleri Sözlüğü**, Ankara, Kardeş, Kitap ve Yayınevi, 1997.

YENİSEY Feridun, PLAGEMANN Gottfried: **Alman Ceza Kanunu : Strafgesetsbuch**, 2. bs, Ankara, Seçkin, 2015.



## Parametrik Sigorta Sözleşmeleri (Gösterge Temelli Sigorta Sözleşmeleri)

### Parametrische Versicherungsverträge (Index-Basierte Versicherungsverträge)

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Batuhan Oyal\*

#### ÖZ

*Parametrik sigorta sözleşmesi, belirli bir prim karşılığında, ölçülebilir ve manipüle edilemeyen bir göstergenin belirlenen eşiği aşması durumunda sigorta tazminatının ödenmesini öngören bir sözleşmedir. Sigorta tazminatı ödeme borcu, klasik zarar sigortalarının aksine, sigorta zararının miktarına bakılmaksızın belirli bir tetikleyiciye bağlı olarak gerçekleştirilir. Taraflarca manipüle edilmesi mümkün olmayan, hava veya doğa olayları gibi objektif ve matematiksel verilerle ifade edilebilen değerler, tetikleyici gösterge olarak kullanılır. Parametrik sigortanın avantajları arasında, geniş çaplı risklerin sigortalanabilir olması, işlemlerin daha sade ve şeffaf olması, tazminata hızlı erişim sağlanması ve ahlakî tehlikenin minimize edilmesi sayılabilir. Ancak, tetikleyici verilerin toplanması için gereken altyapı maliyetleri ve baz risk (fiili tazminat ödemesi ile gerçek zarar arasındaki tutarsızlık) gibi dezavantajları da vardır. Bu çalışmada, öncelikle parametrik sigorta sözleşmelerinin işleyişi ve tanımına yer verilmiş, daha sonra bu sözleşmelerin hukukî niteliğinin tespitine ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur. Ayrıca bu tür sözleşmelerin Türk Ticaret Kanunu hükümleri kapsamında özellikle sigortalanabilir menfaat ve zenginleşme yasağı ilkesi bakımından*

---

\* Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı  
Doktor Öğretim Üyesi (oyal@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-3055-5870.





*geçerli olup olmadığı incelenmiş ve uygulamada parametrik sigorta sözleşmelerinde dikkat edilmesi gereken hususlar irdelenmiştir.*

**Anahtar Sözcükler:** *Parametrik sigorta, gösterge temelli sigorta, zenginleşme yasağı, sigortalanabilir menfaat, baz risk*

## **Parametric Insurance Contracts (Index-Based Insurance Contracts)**

### **ABSTRACT**

*A parametric insurance contract is an agreement that provides for the payment of insurance compensation in exchange for a certain premium, triggered when a measurable and non-manipulable indicator exceeds a predetermined threshold. Unlike traditional indemnity insurance, the obligation to pay insurance compensation is based on a specific trigger rather than the amount of actual loss incurred. Objective and mathematically expressible values, such as weather or natural events that cannot be manipulated by the parties, are used as trigger indicators. The advantages of parametric insurance include the insurability of large-scale risks, a simpler and more transparent process, quick access to compensation, and the minimization of moral hazard. However, there are disadvantages such as the costs associated with establishing the necessary infrastructure for collecting trigger data and basis risk (the discrepancy between the actual compensation paid and the actual loss suffered). This study first explains the functioning and definition of parametric insurance contracts and then evaluates their legal nature. Additionally, it examines whether such contracts comply with the provisions of the Turkish Commercial Code, particularly in terms of insurable interest and the principle of indemnity. The study also addresses practical considerations for parametric insurance contracts.*

**Keywords:** *Parametric insurance, index-based insurance, the principle of indemnity, insurable interest, basis risk*

## GİRİŞ

Küresel ısınma nedeniyle şiddeti ve sıklığı artan doğal afetlerin yarattığı yıkıcı etkinin

en süratli şekilde giderilmesi, bunun için de sigorta tazminatına erişimin kolay ve hızlı gerçekleşmesi gerekmektedir. Mal sigortalarında geçerli olan tazmin ilkesi ve sigorta sözleşmesinde soyut olarak ifade edilen rizikonun kapsamı konusunda çıkan uyuşmazlıklar, ortaya çıkan büyük çaplı ve geniş etkiye sahip zararların giderilmesi konusunda klasik mal sigortası sözleşmelerinin “hantal” kalmasına neden olmakta ve bu sözleşmelerin akdedilmesinde hedeflenen amaçlara ulaşılamamasına sebebiyet vermektedir. Klasik mal sigortası sözleşmelerinin çözüm sunmakta aksadığı hâllerde, parametrik sigorta sözleşmeleri giderek daha popüler hâle gelen çözümler sunmaktadır. Parametrik sigorta sözleşmeleri, sadece doğal afetler nedeniyle ortaya çıkan zararların giderilmesinde değil, saf finansal kayıplar, iş durması nedeniyle oluşan zararlar gibi geleneksel olmayan ve “sigortalanması zor (*hard-to-insure*)” rizikolar için de uygun bir alternatif sunmaktadır.

Parametrik sigorta sözleşmelerinde sigortacı, önceden belirlenmiş bir olayın (örneğin sel, kasırga, deprem vb.) gerçekleşmesi durumunda önceden belirlenmiş bir sigorta tazminatını hemen ödemeyi taahhüt eder. Sözleşmede, söz konusu olaya ilişkin bir gösterge değer seçilir ve bu gösterge değerinde belirli bir değişim (tetikleyici) meydana geldiğinde sigorta tazminatı ödenmesi gerekir. Mal sigortalarında sigortacı, rizikonun gerçekleşmesi sonucunda meydana gelen zararı tazmin eder. Dolayısıyla riziko gerçekleştiğinde, sigortacının öncelikle zararIN miktarını tespit etmesi gerekir. Ancak sigortalanması zor rizikolarda veya doğal afetler gibi geniş ve yıkıcı etkiye sahip olaylarda, meydana gelen zararın miktarını tespit etmek oldukça uzun bir zaman alabilir ve oldukça maliyetli olabilir. Bu durum, primlerin artmasına ve sigorta tazminatı ödemesinin gecikmesine neden olmaktadır. Oysa özellikle doğal afetler gibi olaylarda sigorta tazminatının mümkün olan en kısa sürede ödenmesi, sigortadan beklenen yararın elde edilmesi bakımından oldukça önemlidir.

Öte yandan sigorta tazminatının belirli bir tetikleyiciye bağlanması, tetikleyicinin devreye girmesiyle sigorta tazminatı ödenmesi gibi hususlara ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Aksine parametrik sigorta sözleşmeleri, ilk bakışta sigortalananabilir menfaat, zenginleşme yasağı ilkesi gibi zarar sigortalarına ilişkin bazı temel ilke ve kavramlarla çelişkili gibi görünmektedir. Bu çalışmada öncelikle parametrik sigorta sözleşmesi kavramı açıklanacak, daha sonra parametrik sigorta sözleşmelerinin işleyişi ve "parametrik sigorta (sözleşmesi)" olarak adlandırılrsa bile bu sözleşmelerin hukuken sigorta sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı irdelenecektir. Çalışmanın sonraki bölümünde parametrik sigorta sözleşmelerinde sigorta tazminatı ödeme borcunun bir tetikleyiciye bağlanmasının mümkün olup olmadığı, zenginleşme yasağı ilkesi uyarınca sigorta bedelinin taraflarca serbestçe belirlenip belirlenemeyeceği incelenecektir. Son olarak sigorta sözleşme hukuku ve sigorta denetleme hukuku açısından uygulamada parametrik sigorta sözleşmelerinde dikkat edilmesi gereken hususlar ele alınacaktır.

## A. Parametrik Sigorta Sözleşmesi Kavramı

### I. Genel Olarak

İnsanoğlu, sürekli olarak çeşitli tehlikelerle karşı karşıyadır. Sigorta, bu tehlikelerin gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkabilecek zararlara karşı kişinin korunması düşüncesine dayanmaktadır<sup>1</sup>. Kişinin

---

<sup>1</sup> Emine YAZICIOĞLU/Zehra ŞEKER ÖĞÜZ, *Sigorta Hukuku*, 5. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2022, s. 1; Rıza AYHAN/Hayrettin ÇAĞLAR/Mehmet ÖZDAMAR, *Sigorta Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 1; Mehmet ÖZDAMAR/Burak DOĞAN, *Sigorta Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 17; Mustafa ÇEKER, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku*, 26. Bası, Karahan Kitapevi, Adana, 2023, s. 1; KENDER Rayegân, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*, 17. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 1; KAYIHAN Şaban/GÜNERGÖK Özcan, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 6. Bası, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2021, s. 4; Haydar ARSEVEN, *Sigorta Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1991, s. 4; Ferudun KAYA/Mehmet KAHYA, *Sigorta ve Sigortacılık*, İstanbul 2017, s. 1.

tüm tehlikelere karşı tek başına önlem alması mümkün değildir. Ancak benzer tehlikelerle karşı karşıya olan kişilerin bir araya gelerek, karşılıklı yardımlaşma düşüncesi temelinde belirli bir ödeme karşılığında rizikoyu paylaşmaları, tehlikenin gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik gereksinimin karşılanmasını kolaylaştırır. Bu nedenle sigorta, tehlikelere karşı güven duygusunu tesis eden<sup>2</sup> ve tehlikenin kendisinde gerçekleşmesi sonucunda zarar görenin, uğradığı zararı toplumun diğer fertlerine muhtaç olmadan giderebilmesini sağlayan bir araç<sup>3</sup>olarak doğmuştur.

Tarihsel gelişim süreci içerisinde, sanayi ve teknoloji alanındaki gelişmelere ve toplumların refah düzeylerinin artmasına paralel olarak sigorta ihtiyacı da gelişmiş ve farklılık göstermeye başlamıştır. Ortaya çıkan tehlikelerin artması ve çeşitlenmesi, farklı sigorta türlerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta hukukuna ilişkin altıncı kitabında sigorta (sözleşmeleri) hukuku "Genel Hükümler" ve "Özel Hükümler" olarak iki ayrı başlık altında düzenlenmiş, "Özel Hükümler" bölümünde ise sigorta sözleşmeleri, sözleşmenin konusu menfaatin türüne göre "zarar sigortaları" ve "can sigortaları" olarak ikiye ayrılmıştır. Sigorta sözleşmesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesinin birinci fıkrasında "sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yüklediği sözleşme" olarak tanımlanmıştır. Bu

---

<sup>2</sup> Sigorta teriminin kaynağının, güvence anlamına gelen İtalyanca "sicurta" sözcüğünden geldiği yönünde bkz. Arseven, s. 3; Çeker, s. 1, dn. 1; Kayıhan/Günergök, s. 4. Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz ve Demir ise İtalyanca teminat altına almak anlamına gelen "assicurare" sözcüğünden türemiş "assecuratio" sözcüğünün Türkçe'ye "sigorta" olarak geçtiğini ifade etmişlerdir (Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 2; İsmail DEMİR, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 41).

<sup>3</sup> Hakan KARA, *Sigorta Hukuku*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 39-40; Hasan Murat GÜÇLÜ/Ömer Faruk SELEŞ/İbrahim KAYHAN, *Sigorta Hukuku*, Adalet Kitapevi, Ankara, 2021, s. 19.

tanım, hem zarar sigortalarını hem de can sigortalarını kapsayacak şekilde formüle edilmeye çalışılmıştır<sup>4</sup>.

Riziko, tüm sigorta sözleşmelerinde temel unsurdur. Riziko, gerçekleşip gerçekleşmeyi önceden belli olmayan veya gerçekleşeceği kesin olmakla birlikte ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ancak gerçekleşmesi hâlinde zarara veya diğer bir ekonomik ihtiyaca sebep olan olaydır<sup>5</sup>. Zarar sigortalarında rizikonun belirlenmesi, can sigortalarına kıyasla daha zordur. Zira sigortalının sigorta konusu menfaatini zarara uğratabilecek çok sayıda, farklı tehlike söz konusudur. Sigorta konusu menfaati tehdit eden tüm tehlikelerin tek bir sigorta sözleşmesi kapsamında teminat altına alınması sigorta tekniği bakımından mümkün olmadığından, rizikonun tür, zaman ve yer olarak sınırlandırılması gerekmektedir<sup>6</sup>. Yapılan bu sınırlandırma ve rizikonun mahiyetinin sözleşmede açık bir şekilde ortaya konması, sigortalının ödeme yapma yükümlülüğü açısından önemlidir. Zira sigortalının ödeme yapma yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için bir “sigorta zararı” (*Versicherungsfall*) doğmuş olmalıdır. Meydana gelen zararın sigorta zararı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ise sigorta edilen rizikonun mahiyetine ve konusuna göre belirlenir<sup>7</sup>.

Zarar sigortalarında sigorta ettiren, rizikonun gerçekleşmesi durumunda meydana gelecek zarara karşı bir himaye ihtiyacı içindedir.

<sup>4</sup> Kullanılan ifadelerin kısmen hatalı olduğuna ve söz konusu hükmün kaleme alınış şekline ilişkin eleştiriler için bkz. Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 74; Kender, s. 184 vd.; Kara, s. 132-133; Güçlü/Seleş/Kayhan, s. 62-63.

<sup>5</sup> Samim ÜNAN, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I Birinci Kısım: Genel Hükümler (Madde 1401-1452)*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 14; Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 76; Çeker, s. 65; Özdamar/Doğan, s. 18; Kender, s. 332; Barış M. GÜNAY, *Sigorta Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 63-64.

<sup>6</sup> Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 77; Kender, s. 336. Bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Kübra YETİŞ ŞAMLI, “Zarar Sigortalarında Teminat Kapsamındaki Rizikoların Belirlenmesine İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Rayegan Kender'e Saygı Günü - Sigorta Genel Şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2020, 91-126, s. 92 vd.

<sup>7</sup> Kender, s. 336.

Zarar sigortalarında kişinin karşı karşıya olduğu bir rizikonun gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkan zarar sigortacı tarafından tazmin edilir<sup>8</sup>. Zarar sigortalarının ayırt edici unsuru, zararın varlığıdır<sup>9</sup>. Zarar, sigortalının malvarlığında bir eksilme meydana gelmesi ya da malvarlığının artması imkânının ortadan kalması veya pasifinin artması şeklinde ortaya çıkabilir. Zarar sigortaları da mal sigortaları<sup>10</sup> (aktif zarar sigortaları) ve sorumluluk sigortaları (pasif zarar sigortaları) olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>11</sup>. Mal sigortasında, rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortalının sigorta konusu malvarlığı unsuru üzerindeki zarar görecekle menfaati teminat altına alınmaktadır<sup>12</sup>. Sigortacı, zarar sigortalarında geçerli olan zenginleşme yasağı doğrultusunda riziko gerçekleştiğinde ortaya çıkan zararı tazmin eder. Zarar, sigorta edilen menfaatin tam değeriyle sınırlıdır. Başka bir ifadeyle, sigorta teminatı altına alınan malvarlığı unsuru üzerindeki menfaatin tamamen ortadan kalması nedeniyle doğan zarar miktarı, o menfaatin tam değeri kadardır. Bu

---

<sup>8</sup> Ünân, Cilt I, s. 16; Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 84; Özdamar/Doğan, s. 79; Kender, s. 235; İnci Deniz KANER, *Sigorta Hukuku*, 4. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021, s. 37; Mertol CAN, *Türk Özel Sigorta Hukuku Cilt I*, Adalet Yayınevi, Ankara ,2018, s. 33; Işıl ULAŞ/İbrahim BEKTAŞ, *Ulaş Sigorta Hukuku Birinci Cilt Zarar Sigortaları – I*, 9. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2023, s. 207; Demir, *Sigorta Hukuku*, s. 52; Kara, s. 7; Günay, s. 167.

<sup>9</sup> İsmet SAYHAN, *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 60.

<sup>10</sup> Ünân, Türk Ticaret Kanunu'nun "mal sigortaları" başlığı altındaki 1453. maddesindeki düzenlemenin malvarlığındaki aktiflerin sigortalanmasına ilişkin olduğunu ancak anılan düzenlemenin sadece "eşya sigortalarıyla" sınırlı kaldığını ve alacak hakları gibi malvarlığına dahil olan diğer aktifleri içermediğini ifade etmiştir (Samim ÜNAN, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt II Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler Birinci Bölüm Zarar Sigortaları (Madde 1453-1486)*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 1).

<sup>11</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda "mal sigortaları" ve "sorumluluk sigortaları" kavramları kullanıldığı için bu çalışmada da kanunda yer verilen bu terimler kullanılacaktır.

<sup>12</sup> Çeker, s. 130; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 9; Kender, s. 238; Kara, s. 300; Arseven, s. 45.

nedenle sigorta bedeli, sigorta değerine eşit olmalıdır (TTK m. 1460). Aksi hâlde, eksik sigorta<sup>13</sup> veya aşkın sigorta<sup>14</sup> söz konusu olur.

## II. Parametrik Sigorta Sözleşmesinin İşleyişi

Parametrik sigorta sözleşmelerinde sigortacının sigorta tazminatı ödeme yükümlülüğü, rizikonun bir zarara neden olmasına değil, belirli bir parametreye (değişkene) bağlıdır. Sözleşmede esas alınan değişken, belirli bir değer üzerinde çıkarsa veya altına düşerse, sözleşmede kararlaştırılmış olan sigorta tazminatı sigorta ettirene ödenir<sup>15</sup>. Bu

<sup>13</sup> Bu hususta bkz. Kemal ŞENOCAK, “Menfaat Değeri Altında Sigorta (Unterversicherung)”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2000, 4. Cilt, 51-89, s. 55; Sayhan, s. 167 vd.

<sup>14</sup> Bu hususta bkz. Remzi DEMİR, “Aşkın Sigorta”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz-Ağustos 2017, 16. Cilt, 463-486, s. 467 vd.; Sayhan, s. 161 vd.

<sup>15</sup> Wynne LAWRENCE/Julie-Anne TARR/Nigel BROOK/Meg CHAPERON/Arnold SOREL, “Parametric Insurance”, The Global Insurance Market and Change (ed. Tarr, A. A. vd.), Routledge Publishing, New York, 2024, 127-156, s. 130; XIAO LIN/W. Jean KWON, “Application of Parametric Insurance In Principle-Compliant and Innovative Ways”, Risk Management and Insurance Review Summer 2020, 23. Cilt, 121-150, s. 122; Markus HOFFMANN, “Parametrische (Sach)versicherungen – Rechtliche Einordnung, Gestaltungsanforderungen und makroökonomische Wirkungen”, Recht und Schaden, 2024, 51. Cilt, 6. Sayı, s. 304-314; Leigh JOHNSON, “Index Insurance and the Articulation of Risk-Bearing Subjects”, Environment and Planning A: Economy and Space, 2013, 45. Cilt, 11. Sayı 11, 2663-2681, s. 2664; Alan COHN/Travis WEST/Chelsea PARKER, “Smart After All: Blockchain, Smart Contracts, Parametric Insurance, and Smart Energy Grids”, Georgetown Law Technology Review, Nisan 2017, 1. Cilt, 273-304, s. 293; Robert H. JERRY, “Insurance in a Post-Pandemic World – New and Renewed Challenges”, Brief, Summer 2021, 50. Cilt, 36-43, s. 41; James M. VAN NOSTRAND/John O. NEVIUS, “Parametric Insurance: Using Objective Measures to Address the Impact of Natural Disasters and Climate Change”, Environmental Claims Journal, Temmuz-Aralık 2011, 23. Cilt, 227-237, s. 230; Martin ODENING/Oliver MUSSHOFF, “Armutsbekämpfung durch alternative Risikotransferinstrumente”, Handeln unter Risiko (ed. Münkler, H./Bohlender, M./Meurer S.), Transcript Publishing, Bielefeld, 2010, 265-281, s. 272; Joshua B. HORTON, “Parametric Insurance as an

nedenle parametrik sigortalar, “göstergeli sigortalar (*indexed insurance*)” veya “gösterge temelli sigortalar (*index based insurance*)” olarak da adlandırılmaktadır<sup>16</sup>. Klasik mal sigortası sözleşmeleriyle parametrik sigorta sözleşmeleri arasındaki en önemli fark, sigorta zararına ilişkindir. Klasik mal sigortalarında, sigortacının sigorta tazminatı ödeme yükümlülüğünün müeccel hâle gelmesi için sigortalanan menfaatin zarara uğraması gerekir<sup>17</sup>. Oysa objektif bir göstergenin belirli değerleri aşmasına bağlı olarak düzenlenen parametrik sigorta sözleşmelerinde de sigortalının parayla ölçülebilir bir menfaati sigorta teminatı altına alınmaktadır. Ancak sigorta tazminatı ödeme yükümlülüğü, zararın miktarından bağımsızlaştırılmakta ve sadece sözleşmede belirlenen gösterge eşiğinin (aşağı veya yukarı yönlü olarak) aşılmasına bağlanmaktadır. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, parametrik sigorta sözleşmelerinde sigorta tazminatı ödemesi zarardan tamamen bağımsız hâle getirilmemektedir. Zira sözleşmede seçilen göstergede belirlenen oranda bir değişim yaşanması, genel hayat tecrübesi doğrultusunda kural olarak zararı da beraberinde getirir. Yani seçilen göstergedeki değişimle meydana gelecek zarar doğrudan ilişkilidir. Başka bir ifadeyle seçilen göstergenin sözleşmede kararlaştırılan değerlere ulaşmasıyla sigorta himayesi kapsamına alınan

---

Alternative to Liability for Compensating Climate Harms”, *Carbon & Climate Law Review*, 2018, 4. Cilt, 285-296, s. 290; Kati KRAEHNERT/Daniel OSBERGHAUS/Christian HOTT/Lemlem Teklegiorgis HABEMARIAM/Frank WÄTYOLD/Lutz Philip HECKER/Svenja FLUHRER, “Insurance Against Extreme Weather Events: An Overview”, *Review of Economics*, Ekim 2021, 72. Cilt, 71-95, s. 79.

<sup>16</sup> KRAEHNERT/OSBERGHAUS/HOTT/HABEMARIAM/WÄTYOLD/HECKER/FLUHRER, s. 78; LIN/KWON, s. 122; HOFFMANN, s. 304, dn. 1; Tse-Ling TEH/Christopher WOOLNOUGH, “A Better Trigger: Indices for Insurance”, *Journal of Risk and Insurance*, Aralık 2019, 86. Cilt, 861-885, s. 862.

<sup>17</sup> YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 164; ÇEKER, s. 85; Kerim ATAMER, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca ‘Zarar Sigortaları’na Giriş”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Mart 2011, 27. Cilt, 21-106, s. 47-48; ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 57; CAN, *Sigorta Hukuku*, s. 40; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 29; KENDER, s. 354; ARSEVEN, s. 150; GÜNAY, s. 100; GÜÇLÜ/SELEŞ/KAYHAN, s. 121.



menfaatle bir zarar meydana gelecek olması kuraldır, somut olayda bir zararın meydana gelmemesi ise oldukça istisnâî niteliktedir<sup>18</sup>.

Sigorta tazminatını muaccel hâle getirdiği için parametrik sigorta sözleşmesinde esas alınan bu değişkenlere “tetikleyici (*trigger*)” denilmektedir<sup>19</sup>. Parametrik sigortalarda sigorta tazminatının ödenmesi için, sözleşmenin taraflarının kontrolünde olmayan veya manipüle edemeyecekleri, objektif olarak ölçülebilen bir değer tetikleyici olarak seçilir. Uygulamada hava sıcaklığı veya matematiksel olarak ölçülebilen bazı doğa olayları tetikleyici olarak kullanılmaktadır<sup>20</sup>. Örneğin hava sıcaklığının belirli bir derece üzerine çıkması veya belirli bir derecenin altına düşmesi, rüzgârın saatte belirli bir kilometre hızı aşması ya da depremin Richter ölçeğinde belirli bir şiddeti aşması, metrekaireye düşen yağışın belirli bir miktarı aşması, don yaşanan gün sayısı gibi değerler tetikleyici olarak kullanılmaktadır. Doğa olaylarına ilişkin göstergelerin yanı sıra uçağın rötâr süresi<sup>21</sup> veya belirli bir bölgedeki ortalama mahsul verimi<sup>22</sup> gibi sektör verilerinin bir araya getirmesiyle oluşturulacak bir değer de esas alınabilir.

---

<sup>18</sup> ODENING/MUSSHOFF, s. 272-273.

<sup>19</sup> HOFFMANN, s. 306; LAWRENCE/TARR/BROOK/CHAPERON/SOREL, s. 130; JOHNSON, s. 122.

<sup>20</sup> COHN/WEST/PARKER, s. 294; HORTON, s. 292; HOFFMANN, s. 306.

<sup>21</sup> Basel merkezli Baloise Holding AG, Ocak 2024 itibariyle sunduğu yeni seyahat sigortasında sigortalı yolcunun uçuşunun iki saati aşan rötâr yapması durumunda, sigortalıya lounge giriş bileti vermeyi veya tek seferlik 25 İsviçre Frankı ödemeyi, dört saati aşan rötârlarda ise tek seferlik 200 İsviçre Frankı ödeme yapmayı taahhüt etmektedir (bkz. <https://www.baloise.com/en/home/news-stories/news/media-releases/2024/baloise-introduces-parametric-insurance-policies.html>, Son Erişim: 13.05.2024).

<sup>22</sup> HORTON, s. 292; ODENING/MUSSHOFF, s. 272; KRAEHNERT/OSBERGHAUS/HOTT/HABEMARIAM/ WÄTYOLD/HECKER/FLUHRER, s. 79. Mahsul sigortasında kurak gün sayısının gösterge değer olarak belirlenmesine ilişkin olarak bkz. Stefan PERNER, “Versicherung und Klimawandel: Herausforderungen für agrarische Versicherungsprodukte”, *Versicherungsrecht – Vergangene und Zukunft Festschrift für Peter*

Parametrik sigortalarda kural olarak ödenecek sigorta tazminatı miktarı ile tetikleyici olarak kullanılan göstergeyle arasında sabit bir ilişki vardır. Ancak taraflar, sözleşmede seçilen tetikleyici gösterge ile ödenecek sigorta tazminatı arasında kademeli bir ilişki de kurabilirler. Örneğin, hava sıcaklığının gösterge olarak seçildiği bir parametrik sigorta sözleşmesinde taraflar, belirli bir hava sıcaklığı değerinin aşılmasından sonra kararlaştırılan değeri aşan her yarım santigrat derece için belirli bir miktar (daha) sigorta tazminat ödeneceğini kararlaştırabilirler.

### III. Parametrik Sigorta Sözleşmesinin Tanımı

Zarar sigortalarında, hemen yukarıda ifade edildiği üzere, sigorta teminatı kapsamında bir rizikonun gerçekleşmesi sigorta tazminatının ödenmesi için tek başına yeterli değildir. Söz konusu rizikonun, teminat altına alınan menfaatte bir zarara neden olması da gerekir. Zira sigorta tazminatı, sigorta bedeliyle sınırlı olmak üzere sigortalanan menfaatteki gerçek zarar miktarına göre ödenir (TTK m. 1459). Parametrik sigorta sözleşmesinde ise sigortacı, zararın meydana gelmesinden veya miktarından bağımsız olarak sözleşmede kararlaştırılmış olan bir gösterge değerini (aşağı veya yukarı yönlü) belirli bir eşiği aşmasıyla birlikte sözleşmede yazılı olan tazminat miktarını ödemeyi taahhüt eder. Bu açıdan parametrik sigorta sözleşmelerinde tazminat ödemelerinin işleyiş biçimi aslında meblağ sigortalarına benzemektedir. Zira meblağ sigortalarında da belirli bir rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortacı önceden belirlenmiş bir tutarı sigortalıya veya lehtara öder<sup>23</sup>. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki, sigorta tazminatı ödeme borcunun muaccel hâle gelmesi için seçilen gösterge değerindeki değişim, kural olarak sonuçları itibariyle sigorta

---

Schimikowski zum 70. Geburtstag, C. H. Beck, München, 2023, 233-242, s. 235.

<sup>23</sup> Samim ÜNAN, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt III Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hüükümler İkinci Bölüm Can Sigortaları (Madde 1487-1520)*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 1; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 85-86; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 134; DEMİR, *Sigorta Hukuku*, s. 58; KANER, s. 45; ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 142; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 35.

ettirenin parayla ölçülebilir bir menfaatinde zarara neden olacak niteliktedir<sup>24</sup>. Başka bir ifadeyle, seçilen gösterge değerinde sözleşmede öngörülen şekilde bir değişim meydana geldiğinde, bu değişimin sonuçları kural olarak zarara neden olur. Sigorta ettirenin değişimin sonuçlarından etkilenmemesi ise istisnai durumlarda söz konusu olur. Sigorta tazminatı ödeme borcunun belirli bir tetikleyici değere bağlanması, sigorta tazminatının zarardan bağımsız olarak ödenmesi amacıyla değil, sigorta ettirenin riziko gerçekleşikten sonra vakit kaybetmeksizin, rizikonun teminat kapsamında olup olmadığı veya zarar miktarının belirlenmesi noktasında ortaya çıkması muhtemel zaman kayıpları ve uyuşmazlıklara mahal verilmeden en hızlı şekilde sigorta tazminata ulaşması amacıyla yapılmaktadır.

Parametrik sigorta sözleşmeleri, zarar sigortaları ve meblağ sigortalarından farklı bir tür sigorta sözleşmesi değildir. Aksine parametrik sigorta sözleşmeleri, uygulamada zarar sigortaları üst başlığı altında yer alan mal sigortaları kapsamında yapılmaktadır. Parametrik sigorta sözleşmesinde, sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü sözleşmede soyut olarak ifade edilen bir rizikonun gerçekleşmesine bağlı olarak ortaya çıkan gerçek zararın teminat limitleri kapsamında giderilmesine yönelik değil, tetikleyici göstergede önceden belirlenmiş bir değişikliğin meydana gelmesiyle yine sözleşmede önceden kararlaştırılmış bir miktar sigorta tazminatının ödenmesine yöneliktir. Parametrik sigorta sözleşmeleriyle de sigorta ettirenin malvarlığının aktifinde yer alan bir unsur için sigorta himayesi sağlanmakta ve fakat klasik mal sigortalarından farklı olarak sigortacının tazminat ödeme borcunun doğması ve ödenmesi şartları sözleşmesel olarak tadil edilmektedir.

Parametrik sigorta sözleşmesi, sigortacının belirli bir prim karşılığında, taraflarca üzerinde tesir edilmesi mümkün olmayan ve objektif olarak ölçülebilir bir gösterge değerinde sözleşmede kararlaştırılan

---

<sup>24</sup> COHN/WEST/PARKER, s. 294; HORTON, s. 290; LIN/KWON, s. 134. Ayrıca bkz. Carmen B. STEINMANN/Benoit P. GUILLOD/Christopher FAIRLESS/David N. BRESCH, "A generalized framework for designing open-source natural hazard parametric insurance", *Environment Systems and Decisions*, Ağustos 2023, 43. Cilt, 555-568, s. 557 vd.

belirli bir eşiği aşıya veya yukarı yönlü olarak aşması durumunda sigorta ettirenin parayla ölçülebilir bir menfaatinde kural olarak meydana gelmesi beklenen zarar için sözleşmede kararlaştırılan sigorta tazminatını ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanabilir.

### **B. Parametrik Sigorta Sözleşmelerinin Artı ve Eksi(k)leri**

Parametrik sigorta sözleşmelerinin getirdiği artılar ve eksik(k)leri, klasik mal sigortalarıyla kıyaslandığında daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Parametrik sigorta sözleşmelerinin klasik mal sigortalarına kıyasla getirdiği en önemli kolaylık, sigorta tazminatının miktarını ve ödenmesinin şartını henüz sözleşme akdedilirken şeffaf bir şekilde ortaya koymasıdır. Sigorta hukuku konusunda hiçbir bilgisi olmayan veya sınırlı bir bilgiye sahip sigorta ettiren dahi, hangi durumda sigorta tazminatı alabileceğini ve alacağı tazminatın miktarını sözleşmenin akdedildiği anda net bir şekilde görebilmektedir<sup>25</sup>.

Parametrik sigorta sözleşmelerinde ahlakî tehlike (*moral hazard*) de klasik mal sigortalarına kıyasla önemli ölçüde daha azdır. Sigortacılıkta ahlakî tehlike kavramı, sigorta ilişkisi içindeki taraflarından birisinin veya birkaçının haksız bir menfaat elde etmek için yaptığı her türlü davranışı kapsar<sup>26</sup>. Parametrik sigorta sözleşmelerinde, sigorta tazminatı ödemesi sözleşmenin taraflarının üzerinde etki etmeleri mümkün olmayan değerde meydana gelecek objektif bir değişikliğe tabi tutulduğu için, sigorta ettirenin söz konusu değeri sigorta tazminatını alabilmek için kasten değiştirmesi mümkün değildir. Bu da parametrik sigorta sözleşmelerinde ahlakî tehlikeyi asgari düzeye indirir<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> LIN/KWON, s. 122; LAWRENCE/TARR/BROOK/CHAPERON/SOREL, s. 136; HOFFMANN, s. 306; ODENING/MUSSHOFF, s. 273.

<sup>26</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail YILDIRIM, "Sigortacılıkta Suistimaller ve Ahlaki Tehlike Sorunu: Türk Sigorta Sektörüne Yönelik Bir Değerlendirme", *International Journal of Social Science Studies*, Ağustos 2015, 36. Sayı, 203-213, s. 204 vd.

<sup>27</sup> LIN/KWON, s. 127; LAWRENCE/TARR/BROOK/CHAPERON/SOREL, s. 137; ODENING/MUSSHOFF, s. 272; HORTON, s. 290; KRAEHNERT/

Parametrik sigorta sözleşmelerinde riziko gerçekleştiikten sonraki sürecin de yönetilmesi klasik mal sigortalarına kıyasla daha basit, daha az maliyetli ve şeffaftır<sup>28</sup>. Parametrik sigorta sözleşmelerinde sigorta tazminatının, sözleşmede öngörülen göstergede belirli bir değişikliğin meydana gelmesi durumunda ödeneceği kararlaştırılmaktadır. Bu gösterge, taraflara bağlı olmayan, objektif bir değerdir. Tetikleyici değerde meydana gelen değişiklikler, (genellikle) sözleşmenin taraflarıyla bağlantısı bulunmayan kişi veya kurumlarca ölçüldüğünden ve ölçümün sonucu matematiksel bir değere karşılık geldiğinden, klasik mal sigortası sözleşmelerinde olduğu gibi gerçekleşen rizikonun somut sözleşme kapsamında sigorta teminatı altına alınmış bir riziko olup olmadığının değerlendirilmesine ihtiyaç yoktur. Parametrik sigorta sözleşmelerinde tetikleyici göstergede belirli bir değişikliğin meydana gelmesiyle belirli bir miktar sigorta tazminatı ödenmesi kararlaştırıldığından, zararın tespiti için ayrıca bir masraf yapılması da gerekmez. Parametrik sigorta sözleşmeleri, sadece zararın tespiti için yapılması gereken masraflardan tasarruf sağlamaz. Aynı zamanda tazminat ödemesi belirli bir tetikleyiciye bağlandığı için, sözleşmede kararlaştırılan bu değere ulaşılmasıyla zararın tespitinden bağımsız olarak sigortacının sigorta tazminatını ödeme borcu muaccel olur ve sigortalı, zararın tespiti için geçecek süreyi beklemeden hızlıca kararlaştırılan tazminat miktarının kendisine ödenmesini isteyebilir. Böylelikle klasik mal sigortalarında zararın tespiti için geçen süre içerisinde sigortalının sigorta tazminatına ulaşamaması ve/veya tazminat avansı kurumunun yetersiz kalması ihtimali<sup>29</sup> gibi bazı sorunların önüne geçilmektedir<sup>30</sup>.

---

OSBERGHAUS/HOTT/HABEMARÍAM/WÄTYOLD/HECKER/FLUHRER, s. 79.

<sup>28</sup> LIN/KWON, s. 129.

<sup>29</sup> Türk Ticaret Kanunu'nun 1427. maddesinin üçüncü fıkrasında, sigortacının rizikonun ve/veya tazminat ödeme borcunun kapsamının belirlenmesi amacıyla yapacağı araştırmaların Kanun'un 1446. maddesine göre yapılacak ihbardan başlayarak üç ay içinde tamamlanamaması durumunda, tazminattan veya bedelden mahsup edilmek üzere, tarafların mutabakatı veya anlaşmazlık halinde mahkemece yaptırılacak ön ekspertiz sonucuna

göre süratle tespit edilecek hasar miktarının en az yüzde ellisini avans olarak ödeceği düzenlenmiştir. Ancak söz konusu hükmün uygulanabilmesi için meydana gelen zararın, sigorta sözleşmesi kapsamında teminat altına alınmış bir rizikodan ileri geldiği konusunda mutabık olmaları gerekmektedir. Sigortacı zararın sigorta sözleşmesi kapsamında olmayan bir rizikonun gerçekleşmesinden kaynaklandığını iddia ediyorsa, henüz sigortacının tazminat ödeme borcunun doğru olmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunduğu için tazminat avansı ödenmesi talep edilemez (ÜNAN, C. I, s. 287; Aslıhan SEVİNÇ KUYUCU, "Zarar Sigortalarında Sigortacının Ödeme Yükümlülüğünün Sınırları", Sigorta Hukuku Sempozyumları (ed. Samim Ünan/Emine Yazıcıoğlu), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, 31-67, s. 52; Büşra KAYAÖZÜ, Sigorta Hukukunda Tazminat Avansı ve Gider Avansı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s. 61-63). Taraflar arasında bu konuda bir uyuşmazlık bulunmasa bile tazminat avansı ödenmesine karar verilmesi durumunda bunun nasıl isteneceği konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Türk hukukunda doktrindeki bir görüşe göre tazminat avansı ödemesine karar verilmişse, sigortacı tarafından ödenmeyen tazminat avansı için sigorta ettiren ihtiyatî haciz yoluna başvurabilir (KAYAÖZÜ, s. 82). Tazminat avansı ödemesine ilişkin kararın ihtiyatî haciz talebine konu edilebileceği kabul edilirse sigorta ettiren, avans miktarıyla sınırlı olmak üzere sigortacının malvarlığını haczettirme yetkisini elde eder. Ancak haczedilen avans tutarının yargılama süresince sigorta ettirene ödenmesi mümkün değildir. Bu gerekçelerle doktrindeki diğer bir görüş, Türk Ticaret Kanunu'nun 1427. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlemiş olan tazminat avansının "sigorta hukukuna özgü geçici koruma" olarak kabul edilmesi gerektiğini ve sigorta ettirenin karşı karşıya kaldığı ekonomik güçlüğü bir an önce aşabilmesi için avansın sigorta ettirene fiilen ödenebilmesi için tazminat avansının ihtiyatî tedbirin bir alt türü olan eda tedbiri olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir (Vural SEVEN, "Türk Ticaret Kanunu'nun 1427. Maddesinin 3. Fıkrası Kapsamında Sigortacıdan Talep Edilen Avans Ödemesinin Hukuki Niteliği", İzmir Barosu Dergisi, Ağustos 2022, 87. Cilt, 419-439, s. 429).

<sup>30</sup> LIN/KWON, s. 122, 129; LAWRENCE/TARR/BROOK/CHAPERON/SOREL, s. 134; HOFFMANN, s. 306; COHN/WEST/PARKER, s. 294; Andrew W. SINGER, "The Evolution of Parametric Insurance", Risk Management Magazine, Nisan 2019, 34-36, s. 34 (<https://www.rmmagazine.com/articles/article/2019/04/01/-The-Evolution-of-Parametric-Insurance->, Son Erişim: 22.05.2024).

Parametrik sigorta sözleşmelerinde tetikleyici olarak kararlaştırılan göstergelerin kontrolü veya takibi teknolojik ekipmanlarla yapıldığı, ayrıca tazminat ödemeleri de blokzincir gibi yeni akıllı sistemlerle yapılabildiği için işlem maliyetleri asgari düzeyde tutulabilmektedir. Bu da sigorta şirketleri bakımından operasyonel giderlerin azaltılmasına yardımcı olmakta ve azalan maliyetler de daha düşük prim ödemeleri olarak sigorta ettirenlere yansımaktadır<sup>31</sup>.

Parametrik sigorta sözleşmeleriyle sigorta teminatı altına alınması zor olan (*hard-to-insure*) veya yeni gelişen rizikolara karşı da güvence sağlanması mümkün hâle gelmektedir. Günümüzde müşteriler üzerindeki çekim gücü veya ciro miktarı gibi gayrimaddi bazı unsurlar şirket değerlemelerinde oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Parametrik sigorta sözleşmeleriyle cismanî bir zarar meydana gelmediği durumlarda yaşanabilecek kâr kayıplarına (*business interruption*) karşı daha etkin bir koruma sağlanması mümkündür<sup>32</sup>. Klasik mal sigortalarının, genel olarak cismanî zararlara sebep olan deprem gibi bir doğal afetten doğrudan etkilenmeyen (örneğin işletmenin bulunduğu binanın depremde hasar almaması) işletmelerin ilgili bölgede genel olarak meydana gelen tahribat dolayısıyla uğradığı kâr kaybını gidermekte yetersiz kaldığı söylenebilir. Yaşanan COVID-19 pandemisi, cismanî bir zarara neden olmayan birtakım rizikoların da işletmeler için ekonomik olarak ne kadar yıkıcı olabileceğini somut olarak ortaya koymuştur. Bu açıdan parametrik sigorta sözleşmeleri, sigorta ettirenlerin bireysel ihtiyaçları doğrultusunda daha etkin bir sigorta himayesi sağlamaya elverişlidir.

Parametrik sigorta sözleşmelerinin klasik mal sigortalarına kıyasla sunduğu avantajların yanı sıra bazı eksikleri de mevcuttur. Riski ve primi hesaplayabilmesi için sigortacının gösterge değere ilişkin mümkün olduğunca çok veriye sahip olması gerekmektedir. Sigortacı, verileri kendisi kuracağı bir altyapıyla toplayabileceği gibi üçüncü

---

<sup>31</sup> LIN/KWON, s. 129; LAWRENCE/TARR/BROOK/CHAPERON/SOREL, s. 135; COHN/WEST/PARKER, s. 294; HORTON, s. 291; KRAEHNERT/OSBERGHAUS/HOTT/HABEMARÍAM/WÄTYOLD/HECKER/FLUHRER, s. 79.

<sup>32</sup> LAWRENCE/TARR/BROOK/CHAPERON/SOREL, s. 138.

kişilerce toplanmış verileri satın alması da söz konusu olabilir. Sigortacının gerekli veriyi toplayabilmek için kendi altyapısını kurması oldukça yüksek maliyetleri de beraberinde getirebilir. Bu başlangıç maliyeti, hakkında veri toplanan göstergenin seçildiği sigorta sözleşmelerine yansıtılacağından, başlangıç maliyeti sigortacı tarafından geri kazanılana kadar bu sözleşmelerde primlerin daha yüksek hesaplanmasına neden olabilir. Sigortacı, kendisi gösterge değere ilişkin veri toplamak için bu başlangıç maliyetine katlanmak istemez ise, üçüncü kişilerce toplanan verileri satın alabilir. Ancak bu verilerin niteliğine göre satın alma bedeli de yüksek maliyetlerin doğmasına sebep olabilir. Verilerin elde edilmesine ilişkin bu hususlar, başlangıç maliyeti aşılanaya kadar sigorta ettirenin ödemesi gereken prim borcu miktarına olumsuz yansır<sup>33</sup>. Ayrıca üçüncü kişilerce toplanan verilerin güvenilirliği, risk analizinde de ayrı bir sorun olarak ortaya çıkabilir.

Bir mal sigortası kapsamında tazminat ödemesinin zarar miktarından ayrıştırılarak belirli bir tetikleyici göstergedeki değişikliğe bağlanması sigorta ettirenin zararının giderilmesi bakımından bazı sorunlar yaratabilir. Bu durum yabancı doktrinde “baz risk (*basis risk*)” olarak adlandırılmaktadır. Baz risk, akdedilen sigorta sözleşmesine göre yapılan fiilî tazminat ödemesi ile gerçek zarar esas alınarak sigorta ettirenin almayı beklediği sigorta tazminatı miktarı arasındaki tutarsızlığı ifade eder<sup>34</sup>. Bu tutarsızlık, tazminat ödemesi için esas alınan tetikleyicinin gerçekleşmesi durumunda sigorta ettirenin malvarlığı unsurlarında meydana getireceği gerçek zararın önceden tam olarak bilinmemesinden ve öngörülememesinden doğmaktadır. Klasik mal sigortalarında, sigorta sözleşmesinde belirlenen teminatlar kapsamında sigorta ettirenin uğradığı gerçek zarar tazmin edilir. Oysa parametrik sigorta sözleşmelerinde, sözleşmede önceden kararlaştırılmış olan sigorta tazminatı miktarı tetikleyici göstergenin belirli bir değere ulaşmasıyla ödenir. Meydana gelen gerçek zarar miktarı tespit edilerek

---

<sup>33</sup> LIN/KWON, s. 129; HOFFMANN, s. 306;

<sup>34</sup> Leigh JOHNSON, “Paying ex gratia: Parametric insurance after calculative devices fail”, Geoforum, Ekim 2021, 125. Cilt, 120-131, s. 123; LIN/KWON, s. 131; SINGER, s. 34; LAWRENCE/TARR/BROOK/CHAPERON/SOREL, s. 131; HORTON, s. 291.



buna göre bir tazminat ödemesi yapılmadığından, sigorta konusunda yeterli bilgiye sahip olmayan sigorta ettirenin meydana gelebilecek zarar miktarını doğru şekilde tahmin edememesi ve buna uygun bir sigorta sözleşmesi seçmemesi nedeniyle alacağı tazminat miktarının zararlarını gidermeye yeterli olmaması gibi bir durum ortaya çıkabilir. Bu durum “negatif baz risk” olarak ifade edilmektedir. “Pozitif baz risk” ise sigorta ettirenin, tetikleyici olarak seçilen göstergede meydana gelen değişiklikten hiç etkilenmediği veya sözleşmeye göre ödenmesi kararlaştırılan sigorta tazminatının somut zarar miktarından fazla olması durumlarında söz konusu olur.

Sigortalanması zor veya başka türlü sigortalanması mümkün olmayan rizikolara karşı sigorta himayesi sağlamaya yönelik bir sigorta aracının, olması gerekenden az veya daha fazla miktarda yapılan tazminat ödemeleri nedeniyle başarısız olmasının sigortacının itibarını da zedeleyeceği de doktrinde ifade edilmiştir<sup>35</sup>.

### **C. Tazminat Ödemesinin Parametrik Bir Tetikleyiciye Bağlanmasının Bir “Sigortacılık İşlemi” ve Buna Bağlı Olarak Sözleşmenin Hukuken Bir Sigorta Sözleşmesi Olarak Nitelendirilmesinin Mümkün Olup Olmadığının Değerlendirilmesi**

Parametrik sigortalar, “sigorta” olarak adlandırılırsa bile hukukî olarak ancak sigortanın kanunî tanımına uyması durumunda sigorta olarak nitelendirilebilir. Zira parametrik tetikleyiciler, farklı alternatif riziko transferi araçları kapsamında da kullanılmaktadır. Belirlenen tetikleyiciler, söz konusu alternatif riziko transferi araçlarında sermaye piyasalarında yapılacak bir işlemin temelini oluşturmaktadır. Tetikleyicinin devreye girmesiyle ilgili piyasada bir pozisyon açılmakta veya hâlihazırda açılmış bir pozisyona ilişkin bir işlem yapılmaktadır<sup>36</sup>. Ancak her alternatif riziko transferi aracı, hukukî niteliği itibarıyla bir sigorta sözleşmesi değildir. Farklı finansal enstrümanlarda tetikleyiciler

<sup>35</sup> LAWRENCE/TARR/BROOK/CHAPERON/SOREL, s. 132.

<sup>36</sup> Christopher L. CULP, “Alternative Risk Transfer”, Risk Management Challenge and Opportunity, , 2. Bası, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2005, 369-390, s. 383, 384.

kullanıldığı için ilgili enstrümana ilişkin sözleşmenin yapısına bağlı olarak sigorta ile banka veya sermaye piyasası hukuku uygulama alanı bulabilir ve sözleşmenin yapısına (ve özellikle tetikleyicilerin kullanılma amacına ve işlevine) göre hukukî nitelendirilmeleri farklılık arz eder.

Sigorta denetim hukuku açısından bakıldığında da parametrik sigortaların, hukukî nitelikleri itibariyle birer sigortacılık işlemi olarak kabul edilemedikleri durumda 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrası uyarınca bu sözleşmelerin sigorta şirketleri tarafından yapılması mümkün değildir. Parametrik sigortaların hukukî nitelikleri itibariyle sigortacılık işlemi olarak nitelendirilebildiği ihtimalde ise Sigortacılık Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca ruhsat almış olan sigorta şirketleri tarafından yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla öncelikle parametrik sigortaların, "sigorta" olup olmadığı incelenmelidir.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasında sigorta ve reasürans şirketlerinin sigortacılık işlemleri ve bunlarla doğrudan bağlantısı bulunan işler<sup>37</sup> dışında başka işlemlerle ilgili düzenlenmiştir. Sigortacılık Kanunu'nda sigortacılık işlemi kavramının bir tanımı yapılmamıştır. Sigortacılık Kanunu'nun 3. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde, sigortacılığın her geçen gün geliştiği ve diğer faaliyet kollarıyla ilişkisinin arttığı, bu nedenle sigorta ve reasürans şirketlerinin faaliyet alanlarının sigortacılığın yanında sigortacılıkla doğrudan bağlantısı bulunan işleri de kapsayacak şekilde belirlendiği ifade edilmiştir<sup>38</sup>. Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek

---

<sup>37</sup> Kabukçuoğlu Özer, "sigortacılıkla doğrudan bağlantısı bulunan işler" kavramının kapsamının belirlenmesinin zor olduğunu, bağlantılı işlerin sigortacılık sektörünün ve sigortalıların hak ve menfaatlerinin korunması ve gözetilmesi ile rekabetin korunması ilkelerine göre değerlendirilmesi gerektiğini, hatta kapsamın belirlenmesine ilişkin kanun koyucunun Hazine Müsteşarlığına yetki verebileceğini ifade etmiştir (Fatma Dilek KABUKÇUOĞLU ÖZER, *Sigortacılık Kanunu Şerhi*, İstanbul 2012, s. 32).

<sup>38</sup> "... Sigorta ve reasürans şirketleri, münhasıran sigortacılıkla ve bunlarla doğrudan bağlantısı bulunan işlerle uğraşabilir. Şöyle ki, sigortacılık güven unsuruna dayalı, teknik ve ticari bir faaliyet olup toplumun geniş bir kesimine hitap eder. Bu noktada, aksi bir uygulama, doğması muhtemel riskler sonucu sigortalıların mağdur olmalarına neden olabilir. Diğer taraftan, sigortacılığın anlamı ve sınırları önceden

Faaliyetler ve Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik<sup>39</sup>'in "Tanımlar" kenar başlıklı 4. maddesinde de sigortacılık işleminin bir tanımı yapılmamıştır. Anılan Yönetmelik'in 5. maddesinin birinci fıkrasında Sigortacılık Kanunu'nun 3. maddesine atıf yapılarak sigorta ve reasürans şirketlerinin sigortacılık işlemleri ve bunlarla doğrudan bağlantısı bulunan başka işler dışında iş yapamayacakları tekrarlanmıştır.

Söz konusu Yönetmelik'in 6. ve 7. maddelerinde ise "sigortacılık işlemi" kavramının sınırları hem pozitif hem de negatif olarak çizilmeye çalışılmıştır. Öncelikle Yönetmelik'in 6. maddesinde sigortacılık kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan sözleşme faaliyetlere yer verilmiştir. Anılan bu düzenlemenin birinci fıkrasında hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi veya abonelik sözleşmesinde olduğu gibi konusu, karşı tarafın zararının giderilmesi yerine, bedeni veya fikri insan emeği olan ve belli bir ücret karşılığında iş görmeyi amaçlayan sözleşmelerin sigorta sözleşmesi ve bu kapsamda yapılan faaliyetlerin de sigortacılık faaliyeti olmadığı hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenlemenin ikinci fıkrasında ise Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili ikincil düzenlemelerine göre ihtiyari garanti kapsamında verilen taahhütler bir bedel karşılığında yapılıyor olsa bile sigorta sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Yönetmelik'in 7. maddesinin birinci fıkrasında, her ne ad altında olursa olsun, Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesi kapsamında teminat verilmesine yönelik faaliyetlerin sigortacılık faaliyeti olduğu düzenlenmiştir.

Sigortacılık faaliyeti, sigortacılık işleme göre daha geniş bir kavramdır. Zira sigortacılık faaliyeti, sigortacılık kapsamında yapılan işlemler bütününden oluşur. Dolayısıyla sigortacılık işleminin kapsamı belirlenirken, sigorta sözleşmesinin tanımını içeren Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesinden hareket edilmesi ve işlemin teminat

---

*öngörülemeyen bir şekilde her geçen gün genişlemekte ve diğer faaliyet kollarıyla da ilişkisi artmaktadır. Bu nedenle de sigorta ve reasürans şirketleri için faaliyet alanı, sigortacılık yanında sigortacılıkla doğrudan bağlantısı bulunan işleri kapsayacak şekilde belirlenmiştir..." TBMM Bülteni, Dönem 22, Yasama Yılı, Sıra Sayısı 1364, s. 3.*

<sup>39</sup> RG, 16.06.2021, S. 31513.

verilmesine ilişkin olup olmadığının irdelenmesi gerekir. Sözleşmenin teminat verilmesine ilişkin olduğu ve ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesindeki sigorta sözleşmesi tanımının unsurlarını içerdiği durumda, yapılan sözleşmenin bir sigorta sözleşmesi olduğu ve dolayısıyla bir sigortacılık işlemi olduğu kabul edilmelidir.

Sigorta sözleşmesi kapsamında sigortacının aslî edim borcu rizikoyu taşımaktır<sup>40</sup>. Başka bir ifadeyle sigorta sözleşmesi kapsamında sigortacı, bir rizikonun gerçekleşmesiyle ortaya çıkacak sonuçlara karşı koruma sağlar. Sigorta sözleşmesini benzer sözleşmelerden ayıran unsur, sigorta ettirene veya menfaat sahibi üçüncü bir kişiye ait belirli bir rizikonun sonuçlarının sigortacı tarafından üstlenilmesidir<sup>41</sup>. Mal sigortalarında sigortacı, sigorta ettirenin veya sigortalının bir malvarlığı unsuruna ilişkin bir rizikonun gerçekleşmesi sonucunda o rizikonun vereceği zararın giderilmesini üstlenir. Mal sigortalarında sigortalının menfaati, bir malvarlığı unsuruna ilişkindir<sup>42</sup>. Mal sigortası bağlamında menfaat, bir hukuk süjesi ile zarar görmesi durumunda hukuk süjesinin ekonomik olarak zararına sebep olacak bir malvarlığı unsuru arasındaki değer ilişkisidir<sup>43</sup>. Alternatif risk transfer sistemlerinde ise bu anlamda sigortalanan bir menfaat söz konusu değildir.

---

<sup>40</sup> KENDER, s. 332; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 204; DEMİR, s. 226-227; KANER, s. 13; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 191; KARA, s. 198; GÜNAY, s. 78.

<sup>41</sup> Sözleşmedeki sigorta unsuru, yani bir rizikonun sonuçlarına karşı koruma unsuru, diğer edimlerden bağımsız ve ekonomik açıdan o sözleşmenin aslî unsuru olmalıdır (ÜNAN, C. I, s. 20).

<sup>42</sup> SAYHAN, s. 62.

<sup>43</sup> Theo LANGHEID/Manfred WANDT, *Münchener Kommentar – Versicherungsvertragsgesetz Band I*, 3. Bası, C. H. Beck Verlag, München, 2022, § 1, n. 17; Wilfried RÜFFER/Dirk HALBACH/Peter SCHIMIKOWSKI, *Versicherungsvertragsrecht – Handkommentar*, 4. Bası, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2020, § 74, n. 7; Roland Michael BECKMANN/Annemarie MATUSCHE-BECKMANN, *Versicherungsrecht – Handbuch*, 3. Bası, C. H. Beck Verlag, München, 2015, § 1, n. 121; Dirk LOOSCHELDERS/Christina PAFFENHOLZ, *Versicherungsvertragsrecht*, 3. Bası, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2022, s. 117, n. 377.

Parametrik sigortada, sözleşmedeki bir rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortalının bir malvarlığı unsurunda meydana gelecek zarara karşı bir teminat sağlanıyorsa ve ayrıca riziko gerçekleştikten sonra zararın varlığının ortaya konulmasına ilişkin anlaşma yapılmışsa, artık bir sigorta sözleşmesinin varlığından ve sigorta denetim hukuku açısından da bir sigortacılık işleminin varlığından bahsedilmesi gerekir.

## **D. Mal Sigortalarında Sigorta Bedelinin Sigorta Değerinden Ayrıştırılmasının Mümkün Olup Olmadığı**

### **I. Zarar Sigortalarında Zenginleşme Yasağı İlkesi**

Parametrik sigorta sözleşmelerinde, kararlaştırılan gösterge değerde meydana gelen belirli bir değişim sonucunda sigorta ettirenin zararından bağımsız olarak önceden belirlenmiş olan tazminatın ödenmesi öngörüldüğünden, bu tür bir anlaşmanın zenginleşme yasağı ilkesi kapsamında mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira Kanun'un 1486. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Türk Ticaret Kanunu'nun 1459. ve 1461. maddelerine aykırı şekilde akdedilen sigorta sözleşmeleri geçersizdir.

#### **1. Zenginleşme Yasağının Tanımı**

Türk Ticaret Kanunu'nun 1461. maddesi uyarınca sigortacının sorumluluğu, sigorta bedeliyle sınırlıdır ve sigorta bedeli, rizikonun gerçekleştiği andaki sigortalı menfaatin değerini aşsa bile sigortacı uğranılan zarardan fazlasını ödemez. Sigortacının, rizikonun gerçekleşmesi sonucunda meydana gelen zarar miktarını aşacak bir tazminat ödemesi yapamaması, zenginleşme yasağı ilkesi<sup>44</sup> adlandırılmaktadır. Zenginleşme yasağı ilkesi, rizikonun gerçekleşmesinden sigorta ettirenin bir yarar sağlamaması gerektiğini ve

---

<sup>44</sup> Bu ilke aynı zamanda tazminat ilkesi olarak da adlandırılmaktadır (Merih Kemal OMAÇ, "Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Alkım Yayınları, İstanbul, 2003, 253-262, s. 253; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 250; DEMİR, s. 286). Türk Ticaret Kanunu'nun 1459. maddesinin kenar başlığı da "Tazminat ilkesi"dir.

sigortanın bir kâr veya kazanç aracı olarak kullanılamayacağını ifade eder<sup>45</sup>.

## 2. Zenginleşme Yasağı İlkesinin Gerekçeleri

Mal sigortaları bakımından zenginleşme yasağı ilkesinin kabul edilmesinin farklı gerekçeleri vardır. Zenginleşme yasağına, Alman hukukunda ilk olarak 1794 tarihli Prusya Umumi Memleket Kanunu'nun (*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*) 1983. maddesinde yer verilmiştir. Sigorta hukukunun tarihsel gelişimi içerisinde prime dayalı sigorta sözleşmelerinin doğması ve rizikonun gerçekleşmesi sonucunda meydana gelen zararın nakden tazmininin benimsenmesiyle, aşkın ve birden fazla sigorta ihtimalleri doğmuş ve sigorta ettirenin uğradığı zararın üzerinde bir tazminata ulaşması mümkün olmuştur. Ancak kısa süre içerisinde kazanç elde etme amaçlı spekülasyonların önüne geçilmesi için aşkın sigorta ve birden fazla sigorta yapılması yasaklanmıştır<sup>46</sup>. Dolayısıyla zenginleşme yasağı ilkesinin amaçlarından birisi, ahlaki tehlikenin en aza indirgenmesi<sup>47</sup> ve bu şekilde milli ekonomiyle kamu düzeninin korunmasıdır<sup>48</sup>.

Zenginleşme yasağı ilkesi, sigortanın sosyal işlevinin korunması bakımından da önem arz etmektedir. Hemen yukarıda ifade edildiği üzere sigorta, bir kazanç aracı olarak kullanılamaz. Menfaat ilkesiyle bir arada değerlendirildiğinde zenginleşme yasağı ilkesi, sigorta

---

<sup>45</sup> OMAĞ, s. 253; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 85; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 250; DEMİR, s. 286; ULAŞ, s. 207; KENDER, s. 354; ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 82; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 55; Zihni METEZADE/Nurettin T. GÜLELİ, (*Yeni Türk Ticaret Kanunu Altıncı Kitap – Sigorta Hukuku*, 3. Bası, Güner Yayınları, İstanbul, 2016, s. 139; CAN, *Sigorta Hukuku*, s. 39; Belin KÖROĞLU ÖLMEZ, *Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Enstitüsü), Ankara, 2020, s. 32-33.

<sup>46</sup> Peter BARTHOLOMÄUS, *Das versicherungsrechtliche Bereicherungsverbot*, Verlag Versicherungsgesellschaft, Karlsruhe, 1997, s. 12.

<sup>47</sup> Aynı yönde bkz. Volker LOOKS, "Taxe, Neuwertversicherung und Bereicherungsverbot - Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 08-02-1988 (II ZR 210/87)", *Versicherungsrecht*, 1991, H. 19, 731-735, s. 733.

<sup>48</sup> OMAĞ, s. 254.

sözleşmesinin kumar ve bahis sözleşmelerinden ayrılabilmesi bakımından gereklidir<sup>49</sup>.

Sigorta, kişinin karşı karşıya olduğu rizikoların gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkacak zararlardan korunması düşüncesine dayanmaktadır. Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleşmesinin mal ve şahıs varlığı değerlerinde meydana getireceği zararlara karşı himaye sağlanması ihtiyacıyla sigortacıya başvurmaktadır. Sigorta ettirenin, hem sigortacıdan zararın tazmini için gerekli olan tazminat bedelini alması hem de zarar verene başvurarak aynı zararın tazminini talep edebilmesi, sigorta ettirenin aynı zarar için iki kez tazminat almasına ve sigortanın amacına aykırı şekilde zenginleşmesine sebep olur. Dolayısıyla zenginleşme yasağı, halefiyet ilkesiyle de bağlantılıdır. Sigorta ettirenin aynı zararı iki defa tazmin etmesinin önüne geçilerek haksız bir kazanç elde etmesinin engellenebilmesi için de zenginleşme yasağına ihtiyaç duyulmaktadır<sup>50</sup>.

Doktrinde, zenginleşme yasağı ilkesinin eleştirildiğini de ifade etmek gerekir. Doktrindeki bir görüşe göre, can sigortalarında sigortacı zarardan tamamen bağımsız bir şekilde edim yükümlülüğü altına girmekte ve bu durum aslında zararın, sigorta ilişkisinde sigortacının ediminin kapsamını belirleyen zorunlu bir unsur olmadığını ortaya koymaktadır<sup>51</sup>. Bu görüşe göre zenginleşme yasağı, Türk Ticaret Kanunu'nun aşırı katı bir kuralıdır.

### 3. Zenginleşme Yasağı İlkesinin Kapsamı

Zenginleşme yasağı ilkesinin kapsamının doğru şekilde belirlenmesi, çalışma konumuz olan parametrik sigorta sözleşmelerinin Türk sigorta sözleşmesi hukuku açısından geçerliliğinin tespitinde

---

<sup>49</sup> OMAĞ, s. 254; Hans-Leo WEYERS, *Versicherungsvertragsrecht*, 3. Bası, Luchterhand, München, 2003, n. 449; ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 82; Fahiman TEKİL, "Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, 113-131, s. 115; KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 37.

<sup>50</sup> OMAĞ, s. 254; ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 82; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 55; KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 33.

<sup>51</sup> ÜNAN, C. II, s. 86.

önemli bir rol oynamaktadır. Mutlak bir zenginleşme yasağı ilkesinin geçerli olduğu durumlarda, zenginleşme yasağının kapsamının belirlenmesine gerek duyulmaz. Zira mutlak bir zenginleşme yasağı söz konusu ise, sigortacının meydana gelen zarardan daha fazla tazminat ödemesi hiçbir şekilde mümkün değildir. Öte yandan zenginleşme yasağı ilkesinin katı bir şekilde uygulanmadığı, yani sınırlı bir zenginleşme yasağı söz konusu olduğunda, bu yasağın sınırlarının belirlenmesi gerekir.

Gerek Alman gerekse Türk sigorta hukukunda mutlak bir zenginleşme yasağının söz konusu olmadığı, aksine Kanun'da istisnalar öngörülmesi suretiyle sınırlı bir zenginleşme yasağının düzenlendiği kabul edilmektedir<sup>52</sup>. Zenginleşme yasağının en önemli istisnası Türk Ticaret Kanunu'nun 1461. maddesinin ikinci fıkrasında<sup>53</sup> düzenlenmiştir<sup>54</sup>. Yeni değer sigortalarında kural olarak zenginleşme gerçekleşmekte, sigortacı zarardan fazla bir tazminat ödemesi yapabilmektedir.

---

<sup>52</sup> CAN, *Sigorta Hukuku*, s. 40; KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 93 vd.; Gerrit WINTER, "Die Verabschiedung des allgemeinen Bereicherungsverbots", *Versicherung, Recht und Schaden – Festschrift für Johannes Wälde zum 75. Geburtstag*, C. H. Beck Verlag, München, 2009, s. 105 vd.; Horst BAUMANN/ Michael BECKMANN/ Christiane EIFLER/Oliver KNOPS, *Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar Band I*, 10. Bası., De Gruyter Verlag, Berlin/Boston, 2021, § 1, n. 91 vd.

<sup>53</sup> Ünan, anılan düzenlemeyi haklı olarak eleştirmektedir. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 1461. maddesinin ikinci fıkrasında, anılan düzenlemenin sadece birinci fıkrasının yeni değer sigortalarına uygulanmayacağı öngörülmüştür. Ancak Kanun'un 1459. maddesinde de sigortacının, sigortalının uğradığı zararı tazmin edeceği öngörüldüğünden, yeni değer sigortaları bakımından Kanun'un 1459. maddesinin de uygulanmayacağı açıkça belirtilmesi gerektiğini ifade etmiştir (ÜNAN, C. II, s. 145).

<sup>54</sup> Yeni değer sigortasına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÜNAN, C. II, s. 145 vd.; Mertol CAN, "Yeni Değer Sigortası (Neuwertversicherung)", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları*, Ankara, 1998, 167-196, s. 170 vd.; Huriye KUBİLAY, *Yeni Değer Sigortası*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1994, s. 9 vd.



Zenginleşme yasağı ilkesinin bir diğer istisnası da takseli sigorta sözleşmeleridir<sup>55</sup>. Kanun'un 1464. maddesinin birinci fıkrası uyarınca taraflar sözleşme ile sigorta değerini belirli bir para olarak belirlemişlerse, bu para taraflar arasında, sigorta değeri için esas olur. Taraflar arasında ortaya çıkması muhtemel ispat sorunlarının önüne geçilmesi ve rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigorta tazminatının hızlı ve sorunsuz şekilde ödenebilmesi için sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında tarafların sigorta süresi boyunca sigorta değerini sabitlemeleri Kanun'un 1464. maddesi kapsamında mümkündür<sup>56</sup>. Kanun koyucu, Kanun'un 1464. maddesinin ikinci fıkrasında taksenin "esaslı şekilde fahiş" olduğu hâllerde sigortacının taksenin indirilmesini talep edebileceğini öngörmüştür. Umulan kazancın takselenmesi durumunda ise sözleşme yapıldığı sırada ticari tahminlere göre elde edilmesi mümkün görünen kazancın sözleşmenin kapsamına alınabileceği, sigortacının bunu aşan kısmın indirilmesini talep edebileceği hükme bağlanmıştır.

Takseli sigorta ve yeni değer sigortasının yanı sıra Türk Ticaret Kanunu'nun 1453. maddesinin ikinci fıkrasında tarafların anlaşarak kazanç kaybını da sigorta kapsamına alabilecekleri düzenlenmiştir. Kazanç kaybı soyut nitelikte bir zarar olduğundan, tam olarak hesaplanması mümkün değildir<sup>57</sup>. Yani teorik olarak kazanç kaybı için sigortacı tarafından ödenecek tazminatın, sigorta ettirenin somut zararını aşması mümkündür<sup>58</sup>. Ancak buna rağmen kazanç kaybının

---

<sup>55</sup> ÜNAN, C. II, s. 165; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 259; GÜNAY, s. 182-183; DEMİR, s. 294; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 46; CAN, *Sigorta Hukuku*, s. 87. Ayrıca bkz. Ahmet Baybars ÖZŞAHİN, "Takseli Sigortaya İlişkin TTK M. 1464/2'nin Değerlendirilmesi", *REGESTA*, 2023, 8. Cilt, 3. Sayı, 347-362, s. 357.

<sup>56</sup> *Şenocak*, takseli sigortanın zenginleşme yasağı ilkesini dolanma aracı olarak kullanılamayacağını ve taksenin belirlenmesi ile zenginleşme yasağı ilkesi arasında bir dengenin kurulması gerektiğini ifade etmiştir (Kemal ŞENOCAK, *Takseli Sigorta, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Haziran 2009, 25. Cilt, 179-207, s. 198 vd.).

<sup>57</sup> Aynı yönde bkz. CAN, *Sigorta Hukuku*, s. 83; KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 94.

<sup>58</sup> CAN, *Yeni Değer*, s. 183.

sigorta kapsamına alınmasına izin verilmiş, sadece makul sınırı aşan kısmın sigorta edilemeyeceği hükme bağlanmıştır (TTK m. 1453/II).

## II. Parametrik Sigorta Sözleşmelerinin Zenginleşme Yasağı İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi

### 1. Genel Olarak

Hukukumuzda zenginleşme yasağı ilkesinin istisnaları öngörülmüş olmakla birlikte parametrik sigorta sözleşmelerinin bu kapsamda değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı kanaatimizce tartışmaya açıktır. Hemen yukarıda ifade edildiği üzere, zenginleşme yasağı ilkesinin istisnaları nedeniyle mutlak bir zenginleşme yasağından bahsedilmesi mümkün olmasa da, kanun koyucu söz konusu istisnaları düzenlerken, zenginleşme yasağı ilkesini tamamen bertaraf etmemiştir. Aksine menfaat ilkesini gözetmekle birlikte, suiistimallerin önünde geçilmesi adına “esaslı şekilde fahiş”, “sözleşmenin yapıldığı sırada ticari tahminlere göre elde edilmesi mümkün görünen” veya “makul sınır” gibi bazı düzeltici işleve sahip, normatif kriterler doğrultusunda istisnalara izin vermiştir<sup>59</sup>. Parametrik sigorta sözleşmelerinde, kural olarak sigorta değeri üzerinden bir değerlendirme yapılmakla birlikte sigorta bedeli tamamen tarafların anlaşmasına doğrultusunda belirlenmektedir. Dolayısıyla sigorta bedeli, sigorta değerine göre belirlenmediğinden, özellikle pozitif baz riskin ortaya çıkması, yani tetikleyici değerde öngörülen değişiklik gerçekleşmesine rağmen zararın doğmadığı veya zarar miktarının sigorta bedeline kıyasla çok az olduğu durumlarda bile sözleşmede öngörülen tazminat bedelinin sigorta ettirene ödenmesi söz konusu olabilir.

Bu bağlamda parametrik sigorta sözleşmelerinin zenginleşme yasağı ilkesine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde düzenlenmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu bağlamda parametrik sigorta sözleşmelerinin zenginleşme yasağı ilkesine aykırılık teşkil etmemesi için Türk Ticaret Kanunu'nun 1464. maddesinin ikinci fıkrasının amaçsal daraltılması (*teleologische Reduktion*) düşünülebilir. Alman hukukunda doktrindeki bir görüşe göre, normatif zarara sebep

---

<sup>59</sup> Aynı yönde bkz. CAN, *Sigorta Hukuku*, s. 40.

olabilecek bir rizikonun gerçekleşmemesinde de sigorta ettirenin sigortalanabilir bir menfaati vardır. Bu nedenle Alman hukukunda doktrindeki bu görüşe göre, normatif zararlarda teknik olarak bir sigorta değeri söz konusu olmadığı için normatif zararlara karşı zenginleşme yasağı ilkesi ihlal edilmeksizin parametrik sigorta sözleşmeleri akdedilmesi mümkündür<sup>60</sup>.

## 2. Normatif Zararlarda Sigorta Değerinin Bulunmamasından Ötürü Bu Zararlara İlişkin Parametrik Sigorta Sözleşmesi Yapma İmkânın Olup Olmadığı

Sigorta sözleşmesinin esaslı unsuru niteliğindeki (TTK m. 1408/1) menfaat kavramının Türk Ticaret Kanunu'nda bir tanımı bulunmamaktadır. Menfaat kavramının kanunî bir tanımı bulunmadığından, doktrinde farklı tanımlara yer verilmektedir<sup>61</sup>. Zarar sigortalarında menfaatin zedelenmesi, rizikonun gerçekleşmesi dolayısıyla malvarlığının riziko gerçekleşmeden önceki haline kıyasla daha kötü bir hâle gelmesini ifade eder<sup>62</sup>. Dolayısıyla zarar sigortalarında rizikonun gerçekleşmesinden olumsuz yönde etkilenecek olan kişinin, sigortalanabilir bir menfaati olduğu kabul edilir. Ayrıca sadece herhangi bir menfaatin bulunması, bu menfaatin sigortalanabilir olduğu anlamına gelmez. Sadece ekonomik ve meşru menfaatlerin sigortalanması mümkündür<sup>63</sup>.

Zarar kavramı, sigortalanabilir menfaatinin sınırlarının belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Zira hukuk düzeni tarafından korunmayan bir menfaatin zarar görmesi durumunda bunun tazmin edilmesi mümkün olmadığından, bu zararın giderilmesi yükümlülüğünün sigorta sözleşmesi kapsamında sigortacı tarafından üstlenilmesi de mümkün değildir. Alman hukukunda, Türk ve İsviçre

<sup>60</sup> Bu hususta bkz. HOFFMANN, s. 309.

<sup>61</sup> Bu tanımlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SAYHAN, s. 35 vd. Ayrıca bkz. Etem KARA, *Sigortalanabilir Menfaat İlkesi*, Ankara 2020, s. 86 vd.

<sup>62</sup> ÜNAN, C. I, s. 83.

<sup>63</sup> KARA, *Menfaat İlkesi*, s. 96, 97; SAYHAN, s. 85, 86; DEMİR, s. 160; ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 52-53; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 50; CAN, *Sigorta Hukuku*, s. 31, 32.

hukukundan farklı olarak<sup>64</sup>, malvarlığında herhangi bir azalmaya neden olmayan normatif zararların tazmin edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Alman hukukunda kişinin bir malvarlığı unsurunu kullanmaktan mahrum kalması<sup>65</sup> veya tatil yapma imkânından yoksun bırakılması<sup>66</sup> cismanî olmayan zarar (normatif zarar) olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle Alman hukukunda *Hoffmann*, hukuk düzeni tarafından tanınan cismanî olmayan menfaatlerin de sigorta himayesine konu olabileceğini, sigortacının bu menfaatlerin ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararı gidermeyi parametrik bir sigorta sözleşmesi kapsamında üstlenebileceğini ifade etmektedir<sup>67</sup>. Bu görüşe göre sigorta ettirenin oturduğu eve ilişkin sel rizikosuna karşı parametrik sigorta sözleşmesi akdetmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir. Sigorta ettirenin oturduğu taşınmaza sigortacı tarafından kurulan ölçüm cihazının sel sonucunda belirli bir değeri aşmasıyla sigorta ettiren, sözleşmede önceden belirlenen tazminat miktarının talep edebilmelidir. Zira Alman Federal Yüksek Mahkemesi, kişinin kendi evini kullanmasının da ekonomik bir değeri olduğunu kabul etmektedir<sup>68</sup>. Bu görüş, sigorta ettirenin su baskını nedeniyle evini kullanamamasının da bir ekonomik değeri olduğunu, evi kullanma imkânından mahrum kalınmasının sigortalananabilir bir menfaat olduğu kabul edildiğinde ise kararlaştırılan

---

<sup>64</sup> M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, 46, n. 125; Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 27. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 602.

<sup>65</sup> Bu hususta bkz. Franz Jürgen SÄCKER/Roland RIXECKER/Hartmut OETKER/Bettina LIMPERG, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2*, 9. Bası, C. H. Beck Verlag, München, 2022, § 249, n. 60 vd.

<sup>66</sup> Alman Medenî Kanunu'nun 651n maddesinin ikinci fıkrası uyarınca paket tatilin iptal olması veya herhangi bir şekilde önemli derecede olumsuz etkilenmesi durumunda seyahat edecek kişi, boşa harcanan tatil süresi için de uygun bir maddî tazminat talep edebilir. Tatil zamanının boşa harcanması nedeniyle doğan zararın niteliğine ilişkin olarak bkz. Franz Jürgen SÄCKER/Roland RIXECKER/Hartmut OETKER/Bettina LIMPERG, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 6*, 9. Bası, C. H. Beck Verlag München 2023, § 651n, n. 67 vd.

<sup>67</sup> HOFFMANN, s. 309.

<sup>68</sup> BGH, 09. 07. 1986, GSZ 1/86 (NJW, 1988, 50).

tazminat miktarı bakımından sigorta değeri gibi somut bir sınırdan bahsedilemeyeceğini ileri sürmüştür. Ancak bu görüşe göre, sigorta değeri olarak somut bir bedel söz konusu olmasa da evi kullanma imkânından mahrum kalınması nedeniyle ödenecek sigorta tazminat miktarı belirlenirken söz konusu semtteki ortalama barınma ücretinin dikkate alınması gerekmekte olup ortalama barınma ücretini aşan bir tazminat miktarının kararlaştırılmasının mümkün değildir.

*Hoffmann*, Alman Medenî Kanunu'nun 651n maddesinin ikinci fıkrasında boşa harcanan tatil süresi nedeniyle seyahat edenin maddi tazminat talebinde bulunmasına imkân veren kanun hükmünden hareketle, seyahat sigortalarında da hava durumuna ilişkin bir göstergenin baz alınabileceğini ve hava durumunda sözleşmede öngörülen şekilde bir değişiklik meydana geldiğinde, sigortacının tatil imkânını tam olarak kullanamaması nedeniyle uğradığı cismanî olmayan zarar için seyahat edene önceden belirlenen tazminatı ödeyebileceğini ifade etmiştir<sup>69</sup>. Ancak *Hoffmann*'a göre tatil süresinin boşa harcanmamasında seyahat edenin sigortalanabilir bir menfaati olduğu kabul edilse de sigorta tazminatı miktarı taraflarca herhangi bir sınırlandırma olmaksızın serbestçe kararlaştırılamaz. Sigortacı tarafından yapılacak tazminat ödemesinin miktarı, söz konusu tatilin seyahat edene toplam maliyeti gözetilerek belirlenmelidir<sup>70</sup>.

Türk hukukunda normatif zararlar tazmini kabil birer zarar olarak kabul edilmediğinden, kişinin bir malvarlığı unsurunun kullanımından mahrum kalması veya tatil zamanının boşa harcanması birer zarar olarak değerlendirilemez. Hukukumuzda bir menfaatin sigortalanabilmesi için söz konusu menfaatin ekonomik bir değerinin olmasının yanı sıra hukuk düzeni tarafından korunması gerekmektedir. Sel veya kötü hava şartları, mağdur olan kişi bakımından birtakım tatsızlıklara veya umulmayan hâllere neden olsa da eşyanın kullanım hakkından mahrum kalınmasının veya tatil süresinin boşa harcanmasının ekonomik değerini koruyan bir düzenleme hukuk sistemimizde mevcut değildir. Bu nedenle Alman hukukunda

---

<sup>69</sup> HOFFMANN, s. 309.

<sup>70</sup> HOFFMANN, s. 309.

doktrindeki kabulün aksine, bir rizikonun gerçekleşmesi nedeniyle sigorta ettirenin bir eşyayı kullanma imkânından mahrum kalması veya tatil süresini boşa harcaması sigortalanabilir menfaat kavramı içerisinde telakki edilemez. Normatif zararlara ilişkin sigorta sözleşmesi yapılması mümkün olmadığından (TTK m. 1408/1), sınırlı hâllerde de olsa normatif zararlara ilişkin sigorta sözleşmelerinde teknik anlamda bir sigorta değeri olmadığından bahsedilmesi de söz konusu değildir. Bu nedenle normatif zararlara ilişkin sigorta sözleşmelerinin parametrik sigorta şeklinde yapılmasının mümkün olduğunu kabul eden Alman hukukunda doktrindeki görüşün Türk hukuku bakımından uygulanması mümkün değildir.

### **3. Parametrik Sigorta Sözleşmelerinde Türk Ticaret Kanunu'nun 1464. Maddesinin İkinci Fıkrasının Amaçsal Daraltma Yoluyla**

Türk Ticaret Kanunu'nun 1464. maddesinde düzenlenen takseli sigortayla sigorta değerinin sigorta bedeline eşit olması gerektiği kuralına bir istisna getirilmiştir. Taraflar, sözleşmeyle sigorta değerini belirli bir para olarak belirlemişlerse, bu para taraflar arasında sigorta değeri için esas olur. Sigortalanan menfaatin riziko gerçekleşmeden önceki değeriyle riziko gerçekleştikten sonraki değerinin tespiti ile aradaki farkın hesaplanması her zaman kolay olmadığından, doğması muhtemel ispat sorunlarının önüne geçilmesi ve riziko gerçekleştiğinde tazminatın hızlı ve sorunsuz şekilde ödenmesi için takseli sigortaya başvurulur<sup>71</sup>. Parametrik sigorta sözleşmelerinde amaç, tetikleyici değere ulaşılmasıyla sigorta tazminatının başka bir araştırmaya gerek olmaksızın en kısa sürede ödenmesidir.

---

<sup>71</sup> ŞENOCAK, *Takseli Sigorta*, s. 180; Hüseyin ÜLGEN/Arslam KAYA, "Takseli Kara Sigortalarında Esaslı Surette Fahiş Sigortanın Hile Hükümlerinden Hareketle Tenkisi Mümkün müdür?", *Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal Tekinalp'e Armağan C. I*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, 961-980, s. 963 vd.; ÜNAN, s. 164; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 258; DEMİR, s. 293; GÜNAY, s. 181; ÖZŞAHİN, s. 348-349; SAYHAN, s. 202; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 59.

Parametrik sigorta sözleşmelerinde sigorta bedeli taraflarca sözleşmede serbestçe belirlendiği için bu sözleşmelerin takseli sigortalara ilişkin Kanun'un 1464. maddesi kapsamında geçerli olduğu düşünülebilir. Ancak Kanun'un 1464. maddesinin ikinci fıkrasında, taksenin serbestçe belirlenmesi imkânının sınırları çizilmiştir. Bu düzenleme uyarınca takse esaslı şekilde fahiş ise sigortacı taksenin indirilmesini isteyebilir. Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun 76. maddesinin ikinci cümlesinden farklı olarak hukukumuzda sigortacıya taksenin indirilmesini talep etme hakkı tanınmıştır<sup>72</sup>. Türk Ticaret Kanunu'nun "Koruyucu Hükümler" kenar başlıklı 1486. maddesinde 1464. maddeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla tarafların Kanun'un 1464. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmaması konusunda anlaşabilecekleri düşünülebilir. Hatta parametrik sigorta sözleşmelerinde, tarafların sözleşmeyle elde etmek istedikleri amaç gözetildiğinde kural olarak Kanun'un 1464. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmayacağı yönünde zımnî bir anlaşma olduğunun varsayılması gerektiği ileri sürülebilir. Fakat takseli sigortanın zenginleşme yasağının bir istisnası olduğu ve sınırlarının da 1464. maddenin ikinci fıkrasıyla çizildiği gözetildiğinde, tarafların sözleşmeyle bu düzenlemenin uygulanmasından vazgeçemeyeceklerinin kabulü daha doğrudur<sup>73</sup>. Aksi hâlde sözleşmede Kanun'un 1464. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmayacağı kararlaştırılarak, tarafların zenginleşme yasağını

<sup>72</sup> Alman Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun 76. maddesinin ikinci cümlesinde rizikonun gerçekleştiği anda taksenin asıl sigorta değerini önemli derecede aştığı durumlarda, sigortacının kararlaştırılan takseyle bağlı olmayacağı düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1464. maddesinde de taksenin sigorta değerini önemli derecede aştığı durumlarda riziko gerçekleştikten sonra sigortacının takseyle bağlı olmadığını hükme bağlanmış olması gerektiği yönünde bkz. ÜNAN, C. II, s. 167.

<sup>73</sup> ŞENOCAK, *Takseli Sigorta*, s. 205; ÖZŞAHİN, s. 358; Jürgen PRÖLLS/Anton MARTIN, *Beck'sche Kurzkommentare – Versicherungsvertragsrecht*, 31. Bası, C. H. Beck Verlag, München, 2021, §76, n. 18; RÜFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI, §76, Kn. 14. Aksi yönde bkz. Roland Michael BECKMANN/Robert KOCH, *Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar Band III*, 9. Bası, De Gruyter Verlag, Berlin/Boston, 2009, §76, n. 9.

herhangi bir sınırlama olmadan takseye ilişkin yapacakları anlaşmayla dolanmaları mümkün hâle gelir.

Parametrik sigorta sözleşmelerinde sigorta bedelinin serbestçe belirlenebileceği kabul edilse bile Kanun'un 1464. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sigortacıya sigorta bedelinde indirim talep etme hakkı tanındığından, sözleşmede belirlenen gösterge değere ulaşılsa bile sigortacının indirim talebinde bulunmasıyla parametrik sigorta sözleşmesinden beklenen amaca ulaşılması engellenecektir. Yani indirim talebinin ileri sürülmesiyle, sigorta ettirenin herhangi bir araştırmaya gerek olmaksızın hızlı ve sorunsuz şekilde sigorta tazminatını elde etmesi imkânı ortadan kalkacak veya daha iyi ihtimalde taraflar arasındaki uyuşmazlık çözülmünceye kadar ertelenecektir. Oysa parametrik sigorta sözleşmelerinin ortaya çıkmasındaki en önemli iki faktör, sigortalıların zor rizikolara karşı da sigorta himayesi sağlanması ihtiyacı ve riziko gerçekleştikten sonra en kısa sürede ve en az masrafla sigorta ettirenin sigorta tazminatına ulaşması imkânıdır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1464. maddesinin ikinci fıkrasıyla engellenmeye çalışan tehlikelerin parametrik sigorta sözleşmeleri bakımından ortaya çıkması söz konusu değilse, amaçsal daraltma yoluyla bu düzenlemenin parametrik sigorta sözleşmeleri bakımından uygulanmaması düşünülebilir. Bunun için öncelikle Kanun'un 1464. maddesinin ikinci fıkrasıyla korunan değerlerin veya engellenmeye çalışılan tehlikelerin ortaya konması gerekir. Kanun'un 1464. maddesinin birinci fıkrasında zenginleşme yasağının bir istisnası düzenlenmiş ancak bu istisna kullanılarak zenginleşme yasağı ilkesinin fiilen bertaraf edilmemesi için ikinci fıkrada taksenin serbestçe belirlenmesinin sınırları çizilmiştir. Başka bir ifadeyle Kanun'un 1464. maddesinin ikinci fıkrasının amacı, takseli sigortayla zenginleşme yasağı ilkesinin dolanılmasının önüne geçilmesidir. Zenginleşme yasağı ilkesinin öngörülmesini gerektiren temel çekince, hemen yukarıda ifade edildiği üzere<sup>74</sup>, sigortanın sosyal işlevinin korunmasıdır. Bu nedenle sigortanın kumar ve bahisten ayrılabilmesi için sigorta ettirenin sigortalanan şey üzerindeki bir rizikonun gerçekleşmesinde değil,

---

<sup>74</sup> Bkz. yuk. D., I., 1.



gerçekleşmemesinde bir menfaati olması aranmakta ve daha da önemlisi ahlakî tehlikenin en aza indirgenerek spekülâtif şekilde rizikonun gerçekleştirilmesinin önüne geçilmesi ve sigortanın bir zenginleşme aracı olarak kullanılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır.

Parametrik sigorta sözleşmelerinde sigorta bedelinin serbestçe belirlenebilmesi, sigortanın sosyal işlevini yerine getirmesine engel teşkil etmez. Çünkü parametrik sigorta sözleşmeleriyle sigortalanan daha zor olan rizikolara karşı da sigorta himayesi sağlanması imkânı yaratılmaktadır. Kaldı ki, parametrik sözleşmelerin hukuken bir sigorta sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için rizikonun gerçekleşmesinde sigorta ettirenin bir menfaatinin olmaması şartının mevcut olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle henüz sözleşmenin sigorta sözleşmesi olup olmadığı değerlendirilirken, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmemesinde değil de, gerçekleşmesinde bir menfaati olduğu tespit edilirse, o zaman o parametrik sigortanın bir mal sigortası olarak nitelendirilmesi zaten mümkün olmaz (TTK m. 1453/1).

Parametrik sigorta sözleşmeleri ahlakî tehlike açısından değerlendirildiğinde de klasik mal sigortalarına kıyasla zenginleşme yasağı ilkesinin amacına aykırı bir hâlin varlığından söz edilemez. Parametrik sigorta sözleşmelerinde tazminat ödemesi, sözleşmeyle somut ve matematiksel veriye dayalı bir göstergeye bağlanmaktadır. Kural olarak parametrik sigorta sözleşmelerinde bu gösterge, hava olayları veya doğal afetler gibi önceden kesin olarak belirlenemeyen ve tarafların etkilemesi mümkün olmayan olayların matematiksel karşılıklarından seçilmektedir. Dolayısıyla ne sigorta ettirenin ne de sigortacının rizikoyu, yani gösterge değerinde sözleşmede öngörülen değişimi, tek taraflı iradesiyle gerçekleştirmesi mümkün değildir. Sigorta ettirenin gösterge değerinin ölçümünü yapan aletleri manipüle ederek istediği değişimi elde edebileceği teorik bir ihtimal olarak mümkündür. Ancak uygulamada niteliği itibarıyla manipüle edilmesi mümkün olmayan gösterge değerler seçilmesi, gösterge değere ilişkin farklı yerlerde sigortacıya ait birden çok ölçüm cihazının kullanılması veya verilerin sözleşmeye taraf olmayan, bağımsız ve objektif üçüncü bir kişi veya kurumdan alındığı hususları gözetildiğinde, sigorta ettirenin değer üzerinde etkili olabilmesi oldukça zor görünmektedir. Bu

nedenle parametrik sigorta sözleşmelerinde rizikonun kasten gerçekleştirilerek sigorta tazminatı elde edilmesi ihtimali klasik mal sigortalarına kıyasla oldukça düşüktür.

Sonuç olarak zarar sigortalarında geçerli olan zenginleşme yasağı ilkesi mutlak nitelikte olmasa da istisnaları ve istisnalarının sınırları Kanun'da belirlenmiştir. Bu nedenle sigorta sözleşmesinde tarafların genel olarak sigorta bedelini hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın serbestçe belirleyebileceklerinin kabulü mümkün değildir. Ancak sınırlı zenginleşme yasağı ilkesinin öngörülmesine neden olan çekinceler parametrik sigorta sözleşmeleri bakımından söz konusu olmadığından, tarafların sigorta bedelini serbestçe belirlemelerinin mümkün olduğu ve sigorta bedeli belirlendikten sonra Kanun'un 1464. maddesinin ikinci fıkrasının amaçsal daraltılarak sigortacının bedelde indirim talep etmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz<sup>75</sup>. Parametrik sigorta sözleşmeleri, zenginleşme yasağı ilkesinin öngörülmesindeki amaçları kural olarak ihlal etmediğinden, bu tür sözleşmelerin yukarıda açıklanan gerekçelerle hukuken geçerli kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

### **E. Uygulamada Parametrik Sigorta Sözleşmelerinin Hazırlanmasında Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar**

#### **I. Sigortalı Menfaatin Açık Bir Şekilde Ortaya Konması ve Gösterge Değerin Ölçüm Şeklinin Belirlenmesi**

Parametrik sigorta sözleşmelerinde sigortalı menfaatin açık bir şekilde ifade edilmesi, özellikle sigorta denetim hukuku açısından önem arz eder. Sözleşmenin hukukî olarak nitelendirilmesi yapılırken, sigorta sözleşmesi niteliğinin tespiti ve alternatif riziko transferi araçlarından ayrılabilmesi için sigortalı menfaatin net bir şekilde ifade edilmesi isabetli olur. Parametrik sigorta sözleşmelerinde tarafların kararlaştırdığı değere ulaşılmasıyla rizikonun gerçekleştiği kabul edildiğinden, sözleşmede rizikoya ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilmesine gerek olmadığı düşünülebilir. Fakat sözleşmenin doğru şekilde nitelendirilebilmesi için hangi rizikoya karşı sigorta himayesi

---

<sup>75</sup> Aynı yönde bkz. HOFFMANN, s. 310; PERNER, s. 239 vd.

sağlandığının sözleşmede net bir şekilde yer alması yerinde olur. Ayrıca sigorta bedeli taraflarca belirlendiğinden, sözleşmenin kumar ve bahis sözleşmesi olarak nitelendirilmemesi için sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesinde menfaati bulunmadığının da kolay bir şekilde tespit edilebilir olması gerekir. Bu nedenle sigortalanan menfaatin tam, eksiksiz ve net bir şekilde ifade edilmesi özellikle önem arz eder.

Alman hukukunda doktrinde sigorta ettirenin menfaatinin varlığını somut bir şekilde ortaya koyması gerekip gerekmediği konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, sigortacı sözleşmede sözleşme akdedildiğinde veya riziko gerçekleştiğinde sigorta zararının meydana geldiğini ispat etmesi gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer vermelidir. Ancak sigorta ettirenin, sigorta zararının meydana geldiğini (ve dolayısıyla sigortalabilir bir menfaatinin sözleşme akdedildiğinden beri mevcut olduğunu) yazılı olarak bildirmesi, sigorta denetim hukuku açısından sigortacının menfaatin noksanlığına rağmen sözleşme yapılmasından dolayı herhangi bir yaptırıma maruz kalmaması için yeterli kabul edilmelidir<sup>76</sup>. Doktrindeki bir diğer görüşe göreyse, zararın varlığına ilişkin araştırma yapılması veya zararın ispatının talep edilmesi parametrik sigortaların getirdiği maliyet avantajıyla örtüşmemektedir<sup>77</sup>. Sigortacılık Kanunu'nun 32. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sigorta şirketleri, mevzuata uygun faaliyette bulunmakla yükümlüdür. Parametrik sigorta sözleşmelerinin amacı gözetilerek sigorta ettirenin beyanına itibar edilerek tazminat ödemesi yapılması makul görünmektedir. Bununla birlikte sözleşmede rizikonun gerçekleşmesi durumunda göstergedeki değişikliğin tahmin edilen şekilde zarara neden olduğunu kolaylıkla ve ayrıca bir maliyete neden olmayacak şekilde ortaya koymaya elverişli ispat araçlarının (örneğin, sigorta ettiren tarafından cep telefonu ile çekilen fotoğraf ve videolar vs.) sigortacıya sağlanması öngörülebilir (TTK n. 1447/1). Ayrıca her halükârda sigortacı, şüpheli bir durum söz konusu ise Türk Ticaret Kanunu'nun 1447. maddesinin birinci fıkrası uyarınca zararın

---

<sup>76</sup> HOFFMANN, s. 310.

<sup>77</sup> Dirk LOOSCHELDERS/Petra POHLMANN, VVG – *Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen und systematischen Erläuterungen Kommentar*, 4. Bası, Carl Heymanns Verlag, Hürth, 2023, §1, Kn. 39a.

gerçekleştiğine ilişkin her türlü bilgi ve belge kendisine sağlanıncaya kadar tazminat ödemesi yapmayı erteleyebilir.

Parametrik sigorta sözleşmelerinde bir diğer önemli unsur, tazminat ödemesinin bağlandığı gösterge değerdir. Kural olarak gösterge değer seçilmesi ve bu değerde nasıl bir değişiklik meydana geldiğinde tazminat ödemesinin yapılacağı kolaylıkla belirlenebilir. Ancak sadece gösterge değer seçilmesi tek başına yeterli değildir. Zira bu değer nasıl ölçüleceğinin de sözleşmede açık bir şekilde kararlaştırılmış olması gerekir. Bu noktada ikili bir ayırım yapılmalıdır. Sigortacı, kendi altyapısıyla elde ettiği verilere göre sigorta tazminatı ödemeyi taahhüt etmiş olabilir. Bu durumda sigortacının verilerinin şeffaf bir şekilde toplanması, verileri toplayan sistemin fiziksel ve yazılımsal olarak dışarıdan müdahalelere karşı korunması ve sigorta ettiren ile verilerin eş zamanlı şekilde paylaşılması önem arz eder.

Sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir kişi veya kurumdan temin edilecek verilerin esas alınacağı kararlaştırılmışsa, aynı verinin farklı kişi ve kurumlarca paylaşılması söz konusu ise hangi kişi veya kurum tarafından paylaşılan verinin esas alınacağına açık bir şekilde sözleşmeye yazılması gerekir. Sigorta şirketlerinin veri alımına ilişkin işlemlerinin Sigortacılık Kanunu'nun 31. maddesinin üçüncü fıkrasına ve bu Sigortacılık Destek Hizmetleri Hakkında Yönetmelik<sup>78</sup> hükümlerine uygun hareket edilmesi gerekir. Herhangi bir sebepten ötürü kararlaştırılan veri kaynağının sözleşme süresi içerisinde kapatılması, kaynağa ulaşılamaması veya kaynağın üçüncü kişilerle veri paylaşımını durdurması ihtimali de gözetilerek, yedek bir kişi veya kurumun da belirlenmesi isabetli olur<sup>79</sup>. Aynı veriyi paylaşan birden fazla kişi veya kurum mevcutsa, bu verilerin ortalamasının esas alınacağı da kararlaştırılabilir<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> RG, 28.08.2015, S. 29459.

<sup>79</sup> Aynı yönde bkz. HOFFMANN, s. 312.

<sup>80</sup> Örneğin ülkemizde meydana gelen depremlerin şiddetini Richter ölçeği üzerinden ölçen ve kamuoyuyla paylaşan Boğaziçi Üniversitesi Kandilli Rasathanesi ve Deprem Araştırma Merkezi ile Adet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı'na bağlı Deprem Dairesi Başkanlığı'nın verileri arasında

## II. Baz Riskin En Aza İndirgenmesi

Baz risk, parametrik sigorta sözleşmelerinde önemli bir sakınca yaratmaktadır. Özellikle negatif baz riskin gerçekleşmesi durumunda, sigorta ettiren sigorta sözleşmesini yapmaktaki amacına ulaşamaz. Baz riskin en aza indirgenmesi için iki hususa dikkat edilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki rizikoya ilişkin mümkün olduğunca çok verinin işlenerek sözleşmedeki tetikleyiciyle meydana gelmesi muhtemel zarar arasındaki korelasyonun doğru tespit edilmesidir<sup>81</sup>. Tek bir tetikleyici seçilmesi durumunda, bu değere ulaşılmaya bile değere yaklaşıldıkça meydana gelen olayın zarar verme derecesi de kural olarak artacağından zararın hiç tazmin edilmemesi tehlikesi ortaya çıkar. Negatif baz riskin asgari düzeye indirilmesi için seçilen gösterge değerinde meydana gelecek sapmanın oranına göre zarar verme etkisi gözetilerek sözleşmede farklı değer aralıkları için farklı tazminat miktarı öngörülmesi daha isabetlidir<sup>82</sup>. Böylelikle sigorta ettirenin sigorta himayesinden yararlanması ve zararın bir kısmının sigortacı tarafından giderilmesi kesin olarak sağlanabilir.

Baz risk, sigorta ettirenin parametrik sigorta sözleşmeleriyle ilgili doğru şekilde bilgilendirilmesi ve bu tür sözleşmenin artı ve eksilerine ilişkin yeterli bilinç düzeyine erişmesiyle azaltılabilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1423. maddesinin birinci fıkrasında sigortacı ve acentesinin sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri,

---

farklılıklar oluşmaktadır. Bu durum, en basit ifadeyle kurumların sahip olduğu altyapı arasındaki farklarla ilgilidir. Depremin belirli bir Richter ölçeğini aşması durumunda sigorta tazminatı ödeneceğinin kararlaştırıldığı parametrik sigorta sözleşmesi niteliğindeki bir ihtiyari deprem sigortasında, sözleşmede hangi kurumun verisinin esas alınacağı belirlenebileceği gibi iki kurumun açıkladığı verilerin ortalamasının esas alınacağı da öngörülebilir.

<sup>81</sup> Aynı yönde bkz. Leif HEIMFARTH/Timm WALKER, "Maßgeschneiderter und effizienter Risikoschutz – wie parametrische Versicherungslösungen die Deckungslücke verringern können", Zeitschrift für Versicherungswesen, Kasım 2023, H. 21, 600-602, s. 601.

<sup>82</sup> Bernardo NICOLETTI, *Insurance 4.0 – Benefits and Challenges of Digital Transformation*, Palgrave Macmillan Publishing, Cham, 2021, s. 89.

sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri sigorta ettirene yazılı olarak bildirmesi düzenlenmiştir. Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik<sup>83</sup>'in 5. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca sigortacı, dürüstlük ilkeleri çerçevesinde; sigorta ettirene, sigortayla ilgili teknik konularda yardımcı olmak, yapılacak veya yapılmış sigortacılık işleminin özellikleri ve sözleşmeye konu sigorta teminatı ile sigortanın işleyişi hakkında gerekli her türlü bilgiyi sağlamak ve sigorta ettireni yanıltıcı her türlü hâl ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Anılan düzenlemelere uygun olarak sigortacının: parametrik sigorta sözleşmesinin işleyişini, tetikleyicilerin sigorta tazminatı üzerindeki etkisini ve seçilen gösterge değerlerin ortalama değerlerden uzaklaştıkça zararın meydana gelme ihtimalinin arttığını ve fakat tetikleyici değere ulaşılmazsa sigortacının tazminat ödeme borcunun doğmayacağını, basit ve herkesin anlayabileceği şekilde sigorta ettirene anlatması gerekir<sup>84</sup>. Sigortacı, aydınlatma yükümlülüğünü usulüne uygun olarak yerine getirdiğinde sigorta ettiren parametrik sigorta sözleşmesini seçme veya seçmeme konusunda bilinçli bir tercih yapabilir. Negatif baz riskin yaratacağı olumsuz duruma karşın klasik bir mal sigortasının ihtiyaçlarına daha uygun olduğuna karar verebilir veya birden fazla tetikleyicinin sözleşmeye alınmasını talep edebilir. Dolayısıyla sigorta ettirenin sözleşmeden beklediği haklı faydayı elde edebilmesi için yeterince aydınlatılmış olması ve tercihini bilinçli bir şekilde parametrik sigorta lehine veya aleyhine kullanması baz riskin azaltılması veya en azından bu riskin sigorta ettiren tarafından bilerek alınması bakımından oldukça önemlidir.

## SONUÇ

Parametrik sigorta sözleşmesi, sigortacının belirli bir prim karşılığında, taraflarca üzerinde tesir edilmesi mümkün olmayan ve objektif olarak ölçülebilir bir gösterge değerinin sözleşmede kararlaştırılan belirli bir eşiği aşağı veya yukarı yönlü olarak aşması durumunda sigorta ettirenin parayla ölçülebilir bir menfaatinde kural olarak

---

<sup>83</sup> RG, 14.02.2020, S. 31039.

<sup>84</sup> Aynı yönde bkz. HOFFMANN, s. 312.

meydana gelmesi beklenen zarar için sözleşmede karşılaştırılan sigorta tazminatını ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Parametrik sigorta sözleşmelerinde sigorta tazminatının ödenmesi, rizikonun neden olduğu zarara değil, belirli bir göstergede sözleşmede belirtilen değişikliğin meydana gelmesine bağlıdır. Bu nedenle sigorta tazminatının miktarı ve ödemesinin şartları, klasik mal sigortalarına kıyasla sözleşme henüz yapılmadan dahi net bir şekilde bellidir.

Sigorta tazminatını muaccel hâle getirdiği için parametrik sigorta sözleşmesinde esas alınan bu gösterge değerlere “tetikleyici (*trigger*)” denilmektedir. Uygulamada hava sıcaklığı veya matematiksel olarak ölçülebilen bazı doğa olayları tetikleyici olarak kullanılmaktadır. Doğa olaylarına ilişkin göstergelerin yanı sıra uçağın rötar süresi veya belirli bir bölgedeki ortalama mahsul verimi gibi sektör verilerinin bir araya getirmesiyle oluşturulacak bir değer de esas alınabilir.

Parametrik sigorta sözleşmelerinde sigorta tazminatı ödemesi, bir tetikleyici bağlansa da sigorta tazminatı zarardan tamamen bağımsız hâle getirilmemektedir. Sigorta tazminatı ödeme borcunun muaccel hâle gelmesi için seçilen gösterge değerdeki değişim, kural olarak sonuçları itibariyle sigorta ettirenin parayla ölçülebilir bir menfaatinde zarara neden olacak niteliktedir. Sigorta tazminatı ödeme borcunun belirli bir tetikleyici değere bağlanması, sigorta tazminatının zarardan bağımsız olarak ödenmesi amacıyla değil, sigorta ettirenin riziko gerçekleştikten sonra vakit kaybetmeksizin, rizikonun teminat kapsamında olup olmadığı veya zarar miktarının belirlenmesi noktasında ortaya çıkması muhtemel zaman kayıpları ve uyuşmazlıklara mahal verilmeden en hızlı şekilde sigorta tazminata ulaşması amacıyla yapılmaktadır.

Klasik mal sigortalarıyla kıyaslandığında parametrik sigorta sözleşmeleri, sigorta teminatı altına alınması (*hard-to-insure*) zor veya geniş çaplı rizikolar için sigorta himayesi sağlamaya elverişli olması, ahlakî tehlikeyi asgarî düzeye indirmesi, daha sade bir işleyişe sahip olması, riziko gerçekleştikten sonraki sürecin daha az maliyetli ve şeffaf bir şekilde yürütülmesine imkân vermesi ve bir an önce sigorta tazminatına kavuşulmasını sağlaması bakımından pek çok artıya sahiptir. Bununla birlikte tetikleyicilere ilişkin verilerin toplanması için alt yapı kurulması veya veri satın alınması gibi yeni maliyetleri

beraberinde getirmesi, ayrıca “baz risk” olarak ifade edilen fiilî tazminat ödemesi ile sigorta ettirenin gerçek zararının giderilmesi için gerekli olan sigorta tazminatı miktarı arasındaki tutarsızlığın sigorta ettirenin zararının (kısmen de olsa) tazmin edilmemesi gibi sonuçlar doğurma ihtimali, bu sigortanın olumsuz yönleridir.

Bir sözleşmenin parametrik sigorta sözleşmesi olarak adlandırılması, o sözleşmenin hukukî niteliği itibariyle bir sigorta sözleşmesi olarak kabulü için yeterli değildir. Parametrik tetikleyiciler, farklı alternatif riziko transferi araçları kapsamında da kullanıldığı için somut olayda sözleşmenin içeriğine bakılarak hukukî nitelendirilmenin yapılması gerekir. Sigorta sözleşmesi kapsamında sigortacının aslî edim borcu rizikoyu taşımaktır. Sigorta sözleşmesini benzer sözleşmelerden ayıran unsur, sigorta ettirene veya menfaat sahibi üçüncü bir kişiye ait belirli bir rizikonun sonuçlarının sigortacı tarafından üstlenilmesidir. Mal sigortalarında sigortalının menfaati, bir malvarlığı unsuruna ilişkindir. Mal sigortası bağlamında menfaat, bir hukuk süjesi ile zarar görmesi durumunda hukuk süjesinin ekonomik olarak zararına sebep olacak bir malvarlığı unsuru arasındaki değer ilişkisidir. Alternatif risk transfer sistemlerinde ise bu anlamda sigortalanan bir menfaat söz konusu değildir. Parametrik sözleşmede bir rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortalının bir malvarlığı unsurunda meydana gelecek zarara karşı bir teminat sağlanmışsa ve ayrıca riziko gerçekleştikten sonra zararın varlığının ortaya konması gerekiyorsa, bu sözleşmenin bir sigorta sözleşmesi (ve sigorta denetim hukuku açısından da bir sigortacılık işlemi) olarak nitelendirilmesi gerekir.

Parametrik sigorta sözleşmelerinde tetikleyici değere ulaşılmasıyla sigorta tazminatının ödenmesi öngörülür. Hukukî niteliği itibariyle bir mal sigortası olduğu için parametrik sigorta sözleşmelerinde de kural olarak zenginleşme yasağı ilkesi geçerlidir. Hukukumuzda sınırlı bir zenginleşme yasağı öngörülmüş olup, zenginleşme yasağının istisnaları ve bunların sınırları Türk Ticaret Kanunu’nda belirlenmiştir. Takseli sigortalarda da sigorta bedelinin taraflarca sigorta değerinden bağımsız olarak karşılaştırılması mümkün kılınmıştır. Ancak bu istisnanın sınırları Kanun’un 1464. maddesinin ikinci fıkrasında çizilmiştir. Taksenin esaslı şekilde fahiş olduğu



durumlarda sigortacıya taksenin indirilmesini talep etme hakkı tanınmıştır. Zenginleşme yasağı ilkesinin takseli sigortalar üzerinden dolanılmasını engellemek için öngörülen bu sınırlamayı zorunlu kılan gerekçeler, parametrik sigorta sözleşmeleri bakımından geçerli değildir. Parametrik sigorta sözleşmelerinde, sigorta ettirenin sözleşmede kararlaştırılan tetikleyici değere ulaşılmamasında bir menfaati vardır, zira bu değere ulaşılmasıyla kural olarak sigorta ettirenin malvarlığında bir zarar meydana gelmiş olur. Dolayısıyla sigortalanabilir bir menfaat söz konusu olduğu için parametrik sigortaların kumar ve bahis aracı olarak kullanılması mümkün değildir. Parametrik sigorta sözleşmelerinde, zenginleşme yasağı ilkesinin temel gerekçelerinden olan ahlakî tehlike de söz konusu değildir. Zira sigorta ettirenin ve ilgili bir diğer kişinin rizikoyu tek taraflı olarak meydana getirmesi mümkün olmaz. Sözleşmede sigorta tazminatı ödenmesi için matematiksel olarak ölçülebilen ve tarafların manipüle edemeyeceği, objektif bir değer seçildiği için rizikonun kasten gerçekleştirilmesinin imkânı yoktur. Dolayısıyla parametrik sigorta sözleşmelerinde sigorta bedeli taraflarca serbestçe belirlendiğinde, Kanun'un 1462. maddesinin ikinci fıkrası amaçsal daraltma yoluyla parametrik sigorta sözleşmelerine uygulanmamalıdır.

Parametrik sigorta sözleşmelerinin hukukî olarak doğru şekilde nitelendirilebilmesi, ayrıca sigorta denetim hukuku açısından sorun yaşanmaması için sözleşmede sigortalanabilir menfaatin açık bir şekilde ifade edilmesi gerekir. Parametrik sigorta sözleşmelerinde tetikleyici değer belirlenmesi bir özellik arz etmez. Ancak tetikleyici değer şeffaf ve güvenilir şekilde takip edilebilmesi için söz konusu değere ilişkin verilerin nasıl toplanacağı da sözleşmede ayrıntılı bir şekilde düzenlenmelidir. Parametrik sigorta sözleşmelerinde sigorta tazminatının zarara neden olan olay gerçekleştikten sonra en hızlı şekilde ödenmesi esas olduğundan, tetikleyici değere ulaşılmadığı, bunun tespitinde de hangi verilerin esas alınacağı konusunda uyuşmazlık çıkması, sözleşmenin amacına aykırı olacaktır.

Parametrik sigorta sözleşmelerinde baz risk önemli bir sorun teşkil etmektedir. Uygulamada bu sorunun aşılması için tetikleyici değer ile muhtemel zarar arasındaki korelasyonun doğru şekilde tespiti için

mümkün olduğunca fazla veri işlenerek hareket edilmelidir. Bunun yanı sıra tek bir tetikleyici kullanılması yerine aşamalı bir sistem içerisinde birden fazla tetikleyici kullanılması isabetli olacaktır. Sigortacının baz risk konusunda sigorta ettireni mevzuatta öngörüldüğü ve aydınlatma yükümlülüğünün amacına uygun şekilde bilgilendirmesi gerekir. Sigorta ettirenin sözleşmeden beklediği haklı faydayı elde edebilmesi için yeterince aydınlatılmış olması ve tercihini bilinçli bir şekilde parametrik sigorta lehine veya aleyhine kullanması baz riskin azaltılması veya en azından bu riskin sigorta ettiren tarafından bilerek alınması bakımından oldukça önemlidir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Ein parametrischer Versicherungsvertrag ist ein Vertrag, bei dem der Versicherer gegen Zahlung einer bestimmten Prämie verpflichtet ist, eine im Vertrag festgelegte Versicherungsentschädigung zu leisten, wenn ein objektiv messbarer Indikatorwert, der von den Vertragsparteien nicht beeinflussbar ist, eine im Vertrag vereinbarte Schwelle überschreitet oder unterschreitet. Diese Entschädigung wird für den Schaden gezahlt, der in der Regel in einem messbaren Interesse des Versicherungsnehmers erwartet wird. Im Rahmen parametrischer Versicherungsverträge hängt die Auszahlung der Versicherungsleistung nicht direkt vom tatsächlich eingetretenen Schaden ab, sondern von der Veränderung eines spezifischen Indikatorwertes, wie im Vertrag festgelegt. Daher sind die Höhe und die Voraussetzungen der Entschädigungszahlung im Vergleich zu klassischen Sachversicherungen bereits vor Vertragsabschluss klar definiert.*

*Der im Vertrag als Grundlage für die Versicherungsleistung genannte Indikatorwert wird als „Trigger“ bezeichnet, da er die Fälligkeit der Entschädigungszahlung auslöst. In der Praxis werden oft Temperaturwerte oder mathematisch messbare Naturereignisse als Trigger verwendet. Neben naturbezogenen Indikatoren können auch branchenspezifische Daten, wie z. B. die durchschnittlichen Ernteerträge in einer bestimmten Region oder die Verspätungszeit eines Flugzeugs, als Basis für Triggerwerte herangezogen werden.*

*Obwohl die Versicherungsleistung in einem parametrischen Versicherungsvertrag durch einen Trigger ausgelöst wird, wird die Entschädigung nicht vollständig von einem tatsächlichen Schaden entkoppelt. In der Regel führen die durch den Triggerwert gemessenen Änderungen zu einem Schaden in einem vermögenswerten Interesse des Versicherungsnehmers. Die Bindung der Entschädigungszahlung an einen Triggerwert dient nicht dem Zweck, die Versicherungsleistung unabhängig von einem Schaden zu erbringen, sondern soll sicherstellen, dass der Versicherungsnehmer unmittelbar nach Eintritt des versicherten Risikos ohne Verzögerung und Streitigkeiten über die Schadenhöhe oder die Deckung des Risikos die Versicherungsleistung erhält.*

*Im Vergleich zu klassischen Sachversicherungen bieten parametrische Versicherungsverträge mehrere Vorteile, insbesondere bei schwer versicherbaren (hard-to-insure) oder großflächigen Risiken. Sie reduzieren das moralische*

Risiko auf ein Minimum, sind einfacher zu handhaben und ermöglichen eine kostengünstigere und transparentere Abwicklung nach Eintritt des Risikos. Außerdem wird eine schnelle Auszahlung der Versicherungsleistung sichergestellt. Nachteile dieser Versicherungsart umfassen jedoch die zusätzlichen Kosten für die Einrichtung einer Infrastruktur zur Erfassung von Triggerdaten oder den Kauf solcher Daten sowie das sogenannte „Basisrisiko“, bei dem die Differenz zwischen der tatsächlich ausgezahlten Versicherungsentschädigung und dem tatsächlichen Schaden des Versicherungsnehmers dazu führen kann, dass der Schaden des Versicherungsnehmers nicht vollständig gedeckt wird.

Die Bezeichnung eines Vertrags als „parametrischer Versicherungsvertrag“ reicht nicht aus, um ihn rechtlich als Versicherungsvertrag einzuordnen. Da parametrische Trigger auch in alternativen Risikotransfersystemen verwendet werden, ist die rechtliche Qualifikation des Vertrags anhand seines Inhalts im Einzelfall vorzunehmen. Der Hauptleistungsanspruch des Versicherers im Rahmen eines Versicherungsvertrags ist die Risikoübernahme. Das entscheidende Merkmal, das einen Versicherungsvertrag von ähnlichen Verträgen unterscheidet, ist die Übernahme der Konsequenzen eines bestimmten Risikos, das dem Versicherungsnehmer oder einem begünstigten Dritten zuzuordnen ist, durch den Versicherer.

In parametrischen Versicherungsverträgen gilt, wie bei klassischen Sachversicherungen, grundsätzlich das Bereicherungsverbot. Das Bereicherungsverbot ist im türkischen Handelsgesetzbuch mit bestimmten Ausnahmen und Grenzen geregelt. Für parametrische Versicherungsverträge ist die Anwendung der entsprechenden Bestimmungen des Gesetzes jedoch nicht zweckmäßig, da die Versicherungsnehmer ein Interesse daran haben, dass der Triggerwert nicht erreicht wird – da dessen Erreichen in der Regel zu einem Schaden in ihrem Vermögen führt.

Die klare Formulierung des versicherbaren Interesses im Vertrag sowie eine detaillierte Regelung zur transparenten und zuverlässigen Erfassung der Triggerdaten sind entscheidend, um Streitigkeiten zu vermeiden und die schnelle Auszahlung der Versicherungsleistung sicherzustellen. Zudem ist es wichtig, dass der Versicherer den Versicherungsnehmer über das Basisrisiko umfassend informiert, damit dieser eine bewusste Entscheidung für oder gegen eine parametrische Versicherung treffen kann.

### KAYNAKÇA

- ARSEVEN Haydar, *Sigorta Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1991.
- ATAMER Kerim, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca ‘Zarar Sigortaları’na Giriş”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Mart 2011, 27. Cilt, 21-106.
- AYHAN Rıza/ÇAĞLAR Hayrettin/ÖZDAMAR Mehmet, *Sigorta Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- BARTHOLOMÄUS Peter, Das versicherungsrechtliche Bereicherungsverbot, Verlag Versicherungsgesellschaft, Karlsruhe, 1997.
- BAUMANN Horst/BECKMANN Michael/EIFLER Christiane/KNOPS Oliver, *Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar Band I*, 10. Bası., De Gruyter Verlag, Berlin/Boston, 2021.
- BECKMANN Roland Michael/KOCH Robert, *Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar Band III*, 9. Bası, De Gruyter Verlag, Berlin/Boston, 2009.
- BECKMANN Roland Michael/MATUSCHE-BECKMANN Annemarie, *Versicherungsrecht – Handbuch*, 3. Bası, C. H. Beck Verlag, München, 2015
- CAN Mertol, *Türk Özel Sigorta Hukuku Cilt I*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 (Sigorta Hukuku).
- CAN Mertol, “Yeni Değer Sigortası (Neuwertversicherung)”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, 167-196 (Yeni Değer).
- COHN Alan/WEST Travis/PARKER Chelsea, “Smart After All: Blockchain, Smart Contracts, Parametric Insurance, and Smart Energy Grids”, *Georgetown Law Technology Review*, Nisan 2017, 1. Cilt, 273-304.

CULP Christopher L, "Alternative Risk Transfer", Risk Management Challenge and Opportunity, , 2. Bası, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2005, 369-390.

ÇEKER Mustafa, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku*, 26. Bası, Karahan Kitapevi, Adana, 2023.

DEMİR İsmail, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

DEMİR Remzi, "Aşkın Sigorta", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz-Ağustos 2017, 16. Cilt, 463-486.

EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 27. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

GÜÇLÜ Hasan Murat/SELEŞ Ömer Faruk/KAYHAN İbrahim, *Sigorta Hukuku*, Adalet Kitapevi, Ankara, 2021.

GÜNAY Barış M., *Sigorta Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.

HEIMFARTH Leif/WALKER Timm, "Maßgeschneiderter und effizienter Risikoschutz – wie parametrische Versicherungslösungen die Deckungslücke verringern können", Zeitschrift für Versicherungswesen, Kasım 2023, H. 21, 600-602.

HOFFMANN Markus, "Parametrische (Sach)versicherungen – Rechtliche Einordnung, Gestaltungsanforderungen und makroökonomische Wirkungen", Recht und Schaden, 2024, 51. Cilt, 6. Sayı, 304-314.

HORTON Joshua B., "Parametric Insurance as an Alternative to Liability for Compensating Climate Harms", Carbon & Climate Law Review, 2018, 4. Cilt, 285-296.

JERRY Robert H., "Insurance in a Post-Pandemic World – New and Renewed Challenges", Brief, Summer 2021, 50. Cilt, 36-43.

JOHNSON Leigh, "Index Insurance and the Articulation of Risk-Bearing Subjects", Environment and Planning A: Economy and Space, 2013, 45. Cilt, 11. Sayı 11, 2663-2681.

- JOHNSON Leigh, "Paying ex gratia: Parametric insurance after calculative devices fail", *Geoforum*, Ekim 2021, 125. Cilt, 120-131
- KABUKÇUOĞLU ÖZER Fatma Dilek, *Sigortacılık Kanunu Şerhi*, İstanbul 2012.
- KANER İnci Deniz, *Sigorta Hukuku*, 4. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021.
- KARA Etem, *Sigortalabilir Menfaat İlkesi*, Ankara 2020.
- KARA Hakan, *Sigorta Hukuku*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- KAYA Ferudun/KAHYA Mehmet, *Sigorta ve Sigortacılık*, İstanbul, 2017.
- KAYAÖZÜ Büşra, *Sigorta Hukukunda Tazminat Avansı ve Gider Avansı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- KAYIHAN Şaban/GÜNERGÖK Özcan, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 6. Bası, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2021.
- KENDER Rayegân, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*, 17. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KÖROĞLU ÖLMEZ Belin, *Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Enstitüsü), Ankara, 2020.
- KRAEHNERT Kati/OSBERGHAUS Daniel/HOTT Christian/  
HABEMARIAM Lemlem Teklegiorgis/WÄTYOLD  
Frank/HECKER Lutz Philip/FLUHRER Svenja, "Insurance  
Against Extreme Weather Events: An Overview", *Review of  
Economics*, Ekim 2021, 72. Cilt, 71-95.
- KUBİLAY Huriye, *Yeni Değer Sigortası*, Dokuz Eylül Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1994.
- LANGHEID Theo/WANDT Manfred, *Münchener Kommentar –  
Versicherungsvertragsgesetz Band I*, 3. Bası, C. H. Beck Verlag,  
München, 2022.
- LAWRENCE Wynne/TARR Julie-Anne/BROOK Nigel/CHAPERON  
Meg/SOREL Arnold, "Parametric Insurance", *The Global*

- Insurance Market and Change (ed. Tarr, A. A. vd.), Routledge Publishing, New York, 2024, 127-156.
- LIN Xiao/ KWON W. Jean, "Application of Parametric Insurance In Principle-Compliant and Innovative Ways", Risk Management and Insurance Review Summer 2020, 23. Cilt, 121-150.
- LOOKS Volker, "Taxe, Neuwertversicherung und Bereicherungsverbot - Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 08-02-1988 (II ZR 210/87)", Versicherungsrecht, 1991, H. 19, 731-735.
- LOOSCHELDERS Dirk/PAFFENHOLZ Christina, *Versicherungsvertragsrecht*, 3. Bası, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2022.
- LOOSCHELDERS Dirk/POHLMANN Petra, *VVG – Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen und systematischen Erläuterungen Kommentar*, 4. Bası, Carl Heymanns Verlag, Hürth, 2023.
- NICOLETTI Bernardo, *Insurance 4.0 – Benefits and Challenges of Digital Transformation*, Palgrave Macmillan Publishing, Cham, 2021.
- METEZADE Zihni/GÜLELİ Nurettin T., (*Yeni Türk Ticaret Kanunu Altıncı Kitap – Sigorta Hukuku*), 3. Bası, Güner Yayınları, İstanbul, 2016
- ODENING Martin/MUSSHOFF Oliver, "Armutsbekämpfung durch alternative Risikotransferinstrumente", Handeln unter Risiko (ed. Münkler, H./Bohlender, M./Meurer S.), Transcript Publishing, Bielefeld, 2010, 265-281.
- OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- OMAĞ Merih Kemal, "Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Alkım Yayınları, İstanbul, 2003,
- ÖZDAMAR Mehmet/DOĞAN Burak, *Sigorta Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ÖZŞAHİN Ahmet Baybars, "Takseli Sigortaya İlişkin TTK M. 1464/2'nin Değerlendirilmesi", REGESTA, 2023, 8. Cilt, 3. Sayı, 347-362.



- PERNER Stefan, "Versicherung und Klimawandel: Herausforderungen für agrarische Versicherungsprodukte", *Versicherungsrecht – Vergangenheit und Zukunft Festschrift für Peter Schimikowski zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2023, 233-242.
- PRÖLLS Jürgen/MARTIN Anton, *Beck'sche Kurzkommentare – Versicherungsvertragsrecht*, 31. Bası, C. H. Beck Verlag, München, 2021.
- RÜFFER Wilfried/HALBACH Dirk/SCHIMIKOWSKI Peter, *Versicherungsvertragsrecht – Handkommentar*, 4. Bası, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2020.
- SÄCKER Franz Jürgen/RIXECKER Roland/OETKER Hartmut/LIMPERG Bettina, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2*, 9. Bası, C. H. Beck Verlag, München, 2022.
- SÄCKER Franz Jürgen/RIXECKER Roland/OETKER Hartmut/LIMPERG Bettina, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 6*, 9. Bası, C. H. Beck Verlag, München, 2022.
- SAYHAN İsmet, *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- SEVEN Vural, "Türk Ticaret Kanunu'nun 1427. Maddesinin 3. Fıkrası Kapsamında Sigortacıdan Talep Edilen Avans Ödemesinin Hukuki Niteliği", *İzmir Barosu Dergisi*, Ağustos 2022, 87. Cilt, 419-439.
- SEVİNÇ KUYUCU, "Zarar Sigortalarında Sigortacının Ödeme Yükümlülüğünün Sınırları", *Sigorta Hukuku Sempozyumları* (ed. Samim Ünan/Emine Yazıcıoğlu), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, 31-67.
- SINGER Andrew W., "The Evolution of Parametric Insurance", *Risk Managment Magazine*, Nisan 2019, 34-36.
- STEINMANN Carmen B./GUILLOD Benoit P./FAIRLESS Christopher/BRESCH David N., "A generalized framework for designing open-source natural hazard parametric insurance",

Environment Systems and Decisions, Ağustos 2023, 43. Cilt, 555-568.

ŞENOCAK Kemal, “Menfaat Değeri Altında Sigorta (Unterversicherung)”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2000, 4. Cilt, 51-89.

ŞENOCAK Kemal, Takseli Sigorta, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 2009, 25. Cilt, 179-207 (Takseli Sigorta).

TEH Tse-Ling/WOOLNOUGH Christopher, “A Better Trigger: Indices for Insurance”, Journal of Risk and Insurance, Aralık 2019, 86. Cilt, 861-885.

TEKİL Fahiman, “Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, 113-131.

ULAŞ Işıl/BEKTAŞ İbrahim, *Ulaş Sigorta Hukuku Birinci Cilt Zarar Sigortaları – I*, 9. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2023.

ÜLGEN Hüseyin/KAYA Arslan, “Takseli Kara Sigortalarında Esaslı Surette Fahiş Sigortanın Hile Hükümlerinden Hareketle Tenkisi Mümkün müdür?”, Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal Tekinalp’e Armağan C. I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, 961-980.

ÜNAN Samim, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I Birinci Kısım: Genel Hükümler (Madde 1401-1452)*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016 (C. I).

ÜNAN Samim, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt II Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler Birinci Bölüm Zarar Sigortaları (Madde 1453-1486)*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016 (C. II).

ÜNAN Samim, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt III Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler İkinci Bölüm Can Sigortaları (Madde 1487-1520)*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017 (C. III).

VAN NOSTRAND James M./NEVIUS John O., “Parametric Insurance: Using Objective Measures to Address the Impact of Natural

Disasters and Climate Change”, *Environmental Claims Journal*, Temmuz-Aralık 2011, 23. Cilt, 227-237.

WEYERS Hans-Leo, *Versicherungsvertragsrecht*, 3. Bası, Luchterhand, München, 2003.

WINTER Gerrit, “Die Verabschiedung des allgemeinen Bereicherungsverbots”, *Versicherung, Recht und Schaden – Festschrift für Johannes Wälder zum 75. Geburtstag*, C. H. Beck Verlag, München, 2009.

YAZICIOĞLU Emine/ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, *Sigorta Hukuku*, 5. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2022.

YETİŞ ŞAMLI, “Zarar Sigortalarında Teminat Kapsamındaki Rizikoların Belirlenmesine İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Rayegan Kender'e Saygı Günü - Sigorta Genel Şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2020, 91-126.

YILDIRIM İsmail, “Sigortacılıkta Suistimaller ve Ahlaki Tehlike Sorunu: Türk Sigorta Sektörüne Yönelik Bir Değerlendirme”, *International Journal of Social Science Studies*, Ağustos 2015, 36. Sayı, 203-213.




## Siyasal Ekoloji Çerçevesinde Devlet Kudretinin Yeşilleşmesine İlişkin Bir Tartışma

### Eine Erörterung der Vergrünung staatlicher Macht im Kontext der politischen Ökologie

Dr. Öğr. Üyesi A. Aslı Şimşek Öner\*

#### ÖZ

*Bu çalışma kapsamında siyasal ekolojinin ideolojik temellerinden hareketle modern devlet iktidarının (Levitahan'ın) yeşilleşmesi incelenmiştir. Bu doğrultuda ekolojizm çerçevesinde tartışılan küresel çevresel değişimler, biyoçeşitlilik, iklim krizi, insan dışı varlıkların iyiliği/esenliği, müşterekler, sürdürülebilirlik gibi devlet ve hukuk kuramına yeni giren kavram seti bağlamında yeşil devletin normatif teorisinin neye tekabül ettiği incelenmiştir. Devletin yeşilleşmesi uyarınca siyasal iktidarın kaynağı incelenirken müşterekler yaklaşımı, toplum sözleşmesi düşüncesinde doğa durumu, devletli yaşama geçiş ve mahkûmun ikilemi teorisinin birlikte okunmasından istifade edilmiştir. Henüz üzerinde görüş birliği olan bir yeşil devlet teorisinden söz etmek mümkün görünmemektedir. Öte yandan devlet kudretinin siyasal ekoloji içindeki konumunu tartışmak üzere, post liberal bir çağda liberal demokrasileri yasal temsilcilik kurumu ve yeşil anayasacılık hareketi aracılığıyla ele almak mümkündür. Dolayısıyla modern devleti, ülke unsurunun ve birey-devlet ilişkilerinin ekolojik perspektifle gözden geçirildiği bir çerçevede değerlendirmek mümkündür. Bu bağlamda bir ideoloji olarak ekolojizmin mevcut siyaset teorisine getirdiği eleştiriler ve önerdiği*

\* Doktor Öğretim Üyesi, Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, a.asli.oner@bozok.edu.tr,  0000-0001-7743-0509.



*değerler ışığında modern devlet egemenliği ve bu egemenliğin günümüzde meşruiyet zemini olarak görülen liberal demokrasiler tartışılmıştır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Siyasal ekoloji, devlet kudreti, yeşil devlet, yeşil siyasal düşünce, demokrasi, modern devlet, çevrecilik.*

## **A Discussion on the Greening of State Power within the Framework of Political Ecology**

### **ABSTRACT**

*This study explores the greening modern state power (greening Leviathan) based on the ideological foundations of political ecology. It is discussed what the normative theory of the green state corresponds to new concepts such as global environmental changes, biodiversity, climate crisis, well-being of non-human beings, commons, sustainability within the framework of ecologism. While examining the origin of political power in line with the greening of the state, the commons approach, state of nature and transition to statehood in social contract theory and the prisoner's dilemma have been assessed together. It is not yet possible to speak of a consensus on the theory of the green state. Thus, in order to discuss the position of state power in political ecology, liberal democracies in a post-liberal age through the concept of legal trusteeship and the green constitutionalism movement have been discussed. Therefore, modern state is evaluated within a theoretical framework in which the territory element and individual-state relations are reviewed from an ecological perspective. In this context, modern state sovereignty and liberal democracies, are discussed in the light of the criticisms brought by ecologism as an ideology to the current political theory and the values which political ecology proposes alternatively.*

**Keywords:** *Political ecology, state power, green state, green political theory, democracy, modern devlet, environmentalism.*

## GİRİŞ

Ekolojizmin hangi toplumsal ve siyasal gelişmeler sonucunda modern devletlerin ilgi alanına girdiği, hukuki düzenlemenin konusu haline geldiği ve modern devleti hangi bağlamlarda etkisi altına aldığı meseleleri günümüzde git gide daha fazla önem kazanmaktadır. Bu çerçevede küresel çevre sorunlarının ulus devleti birbiriyle bağlantılı olan iki yönde etkilediği belirtilmektedir. Bunlardan ilki, çevresel felaketlerin etkisini azaltıcı ve iklim değişikliği gibi çevresel değişimlere uyum sağlayıcı eylemlere olan toplumsal talep arttığından, yönetilenlerin refahını teşvik etme ve koruma kapasiteleri bakımından bu talebin ulus devletlerin üzerinde yarattığı ilave baskıdır. İkinci olarak ise küresel çevresel değişim, ulus devletlerin tek başına üstesinden geleceği boyutu aşmış olduğundan, bu durum devletlerin karşılıklı bağımlılığını artırmaktadır. Dolayısıyla bu değişimin, Vestfalya modeline dayalı klasik egemenlik fikrini zayıflattığı düşünülmektedir.<sup>1</sup>

Bu bağlamda 19. yüzyıldan bu yana sanayileşen, tüketen ve büyümeyi hedefleyen kapitalist ekonomiler içinde gelişen toplumların siyasal örgütlenme biçimi olan modern ulus devletlerin ulusal sınırları aşan tehditler doğuran küresel çevresel sorunlar karşısında nasıl bir tutum sergileyeceği hususunun, 21. yüzyıl siyasal düşüncesinin ana meselesi haline geldiği görülmektedir.<sup>2</sup> Günümüzde siyasal partiler, siyasal yelpazenin neresinde olurlarsa olsunlar çevreci politikaları ajandalarına ekleyerek iktidara talip olmaktadır. Hatta ideolojisi, kuruluş ilkeleri ve parti programı ekolojizme veya çevreciliğe dayalı, kendini “yeşil” özelliğiyle tanımlayan siyasal partiler mevcuttur. Bunun yanı sıra devletler, çevresel felaketlere ve iklim değişikliğine karşı kendilerini bağlayıcı uluslararası sözleşmeler yapma aşamasına gelmiştir. Benzer şekilde devletler, iç hukuklarına doğayı ve çevreyi çeşitli düzeylerde koruyucu hükümler eklemektedir. Aynı zamanda devletin ülke unsuru, fiziksel çevre bağlamında giderek anayasal düzenlemenin konusu haline gelmekte ve çevresel anayasa olarak tabir

<sup>1</sup> Frank Biermann, Klaus Dingwerth, *Global Environmental Change and the Nation State*, Global Environmental Politics, Cilt 4, Sayı 1, 2004, s. 2.

<sup>2</sup> Biermann, Dingwerth, s. 1; İlyas Doğan, *Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar*, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 80.

edilen anayasacılık hareketi karşımıza çıkmaktadır.<sup>3</sup> Dolayısıyla 21. yüzyıl siyasal toplumunu, devletini ve kamu hukukunu etkileyen başat siyasal düşünce akımlarından birinin ekolojizm olduğu belirtilebilir.

Buna karşılık ekolojizmin gelişim sürecinde, liberalizm ve sosyalizm gibi siyasal düşünce gelenekleri gibi özerk, az çok tutarlı, düşünsel kökleri olan bir ideoloji mi olduğu, yoksa mevcut ideolojilerin belirli bir görünümü mü olduğu tartışılmıştır.<sup>4</sup> Gelinen noktada ekolojizm, müstakil bir ideoloji olarak, diğer ideolojilerle geçişkenliği de dikkate alınarak tanımlanmaktadır. Bu çalışmada da bu bakış açısı takip edilmiştir. Zira her siyasal ideoloji gibi ekolojizm de hem diğer ideolojileri etkilemektedir hem de diğer ideolojilerden etkilenmektedir. Buna göre hangi özellikleri koruyup hangilerini reddettiğine, hangilerini vurgulayıp hangilerini geri plana attığına bağlı olarak ekolojizmin çeşitli

---

<sup>3</sup> İbrahim H. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 16. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 15; James R. May, Erin Daly (Çev. Tolga Şirin, Necdet Umut Orcan), *Dünyada Çevresel Anayasalcılık*, Ekoloji Kolektifi Derneği Yayınları, İstanbul, 2018, s. 62-63.

<sup>4</sup> Bu noktada siyasal ideolojinin tanımına ve unsurlarına da kısaca yer vermekte fayda vardır. İdeolojiyi işlevlerinden hareketle tanımlayan Freeden'e göre (i) yinelenen bir kalıp sergileme; (ii) önemli gruplar tarafından desteklenme; (iii) kamu siyasasına planlar sağlayıp mevcut planları denetimine almayı amaçlama; (iv) bu amaçla siyasal bir topluluğun toplumsal ve siyasal düzenlemelerini ve süreçlerini savunmak, yıkmak ya da değiştirmek amacıyla yapan fikirler, inançlar, görüşler ve değerler dizisine ideoloji denmektedir. Michael Freeden (Çev. Hakan Gür), *İdeoloji*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2011, s. 48-49. Heywood ise ideolojiyi ister mevcut iktidar sistemini korumaya ister değiştirmeye ya da ortadan kaldırmaya yönelik olsun, örgütlü siyasal eylemin temelini oluşturan az ya da çok tutarlı bir fikirler bütünü olarak tanımlamaktadır. Bu tanımdan hareketle ideolojilerin üç ana özelliğinden söz etmektedir. Bunlar, (i) her ideolojinin bir dünya görüşü biçiminde mevcut düzene ilişkin bir değerlendirme içermesi; (ii) mevcut karşısında arzu edilen geleceğin bir modelini ana hatlarıyla ortaya koyması; (iii) mevcuttan arzu edilene geçilebilmesine yönelik siyasal değişimin nasıl gerçekleştirilebileceğini ve gerçekleştirilmesi gerektiğini açıklamasıdır. Andrew Heywood, *Political Ideologies: An Introduction*, 7. Bası, Red Globe Press, Londra, 2021, s. 7-8.



versiyonları karşımıza çıkacaktır.<sup>5</sup> Bu çalışma çerçevesinde ekolojizmin müstakil bir ideoloji olarak tanımlanması ışığında yeşil siyaset teorisinin devlet teorileri alanına yansması ele alınmaktadır. Bununla bağlantılı olarak günümüz modern devletlerinin meşruluk iddialarında başvurduğu yeşil demokrasi, yeşil yurttaşlık, yeşil siyaset ve çevrecilik gibi yeşil politikanın<sup>6</sup> çeşitli kavramları, yeşil devlet kudreti başlığı<sup>7</sup> altında bir arada düşünülmemekte ve incelenmektedir.

Gerçekten de günümüzde modern devletlerin demokratik meşruiyet iddiaları için siyasal ekolojide dayanak noktası araması, "Leviathan'ın yeşilleşmesi" (*Greening Leviathan*) olarak adlandırılmakta<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Bu çeşitli versiyonlar, Aydınlanma düşüncesinden kaynağını alan insan merkeziliğe dayalı olmaya, insan ile insan olmayanın esenliğinin birbirine bağlı olduğunu vurgulamaya ve insan olmayana tam anlamıyla ahlaki bir değer atfetmeye bağlı olarak şekillenmektedir. Brian Baxter, *Ecologism: An Introduction*, Edinburgh University Press, Edinburg, 2008, s. 7.

<sup>6</sup> Derek Wall (Çev. İlnur Urkun Kelso), *Yeşil Politika*, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 19-20 (Yeşil Politika).

<sup>7</sup> Nitekim Köybaşı, Anayasa Hukuku alanında "yeşil anayasalcılık" kavramı tercihini açıklarken ekolojizm ve çevreciliğin daha dar bir düşünsel ve siyasal alana tekabül ettiği, yeşil siyasal düşüncenin ise pek çok farklı görünümü olduğu ve bu nedenle bu farklı görünümlerin hepsini kapsayıcı bir tabir olarak yeşil nitelemesini tercih ettiğini belirtmektedir. Serkan Köybaşı, *İklim Değişikliğine Karşı Yeşil Anayasalcılık*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s. VII. Genel Kamu Hukuku alanında da benzer bir yol izlenmiş olup, yeşil siyasal düşüncenin farklı versiyonlarının devlet iktidarına yansması incelenirken devleti nitelemek üzere yeşil tabiri tercih edilmiştir.

<sup>8</sup> Andreas Duit, Peter H. Feindt, James Meadowcroft, "Greening Leviathan: The Rise of the Environmental State?", *Environmental Politics*, 2015, Cilt 25, Sayı 1, s. 5; Douglas Torgerson, Robert Paehlke, "Environmental Administration: Revising the Agenda of Inquiry and Practice", Ed. Robert Paehlke, Douglas Torgerson, *Managing Leviathan Environmental Politics and the Administrative State*, 2. Bası, Broadview Press, Toronto, 2005, s. 8. Bu noktada belirtmek gerekir ki bu çalışmada da benzer şekilde siyasal ekoloji perspektifinden devletin normatif-teorik gerekçelendirilmesinin tartışılması amacıyla devlet kudretine işaret etmek üzere, Hobbes'un eserinin adı olan ve zamanla devleti anlatmak için kullanılan genel bir tabire dönüşen

ve bu durum devletlerin hangi siyasal rejimi benimserse benimsensin, yeşil siyasal düşüncenin etkisi altında olduğu hususunu yansıtmaktadır. Dolayısıyla siyasal yelpazenin neresinde olursa olsun, devletler yeşil siyasal düşünceyi kendi politikalarına ve hukuklarına aktarırken çevreye duyarlı politikalar içeren insan merkezli yaklaşımlardan doğa ana hakları gibi daha köktenci yaklaşımlara ve yeşil siyasetin otoriter görünümüne kadar ekolojizmin farklı versiyonlarına atıfta bulunmaktadır. Bu gibi siyasal tercihler ise siyasal iktidarı etkilemektedir. Bu çalışma bakımından da siyasal ekolojinin etkisiyle devlet kudretinin nasıl bir görünüm aldığı, başka bir tabirle “yeşilleştiği” tartışılmaktadır.

Bu mesele tartışılırken literatürde farklı yazarlar farklı tabirleri tercih edebilmektedir. Söz gelimi Duit, Feindt ve Meadowcroft<sup>9</sup>, “çevre devleti” kavramını; Eckersley<sup>10</sup>, Dryzek, Downes, Hunold, Schlosberg ve Hernes<sup>11</sup> “yeşil devlet” kavramını kullanmayı tercih etmişlerdir. Bu noktada Duit, Feindt ve Meadowcroft, literatürde devletin yeşilleşmesine yönelik standart bir kavram kullanımının mevcut olmadığına dikkat çekmektedir. Bu çalışmada da yeşil devlet kavramı tercih edilmiştir. Eckersley’nin altını çizdiği üzere, “yeşil devlet” tabirinin tercih edilmesinin nedeni, bir dizi programatik çevre hedefine

---

“Leviathan” ifadesi tercih edilmiş ve devletin yeşil siyasal düşünce yaklaşımına göre meşruluk zeminini değerlendirmek üzere kullanılmıştır. Aynı zamanda çalışma içinde doğa durumundan devletli yaşama geçiş bağlamında ortaya konulan toplum sözleşmesi düşüncesi çerçevesinde siyasal iktidarın kaynağı tartışılırken Hobbes’un görüşlerine başvurulmuş olup, bu görüşler mahkûmun ikilemi ve müşterekler yaklaşımı ışığında değerlendirilmiştir.

<sup>9</sup> Andreas Duit/Peter H. Feindt/James Meadowcroft, “Greening Leviathan: The Rise of the Environmental State?”, *Environmental Politics*, 2015, Cilt 25, Sayı 1, s. 5.

<sup>10</sup> Robyn Eckersley, *The Green State: Rethinking Democracy and Sovereignty*, The MIT Press, Cambridge-Massachusetts-London, 2004, s. 1-2 (The Green State).

<sup>11</sup> John S. Dryzek/David Downes/Christian Hunold/David Schlosberg/Hans-Kristian Hernes, *Green States and Social Movements: Environmentalism in the United States, United Kingdom, Germany, and Norway*, Oxford University Press, Oxford, 2003, s. 164-165.

sahip yeşil bir parti hükümeti tarafından yönetilen liberal demokratik bir devleti incelemekten ziyade, bunun ötesine geçerek “ekolojik olarak sorumlu devlet” olarak adlandırılabilir bir politik pratiğe sahip yeşil devletin normatif teorisi<sup>12</sup> üzerine bir tartışma yürütülmek istenmesidir. Bu amaçla tarihsel arka planı, güncel siyasal gelişmeler, iktidar unsuru ve ekolojinin devleti konuşturduğu yer dikkate alınarak devlet kavramı tartışılmaktadır.<sup>13</sup> Bu çerçevede siyasal ekolojinin mevcut demokrasilere yönelik eleştirileri, temel değerleri ve stratejisi dikkate alınarak, siyasal iktidar, birey-devlet ilişkileri, hukuk ve ekonomik sistem hakkındaki çağdaş tartışmalar ışığında bir değerlendirme yapılmıştır.

### I. Siyasal Düşünceler Tarihinde Ekolojinin Yeri ve Önemi

Canlı organizmalar ve çevreleri arasındaki ilişkiyi inceleyen bir biyoloji dalı olarak ortaya çıkan ekolojinin, tarihsel olarak 1960’lı yıllardan bu yana kendini yeşil veya çevreci olarak tanımlayan toplumsal hareketler tarafından benimsenen bir kavrama dönüşmüştür. Bu şekilde politik bir terim görünümü alan ekolojinin<sup>14</sup>, 1980’li yılların başından itibaren düşünsel anlamda olgunluğa erişmiş müstakil bir ideoloji olarak ortaya çıkarak bir dizi farklı ama birbiriyle ilişkili görüşü kapsayan bir ideoloji haline gelmiştir. Ekolojinin 2000’li yıllardan itibaren ise demokratik rejimlerde bağımsız siyasal düşünce ve eylemin yerleşik bir kaynağını oluşturduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla ekolojinin nispeten özerk, az çok tutarlı bir dünya görüşü haline

<sup>12</sup> Robyn Eckersley, *The Green State: Rethinking Democracy and Sovereignty*, The MIT Press, Cambridge-Massachusetts-London, 2004, s. 2.

<sup>13</sup> Abdurrahman Saygılı/H. Gökçe Zabunoğlu, “Kavramsal ve Kuramsal Açısından Devlet Üzerine Notlar”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 17, Sayı 193, 2019, s. 159.

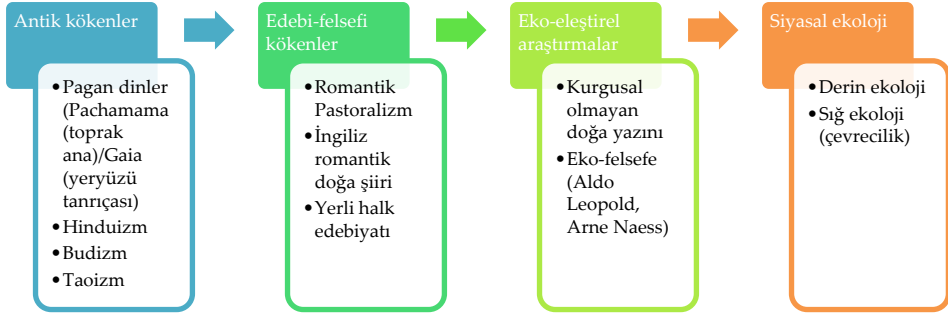
<sup>14</sup> Bu çalışma kapsamında müstakil bir ideoloji olarak ele alındığından “ekolojinin” kavramı tercih edilmiş olup, okumayı kolaylaştırmak ve metin içi akıcılığı sağlamak amacıyla ekolojinin politik ajandası bağlamında siyasal ekoloji, siyaset teorisi bağlamında ise yeşil siyasal düşünce kavramları kullanılmıştır.

gelmesi ve bir eylem reçetesi sunması klasik ideolojilere<sup>15</sup> kıyasla yeni bir gelişme olarak kabul edilmekte ve siyasal düşünceler içinde çağdaş ideolojiler başlığı altında incelendiği görülmektedir.<sup>16</sup> Çalışmanın bu kısmında öncelikle ekolojizmin klasik ideolojilere yönelttiği eleştiriler, bu eleştiriler bağlamında ortaya koyduğu değerler sistemi, stratejileri ve ekolojist ideolojinin kendi içinde farklı versiyonları üzerinde durulmaktadır.

---

<sup>15</sup> Bu çalışma kapsamında Hoffman ve Graham'ın tercih ettiği gibi devletin meşruiyetini merkezî bir mesele olarak ele alan ideolojiler olan liberalizm, sosyalizm ve muhafazakârlık için klasik ideolojiler kavramı kullanılmıştır. Hoffann ve Graham klasik ideolojilerin yanı sıra çağdaş/güncel (*contemporary*) ideolojilerden bahsetmektedir. Yazarlar, çağdaş ideolojileri klasik ideolojilerden ayırırken çağdaş ideolojilerin klasik olarak sınıflandırılanlardan farklı olarak, iç egemenlik ile uluslararası siyaset arasındaki keskin ayrıma karşı çıkışlarından hareket etmektedirler. Bu anlamda ekolojizm de çağdaş ideolojiler sınıfına denk düşmektedir. Söz gelimi ekolojizm, diğer ideolojilerden farklı olarak doğanın korunması için hem küçük ölçekli topluluklar düzeyinde hem de küresel eylem gerektiren birbirine bağlı bir bütün olarak örgütlenme gerektiğini savunmaktadır. Böylece ulusal sınırlara değil, ulus altı ve ulus üstü örgütlülüğe işaret etmekte ve siyaseten odak noktasını devletten ciddi oranda ayırmaktadır. John Hoffman/Paul Graham, *Introduction to Political Theory*, 3. Bası, Routledge, Londra ve New York, 2015, s. 305.

<sup>16</sup> Heywood, s. 206; Hoffman/ Graham, s. 356; Michael Kenny, "Ecologism", *Political Ideologies: An Introduction*, Ed. Robert Eccleshall/Alan Finlayson/Vincent Geoghegan/Michael Kenny/Moya Lloyd/Iain Mackenzie/Rick Wilford 3. Bası, Routledge, Londra ve New York, 2003, s. 152.

Tablo 1: Siyasal Ekolojinin Tarihsel Gelişimi<sup>17</sup>

Ekolojizm de klasik ideolojilere benzer şekilde Antik düşüncenin ürettiği kavramları modern dünyaya uyarlayarak bakış açısını geliştirmiştir. Onlardan ayrıldığı nokta ise ekolojizmin, klasik ideolojilerin takip ettiği Batılı/Kuzeyli düşünme biçimi yerine Doğulu/Güneyli düşünme biçimini benimsemesidir. Gerçekten de pagan dinlerden gelen doğa ana kavramı ile Hinduizm, Budizm, Taoizm dinlerinin felsefi temelleri ekolojizmin değerler sisteminde etkili olmuştur.<sup>18</sup> Ekolojistlere göre doğa içsel ve müstakil bir değere sahiptir. Ekolojizmin görevi ise sosyo-ekonomik açıdan endüstriyalizm olarak karşımıza çıkan insan-merkezli dünya görüşünü eleştirmektir. Bu anlamda ekolojizm eko-merkezlidir (ekosentriktir). Dolayısıyla ekolojistler, diğer ideolojilerden türetilen değerleri benimsememekte, buna karşılık farklı değerlerin birbirine indirgenemez ve aynı zamanda

<sup>17</sup> Bu tablo, Heywood'un "Political Ideologies: An Introduction" başlıklı eserinin 207-211 sayfaları arasındaki açıklamalar ve Heise'in "Comparative Literature and the Environmental Humanities" başlıklı raporu dikkate alınarak oluşturulmuştur. Bkz. Heywood, s. 207-211; Ursula K. Heise, "Comparative Literature and the Environmental Humanities", *State of the Discipline Report*, American Comparative Literature Association, 9 Mart 2014, <https://stateofthedisipline.acla.org/entry/comparative-literature-and-environmental-humanities> (02.07.2024).

<sup>18</sup> Heywood, s. 212.

birbirine bağımlı bir sistem olarak eko-sistem ya da yeryüzü açısından değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmektedirler.<sup>19</sup>

Ekolojizmin edebi-felsefi kökenlerine bakacak olursak 18. yüzyıl sonu ve 19. yüzyıl başını kapsayan romantik pastoral döneme tekabül ettiği görülmektedir. İngiliz romantik doğa şiir akımıyla karakterize olan bu dönemde edebiyatta doğa, duygu ve bireycilik odaklı bir dönüşüm yaşandığı görülmektedir. Romantik şairler, doğal dünyaya ve insan dışı varlıklara duydukları saygıyı ve hayranlığı ifade etmek, buna karşılık sanayileşme, toprak mülkiyeti, tüketim ve kentleşmeyi eleştirmek için kırsal yaşamı ve doğayı idealize eden bir edebi tarz olan pastoral geleneği kullanmışlardır.<sup>20</sup> 20. yüzyıla gelindiğinde dünyada çevreci toplumsal hareketin ve kapitalizmin eleştirisinin yükselişine paralel olarak romantik pastoral edebi metinler, bu defa eko-eleştirel araştırmaların konusu haline gelmiştir. Nitekim eko-eleştiri, fiziksel dünyanın edebi metinlerdeki temsilini ve bu metinlerin üretildiği sosyal bağlamları incelemektedir. Bu doğrultuda eko-eleştirel araştırmalar, günümüz ekolojik sorunlarını doğuran tutum ve uygulamaları açıklamaya çalışan ve aynı zamanda insan dışı canlılar ve ekolojik süreçlerle ilişkili haklara veya değerlere saygı gibi sürdürülebilir

---

<sup>19</sup> Hoffman/Graham, s. 358; Wall, Yeşil Politika, s. 59-60; Büşra Uyar, *İnsan Haklarına Ekolojik Yaklaşım Çerçevesinde İklim Mülteciliği*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 29.

<sup>20</sup> Jeremy Davies, "Romantic Ecocriticism: History and Prospects", *Literature Compass*, Cilt 15, Sayı 9, 2018, s. 3. Merkezi planlamaya dayalı endüstrileşmiş modern toplumlar karşısında, insanlığın doğal dünya ile daha uyumlu bir ilişki geliştirdiği varsayılan küçük ölçekli tarımsal komünalizmin erdemlerinin ve modern öncesi yaşam biçimlerine duyulan neo-ortaçağcı nostaljik özlemin ön plana çıkarılması, ekolojizmin ütopyacılığını göstermektedir. Eko-ütopyacılık ise liberal bireycilik tarafından öne sürülen değerler dizisi ve tüketimci benlik modeline karşı makul ölçüde kapsamlı bir ahlaki alternatifi, siyasal marjinlerden çağdaş toplumun kamusal alanına taşıyan eko-eleştirisinin kapısını aralamıştır. Michael Kenny, "Ecologism", *Political Ideologies: An Introduction*, Ed. Robert Eccleshall/Alan Finlayson/Vincent Geoghegan/Michael Kenny/Moya Lloyd/Iain Mackenzie/Rick Wilford 3. Bası, Routledge, Londra ve New York, 2003, s. 155.

uygulamalara yönelik alternatif düşünce ve davranış biçimlerini araştıran bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>21</sup>

Kurgusal yazından kurgusal olmayan eleştirel doğa yazınına geçişle birlikte yeşil siyasal düşünce kendi içinde eleştirel bir tutum sergileyerek iki farklı ekole ayrılmıştır. Bunlar, literatürde ekolojizm olarak adlandırılan derin ekoloji (*deep ecology*) ve çevrecilik (*environmentalism*) olarak adlandırılan sığ ekoloji (*shallow ecology*) olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira çevreciler, insanın biricikliğine ve dünyaya bakış açısının eşsizliğine ilişkin Aydınlanma düşüncesini kabul ederken, başka bir anlatımla insanı doğanın üstünde ya da dışında bir yerde konumlandırırken, ekolojistler bu felsefi konuma karşı çıkmaktadırlar. Onlara göre insan yaşamı, hayvanlar, ağaçlar, nehirler ve dağlar gibi insan olmayan varlıkları birbirine bağlayan bir ağ olan yaşam “ağında” sadece bir “ilmek” olduğu ölçüde değerlidir. Dolayısıyla nihai değere sahip olan ilmeklerden ziyade ağın kendisidir.<sup>22</sup> Bu noktada ekolojizmin hem diğer ideolojilere hem de kendi içinde yönelttiği eleştirilere bakmakta fayda vardır.

### A. Sığdan Derine Ekolojizmde Klasik İdeolojilerin Eleştirisi

Siyasal bir ideoloji olarak ekolojizm, doğanın birbirine bağlı bir bütün olduğu, insanları olduğu kadar insan olmayanları ve cansız dünyayı da kapsadığı düşüncesine dayanmaktadır. Dolayısıyla ekolojizmin klasik ideolojilere yönelik temel eleştirisi, klasik ideolojilerin insan-merkezli (antroposentrik) bakış açısına (*anthropocentrism*)<sup>23</sup> dayalı

<sup>21</sup> Kevin Hutchings, “Ecocriticism in British Romantic Studies”, *Literature Compass*, Cilt 4, Sayı 1, 2007, s. 172-173.

<sup>22</sup> Arne Naess, “The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement: A Summary”, *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, Cilt 16, Sayı 1-4, 1973, s. 95; Hoffman, Graham, s. 358.

<sup>23</sup> Antroposentrik bakış açısına göre “hayvanlar, bitkiler, ekosistemler ve bütün doğa sadece insan ve insanların çıkarları ile ilgili olarak bir değere sahiptir” Buna araçsal değer denilmektedir. Dolayısıyla bu bakış açısında doğa, insanın çıkarları için araçsallaştırılmaktadır ve tek başına bir değer olarak görülmemektedir. Bu bağlamda doğanın korunmasının tek kabul edilebilir gerekçesi insanların biyolojik ve ekonomik yaşamının ön koşulu olan temel ihtiyaçlarının karşılanmasıdır. doğaya bağlı olmasıdır. ECO-Center,

varsayımların sorgulamasından kaynaklanmaktadır.<sup>24</sup> Antroposentrik bakış açısının, insan ihtiyaçlarının ve çıkarlarının öncelikli öneme sahip olduğuna ilişkin ahlaki ve felsefi temellerini Descartes'ın düşüncesinde bulmak mümkündür. Descartes'a göre:

“[A]teşin, suyun, havanın, yıldızların, göklerin ve bizi çevreleyen diğer tüm cisimlerin gücünü ve hareketini, zanaatkârlarımızın çeşitli zanaatlarını bildiğimiz kadar açık bir şekilde bilerek, onları aynı şekilde uyarlandıkları tüm kullanımlara uygulayabileceğimiz ve böylece kendimizi doğanın efendileri ve sahipleri haline getirebileceğimiz bir pratik keşfetmenin mümkün olduğunu anladım.”<sup>25</sup>

Bu noktada Aydınlanma düşüncesinin temelinde yer alan akıl yoluyla bu dünyada mutluluğa ulaşma hedefi, bilimsel bilgi üretimi anlamına gelmekte ve bu tür bilgi teknolojiye uyarlanmaktadır. Doğa yasalarının bilim aracılığıyla keşfi ve bunun teknolojiye uyarlanarak insanın hizmetine koşulması ise doğanın insanın emrine sunulması olarak anlaşılmaktadır. Bu da modern bireyin, toplumun ve devletin esasını oluşturmaktadır. Zira Aydınlanma düşüncesinin çıkış noktası, Descartes'ın öne sürdüğü üzere doğayı eylemsiz, bilimsel yöntemi ise açıkça tasarlayan/eyleyen olarak varsaymaya dayanmaktadır. Gerçekten de edilgen doğa, insan akli aracılığıyla işlenmekte ve toplumun hizmetine sunulmaktadır. Diğer bir anlatımla *res extensa* (maddi varlık) olan doğayı niceliksel, matematiksel ve mekanik akıl yürütme yoluyla *res cogitans* (düşünen öz) tarafından manipüle edilecek bir nesne olarak kabul eden yaklaşım, insanı doğanın efendisi ve sahibi olarak gören anlayışın temelinde yer almaktadır.<sup>26</sup>

---

“Antroposentrik Bakış Açısı”, <https://uni-ecoaula.eu/index.php/tr/2-uncategorised/885-3-2-antroposentrik-bak-s-ac-s?showall=1> (28.06.2024).

<sup>24</sup> Heywood, s. 206.

<sup>25</sup> René Descartes (Çev. John Veitch), *Discourse on the Method of Rightly Conducting the Reason, and Seeking Truth in the Sciences*, The Project Gutenberg eBook, <https://www.gutenberg.org/files/59/59-h/59-h.htm> (28.04.2024).

<sup>26</sup> Jesse Sarneel, *Descartes and the Control of Nature*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Leiden Üniversitesi İnsani Bilimler Fakültesi, 2015, s. 2.



Nitekim klasik ideolojilerin başlangıcı (meta ideoloji) kabul edilen liberalizme göre doğa insan ihtiyaçlarını karşılayacak bir kaynaktır. Bu nedenle insanların doğa üzerindeki hakimiyeti genellikle sorgulanmaz. Doğanın kendi başına bir değeri mevcut değildir, ancak insan emeği ile dönüştürüldüğünde veya insan amaçları için kullanıldığında değer kazanır.<sup>27</sup>

İnsanların “doğanın efendileri ve sahipleri” olduğu Descartesçi görüş, liberalizmde de yankılarını bulmuştur. Zira Locke’a göre:

*“Yeryüzü ve diğer bütün ast yaratıklar insanların tümüne ortaklaşa ait olmasına rağmen her insan yine de kendi kişisi üzerinde bir mülkiyete sahiptir... Doğanın sağladığı ve içinde muhafaza ettiği şeylerden, insan, emeğini kattığı ve kendi özüne ait olan bir şeyleri birleştirdiği şeyi bu durumun dışına çekip çıkarır ve bu yolla bu şeyi mülkiyeti haline getirir. Bu şey doğanın içine koyduğu ortaklaşa durumdan bu kişi tarafından çıkarıldığından, bu emekle bu şeye diğer insanların ortaklaşa hakkını dışlayan bir şeyler eklenmiştir.”<sup>28</sup>*

Bu noktada doğa bilimlerinde geçerli olan yasalar, toplumsal-siyasal alana aktarılarak modern toplumu ve devleti meydana getiren modern birey, mülkiyet ve iktidar ilişkilerinin temellerini oluşturmaktadır. Bu bağlamda ekolojizm, modern toplumların kurucu ideolojisi liberalizmin doğayı insanın emrinde edilgen ve tek başına değeri olmayan bir nesne olarak gören bakış açısını eleştirmektedir. Zira yeşil siyasal düşüncenin temelinde yer alan “her şeyin birbirine bir ağ gibi bağlı olduğu” ilkesine göre doğa insanın emrinde bir nesne değildir, insan doğanın birbirine bağlı parçalarından sadece birini teşkil etmektedir. Bu durumda klasik ideolojilerin metodolojisinden ayrılan siyasal ekolojiye göre insanlığın doğadaki yeri, sistemlerin ve ilişkisel perspektiflerin kullanımı yoluyla açıklanmaktadır.<sup>29</sup> Dolayısıyla ekoloji,

<sup>27</sup> Heywood, s. 210.

<sup>28</sup> John Locke (Çev. Fahri Bakırcı), *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme: Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni, Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme*, Ebabel Yayınları, Ankara, 2012, s. 24, para. 27.

<sup>29</sup> Arne Naess/David Rothenberg, *Ecology, Community and Lifestyle: Outline of An Ecosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, s. 36.

birey, hane halkı ve toplumdaki daha geniş bir anlama sahip olup, yeryüzü bilimi ile ilgilenmektedir. Böylece yeryüzündeki canlı organizmalar ve etkileşime girdiği çevreden, diğer bir ifadeyle ekosferdeki yaşam koşullarından esinlenen felsefi bir dünya görüşü veya sistem olarak ekolojik felsefeye göre<sup>30</sup> insan merkezde değildir, sadece ekosistemin bir parçasıdır. Ekolojizmin bu bakış açısı, klasik ideolojilerin birey, eşitlik, özgürlük, mülkiyet gibi modern toplumun dayanağını oluşturan kavramlara ilişkin “insan doğadan üstündür” formülünü dönüştürmeyi amaçlamaktadır.

Liberaller gibi diğer bir siyasal düşünce geleneğini oluşturan sosyalistlerin de doğayı yalnızca bir kaynak olarak görmesi yeşil siyasal düşünce tarafından eleştirilmektedir.<sup>31</sup> Her ne kadar hem ekolojizm hem de sosyalizm, kapitalizmin çevresel felaketlerin ana nedeni olduğu konusunda ortaklaşa da kapitalizmin ortadan kaldırılması sonrası nasıl bir sistemin geçerli olacağı konusunda bu iki ideoloji arasında görüş ayrılığı söz konusudur. Gerçekten de sosyalizm kapitalist sınıf yerine tüm insanlığın iyiliği için de olsa yeryüzünü sömürmeyi benimseyen bir ekonomik büyümeyi destekleyebilmektedir. Bu haliyle ekolojizm, sosyalizm ile çatışmaktadır.<sup>32</sup>

Bu bağlamda yeşil siyasal düşünceye göre “endüstriyalizm”, hem kapitalizmi hem de sosyalizmi, dolayısıyla sağ ve sol siyasal düşünceyi kapsayan bir “süper-ideoloji” olarak karşımıza çıkmaktadır. Büyük ölçekli üretim, sermaye birikimi ve durmaksızın büyüme özellikleriyle tanımlanan endüstriyalizm, materyalizme, faydacı değerlere, bilime ve teknolojiye olan mutlak inanca dayanmaktadır.<sup>33</sup> Dolayısıyla ekolojizm bakımından bu süper-ideoloji, klasik ideolojilerin ortak eleştiri noktasını oluşturmaktadır.

Bu eleştiriler, klasik ideolojilerin söylem ve eylemlerinin yanı sıra ekonomi, ahlak ve sosyal organizasyon hakkında yerleşik fikirlerinin de sorgulanmasını ve bunlara alternatifler üretilmesini beraberinde

---

<sup>30</sup> Naess/Rothenberg, s. 37-38.

<sup>31</sup> Heywood, s. 210.

<sup>32</sup> Heywood, s. 219.

<sup>33</sup> Heywood, s. 213.

getirmiştir.<sup>34</sup> Zira endüstrileşme ve hızlı ekonomik büyüme; hava, akarsu, deniz kirliliği, ormansızlaştırma, hayvanlar üzerinde deney ve sera gazı emisyonundaki artışla karakterize olan karbon ekonominin yol açtığı iklim değişikliği gibi hem insan ırkının hem de üzerinde yaşadığı gezegenin hayatta kalmasını tehlikeye attığı şeklinde toplumda çevresel kaygıları doğurmuştur. Bu kaygılar, 1980'li yıllarda mevcut siyasal sistemin eleştirisine dönüşmüştür.<sup>35</sup> Dolayısıyla ekolojizm, endüstriyalizmin merkezde olduğu mevcut iktidar ilişkilerini ortadan kaldırmaya ya da en azından değiştirmeye yönelik bir ideoloji olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu noktada ekolojizmin klasik ideolojilere yönelttiği eleştirilere nasıl bir alternatif önerdiği hususunda yeşil siyasal düşünce kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, kendilerini ekolojistler olarak tanımlayan derin ekoloji ile çevreciler olarak tanımlayan sığ ekoloji olarak karşımıza çıkmaktadır. Ekolojizm, çevrecilikten ayırt edici özellikleriyle tanımlanmaktadır. Zira çevrecilik, öncelikle çevresel bozulmanın insanlar üzerindeki sonuçlarına ve çevreyi koruma isteğine dayanırken; ekolojizm, ekoloji veya doğa olgusunu değer kaynağı olarak görmektedir.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Heywood, s. 206.

<sup>35</sup> Heywood, s. 207-208.

<sup>36</sup> Hoffman/Graham, s. 356.

**Tablo 2: Hâkim Dünya Görüşü ile Siyasal Ekolojinin İki Ana Ekolünün Karşılaştırılması<sup>37</sup>**

Hâkim Dünya Görüşü	Sığ Ekoloji (Çevrecilik)	Derin Ekoloji (Ekolojizm)
Doğa üzerinde hakimiyet	"Hafif" insan-merkezcilik	Eko-merkezcilik
İnsanlar için kaynak olarak doğal çevre	Doğanın araçsal değeri	Doğanın kendine özgü değeri
Artan insan nüfusu için maddi/ekonomik büyüme	Sürdürülebilir büyüme	Küçülme
Doğaya zarar verse de yüksek teknolojiye dayalı olma	Bilim ve teknolojinin çevresel sorunların çözümünde kullanılması	Mistisizm ve holizm
Ulusal ve merkezi toplum	Kişisel gelişime dayalı eko-yurttaşlık	Ekosistemleri topluluk olarak tanımlayan biyobölgecilik
İsteklerin tatminine dayalı tüketicilik	Çevreci bilince dayalı tüketicilik	Elindekiyle yetinme/geri dönüşüm
İnsan hakları	Hayvan refahı	Hayvan hakları ve doğanın hakları

Çevrecilik hâlâ mevcut ideolojilerde olduğu gibi insan merkezli bir bakış açısı sunarken, ekolojizm yerleşik değerler sisteminin aksine merkeze doğayı koymakta ve insanı doğanın bir parçası olarak ele almaktadır. Bu nedenle çevrecilik, diğer ideolojilerle birleştirilebilmekte, siyasal pratik açısından farklı ideolojilerden politikacılar çevreciliğin retorliğini ve bazen de politikalarını benimseyebilmektedirler. Başka bir anlatımla çevrecilik, doğaya sadece insan bilinci ve insanî kaygılarla ilişkili olarak değer atfetmekte ve bu nedenle çevrecilik, liberalizm, sosyalizm ya da muhafazakâlık gibi ideolojilerin ikincil bir bileşeni olarak konumlandırılabilir. <sup>38</sup> Buna karşın çevreciliğin benimsenmesi, ekolojizmin mevcut siyaset içinde onaylanması anlamına

<sup>37</sup> Bu Tablo oluşturulurken Heywood'un ekolojizm içindeki gerilimleri karşılaştırdığı tablosu ile Devall ve Sessions'ın egemen dünya görüşü ile derin ekoloji arasındaki karşıtlığı ortaya koyduğu tablosundan yararlanılmıştır. Bkz. Heywood, s. 211; Bill Devall/George Sessions, "Deep Ecology", *Environmental Ethics Readings in Theory and Application*, Ed. Louis P. Pojman, Paul Pojman, Katie Mcshane, 7. Bası, Cengage Learning, Boston, 2017, s. 234.

<sup>38</sup> Hoffman/Graham, s. 358.

gelmemektedir.<sup>39</sup> Nitekim derin ekolojiye göre insanlar dünyayı değiştirmişlerdir ve değiştirmeye devam edeceklerdir. Ana mesele, bu değiştirme eylemine nasıl yaklaşıldığıdır. Zira derin ekoloji, dünyaya müdahalenin niteliği ve kapsamıyla ilgilenmekte olup, vahşi doğayı ya da vahşi doğaya yakın alanları koruma ve genişletmeye ilişkin siyasal bir mücadele yürütmektedir.<sup>40</sup> Bu noktada derin ekoloji, endüstriyalizmi bir üretim ve tüketim ideolojisi olarak tanımlamaktadır. Başta zengin Batı ülkeleri olmak üzere mevcut tüm sanayi devletlerinde süregelen ekonomik yaşam yeni sözde ihtiyaçlar yaratmaya ve yeni müşterileri maddi tüketimlerini arttırmaya ikna etmeye dayanmaktadır.<sup>41</sup> Bu da bizi Sanayi Devrimi'nin insan eliyle gerçekleşmiş ve fakat istenmeyen sonuçlarına götürmektedir. Nitekim ekolojizmin vurguladığı insan eylemi kaynaklı istenmeyen sonuç, Sanayi Devrimiyle yaşanan ve küresel çapta etkisini gösteren küresel ısınma ve buna bağlı iklim değişikliğidir.

Gelinen noktada bu sonuç, iklim krizi olarak adlandırılmaktadır. Başka hiçbir tür, gezegeni bir bütün olarak etkileme kapasitesine sahip değildir ve insan türünün bu potansiyeli fark etmesi şimdiye kadar zaman almıştır.<sup>42</sup> Bu nedenle derin ekoloji, sığ ekolojiden farklı olarak, ekonomik büyümenin salt teknolojik çözümlerle mevcut ekonomik, politik ve toplumsal pratiklerin sınırları dahilinde çözülemeyeceğini, endüstrileşmiş ve endüstrileşmekte olan toplumların büyüme hedeflerinin doğaya karşı tehdit oluşturmaya devam ettiğini ve büyümenin yol açtığı sorunların birbirinden yalıtık biçimde ele alınamayacağını belirtmektedir.<sup>43</sup> Bu noktada ekolojizmin klasik ideolojilere eleştirileri doğrultusunda bir ideoloji olarak ortaya koyduğu temel değerlere ve stratejisine bakmakta fayda vardır.

---

<sup>39</sup> Hoffman/Graham, s. 356.

<sup>40</sup> Naess/Rothenberg, s. 30.

<sup>41</sup> Naess/Rothenberg, s. 25.

<sup>42</sup> Andrew Dobson, *Environmental Politics: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 10 (Environmental Politics).

<sup>43</sup> Andrew Dobson (Çev. Cengiz Yücel), *Ekolojizm*, Yeni İnsan Yayınevi, 2. Bası, İstanbul, 2017, s. 102 (Ekolojizm).

## B. Yeşil Siyasal Düşünce: Ekolojizmin Temel Değerleri

Günümüzde dünyanın pek çok yerinde siyasa yapıcılarının, yeşil siyasal hareketin bilimsel veriler ışığında kirlilik ve kaynakların tükenmesi hususunda sunduğu normatif çerçeveyi ve değerlerinin geçerliliğini kabul ettiği görülmektedir. Bu noktada Naess, yeşil siyasal düşüncenin salt kirlilik ve kaynakların tükenmesiyle bağlantılı bilimsel verilerle sınırlı olmadığı ve bunun ötesinde sahip olduğu siyasal potansiyelinin göz ardı edilmemesi gerektiğinin altını çizmektedir. Gerçekten de Naess'e göre yeşil siyasal düşünce, ekolojik olmaktan ziyade ekofelsefidir (*ecophilosophical*). Zira ekofelsefeyi ekolojik uyum veya denge felsefesi olarak tanımlayan Naess'in belirttiği üzere, ekofelsefe hem tanımlayıcı hem de kural koyucu temeller üzerine tartışmaların yapıldığı en genel forum olmak bakımından siyaset felsefesinin bir parçasıdır. Bu anlamda ekofelsefenin vücut verdiği yeşil ideolojinin sığ veya derin farklı versiyonları yalnızca kirlilik, kaynaklar, nüfus ve benzeri gerçeklerde değil, aynı zamanda değer önceliklerinde de diğer ideolojilerin ortaya koyduğu değerlerden farklılaşacaktır.<sup>44</sup> Bu anlamda ekolojizmin siyaset felsefesi içindeki izdüşümü olan ekofelsefeyi, ekoloji (*ecosophy*) olarak adlandıran Naess, bilimsel temellerini ekolojizmden aldığı ve fakat salt bununla sınırlı olmayan güvenilir bir felsefi temele dayanması gerektiğinin altını çizerek siyasal düşünce içinde siyasal ekolojiye alan açmıştır.<sup>45</sup> Ekolojizmin siyaset felsefesi içindeki yerini Dobson "yeşil siyasal düşünce"<sup>46</sup>, Barry ve Baxter ise "yeşil siyaset teorisi"<sup>47</sup> olarak belirlemektedir. Bu da bizi ekolojizmin temel değerleri ve düşünce setinin ne olduğu sorusuna götürmektedir.

---

<sup>44</sup> Naess, s. 99.

<sup>45</sup> Hoffman/Graham, s. 366.

<sup>46</sup> Dobson, Ekolojizm, s. 20-21.

<sup>47</sup> Baxter, s. 7; Barry, "yeşil siyaset teorisi" tabirini tercih nedenini açıklarken bu ifadenin hem ekolojik hem de çevresel kavram setinin temel ayırt edici özelliği olan insan-insan olmayan ilişkilerinin maddi/metabolik boyutlarının yanı sıra insan olmayan dünyanın etik ve siyasal statüsüne odaklanması olduğunu belirtmektedir. Bu anlamda daha kapsayıcı görünmektedir. Aynı zamanda yeşil siyaset teorisi, alanı daraltıcı bir anlayışın ötesine geçerek Barry'ye göre yeşil siyasetin ekolojik olmayan ve doğayla ilgili olmayan

Sığ veya derin ekoloji gibi ekolojizmin farklı versiyonlarının üzerinde hemfikir olduğu ve ideolojiyi karakterize eden belli başlı değerler bulunduğu görülmektedir. Literatürde ekolojizmin dayandığı değerlere ilişkin çeşitli tasnifler yapılmaktadır. Örneğin Heywood'a göre ekolojizmin ana temaları "ekoloji, (ekolojik) sistem düşüncesi, sürdürülebilirlik, çevre etiği ve sahip olmaktan olmaya geçiş"tir.<sup>48</sup> Baxter'a göre ise ekolojizmin siyaset felsefesini dönüştürücü temel düşüncesi iki hususa dayanmaktadır. Bunlar (i) insan olmayanın ahlaki açıdan değerli olduğu ve (ii) bunun ise kısmen araçsal olmayan değerinden kaynaklandığıdır, diğer bir ifadeyle insan olmayanın değeri insan refahına katkısına dayanmamaktadır.<sup>49</sup>

Bu noktada ekolojizm, insanın, doğanın efendisi olduğu düşüncesine karşı çıkmaktadır. Bunun yerine Naess'in önerisi, her bir insan topluluğunun, tıpkı doğada olduğu gibi karşılıklı ilişkiler ağının bir parçası olarak görülmesidir. Bu ağ, aynı zamanda tüm insan türünü hayatta tutmaktadır. Buna karşılık insan türü, maddi zenginlik arayışında doğanın dengesini bozmakta ve insan yaşamını da mümkün kılan ekosistemleri tehlikeye atmaktadır. Bu nedenle ekolojizm, eko-merkezciliği desteklemekte ve insan-merkezciliği ya tamamen reddetmekte ya da biyosferde eşitlik, bütünsellik ve ilişkisellik doğrultusunda yeniden şekillendirmeye çalışmaktadır.<sup>50</sup> İnsan merkezciliğin bu şekilde reddedilmesinin en temel ahlaki ve siyasal sonucu doğayı ahlaki iyiliğin kaynağı olarak görmek olmuştur. Dolayısıyla doğa, sadece insanlara sağladığı faydalar nedeniyle "araçsal" bir değere değil, kendinde mündemiç olan ya da sırf doğa olarak var olduğu için bir değere sahiptir.<sup>51</sup> Belirtilen bu felsefi çerçeveyi

---

ilkelerine de alan açarak daha geniş bir teorik çerçeveyi oluşturmaktadır. John Barry, "Green Political Theory", Ed. Vincent Geoghegan/Rick Wilford, *Political Ideologies: An Introduction*, 4. Bası, Routledge, Londra, 2014, s. 153.

<sup>48</sup> Heywood, s. 209.

<sup>49</sup> Baxter, s. 51.

<sup>50</sup> Heywood, s. 209-210; Engin Arıkan, "Çevreci Düşünce ve Çevre Hukuku İçin Radikal Bir Kılavuz: Arne Naess'in Derin Ekoloji Yaklaşımı", *TAÜHFD*, Cilt 2, Sayı 1, 2020, s. 201-202.

<sup>51</sup> Heywood, s. 221.

“toprak (yeryüzü) etiği” olarak ortaya koyan Leopold’e göre ekomerkezcilik bakımından ahlaken değerli görülen, ekosistemleri de kapsayacak şekilde genişletilmeli ve hayvanlar, bitkiler, bitki ve hayvan sistemleri, dağlar ve nehirler de dahil edilmelidir.<sup>52</sup>

Bu doğrultuda ekolojizm, dünyayı üzerinde tekniğin uygulandığı bir makine olarak görmek yerine organik bir varlık olarak tanımlamaktadır. Birbirine ilmek ilmek bağlı organik bir ağ olarak ekosistem düşüncesi, ekolojizmi mekanik olmayan bir paradigma arayışına yönelmiştir. Bu çerçevede ekosistem düşüncesine açıkça göndermede bulunan bütünsel yaklaşım (*holism*) kavramı aracılığıyla bir sistem içindeki ilişkileri ve çeşitli unsurların bütün içindeki entegrasyonunu dikkate alan sistem düşüncesi savunulmaktadır.<sup>53</sup>

Sistem düşüncesi, her varlığın birlik ve bütünlüğüne vurgu yapan Hinduizm, Taoizm ve Budizm gibi Doğu inanç sistemlerinin yanı sıra pagan dinlerdeki “Toprak Ana” kavramının yeniden ele alınmasına dayanmaktadır. Nitekim Lovelock’un Antik Yunan çoktanrılı dinine ait yeryüzü tanrıçası olarak bilinen *Gaia*’dan esinlendiği “Gaia hipotezi” görüşü, kendinden önceki yeryüzünü herhangi bir anlamda canlı, hatta fizyolojik bir sistem olarak görmeyen bakış açısından ayrılarak, yeryüzünün biyosferinin, atmosferinin, okyanuslarının ve toprağının,

<sup>52</sup> Christine E. Gudorf/James E. Huchingson, *Boundaries: A Casebook in Environmental Ethics*, 2. Bası, Georgetown University Press, Washington, 2010, s. 8-9; Kıvılcım Akkoyunlu-Ertan, “Leopoldcü Düşünce ve Yeryüzü (Toprak) Etiği”, *Memleket Siyaset Yönetim*, Cilt 10, Sayı 23, 2015, s. 7.

<sup>53</sup> Heywood, s. 211-212. Günümüzde bütünsel yaklaşım salt yeryüzü ile sınırlı kalmamakta, teknik ve siyasal açıdan önemli olan dünyevî çevresel sınırların genişletilmesini savunmaktadır. Bu eğilim, yeraltı derinliklerinde, kriyosferde, üst atmosferde ve ötesinde gerçekleştirilen ve kirliliğe, güvenlik tehdidinde yol açan operasyonlar gibi eylemlere karşı ortaya atılmaktadır. Nitekim gezegenin yüzeyinin, diğer bir ifadeyle yeryüzünün çevresel yönetim için yetersiz hale geldiği ve önceden sınırların dışında olduğu düşünülen uzay gibi insan dışı alanların artık gündelik sosyal ve siyasal ağlara dahil olması ve normatif olarak düzenlenmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır. Valerie A. Olson, “Political Ecology in the Extreme: Asteroid Activism and the Making of an Environmental Solar System”, *Anthropological Quarterly*, Cilt 85, Sayı 4, 2012, s. 1028, 1029 ve 1041.



diğer yaşam biçimlerini karakterize eden aynı türden kendi kendini düzenleyen davranışlar sergileyerek, kendi kendini düzenleyen bir sistem olmak bakımından bütün parçaların toplamından fazlasını ifade ettiğini öne sürmektedir.<sup>54</sup> Bunun anlamı, insanların gezegenin dirliğine saygı göstermesi ve onun güzelliğini ve kaynaklarını korumak için harekete geçmesi gerektiğidir. Dolayısıyla gezegenin esenliği ve dirliği, şu anda üzerinde yaşayan herhangi bir türün refahından daha önemlidir.<sup>55</sup> Benzer şekilde And ve Ekvador yerli kültürlerinden türetilmiş kavramlar olan *Buen Vivir*'e (İyi yaşam) ve Ekvador ve Bolivya anayasalarında etkili olan *Pachamama*'ya (Doğa Ana), Yeni Zelanda yerlilerinden *Tuho* halkının kültürüne uygun olarak yürürlüğe konulan *Te Urewera* Yasası'na göre doğa bütüncül bir bakış açısıyla ele alınır. Zira doğa, insanlar da dahil olmak üzere her şeyi kapsayan canlı bir varlıktır ve doğadaki tüm varlıklar birbiriyle ilişkili olup, her birinin kendini gerçekleştirme hakkı vardır.<sup>56</sup> *Pachamama*, insanın doğa üzerindeki mutlak hakimiyeti anlayışına karşıdır. İnsan ile doğa arasında özne-nesne değil, özne-özne ilişkisi kurmaktadır. Dolayısıyla insanın hak öznesi olan doğaya bakmak ve onu korumak gibi hayati bir yükümlülüğü söz konusudur.<sup>57</sup>

Naess'in ve Lovelock'un ekolojizme yönelik felsefi açılımları mevcut etik anlayışını da değiştirmeyi önermektedir. Gerçekten de ekolojizmin değerler sistemi, etik standartları diğer türlere genişletmeye yönelmektedir. Bütünsel yaklaşımdan kaynağını alan böyle bir etik çerçeve insan olmayanın ahlaki açıdan değerli olduğu ve bu değerinin insan refahına katkısıyla ilişkili olmadığı anlayışına karşılık gelmektedir.

<sup>54</sup> James E. Lovelock, "Geophysiology, The Science of Gaia", *Reviews of Geophysics*, Cilt 27, Sayı 2, 1989, s. 216; Heywood, 2021, s. 211-212.

<sup>55</sup> Heywood, s. 212-213.

<sup>56</sup> Gonca Kuru, "Doğanın Hak Öznesi Olarak Kabulü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 30, Sayı 1, 2024, s. 76-78; Ensar Kuru, *Yeni Bir Yerküre Tasarımı: Ekolojik Anayasacılık*, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2023, s. 74-76; Uyar, 2021, s. 32.

<sup>57</sup> Santiago García Álvarez, "Environmental Policies and Pachamama in Ecuador: Theory and Practice in Rafael Correa's Government (2007–2013)", *International Journal of Environmental Policy and Decision Making*, Cilt 1, Sayı 3, 2015, s. 229; Uyar, s. 32-33.

Çevre etiğine göre insanlarla ilgili olarak geliştirilen ahlaki standartlar ve değerler diğer türlere ve organizmalara uygulanarak genişletilmelidir.<sup>58</sup> Bu da karşımıza hayvan özgürleşmesi ve hayvan hakları taleplerini çıkarmaktadır. Gerçekten de insanlar arası eşitlik ilkesinin çevre etiği gözetilerek genişletilmesi hayvanlar ve doğadaki diğer varlıkların insanlarla eşit olarak görülerek hakların öznesi olabilmelerine olanak vermektedir. Bu durumda ekolojizm, insanlar arası ayrımcılığa ve ırkçılık, cinsiyetçilik ve sağlamlılık gibi görünümüne benzer şekilde insan-hayvan arasında güdülen üst-ast ilişkisine, diğer bir anlatımla insan türünün diğer türlerden farklı, benzersiz ve üstün olduğuna türçülük teşkil ettiği için karşıdır.<sup>59</sup> Zira türçülük sonucu iklim değişikliği inkârı, canlı türlerinin neslinin tükenmesi ve ormansızlaştırma gibi tutumlar liberal ve muhafazakâr gibi klasik ideolojiler içinde kendine yer bulabilmektedir.<sup>60</sup>

Bu bakış açısının uygulanabilmesi için siyasal ekoloji, sürdürülebilirlik kavramına başvurmaktadır. Buna göre sürdürülebilirlik ilkesi, hem yoksulluk gibi günümüz sorunlarında sosyal adalet arayışının hem gelecek nesillere yansıtacak günümüz sorunlarını çözmeye yönelik nesiller arası iklim adaletinin hem de insan ile doğa arasında dağıtıcı adaletin ortaya konulmasında belirleyici rol oynamaktadır. Nitekim sürdürülebilirlik, ekolojizm açısından insanların, üzerinde yaşadıkları gezegenin sınırlarını bilen ve

---

<sup>58</sup> Geoffrey Garver, "Moving from Environmental Law to Ecological Law: Frameworks, Priorities and Strategies", *Ecological Integrity, Law and Governance*, Ed. Laura Westra/Klaus Bosselmann/Janice Gray/ Kathryn Gwiazdon, Routledge, Oxon-New York, 2018, s. 145; Heywood, s. 215.

<sup>59</sup> Ted Benton, *Natural Relations: Ecology, Animal Rights and Social Justice*, Verso, Londra ve New York, 1993, s. 92-93.

<sup>60</sup> Sheila D. Collins, "The Reactionary Turn in American Environmental Policy: The Trump Effect", *Ecological Integrity, Law and Governance*, Ed. Laura Westra/Klaus Bosselmann/Janice Gray/Kathryn Gwiazdon, Routledge, Oxon-New York, 2018, s. 131-132.

ekosistemin sürdürülebilirliği için kendi kendisini sınırlandırabilen topluluklara dönüşmesini öngörmektedir.<sup>61</sup>

Bu noktada kalkınmacı ve endüstriyalist kapitalist ekonomik büyüme modeli yerine büyümenin sınırları sorgulanarak buna alternatifler önerilmektedir. Dolayısıyla ekolojizmin temel stratejisi sürdürülebilirlik ilkesi çerçevesinde anlaşılabilir. Gerçekten de sürdürülebilir toplumun amacı, doğanın döngülerine karşı değil, onlarla birlikte istikrarlı şekilde hareket etmektir. Doğayla uyumlu, başka bir anlatımla ekosistemi örnek alan normatif bir çerçeveye ihtiyaç vardır. Böyle bir normatif çerçeve ise sürdürülebilir topluluklar oluşturarak insanların ihtiyaç ve heveslerini gelecek nesillere zarar vermeden giderebilecekleri sosyal, kültürel ve fiziksel ortamlar inşa edip geliştirmeyi içermelidir. Bu şekilde inşa olmuş bir toplumda “sürdürülen” husus, ekonomik büyüme ve rekabetçi avantaj yerine, uzun vadede insanın hayatta kalmasının buna bağlı olduğu yaşam ağının tamamıdır.<sup>62</sup>

Nitekim ekolojizmin sürdürülebilirlik ilkesi, ekonomik ölçüt olarak büyüme yerine küçülmeyi (*degrowth*) önceleyen bir ekonomik modeli meydana getirmektedir.<sup>63</sup> Capra ve Mattei, küçülmeye dayalı ekonominin “daha fazla değil, yeterince ekonomisi” anlamına geldiğini ve bunun için siyaseten yatay şekilde örgütlenmiş topluluklara ihtiyaç duyulduğunu ifade etmektedir.<sup>64</sup> Böyle bir ekolojik siyasal topluluk ise tüketimi sorgulamalı, “yeme, içme, giyinme ve barınma” gibi temel ihtiyaçların adil dağılımını sağlamalı ve bu bağlamda tüketimi azaltmalı, kirlilik kontrolü için geri dönüşüm yapmalı ve teknolojiyi bu amaçla kullanmalı, yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelmeli, küresel

---

<sup>61</sup> Klaus Bosselmann, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, Ashgate, Hampshire, 2018, s. 29 ve 97 (The Principle of Sustainability); Köybaşı, s. 219-220.

<sup>62</sup> Fritjof Capra / Ugo Mattei (Çev. Ebru Kılıç), *Hukukun Ekolojisi: Doğa ve Toplumla Uyumlu Bir Hukuk Sistemine Doğru*, Koç Üniversitesi Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2021, s. 187-188.

<sup>63</sup> Köybaşı, s. 302-305.

<sup>64</sup> Capra/Mattei, s. 192.

ticarete kısıtlamalar getirmeli, endüstriyel tarım yerine ekolojik tarım yapmalıdır.<sup>65</sup>

Dolayısıyla çevre etiği ve sürdürülebilirliğin bir uzantısı olarak küresel kapitalist ekonominin teşvik ettiği ihtiyacı olmadığı halde tüketimciliğe dayalı “sahip olarak mutlu olmak” formülünün dönüşmesi arzu edilmektedir.<sup>66</sup> Böylece “sahip olmaktan var olmaya geçiş”in sağlanması hedeflenmektedir. Zira kişinin esenliği ve mutluluğunun maddi varlıkların tüketiminin özendirilmesiyle ve aşırı tüketicilikle değil, doğa ile uyumlu bir yaşam kurmaya ve sürdürmeye bağlı görülmektedir. Gerçekten de üretilen malların küresel olarak dolaşımı ve aşırı tüketiminin teşviki bireycilik, tüketimcilik ve hedonizmi özendiren “Hollywood” gibi küresel kültür fabrikaları aracılığıyla klasik anlamda haklara sahip yurttaş kimliği yerine mallara sahip tüketici kimliğini geçirmeye çalışmaktadır.<sup>67</sup> Buna karşı post-materyalist bir çizgiyi benimseyen yeşil siyasal düşünce, tüketimi azaltma, geri dönüşüm yapma, kâr amacıyla ihtiyaç fazlası üretmemeye ve doğayla uyumlu şekilde topluluğun esenliği için müşterekleri koruma yoluyla gereksiz maddi konforlardan feragat etmeyi ögütlemektedir.<sup>68</sup>

Görüldüğü üzere ekonomik, toplumsal ve kültürel kökten dönüşümü gerektiren tüm bu hususların siyasete yansımaları ise sürdürülebilir toplumun ancak özerklik çerçevesinde örgütlenmesiyle tesis edilebileceğini öngörmektedir. Gerçekten de adem-i merkeziyetçi toplulukların ekolojik siyasal toplumu inşa edeceği düşünülmektedir.<sup>69</sup> Adem-i merkeziyetçilik, mevcut siyasal ve hukuki düzene yabancı bir kavram değildir. Ancak siyasal ekoloji açısından adem-i merkeziyetçilik, mevcut anlamının ötesine geçerek, siyasal iktidar ile bilimsel ve teknik bilginin tekelleşip yoğunlaşması yerine, iktidarın yayılmasını ve katılımcı demokrasiyi; Batılı ve Kuzeyli düşüncenin, bilimin, siyasetin, hukukun ve kültürün Doğulu ve Güneyli olanı dışlaması yerine

---

<sup>65</sup> Dobson, Ekolojizm, s. 128-165.

<sup>66</sup> Bosselmann, The Principle of Sustainability s. 12; Heywood, s. 215.

<sup>67</sup> Bosselmann, The Principle of Sustainability s. 198.

<sup>68</sup> Robert E. Goodin, *Green Political Theory*, Polity Press, Cambridge, 1992, s. 55.

<sup>69</sup> Dobson, Ekolojizm, s. 166-174.

kapsamasını içermektedir.<sup>70</sup> Bu noktada ekolojizm açısından devlet ve iktidarı nerede yer almaktadır? Bu sorunun cevabı yeşil devlet kavramı başlığı altında tartışılmaktadır.

## II. Devlet Kudretinin Yeşilleşmesi: Yeşil Devlet Kavramı

Ekolojizmin, siyasal örgütlenmeyi gerekçelendirme amacı olup olmadığı hususu, bizi bu ideolojinin devletli düzen hakkında nasıl bir yol haritası çizdiği meselesine götürmektedir. Literatürde ekolojizmin böyle bir amacı olmadığını savunanlara göre insan doğası ve insanın çıkmazı bağlamında yeşil siyasal düşüncenin ortaya koyduğu değerler seti mevcut siyasal örgütlenmeyi sınırlayıcı ya da uyarıcı niteliktedir. Dolayısıyla ekolojizm, kendi değerler sistemine göre bir örgütlenme kurmayı amaçlamamaktadır. Başka bir anlatımla toplumun kendisini siyasal olarak örgütlemesinin amacı her ne olursa olsun, biyosferdeki hayvanlar olarak insanların durumunun siyasal pratiklerini nasıl koşullandırıldığını ve sınırlandırıldığını dikkate alması gerekmektedir.<sup>71</sup>

Diğer görüşe göre ise insanların kurduğu siyasal örgütlerin yokluğu ya da doğal anarşinin varlığı, insanların biyosferde yaşayan bir hayvan türü olarak ciddi ve yaşamı tehdit eden değişimlerle başa çıkmasını engelleyeceğinden dolayı otorite gereklidir. Yaşamsal ihtiyaçların karşılanması sürecinde insanların biyosferle etkileşimini düzenleyecek ve denetleyecek herhangi bir siyasal organizasyonun bulunmaması halinde, insanlar er ya da geç yaşam destek sistemlerini kontrolsüzce tüketeceklerdir.<sup>72</sup>

Siyasal ekolojinin devlete etkisinin iki farklı biçimde tezahür edebileceği üzerinde durulmaktadır. Bunlardan ilki, sürdürülebilirlik ilkesi çerçevesinde yeşil bir devletin yaratılmasıdır. Bu durumda devlet kudretine ilişkin mevcut siyasal anlatı değişecektir. İkinci olarak ise mevcut devlet kurumlarının ve iktidarının “yeşilleşmesi”nin (*greening*) söz konusu olmasıdır. Buna göre siyasal ekolojinin belirli unsurları, mevcut devlet kudreti, örgütü ve işleyişine içerilecektir. Bu noktada

---

<sup>70</sup> Capra/Mattei, s. 192-193.

<sup>71</sup> Baxter, s. 106.

<sup>72</sup> Baxter, s. 106.

ekolojizmin ortaya koyduğu değerler her iki yöneline de uyarlanabilmektedir.<sup>73</sup>

O halde “yeşil” niteliğine sahip bir devletin ortaya çıkması için ne gibi kurumsal yeniden yapılandırılmalar gereklidir? Ekolojik hedefler, yeşil devletin anayasal anlamda felsefi boyutunu oluşturacağına göre, bu hedefler devletin “*ethos*”unda nasıl merkezi hale getirilmelidir? Merkezi devlet kudreti ile sürdürülebilir kalkınma gibi küresel çevresel hedeflerin muhatabı olan bölgesel ve yerel iktidarlar arasındaki ilişkileri düzenleyen anayasal ve yasal çerçeve nasıl olmalıdır?<sup>74</sup> Çalışmanın bu kısmında yukarıdaki sorular çerçevesinde modern devlet kudretinin yeşil siyasal düşünce açısından çıkmazları, çatışan yönleri, temel eleştiri noktaları dikkate alınarak ekolojizme göre siyasal iktidarın kaynağı, kullanımı ve günümüz meşruiyet zemini olarak görülen liberal demokrasilerde tezahürü tartışılmaktadır.

### A. Doğanın İktidarı Karşısında İnsan Eliyle Kurulan Siyasal İktidar

Yeşil devlet teorisine göre siyasal iktidarın kaynağını tartışmadan önce siyasal ekolojinin kendi içindeki farklı versiyonlarının devlete bakışta yarattığı temel çelişkiyi tartışmakta fayda vardır. Nitekim siyasal ekoloji içindeki eleştirel ve devletin reddine dayalı bakış açısına göre devlet özünde demokratik olsun ya da olmasın, yeşil katılımcı demokrasi ve yeşil kamusal alan idealiyle temelden çelişen bir dizi güvenlik, disiplin, gözetim ve/veya idari zorunluluklara dayalı zorlayıcı, son derece merkezileşmiş ve bürokratik bir iktidar merkezine sahiptir. Bu açıardan doğası gereği devletin kendi kendini dönüştürebilen bir yönetim yapısı mevcut değildir. Yeşil katılımcı demokrasi ve kamusal alan ideali ise herhangi bir merkezden kontrol edilmenin veya otoriter bir yönlendirmenin olmadığı çok sayıda kamusal alan arasında yer alan merkezlessiz bir tartışma arenası olarak betimlenmektedir.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> Kenny, s. 172.

<sup>74</sup> Kenny, s. 152.

<sup>75</sup> Eckersley, *The Green State*, s. 86.

Öte yandan liberal demokratik geleneğin, ekolojizmin bir ideoloji ve toplumsal hareket olarak söz söyleme ve örgütlenme özgürlüğünü tanınması sayesinde demokrasilerin yeşilleşmesi sürecinde belirli bir ivme kazanıldığı da reddedilmemektedir. Gerçekten de liberal demokratik devletlerin, ekolojik sorunların kamuoyuna duyurulması, kitlesel protestolara, yurttaş girişimlerine, çevre örgütlerinin ve yeşil siyasal partilerin kurulmasına olanak sağlayan ve siyasal ekolojinin mobilizasyonunu engellemeyen bir rejime sahip olması, demokratik olmayan rejimlere kıyasla siyasal ekolojiye daha fazla alan açmıştır. Benzer şekilde yurttaşların ve sivil toplum örgütlerinin çevre aktivizmi, ekolojik eleştirel bilginin üretilmesini sağlamış, bu da çevresel teknolojik yeniliklerin teşvik edilmesine, liberal demokratik devletin bu konudaki duyarlılığının artırılmasına ve bozulan çevrenin iyileştirilmesine yardımcı olmuştur.<sup>76</sup>

Bu gelişmeler, Lockeçu anlamda liberal devletin siyasal ekoloji perspektifinden iki farklı yorumunu meydana getirmektedir. Örneğin Gwiazdon, Locke'a göre devletin yükümlülüğünün, yurttaşların yaşamını, özgürlüğünü ve mülkiyetini korumak olduğundan hareketle koruma görevine ilişkin ana ilkenin, yurttaşların ve haklarının bağlı olduğu yaşamın temellerini de korumasını kapsadığını öne sürmektedir. Yazar, "çevreye karşı devlet" kavramından hareketle devletlerin kamu yararına, toprak, su, hava, ekolojik sistem bütünlüğü, biyolojik çeşitlilik gibi yaşamın temellerine karşı eylemsizliğinin veya ihlalinin sadece bireysel hakları ihlal etmekle kalmayıp, aynı zamanda devletin gücünü ve istikrarını da zayıflattığını belirtmektedir.<sup>77</sup> O halde devletin izlemesi gereken yol, Lockeçu devlet yaklaşımını reddetmek değil, bunu gözden geçirmek ve mevcut hukuk sistemi içinde devlete çevresel bağlamda yeni yükümlülükler tanımlamaktır.

---

<sup>76</sup> Eckersley, *The Green State*, s. 85.

<sup>77</sup> Kathryn A. Gwiazdon, "The State Versus the Environment: The Ethical and Legal Implications for State Non-action in Protecting the Foundations of Life", *Ecological Integrity, Law and Governance*, Ed. Laura Westra/Klaus Bosselmann/Janice Gray/Kathryn Gwiazdo, Routledge, New York, 2018, s. 7-8.

Öte yandan siyasal ekoloji içinden dile getirilen ikinci yaklaşıma göre Aydınlanma'nın ürünü rasyonalizm ışığında gelişen ve doğanın kendiliğindenliğine müdahale aracılığıyla varoluşunu meşrulaştıran makinelerdeki, fabrikalardaki ve hatta devletteki teknolojiye dayalı modern insan kurgusu ile ekolojik birlik, holizm ve ekoçeşitliliğin bağdaşması mümkün görünmemektedir. Gerçekten de Locke'a göre insanlar "doğanın efendileri ve sahipleri" olarak doğanın kendiliğinden oluşan ürünlerini insan emeği aracılığıyla ortak mülkiyetten özel mülkiyete aktarmalıdır. Bu şekilde üretilen değişim değeri, doğadan elde edilen ve ihtiyacın karşılığı olan kullanım değerinden daha üstündür. Dolayısıyla Locke'un doğa durumu varsayımı doğrultusunda yaşayan "yabani" Amerikan yerlileri doğayı kendi halinde bırakmakla aslına israf etmektedirler. Buna karşılık "medeni" Avrupalıların, yerlilerin topraklarından yararlanmak ve değişim değeri elde etmek üzere bunlara el koyması meşru görülmektedir.<sup>78</sup> 18. yüzyıl itibariyle üreten ve gelişen bir mekanizma olarak siyasal topluluk düşüncesi de Lockeçu anlamda sözleşmeye dayalı bir makine olarak görülmektedir.<sup>79</sup> Dolayısıyla teknolojiye dayalı bu makineden mütevellit siyasal beden, aklıyla doğaya müdahale etmekte, ona karşı savaşmakta, doğayı sömürmekte ve tüketmektedir.<sup>80</sup> Weberyen ifadeyle bir makine, mekanizma, aygıt, işletme ya da fabrika olarak devlet, "bir makine gibi" işleyen rasyonel hukuktan, hesaplanabilir yargı ve idare tarafından yapılan işlerden, çalışan bürokrasiden ve "durmadan çalışan bir makinenin" halkaları olan memurlardan ibarettir. Gerçekten de 18. yüzyıl devlet anlayışının "*topos*"unda makine metaforu yer almaktadır. Aydınlanmacı mutlakiyetçilik döneminde ise makine ideali, mekanik ve

---

<sup>78</sup> Aykut Çoban, *Ekolojik İhtilaflar ve Kapitalizm*, İmge Kitabevi, Ankara, 2018, s. 117-118.

<sup>79</sup> Pasi Ihalainen, "Towards an Immortal Political Body: The State Machine in Eighteenth-Century English Political Discourse", *Contributions to the History of Concepts*, Cilt 5, Sayı 1, 2009, s. 18-19.

<sup>80</sup> Berk İlke Dünder, "Yeşil Siyasal Düşüncenin Varlık ve Meşruluk Temellerine İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme", *İdealKent Dergisi*, Sayı 13, 2014, s. 50-51.



bürokratik özellikler kazanmaya başlamış olan devlet pratiğine karşılık gelmektedir.<sup>81</sup>

İnsan aklıyla üretilen bilim ve teknolojinin yine insan merkezli ve insan eliyle yapılmış bir dünyada insana mutluluk getireceği anlatısı modernitenin temel kurgusudur. Newtoncu mekaniği topluma uyarlayan Descartesçı mekanikçi dünya görüşü, rasyonel bilimi hukuk yoluyla ekonomi disiplinine aktarmış ve insanların bireysel mülkiyet haklarıyla tanımlandığı bir toplumsal düzen inşa etmiştir. 15.-18. yüzyıllardan bugüne modernitenin mirası olarak adlandırılabilir. Böyle bir toplumsal düzen ise büyük miktarda mülkü kontrol altında tutanlar ile siyasal otorite arasındaki çelişkileri kamusal-özel alan ayırımına dayanarak çözdüğüne inanmaktadır.<sup>82</sup>

Böylece devlet tarafından hukuken korumaya değer görülen, kendi iktidarının sınırlarını gösteren ve yine hukuk aracılığıyla düzenlenen özel mülkiyet<sup>83</sup> ve kamusal alan, modern devletin baskı aygıtı aracılığıyla güvence altına alınmaktadır. Bunun dışında kalan her yerin “*terra nullius*” olduğu varsayılarak, özel mülkiyete ait olmadığından dolayı “herkese ait olmak” yerine “hiç kimseye ait olmadığı” düşüncesinin benimsenmesine yol açmaktadır. Modern devletler de bu düşüncüyü süratle kabullenmiştir. Zira Yeni Dünya’nın keşfinin ardından silahlanma, denizcilik mühendisliği, haritacılık gibi modern dünyanın Yeni Dünya ve oranın halkları karşısında sahip olduğu teknik üstünlük Machiavelli, Bodin ve Hobbes’un teorik çerçevesini çizmesi aracılığıyla modern devlete meşru bir egemenlik bahşetmekteydi.<sup>84</sup> Böylece egemen ulusların yarattıkları ve denetim altına aldıkları piyasa yoluyla elde ettiği zenginlik, kendileri dışında kalan insanları ve insan dışı varlıklar açısından sömürü, tükenme ve yoksulluk anlamına gelecekti.

---

<sup>81</sup> Andreas Anter (Çev. Keith Tribe), *Max Weber’s Theory of the Modern State: Origins, Structure and Significance*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2014, s. 195 ve 199.

<sup>82</sup> Capra/Mattei, s. 91-92.

<sup>83</sup> Berke Özenç, *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s. 188-189.

<sup>84</sup> Capra/Mattei, s. 93-96.

Buna karşılık siyasal ekoloji, 16. yüzyıldan bugüne resmi devlet ideolojisine dönüşen endüstriyalizm karşısında aynı bilim ve teknolojiyi merkeze alınan değeri değiştirerek bu defa doğanın emrine sunmaktadır. Nitekim ekolojizm, bilimsel verilere dayalı olarak küresel çevre felaketleri ve iklim değişikliğini analiz etme bakımından bilim temellidir. Aynı zamanda insan faaliyetlerinin çevreye verebileceği zararın muazzam boyutlara ulaşabileceğini bilimsel veriler ışığında tespit ederek insan olmayanın ahlaki konumunu ve insanların doğanın bir parçası olduğunu savunduğu için natüralisttir. Natüralizm doğrultusunda insan değerlerinin doğal, biyolojik süreçler tarafından üretildiğini anlamaya ve açıklamaya yöneldiğinden doğa bilimleri ile sosyal bilimler arasındaki düalizmi reddederek, bilimde bütüncül yaklaşımı savunur.<sup>85</sup> Bu anlamda teknolojiyi de yeryüzünün biyosferinin, atmosferinin, okyanuslarının, toprağının ve insan dışı canlıların insan eliyle uğradığı zararları önlemek, ortadan kaldırmak ya da en azından azaltmak için seferber eder. Dolayısıyla ekolojizm, akıl, bilim ve teknolojiye ilişkin yerleşik anlatıları ters yüz etmeyi de amaçlar. Bunu yaparken bilimi salt araçsal, teknolojik düşüncenin bir hizmetkârı olarak değil, yeryüzünün yaşam için paha biçilmezliğini gösteren bir yöntem olarak görür. Bu noktada ekolojizm, Aydınlanma'nın eleştirel aklını kabul etmekte ve fakat bunun ahlaki ve bilimsel açıdan ekolojizme uygun bir istikamete yeniden yönlendirilmesini amaçlamaktadır.<sup>86</sup>

O halde devleti siyasal ekolojiyle birlikte ele almak mümkün müdür? Bu soruyu yanıtlamak için öncelikle modernite ile doğa arasında kurulan çelişkiyi incelemek yerinde olacaktır. Zira bu çelişki, çevre sorunlarına yönelik artan kamuoyu farkındalığına karşın ekolojizmin yeterince tanınmaması, kendine siyasal, kurumsal ve kültürel alan bulmakta zorlanması anlamına gelmektedir.<sup>87</sup> Nitekim ekolojizm yerleşik iktidar ilişkilerini toptan dönüştürmeyi hedef aldığından mevcut iktidar yapıları içinde kendine yer açarken belirli teorik ve pratik kısıtlar ve engellerle karşı karşıya kaldığı görülmektedir.

---

<sup>85</sup> Baxter, s. 8.

<sup>86</sup> Baxter, s. 8.

<sup>87</sup> Kenny, s. 152.

Gerçekten de 1990'larda yeşil siyasal düşünce içinde yer alan görüşlerin çoğunluğunun yeşil siyaset teorisini temelde anarşizmin çağdaş bir versiyonu olarak tanımladığı görülmektedir.<sup>88</sup> Söz gelimi Goodin, “yeşillerin temelde liberteryen-anarşistler” olduğuna işaret etmiştir.<sup>89</sup> Aynı zamanda yeşil siyasal düşüncenin, merkezi olmayan toplulukların çeşitli açılardan faaliyetlerini koordine eden gönüllü anlaşmalar üzerinde müzakere edebileceği varsayımına dayandığı belirtilmektedir. Bu varsayım, ekolojizme siyaseten adem-i merkezietçi bir anlayışın hâkim olduğu anlamına gelmektedir. Benzer şekilde toplulukların müzakere sürecini denetleyen herhangi bir merkezi koordinasyon kurumuna ihtiyaç olmadığı düşünülmektedir.<sup>90</sup> Oysaki modern devletler kural olarak siyasal merkezileşmeyle karakterize olmaktadır.

Bu temel probleme doğaya bakarak çözüm üretmeye çalışan ekolojistlere göre;

*“[N]e de olsa doğaya düzen dayatan merkezi bir organizasyon yoktur. Aksine, her bölgenin bitki ve hayvanlar basitçe kendi yerelliklerine uyum sağlarken, aynı zamanda tesadüfen daha büyük bir düzeni de beslerler. Ekolojik olarak, küresel düzen bu yerel adaptasyonlardan ve aralarındaki etkileşimlerden ortaya çıkar. Ve bunu, herhangi bir merkezi koordinasyon ajansının ya da hatta doğanın yerel bileşenlerinden herhangi birinin bilinçli, kasıtlı müdahaleleri olmaksızın “doğal” bir şekilde yapar.”<sup>91</sup>*

Dolayısıyla ekolojistlere göre modern devlet gibi doğanın kendiliğinden düzenine müdahale anlamına gelen bir kuruma ihtiyaç yoktur. Buna karşılık tıpkı doğada olduğu gibi siyasal bileşenlerin kendi kendine herhangi bir merkezin boyunduruğu altında olmaksızın siyasal karar alabileceği varsayılmaktadır. Bu durumda asıl soru, bir devlet

<sup>88</sup> John Barry, *Green Political Theory: Nature, Virtue and Progress*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Glasgow Üniversitesi Siyaset Teorisi Bölümü, 1996, s. 117-119 (Green Political Theory).

<sup>89</sup> Robert E. Goodin, *Green Political Theory*, Polity Press, Cambridge, 1992, s. 152.

<sup>90</sup> Goodin, s. 152.

<sup>91</sup> Goodin, s. 153.

kurumu olmaksızın bu amaca tam olarak nasıl ulaşılabileceği. Nitekim devletli veya devletsiz bir toplum hayal edip etmemeleri fark etmeksizin ekolojistler, mevcut politik formları ekolojik gerçekliklerle örtüştürmeye çalışmaktadırlar.<sup>92</sup> Zira her ikisi de karar alıcı olarak topluluğu egemen kılmak, ekolojik bakımdan demokratikleşmek ve merkezi iktidarın yerine ya da onun yanında yerel, bölgesel ve küresel topluluk ağları aracılığıyla böyle bir demokratikleşmeyi gerçekleştirmek üzerinde uzlaşmaktadır.

Bu bağlamda ekolojistlerin kendi içinde “yeşil devleti savunanlar” ile “adem-i merkezîyetçiliği savunanlar” olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir. Gerçekten de yeşil devletçi görüş, adem-i merkezîyetçilikten farklı olarak ulus devleti hem yurttaşlarını bağlayıcı hukuku yapma hem de uluslararası alanda diğer ulus devletlerle müzakerelere katılma yetkisine sahip ana siyasal özne olarak konumlandırmaktadır.<sup>93</sup>

Gelinen noktada Leviathan’ın yeşilleşmesinden söz edecek isek Hobbes’un Leviathan’ın başında “doğal” ile “yapay” ayrımından hareketle devleti açıkça bir makine olarak tanımladığını akılda tutmak gerekecektir. Buna göre:

*“Tanrının dünyayı onunla yaratmış olduğu ve yönettiği sanat olan doğa, başka pek çok şeyde olduğu gibi bunda da, yapay bir canlı yaratacak şekilde, insanın sanatı ile taklit edilir. Çünkü hayat, organların, başlangıcı içerdeki bir temel parçada bulunan, hareketinden başka bir şey değildir; bütün otomatların (yaylar ve çarklar yardımıyla kendi kendine hareket eden makinaların, mesela bir saat) yapay bir hayata sahip olduklarını söyleyemez miyiz? ... Sanat daha da ileriye gider, doğanın o rasyonel ve mükemmel eserini, insanı taklit etmeye kadar. Sanat iledir ki, yapay bir insandan başka bir şey olmayan, Latince’de Civitas denilen, Devlet adlı o büyük Ejderha yaratılır.”<sup>94</sup>*

---

<sup>92</sup> Dobson, Ekolojizm, s. 177.

<sup>93</sup> Dobson, Ekolojizm, s. 177.

<sup>94</sup> Thomas Hobbes (Çev. Semih Lim), *Leviathan*, 7. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 17.

O halde yeşil devletin normatif teorisi bağlamında siyasal iktidarın kaynağını ve meşruiyetini açıklamaya yönelik argümanları incelemek yerinde olacaktır.

### **B. Yeşil Devlette Siyasal İktidarın Kaynağı ve Meşruiyeti**

Yeşil devletçi görüş, yerleşik ulus devleti hem yurttaşlarını bağlayıcı hukuku yapma hem de uluslararası alanda diğer ulus devletlerle müzakerelere katılma yetkisine sahip ana siyasal özne olarak konumlandığına göre siyasal ekoloji içinde yeşil devletin iktidarı ne şekilde meşrulaştırılmaktadır? Baxter bu soruya bir benzerlik kurarak yanıt aramaktadır. Baxter'a göre yeşil siyasal düşüncede egemen devletin meşrulaştırılması, ekolojizmde ortaya atılan "müştereklerin trajedisi" (*tragedy of the commons*) varsayımına dayanarak, tıpkı Hobbes'un Leviathan'ında mevcut olan mahkûm ikileminde<sup>95</sup> olduğu gibi mümkün olabilir.<sup>96</sup>

Gerçekten de Hobbes'un doğa durumunda tanımladığı birey, doğuştan bencil olan, kendi çıkarını gözetken, ölümden kaçma eğiliminde olan, uzun vadede esenliğini hesaba katan ve asgari derecede rasyonel insandır.<sup>97</sup> Leviathan'ın 13. bölümünde tasvir edildiği üzere, "herkesin herkese karşı daima savaş halinde olduğu" ve karşılıklı ilişki içindeki

---

<sup>95</sup> Metin, 1990'lardan itibaren benzer, karşıt ya da birbirine karışmış çıkarlara sahip insanlar arasındaki stratejik ilişkileri modellemek üzere kullanılan oyun teorisi araçlarının rasyonel seçim kuramcıları tarafından güncel hale getirilerek Hobbes'un çatışmaya ilişkin söylemlerini açıklamak amacıyla kullanıldığını ifade etmektedir. Nitekim bu çalışmalarda mahkûmun ikileminin belirli bir versiyonunu Hobbes'da da bulabileceğimiz şekilde argümanların ortaya atıldığı görülmektedir. Sevtap Metin, "Oyun Teorileri Işığında Thomas Hobbes'un Sosyal Sözleşme Kuramının Analiz ve Yorumu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 72, Sayı 1, 2014, s. 241.

<sup>96</sup> Baxter, *Ecologism*, s. 106.

<sup>97</sup> Mehmet Akad/Bihterin Vural-Dinçkol/Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2018, s. 96; Adem Ersin Bayra, "Güvenlik Devleti: Leviathan'dan Hukuk Devletine, Hukuk Devletinden Leviathan'a", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2019, s. 106; Metin, s. 242.

tarafaların üzerinde ortak bir otoritenin olmadığı doğa durumunda rasyonel bireyin birincil hedefi hayatını korumaktır.<sup>98</sup> Şöyle ki siyasal toplum öncesi sürekli çatışmanın ve kaosun hâkim olduğu katlanılmaz bir durum olarak varsayılan doğa durumuna karşı en iyi güvence mutlak güç sahibi bir egemenin yönetimi altına girmektir. Bu durumda egemenin sahip olduğu mutlak ve sınırsız gücü kötüye kullanılma ihtimali olsa dahi böyle bir güçten yoksunluk durumu, diğer bir ifadeyle doğa durumuna dönüş daha büyük bir kötüdür.<sup>99</sup> O halde mahkûmun ikilemine benzer şekilde Hobbes'un doğa durumunda en iyi sonuç bireyin karşı taraftan saldırıya uğramadan önce kendisinin saldırmasıdır. Bu durumda en kötü sonuç, karşısındaki saldırırken bireyin saldırıda bulunmamasıdır. Verilmiş olan bu seçenekler doğrultusunda doğa durumunda eğer birincil hedefi hayatını korumak ise rasyonel birey, diğerleriyle iş birliğine gitmeyecektir, zira bu seçim hayatını riske atacaktır. O halde Hobbes'un doğa durumundaki rasyonel bireyinin konumu, tek seferlik mahkûmun dilemması oyunu aracılığıyla açıklandığında *"bireyler doğa durumunda kalmaya devam edecek ve hem bireysel hem kolektif olarak optimalin altında bir sonuca erişeceklerdir."*<sup>100</sup>

Böyle bir argüman siyasal ekolojinin müşterekler trajedisine nasıl uygulanabilir? Öncelikle müşterekler trajedisinin ne anlama geldiğini ortaya koyabilmek için müşterekler (*commons*) kavramsallaştırmasına daha yakından bakmamız gerekir. Müşterekler düşüncesi, herkese ait olarak kabul edilen kaynakların bencil birikimini ve sömürüye konu olmasını reddeden bir yaklaşım olup, hukuken kabul görmüş bir tanımı mevcut değildir.<sup>101</sup> Bu bağlamda bir meta, nesne, özel ya da kamusal bir mal, mübadele değeri olan bir fiziksel mekân veya onun parçası olmayan müşterekler, miras aldığımız, birlikte yarattığımız ve gelecek nesillere eksilmeden veya geliştirilerek aktarmamız gereken doğanın, sivil altyapının, kültürel eserlerin ve geleneklerin, bilginin kolektif

---

<sup>98</sup> Hobbes, 2008, s. 92-96.

<sup>99</sup> Pärtel Piirimäe, "The Explanation of Conflict in Hobbes's Leviathan", *Trames*, Cilt 10, Sayı 1, 2006, s. 3-4; Metin, s. 242.

<sup>100</sup> Metin, s. 245.

<sup>101</sup> Capra/Mattei, s. 161.

zenginliğini içermektedir.<sup>102</sup> Dolayısıyla müştereklerin ne özel ne de kamusal olduğu hususunda bir görüş birliği söz konusudur.<sup>103</sup>

Belirtmek gerekir ki müşterekler düşüncesi, bireysel mülkiyete karşı değildir. Müşterekler düşüncesinin karşı çıktığı nokta, bireysel mülkiyetin ihtiyaçtan fazla biriktirilmesine ve kâr elde etme amacıyla kullanılmasıdır.<sup>104</sup> Müştereklerin belirli bir topluluk, bir kaynağı kolektif bir şekilde, adil erişim, kullanım ve sürdürülebilirliğe özel önem vererek yönetmeye karar verdiğinde ortaya çıkacağı belirtilmektedir. Söz gelimi atmosfer, okyanuslar, genetik bilgi ve biyoçeşitlilik gibi pek çok kaynağın acilen müşterek olarak kabul edilmesi ve topluluk tarafından üretilen protokoller, değerler ve normlardan mütevellit sosyal bir sistem tarafından yönetilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu anlamda herhangi bir doğal, insan yapımı, kültürel varlığın müşterek olabilmesi için müşterekleştirilmesi (*commoning*) gerekmektedir. Müşterekleştirme ise kısaca bir kaynağı kolektif fayda için yönetmeye yönelik sosyal uygulamalar ve normlar olarak tanımlanmaktadır.<sup>105</sup>

Hardin'in 1968 tarihli makalesinde<sup>106</sup> ortaya koyduğu üzere *"[h]erkese açık bir otlak hayal edin. Beklenen durum, her çobanın bu müşterek otlakta mümkün olduğunca fazla sığır bulundurmasıdır...[Rasyonel çoban kendisi için tek mantıklı yolun sürüsüne bir hayvan daha eklemek olduğu sonucuna varır... fakat bu, bir müşteregi paylaşan her rasyonel çobanın ulaşacağı sonuçtur. Trajedi de buradan çıkar. Her birey, sınırları olan bir*

---

<sup>102</sup> David Bollier, "The Commons, Short and Sweet", 15.07.2011, <https://www.bollier.org/commons-short-and-sweet> (23.05.2024).

<sup>103</sup> Capra/Mattei, s. 161.

<sup>104</sup> Capra/Mattei, s. 162-163.

<sup>105</sup> Bollier, "The Commons, Short and Sweet", 15.07.2011, <https://www.bollier.org/commons-short-and-sweet> (23.05.2024).

<sup>106</sup> Makalenin orijinali için bkz. Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons", *Science*, Cilt 162, Sayı 3859, 1968, s. 1243-1248. Makalenin Türkçe çevirisi için bkz. Garrett Hardin, "Müştereklerin Trajedisi", *Herkesin Herkes İçin: Müşterekler Üzerine Eleştirel Bir Antoloji*, Haz. Fikret Adaman/Bengi Akbulut/Umut Kocagöz, Metis Yayınları, İstanbul, 2017, s. 25-44.

*dünyada onu sürüsünü sınırsızca artırmaya mecbur bırakan bir sistemin içine hapsolmuştur.*"<sup>107</sup>

Gerçekten de Hardin'in küresel çevresel bozulma ile çitlemelerin başlamasından önce ortak araziler veya ortak balıkçılık stokları gibi çevresel kaynakların neden aşırı sömürüldüğünü açıklamak üzere geliştirdiği müştereklerin trajedisi modeline göre bireyler rasyonel bir şekilde kendi çıkarlarını gözeterek hareket eder ve her biri kendi ihtiyaçlarını, ailelerinin ve topluluklarının ihtiyaçlarını karşılamak için mevcut kaynakları kullanır. Ancak bu tür davranışların kolektif etkisi, herkesin bağımlı olduğu hayati kaynakların tükenmesiyle yıkıcı olabilir. Dolayısıyla Hardin'e göre "*müştereklerdeki özgürlük herkese yıkım getireceğinden*" bunun önlenmesi için güçlü bir hükümet gereklidir.<sup>108</sup>

Hardin'in nüfus kontrolü, göçün önlenmesi, özel mülkiyete dayalı zorlama gücü gibi çözüm önerileri müştereklerin gerektiğinde devlet eliyle çitlenmesini savunan neoliberal politikaların bilimsel dayanağı olduğu gibi<sup>109</sup>, müştereklerin trajedisinden hareketle mevcut ekonomik sistem içinde yeryüzünde insan dışı ya da insan eliyle var olan müşterekler için ekolojik sistemler ile kamu yararı arasında bir denge gözeten kamu politikaları uygulanması gerektiğini savunan toplumcu ekolojist görüşler tarafından da gerekçe olarak kullanılmaktadır.<sup>110</sup> Hangi görüşten olursa olsun ortaklaşılan husus, yeryüzündeki ortak kaynakların kullanımında karşılaşılan "*mahkûmların ikilemi*" olmuştur.<sup>111</sup>

O halde müştereklerin trajedisi Hobbesçu devletli yaşama geçiş kurgusunda nasıl bir rol oynamaktadır? Siyasal ekolojinin siyasal örgütlenmeyi ve devleti meşrulaştırması, Hobbes'ta olduğu gibi salt

---

<sup>107</sup> Hardin, s. 30-31.

<sup>108</sup> Heywood, s. 213-214.

<sup>109</sup> Ian Angus, "Müştereklerin Trajedisi Miti", *Herkesin Herkes İçin: Müşterekler Üzerine Eleştirel Bir Antoloji*, Haz. Fikret Adaman/Bengi Akbulut/Umut Kocagöz, Metis Yayınları, İstanbul, 2017, s. 50-51.

<sup>110</sup> Elinor Ostrom, "Müşterekleri Yeniden Tanımlamak", *Herkesin Herkes İçin: Müşterekler Üzerine Eleştirel Bir Antoloji*, Haz. Fikret Adaman/Bengi Akbulut/Umut Kocagöz, Metis Yayınları, İstanbul, 2017, s. 56.

<sup>111</sup> Ostrom, s. 55.



bireyin zarar görmemesi veya zarar vermesi ikilemi bağlamında ele alınamayacaktır. Bu durumda klasik devlet teorilerinden farklı olarak yeşil siyasal düşüncenin meşru devlet iktidarına ilişkin argümanı zarar ve faydaları, gezegenin ekosistemine yönelik zararlardan kaçınılması ve faydaların güvence altına alınmasıyla ilişkili olacaktır. Şüphesiz zarar ve faydalar hesaba katılırken insanları da içerecektir, ancak sadece onlarla sınırlı kalmayacaktır.<sup>112</sup>

Buna karşın özel mülkiyet rejimini ve serbest piyasayı savunanlar açısından siyasal örgütlenmenin Hobbesçu devletçi bir görünümünü savunmak kolay görünmese de sonuçta savundukları özel mülkiyeti üçüncü kişilerin saldırılarından koruyacak ve piyasanın serbest işlemlerini güvence altına alacak bir minimal devlet gereklidir. Bu anlamda anarşizm yerine devletli düzende bir siyasal rejim arzulanacaktır. O halde müştereklerin trajedisine karşı minimal de olsa bir devletli düzen düşüncesinin biyosferi savunmanın en iyi yolu olduğu ileri sürüldüğü takdirde siyasal ekolojinin devletli düzene bakış açısı gerekçelendirilebilecektir.<sup>113</sup>

Nitekim siyasal ekoloji, devlet iktidarını meşrulaştırırken doğayı araçsallaştırmayacaktır. Diğer bir ifadeyle insan olmayanların menfaatlerinin ve esenliğinin gelişiminin sistematik ve kalıcı olarak dikkate alınması gerekmektedir. Dolayısıyla yeşil siyasal düşüncenin çıkış noktası, klasik devlet teorilerinden farklı olarak *“Biz insanlar dezavantajları en aza indirirken iş birliğimizin faydalarını nasıl güvence altına alabiliriz?”* değil, *“Biz insanlar kendimiz ve biyosferin geri kalanı için dezavantajları en aza indirirken insan iş birliğinin faydalarını kendimiz ve biyosferin geri kalanı için nasıl güvence altına alabiliriz?”* olduğudur.<sup>114</sup>

Bu noktada müştereklere dayalı bir devlet yönetiminde topluluğu güçlendirerek ve onun karar alıcı olmasını sağlayarak siyasal iktidarın aşırı derecede yoğunlaşması sınırlanmış olacaktır.<sup>115</sup> Gerçekten

---

<sup>112</sup> Baxter, s. 107.

<sup>113</sup> Baxter, s. 105.

<sup>114</sup> Baxter, s. 107.

<sup>115</sup> Peter Barnes, *Capitalism 3.0: A Guide to Reclaiming the Commons*, Berrett-Koehler Publishers, San Francisco, 2006, s. 150; Capra/Mattei, 2021, s. 162.

de ekolojik yaşam tarzını benimsemiş yerel düzeyde bir arada karar alıcı topluluklar, yeşil siyasal düşüncenin adem-i merkezîyetçiliğini yaşama geçiren örgütler olarak görülmekte ve bunlar aracılığıyla siyasal kararlar yukarıdan aşağıya ya da merkezden çevreye doğru değil, aşağıdan yukarıya doğru gerçekleşmektedir.<sup>116</sup> Dolayısıyla merkezî devlet, ilga edilmeden, tıpkı ekolojik çeşitlilikte olduğu gibi yerel, bölgesel, ulusal ve uluslararası politik-kurumsal çeşitliliğin bir parçası olarak konumlandırılarak sorunun değil, çözümün bir parçası haline getirilmektedir.<sup>117</sup>

Bu noktada adem-i merkezîyetçi topluluk bakış açısı ile merkezî kurumsal devlet bakış açısının kesişiminde devlet ile yurttaş ilişkileri nasıl şekillenmektedir sorusu gündeme gelmektedir. Zira siyasal ekolojiye göre doğanın ekolojik dengesine dayalı toplulukların kendiliğinden örgütlenme ve düzenleme anlayışı toplumsal-siyasal yapıya uyarlanmak istemektedir. Bu da yeşil siyasal rejimde siyasal iktidarın kaynağını insan iradesinin yanı sıra doğa olarak belirlemektedir. Nitekim insanın doğa ile çatışması ve ona galip gelerek insan dışı varlıklar üzerinde egemen olması yerine insan ile doğanın uyum içinde bir arada var olması savunulmaktadır. O halde siyasal ekoloji, günümüzün genel geçer meşruiyet zemini olan liberal demokrasilerden farklı bir yol haritası önermektedir. Bu bağlamda yeşil devlette siyasal iktidarın kullanımına daha yakından bakmakta fayda vardır.

### **C. Siyasal İktidarın Kullanımı: Eko-çeşitliliğe Dayalı Topluluklar Düşüncesine Göre İktidar Haritası**

Günümüzde modern siyasal iktidarın kullanımı demokratik yöntemlerle özdeşleştirilmektedir. Aynı zamanda nasıl bir demokrasi olursa olsun devlet, Hobbesçu anlamda egemenliği gerektiğinde mutlaklaştırarak kullanan gücü<sup>118</sup> teşkil etmektedir. O halde siyasal ekoloji, iç egemenlik ve dış egemenlik boyutlarıyla siyasal iktidarın

<sup>116</sup> Dobson, *Environmental Politics*, s. 173.

<sup>117</sup> Dobson, *Environmental Politics*, s. 175.

<sup>118</sup> Mithat Sancar, *Devlet Aklı Kısılcacında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, 4. Bası, İstanbul, 2008, s. 19-20.

kullanımını ne yönde belirlemektedir sorusu karşımıza çıkmaktadır. Çevre krizinin önlenmesinin otoriter bir yönetim gerektirdiği yönündeki 1970'lerin popüler görüşünün yerini, 20. yüzyıl sonuna gelindiğinde demokrasilerin siyasal ekolojinin amaçlarıyla bağdaştığı ve çevre krizinin ortadan kaldırılmasında demokratik mekanizmalara ihtiyaç duyduğu görüşüne bıraktığı görülmektedir.<sup>119</sup>

Her ne kadar devlet olgusuna birtakım nitelikler eklemek, kendi başına devletin gerçek performansı hakkında yeterli fikir vermese de ilk bakışta tıpkı sosyal, hukuk, anayasal, demokratik bir bağlamın eklenmesi gibi çevresel bir bağlamın devletin felsefi boyutuna eklendiği izlenimi doğmaktadır. Bu durumda bir çevre devletinden (*environmental state*) söz edilmektedir.<sup>120</sup> Öte yandan çevreyi korumaya yönelik anayasal yükümlülüklerin bireysel özgürlük ve insan hakları ile potansiyel bir çatışma içinde olup olmadığı meselesi bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira eko-anayasal devlet veya yeşil devlet olarak bilinen ve modern hukuk devleti ile çevre devletinden mütevellit siyasal liberalizme alternatif görülen devlet modelinin bileşenleri, çevre devletinin sığ çevreci hedeflerinin ötesine geçerek, ekolojik sürdürülebilirlik, ekolojik adalet ve ekolojik hakları esas almaktadır. Bu durumda çevre devleti ile yeşil devlet arasındaki fark paradigmatik olup, pratik hukukta çeşitli ortaklıklar ve örtüşmeler söz konusu olabilir. Zira yeşil devlet, öngördüğü yükümlülükleri özgürlük ve insan hakları düşüncesinin doğal bir parçası olarak konumlandırmaktadır. Buna karşılık yeşil devletin liberal değil, ekolojik nitelikte olmasının bireysel özgürlük ve insan hakları açısından farklı sonuçlar doğurduğu üzerinde durulmaktadır.<sup>121</sup>

Vestfalya modeline dayalı, kesin şekilde çizilmiş sınırlara göre örgütlenmiş modern ulus devlet egemenliğinin, holizme dayalı birlik ve ekoçeşitlilik anlayışına göre ele alınan yeryüzü ile nasıl bağdaştırılacağı meselesi diğer önemli tartışma konusunu oluşturmaktadır. Gerçekten de tarihsel olarak baskın devlet yapısı haline gelen ulus devletlerin kendi

<sup>119</sup> Dryzek/Downes/Hunold/Schlosberg/Hernes, s. 55-56.

<sup>120</sup> Bosselmann, *The Principle of Sustainability*, s. 145.

<sup>121</sup> Bosselmann, *The Principle of Sustainability*, s. 146.

ülkesel sınırları içinde sahip olduğu şiddet tekeline gösteren egemenlik anlayışı ile yeryüzünün ekolojik bütünlüğünün uzlaştırılması mümkün müdür?<sup>122</sup> Bu noktada doğal olarak sınırları olmayan yeryüzünün yapay olarak modern devletlerde çizilmiş sınırlarda iddia ettiği egemenlik yetkisi ne ölçüde bağdaşmaktadır? Nitekim devletlerin doğal kaynakları üzerinde daimi egemenlik kurması, müştereklerin trajedisi anlamına gelecektir. Zira modern devletin kendi bölgesel sınırları içinde doğal çevre üzerinde sahip olduğu mutlak egemenliği ve bununla bağlantılı olarak ortaya çıkan çevresel bozulma mevcut devletli düzende kabul edilebilir görülmektedir. Öte yandan devletin çevreye verdiği zarar, sadece kendi topraklarını değil, diğer devletlerin topraklarını ve herkes tarafından paylaşılan gezegensel çevreyi de etkilemektedir.<sup>123</sup> O halde yeşil devlet, toprak egemenliğinin mutlaklığını azaltmayı kabul ediyor demektir.

Siyasal iktidarın kullanımına ilişkin bir diğer mesele ise gelecek nesiller gibi belirsiz öznelerin hakları dolayısıyla devlet kudretine nasıl bir sınır çizdiği ve liberal demokrasiler içinde gelecek nesillerin ne şekilde söz söyleme özgürlüğünün olduğu hususlarının muğlak kalmasıdır. Bu husus, aynı zamanda soyut bir kavram olan “insanlığın ortak çıkarı”ndan ne anlamamız gerektiğiyle ilgilidir. En basit tanımıyla halihazırdaki halkın iktidarını ifade eden demokrasi, bu taleplere nasıl cevap verebilir? Meseleye devletler açısından bakıldığında, ortak çıkarlar basitçe ekonomik ve çevresel çıkarlar arasında bir uzlaşma anlamına gelecektir. Bu durumda çevrenin hukuk eliyle ulusal ile uluslararası korunması arasındaki farklar korunarak, devlet egemenliği temelinde bir bakış önerilecektir.<sup>124</sup> Öte yandan modern devletin iktidarının alansal/bölgesel (*territorial*) olduğuna ilişkin katı ayrıma dayanan bu bakış açısı, küresel ölçekte ortaya çıkan toplumsal ve ekonomik dinamiklerin çoğulculuğu ve sürdürülebilirlik talepleri doğrultusunda terk edilmek istenmektedir.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> Bosselmann, *The Principle of Sustainability*, s. 146.

<sup>123</sup> Bosselmann, *The Principle of Sustainability*, s. 153.

<sup>124</sup> Bosselmann, *The Principle of Sustainability*, s. 151.

<sup>125</sup> Gencay Şaylan, *Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi*, 2. Bası, İmge Kitabevi, Ankara, 2003, s. 309-312.

Bu noktada açlık, salgınlar, dijitalleşme, uzaydaki insan faaliyetleri, silahsızlanma, insan hakları gibi meselelerde küresel ölçekte çare arayışı BM’de yankılarını bulmuştur. Gerçekten de 21. yüzyıl bölünme, parçalanma ve güvensizlik yerine tüm insanlar için daha iyi, daha yeşil ve daha barışçıl bir geleceği güvence altına almayı hedefleyen bir yüzyıl olarak görülmektedir. Dolayısıyla doğal çevre, tarih, kültür, teknolojik ilerleme gibi dünyada herkesin faydasına olan küresel kamu mallarının yönetim<sup>126</sup> aracılığıyla korunması ve güçlendirilmesi hedeflenmektedir.<sup>127</sup> Sürdürülebilirlik perspektifinden bakıldığında ortak çıkarlar, devlet egemenliğinin sınırlandırılarak bir tür küresel yönetime izin verilmesini önermektedir.

İşte insanlığın ortak çıkarı, gelecek nesillerin hakları ve söz söyleme özgürlüğü ile siyasal ekoloji arasındaki ilgi bu bağlamda kurulmaktadır. Buna göre gelecek nesillere odaklanmak sadece insanlığa odaklanmak anlamına gelmemektedir. Zira şimdiki ve gelecek nesillerin yaşamları çevrenin ve dünya ekosistemlerinin niteliği ve bütünlüğü ile yakından bağlantılıdır. İnsanlığın biyolojik çeşitliliği ve doğal kaynakları koruyan ve gezegensel sınırlara saygı gösteren

---

<sup>126</sup> Bu noktada yönetim ve yönetim ayrımına değinmekte fayda vardır. Ekolojizmin de savunduğu yönetim, klasik devlet yönetiminden farklı olarak kısaca “hükümsüz hükümet etme” olarak adlandırılmaktadır. Bu tabir, devletin toptan yetkisizleştirilmesi ile devletin hükümet etme kapasitesinin sadece belirli ölçüde yeniden düzenlenmesi gibi farklı oranlarda merkezî hükümet yerine ulus altı ve ulus üstü çeşitli aktörlerin siyasal karar alma sürecinde yer almasını ifade etmektedir. Gerçekten de modern devletin klasik anlamda merkezîleşmiş, kamu bürokrasisine dayalı, ulusal hukuk çerçevesinde ve tek elden yönetimi yerine önerilen yönetim ile devletin 21. yüzyıl toplumuna uyumu için kendi kendini yönetme, karşılıklı bağımlılıkla tanımlanan topluluklar arası ağlara göre örgütlenme ve siyasal karar alma süreçlerinde devletten önemli ölçüde özerklik bağlamında devletin dönüşümü önerilmektedir. Christopher Pierson (Çev. Neşet Kutluğ/Burcu Erdoğan), *Modern Devlet*, Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 251-252. Bu durumda siyasal ekolojizmin temel değerleri ve devlete yüklediği anlam ile yönetim uyumlu görünmektedir.

<sup>127</sup> *Birleşmiş Milletler, Our Common Agenda: Report of the Secretary-General*, New York, 2021, s. 3-4.

sürdürülebilir kalkınma için çaba gösterme sorumluluğu söz konusudur. Ekolojizmin sistem yaklaşımı, holizm, biyoçeşitlilik, yaşadıkları gezegenin sınırlarını bilen ve ekosistemin sürdürülebilirliği için kendi kendisini sınırlandırabilen topluluklar, bu çerçevede sınırlı büyüme ve sürdürülebilirlik unsurlarının izlerini taşıyan bu bakış açısı BM tarafından da resmi olarak ilan edilmiştir.<sup>128</sup> O halde siyasal ekoloji, mevcut demokrasilere hem ulus-altı hem ulus-üstü hem de nesiller arası bir topluluk anlayışını, ulusun yurttaşlar topluluğu yerine ikame etmesine yönelik bir çerçeve çizmektedir.

Bauman, modern toplum düşüncesini kurgularken Tönnies'in önceleri (modern) toplumu (*Gesellschaft*), "topluluk"tan (*Gemeinschaft*) ayırmak üzere kullandığı bir ölçütten bahsetmektedir. Buna göre dar görüşlülüğü ve batıl inançları besleyen bir yapı olarak topluluk, eski döneme ait bir yapıdır ve toplumun karşıtı olarak konumlandırılmaktadır. Zamanla Tönnies'in bu keskin karşıtlığı esneterek topluluk düşüncesinin itibarını iade etme girişimi olarak görülebilecek şekilde görüş değiştirdiğini belirten Bauman, modern öncesi topluluk düşüncesini (modern) toplumdan ayıran hususun, tüm üyeleri tarafından paylaşılan bir anlayış olduğunu tespit etmektedir.<sup>129</sup> Bu noktada komünitaryanizme dayanan topluluk düşüncesinin modern toplumlarda önceleri dışlandığı, merkezi ve ulusal toplum düşüncesinin hakim dünya görüşüyle uyumlu olarak yerleşik hale geldiği söylenebilir. Buna karşılık zamanla küresel ölçekte yaşanan ekolojik kriz ve çevre felaketleri gibi sorunlarla başa çıkmada yetersiz olduğu ve ulusal örgütlenmenin ötesinde hem ulus-üstü hem de ulus-altı örgütlenmeye ihtiyaç duyulduğu yönünde gelişen bakış açısı neticesinde modern ulus devlet yapısı içinde homojen bir toplum düşüncesinin yetersizliği üzerinde durulmuştur. Bu yetersizliğe çare

---

<sup>128</sup> High-Level Committee on Programmes (HLCP), *United Nations System Common Principles on Future Generations*, 4 Mayıs 2023, [https://unsceb.org/sites/default/files/2023-05/Advance%20Unedited%20-%20United%20Nations%20System%20Common%20Principles%20on%20Future%20Generations\\_0.pdf](https://unsceb.org/sites/default/files/2023-05/Advance%20Unedited%20-%20United%20Nations%20System%20Common%20Principles%20on%20Future%20Generations_0.pdf) (10.08.2024).

<sup>129</sup> Zygmunt Bauman, *Community: Seeking Safety in an Insecure World*, Polity Press, Cambridge, 2001, s. 9-10.

olarak ise yeşil siyasal düşüncenin önerisi, tıpkı ekosistemde olduğu gibi siyasal toplumların da eko-çeşitliliğe dayalı topluluklar olarak örgütlenmesidir. Böylece homojenlik yerine heterojenlik ön plana çıkmaktadır.

Bauman'a göre modern toplumun bir arada olmasını sağlayan "fikir birliği", esasen farklı düşünen insanlar tarafından zorlu müzakere, uzlaşma, çekişme ve çok sayıda karşıtlık sonucu varılan bir anlaşmadır. Buna karşılık topluluğun bir aradalığı için zahmetli bir şekilde inşa edilmesine veya uğruna mücadele edilmesine gerek yoktur. Topluluğun bir arada olması zaten orada mevcut ve hazır haldedir. Bu anlamıyla topluluğun dayandığı karşılıklılık ve birbirine bağlayıcılık duygusu, tüm anlaşmalardan ve anlaşmazlıklardan önce gelir. Bu duygu aracılığıyla birbirine bağlı olanların doğru ve gerçek iradesi ortaya çıkar. Böylece topluluk içinde insanların tüm ayırıcı yönlerine karşın özünde birleşik kalması mümkün olmaktadır.<sup>130</sup> Dolayısıyla insan eliyle anlaşmazlıkların üstesinden müzakere yoluyla gelinen toplum yapay olarak homojenleştirilmeye çalışılırken, topluluk heterojen biçimde, "doğal" olarak ve kendiliğinden bir aradadır.

Belirtilen bu doğal olarak bir arada olma hali, modern toplumlu biçimine karşı kendi örgütlenme stratejisini belirlerken ekolojizmin de dikkatini çekmiştir. Gerçekten de tıpkı feodal bir toplulukta olduğu gibi, bitki ve hayvanların rollerine göre belirlenmiş karmaşık bir kurumsal toplum olarak doğal dünyayı oluşturan biyotik toplulukta sosyoekonomik hareketlilik (yukarıya doğru ya da başka türlü) çok azdır ya da hiç yoktur. Dolayısıyla doğal dünyada herkes yapageldiği iş için doğar.<sup>131</sup>

Yeryüzünün canlı bir mekanizma olarak niteleyen Leopold, topluluğun sınırlarını genişletmiştir. Böylece geniş yaşam topluluğundaki çıkarlarımızı kapsayan topluluk, beşerî çıkarların dışına

---

<sup>130</sup> Bauman, s. 9-10.

<sup>131</sup> J. Baird Callicott, "The Conceptual Foundations of the Land Ethic", *Environmental Ethics Readings in Theory and Application*, Ed. Louis P. Pojman/Paul Pojman/Katie Mcshane, 7. Bası, Cengage Learning, Boston, 2017, s. 252.

çıkılmaktadır.<sup>132</sup> Baumancı topluluk yaklaşımına göre değerlendirdiğimizde ekolojizm politik ajandasını yürürlüğe koyabilmek için sadece seviye bakımından değil, aynı zamanda usul bakımından da mevcut politik yöntemlerden ayrışma ihtiyacı hissetmektedir. Nitekim seviye bakımından ulus-altı ve ulus-üstü çeşitli örgütleri ağda bir ilmek olarak konumlandığı gibi, benzer şekilde usul bakımından eko-bölgeselcilik gereği eko-çeşitliliğe dayalı topluluklar olarak örgütlenmeyi ve bu doğrultuda karar verici olmayı önermektedir. Bu açıdan doğal dünyanın belirleyiciliğini kılavuz edinen ve içinde yaşadığı çevreye direnen değil, insan yaşamını onunla uyumlu hale getiren bir karar ve katılım mekanizması öngörmektedir.<sup>133</sup>

Buna karşılık insan toplulukları için komün yaşamını öğütleyen ve merkezi planlamayı reddeden bir adem-i merkezîyetçiliği idealize eden bu türden bir demokrasi ekolojistler tarafından da gerçekçi görülmemiştir. Nitekim yeşil siyasal düşünce, merkezi bir devletin ilgası yerine, sadece karar alma mekanizmalarının ana kurallarının değişmesi taleplerine dönüşmüştür. Söz gelimi ekolojik krizle başa çıkmak için gerekli olan uluslararası, bölgeler arası ve topluluklar arası çok düzeyli bir karar alma yapısı, eko-merkezçiliğe uygun olarak siyasal iktidar alanlarını hem “yukarıya” (bölgeler arası ve uluslararası demokratik karar alma organlarına) hem de “aşağıya” (belediye yönetimleri, mahalleler, yerli halk gibi yerel karar alma organlarına) dağıtmayı içerecektir. Bu türden çok düzeyli bir karar alma yapısı ise ulus devletin egemenliğini belirli bir şekilde dönüştüreceklerdir.<sup>134</sup> Bu bağlamda ekolojizme göre mevcut demokrasi anlayışı yeterli değildir. Zira mevcut demokrasileri, yurttaşların maruz kaldığı çevresel tehditlerin yaygınlığı ve ciddiyeti temelinde askeri rejimlerden ve diğer antidemokratik

---

<sup>132</sup> Akkoyunlu-Ertan, s. 8.

<sup>133</sup> Dobson, Ekolojizm, s. 160-163; Barry, Green Political Theory, s. 118-119.

<sup>134</sup> Dobson, Ekolojizm, s. 172-173; Robyn Eckersley, *Environmentalism and Political Theory: Toward an Ecocentric Approach*, UCL Press, New York, 1992, s. 182-183.



rejimlerden ayırmak mümkün görünmemektedir.<sup>135</sup> O halde “yeşilleşmiş” bir demokrasiye ihtiyaç vardır.

### III. “Daha Yeşil” Bir Liberal Demokratik Devlet (Mi?): Eleştiriler ve Öneriler

Gerek çevreci hareketin devlete yönelik taleplerinin gerekse daha radikal versiyonlarında devletin reddini de içeren bir toplumsal hareket olarak karşımıza çıkan siyasal ekolojinin belirli bir oranda var olan liberal demokratik modele etkisi olduğu kabul edilmektedir. Keza siyasal ekolojinin doğuşunun, kronolojik olarak liberal-kapitalist devletin ve ardından refah devletinin ortaya çıkışıyla karşılaştırılabilir tarihsel öneme sahip yeni bir devlet türü üretebilecek bazı çağdaş gelişmelere işaret ettiği ifade edilmektedir. Nitekim 2000’li yılların başında ekolojizmin kast ettiği anlamda “yeşil devlet”in henüz var olmadığı, buna karşılık bazı devletlerin bu açıdan diğerlerinden “daha yeşil” olduğu tespit edilmiştir.<sup>136</sup>

İki kutuplu dünyanın çökmesi ve küreselleşmenin etkisiyle dünyada hâkim hale gelen kapitalist ekonominin üzerinde yükselen liberal demokrasiler, siyasal ekolojinin toplumsal hareket olarak dile getirdiklerini siyasal rejimlerine bazen içirme yoluyla dahil etmiş, bazen inkâr etmiş, bazen de “*greenwashing*” (yeşile boyama/yeşil yıkama/yeşil aklama) yoluna gitmiştir.<sup>137</sup> Diğer taraftan küresel bir iklim yönetişimi

<sup>135</sup> Laura Westra, “Environmental Risks, Rights, and the Failure of Liberal Democracy: Some Possible Remedies”, *Environmental Ethics Readings in Theory and Application*, Ed. Louis P. Pojman/Paul Pojman/ Katie Mcshane, 7. Bası, Cengage Learning, Boston, 2017, s. 350.

<sup>136</sup> Dryzek/Downes/Hunold/Schlosberg/Hernes, s. 2.

<sup>137</sup> Selçuk Çetin, *Yeşil Düşünce, Yeşil Siyaset ve Çevre İletişimi*, Ütopya Yayınevi, Ankara, 2022, s. 31-33. Son yıllarda genellikle şirketlere atfedilen bir tutum olarak yeşile boyama, “bir şirketin çevresel performansı veya ürünleri hakkında yanlış veya abartılı iddialarda bulunarak tüketicileri ve paydaşları yanıltma uygulaması” olarak tanımlanmaktadır. Ekaterina Aristova, “Greenwashing Exposed: A Close Look at the Existing Case Law (Part 1)”, *Oxford Business Law Blog*, 6 Aralık 2023, <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/12/greenwashing-exposed-close-look-existing-case-law-part-1> (30.08.2024). Yeşile boyama, her ne kadar daha çok şirketlerin sorumluluğu bağlamında ele alınsa da devletlerin de yeşile boyama anlamına gelecek işlem ve

tartışmalarında Trump ABD'sinin iklim müzakerelerinden çekilmesi ve bazı devletlerin iklim krizi ve çevresel felaketler karşısında küresel bir konsensüs ve bağlayıcılığı olan bir sözleşmeye şüpheyle yaklaşması ya da dönem dönem kimi siyasal figürlerin farklı siyasal bağlamlarda çevresel meselelerde birbirine karşıt pozisyonlar takınmaları bu durumun hala geçerli olduğunu göstermektedir.<sup>138</sup> Dolayısıyla değerler sistemi, ilkeleri ve hedefleriyle ideal bir yeşil devlet kudretinden değil, siyasal ekolojinin etkisiyle şekillenen ve fakat mevcut iktidar yapısını da belirli ölçüde koruyan daha yeşil bir devlet kudretinden söz etmek mümkün görünmektedir.

Bu anlamda siyasal ekolojinin şekillendirdiği bir siyasal rejim, fiilen var olan devletlerin ampirik gelişiminin analizine dayalı teorik bir soyutlama olarak ortaya konulabilecektir. Böyle bir siyasal rejimin ilk örnekleri ise 20. yüzyılın son çeyreğinde ilk olarak gözlemlenmeye başlanmış olup, bu tür devletlerin gerçekte nasıl işledikleri ve çevresel değerleri ve çıkarları ne derece güvence altına aldıkları, kısaca gerçekte neye benzedikleri Leviathan'ın da ne ölçüde yeşilleştiğini gösterecektir.<sup>139</sup>

---

eylemleri söz konusudur. Söz gelimi ulus-devletler, çevre yasaları, politikaları yürürlüğe koymak, uluslararası antlaşmalara taraf olmak gibi çevresel işlem ve eylemleri gerçekleştirirken, yalnızca meşru görünmek, meşruiyet kazanmak ya da meşruiyeti korumak için özellikle uluslararası pek çok kurumsallaşmış aracı adeta bir ritüel gibi kabul etmekte ve fakat hedeflere ve sonuca ulaşmak için bir çaba göstermemektedir. Nitekim gerçekte çevresel uygulamalarını iyileştirmedikleri ya da çevreyi kirleten davranışlarında çok az bir değişim olduğu görülmektedir. Christopher Marquis/Michael W. Toffel, "The Globalization of Corporate Environmental Disclosure: Accountability or Greenwashing?", *Harvard Business School Working Paper 11 115*, 8 Mayıs 2011, s. 7; Bilge Bingöl-Schrijer, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Yargı Dışı Korunması: BM İnsan Hakları Konseyi ve İnsan hakları Sözleşmelerinin Denetim Organları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 400-401.

<sup>138</sup> Önder Güneş, "Şüphencilik, Düzenleme, Uzlaş: Batı Muhafazakâr Düşüncesinde Çevresel Meselelere Yaklaşımlar ve Eko-Muhafazakârlığın Görünümleri", *Mülkiye Dergisi*, Cilt 46, Sayı 1, 2022, s. 103.

<sup>139</sup> Duit/Feindt/Meadowcroft, s. 6-7.

Dolayısıyla bu tür devletler tarafından dile getirilen ekolojik normatif ilke ve varsayımların, faaliyetlerinde ne derece uygulandığı ve hangi tür devlet uygulamalarının çeşitli ekolojik perspektif ve normlarla daha tutarlı olabileceği meselesi<sup>140</sup> gündeme gelmektedir. Bu haliyle idealize edilen yeşil devletin yerleşik devletli düzende ne ölçüde gerçekleştiği sorusu sorulabilir. Zira liberal demokratik devlet modeline yöneltilen eleştiriler, “daha yeşil” liberal demokratik devletlerde de varlığını sürdürecektir. Bu kapsamda temsili demokrasinin çıkmazlarına<sup>141</sup>, liberal demokrasinin meşruiyet krizine<sup>142</sup>, hukukun üstünlüğü ve şeffaflık karşısında hesap vermeksizin ve herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın her türlü yola başvurulmuş hikmet-i hükümet uygulamalarına<sup>143</sup>, neoliberalizmin aşındırdığı sosyal içermeciliğe ve tarihsel olarak modern devletin olağanüstü hallerde açığa çıkan mutlak egemenlik iddiasına yeşil devletin normatif teorisi içinden nasıl karşılık verildiği önem taşıyacaktır.

Ayrıca kamusal alan, sivil toplum ve demokrasinin günümüzde yeşil görünümünü talep eden çevreci sivil toplum örgütlerinin genellikle iç işleyişlerinde ve söylemlerinde görece eşitlikçi ve demokratik politikalar barındırdıkları düşünülse de *Greenpeace* gibi çevreci sivil toplumun küresel örgütlülüğünü temsil eden toplulukların iç işleyişlerinde demokratik olmayan uygulamalarının ve ABD menşeli *The Nature Conservancy*<sup>144</sup> gibi salt muhafazakâr hedefleri içeren örgütlerin varlığı siyasal ekolojinin demokrasiyle ne ölçüde bağdaştığı noktasında

<sup>140</sup> Duit/Feindt/Meadowcroft, s. 6-7.

<sup>141</sup> Oktay Uygun, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 192-193.

<sup>142</sup> Nihat Bulut, “Kapitalizm-Demokrasi İlişkisi (Demokrasinin Ekonomik Temelleri Üzerine Bir İnceleme)”, *Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1-2, s. 78.

<sup>143</sup> Ozan Erözden, “Makyavelizm, Hikmet-i Hükümet ve Modern Devlet”, *Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite*, Haz. Cemal Bâli Akal, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2012, s. 70-71.

<sup>144</sup> Marc Gunther, “Bringing Conservatives Back to the Conservation Movement”, *The Guardian*, 29 Ekim 2013, <https://www.theguardian.com/sustainable-business/bringing-conservatives-back-conservation-environment> (11.09.2024).

eleştirisi konusu olmaktadır.<sup>145</sup> Her ne kadar siyasal ekolojinin vahşi yaşamı muhafaza etme hedefi, geleneksel muhafazakârlığın korumacılığından farklı olsa da<sup>146</sup> mevcut doğal çevrenin korunması her iki ideolojinin ortak keseni olarak görünmektedir. Aynı zamanda muhafazakârlar da ekolojistlere benzer şekilde rasyonalizme şüpheli yaklaşmaktadırlar.<sup>147</sup>

Buna ek olarak çevre krizi dünya genelinde bilim ve siyaset arasındaki ilişkinin yeniden sorgulanmasını ve ekolojizmin bu husustaki tutarsızlığını gündeme getirmiştir. Gerçekten de bir yandan ekolojistler, bilimsel rasyonaliteyi eleştirirken, diğer yandan argümanlarını desteklemek için bilimsel verileri kullanmaktadırlar.<sup>148</sup> Bu haliyle daha yeşil olma iddiasındaki liberal demokratik devletlerin karşı karşıya kaldığı bir diğer temel sorun, siyasal ekolojinin de kendi içinde anti-demokratik, bilim karşıtı ve muhafazakâr görünümünün vücut verdiği post-liberal bir çağda liberal değerler etrafında bir yeşilleşme çabası içinde olmasıdır.<sup>149</sup>

Bunun yanı sıra derin ekolojistlerin bir kısmının savunduğu ve insan dışı yaşamın yok olmasını sağlamanın tek yolu olarak gördüğü nüfus kontrolü hedefinin mevcut liberal değerler setiyle, özellikle irade özgürlüğü, serbestçe yerleşme ve iltica hakkı, aile ve özel yaşama saygı hakkı gibi kategorilerle çatışma halinde olduğu belirtilebilir. Zira gelişmekte olan dünyaya yapılan yardımların kesilmesi, yine gelişmekte olan dünyada doğum oranlarının düşürülmesi ve gelişmekte olan dünyadan gelişmiş dünyaya göçün durdurulması gibi politikaların gerekliliği savunulmaktadır.<sup>150</sup> Göçmenlere yönelik düşmanca politikalar, bilime ilişkin çelişkili tutum ve nüfus kontrolü gibi mevcut insan haklarına karşı uygulamalar bağlamında ekolojizmin modern ulus

---

<sup>145</sup> Dryzek/Downes/Hunold/Schlosberg/Hernes, s. 15.

<sup>146</sup> Heywood, s. 222.

<sup>147</sup> Hoffman/Graham, s. 361.

<sup>148</sup> Hoffman/Graham, s. 360.

<sup>149</sup> Eckersley, *The Green State*, s. 139.

<sup>150</sup> Heywood, s. 222-223.

devletin istisna hali uygulamalarını pekiştirici bir işlev görebilmesi ihtimalini karşımıza çıkmaktadır.<sup>151</sup>

Öte yandan temsili demokrasiye çare olarak öne sürülen ve temelde kamusal alanda kanaatlerini oluştururken sadece rasyonel şekilde akıl yürüten yurttaşların oluşturduğu iletişim aracılığıyla evrensel normlara dayalı bir konsensüs varsayımına dayalı Habermasçı anlamda yerleşik demokrasi anlayışı<sup>152</sup> haline gelen müzakereci demokrasi, siyasal ekoloji tarafından siyasal iktidarın kullanımında çizilen yol haritası için sistematik ve etkili gelmemektedir.<sup>153</sup> Habermasçı demokrasi, her ne kadar çevre etiğini rasyonel söylemin

---

<sup>151</sup> Gerçekten de modern ulus devletlerin temelinde yer alan ulusçuluk, küreselleşmeyle birlikte aşınmış, küresel bir köy ve içinde serbestçe hareket eden ve göç eden insanlar, mallar ve topluluklar düşüncesi modern devletin insan topluluğu olan görece homojen ulus düşüncesinin ve kültürel bütünlüğün yitilmesi endişelerini doğurmuştur. Vahap Coşkun, “Küreselleşme ve Ulus Devletin Geleceği”, *Muhafazakâr Düşünce*, Yıl 1, sayı 1, 2004, s. 242-243. Dolayısıyla farklı saiklerle de olsa hem küreselleşmenin hem de çevresel krizin bir ürünü olabilen göçün yurttaşlar topluluğu üzerindeki olumsuz etkileri çevreciliği ve ulusçuluğu ortak bir paydaya getirebilmektedir. Benzer şekilde doğadaki organik ve hiyerarşik düzen düşüncesinin toplumsal hiyerarşiye de yansımalarının faşizmi ve ekolojizmi birbirine yaklaştıracığı endişeleri dile getirilmektedir. Nitekim yeşil hareketin “temiz bir dünya” ütopyasının ve Nazizm ile 20. yüzyılın başlarındaki “Alman toprağının ve Alman halkının iyiliği” misyonuyla yeşil hareketler arasındaki bağlantıların faşizmle sonuçlanacağı düşünülmekte ve buna eko-muhafazakârlık ve eko-milliyetçiliğin bir tür totaliter görünümü olan eko-faşizm olarak nitelendirilmektedir. Güneş, s. 123-127; Hoffman, Graham, s. 361-362.

<sup>152</sup> Jürgen Habermas (Çev. Tanıl Bora-Mithat Sancar), *Kamusallığın Yapısal Dönüşümü*, 15. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, s. 43 ve 169-170; A. Aslı Şimşek Öner, “Kamusallık, Kamusal Alan ve İnternet”, *Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Ed. İbrahim Şahbaz/Gonca Kuru/Melike Ezgi Yetimoğlu, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2022, s. 153.

<sup>153</sup> Robyn Eckersley, “From the Liberal to the Green Democratic State: Upholding Autonomy and Sustainability”, *International Journal of Innovation and Sustainable Development*, Cilt 1, Sayı 4, 2006, s. 267-268.

meşru bir parçası olarak görse de bu rasyonel söylem en azından potansiyel olarak insan dışı dünyayı içermek bakımından yetersiz kalmaktadır. Zira Habermasçı müzakereci demokrasinin dayanağı olan liberal adalet teorisi, özgürlük anlayışı, insan-merkezcilik ve çevresel bozulma arasındaki yakın bağı görmezden gelmektedir. Aynı zamanda eko-merkezci adalet kavramına dayanmadığından müzakereci rasyonel söylem ne kadar muktedirin baskısından arınmış olursa olsun, kendi başına gerekli ekolojik söylemi üretemeyecektir.<sup>154</sup>

İnsan dışı varlıkların doğrudan iletişim kurma ya da etik çerçevesinde karşılık verme kapasitesine sahip olmamalarından hareket etmek yerine, insanların sadece kendileri için değil, aynı zamanda kendileri için hareket edemeyenler için de hareket etme kapasitesine odaklanılması önerilmektedir.<sup>155</sup> Gerçekten de demokrasinin yeşilleşmesi için tanımlanmış bir kamusal alanda demokratik müzakerelere katılabilenlerin yanı sıra, gelecek nesiller ve insan dışı doğal varlıklar gibi çeşitli derecelerde tam olarak bilinemeyen ve kendilerini temsil edemeyen ötekilerin çıkarlarını temsil etmenin anlamlı ve pratik yol ve yöntemlerini bulmak gerekmektedir. Öte yandan ekolojizm, “yeryüzünün yasal temsilciliği/küresel müştereklerin yasal temsilciliği” kavramını (*trusteeship of the earth/trusteeship of the global commons*) ekleyerek zaten tartışmalı olan siyasal temsil sorununa yeni bir katman eklemektedir.<sup>156</sup> Zira yeryüzünün tamamını kapsayan ve ekolojik sürdürülebilirliğe dayalı bir yönetim düşüncesi<sup>157</sup> ile Vestfalya modeline göre ulus egemenliğine dayalı modern devlet iktidarı uzlaştırılmaya çalışılmaktadır. Buna göre yeryüzü yönetişimi, ulusal sınırları aşarak, insanlara kendilerini devletlerinin yurttaşı olarak değil, sorumlu bir yeryüzü sakini olarak konumlandırarak hükümetlerinden yeryüzünün emanetçiliğini kabul etmelerini talep

---

<sup>154</sup> Bosselmann, *The Principle of Sustainability*, s. 95.

<sup>155</sup> Bosselmann, *The Principle of Sustainability*, s. 96.

<sup>156</sup> Eckersley, *The Green State*, s. 114.

<sup>157</sup> Kaldı ki modern ulus devletlerin egemenlik yetkisinin dönüşmesine yönelik en büyük zorlayıcılığın kapitalist ekonominin küreselleşmesinin yanı sıra uluslararası çevre hukukundaki gelişmeler olduğu belirtilmektedir. Bosselmann, *The Principle of Sustainability*, s. 150.

etme görevi yüklemektedir. Bu durumda insan haklarının ve yeryüzünün yasal temsilcisi olarak devlet egemenliği, devlet bakımından yükümlülükler anlamına gelecektir. Gerçekten de insanların sahip olduğu hakların yeryüzüne karşı sorumluluklarla bağlantılı olması, insan onurunun ve esenliğinin güvence altına alınabilmesi için insanların hem birbirine hem de yeryüzüne karşı temel görevlerini yerine getirmesi, insanların kendilerini “yeryüzü için insanlar” ve yeryüzünün yasal temsilcisi olarak konumlandırması biçiminde yeryüzü yasal temsilciliği için bir çerçeve çizen üç “Lahey İlkesi”nden<sup>158</sup> söz edilmektedir.<sup>159</sup>

Bu haliyle siyasal ekoloji temelli bir demokrasi, ekolojik sorunların ve etkilediği insan ve insan dışı toplulukların karmaşık ve

---

<sup>158</sup> Earth Trusteeship, *The Hague Principles for a Universal Declaration on Responsibilities for Human Rights and Earth Trusteeship*, <https://www.earthtrusteeship.world/the-hague-principles-for-a-universal-declaration-on-human-responsibilities-and-earth-trusteeship/> (07.10.2024). Şimdiye kadar anlatılanlar ışığında siyasal ekolojinin hukukî zemin arayışında olduğu ve yeşil devletin anayasal çerçevesini çizmeye çalıştığı belirtilebilir. Bu doğrultuda çevre hukukundan ekolojik hukuka doğru bir geçiş öngören bir hukuk hareketinin ortaya çıktığı görülmektedir. Nitekim 2016’da Norveç’in Oslo kentinde düzenlenen Uluslararası Doğa Koruma Birliği (*International Union for Conservation of Nature/IUCN*) Çevre Hukuku Akademisi Kolokyumu’nda bir araya gelen hukukçu akademisyenler, “Çevre Hukukundan Ekolojik Hukuka” başlıklı bir manifesto kabul etmiştir. Oslo Manifestosu olarak da bilinen bu belgeye dayanarak 2017 yılında Ekolojik Hukuk ve Yönetişim Derneği (*Ecological Law and Governance Association/ELGA*) kurulmuştur. ELGA, hukuk ve yönetişimi dönüştürmeye yönelik girişimleri koordine eden küresel bir avukatlar ve çevre aktivistleri ağıdır. Bu ağ nezdinde 10 Aralık 2018 tarihinde Hollanda’nın Lahey kentinde kurulan Yeryüzü Yasal Temsilciliği İnişiyatifi de Lahey İlkelere’ni kabul etmiştir. Klaus Bosselmann, “Environmental Trusteeship and State Sovereignty: Can They Be Reconciled?”, *Transnational Legal Theory*, Cilt 11, Sayı 1-2, 2020, s. 7 (Environmental Trusteeship); ELGA, *Oslo Manifesto for Ecological Law and Governance: From Environmental Law to Ecological Law: A Call for Re-Framing Law and Governance*, Haziran 2016, <https://www.elga.world.org/oslo-manifesto> (07.10.2024).

<sup>159</sup> Bosselmann, *Environmental Trusteeship*, s. 7.

değişken hatlarına uyum sağlayabilecek daha esnek demokratik prosedürlere ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>160</sup> O halde belirli bir ulusçuluk ideolojisiyle yoğrulmuş ve bu anlamda sınırları belirli bir bölgede yaşayan ortak kültüre sahip olduğunu varsayan insan topluluğunun iradesini<sup>161</sup> demokrasi bağlamında önceleyen mevcut devletli düzenin, ekolojik demokrasi ile uyuşması nasıl mümkün olacaktır? Öte yandan böyle bir yeknesak ve türdeş ulusal demokrasi anlayışı yerine demokrasi anlayışını karmaşık ekolojik sorunlarla karşı karşıya kalan son derece çoğulcu toplumlarda şimdiye kadar dışlanmış ötekilerin iradelerine doğru genişletme ve derinleştirme yollarının keşfi aracılığıyla yeşil demokratik devletten söz edilebileceği vurgulanmaktadır.<sup>162</sup>

Bunun yanı sıra yeşil demokratik devlet, her zaman daha geniş bir devlet-toplum yapısının bir parçası olarak kendini konumlandırılmalıdır. Buna göre devletler ve toplumlar, kamusal görüşlerin üretildiği iletişim ağlarından oluşan kamusal alan ile birbirine bağlıdır. O halde yeşil demokrasinin var olabilmesi için ihtiyaç duyduğu yeşil kamusal alan, yeşil anayasa tasarımı ile mümkün görülmektedir. Gerçekten de yeşil anayasacılığa göre özellikle şimdiye kadar politika oluşturma ve yasama süreçlerinden dışlanmış ya da bu süreçlerde yeterince temsil edilmemiş gruplar için kapsamlı çevresel bilgi ve itiraz, katılım ve çevresel adalete erişim mekanizmaları sağlayarak güçlü bir “yeşil kamusal alan” oluşturulmalıdır.<sup>163</sup>

Gelinen noktada ulus devlet demokrasisinin dayandığı halk egemenliği anlayışının temelinde yer alan “herkesin iradesinin” (diğer bir deyişle her bir bireysel iradenin) zorlayıcı olmayan yollarla “genel iradeye” (veya ortak iyiye) nasıl dönüştürüleceği sorunu karşımıza çıkmaktadır.<sup>164</sup> Zira Rousseau’nun genel irade tezine göre genel irade topluluğun üyesi bulunan her bireyin özel iradesini içermektedir ve

<sup>160</sup> Eckersley, *The Green State*, s. 114-115.

<sup>161</sup> Ernest Gellner (Çev. Büşra Ersanlı-Günay Göksu Özdoğan), *Uluslar ve Ulusçuluk*, Hil Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 76-77.

<sup>162</sup> Eckersley, *The Green State*, s. 140.

<sup>163</sup> Eckersley, *The Green State*, s. 140-141.

<sup>164</sup> Eckersley, *The Green State*, s. 141.



dolayısıyla devlet ne ölçüde mutlak kudrete sahip olursa, insan da o ölçüde özgür olur gibi aykırı oya sahip olanlar ve azınlık görüşünde kalanlar bakımından demokratik olmayan, çoğunluğun despotizmi anlamına gelen bir sonuca götürmektedir.<sup>165</sup>

Bu durumda küresel ölçekte ağlarla birbirine bağlı olduğu düşünülen sivil toplum, halihazırda ötekileştirilmiş ve dışlanmış toplumsal kesimler ve insan dışı varlıklar da dahil ekosistem hesaba katıldığında yapısal olarak birbirine karşıt maddi/ekonomik çıkarlar, ahlaki ve kültürel çoğulculuğun varlığı gibi farklılıkların yeşil demokrasi tarafından nasıl bir konsensüs etrafında birleştirileceği tartışılmalıdır. Gerçekten de tüm yurttaşların ortak iyiyi ararken kendi özel ya da tikel çıkarlarını geride bırakması düşüncesinin yanı sıra ortak iyinin/çıkarın ne olduğu hususundaki çeşitlilik sorgulanmaktadır. Dolayısıyla siyasal ekolojinin önündeki zorluk, çeşitliliğe karşı siyasal hoşgörüyü teşvik edebilecek, ancak kültürel göreceliliğe düşmeden bunu başarabilecek bir anayasal bir çerçeve geliştirmektir. Ancak bu şekilde Rousseaucu genel irade yaklaşımının homojenleştirici ve potansiyel olarak baskıcı, liberal demokrasinin ise toplumu atomize edici eğilimlerinin bertaraf edilebileceği düşünülmektedir.<sup>166</sup> Bu haliyle yeşil devlet iktidarının, Hobbes'ta görüldüğü gibi toplum-devlet özdeşliğine varan ve kendisi dışında bir politik varoluşu olmayan, mutlak kudrete tabi bir beden ile Lockeçu anlamda devletten önce doğuştan getirdiği haklarla çevrelenmiş ve görece bağımsızlaşmış toplum-devlet ikiliği<sup>167</sup> arasında bir yerde konumlandığı belirtilebilir.

Bir yanda küresel şirketlerin doğayı ve insanı sömürürken aynı zamanda çevreci örgütlere parasal yardım yapmasında olduğu gibi yeşile boyama faaliyetleri<sup>168</sup>, öte yanda mevcut liberal demokrasilerde

<sup>165</sup> Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 36; Uygun, s. 147.

<sup>166</sup> Eckersley, *The Green State*, s. 141.

<sup>167</sup> Cemal Bâli Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, 4. Bası, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009, s. 46-48.

<sup>168</sup> Mihriban Şengül, "Neoliberal Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı", *Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları*, Ed. Selda Çağlar, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 379.

dahi çevrenin ve doğanın korunmasına yönelik zayıf hukukî ve siyasal rejim<sup>169</sup>, bunun yanı sıra siyasal ekolojinin yasal temsilcilik gibi geçmişteki sömürü tecrübelerini çağrıştıran<sup>170</sup> aktörleri oldukça belirsiz çözümler önermesi ve küresel sermayenin çok taraflı yönetim biçimleri çerçevesinde liberal demokrasilerin karar alma süreçlerini tekellerine alması<sup>171</sup>, ekolojinin kendi değerlerine göre siyasal bir çare arayışında onu neoliberalizm ile post liberalizm arasına sıkışmışlığına da işaret etmektedir.

## SONUÇ

Modern devletin ve daha genelde devletli yaşamın varlık nedeni açıklanırken insanların devletli yaşama geçmeden önce, başka bir anlatımla devletten önce doğa durumunda hak ve özgürlüklere sahip olduğu, ancak doğa durumunda kaçınılmaz olan çatışmanın giderilmesi için meşruiyet zemini olarak insan eliyle kurulmuş, yapay bir örgüt olan devlete ihtiyaç duyulduğu anlatısına başvurulmaktadır. Nitekim Descartes ve Newton'dan ödünç alınan doğa bilimlerine ait yasalar toplum bilimlerine uyarlanarak devletin mekanik, rasyonel, insan aklına dayanan yapısı bağlamında gerekçeler sunulmaktadır. Siyasal ekoloji ise insan dışı canlı-cansız varlıkları, biyoçeşitliliği ve holizmi bu denkleme dahil ederek hem retorik hem de pratik bir dönüşüm önermektedir. Gerçekten de insan eliyle kurulmuş modern devlet kudreti yerine iktidarın kaynağına doğayı/yeryüzünü bir bütün olarak koyan yeni bir yaklaşım önermektedir.

Bu doğrultuda modern devletin rasyonel, insan-merkezli birey anlayışının da dönüşmesi önerilmektedir. Zira eko-eleştirel bakış açısına göre modern birey kurgusu, tüketimcilikten, dünya kaynaklarının sorumsuzca sömürsünden ve doğayı yok etmekten başka bir sonuca ulaştırmamaktadır. Buna alternatif olarak eko-merkezlilik

<sup>169</sup> Şengül, s. 374-375.

<sup>170</sup> Mesut Kaçanoğlu, "Kalkınma Yazınında Farklılıklara Vurgu: Post Kalkınma Yaklaşım(lar)", *Politik Ekonomik Kuram*, Cilt 4, Sayı 1, 2020, s. 107-108.

<sup>171</sup> Şengül, s. 379; Moya Chin, "What Are Global Public Goods?", *Finance & Development, International Monetary Fund*, Aralık 2021, [https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2021/12/Global-Public-Goods-Chin-basics#:~:text=Global%20public%20goods%20are%20those,such%20as%20the%20metric%20system.\(10.09.2024\).](https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2021/12/Global-Public-Goods-Chin-basics#:~:text=Global%20public%20goods%20are%20those,such%20as%20the%20metric%20system.(10.09.2024).)

önerilmektedir. Nitekim “insan doğadan üstündür” formülü yerine, “insan doğanın sadece bir parçasıdır” formülü geçtiği takdirde özgürlük, eşitlik, sorumluluk kavramlarına siyaseten ve hukuken yüklenen anlamlar değişecektir. Söz gelimi ekosofiyeye göre doğa sadece insanlara sağladığı faydalar nedeniyle “araçsal” bir değere değil, kendinde mündemiç olan bir değere sahiptir. Bu nedenle de hem bireysel olarak insanın hem de devletin başlangıç durumunda yetki ve sorumlulukları dağıtılırken doğanın özneliğinin dikkate alınması gerekir.

Bu bağlamda mekanikçi dünya görüşünden holistik yeryüzü etiği anlayışına geçilirken eyleyen özne olan insan akli ve iradesine dayalılık, siyasal toplum kurulurken yerini organik olarak birbirine bağlı canlı-cansız doğanın çeşitliliğini gözetken bir yapıya dönüşmelidir. Dolayısıyla doğa, artık edilgen ve insanın/devletin müdahalesi karşısında hareketsiz bir nesne değil, kendinde değeri gözetilen ve onun parçası olan insanın doğa adına sorumluluk üstlendiği bir varlıktır. Öyleyse modern devlet kudreti ve liberal demokratik meşruiyet iddiası bu paradigma değişimine nasıl karşılık vermektedir? Gelinek noktada yeşil devlet teorisinin temel tartışma sorusunun bu husus olduğu belirtilebilir. Temelde yer alan bu meselenin üzerine yeşil demokrasi, yeşil kamusal alan, yeşil anayasacılık ve yeşil yurttaşlık gibi kamu hukukunun ana tartışma noktaları bina olmaktadır.

Siyasal ekolojinin nasıl bir ekolojik olarak sorumlu devlete vücut verdiği ve böyle bir politik pratiğe sahip devletin normatif teorisinin köşe taşlarını oluşturacak temel kavram ve kurumları tek bir makale kapsamında tüketmek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla bu çalışmada devlet kudretinin yeşilleşmesi kavramına başvurularak, modern siyasal iktidarın ekolojizm çerçevesinde tartışılan küresel çevresel değişimler, iklim krizi, insan dışı varlıkların iyiliği/esenliği, müşterekler, gelecek nesiller gibi devlet ve hukuk kuramına yeni giren kavram seti bağlamında neye tekabül ettiği tartışılmıştır. Bu doğrultuda yeşil devletin gerekçelendirilmesinde başvurulan müşterekler yaklaşımı ile Hobbes’un mahkûmlar ikilemi çerçevesinde ele alınan doğa durumu ve toplum sözleşmesi teorisinin birlikte okunmasından istifade edilmiştir.

Öte yandan klasik ideolojiler, ekonomik sistem olarak kapitalizm ve sosyalizm gibi birbirine taban tabana zıt alternatifler üretebilirken, ekolojizmin farklı versiyonlarının hem kapitalizmle hem de sosyalizmle uyumlu söylemler geliştirmesi onun topyekûn bir siyaset teorisine, dolayısıyla devlet teorisine vücut vermesini zorlaştırdığı düşünülmektedir. Gerçekten de biyobölgeci eko-anarşist bakış açısı dışında siyasal ekolojinin devleti nerede konumlandığı hususunda görüş birliği olduğundan söz etmek mümkün görünmemektedir. Siyasal ekoloji insanlığa temel ihtiyaçların adil dağılımını sağlama, tüketimi azaltma, kirlilik kontrolü için geri dönüşüm yapma ve teknolojiyi bu amaçla kullanma, yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelme, küresel ticarete kısıtlamalar getirme, endüstriyel tarım yerine ekolojik tarım yapma gibi mevcut ekonomik ve siyasal sistemi dönüştürücü ve insanın hem bireysel hem kolektif sorumluluğunu artırıcı alternatif bir dünya tasarımı önermektedir. Fakat her bir insanın ya da insan topluluğunun devlet gibi siyasal bir kapasite olmaksızın bunu nasıl başaracağı belirsizdir. Üstelik siyasal ekolojinin anarşist bağlamı dışında devletsiz toplum önerisinde bulunduğu da tam olarak iddia edilemez. Yeşil devlet üzerine ise henüz bir görüş birliği olduğundan söz edilememektedir. Devletin siyasal ekoloji içindeki konumu hususundaki mevcut teorik çabalar ise yasal temsilcilik kurumunun siyasal alana aktarılması ile yeşil anayasacılık hareketi aracılığıyla doğa ile ilişkili çevre hakkı ve ondan türetilen ya da onunla birlikte düşünülen insan hakları kategorileri eşliğinde ülke unsurunun ve birey-devlet ilişkilerinin ekolojik perspektifle gözden geçirildiği bir anayasal çerçeve olarak iki ana tutum biçiminde karşımıza çıkmaktadır.

Bu noktada yeşil devlet teorisi, devlet kudreti, siyasal iktidarın kaynağı, meşruiyeti ve iktidarın kullanımı konusunda daha anlaşılır bir perspektif sunmakla birlikte, demokrasinin "*demos*"u hususunda daha muğlak bir çerçeve ortaya koymaktadır. Gerçekten de gelecek nesiller, insan dışı varlıklar gibi yurttaşlık kavramının içine dahil edilmeye çalışılan kategoriler yurttaşların hakları çerçevesinde sınırlandırılan devlet kudreti yaklaşımını da zayıflatmaktadır. Aynı zamanda bireyin yurttaş olarak geri dönüşüm, tüketmeme, yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelme gibi sorumlulukları halihazırdaki yurttaşlık görevlerinin yanı sıra yeni bir sorumluluklar silsilesi getirmekte ve fakat

bunların karşılığı olarak salt bir ulus devletin çevreyi korumaya yönelik çabasının yurttaşların yaşamlarını ne ölçüde iyileştirdiği belirsiz kalmakta ve karşılıklı hak ve ödevler dengesini sarsmaktadır. Bu çalışmada siyasal ekolojinin kendi içinden ve ona yöneltilen eleştirilerden hareketle devlet iktidarına ilişkin önerdiği normatif çerçeve değerlendirilmiş ve günümüz liberal demokrasileri bağlamında bu çerçevenin işlerliği tartışılmıştır.

Bu noktada genişleyen yükümlülükleri özgürlük ve insan hakları düşüncesinin doğal bir parçası olarak konumlandırılan yeşil devlet anlayışı, bize liberal değil, ekolojik nitelikte bir özgürlük ve insan hakları çerçevesi sunacak, böylece haklar ve yükümlükler bakımından farklı sonuçlar doğacaktır. Bu çalışma kapsamında siyasal ekoloji bağlamında modern devletin egemenlik anlayışının değişen ve dönüşen yönleriyle sınırlı bir tartışma yürütülmüştür. Dolayısıyla bu çalışmanın yeşil yurttaşlık, yeşil kamusal alan ve yeşil demokrasi gibi siyasal ekolojinin devlet teorisi alanında paradigma değişimini betimleyen ve tartışan derinlikli ve kapsamlı araştırmalara yeşil devlet hususundaki temel soruları ortaya koyarak belirli bir ölçüde katkı sunması amaçlanmıştır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

## EXTENDED SUMMARY

*The subject of this study is the normative-theoretical framework of green state power with a political practice that can be characterized as an ecologically responsible state. The importance of this issue has increased since the end of the 20th century and the first quarter of the 21st century, when modern states began to look for a foundation in political ecology for their claims to democratic legitimacy. On the one hand, states are trying to increase their capacity for actions to mitigate the impact of environmental disasters and adapt to environmental changes such as climate change, and on the other hand, global environmental change has exceeded the extent that nation states alone can overcome. Yet a legitimization based on the Westphalian model of classical sovereignty is not considered sufficient in today's societies. Therefore, it is important to show how state power has changed with the approach of political ecology. This study aims to evaluate the state power, in other words, the "greening of Leviathan" under the influence of various concepts derived from green political thought such as green democracy, green citizenship, green constitutionalism, green politics and environmentalism, which modern states use in their legitimacy claims. For this purpose, the term "green state" is preferred. As a matter of fact, it has become meaningful for Public Law to talk not about a liberal democratic state ruled by a green party government with a set of programmatic environmental goals, but about the normative theory of the green state with a political practice that goes beyond this and can be called an ecologically responsible state. In order to achieve this aim, the power element of the state is analyzed by taking into account the historical background of both the modern state and political ecology, current political developments and the positioning of the state by political ecology. During this analysis, political ecology's criticisms of existing democracies, its core values and strategy are explained. In the light of its literary-philosophical origins and eco-criticism, it has been determined that ecologism has two main ideological versions as deep ecology and shallow ecology. In line with this determination, it is suggested that the main criticism of ecologism against traditional ideologies is the anthropocentric perspective of traditional ideologies. Today's liberal democracies shaped by traditional ideologies do not have an eco-centric structure that protects nature since both their intellectual foundations and*

political life are anthropocentric. In contrast, green state theorists argue that two propositions - that the non-human is morally valuable and that this value derives in part from the non-instrumental value of nature - should transform the current modern perspective. In this context, the value of the non-human is not based on its contribution to human welfare. This paradigm shift, in turn, gives rise to two different views within political ecology that influence each other. These are "green state advocates" and "decentralization advocates". Unlike decentralization, the green statist view positions the nation-state as the main political subject with the authority to both make law binding on its citizens and to participate in negotiations with other nation-states in the international arena. The decentralist view is that there is no need for an institution such as the modern state, which means intervention in the order of nature. On the contrary, just like in nature, political actors can make political decisions on their own without being under the subjection of any center. At this point, ecologists, whether they imagine a society with or without a state, try to align existing political forms with ecological realities. Therefore, according to green political thought, based on the assumption of the "tragedy of the commons" put forward in ecologism to explain the source of political power, the legitimacy of power and its basis can be explained, just like the prisoner's dilemma in Hobbes' *Leviathan*. Indeed, unlike traditional theories of the state, harms and benefits will be related to the avoidance of harms and securing benefits for the earth's ecosystem, and will not be considered solely in the context of the individual's dilemma of avoiding or causing harm, as in Hobbes. Undoubtedly, taking into account harms and benefits will involve people, but it will not be limited to them. Taking into account harms such as the climate crisis, humans will consent to a state power that will not instrumentalize nature and will systematically and permanently take into account the advancement of common interests and well-being of non-humans. In addition, in a green state, which is based on going beyond being an environmental state and realizing the goals of political ecology, the duties of the state towards non-human beings other than citizens, future generations and actors including nature, such as the common interest of humanity, and the limits of sovereignty are also important topics of this discussion. Political ecology proposes to existing democracies that instead of the community of citizens of the nation, there should be both a sub-national, supra-national and intergenerational community. The extent to which this proposal can be valid and effective is

*important. In liberal democracies that are based on the capitalist economy, ecological conclusions that open the door to more repressive governments such as authoritarian population policies, rejection of scientific data and anti-immigrant sentiments, as well as ecological values such as greenwashing can only be seen as a means of legitimization in international public opinion. On the other hand, proposals from the green state theory such as the trusteeship of the earth, the expansion of the concept of citizenship and the sphere of responsibility, and the placing of nature as a whole at the source of power within the framework of ecosophy are currently being discussed in the context of democracy, public sphere, constitutionalism and citizenship. This process shows that today's societies have not yet implemented a comprehensive normative framework for the green state, but have managed to impose a green version of the Leviathan.*



### KAYNAKÇA

- AKAD Mehmet/VURAL-DİNÇKOL Bihterin/ BULUT Nihat, *Genel Kamu Hukuku*, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2018.
- AKAL Cemal Bâli, *İktidarın Üç Yüzü*, 4. Bası, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009.
- AKKOYUNLU-ERTAN Kıvılcım, "Leopoldcü Düşünce ve Yeryüzü (Toprak) Etiği", *Memleket Siyaset Yönetim*, Cilt 10, Sayı 23, 2015, s. 1-20.
- ÁLVAREZ Santiago García, "Environmental Policies and Pachamama in Ecuador: Theory and Practice in Rafael Correa's Government (2007–2013)", *International Journal of Environmental Policy and Decision Making*, Cilt 1, Sayı 3, 2015, s. 227-239.
- ANGUS Ian, "Müştereklerin Trajedisi Miti", *Herkesin Herkes İçin: Müşterekler Üzerine Eleştirel Bir Antoloji*, Haz. Fikret Adaman/Bengi Akbulut/Umut Kocagöz, Metis Yayınları, İstanbul, 2017, s. 44-52.
- ANTER Andreas (Çev. Keith Tribe), *Max Weber's Theory of the Modern State: Origins, Structure and Significance*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2014.
- ARIKAN Engin, "Çevreci Düşünce ve Çevre Hukuku İçin Radikal Bir Kılavuz: Arne Naess'in Derin Ekoloji Yaklaşımı", *TAÜHFD*, Cilt 2, Sayı 1, 2020, s. 191-220.
- ARISTOVA Ekaterina, "Greenwashing Exposed: A Close Look at the Existing Case Law (Part 1)", *Oxford Business Law Blog*, 6 Aralık 2023, <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/12/greenwashing-exposed-close-look-existing-case-law-part-1> (30.08.2024).
- BARNES Peter, *Capitalism 3.0: A Guide to Reclaiming the Commons*, Berrett-Koehler Publishers, San Francisco, 2006.
- BARRY John, *Green Political Theory: Nature, Virtue and Progress*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Glasgow Üniversitesi Siyaset Teorisi Bölümü, 1996.

- BARRY John, "Green Political Theory", Ed. Vincent Geoghegan, Rick Wilford, *Political Ideologies: An Introduction*, 4. Bası, Routledge, Londra, 2014, 153-178.
- BAUMAN Zygmunt, *Community: Seeking Safety in an Insecure World*, Polity Press, Cambridge, 2001.
- BAXTER Brian, *Ecologism: An Introduction*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2008.
- BAYRA Adem Ersin, "Güvenlik Devleti: Leviathan'dan Hukuk Devletine, Hukuk Devletinden Leviathan'a", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2019, s. 93-130.
- BENTON Ted, *Natural Relations: Ecology, Animal Rights and Social Justice*, Verso, Londra ve New York, 1993.
- BIERMANN Frank/DINGWERTH Klaus, "Global Environmental Change and the Nation State", *Global Environmental Politics*, Cilt 4, Sayı 1, 2004, s. 1-22.
- BİNGÖL-SCHRIJER Bilge, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Yargı Dışı Korunması: BM İnsan Hakları Konseyi ve İnsan hakları Sözleşmelerinin Denetim Organları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Birleşmiş Milletler, *Our Common Agenda: Report of the Secretary-General*, New York, 2021.
- BOLLIER David, "The Commons, Short and Sweet", 15.07.2011, <https://www.bollier.org/commons-short-and-sweet> (23.05.2024).
- BOSELNANN Klaus, "Environmental Trusteeship and State Sovereignty: Can They Be Reconciled?", *Transnational Legal Theory*, Cilt 11, Sayı 1-2, 2020, s. 47-61.
- BOSELNANN Klaus, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, Ashgate, Hampshire, 2018.
- BULUT Nihat, "Kapitalizm-Demokrasi İlişkisi (Demokrasinin Ekonomik Temelleri Üzerine Bir İnceleme)", *Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1-2, s. 69-88.

- CALLICOTT J. Baird, "The Conceptual Foundations of the Land Ethic", *Environmental Ethics Readings in Theory and Application*, Ed. Louis P. Pojman/Paul Pojman/Katie Mcshane, 7. Bası, Cengage Learning, Boston, 2017, s. 248-261.
- CAPRA Fritjof/MATTEI Ugo (Çev. Ebru Kılıç), *Hukukun Ekolojisi: Doğa ve Toplumla Uyumlu Bir Hukuk Sistemine Doğru*, Koç Üniversitesi Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2021.
- CHIN Moya, "What Are Global Public Goods?", *Finance & Development*, *International Monetary Fund*, Aralık 2021, <https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2021/12/Global-Public-Goods-Chin-basics#:~:text=Global%20public%20goods%20are%20those,such%20as%20the%20metric%20system.> (10.09.2024).
- COLLINS Sheila D., "The Reactionary Turn in American Environmental Policy: The Trump Effect", *Ecological Integrity, Law and Governance*, Ed. Laura Westra/Klaus Bosselmann/Janice Gray/Kathryn Gwiazdon, Routledge, Oxon-New York, 2018, s. 131-141.
- COŞKUN Vahap, "Küreselleşme ve Ulus Devletin Geleceği", *Muhafazakâr Düşünce*, Yıl 1, sayı 1, 2004, s. 239-258.
- ÇETİN Selçuk, *Yeşil Düşünce, Yeşil Siyaset ve Çevre İletişimi*, Ütopya Yayınevi, Ankara, 2022.
- ÇOBAN Aykut, *Ekolojik İhtilaflar ve Kapitalizm*, İmge Kitabevi, Ankara, 2018.
- DAVIES Jeremy, "Romantic Ecocriticism: History and Prospects", *Literature Compass*, Cilt 15, Sayı 9, 2018, s. 2-28.
- DESCARTES, René (Çev. John Veitch), *Discourse on the Method of Rightly Conducting the Reason, and Seeking Truth in the Sciences*, The Project Gutenberg eBook, <https://www.gutenberg.org/files/59/59-h/59-h.htm> (28.04.2024).
- DEVALL Bill/SESSIONS George, "Deep Ecology", *Environmental Ethics Readings in Theory and Application*, Ed. Louis P. Pojman/Paul

- Pojman/Katie Mcshane, 7. Bası, Cengage Learning, Boston, 2017, s. 231-237.
- DOBSON Andrew (Çev. Cengiz Yücel), *Ekolojizm*, Yeni İnsan Yayınevi, 2. Bası, İstanbul, 2017.
- DOBSON Andrew, *Environmental Politics: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- DOĞAN İlyas, *Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar*, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2008.
- DRYZEK John S./DOWNES David/HUNOLD Christian/SCHLOSBERG David/HERNES Hans-Kristian, *Green States and Social Movements: Environmentalism in the United States, United Kingdom, Germany, and Norway*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- DUIT Andreas/FEINDT Peter H./MEADOWCROFT James, "Greening Leviathan: The Rise of the Environmental State?", *Environmental Politics*, Cilt 25, Sayı 1, 2015, s. 1-23.
- DÜNDAR Berk İlke, "Yeşil Siyasal Düşüncenin Varlık ve Meşrûluk Temellerine İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme", *İdealKent Dergisi*, Sayı 13, 2014, s. 40-56.
- Earth Trusteeship, *The Hague Principles for a Universal Declaration on Responsibilities for Human Rights and Earth Trusteeship*, <https://www.earthtrusteeship.world/the-hague-principles-for-a-universal-declaration-on-human-responsibilities-and-earth-trusteeship/> (07.10.2024).
- ECKERSLEY Robyn, "From the Liberal to the Green Democratic State: Upholding Autonomy and Sustainability", *International Journal of Innovation and Sustainable Development*, Cilt 1, Sayı 4, 2006, s. 266-283.
- ECKERSLEY Robyn, *Environmentalism and Political Theory: Toward an Ecocentric Approach*, UCL Press, New York, 1992.
- ECKERSLEY Robyn, *The Green State: Rethinking Democracy and Sovereignty*, The MIT Press, Cambridge-Massachusetts-London, 2004.

- ECO-Center, "Antroposentrik Bakış Açısı", <https://uni-ecoaula.eu/index.php/tr/2-uncategorised/885-3-2-antroposentrik-bak-s-ac-s?showall=1> (28.06.2024).
- ELGA, *Oslo Manifesto for Ecological Law and Governance: From Environmental Law to Ecological Law: A Call for Re-Framing Law and Governance*, Haziran 2016, <https://www.elgaworld.org/oslo-manifesto> (07.10.2024).
- ERÖZDEN Ozan, "Makyavelizm, Hikmet-i Hükümet ve Modern Devlet", *Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite*, Haz. Cemal Bâli Akal, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2012, s. 63-80.
- FREEDEN Michael (Çev. Hakan Gür), *İdeoloji*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2011.
- GARVER Geoffrey, "Moving from Environmental Law to Ecological Law: Frameworks, Priorities and Strategies", *Ecological Integrity, Law and Governance*, Ed. Laura Westra/Klaus Bosselmann/Janice Gray/Kathryn Gwiazdon, Routledge, Oxon-New York, 2018, s. 141-149.
- GELLNER Ernest (Çev. Büşra Ersanlı, Günay Göksu Özdoğan), *Uluslar ve Ulusçuluk*, Hil Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2013.
- GOODIN Robert E., *Green Political Theory*, Polity Press, Cambridge, 1992.
- GUDORF Christine E./HUCHINGSON James E., *Boundaries: A Casebook in Environmental Ethics*, 2. Bası, Georgetown University Press, Washington, 2010.
- GUNTHER Marc, "Bringing Conservatives Back to the Conservation Movement", *The Guardian*, 29 Ekim 2013, <https://www.theguardian.com/sustainable-business/bringing-conservatives-back-conservation-environment> (11.09.2024).
- GÜNEŞ Önder, "Şüphencilik, Düzenleme, Uzlaş: Batı Muhafazakâr Düşüncesinde Çevresel Meselelere Yaklaşımlar ve Eko-Muhafazakârlığın Görünümleri", *Mülkiye Dergisi*, Cilt 46, Sayı 1, 2022, s. 100-136.

- GWIAZDON Kathryn A., "The State Versus the Environment: The Ethical and Legal Implications for State Non-action in Protecting the Foundations of Life", *Ecological Integrity, Law and Governance*, Ed. Laura Westra/Klaus Bosselmann/Janice Gray/Kathryn Gwiazdo, Routledge, New York, 2018, s. 7-19.
- HABERMAS Jürgen (Çev. Tanıl Bora-Mithat Sancar), *Kamusal Yaşamın Yapısal Dönüşümü*, 15. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.
- HARDIN Garrett, "Müştereklerin Trajedisi", *Herkesin Herkes İçin: Müşterekler Üzerine Eleştirel Bir Antoloji*, Haz. Fikret Adaman/Bengi Akbulut/Umut Kocagöz, Metis Yayınları, İstanbul, 2017, s. 25-43.
- HARDIN Garrett, "The Tragedy of the Commons", *Science*, Cilt 162, Sayı 3859, 1968, s. 1243-1248.
- HEISE Ursula K., "Comparative Literature and the Environmental Humanities", *State of the Discipline Report*, American Comparative Literature Association, 9 Mart 2014, <https://stateofthedisipline.acla.org/entry/comparative-literature-and-environmental-humanities> (02.07.2024).
- HEYWOOD Andrew, *Political Ideologies: An Introduction*, 7. Bası, Red Globe Press, Londra, 2021.
- High-Level Committee on Programmes (HLCP), *United Nations System Common Principles on Future Generations*, 4 Mayıs 2023, [https://unsceb.org/sites/default/files/2023-05/Advance%20Unedited%20-%200United%20Nations%20System%20Common%20Principles%20on%20Future%20Generations\\_0.pdf](https://unsceb.org/sites/default/files/2023-05/Advance%20Unedited%20-%200United%20Nations%20System%20Common%20Principles%20on%20Future%20Generations_0.pdf) (10.08.2024).
- HOBBS Thomas (Çev. Semih Lim), *Leviathan*, 7. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2008.
- HOFFMAN John/GRAHAM, Paul, *Introduction to Political Theory*, 3. Bası, Routledge, Londra ve New York, 2015.
- HUTCHINGS Kevin, "Ecocriticism in British Romantic Studies", *Literature Compass*, Cilt 4, Sayı 1, 2007, s. 172-202.

- IHALAINEN Pasi, "Towards an Immortal Political Body: The State Machine in Eighteenth-Century English Political Discourse", *Contributions to the History of Concepts*, Cilt 5, Sayı 1, 2009, s. 4-47.
- KABOĞLU İbrahim H., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 16. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, 2021.
- KAÇANOĞLU Mesut, "Kalkınma Yazınında Farklılıklara Vurgu: Post Kalkınma Yaklaşım(lar)ı", *Politik Ekonomik Kuram*, Cilt 4, Sayı 1, 2020, s. 94-123.
- KAPANİ Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.
- KENNY Michael, "Ecologism", *Political Ideologies: An Introduction*, Ed. Robert Eccleshall/Alan Finlayson/Vincent Geoghegan/Michael Kenny/Moya Lloyd/Iain Mackenzie, Rick Wilford 3. Bası, Routledge, Londra ve New York, 2003, s. 151-181.
- KÖYBAŞI Serkan, *İklim Değişikliğine Karşı Yeşil Anayasacılık*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- KURU Ensar, *Yeni Bir Yerküre Tasarımı: Ekolojik Anayasacılık*, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2023.
- KURU Gonca, "Doğanın Hak Öznesi Olarak Kabulü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 30, Sayı 1, 2024, s. 70-85.
- LOCKE John (Çev. Fahri Bakırcı), *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme: Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni, Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme*, Ebabil Yayınları, Ankara, 2012.
- LOVELOCK James E., "Geophysiology, The Science of Gaia", *Reviews of Geophysics*, Cilt 27, Sayı 2, 1989, s. 215-222.
- MARQUIS, Christopher/TOFFEL Michael W., "The Globalization of Corporate Environmental Disclosure: Accountability or Greenwashing?", *Harvard Business School Working Paper 11 115*, 8 Mayıs 2011, s. 1-73.

- MAY James R./DALY Erin (Çev. Tolga Şirin, Necdet Umut Orcan), *Dünyada Çevresel Anayasalcılık*, Ekoloji Kolektifi Derneği Yayınları, İstanbul, 2018.
- METİN Sevtap, "Oyun Teorileri Işığında Thomas Hobbes'un Sosyal Sözleşme Kuramının Analiz ve Yorumu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 72, Sayı 1, 2014, s. 235-264.
- NAESS Arne, "The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement: A Summary", *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, Cilt 16, Sayı 1-4, 1973, s. 95-100.
- NAESS Arne/ROTHENBERG David, *Ecology, Community and Lifestyle: Outline of An Ecosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- OLSON Valerie A., "Political Ecology in the Extreme: Asteroid Activism and the Making of an Environmental Solar System", *Anthropological Quarterly*, Cilt 85, Sayı 4, 2012, s. 1027-1044.
- OSTROM Elinor, "Müşterekleri Yeniden Tanımlamak", *Herkesin Herkes İçin: Müşterekler Üzerine Eleştirel Bir Antoloji*, Haz. Fikret Adaman/Bengi Akbulut/Umur Kocagöz, Metis Yayınları, İstanbul, 2017, s. 53-76.
- ÖZENÇ Berke, *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.
- PIERSON Christopher (Çev. Neşet Kutluğ/Burcu Erdoğan), *Modern Devlet*, Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul, 2011.
- PIIRIMÄE Pärtel, "The Explanation of Conflict in Hobbes's Leviathan", *Trames*, Cilt 10, Sayı 1, 2006, s. 3-21.
- SANCAR Mithat, *Devlet Akılcılığında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, 4. Bası, İstanbul, 2008.
- SARNEEL Jesse, *Descartes and the Control of Nature*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Leiden Üniversitesi İnsani Bilimler Fakültesi, 2015.



- SAYGILI Abdurrahman/ZABUNOĞLU H. Gökçe “Kavramsal ve Kuramsal Açıdan Devlet Üzerine Notlar”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 17, Sayı 193, 2019, s. 157-178.
- ŞAYLAN Gencay, *Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi*, 2. Bası, İmge Kitabevi, Ankara, 2003.
- ŞENGÜL Mihriban, “Neoliberal Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı”, *Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları*, Ed. Selda Çağlar, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 363-384.
- ŞİMŞEK-ÖNER A. Aşlı, “Kamusallık, Kamusal Alan ve İnternet”, *Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Ed. İbrahim Şahbaz, Gonca Kuru, Melike Ezgi Yetimoğlu, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2022, s. 133-157.
- TORGERSON Douglas/PAEHLKE Robert, “Environmental Administration: Revising the Agenda of Inquiry and Practice”, Ed. Robert Paehlke/Douglas Torgerson, *Managing Leviathan Environmental Politics and the Administrative State*, 2. Bası, Broadview Press, Toronto, 2005, s. 3-11.
- UYAR Büşra, *İnsan Haklarına Ekolojik Yaklaşım Çerçevesinde İklim Mülteciliği*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- UYGUN Oktay, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- WALL Derek (Çev. İlknur Urkun Kelso), *Yeşil Politika*, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2013.
- WESTRA Laura, “Environmental Risks, Rights, and the Failure of Liberal Democracy: Some Possible Remedies”, *Environmental Ethics Readings in Theory and Application*, Ed. Louis P. Pojman/Paul Pojman/Katie Mcshane, 7. Bası, Cengage Learning, Boston, 2017, s. 349-367.



## Alman Hukukunda Hukuka Aykırı İdari İşlemlerin Geri Alınmasında İdarenin Takdir Yetkisi

### Das Rücknahmeermessen der Verwaltung bei rechtswidrigen Verwaltungsakten im deutschen Recht

Öğr. Gör. Dr. Ayşe Nur Saldıran\*

#### ÖZ

*Hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınması, Alman hukukunda geri alma, iptal veya usulün yeniden görülmesi şeklinde eş zamanlı uygulama bulabilen müesseseleri gündeme getirir. Bu müesseselerin ayrımı idari işlemin doğurduğu hukuki neticeler noktasında gerçekleşmiştir. Bu bağlamda geri alma, öncelikle yükümlendirici ve yararlandırıcı idari işlemler bakımından bir ayrıma konu olur.*

*Hukuka aykırı yararlandırıcı bir idari işlemin geri alınması genel olarak hukuki güvenlik ilkesinin ve kazanılmış hakların korunması noktasında idarenin takdir yetkisini sınırlandırır. Hukuka aykırı yükümlendirici bir idari işlemin geri alınmasında ise idarenin takdir yetkisi, bu işlemin korunmasındaki hukuki değer veyahut yararın ne olduğu sorusu bağlamında tartışmalıdır. Bu çalışmada da özellikle Alman hukukunda hukuka aykırı yükümlendirici idari işlemlerin geri alınması ve idarenin takdir yetkisinin sınırları değerlendirilecektir.*

**Anahtar kelimeler:** *Geri alma, hukuka aykırılık, takdir yetkisi, hukuki güvenlik ilkesi, kanunilik ilkesi*

---

\* Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana bilim Dalı, Dr. Öğr. Gör., ayse.saldıran@tau.edu.tr, <https://orcid.org/0009-0002-3456-4384>.



## The Discretion of the Administration to Revoke Unlawful Administrative Acts under German Law

### ABSTRACT

*The revocation of unlawful administrative acts in German law simultaneously involves legal procedures such as revocation, withdrawal, and the reopening of proceedings. This differentiation between these procedures lays with the legal consequences that they entail. In particular, the consequences regarding revocation are divided into two based on whether the administrative act foresees a burden or a benefit to the recipient.*

*The revocation of an unlawful beneficial administrative act is generally limited by the principles of the rule of law and the protection of legitimate expectations, thereby restricting the discretion of the administration. In contrast, the revocation of an unlawful burdensome administrative act raises questions about which legal values and interests justify the revoking the administrative act. This paper specifically discusses the revocation of unlawful burdensome administrative acts and the scope of discretion of the administration under German law.*

**Keywords:** *Revocation, unlawful administrative acts, discretionary power, principle of legal certainty, principle of legality*

### GİRİŞ

Hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınması meselesi, Alman idare hukukunda kanuni düzenlemeye konu olmuş olsa da idare hukukuna hâkim olan hukuki güvenlik ilkesiyle beraber idarenin takdir yetkisinin sınırlarının tartışıldığı bir konu olarak gündeme gelmektedir.

Hukuka aykırı bir idari işlemin geri alınması bir tarafta idarenin kanuniliği ilkesi diğer tarafta ise hukuki güvenlik ilkesi arasındaki çatışmanın konusudur.

Bu temel ilkelerin yarışmasında, yükümlendirici ve yararlandırıcı idari işlemler bakımından da bir ayırım yapmak gerekir.<sup>1</sup> Yararlandırıcı idari işlemlerde, idarenin bilhassa kusuruna dayalı hukuka aykırı işlemi geri alması, genellikle subjektif hak sahibinin kazanılmış hakkı kapsamında mümkün görülmemekte<sup>2</sup> ve bu bakımdan idarenin takdir yetkisi sınırlanmaktadır.<sup>3</sup> Yararlandırıcı işlemler bakımından kazanılmış hakların korunması esası şeklinde somutlaştırılmış bu üstün özel yarar, yükümlendirici idari işlemlerin geri alınmasında ise işlemin konusu itibarıyla gündeme gelmemektedir.<sup>4</sup>

Asıl hukuki mesele, objektif hukuk düzeninde hukuka aykırı bir yükümlendirici idari işlemin korunmasında nasıl bir hukuki yararın bulunduğudır. Bu çalışmada, özellikle bu tür idari işlemlerin geri alınmasına ilişkin esaslar ve idarenin bu konudaki takdir yetkisi ele alınacaktır.

### **I. Hukuka Aykırı İdari İşlemlerin Geri Alınması**

Hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınması hususu Alman İdari Usul Kanunu'nda (VwVfG) açıkça düzenlenmiştir. Gerek yasa koyucunun maksadını somutlaştıran gerekse diğer müesseselerle ayırımını tam olarak ortaya koyan Alman Federal İdare Mahkemesi (BVerwG) kararları ve literatürdeki tartışmalara geçmeden önce burada § 48 VwVfG düzenlemesi ele alınabilir:

---

<sup>1</sup> Yararlandırıcı idari işlemler muhataba bir hak veya hukuken esaslı bir avantaj sağlayan işlemler iken yükümlendirici idari işlemler muhatap aleyhine hukuki sonuç yani dezavantaj doğuran işlemlerdir. Wilfried Erbguth, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2005, s. 95.

<sup>2</sup> Somut olayda işlemten yarar sağlayan kişi için işlemin korunmasını gerektirecek bir güven oluşmamışsa, güvenin korunması ilkesi uygulanmaz. Ulrich Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs, *VwVfG Kommentar*, C.H. Beck, München, 2023, § 48 Rn. 34.

<sup>3</sup> Mario Martini, "Die Aufhebung von Verwaltungsakten nach §§ 48 ff. VwVfG – Vertrauensschutz bei der Rücknahme (§ 48 II, III VwVfG)", *JA* 2016, 830-835, s. 830.

<sup>4</sup> Stelkens/Bonk/Sachs, § 48 Rn. 42.

Düzenleme öncelikle, yükümlendirici yahut yararlandırıcı olduğundan bağımsız olarak, kesinleşen hukuka aykırı bir idari işlemin geri alınması işleminin idarenin takdirinde olduğu hususuna yer vermiştir. Söz konusu takdir yetkisi<sup>5</sup> aynı zamanda işlemin *ex tunc* (geçmişe etkili) veya *ex nunc* (ileriye etkili) olarak kısmen veya tamamen geri alınması noktasında idareye tanınmış olan seçimlik hak (imkân) şeklindeki bir takdiri de kapsamaktadır (§ 48 I VwVfG).<sup>6</sup>

Düzenlemede ayrıca idari işlemde yarar sağlayan kişinin güveninin korunabilmesi hususuna yer verilmiştir. Bu noktada hukuka aykırı işleme güvenilmiş olması işlemin korunmasında tek başına yeterli değildir. Daha ziyade işlemin konusu bireysel yararın kamu yararı karşısında korunmaya değer üstün bir yarar olarak değerlendirilmesi, idari işlemin geri alınmamasına esas teşkil eder.<sup>7</sup> Keza yasa koyucu, ilgili düzenlemede özel yararın kamu yararından ne zaman üstün olduğunu ilkesel olarak belirleme yoluna gitmiştir. Burada işlemin geri

---

<sup>5</sup> Burada öncelikle idareye, “-ebilir” (*können*) şeklinde tanınmış olan “karara ilişkin takdir yetkisi”nden (*Entschließungsermessen*) bahsedilebilmektedir. Düzenlemede ayrıca geri alma işleminde karar kılan idareye, geri almanın kapsamına ilişkin “seçimlik bir takdir yetkisi” (*Auswahlermessen*) tanınmıştır. Bu bakımdan düzenleme hem işlemin geri alınmaması hususundaki takdir yetkisini hem de kısmen veya tamamen bir geri almanın konu olduğu seçimlik bir takdir yetkisini içermektedir.

<sup>6</sup> İdare yalnızca geri alma hususunda değil işlemin ne ölçüde geri alınacağı konusunda da takdir yetkisine sahiptir. Bu da kısmi bir geri alma ya da daha üst bir kavram olan kaldırma işleminin konusal veya zamansal açıdan sınırlandırılması anlamına gelir. İdare yeni bir işlem tesis ederek, konusal açıdan bir değişiklik ile işlemi kaldırmaya çalıştığı gibi (örneğin 10.000 TL para cezasını 5.000 TL yapmak suretiyle), işlemin zamansal olarak etkisini değiştirerek de (örneğin 2 yıl ihalelere katılmaktan yasaklama işlemini 1 yıla indirmek suretiyle) işlemi kısmen kaldırmış olur. Buna ilişkin ayrıca bkz. Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H. Beck, München 2012, s. 303; Zamansal sınırlamayla alakalı Fransız geleneğine yaklaşan anlayış için ayrıca bkz. Sylvia Calmes-Brunet, “Rechtssicherheit und Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht- Ein Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht”, *JuS* 2014, 1077-1081, s.1079.

<sup>7</sup> Calmes-Brunet, s. 1079.

alınması işlemde yarar sağlayan kişi aleyhine ağır zararlar doğuracaksa üstün özel bir yararın mevcudiyetinden bahsedilebilecektir (§ 48 I 2 VwVfG). Bunun istisnası olarak da yarar sağlayanın hile, tehdit veya rüşvet yoluyla ya da idari işleme temel teşkil edecek gerçeğe aykırı veya eksik bir bilgi vermek suretiyle idari işleme etki etmesi; keza yarar sağlayanın hukuka aykırılıktan haberdar olması ya da bundan haberdar olmamasında ciddi bir ihmalinin olması durumları gösterilmektedir (§ 48 II-IV VwVfG). İdari işlemin hukuka aykırılığının açık olduğu ya da hile, tehdit veya rüşvetten kaynaklandığı bu hallerde de işlemin kural olarak geriye yönelik kaldırabileceği hususu düzenlenmiştir (§ 48 II 4 VwVfG). Bu düzenleme ile işlemin hukuki neticeleri bakımından geriye veya ileriye yönelik bir kaldırmayı idarenin takdirine ve hakkaniyet değerlendirmesine bırakan yasa koyucunun, bu durumlarda peşinen bir değerlendirme yaparak idareyi bağlı yetkiyle sınırladığı görülmektedir.

Hükümde ayrıca idari işlemde kusuru olmayan ilgili kişinin özel yararının kamu yararı karşısında üstün bir yarar olarak değerlendirilememesi durumunda işlemin, maddi zararın karşılanması koşuluyla geri alınması gerektiği esasına yer verilmiştir. Buna göre idari işleme güvenen kişinin talebi üzerine, bu güven sonucu uğradığı zarar, idari işlemin devamından elde edeceği yarardan daha fazla olmayacak şekilde telafi edilmektedir. Bu meblağ idare tarafından belirlenmekle beraber, zararın giderilmesi talebi 1 yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur (§ 48 III VwVfG).

Nihayet söz konusu düzenlemeye göre geri almanın § 3 VwVfG anlamında yetkili idare tarafından, hukuka aykırılığın öğrenilmesinden sonraki bir yıl içerisinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu sürenin ise hile, tehdit veya rüşvet neticesinde doğmuş bir idari işlem bakımından geçerli olmayacağı da düzenlemede ayrıca belirtilmiştir (§ 48 IV, V VwVfG).<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Türk hukukunda idari işlemlerin geri alınmasıyla ilgili özel bir yasal düzenleme bulunmamasıyla birlikte, içtihat hukukunda hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınmasında, Alman hukukuna benzer şekilde belirli süreler ve koşullar öngörülmüştür. Bilhassa Alman İdari Usul Kanunu'nda belirtilen açık hata, hile, tehdit gibi durumlar Türk hukukunda da idarenin

### A. Yükümlendirici Hukuka Aykırı İdari İşlemler Bakımından Geri Almada İdarenin Takdir Yetkisi

Alman Federal İdare Mahkemesinin güncel bir kararı, bir idari işlemin açıkça hukuka aykırılık teşkil ettiği ve muhatabı aleyhine sonuç doğurduğu durumlarda, idarenin böyle bir işlemi geri almak zorunda olup olmadığı sorusunu § 48 I 1 VwVfG çerçevesinde kapsamlı bir şekilde yanıtlamaktadır.

Öncelikle Federal Mahkeme, yükümlendirici idari işlemlerin geri alınmasında idarenin takdir yetkisi bulunduğuna işaret eden yasal belirlemeyi ortaya koyar. Mahkemeye göre idare § 48 I 1 VwVfG koşullarına göre yani kural olarak, hukuka aykırı bir idari işlemi geri almak zorunda değildir. Bu noktada yasa koyucunun yararlandırıcı veyahut yükümlendirici işlemler bakımından açıkça bir ayırma gitmemesi dayanak gösterilerek idarenin hukuk alanında sonuç doğuran bir idari işlemi hukuka aykırı olsa dahi hukuki güvenlik ilkesine dayanarak geri almama yetkisi olduğu vurgulanır.<sup>9</sup>

Fakat burada, yararlandırıcı idari işlemlerden farklı olarak yükümlendirici idari işlemlerde idarenin temel hakları haiz olmamasından ötürü idare lehine bir kazanılmış haktan

---

geri alma işlemi için esas alınmaktadır. Ancak, kimi durumlarda idari işlemler açık hata barındırsa dahi geri alınmamaktadır. Bu durumda, kamu düzenine ilişkin üstün bir yararın bulunmaması ve müesses durum gerekçesiyle, hukuka aykırı yararlandırıcı işlem korunabilmektedir. Ayrıca bkz. Danıştay 13D., E. 2021/1251, K. 2022/2739, T. 21.06.2022; Öğretide de idari işlemlerin 'hak yaratıcı nitelikte' olup olmamalarına göre bir ayırma gidildiği, bu anlamda genel olarak yok hükmünde olan işlemler, hıyilele yapılmış işlemler, açık hataya dayalı tesis edilen işlemler ile gerçek anlamda bir hak doğurmaya elverişli olmayan negatif işlemler, geçici işlemler, tespit edici işlemler gibi işlemlerin idarece her zaman geri alınabileceği, hak doğurucu nitelikteki hukuka aykırı işlemlerin ise dava açma süresi içerisinde veyahut söz konusu işleme dava açılmış ise karar verilene kadar geri alınabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2020 s. 1237 vd.; Turgut Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Aristo Yayınları, İstanbul, 2020, s. 74 vd.

<sup>9</sup> BVerwG, Beschl. v. 8.6.2021 – 9 B 26.20, NVwZ-RR 2021, 1078.



bahsedilemeyeceğinden, hukuk devleti ilkesine dayandırılan hukuki güvenlik ilkesinin farklı şekilde gerekçelendirilebilmesi gerektiği ileri sürülür.<sup>10</sup> Bu da idarenin kanuni düzenlemeden kaynaklanan takdir yetkisinin belirli sınırlamalar ve ölçütler çerçevesinde kullanılması gerektiği anlamına gelir. Bazı durumlarda, hukuki güvenlik ilkesinin objektif hukuki korumanın sağlanması karşısında öncelenememesi de hukuka aykırı idari işlemin geri alınmasında idareyi bağlı yetkiyle sınırlamaktadır.

İdari işlemin geri alınması gerekliliğini doğuran bağlı yetkiden söz edebilmek için ise salt hukuka aykırılık yeterli olmamaktadır. Burada daha ziyade, “katlanılamaz bir hukuka aykırılık” koşulu aranır.<sup>11</sup> İdari işlemin dürüstlük kuralına, idari teamüle (*Selbstbindung der Verwaltung*) veyahut bağlantılı olarak eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmesi durumunda, geri almama işleminin katlanılmaz olduğu varsayılır.<sup>12</sup>

Nihayet hukuka aykırı bir idari işlemin geri alınmasında idareye tanınan takdir yetkisi yalnızca idari işlemin hukuka aykırılığıyla değil aynı zamanda yasal dayanaktan kaynaklı hukuka aykırılıkla da ilgilidir. Bu bakımdan hukuk alanında sonuç doğuran idari işlemlerin anayasaya aykırı bir hukuk kuralına dayanması veyahut geçerli bir hukuk kuralının anayasaya aykırı bir şekilde yorumlanıp uygulanması idarenin geri alma hususundaki takdir yetkisini etkilemez. Keza hukuka aykırılık doğrudan bir temel hak ihlalden kaynaklanıyorsa da bu kabul geçerlidir.<sup>13</sup>

Bu görüş, öncelikle Alman Anayasası’na (GG) göre idarenin anayasayla doğrudan bağlı ve hukuka uygun hareket etmekle yükümlü olmasına karşın hukuka aykırı idari işlemlerin re’sen veyahut talep üzerine kaldırılması hususunda bir yükümlülüğünün olmaması esasına

<sup>10</sup> Madde 48 I 1 VwVfG’e dair bkz. Maurer, s. 303; Calmes-Brunet, s. 1080.

<sup>11</sup> BVerwGE 121, 226 (231), BeckRS 2004, 25337.

<sup>12</sup> BVerwG, Beschl. v. 8.6.2021 – 9 B 26.20, NVwZ-RR 2021, 1078; BVerwGE 121, 226 (231), BeckRS 2004, 25337; Geri alma yükümlülüğüne ilişkin ayrıca bkz. Stelkens/Bonk/Sachs, § 48 Rn. 47 ff.

<sup>13</sup> BVerwG, Beschl. v. 8.6.2021 – 9 B 26.20, NVwZ-RR 2021, 1078.

dayandırılır; aynı zamanda Md. 20 III GG' de yer alan hukukun üstünlüğü ilkesi ile güvence altına alınan hukuki güvenlik ilkesi açısından da anayasal olarak gerekçelendirilir. Burada yasa koyucu tarafından, en azından ilkesel olarak, neticelenmiş bir yargılama durumunda temel hakkın korunmasının artık mümkün olmadığı durumlar bakımından, hukuki güvenlik ilkesinin bireysel davalardaki adalet ilkesine öncelenebilmesi mümkündür.<sup>14</sup>

Zira Federal Anayasa Mahkemesi'nin (BVerfG) yerleşik içtihadına göre, anayasal olarak korunan diğer haklar ve hukuki değerler karşısında koşulsuz olarak güvence altına alınan temel hakların dahi kısıtlanması mümkündür. Bu bakımdan da kesinleşmiş bir idari işlemin sadece anayasaya veya temel haklara aykırı olması, düzenlemenin muhatabı lehine bir geri alma zorunlu kılmamaktadır. Buna ek olarak, geri alma işlemi için başka gerekçelerin de olması gerekir.<sup>15</sup>

## B. Geri Almanın Hukuki Niteliği ve Usulü

Alman hukukunda geri alma, tek başına icra edilebilir bir idari işlem niteliğindedir; hukuk alanında sonuç doğurması için de kural olarak gerek şekil gerek içerik olarak bir idari işlemin tüm gerekliliklerini karşılamalıdır. Bu bakımdan idari işlemin unsurlarını karşılamayan<sup>16</sup> ancak idarenin geri alma iradesini ortaya koyduğu işlemlere nasıl bir hukuki sonuç bağlanacağı sorusu mühimdir. Genel olarak hukuka aykırı bir geri alma hukuki sonuç doğurmakla birlikte

<sup>14</sup> Hukuki güvenlik ilkesinin, adaletin tesisine karşın öncelenmesinin yasa koyucunun takdirinde olduğu yönünde ve bu ilkenin mutlak anlamda korunmasının bireysel adalete erişimden daha üstün görüldüğü güncel bir mahkeme kararı için ayrıca bkz. BVerfG Urteil v. 31.10.2023 – 2 BVR 900/22.

<sup>15</sup> Christian WALDHOFF “Allgemeines Verwaltungsrecht: Rücknahmeermessen bei rechtswidrigem Verwaltungsakt”, *JuS* 2022, 191, s. 192; BVerwGE 121, 226, BeckRS 2004, 25337; BVerfG, NVwZ 2008, 550.

<sup>16</sup> İdari işlemin unsurları özellikle § 35 ile § 48 VwVfG arasında yer alan maddelerde açıklanmıştır. Bu düzenlemelere göre idari işlemin unsurlarında sakatlık olması durumunda işlemin hukuka aykırılığı ya da yokluğu gündeme gelir.

yok hükmünde olan idari işlemlerde geri alma iradesi mevcut olsa da bu iradenin hukuk alanında sonuç doğurmayacağı kabul edilir.<sup>17</sup>

Bununla birlikte geri alma işleminin iptal edilmesi (*Widerruf*), kaldırılması (*Aufhebung*)<sup>18</sup> veyahut yokluğunun tespiti ile hukuka aykırı idari işlem yeniden vücut bulacak ve geriye dönük etki doğurabilecektir. Bu bakımdan iptal veya kaldırma yalnızca mahkeme hükmü ile değil aynı zamanda idarenin bu yöndeki iradesi ile de gerçekleşebilmektedir.<sup>19</sup>

Hukuka aykırı bir idari işlemin geri alınması işleminin bir idari işlem teşkil etmesi hasebiyle bu işlemin de geri alınması söz konusu olabilir. Fakat hukuka uygun idari işlemlerin idare tarafından iptalinde (*Widerruf*) iptal işleminin geri alınması mümkün görülmemektedir. Diğer yandan idare, işlemi hukuka uygun şekilde yeniden tesis edebilir. Yani, iptal işlemi olarak ortaya çıkabilecek hukuka uygun işlemin geri alınması, aynı konuda yeni bir işlem tesis edilmesi şeklinde gerçekleşebilir. Teknik açıdan farklılık arz eden bu işlemlere maddi bakımdan aynı hukuki netice bağlanır.<sup>20</sup>

Teorik olarak her ne kadar idarenin geri alma iradesini yinelemesi önünde bir engel yoksa da bunun uygulamada idarenin istikrarsızlığı şeklinde anlaşılması mümkündür. Bu noktada da geri alma işleminin, bilhassa hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik açısından sınırlandırılması gerekliliği vurgulanabilir. Keza dürüstlük ve iyiniyet ilkesi<sup>21</sup> yine geri alma işleminin sınırsız şekilde yapılmasının önünde bir

<sup>17</sup> § 44 VwVfG anlamında ağır ve bariz sakatlıklarda işlem yok hükmünde sayılır; ayrıca bkz. Maurer, s. 302.

<sup>18</sup> Alman İdare Hukukunda “*Aufhebung*” ifadesi Türk İdare Hukukundaki idari işlemin “*kaldırılma*” sından farklı olarak bir işlemin hem geriye hem de ileriye yönelik kısmen veya tamamen hukuk alanında kaldırılması anlamına gelir. Bkz. Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C. H. Beck 2020, München, § 11 Rn. 4 ff.

<sup>19</sup> Stelkens/Bonk/Sachs, § 48 Rn. 14 ff.

<sup>20</sup> Maurer, s. 302; Aksi yönde bkz. Martin Ibler, “Kann der Widerruf eines Verwaltungsakts widerrufen werden?”, *NVwZ* 1993, 451-454, s. 451 ff.

<sup>21</sup> Bu ilkelerin idare hukukunda maddi hukuka ilişkin de bir anlam ifade ettiği özellikle idari yargı denetiminde örf ve adet hukuku olarak ele alınması

engel veyahut hukuka uygunluğuna ilişkin bir ölçüt olarak değerlendirilebilir.

### C. § 48 VwVfG`in Uygulama Alanı

§ 48 VwVfG kapsamında geri alma işleminin gerçekleşmesi için öncelikle mevcut idari işlemin kesinleşmesi gerekmektedir. İtiraz edilebilir bir idari işlem için ilgili hükmün uygulanabilirliği söz konusu değildir.<sup>22</sup> İdarenin idari işlemi geri almasındaki takdir yetkisinin dayanağı olan hukuki güvenlik ilkesinin, süresinde itiraz edilmiş bir idari işlem bakımından ileri sürülememesi de yine gerek idare gerek muhatapları bakımından hukuki güvenlik ilkesine hizmet eden, işlemlerin ve usulün sürelerle tabi olması ve bunun normatif olarak önceden belirlenmiş olması esasıyla ilgilidir.

Değişen hukuki ve maddi koşullar sebebiyle hukuka aykırı hale gelmiş işlemin geri alınmasında ise kural olarak § 48 VwVfG uygulama alanı bulmaz. Bu meseleye ilişkin Alman İdari Usul Kanunu`nda özel bir düzenleme mevcuttur. § 51 VwVfG düzenlemesi üzerinden, idari usulün yeniden görülmesi şeklinde, işlemin geri alınmasıyla aynı hukuki sonuca varılması mümkündür. Ayrıca § 51 VwVfG`de öngörülen hukuki yolun tüketilmesi durumunda da § 48 VwVfG anlamında geri alma usulüne başvurulması mümkün olacaktır.<sup>23</sup>

---

gerektiği yönünde ayrıca bkz. Karl-Peter Sommermann, "Der Inhalt der Verwaltungskontrolle durch die Verwaltungsgerichte" *Numero Special 7* 1999, 60-68, s. 63; Takdir yetkisinin kötüye kullanılmasına ilişkin Alman İdari Usul Kanunu`ndaki düzenleme için ayrıca bkz. Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider, *VwVfG Kommentar*, C.H. Beck, München, 2023, § 40 Rn. 106; Dürüstlük kuralının ve buna bağlı olarak hakkın kötüye kullanılması yasasının sadece Medeni Hukuk veya daha geniş kapsamlı olarak Özel Hukuk alanında uygulanabilecek bir kavram olduğu düşünülmemelidir. Dürüstlük kuralı hukukun her alanında ve böylelikle Kamu Hukuku dalında da daima dikkate alınması gereken bir temel hukuk ilkesidir. Bkz. M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medenî Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 247.

<sup>22</sup> Ayrıca bkz. Maurer, s. 324.

<sup>23</sup> Maurer, s. 324.

§ 51 VwVfG düzenlemesi, değişen hukuki durum sebebiyle idari işlemlerin hukuka uygunluğunun etkilenip etkilenemeyeceği sorusuyla alakalı olduğu için konumuzla ilgilidir. Bu kapsamda bilhassa yasanın ilga edilmesi durumunda, yükümlendirici ya da yaptırım niteliğinde ortaya çıkan idari işlemler bakımından eski yasal dayanağın hukuka aykırılığının idari işlemi nasıl etkileyeceği ve idarenin bu değişikliklerle beraber işlemi geri alma hususunda takdir yetkisinin korunup korunmayacağı sorusu ehemmiyet arz eder.

## II. Hukuka Aykırı İdari İşlemlerin İptali

Alman hukukunda idari işlemlerin geri alınmasının yanı sıra idare tarafından iptal edilmesi (*Widerruf*) şeklinde § 49 VwVfG'de yasal dayanak bulan ayrı bir müessese mevcuttur. § 49 I VwVfG'e göre iptal işlemi, geri almadan farklı olarak esasen *hukuka uygun idari işlemler* bakımından ve *kural* olarak ileriye yönelik gerçekleşir.<sup>24</sup> Ancak hukuka aykırı idari işlemlerin de iptal edilmesi bu yasal dayanak çerçevesinde mümkün görülmektedir. Bu imkanla beraber hukuka aykırılığın ortadan kaldırılmasını konu alan iptal işleminde de idarenin takdir yetkisi olup olmadığı sorusu gündeme gelir.

Öncelikle hukuka aykırı idari işlemlerin iptalinin hukuka uygun yararlandırıcı idari işlemlerin iptalinden (§ 49 II VwVfG) farklı olarak § 49 I VwVfG<sup>25</sup>'de açıkça düzenlenmemiş olması, somut olayın gereklerine göre idareye bir takdir alanı bırakmaktadır. Bu bağlamda hukuka aykırı idari işlemlerin iptalinde de idarenin ilkesel olarak takdir yetkisi olduğu kabul edilmekte; yukarıda hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınmasına ilişkin yapılan belirlemeler burada da geçerli sayılmaktadır. Bu kapsamda bilhassa idarenin teamülünden sapması; emsal durumlarda iptal yoluna gitmeyip idari işlemi muhafaza etmesi

<sup>24</sup> § 49 III VwVfG'deki istisna kapsamında yararlandırıcı işlemlerin geriye yönelik iptali mümkündür. Konusu belirli bir amacı gerçekleştirmeye yönelik bir defaya mahsus nakdi veya ayni yardımlarda, muhatap idari işlemin ek yükümlerini (*Auflage*) yerine getirmezse veyahut bu yardımlar idari işlemde belirlenen amaç için kullanılmazsa işlem geriye yönelik iptal edilir.

<sup>25</sup> Bu hüküm hukuka uygun ama yararlandırıcı olmayan idari işlemlerin iptalini düzenlemektedir.

takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanıldığına işaret eder.<sup>26</sup> Keza takdir yetkisine dair sınırlamalar olarak yine hukukun genel ilkeleri, işleme dayanak teşkil eden hukuki düzenlemenin anlam ve amacı ya da idari işlemin niteliği yani iptali mümkün kılmaması veyahut katlanılmaz kılması gösterilmektedir. Aynı idari işlemin çıkarılması gerekli ve bunun koşulları mevcut ise de iptalde hukuki yarar olmadığından bahisle iptal işlemi mümkün görülmez. Ancak istisnai olarak *etkisi süregelen idari işlemler*'de hukuki veya maddi durumun değişmesi, söz konusu işlemin hukuka aykırılığını ve iptalini gündeme getirebilir.<sup>27</sup>

Öncelikle hukuki veyahut maddi koşulların değişmesi nedeniyle idari işlemin yeniden tesis edilmesi ya da uyarlanması mümkün olmayacaksa, bu durumda işlemin iptali bakımından idarenin takdir yetkisi ortadan kalkar (*Ermessen auf null Reduzierung*). Özellikle temel hakları sınırlandırıcı nitelikte bir idari işlem varsa ve bu sınırlamaya ilişkin koşullar hukuki veya fiili durumdaki değişikliklerle birlikte geçerliliğini yitirmişse idarenin, işlemi iptal etmesi zorunludur.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> İdarenin çelişkili davranmaması gerektiğine ilişkin bkz. Stelkens/Bonk/Sachs, § 48 Rn. 88; OVG Lüneburg NVwZ-RR 1997, 572, 573 f.; VG Gera LKV 1997, 297, 299.

<sup>27</sup> Maurer, s. 325-326; Alman Federal İdare Mahkemesinin bu meseleye ilişkin görüşü, etkisi süregelen idari işlemlerde hukuka uygunluğun tespitinin değişen hukuki düzenlemeye göre yapılması gerektiği yönündedir. Bu durumda işlemin tesis edildiği andaki geçerli hukuk kuralına göre hukuka uygun olan yararlandırıcı veyahut yükümlendirici bir idari işlem, hukuk kuralının değişmesi ile hukuka aykırı hale gelecektir. Bu bakımdan işletme faaliyet izninin hukuka uygunluğunun, etkisi süregelen bir idari işlem olması itibarıyla, devam ettiği anda geçerli olan hukuk kuralına göre değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. BVerwGE 28, 202,205 f. 209 f.; BVerwGE 22, 16, 21 ff.; ayrıca bkz. OVG Lüneburg NVwZ 1995, 185; Ute Mager, "Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit einer Gewerbeuntersagung" *NVwZ* 1996, 134-135, s.134 f.; Wolf-Rüdiger Schenke, "Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung von Verwaltungsakten im Rahmen der Anfechtungsklage", *JuS* 2019, 833-843, s. 835.

<sup>28</sup> Md. 12 GG bağlamında idari işlemin iptalinin zorunluluğuna dair ayrıca bkz. BVerwGE 28, 202,205, 209 f; hukuki durumun değişmesi bakımından

Kanunilik ilkesi, temel haklar söz konusu olduğunda da anayasaya uygunluk esası, bu türden hukuka aykırı hale gelen bir idari işlemin değişen koşullar sebebiyle kaldırılmasını (*Aufhebung*) gerektirir.

Bu noktada, idari işlemin geçerliliğinin çıkarıldığı zamandaki hukuki ve maddi koşullara göre değerlendirilmesi gerektiği esasına ve sonradan gerçekleşen değişikliklerin işlemin geçerliliğini etkilemeyeceği gerekçesiyle hukuki güvenlik ilkesine dayanılmaz. Elbette sonradan ortaya çıkan durumlar geriye yönelik bir kaldırmaya (*Anfechtung*) imkân tanımaz.<sup>29</sup> Zira hukuki güvenlik ve bununla beraber geriye yürümezlik ilkesi sadece işlemin doğmasından sonra ortaya çıkan hukuki ve maddi değişikliklerin geriye yönelik hukuki sonuç doğurmamasının güvencesi olarak ileri sürülebilir.

Bununla birlikte sonradan hukuka aykırı hale gelen idari işlemler bakımından geri alma veyahut iptal müessesesinden ziyade, § 51 VwVfG'de düzenlenen idari işlemin kaldırılması veyahut değiştirilmesine yönelik idari usulün yeniden görülmesi şeklinde ayrı bir müessesenin uygulanabilirliği söz konusudur.

### III. İdari Usulün Yeniden Görülmesi

Alman İdari Usul Kanunu'nda, hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınmasına ilişkin düzenlenmiş bir diğer müessese de idari usulün yeniden görülmesidir (*Wiederaufgreifen*). Bu müessese idari işleme karşı zamanında itiraz etmeyen kişinin, işlemin hukuka aykırılığını daha sonra öğrenmesi halinde idareye başvurması ve işlemin yeniden değerlendirilmesini talep etmesi durumunu kapsar.<sup>30</sup>

Bu bağlamda idarenin kesinleşmiş (*unanfechtbar*) bir idari işlemin hukuka uygunluğunu yeniden değerlendirme zorunluluğu olup olmadığı bir diğer deyişle idarenin hukuka aykırılığı usulün yeniden görülmesi ile kaldırma yükümlülüğü olup olmadığı meselesi tartışmaya değerdir.

---

bkz BVerwGE 22, 16, 21 ff.; fiili durumun değişmesi bakımından bkz. BVerwGE 28, 202, 204.

<sup>29</sup> Maurer, s. 326.

<sup>30</sup> Maurer, s. 329.

İdari usulün yeniden görülmesi teknik olarak bir idari işlemin geçirmiş olduğu usulün yeniden görülmesidir. İşlemin muhatabı idari işleme karşı süresinde itiraz etmediyse veyahut dava açmadıysa işlem hukuk alanında kesinlik kazanır ve hukuki güvenlik ilkesi gereği idari işlemin hukuka uygunluğu tartışmaya kapalı hale gelir. Ancak burada da, itiraz ve dava sürelerinin kamu düzenine ilişkin olması hususunda bir tartışma olmamakla birlikte, işlemin kesinleşmiş olmasının hukuki yollara başvuru anlamında mutlak bir engel anlamına gelmediği bilinmektedir. Nitekim mahkeme kararlarının dahi kesin hüküm teşkil ettikten sonra yargılamanın yenilenmesi ile hukuk aleminde sonuçlarının kaldırılması mümkündür. Benzer şekilde, kesinleşmiş idari işlemler bakımından da hukuka aykırılığın belirli koşullar altında ileri sürülebilmesi yasa koyucu tarafından mümkün kılınmıştır.<sup>31</sup> Burada § 51 VwVfG düzenlemesi uyarınca, muhatabın idareye başvurarak usulün yenilenmesi talebinde bulunması şeklindeki usule ilişkin koşul dışında, başvurunun esastan kabulü için idari işleme temel teşkil eden hukuki<sup>32</sup> veya maddi koşullarda değişiklik<sup>33</sup> olması gerekmektedir.

<sup>31</sup> Alman Medeni Usul Kanunundaki düzenlemeler için ayrıca bkz. § 578-591 ZPO.; Alman Medeni Usul Kanunu'ndaki yargılamanın yenilenmesine ilişkin koşullara idari usulün yenilenmesinde de dikkat çekilir. Zira hukuk mantığı gereği yargılamanın yenilenmesinin talep edildiği durumlarda idari usulün de yenilenmesi mümkün olmalıdır. Bkz. BVerwGE 19, 153, 155; aynı yönde BVerwGE 24, 115, 117; Ancak bu koşullar uygulamada usulün yeniden görülmesi için mutlak bir ölçüt olarak kabul edilmez. Ayrıca Bkz. BVerwGE 95, 86,91.

<sup>32</sup> BVerwGE NVwZ 1989, 161, 161 ff: Hukuki değişiklikten kasıt öncelikle geçerli hukuk düzeninin değişmesidir. Mahkeme kararlarının değişmesi kural olarak hukuki durumun değişmesi anlamına gelmemektedir. Ancak yüksek mahkeme kararları bakımından durum farklılık arz eder. Yüksek mahkeme yeni bir içtihat oluşturduysa içtihatların bağlayıcı olması ve sonraki hukuki işlemleri de etkilemesi bakımından hukuki durumun değiştiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte her içtihat değişikliği hukuki değişiklik olarak anlaşılmaz. İctihat değişikliği ile yüksek mahkeme kararı, bu zamana kadar ki hukuk kuralının uygulanmasına ilişkin yorumun yerinde olmadığını belirtmeli ve eski içtihadı dayalı olarak tesis edilen idari işlemin hukuka aykırı olduğuna işaret etmelidir; Bununla birlikte yeni bir



Usulün yeniden görülmesinin belirli koşullara bağlanması ve ilgili düzenlemenin lafzi yorumu, bu koşulların gerçekleşmesi halinde idarenin idari işlemi kaldırma konusunda takdir yetkisinin bulunmadığını göstermektedir. Bilhassa etkisi süregelen idari işlemlerde, temel hakka müdahalenin devam etmesi, söz konusu idari işlemin geçerli hukuk düzenine uyarlanmasını gerekli kılmaktadır. Burada, hukuka uygun olarak tesis edilmiş yükümlendirici bir idari işlemin hukuk kuralının değişmesi ile kendiliğinden hukuka aykırı hale gelmesi mümkün olabilir.<sup>34</sup>

Alman Federal İdare Mahkemesinin içtihadı da hukuki ve maddi koşullarda değişiklik meydana gelmesi durumunda idari işlemde etkilenen kişinin başvurusu üzerine söz konusu işlemin kaldırılmasının veya değiştirilmesinin zorunlu olduğu yönündedir.<sup>35</sup> Bu kapsamda faaliyetten men yasağının meslek özgürlüğüne müdahale eden, etkisi süregelen bir idari işlem olmasından ötürü işletme sahibinin geçerli hukuk kuralına göre yasağın hukuka aykırılığını ileri sürmesi halinde işlemin kaldırılması idarenin takdirine bağlı değildir. Burada artık, hukuki istikrar veyahut güvenlik ilkesinden ziyade, idarenin, işlemleri

---

hukuki duruma işaret eden mahkeme kararları, idari usulün yeniden görülmesini zorunlu kılmaya da her türlü, idari işlemin hukuka aykırılığının değerlendirilmesinde ve idarenin takdir yetkisinin kullanımında esas alınması gereken değişiklikler olarak kabul görmektedir. Bkz. BVerwG, 13.03.1987 - 7 B 150.86.

<sup>33</sup> Yeni bir delilin ortaya çıkması da koşulların değişmesi anlamına gelmez. Ortaya çıkan yeni delil, idari işlemin hukuka aykırılığına işaret ediyorsa, geri alma mümkün olabilir. Ancak, yeni delillerin ortaya çıkması § 51 VwVfG anlamında bir koşul değişikliği olmadığı için usulün yeniden görülmesi şeklinde idarenin, işlemi geri alma mecburiyeti yoktur. Bkz. Mauer, s. 331 f.; Yeni delillerden kasıt, delillerin idari işlem kurulduktan sonra ortaya çıkması, anlaşılması veyahut öğrenilmesidir. Ayrıca bkz. BVerwGE 95, 86, 90 f.

<sup>34</sup> İdari işlemin hukuka uygunluğunun devam ettiği andaki geçerli hukuk kuralına göre tespit edilmesi gerektiği hususunda bkz. BVerwG, Urt. v. 5.8.1965 - 1 C 69.62 - BVerwGE 22, 16, 21 ff.

<sup>35</sup> BVerwG, Urt. v. 15.4.2015 – 8 C 6/14 (VGH München) (NVwZ 2015, 1544, beck-online).

sırasında kanunilik ilkesine riayet etme mecburiyeti öne çıkar; ancak işlemin yapıldığı sırada ilgili işlem hukuka uygun olduğu için bir geri almadan öte yeni koşullara uyarılama söz konusu olur.<sup>36</sup> Bununla birlikte değişen koşullar sebebiyle hukuka aykırı hale gelen bir idari işlem bakımından muhatabın talebi olmadan idarenin bu işlemi re'sen kaldırma yükümlülüğü yoktur. Bu belirleme Alman hukukunda idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunun öncelikle subjektif hukuki koruma açısından denetlenmesi esasına dayanır<sup>37</sup>.

İdari usulün yeniden görülmesinin başvuru koşuluna bağlanması aynı zamanda idarenin talep olmaksızın idari işlemi uyarılama noktasında re'sen bir yetkisi olup olmadığı sorusunu da gündeme getirir. Örneğin faaliyetten men yasağını konu alan bir idari işlemin, hukuk kuralı değişikliğiyle artık hukuka uygun hale geldiğinden bahisle, re'sen yeni hukuki koşullara uyarlanabilmesi mümkün müdür? İdarenin, bu şekilde hukuka aykırı hale gelen bir işlemi, esasen işlemin muhatabının başvurusu veyahut talebi olmaksızın uyarılama yetkisi yoktur. Bu husus, öncelikle 'faaliyetten men yasağı' işleminin kaldırılmasının kural olarak kendiliğinden faaliyete devam anlamına gelmemesi ve izne tabi faaliyetler bakımından faaliyete devam edebilmek için subjektif hak sahibinin talebine ihtiyaç duyulması gerekçesiyle anlaşılmalıdır. Aynı şekilde yabancıya ikamet izni verilmesinde de durum böyledir. Zira ikamet izninin kural olarak başvuruya tabi olması ve yararlandırıcı işlem teşkil etmesinden ötürü koşulların değişmesi durumunda iznin verilip verilemeyeceği meselesinin yeni koşullara uygun olarak ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu halde idarenin talep olmaksızın lehe değişen koşulları dikkate alması ve işlem tesis etmesi mümkün görülmez. Ancak izne tabi olmayan ticari faaliyetler bakımından yasağın kaldırılması ile

---

<sup>36</sup> Maurer, s. 332.

<sup>37</sup> Ingo Kraft, "Das subjektive öffentliche Recht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts", *Leipzig Law Journal* 2023, 2, 132-142, s.133; Klaus Rennert, "Der Funktionswandel der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit", *Vortrag*, Mart 2016, 1-16, s. 2, [https://www.bverwg.de/medien/pdf/rede\\_20160331\\_%20VortragTaiwan\\_Funktionswandel.pdf](https://www.bverwg.de/medien/pdf/rede_20160331_%20VortragTaiwan_Funktionswandel.pdf).

kendiliğinden faaliyete devamın mümkün olduğu düşünüldüğünde, ayrıca yararlandırıcı bir işlem tesisine gerek olmadığından, idarenin uyarlamadan ziyade yasağın iptali veyahut kaldırılması yetkisini kullanabilmesi mümkündür.<sup>38</sup> Burada artık kendiliğinden hukuka aykırı hale gelen yükümlendirici işlemlerin talep olmaksızın da geri alınmasına ilişkin esasların uygulanabilirliği söz konusu olabilecektir.

### A. Hukuka Uygunluğun Değerlendirilme Anı ve Süresi

İşlemin kaldırılma meselesinde tartışmaya konu olan bir diğer husus ise idari işlemin hukuka uygunluğunun değerlendirilme anı ve süresidir.<sup>39</sup>

Alman Federal İdare Mahkemesinin bu yöndeki eski içtihadı dava esnasında hukuki veya maddi koşulların davacı lehine değişmesi halinde bunun dikkate alınabileceği ancak bu durumda da idari işlemin geriye yönelik değil yalnızca ileri yönelik kaldırılabilirliği (*Widerruf*) yönündeyken Mahkeme, bu içtihadından saparak artık hukuka uygunluğun değerlendirilmesinde idareye yapılan başvuruda verilen son karar anını (*Widerspruchsbescheid*) esas almakta; bundan sonra gerçekleşen hukuki ve maddi değişiklikleri göz ardı etmektedir.<sup>40</sup> Yani idarenin idari işleme ilişkin itiraz başvurusunu neticelendiren kararı esnasında geçerli hukuki ve maddi koşullar neyse uyumsuzluğun çözümünde bu koşullara göre karar verilmekte<sup>41</sup>, arada değişen hukuki ve maddi durumlar idari işlemin hukuka uygunluğunu etkilememektedir.<sup>42</sup> Etkisi süregelen idari işlemlerde ise durum farklılık

<sup>38</sup> Ayrıca bkz. Maurer, s. 328 f.

<sup>39</sup> Mario Martini, "Die Aufhebung von Verwaltungsakten nach §§ 48 ff. VwVfG – Rücknahmefrist (§ 48 IV VwVfG)", *JA* 2017, 838-841, s. 838.

<sup>40</sup> BVwGE 28, 202, 204 ff; 59, 5, 7 f.

<sup>41</sup> BVerwGE, VerwRspr 1966, 988, 989; Baskın görüş için ayrıca bkz. Maurer, s. 327.

<sup>42</sup> BVerwGE 65, 1, 2 ff; NVwZ 1991, 372; NVwZ-RR 1997, 621; BVerfG-K NVwZ 1995, 1096; Ancak bazı durumlarda, dava sırasında maddi koşulların değişmesi halinde işlemin iptali için, değişikliğin üzerinden bir süre geçmiş olması gerekmektedir. Örneğin faaliyetten men yasağının kaldırılmasında Alman Ticari İşletme Yasasındaki düzenleme gereği (§ 35 GeWO IV) koşulların değişmesi ile faaliyet izni koşulları 1 yıldır sağlanmışsa, idare

arz etmekte,<sup>43</sup> burada mahkeme kararından önceki son müzakere veyahut duruşma esas alınmaktadır.<sup>44</sup>

### **B. Usulün Yeniden Görülmesinde İşlemin Geri Alınması ve Takdir Yetkisi**

Usulün yeniden görülmesi sonrası, maddi ve hukuki koşulların değişmesi sebebiyle idarenin işlemi uyarlama veya iptal etme noktasında takdir yetkisi bulunmazken, geri alma müessesesinde yasal düzenleme gereği idareye kural olarak takdir yetkisi tanınmıştır. §§ 48, 49 VwVfG çerçevesinde geri alma usulünün, § 51 VwVfG anlamında bir geri alma usulünden idarenin takdir yetkisi bakımından farklılık arz ettiği kabul edilir. Bu yüzden usulün yeniden görülmesi ve işlemin geri alınması müesseselerinin birleştiği durumda idare, usulü yeniden görmek suretiyle geri alma başvurusunu değerlendirirken, işlemi hukuka aykırı görse dahi takdir yetkisi gereği işlemi geri almamaya veyahut kısmen geri almaya karar verebilecektir.<sup>45</sup> Ancak bu türden bir geri almama, idarenin takdir yetkisini hatalı kullandığı anlamına

---

işlemi ileriye yönelik kaldırmalı ve yeni bir işlem tesis ederek faaliyet iznini vermelidir. Faaliyet yasağının ardından bir yıl geçmeden usulün yeniden görülmesi için de özel nedenlerin bulunması gerekir. Hukuki koşulların değişmesinde ise bu durum uygulamada farklılık arz etmekte, idare başvuru durumunda karar anındaki geçerli hukuk kuralına göre karar vermektedir.

<sup>43</sup> Mario Martini, "Die Aufhebung von Verwaltungsakten nach §§ 48 ff. VwVfG Überblick über die Rücknahme nach § 48VwVfG (Teil 2)", JA 2013, 442-446, s. 442.

<sup>44</sup> Alman Federal İdare Mahkemesine göre ilkesel olarak hukuki ve maddi durumun değerlendirilmesinde, iptal davalarında idarenin nihai kararı verdiği an; yükümlülük davasında ise mahkemenin kararından önceki müzakere veyahut duruşma anı esas alınır. Bkz. BVerwGE 52, 1,3; BVerwGE 74, 115, 118; ancak aksi bir yasal bir düzenleme de söz konusu olabilir. Bkz. BVerwGE 65, 313 315.

<sup>45</sup> Geri alma veya iptal ve usulün yeniden görülmesi farklı koşullara tabi olması itibarıyla farklı hukuki neticeleri gerektiren müesseseler olarak nitelendirilse de geri almada idareye tanınan takdir yetkisinin bu yasal düzenlemeler kapsamında mevcut olmadığı ileri sürülemez. Yani iki müessesenin birleştiği durumlarda § 51, §§ 48 ve 49 VwVfG'nin uygulanmasına engel teşkil etmez. (§ 51 V VwVfG.) Bkz. Maurer, s. 335.

gelebilir. Zira burada hukuki güvenlik ilkesinden ziyade usulün yeniden görülmesine esas teşkil eden kanunilik ilkesi öncelenir; böylelikle idare, hukuka aykırı görülen bir idari işlemi, üçüncü kişi yararına sonuçların kazanılmış hak bağlamında korunmasını gerektiren istisnai durumlar hariç, geri almak durumunda kalır (*Aufhebung*).<sup>46</sup> Yani hukuki koşullara göre yeniden karar verilmesi durumundaki geri alma müessesesinde de idarenin takdir yetkisi ilkesel olarak mevcut olmakla birlikte, kanunilik ilkesi gereği bu yetki sifıra indirgenmek suretiyle söz konusu hukuka aykırı idari işlemin ortadan kaldırılması mümkün olacaktır. Her halde idarenin, takdir yetkisine esas teşkil eden ölçülülük ilkesi ekseninde işlemi sınırlı bir şekilde yani ileriye yönelik kaldırma yetkisi de vardır.

Bununla birlikte idare, usulün yenilenmesi nedenlerinin mevcut olup olmadığından bağımsız şekilde işlemi iptal edebilir (*Widerrufen*) veyahut geri alabilir. Burada § 51 VwVfG, §§ 48 ve 49 VwVfG'nin eş zamanlı uygulanabilmesi mümkündür. Bu durum, yalnızca işlemin geri alınmasına yönelik bir takdir yetkisi değil aynı zamanda usulün yeniden görülmesine ilişkin bir takdir yetkisini de gündeme getirir.

Şöyle ki idare, § 51 VwVfG 'deki koşullar mevcut ise idari işlemi iptal etmek zorunda iken, § 48 ve § 49 VwVfG ile bağlantılı olarak § 51 VwVfG'deki koşullar oluşmadığında usulü yeniden görme hususunda takdir yetkisini haiz olmaya devam eder. Bununla idareyi, idari işlemi uyarılama konusunda zorlamak mümkün görünmese de bireyin üstün özel yararı karşısında idarenin takdir yetkisinin sınırlanması söz konusu olabilir. Yani bireyin § 51 VwVfG'deki yasal koşullar oluşmasa dahi idari işlemin hukuka aykırılığını ileri sürerek usulün yeniden görülmesi talebi yine de değerlendirme konusu yapılabilecek ve bu talep idarenin takdiri yetkisini sınırlayan genel hukuk ilkelerine tabi olacaktır. İdare bu talebe karşın bağlı yetkiyle usulü yeniden görmek zorunda olmasa da işlemin muhatabının itirazları ayrıntılı olarak sunulduysa, bunları

---

<sup>46</sup> İdari usul görüldükten sonra idari işlemin hukuka aykırı olduğu tespiti yapılırsa işlemin kaldırılması gerekir. Kaldırma ileriye yönelik olabilir ya da üçüncü kişinin korunan bir yararı varsa (güvenin korunması esası gereği) kaldırma hukuka aykırılığın tespitine rağmen gerçekleşmez. Bkz. Mauer, s. 333.

incelemek ve gerekçeli bir şekilde karar vermekle yükümlü olacaktır.<sup>47</sup> İdareden bu kararında da bilhassa eşitlik ilkesi, idarenin teamülü, dürüstlük kuralı ve ölçülülük ilkelerine riayet etmesi beklenecektir.<sup>48</sup>

## SONUÇ

İdari işlemler hukuki sonuçları bakımından anayasal düzlemde farklı ilke ve esaslara tabi olmakta ve bu anlamda da işlemlerin niteliği, idareyi takdir yetkisi kullanımında farklı sınırlamalarla bağlı kılmaktadır. Örneğin yararlandırıcı idari işlemlerde kazanılmış hak, hukuki güvenlik ilkesi; yükümlendirici işlemlerde ise kanunilik ilkesi öncelenebilmektedir. Muhatabın temel haklarına müdahale etmesi açısından da yararlandırıcı ve yükümlendirici işlem ayrımı, idari işlemdeki hukuka aykırılığın katlanılmazlığı konusunda bir farklılığa işaret edebilmektedir.

Alman hukukunda bu minvalde idari işlemlerin sınıflandırılmasından kaynaklı işlemlerin geri alınması noktasında çeşitli hukuki düzenlemelere rastlanır. İşlemin hukuka uygunluğu ve hukuka aykırılığı ayrımı geri alma müessesesinde ehemmiyet arz ettiği gibi işlemin yükümlendirici veyahut yararlandırıcı olması da işlemin ileriye veya geri yönelik kaldırılması esasını belirler.<sup>49</sup>

Geri alma müessesesinde öncelikle idarenin temel hakları haiz olmamasından ötürü idare lehine bir kazanılmış haktan bahsedilemeyeceğinden bu noktada hukuk devleti ilkesine dayandırılan

<sup>47</sup> Örneğin yeni bir hukuki duruma işaret eden mahkeme kararları, § 51 VwVfG bağlamında hukuki değişiklik koşulunu sağlamaz. Bu durum idari usulün yeniden görülmesini zorunlu kılmaya da idari işlemin hukuka aykırılığının değerlendirilmesinde ve idarenin takdir yetkisinin kullanımında dikkate alınması gereken bir değişiklik olarak kabul edilir. BVerwG, 13.03.1987 - 7 B 150.86.

<sup>48</sup> Özellikle § 51 VwVfG'deki koşullardan bağımsız emsal olaylarda idarenin benzer kararlar vermesi gerekliliği şeklinde somutlaşan eşitlik ilkesinin ve idari teamüllerin etkisiyle idarenin artık bir kararla bağlı olduğu kabul edilir. Ayrıca bkz. Maurer, s. 335 f.

<sup>49</sup> Martini, Vertrauensschutz bei der Rücknahme, s. 832; Soyut yarar tartımında idari işlemin türü bir işlemin geriye mi ileriye mi yönelik kaldırılabilirliğini veyahut kaldırılması gerektiğini ortaya koymaktadır.

hukuki güvenlik ilkesi ön plana çıkar. Bu ilkeyle beraber değerlendirilen § 48 I 1 VwVfG bağlamında, idarenin hukuka aykırı idari işlemin geri alınmasında takdir yetkisini haiz olduğu kabul edilmektedir.<sup>50</sup> Böylece idari istikrarın korunması ve idarenin işlemlerini sürekli geri alma tehdidi altında bırakmanın yaratacağı olumsuz etkilerin önlenmesi amaçlanır.

Bu hukuki yararlar birlikte, hukuka aykırı idari işlemleri geri alma noktasında idareye tanınan takdir yetkisinin, hukuka aykırılığa katlanmanın da bir ölçüsü olduğu kabul edilerek, muhatap lehine hakkaniyet çerçevesinde belli yükümlülükleri beraberinde getirmesi gerektiği savunulabilir.

Burada hukuki güvenlik ilkesi gereği muhatap tarafından süresinde açılmamış bir iptal davasında işlemin iptalinin mümkün olmaması gibi idareden de hukuka aykırı ve kesinleşmiş bir idari işlemi hukuk aleminden tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırması beklenmeyebilir. Ancak bazı işlemler bakımından hukuka aykırı işlemin korunmasında işlem sebebiyle zarara uğrayanların zararının tazmin edilmesi, hukuka aykırılık sebebiyle doğan ihlalleri hafifletme ve katlanabilir kılma bakımından hakkaniyetli neticeler doğurabilir. Gerçekleşen idari işlemin geri alınmaması sonucu idareye duyulan güvensizliğin muhatap nezdinde bu şekilde önlenmesi ve hukuki güvenliğin bu bakış açısından da sağlanması mümkün ve gerekli görülmelidir.

Diğer yandan en baştan hukuka aykırı bir idari işlemin geri alınmasında takdir yetkisinin kabulü sonradan hukuka aykırı hale gelmiş bir idari işlemin geri alınması yetkisini de hukuk mantığı gereği kapsıyor olması beklenirken Alman İdari Usul Kanunu'nda kanunilik ilkesinin öncelendiği bir yasal düzenlemeye yer verilmek suretiyle sonradan hukuka aykırı hale gelen işlemler bakımından farklı bir usul ve müessese öngörülmüştür. Bu bağlamda hem yasal dayanak hem de içtihadı olarak idareye işlemleri bakımından hukuki güvenlik ilkesi gerekçesiyle tanınan geri almama yetkisi, değişen hukuki veyahut maddi durum sebebiyle hukuka aykırı hale gelmiş işlemler bakımından yasama ve yürütme arasındaki organik ilişkiyle de bağlantılı olarak

---

<sup>50</sup> Maurer, s. 303.

kanunilik ilkesi gereği ileri sürülememektedir. Bununla birlikte Alman hukuk sisteminde idarenin anayasa ve kanunla doğrudan bağlılığı, subjektif hak sahibinin talebi ve başvurusu olmaksızın işlemin ortadan kaldırılması yükümlülüğünü idareye yüklememektedir. Bu bağlamda kanunilik ilkesi, objektif hukuki denetimden bir diğer tabirle idarenin hukuka uygunluğunu tesisten ziyade öncelikli olarak subjektif hakkın korunmasına hizmet etmektedir.

İdarenin kanuniliği ilkesinin yalnızca mevcut kanunu mu yoksa gelecekteki kanunu da mı kapsaması gerektiği meselesi de Alman hukukunda hem içtihadı hem de bazı işlem türleri bakımından yasal düzenlemelere konu olmuştur.<sup>51</sup> Etkisi süregelen işlemlerde yeni koşullara uyarlama bağlamında idareye takdir yetkisinin tanınmaması kanunilik ilkesi çerçevesinde ve kanunların geriye yürümezliği yasağıyla çatışmadığı için anlaşılabilir. Yaptırım niteliğindeki idari işlemlerde de lehe bir düzenleme veyahut durumun doğması bakımından idarenin işlemi kaldırma noktasında takdir yetkisini haiz olmaması ilkesel olarak kabul edilebilir.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Bkz. yukarıda III, A.

<sup>52</sup> BVerfGE 72, 200, 258; ayrıca bkz. Ali Nazım Sözer, “Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme” *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Haziran 2013, Cilt 8, 2477-2534, s. 2485; Önceye etki yasağında kamu düzeni gerekçesine ilişkin bkz. Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hüükümleri*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1987, s. 179: Kamu düzeni kuralları toplum yararı gözetilerek yürürlüğe konulmuşlardır. Bu özelliği olmayan kurallara dayalı kazanımlar kazanılmış hak sayılmamak gerekir; Türk hukukunda Danıştay içtihatlarında “idari işlemin yargısal denetimi açısından işlemin tesis edildiği andaki hukuki duruma göre değerlendirme yapılması kural olmakla beraber idari yaptırımlar alanında, ihlalin işlendiği tarihten sonra yürürlüğe giren kanun, fiili, ihlal konusu olmaktan çıkarılırsa veya o fiil için öngörülen yaptırımı azaltıyorsa ilgili kuralların geriye yürür olarak uygulanması, yargısal denetimin de bu çerçevede yapılması” esası benimsenmiştir. Bkz. Fatma Ebru Gündüz, “İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 32, Ekim 2017, 33-60, s. 45; Danıştay 13.D., E.2010/367, K.2011/3019, T. 22. 06. 2011; Danıştay 13.D., E.2007/5970, K.2009/5492, T. 20.05.2009. Aynı yöndeki bir diğer karar için bkz. Danıştay 7.D., E.2009/9068, K.2013/2401, T. 08.05.2013.



İdarenin işleminin hukuka uygunluğunu belirleyecek olan esas ise öncelikle işlemin tesis edildiği andaki yasal düzenlemedir.<sup>53</sup> Zira hukuka aykırı bir yasanın iptali kararının geriye yürümezliği veyahut yeni yasanın geriye yürümezliği esasıyla da bağlantılı olarak geçmişte hukuka uygun addedilen bir yasal düzenlemeye dayanarak ortaya çıkan idari işlemin hukuka aykırılığının da kendiliğinden doğduğu kuralı benimsenemez. Burada idarenin değişen koşullar sebebiyle yeni bir işlem tesis etmesi yani yeni işlemle eski işlemi uyarlamasının da genel kural olarak etkisi süregelen ve yaptırım niteliğindeki işlemler dışında idarenin takdir yetkisi kapsamında olduğu ileri sürülebilir. Etkisi devam etmeyen yükümlendirici idari işlemler bakımından ise geri alma işlemi için idareye tanınan takdir yetkisinin, henüz tükenmemiş bir idari işlem için lehe bir hükmün geçmişe yürüyebilmesinin mümkün olduğu esasıyla<sup>54</sup> beraber yorumlanması, hukuka aykırılığa katlanma

---

<sup>53</sup> Benzer yönde Türk idari yargılama usulündeki hukuka uygunluk denetimi için ayrıca bkz. E. Ethem Atay, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl 11 Mayıs 2007, *Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları*, No:74, Ankara, 2008, 13-95, s. 56; İşlem tesis edildiği tarihteki mevzuat hükümlerine uygunsuzsa hukuka uygundur, değilse hukuka aykırıdır. Bu konuda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak idari yaptırımlar ile ilgili lehe hükmün geçmişe yürümesi ilkesi bu genel kurala bir istisna olarak düşünülebilir. Hakkında idari yaptırım tesis edilen kişi lehine bir değişikliğin yapılması halinde, artık söz konusu işlem hukuka aykırı hale gelecektir. Bkz. Gündüz, s. 44.

<sup>54</sup> İdari tedbirler birer yükümlendirici idari işlemdir ve kişilerin hak ve hürriyetlerini sınırlandırabilmektedir. Bu sebeple idari tedbirlerin ‘lehe hükmün geçmişe yürümesi’ ilkesinin dışında tutulmaması gerektiği de savunulabilir. Bkz. Gündüz, s. 46 vd; Danıştay 3. D., E.1996/4162, K.1997/4826, T. 31.12.1997; Danıştay 12.D., E.2010/1591, K.2013/439, T. 12.02.2013; Aksi yönde Türk hukukunda ceza hukuku ilkelerinden bir tanesi olan ‘lehe hükmün geçmişe yürümesi’ ilkesinin idari tedbirlere uygulanmayacağı, bunun yerine işlemin tesisi tarihinde yürürlükte olan hukuk kurallarının uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Ali Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 71.

hususunda bireyin özel yararının 'önceye etkili yasal düzenlemelerle' üstün kılınması mümkün görülebilir<sup>55</sup>.

Nihayet yürütme organının doğrudan anayasayla ve temel haklarla bağılılığı, normatif şekilde olmasa da hukuka aykırı bir yasanın uygulanması noktasında, idareye nispi bir denetim yetkisi yüklemekte ve idarenin 'açıkça hukuka aykırı bir yasa'yı uygulamama noktasında basiretli davranmasını gerektirmektedir. Bu da idarenin hukuka aykırı yasaları uygulaması sonucu tesis etmiş olduğu idari işlemlerde geri alma veyahut kaldırma gerçekleşmese dahi doğan zararlardan en nihayetinde kusur ya da kusursuz bir şekilde sorumlu olması gerekliliğini gündeme getirebilmektedir.<sup>56</sup>

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

---

<sup>55</sup> Federal Alman Anayasa Mahkemesi, yeni bir düzenlemenin geçmiş durumlar için etkili olabileceğini belirlemiştir; bu durumda yeni kuralın geçmişe yönelik uygulanması mümkün olabilir. Mahkeme, bir düzenlemenin hukuki açıdan eksik, belirsiz, yanıltıcı, boşluklar içeren, sistemle kısmen uyumsuz, adalet ilkelerine aykırı olduğu ya da anayasaya uygunluk açısından ciddi endişeler doğurduğu durumlarda, *geriye dönük etkiyi* kabul edilebilir bulmuştur. Örneğin, idare geçmişte alınan bir hukuki karar nedeniyle ortaya çıkan olumsuz sonuçları düzeltmek ya da çözüm üretmek amacıyla yeni tedbirler almayı gerekli görebilir. Bkz. BVerfGE 30, 367, 389.

<sup>56</sup> Ayrıca bkz. Stelkens/Bonk/Sachs, § 48 Rn. 46.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Im deutschen Recht gibt es aufgrund der Klassifizierung von Verwaltungsakten unterschiedliche rechtliche Regelungen hinsichtlich der Rücknahme von Verwaltungsakten. Die Unterscheidung zwischen Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts spielt bei der Rücknahme eine wesentliche Rolle. Ebenso bestimmt die Frage, ob der Verwaltungsakt belastend oder begünstigend ist, ob der Verwaltungsakt rückwirkend oder nur für die Zukunft aufgehoben werden kann.*

*Da die Verwaltung keine Grundrechte innehat, kann auch im Rahmen der Rücknahme nicht von einem "erworbenen Recht" bzw. "Vertrauensschutz" zugunsten der Verwaltung gesprochen werden. An dieser Stelle tritt das Rechtsstaatsprinzip, insbesondere das Prinzip der Rechtssicherheit, in den Vordergrund. Im Zusammenhang mit § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG wird anerkannt, dass der Verwaltung ein Ermessen bei der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte zusteht, ohne zwischen begünstigenden und belastenden Verwaltungsakten zu unterscheiden.*

*Nach dem Rechtssicherheitsprinzip wird von der Verwaltung nicht erwartet, einen rechtswidrigen und bestandskräftigen Verwaltungsakt mit all seinen Rechtswirkungen zu beseitigen, ähnlich wie ein Verwaltungsakt in einem Anfechtungsverfahren nicht mehr aufgehoben werden kann, wenn die Widerspruchs- oder Klagefristen abgelaufen sind. In manchen Fällen kann es jedoch gerechter sein, den Verwaltungsakt bestehen zu lassen und stattdessen den durch den rechtswidrigen Verwaltungsakt verursachten Schaden zu entschädigen, um die entstandenen Rechtsverletzungen zu mildern und erträglicher zu machen. Es sollte als notwendig erachtet werden, das Vertrauen in die Verwaltung zu schützen, indem insbesondere die Folgen der Nichtaufhebung des vollzogenen Verwaltungsakts verhindert werden, und die rechtliche Sicherheit auch aus dieser Perspektive gewährleistet wird.*

*Maßgeblich für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts ist der rechtliche Zustand zum Zeitpunkt seines Erlasses. Für die Rücknahme eines Verwaltungsakts, der nachträglich rechtswidrig geworden ist, sieht das deutsche Verwaltungsverfahrensgesetz dabei eine Regelung vor, in der der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung Vorrang hat. In diesem*

*Zusammenhang kann sich die Verwaltung nicht auf den Grundsatz der Rechtssicherheit berufen, um die Rücknahme von Verwaltungsakten zu verweigern, die aufgrund einer späteren Änderung der rechtlichen oder tatsächlichen Umstände rechtswidrig geworden sind. Dass der Verwaltung im Zusammenhang mit der Anpassung von Verwaltungsakten mit Dauerwirkung an eine geänderte rechtliche oder tatsächliche Lage kein Ermessen eingeräumt wird, ist im Rahmen des Gesetzmäßigkeitsprinzips sowie des Rückwirkungsverbots der Gesetze durchaus nachvollziehbar. Ebenso kann es im Bereich verwaltungsrechtlicher Sanktionen grundsätzlich als angemessen erachtet werden, dass der Verwaltung kein Ermessen zur Aufhebung eines Verwaltungsakts eingeräumt werden, wenn eine günstigere gesetzliche Regelung oder eine Verbesserung der Umstände vorliegt.*

*Das deutsche Rechtssystem verpflichtet die Verwaltung jedoch nicht, von sich aus, ohne Antrag oder Begehren des Betroffenen, einen Verwaltungsakt aufzuheben, selbst wenn die Verwaltung unmittelbar an Verfassung und Gesetz gebunden ist. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit dient daher nicht der objektiven Rechtskontrolle der Verwaltung, sondern ausschließlich dem Schutz der subjektiven Rechte des Einzelnen.*

*Dabei verleiht die Bindung der Exekutive an die Verfassung und die Grundrechte der Verwaltung im Hinblick auf die Anwendung eines rechtswidrigen Gesetzes eine relative Kontrollbefugnis und erfordert von ihr umsichtiges Handeln, um irreparable Folgen durch die Anwendung eines offensichtlich rechtswidrigen Gesetzes zu verhindern. Schließlich sollte die Verwaltung, auch wenn ein rechtswidriger Verwaltungsakt nicht zurückgenommen oder aufgehoben wird, für den durch die Durchführung rechtswidriger Gesetze entstandenen Schaden haftbar gemacht werden.*

### KAYNAKÇA

- ATAY E. Ethem, "İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması", *Danıştay ve İdari Yargı Günü* 139. Yıl 11 Mayıs 2007, *Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları*, No:74, Ankara, 2008, 13-95.
- CALMES-BRUNET Sylvia, "Rechtssicherheit und Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht – Ein Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht" *JuS* 2014, 1077-1081.
- EDİS Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1987.
- ERBGUTH Wilfried, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2020.
- GÜNDÜZ Fatma Ebru, "İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 32, Ekim 2017, 33-60.
- IBLER Martin, "Kann der Widerruf eines Verwaltungsakts widerrufen werden?", *NVwZ* 1993, 451-454.
- KRAFT Ingo, "Das subjektive öffentliche Recht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts", *Leipzig Law Journal* 2023, 2, 132-142.
- MAGER Ute, "Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit einer Gewerbeuntersagung" *NVwZ* 1996, 134-135.
- MARTINI Mario, "Die Aufhebung von Verwaltungsakten nach §§ 48 ff. VwVfG – Überblick über die Rücknahme nach § 48 VwVfG (Teil 2)." *JA* 2013, 442-446.
- MARTINI Mario, "Die Aufhebung von Verwaltungsakten nach §§ 48 ff. VwVfG – Vertrauensschutz bei der Rücknahme (§ 48 II, III VwVfG)" *JA* 2016, 830-836.

- MARTINI Mario, "Die Aufhebung von Verwaltungsakten nach §§ 48 ff. VwVfG – Rücknahmefrist (§ 48 IV VwVfG)." *JA*, 2017, 838-841.
- MAURER Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H. Beck, München, 2012.
- MAURER Hartmut/WALDHOFF Christian, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H. Beck, München, 2020.
- OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, *Medenî Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- SCHENKE Wolf-Rüdiger, "Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung von Verwaltungsakten im Rahmen der Anfechtungsklage", *JuS* 2019, 833-843.
- SCHOCH Friedrich/SCHNEIDER Jens-Peter, *VwVfG Kommentar*, C.H. Beck, München, 2023.
- SOMMERMANN Karl-Peter, "Der Inhalt der Verwaltungskontrolle durch die Verwaltungsgerichte" *Numero Special* 7 1999, 60-68.
- STELKENS Ulrich/BONK, Heinz Joachim/SACHS, Michael, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, C.H. Beck, München, 2023.
- SÖZER Ali Nazım, "Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme" *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Haziran 2013, Cilt 8, 2477-2534.
- TAN Turgut, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Aristo Yayınları, İstanbul, 2020.
- ULUSOY, Ali, *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- WALDHOFF Christian, "Allgemeines Verwaltungsrecht: Rücknahmeermessen bei rechtswidrigem Verwaltungsakt", *JuS* 2022, 191-193.



## Göreve Gelmeme Hâllerinde Devlet Memurlarına Uygulanacak Yaptırımların İhmalinden Doğabilecek Mali ve Cezai Sorumluluk

### Finanz- und strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Unterlassen von Sanktionen im Falle der Dienstabwesenheit von Beamten

Dr. Yalçın Arslantürk\*

#### ÖZ

*Devlet memurlarının izinsiz ve mazeretsiz bir şekilde göreve gelmemesi, kamu kaynaklarında haksız eksilme meydana getirmektedir. Zira bu durumda Devlet, bedelini ödemiş olduğu bir hizmeti alamamaktadır. Ancak bu hususa ilişkin gerek doktrinde bir tartışmaya gerekse alınan bir yargı kararına rastlanmamıştır. Bu da çalışmanın hazırlanışının temel gerekçesini oluşturmaktadır. Kamu kaynaklarında haksız bir eksilme söz konusu olduğu için konu, öncelikle Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu kapsamında analiz edilmiştir. Bu analizde kamu kaynağında meydana gelen haksız eksilmenin kamu zararı niteliği, bu zararın sorumlusu ve hesaplanmasına ilişkin hususlar tartışılmıştır. Devlet memurlarının izinsiz ve mazeretsiz göreve gelmemesi, Türk Ceza Kanunu kapsamında da tartışılmıştır. Memurun görevine devam konusunda, amirin görevini gereği gibi yerine getirmemesi neticesinde oluşan kamu zararı dikkate alınarak söz konusu husus, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında tartışılmıştır. Doktrinde ve yargı kararlarında tartışma konusu yapılmayan bu husus da makalenin diğer bir özgül yönünü oluşturmaktadır. Zira uygulamada, Devlet memurlarının belirli süreleri aşan izinsiz ve mazeretsiz devamsızlıklarında, kamu zararı dikkate alınmamakta ve buna ilişkin mali ve cezai sorumluluğa gidilmemektedir. Konuya ilişkin*

\* Dr., Uzman, Tarım ve Orman Bakanlığı, E-mail: yalcinrabzon@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0895-0022.





*doktrinde de bir tartışma bulunmamaktadır. Böylece bu çalışmayla gerek konuya ilişkin idari uygulama ve yargı kararlarına gerekse doktrine, konunun farklı unsurlarıyla tartışılması açısından bir katkı sağlamak amaçlanmıştır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Amirin sorumluluğu, görevi ihmal, görevi kötüye kullanma, görev kusuru, kamu zararı.*

### **Financial and Criminal Liability that may Arise from Negligence of Sanctions Imposed on Civil Servants in case of Absenteeism**

#### **ABSTRACT**

*Civil servants not coming to duty without permission or excuse creates an unfair decrease in public resources. Because in this case, the State cannot receive a service for which it has paid. However, neither a discussion in the doctrine nor a judicial decision regarding this issue has been found. This constitutes the main reason for the preparation of this study. Since there is an unfair decrease in public resources, the issue was first analyzed within the scope of the Public Financial Management and Control Law. In this analysis, the public damage nature of the unfair decrease in public resources, the responsible person for this damage and the issues regarding its calculation were discussed. Civil servants not coming to duty without permission or excuse has also been discussed within the scope of the Turkish Penal Code. Regarding the civil servant's continuation of duty, the issue in question was discussed within the scope of the crime of abuse of office, taking into account the public damage caused by the superior's failure to fulfill her duty properly. This issue, which is not discussed in doctrine and judicial decisions, constitutes another original aspect of the article. Because in practice, public damage is not taken into account in the unauthorized and unexcused absences of civil servants that exceed certain periods of time, and no financial or criminal liability is incurred regarding this. There is no discussion in the doctrine on the subject. Thus, this study aims to contribute to both administrative practice and*

*judicial decisions on the subject, as well as to the doctrine, in terms of discussing the subject with its different elements.*

**Keywords:** *Superior's responsibility, neglect of duty, misconduct, fault of duty, public loss.*

## 1. Giriş

Her çalışan gibi Devlet memurlarının da iş yerine karşı sorumlulukları bulunmaktadır. Bu sorumluluklarından biri de görev yerinde bulunmaktır. Zira memurların kendilerine verilen görevlerin yerine getirilmesi, büyük ölçüde ancak görev yerinde bulunmakla mümkün olabilmektedir. Bu itibarla Devlet Memurları Kanunu<sup>1</sup> (657 sayılı Kanun) memurların görev başında bulunmalarını sağlamak üzere göreve gelmeme eylemlerine yönelik çeşitli yaptırımları hüküm altına alınmıştır.

657 sayılı Kanun'da, mazeretsiz şekilde göreve gelinmeyen süreye bağlı olarak farklı disiplin cezaları düzenlenmiş olmakla birlikte yine belli bir süre göreve gelinmeyen durumlarda memuriyetten çekilmiş isteğinde bulunulmuş sayılma şeklinde yaptırım (bu hususu yaptırım kavramı altında nitelendirmenin gerekçesi çalışmada açıklanmaktadır) da hüküm altına alınmıştır.

Devlet memurlarının göreve gelmeme eylemlerine yönelik düzenlenen bu yaptırımların yanı sıra izinsiz ve mazeretsiz şekilde göreve gelinmeyen durumlarda kamu kaynaklarında haksız bir şekilde eksilme de söz konusu olmaktadır. Zira izinsiz ve mazeretsiz bir şekilde göreve gelinmeyen durumlarda, memura ödenen aylık maaşın göreve gelinmeyen güne tekabül eden kısmı dikkate alındığında, Devletin bedelini ödemiş olduğu bir hizmeti alamadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla söz konusu günler için memura ödenen ücretin karşılığı alınmadığı için bu ödeme Devlet tarafından memura yapılan haksız bir ödeme olup kamu kaynaklarında haksız bir eksilme olarak değerlendirilebilir. Ancak bu hususa ilişkin gerek doktrinde bir

---

<sup>1</sup> 23/07/1965 tarihli ve 12056 sayılı R.G.

tartışmaya gerekse alınan bir yargı kararına rastlanmamıştır. Bu da çalışmanın hazırlanışının temel gerekçesini oluşturmuştur.

Bu itibarla çalışmada; kamu kaynaklarında haksız bir eksilme söz konusu olduğu için konu öncelikle Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu<sup>2</sup> (5018 sayılı Kanun) kapsamında analiz edilmiştir. Kamu kaynağı dikkate alındığında oluşan bu zararın 5018 sayılı Kanun kapsamında kamu zararı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve buna ilişkin sorumluluk, hukuki gerekçeleriyle tartışılmıştır. Söz konusu zararın hesaplamasına dayanak teşkil eden günlerin tespiti de ayrıca bu tartışmada ele alınmıştır.

Bununla birlikte çalışmada aynı konu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>3</sup> (TCK) açısından da tartışılmıştır. Memurun görevdeki devamsızlığını tespit etme ve devamsızlık durumunda mevzuatta öngörülen yaptırımlara yönelik gerekli işlemleri başlatma konusundaki görevin amirde olduğu ve amirin söz konusu görevini yerine getirmemesi neticesinde oluşacak kamu zararı dikkate alındığında, söz konusu hususun TCK'nin görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmesi yapılmıştır. Doktrinde ve yargı kararlarında tartışma konusu yapılmayan bu husus da makalenin özgünlüğünü ortaya koyan temel unsurlardan birini teşkil etmektedir.

Çalışmada bu değerlendirmelerin yapılmasının temel nedeni, göreve gelmeyen memurlara uygulanması gerekli söz konusu yaptırımların mevzu bahis olduğu durumlarda genel olarak kamu zararının oluşup oluşmadığının değerlendirilmemesi ve buna ilişkin gerek mali gerekse cezai sorumluluklara gidilmemesidir. Böylece bu çalışmayla gerek kamu idaresinin işleyişine gerekse konuya ilişkin yargı safhasındaki tartışmalara hukuki bir katkı sağlamak amaçlanmıştır.

## **2. Devlet Memurlarının Göreve Devam Zorunluluğu ve Buna İlişkin Yaptırımlar**

Her ücretli çalışan gibi Devlet memurlarının da ücretlerinin karşılığı, kendilerine verilen görevleri yerine getirmeleridir. Söz konusu

---

<sup>2</sup> 24/12/2003 tarihli ve 25326 sayılı R.G.

<sup>3</sup> 12/10/2004 tarihli ve 25611 sayılı R.G.

görevlerin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla 657 sayılı Kanun'da "göreve gelmeme" durumlarına karşı yaptırım içeren hükümlere yer verilmiştir. Bu yaptırımlar genel olarak disiplin cezaları şeklinde düzenlenmiş olmakla birlikte dolaylı yaptırım hükümleri de bulunmaktadır.

657 sayılı Kanun, göreve devam etmede görülen eksikliğin derecesine göre farklı disiplin cezalarına hükmetmektedir. Kanun'un 125'inci maddesinin birinci fıkrasına göre söz konusu disiplin cezaları ve bunlara neden olan eylemler şunlardır:

*"Özürsüz veya izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev mahallini terk etmek"* (Bent A-2/b) uyarma cezasını gerektiren eylemlerdir. Uyarma cezasının *"Memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesi"* (Bent A-1) olarak tanımlanması nedeniyle bu fiilleri gerçekleştiren memurlar yazı ile bu konuda uyarılmaktadır.

*"Özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek"* (Bent C-1/b) ise aylıktan kesme cezasını gerektiren haller arasında yer almaktadır. Dolayısıyla bu durumda memur, *"brüt aylığından 1/30 – 1/8 arasında kesinti yapılması"* (Bent C-1) şeklinde uygulanan aylıktan kesme cezasına maruz kalmaktadır.

*"Özürsüz ve kesintisiz 3 - 9 gün göreve gelmemek"* (Bent D-2/b), kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının gerektiren haller arasında sayılmaktadır. Kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ise *"Fiilin ağırlık derecesine göre memurun, bulunduğu kademedeki ilerlemesinin 1 - 3 yıl durdurulmasıdır."* (Bent D-1).

*"Özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek"* (Bent E-2/d), Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren haller arasında yer almaktadır. Buradaki Devlet memurluğundan çıkarma cezasının, *"Bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmak"* (Bent E-1) olarak uygulanacağına hükmedilmiştir.

657 sayılı Kanun'da, disiplin cezalarının yanı sıra memurların göreve gelmemeleriyle ilgili olarak bir başka hüküm de yer almaktadır. Bu da "çekilme"dir. Öncelikle Kanun'un 94'üncü maddesinin birinci fıkrasındaki *"Devlet memuru bağlı olduğu kuruma yazılı olarak müracaat*

*etmek suretiyle memurluktan çekilme isteğinde bulunabilir.”* hükmü uyarınca memurun bildirim yapmak suretiyle açık bir şekilde çekilme isteğinde bulunmasıyla gerçekleşen çekilme uygulaması düzenlenmiştir. Bu şekilde yapılan çekilme uygulaması, bir haktır. Zira kamu hizmetine girme nasıl bir hak ise kamu görevinden çekilme de bir haktır<sup>4</sup>.

Bununla birlikte 657 sayılı Kanun’da memurluktan çekilmeye ilişkin bir hüküm daha mevcuttur. Kanun’un 94’üncü maddesinin birinci fıkrasındaki *“Mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müracaat şartı aranmaksızın, çekilme isteğinde bulunulmuş sayılır.”* hükmü gereği izinsiz ve mazeretsiz olarak kesintisiz bir şekilde 10 gün süresince görevde bulunmama hâlinde, memur çekilme isteğinde bulunmuş kabul edilmektedir. Dolayısıyla açık bir irade beyanı olmasa da izinsiz, mazeretsiz ve kesintisiz bir şekilde 10 gün süresince görevde bulunmama durumunda memurun, bir nevi yaptırım olarak da değerlendirilebilecek şekilde görevi sonlandırılmaktadır. Zira burada memurun iradesi aranmadığı için *“memurluktan çekilme isteğinde bulunulmuş sayılma”* hâlini hak olarak görmek mümkün değildir. Nitekim bu hükümlerle belirli bir sürenin üzerinde izinsiz ve mazeretsiz bir şekilde görevinde bulunmayan memurların bu keyfiliklerinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Zira çekilme hükmünün yokluğunda belki 10 gün sonrasında göreve gelme gibi bir niyeti olan memurun söz konusu hükmün varlığıyla bu eylemi gerçekleştirmesi önlenmekte; yine de eylemin gerçekleşmesi hâlinde ise memurun eyleminin sonuçlarına katlanması beklenmektedir. Dolayısıyla her ne kadar disiplin cezaları arasında yer almasa da izinsiz, mazeretsiz ve kesintisiz olarak 10 gün görevinde bulunmama hâli de göreve devamla ilgili yaptırımlar arasında sayılabilir. Zira yaptırım, norma aykırılığa hukuk düzeninin verdiği karşılık, bir cevaptır<sup>5</sup>.

İdare tarafından idarenin görev alanına giren konularda idareye özgü yöntemlerle idari yaptırım olarak adlandırılan yaptırımlar

<sup>4</sup> Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 301.

<sup>5</sup> Ali Dursun Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, 1. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 5.

uygulanabilmektedir<sup>6</sup>. İdari yaptırımlarla bireylerin ve toplulukların kamusal düzene uymaları ve ilgililerin idareye karşı olan borç ve yükümlülüklerini yerine getirmeleri amaçlanmaktadır<sup>7</sup>. 657 sayılı Kanun'da yer alan "memurluktan çekilme isteğinde bulunulmuş sayılma" hükmü, disiplin cezalarındaki gibi göreve devamla ilgili olup göreve devam ise memurun idareye karşı borç ve yükümlülükleri arasında yer alması dolayısıyla söz konusu hüküm, görevde devamsızlığa karşı yüklenen bir idari yaptırım olarak değerlendirilebilir. Nitekim 657 sayılı Kanun'un 97'nci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri uyarınca memuriyetten çekilenler altı ay geçmeden, çekilmiş sayılanlar ise bir yıl geçmeden Devlet memurluğuna yeniden alınamamaktadır. Devlet memurluğuna geri dönmeye, çekilmiş sayılanlar için daha fazla süre hükmedilmesi, çekilmiş sayılmanın özünde bir yaptırım olduğuna ilişkin ayrı bir gösterge niteliğindedir. Ayrıca yazılı beyan ile memuriyetten çekilme durumunda, İdarenin takdirine bağlı olmak kaydıyla memurun sonradan bu talebini geri almasıyla çekilmeden vazgeçmesi mümkün olabilmektedir<sup>8</sup>. Memurluktan çekilme isteğinde bulunulmuş sayılma durumunda ise böyle bir olanak bulunmamaktadır. Dolayısıyla çekilme isteğinde bulunmuş sayılan memur, esasen kamu hizmetinin devamlılığı ilkesiyle

---

<sup>6</sup> Orçun Kiremitçi, "İdari Yaptırımlar ve İdarenin Yaptırım Düzenleme Yetkisi", *Ombudsman Akademik*, Yıl 9, S. 18, 2023, s. 215.

<sup>7</sup> Metin Günday, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 233.

<sup>8</sup> Tayfun Akgüner / Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 892. Konuya ilişkin şu hususu belirtilmekte fayda bulunmaktadır: Memur tarafından istifa dilekçesi ve sonrasında istifadan vazgeçme dilekçesi verildiğinde, İdare istifa dilekçesini onaylamışsa istifa işlemi gerçekleşmiş ve dolayısıyla istifa hukuki sonuç doğurmuş olacağı için İdarenin sonradan istifadan vazgeçme dilekçesine göre işlem yapmasına ve bunun önceki istifa işlemi geçersiz kılmasına hukuken olanak bulunmamaktadır (Bkz. Cenk Şahin, "Devlet Memurları Kanunu'nun 94. Maddesi Uyarınca "Çekilmiş Sayılma" İşleminin Nitelik ve Koşulları İle Öğretim Elemanları Bakımından Uygulanabilirliğine Yönelik Değerlendirmeler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, S. 4, 2019, s. 331'den E. 1999/93, K. 2001/197, T. 25/01/2001, Danıştay 12. Dairesi.) .

bağdaşmayan bu yöndeki tutum ve davranışıyla sonradan değiştiremeyeceği bir hukuki sonucu göze almış kabul edilmektedir<sup>9</sup>. Zira memur hangi hallerde memurluktan çekilmiş sayılacağını önceden bilmekte ve bu koşulları kendi iradesi ile yerine getirdiği zaman çekilmiş sayılmaktadır<sup>10</sup>. Memuriyetten çekilme ile çekilmiş sayılma arasındaki bu önemli farklılık da çekilmiş sayılmanın özü itibarıyla neden bir yaptırım olarak değerlendirilebileceğine ilişkin bir başka gerekçe olarak ortaya koyulabilir. Nitekim göreve devamla ilgili 657 sayılı Kanun'da memur aleyhine yer alan hükümlerin idari yaptırım olarak değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesinin idari yaptırımlara ilişkin yapmış olduğu açıklamalarla da örtüşmektedir. Söz konusu Mahkeme, idari yaptırımların; esasen gerçek anlamda bir ceza sayılmadığını, uygulama alanı itibarıyla idarenin kamu düzeninin sağlanması ve korunması görev ve yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacına yönelik bir hukuki müeyyide niteliğini taşıdığını ve hukuki sonuçları itibarıyla adli ceza uygulamasından farklılık gösterdiğini belirtmektedir<sup>11</sup>.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 16'ncı maddesinde kabahatler karşısında uygulanacak idari yaptırımların, idari para cezaları ve idari tedbirlerden oluştuğu ve idari tedbirlerin mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hükümlerden de görüleceği üzere idari yaptırımlar yalnızca idari cezalardan oluşmamakta; idari tedbir de bir idari yaptırım türü olarak değerlendirilmektedir. 657 sayılı Kanun'da, memurun göreve gelmemesi durumunda uygulanacak hükümler bu kapsamda idari tedbir niteliği dolayısıyla idari yaptırım olarak değerlendirilebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, idari cezalardan farklı

---

<sup>9</sup> Şahin, "Devlet Memurları Kanunu'nun 94. Maddesi Uyarınca "Çekilmiş Sayılma" İşleminin Nitelik ve Koşulları İle Öğretim Elemanları Bakımından Uygulanabilirliğine Yönelik Değerlendirmeler", s. 331.

<sup>10</sup> Nur Kaman, *Devlet Memurluğunun Sona Ermesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 80.

<sup>11</sup> E. 2007/578, K. 2008/141, T. 05/05/2008, Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı, "Karar Arama", <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 04/06/2024).

olarak idari tedbirlerin temel amacının cezalandırmak değil; belirli bir kamu hizmeti alanında kurulan düzeni korumak, onun bozulmasını engellemek ve işleyişine yönelik muhtemel tehlikeleri önlemek olarak değerlendirmiştir<sup>12</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin bu açıklaması da göreve gelmeme durumlarına ilişkin yaptırımların, idari tedbir kapsamında birer idari yaptırım olduklarına ilişkin görüşlerimizi teyit etmektedir.

Danıştay'ın konuya genel bakışı da bu açıklamaları teyit eder niteliktedir. Zira bir Danıştay içtihat metninde<sup>13</sup>; 10 gün ve bu süreyi aşan devamsızlık hâllerinde ilgilinin memuriyetini kendi iradesiyle sonlandırmış olduğu kabul edilerek idari bir tasarrufta bulunduğu, mevzuattaki bu düzenlemenin amacının ise 657 sayılı Kanun'a tabi memurların yürüttüğü kamu hizmetinin niteliğinden kaynaklandığı belirtilmektedir. Aynı kararda Devlet memurlarının devamsızlıklarının, yürüttüğü hizmete doğrudan etkisinin bulunduğu tartışmasız olduğu ifade edilmek suretiyle devamsızlığın hizmetin yerine getirilmesindeki olumsuz etkisi vurgulanarak memurun görevde devamsızlığına ilişkin 657 sayılı Kanun'da yer alan idari yaptırım hükümlerinin temel gerekçesi açıklanmış olmaktadır.

Bununla birlikte *"memuriyetten çekilme isteğinde bulunulmuş sayılma"* olarak uygulanan yaptırım ile *"Özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek"* durumunda uygulanan devlet memurluğundan çıkarma cezası, şekli olarak birbirine benzese de her iki yaptırım arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. Memuriyetten çekilme isteğinde bulunulmuş sayılmaya ilişkin yaptırımın neticesinde memurun görevi sonlanmış olmakla birlikte ileride şartları yerine getirmek şartıyla söz konusu memur yeniden memurluğa atanabilir. Ancak 20 günlük süreye uygulanan cezada, bir daha Devlet memurluğuna atanmak mümkün olmamaktadır.

---

<sup>12</sup> E. 2019/110, K. 2021/85, T. 11/11/2021'den E. 2007/68, K. 2010/2, T. 14/01/2010, Anayasa Mahkemesi, "Kararlar Bilgi Bankası", <https://normkararlarbilgi.bankasi.anayasa.gov.tr/ND/2021/85> (Erişim Tarihi: 04/06/2024).

<sup>13</sup> E. 2018/4493, K. 2022/3323, T. 17/05/2022, Danıştay 8. Daire Başkanlığı, Danıştay Başkanlığı, "Karar Arama", <https://karararama.danistay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 06/06/2024).



Göreve gelmeme ile ilgili olarak Devlet memuruna uygulanan yukarıdaki yaptırımların yanı sıra memurluğa ilişkin adaylık sürecinde göreve devamsızlık durumu da 657 sayılı Kanun'da yaptırıma bağlanmıştır. Kanun'un 56'ncı maddesinin birinci fıkrasındaki *"Adaylık süresi içinde temel ve hazırlayıcı eğitim ve staj devrelerinin her birinde başarısız olanlarla adaylık süresi içinde hal ve hareketlerinde memuriyetle bağdaşmayacak durumları, göreve devamsızlıkları tespit edilenlerin disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişkileri kesilir."* hükmü uyarınca göreve devamsızlığı tespit edilen aday memurların ilişkileri kesilmektedir.

Devlet memurluğundan çıkarma cezası ve memurluktan çekilme isteğinde bulunulmuş sayılma durumlarına göre aday memurun ilişkisinin kesilmesinde, buna neden olan göreve gelmeme süreleri açısından önemli bir farklılık bulunmaktadır. Zira Devlet memurluğundan çıkarma cezası için 20 günlük, memurluktan çekilme isteğinde bulunulmuş sayılma için 10 günlük süreler dikkate alınırken aday memurun göreve devamsızlığı nedeniyle ilişkisinin kesilmesinde 657 sayılı Kanun bir süre belirlemediği. Aday memur için ilişkinin kesilmesinin, disiplin amirinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayına bağlanması nedeniyle görevde devamsızlık oluşturacak sürenin takdiri de bu amirlere bırakılmıştır. Nitekim 657 sayılı Kanun'un 55'inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki *"Aday olarak atanmış memurların önce bütün memurların ortak vasıfları ile ilgili temel eğitime, bilahare sınıfları ile ilgili hazırlayıcı eğitime ve staja tabi tutulmaları ve Devlet memuru olarak atanabilmeleri için başarılı olmaları şarttır. Temel eğitim ile hazırlayıcı eğitim aynı kurumda yapılır."* hükümleri dikkate alındığında, aday memurların buldukları kurumda sınıfta olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla aday memurların bu aşamayı başarıyla tamamlamaları gerekmektedir. Buna ilişkin takdir yetkisi, 657 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin birinci fıkrasındaki *"Adaylık devresi içinde eğitimde başarılı olan adaylar disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile onay tarihinden geçerli olmak üzere asli memurluğa atanırlar."* hükmü uyarınca aday memurların disiplin amirleri ve atamaya yetkili amirlerindedir. Bu itibarla ilişkinin kesilmesine yönelik göreve devamsızlığın takdir yetkisinin de bu amirlerde bulunmasının yerinde olduğu değerlendirilmektedir. Zira adaylık, asli memuriyete göre daha az

güvenceli bir hukuki durumu ifade etmekte olup memur olma sıfatının gerektirdiği hak ve yükümlülükler ancak atama işlemi ile doğmaktadır<sup>14</sup>. Sonuç olarak şartları farklı da olsa Devlet memurlarında olduğu gibi göreve devamsızlık durumunda aday memurlar da görevle ilişkin kesilmesi şeklinde, benzer bir yaptırıma tabi tutulmaktadır. Bu da memuriyette olduğu gibi adaylık şeklindeki memuriyet öncesinde süreçte de göreve devam durumuna verilen önemi ve dolayısıyla geniş kapsamda memuriyet vazifesiyle göreve devam arasındaki kuvvetli bağı ortaya koymaktadır.

Devlet memurluğunda göreve devam hususu, kamu hizmetlerinin sürekliliği (devamlılık) ilkesiyle yakından ilişkilidir. Kamu hizmetlerinin temel ilkelerinden biri olan süreklilik ilkesi, kamu hizmetlerinin kanun tarafından öngörülenler dışında kesintisiz ve düzenli olarak yürütülmesi anlamına gelmektedir<sup>15</sup>. Söz konusu hizmetlerin düzenli olarak yürütülebilmesi için hastalık ve izin gibi amirlerin bilgisi olduğu durumlar dışında, devlet memurlarının görevlerine düzenli bir şekilde devam etmeleri gerekmektedir. Aksi bir durum, amirin bu konuda zamanında önlem alamamasına ve kamu hizmetinin aksamasına yol açabilmektedir. Dolayısıyla görevde devamsızlığa yönelik yukarıda aktarılan 657 sayılı Kanun'da hüküm altına alınan yaptırımlarla temel olarak kamu hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanmasının amaçlandığı belirtilebilir.

### **3. Devlet Memurlarının Göreve Gelmeme Durumlarında 5018 sayılı Kanun Kapsamındaki Sorumluluk**

Sorumluluk; kasıt, ihmal, kusur, tedbirsizlik veya yasaların belirlediği durum ve fiillerden doğan tehlike ile oluşturulan veya tehlikenin doğumuna neden olan zararı tazmin etme borcu olarak tanımlanabilmektedir<sup>16</sup>. Dolayısıyla sorumluluk; gerçek veya hükmi şahsın tazminat ödemek, bir şey yapmak veya bir şeyi iade etmekle

<sup>14</sup> Oğuz Sancakdar, *Memur Hukuku (1-8. Bölümler)*, (Ed. Recai Dönmez), Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını, Eskişehir, 2018, s. 39, 42.

<sup>15</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008, s. 32, 206.

<sup>16</sup> Tuncay Armağan, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 11.

yükümlü tutulmasıdır<sup>17</sup>. Bu minvalde hukuk sistemi; zarara neden olanı, söz konusu zararı gidermekle yükümlü tutmaktadır<sup>18</sup>. Hukukta kamu görevlilerinin sorumluluğu; siyasi, cezai ve hukuki sorumluluk olarak da adlandırılan mali sorumluluk olarak üç farklı anlamda kullanılmaktadır<sup>19</sup>. Kamu görevlilerinin mali sorumluluğu temel olarak 5018 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir.

5018 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde hüküm altına alındığı üzere kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını, hesap verebilirliği ve mali saydamlığı sağlamak üzere kamu mali yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm mali işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve mali kontrolü düzenlemek amacıyla söz konusu Kanun kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu Kanun'da; kamu kaynaklarının etkin, ekonomik ve verimli bir şekilde kullanılmasını temin etmek amacıyla hükümler belirlenmiştir. Kamu zararının tanımı ve bu zararın tespitine yönelik yapılacak işlemler, bu hükümler arasında yer almaktadır.

5018 sayılı Kanun'un 71'inci maddesinin birinci fıkrasında kamu zararı, "*Kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımla birlikte 657 sayılı Kanun'un 12 ve 13'üncü maddelerindeki kamu zararına ilişkin hükümler de dikkate alındığında kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur, ihmal ve tedbirsizliği sonucu kendilerine teslim edilen devlet malını koruyamayarak ve/veya hizmet dışı kalmasına veya mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda doğrudan doğruya kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olmalarıyla doğan zarar ve yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle üçüncü kişilere verdikleri zararlar

<sup>17</sup> Ergün Şahin, "Kuramda ve Uygulamada İdarenin Tehlike İlkesi Uyarınca Sorumluluğu", *Adalet Dergisi*, Yıl 92, S. 8, Ankara, 2001, s. 63.

<sup>18</sup> Şuayip Aykanat, *Kamu Görevlilerinin Mali ve Cezai Sorumlulukları*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004, s. 64.

<sup>19</sup> Aykanat, *Kamu Görevlilerinin Mali ve Cezai Sorumlulukları*, s. 64.

sebebiyle devletin tazminat ödemek durumunda bırakılması sonucu dolaylı olarak kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olmalarıyla doğan zarar olarak tanımlanabilmektedir<sup>20</sup>. Nitekim kamu zararı en geniş anlamda; kamu görevlilerinin ve kamu ile ilişkili kişilerin her türlü eylem ve işlemlerinin mali anlamda hatalarının toplamının göstergesi olarak nitelendirilmektedir<sup>21</sup>. Zira literatürde kamu zararına yönelik; kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen, kamu görevlilerinin davranışından kaynaklanan ve yine onun sorumluluğuna yol açabilen bir zarar türü olarak yapılan tanım<sup>22</sup> da kamu zararının geniş anlamda ele alınması gerekliliğini desteklemektedir.

Memura 1 aylık hizmetine karşılık hak edeceği ücreti, her ay peşin olarak ödenmektedir. Dolayısıyla memurun, ücretini almış olduğu tarihten itibaren 1 ay süresince iş günlerinde, izinli veya mazeretli olduğu durumlar dışında, göreve gelmesi gerekmektedir. Aksi durumda memurun göreve gelmediği her iş günü için almış olduğu ücret; kendisi için haksız kazanç, Devlet için ise hizmetinden faydalanamadığı kimseye yapılan bir ödeme şeklinde haksız ödeme kabul edilecektir. Bu haksız ödemenin 5018 sayılı Kanun açısından kamu zararı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ise kamu zararı tanımındaki unsurlar dikkate alınarak ortaya koyulabilecektir.

5018 sayılı Kanun uyarınca bir zararın kamu zararı olarak değerlendirilebilmesi için kamu kaynağında artışa engel ve eksilmeye neden olunan durumun; kamu görevlilerinin mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri neticesinde meydana gelmesi gerekmektedir. Burada mevzuata aykırı bir durumdan bahsedildiği için memurun ancak görevi nedeniyle aldığı bir karar, yaptığı bir işlem veya eylemi söz konusu olmalıdır. Memurun göreve gelmemesi durumunda ise görevli halde bulunmaması nedeniyle mevzuata aykırı bir karar, işlem veya eylem neticesinde kamunun zarara uğratılmış olması düşünülemez. Bu

---

<sup>20</sup> Yasir Gökçe, "Kamu Zararı Kavramı ve Kamu Zararında Zamanaşımı", *Denetim*, Yıl 2014, S. 13, 2016, s. 57.

<sup>21</sup> Eyüp Kızılkaya, "Kamu Zararı Uygulamalarının Eleştirisi", *Dış Denetim Dergisi*, Yıl 1, S. 1, 2010, s. 173.

<sup>22</sup> Sena Gülhan Sevimli, *İdare Hukukunda Kamu Zararı*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 10.

itibarla göreve gelmeyen memurun kendi sorumluluğu açısından bir kamu zararı olduğu değerlendirilemez. Nitekim bir önceki bölümde belirtildiği üzere göreve gelmeme durumuna karşı 657 sayılı Kanun, söz konusu memuru; uyarma, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, Devlet memurluğundan çıkarma gibi disiplin cezalarına ve bunlarla birlikte memurluktan çekilme isteğinde bulunmuş sayma şeklinde idari yaptırıma tabi tutmaktadır.

Göreve gelmeme durumunda söz konusu memura disiplin cezalarını uygulamak üzere idari işlemleri başlatmak, memurun amirinin yetkisindedir. Zira memurun görev yerinde bulunup bulunmadığını, kendisine bağlı olduğu amiri tespit edebilecektir. Dolayısıyla göreve gelmeyen memura ilişkin tespiti, tutanakla kayıt altına alarak yapan amir, bu tutanakla 657 sayılı Kanun'da sayılan disiplin cezalarına veya memurluktan çekilme isteğinde bulunmuş sayılmaya yönelik işlem sürecini başlatacaktır. Böylelikle amir görevini yerine getirmiş olacaktır.

Göreve gelmeyen bir memura yönelik bu işlemleri başlatmayan bir amir ise görevini yerine getirmemiş olacaktır. Nitekim 657 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin birinci fıkrasında "*Devlet memurları amiri oldukları kuruluş ve hizmet birimlerinde kanun ve diğer mevzuatla belirlenen görevleri zamanında ve eksiksiz olarak yapmaktan ve yaptırmaktan, maiyetindeki memurlarını yetiştirmekten, hâl ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten görevli sorumludurlar.*" hükmü mevcuttur. Bu hükümden görüleceği üzere amir, maiyetindeki memurun hâl ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten sorumludur. Kaldı ki Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik<sup>23</sup> madde 9/a'da "*Amirler, emirlerindeki memurların, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmelerini, Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almalarını temin ve takip etmekle görevli ve sorumludurlar.*" hükmü mevcuttur. Bu hükümden de amirlerin; maiyeti altındaki memurların görevlerini yeri getirmelerinden sorumlu olduğu, göreve gelmeyen memurun görevini yerine

---

<sup>23</sup> 13/08/1983 tarihli ve 18134 sayılı R.G.

getiremeyeceği dikkate alındığında, memurların göreve devam durumlarını takip ve kontrol etmek ve akabinde gerekli işlemleri başlatmaktan sorumlu olduğu sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla göreve gelmeyen bir memurun bu eylemini takip etmek, amirin görev ve sorumluluğundadır. Disiplin cezaları ancak amirin bu görevini yerine getirmesi neticesinde uygulanabilecektir. Zira disiplin cezaları veya memurluktan çekilme isteğinde bulunmuş sayılma için memurun söz konusu eylemine ilişkin bir tespit gerekmektedir. Nitekim Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği<sup>24</sup> madde 18/1-a'ya göre Devlet memurluğundan çıkarma cezasını vermeye yetkili olan yüksek disiplin kurulları, amirlerin bu yoldaki isteği üzerine bu yetkilerini kullanabilmektedir. Zira aynı Yönetmelik madde 7/4 uyarınca disiplin amirlerinin, memurların 657 sayılı Kanun'un 125'inci maddesinde yer alan disipline aykırı davranışlarını öğrendikleri tarihten itibaren 657 sayılı Kanun'da ve ilgili mevzuatında belirtilen süreler içinde disiplin soruşturmasını başlatma yükümlülükleri bulunmaktadır.

Farklı mahkeme kararlarında da memurların göreve devam durumlarının takibi ve buna ilişkin gerekli önlemlerin alınması, amirlerin görevi olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu mahkeme değerlendirmelerine, İzmir 4. İdare Mahkemesinin "657 sayılı Kanun kapsamında görev yapan personelin mesaiye uyma zorunluluğunun bulunduğu tartışmasız olup bu kapsamda tüm kamu kurum ve kuruluşlarının amirlerinin personelin çalışma saatlerine uymaları konusunda gerekli önlemleri alacakları, bunun için mesaiye devam takip defteri veya föyleri ile kartlı geçiş sistemi dökümlerinin devamlı olarak kontrol altında tutup denetleyebileceği tabiidir." şeklindeki açıklaması<sup>25</sup> örnek<sup>26</sup> olarak sunulabilir.

---

<sup>24</sup> 30/04/2021 tarihli ve 31470 sayılı R.G. (29/04/2021 tarihli ve 3935 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı).

<sup>25</sup> E. 2021/2097, K. 2022/1358, T. 29/06/2022, İzmir 4. İdare Mahkemesi, TBB, [https://d.barobirlik.org.tr/komisyon/kamuavukatları/202221228\\_elektronikkart.pdf](https://d.barobirlik.org.tr/komisyon/kamuavukatları/202221228_elektronikkart.pdf) (Erişim Tarihi: 07/03/2024).

<sup>26</sup> Benzer mahkeme görüşü için bkz. E. 2014/398, K. 2015/461, T. 15/04/2015, Mersin 1. İdare Mahkemesi, TBB, [https://d.barobirlik.org.tr/komisyon/kamuavukatları/mahkemekararlari/Mersin1\\_Idare\\_Mahkemesi\\_Karari.pdf](https://d.barobirlik.org.tr/komisyon/kamuavukatları/mahkemekararlari/Mersin1_Idare_Mahkemesi_Karari.pdf) (Erişim Tarihi: 07/03/2024).

Bir memurun izinsiz ve mazeretsiz bir şekilde 10 gün kesintisiz bir şekilde göreve gelmemesi durumunda, memur 657 sayılı Kanun madde 94/1 uyarınca memurluktan çekilme isteğinde bulunmuş sayılır ve göreviyle ilişkisi kesilir. Yine bir memura, özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemesi durumunda, 657 sayılı Kanun madde 125/1-E-2(d) uyarınca Devlet memurluğundan çıkarma cezası uygulanır. Ancak bu işlemlerin gerçekleşmesi için göreve gelinmeyen günlerin tespit edilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla amir, maiyetindeki memurun söz konusu süreler boyunca göreve gelmediğini, her gelinmeyen gün için tutanakla kayıt altına almalıdır. Amir bu eylemi gerçekleştirmekle görev ve sorumluluğunu yerine getirmiş olur ve memura bu eylemlerinin karşılığı olarak 657 sayılı Kanun'da hüküm altına alınan yaptırımlar uygulanabilir. Zira İdare, göreve gelmemeye yönelik olarak Devlet memurluğundan çıkarma veya çekilmiş sayılma işleminin koşullarının oluşup oluşmadığını tespit ederken yasal düzenleme ve ilkelerin mümkün kıldığı her türlü hukuki imkânı, makul, ikna edici ve meşru her yöntemi kullanmak zorundadır<sup>27</sup>.

Bu itibarla maiyetindeki memurun görev devamsızlığına ilişkin tespit işlemini gereği gibi yapmayan amir, sorumluluğunu yerine getirmemiş olacaktır. Bu durumda bir kamu zararı oluşması durumunda, amir sorumlu olacaktır. Göreve gelmeyen memur hakkında tespit işlemi yapmayan amir; kusurun çeşitleri olan kasıt veya ihmalden dolayı mevzuata aykırı eylem gerçekleştirmiş bulunmaktadır. Nitekim bir davranışın hukuk düzenince kınanabilirliğini ifade eden<sup>28</sup> kusur irade ile ilgili olup irade hukuk düzeninden, kasıt şeklinde bilerek ve istenerek sapabileceği gibi bilmeden veya gerekli özenin gösterilmemesi sonucunda da sapabilir<sup>29</sup>.

Yukarıda aktarıldığı üzere mevzuatta amirin; maiyetindeki memurun göreve devamını takip ve kontrol etmekten sorumlu olması

---

<sup>27</sup> Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayinevi, Ankara, 2018. s. 496.

<sup>28</sup> Nuri Erişgin, *Medeni Hukuk-II*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2015, s. 97.

<sup>29</sup> Bülent Geçgel, *Kamusal Denetim Hukukunda Kamu Zararı*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s. 38.

nedeniyle göreve gelmeyen memur hakkında gerekli işlemleri yapmamak suretiyle görevini yerine getirmemesi durumunda, kasıt veya ihmâl unsurlarından birinin varlığı aşikârdır.

Kasıt, kamu görevlisi tarafından kamu zararına sebep olan fiilin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir<sup>30</sup>. Çünkü kasıt kavramı, bilerek ve istenerek gerçekleştirilen davranışları içermektedir<sup>31</sup>. İsteme unsuru bulunması dolayısıyla kastın varlığı, idarenin yargı kararlarını hiç uygulamaması veya eksik ve gecikmeli uygulaması gibi idare yönünden ağır hizmet kusuru hallerinde aranmaktadır<sup>32</sup>. Dolayısıyla kastın varlığının ortaya koyulması gerekmektedir.

Amirin; kasıt olmaksızın mevzuatta kendisine verilen görevi yerine getirmediği durumlar, ihmâlinin bulunduğu kabulünü gerektirmektedir. Zira kusur, sorumluluk hukukunun temel kavramlarından biri olarak kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Bunun nedeni ise kusurun, zarar ve sorumluluğun bir başkasına yükletilmesini haklı gösteren bir sorumluluk ilkesi ve sebebi olmasıdır<sup>34</sup>. Hukuki sorumluluk açısından ihmâl ise hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özenin

---

<sup>30</sup> Cuma Orulluoğlu, *Kamu Zararı*, Muhasebat Kontrolörleri Derneği Yayını, No. 31, Ankara, 2012, s. 72.

<sup>31</sup> Hasan Akgedik, *Kamu Zararı Kavramı ve Hukuki Sonuçları*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2022, s. 95'ten E. 2010/5352, K. 2012/2, T. 16/01/2012, Danıştay 12. Dairesi.

<sup>32</sup> Bu görüşü destekleyen mahkeme kararı için bkz. Akgedik, *Kamu Zararı Kavramı ve Hukuki Sonuçları*, s. 96'dan E. 2008/979, K. 2010/3561, T. 25.05.2010, Danıştay 5. Dairesi.

<sup>33</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 553.

<sup>34</sup> Akgedik, *Kamu Zararı Kavramı ve Hukuki Sonuçları*, s. 91.



gösterilmemesi<sup>35</sup> veya iradenin kullanılmaması<sup>36</sup> veya çaba sağlanmaması<sup>37</sup>, şeklinde tanımlanabilir.

Türk hukuk öğretisi ve uygulamasında, objektif (objektifleştirilmiş) kusur teorisi kabul görmektedir<sup>38</sup>. Bu teoriye göre kusur; benzer durum ve şartlar altında bulunan makul, dürüst ve güvenilir bir insandan beklenen ortalama davranış şekline aykırı davranış biçimidir<sup>39</sup>. Maiyeti altındaki memurun göreve devam durumuna ilişkin amire yüklenen görevin mevzuatta yer alması dolayısıyla amirin; buna ilişkin görevini yerine getirmediği durumda, objektif kusur teorisine göre kusurlu olduğu kabul edilecektir. Amirin yapması gereken işleme ilişkin mevzuatta hüküm bulunması dolayısıyla kusurun tespiti için ayrıca ortalama bir davranış biçiminin tayinine gerek bulunmamaktadır. Nitekim idare hukukunda mevzuatla belirlenen görevlerin yerine getirilmesi gerekli olup objektif kusur teorisi açısından konu ele alındığında, mevzuat hükümleri, dikkate alınması gerekli ortalama davranış biçimi olarak değerlendirilebilir.

Bu açıklamalarla birlikte amirin söz konusu kusurlu davranışı sonucunda bir zararın oluşup oluşmadığını ayrıca değerlendirmek önem arz etmektedir.

5018 sayılı Kanun kapsamında kamu zararından söz edebilmek için kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması gerekmektedir. Kamu kaynağı ise 5018 sayılı Kanun madde 3/1-g'de; borçlanma suretiyle elde edilen imkânlar dâhil kamuya ait gelirler, taşınır ve taşınmazlar, hesaplarda bulunan para, alacak ve haklar ile her türlü değerler olarak tanımlanmıştır. Bir memurun göreve gelmediği

<sup>35</sup> Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 138.

<sup>36</sup> M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 529.

<sup>37</sup> İsmail Kayar, *Borçlar Hukuku*, Detay Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 85.

<sup>38</sup> Alper Uyumaz, "Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, 2023, s. 509.

<sup>39</sup> Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 314.

günlerde söz konusu memura ödeme yapılmaya devam edildiği için kamu kaynağında eksilme olduğu değerlendirilebilir. Zira böyle bir durumda Devlet, memurun ücretini ödemesine rağmen hizmet olarak karşılığını alamamaktadır. Karşılığı olmayan bir ödeme ise kamu kaynağında bir eksilme ve böylece kamu zararı olarak değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte kamu zararının ne zaman oluştuğu önem arz etmektedir. Söz konusu 10 veya 20 günlük sürelerin meydana gelmesi durumunda kamu zararı oluştuğunu söylemek mümkün değildir. Zira yukarıda açıklandığı üzere amirin sorumluluğu, söz konusu sürelerde memurun göreve gelmemiş olduğunu tespit etmektir. Dolayısıyla amir görevini yerine getirmiş olsa dahi 10 veya 20 günlük sürelerde memur zaten göreve gelmemekte ve dolayısıyla hizmet vermeden ücret almaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere bu eylem, memurun da kamu zararı doğuran bir eylemi olarak değerlendirilememektedir. Netice olarak Devlet memurluğundan çıkarma veya memurluktan çekilmiş sayılmaya yönelik gerekli tespit ve işlemlerin geciktirilmeksizin zamanında yapılması durumunda, bahse konu sürelerde göreve gelmemeye ilişkin bir kamu zararından söz edilmesi mümkün değildir.

Amirin bahse konu tespit işlemini yapmaması durumunda ise kamu zararı oluşabilecektir. Böyle bir tespit işleminin yapılmaması ve bu nedenle görevle ilişkisi kesilmeyen memurun yine göreve gelmemesi durumunda, memurun bu defa amirin tespitini yapmadığı 10 veya 20 günlük süreleri aşmakta olan göreve gelmediği her gün, kamu zararı olarak değerlendirilecektir. Nitekim memur göreve gelmediği bu süreler için de ücret almaya devam etmektedir. Hâlbuki amir görevini yerine getirmiş olsaydı memurun göreviyle ilişkisi kesilmiş ve 10 veya 20 günlük sürenin sonrasında bir daha göreve gelmediği günler için memura haksız bir ödeme yapılmamış olacaktı.

Burada önem arz eden bir husus, amirin görevini yerine getirip getirmediğinin tespitinin nasıl yapılacağıdır. Zira memurun göreve gelmediğine ilişkin tespiti yapmak, amirin sorumluluğunda olup amir dışında bunun tespitini yapmak her zaman kolay değildir. Nitekim personelin göreve devam edip etmediği, fiili bir şekilde amir tarafından denetlenebilir. Memurun göreve gelmediğine yönelik tespit

yapılamadığı durumda ise amirin görevini yerine getirip getirmediği anlaşılamayacaktır. Buna yönelik çözüm, elektronik kayıt sistemleridir. Zira pek çok kamu kurumunda iş yerine giriş ve çıkışlar elektronik kayıt sistemleriyle takip edilmektedir. Diğer memurların veya vatandaşların şikâyeti, denetim elemanlarını kontrolü veya üst amirin talebi üzerine söz konusu kayıt sistemlerinin kontrol edilmesi neticesinde 10 veya 20 günlük süreler boyunca memurun devamsızlığının tespit edilmesi ve bu devamsızlığın tutanakla kayıt altına alınmadığının belirlendiği durumlarda, amirin söz konusu görevi yerine getirmemiş olduğu tespit edilebilir. Söz konusu kayıtlar, amirin görevini yerine getirmeyişine ilişkin bir delil niteliği taşıyacaktır. Bu itibarla böyle bir durumda amirin; kasıt, kusur veya ihmal neticesinde görevini yerine getirmediği sonucuna ulaşılabilecektir. Amirin görevini yerine getirmemesi neticesinde, Devlet tarafından bedeli ödenmesi nedeniyle alınması gerekli olan hizmet alınamamış (göreve gelmeyen memura ödenen ücret) olup dolayısıyla kamu kaynağında eksilme meydana gelmesi suretiyle kamu zararı meydana gelmiş olacaktır.

Bu şekilde kamu zararına sebebiyet veren amirin, söz konusu zararı tazmin etmesi gerekmektedir. 5018 sayılı Kanun'un 71'inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kamu zararı, zararın oluştuğu tarihten itibaren ilgili mevzuatına göre hesaplanacak faiziyle birlikte tahsil edilecektir. Kamu zararının tazminine yönelik olarak 657 sayılı Kanun'un 12'nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında; idareyi zarara uğratan memur tarafından, zararın rayiç bedel üzerinden ödeneceğine ilişkin hüküm de bulunmaktadır. Yine 657 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinin birinci fıkrasında; kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı ilgili kurum aleyhine dava açacakları, kurumun ise genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkının saklı olduğu hüküm altına alınmıştır.

Netice olarak yukarıda açıklanan gerekçeler doğrultusunda kamu zararı, memurun göreve gelmediği söz konusu 10 veya 20 günlük sürelerin sonrasında gelinmeyen her gün için memurun maaşının o günlere tekabül eden tutarı kadar olacak ve faizin de hesaplanmasıyla toplam tutar amirden tahsil edilecektir. Ayrıca 5018 sayılı Kanun'un "*Kamu zararının, bu zarara neden olan kamu görevlisinden veya diğer gerçek*

*ve tüzel kişilerden tahsiline ilişkin usûl ve esaslar, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.*" hükmü uyarınca Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik<sup>40</sup> yayımlanmıştır. Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararlarının tahsiline ilişkin usul ve esaslar, söz konusu Yönetmelikle detaylı bir şekilde belirlenmiştir.

#### **4. Devlet Memurlarının Göreve Gelme Durumlarının Tespitinde ve Gerekli İşlemlerin Başlatılmasında İhmalin TCK Kapsamında Sonuçları**

TCK'nin "Görevi Kötüye Kullanma" suçunu düzenleyen 257'nci maddesinin birinci fıkrasında "*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" hükmü bulunmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise "*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" hükmünü haizdir.

Görüleceği üzere bu hükümler; görevinin gereklerine aykırı hareket etmek veya görevinin gereğini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan veya kişilere haksız menfaat sağlayan kamu görevlilerinin cezalandırılmasını düzenlemektedir. Maddenin ikinci fıkrasında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterme şeklinde görevinin gereklerine aykırı hareket etme eylemine göre daha hafif kusurlu eylem nedeniyle kamu zararının gerçekleşmesine ilişkin yaptırıma yer verilmiş ve bu itibarla birinci fıkraya göre daha düşük taban ve tavan cezaya hükmedilmiştir.

Yerine getirmesi gerekli görevlerin kamu görevi olması dolayısıyla kamu görevlisinin bu görevlerin gereklerine aykırı hareket

---

<sup>40</sup> 19/10/2006 tarihli ve 26324 sayılı R.G.

etmesi veya görevleri geç yapması hâlinde kamu yararına ya hiç ulaşamadığı ya da geç ulaşıldığı için TCK'de görevi kötüye kullanma suçunun düzenlenmesiyle temel olarak kamu yararının korunduğu belirtilebilir<sup>41</sup>. Ayrıca görevi kötüye kullanma suçunun kanuni gerekçesindeki, kamu faaliyetlerinin gerek liyakat gerek eşitlik açısından adalet ilkelerine uygun yürütülmesi hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerektiğine ilişkin açıklamalar ile bu görevlerin gereği gibi yerine getirilmemesinin toplumun kamu idaresine duyduğu güveni sarsacağı dikkate alındığında, bu suçun düzenlenmesiyle bu güven ve inancın da korunmaya çalışıldığı değerlendirilebilir<sup>42</sup>. Bununla birlikte bu düzenlemeyle kamu görevlisinin görevini yaparken kişilere ve kamuya zarar vermesinin önlenmek istendiği de dikkate alındığında, kişilerin ve kamu idaresinin ekonomik varlığı da korunmaktadır<sup>43</sup>.

Devlet memurunun özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün veya izinsiz, mazeretsiz ve kesintisiz 10 gün göreve gelmemesi durumlarında, bir önceki bölümde açıklandığı üzere bu durumu tutanakla tespit etmek suretiyle eylemi gerçekleştiren memurun görevle ilişkisinin kesilmesi için gerekli işlemi başlatmak, amirin görevleri arasında yer almaktadır. Bu itibarla amirin; maiyeti altındaki memurun devam durumunu takip etmemesi ve 10 veya 20 günlük sürelerde devamsızlık gösteren memur hakkında tespit işlemi yapmaması ve gerekli idari işlemleri başlatmaması, görevinin gereğini yerine getirmemesi olarak değerlendirilmektedir.

Bahse konu görevin yerine getirilmemesi durumunda, söz konusu 10 veya 20 günlük süreler sonrasında görevle ilişkisi kesilmeyen ve bu nedenle göreve devam eden memurun sonraki süreçte yine özürsüz bir şekilde göreve devam etmemesi hâlinde kamu zararı oluşacaktır. Zira memura ödenen aylık ücretin, göreve gelinmeyen

<sup>41</sup> Sahir Erman / Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kamu İdaresine Karşı Suçlar (TCK 202-281)*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 154.

<sup>42</sup> Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Caner Yenidünya, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, 12. Bası, Ankara, 2012, s. 278.

<sup>43</sup> Handan Yokuş Sevük, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 39, 2018, s. 262.

günlere tekabül eden kısmı, Devlet için hizmet olarak karşılığı alınamayan bedeli oluşturmakta; dolayısıyla kamu zararını oluşturmaktadır. Bu zarar ise amirin görevini yerine getirmemesi nedeniyle meydana gelmektedir. Nitekim amir görevini yerine getirmiş olsaydı 10 veya 20 günlük devamsızlık neticesinde memurun görevle ilişiği kesilmiş olacağı için 10 veya 20 günlük sürelerden sonraki dönemde devamsızlık yapmış olduğu günler için memura bir ödeme yapılmamış olacaktı.

Böyle bir durumda amirin, TCK madde 257 uyarınca cezalandırılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte amirin sorumluluğunun, bu maddenin birinci ve ikinci fıkralarından hangisinin kapsamında değerlendirilmesi gerektiği de önem arz etmektedir.

Kamu görevlisinin 257'nci maddenin; birinci fıkrasına göre cezalandırılması için "görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi", ikinci fıkrasına göre cezalandırılması için ise "görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstermesi" gerekmektedir. Fail, görevinin gereğine aykırı hareketi icrai bir davranışla gerçekleştirirse birinci fıkrada kapsamında, aksi halde ise ikinci fıkrada kapsamında cezalandırılabilir<sup>44</sup>. Birinci fıkrada yer alan görevi kötüye kullanma suçunda, fiilin icrai nitelikte olması gerektiği hususu açıkça gösterilmemiş olsa da ikinci fıkradaki fiile ilişkin tanımdan bu husus anlaşılmaktadır<sup>45</sup>. İcra-i davranış, failin aktif/etkin bir davranışta bulunmasını gerektirmektedir<sup>46</sup>. Failin görevinin gereklerini yapmaktan ihmal göstermesi hâli ise kendisine tevdi edilmiş olan görevle ilgili

---

<sup>44</sup> Pınar Memiş-Kartal, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2, 2013, s. 1385.

<sup>45</sup> Hasan Balcı, *Yeni Türk Ceza Kanununda İcrai Hareketle Görevi Kötüye Kullanma Suçu (md. 257/1)*, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2010, s. 53.

<sup>46</sup> Hasan Tahsin Gökcan, *Görevi Kötüye Kullanma Zimmet Banka Zimmeti İrtikâp Rüşvet ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 63.

olarak yapması gereken ve yapılması mümkün olan işi yapmamasıdır<sup>47</sup>. Kendisinden beklenen işi yapmama, harekete geçmeme şeklindeki ihmal nedeniyle görevin yerine getirilmemesi söz konusu olmaktadır<sup>48</sup>.

Memurun göreve devam durumunu takip etmeme ve akabinde memur hakkında gerekli idari işlemleri başlatmama, icrai bir davranış niteliğinde değildir. Zira amir buna ilişkin bir icraatta bulunmamaktadır. Söz konusu davranış, görevi yapmakta ihmal gösterme niteliğine sahiptir. Nitekim amir bahse konu görevini, ihmal etmek suretiyle yerine getirmemektedir. Bu itibarla amirin bu davranışı nedeniyle TCK'nin 257'nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca cezalandırılabilmesi değerlendirilmektedir.

İhmal, hukuka aykırı sonucun istenmemesine rağmen sonucun ortaya çıkmasında gerekli özeni göstermemektir<sup>49</sup>. Amir, kontrol görevini yapmayarak veya bu kontrol görevini yapmasına rağmen göreve gelmeyen memur hakkında idari bir işlem başlatmayarak ileride oluşacak kamu zararını istemese dahi bunun oluşumunu engelleyecek işlemleri yapmayarak gerekli özeni göstermemiş olmaktadır.

Burada amirin taksirle değil, kast nedeniyle sorumluluğuna gidilmektedir. TCK madde 21/1'de kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi, şeklinde tanımlanmıştır. Kanun'da açıkça belirtilmese de bu doğrudan kast olarak nitelendirilmektedir. Nitekim TCK madde 21/2'de ayrıca "*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirilebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*" hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla suçun kanunu tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi doğrudan kast; bu unsurların gerçekleştirilebileceğinin öngörülmesine rağmen fiilin işlenmesi durumunda ise olası kast söz konusu olacaktır.

---

<sup>47</sup> Memiş-Kartal, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", s. 1386.

<sup>48</sup> İlhan Üzülmez, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 1, 2012, s. 204.

<sup>49</sup> Halûk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet*, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 48.

Göreve devam etmeyen memurun devamsızlık durumunu takip etmeyen veya takip etmesine rağmen göreviyle ilişkisinin kesilmesine ilişkin gerekli idari işlemleri başlatmayan amir, memurun göreviyle ilişkisi kesilmemesi nedeniyle ileride yine göreve devam etmemesi durumunda bu günler için ücret almaya devam edeceğini bilmektedir. Dolayısıyla amir görevini yerine getirmemesi neticesinde ileride memurun haksız kazanç elde edebileceğini ve kamunun zarara uğrayabileceğini öngörmektedir. Bu itibarla amirin bu davranışında olası kastın varlığı söz konusudur.

Amirin söz konusu görevini yerine getirmediğinin tespiti ise personel giriş ve çıkışlarına ilişkin elektronik kayıt sisteminin mevcut olduğu kurumlarda kolaylıkla yapılabilecektir. Göreve devamlı ilgili herhangi bir şikâyetin yanı sıra denetim veya üst amirin kontrolü neticesinde böyle bir durumun varlığı ortaya koyulduğunda; elektronik kayıtlardan giriş çıkış işlemleri kontrol edilmek suretiyle memurun göreve devam durumu tespit edilebilir. Özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün veya izinsiz, mazeretsiz ve kesintisiz 10 gün göreve gelinmemesi durumunun tespiti karşısında ilgili memur hakkında bir işlem başlatılmamış olduğu durumlar, amirin görevinin gereğini yerine getirmemiş olduğunun tespiti olacaktır. Zira söz konusu durumlarda "Devlet memurluğundan çıkarma" cezası veya "memurluktan çekilme isteğinde bulunulmuş sayılma" şeklindeki yaptırımlara yönelik gerekli işlemlerin başlatılması, bir önceki bölümde açıklandığı üzere amirin görevleri arasında yer almaktadır.

## 5. Sonuç

Devlet memurlarının görevde devamsızlıklarına ilişkin 657 sayılı Kanun'la çeşitli disiplin cezalarının yanı sıra farklı yaptırımlar da düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu yaptırımlardan biri, memurun izinsiz ve mazeretsiz bir şekilde kesintisiz 10 gün görevini terk etmesi durumunda uygulanan memurluktan çekilme isteğinde bulunulmuş sayılmasıdır. Disiplin cezasını gerektiren eylemler arasında yer alan, özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek eylemi ise Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektirmektedir. Devlet memurluğundan çıkarma cezasında memur, bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarılmaktadır.



Dolayısıyla memurluktan çıkarılma cezası ile memurluktan çekilme isteğinde bulunmuş sayılma hallerinin her ikisinde de memurun memurlukla ilişkisi kesilmekle birlikte memurluktan çıkarma cezası, bir daha Devlet memurluğuna atanamama şeklinde dağa ağır bir yaptırım içermektedir. Sonuç olarak memuriyetle ilişkin kesilmesi bakımından her iki yaptırım da göreve gelmeyen memura yönelik uygulanan en ağır yaptırımlardır.

Göreve gelmeyen memura bu yaptırımların uygulanabilmesi için öncelikle memurun göreve gelmediği günler, amiri tarafından tespit edilerek gerekli idari işlemler başlatılmalıdır. Zira 657 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik bu görevi amire vermiştir. Amirin söz konusu görevini yerine getirmemesi durumunda ise mali ve cezai sorumluluğu doğabilecektir.

Amirin buna ilişkin mali sorumluluğu, 5018 sayılı Kanun kapsamında kamu zararı açısından doğabilecektir. Örneğin, amirin bir yılda toplam 20 gün özürsüz göreve gelmeyen maiyeti altındaki memura yönelik bir tespit işlemi yapmayıp Devlet memurluğundan çıkarma cezasına yönelik idari işlemi başlatmaması nedeniyle memur görevinde kalmaya ve maaş almaya devam edecektir. Bundan sonra aynı memurun yine göreve devam etmemesi durumunda her göreve gelmediği gün, memura bu günler için ödenen maaş dikkate alınarak kamu zararı olarak değerlendirilecektir. Zira amir görevini gereği gibi yerine getirmiş ve memur, 20 günlük devamsızlığı neticesinde Devlet memurluğundan çıkarılmış olsaydı göreve gelmeyen diğer günler için memura bir ödeme yapılmayacak ve kamu zararı da oluşmayacaktı.

Amirin; söz konusu görevini yerine getirmemesi ve neticesinde doğan kamu zararı birlikte dikkate alındığında, TCK madde 257'de hüküm altına alınan görevi kötüye kullanma suçu kapsamında cezai sorumluluğu da doğacaktır. Bu sorumluluk ise 257'nci maddenin ikinci fıkrası kapsamında değerlendirilebilecektir. Zira 257'nci maddenin birinci fıkrasına göre kamu görevlisinin cezalandırılması için "*görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi*", ikinci fıkrasına göre cezalandırılması için ise "*görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi*" gerekmektedir. Birinci fıkrada belirtilen görevin gereğine aykırı hareketin söz konusu olması için icrai bir davranışın varlığı

gerekmektedir. Amirin, maiyeti altındaki memurun göreve devam durumunu takip etmemesi, devamsızlığa ilişkin tespit işlemi yapmaması ve memur hakkında gerekli idari işlemleri başlatmaması; icrai değil, ihmali bir davranış örneğini teşkil etmektedir. Bu itibarla amirin bahse konu görevini, ihmal etmek suretiyle yerine getirmediği ve böylece TCK'nin 257'nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca cezalandırılabilmesi değerlendirilmektedir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

## EXTENDED SUMMARY

*Law No. 657 regarding the absence of civil servants from duty includes various disciplinary penalties as well as different sanctions. One of these sanctions is that if the civil servant leaves her duty for 10 consecutive days without permission or excuse, he is considered to have requested to withdraw from civil service. Being absent from duty for a total of 20 days in a year without any excuse, which is among the actions that require disciplinary punishment, requires the penalty of dismissal from civil service. In the penalty of dismissal from civil service, the civil servant is dismissed from the civil service and will not be appointed to the civil service again. Therefore, in both cases although where the civil servant is dismissed from the civil service and the request to withdraw from the civil service is deemed to have been made, the civil servant's relationship with the civil service is terminated, the penalty of dismissal from the civil service includes a heavy sanction in the form of not being able to be appointed to the civil service again. As a result, both sanctions are the heaviest sanctions applied to the civil servant who does not come to duty, in terms of termination of employment.*

*In order to apply these sanctions to the civil servant who does not come to duty, the days when the civil servant does not come to duty must first be determined by his superior and the necessary administrative procedures must be initiated. Because Law No. 657 and the relevant Regulations gave this duty superior. If the superior does not fulfill his duty, financial and criminal liability may arise.*

*The financial liability of the superior in this regard may arise in terms of public damage within the scope of Law No. 5018. For example, since the superior does not make a determination against the civil servant under his command who does not come to duty for a total of 20 days in a year without permission or excuse and does not initiate administrative action for the penalty of dismissal from civil service, the civil servant will continue to remain in office and receive a salary. From now on, if the same civil servant does not continue his duty, each day he does not come to duty will be considered as public loss, taking into account the salary paid to the civil servant for these days. Because if the superior had fulfilled his duty and the civil servant had been dismissed from*

*the civil service as a result of his 20-day absence, no payment would have been made for the other days of absence from duty and no unfair payment would have been made to the civil servant by the State.*

*When the failure of the superior to fulfill his duties and the resulting public loss are taken into consideration, criminal liability will also arise within the scope of the crime of misconduct as stipulated in article 257 of Turkish Penal Code. This responsibility can be evaluated within the scope of the second paragraph of article 257. Because according to the first paragraph of article 257, in order to be punished, a public official must “act contrary to requirements of his duty” and in order to be punished according to the second paragraph, he must “show negligence or delay in performing the requirements of his duty”. In order for there to be an act contrary to the duty specified in the first paragraph, there must be an executive act. From the perspective of the superior not to monitor the attendance status of the civil servant under his command, not to make a determination regarding the absence and not to initiate the necessary administrative procedures against the civil servant constitutes an example of negligent behavior, not executive action. In this respect, it is considered that the superior did not fulfill his duty in question by negligence and thus he can be punished in accordance with the second paragraph of article 257 of the Turkish Penal Code.*

**KISALTMALAR**

Anayasa	:	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
D5D	:	Danıştay 5. Dairesi
D12D	:	Danıştay 12. Dairesi
E.	:	Esas
Ed.	:	Editör
K.	:	Karar
m.	:	Madde
No.	:	Numara
R.G.	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
T.	:	Tarih
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
657 sayılı Kanun	:	Devlet Memurları Kanunu
5018 sayılı Kanun	:	Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu

**KAYNAKÇA**

- AKGEDİK Hasan, *Kamu Zararı Kavramı ve Hukuki Sonuçları*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2022.
- AKGÜNER Tayfun / BERK Kahraman, *İdare Hukuku*, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017.
- AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018
- Anayasa Mahkemesi, "Kararlar Bilgi Bankası", <https://normkararlarbilgi.bankasi.anayasa.gov.tr/ND/2021/85> (Erişim Tarihi: 04/06/2024).
- ARMAĞAN Tuncay, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 1997.
- ARTUK Mehmet Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA Caner, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, 12. Bası, Ankara, 2012.
- AYAN Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- AYKANAT Şuayip, *Kamu Görevlilerinin Mali ve Cezai Sorumlulukları*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004.
- BALCI Hasan, *Yeni Türk Ceza Kanununda İcrai Hareketle Görevi Kötüye Kullanma Suçu (md. 257/1)*, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2010.
- Danıştay Başkanlığı, "Karar Arama", <https://karararama.danistay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 06/06/2024).
- EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.
- ERİŞGİN Nuri, *Medeni Hukuk-II*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2015.ERMAN Sahir / ÖZEK Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kamu İdaresine Karşı Suçlar (TCK 202-281)*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992.

- GEÇGEL Bülent, *Kamusal Denetim Hukukunda Kamu Zararı*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020.
- GÖKCAN Hasan Tahsin, *Görevi Kötüye Kullanma Zimmet Banka Zimmeti İrtikâp Rüşvet ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- GÖKÇE Yasir, "Kamu Zararı Kavramı ve Kamu Zararında Zamanaşımı", *Denetişim*, Yıl: 2014, S. 13, 2016, ss. 55-61.
- GÖZLER Kemal, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008.
- GÜLHAN-SEVİMLİ Sena, *İdare Hukukunda Kamu Zararı*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.
- KAMAN Nur, *Devlet Memurluğunun Sona Ermesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- KAYAR İsmail, *Borçlar Hukuku*, Detay Yayıncılık, Ankara, 2013.
- KIZILKAYA Eyüp, "Kamu Zararı Uygulamalarının Eleştirisi", *Dış Denetim Dergisi*, Yıl 1, S. 1, 2010, ss. 171-177.
- KİREMİTÇİ Orçun, "İdari Yaptırımlar ve İdarenin Yaptırım Düzenleme Yetkisi", *Ombudsman Akademik*, Yıl 9, S. 18, 2023.
- MEMİŞ-KARTAL Pınar, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2, 2013, ss. 1373-1396.
- OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- ORULLUOĞLU Cuma, *Kamu Zararı*, Muhasebat Kontrolörleri Derneği Yayını, No. 31, Ankara, 2012.
- REİSOĞLU Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
- SANCAKDAR Oğuz, *Memur Hukuku (1-8. Bölümler)*, (Ed. Recai Dönmez), Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını, Eskişehir, 2018.

- ŞAHİN Cenk, "Devlet Memurları Kanunu'nun 94. Maddesi Uyarınca "Çekilmiş Sayılma" İşleminin Nitelik ve Koşulları İle Öğretim Elemanları Bakımından Uygulanabilirliğine Yönelik Değerlendirmeler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, S. 4, 2019, ss. 325-361.
- ŞAHİN Ergün, "Kuramda ve Uygulamada İdarenin Tehlike İlkesi Uyarınca Sorumluluğu", *Adalet Dergisi*, Yıl 92, S. 8, Ankara, 2001, ss. 63-75.
- TANDOĞAN Halûk, *Türk Mes'uliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet*, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- TBB, [https://d.barobirlik.org.tr/komisyon/kamuavukatları/202221228\\_elektronikkart.pdf](https://d.barobirlik.org.tr/komisyon/kamuavukatları/202221228_elektronikkart.pdf) (Erişim Tarihi: 07/03/2024).
- TBB, [https://d.barobirlik.org.tr/komisyon/kamuavukatları/mahkeme\\_kararları/Mersin1\\_Idare\\_Mahkemesi\\_Kararı.pdf](https://d.barobirlik.org.tr/komisyon/kamuavukatları/mahkeme_kararları/Mersin1_Idare_Mahkemesi_Kararı.pdf) (Erişim Tarihi: 07/03/2024).
- TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- ULUSOY Ali Dursun, *İdari Yaptırımlar*, 1. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- UYUMAZ Alper, "Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, 2023, ss. 503-546.
- Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı, "Karar Arama", <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 04/06/2024).
- ÜZÜLMEZ İlhan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 1, 2012, ss. 191-216.
- YAYLA Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- YOKUŞ SEVÜK Handan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 39, 2018, ss. 257-316.





## Destekleyici Edimlerde Fırsat Eşitliği ve Damgalama Dengesi: Federal Alman Anayasa Mahkemesinin “Diplomada Disleksi Kaydı” Kararı Işığında Bir İnceleme

### Die Abwägung von Chancengleichheit und Stigmatisierung bei Fördermaßnahmen: Eine Analyse im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum „Legasthenie-Vermerk in den Abiturzeugnissen“

Araş. Gör. Ceren Hilal Günaydın\*

#### ÖZ

*Bu çalışma, destekleyici edimin sınırlarını “Diplomada Disleksi Kaydı Kararı” (Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 22 Kasım 2023 tarihli BvR 2577/15, 1 BvR 2578/15, 1 BvR 2579/15 kararı) ışığında incelemektedir. Destekleyici edimlerin aşırı tazmin sağlaması, fırsat eşitliği ilkesinin yararlanıcı grup dışında kalan bireyler aleyhine bozulmasına yol açabilmektedir. Makalenin amacı, bu durumu önlemek amacıyla alınan ek güvencelerin, yararlanıcı grup üzerinde damgalama yaratmadan uygulanması gerekliliği bağlamında ortaya çıkan denge sorununu ele almaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Ayrımcılık yasağı, destekleyici edim, özel önlem, fırsat eşitliği, aşırı tazmin*

\* Türk-Alman Üniversitesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Sosyal Bilimler Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, (cerenhilalgunaydin@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0001-6111-4894.



## The Balance Between Equality of Opportunity and Stigmatisation in Affirmative Actions: An Analysis in the light of “Dyslexia-Remark in Graduation Diplomas” Decision of the German Federal Constitutional Court

### ABSTRACT

*This study examines the limits of affirmative action in light of the “Decision on Dyslexia Remark in Graduation Diplomas” (the decision of the German Federal Constitutional Court BvR 2577/15, 1 BvR 2578/15, 1 BvR 2579/15, dated 22 November 2023). The over-compensation that may result from the implementation of affirmative action measures could potentially to the compromise of the principle of equality of opportunity for individuals outside the beneficiary group. This article aims to explore the balancing challenge involved in applying necessary additional safeguards while avoiding the stigmatization of the beneficiary group.*

**Keywords:** *Prohibition of discrimination, affirmative actions, special measures, equality of opportunities, over-compensation*

### GİRİŞ

Günümüzde, fiilî eşitliğin sağlanması, ayrımcılık yasağının uygulanmasıyla sınırlı kalan politikaların ötesine geçen önlemlerin alınmasını gerektirdiği kabul edilmektedir.<sup>1</sup> Bu doğrultuda, destekleyici edimler, fiilî eşitliğin sağlanması, kaynakların adil biçimde yeniden dağıtılması ve belirli grupların toplumsal, ekonomik ya da siyasal alandaki dezavantajlarının ortadan kaldırılması gibi amaçlarla başvurulan ayrımcılık karşıtı hukukun önemli araçlarından biridir.

---

<sup>1</sup> Adeno Addis, “Special Temporary Measures and the Norm of Equality”, M. Ambrus and R.A. Wessel (Ed.), *Netherlands Yearbook of International Law 2014: Between Pragmatism and Predictability: Temporariness in International Law (Netherlands Yearbook of International Law Vol. 45)*, T.M.C. Asser Press, Lahey, 2015, s. 326.

Yeterli güvencelerle uygulanmayan bir destekleyici edim, aşırı tazmin sağlayarak avantajlı durumda bulunan grubun ayrımcılığa uğramama hakkını ihlal edebileceği gibi, lehine güvence getirdiği dezavantajlı grubun haklarını da ihlal edebilir. Destekleyici edimin damgalamaya yol açması ya da paternalist bir yaklaşımın ürünü olması, ayrımcılığı yeniden üreterek “yararlanıcı grubun” (*beneficiary group*) dezavantajlı durumunu pekiştirebilir. Böyle bir destekleyici edimin uygulama alanının farklı gruplara genişletilmesi, “aşağıya doğru eşitleme” (*equalizing down, levelling down*) teşkil edecektir. Dolayısıyla, geçmişten gelen ayrımcılığı ve dezavantajlı durumu ortadan kaldırmayı amaçlayan destekleyici edimin kendisi de ayrımcılığa yol açabilmektedir.

Destekleyici edimin aşırı tazmin sağlayarak yararlanıcı grup dışındaki bireylerin fırsat eşitliğini ihlal etme riski, uygulamada ek güvenceler öngörülerek giderilmeye çalışılmaktadır. Ancak “başkalarının haklarını korumak” için getirilen bu güvenceler, yararlanıcı grup bakımından damgalama ve dolayısıyla, ters etki yaratabilir. Başka bir deyişle, ek güvenceler, destekleyici edimle sağlanması amaçlanan yararın geri alınmasına sebep olabilir. Diğerlerinin fırsat eşitliği, yararlanıcı grubun damgalanmasına neden olmayacak şekilde güvence altına alınmalıdır. Destekleyici edimleri bunu sağlayacak şekilde tasarlamak, hassas bir dengeyi gerektirir. Bu denge sorunu, çalışmada Federal Alman Anayasa Mahkemesinin (“FAYM”) 22 Kasım 2023 tarihli BvR 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15 kararı ışığında incelenecektir.

Çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, bahsi geçen karar özetlenerek kararda ön plana çıkan temel sorunlar ortaya koyulmaya çalışılacaktır. İkinci bölümde, destekleyici edim kavramı, bu kavrama ilişkin çeşitli yaklaşımlarla birlikte genel olarak ele alınacaktır. Üçüncü bölümde ise, destekleyici edimin sınırları ilgili kararın analizi bağlamında tartışılacaktır.

## **1. Diplomada Disleksi Kaydı Kararı: Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 22 Kasım 2023 tarihli 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15 Kararı**

FAYM'nin 22 Kasım 2023 tarihli BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15 kararı; *Abitur*<sup>2</sup> sınavını başarıyla geçen, disleksi<sup>3</sup> tanılı lise öğrencilerinin okuma yazma becerilerine ilişkin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin uygulamanın, diplomalarında belirtilmesini konu edinmektedir. Başvurucuların diplomalarında, yazım performanslarının disleksi tanuları nedeniyle değerlendirmeye konu edilmediği açıkça kaydedilmiştir: *“Uzman bir doktor tarafından tespit edilen disleksi nedeniyle yazım performansı değerlendirmeye alınmamıştır”*. Başvurucular diplomalarında disleksi kaydına yer verilmesinin, değerlendirme dışı bırakma yoluyla sağlanan fırsat eşitliğini kısmen geri aldığını ve iş hayatında diğer bireylerle eşit yarış imkânlarına sahip olmalarını engellediğini ileri sürmektedir.<sup>4</sup> Bu nedenle başvurucular, genel kişilik hakları (GG md. 2/1)<sup>5</sup> ve meslek özgürlüğüyle (GG md. 12/1)<sup>6</sup> bağlantılı

---

<sup>2</sup> Almanya'da uygulanan lise bitirme sınavına verilen addır.

<sup>3</sup> Disleksi, “özel öğrenme güçlüğü” olarak da adlandırılmaktadır. Amerikan Psikiyatri Birliği tarafından yayımlanan Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve İstatistiksel El Kitabı – 5 (DSM-5)'e göre, gerekli müdahalelere rağmen en az 6 ay boyunca devam eden akademik becerileri öğrenme ve kullanma güçlüğüdür. Disleksi tanımlayan belirtiler kelimeleri yanlış, yavaş ya da çaba sarf ederek okuma, okunanları anlamakta, hecelemede, yazılı ifadede güçlük çekme, hesaplamada ve matematiksel muhakemede zorlanmadır. Bireyin öğrenme güçlüğünden etkilenen akademik becerileri, yaşına göre beklenen düzeyin altındadır ve bu durum, akademik ya da mesleki performans veya günlük yaşam faaliyetlerini önemli ölçüde engellemektedir. Bkz. American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – 5 (5. Baskı)*, American Psychiatric Association Publishing, Washington DC, 2013, s. 66-67.

<sup>4</sup> Başvurucular tarafından ileri sürülen ve başvuruya konu temel iddialar doğrultusunda bu çalışmada söz konusu karar, “Diplomada Disleksi Kaydı Kararı” olarak anılacaktır.

<sup>5</sup> *“Herkes başkalarının hakkını zedeledikçe, Anayasaya uygun düzene ve ahlâk yasalarına aykırı davranmadıkça kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir (Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die*

olarak fırsat eşitliği ilkesinin ve ayrımcılık yasağının (GG md. 3/1 ve md. 3/3)<sup>7</sup> ihlal edildiğini iddia etmektedirler.<sup>8</sup>

Alman Anayasası'nda (GG) genel kişilik hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 8'inci maddesinde düzenlenen özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkıyla belirli ölçüde kesişmektedir.<sup>9</sup> Ancak "genel hareket özgürlüğü" (*die allgemeine Handlungsfreiheit*) kapsamında korunan menfaatlerin tamamı, İHAS md. 8 kapsamında koruma altına alınmamaktadır.<sup>10</sup> Bu nedenle, GG md. 2/1 hükmünün, İHAS md. 8'e göre daha geniş bir koruma sağladığı kabul edilmektedir. Bireylerin kamuoyuna kendilerini nasıl sunacaklarına kara verme hakkı (*das Recht auf Darstellung der eigenen Person*)<sup>11</sup> ve kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkı (*das Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) genel kişilik hakkı kapsamında korunmaktadır.<sup>12</sup> Kişilerin sağlık ve

---

*Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*)".

<sup>6</sup> "Her Alman mesleğini, iş ve eğitim yerlerini serbestçe seçme hakkına sahiptir. Mesleğin icrası, kanunla ya da bir kanuna dayanarak düzenlenebilir (*Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden*)".

<sup>7</sup> "Hiç kimse cinsiyeti, soyu, ırkı, dili, milliyeti, kökeni, inancı, dini veya siyasi görüşleri dolayısıyla ayrımcılığa uğratılamaz ve bu temellere dayalı olarak kimseye imtiyaz tanınmaz. Hiç kimseye engeli nedeniyle ayrımcılık yapılamaz (*Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benach- teiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden*)".

<sup>8</sup> FAYM, 1 BvR 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, 22.11.2023, para. 9-12.

<sup>9</sup> Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle, "Art. 2 Abs. 1", *Grundgesetz Band 1 Präambel Art. 1-19: Kommentar (8. Baskı)*, Verlag C.H. Beck, München, 2024, n. 8; Jarass/Pieroth, "Art. 2", *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, (17. Baskı)*, Verlag C.H. Beck, München, 2022, n. 39.

<sup>10</sup> Huber/Voßkuhle, "Art. 2 Abs. 1", n. 8; Jarass/Pieroth, "Art. 2" n. 39.

<sup>11</sup> Jarass/Pieroth, "Art. 2", n. 43.

<sup>12</sup> Huber/Voßkuhle, "Art. 2 Abs. 1", Rn. 284; Jarass/Pieroth, "Art. 2", n. 40.

engel durumlarına ilişkin verilerin işlenmesi bu hakka müdahale teşkil etmektedir.<sup>13</sup>

Meslek özgürlüğü (GG md. 12/1), bireylerin kendilerine uygun olduğunu düşündüğü her türlü faaliyeti meslek olarak seçme ve yaşamlarını bu meslek üzerine inşa etme kapsamaktadır.<sup>14</sup> “meslek seçme” (*Berufswahlfreiheit*), “iş yeri seçme” (*Arbeitsplatzfreiheit*), “eğitim kurumu seçme” (*Ausbildungsstättenwahlfreiheit*), “mesleğini icra etme” (*Berufsausübungsfreiheit*) özgürlükleri de GG md. 12/1 bu düzenleme ile güvence altına alınmaktadır.<sup>15</sup> Meslek özgürlüğü, yalnızca bireylerin dış etkenlerden bağımsız olarak hangi mesleği icra edeceğine karar verebilmelerini değil,<sup>16</sup> aynı zamanda istediği mesleği elde etme fırsatlarını arttıran olanakların sağlanmasını, başka bir deyişle mesleklerini seçerken karışılacakları engellerin kaldırılmasını da güvence altına almaktadır.<sup>17</sup>

Başvuruda genel kişilik hakkı ve meslek özgürlüğüyle bağlantılı olarak ihlal edildiği ileri sürülen ayrımcılık yasağı, Alman Anayasası’nda engelli bireylere lehine özel bir güvence içermektedir. GG md. 3 f. 2’nin ikinci cümlesi, ilk cümlenin aksine, ayrıcalıklı muamele yasağını içermemektedir. Dolayısıyla bu hüküm kapsamında engelli bireyler lehine destekleyici edimlere izin verildiği kabul edilmektedir.<sup>18</sup> Ancak, bu edimlerin fiilî eşitliği sağlamak ve geçmişten gelen dezavantajları ortadan kaldırmak amacıyla tasarlanması, ayrıca damgalama yaratmaması gerektiği özellikle vurgulanmaktadır.<sup>19</sup>

Alman Anayasası’nın 3’üncü maddesinin 1’inci fıkrası, kanun önünde eşitlik ilkesini düzenlemekte ve aynı durumdaki kişilere farklı muameleyi yasaklamaktadır.<sup>20</sup> Farklı durumdaki kişilere aynı muamelenin de bu düzenleme kapsamında yasaklandığı kabul

<sup>13</sup> Jarass/Pieroth, “Art. 2”, Rn. 48; n. 59.

<sup>14</sup> Jarass/Pieroth, “Art. 12”, n. 13.

<sup>15</sup> Huber/Voßkuhle, “Art. 12 Abs. 1”, n. 2.

<sup>16</sup> Huber/Voßkuhle, “Art. 12 Abs. 1”, n. 51.

<sup>17</sup> Huber/Voßkuhle, “Art. 12 Abs. 1”, n. 51.

<sup>18</sup> Huber/Voßkuhle, “Art. 3 Abs. 3”, n. 423.

<sup>19</sup> Huber/Voßkuhle, “Art. 3 Abs. 3”, n. 423.

<sup>20</sup> “Herkes kanun önünde eşittir (Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich).”

edilmektedir.<sup>21</sup> Bu hüküm, fiilî eşitsizliklerin giderilmesi için doğrudan bir yükümlülük getirmemekle birlikte, diğer anayasal haklarla birlikte yorumlandığında kapsamlı fırsat eşitliği taleplerine dayanak olabilecek bir çerçeve sunmaktadır.<sup>22</sup> Bu düzenleme ışığında, devlet sınavlarında ve devlet eğitim sisteminde fırsat eşitliği ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir.<sup>23</sup> Sınav koşullarında fırsat eşitliği, sınavlara katılan kişilere benzer koşullar altında performanslarını gerçekleştirme imkânının sağlanması anlaşılmaktadır.<sup>24</sup> Yalnızca dış sınav koşulları değil, performans değerlendirme süreçlerinin de kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak tasarlanması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>25</sup> Bu doğrultuda, devlet sınavlarında fırsat eşitliğinin sağlanabilmesi için sınav sürecindeki dezavantajların giderilmesi gerekmektedir.<sup>26</sup> Ancak, bu bağlamda yalnızca fiziksel engellerden kaynaklanan dezavantajların telafi edilmesi gerektiği, buna karşın bireylerin doğal kapasitelerinden kaynaklanan farklılıkların yarattığı dezavantajlı durumun telafi edilemeyeceği kabul edilmektedir.<sup>27</sup>

FAYM, kararında disleksinin Anayasa'da açıkça sayılan ayrımcılık temelleri yer arasında alan "engellilik" olarak kabul edilmesi gerektiğini belirterek, başvuruçuların birden fazla grupla karşılaştırılabilir durumda olduğunu tespit etmiştir: (i) Yazım becerileri değerlendirmeye konu edilen öğrenciler; (ii) engellilik durumları nedeniyle bazı derslerden muaf tutulan, ancak bu muafiyetleri diplomalarında açıklanmayan engelli öğrenciler; (iii) öğretmenlerin takdir yetkisini kullanarak çeşitli sebeplerle heceleme performansı değerlendirmeye alınmayan, ancak diplomalarında muafiyete ilişkin herhangi bir kayıt yer almayan öğrenciler.

Bu doğrultuda Mahkeme, talepleri üzerine muafiyetten yararlanan ve diplomalarında disleksi kaydı yer alan öğrencilerin diğer

<sup>21</sup> Jarass/Pieroth, "Art. 3", n. 10-12.

<sup>22</sup> Jarass/Pieroth, "Art. 3", n. 16.

<sup>23</sup> Huber/Voßkuhle, "Art. 3 Abs. 1", n. 263; Jarass/Pieroth, "Art. 3", Rn. 92.

<sup>24</sup> Huber/Voßkuhle, "Art. 3 Abs. 1", n. 263; Jarass/Pieroth, "Art. 3", Rn. 92.

<sup>25</sup> Huber/Voßkuhle, "Art. 3 Abs. 1", n. 265.

<sup>26</sup> Huber/Voßkuhle, "Art. 3 Abs. 1", n. 265.

<sup>27</sup> Huber/Voßkuhle, "Art. 3 Abs. 1", n. 265.



öğrenci gruplarına kıyasla ayrımcılık yaratan farklı bir muameleye uğrayıp uğramadığını incelemiştir. Mahkeme, disleksili öğrencilerin okuma yazma becerilerine ilişkin performans değerlendirmesinden muaf tutulmalarının bir destekleyici edim olduğunu ve muafiyete ilişkin öğrencilerin diplomalarında yer alan açıklamaların, destekleyici edimin engellilikten kaynaklanan dezavantajları giderme etkisini zayıflattığını kabul etmiştir.<sup>28</sup> Ancak bu etkiyi yaratan disleksi açıklamalarının, destekleyici edimi tamamlamak için gerekli olduğuna kanaat getirilmiştir.

FAYM, disleksi kaydının başvuruçuların iş başvurularında başarı şansını azaltabileceğini kabul etse de ilk gruba (yazım becerileri değerlendirmeye konu edilen öğrenciler) kıyasla disleksili öğrencilere yapılan farklı muameleyi, *“eğitimde ve istihdamda fırsat eşitliğinin sağlanması”*<sup>29</sup> ile diploma şeffaflığının ve karşılaştırılabilirliğinin güvence altına alınması meşru amaçları nedeniyle haklı bulmuştur.<sup>30</sup> Mahkeme, standart bir değerlendirmenin ve objektif olarak karşılaştırılabilir diplomaların sosyal devlet anlayışının bir gereği olduğunu vurgulamıştır.<sup>31</sup>

Muafiyet durumunun şeffaf bir şekilde diplomaya yansıtılmaması, notların karşılaştırılabilir olduğu yönünde yanıltıcı bir izlenim yaratarak fırsat eşitliğine zarar verebilecektir. Bu nedenle,

<sup>28</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 91.

<sup>29</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 92. Mahkeme, eğitime ve istihdama erişim hakkını ya da devletin bunu sağlama yükümlülüğünü, bütün okul rejiminin devletin denetimi altında olduğunu düzenleyen Alman Anayasası'nın 7'nci maddesiyle bağlantılı olarak yorumladığı meslek özgürlüğü ve ayrımcılık yasağını öngören anayasal hükümlerine dayandırmaktadır.

<sup>30</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 93-112.

<sup>31</sup> Bu kapsamda diplomaların karşılaştırma işlevini yitirmesi hâlinde, özel eğitim merkezleri ve işverenler tarafından düzenlenen sınavların devlet eğitiminin yerini alacağı belirtilmiştir. FAYM, bu durumun gerekli maddi imkânlarla sahip olan kişilerin bu özel kurumların sınavlarına daha iyi hazırlanabilmelerine yol açarak iş hayatında ekonomik gücü olanların avantaj sağlanmasıyla sonuçlanacağını vurgulamıştır. Bkz. 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 77; para. 107.

notların mezun öğrencilerin akademik yeterliliklerini kanıtlama değerinin korunması, eğitim ve istihdama eşit erişimin sağlanması için muaf olunan becerilere<sup>32</sup> ve muafiyetin nedenine ilişkin açıklamalar gerekli görülmüştür.<sup>33</sup> Nihayetinde, FAYM, diplomanın şeffaflığına ilişkin kamu yararının, *Abitur* sınavında engellilikten kaynaklanan dezavantajların önlenmesi menfaatine ağır bastığına ve ayrımcılık teşkil etmediğine kanaat getirmiştir.<sup>34</sup>

Mahkeme, ayrıca, başka engeller ya da öğretmenlerin kullandığı takdir yetkisi sonucunda belirli alanlardaki performans değerlendirmelerinden muaf tutulan öğrencilerin diplomalarında muafiyete ilişkin bir kaydın yer almadığını kaydetmiştir. Bu öğrencilerin disleksili öğrencilerle benzer muafiyetlerden yararlanmalarına rağmen diplomalarında konuya ilişkin bir açıklamanın bulunmamasının diplomanın şeffaflığı ve notların karşılaştırılabilirliğini zedelediğine, dolayısıyla ayrımcılık teşkil ettiğine karar verilmiştir.<sup>35</sup> Mahkeme, eğitime ve istihdama eşit erişimin ancak yararlanan muafiyetlerin öğrencilerin diplomalarında da yer almasıyla sağlanacağına kanaat getirmiştir.<sup>36</sup> Bu doğrultuda çeşitli nedenlerle performans değerlendirmesinden muaf tutulan diğer öğrenciler bakımından da diplomada muafiyete ilişkin bir kayda yer verilmesine hükmedilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında kararda ön plana çıkan sorunlar kısaca şu şekilde özetlenebilir: (i) Eğitimde ve istihdamda fırsat eşitliği ile diplomanın şeffaflığı ve karşılaştırılabilirliği açısından disleksi kaydının önemi, gerekliliği ve uygunluğu, (ii) benzer bir destekleyici edimden yararlanan diğer engelli öğrencilerin diplomasında herhangi bir kaydın

---

<sup>32</sup> Yazım becerilerine ilişkin performansın yükseköğretime giriş yeterliliği bakımından değerlendirmeye konu edilmesi, gelişen teknolojiyle imla hatalarının düzeltilmesine ilişkin programların yaygınlaşmasına rağmen sorunsuz iletişim ve kelimelerin bütünsel olarak anlaşılması için gerekli görülmüştür. Bkz. 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 94.

<sup>33</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 111.

<sup>34</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 109.

<sup>35</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 114-116; 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 117.

<sup>36</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 114.

yer almaması nedeniyle Mahkemenin bu uygulamayı tüm engelli öğrencilere genişletmesi.

Bu doğrultuda karar ışığında destekleyici edimin sınırlarına ilişkin aşağıdaki sorular cevaplanmaya çalışılacaktır: (i) Fırsat eşitliğinin, destekleyici edimden yararlanmayacak olanlar aleyhine bozulmaması için alınan güvenceler, bu edimle sağlanmak istenen amacın geri alınmasına yol açabilir mi; (ii) bu tür bir güvencenin diğer dezavantajlı gruplara genişletilmesi “aşağıya doğru eşitleme” teşkil etmez mi?

## 2. Destekleyici Edim Kavramı

Destekleyici edim kavramını incelemeyen önce, çalışmadaki bu kavramsal tercihin nedenini açıklamak gerekmektedir. Kavram, farklı hukuk düzenlerinde “pozitif ayrımcılık” (*positive discrimination*),<sup>37</sup> “tersine ayrımcılık” (*reverse discrimination*),<sup>38</sup> “olumlu önlem” (*positive measures*),<sup>39</sup> “özel önlem” (*special measures*), “iyileştirici önlem” (*remedial measures*) gibi farklı adlandırmalarla anılabilmektedir.<sup>40</sup> Ancak bu önlemleri ifade etmek için üzerinde uzlaşmış bir kavram

<sup>37</sup> Bu kavramın “*contradictio in terminis*” teşkil ettiği ve bu nedenle tercih edilmemesi gerektiğine ilişkin bkz. Marc Bossuyt, E/CN.4/Sub.2/2002/21, BM İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması Alt Komisyonu, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi, 17.06.2002, n. 5.

<sup>38</sup> Bu kavramın kullanımının da en az pozitif ayrımcılık kadar hatalı olduğuna ilişkin bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, " Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasası ve Eşitlik İlkesi Bağlamında ‘Özel Önlemler’, ‘Geçici Özel Önlemler’, ‘Pozitif Edim’ ve ‘Destekleyici Edim’ ", Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoglu’na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 137.

<sup>39</sup> “Olumlu eylem” kavramını tercih eden ülkelerin genellikle uygulamalarını ABD’ninkilerle ilişkilendirmek istediğine Kuzey İrlanda, Fiji ve Güney Afrika’da durumun böyle olduğuna ilişkin bkz. Christopher McCrudden, “Comparative Taxonomy of ‘Positive Action’ and ‘Affirmative Action’ Policies”, R. Schulze (Ed.), Non-Discrimination in European Private Law, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, s. 158.

<sup>40</sup> Elvira Dominguez-Redonda, Erica Howard, Narciso Leandro Xavier Baez (Ed.), *Affirmative Action and the Law: Efficacy of National and International Approaches*, Routledge, Abingdon, 2021, s. 5; Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 324; Gemalmaz, s. 132.

bulunmamaktadır. Uluslararası insan hakları hukukunda bu kavramlar arasında tutarlı ve istikrarlı bir tercih yapılmamıştır.<sup>41</sup>

FAYM, karara konu önlemi açıklamak için orijinal karar metninde “Fördermaßnahme”, İngilizce çevirisinde “support measure”<sup>42</sup> kavramını tercih etmektedir. Çalışmada, karardaki bu terminolojik tercihe sadık kalınarak “destekleyici edim” (*affirmative action*) kavramına başvurulacaktır. Bu kavramsal tercih, ayrıca, bu uygulamaların ilk kez Amerika Birleşik Devletleri’nde eğitim alanındaki ırksal politikalar kapsamında destekleyici edim kavramı ile ifade edilmiş olmasıyla da açıklanabilir.<sup>43</sup>

### A. Destekleyici Edimin Tanımı ve Özellikleri

Destekleyici edim, dezavantajlı konumdaki veya kamusal alandan dışlanmış hedef grupların durumlarını çeşitli yönlerden iyileştirmeyi amaçlayan bir dizi önlem olarak tanımlanmaktadır.<sup>44</sup> “Toplumsal veya ekonomik olarak dezavantajlı veya geçmişte ya da günümüzde

<sup>41</sup> Bkz. Leyla Denisa Obreja, *The Relationship Between Affirmative Action and Equality In The International Human Rights System: A Compatibility Test*, Lund Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 8-9. Bu konudaki detaylı tartışmalar için bkz. Gemalmaz, 2010.

<sup>42</sup> FAYM resmî web sitesinde yayımladığı İngilizce karar çevirisinde “support measure” ifadesini tercih etmiştir. Nitekim orijinal karar metninde yer alan “Fördermaßnahme” ifadesinin Almanca karşılığı da budur. Çevrim içi olarak bkz. [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2023/11/rs20231122\\_1bvr257715en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2023/11/rs20231122_1bvr257715en.html). Erişim Tarihi: 20.08.2024.

<sup>43</sup> Bu konuda Supreme Court önüne gelen ilk dava, Regents of the University of California v. Bakke’dir (438 U.S. 265, 28.06.1978). Kavramın tarihçesi için daha detaylı açıklamalar için bkz. Terry H. Anderson, *The Pursuit of Fairness: a History of Affirmative Action*. Oxford University Press, New York 2004; U.S. Commission on Civil Rights. *Affirmative Action in American Law Schools*, Briefing Report, Washington DC, 2007, <https://www.usccr.gov/pubs/docs/AALSreport.pdf>. Erişim Tarihi: 20.08.2024.

<sup>44</sup> Panos Kapotas, *Positive Action as a Means to Achieve Full and Effective Equality in Europe*, Law Department of the London School of Economics, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kasım 2009, s. 25; Karan, s. 325.

*ayrımcılığa, dezavantaja maruz kalan grupların üyeleri bakımından tam ve etkili bir eşitliğin hayata geçirilmesi amacıyla yönelik orantılı önlemler*” olarak da ifade edilebilir.<sup>45</sup> Bu önlemlerin, hedef grubun üyeleri bakımından yeniden dağıtıcı/paylaştırmacı, onarıcı ve iyileştirici işlevleri bulunmaktadır.<sup>46</sup>

Destekleyici edim kavramının ve hedef grubu belirleme ölçütlerinin daha iyi anlaşılabilmesi için “dezavantaj” kavramı üzerinde durulması gerekmektedir. Bu kavramın ne anlama geldiği konusunda ayrımcılık yasağı hukukunda bir uzlaşma bulunmamaktadır.<sup>47</sup> Dezavantajlar toplumsal, ekonomik, siyasi, kültürel ve sair alanlarda ortaya çıkabilir. Bu dezavantajlı durumlar, geçmişten gelen eşitsizlikten kaynaklanabileceği gibi, doğal afetler veya biyolojik nedenler gibi müdahale edilmesi ya da değiştirilmesi mümkün olmayan özelliklerden kaynaklanabilir.<sup>48</sup> Destekleyici edimler, grup aidiyeti nedeniyle hayatın çeşitli alanlarında dezavantajlı durumda olan kişilerin durumunu iyileştirmeye yöneliktir. Bu bağlamda, destekleyici edimle ortadan kaldırılması amaçlanan dezavantajların kalıcı (*abiding*), yaygın (*pervasive*) ve ciddi (*substantial*) nitelikte olması gerekmektedir.<sup>49</sup>

Destekleyici edimler, “geçici” olabileceği gibi, destekleyici edimi gerekli kılan koşullar kalıcıysa “sürekli” nitelikte de olabilir.<sup>50</sup> Örneğin, fiziksel ya da zihinsel bir engel durumu ve bu duruma dayalı belirli alanlarda kısıtlamalar söz konusuysa bu dezavantajın giderilmesi, sürekli nitelikte destekleyici edimi gerektirebilir.<sup>51</sup> Öte yandan, dezavantajlı durumun kaynağının toplumsal ön yargılar ya da hâkim gruba göre inşa edilmiş, uyumlaştırılmamış kurumlar olduğunda,

---

<sup>45</sup> Karan, s. 324-325.

<sup>46</sup> Tarunabh Khaitan, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 278.

<sup>47</sup> Khaitan, s. 34.

<sup>48</sup> Khaitan, s. 34.

<sup>49</sup> Khaitan, s. 35-36.

<sup>50</sup> Özel önlemlerin sadece geçici nitelikte olmayacağına ilişkin bkz. Gemalmaz, s. 131-132.

<sup>51</sup> Karan, hamile kadınlar veya engelli kişiler için öngörülen bu tür süresiz önlemleri “koruyucu önlemler” olarak adlandırmıştır. Bkz. Karan, s. 347.

destekleyici edimler zamansal açıdan geçici nitelikte tasarlanmaktadır.<sup>52</sup> Geçici nitelikteki destekleyici edimler, hâkim ya da başka bir deyişle avantajlı grupla dezavantajlı grubun durumu eşitleninceye kadar devam eder. Ancak her iki tarafın durumunun da hâkim grubun sahip olduğu bir haktan ya da ayrıcalıktan mahrum bırakılması ile eşitlenmesi, “aşağıya doğru eşitleme” teşkil edeceği için bu tür muameleler ayrımcılık yasağını ihlal edecektir.<sup>53</sup>

### B. Destekleyici Edim ve Ayrımcılık Yasağı İlişkisi

Destekleyici edim bağımsız bir hak oluşturmaz; eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelerinin hayata geçirilmesi için tamamlayıcı bir hukuki araç olarak nitelendirilebilir.<sup>54</sup> Destekleyici edim ya da özel önlem kapsamındaki bir “öncelik tanıma ya da tercihte bulunma”, fiilî eşitsizliği ortadan kaldırmak amacıyla uygulandıkları (meşru bir amaç taşıdıkları) ve orantılı oldukları müddetçe ayrımcılık olarak değerlendirilmemektedir.<sup>55</sup>

Destekleyici edimlerin ayrımcılık teşkil etmeyeceği uluslararası insan hakları mevzuatında ve ulusal mevzuatlarda açıkça düzenlense de bu kapsamdaki bir farklı muamele, ayrımcılık yasağı denetimine tabidir.<sup>56</sup> Destekleyici edimler, genellikle kişinin kendi kontrolünde olmayan, değişmez nitelikte bir özelliğe sahip ya da tarihsel ve yaygın olarak ayrımcılığa uğrayan gruplar lehine tasarlanmaktadır. Ancak, geleneksel olarak ayrımcılığa uğramış bir gruba yönelik farklı muamele bakımından söz konusu gruba karşılık gelen ayrımcılık temeli, “şüpheli” olarak sınıflandırılmaktadır.<sup>57</sup> Örneğin, Alman Anayasası'nın 3'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında açıkça sayılan ayrımcılık yasağı temelleri (cinsiyet, soy, ırk, dil, milliyet, köken, inanç, din veya siyasi görüş), bunun yanı sıra Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda sayılan cinsel

<sup>52</sup> Özel önlemlerin yerine getirmesi gereken şartlardan birinin geçici nitelikte olması olduğuna ilişkin bkz. Addis, s. 318.

<sup>53</sup> Khaitan, s. 218.

<sup>54</sup> Obreja, s. 53.

<sup>55</sup> Karan, s. 323; Obreja, s. 47.

<sup>56</sup> Addis, s. 285.

<sup>57</sup> Karan, s. 158.

yönelim, yaş, ten rengi, genetik özellikler ve ulusal bir azınlığa mensup olma temelleri şüpheli ayrımcılık temeli olarak kabul edilmektedir.<sup>58</sup> Şüpheli ayrımcılık temellerine dayanan destekleyici edimlerin, hedef grubun lehine olup olmadığına bakılmaksızın “katı inceleme testinin” (*strict scrutiny test*) uygulanması gerektiği kabul edilir.<sup>59</sup> Bu durumda, ayrımcılık yasağına ilişkin inceleme yöntemi değişmeyecek; yalnızca incelemenin yoğunluğu artacaktır.<sup>60</sup> İncelemeye konu muamele şüpheli temele dayanıyorsa, “nesnel ve makul bir gerekçe sunma gerekliliği” mümkün olan en katı biçimde yorumlanacak ve muamelenin haklı kılınması zorlaşacaktır.<sup>61</sup> Bu nedenle destekleyici edim politikalarıyla gerçekleştirilen yeniden dağıtım, lehine ayrıcalık getirdiği hedef grubun dezavantajlı durumunu ortadan kaldırmayı amaçlamalı ve yalnızca bu amacı yerine getirecek ölçüde uygulanmalıdır.

Destekleyici edimler geçmişten gelen adaletsizliklerin telafisi ve tazmini, toplumsal ya da yapısal ayrımcılığın ortadan kaldırılması, çeşitliliğin ya da orantılı grup temsilinin sağlanması, çeşitliliğin sağladığı fayda ile iş ve eğitim hayatında daha verimli bir ortam oluşturulması gibi amaçlarla gerekçelendirilebilmektedir.<sup>62</sup> Bu amaçlar, genel nitelikte olup belirli bir alanda ön plana çıkan ya da özel bir adaletsizliğe özgülenmemektedir.<sup>63</sup> Öngörülen hedefle orantılı olarak tasarlanmayan destekleyici edimler, daha önce dezavantajlı durumda olan yararlanıcı grup lehine aşırı tazmin getirebilecek bazı ayrıcalıkların ortaya çıkmasına yol açabilir.<sup>64</sup>

---

<sup>58</sup> Jarass/Pieroth, “Art. 3”, Rn. 26.

<sup>59</sup> Jarass/Pieroth, “Art. 3”, n. 25; Larry Alexander, “Affirmative Action and Legislative Purpose: Jed Rubenfeld, ‘Affirmative Action’, 107 Yale L.J. 427 (1997).” *The Yale Law Journal* 107, 8. Cilt, 1998, s. 435-437.

<sup>60</sup> Karan, s. 158-159.

<sup>61</sup> Karan, s. 158-159.

<sup>62</sup> Bossuyt, n. 17-39; Sandra Fredman, *Discrimination Law (2. Baskı)*, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 360.

<sup>63</sup> Addis, s. 326.

<sup>64</sup> Karan, s. 346.

Ayrımcılık oluşturmayan farklı muameleler, diğer temel hak ve özgürlüklerle uyumlu şekilde tanınmalıdır.<sup>65</sup> Ayrımcılık yasağı, ırk, etnik köken, cinsiyet gibi temellerin karar alma süreçlerinde belirleyici olmasını yasaklar. Ancak bu temellere dayalı her ayırım, ayrımcılık teşkil etmez.<sup>66</sup> Belirleyici olan, ayırımın dayandığı temelle hak arasındaki ilişki veya bağlantıdır.<sup>67</sup> Hatta bazı durumlarda aynı durumdaki kişilere farklı muamele veya farklı durumdaki kişilere aynı muamele eşit sonuçlara ulaşmak için zorunlu bile olabilir.<sup>68</sup> Destekleyici edimler, ayrımcılığın

---

<sup>65</sup> Karan, s. 285.

<sup>66</sup> Khaitan, s. 221; Michael P. Foran, *Equality Before the Law: Equal Dignity, Wrongful Discrimination, and the Rule of Law* (Hart Studies in Constitutional Theory), Hart Publishing, 2023, s. 351. Uluslararası insan hakları belgelerinde “ayırım” ve “ayrımcılık” ifadelerinin birbiri yerine geçecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Ancak bu belgelerin hazırlık çalışmaları ve sözleşmelerin uygulanmasını denetleyen komitelerin karar, yorum ve görüşleri incelendiğinde bu iki kavramın uluslararası hukukta aynı anlama gelmediği anlaşılmaktadır. Ayırım, ayrımcılığın aksine, makul ve nesnel bir gerekçe ile haklı kılınabilen farklı muameledir. Bkz. Bertrand G. Ramcharan, “Equality and Nondiscrimination, The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights”, L. Henkin (Ed.), Columbia University Press, New York, 1981, s. 259.

<sup>67</sup> Bossuyt, n. 98.

<sup>68</sup> Avrupa Konseyi, “Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of the Human Rights and Fundamental Freedoms (İHAS 12 no.lu Protokole İlişkin Açıklayıcı Rapor)” (European Treaty Series – No. 17), 2000, n. 19. Ayrımcılık yasağı, her zaman simetrik bir koruma sağlamaz. Khaitan, ayrımcılık yasağının sağladığı korumayı üç türe ayırmıştır: (i) tam simetrik koruma, (ii) tam asimetrik koruma, (iii) kısmî asimetrik koruma. Tam simetrik koruma, hâkim grupla dezavantajlı gruba aynı muamelenin yapılmasıyla sağlanır. Dolayısıyla yalnızca kanun önünde eşitliğin sağlanmasında etkilidir. Asimetrik korumaysa fiilî eşitliğin sağlanmasını hedeflemektedir. Tam asimetrik koruma yalnızca dezavantajlı grup lehine güvence öngörür. Kısmî asimetrik koruma, aynı temele dayalı olarak sınıflandırılmış diğer gruplara da fayda sağlar; ancak dezavantajlı gruplar diğerlerine kıyasla daha fazla faydalanır. Destekleyici edimlerle sağlanan koruma, bu bağlamda asimetriktir. Bu doğrultuda, destekleyici edimlerin ayrımcılık yasağıyla çelişmediği, aksine onun sağladığı korumayı tamamladığını destekleyen görüş için bkz. Khaitan, s. 61.



yasaklandığı temellere dayanan önlemlerle tam ve etkili eşitliği sağlamayı amaçlamaktadır.<sup>69</sup> Orantısız önlemler getirerek “haksız ayrımcılığa”<sup>70</sup> yol açmamalıdır.<sup>71</sup>

Destekleyici edimlere ilişkin öğretide üç temel yaklaşım bulunmaktadır.<sup>72</sup> Bunlardan ilki, destekleyici edimlerin eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini kabul eden şeklî yaklaşımdır.<sup>73</sup> Bu yaklaşım, şeklî eşitlik anlayışını yansıtmaktadır.<sup>74</sup> Şeklî eşitlik anlayışı, herkesin yarışa aynı koşullarda başladığı varsayımına dayanmaktadır ve eşitliği yalnızca aynı durumda olanlara aynı davranılmasından ibaret olarak kavramaktadır.<sup>75</sup> Bu nedenle tarafsız ve simetrik bir muamele biçimi öngörür.<sup>76</sup> Bu anlayış, devletin herkese eşit mesafede durmasını ve ayrımcılık yapmaktan kaçınmasını eşitliğin sağlanması için yeterli görürken, fiilî eşitsizliğin ortadan kaldırılmasını sağlayacak önlemleri reddeder.<sup>77</sup> Şeklî eşitlik anlayışı, yalnızca aynı ya da benzer durumdaki kişilere yasak ayrımcılık temellerine dayalı olarak keyfî bir şekilde farklı muamele edilmesi anlamına gelen doğrudan ayrımcılık biçimini

---

<sup>69</sup> Bossuyt, n. 83; Fredman, s. 327; Khaitan, s. 80.

<sup>70</sup> Deborah Hellman, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, D. Hellman, S. Moreau (Ed.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2013, s. 59. Haksız ayrımcılıkla destekleyici edim kapsamındaki farklı muameleden kaynaklanan ayırımın eşdeğer görülmemesi gerektiğine ilişkin bkz. Khaitan, s. 221.

<sup>71</sup> Bossuyt, n. 83.

<sup>72</sup> Fredman, s. 332.

<sup>73</sup> Fredman, s. 332. Simetrik model olarak da adlandırılmaktadır.

<sup>74</sup> Şeklî eşitlik anlayışını yansıttığına ilişkin bkz. Kapotas, s. 28-30.

<sup>75</sup> Fredman, s. 328; İdil Işıl Gül/Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, B. Yeşiladalı, G. Ayata (Ed.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 6.

<sup>76</sup> Mürvet Ece Büyükçalık Büyükçağlar, *Dolaylı Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 14-15. Şeklî eşitlik anlayışı kapsamında yalnızca “kanun önünde eşitlik” ve “kanunlar tarafından eşit derecede korunmanın” güvence altına alındığı söylenebilir.

<sup>77</sup> Fredman, s. 234-235, Karan, s. 41.

kapsamına almaktadır.<sup>78</sup> “Aşağıya doğru eşitlemeye” de izin vermektedir.<sup>79</sup>

İkinci yaklaşım, destekleyici edimleri ayrımcılık yasağının istisnası olarak gören “derogasyon” yaklaşımıdır.<sup>80</sup> Bu yaklaşım, belirli koşullarda destekleyici edimlerin öngörülmesine izin vermektedir. Ancak bunları ayrımcılığa uğramama hakkından bir “sapma”, bir “yükümlülük azaltma” (*derogation*) olarak kabul eder.<sup>81</sup> Üçüncü yaklaşım ise, destekleyici edimi ayrımcılığa uğramama hakkının bir parçası olarak gören “maddi yaklaşım”dır. Bu yaklaşım destekleyici edimlerin eşitlik ilkesini askıya almadığını ya da zayıflatmadığını, aksine, eşitlik kavramını somutlaştıran ve güçlendiren pragmatik geçiş adımları olduğunu kabul etmektedir.<sup>82</sup> Buna göre, destekleyici edim,

---

<sup>78</sup> Büyükçalık Büyükçağlar, s. 33.

<sup>79</sup> Karan, s. 39.

<sup>80</sup> Bu yaklaşıma ilişkin açıklamalar için bkz. Addis, s. 315-320; Fredman, s. 332.

<sup>81</sup> 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın eşitlik ilkesinin düzenlediği 10'uncu maddenin üçüncü fıkrasında, sınırlı sayıda kişi grubu bakımından destekleyici edimlerin alınmasına yalnızca “izin” verilmiştir. Bu madde kapsamında öngörülen tek genel nitelikte yükümlülük, ayrımcılıktan kaçınma negatif yükümlülüğüdür. Hükmün ikinci fıkrasında öngörülen pozitif yükümlülüğe kadın-erkek eşitliğinin hayata geçirilmesi amacıyla sınırlıdır. 2010 değişikliğiyle her iki fıkra kapsamında alınan önlemlerin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağını düzenlenmesi, özel önlemlerin eşitlik ilkesinin bir istisnası olarak gören yaklaşıma işaret etmektedir. Anılan nedenlerle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda benimsenen destekleyici edim yaklaşımının “sapma” yaklaşımı olduğu söylenebilir. Buna rağmen ilgili düzenlemeden önce bile Anayasa Mahkemesi içtihadında destekleyici edimleri ayrımcılık yasağının bir parçası olarak gören maddi yaklaşımı benimsendiğini görmek mümkündür. Bu kararlardan birine örnek olarak bkz. AYM, E. 1996/10, K. 1996/40, 22.10.1996. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda özel önlemlere yaklaşım bakımından daha detaylı açıklamalar için bkz. İdil Işıl Gül, “Ayrımcılığın Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukukun Rolü”, *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar (3. Baskı)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Şubat 2018, s. 274-275.

<sup>82</sup> Addis, s. 323.

orantılı olması koşuluyla eşitlik ilkesini gerçekleştirmek için meşru bir araçtır.<sup>83</sup>

Maddi yaklaşım, fırsatların eşitlenmesi, geçmişten gelen dezavantajların eşitsiz etkilerini ortadan kaldırılması için sosyal müdahalelerin gerekliliğini vurgulamaktadır.<sup>84</sup> Bu yaklaşım, maddi eşitlik anlayışını yansıtmaktadır. Maddi eşitlik anlayışı, toplumsal bağlamdaki farklılıkları ve dezavantajları, bunların asimetrik ve bağlamsal yapısını gözeterek eşitliğin fiilen sağlanmasını hedeflemektedir.<sup>85</sup> Bu eşitlik anlayışı, bu hedefin gerçekleşmesinde devletlere sorumluluk yüklemektedir.<sup>86</sup> Bu çerçevede, farklı durumda olanlara farklı muamele ilkesi benimsenmekte; “olumsuz etki” (*disparate impact*) yaratan aynı durumdaki kişilere aynı muamele –dolaylı ayrımcılık– de yasaklanmaktadır.<sup>87</sup>

Maddi yaklaşım, hedef grubun sorumlu tutulamayacağı koşullar bakımından eşitlenmesi gerektiği fikrine dayanır. Ancak, fırsat eşitliği kavramı, yalnızca maddi yaklaşım ve maddi eşitlik kavramlarıyla sınırlı değildir. Kavrama yüklenen anlama göre, şekli eşitlik ya da maddi eşitlik yaklaşımlarıyla benzerlik gösterebilmektedir.<sup>88</sup> Bu doğrultuda fırsat eşitliği iki şekilde sınıflandırılmaktadır: “yöntemsel” ve “gerçek”. Yöntemsel fırsat eşitliği, “eşitsiz durumda olan bireylere eşit fırsatlar sunulmasını ve önlerindeki engellerin kaldırılmasını” hedeflemektedir.<sup>89</sup> Bu yaklaşım başlangıç noktalarını eşitlemeyi amaçlaması, sorumluluğu ayrımcılık mağdurunun kendisine yüklemesi ve bireyleri içinde buldukları bağlamdan bağımsız düşünmesi bakımından şekli eşitlik

<sup>83</sup> Fredman, s. 359.

<sup>84</sup> Addis, s. 323-324.

<sup>85</sup> Fredman, s. 235; Gül/Karan, s. 7; Karan, s. 42; Oddný Mjöll Arnardóttir, “A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?”, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*, Martinus Nijhoff, 2009, s. 47-48.

<sup>86</sup> Fredman, s. 236; Büyükçalık Büyükçağlar, s. 21-22.

<sup>87</sup> Büyükçalık Büyükçağlar, s. 35-36; Karan, s. 42.

<sup>88</sup> Karan, s. 51.

<sup>89</sup> Karan, s. 51.

anlayışıyla benzerlik göstermektedir.<sup>90</sup> Yöntemsel fırsat eşitliği, destekleyici edimleri reddetmektedir.<sup>91</sup> Gerçek fırsat eşitliği sadece yöntemsel değil, fiilî eşitliğin sağlanmasını hedeflemektedir. <sup>92</sup> Bu yaklaşım özel önlem niteliğinde uygulamaları benimsemesi, sorumluluğu yalnızca ayrımcılık mağduru bireylere yüklememesi ve fırsat eşitliğini eşit sonuçlara ulaşılması perspektifiyle ele alması yönünden maddi eşitlik anlayışıyla benzerlik göstermektedir.<sup>93</sup> Bu yaklaşım, fırsat eşitliğinin yalnızca eşit muamele ile sağlanamayacağını kabul etmektedir.<sup>94</sup>

Maddi yaklaşım, destekleyici edimin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının pratik ve etkili biçimde güvence altına alınması için somut durumun koşullarına göre uygulanması gereken yükümlülüklerden biri olduğunu savunur.<sup>95</sup> Bu yaklaşıma göre destekleyici edim, ayrımcılık yapmama ilkesinin bir istisnası değildir. Aksine, ayrımcılık yapmama ilkesi, destekleyici edimin sınırını belirler.<sup>96</sup> Bir destekleyici edimin çerçevesi özenle çizilmediyse ayrımcılık yasağı ile çatışabilir.<sup>97</sup> Maddî yaklaşım, zamanla öğretide ve uygulamada<sup>98</sup> ağırlıklı olarak kabul

---

<sup>90</sup> Karan, s. 52.

<sup>91</sup> Karan, s. 52.

<sup>92</sup> Karan, s. 52.

<sup>93</sup> Karan, s. 52.

<sup>94</sup> Karan, s. 53.

<sup>95</sup> Şeklî destekleyici edim yaklaşımı ve eşitlik anlayışı bir devletin herkese eşit mesafede ve tarafsız olmasını, ayrımcılık yapmamasını eşitliğin sağlanması için yeterli görmektedir. Ancak böylesine bir anlayış fiilî kurumsal ve sistematik ayrımcı uygulamaların ya da belirli grupları dışlayan düzenlemelerin yarattığı eşitsizliği ve dezavantajlı durumu yeniden üretecektir. Bu bakımdan ayrımcılık yasağının, eşitliğin sağlanması için tek başına yeterli olmadığı kabul edilmektedir ve eşitlik ilkesini ayrımcılık yasağı ile eşdeğer gören yaklaşım reddedilmektedir. Bkz. Addis, s. 322.

<sup>96</sup> Bossuyt, n. 113.

<sup>97</sup> Bossuyt, n. 83.

<sup>98</sup> Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (IAOKS) ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (KKAOKS) geçici özel önlemlerin ayrımcılık yasağına aykırı olarak görülemeyeceğini açıkça düzenleyen temel insan hakları sözleşmeleridir (IAOKS md. 1 f. 4,

gören yaklaşım hâline gelmiştir.<sup>99</sup> Bu çalışmada benimsenen yaklaşım da maddî yaklaşımdır.

Destekleyici edimler uygulanırken geçmişten gelen ayrımcılığı yaratan sistemlerin ya da kurumların sorumluluğunun kime yükleneceği, nasıl paylaştırılacağı tartışma konusudur. Şeklî yaklaşıma göre, bu sorumluluk yalnızca kusur atfedilebilecek kişilere yüklenebilir.<sup>100</sup> Ancak maddi yaklaşım, dezavantajı ortadan kaldırma sorumluluğunu yalnızca kusurlu kişilerle ve/veya ayrımcılık mağdurlarıyla sınırlı olmaksızın herkes tarafından orantılı biçimde paylaşılması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>101</sup>

### C. Destekleyici Edim Türleri

Destekleyici edimin geniş bir uygulama yelpazesi bulunmaktadır. Edimler, “kota” (*quotas*), “tercihli muamele” (*preferential treatment*),<sup>102</sup> “niteliklerin yeniden tanımlanması” (*redefining merits*),<sup>103</sup>

---

KKAOKS md. 4 f. 1). Bu konuda açık düzenlemelerin yer almadığı diğer sözleşmelerin ilgili hükümleriyse, uluslararası ve bölgesel insan hakları mekanizmaları tarafından bu önlemlerin ayrımcılık teşkil etmediği yönünde yorumlanmaktadır. Bkz. Addis, s. 313-314. İHAM içtihat hukukunda bu yöndeki gelişimi için ayrıca bkz. Kurić ve Diğerleri/Slovenya [B.D.], B. No. 26828/06, 26.06.2012, para. 388; Sejdić and Finci/Bosna Hersek [B.D.], B. No. 27996/06 34836/06, 22.12.2009, para. 44; Muñoz Díaz/İspanya, B. No. 49151/07, 08.12.2009, para. 48; D.H. ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti [B.D.], B. No. 57325/00, 13.11.2007, para. 175; Thlimmenos/Yunanistan [B.D.], B. No. 34369/97, 06.04.2000, para. 44; Belçika Dil Davası/Belçika, B. No. 1474/62, 23.07.1968, para. 10.

<sup>99</sup> Fredman, s. 359.

<sup>100</sup> McCrudden, s. 165-166.

<sup>101</sup> Fredman, s. 236 ve 330. Bu görüşe göre, belirli bir grubun dezavantajlı durumuna neden olan yapı ve sistemden yarar sağlayan herkes, bunun maliyetini belirli ölçüde üstlenmelidir. Dolayısıyla, hâkim grubu oluşturan ve avantajlı konumda yer alan bireylerin de, kendilerine orantsız bir yük getirmemek kaydıyla, geçmişten gelen eşitsizliklerin ve dezavantajların ortadan kaldırılması sürecinde rol üstlenmeleri gerektiği kabul edilmektedir.

<sup>102</sup> Belirli bir hizmetin ya da imkânın sağlanmasında ya da reddedilmesinde hedef grubun ırk, cinsiyet, etnik köken gibi özelliklerinin gözetilmesi olarak tanımlanabilir. Hedef grup dışında kalanların belirli sosyal faydalardan

“sosyal yardım” (*outreach*), “erişim programları” (*access programmes*) ve “çeşitlilik programları” (*diversity programmes*) gibi çeşitli şekillerde tasarlanabilir.<sup>104</sup> Öğretide destekleyici edimler çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. Her destekleyici edim, öncelik tanıma ya da tercihte bulunma şeklinde gerçekleşmeyebilir.<sup>105</sup> Bossuyt, “destekleyici öncelik/tercih” (*affirmative preference*) dışında iki farklı destekleyici edim türü daha tanımlamaktadır: destekleyici seferberlik (*affirmative mobilisation*) ve destekleyici hakkaniyet (*affirmative fairness*).<sup>106</sup>

İlk kategori (destekleyici seferberlik), kamuya arz edilen belirli bir hizmetten ya da imkândan yararlanmak üzere hedef grubu teşvik etmeyi ve duyarlı hale getirmeyi amaçlar.<sup>107</sup> Bu önlemler, hedef grubun çeşitli alanlarda rekabet edebilmeleri için gerekli beceri ve farkındalığı edinmelerini kolaylaştırmak amacıyla tasarlanmaktadır.<sup>108</sup> Destekleyici hakkaniyetse, işe alınma veya diğer başka sosyal faydalardan yararlanma süreçlerinin liyakate dayalı olup olmadığını titiz bir incelemeyle güvence altına almayı amaçlayan destekleyici edimlerdir.<sup>109</sup> Bu destekleyici edim türü, ayrımcılık şikâyetlerini ilgili mercilere

---

dışlanması, bunlara erişimlerinin engellenmesini içerebilir. Bkz. Bossuyt, n. 75-77.

<sup>103</sup> Bu yöntemde bir iş için gerekli nitelikler, belirtilen grubun işgücüne katılımını artırmak için onların özellikleri ya da ihtiyaçlarını gözetilerek belirlenmektedir. Bu özel önlem yöntemi, tercihli muamele gerektirmez. Bkz. Karan, s. 328.

<sup>104</sup> McCrudden destekleyici edimleri yararlanıcı grup dışındaki bireylerin fırsat eşitliği üzerinde yarattığı etki seviyesine göre sınıflandırmış ve bunları en az etki yaratandan en çoğuna doğru sıralamıştır: Doğrudan ayrımcılığı önleyen ve telafi eden edimler, dolaylı ya da sistematik ve kurumsal ayrımcılığı ortadan kaldıran edimler, dolaylı olarak kapsayıcı önlemler, yeterince temsil edilmeyen grupları hedefleyen önlemler, tercihli muamele, kota ve niteliklerin yeniden tanımlanması. Bkz. McCrudden, s. 164.

<sup>105</sup> Dominguez-Redonda, Howard, Baez, s. 6.

<sup>106</sup> Bossuyt, n. 71.

<sup>107</sup> Bossuyt, n. 72.

<sup>108</sup> Bossuyt, n. 72.

<sup>109</sup> Bossuyt, n. 73.

taşımak için gerekli prosedürlerin öngörülmesini de kapsar.<sup>110</sup> Her iki kategori de, yararlanıcı grup dışındakilerin destekleyici edimin sağladığı ya da ilişkili olduğu sosyal faydadan dışlanmasını gerektirmez.<sup>111</sup>

Öğretide, kota gibi güçlü yeniden dağıtıcı ve doğrudan destekleyici edimlere (*strongly distributive direct affirmative action measures*) son çare olarak başvurulması gerektiği savunulmaktadır.<sup>112</sup> Bu sav, böylesine önlemlerin hedef grubun becerilerinin yetersiz olduğu, tembel olduğu ya da yeterli entelektüel seviyede olmadığı gibi kalıp yargıları yeniden üreterek paternalist bir bakış açısını yansıtmaya potansiyeli taşıdığı gerekçesiyle açıklanmaktadır.<sup>113</sup> Yine, bu tür “radikal” destekleyici edimlere kamuoyunda uzlaşma oluşmadan başvurulmasının, “eşit şartlarda rekabet etme hakkını kaybedenler” bakımından bir yabancılaşma ve dolayısıyla toplumsal gerilim yaratacağı da ileri sürülmektedir.<sup>114</sup> Bu kapsamda, yalnızca kölelik, *apartheid* veya kast sistemi gibi geçmişten gelen sistematik ve kurumsal ayrımcılığın sonucu olan adaletsizliklerin güçlü dağıtıcı önlemlerle telafi edilmesinin kabul edilebilir olduğu savunulmuştur.<sup>115</sup>

Güçlü yeniden dağıtıcı olarak nitelendirilen ve son çare olarak başvurulması gerektiği savunulan destekleyici edimlerin ek güvencelerle desteklenmemesi ayrımcılığa yol açabilir. Ek güvence yokluğu, fırsat eşitliğinin hedef grubun dışında kalanlar aleyhine bozulmasına sebep olabileceği gibi, hedef grup bakımından da ayrımcılık yaratabilir. *Khaitan*, destekleyici edimlerin çeşitli ayrımcılık tezahürlerine, özellikle tecride (*segregation*) yol açabileceğini ileri sürmektedir.<sup>116</sup> Bu duruma, İHAM önüne gelen öğrenme güçlüğünden mustarip ya da Roman kökenli öğrencilerin eğitim alanındaki

---

<sup>110</sup> Bossuyt, n. 73.

<sup>111</sup> Bossuyt, n. 74; Dominguez-Redonda/Howard/Baez, s. 7.

<sup>112</sup> Khaitan, s. 223.

<sup>113</sup> Khaitan, s. 223. Destekleyici edimlerin seçiminde ayrımcı varsayımların hâkim olabileceğine ilişkin bkz. Gül, s. 271-272.

<sup>114</sup> Bossuyt, n. 80.

<sup>115</sup> Khaitan, s. 223.

<sup>116</sup> Khaitan, s. 223.

dezavantajlı durumlarını ortadan kaldırmayı amaçlayan uygulamaların ayrımcılık yarattığı iddialarını konu edinen davalar örnek gösterilebilir.<sup>117</sup>

“Eğitim alanında ırksal tecrit” davaları, öğrencilerin öğrenim dili bakımından yetkin olmamaları ya da öğrenme güçlükleri nedeniyle özel sınıflara ya da okullara yerleştirilmesine ilişkin uygulamaların, Roman öğrencilerin bu sınıflarda ve okullarda orantısız temsiline yol açtığı iddialarını konu edinmektedir. İHAM gelişen içtihadında, özel gereksinimleri bulunan öğrencilere sağlanan özel eğitimin, bu öğrencilerin karma sınıflara ve okullara entegrasyonu ve çoğunluk nüfus ile yaşamalarını kolaylaştıracak becerileri geliştirmeleri için gerekli güvencelerin alınmadığını, hatta bunun zorlaştırıldığını tespit etmiştir.<sup>118</sup> Mahkeme, Roman etnik kökenli öğrencilerin geçmişten gelen savunmasız durumunu vurgulayarak, davalı devletin bu güvenceleri sağlamakla yükümlü olduğuna kanaat getirmiştir.<sup>119</sup> Sonuç olarak, bu güvencelerin eksikliği nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiştir.<sup>120</sup> Yararlanıcı grup lehine gerekli ek güvencelerin öngörülmemesi gibi, diğerlerinin fırsat eşitliğini korumak için öngörülen güvencelerin yararlanıcı grup üzerinde orantısız olumsuz etkiler yaratması da, bu grubun ayrımcılığa uğramama hakkının ihlaline sebep olabilir. Aşağıda, karar analizi çerçevesinde bu güvencelerin orantısızlığından kaynaklanan sorunlar ele alınacaktır.

### **3. Destekleyici Edimin Sınırlarının Diplomada Disleksi Kaydı Kararı Bağlamında Tartışılması**

Yukarıda da açıklandığı üzere, destekleyici edimler, sonuçları itibariyle ayrımcılık yaratabilir. Dezavantajlı bir grup lehine sonuçların

<sup>117</sup> Bkz. D.H. ve diđerleri/Çek Cumhuriyeti, B. No. 57325/00, 13.11.2007; Sampanis ve diđerleri/Yunanistan, B. No. 32526/05, 05.06.2008; Oršuř ve diđerleri/Hırvatistan, B. No. 15766/03, 16.03.2010; Sampani ve diđerleri/Yunanistan, B. No. 59608/09, 11.12.2012; Horváth ve Kiss/Macaristan, B. No. 11146/11, 29.01.2013; Lavida ve diđerleri/Yunanistan, B. No. 7373/10, 30.05.2013; X ve diđerleri/Arnavutluk, B. No. 73548/17 45521/19, 31.05.2022.

<sup>118</sup> Horváth ve Kiss/Macaristan, para. 127.

<sup>119</sup> Horváth ve Kiss/Macaristan, para. 119.

<sup>120</sup> Horváth ve Kiss/Macaristan, para. 129.



eşitliğini sağlamayı hedefleyen bir destekleyici edim, fırsat eşitliğini bu grup dışındaki bireyler aleyhine bozabilir.<sup>121</sup> Bu nedenle ilgili önlemlerin makul, nesnel ve ölçülü olması, ayrıca yeterli güvencelerle uygulanması gerekmektedir.

Destekleyici edimin aşırı tazmin sağlayarak yararlanıcı grup dışındaki bireylerin fırsat eşitliğini ihlal etme riski, uygulamada ek güvenceler öngörülerek giderilmeye çalışılmaktadır. Bu güvenceler, destekleyici edimlerden ayrı düşünülmemeyeceğinden onların da orantılı olması gerekmektedir. Aksi takdirde yararlanıcı grup bakımından damgalama ve dolayısıyla, ters etki yaratabilir. Başka bir deyişle, güvenceler, destekleyici edimle sağlanması hedeflenen yararın geri alınmasına sebep olabilir. Bu nedenle, diğer grupların fırsat eşitliğini sağlarken yararlanıcı grubun damgalanmasını önleyecek nitelikte hassas bir denge kurulmalıdır.

Destekleyici edimin orantılılığı test edilirken göz önünde bulundurulması gereken bir dizi husus vardır. Destekleyici edimin yararlanıcı grubun dezavantajlı durumunu ortadan kaldırmadaki katkısı, yararlanıcı grup dışındaki bireylerin fırsat eşitliği bakımından sonuçları, fırsat eşitliğini sağlamak için daha hafif başka tedbirlerin bulunup bulunmadığı, destekleyici edimin yükünün toplumun çeşitli kesimleri arasında ne kadar iyi bölüştürüldüğü gibi faktörler dikkate alınmalıdır.<sup>122</sup>

Disleksili öğrenciler, engellerinden kaynaklanan bazı öğrenme güçlükleri nedeniyle eğitim ve istihdam olanaklarından yararlanmada dezavantajlı konumdadırlar. Kelimeleri heceleme, hızlı okuma, yazma ve telaffuz etmede güçlük çektiklerinden özellikle okuma yazma becerilerini gerektiren sınavlarda başarı şansları, diğer öğrencilere göre düşüktür. Disleksili öğrencilerin dezavantajlı, başka bir deyişle "farklı" durumlarının gözetilmesi ve engelli öğrenciler lehine sınavlara ilişkin

---

<sup>121</sup> Avrupa Komisyonu, International Perspectives on Positive Action Measures: Analysis in the European Union, Canada, The United States and South Africa, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2009, s. 26.

<sup>122</sup> Addis, s. 327.

destekleyici edimlerin uygulanması, günümüzde ayrımcılık yasağının bir gereği olarak kabul edilmektedir. Nitekim FAYM de bu yönde bir değerlendirme yapmıştır.<sup>123</sup>

Destekleyici edimlerin disleksili öğrencilerin eğitim ve istihdam olanaklarına erişimini iyileştirmedeki rolü, seçilen aracın niteliğine göre değişmektedir. Fırsat eşitliğiyle uyumlu destekleyici edimler, zamanla yerini sonuçların eşitliğini hedefleyen daha radikal önlemlere bırakmıştır. Bu iki idealden hangisinin tercih edildiği veya hedeflendiği genellikle yasal düzenlemelerden ya da gerekçelerinden anlaşılamamaktadır.<sup>124</sup>

Somut olayda söz konusu olan disleksili öğrencilere sınavda ek süre verilmesi uygulaması, fırsat eşitliğini sağlamayı hedeflerken, heceleme performansının değerlendirilmesinden muafiyet ya da Mahkemenin deyişiyle tek başına “not güvencesi” (*der Notenschutz*), sonuçların eşitliğini hedefler. Zira ek süre verilmesi, disleksili öğrencilerin herhangi bir öğrenme güçlüğünden mustarip olmayan diğer öğrencilerle eşit dışsal sınav koşullarında yarışmasını amaçlarken; muafiyet, bu öğrencilerin performans değerlendirmesi ve sınav kriterleri bakımından farklılık yaratmaktadır.<sup>125</sup> Muafiyet (değerlendirme dışı bırakma) diploma notu üzerinde doğrudan etki yaratarak disleksili öğrencilerin istihdam edilme ya da yükseköğretime girme şansını artırır. Bu durum, disleksili bireylerin bu alanlardaki temsil oranını artırmaya hizmet etmektedir.

Belirtilen nedenlerle yazım becerilerinin değerlendirilmesinden muafiyet önlemi, ek süreye kıyasla daha güçlü niteliktedir; kota uygulamalarına göre ise daha zayıftır. Zira disleksili öğrenciler için öngörülen bu destekleyici edimler, yükseköğretimde ve iş yerlerinde bu öğrenciler için belirli oranda pozisyon ayrılmasını ya da bir iş ya da yükseköğretime girişte aranan genel niteliklerin bu öğrenciler gözetilerek yeniden belirlenmesini sağlayacak biçimde tasarlanmamıştır. Öte yandan, sınav kriterleri bakımından bir yeniden belirlemeden söz

<sup>123</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 28.

<sup>124</sup> Avrupa Komisyonu, n. 38.

<sup>125</sup> Fredman, s. 70

edilebilir. Nitekim Mahkeme de bu önlemi, “standartlaştırılmış sınav kriterlerinden kayda değer bir sapma” olarak nitelendirmiştir.<sup>126</sup>

Öğrencilerin performansının değerlendirilmesinde esas alınan standart sınav kriterleri, disleksi öğrenciler için yeniden tanımlanmış; yazım becerileri bu öğrenciler için değerlendirme dışı bırakılmıştır. Bu nedenle muafiyet önlemi, *Bossuyt*'un sınıflandırmasına göre “destekleyici öncelik/tercih”, daha somut bir sınıflandırmaya göre “niteliklerin yeniden tanımlanması” olarak nitelendirilebilir. Zira bu önlem, yalnızca belirli imkânlara erişim için daha iyi bir olanak sağlar; doğrudan işe ya da yükseköğretime giriş imkânı sağlamaz.<sup>127</sup>

Kısmen de olsa sonuçların eşitliğini sağlamayı hedefleyen destekleyici edimler, yeniden dağıtıcı niteliği güçlü önlemlerdir. Bu nedenle yararlanıcı grup dışında kalanların fırsat eşitliğini ihlal etme olasılığı daha yüksektir. Bu risk, yararlanıcı grup dışındakiler bakımından fırsat eşitliğini koruyacak ek güvenceler öngörülerek giderilebilir. Somut olayda, destekleyici edim uygulanırken bu önlemlerle sağlanan menfaat ve gerekçesi de açıklanmıştır. Böylelikle, hedef grup dışındaki öğrencilerin fırsat eşitliğinin güvence altına alınması amaçlanmıştır. Ancak muafiyetin diplomada belirtilmeyip şeffaf bir şekilde uygulanmaması, tüm öğrencilerin eşit şartlarda (eşit performans değerlendirme standartlarına göre) yarıştığı izlenimi yaratarak aşırı tazmin sorununa yol açabilecektir.<sup>128</sup>

Ek süre önleminin diplomada açıklanması gerekli görülmezken FAYM, muafiyet önlemi bakımından diplomada disleksi kaydının yer alması gerektiğine kanaat getirmiştir.<sup>129</sup> Mahkeme, muafiyetin diplomada öğrencinin engel durumuyla birlikte açıklanmasının diğer öğrencilerin fırsat eşitliğini güvence altına almayı amaçladığına kanaat getirmiştir.<sup>130</sup> Muafiyet, hedef grup olan disleksili öğrencilerle

<sup>126</sup> Avrupa Komisyonu., n. 63.

<sup>127</sup> Khaitan, s. 38.

<sup>128</sup> J. Edward Kellough, *Understanding Affirmative Action: Politics, Discrimination and the Search for Justice*, Georgetown University Press, Washington DC, 2006, s. 122.

<sup>129</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 121.

<sup>130</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 111.

karşılaştırılabilir durumdaki diğer öğrenciler bakımından farklı muamele yaratmaktadır. Böyle bir destekleyici edim, kaçınılmaz olarak diğer öğrenciler bakımından yükseköğretime ve istihdama erişim şansına etki edecektir.<sup>131</sup> Diplomada disleksili öğrencilere yönelik tercihli muameleyi gösteren kayıt, diğer öğrencilerin fırsat eşitliğine orantılı bir müdahale için FAYM tarafından gerekli görülmüştür.

Yukarıda da belirtildiği üzere diğerlerinin fırsat eşitliği, yararlanıcı grubun damgalanmasına neden olmayacak şekilde güvence altına alınmalıdır. FAYM disleksi kaydının başvuruocuların istihdam edilme şanslarını etkilediğini kabul etmiş olsa da diploma şeffaflığının ve dolayısıyla fırsat eşitliğinin sağlanmasıyla elde edilecek kamu yararının disleksili öğrencilerin yazım becerilerinin kısıtlı olmasının yaratacağı olumsuz etkileri tam olarak ortadan kaldırmasıyla sağlanacak menfaate ağır bastığına karar vermiştir.<sup>132</sup>

Bu açıklamalar ışığında, öncelikle “Damgalama Sorunu” başlığı altında disleksi kaydıyla sağlanan ek güvencenin doğurabileceği etkinin anlaşılabilmesi için bir ayrımcılık tezahürü olarak damgalama kavramı ve buna ilişkin tartışmalar incelenecektir. Ardından, “Fırsat Eşitliği ve Damgalama Arasındaki Denge Sorunu” başlığı altında disleksili öğrencilerin eğitime ve istihdama erişimdeki dezavantajlı durumlarını iyileştirmeye yönelik destekleyici edimin diplomada engellilik durumlarının açıklanması koşuluna bağlanmasının orantılılığı tartışılacaktır. Son olarak, bu ön koşulun performans değerlendirmesinden muafiyetten yararlanan diğer engelli öğrencilere genişletilmesinin bir aşağıya doğru eşitleme yaratıp yaratmadığıysa “Aşağıya Doğru Eşitleme Sorunu” başlığı altında tartışılacaktır.

### A. Damgalama Sorunu

Damga (*stigma*) sözcüğü, ilk kez “bedene kazılan, yakılan iz” anlamına gelecek biçimde kullanılmıştır.<sup>133</sup> Günümüzde, asıl semantik köküne yakın biçimde, “*bireyin sosyal açıdan tamamen kabul görme*

<sup>131</sup> Avrupa Komisyonu, s. 26.

<sup>132</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 109.

<sup>133</sup> Erving Goffman, *Damga: Örselelenmiş Kimliğin İdare Edilişi Üzerine* Notlar, Çev. Ş. Geniş, L. Ünsaldı, S. N. Ağırbaşı, Heretik Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 33.

*vasfından menedilmesi*” anlamında kullanılmaktadır.<sup>134</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, damgayı geniş anlamda, “belirli bir topluluktaki kişi gruplarını, genellikle öğrenme duygusuna dayanarak, insan dışlaştırma, aşağılama, itibarsızlaştırma ve değersizleştirme” olarak tanımlamaktadır.<sup>135</sup> Bir gruba atfedilen bu olumsuz değer, o gruba mensup bireyler bakımından kalıcı bir dezavantaja yol açarak cezalandırıcı bir etki doğurabilmekte; sosyal statü kaybına ve ayrımcılığa neden olabilmektedir.<sup>136</sup>

Damgalama, tipik bir ayrımcılık türü değildir. Ayrımcılık yasağı hukukunda yaygın olarak uygulanan karşılaştırılabilir durum testi, belirli bir gruba olumsuz bir değer atfedilmesi şeklinde ortaya çıkan damgalamanın tespiti için uygun değildir.<sup>137</sup> Bu nedenle “ayrımcılık” kavramının farklı muamele ile eşdeğer tutulması, bu tür ayrımcılık tezahürlerini görünmez kılabilir.<sup>138</sup> Damgalama ve belirli bir gruba atfedilen ve değişmez olduğu varsayılan özellikler üzerinden genelleme yapılması olarak tanımlanabilecek stereotipleştirme karşısında, geleneksel karşılaştırılabilirlik ölçütü yerine, “dezavantaj” testine başvurulması önerilmektedir.<sup>139</sup> Bu inceleme yönteminde, somut davaya

---

<sup>134</sup> Goffman, s. 23.

<sup>135</sup> Catarina de Albuquerque, “Report of the Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation, Addendum: Mission to the United States of America”, A/HRC/18/33/Add.4, BM İnsan Hakları Konseyi, 2.07.2011, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-42\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-42_en.pdf).

<sup>136</sup> Iyiola Solanke, *Discrimination as Stigma: A Theory of Anti-discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017, s. 81.

<sup>137</sup> Bu sorunun, haksız ayrımcılığın özgürlüğün değil eşitliğin ihlali olarak anlaşılması sonucunda karşılaştırılabilir bir yaklaşımın benimsenmesinden kaynaklanabileceğine ilişkin teorik arka plan çalışma için bkz. Hellman, s. 55-57.

<sup>138</sup> Alexandra Timmer, “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”, *The American Journal of Comparative Law* 63, 1. Cilt, 2015, s. 252-253.

<sup>139</sup> Alexandra Timmer, “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review* 11, 4. Cilt, 2011, s. 707-738.

konu olguların tarihsel bağlamı ve güncel etkileri değerlendirilerek damgalama tespit edilir. Ardından, damgalamanın yalnızca hedef aldığı grubun üyeleri üzerinde yarattığı haksız dezavantaj göz önünde bulundurulur. Damgalama bireylerin onurunu ve itibarını zedelemesi sonucunda haksız bir ayrımcılık yarattığından, dezavantaj testi, onur eksenli bir yaklaşımı gerektirmektedir.<sup>140</sup>

Damgalama sorunu, destekleyici edimle bağlantılı olarak iki şekilde ortaya çıkabilir. Birincisi, destekleyici edimin kendisinin ayrımcılığı yeniden üretmesidir. Bu durum, destekleyici edimin paternalist bir yaklaşımın ürünü olmasından kaynaklanabilir ya da hedef grubun yeterliliklerinin ve becerilerinin sorgulanmasına yol açarak toplumda ya da yararlanıcı grubun kendisinde yardım olmadan başarılı olamayacakları yönünde bir algı yaratabilir.<sup>141</sup> Dolayısıyla ayrımcılığın yeniden üretilmesine sebep olabilir.<sup>142</sup> Özellikle uzun süreli olarak uygulanan destekleyici edimler, hedef grubun sosyal fayda

<sup>140</sup> Fredman tek boyutlu eşitlik anlayışının zayıf yönlerinin, farklı boyutların da göz önünde bulundurulmasıyla aşılabileceğini ileri sürmektedir. Bu kapsamda, maddi eşitlik anlayışının “yeniden dağıtımcı” (*redistributive*), “katılımcı” (*participative*), “dönüştürücü” (*transformative*) ve “tanıma” (*recognition*) olmak üzere dört boyuttan oluştuğunu ileri sürmektedir. Destekleyici edim uygulamalarıyla, eşitliğin çok boyutlu bir biçimde gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Bu edimler geçmişten gelen eşitsizliklerin ortadan kaldırılması ve belirli grupların dışlandıkları kamusal alanlarda yeterince temsilinin sağlanması gibi amaçlarla eşitliğin birden fazla yönüne aynı anda hizmet etmektedir. Ancak damgalamayla mücadele, eşitliğin “tanıma” boyutuyla ilişkilidir. Tanıma boyutunun onur eksenli yaklaşımı, toplumsal bağlamı göz önünde bulundurarak, karşılaştırılabilir bir durumdan söz edilemeyen muameleler bakımından da ayrımcılığı görünür kılar. Bkz. Fredman, s. 227-228.

<sup>141</sup> Angela Onwuachi-Willig, Emily Houh, Mary Campbell, “Cracking the Egg: Which Came First: Stigma or Affirmative Action?”, *California Law Review* 96, s. 1301; Jenny E. Goldschmit, “Ms Goldschmidt Is It True That You Are Deaf? That Would Really Help Us To Meet The Quota! Positive Discrimination Revisited...”, M. van den Brink, S. Burri, J. Goldschmidt (Ed.), *Equality and Human Rights: Nothing but Trouble?*, Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht, 2015, s. 349.

<sup>142</sup> Obreja, s. 57.

açısından liyakat sahibi olup olmadığından şüphe duyulmasına sebep olabilir. Bu görüş, destekleyici edimlere karşı öğretilerdeki başlıca eleştirilerden biridir.<sup>143</sup> Sonuç olarak, destekleyici edimler hem dışsal hem de içsel bir damgalama yaratabilir.

Damgalama sorunlarından ikincisi ise, hedef grup dışında kalanların fırsat eşitliğini koruyan orantılı bir önlem getirmek için destekleyici edime ek olarak öngörülen güvencenin damgalama oluşturmalarıdır. Diplomada Disleksi Kaydı Kararı, bu tür bir damgalama sorununu içermektedir. Bu bağlamda, performans değerlendirmesinden muafiyet önleminden yararlanmayan öğrencilerin fırsat eşitliğinin korunması amacıyla getirilen güvencenin disleksili öğrencileri engel durumlarını açıklamaya zorlaması ve bunun, beraberinde damgalamayı getirecek olması tartışma konusu edilecektir.

Destekleyici edimin esaslı unsurlarından biri, hedef grubun yararına olmasıdır. Dolayısıyla, bir önlem hedef gruba yarar sağlamaktan çok zarar getiriyorsa, bu durumda destekleyici edimden söz edilemez.<sup>144</sup> Bu bakımdan, bir destekleyici edimin, yararlanıcı grup açısından damgalama oluşturup oluşturmadığı özellikle önem taşımaktadır. Tek boyutlu eşitlik anlayışı,<sup>145</sup> bu sorunu görünmez kılabilir. Destekleyici edimlerin karmaşık ve istenmeyen sonuçlarının görünür kılınması, eşitlik ve ayrımcılık yasağı davalarında dezavantaj testinin uygulanmasından ve çok boyutlu bir ayrımcılık yasağı anlayışından geçmektedir.<sup>146</sup>

Somut olayda disleksili öğrenciler, muafiyet destekleyici ediminden yararlanmayı kabul etmeye zorlanmamaktadır.<sup>147</sup> Bu edimden talepleri üzerine yararlanmaktadırlar. Ancak talepte bulunan öğrenciler yalnızca diplomada engellilik durumlarını açıklanması

---

<sup>143</sup> Khaitan, s. 223.

<sup>144</sup> Khaitan, s. 222.

<sup>145</sup> Fredman'ın dört eşitlik boyutundan yalnızca birinin benimsenmesi durumunda tek boyutlu eşitlik anlayışından söz edilebilir. Bkz. Fredman, s. 227-228.

<sup>146</sup> Bkz. Timmer, s. 722-724, Fredman, s. 227-228.

<sup>147</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 109.

hâlinde bu destekleyici edimden yararlanabilmektedir. Disleksi kaydı, bu öğrencilerin entelektüel becerileri ve kapasitesi hakkındaki kalıp yargılar nedeniyle ayrımcılığa uğrama ve özellikle iş başvurularında başarı şanslarını azaltma riskini beraberinde getirmektedir.<sup>148</sup>

Performans değerlendirmesinden muafiyetin diplomada açıklanmaması, diğer öğrencilerin fırsat eşitliğini zedeleyebileceği gibi, disleksili öğrenciler bakımından da liyakat sahibi olmadıkları algısını pekiştiren bir damgalama tehdidi oluşturabilecektir. Bu tür bir açıklama yer almadan yararlanan muafiyet destekleyici edimi ise güçlü dağıtıcı niteliktedir ve öğretilerde bu tür destekleyici edimlere gelecek karşı tepkiler ve bunların ayrımcılığı yeniden üretme riski nedeniyle son çare olarak başvurulması gerektiği savunulmaktadır.<sup>149</sup>

Disleksi kaydının başvurucular bakımından dezavantajlı sonuçlar doğurabileceği, Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Ancak Mahkeme, bu kaydın asıl amacının yalnızca diploma puanlarında şeffaflık sağlamak olduğunu, disleksi öğrencilerin engel durumlarını belgeleyerek haklarını kullanmalarını veya haklarından yararlanmalarını sınırlama gibi ayrımcı bir amaç taşımadığına kanaat getirmiştir.<sup>150</sup> Bu değerlendirme, saik eksenli bir yaklaşımın benimsenmesi nedeniyle eleştiriye konu edilebilir.

Saik eksenli yaklaşım, somut olayda disleksi kaydının ayrımcı bir amacı olmasa da, disleksili öğrenciler üzerinde orantısız biçimde olumsuz bir etki yaratabileceği ihtimalini dışlamaktadır. Görünüşte tarafsız genel bir politikanın veya önlemin belirli bir grup üzerinde, aynı ya da benzer durumdaki diğer kişilere kıyasla, orantısız biçimde olumsuz bir etki yaratması, dolaylı ayrımcılık teşkil etmektedir. Dolaylı ayrımcılık, doğrudan ayrımcılıkla zaman zaman kesişebilir ve

---

<sup>148</sup> Disleksi bireylerin zekalarının düşük olduğu yönünde olumsuz kalıp yargılar yaygındır. Başvurucuların avukatları da duruşmada bu yöndeki endişelerini dile getirmiştir. Bkz. <https://www.news4teachers.de/2023/11/stimatisiert-der-zeugnis-eintrag-rechtschreibung-nicht-bewertet-legastheni-ker-das-bundesverfassungsgericht-entscheidet/>. Erişim Tarihi: 18.09.2024.

<sup>149</sup> Fredman, s. 223.

<sup>150</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 48.



birbirinden ayırt edilmesi güçtür.<sup>151</sup> Dolaylı ayrımcılık, doğrudan ayrımcılıktan farklı davranmaya yönelik bir saiki gerektirmemesi ile ayrılmaktadır.<sup>152</sup> Dolaylı ayrımcılığa yol açan tutum ya da davranış ayrımcılığa karşı korunan temellerle doğrudan bağlantılı olmayıp yarattığı sonuç nedeniyle dolaylı olarak bu temellerle ilişkilendirilebilmektedir.<sup>153</sup> Bu doğrultuda, bu ayrımcılık biçimi, “görünüşte tarafsız olan bir tutum ya da davranışın belirli bir grup aleyhine ya da zararına olacak şekilde ve ilgili grubun belirleyici özellikleriyle ilişkilendirilebilecek farklı bir etki ortaya çıkarması” olarak tanımlanmaktadır.<sup>154</sup> Dolaylı ayrımcılık, FAYM tarafından da tanınmaktadır.<sup>155</sup> Biçimsel olarak tarafsız görünen bir önlem, fiilen bir dezavantaj yaratması ya da ayrımcılık tanınması nedeniyle, GG md. 3 f. 3’te öngörülen ayrımcılık yasağını ihlal edebilir.<sup>156</sup>

Somut olayda, disleksi kavramının kendisi olumsuz bir çağrışım taşımamakla birlikte, disleksili bireylerin zekâ seviyesi ve becerileri hakkında yaygın kalıp yargıların bulunduğu göz ardı edilemez. Bu ön yargıların ve kalıp yargıların, disleksili bireylerin yüksek öğrenim görmesini ve iş bulmasını zorlaştırdığı kabul edilmelidir.<sup>157</sup> Dolayısıyla, ayrımcı saik taşımayan bu diplomada yer alan disleksi kaydı sonuçları

<sup>151</sup> Büyükçalık Büyükçağlar, s. 42.

<sup>152</sup> Büyükçalık Büyükçağlar, s. 43-44.

<sup>153</sup> Büyükçalı Büyükçağlar, s. 45.

<sup>154</sup> Büyükçalık Büyükçağlar, s. 42-43.

<sup>155</sup> Huber/Voßkuhle, “Art. 3 Abs. 3”, n. 430.

<sup>156</sup> Huber/Voßkuhle, “Art. 3 Abs. 3”, n. 429.

<sup>157</sup> Bu değerlendirmede İHAM ölçütleri yol gösterici olabilir. İHAM içtihadına göre bir toplumsal ya da etnik grubu genel olarak hedef alan açıklamaların İHAS md. 8 uyarınca bu gruba ait bireylerin “özel hayatını” ihlal edip etmediği üç ilkesel kriterin birlikte değerlendirilmesi sonucunda açığa kavuşturulmaktadır: (i) hedef alınan grubun özellikleri (büyüklüğü, homojenliği, savunmasızlığı ya da damgalanmasının tarihçesi, statüsü); (ii) kamusal alandaki ifade biçiminin grubun tamamını kapsayıp kapsamadığı ve spesifik içeriği (olumsuz stereotipleştirme potansiyeli vs.); (iii) ifadenin bağlamı, biçimi, erişilebilirliği, sosyo-politik bağlam. Bkz. İHAM, *Behar ve Gutman/Bulgaristan*, B. No. 29335/13, 16.02.2021, para. 67; İHAM, *Budinova ve Chaprazov/Bulgaristan*, B. No. 12567/13, 16.02.2021, para. 63.

itibarıyla damgalama yaratabilir. Bu bağlamda, Mahkemenin saik eksenli yaklaşım benimseyip ek güvencenin yarattığı ya da yaratabileceği olumsuz etkiyi dikkate almaması eleştiriyeye açıktır.

### B. Fırsat Eşitliği ve Damgalama Arasındaki Denge Sorunu

Somut olayda, devletin disleksili öğrencilerin yazım becerilerinin kısıtlı olmasının yaratacağı olumsuz etkileri ortadan kaldırma yükümlülüğü ile diğer öğrencilerin akademik başarıları doğrultusunda eşit fırsatları elde etmesini sağlama yükümlülüğü çatışmaktadır. Muafiyetten yararlanan disleksili öğrencilerin damgalanmama, yararlanmayan diğer öğrencilerin ise iş ve eğitim hayatında eşit fırsatlarda yarışma yönünde meşru bir beklentisi bulunmaktadır. Ancak disleksili öğrencilerin bu muafiyetten yararlanmalarının engel durumlarının diplomada açıklanması şartına bağlanması, başvurucuların meslek özgürlüğü (GG md. 12/1) ile bağlantılı olarak ayrımcılığa uğramama hakkına (GG md. 3/3)<sup>158</sup> ve genel kişilik hakkına (GG md. 2/1)<sup>159</sup> müdahale teşkil etmektedir.

2016/679 sayılı AB Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GDPR) 9'uncu maddesi uyarınca diplomadaki disleksi kaydı, diploma sahiplerinin engellilik durumunu açıklaması nedeniyle hassas kişisel verilerin işlenmesi teşkil etmektedir. GG md. 2'de öngörülen genel kişilik hakkı uyarınca bireyler, kişisel verilerinin ne zaman ve hangi sınırlar dahilinde ifşa edileceğine kendileri karar verme hakkına sahiptir.<sup>160</sup> Kişilerin sağlık ve engel durumlarına ilişkin verilerin kaydedilmek, saklanmak, kullanılmak ve ifşa edilmek suretiyle işlenmesi bu hakka müdahale teşkil etmektedir.<sup>161</sup> Bu veriler, kural olarak veri sahiplerinin açık rızası olmadan işlenemez (GDPR md. 9/2). Diplomada hassas nitelikli

<sup>158</sup> Mahkemenin 7'nci madde ışığında eğitim ve istihdamda fırsat eşitliğine müdahale teşkil ettiğine ilişkin değerlendirmesine ilişkin bkz. 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 105.

<sup>159</sup> Mahkemenin disleksi kaydını genel kişilik hakkına müdahale olarak kabul ettiğine ilişkin bkz. 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 50; 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 104.

<sup>160</sup> Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, *Grundrechte Staatsrecht II* (34. Baskı), C.F. Müller Verlag 2018, n. 49, s. 120.

<sup>161</sup> Jarass/Pierothe, "Art. 2", Rn. 48; n. 59.

kişisel veri olan engellilik durumuna ilişkin bilgilerin açıklanması, damgalamaya ve ayrımcılığa yol açabilecek; bu durum, başvuruçuların eğitime ve istihdama erişim şanslarını azaltabilecektir. Bu tehlike, FAYM tarafından belirli ölçüde kabul edilmiştir.<sup>162</sup> Yukarıda da belirtildiği üzere muafiyetten yararlanılmasının bu verilerin açıklanması ön koşuluna bağlı olması, disleksili öğrenciler bakımından hak kaybı yaratabilir.<sup>163</sup> Diplomada yer alan bu kayıt, işe alım süreçlerinde işverenlerde kalıp yargılara dayalı olumsuz bir izlenim yaratabilir. İşverenler, muafiyetten yararlananların iş hayatında yeterli performansı sergilemeyeceğinden endişe ederek onları işe almayabilir. Bu nedenle damgalama riski yaratan bu güvence, destekleyici edimle sağlanan yararın kısmen ya da tamamen geri alınmasına yol açabilir. Hassas nitelikli kişisel verilerinin ifşa edilmesiyle disleksili öğrencilerin özel yaşamlarını ciddi anlamda etkileyebilecek böylesine bir müdahalenin, katı biçimde gerekçelendirilmesi gerekmektedir.

İHAM'ın din dersinden muaf olan öğrencilerin karnelerinde yer alan farklı bir işaretin damgalama riski taşıdığı iddialarını konu edinen *Grzelak/Polonya* (B. No. 7710/02, 15/06/2010) davasında yaklaşımı, Diplomada Disleksi Kaydı Kararı bakımından yol gösterici olabilir.<sup>164</sup> İHAM, din dersinden muaf öğrencilerin karnelerinde, diğer öğrencilerden farklı olarak, "din/ahlak" kısmında bir işaret bulunmamasının, gerçek bir olumsuz etki yaratabileceğini ve tarafsız olmadığını kabul etmiştir.<sup>165</sup> Mahkemeye göre bu durum, başvuruçunun

<sup>162</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 91.

<sup>163</sup> İş dünyasındaki seçimlerde iş veren tarafından dikkate alınan ölçütlerin çok daha karmaşık olduğuna ilişkin bkz. Valeria Nickel, Marca Krefting, "Legastheniker ziehen wegen Zeugnisvermerk vor das BVerfG", <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/legastheniker-ziehen-wegen-zeugnisvermerk-vor-bverfg> Erişim Tarihi: 15.10.2024.

<sup>164</sup> Karar, Mahkemenin Sözleşmeci devlete bir azınlığın damgalanmasını önlemek için pozitif yükümlülükler getirmesi bakımından önem arz etmektedir. Bkz. Carmelo Danisi, "How Far Can the European Court of Human Rights Go in the Fight Against Discrimination? Defining New Standards in its Nondiscrimination Jurisprudence" *International Journal of Constitutional Law* 3-4, 9. Cilt, Ekim 2011, s. 802.

<sup>165</sup> İHAM, *Grzelak/Polonya*, B. No. 7710/02, 15/06/2010, para. 96-97.

“haksız biçimde damgalanması” (*a form of unwarranted stigmatization*) anlamına gelmektedir.<sup>166</sup> Ayrıca İHAM, etik derslerini takip etmek isteyen inançsız öğrenciler ile din derslerini takip eden öğrenciler arasındaki muamele farkının nesnel ve makul bir şekilde gerekçelendirilmediğine, kullanılan araçlarla izlenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadığına kanaat getirmiştir.<sup>167</sup> Bu nedenle, ayrımcılık yasağının din ve vicdan özgürlüğü ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar verilmiştir.<sup>168</sup> *Grzelak* kararı, disleksili öğrencilerin muafiyetten yararlanmaları için diplomalarında yer alan disleksi kaydının zorunlu tutulmasının yaratabileceği damgalama açısından paralellik göstermektedir. Yine, eşcinsel ya da biseksüel erkeklerin askerlikten muafiyet için cinsel yönelimlerini açıklamaya zorlanması da somut dava ile benzerlik taşımaktadır.<sup>169</sup> Her iki durumda da bireyler, çeşitli alanlarda muafiyetlerden yararlanabilmek için hassas nitelikli kişisel verilerini, engellilik durumlarını, açıklamaya zorlanmakta ve damgalama riskiyle karşı karşıya kalmaktadır. Disleksi tanısına bağlı muafiyetin, diplomadaki açıklamanın *Grzelak* kararındaki gibi gereksiz bir damgalama yarattığı söylenebilir. Gerçekten de nottan muafiyetle disleksili öğrencilere sağlanan fırsat eşitliği güvencesi, diplomada yer alan disleksi kaydının getirdiği damgalamayla büyük ölçüde ortadan kaldırılmaktadır.<sup>170</sup> Bu bağlamda muafiyetten yararlanmayan diğer öğrencilerin fırsat eşitliği ile disleksi öğrencilerin genel kişilik hakkı (GG md. 2/1), meslek özgürlüğü (GG md. 12/1) ile bağlantılı olarak ayrımcılığa uğramama hakları (GG md. 3/3) arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Bu bağlamda, yazım becerilerinden

---

<sup>166</sup> *Grzelak/Polonya*, para. 99.

<sup>167</sup> *Grzelak/Polonya*, para. 100.

<sup>168</sup> *Grzelak/Polonya*, para. 101.

<sup>169</sup> Askerlikle ilgili muafiyet raporunun gizliliğinin sağlanamamasının bu kişilerin çalışma hayatında ayrımcılığa uğramalarına sebep olabildiğine ilişkin bkz. Umut Güner, Pelin Kalkan, Yasemin Öz vd., Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu (1 Ocak-30 Haziran 2010), İstanbul, Şubat 2011, s. 40.

<sup>170</sup> Isabel Lichewski, “Ein Zeugnis mit bitterer Note”, *VerfBlog*, 2023/11/23.

muafiyet destekleyici edimi öğretilde, "Pirus zaferi"<sup>171</sup> (*Phyruss-Sieg*) olarak adlandırılmıştır.<sup>172</sup> Zira muafiyetle elde edilen avantaj, disleksi kaydının doğurduğu olumsuz etki nedeniyle zayıflamaktadır.

Diplomada yer alan disleksi kaydının meşru bir amaç taşıdığı ve bu amacın gerçekleştirilmesi için uygun bir araç olduğu konusunda şüphe yoktur. Ancak, bu kaydın gerekliliği ve ölçülülüğü tartışma konusu edilebilir. Bu durumda yanıtlanması gereken temel soru, disleksi tanılı öğrencilerin engel durumlarını diplomalarında açıklamaya zorlanmadan da diplomanın şeffaflığı ve karşılaştırılabilirliğinin sağlanıp sağlanmayacağıdır. Başka bir ifadeyle, başvurulabilecek daha hafif bir araç olup olmadığı sorgulanmalıdır.

İlk derece mahkemesine göre diplomada disleksi kaydının yer alması, disleksili öğrenciler bakımından engel temelinde farklı bir etki yaratmaktadır. Bu nedenle katı bir gerekçelendirme gerektirmektedir.<sup>173</sup> İlk derece mahkemesi değerlendirmesinde, yalnızca değerlendirme dışı bir performans ölçütünün bulunduğuna ilişkin açıklamanın yer almasını diğer öğrenciler bakımından fırsat eşitliğinin sağlanması ve diploma notlarının güvenilirliği bakımından yeterli görülmiştir.<sup>174</sup> Disleksi kaydının disleksili öğrencilerin dezavantajlı durumunun ortadan kaldırılmasını engelleyeceği kabul edilmiştir.<sup>175</sup> Bu nedenle ilk derece mahkemesi, davacının yalnızca muafiyetten yararlandığına ilişkin ve engellilik durumunu ifşa etmeyen bir kayıtla diplomayı alma hakkına sahip olduğuna karar vermiştir.<sup>176</sup>

---

<sup>171</sup> Pirus zaferi basitçe galip olana kazanımdan çok zarar getiren başarı olarak tanımlanabilir. "İçi boş zafer" olarak da ifade edilmektedir. Bkz. *Britannica Online Ansiklopedisi*, Pyrrhic Victory, <https://www.britannica.com/topic/Pyrrhic-victory>. Erişim Tarihi: 02.08.2024.

<sup>172</sup> Lichewski, 2023.

<sup>173</sup> Bkz. Verwaltungsgericht München, M 3 K 11.2963, 26.02.2013, para. 60-61. Engellilik temeli, Alman Anayasası'nın 3'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında açıkça sayılan yasak ayrımcılık temellerinden biridir.

<sup>174</sup> M 3 K 11.2963, para. 61.

<sup>175</sup> M 3 K 11.2963, para. 63.

<sup>176</sup> M 3 K 11.2963, para. 63.

İlk derece mahkemesi kararı ışığında, muafiyete ilişkin başvuruçuların disleksi tanılı öğrenciler olduğunu ifşa etmeyen bir kayıt, disleksi kaydına göre daha hafif bir araç olarak düşünülebilir. Ancak “*yukarıda bilgileri yer alan öğrenci yazım becerileri performansı değerlendirmesinden muaf tutulmuştur*” gibi görünüşte tarafsız bir açıklama da, yazım becerilerine ilişkin performansın değerlendirme dışı bırakılması yalnızca disleksili öğrencilere tanınan bir ayrıcalık olduğundan, dolaylı olarak diploma sahibinin engel durumunun açığa vurulmasına sebep olabilecektir. Dolayısıyla bu tür bir açıklama, diplomanın şeffaflığı ve karşılaştırılabilirliğini güvence altına almaya elverişli olsa da disleksili öğrencileri damgalama tehlikesinden korumaya elverişli değildir.

Yüksek İdare Mahkemesi (*Verwaltungsgerichtshof*), öğrencileri ya da velilerinin veya vasilerini muafiyetle sağlanan not güvencesine rıza göstermekle engellilik durumunu açıklamaya da rıza göstermeye zorlandığını kaydetmiştir.<sup>177</sup> Yüksek Mahkeme, diplomadaki kaydın disleksi öğrencilerin iş hayatına erişimini zorlaştıran herhangi bir içerikten arı olması gerektiğini kabul etmiştir.<sup>178</sup> Disleksi durumunun açıklanmasının çalışma hayatını halâ zorlaştırmakta olduğu göz önünde bulundurularak bir lise mezununun disleksi durumunu diplomada yer alan bir kayıtla ifşa etme zorunluluğu olmadığına, bu açıklamaların ancak münferit bir vakianın özel koşullarına ya da başvuru için özelliklerine bağlı olduğuna karar vermiştir.<sup>179</sup>

Yüksek İdare Mahkemesinin yaklaşımı doğrultusunda 23 Aralık 1976 tarihli Sosyal Güvenlik Kanunu’nun (*Sozialgesetzbuch*) “Engelli Kişilerin Rehabilitasyonu ve Katılımı” başlıklı Dokuzuncu Bölümünde (*Neuntes Buch*) yer alan 164’üncü paragrafının 2’nci fıkrası (§ 164 f. 2 c. 1 SGB IX), mevcut davada engellilik durumunu açıklamaya zorlamayacak daha hafif bir aracın olup olmadığını değerlendirmede yol gösterici olabilir. Bu hüküm, “işverenin yükümlülüklerini ve ağır engelli bireylerin haklarını” düzenlemektedir. Bu kapsamda, ağır engelli

<sup>177</sup> Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, 7 B 14.23, 28.05.2014, para. 26-28.

<sup>178</sup> 7 B 14.23, para. 30.

<sup>179</sup> 7 B 14.23, para. 30.

bireylerin iş başvurusunda engel durumunu açıklama yükümlülüğü yalnızca, engellerinin işin gerektirdiği faaliyeti yerine getirmelerini objektif olarak imkânsız kılması ya da ciddi biçimde kısıtlaması hâlinde geçerlidir.<sup>180</sup>

Sonuç olarak, disleksili lise mezunları, yalnızca mesleklerinin veya eğitimlerinin niteliğinin gerektirdiği hâllerde, muafiyet durumlarını ve bunun gerekçesi olan engellilik durumlarını açıklamakla yükümlü tutulmalıdır. Böyle bir güvence, hem bu iş alanlarında muafiyetten yararlanmayanlarla yarışta fırsat eşitliğini sağlayacak, hem de disleksili bireylerin damgalanma olasılığını azaltacaktır. Dolayısıyla meşru amaca ulaşmak için daha hafif ve aynı derecede etkili bir yol sağlanmış olacaktır.

### C. Aşağıya Doğru Eşitleme Sorunu

“Aşağıya doğru eşitleme” avantajlı ve dezavantajlı gruplar arasındaki eşitliğin sağlanmasının, avantajlı konumda olan grubun avantajının veya hakkının ortadan kaldırılmasıyla sağlandığı durumları ifade etmektedir.<sup>181</sup> Bu tür bir destekleyici edim, bir iyileşmeye yol açmadığı gibi daha önce avantajlı olanlarla dezavantajlı olanların her ikisinin de durumunun kötüleşmesine neden olabilir. Bu nedenle, aşağıya doğru eşitleme eşitsizliklerle mücadelenin bir aracı olarak kabul edilemez, aksine ayrımcılık yaratır.

FAYM'ye göre, *Abitur* sınavında bazı becerilerin performans değerlendirmesine konu edilmemesi, eğitime ve istihdama gerçek anlamda eşit erişimin sağlanması için genel olarak sertifikada belirtilmelidir.<sup>182</sup> Mahkeme, diğer engelli öğrencilerin engellerinin performansları üzerinde yarattığı kısıtlamalar nedeniyle disleksili öğrencilerle benzer şekilde çeşitli alanlarda muafiyetten yararlanmalarına rağmen bu durumun ve gerekçelerinin diplomalarında açıklanmamasının ayrımcılık teşkil ettiğine karar

<sup>180</sup> Wolf-Dieter Sponer, Franz Steinherr, Sylvana Donath vd., *Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L): Kommentar*, R. v. Decker, 2024, n. 583.

<sup>181</sup> Khaitan, s. 218.

<sup>182</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 114.

vermiştir.<sup>183</sup> FAYM, bu iki öğrenci grubu arasındaki eşitsiz muameleyi ortadan kaldırmak amacıyla, muafiyetten yararlanıldığını açıklamak için engellilik durumunu ifşa eden kaydın, diğer engelli öğrencilerin diplomalarında da yer alması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>184</sup> Ancak damgalamaya yol açan bu ek güvencenin diğer öğrencilere genişletilmesi, aşağıya doğru eşitlemeye ve ayrımcılığa yol açabilecektir.

## SONUÇ

Yararlanıcı grup dışındaki bireylerin fırsat eşitliğini koruma amacıyla tasarlanan destekleyici edime ek güvenceler, yararlanıcı grubun damgalanmasına ve ayrımcılığa uğramasına yol açabilir. Bu durum, destekleyici edimle hedeflenen amacın tersi bir etki yaratacaktır. Bu nedenle, aşırı tazminin önüne geçmek için öngörülen ek güvencelerin, yararlanıcı grubu damgalamayacak şekilde tasarlanması gerekmektedir.

Destekleyici edimin esaslı unsurlarından biri, hedef gruba yarar sağlamasıdır. Bir önlem, yararlanıcı gruba zarar veriyorsa destekleyici edimden söz edilemez. Çalışmada analiz edilen kararın temel tartışma noktası, performans değerlendirmesinden muafiyet ile disleksili öğrencilere sağlanan yararın uygulanan ek güvenceyle geri alınması, hatta bu öğrenciler için damgalama yaratmasıdır. Disleksili öğrencilerin öğrenme güçlükleri nedeniyle yazım becerilerine ilişkin performans değerlendirmesinden muaf tutulmaları, muafiyet uygulamasının ve öğrencilerin engellilik durumlarının diplomalarında açıklanması koşuluna bağlıdır. Ancak, böyle bir kaydın bulunması, disleksili öğrenciler bakımından iş başvurularında ve yüksek öğrenime girişte damgalama etkisi yaratabilir. Disleksili öğrencilere sağlanan fırsat eşitliği güvencesi, diplomada yer alan disleksi kaydının getirdiği damgalamayla büyük ölçüde ortadan kaldırılmaktadır. Öte yandan, muafiyetin açıklanmaması da disleksili öğrencilerin diğer öğrencilerle eşit şartlarda yarıştıkları izlenimi yaratacak ve diplomanın şeffaflığı ile notların karşılaştırılabilirliğini zedeleyecektir.

---

<sup>183</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, 1 BvR 2578/15, para. 114-116; 117.

<sup>184</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 114.



FAYM'ye göre, disleksi kaydı diplomaların şeffaflığı ve karşılaştırılabilirliğini sağlamayı hedeflemektedir. Disleksi kaydının meşru bir amaç taşıdığı ve bu amacın gerçekleştirilmesi için uygun bir araç olduğu kabul edilmekle birlikte tartışılması gereken husus, bu kaydın gerekliliği ve ölçülülüğüdür. FAYM, bu kaydın başvurucular üzerinde yaratabileceği potansiyel damgalamaya yeterince değinmemiş ve bunun yerine diplomada yer alan bu açıklamaların ayrımcı bir saik taşımadığına odaklanmıştır.

Mahkeme, saik eksenli yaklaşımı doğrultusunda diplomada yer alan disleksi kaydının, disleksili öğrencilerden oluşan başvurucuların ayrımcılık yasağı hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir. Dolayısıyla Mahkeme, diğer öğrencilerin akademik başarıları doğrultusunda eşit fırsatları elde etmesinin sağlanmasıyla elde edilecek kamu yararının, disleksili öğrencilerin damgalamaya uğramaması menfaatine ağır bastığına kanaat getirmiştir. Ancak bu yaklaşım, ek güvencenin yaratacağı olumsuz etkileri göz ardı etmesi nedeniyle eleştiriye konu edilebilir. Ayrıca, FAYM'nin kararda engellilik durumunu ifşa eden kaydın muafiyetten yararlanan diğer engelli öğrencilere genişletilmesine hükmetmesi, aşağıya doğru eşitleme teşkil edebileceğinden ayrımcılığa yol açma riski taşımaktadır. Görünüşte tarafsız olan ve yasak ayrımcılık temellerine dayanmayan ek güvencelerin, eğitime ve istihdama erişimi zorlaştıracak damgalama yaratma gibi olumsuz etkileriyle ancak maddi eşitlik anlayışının benimsenmesi ve bu anlayışla kavranabilen dolaylı ayrımcılığın tanınmasıyla mücadele edilebilir. Bu nedenle, ek güvencelerin yarattığı damgalamanın görünür kılınması, saik eksenli yaklaşımın terk edilmesi ve çok boyutlu bir ayrımcılık yasağı anlayışının benimsenmesi ile mümkündür.

Diplomada yer alan kayıtlar, disleksili öğrencilerin iş hayatına erişimini zorlaştıran herhangi bir içerikten ari olmalıdır. Yalnızca muafiyetten yararlanıldığına ilişkin ve engel durumunu açıklamayan tarafsız diploma açıklamaları somut olaydaki kayda alternatif, daha hafif bir araç olarak düşünülebilir. Ancak bu açıklamadan diploma sahibinin engel durumu dolaylı olarak anlaşılacağından yalnızca destekleyici edimden yararlanıldığına ilişkin tarafsız bir açıklama damgalama tehdidini ortadan kaldırmayacaktır. Diplomada böyle bir

kayda yer vermek yerine disleksili öğrenciler yalnızca mesleklerinin veya eğitimlerinin gerektirdiği durumlarda muafiyet durumlarını ve gerekçesini açıklamaya zorlanabilmelidir. Bu tür bir güvence, hedef grubun dışındaki öğrencilere fırsat eşitliği sağlarken, disleksili öğrencilerin damgalanma riskini de azaltacaktır. Böylece, meşru amaca ulaşmak için daha hafif ve etkili bir yol sağlanmış olacaktır.

Sonuç olarak, ek güvenceler destekleyici edimle sağlanması amaçlanan yararın etkisini ortadan kaldırmadan ayrımcılık ve damgalama riskini en aza indirecek biçimde tasarlanmalıdır. Destekleyici edim uygulanırken fırsat eşitliği ile ayrımcılık yasağı kapsamında görülebilecek damgalamayı önleme gerekliliği arasında makul bir denge kurulmalıdır. Böylece, hem destekleyici edimle hedeflenen menfaat tam olarak sağlanacak hem de bireylerin eşit şartlar altında yarışması güvence altına alınacaktır. Bu doğrultuda ek güvenceler bakımından somut olayın gereklerine göre şekillenen daha birey odaklı bir yaklaşım benimsenebilir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Die Implementierung zusätzlicher Schutzmaßnahmen, welche die Chancengleichheit von Personen außerhalb der begünstigten Gruppe gewährleisten sollen, birgt das Risiko einer Stigmatisierung und Diskriminierung der begünstigten Gruppe. Dies steht im Widerspruch zum eigentlichen Ziel der Fördermaßnahme. Um einer Überkompensation durch die Fördermaßnahme vorzubeugen, sollte eine zusätzliche Schutzmaßnahme so konzipiert sein, dass sie die begünstigte Gruppe nicht stigmatisiert.*

*Die Gewährleistung der Chancengleichheit für andere muss so erfolgen, dass die begünstigte Gruppe nicht stigmatisiert wird. Die Ausgestaltung von Fördermaßnahmen, um das genannte Gleichgewicht zu wahren, stellt einen anspruchsvollen Balanceakt dar, der im Licht des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 22. November 2023 (BvR 2577/15) einer näheren Untersuchung unterzogen wurde. Die vorliegende Studie ist in drei Teile gegliedert. Im ersten Teil erfolgt eine Zusammenfassung der getroffenen Entscheidung sowie eine Beleuchtung der darin aufgeworfenen Kernfragen. Der zweite Teil widmet sich dem allgemeinen Konzept der Fördermaßnahmen und stellt verschiedene Ansätze zu diesem Konzept vor. Im dritten Teil werden die Grenzen der Fördermaßnahmen im Zusammenhang mit der Analyse der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung erörtert.*

*Das in der Studie analysierte Urteil hat die Rechtsprechung maßgeblich geprägt, indem es Legasthenie als Behinderung definiert und mit dem Recht auf Chancengleichheit sowie dem Sozialstaatsprinzip verknüpft hat. Allerdings müssen auch kritische Punkte ernsthaft in die Überlegungen einbezogen werden. Die vorliegende Studie befasst sich mit der Fragestellung, inwiefern die Nichtbewertung der Schreibleistungen von Schülern mit Legasthenie deren Nutzen beeinträchtigt. Die Ergebnisse zeigen, dass die zusätzliche Schutzmaßnahme einen gegenteiligen Effekt hat und sogar zu einer Stigmatisierung dieser Schüler führt. Ein wesentlicher Aspekt von Fördermaßnahmen ist, dass sie der definierten Zielgruppe zugute kommen. Eine Maßnahme kann daher nicht als Fördermaßnahme gelten, wenn sie der Zielgruppe schadet. Die Nichtbewertung der Rechtschreibleistung von Schülern mit Legasthenie aufgrund ihrer Lernschwierigkeiten ist an die*

*Bedingung geknüpft, dass die Nichtbewertung und der Hinweis auf die Behinderung auf dem Zeugnis vermerkt werden. Ein solcher Vermerk kann jedoch bei Bewerbungen um einen Arbeits- oder Studienplatz stigmatisierend wirken. Die Gewährleistung der Chancengleichheit für Schüler mit Legasthenie wird durch die Stigmatisierung, die der Legasthenie-vermerk auf dem Zeugnis darstellt, weitgehend aufgehoben. Ein weiterer Aspekt, der in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen ist, ist die mangelnde Transparenz der nicht bewerteten Leistungen. Dies kann dazu führen, dass Noten fälschlicherweise als vergleichbar wahrgenommen werden, obwohl sie unterschiedliche Leistungsniveaus repräsentieren.*

*Die Dokumentation der Legasthenie im Abiturzeugnis ist erforderlich, um die Wahrheit, Transparenz und Vergleichbarkeit des Abiturzeugnisses zu gewährleisten. Der Legasthenie-Vermerk wird nicht nur als angemessen und gerechtfertigt, sondern auch als notwendig erachtet, um einen chancengleichen Zugang zu Ausbildung und Beruf sicherzustellen. Obschon der Eintrag als legitimes Ziel und als geeignetes Mittel zur Zielerreichung anerkannt wird, wird seine Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit hinterfragt. In seinem Urteil hat sich das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) nicht hinreichend mit der möglichen Stigmatisierung durch den Vermerk auseinandergesetzt. Der Fokus lag stattdessen auf der fehlenden diskriminierenden Motivation des Vermerks.*

*Infolge dieses motivorientierten Ansatzes kam das Gericht zu dem Schluss, dass der Legasthenie-Vermerk keine Diskriminierung der Beschwerdeführenden darstellt. Die Entscheidung des Gerichts zeigt, dass das öffentliche Interesse an der Gewährleistung gleicher Chancen für alle Schüler\*innen entsprechend ihren akademischen Leistungen das Interesse von Schüler\*innen mit Legasthenie, nicht stigmatisiert zu werden, überwiegt. Dieser Ansatz des Gerichts ist jedoch als fehlerhaft zu kritisieren, da er die negativen Auswirkungen der zusätzlichen Schutzmaßnahme außer Acht lässt. Diese Haltung könnte jedoch kritisiert werden, da sie die möglichen negativen Auswirkungen zusätzlicher Schutzmaßnahmen außer Acht lässt. Darüber hinaus birgt das Urteil des BVerfG, den Hinweis auf eine Behinderung auf das Zeugnis auch auf andere Schüler\*innen mit Behinderung auszuweiten, das Risiko einer "Levelling-Down"-Interpretation und somit diskriminierender Folgen.*

*Vermerke in den Zeugnissen sollten keine Inhalte enthalten, die den Zugang von Abiturienten mit Legasthenie zum Arbeitsmarkt erschweren. Als mildere Alternative zu einem konkreten Vermerk könnte eine bescheinigungsneutrale Zeugnisformulierung angesehen werden, die lediglich auf die Inanspruchnahme einer Nichtbewertung hinweist und keine Angaben zur Art der Behinderung enthält. Da aus dieser Information jedoch indirekt auf den behinderungsbedingten Hintergrund der betreffenden Person geschlossen werden könnte, wäre die Gefahr einer Stigmatisierung auch durch einen neutralen Vermerk eine Schutzmaßnahme nicht gänzlich auszuschließen. Anstelle eines solchen Vermerks im Zeugnis sollten Schüler\*innen mit Legasthenie nur dann verpflichtet werden, die Nichtbewertung der Rechtschreibleistung und dessen Begründung zu erläutern, sofern dies für ihren Beruf oder ihre Ausbildung erforderlich ist. Die Implementierung dieser Maßnahme würde dazu beitragen, das Risiko der Stigmatisierung von Menschen mit Legasthenie zu reduzieren und gleichzeitig die Chancengleichheit gegenüber jenen zu gewährleisten, die keine Nichtbewertung in Anspruch nehmen können. Eine solche Schutzmaßnahme würde Chancengleichheit für Schüler\*innen außerhalb der Zielgruppe schaffen und gleichzeitig die Gefahr der Stigmatisierung Schüler\*innen mit Legasthenie verringern. Auf diese Weise wird ein legitimes Ziel auf mildere und wirksamere Weise erreicht.*

*Schließlich sollten zusätzliche Schutzmaßnahmen so gestaltet werden, dass sie die beabsichtigte Wirkung der Fördermaßnahmen nicht beeinträchtigen und gleichzeitig das Risiko von Diskriminierung und Stigmatisierung minimieren. Bei der Anwendung der Fördermaßnahmen sollte ein angemessenes Gleichgewicht zwischen der Förderung von Chancengleichheit und dem Erfordernis zur Vermeidung von Stigmatisierung im Sinne des Diskriminierungsverbots gewahrt werden. Auf diese Weise wird sowohl der mit der unterstützenden Maßnahme angestrebte Nutzen vollumfänglich erreicht als auch sichergestellt, dass Individuen unter gleichen Bedingungen konkurrieren können. In diesem Zusammenhang kann ein stärker personenbezogener Ansatz gewählt werden, der den spezifischen Erfordernissen des Einzelfalls entspricht.*

### KISALTMALAR CETVELİ:

AYM: Anayasa Mahkemesi

Bkz.: Bakınız

çev.: Çeviren

BM: Birleşmiş Milletler

FAYM: Federal Alman Anayasa Mahkemesi

GG: Grundgesetz (Alman Anayasası)

IAOKS: Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi

İHAM: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

İHAS: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

KKAOKS: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi

### KAYNAKÇA

- ADDIS Adeno, "Special Temporary Measures and the Norm of Equality", M. Ambrus, R.A. Wessel (Ed.), *Netherlands Yearbook of International Law 2014: Between Pragmatism and Predictability: Temporariness in International Law (Netherlands Yearbook of International Law Vol. 45)*, T.M.C. Asser Press, Lahey, 2015, s. 311-330.
- ANDERSON Terry H., *The Pursuit of Fairness: a History of Affirmative Action*. Oxford University Press, New York, 2004.
- ARNARDÓTTIR Oddný Mjöll, "A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?", *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*, Martinus Nijhoff, 2009, s. 41-66.
- Avrupa Komisyonu, *International Perspectives on Positive Action Measures: Analysis in the European Union, Canada, The United States and South Africa*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2009.
- American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – 5 (Beşinci Baskı)*, American Psychiatric Association Publishing, Washington DC, 2013.
- Avrupa Konseyi, "Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of the Human Rights and Fundamental Freedoms (İHAS 12 no.lu Protokole İlişkin Açıklayıcı Rapor)" (European Treaty Series – No. 17), 2000.
- BÜYÜKÇALIK BÜYÜKÇAĞLAR Mürvet Ece, *Dolaylı Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- CAMPBELL Mary/HOUH Emily/ONWUACHI-WILLIG Angela, "Cracking the Egg: Which Came First: Stigma or Affirmative Action?", *California Law Review* 96, 2018, s. 1299-1352.
- DANISI Carmelo, "How Far Can the European Court of Human Rights Go in the Fight Against Discrimination? Defining New Standards

in its Nondiscrimination Jurisprudence" *International Journal of Constitutional Law* 3-4, 9. Cilt, Ekim 2011, s. 793–807.

doi: 10.1093/icon/mor044.

DE ALBUQUERQE, Catarina, "Report of the Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation, Addendum: Mission to the United States of America", A/HRC/18/33/Add.4, BM İnsan Hakları Konseyi, 2.07.2011, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-42\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-42_en.pdf).

DOMINGUEZ-REDONDA Elvira/HOWARD Erica/ BAEZ Narciso Leandro Xavier Baez (Ed.), *Affirmative Action and the Law: Efficacy of National and International Approaches*, Routledge, Abingdon, 2021.

FORAN Michael P., *Equality Before the Law: Equal Dignity, Wrongful Discrimination, and the Rule of Law* (Hart Studies in Constitutional Theory), Hart Publishing, 2023

FREDMAN Sandra, *Discrimination Law* (2. Baskı), Oxford University Press, Oxford, 2011.

GEMALMAZ Mehmet Semih, " Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında 'Özel Önlemler', 'Geçici Özel Önlemler', 'Pozitif Edim' ve 'Destekleyici Edim' ", Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoglu'na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, 103-306.

GOFFMAN Erving, *Damga: Örselenmiş Kimliğin İdare Edilişi Üzerine Notlar*, Çev. Ş. Geniş, L. Ünsaldı, S. N. Ağırnaslı, Heretik Yayıncılık, Ankara, 2014.

GOLDSCHMIDT Jenny E., "Ms Goldschmidt Is It True That You Are Deaf? That Would Really Help Us To Meet The Quota! Positive Discrimination Revisited...", M. van den Brink, S. Burri, J. Goldschmidt (Ed.), *Equality and Human Rights: Nothing but Trouble?*, Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht, 2015, s. 345-357.



- GÜL İdil Işıl, "Ayrımcılığın Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukukun Rolü", K. Çayır, M. Ayan (Ed.), *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar* (3. Baskı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Şubat 2018, s. 268-276.
- GÜL İdil Işıl/Karan Ulaş, *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, B. Yeşiladalı, G. Ayata (Ed.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Şubat 2011.
- GÜNER Umut/KALKAN Pelin/ÖZ Yasemin vd., *Türkiye'de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu* (1 Ocak-30 Haziran 2010), İstanbul, Şubat 2011.
- HELLMAN Deborah, "Equality and Unconstitutional Discrimination" D. Hellman, S. Moreau (Ed.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2013, s. 51-70.
- HUBER, Peter M./VOŞKUBLE, Andreas, *Grundgesetz Band 1 Präambel Art. 1-19: Kommentar* (8. Baskı), Verlag C.H. Beck, München, 2024.
- JEREMIAS Christoph, *Dauerleiden und Nachteilsausgleich im Prüfungsrecht*, NVwZ 2019, 839, beck-online.
- JARASS Hans D./PIEROTH Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar* (17. Baskı), Verlag C.H. Beck, München, 2022.
- KAPOTAS Panos, *Positive Action as a Means to Achieve Full and Effective Equality in Europe*, Law Department of the London School of Economics, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kasım 2009.
- KARAN Ulaş, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.
- KELLOUGH, J. Edward, *Understanding Affirmative Action: Politics, Discrimination and the Search for Justice*, Georgetown University Press, Washington DC, 2006.
- KHAITAN Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

KINGREEN Thorsten/ POSCHER, Ralf, *Grundrechte Staatsrecht II (34. Baskı)*, C.F. Müller Verlag, 2018.

LARRY Alexander, "Affirmative Action and Legislative Purpose: Jed Rubenfeld, 'Affirmative Action', 107 Yale L.J. 427 (1997)." *The Yale Law Journal* 107, c. 8, 1998, s. 2679-84.

doi: 10.2307/797356.

LICHEWSKI Isabel, "Ein Zeugnis mit bitterer Note", *VerfBlog*, 2023/11/23.

doi: 10.59704/6a6ae56041d807d8.

"Legasthenie-Vermerke im Abiturzeugnis sind grundsätzlich nötig", *beck-aktuell*, 22.11.2023, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/bverfg-legasthenie-vermerke-im-abiturzeugnis-sind-grundsatzlich-noetig> adresinden 18 Eylül 2024 tarihinde erişilmiştir.

MCCRUDEN Christopher, "Comparative Taxonomy of 'Positive Action' and 'Affirmative Action' Policies", R. Schulze (Ed.), *Non-Discrimination in European Private Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, s. 157-180.

NICKEL Valeria/KREFTING Marca, "Legastheniker ziehen wegen Zeugnisvermerk vor das BVerfG", <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/legastheniker-ziehen-wegen-zeugnisvermerk-vor-bverfg> adresinden 15 Ekim 2024 tarihinde erişilmiştir.

OBREJA Leyla Denisa, *The Relationship Between Affirmative Action and Equality In The International Human Rights System: A Compatibility Test*, Lund Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.

RAMCHARAN Bertrand G., "Equality and Nondiscrimination, The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights", L. Henkin (Ed.), *Columbia University Press*, New York, 1981, s. 246-269.

SOLANKE Iyiola, *Discrimination as Stigma: A Theory of Anti-discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

SPONER Wolf-Dieter/STEINHERR Franz/DONATH Sylvana vd., *Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L): Kommentar*, R. v. Decker, 2024.

“Stigmatized der Zeugnis-Eintrag “Rechtschreibung nicht bewertet” Legastheniker? Karlsruhe entscheidet: Nein – wenn...”, *News4Teachers Das Bildungsmagazin*, 22.11.2023, <https://www.news4teachers.de/2023/11/stigmatized-der-zeugnis-eintrag-rechtschreibung-nicht-bewertet-legastheniker-das-bundesverfassungsgericht-entscheidet/> adresinden 18 Eylül 2024 tarihinde erişilmiştir.

TIMMER Alexandra, “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review* 11, 4. Cilt, 2011, s. 707-738.

doi: 10.1093/hrlr/ngr036.

TIMMER Alexandra, “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”, *The American Journal of Comparative Law* 63, 1. Cilt, 2015, s. 239-284. <http://www.jstor.org/stable/26386653> adresinden 15 Ekim 2024 tarihinde erişilmiştir.

U.S. Commission on Civil Rights. *Affirmative Action in American Law Schools*, Briefing Report, Washington DC, 2007, <https://www.usccr.gov/pubs/docs/AALSreport.pdf> adresinden 20 Ağustos 2024 tarihinde erişilmiştir.

BOSSUYT Marc, E/CN.4/Sub.2/2002/21, BM İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması Alt Komisyonu, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi, 17.06.2002.

## **Kararlar**

AYM, E. 1996/10, K. 1996/40, 22.10.1996.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, 7 B 14.23, 28.05.2014.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, BvR 2577/15, 22.11.2023.

Verwaltungsgericht München, M 3 K 11.2963, 26.02.2013, openJur.

İHAM, Behar ve Gutman/Bulgaristan, B. No. 29335/13, 2021.

İHAM, Belçika Dil Davası/Belçika, B. No. 1474/62, 23.07.1968.

İHAM, Budinova ve Chaprazov/Bulgaristan, B. No. 12567/13, 16.02.2021.

İHAM, D.H. ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti [B.D.], B. No. 57325/00, 13.11.2007.

İHAM, Sampanis ve diğerleri/Yunanistan, B. No. 32526/05, 05.06.2008.

İHAM, Oršuř ve dięerleri/Hırvatistan, B. No. 15766/03, 16.03.2010.

İHAM, Sampani ve diğerleri/Yunanistan, B. No. 59608/09, 11.12.2012.

İHAM, Horváth ve Kiss/Macaristan, B. No. 11146/11, 29.01.2013.

İHAM, Kurić ve Dięerleri/Slovenya [B.D.], B. No. 26828/06, 26. 06.2012.

İHAM, Lavidá ve diğerleri/Yunanistan, B. No. 7373/10, 30.05.2013.

İHAM, Muñoz Díaz/İspanya, B. No. 49151/07, 08.12.12.2009.

İHAM, Sejdić and Finčić/Bosna Hersek [B.D.], B. No. 27996/06 34836/06, 22.12.2009.

İHAM, X ve diğerleri/Arnavutluk, B. No. 73548/17 45521/19, 31.05.2022.

İHAM, Thlimmenos/Yunanistan [B.D.], B. No. 34369/97, 06.04.2000.



\* Bu makale hakem incelemesinden geçmemiştir.

\* Dieser Artikel wurde vom Begutachter nicht überprüft.

## Das Executive Summary in Rechtsgutachten

### Hukuki Görüşlerde Yönetici Özeti

Dr. Karen Klein\*

#### ÖZ

*Şirketler ve kamu otoritelerindeki karar vericilere yönelik hazırlanan hukuki bir görüşün başında genellikle bir yönetici özeti yer alır. Peki, yönetici özeti nedir ve nasıl yazılır? Aşağıdaki açıklamalar bu sorulara bilimsel bir bakış açısından yaklaşmaktan ziyade deneyim ve uygulamadaki en iyi örneklerle dayanmaktadır.<sup>1</sup>*

*Anahtar kelimeler: Yönetici özeti, hukuki görüş, yönetim kararının hazırlanması.*

## The Executive Summary in Legal Opinions

#### ABSTRACT

*A legal opinion addressed to decision-makers in companies and public authorities is typically preceded by an executive summary. But*

\* Fachkoordinatorin und Dozentin an der Juristischen Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität im Bereich Privatrecht, (karen.klein@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-0544-4738.

<sup>1</sup> Mein Dank für Hinweise zur Praxis der Rechtsgutachten in der Türkei geht an Herrn Prof. Dr. Koray Demir und Herrn Prof. Dr. Mesut Serdar Çekin. Mein Dank für die türkische Übersetzung von Öz und Özet geht an Frau Arş. Gör. Gökçen Doğan Bandır.



*what exactly is an executive summary, and how do you write one? The following remarks do not approach these questions from a scientific perspective but are instead based on experience and best practices.*

*Keywords:* Executive summary, legal opinion, preparation of a management decision.

## **I. Einleitung**

Von Rechtsanwält\*innen, Professor\*innen oder Instituten verfasste Rechtsgutachten können ganz unterschiedlichen Zwecken dienen: Sie können beispielsweise zu Gesetzesvorhaben Stellung beziehen, als wissenschaftliche Ausarbeitung einer rechtlichen Fragestellung nachgehen, während oder im Vorfeld der Prozessführung, insbesondere zur Einschätzung der Erfolgsaussichten eingeholt werden oder als juristische Expertise zur Beantwortung spezieller Fragestellungen dienen. Eine besondere Variante stellen Rechtsgutachten dar, die von Entscheidungsträgern in Unternehmen oder Behörden in Auftrag gegeben werden, um eine anschließende (Management-)Entscheidung vorzubereiten. Derartige Rechtsgutachten zeichnen sich durch die Besonderheit aus, dass sie sich an einen vorwiegend nichtjuristischen Adressatenkreis richten. Einem solchen Gutachten wird üblicherweise ein Executive Summary<sup>2</sup> vorangestellt. Was aber ist ein Executive Summary und wie schreibt man es? Die nachfolgenden Ausführungen nähern sich diesen Fragen nicht aus einer wissenschaftlichen Perspektive, sondern stellen vielmehr Erfahrungswerte und Best Practices vor.<sup>3</sup>

## **II. Beispiel**

Zur besseren Veranschaulichung sei ein Beispiel aus dem Bereich Compliance vorangestellt. Kommt es in einem Unternehmen zu

---

<sup>2</sup> Das Executive Summary wird teilweise auch Management Summary genannt.

<sup>3</sup> Daher werden die Nachweise in den Fußnoten bewusst knappgehalten. Ausführlich zu diesem Thema *Meindel, Executive Summary: Überzeugende Entscheidungsvorlagen für das Management*, 1. Auflage, München 2018.

systematischen Rechtsverstößen, werden in der Regel interne Ermittlungen eingeleitet. Ergeben diese Ermittlungen Bezüge zur Geschäftsleitung und/oder deuten sie auf ein Organisationsverschulden im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der Compliance-Organisation hin, kommen Regressansprüche der Gesellschaft gegen ihre Organmitglieder in Betracht. Handelt es sich bei der Gesellschaft um eine Aktiengesellschaft (AG), ist grundsätzlich der Aufsichtsrat für die Prüfung und etwaige Durchsetzung der gegen Vorstandsmitglieder gerichteten Ansprüche zuständig.<sup>4</sup> Vor diesem Hintergrund kann es sich anbieten, dass der Aufsichtsrat eine externe Rechtsanwaltskanzlei mit der Erstellung eines Haftungsgutachtens beauftragt. Das anzufertigende Rechtsgutachten bereitet folglich die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Geltendmachung etwaiger (Schadensersatz-)Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder vor.<sup>5</sup>

### III. Zweck

Rechtliche Stellungnahmen, die sich an einen juristischen Adressatenkreis richten, werden üblicherweise so aufgebaut, dass Einleitungen am Anfang in die Problematik einführen und Zusammenfassungen bzw. Empfehlungen am Ende das Gutachten abschließen.<sup>6</sup> Bei Rechtsgutachten, die sich an Entscheidungsträger in Unternehmen oder Behörden richten, wird hingegen ein anderer Aufbau gewählt. Diesen Gutachten wird meist ein Executive Summary vorangestellt, das in der türkischen Rechtspraxis auch als *Memorandum (bilgi notu)* bezeichnet wird. Es stellt eine besondere Art der Zusammenfassung (*summary*) für Führungskräfte (*executives*) dar.

Das Executive Summary ist kein Abstract wie man ihn aus dem akademischen Kontext kennt. Ein Abstract ist deutlich kürzer und will

---

<sup>4</sup> Zu der Frage, ob den Aufsichtsrat eine Pflicht trifft, Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder geltend zu machen, siehe das sog. ARAG/Garmenbeck-Urteil des BGH vom 21.04.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu z.B. *Lüneborg/Resch*, NZG 2018, 209 (210) m.w.N.

<sup>6</sup> Siehe aus dem Bereich der Organhaftung beispielsweise das Gutachten von *Bachmann*, Reform der Organhaftung?, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, 2014.



nur einen Überblick über das behandelte Thema geben. Sein Ziel ist es, beim Leser Interesse zu wecken und ihm die Entscheidung zu ermöglichen, ob er den vollständigen Beitrag lesen möchte oder nicht. Das Abstract wird im Idealfall also *zusätzlich* zu dem vollständigen Beitrag gelesen. Demgegenüber kommt dem Executive Summary eine andere Funktion zu. Es gibt nicht nur einen Überblick über das Thema, sondern stellt eine Verdichtung des gesamten Gutachtens dar. Sprich: Es ist eine komprimierte Version desselben. Zweck des Executive Summarys ist es, dem Leser ein schnelles Verständnis über den Inhalt des Rechtsgutachtens zu verschaffen, um eine darauf aufbauende Sachentscheidung vorzubereiten. Daher kann das Executive Summary *anstelle* des Gutachtens gelesen werden.

#### IV. Inhalt

Inhalt und Schwerpunktsetzung des Executive Summarys hängen von Zielrichtung und Aussage des Rechtsgutachtens ab, dem es vorangestellt ist. Insoweit sind nur allgemein gehaltene Hinweise möglich. Das Executive Summary muss einerseits möglichst prägnant sein,<sup>7</sup> andererseits aber den Inhalt des Rechtsgutachtens vollständig wiedergeben. Es muss also alle Informationen enthalten, die für die sich anschließende Entscheidung von Relevanz sind. Gleichzeitig sind unnötige Details wegzulassen. Sollte der Leser vertiefte Informationen wünschen, kann er die umfassenden Ausführungen im eigentlichen Gutachten nachlesen. Ein Executive Summary erfordert daher einen hohen Grad an Abstraktion, ohne dabei unverständlich zu werden. Ebenso wenig darf das notwendige Fokussieren auf die Kernaussagen den Gesamtzusammenhang vernachlässigen, in dem diese Aussagen stehen.

---

<sup>7</sup> Man liest hin und wieder die Empfehlung, dass das Executive Summary eine Länge von ein bis maximal zwei DIN A4-Seiten nicht überschreiten sollte. Diese Empfehlung mag zwar im Zusammenhang mit der Vorstellung von Geschäftsplänen, Business Cases und ähnlichen Analysen angebracht sein, ist aber bei teilweise mehrere hundert Seiten langen Rechtsgutachten mitunter schwierig umzusetzen.

## **V. Aufbau**

Der Aufbau eines Executive Summarys kann von Gutachten zu Gutachten variieren. Es lassen sich aber allgemeine Leitlinien herausarbeiten. Begonnen wird das Executive Summary in der Regel mit der Einordnung der Ausführungen in den Kontext der Beauftragung. Insbesondere bei umfangreichen Rechtsgutachten – vor allem, wenn darin zunächst der zugrundeliegende Sachverhalt zu ermitteln war – bietet es sich an, den Sachstand vorab zusammenzufassen, um den Hintergrund für die nachfolgenden Rechtsausführungen aufzubereiten. Sodann werden die untersuchten Rechtsfragen vorgestellt und die Kernaussagen des Gutachtens zusammengefasst. Im Anschluss folgt die Darstellung der Handlungsoptionen und der jeweils damit verbundenen Risiken und rechtlichen Konsequenzen. Falls möglich, wird am Ende eine Handlungsempfehlung gegeben. Dabei sollten die maßgeblichen Gründe genannt werden. Dies ist wichtig, da sich bei fortschreitender Sachverhaltserkenntnis oder dem Auftreten neuer Umstände die der Handlungsempfehlung zugrundeliegenden Erwägungen ändern können. Hierauf ist gegebenenfalls hinzuweisen.

## **VI. Ausformulierung**

Der Stil eines Executive Summarys ist klar und prägnant. Auch auf eine geordnete Struktur und eine logische Argumentationsführung ist zu achten, damit der Gedankengang für den Leser nachvollziehbar ist. Die Reihenfolge der Ausführungen entspricht in der Regel der Reihenfolge des Gutachtens. Insoweit bietet es sich an, in der Executive Summary auf die entsprechenden Gliederungspunkte des Gutachtens zu verweisen. Damit wird es dem Leser so einfach wie möglich gemacht, bei Interesse einzelne Punkte im Gutachten nachzulesen.

Wie beim Verfassen aller Texte ist es notwendig, die Adressaten des Executive Summarys im Blick zu behalten. Das Executive Summary wird für vorwiegend nichtjuristische Empfänger geschrieben. Es muss daher für Personen ohne juristische Vorkenntnisse verständlich sein. Das bedeutet: Juristische Fachtermini sind falls möglich zu vermeiden und falls notwendig zu erklären. Auch die Kenntnis der herrschenden

Meinung oder gängiger Gerichtsentscheidungen darf nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden.

Mit dieser Perspektive ist das Executive Summary permanent auf seine Verständlichkeit hin zu überprüfen und so lange zu überarbeiten, bis es seiner Funktion gerecht wird. Wird das Rechtsgutachten von mehreren Personen verfasst, bietet es sich an, dass alle Beteiligten das Executive Summary lesen und auf inhaltliche Übereinstimmung mit ihren Ausführungen kontrollieren. Insoweit bedarf es eines besonders kritischen Blicks und eines nicht leicht zu vollziehenden Wechsels von der Detail- auf die Abstraktionsebene. Bis ein Executive Summary endgültig abgestimmt ist, sind zahlreiche Überarbeitungsrunden und ein beständiger Anpassungsprozess notwendig. Das Verfassen eines Executive Summaries ist daher äußerst anspruchsvoll und sollte nicht unterschätzt werden.

## **VII. Zusammenfassung**

Rechtsgutachten, deren Adressaten Entscheidungsträger in Unternehmen oder Behörden sind, werden üblicherweise durch ein Executive Summary eingeleitet. Dieses stellt eine besondere Zusammenfassung für Führungskräfte dar. Zweck des Executive Summaries ist es, dem Leser ein schnelles Verständnis über den Inhalt des Rechtsgutachtens zu verschaffen, um eine darauf aufbauende Sachentscheidung vorzubereiten. Daher kann das Executive Summary anstelle des Gutachtens gelesen werden.

Der konkrete Inhalt und Aufbau eines Executive Summaries hängen von Zielrichtung und Aussage des jeweiligen Rechtsgutachtens ab, dem es vorangestellt ist. Insoweit sind nur allgemein gehaltene Hinweise zum Verfassen eines Executive Summaries möglich. Das Executive Summary muss einerseits prägnant sein und andererseits den Inhalt des Rechtsgutachtens vollständig wiedergeben. Ein Executive Summary erfordert insoweit einen hohen Grad an Abstraktion, ohne dabei unverständlich zu sein. Ebenso wenig darf das notwendige Fokussieren auf die Kernaussagen den Gesamtzusammenhang vernachlässigen.

Am Anfang eines Executive Summarys steht in der Regel die Einordnung der Ausführungen in den Kontext der Beauftragung. Insbesondere bei umfangreichen Rechtsgutachten bietet es sich an, zunächst den Sachverhalt zusammenzufassen. Es folgt ein Überblick über die untersuchten Rechtsfragen und die Zusammenfassung der Kernaussagen des Gutachtens. Im Anschluss werden die Handlungsoptionen und die jeweils damit verbundenen Risiken und rechtlichen Konsequenzen dargestellt. Falls möglich wird am Ende eine Handlungsempfehlung samt Gründen hierfür gegeben.

Der Stil eines Executive Summarys ist klar und prägnant, die Struktur geordnet, die Argumentationsführung logisch aufgebaut. Da das Executive Summary für ein vorwiegend nichtjuristisches Publikum verfasst wird, muss es für Personen ohne juristische Vorkenntnisse nachvollziehbar sein. Mit dieser Perspektive ist das Executive Summary permanent auf seine Verständlichkeit hin zu überprüfen und so lange zu überarbeiten, bis es seiner Funktion gerecht wird.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Hakem değerlendirmesinden geçmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Not peer reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Peer-Review:** Kein Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

## ÖZET

*Şirketler ve kamu otoritelerindeki karar vericilere yönelik hazırlanan hukuki görüşlerin giriş bölümünde genellikle bir yönetici özeti yer alır. Yönetici özeti, okuyucunun hukuki görüşün ana hatlarını hızlı bir şekilde kavrayarak, bu bilgiler doğrultusunda karar almasını kolaylaştıran özel bir giriş bölümüdür. Bu bağlamda yönetici özeti, çoğu zaman hukuki görüşün yerine geçen bir metin olarak işlev görür.*

*Yönetici özetinin içeriği ve yapısı, özetlediği hukuki görüşün amacı ve iletmek istediği mesaja bağlıdır. Bu nedenle, yönetici özeti yazımına ilişkin ancak genel tavsiyelerde bulunmak mümkündür. Etkili bir yönetici özeti, hem kısa hem de hukuki görüşün temel noktalarını tam anlamıyla yansıtacak şekilde hazırlanmalıdır. Bu, özetten yüksek derecede soyutlama beklenirken, metnin anlaşılabilirliğinden ödün verilmemesi gerektiğini ifade eder. Temel argümanların açık bir şekilde vurgulanması kadar genel bağlamın korunması da ihmal edilmemelidir.*

*Genel olarak, bir yönetici özeti, hukuki görüşün bağlamını açıklayan bir şekilde başlar. Daha kapsamlı hukuki görüşler söz konusu olduğunda, öncelikle olayın temel olgularının özetlenmesi önerilir. Bunu, ele alınan hukuki konuların genel bir çerçevesi ve uzman görüşünün temel argümanlarının özeti takip eder. Sonrasında, potansiyel eylem seçenekleri, bu seçeneklerle ilişkili riskler ve yasal sonuçlar değerlendirilmeli; mümkünse nihayetinde önerilen eylem planı ve gerekçeleri açıklanmalıdır.*

*Yönetici özetinin üslubu açık, özlü ve anlaşılır olmalı; yapısı düzenli, argümantasyonu ise mantıksal bir tutarlılık içermelidir. Yönetici özeti, çoğunlukla hukukçu olmayan kişilere hitap ettiğinden, hukuki bilgiye sahip olmayan okuyucuların da kolayca anlayabileceği bir dil kullanılmalıdır. Bu doğrultuda, yönetici özeti anlaşılabilirlik açısından sürekli olarak gözden geçirilmeli ve işlevini eksiksiz yerine getirdiğinden emin olunmalıdır.*

### LITERATURVERZEICHNIS

- BACHMANN Gregor, Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, Hannover 2014.
- LÜNEBORG Cäcilie/RESCH André Pierre, Die Ersatzfähigkeit von Kosten interner Ermittlungen und sonstiger Rechtsberatung im Rahmen der Organhaftung, NZG 2018, 209–217.
- MEINDEL Claudia, Executive Summary: Überzeugende Entscheidungsvorlagen für das Management, 1. Auflage, München 2018.



## Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Etkin Pişmanlık (FSEK M. 71/3)

### Die tätige Reue im Gesetz über geistige und künstlerische Werke (Art. 71/3 des FSEK)

Araş. Gör. Dr. Bilal Osmanoğlu\*

#### ÖZ

*Etkin pişmanlık, kanunda öngörülen belirli suç tiplerinde suç sonrası olumlu bir davranışı gerektiren bir cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebeptir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 71/3'te bir etkin pişmanlık hükmü düzenlenmektedir. Buna göre, hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabilceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir.*

**Anahtar Kelimeler:** Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, eser, etkin pişmanlık, itirafçı tanık, cezada indirim, bildirimde bulunmak

### Effective Remorse in the Law on Intellectual and Artistic Works (Art. 71/3 of FSEK)

#### ABSTRACT

*Effective remorse, which requires an offender's positive post-offense conduct, is a personal reason that waives or reduces the penalty in certain types of crimes stipulated in the law. Article 71/3 of the Law*

\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, E-posta: osmanoglu@tau.edu.tr; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2342-4773>.





*No. 5846 on Intellectual and Artistic Works regulates an effective remorse provision. Accordingly, if any person who puts up for sale, sells or buys a work, performance, phonogram or production that has been unlawfully produced, adapted, reproduced, distributed or broadcast, provides information as to from whom he or she obtained such item and enables them to be captured before the prosecution process, the penalty to be imposed may be reduced or waived.*

**Keywords:** *Law on Intellectual and Artistic Works, work, effective remorse, principal witness, reduction of penalty, provide information*

## GİRİŞ

Etkin pişmanlık, kanunda öngörülen belirli suç tiplerinde suç tamamlandıktan sonra, fail veya şerikin gönüllü olarak ve zamanında zararı önlemesini, zararı gidermesini veya suçların aydınlatılmasına önemli bir katkıda bulunmasını gerektiren cezayı kaldıran veya azaltan şahsi bir sebeptir<sup>1</sup>. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) m. 71/3'te de bir etkin pişmanlık düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, "hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir."

Etkin pişmanlığın kanunda özel olarak gösterilen suç tiplerine özgü olması ve dağınık yapısı, kimi zaman kurumun sistematliğini zedelemekte ve tutarsız kanuni düzenlemelerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. FSEK m. 71/3'te yer alan etkin pişmanlık hükmü de hem kapsamı hem koşulları hem de hukuki sonuçları itibarıyla tartışmalı bir düzenlemedir.

---

<sup>1</sup> Karş. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2023, s. 799; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2023, s. 446; Yasemin Baba, *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013, s. 3.

İlk olarak, etkin pişmanlığın kapsamında yer alan suç tipleri açıkça gösterilmemekte, aksine fıkrada belirli hareketleri yapan failden söz edilmektedir. Ancak bu tercih, hangi suçların bir etkin pişmanlık hükmü ihtiva ettiği konusunda uygulamada tartışmalara neden olmaktadır. Hakimlerin dahi mutabık kalamadığı bir konuda, faillerin bir öngörüde bulunmaları oldukça zordur. Bu durum ise faillerin etkin pişmanlığa yönelmesini engellemekte ve düzenlemenin teşvik edici özelliğini azaltmaktadır.

İkincisi, etkin pişmanlığın hukuki sonuç doğurabilmesi için failin suça konu eserleri kimden temin ettiğini bildirmesi yeterli görülmemekte, ayrıca bildirilen bu kişilerin yakalanmaları aranmaktadır. Ancak faillerin yakalanması kural olarak soruşturma makamlarının yetki ve görevinde olduğundan, bu koşul hem hükmün uygulanabilirliğini önemli ölçüde azaltmakta hem de adil olmayan sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Zira iki fail tarafından aynı ölçüde bilginin verildiği iki farklı olayın birinde bildirilen kişiler yakalanmış, diğerinde ise soruşturma makamlarının ihmali veya dikkatsizliği nedeniyle elden kaçırılmış olabilir. Burada aynı muhteviyatta bilgi veren faillere farklı hukuki muamelede bulunmak, eşitlik ilkesini ihlal edecektir. Ayrıca, bu belirsizlik, faillerin etkin pişmanlık göstermekten çekinmelerine neden olacaktır. Zira çok nitelikli bilgiler vermiş olsa dahi, cezasızlık veya ceza indrimi tamamen üçüncü kişilerin başarısına bağlı kılınmaktadır.

Halihazırda literatürde FSEK m. 71/1-2'de düzenlenen manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçlarını konu eden önemli çalışmalar bulunmaktadır. Ancak bu kapsamlı eserlerde FSEK m. 71/3'te yer alan etkin pişmanlık düzenlemesi sınırlı olarak ele alınabilmektedir. Halbuki, yukarıda temas edildiği üzere, bu etkin pişmanlık düzenlemesi oldukça sorunlu bir formülasyonu ihtiva etmektedir. Bu nedenle FSEK m. 71/3'ün müstakil bir çalışmada, Türk ceza hukukunda düzenlenen diğer etkin pişmanlık düzenlemeleriyle karşılaştırmalı olarak incelenmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada da öncelikli olarak etkin pişmanlık düzenlemeleri sınıflandırılarak, FSEK m. 71/3'ün hukuki niteliği tespit edilecektir. Ardından etkin pişmanlığın ortak koşulları çerçevesinde, bu

düzenlemenin ayrıntılı olarak irdelenmesine geçilecektir. Burada, özellikle Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) bulunan çeşitli etkin pişmanlık düzenlemeleri ile benzeşen ve farklılaşan yönler karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Nihayet, hükmün hukuki sonucu incelenecektir.

### I. Etkin Pişmanlık Düzenlemesinin Sınıflandırılması

Etkin pişmanlık, esas itibarıyla suç sonrası olumlu bir davranıştır. Ancak bu davranışın içeriği, ilgili etkin pişmanlık düzenlemesinin özgülendiği suç tipine bağlı olarak farklılık gösterebilmektedir. Söz gelimi, örgüt suçlarına ilişkin TCK m. 221/1'den failden örgütü dağıtması istenmektedir. Böylece örgüt faaliyeti çerçevesinde bir suç işlenerek bir zararın meydana gelmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Buna karşın malvarlığına karşı suçlara ilişkin TCK m. 168'de, bu nevi suçlarda halihazırda bir zarar meydana geldiği için artık zararı önleme amacının ön planda tutulması mümkün değildir. Nitekim kanun koyucu da ceza indirimini, suç nedeniyle meydana gelen zararı gideren fail ve şerikler için öngörmektedir. Öte yandan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına ilişkin TCK m. 192'de ise ne bir zararı önleme ne de bir zararı giderme amacı bulunmaktadır. Bilakis, failden diğer suç ortaklarını ve suça konu maddelerin saklandığı yerleri haber vermesi beklenmektedir. Bu bilgilerin de yardımıyla suçların açığa çıkartılması hedeflenmektedir.

Bu çerçevede etkin pişmanlığı üçlü bir tasnife tabi tutmak mümkün gözükmemektedir. Buna göre, zararı önlemeye yönelik etkin pişmanlık düzenlemelerini, önleyici etkin pişmanlık; zararı gidermeye yönelik etkin pişmanlık düzenlemelerini, tazmin edici etkin pişmanlık ve failin kendi eylemiyle bağlantılı suçlar hakkında yetkili makamlara bilgi vermesini arayan etkin pişmanlık düzenlemelerini ise itirafçı tanık düzenlemesi olarak nitelendirmekteyiz<sup>2</sup>. İtirafçı tanık düzenlemeleri Alman ceza hukuku gibi kimi hukuk sistemlerinde etkin pişmanlıktan

---

<sup>2</sup> Önleyici ve tazmin edici etkin pişmanlık ayrımı için bkz.: Thomas Hillenkamp, "Möglichkeiten der Erweiterung des Instituts der tätigen Reue", *Wiedergutmachung und Strafrecht: Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein*, Münih, 1987, s. 81 vd.

ayrı ve bağımsız bir ceza hukuku kurumu olarak görülmektedir<sup>3</sup>. Ancak Türk ceza hukuku sisteminde bunların da etkin pişmanlığın bir parçası olarak nitelendirildikleri belirtilmelidir.

FSEK m. 71/3'te failden suça konu eseri kimden temin ettiğini bildirmesi istenmektedir. Burada, suça konu maddeleri yok etme şeklinde bir zararı önleme amacından söz etmek mümkün değildir. Aynı şekilde, mağdurun zararını giderme şeklinde bir tazmin amacı da bulunmamaktadır<sup>4</sup>. Aksine, failden suçların aydınlatılmasına önemli bir katkıda bulunması beklemektedir. Gerçekten öğretilde de bu düzenleme ile kanun koyucunun suça konu eserlerin kaynağı olan kişiye ulaşmayı hedeflediği belirtilmektedir<sup>5</sup>. Bu nedenle FSEK m. 71/3'ün itirafçı tanık düzenlemesi niteliğinde bir etkin pişmanlık hükmü olduğu kanısındayız. Kanun koyucu, faillerin kendi suçlarıyla bağlantı başka suçlar hakkında yetkili makamlara bilgi vermesi için bir teşvik oluşturmaktadır.

## II. Etkin Pişmanlığın Koşulları

Etkin pişmanlık, kanunda etkin pişmanlık hükmü öngören bir suçun varlığı, suçun tamamlanması, pişmanlık hareketi, gönüllülük ve zamanındalık şeklinde beş koşuldan teşekkül etmektedir<sup>6</sup>.

Hemen belirtelim ki, etkin pişmanlıktan fail gibi şerikler de yararlanabilmektedir. Bu çerçevede aşağıda kimi zaman basitleştirmek için yalnızca failden söz edilecek olsa da aynı hususlar şerikler bakımından da geçerlidir.

### A. Etkin Pişmanlığın Kapsamına Dahil Olan Suçlar

Türk ceza hukukunda genel bir hüküm olarak düzenlenmeyen etkin pişmanlık, yalnızca kanunda öngörülen suç tiplerinde uygulama

---

<sup>3</sup> Jörg Kinzig, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. bs., C.H.BECK, 2019, § 46b, kn. 3.

<sup>4</sup> Ahmet Caner Yenidünya, "Telif ve Bandrol Suçları", (05.11.2024), (Çevrimiçi) <https://caneryenidunya.com/telif-ve-bandrol-suclari/>, 05.11.2024.

<sup>5</sup> Aras Türay, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları (FSEK m. 71)*, Seçkin Yay., Ankara, 2024, s. 705.

<sup>6</sup> Baba, s. 33 vd.

alanı bulan bir hukuk kurumudur. Bu nedenle öncelikle FSEK m. 71/3'te yer alan hükmün kapsamı belirlenmelidir.

FSEK m. 71/3'te "*hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı*" satışa arz etme, satma veya satın alma eylemlerinden söz edilmektedir. Etkin pişmanlıktan sadece bu eylemleri gerçekleştiren fail ve şerikler yararlanabilecek, buna karşın farklı bir hareketi icra etmek suretiyle suç işleyen kişiler, bunlar FSEK kapsamında düzenlenmiş olsa bile, etkin pişmanlıktan yararlanamayacaktır<sup>7</sup>. Ancak pişmanlık hareketini yerine getirmeleri halinde, bu davranışları takdiri indirim nedeni (TCK m. 62) olarak dikkate alınmalıdır<sup>8</sup>.

FSEK m. 71/1-1'in iki ayrı suçtan teşekkül ettiği kabul edilirse<sup>9</sup>, hukuka aykırı olarak işlenmiş ve çoğaltılmış eserleri satışa arz etmek veya satmak suretiyle yaymak ve satın almak, FSEK m. 71/1-1(2)'de suç olarak ihdas edilmiştir. Ancak FSEK m. 71/1-1(1)'de düzenlenen bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işlemek, temsil etmek, çoğaltmak, değiştirmek, dağıtmak, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek ve yayımlamak, etkin pişmanlığın kapsamına dahil edilmemiştir<sup>10</sup>. Dolayısıyla FSEK m. 71/1-1'in bir bütün halinde etkin

<sup>7</sup> Sinan Bayındır, "Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sa. 113, 2014, s. 330; Hilal Selcen Turan, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi*, Seçkin Yay., Ankara, 2012, s. 209.

<sup>8</sup> TCK m. 62/2: "*Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri göz önünde bulundurulabilir.*"

<sup>9</sup> Türay, s. 490.

<sup>10</sup> "*Öte yandan 5846 sayılı Kanun'un 71. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçun unsurunu oluşturan seçimlik hareketler iki grup hâlinde düzenlenmiş olup bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın "işlemek", "temsil etmek", "çoğaltmak", "değiştirmek", "dağıtmak", "her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek" ve "yayımlamak" şeklindeki birinci grup seçimlik ... yönünden aynı maddenin son fıkrasında düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağı anlaşılmaktadır.*" Bkz.: CGK, E. 2018/621, K. 2021/3, T.

pişmanlık hükmü içerdiği söylenememektedir<sup>11</sup>. Ayrıca, FSEK m. 71/1'in diğer bentlerinde (2-3-4-5-6) yer alan suçlar ile FSEK m. 71/2'de düzenlenen suçlar da etkin pişmanlığın dışında tutulmuştur<sup>12</sup>. Yine, kanunun farklı maddelerinde yer alan diğer suç tipleri de bir etkin pişmanlık hükmü ihtiva etmemektedir. Söz gelimi, teknolojik önlemleri etkisiz kılma (FSEK m. 72) veya bandrol suçlarını<sup>13</sup> (FSEK m. 81/4<sup>14</sup>, 84/9, 84/10, 84/11, 84/12) işleyen faillerin etkin pişmanlıktan yararlanması mümkün değildir. Bu nedenle öğretide, haklı olarak FSEK m. 71/3'ün kapsam itibarıyla sınırlı bir etkin pişmanlık düzenlemesi olduğu belirtilmektedir<sup>15</sup>.

Etkin pişmanlık, kural olarak TCK ve diğer yan ceza kanunlarında dağınık bir şekilde bulunmaktadır. Ancak kanun koyucu kimi zaman bir bölümde yer alan suçlara ilişkin ortak etkin pişmanlık düzenlemeleri ihdas edebilmektedir. Söz gelimi, bir tazmin edici etkin pişmanlık düzenlemesi olan TCK m. 168, malvarlığına karşı suçlara ilişkin ortak bir hükümdür. Ancak bu halde bile, ilgili bölümdeki bazı suçlar etkin pişmanlık hükmününün kapsamına alınmayabilmektedir. Bu durum, hukuki eşitlik sorunlarını beraberinde getirmektedir. Gerçekten TCK m. 168, aynı bölümde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu (TCK m. 165) kapsamına dahil etmemesi

---

28.01.2021 (dejure.ai.). Hukuka aykırı şekilde yayım halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulama alanı bulacağını yönünde bkz.: Bayındır, s. 331.

<sup>11</sup> Türay, s. 654, 844.

<sup>12</sup> Levent Yavuz/Türkay Alıca/Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C. II (49-91. Maddeler), 2. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2014, s. 2303; Türay, s. 748, 762, 780, 791, 804 ve 828.

<sup>13</sup> Muhammed Taha Büyüktavşan, "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 81. Maddesinde Düzenlenen Bandrol Yükümlülüğüne Riayet Etmeme Suçları", *Adalet Dergisi*, Sa. 65, 2020, s. 433; Yusuf Başlar, "Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Bandrol Suçları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sa. 7, 2016, s. 262.

<sup>14</sup> "FSEK m.71/I-1'de sanık lehine mevcut olan bu imkan, FSEK m.81/4 için mevcut değildir." Bkz.: 7. CD., E. 2022/2953, K. 2022/5391, T. 21.03.2022 (lexpera.com.tr).

<sup>15</sup> İhsan Baştürk, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukumuzda Cezai Koruma*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2022, s. 68.

nedeniyle; banka veya kredi kartları ile yarar sağlama suçuna ilişkin TCK m. 245/1 ise malvarlığına karşı suçlarla benzer nitelikte olmasına karşın bir etkin pişmanlık hükmü ihtiva etmemesi nedeniyle hukuk devleti ilkesine ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi (AYM) önüne taşınmıştır.

Hukuki eşitlik ilkesi, Anayasa'nın "*Kanun önünde eşitlik*" başlıklı 10. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, tüm insanlara hukuken eşit davranılmalıdır. Farklı muamele, yalnızca eşitsiz hukuki sonuçları haklı çıkarabilecek nitelikte ve ağırlıkta nedenlerin mevcut olması halinde mümkündür<sup>16</sup>. Kanun koyucu aynı hukuksal durumda olanlara aynı, farklı hukuksal durumda olanlara farklı davranarak hukuki eşitliği sağlamalıdır. Bu durum, yalnızca kişi aleyhine olan düzenlemeler bakımından değil, aynı zamanda etkin pişmanlık gibi lehe düzenlemeler bakımından da geçerlidir<sup>17</sup>. Ancak AYM, hukuki eşitlik ilkesinin, ayrı hukuki durumda olanlara ayrı kurallar öngörmeyi değil, yalnızca aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını engellediğini belirtmektedir. Mahkeme, farklı suç tipleri bakımından farklı artırım veya indirim nedenleri öngörmenin, kanun koyucunun takdir yetkisinin içerisinde olduğunu vurgulamaktadır. Bu çerçevede, TCK m. 165'in aynı zamanda adliyeye karşı işlenmiş bir suç niteliğinde olması ve TCK m. 245/1'in kartın bağlı bulunduğu hesap sahibinin kişisel verilerini de koruması nedeniyle diğer malvarlığına karşı suçlardan ayrıldığına altına çizerek, ilgili faillerin aynı hukuki konumda bulunmadıklarına kanaat getirmiştir. Buna göre, söz konusu farklılıkların, kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırları içerisinde kaldığı değerlendirilmiş ve eşitlik ilkesine bir aykırılık teşkil etmediği sonucuna varılmıştır<sup>18</sup>.

Kanun koyucu kimi zaman söz konusu endişeleri dikkate alarak kanun değişikliği yapabilmektedir. Söz gelimi, yukarıda sözü edilen banka veya kredi kartları ile yarar sağlama suçu için 2006 yılında 5560 sayılı Kanun ile etkin pişmanlık imkanı getirilmiş (TCK m. 245/5) ve

---

<sup>16</sup> Andreas Voßkuhle/Christian Bumke, *Casebook Verfassungsrecht*, 7. bs., 2015, s. 468.

<sup>17</sup> Voßkuhle/Bumke, s. 450-451.

<sup>18</sup> AYM, E. 2007/46, K. 2009/36, T. 26.02.2009; AYM, E. 2006/123, K. 2009/43, T. 05.03.2009 (normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/).

gerekçede eşitlik ilkesine vurgu yapılmıştır<sup>19</sup>. Ancak görüldüğü üzere, AYM'nin hukuki eşitlik ilkesi çerçevesinde etkin pişmanlığın kapsamına ilişkin denetimi oldukça sınırlıdır<sup>20</sup>. Bu nedenle FSEK m. 71/1-1(2) ile diğer bent, fıkra ve maddelerde düzenlenen suçlar arasında kimi farklılıkların bulunması, AYM tarafından etkin pişmanlığın ilk kısma özgülünmesinin hukuki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığı şeklinde yorumlanması için yeterli görülecektir.

Bununla birlikte, FSEK m. 71/3'ün AYM önüne taşınan diğer etkin pişmanlık düzenlemelerinden farklı bir durumu ihtiva ettiği belirtilmelidir. Diğerlerinin aksine, FSEK m. 71/3 yalnızca farklı fıkra ve bentlerde düzenlenen farklı suçlar arasından ayırım yapmamakta, aynı zamanda FSEK m. 71/1-1(2)'de yer alan tek bir suçun seçimlik hareketleri arasında da ayırma gitmektedir<sup>21</sup>. Gerçekten – etkin pişmanlığa dahil olan seçimlik hareketler gibi FSEK m. 71/1-1(2)'de düzenlenen – hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak, ithal veya ihraç etmek, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak ya da depolamak hareketleri, etkin pişmanlık hükmünün kapsamına dahil edilmemiştir<sup>22</sup>. Burada seçimlik hareketler arasında korunan hukuki

<sup>19</sup> 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun", R.G. 19.12.2006, Sa. 26381.

<sup>20</sup> Ayrıca, Mahkeme etkin pişmanlık hükümleri arasındaki koşullar ve hukuki sonuçları itibarıyla ortaya çıkan tutarsızlıklar konusunda da farklı bir yaklaşım sergilememektedir. Bkz.: AYM, E. 2009/6, K. 2010/19, T. 28.01.2010; AYM, E. 2010/38, K. 2011/112, T. 30.06.2011; AYM, E. 2011/22, K. 2012/31, T. 01.03.2012; AYM, E. 2014/127, K. 2015/5, T. 14.01.2015 (normkararlarbilgi bankasi.anayasa.gov.tr/).

<sup>21</sup> Benzer nitelikte etkin pişmanlık düzenlemelerine TCK'da da rastlanmaktadır. Söz gelimi TCK m. 93, yalnızca organ veya dokularını satma eylemine (TCK m. 91/3) yönelik etkin pişmanlık olanağı düzenlerken, aynı fıkroda yer alan satın alma ve satılmasına aracılık etme eylemleri ile birinci, ikinci, beşinci ve altıncı fıkradaki eylemleri ise kapsam dışında bırakmaktadır.

<sup>22</sup> "...hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri "kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak", "ithal veya ihraç etmek" ve "kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak ya da depolamak" şeklindeki ikinci



değer, maddi konu veya manevi unsur yahut yaptırım bakımından bir ayırım yapmak mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla AYM'nin çeşitli kararlarında ortaya koyduğu "faillerin aynı hukuksal durumda bulunmadıkları" argümanı buraya aktarılamamaktadır.

Hükmün itirafçı tanık düzenlemesi niteliğinde olması da bu farklılığı haklı çıkarmaya imkan vermemektedir. Zira nasıl ki hukuka aykırı olarak üretilmiş bir eseri satışı arz eden, satan veya satın alan fail, bunları kimden temin ettiğini bildirerek suçların aydınlatılmasına yardım edebilmekteyse; aynı şekilde hukuka aykırı olarak üretilmiş bir eseri yayan, ithal veya ihraç eden, elinde bulunduran ya da depolayan fail de açıklamada bulunmak suretiyle söz konusu yardımı yerine getirebilir. Farklı bir açıdan bakmak gerekirse, nasıl ki soruşturma makamları suçların aydınlatılması için hukuka aykırı olarak üretilmiş bir eseri satışı arz eden, satan veya satın alan failin vereceği bilgilere ihtiyaç duyuyorsa, aynı şekilde bu nitelikteki bir eseri yayan, ithal veya ihraç eden, elinde bulunduran ya da depolayan failin vereceği bilgilere de muhtaçtır. FSEK m. 71/3 mevcut haliyle hukuki eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Kanaatimizce hükmün kapsamı, FSEK m. 71/1-1(2)'nin tamamını kapsayacak şekilde genişletilmelidir. Böylece hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak, ithal veya ihraç etmek, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak ya da depolamak seçimlik hareketlerini işleyen faillerin de etkin pişmanlıktan yararlanabilmesine imkan sağlanmalıdır<sup>23</sup>.

Öte yandan etkin pişmanlık hükmünde suç olarak düzenlenmemiş bazı eylemlerden de söz edildiği görülmektedir. Gerçekten FSEK m. 71/3'te yalnızca hukuka aykırı olarak "işlenmiş" veya "çoğaltılmış" eserleri değil, aynı zamanda hukuka aykırı olarak "üretilmiş", "dağıtılmış" veya "yayımlanmış" eserleri de satışı arz eden, satan veya satın alan kişinin etkin pişmanlıktan yararlanabileceğini belirtmektedir. Ancak FSEK m. 71/1-1(2) hükmü incelendiğinde,

---

*grup seçimlik hareketler yönünden aynı maddenin son fıkrasında düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağı anlaşılmaktadır." Bkz.: CGK, E. 2018/621, K. 2021/3, T. 28.01.2021 (dejure.ai).*

<sup>23</sup> Türey, s. 706.

bunların suç olarak düzenlenmediği görülmektedir<sup>24</sup>. Söz gelimi hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın dağıtılmış eserleri satın almak, bir ceza yaptırımına tabi kılınmamıştır. Aynı şekilde, FSEK m. 71/3'te yalnızca "eser" den değil, aynı zamanda "icra", "fonogram" ve "yapım" dan da bahsedilmektedir. Halbuki FSEK m. 71/1-1(2)'de suçun konusu olarak yalnızca "eser" e yer verilmektedir. Eser<sup>25</sup>, icra, fonogram ve yapım birbirlerinden bağımsız kavramlar olup, kanunilik ilkesi gereğince eserin tüm bunları kapsayan bir şekilde anlaşılması mümkün değildir. Dolayısıyla etkin pişmanlık hükmü, hukuki eşitlik ilkesinin yanı sıra, kanun yapma tekniği açısından da sorunludur.

### B. Suçun Tamamlanması

FSEK m. 71/3'ün itirafçı tanık düzenlemesi niteliğinde olduğunu açıklamıştık. Kanaatimizce itirafçı tanık düzenlemeleri suçun teşebbüs aşamasında ulaştığı andan itibaren uygulanabilmelidir. Zira hukuka aykırı olarak işlenmiş bir eseri satın alan fail gibi, satın almaya teşebbüs eden fail de suçların aydınlatılmasına yardım edebilir. Ancak itirafçı tanık düzenlemeleri, Türk ceza hukukunda bağımsız bir hukuk kurumu olarak görülmemekte, aksine kanun koyucu tarafından etkin pişmanlık olarak nitelendirilmektedir. Etkin pişmanlık ise suç tamamlandıktan sonra uygulama alanı bulan bir hukuk kurumudur<sup>26</sup>. Kanun koyucu, gönüllü vazgeçmeye ilişkin TCK m. 36'nın gerekçesi dahil birçok yerde bu hususu vurgulamaktadır<sup>27</sup>. Bu nedenle FSEK m. 71/3, satışa arz etmek ve satmak suretiyle yaymak veya satın almak seçimlik hareketlerinin tamamlandığı anda gündeme gelebilecektir. O halde bu hareketlerin ne zaman tamamlandığı belirlenmelidir.

<sup>24</sup> Esra Dikmen, *Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları (FSEK m. 71/1-1)*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2023, s. 154.

<sup>25</sup> FSEK m. 1/B'de eser, "sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini" olarak tanımlanmıştır.

<sup>26</sup> Arif Emre Sümer, "Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Sa. 2, s. 1242.

<sup>27</sup> TCK m. 36 gerekçesi: "Suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hallerinde, artık vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusudur."

Öncelikle, FSEK m. 71/1-1(2)'de asıl hareketlerin “yaymak”, “satın almak”, “ithal etmek”, “ihraç etmek”, “elinde bulundurmak” ve “depolamak” olduğu belirtilmelidir<sup>28</sup>. Yayımak, “Yayma hakkı” başlıklı FSEK m. 23'te yayma ile dağıtmanın eş anlamlı kullanılması nedeniyle eserin dağıtılması şeklinde açıklanmaktadır<sup>29</sup>. Dağıtım ise satmak, satışa arz etmek, kiralamak veya bağışlamak gibi farklı şekillerde gerçekleştirilebilmektedir<sup>30</sup>. Ancak etkin pişmanlık hükmü, bu şekillerden yalnızca “satışa arz etmek” ve “satmak”tan söz etmektedir. Satışa arz etmek, suça konu eserin maddi bir menfaat karşılığında başkasının mülkiyetine geçirileceğinin, potansiyel alıcıların bilgisine sunulmasıdır. Satmak ise maddi bir menfaat karşılığında suça konu eserin mülkiyetinin devredilmesidir<sup>31</sup>. Satma eylemi satış sözleşmesinin yapılmasıyla değil, mülkiyetin satın alan kişiye devredilmesiyle tamamlanmaktadır<sup>32</sup>. Etkin pişmanlık hükmünde yer alan diğer bir hareket türü ise satın almaktır. Hemen belirtelim ki, bu ifadeden FSEK m. 71/1-1(2)'de yazılı “ticari amaçla satın alan” anlaşılmalıdır<sup>33</sup>. Satın alma, suça konu eserin maddi bir menfaat karşılığında mülkiyetinin kazanılmasıdır. Suçun tamamlanması için yalnızca satış sözleşmesinin yapılması yeterli olmayıp, ayrıca mülkiyetin satın alan kişiye devredilmiş olması gerekmektedir<sup>34</sup>.

Kanun'da dış dünyada ayrıca bir değişikliğin meydana gelmesi aranmadığı için sırf hareket suçudur<sup>35</sup>. Buna göre, bahsi geçen hareketlerin tamamlanmasıyla suç oluşacak ve etkin pişmanlığın bu koşulu yerine gelmiş olacaktır.

<sup>28</sup> Dikmen, s. 125 vd; Türay, s. 677.

<sup>29</sup> Türay, s. 679.

<sup>30</sup> Türay, a.y.

<sup>31</sup> Dikmen, s. 126.

<sup>32</sup> Türay, s. 580.

<sup>33</sup> Teknail Özderiyol, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar*, 2. bs., On İki Levha Yay., İstanbul, 2021, s. 1203; Turan, s. 208.

<sup>34</sup> Türay, s. 681.

<sup>35</sup> Ahmet Caner Yenidünya, “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, Sa. 3-4, 2006, s. 254.

### C. Pişmanlık Hareketi

Pişmanlık hareketi, “*hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış*” bir eserin, icranın, fonogramın veya yapımın kimden temin edildiğini bildirmektedir.

Bildirimın hangi süje veya makama yapılacağı, kanunda açıkça gösterilmemiştir. Ancak hükmün amacı suçların aydınlatılması olduğuna göre, bildirim soruşturma veya kovuşturma makamlarına yapılmalıdır. CMK m. 158 uyarınca, suça ilişkin ihbar veya Őikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. Ayrıca, kendilerine yapılan ihbar veya Şikayeti, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına göndermekle yükümlü valilik, kaymakamlık ve mahkemeler de bildirimın muhatabıdır.

Kanunda bildirimın Şekline ilişkin de bir açıklık bulunmamaktadır. Buna göre, fail bildirimini sözlü veya yazılı olarak gerçekleştirebilir. Ancak tebligat ile bildirim, yalnızca açıklamada bulunanın kim olduğunun belli olması halinde hukuki sonuç doğurur.

Etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen fail veya Şerik, suça konu eseri kendisine temin eden kişiyi soruşturma makamlarına açıklamalıdır. Ancak mutlaka temin eden kişinin isim-soyisim bilgisinin verilmesi Şart görülmemelidir, temin edenin belirlenebilmesine imkan veren bilgiler de yeterli kabul edilmelidir. Öğretide, temin eden kişinin adresinin veya nerede bulunabileceğinin de bildirilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>36</sup>. Ancak temin edenin belirlenebilmesini mümkün kılan fail hakkında, yalnızca ilgili kişinin adresini bildirmediği için etkin pişmanlık hükmünün uygulanmaması yoluna gidilmemelidir. Önemli olan verilen bilginin, faillerin yakalanmalarını sağlamaya elverişli olmasıdır.

Bildirimın içeriği, suçların aydınlatılmasına önemli bir katkı mahiyetinde olmalıdır. Bu çerçevede bildirim, henüz soruşturma makamları tarafından temin eden kişinin kimliği öğrenilmeden önce yapılmalıdır. Halihazırda bilinen bir bilginin açıklanması, pişmanlık hareketi olarak failin hesabına katılmamalıdır. Ancak soruşturma

---

<sup>36</sup> Türay, s. 705.

makamları çok sayıda kişiden şüpheleniyor ancak temin eden kişinin hangisi olduğuna henüz kanaat getiremiyorsa, itirafçı tanığın açıklaması suçların aydınlatılmasına önemli bir katkı olarak değerlendirilmeli ve etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır.

İştirak halinde işlenen suçlarda, etkin pişmanlığın şahsi bir sebep olmasının bir sonucu olarak yalnızca bildirimde bulunan fail veya şerik etkin pişmanlıktan yararlanacaktır<sup>37</sup>. Suça konu maddeleri temin eden kişilerin, faillerden birinin verdiği bilgiler sayesinde yakalanması halinde, ceza ayrıcalığı buna bir katkıda bulunmayan diğer suç ortaklarına sirayet etmeyecektir.

Birden fazla fail veya şerikin farklı zamanlarda açıklamada bulunması halinde, etkin pişmanlık yalnızca ilk açıklamada bulunan kişi hakkında uygulanmalıdır. Ancak suç ortaklarının aynı anda açıklamada bulunmaya hazır olmaları halinde, ilk olarak kimin beyanının alındığı bir önem arz etmemektedir<sup>38</sup>.

Öte yandan kanun lafzında, etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için yalnızca temin eden kişinin bildirilmesini yeterli görülmemiş, ayrıca bu kişinin yakalanması da şart koşulmuştur. Öğretide de temin eden kişinin yakalanmadığı durumlarda, failin, gerekli bilgileri paylaşmış olsa dahi, etkin pişmanlığın hukuki sonucundan yararlanamayacağı savunulmaktadır<sup>39</sup>. Ayrıca, bu sebeple FSEK kapsamında etkin pişmanlık imkanının uygulanamaz hale getirildiği belirtilerek, madde metni eleştirilmektedir<sup>40</sup>.

Kanaatimizce, FSEK m. 71/3 itirafçı tanık düzenlemelerinin amacı ve mantığı ile uyumlu değildir. Zira bu tür düzenlemelerde failden beklenen suçların aydınlatılmasına, suçluların yakalanmasına veya suça konu maddelerin ele geçirilmesine yardım etmesidir. Buna karşın suçluların yakalanması görevi, etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen

---

<sup>37</sup> Bayındır, s. 331.

<sup>38</sup> Kinzig, § 46b, kn. 12.

<sup>39</sup> Özderiyol, s. 1204; Türay, s. 705; Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 2304.

<sup>40</sup> Yenidünya, "Telif ve Bandrol Suçları". Hükmün zamanındalık olarak kovuşturma evresinin öncesi ile sınırlanmasını da dikkate alarak aynı yönde bkz.: Baştürk, s. 68.

fail veya şeriklere yüklenmemektedir. Gerçekten bu konuda yetki ve görev soruşturma makamlarının uhdesinde olup, itirafçı tanığa devredilmemektedir<sup>41</sup>. Fail soruşturma makamlarına ne kadar nitelikli ve detaylı açıklamada bulunmuş olursa olsun, temin eden kişi veya kişiler, kolluk görevlilerin bilgiyi iyi değerlendirememeleri, harekete geçmekte ihmalkarlık göstermeleri veya suçluların yurt dışına kaçmış olması nedeniyle yakalanamamış olabilir. Bu konuda etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen kişinin yapabilecekleri son derece kısıtlıdır. Dolayısıyla failin sorumluluğu, açıkladığı bilginin niteliği ve önemi ile sınırlı tutulmalıdır.

Türk ceza hukukunda, FSEK m. 71/3'e benzer şekilde, itirafçı tanığın etkin pişmanlıktan yararlanabilmesini suç ortaklarının yakalanmasına bağlı kılan başka etkin pişmanlık düzenlemeleri de bulunmaktadır. Söz gelimi uyuruşturucu veya uyarıcı madde suçlarına ilişkin TCK m. 192/1, bu suçlara iştirak etmiş olup etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen kişinin yalnızca suç ortakları veya suça konu maddelerin yerlerini merciiine haber vermeyi yeterli görmemekte, aynı zamanda verilen bilginin suç ortaklarının veya suça konu maddelerin ele geçirilmesini sağlamasını şart koşmaktadır. Ancak öğretilerde, yukarıda dile getirdiğimiz hususları dikkate alınmak suretiyle, failin doğru, etkili ve faydalı bilgi verip vermediği incelemekte ve suçların aydınlatılmasına önemli bir katkıda bulunan itirafçı tanığın, hükmün hukuki sonucundan yararlandırılması gerektiği belirtilmektedir<sup>42</sup>.

Sonuç olarak, FSEK m. 71/3 bağlamında da suça konu eserin temin ettiği kişiyi bildiren fail veya şerikin, bildirdiği kişiler yakalamamış olsa dahi, pişmanlık hareketini yerine getirdiği kabul edilmelidir<sup>43</sup>. Ayrıca, bu çerçevede FSEK m. 71/3'te kanuni bir değişiklik yapılması isabetli olacaktır.

---

<sup>41</sup> Baştürk, s. 69.

<sup>42</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2021, s. 997-998; Fahrettin Kıdıll, *Türk Ceza Hukukunda Uyuruşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları*, Adalet Yay., Ankara, 2020, s. 260-261.

<sup>43</sup> Bayındır, s. 330.

### D. Gönüllülük

Etkin pişmanlığın diğer bir koşulu, gönüllülüktür. Gönüllülüğün tanımına ve içeriğine dair açıklamalar, psikolojik veya normatif teoriler olmak üzere iki ana başlıkta toplanmaktadır<sup>44</sup>. Ancak gerek Alman gerekse Türk uygulaması subjektif teoriyi esas almaktadır<sup>45</sup>. Buna göre, gönüllülük failin dışsal bir zorlayıcı duruma veya zihinsel bir baskıya maruz kalmadan pişmanlık hareketini gerçekleştirmesi anlamına gelmektedir<sup>46</sup>.

Öte yandan “pişmanlık” kavramının günlük dilde veya din, psikoloji ve sosyoloji gibi farklı alanlarda kullanımı, gönüllülüğün içeriğinin karıştırılmasına neden olabilmektedir. Ancak etkin pişmanlıkta, failin onaylanmaya değer veya etkin açıdan değerli bir saike sahip olması ya da ahlaki bir gelişim göstermesi gerekmemektedir<sup>47</sup>. Şüphesiz böyle bir saik veya duygu etkin pişmanlığa engel değildir ancak failin her zaman gerçek bir pişmanlık, acıma veya utanma duygusuyla hareket etmesi beklenmemelidir.

<sup>44</sup> Ali Emrah Bozbayındır, “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede “Gönüllülük” Şartı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/1, s. 97 vd.

<sup>45</sup> Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta Basım, Ankara, 2017, s. 852.

<sup>46</sup> Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. bs., Beta Yay., İstanbul, 2016, s. 476-477; Yavuz Erdoğan, “Gönüllü Vazgeçme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sa. 13, 2010, s. 102.

<sup>47</sup> Alexander Gutmann, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, Hansischer Gildenverlag Joachim Heitmann, Hamburg, 1963, s. 120 ve 213; Holger Matt/Frank Saliger, “Ausbau der Tätigen Reue im deutschen Strafrecht”, *Österreichisches Anwaltsblatt*, Sa. 6, 2016, s. 309; Morten Blöcker, *Tätige Reue*, Nomos, 2000, s. 139 ve 147; Mustafa Temmuz Oğlakcıoğlu/Tobias Oliver Kulhanek, “Antizipierte tätige Reue”, *Juristische Rundschau*, Sa. 11, 2014, s. 464 ve 467; Veli Özer Özbek, *İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı – Gerekçeli – İçtihatlı): Cilt I Genel Hükümler – Madde 1-75*, 4. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2010, s. 628.

Dolayısıyla ahlaki değerlendirmeler prensip olarak dışarıda bırakılmalıdır<sup>48</sup>.

FSEK m. 71/3 hükmü incelendiğinde, açıkça gönüllülükten söz eden bir ifadeye rastlanmamaktadır. Benzer durumlar, TCK'da düzenlenen birçok etkin pişmanlık düzenlemesinde de karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten TCK m. 93/1, 184/5, 192/1-2, 192/4, 201/1-2, 221/1, 248/1, 254/1, 282/6, 289/2 ve 316/2'de herhangi bir gönüllülük unsuru bulunmamaktadır. Öğretide, bu nevi kimi boşlukların soruşturma makamlarının suç olgusunu öğrenmiş olup olmadığı dikkate alınarak yapılan bilinçli bir tercih olduğu belirtilmektedir. Söz gelimi, zimmet suçuna ilişkin etkin pişmanlık düzenlemesi olan TCK m. 248'in soruşturma öncesi uygulama alanı bulan 1. fıkrasında gönüllülüğe yer verilmezken, soruşturma başladıktan sonra uygulama alanı bulan 2. fıkrasında "gönüllü olarak" kavramının kullanılmasının bilinçli bir tercih olduğu ileri sürülmektedir<sup>49</sup>. TCK m. 93/1 ile 93/2 ve TCK m. 192/1-2 ile 192/3 arasında da benzer bir ilişkiden söz edilebilir. Ancak tüm boşluklar tutarlı bir şekilde açıklanamamaktadır. Söz gelimi fail hakkında verilen mahkumiyet kararının kesinleşmesinden sonra dahi uygulanabilen TCK m. 184/5'te herhangi bir gönüllülük kavramına rastlanmamaktadır.

Benzer bir tartışma Alman ceza hukukunda da yapılmaktadır. Zira birer etkin pişmanlık düzenlemeleri olan Alman Ceza Kanunu (Al.

---

<sup>48</sup> "TCK m. 192'ye ilişkin kanun görüşmeleri sırasında Prof. Dr. Adem Sözüer: "Gönüllü vazgeçme veya etkin pişmanlıkta, kişinin iç dünyasında gerçekten nedamet duyup duymadığına bakmıyoruz sadece. Yani, gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık da, biz, suç politikası gereğince, kişinin suç yolundan, kendi iradesiyle dönüp dönmemesine bakıyoruz. O yüzden, kendi iç dünyasında gerçekten pişmanlık duyup duymadığına ilişkin konular, aslında ne gönüllü vazgeçmeyi, suça teşebbüsü ne de buradaki etkin pişmanlığı belirleyici unsuru değildir." Bkz.: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, *Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2005.

<sup>49</sup> Ali Kemal Yıldız, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları*, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2007, s. 310; İsmail Malkoç, *Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu: Özel Hükümler*, C. II, Ankara, 2006, s. 1653; İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu*, 2. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2012, s. 71.



CK) § 239a/4 ve 266a/6'te gönüllülük unsuruna yer verilmemiştir<sup>50</sup>. Bir görüş, bu farklılığı ilgili düzenlemelerin çok farklı tarihlerde ihdas edilmesiyle açıklamaktadır<sup>51</sup>. Diğer bir görüş ise kanun koyucunun etkin pişmanlık yoluyla hukuki değerlerin korunmasına teşvik oluştururken, bunu ek bir gönüllülük engeline bağlı kılmamak için bilinçli bir tercihte bulunduğu savunmaktadır<sup>52</sup>. Ancak tüm boşlukların bilinçli olduğuna yönelik açık bir belirti bulunmamaktadır<sup>53</sup>. Nedeni kolaylıkla açıklanamayan bu tatmin edici olmayan durumun kolaylıkla giderilmesi de mümkün gözükmemektedir<sup>54</sup>. Zira gönüllülük unsurunun böyle bir koşul öngörmeyen etkin pişmanlık düzenlemelerine kıyasen uygulanması, failin aleyhine kıyas teşkil edecektir. Alman öğretisi ise bu tür bir kıyası reddetmektedir<sup>55</sup>. Bu nedenle şantaj amacıyla insan kaçırma suçuna ilişkin Al. CK § 239a/4'te, failin etrafını kolluk görevlileri sardığı için silahını bırakarak mağdurların ayrılmasına izin vermesi halinde dahi etkin pişmanlıktan yararlanacağı belirtilmektedir<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> Martin Heger, *Lackner/Kühl/Heger Strafgesetzbuch*, 30. bs., C.H.BECK, 2023, § 239a, kn. 10.

<sup>51</sup> Albin Eser/Nikolaus Bosch, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. bs., C.H.BECK, 2019, § 24, kn. 117-118.

<sup>52</sup> Viviana E. Thompson, "Modelle" der Selbstanzeige im Wirtschaftsordnungswidrigkeitenrecht und ihre strafrechtlichen Vorbilder, Duncker & Humblot, Berlin, 2018, s. 43, dn. 109.

<sup>53</sup> Sophie Härtl-Meißner, *Die tätige Reue im deutschen und österreichischen Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2020, s. 173-174.

<sup>54</sup> Horst Schröder, "Die Koordinierung der Rücktrittsvorschriften", *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, s. 383-384.

<sup>55</sup> Hans-Joachim Fritz, *Die Selbstanzeige im Beitragsstrafrecht gemäß § 266a Absatz 5 StGB: Untersuchung zur Einordnung der Vorschrift als materiell-rechtliche Regelung der Wiedergutmachung im Strafrecht*, S. Roderer, Regensburg, 1997, s. 143; Härtl-Meißner, s. 173; Schröder, s. 384.

<sup>56</sup> Urs Kindhäuser/Edward Schramm, *Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 10. bs., Nomos, Baden Baden, 2022, § 239a, kn. 22; Joachim Renzikowski, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. bs., C.H.BECK, 2021, § 239a, kn. 97; Wilhelm Schluckebier, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 13. bs., Walter de Gruyter, Berlin, 2023, § 239a, kn. 54.

Türk öğretisinde ise etkin pişmanlık bağlamında, ilgili düzenlemede gönüllülük unsuruna yer verilsin veya verilmesin, failin gönüllü olarak hareket etmesinin vazgeçilmez bir koşul olduğu ileri sürülmektedir<sup>57</sup>. Yargıtay da bu nevi düzenlemeler söz konusu olduğunda, failin “kendiliğinden” hareket etmesini gerekli görmektedir<sup>58</sup>. Ancak bu uygulamanın, failin aleyhine kıyas teşkil ettiği kanaatindeyiz. Kanunilik ilkesi gereğince (TCK m. 2/3) kıyasen uygulanmanın da mümkün olmadığını düşünüyoruz<sup>59</sup>. Sonuç olarak, FSEK m. 71/3 gönüllülük koşulu içermeyen bir etkin pişmanlık düzenlemesidir. Zorlayıcı bir kuvvet altında hareket eden fail de etkin pişmanlıktan yararlandırılmalıdır.

### E. Zamanındalık

Zamanındalık, pişmanlık hareketinin belirli bir zaman içerisinde yerine getirilmesini ifade etmektedir. Zamanında olmayan bir bilgi açıklamasının, etkin pişmanlık olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

FSEK m. 71/3'e göre, pişmanlık hareketi olarak bildirim, kovuşturma evresine geçilmeden önce yerine getirilmesi gerekmektedir. Kovuşturma, iddianamenin kabulüyle başlayan bir ceza muhakemesi evresini ifade etmektedir (CMK m. 2/1-f). Buna göre, yetkili makamlarca suç şüphesinin öğrenilmesi veya soruşturma işlemlerine başlanması etkin pişmanlığı dışlamamaktadır. İddianamenin düzenlendiği ancak

<sup>57</sup> Baba, s. 93-94.

<sup>58</sup> İmar kirliliğine neden olma suçu bakımından bkz.: “Bu nedenle yıkımın idarece gerçekleştirildiği hâllerde failin yıkıma fiilen karşı gelip gelmediği ve iradi olarak yıkım masraflarını karşılayıp karşılamadığı hususları araştırılarak failin fiilen yıkıma karşı gelmediğinin ve cebri icra gibi herhangi bir zorlama olmaksızın kendiliğinden yıkım masrafları ödendiğinin tespit olunması” Bkz.: CGK, E. 2017/684, K. 2018/479, T. 25.10.2018 (legalbank.net). Parada sahtecilik suçu bakımından bkz.: sanık ... ve diğer suç ortaklarının parada sahtecilik suçunu işlediklerini kendiliğinden görevlilere açıklayarak, üzerinde bulunduğu sahte paraları görevlilere teslim ettiği” Bkz.: 8. CD, E. 2017/24926, K. 2018/2839, T. 15.03.2018 (legalbank.net).

<sup>59</sup> Abdullah Batuhan Baytaz, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018, s. 349.

henüz iddianamenin kabulüne karar verilmediği aşama da – soruşturmanın bir parçası olduğundan – etkin pişmanlığın uygulama alanına dahildir. İddianamenin verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde kabul edilmesi gerekmektedir. Bu süre sonunda iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılmaktadır. Böylece kamu davası açılmakta ve kovuşturma evresi başlamaktadır (CMK m. 174/1-3, 175). Kovuşturma evresine geçildikten sonra yapılan bilgi açıklaması, bildirimde bulunan fail veya şerikin FSEK m. 71/3 hükmünden yararlanmasını sağlamayacaktır<sup>60</sup>. Ancak bu kişiler bakımından takdiri indirim nedeninin (TCK m. 62) uygulanması mümkündür.

Yürütülen ceza muhakemesi, FSEK m. 71/1-1’de yazılı suçlarla ilgili olmalıdır. Başka bir suç nedeniyle kovuşturma evresine geçilmesi, etkin pişmanlığın uygulanmasına bir engel teşkil etmemelidir. Ayrıca, iştirak halinde işlenen suçlarda henüz suç isnadı kendisine yönetilmemiş olan fail veya şerik, diğer suç ortakları hakkında kovuşturma evresine geçilmiş olsa dahi, etkin pişmanlıktan yararlanabilmelidir.

Arzu edilen bu olsa bile, FSEK m. 71/3 failin fırsatı olan ilk anda açıklamada bulunmasını gerektirmemektedir. Suç şüphesinin öğrenilmesinden önce iş birliği yapmayı, soruşturma evresinde bilgi vermeyi tercih eden fail veya şerik de etkin pişmanlıktan yararlanacaktır. Ancak bu durum, mahkemece hükmün hukuki sonucunu tayin edilirken, önemli bir rol üstlenebilir.

Ayrıca belirtelim ki, zamanındalık koşulu yalnızca itirafçı tanığın bildirimde bulunma anına ilişkindir<sup>61</sup>. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, temin eden kişilerin yakalanmasını etkin pişmanlığın sonuç doğurması için gerekli görmemekteyiz. Ancak aksi yöndeki görüşün kabul edilmesi halinde dahi, temin eden kişilerin kovuşturma evresine geçildikten sonra yakalanması, itirafçı tanık kovuşturma evresinden önce bildirimde bulunduğu takdirde, onun etkin pişmanlıktan yararlanmasını engel teşkil etmeyecektir<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Özderiyol, s. 1205.

<sup>61</sup> Türay, s. 706.

<sup>62</sup> Aynı yönde bkz.: Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 2304.

Öğretide, etkin pişmanlık hükmünün uygulama alanının kovuşturma evresine geçilmeden önceki aşama ile sınırlandırılması eleştirilmektedir. Buna göre, failin kovuşturma evresinde de etkin pişmanlıktan yararlanmasının önü açılmalıdır<sup>63</sup>. Ayrıca, kovuşturma evresi için daha düşük bir cezada indirim oranı öngörülebileceği belirtilmektedir<sup>64</sup>. Gerçekten çeşitli etkin pişmanlık düzenlemeleri incelendiğinde, kanun koyucunun kimi zaman farklı ceza muhakemesi aşamaları için farklı cezada indirim oranları belirleyerek hükmün uygulama alanını genişlettiği görülmektedir. Söz gelimi malvarlığına karşı suçlara ilişkin TCK m. 168, kovuşturma başlamadan önceki aşamaya özgü birinci fıkrasında cezanın üçte ikisine kadarın indirilmesini öngörürken; kovuşturma başladıktan sonra ancak hüküm verilmezden önceki ikinci fıkrasında cezanın yarısına kadarının indirilmesini öngörmektedir. Yine, uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarına ilişkin TCK m. 192, suçun resmi makamlar tarafından haber alınmadan önceki aşamada (1. ve 2. fıkra) cezasızlık sağlarken; suç haber alındıktan sonra aşamada (3. fıkra) yardımın niteliğine göre dörtte birden yarısında kadar indirim sağlamaktadır. Benzer bir yaklaşıma FSEK m. 71/3'te niye yer verilmediği, kanunun gerekçesinden anlaşılamamaktadır.

Etkin pişmanlık düzenlemelerinin uygulama alanına ilişkin bu tür tutarsızlıklar, eşitlik ilkesinin ihlali endişelerini de beraberinde getirmektedir. Gerçekten kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin TCK m. 110'un, birçok düzenlemenin aksine, etkin pişmanlık imkanını soruşturmaya başlanmadan önceki aşama ile sınırlaması nedeniyle eşitlik ilkesini ihlal ettiği ileri sürülmüş ve konu AYM önüne taşınmıştır. AYM ise etkin pişmanlık düzenlemeleri arasında, düzenlemelerin amacı doğrultusunda farklı koşullar öngörmenin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini belirterek, TCK m. 110 ile mağdurun bir an önce hürriyetine kavuşmasının amaçlandığını vurgulamış ve bu doğrultuda yapılan sınırlamanın kanun koyucunun takdir yetkisi içinde

---

<sup>63</sup> Yavuz/Alıca/Merdivan, a.y.

<sup>64</sup> Türay, s. 706.

bulduğuna kanaat getirmiştir<sup>65</sup>. Yine, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda yer alan etkin pişmanlık düzenlemesinin (m. 5/2) kovuşturma evresinde uygulanamaması nedeniyle eşitlik ilkesi ihlal ettiği öne sürülmüştür. Ancak Mahkeme, önceki yaklaşımını sürdürerek, söz konusu ilkenin farklı hukuki durumda olanlara aynı kurallar öngörmeyi gerektirmediğini belirtmiş ve düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir<sup>66</sup>. Buna göre, FSEK m. 71/3 kapsamında benzer bir nedenle ortaya konacak bir somut norm itirazının, AYM nezdinde ihlal ile sonuçlanması olası görünmemektedir.

Her ne kadar FSEK m. 71/3'ün kovuşturmaya geçilmeden önceki aşama ile sınırlanması, Anayasa'ya bir aykırılık oluşturmasa da yapılacak bir kanun değişikliği ile hükmün uygulama alanının kovuşturma evresine genişletilmesi de herhangi bir Anayasal ilkeyi ihlal etmeyecektir. Halihazırda kovuşturma evresinde de uygulanabilen birçok etkin pişmanlık düzenlemesi bulunduğu gibi, mahkumiyet kararı kesinleşinceye kadar gündeme gelebilen düzenlemelere (örneğin TCK m. 274/3) ve hatta kesin hükümden sonra dahi uygulanabilen düzenlemelere (örneğin TCK m. 184/5) rastlamak mümkündür. Bilakis, bu genişletme, fail ve şerikleri manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçlarının aydınlatılmasına katkıda bulunmaya teşvik edecektir. Zira öğretilerde belirtildiği üzere, yetkili makamlarla iş birliği yapma isteği, genellikle kovuşturma evresinde ortaya çıkmaktadır<sup>67</sup>.

Sonuç olarak, FSEK m. 71/3'ün kovuşturma evresine genişletilmesine yönelik öneriye katılıyoruz. Ancak bunun mutlaka ceza indirim oranının azaltılarak yapılması gerektiği yaklaşımına iştirak etmiyoruz. Zira bir sonraki başlıkta açıklayacağımız üzere, hukuki sonucu belirleyen tek kriterin açıklamanın zamanı olmaması gerektiği kanısındayız.

---

<sup>65</sup> AYM, E. 2009/6, K. 2010/19, T. 28.01.2010 (normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/).

<sup>66</sup> AYM, E. 2014/127, K. 2015/5, T. 14.01.2015 (normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/).

<sup>67</sup> Kinzig, § 46b, kn. 20.

### III. Etkin Pişmanlığın Hukuki Sonucu

Etkin pişmanlık cezayı kaldıran veya azaltan şahsi cezasızlık sebebidir. FSEK m. 71/3 ise hem cezasızlık hem de cezada indirim olanağı öngören Türk ceza hukuku bakımından istisnai sayılabilecek bir hukuki sonucu ihtiva etmektedir. Yukarıda açıklanan koşulları yerine getiren fail veya şerik hakkında cezada indirim uygulanabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilmektedir.

Hukuki sonucu tayin edecek olan mahkemedir. Ancak kanunda, mahkemenin bu iki sonuçtan birini tercih ederken, hangi ölçütü esas alacağına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte itirafçı tanık düzenlemeleri söz konusu olduğunda, belirleyici husus açıklamanın mahiyetidir. Gerçekten organ veya dokularını satma suçuna ilişkin TCK m. 93/2 veya uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına ilişkin TCK m. 192/3 gibi benzer nitelikteki etkin pişmanlık düzenlemelerinde, cezada indirim oranının açıkça yardımın niteliğine göre tayin edileceği belirtilmiştir. Ayrıca, Yargıtay, bu yönde bir ibareye yer verilmemesine rağmen, örgüt suçlarına ilişkin TCK m. 221/4(2)'de cezada indirim oranını belirlerken, verilen bilginin niteliğini ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların aydınlatılmasına ile suç ortaklarının tespitine katkısını esas almaktadır<sup>68</sup>.

Buna göre, suç konu eseri satışa arz eden, satan veya satın alan kişinin, yetkili makamlara yaptığı açıklamaların niteliği önem arz etmektedir. Hukuki sonuç belirlenirken, eseri temin eden kişinin yalnızca tasvir mi edildiği yoksa açık kimlik bilgisinin mi paylaşıldığı,

<sup>68</sup> "5237 sayılı Kanun'un 221 inci maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesi kapsamında etkin pişmanlıkta bulunulduğunun kabulü halinde bu suçtan dolayı verilecek cezada 1/3'ten 3/4'e kadar bir indirim yapılacağı öngörülmektedir. Buna göre belirlenen cezadan en az 1/3, en fazla 3/4 oranında bir indirim yapılacaktır. Bu iki sınır arasında yapılacak indirim, verilen bilginin niteliği, örgütün yapısı ve faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ya da diğer örgüt mensuplarının tespiti ile ilgili olmak üzere elverişlilik derecesi, ceza soruşturması ya da kovuşturmasının hangi aşamasında etkin pişmanlıkta bulunulduğu gibi kıstaslar nazara alınarak mahkeme tarafından takdir ve tayin edilecektir." Bkz.: 3. CD, E. 2022/31417, K. 2024/4369, T. 20.03.2024; 3. CD., E. 2021/21720, K. 2024/9511, T. 10.09.2024 (lexpera.com.tr).

bu kişinin nerede bulunabileceği dair bilgi verilip verilmediği, eserin temin edildiği birden fazla kişi varsa bunların tamamının açıklanıp açıklanmadığı ve eserin ne zaman ve nerede temin edildiğine dair somut, doğru ve faydalı bilgi verilip verilmediği göz önünde bulundurulmalıdır.

Öte yandan hukuki sonucun tayininde açıklamanın zamanı da dikkate alınmalıdır. Her ne kadar mevcut düzenleme itibarıyla etkin pişmanlıktan yalnızca kovuşturma evresine geçilene kadar yararlanmak mümkün ise de suç şüphesinin yetkili makamlarca öğrenilmesinden önce yapılan açıklama ile soruşturma evresi başladıktan sonra yapılan açıklama bir tutulmamalıdır. Ancak bu durum, mutlaka ilk halde cezasızlık; ikinci halde ise ceza indirimini uygulanacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Zira kimi zaman nispeten geç yapılan bir açıklama, erken aşamada yapılan bir açıklamaya kıyasla, suçların aydınlatılmasına çok daha büyük bir katkıda bulunabilir. Dolayısıyla failin imkanı olan ilk anda açıklama yapmaması, cezasızlık olanağını ortadan kaldırmamalıdır.

Kanaatimizce etkin pişmanlığın hukuki sonucu gerek açıklamanın içeriği ve bunun fail veya şerikin konumu ile uyumu gerekse açıklamanın zamanı bir bütün olarak değerlendirilerek belirlenmelidir<sup>69</sup>. Bu çerçevede, hükmün uygulama alanının kovuşturma evresine genişletilmesine yönelik önerimiz kabul edilirse dahi, hukuki sonuç bağlamında bir değişiklik yapılması gerekmemektedir.

Son olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Kamu davasını açmada takdir yetkisi*" başlıklı 171. maddesine göre, yürütülen bir soruşturma kapsamında Cumhuriyet savcısı tarafından yeterli şüphe elde edilmiş olmasına rağmen, cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların varlığı halinde, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebilmektedir. Bu yetkinin kullanılabilmesi, etkin pişmanlık düzenlemesinin salt cezayı kaldıran bir etki göstermesine bağlıdır. Ancak FSEK m. 71/3'ün doğrudan doğruya cezayı kaldıran şahsi sebep olduğu söylenememektedir. Zira fıkrada hukuki sonuç olarak cezasızlık ve ceza indirimini birlikte öngörülmüştür. Yukarıda ifade edildiği üzere, hukuki

<sup>69</sup> Karş. Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 2304.

sonucu tayin etme yetkisi de mahkemeye aittir. Cumhuriyet savcısının henüz soruşturma evresinde bu konuda bir karar verme imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle FSEK m. 71/3'te yazılı koşulların yerine geldiğinden bahisle, Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi kullanarak kovuşturma yer olmadığı kararı vermesi mümkün değildir.

## SONUÇ

Suç sonrası olumlu bir davranış olarak etkin pişmanlık, yalnızca kanunda öngörülen suç tiplerinde karşımıza çıkmaktadır. Kurumun bu dağınık yapısı, etkin pişmanlık düzenlemelerinin kapsamı, koşulları ve hukuki sonuçlarına yönelik tartışmaları beraberinde getirmektedir. Gerçekten FSEK m. 71/3'te yer alan etkin pişmanlık hükmü de birçok açıdan tartışmalı bir düzenlemedir.

Çalışmada öncelikle etkin pişmanlık düzenlemeleri sınıflandırılarak, FSEK m. 71/3'ün itirafçı tanık düzenlemesi niteliğinde olduğu belirlenmiştir. Zira failden, zararı önlemesi veya zararı gidermesi beklenmemektedir. Aksine, suça konu maddeleri kimden temin ettiğini bildirmesi istenmektedir. Böylece kanun koyucu, bir ceza ayrıcalığı oluşturmak suretiyle failleri suçların aydınlatılmasına önemli bir katkıda bulunmaya teşvik etmektedir.

FSEK m. 71/3'ten yalnızca *“hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı”* satışı arz etme, satma veya satın alma eylemlerini gerçekleştiren fail veya şerikler yararlanabilmektedir. Sözü edilen seçimlik hareketler ise kural olarak FSEK m. 71/1-1(2)'de düzenlenmektedir. Buna göre, maddede yazılı diğer suçları veya FSEK'ye yer alan farklı suçları işleyen kişilerin, etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi mümkün değildir. Ancak benzer bir etkin pişmanlık davranışını gerçekleştirmeleri halinde, bu durum takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilecektir.

Aynı kanunda düzenlenmiş olsa bile, farklı suçlara ilişkin bu farklı tutum, prensip olarak hukuki eşitlik ilkesini ihlal etmemektedir. Zira suçlar arasında korunan hukuki değer veya maddi konu gibi hususlarda farklılıklar bulunması, kanun koyucunun geniş takdir yetkisi kapsamında, farklı muameleyi haklı çıkarmaya yeterli görülmektedir. Ancak etkin pişmanlık düzenlemesi, FSEK m. 71/1-1(2)'de yazılı tüm seçimlik hareketleri de bünyesinde barındırmamaktadır. Gerçekten



hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak, ithal veya ihraç etmek, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak ya da depolamak hareketleri, etkin pişmanlık hükmünün kapsamına dahil edilmemiştir. Bu durum, hukuki eşitlik ilkesi bakımından sorunlu gözükmektedir.

Ayrıca, FSEK m. 71/1-1(2)'nin maddi konusu yalnızca "eser" dir. Ancak FSEK m. 71/3'te eserin yanı sıra, "icra", "fonogram" ve "yapım" dan da bahsedilmektedir. Dolayısıyla, etkin pişmanlık hükmü, suç olarak düzenlenmemiş kimi hareketleri de kapsar şekilde formüle edilmiştir. Bu nedenle FSEK m. 71/3 kanun yapma tekniği açısından da sorunlu gözükmektedir.

Pişmanlık hareketi, "hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eserin, icranın, fonogramın veya yapımın kimden temin edildiğini" bildirmektedir. Bildirim, sözlü veya yazılı olarak Cumhuriyet Başsavcılığına, kolluk makamlarına, valilik, kaymakamlık ve mahkemelere yapılabilir.

Bildirimin içeriği, suçların aydınlatılmasına önemli bir katkı mahiyetinde olmalıdır. Bildirilen kişilerin yakalanmalarını sağlamaya elverişli bilgi, önemli bir katkı olarak kabul edilmelidir. Ancak soruşturma makamlarının bir ihmali veya dikkatsizliği nedeniyle bildirilen kişilerin yakalanamaması, itirafçı tanığın etkin pişmanlıktan yararlanmasına bir engel teşkil etmemelidir. Aksi bir kabul, hükmün uygulanabilirliğini azaltacağı gibi, adil olmayan sonuçlara da neden olabilecektir.

İştirak halinde işlenen suçlarda, etkin pişmanlığın şahsi bir sebep olmasının bir sonucu olarak yalnızca bildirimde bulunan fail veya şerik hükmün hukuki sonucundan yararlanacaktır.

FSEK m. 71/3'te açıkça gönüllülükten söz eden bir ifade bulunmamaktadır. Hükmün uygulanabilmesi için etkin pişmanlık kurumunun isminden veya amacından hareketle gönüllülük koşulu aramak, fail aleyhine kıyas teşkil edeceğinden, kanunilik ilkesi aykırıdır. Zorlayıcı bir kuvvet altında hareket eden fail de etkin pişmanlıktan yararlandırılmalıdır.

Bildirim, kovuşturma evresine geçilmeden önce yerine getirilmelidir. Bu andan sonra yapılan bildirimler, yalnızca takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabilir. Ancak kanaatimizce, etkin pişmanlığın uygulama alanı hüküm kesinleşinceye kadar genişletilmelidir. Zira yetkili makamlarla iş birliği yapma isteği, genellikle kovuşturma evresinde ortaya çıkmaktadır.

FSEK m. 71/3'te hukuki sonuç olarak cezada indirim veya ceza vermekten vazgeçme imkanı birlikte öngörülmüştür. Bu nedenle Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi mümkün değildir.

Hukuki sonucu tayin edecek olan mahkemedir. Kanunda bir açıklık olmamakla birlikte bu konuda, açıklamanın içeriği, bunun itiraı tanığın konumu ile uyumu ve açıklamanın zamanı bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**ıkar atışması:** Yazar çıkar atışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

## EXTENDED SUMMARY

*Effective remorse, as offender's positive post-offense conduct, appears only in the types of crimes stipulated in the law. This disorganized structure of the institution brings along discussions on the scope, conditions and legal consequences of effective remorse regulations. Indeed, the provision on effective remorse under Art. 71/3 of the Law No. 5846 is a controversial provision in many respects.*

*In the study, first of all, effective remorse regulations are classified, and it is determined that Art. 71/3 of the FSEK is in the nature of a principal witness regulation. This is because the perpetrator is not expected to prevent or remedy the damage. On the contrary, the perpetrator is required to provide information from whom he obtained the items subject to the crime. Thus, the legislator encourages the perpetrators to make an important contribution to the investigation of crimes by creating a criminal privilege.*

*Only perpetrators who commit the acts of offering for sale, selling or purchasing a work, performance, phonogram or production that has been unlawfully produced, adapted, reproduced, distributed or broadcast may benefit from Art. 71/3 of the FSEK. The aforementioned optional acts are regulated in Art. 71/1-1(2) of the Code. Accordingly, it is not possible for persons who commit other crimes written in the article or other crimes included in FSEK to benefit from effective remorse. However, if they perform a similar act of effective remorse, this may be taken into consideration as a reason for discretionary reduction.*

*Even if regulated under the same law, this different treatment of different offenses does not, in principle, violate the principle of legal equality. This is because the differences between the offenses in terms of the legal value protected or the material object are deemed sufficient to justify the different treatment within the framework of the legislator's broad discretion. However, the effective remorse regulation does not include all the optional acts listed in Art. 71/1-1(2) of the Code. Indeed, the acts of disseminating, importing or exporting, possessing or storing for nonprivate use any works adapted or reproduced unlawfully are not included in the scope of the effective remorse provision. This situation seems problematic in terms of the principle of legal equality.*

*Furthermore, the material object of Art. 71/1-1(2) of the Code is only "work". However, Art. 71/3 FSEK also mentions "performance", "phonogram"*

*and “production” in addition to the work. Consequently, the effective remorse provision has been formulated in such a way as to cover certain acts that are not regulated as criminal acts. For this reason, Art. 71/3 FSEK seems problematic in terms of legislative technique.*

*The act of remorse provides information about the person from whom a work has been unlawfully produced, adapted, reproduced, distributed or broadcast. Notification may be made orally or in writing to the public prosecutor’s office, law enforcement agencies, governorships, district governorships and courts.*

*The content of the report must make a significant contribution to the investigation of criminal offenses. Information that is sufficient to ensure the capture of the reported persons should be considered a significant contribution. However, the failure to capture the reported persons due to the negligence or carelessness of law enforcement officers should not constitute an obstacle to the confessing witness benefiting from effective remorse. To assume otherwise would not only limit the applicability of the provision but could also lead to unjust consequences.*

*Art. 71/3 of FSEK does not explicitly mention voluntariness. Requiring voluntariness based on the name or purpose of the effective remorse in order to apply the provision is contrary to the principle of legality, as it would constitute a comparison against the perpetrator. The perpetrator who acts under compulsion should also benefit from effective remorse.*

*Providing information must be done before the prosecution process. Notifications made after that time can only be considered as a reason for discretionary reduction. However, the scope of application of effective remorse should be extended until the finalization of the judgment. This is because the willingness to cooperate with the competent authorities usually emerges during the prosecution phase.*

*As a legal consequence of effective remorse, the possibility to reduce the penalty or not to impose a penalty is foreseen together. Therefore, it is not possible for the public prosecutor to decide not to prosecute by using his discretion.*

*It is for the court to determine the legal outcome. Despite the lack of clarity in the law, it is essential to consider the content of the statement, its compatibility with the position of the confessing witness, and the timing of the statement as a whole.*

### KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, *Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2005.
- BABA Yasemin, *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013.
- BAŞLAR Yusuf, "Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Bandrol Suçları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sa. 7, 2016.
- BAŞTÜRK İhsan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukumuzda Cezai Koruma*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2022.
- BAYINDIR Sinan, "Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sa. 113, 2014.
- BAYTAZ Abdullah Batuhan, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018.
- BLÖCKER Morten, *Tätige Reue*, Nomos, 2000.
- BOZBAYINDIR Ali Emrah, "Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede "Gönüllülük" Şartı", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/1 (87-169).
- BÜYÜKTAVŞAN Muhammed Taha, "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 81. Maddesinde Düzenlenen Bandrol Yükümlülüğüne Riayet Etmeme Suçları", *Adalet Dergisi*, Sa. 65, 2020 (395-440).
- CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. bs., Beta Yay., İstanbul, 2016.
- DİKMEN Esra, *Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları (FSEK m. 71/1-1)*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2023.
- ERDOĞAN Yavuz, "Gönüllü Vazgeçme", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sa. 13, 2010.
- ESER Albin/BOSCH Nikolaus, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. bs., C.H.BECK, 2019.
- FRITZ Hans-Joachim, *Die Selbstanzeige im Beitragsstrafrecht gemäß § 266a Absatz 5 StGB: Untersuchung zur Einordnung der Vorschrift als materiell-rechtliche Regelung der Wiedergutmachung im Strafrecht*, S. Roderer, Regensburg, 1997.

- GUTMANN Alexander, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, Hansischer Gildenverlag Joachim Heitmann, Hamburg, 1963.
- HÄRTL-MEİßNER Sophie, *Die tätige Reue im deutschen und österreichischen Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2020.
- HEGER Martin, *Lackner/Kühl/Heger Strafgesetzbuch*, 30. bs., C.H.BECK, 2023.
- HILLENKAMP Thomas, "Möglichkeiten der Erweiterung des Instituts der tätigen Reue", *Wiedergutmachung und Strafrecht: Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein*, Münih, 1987.
- KIDIL Fahrettin, *Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları*, Adalet Yay., Ankara, 2020.
- KİNDHÄUSER Urs/SCHRAMM Edward, *Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 10. bs., Nomos, Baden Baden, 2022.
- KİNZİĞ Jörg, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. bs., C.H.BECK, 2019.
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2023.
- MAHMUTOĞLU Fatih Selami/KARADENİZ Serra, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Ankara, Beta Basım, 2017.
- MALKOÇ İsmail, *Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu: Özel Hükümler*, C. II, Ankara, 2006.
- MATT Holger/SALİGER Frank, "Ausbau der Tätigen Reue im deutschen Strafrecht", *Österreichisches Anwaltsblatt*, Sa. 6, 2016.
- OĞLAKCIOĞLU Mustafa Temmuz/KULHANEK Tobias Oliver, "Antizipierte tätige Reue", *Juristische Rundschau*, Sa. 11, 2014.
- ÖZBEK Veli Özer, *İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı – Gerekçeli – İçtihatlı): Cilt I Genel Hükümler – Madde 1-75*, 4. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2010.
- ÖZDERYOL Teknail, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar*, 2. bs., On İki Levha Yay., İstanbul, 2021.
- ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2023.

- ÖZGENÇ İzzet, *Zimmet Suçu*, 2. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2012.
- RENIKOWSKI Joachim, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. bs., C.H.BECK, 2021.
- SCHLUCKEBIER Wilhelm, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 13. bs., Walter de Gruyter, Berlin, 2023.
- SCHRÖDER Horst, "Die Koordinierung der Rücktrittsvorschriften", *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
- SÜMER Arif Emre, "Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Sa. 2 (1229-1270).
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2021.
- THOMPSON Viviana E., "Modelle" der Selbstanzeige im Wirtschaftsordnungswidrigkeitenrecht und ihre strafrechtlichen Vorbilder, Duncker & Humblot, Berlin, 2018.
- TURAN Hilal Selcen, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi*, Seçkin Yay., Ankara, 2012.
- TÜRAY Aras, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları (FSEK m. 71)*, Seçkin Yay., Ankara, 2024.
- VOßKUHLE Andreas/BUMKE Christian, *Casebook Verfassungsrecht*, 7. bs., 2015.
- YAVUZ Levent/ALICA Türkay/MERDİVAN Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C. II (49-91. Maddeler), 2. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2014.
- YENİDÜNYA Ahmet Caner, "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, Sa. 3-4, 2006, s. 237-272.
- YENİDÜNYA Ahmet Caner, "Telif ve Bandrol Suçları", (05.11.2024), (Çevrimiçi) <https://caneryenidunya.com/telif-ve-bandrol-suclari/>, 05.11.2024.
- YILDIZ Ali Kemal, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları*, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2007.





## Dijitalleşmenin İnsan Haklarına Getirdiği İkilemleri Savunmasız Gruplar Örneği Üzerinden Anlamak

### Herausforderungen der Digitalisierung im Hinblick auf die Menschenrechte aus der Perspektive schutzbedürftiger Gruppen

Dr. Melih Uğraş Erol\*

#### ÖZ

*Savunmasız gruplar, toplum içerisinde fiziksel veya zihinsel olarak kolayca incinebilen veya saldırıya uğrayabilen kişilerdir. Savunmasız gruplar için yaşanmakta olan dijital çağ farklı açılardan önem arz etmektedir. Dijital çağ savunmasız gruplar için bir yandan insan haklarının kullanılmasını ve korunmasını kolaylaştırırken diğer yandan insan haklarının daha kolay ihlal ve istismar edilebildiği bir ikili ortamı yaratmaktadır. Bu ikilemlerin en önemli örneklerinden bir tanesi bir yanda dijital çağda ifade özgürlüğü diğer yanda ise savunmasız grupların karşılaşacakları çevrimiçi nefret söylemleridir. Çevrimiçi nefret söylemleri savunmasız grupların insan hakları ve topluma katılımları üzerinde olumsuz etkilere sahiptir. Ancak aynı teknoloji ceza hukuku kapsamında bir suç olarak kabul edilmesi şart olan nefret söylemlerinde bulunanların tespitini ve hatta bu söylemlerin engellenmesini de kolaylaştırabilir. Ayrıca savunmasız gruplar açısından dijitalleşme sağlık haklarına erişimi kolaylaştırırken olası veri güvenliği ihlallerini ve ayrımcılığı beraberinde getirebilme tehdidini de barındırmaktadır. Savunmasız grupların dijital sağlık hakları ne denli kritik ise bir insan hakkı olan kültürel haklarını dijital ortamda kullanabilmeleri kültürel varlıkları açısından o derece önemlidir. Ancak, dijitalleşme bir yandan kültürel hakların kullanımını*

\* Dr. Öğretim Elemanı, İzmir Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, E-mail: melih.erol@izmirekonomi.edu.tr, ORCID: 0009-0006-9905-8633



*kolaylaştırırken bir diğer yandan kültürler üzerinde bazı endişeleri de beraberinde getirmektedir. Dijital çağın insan hakları meseleleri ve savunmasız gruplar üzerinde yarattığı bu çoklu etkileşimlerin ve ikilemlerin arasında göze çarpan iki kavram ise dijital okuryazarlık ve dijital aktivizmdir. Çünkü her iki olgu savunmasız grupların dijital ortamda insan haklarını korumalarına imkanlar sağlayabilecektir. Bu yönü ile bu iki kavramın hukuki önemi de mevcuttur. Bu çalışmada dijitalleşmenin insan hakları hukuku meselelerine getirdiği ikilemi yani olumlu ve olumsuz etkileri savunmasız gruplar üzerinden anlamaya çalışmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Savunmasız gruplar, insan hakları, dijitalleşme, ayrımcılık, sağlık hakkı, kültürel haklar, aktivizm*

## **Understanding The Dilemmas That Digitalization Poses for Human Rights Through the Lens of Vulnerable Groups**

### **ABSTRACT**

*People in society who are vulnerable to physical, mental, or emotional harm or assault are referred to as vulnerable groups. The digital era is significant for vulnerable populations in a variety of ways. While the digital age enables vulnerable groups to exercise and protect their human rights, it also establishes a dual environment in which human rights are more susceptible to violation and abuse. One of the most significant examples of these dilemmas is the conflict between freedom of expression in the digital age and the online hate speech that vulnerable groups may encounter. Online hate speech has a negative impact on vulnerable groups' human rights and participation in society. In addition, the same technology can help identify and prevent hate speech, which must be accepted as a crime according to criminal law. Moreover, digitalization enables vulnerable groups to access health rights; however, it also poses a risk of discrimination and data security breaches. The digital health rights of vulnerable groups are of equal importance to their cultural existence, as is their capacity to exercise their cultural rights, which are human rights, in the digital environment.*

*Digitalization facilitates the exercise of cultural rights, but it also raises certain concerns about cultures. Digital literacy and digital activism are two concepts that are particularly noteworthy among the numerous interactions and dilemmas that the digital age has generated regarding human rights issues and vulnerable groups. In this respect, these two concepts have legal importance. Due to the potential for both phenomena to offer vulnerable groups the opportunity to safeguard their human rights in the digital realm, the objective of this article is to comprehend the dilemma that digitalization presents in relation to human rights law, specifically its positive and negative consequences as they pertain to vulnerable populations.*

**Keywords:** *Vulnerable groups, human rights, digitalization, discrimination, right to health, cultural rights, activism*

## GİRİŞ

Hukuki açıdan, çağdaş toplumlarda birçok konu teknolojik gelişmeler sonucunda dijital platformlara taşınmıştır. Bu konulardan bir tanesi farklı bir nesil hak grubu olarak tanımlanan dijital insan haklarıdır.<sup>1</sup> Bu grup insan haklarına ise dördüncü nesil insan hakları da denilmektedir.<sup>2</sup> Dördüncü nesil insan hakları, üç nesil insan hakları olan medeni ve siyasi haklar (birinci nesil), ekonomik, sosyal ve kültürel haklar (ikinci nesil) ve kolektif haklar (üçüncü nesil) üzerine kurulmuştur. Her ne kadar hukuk doktrini kapsamında dördüncü nesil insan hakları ile ilgili ortak bir fikir birliği olmasa da dördüncü nesil hakların ortaya çıkışı çoğunlukla toplumun teknik ilerlemesine, özellikle de biyoloji, genetik, tıp, kimya ve bilişim alanlarındaki gelişmelere bağlanmaktadır.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Rebekah Dowd, *The Birth of Digital Human Rights*, Palgrave Macmillan, Londra, 2022,

<sup>2</sup> Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol ve Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2018.

<sup>3</sup> Serhii M. Perepolkin, Danylo S. Perepolkin ve Milena V. Averianova, "Typology Of The Fourth Generation Of Human Rights", *Journal of International Legal Communication*, Cilt:1, Sayı:1, 2021: 93.

İnsanlar bahsi geçen bu haklardan teknolojik gelişmeler sayesinde daha verimli faydalar sağlasalar da bazı dezavantajları nedeni ile dijital ortamda insan hakları meselesi tartışmaları beraberinde getirmektedir.<sup>4</sup> Dijitalleşme ile birlikte pek çok insan hakkı sanal ortamda kullanılabilen ve kullanılması zorunlu bir yapıya dönüşmüştür. Bu etkisi ile dijitalleşme insan hakları açısından kullanım kolaylığını ifade eder. Dijital insan hakları pek çok muhatabı ve konusu olan bir alan olsa da savunmasız gruplar açısından daha dikkat çekicidir. Çünkü savunmasız gruplar ile ilgili devam eden insan hakları tartışmaları teknolojik gelişmeler ile birlikte dijital ortama taşınmıştır. Dijital çağın imkanları savunmasız grupların insan hakları üzerinde olumlu ve olumsuz şekilde etkilerini sürdürmektedir. Çevrimiçi imkanlar ve araçlar, savunmasız grupların kendilerini ifade etmeleri için yeni birtakım alanlar açarak geniş bir ifade özgürlüğü platformunu yaratmaktadır. Özellikle gençler açısından, internet ve dijital teknoloji insan hakları kültürünün daha fazla yayılması ve gelişmesi için önemli kabul edilirken aynı zamanda savunmasız gruplar açısından faydalı olanaklar sağlayacak bir araç olarak değerlendirilmektedir.<sup>5</sup> Ancak yine aynı imkanlar savunmasız grupların nefret içerikli söylemlere daha kolay maruz kalmalarına neden olabilmektedir. Bu durum ise özellikle savunmasız gruplara karşı yürütülen dijital saldırıların ve çevrimiçi nefret söylemlerin daha hızlı yayılması anlamına gelmektedir.

Savunmasız grupların dijital insan hakları başlığı altındaki haklardan bir tanesi son yıllarda son derece öne çıkan dijital sağlık hakkı olmuştur. Çünkü, Covid-19 (yeni tip korona virüs) salgını sağlık hakkının dijitalleşme ile olan etkileşiminin ne denli önemli olduğunu daha belirgin hale getirmiştir. Özellikle toplum sağlığını koruma görevini üstlenen muhataplar dijital imkanlar sayesinde görevlerini

---

<sup>4</sup> Dowd, ss.3-11.

<sup>5</sup> Melih Uğraş Erol, "Türkiye Örneğinde Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Gelişen Teknoloji, Değişen Medya ve Toplum Anlayışı Arasındaki Etkileşimler", *Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt:16, Sayı:2, 2023, s.235.

daha kolay yerine getirmişlerdir.<sup>6</sup> Elbette savunmasız gruplar açısından da dijitalleşmenin sunduğu bu olanaklar sağlık hakkının kullanılması ve korunması için katkılarda bulunmaktadır. Ancak dijital sağlık hakkının kullanılmasında yaşanan bazı sıkıntılar, ayrımcılık tehlikesi gibi, yine dijitalleşmenin savunmasız grupların insan haklarına getirdiği bir ikilem olarak değerlendirilmelidir.

Kültürel olarak çoğunluktan farklı olan kişiler için bir diğer önemli mesele ise dijitalleşme ile kültürün etkileşimidir. Hukuksal açıdan bu etkileşim dijital ortamda kültürel hakların kullanılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Savunmasız gruplar açısından ise dijital ortamda kültürlerin ve kimliklerin devam ettirebilir olması kültürel haklar açısından önem arz eder. Ancak söz konusu dijital ortamın ve kültürel haklar açısından bahsi geçen etkileşimin beraberinde getirebileceği ikilemler göz ardı edilmemelidir. Çünkü dijital kültür anlayışı bir başka ifade ile “teknolojinin bireylerin duygu ve düşüncelerini, iletişim ve etkileşim kurma biçimlerini, değer yargılarını ve tüm bunların toplamı olan kültürü önemli ölçüde şekillendirdiği fikrini tanımlayan”<sup>7</sup> bu kavram yaygınlaştıkça kültürel kimlikleri farklı olan ve kimi zaman azınlık olan savunmasız grupların kültürel kimlikleri olumlu ve olumsuz etkiler ile karşılaşabilir.

Dijitalleşme, insan hakları hukuku ve savunmasız gruplar arasındaki etkileşimin yarattığı karmaşık etkiler diğer iki kavram olan dijital okuryazarlık ve dijital aktivizmin önemini ortaya çıkarmıştır. Öncelikle, savunmasız gruplar dijitalleşmenin getirdiği imkanlardan yararlanmak veya zararlardan korunmak için gerekli olan dijital okuryazarlık olgusuna toplumun genelinden daha fazla ihtiyaç duyabilir. Nitekim, dijital okuryazarlık kavramının hukuki önemi kişileri siber suçlara karşı korumak şeklinde de karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, savunmasız gruplardan olan çocuklar dijital okuryazarlık konusunda eğitilmesi gereken gruplardandır. Çünkü “çocukların internetin ve TV’nin zararlarının farkında olmaması, her türlü bilgiye

<sup>6</sup> Alaattin Parlakkılıç, “Covid-19 ile Mücadelede Dijital Teknolojilerin Kullanımı,” *Sağlık ve Toplum*, Cilt:33, Sayı:1, 2023, ss.40-41.

<sup>7</sup> Rezal Koç, “Dijitalleşen Kültür Ya Da Kültürün Dijitalleşmesi: Dijital Kültür Kavramı,” *Motif Akademi Halkbilimi Dergisi*, Cilt:15, Sayı:38, 2022, s.500.

açık olması ve reklamlarla zararlı tüketim alışkanlıklarının çocuğa kazandırılması çocuğa zarar vermektedir.”<sup>8</sup> Dijital ortamı daha iyi anlayabilmek, insan ve dijital ortam etkileşimini sağlamak için dijital okuryazarlık bir imkandır.<sup>9</sup> Ayrıca, savunmasız gruplar dijital ortamda haklarını savunmak için yeni toplumsal hareketlerin ışığında sergileyecekleri duruş ve savunma yöntemlerinden birisi olarak dijital aktivizme başvurabilirler. Çünkü, savunmasız gruplar için hak savunuculuğu yapmak ve kendileri ile ilgili sorunlar hakkında ilgililerin dikkatini çekmek<sup>10</sup> dijital aktivizm sayesinde daha kolay olabilmektedir.

Bu makale, insan hakları hukuku, savunmasız gruplar ve dijitalleşme arasındaki etkileşimleri irdelerken diğer yandan dijital çağın insan hakları hukuku üzerinde yarattığı ikilemlerin savunmasız gruplar açısından ne ifade ettiğini de ortaya koymaktadır. Savunmasız gruplar kavramı ile ilgili kısa bir hatırlatmadan sonra makale dijital ortamda kutuplaşma, ayrımcılık ve ötekileştirme aracı olarak çevrimiçi nefret söylemleri ile devam etmektedir. Dijital ortamda ayrımcılık, çevrimiçi nefret söylemleri ve nefret suçları savunmasız grupların diğer insan haklarından faydalanmalarını da olumsuz etkilemektedir. Bu nedenle geniş kapsamlı şekilde ele alınan bu kavramdan sonra savunmasız grupların dijital sağlık hakkı ve dijital ortamda kültürel hakları üzerinde de durulmaktadır. Bu doğrultuda dijital çağda çevrimiçi ortamlar ile etkileşimi oldukça fazla olan bu iki hak daha sonraki bölümlerde incelenirken ayrıca dijitalleşmenin bu iki hak üzerindeki olumlu etkileri de irdelenmiştir. Tüm bu etkileşim içerisinde dijital okuryazarlık ve dijital aktivizm savunmasız grupların çevrimiçi nefret söylemleri ile mücadele etmeleri, dijital sağlık haklarından yararlanmaları ve kültürel haklarını dijital ortamda kullanmaları için son derece önem arz etmektedir. Bu iki kavram bir yandan karşılaşılan zorlukları aşmak için

---

<sup>8</sup> Servet Kardeş, “Erken Çocukluk Döneminde Dijital Okuryazarlık”, *İnönü Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, Cilt:21, Sayı:2, 2020, s.831.

<sup>9</sup> Mehmet Çatlı ve Salih Keskin, “İnsan Haklarının Değişime Açık Konusu: Dijital Vatandaşlık Kavramı Üzerine Bir İnceleme,” *Ombudsman Akademik*, Cilt:7, Sayı:14, 2021, s.211.

<sup>10</sup> Durmuş Gökhan Turhan, “Dijital Aktivizm,” *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı:26, 2017, s.31.

fırsatlar sunarken diğer yandan savunmasız grupların örgütlenerek her türlü insan hakları ihlali ile dijital ortamda mücadele etmeleri için hayati öneme sahiptir. Bu nedenle makale dijital okuryazarlığın ve dijital aktivizmin savunmasız gruplar açısından hukuki önemine de vurgu yapmaktadır. Kısacası bu makale, birbiriyle bağlantılı dijital insan hakları konuları ile savunmasız grupların güçlendirilmesi veya ihlallere maruz kalmaları arasındaki karmaşık ilişkiyi analiz etmektedir. Makale sonuç bölümü ile sonlanmaktadır.

### 1. Savunmasız Gruplar Kavramı

Birleşmiş Milletler, savunmasız gruplar kavramını belli bir grup insanın, farklı durum, statü veya özellik nedeni ile toplumun geri kalan kesimleri ve ayrıca sosyal ve ekonomik imkanı olmayan insanlar şeklinde tarif etmektedir.<sup>11</sup> Bir başka ifade ile savunmasız gruplar toplumdaki belirli bir kesim insanın sosyal ve ekonomik olanaklara ulaşmakta zorlanması veya olanaklara hiç ulaşamaması ile ilişkilidir. Ancak savunmasız grupların kimler oldukları toplumlara ve kültürlere göre farklılıklar gösterdiğinden savunmasız grupların genel olarak kabul gören bir tanımı yoktur. Örnek olarak, özellikle sosyal entegrasyon konusunda zorluklar yaşayan, haklarını ve özgürlüklerini hukuki olarak yaşayabilmeleri konusunda hassas olan savunmasız grupların başında çocuklar, kadınlar, yaşlılar, engelliler, mülteciler,<sup>12</sup> sağlık sorunları nedeni ile ötekileştirilme tehdidi ile karşılaşan bireyler, örneğin İnsan İmmün Yetmezlik Virüsü (HIV) taşıyıcısı bireyler<sup>13</sup>, ve ayrıca farklı dini inançlara ve kültürel değerlere sahip insanlar olarak kabul edilebilir.

---

<sup>11</sup> Dünya Sağlık Örgütü, "Vulnerability and Vulnerable Populations", t.y., erişim linki: <https://wkc.who.int/our-work/health-emergencies/knowledge-hub/community-disaster-risk-management/vulnerability-and-vulnerable-populations>, erişim tarihi: 13 Eylül 2024.

<sup>12</sup> Aylin Yıldırım Aykurt, "21.Yüzyıl'da Sosyal Sorunlar ve Dezavantajlı Gruplar", *Journal of Awareness*, Cilt:5, Sayı:3, 2020, s.437.

<sup>13</sup> Şanser Vurgun, "Bir Savunmasız Grup Olan, HIV (İnsan İmmün Yetmezlik Virüsü) ve AIDS Taşıyıcılarının Hukuki Durumlarının İncelenmesi: Avrupa, ABD ve Türkiye Karşılaştırması", *Kesit Akademi Dergisi*, Cilt:6, Sayı:25, s.568.

Savunmasız gruplar, karşılaştıkları engeller nedeni ile başta insan hakları ve eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi, sosyal hizmetlere ve haklara ulaşmakta zorluklar, önyargılar, nefret söylemleri, ötekileştirilme ve hatta toplumsal dışlanma,<sup>14</sup> şeklinde pek çok istenmeyen durum ile karşılaşabilmektedir. Yeni nesil insan hakları olan dijital insan haklarının savunmasız gruplar tarafından kullanılması ne kadar önemliyse dijital ortamda karşılaşılabilecekleri olumsuz durumların önüne geçilmesi de bir o kadar önemlidir.

Dijitalleşme ile beraber savunmasız grupların karşılaştıkları tehditlerin başında çevrimiçi nefret söylemleri gelmektedir. Bu tarz nefret söylemlerinin dijital ortamda gerçekleştirilmesi konunun dijital insan hakları meselesi haline gelmesine neden olmaktadır. Ayrıca, bu durum insan hakları hukukunun temel ilkelerinden olan ayrımcılık yasağı ilkesinin ihlal edilmesi ve nefret suçlarının konusu haline gelmesi gibi sonuçlar doğurabilmektedir.

## **2. Savunmasız Gruplar Açısından Dijital Ortamda Ayrımcılık Yasağı, Çevrimiçi Nefret Söylemleri ve Nefret Suçları**

Savunmasız gruplar açısından, dijital imkanların getirdiği özgürlük ve ulaşılabilirlik ifade özgürlüğünün bu gruplarca kullanılmasını son derece kolaylaştırmıştır. Dijital ortamda daha kolay kullanılan ifade özgürlüğü aynı zamanda demokrasinin temelini oluşturmaktadır. Nitekim dijital ortamda kendilerini daha özgür ifade edebilen savunmasız gruplar için dijital ortamdaki söylemler son derece kıymetlidir. Ancak dijital ifade özgürlüğünün sınırları öncelikle başkalarının hak, özgürlük ve itibarları ile sınırlıdır.<sup>15</sup> Dijital ortamdaki ifade özgürlüğünün sınırlarından bir tanesi çevrimiçi nefret söylemleridir.<sup>16</sup> Çevrimiçi nefret söylemleri dijital ortamın araçları ve

<sup>14</sup> Mustafa Karataş ve Berçem Barut, "Sosyal Hizmet Perspektifinden Göç ve Savunmasız Gruplar: IOM Raporları Üzerine Bir Araştırma", *Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt:8, Sayı:1, 2021, s.87.

<sup>15</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Renaud / Fransa (13290/07) 25 Şubat 2010.

<sup>16</sup> Timur Demirbaş, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertuş'a Armağan Özel Sayı*, Cilt:19, 2017, s.2695.



imkanları ile gerçekleştirilen ve belli bir grubu hedef alan nefret söylemleri şeklinde tanımlanabilir.<sup>17</sup> Çevrimiçi nefret söylemlerinin pek çok sonucu vardır. Bunlardan bir tanesi farklı insan hakları sözleşmeleri ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası kapsamında düzenlenmiş bulunan ayrımcılık yasağı ile ilgilidir. Ayrımcılık yasağı, kendilerine münhasır özelliklerinden dolayı kişilerin hak ve özgürlüklerini kullanamadıkları, hukuk önünde eşit olamadıkları ve yine aynı özellikleri nedeni ile ötekileştirilmeye maruz kaldıkları durumların önüne geçmeyi hedefler.<sup>18</sup> Bu açıdan değerlendirildiğinde ayrımcılık, savunmasız grupların toplumsal olarak sosyal dışlanmasına, temel hak ve özgürlüklerini kullanamamalarına kadar varabilen bir durumdur.<sup>19</sup> Sosyal dışlanma, belirli sosyal grupların üyesi olan bireylerin temel insan haklarından yararlanmalarının kasıtlı olarak engellenmesiyle ilgilidir; çoğunlukla bu eylem insan haklarına zarar vermekte ve toplum halinde beraber yaşamının da zeminini sarsmaktadır.<sup>20</sup> Ayrımcılık yasağı en temel insan hakları hukuku belgelerinde, örneğin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, yer almaktadır. Ayrıca, bu ilkenin uygulanması hukukun evrensel ilke ve esasları için şarttır. Ayrımcılık yasağı savunmasız grupların hak ve özgürlüklerini korumakta ve hukuki açıdan güvence altına almaktadır.<sup>21</sup> İşte çevrimiçi nefret söylemleri

---

<sup>17</sup> Oğuz Kuş, "Dijital Nefret Söylemini Anlamak: Suriyeli Mülteci Krizi Örnek Olayı Bağlamında BBC World Service Facebook Sayfasına Gelen Yorumların Metin Madenciliği Tekniği ile Analizi", *İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, Sayı:51, 2016, s.102.

<sup>18</sup> Ulaş Karan, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:73, 2007, ss.148-149.

<sup>19</sup> Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, *Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Rehberi*, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Yayını, Ankara, 2022, s.24.

<sup>20</sup> Aminkeng A. Alemanji, Clara Marlijn Meijer, Martins Kwazema ve Francis Ethelbert Kwabena Benyah (ed.), *Contemporary Discourses in Social Exclusion*, Palgrave Macmillan, Londra, 2023, ss.1-11.

<sup>21</sup> Cansu Koç Başar, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesinin Etkin Korunması Üzerine Bir Değerlendirme", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:13, Sayı:2, Aralık 2023, ss.751-785.

aracılığı ile savunmasız grupların ayrımcılık ile karşılaşmaları son derece olasıdır. Çevrimiçi nefret söylemlerinin hedefi olan savunmasız grupların ayrımcılık ile mücadele etmek zorunda kalmaları daha olasıdır.

Nitekim, çevrimiçi nefret söylemlerinin en kritik yönü yeni medya araçları olarak nitelendirilen çevrimiçi araçlar ile daha kolay tekrar edilebilir ve yayılabilir oluşlarıdır. Bu açıdan dijital platformların çevrimiçi nefret söylemlerini desteklemek, ırkçı toplulukları organize etmek ve hatta finanse etmek gibi amaçlar ile kullanılması özellikle savunmasız gruplar açısından oldukça kritiktir. Ceza hukuku kapsamında kişileri pek çok suça teşvik edebildiği ve anonim şekilde gerçekleştirebildiği için çevrimiçi nefret söylemleri daha yaygın ve kolay meydana gelmektedir. İnternet aracılığı ile savunmasız gruplara yönelik çevrimiçi nefret söylemlerine daha kolay ulaşılmakta, ırkçı veya ayrımcı düşüncelere sahip insanlar daha kolay organize olmakta, insan haklarına aykırı ve hukukun temel esaslarını ihlal eden fikirler daha ulaşılabilir olmaktadır.<sup>22</sup>

Bahsi geçen ve savunmasız grupları hedef alan çevrimiçi nefret söylemleri sosyal medya platformlarının yanı sıra nefret söylemleri içeriğine ev sahipliği yapan internet sitelerinin varlığı yoluyla da ortaya çıkmaktadır. Savunmasız gruplar için daha da endişe verici olan bu durum nedeni ile dijital platformlar, savunmasız grupların insan hakları ve güvenlikleri konusunda önemli endişeleri beraberinde getirmektedir.

İnsan hakları hukuku açısından değerlendirildiğinde savunmasız gruplara yönelik çevrimiçi nefret söylemleri kişisel hakların korunması, özel hayata saygı hakkı, insan onurunun korunması ilkesi ve ırkçılık yasağını da ihlal etmektedir. Ayrıca, çevrimiçi nefret söylemi aşağılayıcı söylemler içermektedir. Bu durum ise insan hakları ilkelerinden olan kötü muamele yasağının ihlali demektir.<sup>23</sup> Nefret suçu olarak da kabul edilmesi şart olan çevrimiçi nefret söylemleri savunmasız gruplara

---

<sup>22</sup> Jason Chan, Anindya Ghose ve Robert Seamans, "The Internet and Racial Hate Crime", *MIS Quarterly*, Cilt:40, Sayı:2, 2016, s.381.

<sup>23</sup> Hüseyin Meccek, "İnsan Haklarında Semantik Bozum: İşkence'den Kötü Muamele'ye," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt:6, Sayı:2, 2021, s.349.

yönelik şiddet eylemlerini provoke ederek kişileri suça dahi teşvik edebilecek bir olgudur. Bu nedenden dolayı çevrimiçi nefret söylemleri savunmasız grupların yaşam hakkına tehdit oluşturma potansiyeline sahiptir. Öte yandan, özellikle dini inançların hedef alındığı çevrimiçi nefret söylemleri din ve vicdan özgürlüğünü ihlal etme potansiyeline de sahiptir. Çünkü bu tarz saldırılar savunmasız grupların din ve inançlarını ifade etmek, örgütlenmek ve hatta ibadet etmek gibi diğer özgürlük ve haklardan çevrimiçi ortamlarda mahrum kalmaları sonucunu doğuracaktır.

Son yarım asır içerisinde çevrimiçi nefret söylemleri savunmasız grupların yaşam hakkını son derece korkunç şekillerde etkileyebilmektedir. Örneğin, insanlık daha önce de 1990'ların Afrika'sında teknolojik bir ilerleme ve kitle iletişim aracı olarak hizmet veren radyonun nefret söylemlerindeki rolünün zararlı sonuçlarını tecrübe etmiştir. 1994 yılında Ruanda'da yaşanan soykırımda zamanın dijital iletişim aracı olan radyo nefret söylemini ve soykırım çağrısını yaymak için kullanılmıştır. Ruanda'da meydana gelen ve yıkıcı bir soykırımla sonuçlanan olaylar sırasında Radio Television Libre des Mille Collines (RTLM) radyo istasyonu Tutsi adı verilen kabileye ait azınlık grubun yok edilmesi çağrısında bulunan kışkırtıcı mesajlar yayınlamak için kullanılmıştır. Araştırmalar, bahsi geçen bu yayınların katliama katılımı arttıracak bir etkiye sahip olduğunu göstermiştir.<sup>24</sup> Interahamwe olarak bilinen ve Hutu kabilesine ait ırkçılar, Tutsi etnik azınlık grubuna ait 800.000 kişiyi ve soykırıma karşı duran ılımlı diğer Hutu kabile üyelerini öldürmüştür. Bu soykırım, 1990'ların teknolojisi olan radyo aracılığı ile çevrimiçi nefret söylemlerinin nerelere varabileceğine bir örnektir. Bu soykırımın uluslararası hukuktaki yansımaları 1994 yılında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 955 sayılı karar ile kurulan *ad hoc* Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCMR) olmuştur. Bahsi geçen mahkeme bu soykırım ile ilgili kişilerin yargılanması için kurulmuş ve neticede "soykırımdan sonra kurulan *ad hoc* mahkeme niteliğindeki UCMR'nin soykırım suçunun çerçevesini çizen, bir kısmı soykırım suçu alanında bir ilk teşkil

<sup>24</sup> David Yanagizawa-Drott, "Propaganda and Conflict: Evidence from The Rwandan Genocide," *The Quarterly Journal of Economics*, 2014, s.1948.

eden karar ve uygulamalarına, halen öğretilerde ve yargı kararlarında sıklıkla atıf yapılması da bunu kanıtlamaktadır.”<sup>25</sup>

Türkiye örneğinde ise milyonlarca katılımcısı olan bir çevrimiçi fikir ve yorum paylaşım platformunda Roman vatandaşlara karşı sürdürülmüş çevrimiçi nefret söylemleri dikkat çekmiştir. Bahsi geçen internet sitesinde yer alan yorumlar insan onurunu rencide edici, toplum olarak birlik bilincine zarar verici ve Roman vatandaşların insan hak ve özgürlüklerine saldırı düzeyindedir.<sup>26</sup> Öte yandan, yaşanan Covid-19 salgını sırasında Türkiye’de 65 yaş ve üzeri bireyler için özel bir uygulamaya gidilmişti. Alınan karar doğrultusunda bu kişilerin sokağa çıkmaları yasaklanmıştı. Bu yasak daha evvel uyarılara rağmen sokağa çıkan yaşlı bireyleri evlerinde tutulmak amacı ile Mart 2020 tarihinde alınmıştı. Ancak bu karar sonrasında internet ortamında yaşlı bireylere yönelik yapılan paylaşımlar konunun çevrimiçi nefret söylemlerine kadar varabildiğini göstermiştir. Pandemi sürecinde bazı kişiler tarafından 65 yaş üstü bireyler ötekileştirilmiş, acımasızca eleştirilmiş ve hatta çeşitli nefret söylemlerine özellikle dijital ortamlarda maruz bırakılmıştı.<sup>27</sup> Bir diğer çarpıcı örnek ise eşzamanlı oynan çevrimiçi bir bilgisayar oyununda pek çok çevrimiçi nefret söylemlerinin tespit edilmiş olmasıdır.<sup>28</sup> Yapılan araştırmada, kimi oyuncuların kendilerini ifade etmek için kullandıkları takma isimlerde (avatar) diğer oyuncuların takma isimlerinde yer alan etnik kimlik unsurlarının hedef alındığı gözlenmiştir. Bu şekilde belli bir etnik gruba karşı bilgisayar oyunu ortamında dahi çevrimiçi nefret söylemlerinin var olabildiği tespit edilmiştir. Bir diğer ifade ile bir oyuncunun kendi etnik kimliğini

<sup>25</sup> Selin Başer, “Ruanda Soykırımı’nın Uluslararası Hukuktaki Soykırım Tanımı Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, Cilt:18 Sayı:41, 2023, s.253.

<sup>26</sup> Hakan Alp, “Çingenelere Yönelik Nefret Söyleminin Ekşi Sözlük’te Yeniden Üretilmesi,” *Ankara Üniversitesi İlef Dergisi*, Cilt:3, Sayı:2, 2016, s.168.

<sup>27</sup> Mahmut Akgül, “Çevrimiçi Ortamlarda Nefret Söylemi: Ekşi Sözlük’te 65 Yaş Üstü Sokağa Çıkma Yasağı Tartışmaları”, *İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, Sayı:51, 2020, s.57.

<sup>28</sup> Hülya Öztekin ve Ahmet Öztekin, “Dijital Oyunlarda Nefret Söylemi ve Ayrımcı Dil: Agar.io Örneği,” *Turkish Studies – Social*, Cilt:15, Sayı:1, 2020, s.533.

ifade ettiği takma ismine karşılık diğer bir oyuncu bahsi geçen etnik kimliğe saldırı amaçlı bir başka takma isim oluşturmaktadır.<sup>29</sup> Ne yazık ki, tüm olumsuz etkileşimler toplumsal birliği zedelediği gibi kişiler arasında karşılıklı anlayışa da zarar vermektedir.<sup>30</sup> Tüm bu örnekler hukuki olarak savunmasız grupların başta yaşam ve katılım hakkını ihlal edebilecek niteliktedir.<sup>31</sup> Çünkü bahsi geçen nefret söylemleri bu kişileri hedef gösterebilmekte ve onlara karşı suç işlenmesini teşvik edebilmektedir.

Nefret suçları ceza hukuku açısından değerlendirildiği zaman işlenen suçun nedeni nefret duygusu veya önyargı olduğu kabul edilebilir. Dünya'nın pek çok hukuk sisteminde nefret suçları ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. "Dünyadaki genel eğilim, bir suçun nefret saiki ile işlenmesini, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak düzenleme yönündedir."<sup>32</sup> 2014 yılında yapılan değişiklik ile nefret suçları Türk Ceza Kanunu kapsamına dahil edilmeye çalışılmış ve 122.maddede yapılan değişiklik ile ayrımcılık başlığına nefret kelimesi eklenmiştir. Böylece nefret nedeniyle gerçekleşecek ayrımcılık madde kapsamına eklenmeye çalışılmıştır.<sup>33</sup> Ancak, madde kapsamında daha çok kişilerin maddi çıkarları gözetilmiştir ve herhangi bir çevrimiçi araca

<sup>29</sup> İbid., s.547.

<sup>30</sup> Anıl Kaan Uçar, "Nefret Söylemi, Dijital Linç ve Twitter," *Journal Of Social and Humanities Sciences Research*, Cilt:8, Sayı:77, 2021, s.3114.

<sup>31</sup> Yasemin İnceoğlu ve Ceren Sözeri, "Ya Sev Ya Terk Et Ya Da...," *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları*, Yasemin İnceoğlu ve Ceren Sözeri (ed.), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s.24.

<sup>32</sup> Uğur Ersoy, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:9, Sayı:35, Temmuz 2018, s.113.

<sup>33</sup> "Türk Ceza Kanunu, Madde 122: (Değişik: 2/3/2014-6529/15 md.): (1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

değnilmemiştir. Ancak, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, sosyal medyayı kişilere ait bilgileri hukuk dışı şekilde yayabilen, hakaret suçu ve özel hayatın gizliliği ilkesini ihlal edebilen bir araç olarak değerlendirmiş ve konuya bir nebze de olsa açıklık getirmeye çalışmıştır.<sup>34</sup> Yargıtay'ın bu görüşü dikkate alınır ve geniş bir yorum yapılır ise çevrimiçi nefret söylemleri ile ilgili olarak Türk Ceza Kanunu'nun bilişim suçları başlığı uygulama alanı bulabilir. Çünkü Yargıtay'a göre sosyal medya hesapları bilişim sistemi olarak kabul görmüştür.<sup>35</sup> Bu doğrultuda çevrimiçi sosyal medya üzerinden işlenebilen suçlar, halkı kin ve düşmanlığa tahrik, dini değerleri aşağılama, kişilik haklarının ihlali, özel hayatın gizliliği veya hakaret gibi,<sup>36</sup> nefret söylemleri ile beraber de varlık bulabilir. Bu kapsamda Türk Ceza Kanunu'nun 125.maddesi de yapılacak geniş yorum ile çevrimiçi nefret söylemleri için uygulama alanı bulabilir. Bahsi geçen bu maddeye göre gerçekleştirilen nefret söylemleri kişilerin onur, şeref ve saygınlıklarına karşı saldırı niteliği taşıyacağından hapis cezası ve adli para cezası öngörülmüştür. Ayrıca hukuki açıdan ceza hukuku hükümlerine başvurulacağı zaman çevrimiçi nefret söylemlerinde delillerin dijital ortamlardan toplanacağı göz önünde bulundurulmalı ve toplanan delillerin mutlak suret ile doğru olduğundan emin olunmalıdır.<sup>37</sup> Ayrıca, dijital çağın getirdiği tüm bu meselelerin ötesinde teknolojik imkanlar sayesinde toplumu kutuplaştırıcı, ayrımcılığa neden olan ve belli kesimleri ötekileştiren çevrimiçi nefret söylemleri ile mücadele kolaylaşabilir. Çünkü teknoloji ile bu tarz nefret söylemlerinin önüne geçmek veya gerçekleştirenleri tespit etmek daha kolay olabilmektedir. Çevrimiçi nefret söylemlerinde bulunan sorumlu bireylerin tespit edilmesine yardımcı olabilecek internet protokolü (IP) tespit yöntemlerinin kullanılması teknoloji

---

<sup>34</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T.07.12.2018, E.2017/4286, K.2018/1180.

<sup>35</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T.02.02.2016, E.2015/15291, K.2016/1124.

<sup>36</sup> Nebiye Konuk ve Yaprak Apay, "Sosyal Medyada İşlenen Suçlara İlişkin Yargıtay Ceza Daireleri Kararlarının İçerik Analizi ile İncelenmesi," *Yeni Yüzyılda İletişim Araştırmaları*, Hasan Çiftçi (ed.), İksad Yayınları, Ankara, 2019, s.281.

<sup>37</sup> Fırat Acay, "Sosyal Medya Aracılığıyla Hakaret Suçu ve Suçun Tespitine İlişkin Uygulamalar," *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı:1, Haziran 2021, s.106.

sayesinde gerçekleşmektedir. Bu doğrultuda oluşturulan siber suçlar ile mücadele birimleri, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu<sup>38</sup> gibi, en kısa zamanda bu konular ile ilgili sorunların çözümüne ulaşmak için çalışmaktadır. Kısacası, teknolojik gelişmeler aynı zamanda kendi sundukları imkanlar nedeni ile yarattıkları olumsuzlukların ortadan kaldırılması için de kullanılabilir. Savunmasız grupların çevrimiçi nefret söylemi vakalarından korunması için yasal reformlar, pratik önlemler ve uluslararası iş birliği gerekmektedir. Nefret söylemleri ve siber zorbalığa karşı yeterli önlemlerin alınmaması halinde savunmasız gruplar ve özellikle azınlık topluluklar kolluk kuvvetlerine ve hükümet yapılarına olan güvenlerini kaybederek daha da marjinalleşmek<sup>39</sup> gibi istenmeyen neticelere neden olabilmektedirler.

### 3. Dijital Ortamda Sağlık Hakkı Ve Savunmasız Gruplar

Dijital sağlık imkanları insanların sağlık hizmetlerine her an, her yerde ve kolayca ulaşabilmeleri konusunda sağladığı avantajlar ile sağlık hakkının kullanılmasını pratikleştirmektedir. Dijital sağlık hakkı kapsamında dijital araç ve gerçekler kullanılarak doktor, hemşire ve hastalar arasında bir iletişim ağı kurulmakta ve ilgili bilgilerin paylaşımı sağlanabilmektedir.<sup>40</sup> Bu imkan ise haftanın yedi günü yirmi dört saat erişim imkanı demektir. Dijital sağlık hakkının, aynen çevrimdışı sağlık hakkı gibi, pozitif yükümlülük yükleyen bir insan hakkı olduğu göz önünde bulundurulur ise 10 Şubat 2022 tarihli Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik bir ilk olarak Türk hukuk dünyasında yerini almıştır. Bu yasal düzenleme dijital sağlık hakkının sunulması, geliştirilmesi ve denetlenmesi açısından izlenmesi gerekli

<sup>38</sup> 29 Ocak 2000 tarihinde kurulmuş, başta elektronik haberleşme olmak üzere bilgi teknolojileri ve telekomünikasyona yönelik düzenlemeler yapan ve ayrıca denetleyici görevini yürüten Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığına bağlı bir idari kurumdur.

<sup>39</sup> Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, *Preventing And Responding To Hate Crimes A Resource Guide For NGOs in The OSCE Region*, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Strazburg, 2009, s.18.

<sup>40</sup> İsmail Şimşir ve Buse Mete, "Sağlık Hizmetlerinin Geleceği: Dijital Sağlık Teknolojileri," *Journal Of Innovative Healthcare Practices*, Cilt:2, Sayı:1, 2021, s.36.

olan usul ve esasları içermektedir.<sup>41</sup> Ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, madde 56'da kişilerin yaşamlarını beden ve ruh sağlığı içerisinde devam ettirmelerini düzenlemektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde öncelikle dijital araçlar vasıtası ile gerçekleştirilen psikoterapi teknikleri erişim kolaylığı ve istikrarlı görüşme sürekliliği sayesinde kişilerin ruh sağlığı ve dijitalleşme arasındaki olumlu bir ilişkinin var olduğunu göstermektedir. Öte yandan, araştırmalar bazı çevrimiçi nefret söylemlerinin savunmasız gruplara mensup ergenleri hedef aldığını göstermekte ve bu ergen grupların ruh sağlığının olumsuz etkilendiği sonucuna da varılmaktadır.<sup>42</sup>

Uluslararası hukuk açısından ise Avrupa Konseyi çerçevesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış olan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne taraf olan Türkiye<sup>43</sup> ve diğer devletler, 3. maddeye göre kişilerin sağlık haklarından yararlanmalarını adaletli bir şekilde kendi imkanları elverdiği ölçüde sağlamak ile yükümlüdürler. Bu yükümlülüğün kapsamını dijital sağlık hizmetlerinden yararlanmak şeklinde genişletmek söz konusu olabilir. Çünkü artık sağlık sektöründe yer alan gelişmeler yani dijital sağlık teknolojisi sağlık hizmetlerinin dijital formatlara dönüştürülmesi sürecini hızlandırmaktadır. Bu olanakların önemi gün geçtikçe artarken sağlık çalışanları ve hastalar açısından bilgilerin izlenmesi kolaylaşmakta ayrıca bahsi geçen teknolojinin gelecekteki potansiyel hastalıkları tahmin etme kabiliyetini

---

<sup>41</sup> "Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik, Madde 1: Bu Yönetmeliğin amacı, sağlık hizmetinin mekândan ve coğrafyadan bağımsız olarak ve çağdaş tıbbî teknolojiye dayanılarak sunulmasına hizmet etmek üzere; uzaktan sağlık hizmetinin kapsamına, uzaktan sağlık hizmeti sunacak sağlık tesislerine izin verilmesine, uzaktan sağlık bilgi sisteminin geliştirilmesine, tescil edilmesine, sağlık tesislerinin bu kapsamda denetlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir."

<sup>42</sup> Linda Charmaraman, J. Maya Hernandez ve Rachel Hodes, "Marginalized and Understudied Populations Using Digital Media," *Handbook of Adolescent Digital Media Use and Mental Health*, Jacqueline Nesi, Eva H. Telzer ve Mitchell J. Prinstein (ed), Cambridge Üniversitesi Yayınları, Cambridge, 2022, ss. 188-214.

<sup>43</sup> 03 Aralık 2003 tarihinde 5013 sayılı Kanun ile Türk iç hukuku düzenlemesi haline gelmiştir.



de artmaktadır.<sup>44</sup> Dijitalleşme ile artık sağlık hizmetleri sadece fiziksel değil ruhsal sağlık alanında da önem kazanmıştır.

Dijitalleşme savunmasız grupların bir yandan sağlık hizmetlerine ulaşımını kolaylaştırırken diğer yandan kişilik hakkı kapsamında değerlendirilen<sup>45</sup> kişilerin verilerinin güvenliğini tehdit edebilmektedir. Kişisel verilerin korunması özellikle savunmasız gruplar için son derece önemli olabilmektedir. Örneğin, düzenli ilaç tedavisi olan, belirlenemeyen viral yüke sahip, yani bulaştırmayan statüsüne ulaşan, HIV taşıyıcısı bireylerin olası bir önyargı ve ayrımcılığa maruz kalma ihtimaline karşın sağlık bilgilerinin gizli kalmasını istemeleri son derece doğaldır. Türkiye’de kişilerin sağlık verilerine yine kişilerin kendileri ve izin verdikleri üçüncü kişiler ulaşabilmektedir. Üçüncü kişiler olarak hekimlerin bu verilere ulaşabilmesi 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında vatandaşların e-nabız<sup>46</sup> üzerinden verecekleri yasal izin ile sağlanabilmektedir. Sağlık bilgilerinin gizliliği konusu ile ilgili Kişisel Verilerin Korunması Kurumu’nun<sup>47</sup> vermiş olduğu bir karar konuya güvence getirmiştir.<sup>48</sup> Bahsi geçen bu karara konu olan uyumsuzlukta e-nabız sistemi üzerinden bir sağlık kuruluşu çalışanı bir kişinin izni olmadan sağlık bilgilerine erişmiştir. Bu durumu fark eden kişinin şikayeti sonucunda Kişisel Verilerin Korunması Kurumu uyumsuzluğa

<sup>44</sup> Caitlin Clark, “Digital Technologies Could Remedy Health Disparities for Black Men,” *Texas & M Today*, Ağustos 2020, erişim linki: <https://today.tamu.edu/2020/08/04/digital-technologies-could-remedy-health-disparities-for-black-men/>, erişim tarihi: 04 Haziran 2024.

<sup>45</sup> Kemal Atasoy, “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:22, Sayı:3, 2016, ss.269-301.

<sup>46</sup> Kişilerin sağlık bilgilerinin işlendiği, depolandığı, İnternet üzerinden ve cep telefonları uygulaması ile erişilen kişisel sağlık veri sistemidir.

<sup>47</sup> 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Türkiye Cumhuriyeti’nde kişilerin özel hayatın gizliliği kapsamında kişisel verilerinin korunması amacı ile kurulmuş ve bu amaç doğrultuda eylem ve işlemler yapmak ile görevli idari kurumdur. Ayrıca kişisel verilerin işlenmesi ile sorumlu olan kişi ve kurumların uyacakları kural ve usulleri düzenler.

<sup>48</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu, Karar No. 2021/962, 21 Eylül 2021.

konu hastaneye idari para cezası uygulamıştır. Kararın gerekçesi ise hastane çalışanı tarafından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 12/1(b)'de<sup>49</sup> düzenlenen ve kişilerin verilerinin hukuk dışı şekilde elde edilmesini önleme yükümlülüğünün ihlal edilmiş olmasıdır. Bu karar doğrultusunda anlaşılması gereken, özellikle savunmasız grupların hassas durumları göz önüne alındığında, kişisel sağlık verilerinin korunmasının insan hakları açısından son derece önemli olduğudur.

Dijital sağlık hakkı kapsamında önem kazanan bir diğer mesele ise dijital ortam ile birlikte savunmasız gruplar için eşitliğin ve ayrımcılık yasağının uygulanır oluşunun sağlanmasıdır. Özellikle Covid-19 salgını sağlıkta eşitlik kavramının önemini göstermiştir. Nitekim, yaşanan Covid-19 salgını dijital sağlık hakkının ve sağlık teknolojilerinin önemini gün yüzüne çıkarırken yine aynı teknoloji salgının Türkiye ve diğer ülkelerdeki olumsuz etkilerini en az düzeye indirmek konusunda yardımcı olmuştur.<sup>50</sup> Özellikle aşılama, salgından toplumu koruma ve bilinçlendirme süreçlerinde e-randevu sistemi ile birlikte Hayat Eve Sığar uygulaması, dijital ortamda salgının yayılımını gösteren bir akıllı telefon uygulaması, sayesinde toplum sağlığının korunması konusunda dijitalleşmenin önemini gözlemlenmiştir. Covid-19 salgını süreci dışında Türkiye dijital sağlık hakkı kapsamında uygulamaya koyduğu dijital uygulamalar ile başarılı bir sistem oluşturmuştur. Bu sistemlerin başında e-nabız, yani hastaların dijital olarak tüm sağlık verilerinin izlenebildiği bir uygulama gelmektedir. Türkiye'de e-nabız haricinde aile hekimi bilgi sistemi, ilaç karar destek sistemi, engelsiz sağlık iletişim merkezi, elektronik belge yönetim sistemi, sporcu sağlığı bilgi sistemi, merkezi hekim randevu sistemi gibi sistemler de mevcuttur. Türkiye'deki savunmasız grupların bir diğeri

---

<sup>49</sup> *Kişisel Verileri Korunması Kanunu, Madde 12: Veri sorumlusu; a) Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek, b) Kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek, c) Kişisel verilerin muhafazasını sağlamak, amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır.*

<sup>50</sup> Berkant Çınar, Yıldız Güngör, Sercan Uyar, Çiğdem Tarhan, "Covid19 Pandemisinin Türkiye'deki Dijital Dönüşüm Süreçlerine Etkisi", *Journal Of Research In Business*, Cilt:7, Sayı:1, 2022, s.e99.

olan engelli vatandaşların dijital sağlık haklarını kullanmaları için Engelsiz Sağlık İletişim Merkezi sistemi de son derece önemlidir. Bu sistem ile Türkiye'deki savunmasız gruplardan olan işitme engelli vatandaşlar kişisel cep telefonlarına indirecekleri bir uygulama ile dijital ortamda sağlık hizmetlerinden yararlanmaktadırlar. Engelsiz Sağlık İletişim Merkezi sistemi ile bu kişiler 112 Acil Çağrı Merkezi ile iletişim sağlamakta, hekim randevusu almakta, muayene sırasında tercüme desteği almaktadır. Sağlık Bakanlığı'nın verilerine göre 2023 tarihi itibari ile bahsi geçen Engelsiz Sağlık İletişim Merkezi'nden toplam 10 bin 536 kişi yararlanmıştır.<sup>51</sup>

Bir başka tür dijital sağlık hizmeti olan tele-sağlık hizmetlerinin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki ırksal ve etnik azınlıklar tarafından Covid-19 salgını öncesinde ve sırasında kullanımını inceleyen bir çalışma savunmasız grupların durumuna ışık tutmuştur. Çalışmanın bulgularına göre düşük gelirli ırksal ve etnik azınlık toplulukları sağlıkta eşitsizlikler açısından daha büyük risk altındadır; ve ayrıca Hispanik toplulukların tele-sağlık kullanma olasılığı daha yüksekken, Hispanik olmayan siyahi hastaların tele-sağlık hizmetinden yararlanmalarında eşitsizlikler görülmeye devam edilmiştir.<sup>52</sup> Özetle, bu örnekte olduğu gibi, dijital sağlık araçlarının savunmasız gruplara mensup kişilerce kullanılabilir olmaması dijital sağlık hizmetlerinde eşitlik kavramını tartışmaya açmaktadır. Nitekim, Covid-19 salgını

---

<sup>51</sup> Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı, "Engelsiz Sağlık İletişim Merkezi'nden 10 Bin 536 Kişi Yararlandı", 21 Eylül 2023, erişim linki: <https://wkc.who.int/our-work/health-emergencies/knowledge-hub/community-disaster-risk-management/vulnerability-and-vulnerable-populations>, erişim tarihi: 13 Eylül 2024.

<sup>52</sup> Cynthia Williams ve Di Shang, "Telehealth Usage Among Low-Income Racial and Ethnic Minority Populations During the Covid-19 Pandemic: Retrospective Observational Study," *Journal of Medical Internet Research*, Cilt:29, Sayı:9, 2023, ss.5-6.

sırasında özellikle tele-sağlık hizmetleri sayesinde salgın ile mücadele daha kolay hale gelmiştir.<sup>53</sup>

Bir diğer teknolojik çıktı olan yapay zeka (YZ) teknolojisi sağlık sektöründe kişilerin sağlık hizmetlerine erişimini arttırırken aynı zamanda verimliliğin de artmasını sağlamıştır.<sup>54</sup> Ancak sağlıkta kullanılan YZ konusundaki endişe, sistem içinde eşitsizlikler yaratma potansiyeline sahip olmasıdır. YZ, verilerin bir araya getirilmesiyle oluşturulan bir algoritma kullanarak bu verilerin dijital bir ortamda kullanılması ile çalışır. Savunmasız gruplar açısından yeterli veri girişi yapılmaz ise YZ kökenli sağlık hizmetlerinden savunmasız gruplar yeterince yararlanamayacaklar ve neticede ayrımcılığa maruz kalacaklardır. Avrupa Konseyi'nin de vurguladığı gibi YZ teknolojisinde ayrımcılık tehlikesi özellikle savunmasız gruplar açısından bir tehdit olabilir. YZ ve teknoloji ile sorumlu otoriteler savunmasız grupların dijital sağlık hizmetlerine adil bir şekilde erişimini sağlamak ve insanların eşit bir şekilde temsil edilmesini teşvik etmek zorundadır.<sup>55</sup> Bahsi geçen bu yükümlülük her ne kadar Türk iç hukukunda henüz şekillenmemiş ise de yakın gelecekte bu yükümlülük göz önünde bulundurulmak zorunda kalacaktır. Çünkü dijital sağlık hizmetleri sosyal hizmetler ile beraber düşünölmek zorundadır.

#### 4. Savunmasız Grupların Kültürel Geleceği İçin Kültürel Haklar

Kültür, pek çok farklı açılardan incelenmiş ve tanımlanmaya çalışılmış bir kavramdır. Biraz geçmişe gidilecek olunur ise tarihsel önemi de olan tanımına göre kültür insanların sahip oldukları bir

<sup>53</sup> Ayşegöl Ertuğrul, "Sars-Cov-2 (Covid-19) Pandemisi ve Dijital Sağlık," *Çocuk Sağlığında Sars-Cov-2 (Covid-19)*, İlnur Bostancı (ed.), Türkiye Klinikleri, Ankara, 2020, ss.140-143.

<sup>54</sup> Betül Akalın ve Ülkü Veranyurt, "Sağlıkta Dijitalleşme ve Yapay Zekâ," *Sağlık Bilimleri Üniversitesi, Sağlık Yönetimi Dergisi*, Cilt:2, Sayı:2, 2020, ss.136-137.

<sup>55</sup> "AI Could Worsen Health Inequities for UK's Minority Ethnic Groups - New Report," *Imperial News*, 24 Şubat 2022, erişim linki: <https://www.imperial.ac.uk/news/230413/ai-could-worsen-health-inequities-uks/>, erişim tarihi: 24 Ekim 2023.

bütünlüktür. Bir diğer ifade ile insanların pek çok farklı öğreniminin ve pek çok özelliğinin, ahlak ve gelenek gibi, bir araya geldiği bir bütünlüktür.<sup>56</sup> Günümüzde internet teknolojisi ile şekillenen yaşam elbette kültür kavramını da etkilemektedir. Klasik anlamdaki tanımların geçerliliği tartışılmaz kabul edilebilir ise de artık teknoloji ile birlikte oluşan ve gelişen bir başka kavram dijital kültür olmuştur. En geniş şekli ile dijital kültür internet ile birlikte varlık bulmuş olan kültür şeklinde anlaşılabilir.

Kültür ve hukukun buluştukları nokta ise kültürel haklardır. Kültürel haklar, bireysel olarak ve topluluk halinde herkesin insanlıklarını, dünya görüşlerini, varoluşlarına ve gelişimlerine verdikleri anlamları geliştirme ve ifade etme haklarını kapsamaktadır. Bir diğer ifade ile kültürel haklar, toplumun bir parçası ve karakteristik farklılıkları olan kişilerin kendilerine ait olan bu farklılıklarını, kültürlerini, yaşatma çabalarıdır.<sup>57</sup> Kültürel hakların kullanılabilir olması bir toplumda değerli bir varlık olarak kabul edilebilecek kültürel çeşitliliğe doğal olarak katkıda bulunur. Bu açıdan kültürel hakların geliştirilmesi elzemdir.<sup>58</sup> Kültürel haklar, kültürel kimliğin korunması için büyük önem taşımaktadır. Özellikle kültürel çoğulculuğun bir simgesi olan kültürel haklar kavramı savunmasız gruplar, örneğin çoğuluktan farklı kültürel değerlere sahip gruplar, açısından son derece önemlidir. Çünkü bu tarz savunmasız gruplar açısından kültürel özellikleri korumak ve gelecek nesillere aktarmak kültürel hakların kullanımı ile yakından ilişkilidir.

Tüm bu tartışmaların ışığında öncelikle kültürün dijitalleşme ile ilişkisi ve bu durumun savunmasız grupların kültürel haklarını nasıl

---

<sup>56</sup> Edward Brunett Tylor, *The Origins of Culture and Religion in Primitive Culture*, Harper & Brothers, New York, 1958, s.1.

<sup>57</sup> Mustafa Erdoğan, "İnsan Hakları Haftasında Kültürel Haklar," *Özgürlük Araştırmaları Derneği*, 10 Aralık 2019, erişim linki: <https://oad.org.tr/blog/in-san-haklari-haftasinda-kulturel-haklar149/>, erişim tarihi: 22 Ekim 2023.

<sup>58</sup> Asbjorn Eide, "Cultural Rights and Minorities: Essay in Honour of Erica-Irene Daes," *Justice Pending: Indigenous Peoples and Other Good Causes*, Gudmundur Alfredsson ve Maria Stavropoulou ed., Martinus Nijhoff, Lahey, 2002, ss.83-97.

etkilediğini anlamak için dünyadaki örneklerden bir tanesi incelenmelidir. Kültürel haklar, teknoloji ve savunmasız gruplar arasındaki etkileşimin dikkate değer bir örneği Meksika'da yürütülen bir pilot projede gözlemlenebilir. UNESCO liderliğindeki Yerli ve Topluluk Medyası için Sanal Okul girişimi, teknolojik ilerlemelerin azınlık ve yerli halklara nasıl fayda sağlayabileceğinin en iyi örneğidir. Bu projenin amaçlarından bir tanesi Yerli ve Topluluk Medyası için Sanal Okulu'nu gerçekleştirmektir. Bu okulun amacı bölgesel bağlantıları güçlendirerek sinerji yaratmak, kültürel ve dilsel çeşitliliklerini teşvik etmek için bilgi alışverişinde bulunmaktır.<sup>59</sup> Sonuç olarak, katılımcı 62 kişiden 33'ü programı başarıyla tamamlamıştır. Bu proje, teknolojik ilerlemelerin insan hakları, kültürel haklar ve kültürel çeşitliliğe ilişkin uluslararası değerlerin korunması ve desteklenmesine nasıl katkıda bulunduğunu ortaya koymaktadır.

Dijital kültürün getirdiği bazı kavramsal pratiklerin, örneğin çevrimiçi sözlükler, ansiklopediler ve sosyal medya paylaşım platformları, savunmasız gruplar üzerindeki etkisi ise son derece kritiktir. Bu teknolojik araçlar savunmasız grupların kültürel kimlikleri ve hakları için bir etkileşim aracı olmaktadır. Bir başka ifade ile bu araçlar ile farklı kültürel kimlikler birbirleri ile etkileşerek farklılaşma sağlamaktadır ve dijitalleşme ile beraber etkileşim içerisine giren kültürler öz yapılarını yitirebilmektedir. Ayrıca, çevrimiçi nefret söylemleri başlığında değinildiği üzere çevrimiçi nefret söylemleri dijital ortamlarda daha hızlı yayılmaktadır. Bu açıdan savunmasız gruplar kültürel haklarını kullanmakta veya kendilerini ifade etmekte sessizliğe bürünebilmekte ve kendi kendilerini susmayı tercih etmektedirler.<sup>60</sup> Konu ile ilgili olarak katılımcı sözlükler ve sosyal medya üzerinden

---

<sup>59</sup> UNESCO Mexico, "Virtual School for Indigenous and Community Media (VSICM)," 11 Ağustos 2023, erişim linki: <https://www.unesco.org/en/node/87168>, erişim tarihi: 11 Ekim 2023.

<sup>60</sup> Cameran Ashraf, "Exploring The Impacts Of Artificial Intelligence On Freedom Of Religion Or Belief Online," *The International Journal of Human Rights*, Cilt:26, Sayı:5, 2021, s.775.

savunmasız gruplara karşı çevrimiçi nefret söylemler bu olumsuz etkiyi doğurabilmektedir.<sup>61</sup>

Hukuksal açıdan dijital ortam ve kültürün bulunduğu bir diğer kavram ise fikri haklardır. Özellikle belli kültürel motifleri içeren resim, şiir veya müzik gibi eserlerin hukuki olarak korunması savunmasız grupların kültürel haklarının ve kültürel miraslarının korunması açısından son derece önemlidir. Kültürel miras verilerinin arşivlenmesi ve ulaşılması dijital ortamlarda daha kolay olabileceken özellikle savunmasız gruplara ait belli kültürel motifleri içeren eserlerin hak sahiplerinin korunması da sağlanmalıdır. Bu aşamada Türk iç hukukunda 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 25 eser sahiplerinin haklarını dijital ortamda da korumaya çalışmıştır.<sup>62</sup>

Devletlerin internet ortamında insan hakları, kültürel haklar, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve kültürel çeşitliliğin ilerletilmesi için aktif savunuculuk yapmaları büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle savunmasız gruplar kültürel haklarını internet ortamında da kullanabilmelidirler. Dijitalleşme savunmasız grupların kültürel haklarını olumlu ve olumsuz şekilde etkileyebilmektedir.

## 5. Savunmasız Gruplar, Dijital Okuryazarlık Ve Dijital Aktivizm

Dijitalleşme ile birlikte bilgiye ulaşmak ve kullanmak konusunda ortaya çıkan bir diğer kavram dijital okuryazarlıktır. Dijital okuryazarlık, dijital teknolojiler tarafından kolaylaştırılan bir toplumda varlık göstermek için gereken yetenek ve yeterlilik olarak

<sup>61</sup> Rıdvan Yücel ve Muhammet Bilal Arık, "Bir Dijital Kültür Örneği Olarak Katılımcı Sözlükler ve Türkiye'deki Görünümleri," *Uluslararası Medya ve İletişim Araştırmaları*, Cilt:3, Sayı:2, 2020, s.165.

<sup>62</sup> *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu*, "Madde 25: Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayımlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir."

tanımlanabilir.<sup>63</sup> Dijital okuryazarlık tanımı genellikle bilgi ile etkileşim kavramlarını birbirine bağlamaktadır. Ancak, dijital okuryazarlık toplumun tüm kesimleri tarafından kullanılan bir imkan olmadığından sınırlı dijital okuryazarlık kavramı da mevcuttur. Sınırlı dijital okuryazarlık ile karakterize edilen bireyler, teknolojik araçları ve ağa bağlı cihazları kullanarak bilgiyi etkin bir şekilde gezinme, anlama, değerlendirme, üretme ve yayma becerileri yönünden eksikliklere sahiptir. Bu kavram en çok savunmasız gruplar açısından risklidir. Çünkü, çevrimiçi kaynaklara yeterli erişimlerinin olmaması halinde zaten savunmasız durumda olan bu grupların insan haklarını dijital ortamlarda kullanabilmeleri de tehlikeye girebilecektir. Bu durum ise dijital kaynakların ve dijital insan haklarının kullanımında bir eşitsizlik yaratacaktır. Dijital okuryazarlık ile ifade özgürlüğü arasında bir bağlantı söz konusudur. Nitekim, "ifade ve medya özgürlüğü hakkına ilişkin temel ilkeler ve uluslararası standartlar dijital medya ve bilgi okuryazarlığının bir parçasıdır."<sup>64</sup> Savunmasız gruplar için dijital okuryazarlık, ifade özgürlüğünü ve medya özgürlüğünü tam olarak kullanılmasını ifade eder. Bu durum ise savunmasız grupların insan hakları bağlamında seslerini duyurma fırsatını getirmektedir. Dijital okuryazarlık becerileri ayrıca savunmasız grupların siyasal katılımını artırmaya da yardımcı olabilir. Günümüz genç nüfusun artan siyasal katılımı ile yeni medya araçlarını özellikle dijital medya teknolojilerini kullanmaları arasında bir bağlantı olduğu kabul edilmelidir.<sup>65</sup> Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde sosyal medya kullanımı savunmasız

---

<sup>63</sup> Yakup Özkaya ve Veysel Erat, "Türkiye'de dijital okuryazarlık çalışmaları: Literatüre dayalı nitel bir araştırma," *Neşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi*, Dijitalleşme Özel Sayısı, 2022, s.241

<sup>64</sup> Article 19, "UN: Promote Digital, Media, And Information Literacy", 5 Temmuz 2023, erişim linki: <https://www.article19.org/resources/un-promote-digital-media-and-information-literacy/>, erişim tarihi: 18 Ekim 2023

<sup>65</sup> Matthew Luttig ve Cathy J. Cohen, "How Social Media Helps Young People - Especially Minorities and The Poor - Get Politically Engaged," *The Washington Post*, 9 Eylül 2016, erişim linki: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/09/09/how-social-media-helps-young-people-especially-minorities-and-the-poor-get-politically-engaged/>, erişim tarihi: 13 Haziran 2024.



gruplar açısından daha fazla siyasi katılımı beraberinde getirmektedir. Çünkü, Afro-Amerikalılar, Latinler ve Asyalı Amerikalılar siyasi bilgi için sosyal medyanın en aktif kullanıcılarıdır.<sup>66</sup> Ayrıca, savunmasız grupların kimlikleri ve dijital okuryazarlık arasında bir korelasyon olduğu görülmektedir.<sup>67</sup> Çünkü savunmasız gruplara mensup bireyler arasında gelişmiş dijital okuryazarlığın kendilerini keşfetme ve özgün kimliklerini benimseme olasılığına daha fazla katkıda bulunması beklenmektedir. Gençler arasında teknolojinin özellikle de sosyal medyanın her alanda kullanımını kimlik keşfi süreçlerinde bir dijital ekoloji<sup>68</sup> yaratmaktadır. Bu durum ise kişilerin kendi kimlikleri hakkındaki farkındalıklarını geliştirirken aynı zamanda bu kimlikleri nedeniyle karşılaştıkları insan hakları ihlallerinin daha fazla idrakinde olmalarını sağlayabilir. Ayrıca, Covid-19 salgını göstermiştir ki dijital okuryazarlık oldukça önemli bir insan hakkı meselesidir. Dijital sağlık okuryazarlığı savunmasız grupların ihtiyaçlarının belirlenmesi açısından da önem arz etmektedir.<sup>69</sup> Dijital sağlık okuryazarlık Covid-19 salgınında olduğu gibi acil durumlarda özellikle savunmasız gruplar açısından dijital sağlık hizmetlerine ulaşma konusunda hayati öneme sahiptir. Covid-19 salgını sırasında uygulanan yasaklar ve izolasyon ile birlikte özellikle 65 yaş üstü kişiler için “düşük dijital okuryazarlık düzeylerinin neden olduğu dijital eşitsizlik ortamı, pandemi döneminde zirveye ulaşmış ve halihazırda bilinen ve gri dijital ayırım olarak adlandırılan sosyolojik durumun daha net kavranmasına yol açmıştır.”<sup>70</sup> Türkiye’de internet gibi dijital teknolojinin imkanlarının kullanımı %90’ın üzerindedir ve bu oran Türkiye’deki kişilerin dijital ortam ile ne

---

<sup>66</sup> İbid.

<sup>67</sup> Charmaraman, Hernandez ve Hodes, ss. 188-214.

<sup>68</sup> İbid., s.190.

<sup>69</sup> Aylin Tutgun-Ünal Ekinci ve Nevzat Tarhan, “Dijital Sağlık Okuryazarlığı Üzerine Bir Alanyazın İncelemesi,” *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi*, Cilt:4, Sayı:2, 2021, s.153.

<sup>70</sup> Pelin Önder Erol, “Pandemide Dijital Ayırım, Yaşlılar ve Etik,” *Pandemi Etiği*, Cemal Hüseyin Güvercin (ed.), Türkiye Klinikleri, Ankara, 2022, s.23.

denli iç içe olduğunu göstermektedir.<sup>71</sup> Dijital çağ ile entegrasyon seviyesi yüksek olan Türkiye’de dijital okuryazarlık kavramı gün geçtikçe daha da önemli hale gelmekte ve özellikle üniversitede eğitim gören gençler arasında önemsenip benimsenmektedir.<sup>72</sup> Ancak, her şeye rağmen savunmasız gruplar açısından dijital okuryazarlık konusuna önem verilmesi gerekmektedir<sup>73</sup> ki bahsi geçen entegrasyon en üst seviyede gerçekleşebilsin ve dijital ortamda hak ve özgürlükler korunabilsin. Savunmasız grupların, özellikle çocukların, karşı karşıya kalacakları siber saldırılara veya siber zorbalıklara karşı korunmaları yine dijital okuryazarlık bilincinin yüksek olması ile mümkün kılınabilir.<sup>74</sup>

Türkiye dahil olmak üzere internetin yaygın kullanıldığı ülkelerde dijital aktivizm kavramı alternatif medya ve yeni toplumsal hareketler ile ilişkilidir. Nitekim, savunmasız gruplar açısından da önemli olan bu ilişki bağlamında “alternatif söylemin ağırlık kazandığı alternatif iletişim mecralarında, çoğunluktan yana değil, çoğulculuktan/çok seslilikten/çok kültürlülükten yana, toplumda sesini duyuramayan savunmasız ve azınlıkta kalan grupların sesine”<sup>75</sup> kulak verilmektedir. Yeni toplumsal hareketler ve dijital aktivizm savunmasız grupların hak arayışlarını anlamak açısından önemlidir. Dijital aktivizm dijital platformların herhangi bir biçimde toplumsal gelişmeyi

---

<sup>71</sup> Zeliha İnci Karabacak ve Ayşe Aslı Sezgin Büyükalaca, “Türkiye’de Dijital Dönüşüm ve Dijital Okuryazarlık,” *Türk İdare Dergisi*, Cilt:91, Sayı:488, 2019, s.329.

<sup>72</sup> Bahattin Yalçınkaya ve Mehmet Oytun Cibaroğlu, “Dijital Vatandaşlık Algısının İncelenmesi: Ampirik Bir Değerlendirme,” *BMIJ*, Cilt:7, Sayı:4, 2019, s.1204.

<sup>73</sup> Tirşe Erbaysal Filibeli, Can Ertuna ve Yağmur Çenberli, “Türkiye’de Medya ve Demokrasi: Medyada Çoğulculuğu İzleme Raporu Üzerine Bir Analizi,” *Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi*, Sayı:37, 2022, s.155.

<sup>74</sup> Erdi Erdoğan, “Dijital Okuryazarlık ve Siber Zorbalık: Ortaokul Öğrencilerine Yönelik Bir İlişkisel Tarama Araştırması”, *International Journal Of Field Education*, Cilt:7, Sayı:2, 2021, ss.61-76.

<sup>75</sup> Derya Erdem, “Yeni Medyada Alternatif Söylem: Bianet.org Sitesinde Gezi Haberlerinin Analizi” *İnteraktivizm Direnişin @hali*, Savaş Çoban (ed.), Yeşil Düşünce Derneği, İstanbul, 2014, s.51.

destekleme veya karşı çıkma aracı olarak kullanılmasını ifade eder. Dijital aktivizmde hızlı örgütlenme kabiliyeti dijital teknolojinin imkanları sayesinde kolaydır. Bu özelliğinin yanı sıra dijital aktivizm hiyerarşik güç çatışmalarını ortadan kaldırdığından daha iyimser bir çerçevede etkin örgütlenmeyi kolaylaştırmaktadır.<sup>76</sup> Bu yönü ile dijital aktivizm aynı zamanda bir insan hakkı olan barışçıl toplanma özgürlüğünün korunduğu ve etkili olduğu bir ortam sunmaktadır. Dijital aktivizm, savunmasız grupların insan haklarına ilişkin endişelerini dile getirmeleri ve etkileşime girmeleri için benzersiz fırsatlar yaratmıştır. Bu olgunun arkasındaki yeni medya teknolojileri ve anlayışı maliyetin azlığı, etkinlik gücü,<sup>77</sup> erişim kolaylığı ve hiyerarşik kısıtlamaların olmaması ile daha da cazip hale gelmektedir. Ancak, dijital teknolojilerin kontrolünün daha zor oluşu ve internet ortamında anti-demokratik uygulamalara daha kolay maruz kalınması dezavantajları akıllara getirmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde dijital aktivizm adı altında savunmasız gruplara karşı kötü niyetle hareket eden, çevrimiçi nefret söylemlerinde bulunan ve örgütlenmek için dijital mecraları kullanan grupların da var olabileceği unutulmamalıdır.

Türkiye’de dijital aktivizmin bir örneği Roman vatandaşların sosyal medya üzerinden Roman Araştırma Merkezi adıyla örgütlenmeleridir.<sup>78</sup> Bu örgütlenme ile Roman vatandaşlar çevrimiçi ortamda paylaşımlar yaparak kültürlerini yaşatmaya ve sorunlarını gündeme getirmeye çalışmaktadırlar. Bir diğer savunmasız grup olan engelli bireylerin dijital ortamda yürüttükleri aktivizm hareketleri ise daha çok sosyal medya araçları etrafında toplanmıştır. Bu doğrultuda engelli bireyler, eski adı ile Twitter yeni adı ile X üzerinden #EngelliKotasıYüzde5, #Reis3binEngelliÖğrMüjde, #EngelliÖğrtmlre3bin Atama gibi etiketler ile seslerini duyurmaya çalışmış ve hatta Cumhurbaşkanı’na kadar ulaşabildikleri bir aktivizm örneği

---

<sup>76</sup> İbid.

<sup>77</sup> Leah Lievrouw, *Alternative and Activist New Media*, Polity Yayınları, Cambridge, 2011, s.2.

<sup>78</sup> Facebook sosyal medya sayfası <https://www.facebook.com/groups/253556578354156/> üzerinden ulaşılabilir.

göstermişlerdir.<sup>79</sup> Dijital aktivizmin bir diğer başarılı örneği ise Sen de Anlat platformudur. İnternet sitesi üzerinden faaliyetlerini sürdüren bu özellikle kadınların maruz kaldıkları veya şahitlik ettikleri taciz veya saldırıları paylaşmak üzere oluşturulmuş bir dijital platformdur. Bu platformdaki paylaşımlar gerek kadınların ortak meseleler üzerinde bir kanıya varmalarını gerekse hukuki ve psikolojik destek almalarını sağlamaya yöneliktir.<sup>80</sup>

Özetle, savunmasız grupların insan haklarını korumaları, kullanmaları, dijitalleşme ile kolaylaşan hak ihlallere karşı ortak duruş sergilemeleri, yani dijital çağın getirdiği ikilemleri ortadan kaldırebilmeleri için dijital okuryazarlık ve dijital aktivizm kavramlarının tam olarak benimsenmeleri şarttır.

## SONUÇ

Dijital teknolojinin gelişmesi ile birlikte hukuksal konuların dijital platformlara taşınması insan hakları hukukunu önemli ölçüde etkilemiştir. Dördüncü nesil insan hakları olarak da kabul edilebilen dijital insan haklarının getirdiği pek çok muhatap ve sorun arasında savunmasız gruplar en önemli aktörlerindedir. Savunmasız gruplar için tehdit oluşturan konuların başında hukukun temel ilkelerinden olan ayrımcılık yasağının ihlali ve ötekileştirme aracı olarak çevrimiçi nefret söylemleri gelmektedir. Bu söylemler sosyal medya platformlarında ve internet sitelerinde belirli bir gruba yönelik nefret içerikli mesajların paylaşılmasına ortam hazırlar. Çevrimiçi nefret söylemi, daha kolay çoğaltılabilir ve yayılabilir olduğundan savunmasız grupların insan haklarına daha kolay zarar verebilecek niteliktedir. Ancak, teknolojinin kullanımının yarattığı bu olumsuzluk yine teknoloji sayesinde önlenebilir. Savunmasız grupları çevrimiçi nefret söylemlerinden korumak için yasal reformlara, pratik önlemlere ve uluslararası iş birliğine ihtiyaç vardır. Çünkü çevrimiçi nefret söylemleri, uluslararası

---

<sup>79</sup> Övünç Meriç-Fermanoğlu, "Çevrimiçi Hariciler: Türkiye'de Dijital Engelli Aktivizmi Üzerine Bir Araştırma," *Istanbul University Journal of Communication Sciences*, Sayı:56, 2019: s.145.

<sup>80</sup> "Sen De Anlat", erişim tarihi: 13 Kasım 2023, erişim linki: <https://sendeanlat.harassmap.org/tr>.

hukuk ve Türk hukuku çerçevesinde insan haklarının temel değerleriyle gelişmektedir.

Dijital çağda savunmasız grupları etkileyen bir diğer konu ise dijital sağlık hakkıdır. Dijital sağlık hakkı özellikle Covid-19 salgını sürecinde insanların sağlık hizmetlerine her an erişebilmelerine olanak sağladığı için önemli hale gelmiştir. Dijital araçlar ilgili verilerin doktorlar ve hastalar arasında engel olmaksızın iletilmesine olanak sağladığından savunmasız grupların sağlık hakkına olumlu katkılarda bulunmaktadır. Ancak, özellikle kişilik hakları kapsamında bu gruplara ait hassas sağlık verilerinin korunması ve ayrımcılığın önlenmesi çok önemlidir. Çünkü savunmasız grupların sağlık verilerine dijitalleşme ile daha kolay erişim sağlanabilmektedir. Ayrıca, bir yandan dijital ortamın savunmasız grupların ruh sağlıkları açısından olumsuz etkilerinden söz edilirken diğer yandan ise sağlık hizmetlerine dijital ortamda eşit erişimin önemi ön plana çıkmıştır. Bu açıdan öncelikli meselelerden bir tanesi yapay zekanın sağlık hizmetlerine entegrasyonunda savunmasız grupların bir insan hakkı ihlali olan ayrımcılığa maruz kalmaya karşı korunmasıdır. Bir diğer ifade ile savunmasız grupların sağlık hizmetlerine erişiminde eşitsizlikler yaratabilecek veri girişi riskinin ortadan kaldırılması gereklidir.

İnsanlar bedensel ve ruhsal varlıklarının yanında kültürel varlıklara sahiptirler. Savunmasız grupların kültürel hakları ile dijital ortamlar arasındaki ilişki kültürel kimliklerinin ve kültürlerinin devamı için çok önemlidir. Dijital ortamda yaşayacak olan kültürel haklar özellikle farklı kültürel değerlere sahip gruplar için kültürel kimliğin korunması ve refahı için gereklidir. Dijital ortamlar bu kültürel hakların daha kolay yaşamasını sağlayabilir. Ancak diğer yandan kültürlerin kaybolmasına veya çevrimiçi nefret söyleminin yaşandığı durumlarda savunmasız grupların kültürel haklarını kullanmaktan vazgeçmelerine de neden olabilmektedir. Hukuksal açıdan kültürel hakların korunması aynı zamanda telif haklarını da ilgilendirmektedir.

Tüm bu tartışmaların yanı sıra dijital okuryazarlık ve dijital aktivizm savunmasız gruplara yönelik insan hakları ihlalleri ile mücadele etmek için etkin araçlar olabilir. Konu ile ilgili olarak önemli bir diğer kavram da dijital sağlık okuryazarlığıdır. Bu okuryazarlık

kavramının geliştirilmesi ve desteklenmesi özellikle savunmasız grupların dijital sağlık hizmetlerinden dolayısı ile bir insan hakkı olan sağlık hakkından yararlanmalarını sağlayacaktır. Dijital okuryazarlık, dijital bilgiyi anlamayı ve etkili bir şekilde kullanmayı içerirken dijital aktivizm savunmasız grupların teknolojik araçları ve ağa bağlı cihazları kullanarak toplumsal reformlar için çabalamasıdır. Dijital aktivizm, yakın gelecekte toplumların yaşayacakları reformların ayak seslerini içermektedir. Ayrıca bu kavramın sadece sanal ortamda kalmayan sahaya da yansıyan bir aktivizm çeşididir. Tüm bu yönleri ile her iki kavram başta insan hakları olmak üzere hukuk ve dijitalleşmenin birbirini ne denli etkilediğini göstermektedir.

Dijital çağ ile beraber şekillenen insan hakları meseleleri savunmasız gruplar merceğinde incelendiğinde dijital çağın insan hakları üzerinde ne denli ikilemler yaratabildiği görülebilir. Teknolojik gelişmeler bir yandan savunmasız grupların insan haklarını kullanmaları ve korumaları için imkanlar sağlarken diğer yandan savunmasız grupların insan haklarını daha kolay ihlal edilebilir ve hassas bir duruma sokmaktadır. Kısacası dijital çağ ve savunmasız grupların insan hakları konularındaki etkileşimleri olumlu imkanlar ve olumsuzlukları bir arada barındırmakta ve bir madalyonun iki farklı yüzünü hatırlatmaktadır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

## EXTENDED SUMMARY

*The term vulnerable groups refer to people that are at an increased risk of experiencing physical or mental injury, as well as hostility in the context of society. The advent of the internet era has provided these people with options that have never been available before to exercise and protect their human rights. However, it also fosters a complex environment where human rights violations can occur more easily.*

*The rise of hate speech targeting vulnerable populations on the internet exemplifies these issues. Online hate speech has a significant and negative impact on particularly vulnerable groups' human rights and societal participation. Their dignity suffers, discrimination intensifies, and they often find themselves excluded from society. The anonymity and reach of digital platforms, which contribute to the propagation of hate speech, exacerbate the widespread nature of the problem. Even if these obstacles exist, technology also provides tools that can identify and prevent hate speech from occurring. Sophisticated algorithms and community reporting methods can identify and mitigate harmful information, providing a measure of protection to vulnerable populations.*

*During the Covid-19 epidemic, the right to health, which is an essential human right, has seen a rise in importance for vulnerable organisations. Digitalization has significantly improved the accessibility of health services with the advent of telemedicine and online health consultations. This has greatly benefited those who are unable to access conventional medical facilities. On the other hand, the transition towards digital health care is also associated with several serious risks. Particularly vulnerable individuals are at risk of having their privacy and rights violated as a result of data security breaches and discriminatory behaviours in digital health records. Protecting vulnerable groups' digital health rights is absolutely necessary for their overall health and wellbeing.*

*The digital environment's ability to express cultural rights is crucial for the cultural existence of typically marginalised groups. Digital platforms can facilitate the practice and diffusion of cultural identities and traditions, thereby fostering a sense of community and belonging. Additionally, digitalisation has*

*the potential to have a detrimental effect on cultural identities. The dominance of mainstream digital material may marginalise minority cultures, potentially leading to a loss of cultural variety.*

*Digital literacy and digital activism are two significant ideas that have emerged as a result of the convergence of human rights, vulnerable populations, and the digital sphere. Equipping socially vulnerable groups with the necessary skills to achieve digital literacy enables them to navigate and use digital platforms effectively. Recognising potential dangers and understanding their rights when using the internet are two examples. In contrast, digital activism offers a potent instrument for advocacy and mobilisation, which is a significant advantage. It provides vulnerable groups with the opportunity to express their concerns, advocate for their rights, and hold those responsible for abuses of human rights accountable for their actions.*

*In the framework of human rights legislation and vulnerable populations, this study investigates the dual nature of digitalization and attempts to understand its implications. This article looks at the beneficial effects, such as enhanced accessibility and empowerment, as well as the negative implications, which include higher chances of infractions and cultural loss. By examining these dynamics, the purpose of this article is to give a thorough understanding of how the digital age impacts vulnerable people's human rights. Additionally, the research intends to identify methods for limiting unfavourable consequences while simultaneously boosting the advantages.*



### KAYNAKÇA

- ACAY, Fırat. "Sosyal Medya Aracılığıyla Hakaret Suçu ve Suçun Tespitine İlişkin Uygulamalar," İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı 1, Haziran 2021, ss. 71-140.
- AKAD, Mehmet / DİNÇKOL, Bihterin Vural / BULUT, Nihat. Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2018.
- AKALIN, Betül / VERANYURT, Ülkü. "Sağlıkta Dijitalleşme ve Yapay Zekâ," Sağlık Bilimleri Üniversitesi, Sağlık Yönetimi Dergisi Cilt:2, Sayı:2, 2020, ss. 131-141.
- AKGÜL, Mahmut. "Çevrimiçi Ortamlarda Nefret Söylemi: Ekşi Sözlük'te 65 Yaş Üstü Sokağa Çıkma Yasağı Tartışmaları", İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, Sayı:51, 2020, ss. 57-78.
- ALEMANJİ, Aminkeng A. / MEIJER, Clara Marlijn / KWAZEMA, Martins / BENYAH. Francis Ethelbert Kwabena (ed.), Contemporary Discourses in Social Exclusion. Londra: Palgrave Macmillan, 2023.
- ALP, Hakan. "Çingenelere Yönelik Nefret Söyleminin Ekşi Sözlük'te Yeniden Üretilmesi," Ankara Üniversitesi İlef Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, 2016, ss. 143-172.
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ. Renaud / Fransa (13290/07) 25 Şubat 2010.
- ARTICLE 19. "UN: Promote Digital, Media, And Information Literacy", 5 Temmuz 2023, erişim linki: <https://www.article19.org/resources/un-promote-digital-media-and-information-literacy/>, erişim tarihi: 18 Ekim 2023.
- ASHRAF, Cameran. "Exploring The Impacts Of Artificial Intelligence On Freedom Of Religion Or Belief Online," The International Journal of Human Rights 26, no.5, 2021, ss.1-35.
- ATASOY, Kemal. "Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası", Marmara

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, ss. 269-301.

AVRUPA GÜVENLİK VE İŞBİRLİĞİ TEŞKİLATI. Preventing And Responding To Hate Crimes A Resource Guide For NGOs in The OSCE Region, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Strazburg, 2009.

BAŞAR, Cansu Koç. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı Ve Eşitlik İlkesinin Etkin Korunması Üzerine Bir Değerlendirme", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, Aralık 2023, ss.751-785.

BAŞER, Selin. "Ruanda Soykırımı'nın Uluslararası Hukuktaki Soykırım Tanımı Kapsamında Değerlendirilmesi", Güvenlik Stratejileri Dergisi, Cilt: 18 Sayı: 41, 2023, ss. 225-256.

BOZOK, Nihan. Ben Değerliyim, Nar Taneleri: Güçlü Genç Kadınlar Mutlu Yarınlar Projesi. Sosyolojik Değerlendirme Raporu, Boyner Yayınları, İstanbul, 2011.

CHAN, Jason / GHOSE, Anindya / SEAMANS, Robert. "The Internet and Racial Hate Crime" MIS Quarterly, Cilt:40, Sayı:2, 2016.

CHARMARAMAN, Linda / HERNANDEZ, J. Maya / HODES, Rachel. "Marginalized And Understudied Populations Using Digital Media," Handbook Of Adolescent Digital Media Use and Mental Health, Jacqueline Nesi, Eva H. Telzer ve Mitchell J. Prinstein (ed), Cambridge Üniversitesi Yayınları, Cambridge, 2022, ss. 188-214.

CLARK, Caitlin. "Digital Technologies Could Remedy Health Disparities for Black Men," Texas & M Today, Ağustos 2020, erişim linki: <https://today.tamu.edu/2020/08/04/digital-technologies-could-remedy-health-disparities-for-black-men/>, erişim tarihi: 04 Haziran 2024.

ÇALICI, Can / ÖZTÜRK, Erdin. "Siber Kültürün Temel Bileşenleri ve Kuşaklararası Dinamikleri," Siber Psikoloji, Erdin Öztürk (ed.), Ankara, Türkiye Klinikleri, 2020, ss.56-62.

- ÇATLI, Mehmet / KESKİN, Salih. "İnsan Haklarının Değişime Açık Konusu: Dijital Vatandaşlık Kavramı Üzerine Bir İnceleme," Ombudsman Akademik, Cilt:7, Sayı: 14, 2021, ss 199-229.
- ÇINAR, Berkant / GÜNGÖR, Yıldız / UYAR, Sercan / TARHAN, Çiğdem. "Covid19 Pandemisinin Türkiye'deki Dijital Dönüşüm Süreçlerine Etkisi", Journal Of Research In Business, Cilt: 7, Sayı: 1, 2022, s.e91-102.
- DEMİRBAŞ, Timur. "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayı, Cilt:19, 2017, ss. 2693 – 2701.
- DOWD, Rebekah. The Birth of Digital Human Rights, Palgrave Macmillan, Londra 2022.
- DÜNYA SAĞLIK ÖRGÜTÜ. "Vulnerability and Vulnerable Populations", t.y., erişim linki: <https://wkc.who.int/our-work/health-emergencies/knowledge-hub/community-disaster-risk-management/vulnerability-and-vulnerable-populations>, erişim tarihi: 13 Eylül 2024.
- EIDE, Asbjorn. "Cultural Rights and Minorities: Essay in Honour of Erica-Irene Daes," Justice Pending: Indigenous Peoples and Other Good Causes, Gudmundur Alfredsson ve Maria Stavropoulou (ed.), Martinus Nijhoff, Lahey, 2002, ss. 83-97.
- EKİNCİ, Yücel / TUTGÜN-ÜNAL, Aylin / TARHAN, Nevzat. "Dijital Sağlık Okuryazarlığı Üzerine Bir Alanyazın İncelemesi," Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi, Cilt:4, Sayı:2, 2021, ss. 148-165.
- ERDEM, Derya. "Yeni Medyada Alternatif Söylem: Bianet.org Sitesinde Gezi Haberlerinin Analizi" İnteraktivizm Direnişin @hali, Savaş Çoban (ed.), Yeşil Düşünce Derneği, İstanbul, 2014, s.51.
- ERDOĞAN, Erdi. "Dijital Okuryazarlık ve Siber Zorbalık: Ortaokul Öğrencilerine Yönelik Bir İlişkisel Tarama Araştırması", International Journal Of Field Education, Cilt:7, Sayı:2, 2021, ss.61-76.

- ERDOĞAN, Mustafa. "İnsan Hakları Haftasında Kültürel Haklar," *Özgürlük Araştırmaları Derneği*, 10 Aralık 2019, erişim linki: <https://oad.org.tr/blog/insan-haklari-haftasinda-kulturel-haklar149/>, erişim tarihi: 22 Ekim 2023.
- EROL, Melih Uğraş. "Türkiye Örneğinde Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Gelişen Teknoloji, Değişen Medya ve Toplum Anlayışı Arasındaki Etkileşimler", *Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 2, 2023, ss. 219-251.
- EROL, Pelin Önder. "Pandemide Dijital Ayrım, Yaşlılar ve Etik," *Pandemi Etiği*, Cemal Hüseyin Güvercin (ed.), *Türkiye Klinikleri*, Ankara, 2022, ss.23-27.
- ERSOY, Uğur, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:9, Sayı:35, Temmuz 2018, ss,111-174.
- ERTUĞRUL, Ayşegül. "Sars-Cov-2 (Covid-19) Pandemisi ve Dijital Sağlık," *Çocuk Sağlığında Sars-Cov-2 (Covid-19)*, İlknur Bostancı (ed.), *Türkiye Klinikleri*, Ankara, 2020, ss.140-143.
- FİLİBELİ, Tirşe Erbaysal / ERTUNA, Can / ÇENBERLİ, Yağmur. "Türkiye’de Medya ve Demokrasi: Medyada Çoğulculuğu İzleme Raporu Üzerine Bir Analizi," *Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi*, Sayı:37, 2022, ss. 136-163.
- IMPERIAL NEWS. "AI Could Worsen Health Inequities for UK’s Minority Ethnic Groups - New Report," 24 Şubat 2022, erişim linki: <https://www.imperial.ac.uk/news/230413/ai-could-worsen-health-inequities-uks/>, erişim tarihi: 24 Ekim 2023.
- İNCEOĞLU, Yasemin / SÖZERİ, Ceren. "Ya Sev Ya Terk Et Ya Da...," *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları*, Yasemin İnCEOğlu ve Ceren Sözeri (ed.), *Ayrıntı Yayınları*, İstanbul, 2012, ss.23-38
- KARABACAK, Zeliha İnci / BÜYÜKALACA, Ayşe Aslı Sezgin. "Türkiye’de Dijital Dönüşüm ve Dijital Okuryazarlık," *Türk İdare Dergisi*, Cilt:91, Sayı:488, 2019, ss. 319-343.
- KARAN, Ulaş. "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:73, 2007, ss.146-173.

- KARATAŞ, Mustafa / BARUT, Berçem. "Sosyal Hizmet Perspektifinden Göç ve Savunmasız Gruplar: IOM Raporları Üzerine Bir Araştırma", Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt:8, Sayı:1, 2021, ss.86-109.
- KARDEŞ, Servet. "Erken Çocukluk Döneminde Dijital Okuryazarlık", İnönü Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, Cilt:21, Sayı: 2, 2020, ss.827- 839.
- KOÇ, Rezal. "Dijitalleşen Kültür Ya Da Kültürün Dijitalleşmesi: Dijital Kültür Kavramı," Motif Akademi Halkbilimi Dergisi, Cilt:15, Sayı: 38, 2022, ss.500-513.
- KONUK, Nebiye / APAY, Yaprak. "Sosyal Medyada İşlenen Suçlara İlişkin Yargıtay Ceza Daireleri Kararlarının İçerik Analizi ile İncelenmesi," Yeni Yüzyılda İletişim Araştırmaları, Hasan Çiftçi (ed.), İksad Yayınları, Ankara, 2019, ss. 263-288.
- KUŞ, Oğuz. "Dijital Nefret Söylemini Anlamak: Suriyeli Mülteci Krizi Örnek Olayı Bağlamında BBC World Service Facebook Sayfasına Gelen Yorumların Metin Madenciliği Tekniği ile Analizi," İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Sayı: 51, 2016, ss.97-121.
- LIEVROUW, Leah. Alternative and Activist New Media, Polity Yayınları, Cambridge, 2011.
- LUTTIG, Matthew / COHEN, Cathy J. "How Social Media Helps Young People - Especially Minorities and The Poor - Get Politically Engaged," The Washington Post, 9 Eylül 2016, erişim linki: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/09/09/how-social-media-helps-young-people-especially-minorities-and-the-poor-get-politically-engaged/>, erişim tarihi: 13 Haziran 2024.
- MECEK, Hüseyin. "İnsan Haklarında Semantik Bozum: İşkence'den Kötü Muamele'ye," Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2021, ss. 345-370.
- MERİÇ-FERMANOĞLU, Övünç. "Çevrimiçi Hariciler: Türkiye'de Dijital Engelli Aktivizmi Üzerine Bir Araştırma," İstanbul

University Journal of Communication Sciences, Sayı:56, 2019, ss.119-152.

ÖZKAYA, Yakup / ERAT, Veysel. "Türkiye'de dijital okuryazarlık çalışmaları: Literatüre dayalı nitel bir araştırma," Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi, Dijitalleşme Özel Sayısı, 2022, ss.240-256.

ÖZTEKİN, Hülya / ÖZTEKİN, Ahmet. "Dijital Oyunlarda Nefret Söylemi ve Ayrımcı Dil: Agar.io Örneği," Turkish Studies – Social, Cilt:15, Sayı:1, 2020, ss. 533-558.

PARLAKKILIÇ, Alaattin. "Covid-19 İle Mücadelede Dijital Teknolojilerin Kullanımı," Sağlık ve Toplum, Cilt: 33, Sayı: 1, 2023, ss. 40-51.

PEREPOLKİN, Serhii M. / PEREPOLKİN, Danylo S. / AVERİANOVA, Milena V. "Typology Of The Fourth Generation Of Human Rights", Journal of International Legal Communication, Cilt:1, Sayı:1, 2021: 91-101.

SEN DE ANLAT, t.y., erişim linki: <https://sendeanlat.harassmap.org/tr>, erişim tarihi: 13 Kasım 2023.

ŞİMŞİR, İsmail / METE, Buse. "Sağlık Hizmetlerinin Geleceği: Dijital Sağlık Teknolojileri," Journal Of Innovative Healthcare Practices, Cilt:2, Sayı:1, 2021, ss. 33-39.

TURHAN, Durmuş Gökhan. "Dijital Aktivizm," Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı:26, 2017, ss. 26-44.

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Rehberi, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Yayını, Ankara, 2022.

TYLOR, Edward Brunett. The Origins of Culture and Religion in Primitive Culture, Harper & Brothers, New York, 1958.

UÇAR, Anıl Kaan. "Nefret Söylemi, Dijital Linç ve Twitter," Journal Of Social And Humanities Sciences Research, Cilt:8, Sayı:77, 2021, ss. 3110-3115.

- UNESCO Mexico. "Virtual School for Indigenous and Community Media (VSICM)," 11 Ağustos 2023, erişim linki: <https://www.unesco.org/en/node/87168>, erişim tarihi: 11 Ekim 2023.
- WILLIAMS, Cynthia / SHANG, Di. "Telehealth Usage Among Low-Income Racial and Ethnic Minority Populations During the Covid-19 Pandemic: Retrospective Observational Study," *Journal of Medical Internet Research*, Cilt:29, Sayı:9, 2023, ss. 1-9.
- VURGUN, Şanser. "Bir Savunmasız Grup Olan, HIV (İnsan İmmün Yetmezlik Virüsü) ve AIDS Taşıyıcılarının Hukuki Durumlarının İncelenmesi: Avrupa, ABD ve Türkiye Karşılaştırması", *Kesit Akademi Dergisi*, Cilt:6, Sayı: 25, s. 568-587.
- YALÇINKAYA, Bahattin / CİBAROĞLU, Mehmet Oytun. "Dijital Vatandaşlık Algısının İncelenmesi: Ampirik Bir Değerlendirme," *BMIJ*, Cilt:7, Sayı:4, 2019, ss. 1188-1208.
- YANAGIZAWA-DROTT, David. "Propaganda and Conflict: Evidence from The Rwandan Genocide," *The Quarterly Journal of Economics*, 2014, ss. 1947-1994.
- YARGITAY 12. CEZA DAİRESİ. T.07.12.2018, E.2017/4286, K. 2018/1180.
- YARGITAY 12. CEZA DAİRESİ. T.02.02.2016, E. 2015/15291, K. 2016/1124.
- YILDIRIM AYKURT, Aylin. "21.Yüzyıl'da Sosyal Sorunlar ve Dezavantajlı Gruplar", *Journal of Awareness*, Cilt: 5, Sayı: 3, 2020, ss. 427-448
- YÜCEL, Rıdvan / ARIK, Muhammet Bilal. "Bir Dijital Kültür Örneği Olarak Katılımcı Sözlükler ve Türkiye'deki Görünümleri," *Uluslararası Medya ve İletişim Araştırmaları*, Cilt:3, Sayı:2, 2020, ss. 156-169.





## Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Geçerlilik Koşulları

### Gültigkeitsbedingungen einer Strafenterbung

Dr. Öğr. Üyesi Özlem Acar Ünal\*

#### ÖZ

*Mirasçılıktan çıkarma, Türk Medeni Kanunu'nun 510 ile 513. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Mirasçılıktan çıkarma, cezai mirasçılıktan çıkarma ve koruyucu mirasçılıktan çıkarma olarak ikiye ayrılmaktadır. Cezai mirasçılıktan çıkarma, özel hukuk çerçevesinde bir cezalandırma niteliği taşırken; koruyucu mirasçılıktan çıkarmada saklı paylı mirasçının altsoyunun korunması hedeflemektedir. Çalışma konumuz olan cezai mirasçılıktan çıkarmada, mirasbırakan saklı paylı mirasçısını yalnızca kanunda belirtilen sebeplere dayanarak çıkarabilir. Türk Medeni Kanunu madde 510 hükmünde düzenlenen sebeplerden biri, mirasbırakana ya da mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlenmesidir. Hükümde yer alan "ağır bir suç işlenmesi" ifadesiyle ne anlatılmak istendiğinin tespiti büyük önem taşımaktadır. Ayrıca, kanunda yer alan mirasbırakanın "yakınları" kavramına kimlerin dâhil olduğu tespit edilmelidir. Cezai mirasçılıktan çıkarmanın bir diğer nedeni, saklı paylı mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerini ihmal etmesidir. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin kapsamının ve "önemli ölçüde" ifadesinin kanunda ne şekilde anlam kazandığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bununla birlikte, bu yükümlülüklerin kimlere karşı yerine getirilmemesi durumunda mirasçılıktan çıkarma sonucunun doğacağı da önem arz etmektedir. Cezai mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerli olabilmesi için yalnızca belirtilen sebeplere dayanılması yeterli olmayıp, aynı*

\* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (o.acar@iku.edu.tr). ORCID: 0000-0001-8112-0001.



*zamanda kanunda öngörülen şekil şartlarına uyulmalı ve çıkarma nedeni tasarruf belgesinde gösterilmelidir.*

*Çalışma konumuz kapsamında, öncelikle cezai mirasçılıktan çıkarma kavramı açıklandıktan sonra, bu kurumun miras hukukundaki benzer yapılardan farklarına değinilecektir. Ardından cezai mirasçılıktan çıkarmanın sebepleri ve şekil şartlarına ilişkin koşullar açıklanacak; tartışmalı hususlar ve Yargıtay kararlarına yer verilecektir. Çalışma konumuz cezai mirasçılıktan çıkarmanın geçerlilik şartları olduğu için, konunun sınırlandırılması amacıyla mirasçılıktan çıkarmanın hüküm ve sonuçları kapsam dışı bırakılmıştır.*

*Anahtar Kelimeler: Cezai mirasçılıktan çıkarma, saklı pay, mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruf.*

## The Validity Conditions for Punitive Disinheritance

### ABSTRACT

*Disinheritance is regulated under Articles 510 to 513 of the Turkish Civil Code. Disinheritance is divided into two categories: punitive disinheritance and protective disinheritance. Punitive disinheritance serves as a form of punishment within the framework of private law, whereas protective disinheritance aims to safeguard the descendants of a statutory heir. In cases of punitive disinheritance, which is the focus of this discussion, the testator may only disinherit a statutory heir on grounds explicitly mentioned in the law. One of these reasons, as stipulated in Article 510 of the Turkish Civil Code, is the commission of a serious crime against the testator or one of the testator's close relatives. Determining what constitutes a "serious crime" is of crucial importance. Moreover, it must be clarified who is included in the term "close relatives" of the testator as referred to in the law. Another reason for punitive disinheritance is the failure of the statutory heir to fulfill obligations arising from family law. The scope of these family law obligations and the meaning of the term "substantially" must be clarified within the framework of the law.*

*Additionally, it is important to determine against whom the failure to fulfill these obligations must occur for disinheritance to be warranted. For punitive disinheritance to be valid, it is not enough to rely solely on the specified reasons; the formal requirements set forth in the law must also be met, and the reason for disinheritance must be indicated in the testamentary document.*

*Within the scope of our study, the concept of punitive disinheritance will first be explained, followed by an examination of how this institution differs from other similar structures in inheritance law. Subsequently, the reasons for punitive disinheritance and the formal requirements necessary for its validity will be analyzed, along with discussions of contentious issues and relevant Supreme Court decisions. Since the focus of this study is the validity conditions for punitive disinheritance, the consequences and effects of disinheritance are excluded in order to limit the subject matter.*

*Keywords: Punitive disinheritance, reserved portion, inheritor, testamentary disposition.*

## GİRİŞ

Mirasçılıktan çıkarma kurumu, Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 510-513 hükümleri arasında düzenlenmiş olup; cezai mirasçılıktan çıkarma ve koruyucu mirasçılıktan çıkarma olarak ikiye ayrılmaktadır. Cezai mirasçılıktan çıkarma ile özel hukuk kapsamında bir cezalandırma söz konusu iken, koruyucu mirasçılıktan çıkarma ile saklı paylı mirasçının altsoyunun korunması amaçlanmaktadır.

Cezai mirasçılıktan çıkarmanın temeli, saklı pay kavramına dayanmaktadır. Genel bir tanımla saklı paylı mirasçılar, mirasbırakanın tasarruflarına karşı korunan yasal mirasçılardır<sup>1</sup>. Kanun koyucu,

---

<sup>1</sup> Saklı pay ve saklı paylı mirasçı tanımlamaları için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 355 vd.; Mustafa Dural/Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Miras Hukuku*, Cilt IV, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024, s. 242 vd.; Zahit İmre/Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 17. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2024, s. 229 vd.; Ali Naim

mirasbırakana terekesi üzerinde tasarruf serbesti tanımış ve ölümünden sonraki isteklerinin gerçekleşmesine mümkün olduğunca izin vermiş ancak bu tasarruf serbestisinin sınırı olarak saklı paylı mirasçılarını göstermiştir. Dolayısıyla mirasbırakan terekesi üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunurken, saklı paylı mirasçıların saklı paylarına dikkat etmekle yükümlüdür<sup>2</sup>. Aksi takdirde mirasbırakanın tasarrufları, saklı paylı mirasçıların saklı paylarını ihlal ettiği ölçüde tenkise tabi tutulur. Kanun koyucunun özel bir önem verdiği saklı paylı mirasçıların varlık nedeni ise mirasbırakan ile aralarındaki yakın aile bağlarına dayanmaktadır. Ancak yakın aile bağları dediğimiz kavram özünde kutsal bir göreve hizmet etse de her zaman kopmaz nitelikte değildir. Bazı durumlarda bu bağlar zayıflayabilir ve yakın aile bağı kavramı içi boş bir kelimedenden öteye gitmez. Başka bir ifadeyle, bu kavramı oluşturan değerler temelinden sarsılabilir. Böyle bir durumda kanun

---

İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, *İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, § 24 N. 998 vd; Fikret Eren, İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 6. Bası, Legem Yayınevi, Ankara 2024, s. 261vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2023, s. 198 vd.; Rona Serozan/Baki İlkey Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, § 3 N. 1 vd.; Bilge Öztan, *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s. 74 vd.; Gökhan Antalya/İpek Sağlam, *Marmara Hukuk Yorumu- Miras Hukuku*, Cilt III, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, § 9 N. 1286 vd.; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, 2. Bası, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, § 13 N. 337 vd.; Mehmet Ayan, "Saklı Paylı Mirasçılar ve Saklı Payları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2002, C. 10, S. 1-2, s. 8 vd.; Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, *Miras Hukuku*, 11. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 199 vd.; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s 112 vd.; Suat Sarı, *Uygulamalı Miras Hukuku- Temel Kavramlar-Yasal Mirasçılık-Saklı Paylar-Tasarruf Oranı-Tenkis*, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 78.

<sup>2</sup> Mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün artırılması amacıyla İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) bir takım değişikliklere gidilmiş ve bu değişiklikler 1.1.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna göre anne-babanın saklı payı kaldırılmıştır. Bu kapsamda yalnızca altsoyun, eşin veya kayıtlı partnerin saklı paylı mirasçı olacağı hüküm altına alınmıştır (ZGB Art 470). Ayrıca altsoyun saklı pay oranı da azaltılmıştır (ZGB Art 471).

koyucu açısından saklı paylı mirasçının korunmaya değer bir menfaati kalmaz. Bu korumanın ortadan kalkmasıyla mirasbırakana dilerse saklı paylı mirasçısını özel hukuk hükümleri çerçevesinde cezalandırabilme hakkı tanınmıştır<sup>3</sup>.

Mirasçılıktan çıkarmanın bir diğer görünümünde ise koruma amacı bulunmaktadır. TMK md. 513 hükmündeki düzenleme kapsamında mirasbırakan, saklı paylı mirasçısını cezalandırmamakta aksine altsoyunun doğmuş ya da doğacak çocuklarını ekonomik olarak korumaktadır.

### I. CEZAI MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN TANIMI VE AMACI

Cezai mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakana bazı durumların varlığı halinde saklı paylı mirasçısını miras payından mahrum bırakabilme yetkisi tanıyan kanuni bir imkândır<sup>4</sup>. Bu yetkiyi kullanan mirasbırakan, kopan aile bağları sebebiyle saklı paylı mirasçısını

<sup>3</sup> Cezai mirasçılıktan çıkarmanın, Alman Hukukundaki görünümü saklı paydan uzaklaştırmadır. Ayrıntılı açıklama için bkz. Nalan Kahveci, "Alman Medeni Kanununda Saklı Paydan Uzaklaştırma Sebeplerine İlişkin Yapılan Değişiklikler ve İsviçre-Türk Hukuku ile Karşılaştırması", *Prof. Dr. Aydın Zeokliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Dergisi*, Y. 2013, C. 8, Sayı: Özel, s. 1483-1524; Gözde Çağlayan Aygün, "Alman Hukukuna Göre Mirasbırakanın Saklı Paylı Mirasçılarını Saklı Paydan Çıkarmak İçin Sahip Olduğu Hukuki Bir Çare Saklı Paydan Uzaklaştırma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 1, Y. 2022, 485-510.

<sup>4</sup> Doktrindeki cezai mirasçılığa ilişkin tanımlar için bkz. Ferih Bedii Tongsir, "Mirastan İskat ve Mahrumiyet Müesseseleri Hakkında Düşünceler", *Mukayesi Hukuk Araştırma Dergisi*, Y. 1958, S. 2, s. 249; Rıza Çubukgil, "Mirastan Adi İskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri", *AÜHFD*, Y. 1950, C. 7, S. 3-4, s. 442; İnan/Ertas/Albaş, § 18 N. 767; Serozan/Engin, § 4 N. 183; Kahveci, s. 1485; Ayan/Ayan, s. 211; Kürşad Yağcı, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 13; Oğuz Ersöz, "Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarma", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 2019, C. 7, S. 14, s. 197; Dilşad Keskin/H. Reyhan Demircioğlu, *Medeni Hukuk – II (Eşya Hukuku-Miras Hukuku)*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 250.

cezalandırmaktadır<sup>5</sup>. Bu sebeple doktrinde, cezai mirasçılıktan çıkarmanın bir özel hukuk ya da medeni hukuk cezası olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir<sup>6</sup>. Elbette ki mirasbırakanın bu yola başvurmama hakkı vardır. Başka bir ifadeyle, mirasbırakan her ne olursa olsun saklı paylı mirasçısının saklı payını almasını engellemek istemeyebilir. Zira cezai mirasçılıktan çıkarmanın söz konusu olabilmesi için her şeyden önce mirasbırakanın bu yöndeki iradesine ihtiyaç vardır. O halde mirasbırakan; kanunda yer alan sebeplerin gerçekleşmesi üzerine yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla, saklı paylı mirasçısının saklı payını tamamen ya da kısmen almasına engel olma hakkına sahiptir.

## II. CEZAI MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN BENZER KURUMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

Cezai mirasçılıktan çıkarma, miras hukukunda yer alan bazı kurumlarla benzer özellikler taşımaktadır. Dolayısıyla cezai mirasçılıktan çıkarmayı söz konusu kurumlardan ayıran nitelikleri tespit etmek gerekir.

### A. Mirastan Uzaklaştırmadan Ayırt Edilmesi

Mirastan uzaklaştırma, saklı paylı olmayan yasal mirasçılarının miras paylarını almalarını engelleyen bir kurumdur<sup>7</sup>. Bunun gibi, saklı paylı mirasçılarının saklı payları dışında kalan miras paylarından yoksun kalmalarını da sağlar<sup>8</sup>. Zira hem saklı paylı olmayan mirasçılarının miras payları hem de saklı paylı mirasçılarının saklı payları dışında kalan miras

<sup>5</sup> Doktrinde, cezai mirasçılıktan çıkarmanın temelindeki düşünce şu şekilde ifade edilmiştir: “Mirasbırakanı bir eliyle arkadan hançerleyen saklı paylı hısım veya eş öteki eliyle miras talep etmeye kalkışmamalıdır”. Bkz. Serozan/Engin, § 4 N. 183.

<sup>6</sup> Peter Weimar, (Hrsg: Heinz Hausheer/ Hans Peter Walter), *BK - Berner Kommentar*, Band/Nr. III/1/1, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen*, Art. 457-516 ZGB, Stämpfli Verlag, Bern, 2009, ZGB Art 477 Rn. 3; Çubukgil, s. 443; Serozan/Engin, § 4 N. 183; Yağcı, s. 15; Kahveci, s. 1487; Ersöz, s. 198.

<sup>7</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 307; Dural/Öz, s. 212; Çabri, § 17 N. 430.

<sup>8</sup> Çabri, § 17 N. 431; Yağcı, s. 49.

payları, mirasbırakanın üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği kısma girmektedir. Cezai mirasçılıktan çıkarma kurumunun hedefi ise saklı paylardır. Dolayısıyla cezai mirasçılıktan çıkarma, saklı paylı mirasçılardan saklı paylarını kısmen ya da tamamen mahrum bıraktırmaya yöneliktir. O halde mirasbırakan, yapmış olduğu bir ölüme bağlı tasarrufta saklı paylı olmayan bir mirasçısını mirasından çıkarttığını belirtse hatta mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin sebeplere dayansa dahi bu tasarruf mirastan uzaklaştırma olarak kabul edilecektir.

Doktrinde mirastan uzaklaştırmanın iki şekilde yapılabileceği belirtilmiştir. Buna göre mirasbırakan, saklı paylı olmayan yasal mirasçısının miras payını almasını istemediğini açıkça belirtmişse doğrudan mirastan uzaklaştırma söz konusu olur. Mirasbırakanın bu yöndeki iradesini ortaya koymayıp terekesinin tamamı üzerinde tasarrufta bulunarak saklı paylı olmayan mirasçının miras payını almasını engellerse dolaylı mirastan uzaklaştırmanın varlığı kabul edilecektir<sup>9</sup>. Cezai mirasçılıktan çıkarmanın, mirastan uzaklaştırmada olduğu gibi dolaylı bir şekilde gerçekleşmesi mümkün değildir<sup>10</sup>.

Mirastan uzaklaştırma söz konusu olduğunda mirasbırakan tam bir serbesti içindedir. Mirasçılık çıkarmaya ilişkin kanunda yazılı nedenlere dayanabileceği gibi hiçbir sebep göstermeden de mirastan uzaklaştırma yapılabilir<sup>11</sup>. Buna karşılık cezai mirasçılıktan çıkarma ancak kanunda yazılı nedenlerin varlığı halinde söz konusu olur.

---

<sup>9</sup> Çubukgil, s. 441 dn. 1; Yağcı, s. 52-53; Çabri, § 17 N. 433; Ersöz, s. 200. Mirastan uzaklaştırmanın söz konusu olabilmesi için mirasbırakanın herhangi bir sebep göstermesi gerekmediğinden her iki tür uzaklaştırma da aynı amaca hizmet edecektir.

<sup>10</sup> Yağcı, s. 54; Çabri, § 17 N. 433.

<sup>11</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 307; Dural/Öz, s. 212; Çabri, § 17 N. 432. Mirastan uzaklaştırma için sebep gösterilmesi gerekmemekle birlikte, bir ölüme bağlı tasarrufla kanundaki şekil kurallarına uygun yapılması gerekmektedir. Çabri, § 17 N. 434.

## B. Mirastan Yoksunluktan Ayırt Edilmesi

Mirastan yoksunluk TMK md. 578<sup>12</sup> hükmünde düzenlenmiştir. Hükümde yer alan sebeplerin gerçekleşmesi halinde kanuni ya da atanmış mirasçının mirasçılığı kendiliğinden sona erer. Bunun gibi vasiyet alacaklısının da talep hakkı kanun gereği ortadan kalkar<sup>13</sup>.

Cezai mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk kurumları birbirine çok benzemektedir. Dolayısıyla cezai mirasçılıktan çıkarma mevcutken kanun koyucunun neden mirastan yoksunluk kurumuna ihtiyaç duyduğu sorusunun cevaplandırılması gerekir. Yukarıda da açıklandığı üzere, cezai mirasçılıktan çıkarmanın söz konusu olabilmesi için mirasbırakanın çıkarma yönündeki iradesine ihtiyaç vardır. Ancak bazı durumlarda mirasbırakanın bu yöndeki iradesini açıklaması mümkün olmaz. Dolayısıyla kanun koyucu, TMK md. 578 hükmünde düzenlenen hallerde mirasbırakanın mirasçısını mirasından mahrum bırakmak isteyebileceği yönünde farazi iradesinin varlığını kabul etmiştir<sup>14</sup>. Bu sebeple hükümde yer alan durumlarda mirastan yoksunluk kendiliğinden gerçekleşmektedir.

Cezai mirasçılıktan çıkarma ile mirastan yoksunluk arasındaki temel farkları şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Cezai mirasçılıktan çıkarma yalnızca saklı paylı mirasçılara yöneliktir. Mirastan yoksunluk ise saklı paylı mirasçılar haricinde

---

<sup>12</sup> TMK md. 578 hükmündeki düzenleme şu şekildedir: “Aşağıdaki kimseler, mirasçı olamayacakları gibi; ölüme bağlı tasarrufla herhangi bir hak da edinemezler:  
1. Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenler,  
2. Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirenler,  
3. Mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlayanlar ve engelleyenler,  
4. Mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldıranlar veya bozanlar. Mirastan yoksunluk, mirasbırakanın affıyla ortadan kalkar”.

<sup>13</sup> Dural/Öz, s. 378; İnan/Ertaş/Albaş, § 28 N. 1489.

<sup>14</sup> Yağcı, s. 58.



kanuni mirasçuları, atanmış mirasçuları ve vasiyet alacaklılarını da kapsar<sup>15</sup>.

- Cezai mirasçılıktan çıkarma için mirasbırakanın bir ölüme bağlı tasarrufta bulunması gerekir. Dolayısıyla mirasbırakanın çıkarmaya yönelik iradesine ihtiyaç vardır. Oysaki mirastan yoksunluk kanun gereği kendiliğinden gerçekleşmektedir<sup>16</sup>.

- Mirastan yoksunluğun gerçekleşebilmesi için TMK md. 578 hükmünde yer alan fiillerin mirasbırakana karşı işlenmiş olması gerekir. Cezai mirasçılıktan çıkarmada ise çıkarma sonucu doğuracak fiiller mirasbırakana karşı işlenmiş olabileceği gibi mirasbırakanın yakınlarına ya da aile üyelerine karşı işlenmesi de aynı sonucu doğurur. Dolayısıyla fiilin işlendiği kişi bakımından mirastan yoksunluk daha dar kapsamlıdır<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Çubukgil, s. 446; Esat Şener, *Miras Hak ve Payları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1996, s. 136; Dural/Öz, s. 379; İnan/Ertas/Albaş, § 28 N. 1489; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku*, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 124; Eren/Yücer Aktürk, s. 446; Antalya/Sağlam, § 11 N. 1545; Yağcı, s. 62; Erhan Günay, *Yargıtay Kararları ve Öğreti Görüşü Eşliğinde Mirasçılık Sıfatının Yitirilmesi*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 118; Aydın Tekdoğan, *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları*, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 41; Yılmaz, s. 130.

<sup>16</sup> Çubukgil, s. 446; Nur Çakın, "Türk Hukukunda Mirastan Iskat İle İlgili Problemler – Mirastan Iskat", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1974, S. 3, s. 523; Şener, Paylar, s. 136; Dural/Öz, s. 378; İnan/Ertas/Albaş, § 28 N. 1490; Hatemi, s. 124; İmre/Erman, s. 309; Eren/Yücer Aktürk, s. 446-447; Serozan/Engin, § 4 N. 185; Kılıçoğlu, Miras, s. 262; Öztan, Miras, s. 142; Antalya/Sağlam, § 11 N. 1545; Ayan/Ayan, s. 212-213; Yağcı, s. 62; Yılmaz, s. 130; Günay, s. 117; Tekdoğan, s. 41-42. Mirastan yoksunluk şartlarının bulunması halinde miras sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş olacaktır. Bkz. Ömer Çınar, "Miras Sözleşmesinin Tek Taraflı İrade Beyanı İle Sona Erdirilmesi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2007, C. 6, S. 12, s. 222.

<sup>17</sup> Dural/Öz, s. 379; İnan/Ertas/Albaş, § 28 N. 1491; Serozan/Engin, § 4 N. 185; Eren/Yücer Aktürk, s. 446; Antalya/Sağlam, § 11 N. 1545; Yağcı, s. 62; Günay, s. 118; Yılmaz, s. 131.

- TMK md. 578/f.2 hükmünde mirastan yoksunluğun mirasbırakanın affıyla ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme cezai mirasçılıktan çıkarmada yer almamaktadır. Dolayısıyla afla cezai mirasçılıktan çıkarmanın ortadan kalkıp kalkmayacağı konusu tartışmalıdır<sup>18</sup>.

- Cezai mirasçılıktan çıkarma, saklı paylı mirasçılar için söz konusu olabildiğinden yalnızca gerçek kişileri mirastan çıkarmak mümkündür. Oysaki mirastan yoksunluk, atanmış mirasçılar ve vasiyet alacaklılarını da kapsadığından tüzel kişilerin de mirastan yoksun kalabilecekleri ileri sürülmüştür<sup>19</sup>.

- Cezai mirasçılıktan çıkarma, saklı payın tamamını kapsayabileceği gibi bir kısmı için de söz konusu olabilir<sup>20</sup>. Mirastan

<sup>18</sup> Tartışmalar için bkz. Dural/Öz, s. 222-223; İmre/Erman, s. 251-252.

<sup>19</sup> Şener, Paylar, s. 136; İnan/Ertaş/Albaş, § 28 N. 1489; İmre/Erman, s. 307; Günay, s. 118; Yılmaz, s. 130. Tüzel kişiler bakımından mirastan yoksunluğun söz konusu olabilmesi için TMK md. 50 hükmü çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Dolayısıyla tüzel kişiliğin organının görevini ifa ederken TMK md. 578 hükmünde yer alan fiillerden birini mirasbırakana karşı işlemesi gerekecektir. Bkz. Baki İlkay Engin, *Mirastan Yoksunluk*, Beşir Kitabevi, İstanbul 2010, s. 80-81.

<sup>20</sup> Kısmi cezai mirasçılıktan çıkarma söz konusu olduğunda saklı paylı mirasçının saklı payının bir kısmından mahrum bırakılır. Kalan saklı pay üzerinde mirasçılığı devam etmektedir. Çubukgil, s. 444; Dural/Öz, s. 218; Ayan/Ayan, s. 217; Antalya/Sağlam, § 6 N. 960; Yağcı, s. 359. Aksi yöndeki görüşe göre ise cezai mirasçılıktan çıkarmanın kısmi olarak yapılması mümkün değildir. Ancak mirasbırakan mirasçılıktan çıkardığı mirasçısına belirli mal bırakabilir ya da saklı payının bir kısmı için mirasçı atayabilir. Yine de böyle bir durum kısmi mirasçılıktan çıkarma olarak kabul edilmez. Weimar, ZGB Art. 477 Rn. 17; Klaus Bürgi, (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füßli Kommentar*, 4. Aktualisierte Auflage, Orell Füßli Verlag, Zürich 2021, ZGB Art. 477 Rn. 4. Mirastan çıkarılan saklı paylı mirasçı miras ehliyeti olmayan bir kimse değildir. Bu nedenle mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufla ona bir kazandırmada bulunmuşsa bu tasarruf üzerinde hak sahibidir. Weimar, ZGB Art. 478 Rn. 5; Christoph Wildisen, (Hrsg: Ruth Arnet/ Peter

yoksunluk ise kanun gereği kendiliğinden gerçekleştiğinden kısmi yoksunluk mümkün değildir<sup>21</sup>.

### C. Mirastan Feragatten Ayırt Edilmesi

Mirastan feragat sözleşmesi, TMK md. 528-530 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Doktrinde mirastan feragat şu şekilde tanımlanmıştır: “*Mirastan feragat ile müstakbel ve muhtemel mirasçı, mirasbırakana karşı ileride doğacak olan miras hakkından mirasbırakan ile yapacağı bir sözleşmeyle vazgeçer. Yapılan sözleşmeye mirastan feragat sözleşmesi denir.*”<sup>22</sup>.

Mirastan feragat ile cezai mirasçılıktan çıkarma arasındaki ilk fark, şekil yönündendir. TMK md. 528/f.1 hükmünde de belirtildiği üzere; mirastan feragat, mirasbırakan ile bir mirasçısı arasında akdedilecek olan (olumsuz) miras sözleşmesiyle gerçekleşir. Dolayısıyla mirastan feragat ancak iki taraflı hukuki işlemle söz konusu olabilir. Cezai mirasçılıktan çıkarmada ise mirasbırakan yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla mirasçısını çıkartabilir<sup>23</sup>. Dolayısıyla karşı tarafın kabulüne

---

Breitschmid/Alexandra Jungo), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB*, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich - Genf 2023, ZGB Art 478 Rn. 1.

<sup>21</sup> Utku Baydar, *Türk Medeni Kanuna Göre Mirasçılıktan Çıkarma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2005, s. 14; Yağcı, s. 63; Ersöz, s. 203.

<sup>22</sup> Dural/Öz, s. 201. Doktrindeki benzer tanımlar için bkz. Wilfried Schlüter, *Erbrecht*, 16. Auflage, München 2007, s. 132; İnan/Ertas/Albaş, § 19 N. 842; Ayan/Ayan, s. 167; Çabri, § 35 N. 792; Cem Baygın, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 117; Hande Deniz, “Boşanmanın Mirastan Feragat Sözleşmesine Etkisinin Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, Y. 2024, S. 170, s. 309. Mirastan feragat sözleşmesine yönelik ayrıntılı çalışma için bkz. Gökhan Antalya, *Mirastan Feragat Sözleşmesi*, Alkim Yayınları, İstanbul 1999.

<sup>23</sup> Çakın, s. 524; Serozan/Engin, § 4 N. 185; İmre/Erman, s. 249; Antalya, s. 55; Yağcı, s. 71; Yılmaz, s. 122; Ersöz, s. 207.

ihtiyaç duymadan hazırlayacağı bir vasiyetname ile mirasçısının mirasçılığını engelleyebilir<sup>24</sup>.

Mirastan feragat bir sözleşme olduğu için tarafların iradelerinin uyumu gerekir. Bu kapsamda feragat edenin feragat etmekte rızası olmalıdır. Buna karşılık cezai mirasçılıktan çıkarma tek taraflı bir işlem olan ölüme bağlı tasarrufla gerçekleştirildiğinden, mirastan çıkarılan saklı paylı mirasçının rızası doğal olarak aranmaz<sup>25</sup>.

Cezai mirastan çıkarma, saklı paylı mirasçılara yöneliktir. Mirastan feragat sözleşmesinde ise feragat edenin mutlaka saklı paylı mirasçı olması şart değildir. Mirasbırakanın saklı paylı olmayan mirasçısıyla ya da atanmış mirasçılıyla da mirastan feragat sözleşmesi yapılması mümkündür<sup>26</sup>.

Mirasbırakanın saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkartabilmesi ancak TMK md. 510 hükmünde yer alan şartların gerçekleşmesi halinde söz konusu olur. Oysaki mirastan feragat sözleşmesi akdetmek için herhangi bir koşul aranmamakta, tarafların iradesine bırakılmaktadır<sup>27</sup>. Zira mirastan feragat sözleşmesinde, cezai mirasçılıktan çıkarmada olduğu gibi cezalandırma amacı güdülmez<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Belirtmek gerekir ki, miras sözleşmesiyle de mirasbırakanın mirasçısını çıkarması mümkündür. Bkz. “Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Kanunda Öngörülen Şekle Uygun Yapılması” başlığı altındaki açıklamalarımız.

<sup>25</sup> Antalya, s. 54; Yağcı, s. 72; Ersöz, s. 207.

<sup>26</sup> Dural/Öz, s. 203; İnan/Ertaş/Albaş, § 19 N. 846-847; Yağcı, s. 73; Deniz, s. 318; Ersöz, s. 207. Mirastan feragat edenin mutlaka saklı paylı mirasçı olması gerekmemekle birlikte, saklı paylı olmayan mirasçıyla mirastan feragat sözleşmesi yapılmasının pratikte bir anlamı yoktur. Zira mirasbırakan, saklı paylı olmayan mirasçının miras payı üzerinde dilediği gibi tasarrufla bulunma hakkına sahiptir. Dural/Öz, s. 203; İnan/Ertaş/Albaş, § 19 N. 848; Yağcı, s. 73; Çabri, § 35 N. 793. Bunun gibi, atanmış mirasçılarla da mirastan feragat sözleşmesi yapmak yerine vasiyetnamenin geri alınması yoluna başvurulabilir ya da yeni bir ölüme bağlı tasarrufla bulunarak hak sahibi olmasını engelleyebilir. Dural/Öz, s. 203; İnan/Ertaş/Albaş, § 19 N. 848.

<sup>27</sup> Antalya, s. 54; Ersöz, s. 207.

<sup>28</sup> Antalya, s. 54; Yağcı, s. 73; Ersöz, s. 207.

Cezai mirasçılıktan çıkarmanın amacı cezalandırma olduğundan, yalnızca TMK md. 510 hükmündeki fiilleri gerçekleştiren kimse mirasçılıktan çıkartılır. Başka bir ifadeyle, cezai mirasçılıktan çıkarma kişisel bir sonuç doğurur ve alt soyu etkilemez<sup>29</sup>. Mirastan feragatte ise TMK md. 528 hükmündeki düzenleme uyarınca, sözleşmede aksi öngörülmedikçe, bir karşılık sağlanarak yapılan feragat altsoyun da mirasçılığını etkiler. Dolayısıyla ivazlı mirastan feragat sözleşmesinin kişisel bir sonuç doğurduğu söylenemez.

#### D. Koruyucu Mirasçılıktan Çıkarmadan Ayırt Edilmesi

Koruyucu mirasçılıktan çıkarma<sup>30</sup>, TMK md. 513 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre *“Mirasbırakan, hakkında borç ödemedен aciz belgesi bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarabilir. Ancak, bu yarıyı mirasçılıktan çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülemesi şarttır. Miras açıldığı zaman borç ödemedен aciz belgesinin hükmü kalmamışsa veya belgenin kapsadığı borç tutarı mirasçılıktan çıkarılanın miras payının yarısını aşmıyorsa, mirasçılıktan çıkarılanın istemi üzerine çıkarma iptal olunur”*.

<sup>29</sup> Dural/Öz, s. 218; İnan/Ertas/Albaş, § 18 N. 786; Antalya, s. 54; Yağcı, s. 74.

<sup>30</sup> TMK'daki hüküm başlığı, borç ödemedен aciz sebebiyle mirasçılıktan çıkarmadır. Doktrinde ise *“koruyucu mirasçılıktan çıkarma”* veya *“koruyucu iskat”* olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Şener, Paylar, s. 179; İmre/Erman, s. 256; Eren/Yücer Aktürk, s. 212; Serozan/Engin, § 4 N. 193; Dural/Öz, s. 223; İnan/Ertas/Albaş, s. 277; Hatemi, s. 123; Antalya/Sağlam, § 6 N. 979; Ayan/Ayan, s. 223; Çabri, § 20 N. 487. Koruma amacıyla mirasçılıktan çıkarma olarak da anılmaktadır. Bkz. Kılıçoğlu, Miras, s. 178. Koruyucu mirasçılıktan çıkarmaya yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 318 vd.; Dural/Öz, s. 223 vd.; İmre/Erman, s. 255 vd.; İnan/Ertas/Albaş, § 18 N. 800 vd.; Eren/Yücer Aktürk, s. 212 vd.; Ayan/Ayan, s. 223 vd.; Antalya/Sağlam, § 6 N. 979 vd.; Öztan, Miras, s. 157 vd.; Köksal Kocağa, *“Borç Ödemedен Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma (MK m. 513)”*, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2005, C.7, S.1, s. 83-102; Çabri,, § 20 N. 487 vd.; Kılıçoğlu, Miras, s. 178 vd.; Yılmaz, s. 127 vd.

Koruyucu mirasçılıktan çıkarma kurumunun adalete ve hukuka aykırı olduğu, kanuna karşı hileyi teşvik ettiği yönündeki eleştiriler için bkz. İnan/Ertas/Albaş, § 18 N. 801 dn. 350'de anılan yazarlar.

Koruyucu mirasçılıktan çıkarma, TMK'da mirasçılıktan çıkarma başlığı altında düzenlenmiş olmakla birlikte, özünde cezai mirasçılıktan çıkarmadan çok daha farklı bir amaca hizmet etmektedir<sup>31</sup>. Koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın amacı, aciz halindeki altsoyun çocuklarının korunmasıdır<sup>32</sup>. Buna göre, aciz halindeki altsoyun saklı payının tamamının alacaklılarının eline geçmesi önlenmekte ve saklı payın yarısının onun çocuklarına özgülenmesi sağlanmaktadır. Cezai mirasçılıktan çıkarmanın amacı ise saklı paylı mirasçının cezalandırılmasıdır. O halde iki kurum arasındaki en temel farklardan birisi, hangi amaca hizmet ettikleri yönündedir<sup>33</sup>.

Koruyucu mirasçılıktan çıkarma ve cezai mirasçılıktan çıkarma arasındaki bir diğer fark, kimleri kapsadığı yönündedir. Cezai mirasçılıktan çıkarma, TMK md. 510 hükmündeki koşulların gerçekleşmesi halinde tüm saklı paylı mirasçılar bakımından uygulanabilir. Oysaki koruyucu mirasçılıktan çıkarma, yalnızca mirasbırakanın alt soyu için söz konusu olabilir. Dolayısıyla mirasbırakan, hakkında borç ödemededen aciz belgesi bulunan eşini, anne ya da babasını TMK md. 513 hükmü kapsamında mirasçılıktan çıkartamaz<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın tam manasıyla bir çıkarma olmadığı, saklı payın sınırlandırılması olarak düşünülmesi gerektiği yönünde bkz. İmre/Erman, s. 256; Çabri, § 20 N. 489; Kocaağa, s. 85.

<sup>32</sup> Çubukgil, s. 443; Dural/Öz, s. 223; İmre/Erman, s. 256; Serozan/Engin, § 4 N. 193; Eren/Yücer Aktürk, s. 213; Antalya/Sağlam, § 6 N. 979; Çabri, § 20 N. 487; Kocaağa, s. 84; Yağcı, s. 66.

<sup>33</sup> Çubukgil, s. 443; Kocaağa, s. 85; Yağcı, s. 68; Ersöz, s. 203.

<sup>34</sup> Kocaağa, s. 85; Yağcı, s. 67; Çabri, § 20 N. 488; Ersöz, s. 203. Doktrinde, koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın yalnızca altsoy için mümkün olabilmesi eleştirilmiş ve hakkında borç ödemededen aciz belgesi bulunan anne ya da babanın da hükmün kapsamına alınıp kardeşlerin de korunmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir. Bkz. Yağcı, s. 67 dn. 160. Kanaatimizce, saklı pay korumasından yararlanamayan kardeşlerin koruyucu mirasçılıktan çıkarma kurumu kapsamında korunmasına gerek yoktur. TMK md. 513 hükmündeki düzenlemenin ne kadar yerinde bir düzenleme olduğu bile tartışma konusu iken, hükmün kapsamına giren saklı paylı mirasçıların genişletilmesi alacaklıları zor duruma düşürmekten öteye geçmeyecektir.

Cezai mirasçılıktan çıkarmada, mirasbırakan saklı paylı mirasçısının isterse saklı payının tamamını almasına engel olabileceği gibi isterse saklı payın yalnızca bir kısmını kapsayacak şekilde çıkarma yapabilir. Koruyucu mirasçılıktan çıkarmada ise saklı payın tamamının altsoyun çocuklarına özgülenmesi mümkün olmaz. Zira TMK md. 513 hükmünde altsoyun saklı payının yarısının çocuklara özgülenebileceği belirtilmiştir<sup>35</sup>.

Koruyucu mirasçılıktan çıkarmada, mirasbırakan saklı payının yarısı için hakkında aciz belgesi bulunan altsoyunu çıkartabilir ancak bu saklı payı altsoyun doğmuş ya da doğacak çocuklarına özgülemekle yükümlüdür. Dolayısıyla çıkartılan altsoyun saklı payı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma hakkına sahip değildir. Cezai mirasçılıktan çıkarmada ise çıkarılan saklı paylı mirasçının altsoyu yoksa onun saklı payı üzerinde tasarrufta bulunabilme imkânı vardır<sup>36</sup>.

Cezai mirasçılıktan çıkarma saklı paylı mirasçının kusuru varsa söz konusu olur. Kusur yoksa mirasbırakan saklı paylı mirasçısını çıkartamaz. Koruyucu mirasçılıktan çıkarma ise kusurdan bağımsızdır. Mirasbırakanın altsoyunun aciz haline düşmekte kusurunun olup olmaması önem arz etmez<sup>37</sup>.

### III. CEZAI MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN ŞARTLAR

#### A. Çıkartılmak İstenen Mirasçının Saklı Paylı Olması

Daha önce de ifade edildiği gibi, cezai mirasçılıktan çıkarma ancak saklı paylı mirasçılar bakımından uygulama alanı bulabilecektir<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Doktrinde, bizim de katıldığımız görüş uyarınca koruyucu mirasçılıktan çıkarma için saklı payın yarısı üst sınır olmalıdır. Bu kapsamda saklı payın yarısından daha azı bakımından da çıkarma mümkün olabilmelidir. Bkz. Tongsir, s. 260; Baydar, s. 105.

<sup>36</sup> Kılıçoğlu, Miras, s. 179; Kocaağa, s. 85; Yağcı, s. 67-68; Ersöz, s. 204.

<sup>37</sup> İnan/Ertas/Albaş, § 18 N. 806; Kılıçoğlu, Miras, s. 179; Baygın, s. 178; Kocaağa, s. 88; Yağcı, s. 69; Ersöz, s. 204.

<sup>38</sup> Yargıtay 2. HD, T. 17.07.2006, E. 2006/10023, K. 2006/11233 sayılı kararına göre "... Mirastan iskat, yalnızca mahfuz hisseli mirasçılar için söz konusu olur. ( TMK. 510, TKM. 457/1 ) Mahfuz hissesi bulunmayan bir mirasçının iskat

TMK md. 510 hükmünde de bu durum açık bir şekilde düzenlenmiştir. O halde mirasbırakan, saklı paylı olmayan yasal mirasçuları için mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunamayacaktır. Daha önce de açıklandığı üzere, mirasbırakanın böyle bir tasarrufta bulunmasına ihtiyaç yoktur. Zira mirasbırakan, saklı paylı olmayan yasal mirasçılarının miras payları üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma

---

*edilmesine ihtiyaç yoktur. Zira, mahfuz hisse dışında kalan kısım tasarruf nisabını teşkil eder ( TKM. 452 ) ve vasiyetçi, esasen bunun üzerinde dilediği gibi serbestçe tasarruf edebilir. Bu itibarla vasiyetçi, vasiyetnamesinde, kendisinden önce ölen kardeşi Ömer'in çocuklarını ( yeğenlerini ) mirasçılıktan tamamen uzaklaştırdığını açıklamış olsa dahi bunlar yönünden bir iskattan söz edilemez. Bu bakımdan, Ömer çocuğu olan davacılar Mehmet, Asiye İldemir ve Şükriye Çalhan'ın iskatin iptalini talep ve dava etme hakları bulunmamaktadır. Bunlar yönünden iskatin iptali davasının aktif husumet yokluğundan reddi gerekirken, bu yönün gözetilmemesi doğru değil ise de, bunlarla ilgili verilen ret hükmü sonucu itibarıyla doğru olduğundan, bu davacıların bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının reddine...". Karar için bkz. Ömer Uğur Gençcan, Miras Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 525.*

İstanbul 6. Asliye Hukuk Mahkemesi, TMK md. 510 hükmü kapsamında yalnızca saklı paylı mirasçıların mirasçılıktan çıkartılabilmesinin Anayasa md. 35 hükmünde yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. İtirazın gerekçesi olarak; saklı paylı olmayan mirasçıların TMK md. 510 hükmündeki koşulları yerine getirirse bile mirasçılıktan çıkartılmayacaklarını, saklı paylı olmayan mirasçılarının saklı paylı mirasçılara göre daha üstün bir konuma getirildiğini ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise iptali istenen hükmün somut uyuşmazlıkta uygulanamayacağını belirterek Mahkemenin yetkisizliği sebebiyle talebi reddetmiştir. (Anayasa Mahkemesi'nin T. 28.9.2023, E. 2023/73, K. 2023/166 sayılı kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 1.9.2024). Belirtmek gerekir ki, TMK md. 510 hükmü kapsamında yalnızca saklı paylı mirasçılarının mirasçılıktan çıkartılabilmesi eşitlik ilkesine aykırı bir durum oluşturmamaktadır. Mirasbırakan, saklı paylı olmayan mirasçının yasal miras payı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma hakkına sahip olduğuna göre, saklı paylı olmayan mirasçı saklı paylı mirasçıdan daha üstün bir hak sahibi olarak kabul edilemez.



hakkına sahiptir<sup>39</sup>. Bunun gibi, mirasbırakanın saklı paylı mirasçının saklı payı dışında kalan yasal miras payı üzerindeki tasarrufları da mirasçılıktan çıkarma olarak kabul edilmeyecektir<sup>40</sup>.

Saklı paylı mirasçılarının kimler olduğu ise TMK md. 505/f.1 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre mirasbırakanın altsoyu, eşi, anne ve babası saklı paylı mirasçılardır<sup>41</sup>. TMK md. 500/f.1 hükmündeki düzenleme doğrultusunda evlâtlık ve altsoyu, evlât edinene kan hısmı gibi mirasçı olduğundan, evlatlık ve altsoyu da saklı paylı mirasçı olarak kabul edilecektir.

Mirasbırakanın aynı tasarrufta ve aynı nedene dayanarak birden çok saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkartması mümkündür. Zira TMK md. 510 hükmünde yer alan davranışları birden çok saklı paylı mirasçının gerçekleştirmesi halinde mirasbırakan dilerse hepsini mirasçılıktan çıkartabilir<sup>42</sup>. Örneğin, iki kardeş babalarını birlikte öldürmeye teşebbüs etmişlerse mirasbırakan ikisini de mirasçılıktan çıkartabilir. Hatta kanunda yazılı koşulların gerçekleşmesi halinde tüm saklı paylı mirasçılarını aynı nedene dayanarak mirasçılıktan çıkartabilir.

Üzerinde düşünülmesi gereken bir konu da mirasbırakanın aynı ya da farklı tasarrufta hem saklı paylı mirasçısını hem de onun alt soyu olan başka bir saklı paylı mirasçısını çıkartmasının mümkün olup

---

<sup>39</sup> Çubukgil, s. 447; Hasan İşgüzar, *Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 38; Kılıçoğlu, Miras, s. 166; İnan/Ertaş/Albaş, § 18 N. 769; Serozan/Engin, § 4 N. 183; İmre/Erman, s. 244; Ayan/Ayan, s. 212; Çabri, § 17 N. 430; Yılmaz, s. 122.

<sup>40</sup> Weimar, ZGB Art 477 Rn. 2; Çakın, s. 523; İşgüzar, s. 38; İmre/Erman, s. 244; Serozan/Engin, § 4 N. 183; Eren/Yücer Aktürk, s. 206; Yağcı, s. 95.

<sup>41</sup> 04.05.2007 tarihli ve 5650 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile TMK md. 505/f.1 hükmünde bir değişikliğe gidilmiş ve kardeşler saklı paylı mirasçılıktan çıkarılmıştır.

<sup>42</sup> Serozan/Engin, § 4 N. 187; Yağcı, s. 95; Doruk Gönen, "Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezai Mirasçılıktan Çıkmaya Tabi Kişilerin Kapsamı", *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 337; Ersöz, s. 213.

olmadığıdır. Başka bir ifadeyle, mirasbırakan oğlunu ya da kızını mirasçılıktan çıkartırken ayrıca çıkartmak istediği oğlundan ya da kızından olma torununu da aynı ya da başka tasarrufla mirasçılıktan çıkartabilecek midir? Konuya ilişkin olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir karar dikkat çekicidir<sup>43</sup>. Karara konu olayda mirasbırakan, hem çocuğunu hem de torunu mirasçılıktan çıkartmış ancak Yargıtay mirasbırakan öldüğünde çocuğunun alt soyunun saklı paylı mirasçı olmaması sebebiyle toruna ilişkin mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptaline karar vermiştir. Bu karar doktrinde pek çok açıdan eleştirilmiştir. Öncelikle kararda torun bakımından mirasçılıktan çıkarma sebebi bulunup bulunmadığı irdelenmemiştir. Çıkarma tasarrufunun iptal sebebi olarak yalnızca torunun mirasbırakanın ölümü anında saklı paylı mirasçı olmamasına dayanılmıştır. Doktrinde de ifade edildiği gibi, mirasbırakan hayattayken saklı paylı mirasçı olmayan ancak ileride saklı paylı mirasçı olma olasılığı bulunan kimselerin de mirasçılıktan çıkarılabilmesi mümkün olmalıdır<sup>44</sup>. Ayrıca TMK md. 510 hükmünde yer alan “saklı paylı mirasçılar” ifadesinin lafzi değil amaca

<sup>43</sup> Yargıtay 2. HD T. 02.07.2009, K. 2009/13172, E. 2008/3734 sayılı kararına göre “...Miras bırakan Yusuf, 21.03.1989 tarihli vasiyetnamesiyle; “oğlu Ercüment’i kendisini öldürmeye teşebbüs ettiğinden ve eşinin kardeşi Cavit’i öldürdüğünden ve bu hususun Manisa Ağır Ceza Mahkemesi’nin 1988/16 esas, 1988/53 karar sayılı kararıyla sübuta ermiş bulunduğundan bahisle, mirasından ıskat ettiğini bildirmiş, aynı tasarrufunda, Ercüment’in fürularının da terekeden mahfuz hisse talep edemeyeceklerini ... ” beyan etmiş, 15.02.2007 tarihinde vefat etmiştir. Davacı Hafize, ıskat edilen Ercüment’in çocuğu, miras bırakan Yusuf’un torunudur. Miras, miras bırakanın ölümüyle açılır ( TMK m. 575/1 ). Mirasçılık ve mirasın geçişi miras bırakanın ölümü tarihine göre belirlenir. Türk Medeni Kanunu’nun 510/1. maddesi uyarınca ancak “saklı paylı mirasçılar” mirasçılıktan çıkarılabilir. Miras bırakanın ölümü tarihinde oğlu Ercüment sağ olduğuna göre, Hafize’nin mirasın açıldığı tarihte saklı paylı mirasçılığı söz konusu değildir. Dolayısıyla vasiyetnamede yer alan “Ercüment’in fürularına” ilişkin tasarruf Hafize bakımından geçerli değildir. O halde, Hafize ile ilgili tasarruf yönünden davanın kabulüne, vasiyetnamenin “Ercüment’in fürularına” ilişkin bölümünün iptaline karar verilmesi gerekirken, onun yönünden de ret hükmü kurulması doğru bulunmamıştır...” (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 15.05.2024).

<sup>44</sup> Serozan/Engin, § 4 N. 187; Gönen, s. 338; İmre/Erman, s. 244-245; Yağcı, s. 96-97; Ersöz, s. 215.

göre yorumlanması gerektiği; bu kapsamda, mirasbırakanın ölümü anında saklı paylı mirasçı sıfatına sahip olmayan kişiler için yapılan çıkarılma tasarrufunun da geçerli olacağı belirtilmiştir<sup>45</sup>.

Kanaatimizce de aksi düşüncenin kabulü hükmün düzenleniş amacından uzaklaştıracaktır. Zira mirasbırakanı öldürmeye birlikte teşebbüs eden çocuk ve torun örneğinde, çocuk mirastan çıkarılabilecek ve çıkarmanın şahsiliği gereği torun mirasçı olacaktır. Oysaki torun da mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs etmiş olmasına karşın, mirasbırakan öldüğünde saklı paylı mirasçı sayılmadığı için bu eylemi cezasız kalacak ve mirastan pay alabilecektir. Belirtmek gerekir ki, bu durum yalnızca saklı paylı mirasçı ve onun saklı paylı mirasçı olan altsoyu (çocuk-torun) özelinde düşünülmemelidir. Aynı esas, mirasbırakanın üst soyu bakımından da geçerli olabilir. Örneğin; mirasbırakanın tek çocuğu ve annesinin hayatta olduğu bir olasılıkta, hastalığı sırasında kendisiyle hiç ilgilenmeyen çocuğunu mirasçılıktan çıkartıp onun miras payı üzerinde bir tasarrufta bulunmadığında artık ikinci zümrenin mirasçılığı gündeme gelecek ve annesi mirasçı olacaktır. Annesinin de çocuğu gibi kendisiyle hiç ilgilenmediğini varsayımında anne mirasçılıktan çıkarılmadığı için mirasçı olabilecektir. Dolayısıyla mirasbırakanın aynı ya da farklı tasarrufla hem altsoyunu hem de üst soyunu mirasçılıktan çıkarabilmesi mümkün görülmelidir.

## B. Çıkarma Nedeninin Kanunda Sayılan Hallere Dayanması

Yukarıda da belirtildiği gibi, mirasbırakan saklı paylı mirasçısını ancak kanunda düzenlenen nedenlere dayanarak çıkartabilir. Bu sebepler TMK md. 510 hükmünde yer almaktadır. Hükümde çıkartılma sebebi olarak 2 farklı durum düzenlenmiştir<sup>46</sup>. Mirasbırakan ve saklı

<sup>45</sup> Gönen, s. 338-339.

<sup>46</sup> TMK md. 510'da yer alan mirasçılıktan çıkarma sebepleri, bir sağlararası işlem olan bağışlamının geri alınması sebeplerinden ikisiyle aynıdır. TBK md. 295 hükmündeki düzenleme şu şekildedir: "Bağışlayan, aşağıdaki durumlardan biri gerçekteşmişse, elden bağışlamayı veya yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabilir ve bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde, bağışlama konusunun geri verilmesini isteyebilir: 1. Bağışlanan, bağışlayana veya yakınlardan birine karşı ağır bir suç işlemişse. 2. Bağışlanan, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlölüklerine önemli ölçüde

paylı mirasçısı arasındaki ilişki ne denli kopmuş olursa olsun bu iki nedenden biri yoksa saklı paylı mirasçı mirasçılıktan çıkartılamaz. Zira kanun koyucu, saklı paylı mirasçıların özel olarak korunması gerektiğini düşünmekte ve mirasçılıktan çıkarma gibi ağır bir yaptırımın ancak çok özel hallerde olmasını istemektedir. Bu sebeple TMK md. 510 hükmünde sayılan sebepler sınırlı sayıda (numerus clausus) düzenlenmiştir<sup>47</sup>. Kanunda çıkarma nedenleri genel olarak açıklandığından, varlığı ve yorumu konusunda hakime geniş bir takdir yetkisi bırakılmıştır<sup>48</sup>.

### 1. Saklı Paylı Mirasçının, Mirasbırakana veya Mirasbırakanın Yakınlarından Birine Karşı Ağır Bir Suç İşlemesi

TMK md. 510/b. 1 hükmündeki düzenlemede “*mirasçının, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi*” mirasçılıktan çıkarılma sebebi olarak kabul edilmiştir. Cezai mirasçılıktan çıkarılma sebeplerinden birini oluşturan bu düzenleme, kendi içinde bazı şartlar içermektedir. Öncelikle saklı paylı mirasçı tarafından işlenmiş ağır bir suç bulunması gerekmektedir. Bu suçun herhangi bir kimseye karşı değil mirasbırakana ya da mirasbırakanın yakınlarından birine karşı işlenmiş olması önem arz etmektedir<sup>49</sup>. Dolayısıyla çalışmamızda ilk olarak “*ağır bir suç işlenmesi*” ifadesiyle ne anlatılmak istendiği incelenecektir. Ardından mirasbırakanın yakınlarıyla kimlerin kastedildiği açıklanacaktır.

---

*aykırı davranmışsa. 3. Bağışlanan, yüklemeli bağışlamada haklı bir sebep olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemişse.”*

<sup>47</sup> İnan/Ertas/Albaş, § 18 N. 775; Kılıçoğlu, Miras, s. 169; Ayan/Ayan, s. 213; Baydar, s. 25; Yağcı, s. 101; Kahveci, s. 1488; Ersöz, s. 216.

<sup>48</sup> Baydar, s. 25; Yağcı, s. 101.

<sup>49</sup> Saklı paylı mirasçı cinayet, hırsızlık gibi ağır bir suç işlese bile mirasbırakana ya da yakınlarına yönelik değilse mirasçılıktan çıkarma sebebi yoktur. Peter Tuor/ Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumojungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009, s. 669; Weimar, ZGB Art 477 Rn. 9; Wildisen, ZGB Art 477 Rn. 5.

### a. Ağır Bir Suç İşlenmesi

TMK md. 510/b. 1 kapsamında saklı paylı mirasçının mirasçılıktan çıkartılabilmesi için öncelikle bir suç işlenmiş olmalıdır<sup>50</sup>. Suçun var olup olmadığı konusunda ise ceza hukuku normları esas alınacaktır<sup>51</sup>. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, suçun ağırlığı ceza hukuku kapsamında düşünülmecektir<sup>52</sup>. Dolayısıyla hâkim, suçun TMK md. 510 hükmünde düzenlenen ağırlıkta olup olmadığı konusunda ceza hukuku kurallarını esas almayacaktır<sup>53</sup>. Buna göre, ceza

<sup>50</sup> Kabahatler ise TMK md. 510/b. 1 kapsamında çıkarma nedeni oluşturmayacaktır. Çakın, s. 525; İmre/Erman, s. 246; Ayan/Ayan, s. 213 dn. 28; Günay, s. 61; Yağcı, s. 120; Ersöz, s. 217; Dilşah Büşra Kartal, "Yargıtay Kararları Işığında Mirasçılıktan Çıkarmanın Geçerlilik Şartları", *SUHFD*, Y. 2022, C. 30, S. 2, s. 610; Hatice Kübra Ercoşkun Şenol, "Cezai Mirasçılıktan Çıkarma Sebepleri", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Y. 2023, C. 81, S. 2, s.555.

<sup>51</sup> Tuor/ Schnyder/ Schmid/Rumo-jungo, s. 669; Weimar, ZGB Art 477 Rn. 5; Wildisen, ZGB Art 477 Rn. 3; Kocayusufpaşaoğlu, s. 308; Ayan/Ayan, s. 213; Öztan, Miras, s. 143; Yağcı, s. 121; Kahveci, s. 1490; Çabri, § 17 N. 440; Ersöz, s. 217; Keskin/Demircioğlu, s. 250; Ercoşkun Şenol, s. 555.

<sup>52</sup> Şener, Paylar, s. 171; Dural/Öz, s. 213; İmre/Erman, s. 246; Eren/Yücer Aktürk, s. 207; İnan/Ertaş/Albaş, § 18 N. 778; Antalya/Sağlam, § 6 N. 937; Çabri, § 17 N. 440; Ayan/Ayan, s. 213; Baydar, s. 30; Gönen, s. 330; Yağcı, s. 121; Kahveci, s. 1490; Ersöz, s. 219; Keskin/Demircioğlu, s. 250; Hasan Çiftçi, *Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 141; Yılmaz, s. 123.

<sup>53</sup> Çubukgil, s. 448; Dural/Öz, s. 213; İmre/Erman, s. 246; Eren/Yücer Aktürk, s. 207; Antalya/Sağlam, § 6 N. 937; Baydar, s. 30; Gönen, s. 330; Yağcı, s. 121 dn. 76; Çabri, § 17 N. 440.

TMK md. 510 hükmünün gerekçesinde de şu ifadeler yer verilmiştir: *"Mirasçılıktan çıkarılanın işlediği suçun ağır bir suç oluşturup oluşturmadığına hukuk hakimi, Ceza Hukukunun buna ilişkin kararlarıyla bağlı olmaksızın karar verecektir."* (Bkz. [https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723\\_Madde\\_Gerekceleri\\_3.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_3.pdf). Erişim Tarihi: 04.04.2024.)

Bu durumun temel nedeni, bazı durumlarda ceza hukuku kapsamında ağır bir suç olarak kabul edilen eylemin aile bağlarını sarsmayacak nitelikte olabileceği, buna karşılık ceza hukukuna göre ağır bir suç olarak nitelendirilemeyecek bir suçun aile bağlarını koparmasının mümkün olmasıdır. Bkz. Çubukgil, s. 450.

hukuku çerçevesinde suç teşkil eden bir fiilin TMK md. 510 hükmü kapsamında ağır olduğunu kabul edebilmek için işlenen suçun aile bağlarını koparacak türden olması ve somut olay bakımından da aile bağlarını koparması gerekecektir<sup>54</sup>. Bu çerçevede suçun ağırlığını tespit etmekte hem objektif hem de sübjektif ölçüt esas alınacaktır<sup>55</sup>. Bunun sebebi, ortada bir suç bulunmakla birlikte aslında aile bağlarını etkilememesi durumunda keyfi çıkarmaların önüne geçebilmektir.

Suç işleyen saklı paylı mirasçı hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olup olmaması önem arz etmemektedir<sup>56</sup>. Örneğin, suç zamanaşımına uğradığı için saklı paylı mirasçı hakkında mahkûmiyet kararı verilememiş olsa bile mirasçılıktan çıkarılması gündeme gelebilir<sup>57</sup>. Bunun gibi suçun teşebbüs aşamasında kalması da cezai mirasçılıktan çıkarmaya engel değildir<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Wildisen, ZGB Art 477 Rn. 5; Kocayusufpaşaoğlu, s. 309; Çubukgil, s. 448; Çakın, s. 524; Dural/Öz, s. 213; Ayan/Ayan, s. 214; Antalya/Sağlam, § 6 N. 937; Öztan, Miras, s. 144; Yağcı, s. 187-188; Çabri, § 17 N. 440; Sarı, s. 203; Gönen, s. 330; Günay, s. 63; Ersöz, s. 219-220; Keskin/Demircioğlu, s. 250; Çiftçi, s. 141; Yılmaz, s. 123. Mirasbırakanla hukuka uygun bir şekilde ticari rekabet içine giren saklı paylı mirasçı, ortada herhangi bir suç olmadığı için mirasçılıktan çıkartılamaz. Bkz. İmre/Erman, s. 247; Çakın, s. 525.

<sup>55</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 309; Dural/Öz, s. 213; İnan/Ertas/Albaş, § 18 N. 778; Ayan/Ayan, s. 213-214; Yağcı, s. 187-188; Gönen, s. 330; Kahveci, s. 1491; Günay, s. 63.

<sup>56</sup> Weimar, ZGB Art 477 Rn. 5; Wolfgang Burandt/ Dieter Rojahn, *Erbrecht*, 4. Auflage, München 2022, BGB § 2336 Rn. 16; Wildisen, ZGB Art 477 Rn. 3; Kocayusufpaşaoğlu, s. 308; Çubukgil, s. 448; İmre/Erman, s. 246; Dural/Öz, s. 213; İnan/Ertas/Albaş, § 18 N. 778; Kılıçoğlu, Miras, s. 171; Öztan, Miras, s. 145; Antalya/Sağlam, § 6 N. 936; Ayan/Ayan, s. 214; Nihat İnal, *Örnek Dilekçe ve Kararlarla Açıklamalı Miras Davaları*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 58; Çabri, § 17 N. 441; Gönen, s. 330; Kahveci, s. 1490; Selin Sert, "Mirasçılıktan Çıkarmanın Nafaka Yükümlülüğüne Etkisi", *TAAD*, Y. 2014, C. 5, S. 16, s. 232; Öz Seçer, "Miras Sözleşmesinden Tek Taraflı Dönme", *TBB Dergisi*, Y. 2014, S. 111, s. 43; Çiftçi, s. 141.

<sup>57</sup> Weimar, ZGB Art 477 Rn. 5; Wildisen, ZGB Art 477 Rn. 3; Çubukgil, s. 448; Dural/Öz, s. 213; İnan/Ertas/Albaş, § 18 N. 778; Kılıçoğlu, Miras, s. 171; Öztan, Miras, s. 145; Ayan/Ayan, s. 214; Kahveci, s. 1490; Çabri, § 17 N. 441; Çiftçi, s. 141. Doktrinde, kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı olmadığı

Suçun, mirasçılıktan çıkarılması istenen saklı paylı mirasçı tarafından işlenmiş olması da şart değildir. Örneğin, saklı paylı mirasçının başka birisini suçu işlemeye teşvik etmesi<sup>59</sup> ya da suçun iştirak halinde işlenmesi de mirasçılıktan çıkarılma sebebi oluşturabilir<sup>60</sup>.

Mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturacak suçun hukuka aykırı olması gerekmektedir<sup>61</sup>. O halde suç teşkil eden eylemin hukuka uygun olduğu durumlarda, mirasbırakan saklı paylı mirasçını mirasçılıktan çıkartamayacaktır. Bu kapsamda meşru müdafaa<sup>62</sup>, ıztırrar hali, kanun hükmünün yerine getirilmesi veya amirin emri gibi durumlarda hukuka aykırılık ortadan kalkacağından; TMK md. 510/b. 1 kapsamında bir suçtan söz edilemeyecektir<sup>63</sup>. Fiil hukuka aykırı olmakla birlikte, saklı paylı mirasçının kastı yoksa yine mirasçılıktan çıkarma sebebi bulunmamaktadır<sup>64</sup>. Ancak saklı paylı mirasçı, bilinçli taksirle TMK md.

---

takdirde mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçersiz sayılabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Barış Demirsatan, "Mirastan Yoksunluk ve Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerinin Masumiyet Karinesi ile İlişkisi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Y. 2024, C. 82, S. 1, s. 68-69.

<sup>58</sup> Weimar, ZGB Art 477 Rn. 5; Wildisen, ZGB Art 477 Rn. 3; Çakın, s. 525; İmre/Erman, s. 246; İnan/Ertaş/Albaş, § 18 N. 778; Ayan/Ayan, s. 214; İnal, s. 58; Çabri, § 17 N. 441; Gönen, s. 330; Tekdoğan, s. 38; Kahveci, s. 1491; Sert, s. 232; Seçer, s. 42-43; Ercoşkun Şenol, s. 556; Demirsatan, s. 68.

<sup>59</sup> Weimar, ZGB Art 477 Rn. 5; Dural/Öz, s. 213; Yağcı, s. 124 dn. 89; Ercoşkun Şenol, s. 557.

<sup>60</sup> Weimar, ZGB Art 477 Rn. 5; İnan/Ertaş/Albaş, § 18 N. 778; Yağcı, s. 125; Ersöz, s. 217; Ercoşkun Şenol, s. 557.

<sup>61</sup> Bürgi, ZGB Art 477 Rn. 5; Kocayusufpaşaoğlu, s. 310; Çubukgil, s. 452; Çakın, s. 524; İnan/Ertaş/Albaş, § 18 N. 778; Dural/Öz, s. 213; Kılıçoğlu, Miras, s. 171; Antalya/Sağlam, § 6 N. 941; Ayan/Ayan, s. 214; Baydar, s. 26; Yağcı, s. 126; Çabri, § 17 N. 441; Sarı, s. 203; Gönen, s. 330; Günay, s. 61; Çiftçi, s. 141; Yılmaz, s. 123.

<sup>62</sup> Örneğin; bir babanın çocuğunu öldürmek amacıyla saldırması ve çocuğun kendini savunmak için babasını yaralaması durumunda, mirasçılıktan çıkarma söz konusu olmayacaktır.

<sup>63</sup> Çubukgil, s. 452; İnan/Ertaş/Albaş, § 18 N. 778; Baydar, s. 26; Yağcı, s. 127; Ersöz, s. 218.

<sup>64</sup> Dural/Öz, s. 213; Kılıçoğlu, Miras, s. 171; Sarı, s. 203; Gönen, s. 330; Yılmaz, s. 123; Ersöz, s. 218.

510/b. 1 anlamında ağır bir suç işlemişse mirasçılıktan çıkarma gündeme gelebilecektir. Örneğin; (M)'nin oğullarından (A) alkollü ve ehliyetsiz araç kullanarak aynı arabada bulunan kardeşi (B)'nin ölümüne sebebiyet vermişse, kanaatimizce (A) bakımından mirasçılıktan çıkarma sebebinin olduğu kabul edilebilecektir. Zira burada aile bağlarını kopartacak türden ağır bir suçun var olduğunu söylenebilecektir<sup>65</sup>.

Ayırt etme gücü bulunmayan saklı paylı mirasçının fiili işlerken kusuru bulunmadığından, mirasçılıktan çıkartılması söz konusu değildir<sup>66</sup>. Öğretide; ayırt etme gücünün geçici kaybında TBK md. 59<sup>67</sup> hükmünün örnekseme yoluyla uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre, saklı paylı mirasçı ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmekte kusuru bulunmadığını ispatlayamazsa mirasçılıktan çıkartılabilecektir<sup>68</sup>.

Mirasbırakan ile saklı paylı mirasçının birlikte kusurunun olması da önem arz eden bir husustur. Çıkarma sebebi oluşturan suçun gerçekleşmesinde, mirasbırakanın kusuru saklı paylı mirasçısıyla eşit düzeyde ya da daha fazla ise mirasçılıktan çıkarma söz konusu olmayacaktır<sup>69</sup>. Yukarıda verdiğimiz örnek çerçevesinde

<sup>65</sup> Aynı yönde Baydar, s. 26-27; Ercoşkun Şenol, s. 558. Taksirle işlenen suçların mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturmayacağı yönünde bkz. Günay, s. 61.

<sup>66</sup> Çakın, s. 524; Dural/Öz, s. 214; Antalya/Sağlam, § 6 N. 941; Ayan/Ayan, s. 214; Öztan, Miras, s. 144; Yağcı, s. 135; Çabri, § 17 N. 442. TMK md. 13 hükmünde ayırt etme gücünü ortadan kaldıran haller sayılmıştır. Buna göre “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir”.

<sup>67</sup> TBK md. 59 hükmündeki düzenleme göre “Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.”

<sup>68</sup> Dural/Öz, s. 214; Öztan, Miras, s. 144; Yağcı, s. 135 dn. 125.

<sup>69</sup> Dural/Öz, s. 214; Antalya/Sağlam, § 6 N. 941; Baydar, s. 27; Ersöz, s. 219. Birlikte kusur halinde, saklı paylı mirasçı ile mirasbırakanın kusuru eşit düzeyde ise mirasbırakanın iradesi üstün tutularak çıkarma tasarrufunun geçerli sayılması gerektiği yönünde Çabri, § 17 N. 443; Ercoşkun Şenol, s. 559-560. Çocuğun suç işlemesinin temelinde anne babanın çocuğu kötü yetiştirmesi rol oynamışsa anne babanın çocuğu mirasçılıktan çıkarması söz



düşündüğümüzde, (M) oğlu (A)'nın alkollü ve ehliyetsiz olduğunu bildiği halde (A)'nın araba kullanmasına engel olmamışsa hatta teşvik etmişse, kanaatimizce (A)'yı mirasçılıktan çıkartmamalıdır.

### **b. Suçun Mirasbırakana ya da Yakınlarından Birine Karşı İşlenmiş Olması**

TMK md. 510/b. 1 hükmündeki düzenleme kapsamında saklı paylı mirasçının ağır bir suç işlemesi yeterli olmamakta ayrıca bu suçun mirasbırakana ya da yakınlarından birine karşı işlenmiş olması gerekmektedir<sup>70</sup>.

Suçun yöneldiği kişinin mirasbırakan olduğu durumlarda çıkarma tasarrufunun geçerli olacağı konusunda kuşku yoktur. Ancak suçun mirasbırakan dışındaki kimselere karşı işlenmiş olması halinde, kanun koyucu bu kimselerin mirasbırakanın yakınları olması gerektiğini ifade etmiştir. Dikkat edilirse hükümde, kan hısımları ya da TMK md. 510/b. 2 hükmünde geçen aile üyeleri ifadesi kullanılmamıştır. O halde mirasbırakanın yakınları kavramı, aile üyeleri ya da kan hısımlarından daha geniş bir topluluğu kapsamaktadır. Öncelikle mirasbırakanın eşi, kan ve sıhri hısımları mirasbırakanın yakınları olarak kabul edilebilecektir<sup>71</sup>. Ancak bu kimselerin dışında kalan kimselerin de yakınları kavramına girmesi mümkündür. Doktrinde mirasbırakanın nişanlısının, yakın arkadaşlarının da yakınları olarak kabul edilmesi

---

konusu olmamalıdır. Bkz. Çakın, s. 524-525; Baydar, s. 27; Yağcı, s. 139 dn. 141. Birlikte kusurun söz konusu olduğu durumlarda, suç teşkil eden fiilin işlenmesi ile birlikte kusur arasında nedensellik bağı olmalıdır. Bkz. Yağcı, s. 139

<sup>70</sup> Doktrinde, TMK md. 510/b. 1 kapsamında mirasçılıktan çıkarılan saklı paylı mirasçının nafaka ödeme yükümlülüğü varsa bu yükümlülüğünün devam edeceği ifade edilmiştir. Bkz. Sert, s. 241.

<sup>71</sup> Hısımlığın yakınlık kavramı bakımından bir karine oluşturduğu ve hısımların yakın olmadığını iddia edenin bunu ispatla yükümlü olduğu yönünde bkz. Çakın, s. 526; Baydar, s. 48. Türk toplum yapısı kapsamında altsoy, evlatlık, anne-baba, kardeş ve nişanlı için böyle bir karinenin kabul edilebileceği; diğer kan hısımlarının yakın olarak kabul edilmesine yönelik karinenin ise somut olay çerçevesinde şekilleneceği yönünde bkz. Yağcı, s. 112.

gerektiği ifade edilmiştir<sup>72</sup>. Bunun gibi, sütanesi, dadısı, öğretmeni de yakın kavramı içinde yer alabilir<sup>73</sup>. Görüldüğü üzere, yakın kavramına geniş bir pencereden bakılmalıdır. Buradaki temel ölçüt; mirasbırakanın o kimseye karşı duyduğu sevgi, bağlılık gibi soyut hisler<sup>74</sup> ile o kimseye karşı işlenen bir suçun kendisine yapılmış gibi hissetmesidir<sup>75</sup>. Dolayısıyla objektif açıdan bakıldığında yakını olarak nitelendirilecek bir kimsenin, sübjektif değerlendirmede bu kavrama girmediği durumlarla karşılaşılabılır. Örneğin, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarmak istediği oğluyla arasında herhangi bir bağlılık kalmamış olmasına rağmen, oğluna karşı bir suç işleyen saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkartamaz. Bu sebeple yakın kavramının kimleri kapsadığı somut olayın şartları çerçevesinde hâkim tarafından takdir edilecektir<sup>76</sup>.

Üzerinde tartışılması gereken bir diğer husus ise mirasbırakanın evcil bir hayvanına karşı işlenen suçun mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Örneğin; mirasbırakanın oğlunun, mirasbırakanın çok sevdiği köpeğini işkence ederek öldürmesi halinde

<sup>72</sup> Çubukgil, s. 451; İnan/Ertas/Albaş, § 18 N. 778; Dural/Öz, s. 214; İmre/Erman, s. 247; Ayan/Ayan, s. 215; Yağcı, s. 109; Çabri, § 17 N. 444.

<sup>73</sup> Çubukgil, s. 451; İmre/Erman, s. 247; Yağcı, s. 109.

<sup>74</sup> Çubukgil, s. 451; Şener, Paylar, s. 172; İmre/Erman, s. 247; Öztan, Miras, s. 145; Yağcı, s. 108

<sup>75</sup> Çakın, s. 525; İşgüzar, s. 38; Antalya/Sağlam, § 6 N. 940; Sarı, s. 203; Baydar, s. 33; Yağcı, s. 108; Kahveci, s. 1489. Doktrinde; yakın kavramına giren kimselerle mirasbırakan arasında sosyal ilişkilerin de bulunması gerektiği, herhangi bir şekilde tanışmadığı bir sanatçı ya da sporcunun yakın kavramına girmeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. Baydar, s. 33. Doktrinde verilen örneğe katılmakla birlikte, sosyal ilişki kısmının mutlaka yüz yüze görüşme anlamına gelmediğini de belirtmek gerekir. Örneğin, mirasbırakanın Amerika'da yaşayan çocuğuyla uzun yıllar yüz yüze görüşmemesi ancak iletişim araçlarıyla bağlantı halinde olması durumu elbette yakını kavramını etkilemeyecektir. Bunun gibi, hiç ya da uzun zamandır görüşmeme tek başına bir kriter olarak düşünülmemeli, somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Aynı yönde bkz. Yağcı, s. 113.

<sup>76</sup> Çubukgil, s. 451; Çakın, s. 525; İmre/Erman, s. 247; Baydar, s. 32; Ersöz, s. 222.

mirasçılıktan çıkarma sebebinin varlığı kabul edilebilecek midir? 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu<sup>77</sup> kapsamında evcil hayvanlara işkence etmek veya öldürmek suçtur. O halde mirasbırakanın evcil hayvanını da yakınları çerçevesinde değerlendirmek mümkün müdür? Kanaatimizce bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Pek çok insan evcil hayvanını ailelerin bir parçası olarak görmektedir. Dolayısıyla mirasbırakan, evcil hayvanına karşı büyük bir sevgi duyuyorsa ve işkence edilmesi ya da öldürülmesi durumunda derin bir üzüntü yaşayacaksa, TMK md. 510/b.1 kapsamında “yakını” olarak kabul edilmelidir. O halde mirasbırakan, evcil hayvanına karşı suç işleyen saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkartabilmelidir<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Hayvanları Koruma Kanunu Adli Cezalar başlıklı md. 28A hükmü şu şekildedir: “Nesli yok olma tehlikesi altında olan bir hayvanı öldüren kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası; bir hayvan neslini yok eden kişi beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

12 nci madde kapsamındaki hayvan kesimleri ile 13 üncü maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkrasında belirtilen hususlar dışında bir ev hayvanını veya evcil hayvanı kasten öldüren kişi altı aydan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Hayvanlara cinsel saldırıda bulunan veya tecavüz eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.

14 üncü maddenin birinci fıkrasının (m) bendinde düzenlenen yasağa aykırı davranmak suretiyle bir ev hayvanına veya evcil hayvana işkence eden veya acımasız ve zalimce muamelede bulunan kişi altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

11 inci maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi saklı kalmak üzere, hayvanları dövüştüren kişi üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

Maddede düzenlenen suçların birden fazla hayvana karşı aynı anda işlenmesi durumunda verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Maddede düzenlenen suçların veteriner hekim, veteriner sağlık teknisyeni, hayvan koruma derneği üyeleri, hayvan koruma vakfı üyeleri veya hayvanlara bakmak yahut onları korumakla görevlendirilen kişiler tarafından işlenmesi durumunda verilecek ceza yarı oranında artırılır...”

<sup>78</sup> Mirasbırakanın evcil hayvanının yakını olarak kabul edilmese bile mirasbırakanın suçtan zarar gören kişi sıfatına sahip olacağı ve saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkartabileceği yönünde bkz. Ercoşkun Şenol, s. 563-564.

Mirasbırakanın yakını olan bir kimseye karşı suç işleyen saklı paylı mirasçının, o kimsenin mirasbırakanın yakını olduğunu bilmemesinin çıkarma tasarrufu üzerindeki etkisi doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, saklı paylı mirasçı mirasbırakana karşı suç işlemekle birlikte onu tanımıyorsa ya da benzer şekilde mirasbırakanın yakınlarından birine karşı suç işleyip o kişinin mirasbırakanın yakını olduğunu bilmiyorsa mirasçılıktan çıkarılamaz. Bu görüşün temeli, suçu işleyen saklı paylı mirasçının aile bağlarını koparmaya yönelik iradesinin bulunmamasıdır<sup>79</sup>. Bu görüşe göre, suçun kasten işlendiği durumlarda dahi aile bağlarını koparmaya yönelik kast bulunmamaktadır. Saklı paylı mirasçı, suç işlediği kimsenin mirasbırakan ya da yakınları olduğunu bilseydi, belki de bu suçu işlemeyecektir<sup>80</sup>. Doktrinde bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, saklı paylı mirasçının suç işlediği kimsenin mirasbırakanın yakını olduğunu bilmemesi cezai mirasçılıktan çıkarma bakımından önem arz etmez. Zira burada önemli olan husus, işlenen suçun mirasbırakan üzerinde yarattığı etkidir. Dolayısıyla mirasbırakan özelinde işlenen suç sebebiyle aile bağları kopmuşsa artık saklı paylı mirasçının suçu kime karşı işlediğini bilmemesinin bir değeri olmayacaktır<sup>81</sup>. Kaldı ki aksi düşünce, mirasbırakanı cezalandırma amacı güdecektir. Yukarıda da belirtildiği gibi, mirasbırakanın kendilerine karşı derin bir sevgi ve bağlılık duyduğu kimseler, mirasbırakanın yakını olarak kabul edilmektedir. Örneğin; saklı paylı mirasçı mirasbırakanın çok yakın bir dostunu öldürdüğünde, bu durum mirasbırakanın büyük bir üzüntü duymasına sebep olacaktır. Saklı paylı mirasçının, suç işlediği kişinin mirasbırakanın yakın bir dostu olduğunu bilmemesi nedeniyle mirasçılıktan çıkarılmaması, mirasbırakan üzerinde çok ağır bir etki

<sup>79</sup> Weimar, ZGB Art 477 Rn. 8; Çubukgil, s. 453; İmre/Erman, s. 247 dn. 11'de anılan yazarlar; Yağcı, s. 142 ve s. 142 dn. 149'da anılan yazarlar; Tekdoğan, s. 38.

<sup>80</sup> Çubukgil, s. 453; Yağcı, s. 142. "*Zira bazen en tehlikeli cani bile ailesine karşı evlatların en iyisi olabilir*". Çubukgil, s. 453.

<sup>81</sup> Çakın, s. 526; Baydar, s. 34; Çabri, § 17 N. 446; Ersöz, s. 223; Kartal, s. 613; Ercoşkun Şenol, s. 562. Aynı yönde olmakla birlikte gerekçe olarak, kanunda böyle bir ayırımın bulunmadığı ve saklı paylı mirasçının, suç işlediği kişinin mirasbırakanın yakını olup olmadığını bilip bilmemesinin ispatının çok güç olacağı gösterilmiştir. İmre/Erman, s. 247 dn. 11.

yaratacaktır. Belki de mirasbırakan, artık yüzünü bile görmek istemediği saklı paylı mirasçısının her koşulda saklı payını almasına katlanmak zorunda kalacaktır. Kanun koyucunun, saklı paylı mirasçılarını koruma amacının böyle bir durumu kapsamadığı çok açıktır. Ancak saklı mirasçının mirasbırakana karşı bir suç işlemesi ve mirasbırakanın kim olduğunu bilmemesi halinde, kanaatimizce mirasçılıktan çıkarılma söz konusu olmayacaktır. Zira saklı paylı mirasçı, mirasbırakanın kim olduğunu bilmiyorsa aile bağları hiç kurulmamış demektir. Örneğin, küçük yaşta evlatlık verildiği için biyolojik babasını hiç tanımayan bir kişinin, biyolojik babasına karşı bir suç işlemesi durumunda mirasçılıktan çıkarılması mümkün olmamalıdır. Çünkü babasını hiç tanımadığı için aralarında bir aile bağı bulunmamaktadır. Sübjektif ölçüt kapsamında, aile bağlarının fiilen kopmuş olması koşulu sağlanmadığından, bu kişinin mirasçılıktan çıkarılmaması gerekmektedir.

## **2. Saklı Paylı Mirasçının, Mirasbırakana veya Mirasbırakanın Aile Üyelerine Karşı Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi**

Cezai mirasçılıktan çıkarmanın bir diğer sebebi, saklı paylı mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesidir. TMK md. 510/b. 2 hükmünde yer alan bu çıkarılma sebebinin iki başlık altında incelemek mümkündür. Bunlardan biri, saklı paylı mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesidir. Bu noktada, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin neler olduğunun ve kanundaki ifadeyle “önemli ölçüde” kavramının ne anlama geldiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Hükümdeki düzenlemenin diğer boyutu ise yükümlülüklerini yerine getirmeyen saklı paylı mirasçının, bu yükümlülüklerini kimlere karşı yerine getirmediğinde mirasçılıktan çıkarılma tehlikesiyle karşı karşıya kalacağıdır.

### **a. Aile Hukukundan Doğan Bir Yükümlülüğün Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi**

TMK md. 510/b. 2 hükmündeki düzenlemeye göre, mirasbırakanın saklı paylı mirasçısını çıkarabilmesi için yerine getirilmeyen yükümlülüğün aile hukukuna ilişkin olması

gerekmektedir<sup>82</sup>. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerden ilk akla gelen, TMK md. 364 hükmünde yer alan nafaka ödeme yükümlülüğüdür<sup>83</sup>. Hükümde maddi açıdan zor durumdaki üstsoy,

<sup>82</sup> Dolayısıyla aile hukukundan değil de borçlar hukukundan kaynaklanan bir yükümlülük yerine getirilmediğinde mirasçılıktan çıkarma söz konusu olmaz. İnan/Ertas/Albaş, § 18 N. 779; Baydar, s. 35; Ersöz, s. 224. Yargıtay; vekâletin kötüye kullanılmasının aile hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlali olmadığını, borçlar hukukuna ilişkin olduğunu belirterek mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul etmemiştir. Söz konusu karar şu şekildedir: “...Somut olayda; davaya konu vasiyetname incelendiğinde, mirasbırakanın, “... Oğlum ...'a itimat ederek verdiğim çeşitli vekaletnameler neticesinde adıma yaptığı işlemlerde kendi menfaatine ve diğer evlatlarının zararına hareket ettiğinden, rahmetli annem aleyhine konuşarak ve bana da bir evladın babasına söyleyemeyeceği sözler ile argo sözler söyleyerek toplum içerisinde beni rencide ettiğinden...” demek suretiyle çıkarma sebebini bildirdiği görülmektedir. Çıkarma sebebi olarak gösterilen “ vekaletin kötüye kullanılması” hali, Türk Borçlar Kanununda düzenlenen vekalet ilişkisinin bir sonucu olup, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali kapsamında değerlendirilemeyecektir. Dosya kapsamında toplanan delillere göre, diğer çıkarma sebeplerinin varlığı da ispat külfeti üzerinde bulunan davalılar tarafından ispat edilememiştir. Hal böyle olunca, ilk derece mahkemesince; yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular çerçevesinde, “vekaletin kötüye kullanılması” halinin çıkarma sebebi sayılamayacağı, diğer çıkarma sebeplerinin varlığının ise davalılar tarafından ispat edilemediği, TMK'nın 512/3 maddesi gereğince, ölüme bağlı tasarrufun davacının saklı payı dışında ( tasarruf nisabı oranında ) yerine getirileceği, diğer bir anlatımla davacının saklı payını talep edebileceği dikkate alınarak, davaya tenkis davası olarak devam edilmesi gerektiği gözetilmeden, istemin tümünden reddedilmesi usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 3. HD, T. 22.12.2020, E. 2019/5522, K. 2020/8054 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 01.06.2024). Ahlaki ya da dini bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi de çıkarma sebebi değildir. Weimar, ZGB Art 477 Rn. 7; Wildisen, ZGB Art 477 Rn 4; Antalya/Sağlam, § 6 N. 944; Yağcı, s. 174.

<sup>83</sup> Nafaka ödeme yükümlülüğü dışında başka bir aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmeyen ve bu sebeple mirasçılıktan çıkartılan saklı paylı mirasçının nafaka ödeme yükümlülüğünün devam edeceği yönünde bkz. Sert, s. 241.

altsoy ve kardeşlere nafaka verilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>84</sup>. Diğer bir yükümlülük, TMK md. 322 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre; anne, baba ve çocuk, birbirlerine yardım etmek, aile onurunu korumak, saygı ve anlayış göstermekle yükümlüdür. TMK md. 185/f.3 hükmünde ise eşlerin evlilik birliğinin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları gerektiği düzenlenmiştir<sup>85</sup>. Bu yükümlülüklerin ihlali, saklı paylı mirasçının mirasçılıktan çıkarılmasına yol açabilir<sup>86</sup>. Bunlar dışında çocuğun anne-babasının sözünü dinlemesi ve birlikte yaşadıkları evi rızaları dışında terk etmemesini düzenleyen TMK md. 339 hükmü<sup>87</sup>, çocuğun eğitimine ilişkin TMK md. 340 hükmü, eşlerin evlilik birliği

<sup>84</sup> Hükümde sayılan kişiler dışında kalan hısımlar hükmün kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bkz. Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 1201-1202; Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku – Cilt III – Aile Hukuku*, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024, s. 401; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku*, C. II, 25. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 453; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 532.

<sup>85</sup> Sadakat yükümlülüğü yalnızca cinsel açıdan eşini bir başkasıyla aldatmama olarak düşünülmemelidir. Öztan, *Aile*, s. 199; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 174; Akıntürk/Ateş, s. 113; Kılıçoğlu, *Aile*, s. 163. Eşlerin evlilik birliğinin yarattığı ortak amaç ya da menfaatlere aykırı davranışları da sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilir. Bkz. Öztan, *Aile*, s. 199. Doktrinde; sadakat yükümlülüğünün ekonomik, düşünsel ve duygusal sadakati de kapsadığı ifade edilmektedir. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 174.

<sup>86</sup> Dural/Öz, s. 215; İnan/Ertas/Albaş, § 18 N. 780; Çabri, § 17 N. 450; Ayşenur Şahin Caner, “Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarma”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2022, C. 13, S. 2, s. 511; Tuba Birinci Uzun/Ayşegül Dörttepe Okutan, “Mirasçının Mirasbırakanı Arayıp Sormaması, Mirasbırakana İlgi Göstermemesi, Anne ve Babasına Haber Vermeden Onların Tanımadığı Biriyle Evlenmesi Mirasçılıktan Çıkarma Sebebi Olabilir mi? Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 26.1.2021 Tarihli ve E. 2019/5571 K. 2021/471 Sayılı Kararının İncelenmesi”, *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, Y. 2023, C. 72, S. 1, s. 55.

<sup>87</sup> Bu düzenleme, velayet altında olan çocuklarla ilgili olup, reşit bir bireyin anne ve babasından ayrı yaşaması mirasçılıktan çıkarma sebebi değildir. Bkz. Birinci Uzun/Dörttepe Okutan, s. 60-61.

giderlerine güçleri oranında katılımıyla ilgili TMK md. 186/f.3 hükmü, eşlerin çocukların bakım, eğitim ve gözetimine özen göstermeleri gerektiği yönündeki TMK md. 185/f.2 hükmü aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerdir ve ihlali mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturur<sup>88</sup>. Yargıtay; ahlaka ve adaba aykırı hareketlerle aile onurunu zedelemek<sup>89</sup>, çocuğun anne babasıyla ilgilenmemesi<sup>90</sup>, gereği ve

<sup>88</sup> Çubukgil, s. 455-459; Baydar, s. 35-37; Yağcı, s. 266; Çabri, § 17 N. 450.

<sup>89</sup> Yargıtay 2. HD, T. 30.09.1971, E. 1971/5309, K. 1971/5424 sayılı kararına göre *“Davalının davacıdan para çalmış olduğu bir vakiadır. Her ne kadar yakınlıkları dolayısıyla bu fiil suç teşkil etmez ise de ( T.C.K. 524 ), ahlâka aykırılık niteliğini muhafaza eder. Şu halde, babasından dahi olsa para çalan kişi, kamu oyunda uygunsuz tutumlu kişi durumuna düşer. Bu duruma düşen bir kişinin aile şerefine sürdüğü leke, evlâtlık bağının çözülmesi için başlı başına bir sebeptir. Esasen bu tutum evlât edinen ile, evlâtlık arasında mevcudiyeti şart olan karşılıklı güven duygularını da sarsar ki, bu da artık evlâtlık bağının çözülmesini icap ettirir. Olayda davalının, babasının haberi olmadan onun adına başkalarından para istediği ve bu paraları yakışsız yerlerde ve eğlence mahallerinde harcadığı da sabit olup bu eylemler aile itibarını ve iş hayatındaki itimadını zedeleyici sonuç doğurmuştur.”* (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 09.06.2024).

<sup>90</sup> Yargıtay 2. HD, T. 6.7.2011, E. 2011/11213, K. 2011/11605 sayılı kararına göre *“Davacının mirasbırakana karşı ilgisiz kaldığı, hastalığı ile ilgilenmediği dinlenen tanık beyanları ile sabit olmuştur. Mirasbırakanın vasiyetnamede gösterdiği mirasçılıktan çıkarma ( ıskat ) sebepleri ve Türk Medeni Kanununun 511. maddesi koşulları gerçekleşmiştir. Davanın reddi gerekirken; yazılı şekilde, davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.”* (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 09.06.2024).

Yargıtay 2. HD, T. 4.2.2002, E. 2002/194, K. 2002/1169 sayılı kararına göre *“Davacının murisine karşı aşırı ilgisiz kaldığı, kapıyı ona açmadığı, telefonları yüzüne kapattığı dinlenen tanık beyanları ile subuta ermiş, murisin vasiyette gösterdiği ıskat sebebi gerçekleşmiştir. Şu halde 743 sayılı Türk Kanunu Medenisininin 459. maddesi uyarınca davanın reddi gerekirken yazılı şekilde davanın kabulü ile vasiyetnamenin tenkisine karar verilmesi doğru görülmemiştir.”* (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 09.06.2024). Yargıtay 3. HD'nin T. 26.1.2021, E. 2019/5571, K. 2021/471 sayılı kararı şu şekildedir: *“...Davalı anne, vasiyetnamede belirtilen ıskat sebeplerini ispat etmek için tanık dinletmiştir. Davalı tanıklarının, murisi uzun zamandır tanıdıklarını özel günlerde yanlarında olduklarını ancak davacıyı hiç yanlarında görmediklerini ilk defa duruşma salonunda gördüklerini; davacının anne babasına haber vermeden kayıplara*



kendisine yararı yokken mirasbırakanın vesayet altına alınmasını istemek<sup>91</sup>, mirasbırakana küçük düşürücü sözler söylemek<sup>92</sup>, saklı paylı

*kariştığını, davalı ... hanımın daha önce kızının evini bilmediğini; davacının Bahçeköy'deki adresinin tespit edilmesinden sonra muris ve davalının bu adrese çiçek yaptırarak gittiklerini ancak davacının babasına "ne işiniz var niye geldiniz" dediğini; davacının babası ile helalleşmesi için eve çağrıldığını, eve geldiğinde anne ve babasının hoşgeldin dediği ve murisin gözünün yaşardığı; davacının murisin hastalığı için eve geldiğinde resimler çektiğini ve "bu adam nerede yatacak" gibi ifadeler kullandığını; bir kısım tanıkların ise murisin kızlarının olduğunu dahi bilmediğini; davacının mirasbırakana ve davalı annesine karşı ilgisiz kaldığı, hastalığı ile ilgilenmediği dinlenen tanık beyanları ile sabit olmuştur. Aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır. Dosyada, tanıkların gerçek olmayan olayları gerçekmiş gibi ifade ettiğini kabule yeterli delil ve olgu da bulunmadığından tanıkların sözlerine değer vermek gerekmektedir...". (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 3.9.2024). Kararın incelemesi için bkz. Birinci Uzun/Dörttepe Okutan, s. 45-66.*

<sup>91</sup> Yargıtay 2. HD, T. 30.03.1976, E. 1976/2467, K. 1976/2802 sayılı kararı şu şekildedir: "Vasiyet eden, sağlığında torunu hakkında ( müdahalenin önlenmesi ) için dava açmış, yargılama sırasında davalı, davacının fizik yapısına sataştıktan sonra, irade bozukluğu içinde olduğunu ileri sürerek tıbbi müşahade altına alınmasını, ehliyetinin tesbit edilmesini istemiştir. İlk bakışta usul hukuku açısından bu iddiada yadırganacak bir yön bulunmadığı söylenebilir. Oysa, işin derinliğine inilirse, hiçde uygun bir savunma olmadığı ortaya çıkar. Şöyleki: İstek yerinde bulunursa davacı, artık duruşmalara katılamayacak, onu, vasisi temsil edecek. İstek kabul edilmezse, davacı doğrudan doğruya veya vekili aracılığı ile davasını yürütecektir. Duruşmada ister kanun, isterse akdi temsilci bulunsun, hakkın ve savunmanın özü değişmez. Öyle ise, davacının vesayet altına alınmasını sağlamak davalıya bir yarar temin etmez. Hal böyle olunca, bu tür bir iddia dürüstlük ilkesi ile bağdaşamaz. Görülüyor ki sırf usul yönünden bu davranış hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımaktadır. Öteyandan, dosyadaki gazete fotokopileri ve diğer delillerden anlaşıldığı gibi, vasiyet eden, ( T.R. ) aklî melekeleri yerinde ve şuuru düzgün şekilde ve özellikle gazetelere yazılar yazarak ömrünü tamamlamıştır. Bunu, herkesten iyi bilecek olan da torunudur. Oysa buna rağmen o, dedesinin ehliyetsizliğini ileri sürerek muayeneye sevkine yol açmış, bunun çevrede yayılması ve basına yansması suretiyle de, toplum içindeki yeri sarsılmış, hakkındaki değer yargıları bir ölçüde zedelenmiş, gururu kırılmış, ömrünün tükendiği bir dönemde kendisinden özen beklediği kişi eliyle aşırı derecede incitilmiş, böylece haklı bir hayal ve gönül kırgınlığına düşmüştür. Uzun yıllardan beri onu

mirasçının borçları sebebiyle mirasbırakanın evinin kurşunlamasına sebebiyet vermek<sup>93</sup>, evlatlığın evlat edinenin dövülmesine seyirci

---

*arayıp sormadığı yetmiyormuş gibi, normal insan ilişkilerinin gerektirdiği ilgiyi göstermek şöyle dursun, hastalığı sırasında bile sormak gereğini duymamış olan bir torun, dedesine karşı kanunî, ahlakî görevini yapmış sayılamaz". (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 09.06.2024). Belirtmek gerekir ki, mirasbırakanın ya da aile üyelerinden birinin vesayet altına alınması gerekli ise bu durum mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edilmemelidir. Aynı yönde bkz. Emrah Kulaklı, "Yasal Bir Hakkın Kullanılması Cezai Mirasçılıktan Çıkarılma Sebebi Teşkil Eder Mi?" *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2020, Cilt 7, Sayı 2, s. 302.*

<sup>92</sup> Yargıtay 2. HD, T. 21.11.1985, E. 1985/8686, K. 1985/9709 sayılı kararına göre *"Tanıklardan ( G.E ) konuşma sırasında ve işyerinde davalının, babasına ( haram yiyiciler, haram yiyiciler, burada oturmaya utanmıyormusunuz ) dediğini ve yine babasının yazıhanesinde yüzüne karşı ( genel ev işlettiğini ) söylediğini ifade etmiştir. Tanık ( M.A ) ise ifadesinde davacının babasına ( haram yiyiciler ) dediğini duyduğunu açıklamış ve ( G.E )'in beyanını teyit etmiştir. Öte yandan davacı, babasının yaşlılığını ileri sürerek vesayet altına alınmasını istemiş, bu iddianın ispatlanması konusunda delil göstermiş, ikâme ettiği tanıklardan ( A ), miras bırakanın iş yerine gelenlere fuhuş yaptırdığını ifade eylemiş, tanık ( Ş ) ise, miras bırakanı namuslu kazanç sağlamadığı için kızı ile kimsenin evlenmediğini ve bu yüzden kızın Amerika'ya gittiğini açıklamıştır. Davacının anayasadan doğma hakkına dayanarak babasının sui idare ve akıl zayıflığını ileri sürdüğü davada konu ve ihbarla hiç bir ilgisi olmayan ithamlarda bulunan kendi tanıkları ( A ) ve ( Ş )'in ifadelerine karşı çıkmaması, zimnen de olsa benimsenmesi asla hoşgörülecek bir davranış değildir. Bu tutum az önce belirtilen Medenî Kanun'un 260. maddesi aracılığı ile 457/2. maddesinin unsurlarını oluşturur. Yani iskatı haklı kılar. Öteki tanık sözleri ise babasına karşı onur kırıcı, ağır nitelik taşıyan bir hakaret olup bu eylemler ise Medenî Kanun'un 457/1. maddesinin uygulanmasına hak verir. Yukarıda açıklanan olaylar ve eylemler karşısında, miras bırakanın iskatı tasarrufu haklı sebebe dayanmaktadır." (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 09.06.2024).*

<sup>93</sup> Yargıtay 2. HD, T. 105.2004, E. 2004/5159, K. 2004/6038 sayılı kararı şu şekildedir: *"Toplanan delillerden; miras bırakanın çocuklarından Halilin aşırı şekilde borçlandığı, bu borç sebebiyle de alacaklıların murisi ölümle tehdit ettikleri, evini kurşunladıkları davacının ( Halilin ) kusurlu davranışı sonucu bu durumun doğduğu anlaşılmaktadır. Çocuklarda ailenin huzur ve bütünlüğünü korumak birbirlerine karşı yardım ve saygı göstermek zorundadırlar. Miras bırakan iskatın*

kalması<sup>94</sup> hallerinde mirasçılıktan çıkarma sebebinin varlığına kanaat getirmiştir.

Doktrinde; saklı paylı mirasçının mirasbırakandan farklı bir siyasi görüşte olmasının ya da istemediği bir dini seçmesinin, mirasçılıktan çıkarma sebebi olmayacağı ifade edilmektedir<sup>95</sup>. Bunun gibi, saklı paylı mirasçının mirasbırakanın istediğinden farklı bir mesleği olması, ticari rekabete girmesi, istemediği bir kimse ile evlenmesi<sup>96</sup> de

---

*sebebinde yanılmamıştır. Iskat yerindedir. Mahkemece davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır". (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 09.06.2024).*

<sup>94</sup> YHGK, T. 18.10.1995, E. 1995/2-268, K. 1995/807 sayılı kararı şu şekildedir: *"...Taraflar arasındaki "evlatlık ilişkisinin kaldırılması" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Rize Asliye 2. Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 4.3.1994 gün ve 1993/100-1994/55 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 9.6.1994 gün ve 4911-5748 sayılı ilamı: ( ...Dinlenen tanık sözleriyle, davalı ile davalının babasının el ve işbirliği içinde davacının mallarına müdahale etmek istedikleri, çay mahsülünü kendi yararlarına topladıkları bu nedenle oluşan çekişme sonucu davacının davalının babası tarafından dövüldüğü gerçekleşmiştir. Diğer bir yönden davacının doğrulanmış iddialarına karşılık davalının doğrulanmayan davacıya yönelik ithamları taraflar arasındaki evlatlık ilişkisinin temelinden sarsıldığını açıkça göstermektedir. Davalının babasının davacıya karşı gerçekleştirdiği eyleme seyirci kalması dahi Medeni Kanun'un 457/2. maddesiyle öngörülen ailevi görevlerini ağır ihmalidir. Taraflar arasında oluşan husumet, evlat edinenle evlatlık yönünden birbirlerine karşı olan saygı, sevgi, görüp gözetme gibi görev ve tutumlarını ağır şekilde zedelemiştir. Amacına aykırı bir şekilde devam edecek böyle bir ilişkinin devamında taraflar yönünden bir yarar kalmamıştır. Bu itibarla evlatlık ilişkisinin sona erdirilmesi yerine isteğin red edilmiş olması doğru bulunmamıştır... ) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeye yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir." (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 09.06.2024).*

<sup>95</sup> Çubukgil, s. 464; Çakın, s. 527; Baydar, s. 37; Çabri, § 17 N. 450; Ersöz, s. 225.

<sup>96</sup> Mirasbırakan istememesine rağmen saklı paylı mirasçının boşanma davası açması da çıkarma sebebi olarak kabul edilmez. Aynı yönde bkz. Bürği, ZGB Art. 477 Rn. 2; Yağcı, s. 171; Kulaklı, s. 301. Ancak sadece boşanma davası açılması çıkarma sebebi sayılmazken, haksız ve gerçeğe aykırı beyanlarda bulunarak aile hukukundan kaynaklanan yükümlülükler ihlal edilirse

çıkarma sebeplerinden sayılmaz<sup>97</sup>. Nafaka borcu için icra takibi yapılması ya da dava açılmasının da çıkarma sebebi olmayacağı ifade edilmiştir<sup>98</sup>.

Tanıklıktan çekilme hakkı olan saklı paylı mirasçının, mirasbırakan aleyhine tanıklık yapmasının mirasçılıktan çıkarma sebebi olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, tanıklıktan çekilme hakkının amacının aile bağlarını sarsmamak olduğunu ve bu hakkı kullanmayarak tanıklık yapan saklı paylı mirasçının aile bağlarını zedelediği için mirasçılıktan çıkartılabileceğini savunur<sup>99</sup>. Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüş ise gerçeğe uygun olarak yapılan

---

çıkarma sebebinin varlığından söz edilebilecektir. Bkz. Şener, Paylar, s. 177; Yağcı, s. 171; Kulaklı, s. 301 dn. 40.

<sup>97</sup> Çubukgil, s. 464; Serozan/Engin, § 4 N. 186; Baydar, s. 37; Çabri, § 17 N. 450; Ersöz, s. 225. Yargıtay saklı paylı mirasçının kendisinden yaşlı bir kimse ile evlenmesinin de mirasçılıktan çıkarma sebebi olamayacağı yönünde karar vermiştir. Yargıtay 2. HD'nin, T. 09.05.2002, E. 2002/5360, K. 2002/6132 sayılı kararı şu şekildedir: "Murisin ıskat tasarrufu 19.01.1989 tarihini taşımaktadır. Bu tarihten sonra oluşan olaylar ıskat tasarrufunun dayanağı olarak kabul edilemez. Davacının kendinden yaşlı bir kişi ile evlenmesi olgusu ıskat sebebi olamaz. Özellikle oluşan olayların zamanının algılanmasında hata edildiği anlaşılma ile davacının karar düzeltme isteğinin kabulü ile bozma kararının kaldırılması hükmün onanması gerekmiştir". Karar için bkz. Gençcan, s. 526.

<sup>98</sup> Baydar, s. 37; Çabri, § 17 N. 450; Kulaklı, s. 299-300. Yargıtay 2. HD, T. 09.03.1982, E. 1982/757, K. 1982/2149 sayılı kararına göre "... Anayasa, herkese hak arama özgürlüğü vermiştir (m. 31). Bu itibarla, nafaka borcunu ödemeyen baba hakkında icra koşuşturmasında bulunmak, kişisel bir kusur ve babaya karşı saygı dışı bir davranış olarak nitelendirilemez. Kaldı ki mali durumu itibarıyla ödemeye gücü yeterli bir kimsenin, (çocuğun mahkeme kararına dayanan) nafaka borcunu yerine getirmeyip onu İİK. uyarınca hakkını aramaya zorlaması bundan ıskat sebebi çıkarmaya çalışması hem düşündürücü olduğu gibi de kanunun koruduğu bir davranış da sayılamaz. Başka bir anlatımla hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak elde edemez. Onun için bu sebep dahi mirastan ıskat için hiçbir suretle yeterli değildir. Öte yandan çocuğun zengin olduğu var sayılsa bile, bir hakkını kullanması, başka bir hakkının düşümüne yol olamaz...". (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 07.06.2024).

<sup>99</sup> Esat Şener, "Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller", *Yargıtay Dergisi*, Y. 1976, C. 2, S. 2, s. 93.

tanıklığın hukuki bir görev olması sebebiyle, mirasçılıktan çıkarma sonucu doğurmayacağını ifade eder<sup>100</sup>.

Kanun koyucu, aile hukukundan kaynaklanan her yükümlülüğün ihlalini mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul etmemiş ve bu ihlalin ancak önemli ölçüde gerçekleşmesi durumunda çıkarma sebebi sayılmasını şart koşmuştur. Dolayısıyla TMK md. 510/b. 1 hükmünde aranılan “suçun ağır olması” kriteri, b. 2’de “önemli ölçüde ihlal” olarak düzenlenmiştir<sup>101</sup>. Önemli ölçüde ihlal kavramıyla kastedilen, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğe aykırı davranışın objektif olarak aile bağlarını koparacak nitelikte olmasının yanı sıra subjektif olarak da aile bağlarını koparmasıdır<sup>102</sup>. Örneğin, bir babanın hiç ilgilenmediği ve arayıp sormadığı çocuğunu, kendisiyle ilgilenmemesi sebebine dayanarak mirasçılıktan çıkarması geçerli bir sebep olarak kabul edilemez. Zira baba ve çocuk arasındaki aile bağı zaten hiç kurulmamıştır. Bu çerçevede çocuğun babasıyla hiç ilgilenmemesi, subjektif olarak aile bağlarını koparacak nitelikte bir durum değildir.

Saklı paylı mirasçının aile hukukundan kaynaklanan görevlerini yerine getirmemesi, kusuru sonucunda ortaya çıkmalıdır<sup>103</sup>. Örneğin; kızının annesinin hastalığı süresince hiç ilgilenmemesi, yurtdışında

<sup>100</sup> Tuor/ Schnyder/ Schmid/Rumo-jungo, s. 669; Çakın, s. 527; İmre/Erman, s. 248 dn. 15; Serozan/Engin, § 4 N. 186; Eren/Yücer Aktürk, s. 209; Antalya/Sağlam, § 6 N. 944; Yağcı, s. 170; Kahveci, s. 1492; Çabri, § 17 N. 450; Kulaklı, s. 303; Şahin Caner, s. 511.

<sup>101</sup> Doktrinde, Türk Medeni Kanunu madde 510 b.1 ve b.2’deki düzenlemelerin birbirinin alternatifi olduğu, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlalinin de tıpkı ağır bir suç işlenmiş gibi mirasçılıktan çıkarılmayı gerektirecek düzeyde bir ağırlık ve yoğunluk taşınması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Serozan/Engin, § 4 N. 186a; Birinci Uzun/Dörttepe Okutan, s. 63.

<sup>102</sup> Tuor/ Schnyder/ Schmid/Rumo-jungo, s. 669; Wildisen, ZGB Art 477 Rn. 5; Dural/Öz, s. 215; Çakın, s. 527; Öztan, Miras, s. 146; Baydar, s. 40; Yağcı, s. 184; Kahveci, s. 1492; Çiftçi, s. 142; Birinci Uzun/Dörttepe Okutan, s. 56.

<sup>103</sup> Wildisen, ZGB Art 477 Rn. 4; Çubukgil, s. 460; Çakın, s. 526; Dural/Öz, s. 215; Kılıçoğlu, Miras, s. 172; İmre/Erman, s. 249; Öztan, Miras, s. 146; Baydar, s. 43; Yağcı, s. 180; Çabri, § 17 N. 451; Ersöz, s. 227; Şahin Caner, s. 512.

geçirdiği trafik kazası sonucu komada olmasına dayanıyorsa elbette kusurundan söz edilemeyecek ve mirasçılıktan çıkarılma sebebi bulunmayacaktır. Bunun gibi; saklı paylı mirasçının mirasbırakanın aile üyesi olan bir kimseye karşı aile hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüğü bulunmakta birlikte, bu kimsenin kim olduğunu bilmiyorsa mirasçılıktan çıkarılması söz konusu olmayacaktır<sup>104</sup>. Örneğin; mirasbırakan, evlilik dışı olan çocuğunu tanımış ancak bu durumu diğer çocuklarından gizlemişse, zor durumda olan kardeşine nafaka ödemeyen diğer çocuklarını mirasçılıktan çıkartamaz. Zira mirasbırakanın evlilik dışı çocuğu olduğunu diğer çocukları bilmemektedir<sup>105</sup>.

Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlalinde, mirasbırakanın da en az saklı paylı mirasçı kadar kusuru varsa o takdirde mirasçılıktan çıkarılma geçerli bir nedene dayanmayacaktır<sup>106</sup>.

### **b. Yükümlülüğün Mirasbırakana ya da Mirasbırakanın Aile Üyelerine Karşı Yerine Getirilmemesi**

TMK md. 510/b. 2 hükmü gereğince; saklı paylı mirasçının yalnızca mirasbırakana karşı değil, mirasbırakanın aile üyelerine karşı da aile hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmemesi mirasçılıktan çıkarılma sebebidir. Dikkat edilirse; TMK md. 510/b. 1 hükmünde mirasbırakanın “yakınları” kavramı kullanılırken, TMK md. 510/b. 2 hükmünde yakınları değil “aile üyeleri” ifadesine yer verilmiştir. Doktrinde, aile üyeleri kavramına kimlerin dâhil olduğu tartışmalıdır. Çoğunluk görüşü mirasbırakanın anne-babası, kardeşi, altsoy kan hısımları ve eşinin aile üyesi kavramına girdiğini kabul eder<sup>107</sup>. Evlatlık da aile üyeleri kavramının içinde yer alır<sup>108</sup>. Nişanlının bu kavrama girip girmediği ise tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüş, nişanlının aile

<sup>104</sup> Çubukgil, s. 464; Şahin Caner, s. 512.

<sup>105</sup> Çubukgil, s. 464.

<sup>106</sup> Çubukgil, s. 463; Ayan/Ayan, s. 216; Baydar, s. 40; Şahin Caner, s. 512. Eşit kusur halinde mirasçılıktan çıkarılma tasarrufunun geçersiz sayılması gerektiği yönünde Öztan, Miras, s.154; Şahin Caner, s. 512.

<sup>107</sup> Şener, Mirasçılık, s. 90; Dural/Öz, s. 216; Antalya/Sağlam, § 6 N. 943; Ayan/Ayan, s. 215; Çabri, § 17 N. 449.

<sup>108</sup> Dural/Öz, s. 216; Çabri, § 17 N. 449; Ayan/Ayan, s. 215.

üyesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>109</sup>. Bunun yanında mirasbırakanın çocuklarının eşleri de aile üyesi kavramı kapsamında ele alınmalıdır. Ancak hükmün lafzına da uygun olarak aile üyeleri kavramı geniş yorumlanmamalı ve mirasbırakanın ne kadar yakını olursa olsun dostları, çalışanları gibi kimseler bu hüküm kapsamında değerlendirilmemelidir<sup>110</sup>.

### C. Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Kanunda Öngörülen Şekle Uygun Yapılması

Cezai mirasçılıktan çıkarmanın sonuçlarının çok ağır olması nedeniyle, kanun koyucu bu tasarrufu sıkı bir şekil şartına bağlamıştır. İlk olarak TMK md. 510/f.1 hükmünde, cezai mirasçılıktan çıkarmanın ancak bir ölüme bağlı tasarrufla mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, mirasbırakan saklı paylı mirasçısını mirasından çıkardığını sözlü olarak defalarca söylemiş olsa bile, bu iradesini ölüme bağlı tasarrufta belirtmediği sürece hiçbir hukuki anlam taşımayacaktır. O halde mirasbırakanın çıkarma iradesi, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufla ortaya konulmalıdır. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar, vasiyetname ve miras sözleşmesidir.

Mirasçılıktan çıkarma için en sık başvurulanan yol, vasiyetname düzenlemektir. Vasiyetnameler; el yazılı, resmi ve sözlü vasiyetname olarak üçe ayrılır (TMK md. 531). Bu vasiyetname türlerinden herhangi biriyle mirasçılıktan çıkarma tasarrufu gerçekleştirilebilir<sup>111</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, sözlü vasiyetname yoluyla geçerli bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapılabilse de sözlü vasiyetname yalnızca olağanüstü

<sup>109</sup> Dural/Öz, s. 216; Yağcı, s. 155-156; Çabri, § 17 N. 449. Aksi yönde bkz. Antalya/Sağlam, § 6 N. 943; Ayan/Ayan, s. 215; Sert, s. 233; Ersöz, s. 228; Kartal, s. 619; Şahin Caner, s. 513.

<sup>110</sup> Aksi görüş için bkz. Yağcı, s. 159-160. Mirasbırakan ile aynı evde yaşayan ancak akrabası olmayan kimselerin de aile üyesi olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Çubukgil, s. 455.

<sup>111</sup> İmre/Erman, s. 249; Eren/Yücer Aktürk, s. 209; İnan/Ertaş/Albaş, § 18 N. 771; Kılıçoğlu, Miras, 169; Öztan, Miras, s. 147; Ayan/Ayan, s. 216; Baydar, s. 45; Gönen, s. 331; Yağcı, s. 311; Çabri, § 17 N. 436; Banu Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 47; Yılmaz, s. 125; Ersöz, s. 231.

koşulların varlığı halinde başvurulabilen bir vasiyetname türüdür (TMK md. 539/f.1).

Mirasçılıktan çıkarmanın miras sözleşmesiyle yapılmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>112</sup>. Mirasçılıktan çıkarma, tek taraflı bir hukuki işlem olduğundan, miras sözleşmesinin bağlayıcı olmayan içeriğine dâhil olur ve mirasbırakan, tek taraflı irade açıklamasıyla bu tasarrufundan dönebilir<sup>113</sup>. Ancak mirasçılıktan çıkarmanın amacı göz önüne alındığında, mirasbırakanın saklı paylı mirasçısıyla bir miras sözleşmesi yaparak onu mirastan çıkarması çok olası bir durum değildir<sup>114</sup>.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise cezai mirasçılıktan çıkarmanın ölüme bağlı tasarruf yerine mahkeme kararıyla mümkün olup olmayacağıdır. TMK md. 510/f.1 hükmü açık bir şekilde mirasçılıktan çıkarmanın bir ölüme bağlı tasarrufla yapılabileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla mahkeme kararıyla mirasçılıktan çıkarma

<sup>112</sup> Burandt/Rojahn, BGB § 2336 Rn. 2; Bürgi, ZGB Art 477 Rn. 3; Kocayusufpaşaoğlu, s. 307; Çakın, s. 527; Şener, Mirasçılık, s. 82; Serozan/Engin, § 4 N. 183; Dural/Öz, s. 212; Eren/Yücer Aktürk, s. 209; İnan/Ertas/Albaş § 18 N. 771; Öztan, Miras, s. 147; Baygın, s. 170; Yağcı, s. 312; Ayan/Ayan, s. 216; Çabri, § 17 N. 436; Atlı, s. 47; Şahin Caner, s. 513.

<sup>113</sup> Burandt/Rojahn, BGB § 2336 Rn. 2; Çakın, s. 527; Şener, Mirasçılık, s. 82; Serozan/Engin, § 4 N. 183; Dural/Öz, s. 212; İmre/Erman, s. 250; Ayan/Ayan, s. 216; Çınar, s. 222; Çabri, § 17 N. 426; Atlı, s. 47; Şahin Caner, s. 513. Farklı yönde görüş için bkz. Yağcı, s. 408-409.

TMK md. 546/f.2 hükmündeki düzenlemede; miras sözleşmesi yapıldıktan sonra sözleşmenin karşı tarafının mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan bir davranışta bulunması halinde, mirasbırakanın miras sözleşmesinden tek taraflı olarak dönebileceği düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Seçer, s. 40 vd.

<sup>114</sup> Böyle bir durumda, saklı paylı mirasçı mirasçılıktan çıkarılmayı kabul ettiğine göre, miras sözleşmesi yerine mirastan feragat sözleşmesi yapılabilir. Bkz. İnan/Ertas/Albaş, § 18 N. 773; Yağcı, s. 409. Bu sözleşmenin, ivazsız mirastan feragat sözleşmesi niteliği alacağı yönünde bkz. Şener, Mirasçılık, s. 82. Mirastan feragat sözleşmesi olarak kabul edilmesinin sonucu, miras sözleşmesinden dönülmesinin tarafların anlaşmasıyla veya kanunda belirtilen dönme sebeplerine dayanarak mümkün olacaktır. Bkz. Çabri, § 17 N. 436.



mümkün görünmemektedir<sup>115</sup>. Yargıtay da isabetli bir şekilde, bu yönde açılan bir davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>116</sup>.

Mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin varlığı ya da yokluğuna ilişkin tespit davası açılması mümkündür? Bu soruya da olumsuz yanıt vermek gerekir. Mirasçılıktan çıkarmaya yönelik olarak eda davası açmak mümkün olmadığından, çıkarma nedenlerinin varlığı ya da yokluğunun tespitine ilişkin tespit davası<sup>117</sup>da açılmayacaktır<sup>118</sup>. Zira

<sup>115</sup> Aynı yönde Şener, Paylar, s. 166; Yağcı, s. 309

<sup>116</sup> Yarg. 7. HD'nin E. 2022/2695, K. 2022/6859, T. 14.11.2022 sayılı kararı şu şekildedir: "Somut olaya gelince; davacılar tarafından evlat edindikleri davalının kendileri ile ilgilenmediği ve evlatlık vazifelerini yerine getirmediği iddiası ile mirasçılıktan çıkarma davası açmış iseler de; mirasçılıktan çıkarma yukarıda değinildiği gibi TMK 510. madde hükmünde sayılan sebeplerden birine dayanılması ile birlikte şekil şartı olarak miras bırakan tarafından yapılan bir ölüme bağlı tasarrufu işlemi ile gerçekleşir. Dava açmak suretiyle mirasçının mirastan iskati hakkında karar verilmesini istemek mümkün değildir. Bu sebeple mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanılığın değerlendirme ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir." (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 1.7.2024). Yarg. 7. HD'nin E. 2022/3872 K. 2023/4932 T. 19.10.2023 sayılı kararına göre "...Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile; Davacı ..., davalı oğlunun mirasçılıktan çıkarılmasını istemiş; mahkemece davanın hukuki yarar yokluğundan usulden reddine karar verilmiştir. Mirastan iskatin, murisin tek taraflı ölüme bağlı bir tasarrufu (vasiyetname) ile yapılacağı nazara alınarak yerel mahkemece yazılı gerekçeyle davanın usulden reddine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmamıştır..." gerekçesiyle; mirasçı ... vekilinin istinaf başvurusunun HMK'nın 353/1-b.1 maddesi gereğince esastan reddine, karar verilmiştir. Temyizen incelenen karar; tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, uyumsuzluğa uygulanması gereken hukuk kuralları ile hukuki ilişkinin nitelendirilmesine, dava şartlarına, yargılama ve ispat kuralları ile özellikle Bölge Adliye Mahkemesi kararında belirtilen gerekçelere göre usul ve kanuna uygun olup temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenler kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 1.7.2024).

<sup>117</sup> Bir hukuki ilişkinin ya da bir hakkın var olup olmadığına yönelik olarak açılan davalara tespit davası denilmektedir. Tespit davasına yönelik ayrıntılı açıklamalar için bkz. Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, 3.

tespit davası, eda davasının öncüsüdür<sup>119</sup>. Dolayısıyla eda davası açmanın mümkün olmadığı durumlarda tespit davası da açılmaz.

#### D. Mirasçılıktan Çıkarma Sebebinin Ölüme Bağlı Tasarrufta Gösterilmesi

TMK md. 512/f.1 hükmündeki düzenlemeye göre “*Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakan ancak buna ilişkin tasarrufunda çıkarma sebebinin belirtmişse geçerlidir*”. Doktrinde, bu düzenlemenin iki temel amaca hizmet ettiği ifade edilmektedir. Bu amaçlardan ilki, mirasbırakanın

---

Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 391 vd.; Baki Kuru, /Ramazan Arslan, /Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 258 vd.; Hakan Pekcanitez /Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 12. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 222 vd.; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/ Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 306 vd.; L. Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 234 vd.; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 329 vd..

<sup>118</sup> Aynı yönde Şener, Paylar, s. 166; İnan/Ertay/Albaş, § 18 N. 771; Yağcı, s. 309-310. Antalya BAM'ın E. 2019/754, K. 2019/1433, T. 28.11.2019 sayılı kararına göre “... Yukarıdaki açıklamalar ve yasal düzenlemeler çerçevesinde somut olaya dönüldüğünde; davacı tarafça ileride yapılması muhtemel mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin ölüme bağlı tasarruf, yine buna bağlı olarak ileride davalı tarafça açılması muhtemel ölüme bağlı tasarrufun iptali davasına konu ıskat hallerini şimdiden tespit ettirmesinde, tespit davasının özelliği ve koşullarına göre ileride açılacak davada savunma olarak ileri sürülebilecek ve o davada değerlendirilecek ıskat sebeplerini tespit ettirmekle iddia olunan tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli bir hüküm verilemeyeceği gibi miras hukuku ilkelerine aykırı şekilde Yasanın izin vermediği bir hususun dolanılmak suretiyle elde edilmek istenilmesi de mümkün bulunmadığından hukuki yarar yokluğundan davanın reddine karar verilmesi sonuç olarak doğru ise de; gerekçesinin yukarıda açıklandığı şekilde değiştirilmesine ilişkin olarak ilk derece Mahkemesi kararının HMK. nun 353/1-b-2. maddesi uyarınca düzeltilmesine karar verilmesi gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.”. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 1.7.2024).

<sup>119</sup> Bilge/Önen, s. 393 dn. 17; Kuru /Arslan/Yılmaz, s. 259; Pekcanitez/Atalay/ Özkes, s. 224; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 307; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 235.

hangi somut sebep çerçevesinde mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunduğu tespit edilerek, ortaya çıkabilecek şüpheleri ortadan kaldırmaktadır<sup>120</sup>. Diğer amacı ise, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun kanunda sayılan sebeplere dayanıp dayanmadığı konusunda hâkimin değerlendirme yapabilmesine yardımcı olmaktır<sup>121</sup>.

TMK md. 512/f.1 hükmünde, çıkarma sebebinin gösterilmesi gerektiği belirtilmiş ancak nasıl gösterileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Çıkarma sebebi açık bir şekilde gösterilmeli, somut olaylara dayandırılmalıdır<sup>122</sup>. Bu kapsamda *“bana karşı aile yükümlülüklerini yerine getirmedi”*, *“suç işledi”* gibi ifadeler yeterli kabul edilmeyecektir<sup>123</sup>. Bunun yerine *“hastalığım sırasında benimle ilgilenmedi”*, *“eşimi öldürmeye teşebbüs etti”* ya da *“beni dövdü”* şeklinde somut olaylar gösterilmelidir<sup>124</sup>. Mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olabilmesi için

<sup>120</sup> Yağcı, s. 313.

<sup>121</sup> Wildisen, ZGB Art. 479 Rn. 1; Dural/Öz, s. 216; Yağcı, s. 313.

<sup>122</sup> Schlüter, s. 132; Wildisen, ZGB Art 477 Rn. 6; Çakın, s. 528; Dural/Öz, s. 216; İmre/Erman, s. 250; Antalya/Sağlam, § 6 N. 951; Ayan/Ayan, s. 216; Baydar, s. 48-49; Yağcı, s. 314. Vasiyetnamede birden fazla çıkarma sebebine yer verilmişse, sadece bir tanesinin ispatlanması mirasçılıktan çıkarma için yeterli olacaktır. Bkz. Yağcı, s. 319.

Yarg. 14. HD'nin E. 2018/3409, K. 2021/3708, T. 2.6.2021 sayılı kararına göre *“Somut olaya gelince; 21.06.2004 tarihli düzenleme şeklindeki vasiyetname ile ... .., sağlığında yapmış olduğu hal ve hareketlerinden dolayı mirasçılarından ...'ı mirasçılıktan çıkarmıştır. Çıkarma sebeplerinin doğru olduğunu ispat etme yükü 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 512.maddesi gereği çıkarmadan yararlanan davalılar üzerindedir. Yapılan yargılama sonucu 21.06.2004 tarihli vasiyetnamede belirtilen sebeplerin varlığı ispat edilemediğinden 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 512/3.maddesi gereğince tasarruf, mirasçının saklı payı dışında yerine getirilecektir. İlk derece mahkemesinin 28.09.2017 tarihli kararında bu hususa işaret edilerek davanın kısmen kabulüne karar verildiği halde usul ve yasaya aykırı olacak şekilde ... Bölge Adliye Mahkemesi 1.Hukuk Dairesince davanın tümünden reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.”* (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 6.8.2024).

<sup>123</sup> Wildisen, ZGB Art 477 Rn. 6; Dural/Öz, s. 216; Ayan/Ayan, s. 216-217.

<sup>124</sup> Dural/Öz, s. 216. Doktrinde; mirasçılıktan çıkarma sebebinin kesin ve açık şekilde yazılmasına ilişkin katı bir uygulama olduğu, ancak ölüme bağlı tasarruftan mirasçılıktan çıkarma iradesinin net bir şekilde anlaşılması ve

mutlaka “*mirasçılıktan çıkartma*” ya da “*ıskat*” ifadelerinin bulunması şart değildir. Önemli olan, mirasçılıktan çıkarma iradesinin anlaşılabilmesidir<sup>125</sup>. Ayrıca, mirasçılıktan çıkarmanın TMK md. 510 hükmündeki hangi bende dayandırıldığının gösterilmesine gerek olmadığı gibi, kanuna atıfta bulunulması veya kanunda yer alan ifadelerin kullanılması da zorunlu değildir<sup>126</sup>. Mirasbırakan çıkarma nedenine ilişkin belirli bir nitelendirmede bulunmuş olsa dahi hâkim bununla bağlı değildir. Örneğin, mirasbırakan çıkarma sebebinin ağır bir suç olarak nitelendirilebilir. Hâkim, sebebin Türk Medeni Kanunu madde 510/b.1 kapsamında ağır bir suç teşkil etmediğini, ancak aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlaline dayandığını tespit etse dahi geçerli bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu varlığını sürdürecektir<sup>127</sup>.

Mirasbırakanın, çıkarma sebebinin bir belgeye ya da mahkeme kararına atıf yaparak göstermesi mümkün müdür? Öğretide bir görüşe göre, çıkarma sebebi asgari bir şekilde açıklanmadıkça, çıkarma sebebinin bir belgeye atıf yapılarak gösterilmesi TMK md. 512/f.1 hükmüne aykırılık teşkil eder<sup>128</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, atıf yapılan belge, mahkeme kararı ya da delil vasıtasıyla çıkarma sebebi kesin ve açık bir şekilde anlaşılıyorsa çıkarma sebebinin gösterildiğinin kabulü gerekir. Bu şekilde hâkim de çıkarma sebebinin geçerli olup olmadığını tespit edebilecektir<sup>129</sup>. Aksi durumda aslında ortada geçerli bir mirasçılıktan çıkarma sebebi varken, sırf belli şekil kurallarına uyulmadığı için mirasbırakanın son arzuları yerine

---

vasiyetnamenin yorumlanarak çıkarma sebebinin tespit edilip vasiyetname dışı olgularla da desteklenmesi durumunda, Türk Medeni Kanunu madde 512/1 hükmündeki şartın yerine geldiğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Yağcı, s. 315-316.

<sup>125</sup> Burandt/Rojahn, BGB § 2336 Rn. 3; Dural/Öz, s. 216; Antalya/Sağlam, § 6 N. 959.

<sup>126</sup> Schlüter, s. 132; Yağcı, s. 318; Ersöz, s. 233.

<sup>127</sup> Dural/Öz, s. 218; Yağcı, s. 319.

<sup>128</sup> Weimar, ZGB Art. 479 Rn. 3; Wildisen, ZGB Art 479 Rn. 2; Baydar, s. 50.

<sup>129</sup> Burandt/Rojahn, BGB § 2336 Rn. 10; Yağcı, s. 320-321. Çıkarma sebebi ölüme bağlı tasarruftan açıkça anlaşılması koşuluyla, ceza dosyası gibi diğer belgelere atıf yapılabilir. Bürge, ZGB Art 479 Rn. 1.

gelmemiş olacaktır. Ancak vasiyetnamede çıkarma sebebi gösterilmeden sadece bir tanığa atıf yapılmamışsa o takdirde geçerli saymamak gerekir. Zira tanığın ne hakkında bilgi vereceğine ilişkin herhangi bir açıklamada bulunulmamıştır. Böyle bir durumda çıkarma sebebinin asgari bir şekilde ölüme bağlı tasarrufta gösterilmesi gerekir<sup>130</sup>.

Doktrinde tartışılan bir diğer konu, mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan fiilin, ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anda gerçekleşmiş olmasının şart olup olmadığıdır. Bir görüş, mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olabilmesi için ölüme bağlı tasarruf yapıldığı anda çıkarma sebebi olan fiilin gerçekleşmiş olmasını arar. Bu çerçevede, ölüme bağlı tasarruf yapıldığı zaman çıkarma sebebi henüz gerçekleşmemişse, çıkarmaya ilişkin tasarruf geçerli olmayacaktır<sup>131</sup>. Bu görüşün temel dayanağı, TMK md. 510'da sayılan sebeplerin geçmiş zaman kullanılarak ifade edilmiş olmasıdır. Buna göre, hükümde geçen *“ağır bir suç işlemişse”* veya *“aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse”* ifadeleri, fiilin işlenmiş olması gerektiğini göstermektedir<sup>132</sup>. Ayrıca TMK md. 512/f.1 hükmü kapsamında da düşünüldüğünde ancak gerçekleşmiş sebepler ölüme bağlı tasarrufta gösterilebilir<sup>133</sup>. Aksi yöndeki görüş ise, ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anda çıkarma sebebi henüz gerçekleşmemiş olsa bile, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerli olabileceğini savunmaktadır<sup>134</sup>. Bu görüş uyarınca, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun hüküm ifade edebilmesi için çıkarma sebebinin en geç mirasın açılması anında gerçekleşmiş

<sup>130</sup> Baydar, s. 50; Yağcı, s. 322.

<sup>131</sup> Burandt/Rojahn, BGB § 2336 Rn. 5; Tongsir, s. 254; Şener, Mirasçılık, s. 84-85; Dural/Öz, s. 217; İnan/Ertas/Albaş, § 18 N. 778; Antalya/Sağlam, § 6 N. 956; İnal, s. 57; Baydar, s. 43; Çabri, § 17 N. 448 ve N. 452; Şahin Caner, s. 514; Kartal, s. 621. Doktrinde şüpheye dayalı mirasçılıktan çıkarmanın mümkün olduğu ifade edilmiştir. Buna göre mirasbırakan şüphe duyduğu bir durumun zaten gerçekleştiğini düşünüyorsa ve bu şüphenin sonradan doğru olduğu ortaya çıkarsa mirasçılıktan çıkartma geçerli kabul edilecektir. Bkz. Burandt/Rojahn, BGB § 2336 Rn. 6.

<sup>132</sup> Şener, Mirasçılık, s. 85; Dural/Öz, s. 217.

<sup>133</sup> Şener, Mirasçılık, s. 85; Dural/Öz, s. 217; Baydar, s. 43.

<sup>134</sup> Weimar, ZGB Art 477 Rn. 15; Serozan/Engin, § 4 N. 187; Yağcı, s. 327; Ercoşkun Şenol, s. 572.

olması gerekir<sup>135</sup>. Kanaatimizce, henüz gerçekleşmemiş bir sebebe dayanarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunulması farklı ihtimaller kapsamında düşünülmelidir. İlk olasılık, mirasbırakanın şüphe duyduğu durumlara istinaden mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmasıdır. Örneğin, eşinin kendisini aldattığından şüphelenen mirasbırakan, bu şüphe sebebiyle mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunabilir. Mirasbırakanın şüpheleri doğruysa ve eşi kendisini aldatıyorsa çıkarma sebebi zaten tasarrufun yapıldığı anda gerçekleşmiştir. Diğer ihtimalde ise mirasbırakanın çıkarma tasarrufunda bulunduğu sırada aslında eşi kendisini aldatmamaktadır. Ancak çıkarma tasarrufu yapıldıktan sonra ve mirasın açılmasından önce eşi kendisini aldatmıştır. İlk görüş kapsamında düşünüldüğünde, çıkarma tasarrufu yapıldığı anda aldatma fiili gerçekleşmemiş olduğundan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geçersizdir. Bu durumda aslında mirasçılıktan çıkarma sebebi bulunmasına rağmen, sadece tasarrufun yapıldığı sırada sebep gerçekleşmediği için eş iptal davası açarak yasal miras payını alabilecektir. Kanaatimizce söz konusu durum kanun koyucunun amacına aykırıdır. Bu kapsamda henüz gerçekleşmemiş bir sebebe dayanarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunulması ve sebebin en geç mirasın açılması anında gerçekleşmiş olması koşuluyla çıkarma tasarrufunu geçerli saymak gerekir. Her ne kadar mirasbırakanın, çıkarma sebebi gerçekleştikten sonra yeniden bir çıkarma tasarrufunda bulunabileceği ileri sürülebilse de, mirasbırakanın ehliyetsizlik ya da başka bir sebeple ölüme bağlı tasarruf yapamayacak bir duruma gelmesi ihtimali göz ardı edilmemelidir. Üzerinde düşünülmesi gereken bir diğer konu ise, sebep henüz gerçekleşmeden, hatta ortada şüphelenilen bir durum dahi yokken, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun bir şarta bağlı olarak yapılmasıdır. Örneğin; mirasbırakan, *“eşim bir gün beni aldatırsa mirasçılıktan çıkartılsın”* ya da *“hastalığım sırasında kızım benimle ilgilenmezse mirasımdan çıkartılsın”* şeklinde şarta bağlı çıkarma tasarrufunda bulunmuş olabilir. Kanaatimizce, çıkarma sebebi mirasın açılması anına kadar gerçekleşmek koşuluyla, şarta bağlı çıkarma

---

<sup>135</sup> Weimar, ZGB Art 477 Rn. 15.

tasarrufunu geçerli saymak gerekir<sup>136</sup>. Zira mirasbırakan, fiil henüz gerçekleşmemiş olsa bile, bu durumu kendisi açısından aile bağlarını koparacak nitelikte bir sebep olarak değerlendirebilir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, şart sonradan gerçekleşmiş ancak mirasbırakan herhangi bir sebeple ölüme bağlı tasarrufta bulunamayacak bir duruma gelmişse, sadakatsiz eş veya kendisiyle ilgilenmeyen çocuk cezalandırılmak yerine adeta ödüllendirilmiş olacaktır.

Cezai mirasçılıktan çıkarma sebebinin ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anda gerçekleşmesini arayan görüş de cezai mirasçılıktan çıkarmanın hükümleri bakımından geciktirici ya da bozucu şarta bağlı çıkarma tasarrufunda bulunulabileceğini kabul etmektedir<sup>137</sup>. Ancak bu görüş kapsamında mirasçılıktan çıkarma sebebi ölüme bağlı tasarruf yapıldığı anda gerçekleşmiş olmalıdır. Örneğin, mirasbırakan zina yapmış eşini, zinanın tekrarlanması şartına bağlı olarak mirasından çıkarabilir<sup>138</sup>. Alkol sorunu sebebiyle kendisine şiddet uygulayan oğlunu mirasından çıkartan anne, oğlunun tedavi olması halinde çıkarmanın geçersiz olacağı yönünde bir bozucu şart kararlaştırabilir.

## SONUÇ

Cezai mirasçılıktan çıkarma, belirli şartlar gerçekleştiğinde mirasbırakanın saklı paylı mirasçısını miras hakkından mahrum bırakmasına imkân tanıyan hukuki bir düzenlemedir. Bu bağlamda, cezai mirasçılıktan çıkarma, özel hukuk veya medeni hukuk cezasıdır ve yalnızca saklı paylı mirasçılar için geçerlidir.

Cezai mirasçılıktan çıkarma sebepleri, TMK md. 510 hükmünde sınırlı sayıda (numerus clausus) düzenlenmiştir. Bu sebeplerden ilki, saklı paylı mirasçının mirasbırakana ya da mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesidir. Suçun varlığı ceza hukuku kurallarına göre değerlendirilirken, suçun ağırlığını belirlemek için hem objektif hem de sübjektif ölçütler dikkate alınacaktır. Buna

<sup>136</sup> Aynı yönde Bürge, ZGB Art 477 Rn. 6; İmre/Erman, s. 250 dn. 18a; Serozan/Engin, § 4 N. 187; Yağcı, s. 327; Ercoşkun Şenol, s. 572.

<sup>137</sup> Dural/Öz, s. 217; Antalya/Sağlam, § 6 N. 958; Baydar, s. 43.

<sup>138</sup> Dural/Öz, s. 217; Antalya/Sağlam, § 6 N. 958.

göre, suç teşkil eden fiilin objektif olarak aile bağlarını koparacak nitelikte olması, aynı zamanda somut olay açısından da bu bağların fiilen kopmuş olması gerekmektedir.

Suç oluşturan fiil hukuka aykırı olmalıdır. Eğer hukuka uygunluk sebepleri mevcutsa, cezai mirasçılıktan çıkarma uygulanamaz. Fiilin hukuka aykırı olmasının yanında saklı paylı mirasçının kastı bulunmalıdır. Ancak, fiilin bilinçli taksirle işlenmesi durumunda da mirasçılıktan çıkarma gündeme gelebilir.

Mirasbırakan ile saklı paylı mirasçının ortak kusuru da dikkate alınması gereken önemli bir konudur. Eğer çıkarma sebebi oluşturan suçun işlenmesinde mirasbırakanın kusuru, saklı paylı mirasçınınkiyle aynı seviyede ya da ondan daha fazlaysa, mirasçılıktan çıkarma yapılamaz.

Cezai mirasçılıktan çıkarma sebebi olan suçun, mirasbırakana veya onun yakınlarından birine karşı işlenmiş olması gerekir. Mirasbırakanın yakınları denilince ilk olarak eşi, kan ve sıhri hısımları akla gelse de yakın arkadaşları veya çalışanları da bu kapsamda sayılabilir. Burada önemli olan, mirasbırakanın o kişiye karşı duyduğu sevgi, bağlılık gibi hisler ve suçu sanki kendisine karşı işlenmiş gibi algılamasıdır. Mirasbırakanın yakınları kavramı sadece insanlarla sınırlı tutulmamalı, mirasbırakanın evcil hayvanına karşı işlenen suçlar da cezai mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edilmelidir. Burada önemli olan, mirasbırakanın evcil hayvanına duyduğu sevgi ve bu suç karşısında hissettiği üzüntüdür.

Saklı paylı mirasçının suçu kime karşı işlediğini bilmemesi durumunda da mirasçılıktan çıkarılması mümkündür. Bu bağlamda, suç işlediği kişinin mirasbırakanın yakını olduğunu bilmemesi mirasçılıktan çıkarılmasına engel değildir. Burada esas olan, işlenen suçun mirasbırakan üzerinde yarattığı duygusal etkidir. Ancak saklı paylı mirasçı, mirasbırakanın kim olduğunu bilmeden ona karşı bir suç işlemişse mirasçılıktan çıkarılmamalıdır. Çünkü saklı paylı mirasçı, mirasbırakanın kim olduğunu bilmiyorsa, aile bağları hiç kurulmamış demektir. Bu yüzden, sübjektif ölçüt açısından aile bağlarının fiilen kopmuş olduğu söylenemeyeceğinden, saklı paylı mirasçının mirasçılıktan çıkarılması söz konusu olmayacaktır.



Cezai mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden bir diğeri, saklı paylı mirasçının mirasbırakana veya onun aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan bir yükümlülüğünü önemli ölçüde yerine getirmemesidir. Mirasbırakanın aile üyeleri kavramına, anne-baba, kardeşler, altsoy hısımları ve eşi dâhildir. Evlatlık da bu kavramın içinde yer alır. Mirasbırakanın nişanlısı da aile üyesi olarak değerlendirilmelidir. Aynı şekilde, mirasbırakanın çocuklarının eşleri de aile üyeleri kapsamında kabul edilmelidir. Ancak, mirasbırakanın yakın çevresinde yer alan dostları veya çalışanları, ne kadar yakın olurlarsa olsunlar, aile üyesi olarak sayılmamalıdır.

İhlal edilen yükümlülüğün aile hukukuna dayanması gerekmektedir. Bu nedenle, saklı paylı mirasçının mirasbırakanın istemediği bir mesleği seçmesi, ticari rekabete girmesi, istemediği biriyle evlenmesi ya da boşanma davası açması çıkarma sebebi olarak kabul edilmez. Saklı paylı mirasçının, mirasbırakan aleyhine gerçeğe uygun tanıklık yapması da çıkarma sebebi değildir.

Cezai mirasçılıktan çıkarma, vasiyetnamenin yanı sıra miras sözleşmesiyle de yapılabilir. Ancak, mirasçılıktan çıkarma tek taraflı bir hukuki işlem olduğu için miras sözleşmesinin bağlayıcı olmayan kısmına girer. Bu nedenle, mirasbırakan tek taraflı bir irade beyanıyla dönebilir.

Mahkeme kararıyla mirasçılıktan çıkarma yapılamaz. Bu amaçla açılan bir dava, hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmelidir. Ayrıca, mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin var olup olmadığına ilişkin bir tespit davası da açılmaz. Mirasçılıktan çıkarmaya yönelik bir eda davası açılması mümkün olmadığından, çıkarma nedenlerinin varlığı veya yokluğuna dair tespit davası da açılmaz. Çünkü tespit davası, eda davasının öncüsü niteliğindedir. Bu nedenle, eda davası açılmayan durumlarda tespit davası açılması mümkün değildir.

Mirasbırakanın, çıkarma sebebini bir belgeye, mahkeme kararına ya da başka bir delile atıfta bulunarak belirtmesi mümkündür. Eğer atıfta bulunulan belge, mahkeme kararı veya delil çıkarma sebebini kesin ve net bir şekilde ortaya koyuyorsa, çıkarma sebebinin geçerli şekilde gösterildiği kabul edilmelidir.

Mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan fiil, ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anda henüz gerçekleşmemiş olabilir ancak mirasın açılma anına kadar gerçekleşmesi durumunda çıkarma tasarrufu geçerli kabul edilmelidir. Bu durum farklı ihtimaller çerçevesinde değerlendirilmelidir. İlk olarak, mirasbırakan şüphe duyduğu bir duruma dayanarak çıkarma tasarrufunda bulunabilir. Eğer mirasbırakanın şüphelendiği olay, tasarrufun yapıldığı anda zaten gerçekleşmişse, mirasçılıktan çıkarma tereddütsüz geçerli olacaktır. Bir diğer olasılık, mirasbırakanın şüphelendiği durumun çıkarma tasarrufu sırasında henüz gerçekleşmemiş olmasıdır. Böyle bir durumda, mirasın açılmasına kadar şüphe duyulan husus gerçekleşirse, bu çıkarma tasarrufu da geçerli sayılmalıdır. Son olarak, mirasbırakan çıkarma tasarrufunu herhangi bir şüpheye dayanmadan, şarta bağlı olarak gerçekleştirebilir. Bu ihtimalde de çıkarma sebebinin miras açılmadan önce gerçekleşmesi halinde, şarta bağlı olarak yapılan çıkarma tasarrufunun geçerli kabul edilmesi gerekir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

## EXTENDED SUMMARY

*Disinheritance as a form of private or civil law penalty is a legal provision that allows the inheritor to deprive a reserved portion heir of their inheritance rights under certain conditions. Disinheritance applies exclusively to heirs entitled to the reserved portion. Non-reserved portion heirs are not subject to this provision, as the inheritor has full discretion over their inheritance shares. Similarly, any dispositions the inheritor makes concerning the portion of the inheritance beyond the reserved portion of the heir are not considered disinheritance under the law.*

*In cases of disinheritance as a civil law penalty, the inheritor can deprive a reserved portion heir of their inheritance rights only for the reasons specified in the law. One such reason, as outlined in Article 510 of the Turkish Civil Code, is if the reserved portion heir commits a serious offense against the inheritor or one of the inheritor's close relatives. The existence and nature of the offense are evaluated according to criminal law principles. However, for the offense to be considered "serious" under this provision, it must be of a nature that damages family ties and in the specific case, completely severs these bonds. Both objective and subjective criteria will be taken into account when determining the seriousness of the offense.*

*A conviction is not required for the disinheritance of a reserved portion heir who has committed a crime. Even if the crime remains at the attempt stage, this does not prevent disinheritance. It is also not necessary for the reserved portion heir to have personally committed the offense. The disinheritance can be based on the heir encouraging someone else to commit the crime or participating in the crime as an accomplice. However, for disinheritance to be valid, the crime must be unlawful. If the act is unlawful but the reserved portion heir did not act with intent, there will not be a valid reason for disinheritance as a penalty.*

*For the reserved portion heir to be disinherited as a penalty, it is not sufficient that they simply commit a serious crime; the crime must also be directed against the inheritor or one of the inheritor's close relatives. The use of the term "close relatives" instead of "family members" in Article 510 of the Turkish Civil Code suggests that this concept extends beyond family members or those with a blood relationship. In this context, the inheritor's spouse, blood*

*relatives, and in-laws can be considered "close," and individuals such as the inheritor's fiancé or close friends may also fall within this definition. The key criterion is the emotional bond the inheritor feels towards the person and the perception that a crime against that person is akin to a personal attack on the inheritor.*

*Therefore, the concept of "close relatives" should be interpreted broadly. For example, even a crime committed against the inheritor's beloved pet could be considered a valid reason for disinheritance. This is because crimes against individuals or beings to whom the inheritor has a strong emotional attachment can have a deeply damaging effect, potentially severing these bonds.*

*One of the reasons for disinheritance as a penalty is the reserved portion heir's failure to fulfill obligations arising from family law. Since these obligations must be based on family law, a breach of obligations under contract law cannot serve as a reason for disinheritance. Similarly, failure to fulfill moral or religious obligations does not constitute grounds for disinheritance as a penalty.*

*If a reserved portion heir neglects their obligations arising from family law, this neglect must be of a significant degree. By "significant degree," it is meant that the violation of these obligations must not only objectively damage or sever family ties but must also subjectively lead to the actual breakdown of family relationships.*

*According to the second paragraph of Article 510 of the Turkish Civil Code, the failure of a reserved portion heir to fulfill their family law obligations towards the inheritor's family members is considered a valid reason for disinheritance. The term "family members" includes the inheritor's parents, siblings, descendants, and spouse. Adopted children are also regarded as family members. Furthermore, the inheritor's fiancé should be considered a family member, as well as the spouses of the inheritor's children.*

*Disinheritance as a penalty can only be carried out through a testamentary disposition. The inheritor can disinherit a reserved portion heir either through one of the forms of a will or by entering into an inheritance contract. However, when disinheritance is made through an inheritance contract, this disposition falls under the non-binding part of the contract. As a result, the inheritor may revoke this disposition unilaterally at any time.*

*Disinheritance cannot be executed by a court decision. Any lawsuit filed with this aim must be dismissed due to the lack of legal interest. Similarly, a declaratory lawsuit to determine whether the grounds for disinheritance exist cannot be filed. This is because a declaratory lawsuit is a precursor to a performance lawsuit, and when a performance lawsuit cannot be filed, a declaratory lawsuit is also not permissible.*

*The reason for disinheritance must be stated in the testamentary disposition. This reason should be clearly expressed and supported by specific facts. For disinheritance to be valid, it is not necessary to use terms like "disinheritance" or "exclusion." What matters is that the intent to disinherit is clearly understood from the testamentary document. In other words, as long as the language used clearly conveys the intent to disinherit, the use of specific terms is not required.*

*It is not necessary for the act that constitutes the reason for disinheritance to have occurred at the time the testamentary disposition is made. Disinheritance based on a reason that has not yet occurred can also be considered valid. In this context, the disinheritance can be made conditionally, anticipating the reason will occur in the future. What is important is that the reason for disinheritance must have materialized by the time the inheritance is opened.*

### KAYNAKÇA

- AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku*, C. II, 25. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- ANTALYA Gökhan, *Mirastan Ferağat Sözleşmesi*, Alkım Yayınları, İstanbul, 1999.
- ANTALYA Gökhan/SAĞLAM İpek, *Marmara Hukuk Yorumu- Miras Hukuku*, Cilt III, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, *Medeni Usul Hukuku*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- ATLI Banu, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- AYAN Mehmet, “Saklı Paylı Mirasçılar ve Saklı Payları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1-2, Y. 2002, 7-18.
- AYAN Mehmet/AYAN Nurşen, *Miras Hukuku*, 11. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- ÇAĞLAYAN AYGÜN Gözde, “Alman Hukukuna Göre Mirasbırakanın Saklı Paylı Mirasçılarını Saklı Paydan Çıkarmak İçin Sahip Olduğu Hukuki Bir Çare Saklı Paydan Uzaklaştırma”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 1, Y. 2022, 485-510.
- BAYDAR Utku, *Türk Medeni Kanuna Göre Mirasçılıktan Çıkarma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005.
- BAYGIN Cem, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- BİLGE Necip/ÖNEN Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- BİRİNCİ UZUN Tuba/DÖRTTEPE OKUTAN Ayşegül, “Mirasçının Mirasbırakanı Arayıp Sormaması, Mirasbırakana İlgilendirmemesi, Anne ve Babasına Haber Vermeden Onların

Tanımadığı Biriyle Evlenmesi Mirasçılıktan Çıkarma Sebebi Olabilir mi? Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 26.1.2021 Tarihli ve E. 2019/5571 K. 2021/471 Sayılı Kararının İncelenmesi", *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, C. 72, S. 1, Y. 2023, 45-66.

BURANDT Wolfgang/ROJAHN Dieter, *Erbrecht*, 4. Auflage, München, 2022.

BÜRGI Klaus, (Hrsg: KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füßli Kommentar*, 4. Aktualisierte Auflage, Orell Füßli Verlag, Zürich, 2021.

ÇAKIN Nur, "Türk Hukukunda Mirastan İskat İle İlgili Problemler – Mirastan İskat", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, Y. 1974, 523-536.

ÇABRİ Sezer, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, 2. Bası, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

ÇINAR Ömer, "Miras Sözleşmesinin Tek Tarafli İrade Beyanı ile Sona Erdirilmesi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 6, S. 12, Y. 2007, 219-230.

ÇİFTÇİ Hasan, *Ölüme Bağli Tasarrufların İptali*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

ÇUBUKGİL Rıza, "Mirastan Adi İskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri", *AÜHFD*, C. 7, S. 3-4, Y. 1950, 441-467.

DEMİRSATAN Barış, "Mirastan Yoksunluk ve Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerinin Masumiyet Karinesi ile İlişkisi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 82, S. 1, Y. 2024, 47-76.

DENİZ Hande, "Boşanmanın Mirastan Feragat Sözleşmesine Etkisinin Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, S. 170, Y. 2024, s. 307-332.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku – Cilt III – Aile Hukuku*, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.

DURAL Mustafa/ÖZ Turgut, *Türk Özel Hukuku, Miras Hukuku, Cilt IV*, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.

ENGİN Baki İlkey, *Mirastan Yoksunluk*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2010.

EREN Fikret/YÜCER AKTÜRK İpek, *Türk Miras Hukuku*, 6. Bası, Legem Yayınevi, İstanbul Ankara, 2024.

ERCOŞKUN ŞENOL Hatice Kübra, "Cezai Mirasçılıktan Çıkarma Sebepleri", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 81, S. 2, Y. 2023, 547-588.

ERSÖZ Oğuz, "Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarma", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 7, S. 14, Y. 2019, 195-254.

GENÇCAN Ömer Uğur, *Miras Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

GÖNEN Doruk, "Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezai Mirasçılıktan Çıkarmaya Tabi Kişilerin Kapsamı", *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul 2015, 327-340.

GÖRGÜN L. Şanal/BÖRÜ Levent/KODAKOĞLU Mehmet, *Medeni Usul Hukuku*, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023

GÜNAY Erhan, *Yargıtay Kararları ve Öğreti Görüşü Eşliğinde Mirasçılık Sıfatının Yitirilmesi*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

HATEMİ Hüseyin, *Miras Hukuku*, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

İMRE Zahit/ERMAN Hasan, *Miras Hukuku*, 17. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2024.

İNAL Nihat, *Örnek Dilekçe ve Kararlarla Açıklamalı Miras Davaları*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

İNAN Ali Naim/ERTAŞ Şeref/ALBAŞ Hakan, *İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

İŞGÜZAR Hasan, *Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

KAHVECİ Nalan, "Alman Medeni Kanununda Saklı Paydan Uzaklaştırma Sebeplerine İlişkin Yapılan Değişiklikler ve İsviçre-Türk Hukuku ile Karşılaştırması", *Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Dergisi*, C. 8, Sayı: Özel, Y. 2013, 1483-1524.

KARTAL Dilşah Büşra, "Yargıtay Kararları Işığında Mirasçılıktan Çıkarmanın Geçerlilik Şartları", *SUHFD*, C. 30, S. 2, Y. 2022, 605-636.



- KESKİN Dilşad/DEMİRCİOĞLU H. Reyhan, *Medeni Hukuk – II (Eşya Hukuku-Miras Hukuku)*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- KILIÇOĞLU Ahmet M, *Miras Hukuku*, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023 (Miras).
- KILIÇOĞLU Ahmet M, *Aile Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019 (Aile).
- KOCAAĞA Köksal, “Borç Ödemededen Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarılma (MK m. 513)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.1, Y. 2005, 83-102.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, *Miras Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- KULAKLI Emrah, “Yasal Bir Hakkın Kullanılması Cezai Mirasçılıktan Çıkarılma Sebebi Teşkil Eder Mi?” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, Y. 2020, 289-307.
- KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ÖZTAN Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015 (Aile).
- ÖZTAN Bilge, *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024 (Miras).
- PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 12. Bası, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024
- SARI Suat, *Uygulamalı Miras Hukuku- Temel Kavramlar-Yasal Mirasçılık-Saklı Paylar-Tasarruf Oranı-Tenkis*, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- SCHLUTER Wilfried, *Erbrecht*, 16. Auflage, München, 2007.
- SEÇER Öz, “Miras Sözleşmesinden Tek Taraflı Dönme”, *TBB Dergisi*, S. 111, Y. 2014, 37-60.
- SEROZAN Rona/ENGİN Baki İlkey, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- SERT Selin, “Mirasçılıktan Çıkarmanın Nafaka Yükümlülüğüne Etkisi”, *TAAD*, C. 5, S. 16, Y. 2014, 229-245.

ŞAHİN CANER, Ayşenur, "Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarma", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 2, Y. 2022, 506-518.

ŞENER Esat, "Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller", *Yargıtay Dergisi*, C. 2, S. 2, Y. 1976, 81-103 (Mirasçılık).

ŞENER Esat, *Miras Hak ve Payları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1996 (Paylar).

TEKDOĞAN Aydın, *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları*, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.

TONGSİR Ferih Bedii, "Mirastan Iskat ve Mahrumiyet Müesseseleri Hakkında Düşünceler", *Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi*, S. 2, Y. 1958, 249-266.

TUOR Peter/SCHNYDER Bernhard/SCHMID Jörg/RUMO-JUNGO Alexandra, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2009.

WEIMAR Peter, (Hrsg: HAUSHEER Heinz/WALTER Hans Peter), *BK - Berner Kommentar, Band/Nr. III/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB*, Stämpfli Verlag, Bern, 2009.

WILDISEN Christoph, (Hrsg: ARNET Ruth/BREITSCHMID Peter/JUNGO Alexandra), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB*, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich - Genf, 2023.

YAĞCI Kürşad, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

YILMAZ Süleyman, *Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.



## Yükümlülük Suçlarının Kasıtlı Extraneus Aracılığıyla İşlenmesi

### Die Begehung von Pflichtdelikten durch den vorsätzlich ausführenden Extraneus (qualifikationlos-doloses Werkzeug)

Araş. Gör. Fahrettin Kıdıl\*

#### ÖZ

*Fiil hakimiyetinin tüm suçlarda failliği tayin eden bir kriter olduğu düşüncesi, monist bir anlayışa dayanan hâkim ayrıştırma modelini temsil etmektedir. Ancak özellikle Roxin'in yükümlülük suçları öğretisiyle birlikte bu monist modele yöneltilen eleştirilerin çok önemli bir zemin bulduğunu söylemek mümkündür. Buna göre fiil hakimiyeti, sadece hakimiyet suçlarında fail ile şerik arasındaki ayrımı doğru bir şekilde açıklamaktadır. Suçta tarif edilen haksızlığın farklı bir yapıya sahip olduğu yükümlülük suçlarında ise failin kim olduğu sorusuna "yükümlülüğün ihlali" kıstası üzerinden cevap verilmektedir. Bu iki temel düşüncenin karşı karşıya geldiği önemli sorun alanlarından birisi de Alman hukukunda qualifikationlos-doloses Werkzeug kavramıyla ele alınan olay grubudur. İlgili olaylarda kanuni tarif gereği özel yükümlülük altında olan kişi, görünürde hukuki değeri ihlal edici karakteri daha baskın olan nihai eylemin icrasını bir başkasına bırakmaktadır. Bu davranış, intraneusun yönlendirmesi üzerine, kasten hareket eden ancak özel yükümlülük altında olmayan extraneus tarafından yerine getirilmektedir. Dolayısıyla özel yükümlülük altında olanın suçun icrasına yönelik vakalar üzerinde fiili bir hakimiyet tesis edemediği, bu anlamda hâkim konuma sahip kişinin ise özel yükümlülük altında olmaması nedeniyle suçun unsurlarını tek başına*

\* Araştırma Görevlisi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, fhtrnkidil@gmail.com, ORCID:0000-0003-3342-8348.



*gerçekleştiremediği bir durum ortaya çıkmaktadır. Burada tarafların ceza sorumluluğunun belirlenmesinde ortaya çıkan problemler, geleneksel fiil hakimiyeti düşüncesinin gittikçe daha fazla sorgulanmasına sebep olmaktadır. Makale, Türk ceza hukuku literatüründe yeterince ele alınmayan bu sorunları, belirli yükümlülük suçları üzerinden incelemeyi amaçlamaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Yükümlülük suçları, fiil hakimiyeti, normatif fiil hakimiyeti, yükümlülüğe aykırılık, dolaylı faillik, doğrudan faillik*

## **The Commission of Duty Crimes by the Deliberately Acting Extraneus**

### **ABSTRACT**

*The idea that control over the act (Tatherrschaft) is a criterion that determines perpetration in all offenses represents a dominant model that explains the distinction between principal and accomplice with a monistic approach. However, especially Roxin's theory on duty offenses has brought forth substantial criticism against the existing view. Accordingly, this main control criterion is only effective in differentiating between the principal and the accomplice in crimes where control over the act plays a crucial role. In duty-offenses, where the unlawfulness described in the crime has a different structure, the appropriate assessment should be based on the criterion of "violation of the duty." One of the major problem areas where these two fundamental approaches collide is the group of cases that are addressed in German criminal law under the concept of qualifikationlos-doloses Werkzeug (unqualified-willful tool). In the relevant cases, the person who is under a special duty (intraneus) according to the crime definition delegates the execution of the final act, which ostensibly has a more prominent character of violating the legal value, to another person (extraneus) without the necessary crime qualification (Pflichtstellung). This leads to situation where the person under a special duty cannot have actual control over the execution of the crime, while the person in a dominant position cannot fulfill the elements of the crime on their own due to the*

*lack of a special duty. The problems that arise in determining the criminal responsibility of these two parties in such cases raise questions about the traditional monistic application of the criterion 'control over the act'. This article aims to examine these issues, which have not been sufficiently addressed in Turkish criminal law literature so far, through certain duty-offenses.*

**Keywords:** *Duty crimes, control over the act, normative control over the act, breach of duty, indirect perpetration, direct perpetration*

## I. Qualifikationlos-doloses Werkzeug Kapsamındaki Olay Grubu

Bire bir çevirisi yapılacak olursa “niteliği haiz olmayan kasıtlı araç” anlamına gelen *qualifikationlos-doloses Werkzeug* kavramı, Alman ceza hukukunda kasten hareket eden ancak özel fail vasfını taşımayan kişinin, bu konumda olan *intraneus* tarafından suçun işlenmesinde “kullanıldığı” olayları karşılamaktadır. Burada her ne kadar kendisinden araç (*Werkzeug*) olarak bahsedilse de öndeki kişide, normalde dolaylı faillikte görüldüğü şekliyle herhangi bir irade eksikliği söz konusu değildir. Kendisi kasten ve özgür iradesiyle suçun icrasına iştirak etmektedir. Suç tipine mahsus ve özel yükümlülüğün esas muhatabı, suçun dışsal icrasını özel yükümlülük altında olmayan bir aracıya bırakmaktadır. Bu nedenle eylemi gerçekleştiren *extraneus* için özel fail vasfı, arkadaki *intraneus* için ise fiil hakimiyeti eksik olacağından, dolaylı failliğin kurgulanmasında sorun yaşanmaktadır. Azmettirme ilişkisi için de fail tarafından gerçekleştirilen esas fiile ihtiyaç vardır. Burada *extraneus*, özel fail sıfatını haiz olmadığından esas fiili gerçekleştirememektedir.<sup>1</sup>

Alman öğretisinde bu sorunu ortaya koymak için, yükümlülük suçu kabul edilen ve Alman Ceza Kanunu'nda (AlCK) m. 288'de düzenlenen “*icra takibini engelleme suçu*”nun örnek verildiği görülmektedir. Bu suç, “*kendisine yönelik bir icra takibi tehdidi altında olan*

<sup>1</sup> Rolf Dietrich Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, C.H.Beck, München, 1977, s. 31, 32.

ve alacaklının tatminini engellemek amacıyla malvarlığının unsurlarını satan veya gizleyen kişi"yi cezalandırmaktadır. Dolayısıyla suç tipi sadece icra takibi tehdidi altında olan bir kimse tarafından işlenebilir. Ancak tatildeyken yahut iş için yurt dışındayken; kendisine icra takibi yapılacağını öğrenen A, giderken anahtarını bıraktığı komşusu B'yi arayıp durumu anlatarak, evdeki değerli eşyaları alıp bir yerde gizlemesini isterse ve B de denileni yaparsa, yukarıda bahsettiğimiz türden bir sorunla karşılaşılır.<sup>2</sup> Diğer taraftan AİCK m. 266'da güveni kötüye kullanma ve zimmet suçlarına karşılık gelen güvene aykırılık suçu (*Untreue*) düzenlenmiştir. Buna göre kanun, resmi görev, hukuki işlem ya da güven ilişkisi nedeniyle özel yükümlülük altındaki fail, kendisine yönelik yükümlülüğü ihlal eder ve bu suretle malvarlığı çıkarlarını korumakla yükümlü olduğu kişiye zarar verirse cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla örneğin varlık yöneticisi (*Vermögensverwalter*) intraneus, kendisine yönetilmesi için verilen bir malvarlığına extraneus aracılığıyla zarar verir yahut bunları kendi mülkiyetine geçirmek için extraneusun eylemi ile yurt dışına kaçırırsa benzer bir sorun ortaya çıkacaktır.<sup>3</sup>

Aynı problem Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) düzenlenen yükümlülük suçları üzerinden de somutlaştırılabilir. AİCK m. 266 için verilen örneğin, güveni kötüye kullanma (TCK m. 155) ve zimmet suçu (TCK m. 247) için de geçerli olacağı açıktır. Benzer şekilde bir şirketteki yönetici konumu gereği; şirketin ticari ve müşteri sırlarına vakıf olan A, bilgisayarında depoladığı ticari bilgilerin, yine aynı bilgisayardan rakip şirkete e-posta yoluyla gönderilmesini, kişisel asistanından talep edebilir. Burada TCK m. 239 gereği ifşa eylemi, son tahlilde bir extraneus tarafından gerçekleştirilmiş olur. TCK m. 209'da düzenlenen açığa imzanın kötüye kullanılması suçu da bu bağlamda örnek olarak kullanılabilir. Kanun koyucu suçun birinci fıkrasında; özel bir yükümlülüğün ihlalini cezalandırmaktadır. Fail kendisine güvenilerek

<sup>2</sup> Örnek için bkz. Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, De Gruyter, Berlin/Boston, 2022, s. 429; Herzberg, *Täterschaft*, s. 31.

<sup>3</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Claus Roxin, "Pflichtdelikte und Tatherrschaft", *Festschrift für Bernd Schünemann*, De Gruyter, 2014, 509-532, s. 509; aynı yazar, *Täterschaft*, s.401.

teslim edilen imzalı ve kısmen veya tamamen boş bir kâğıdı, verilme nedeninden farklı bir şekilde doldurduğunda bu güven ilişkisinden ortaya çıkan sosyal rolüne uygun davranma yükümlülüğünü ihlal etmiş olur.<sup>4</sup> Bu özel yükümlülük sadece belgenin imzalayan tarafından kendisine teslim edildiği kişi için söz konusudur.<sup>5</sup> Öte yandan bu suç icra takibi örneğindeki gibi kasıtlı hareket eden bir başkası aracılığıyla da gerçekleştirilebilir. Örneğin imzalı kâğıdı iş yerindeki sekterine teslim etmiş olan A, ofiste olmadığı bir gün kendisini arayarak, belgeyi farklı bir şekilde doldurmasını ister ve sekreter de durumu bilerek kâğıdı doldurur. Burada sekreter belgeyi hukuka aykırı olarak ele geçirmedikten dolayı ikinci fıkradaki genel icrai suç gündeme gelmez. Bununla birlikte özel yükümlülüğü bulunmayan sekreterin, birinci fıkradaki suçu fail olarak gerçekleştirdiği düşünülemez.<sup>6</sup>

Bu örnek suçlar üzerinden ortaya konulan özel sorunun inceleneceği makalede yükümlülük suçlarına ilişkin detaylı bir değerlendirme yapılmayacaktır. Dolayısıyla yükümlülük suçlarının

---

<sup>4</sup> Suçun güveni kötüye kullanmayla ilişkisi hakkında bkz. Dilek Özge Erdem, "Türk Ceza Hukukunda Açığa Atılan İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m. 209)", *CHD*, Cilt 13, Sayı 37, Ağustos 2018, 171-194, s. 173.

<sup>5</sup> Bu hususiyeti dikkate alan bir *Yerdelen*, birinci fıkrayı özgü suç kabul etmektedir. Bkz. Erdal Yerdelen, "Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu", *CHD*, Cilt 8, Sayı 23, Aralık 2013, 71-91, s. 75.

<sup>6</sup> Öğretide *Yerdelen*, özgü suç kabulüyle birlikte, "verilme amacı dışında doldurma hareketi"nin, bizzat fail tarafından yapılmasını şart görmemektedir. Dolayısıyla boş belge bir başkası tarafından doldurulsa da bu suç oluşacaktır. Bunun da ötesinde yazar, özgü suça karakterini veren şeyin doldurma hareketi olduğunu değerlendirerek, verdiğimiz örnekte sekterin fail sayılmasını, özel yükümlülük altındaki kişinin ise azmettiren olarak suçtan sorumlu tutulmasını savunmaktadır. Eğer suça karakterini veren şey doldurma hareketiyse ve bunu gerçekleştiren herkes fail olabiliyorsa burada neden özgü suç kabulünden hareket edildiği anlaşılacaktır. Bu sonuç, özgü suçlarda özel fail vasfının önemli olmadığı, suça yönelik olaylar üzerinde fiil hakimiyeti tesis edenin bu suçlarda da fail sayılması gerektiği anlamına gelir. Bkz. Yerdelen, s. 83.



kapsamı<sup>7</sup>, bunların özgü suçla örtüşen veya ayrılan yönleri<sup>8</sup> ya da yükümlülük suçlarının kendi içinde sınıflandırılması<sup>9</sup> gibi konular sonradan ele alınmak üzere başka bir çalışmaya bırakılmıştır.<sup>10</sup> Burada sadece *qualifikationlos-doloses Werkzeug* denilen özel bir konstellasyona ilişkin literatürdeki iki temel ayırım modelinin ulaştığı sonuçlar üzerinde durulacaktır:

i. tüm suçlarda tek bir faillik kriterinin ("*Universalkriterium*"<sup>11</sup>) uygulanmasını savunan monist yaklaşımda ("*monistisches Denken*") hâkim görüşü temsilen fiil hakimiyeti öğretisi

ii. suçların yapılarından hareketle farklı faillik kriterlerini uygulayan çoğulcu yaklaşım ("*pluralistisches Denken*") bağlamında yükümlülük suçları öğretisi.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Muhammed Demirel, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 114 vd.

<sup>8</sup> Tülay Kitapçıoğlu Yüksel, *Özgü Suç*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 89 vd.; Gülsün Ayhan Aygörmöz, *Çevre Ceza Hukuku Cilt I*, On iki Levha, İstanbul, 2021, s. 66 vd.; Demirel, s. 120 vd.

<sup>9</sup> İlgili suç tipinde yükümlülük ihlalinin, belirli bir fiilin icrasıyla tarif edilip edilmediğine göre *sırf yükümlülük suçları / hakimiyet + yükümlülük suçları* için bkz. İzzet Özgenç, "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", *SÜHFD*, Cilt 4, Sayı 1-2, 1994, 159 – 190, s. 188, 189. Özel yükümlülüğün temel suç tipinde veya nitelikli halde öngörülmüş olmasına göre *sırf yükümlülük suçları / görünüşte yükümlülük suçları* için bkz. Demirel, s. 117-120.

<sup>10</sup> Yükümlülük suçlarının kapsamı ve bu suç kategorisinin fail-şerik ayrımı açısından önemi öğretilde oldukça tartışmalı bir konudur. Bu tartışmaların merkezi konumunda olan Alman ceza hukukunda; monist bir anlayışla savunulan fiil hakimiyeti teorisinin, hala baskın görüşü oluşturduğunu söylemek mümkündür. Aynı yönde bkz. Holm Putzke, "Pflichtdelikte und objektive Zurechnung", *Festschrift für Roxin*, De Gruyter, 2011, 425-438, 425 vd.

<sup>11</sup> Peter Cramer, "Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme", *Festschrift für Paul Bockelmann*, Beck, München, 1979, 389-403, s. 395.

<sup>12</sup> İki farklı ayırım modeli hakkında ayrıntılı açıklamalar için Raúl Pariona Arana, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, Nomos, Baden-Baden, 2010, s. 30 vd.

## II. Fiil Hakimiyeti Üzerinden Dolaylı Faillik veya Cezasızlık Kabulü

Yükümlülük suçlarında faillik kriteri olarak fiil hakimiyetinden vazgeçilmediğinde yukarıdaki örneklerde intraneusu sorumlu tutabilmenin tek yolu, fiil hakimiyeti kavramını gerçek anlamından uzaklaştırmaktır.<sup>13</sup> İlgili olaylarda cezasızlık en istenmeyen sonuç olacağından<sup>14</sup> bu tür bir cezalandırma boşluğundan kaçınma noktasında “fiil hakimiyeti prensibinin normatifleştirilmesi”<sup>15</sup> çabaları, geleneksel fiil hakimiyeti düşüncesi<sup>16</sup> açısından “kurtarıcı” bir rol üstlenmektedir. Buna göre suçun icrası aşamasına katılmasa da özel yükümlülüğün muhatabı konumunda olan arkadaki kişinin (*Hintermann*) fiil hakimiyeti, normatif veya sosyal bir bağlamda ele alınmalıdır. Nitekim *Rengier*’e göre<sup>17</sup> ilgili suçlarda yalnızca arkadaki yükümlülük sahibi kişi, kastla hareket eden bir başkası aracılığıyla suçun unsurlarını yerine getirebilme ve bunu kendi hakimiyetinde gerçekleştirme imkânına sahiptir. Bunun fail vasfını haiz olan kişiye sağladığı güç, normatif fiil hakimiyetinin gerekçesini oluşturmaktadır. Benzer açıklamalarla *Welzel*<sup>18</sup>, özgü suçun faili konumundaki intraneusun, suça yönlendirme

<sup>13</sup> Buna yönelik eleştirel bir değerlendirme için bkz. Rolf Dietrich Herzberg, “Grundfälle zur Tatherrschaftslehre”, *JUS*, 1974 (6), 374–379, s. 376-377. Aynı yönde bkz. Bernd Schünemann/Luis Greco, *Leipziger Kommentar Band 2*, De Gruyter, Berlin/Boston, 2020, § 25, n. 156.

<sup>14</sup> “Büyük bir adaletsizlik” bkz. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, (5. Bası), Duncker & Humblot, Berlin, 2005, s. 670; “katlanılmaz bir sonuç” bkz. Christian Jäger, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, (11. Bası) C.F. Müller, Heidelberg, 2024, n. 350.

<sup>15</sup> Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil*, (6. Bası), C. H. Beck, München, 2021, § 27, n. 25.

<sup>16</sup> Intraneusun dolaylı failliğini fiil hakimiyetinin normatifleştirilmesi suretiyle açıklayan yazarların geleneksel görüşü temsil ettiği yönünde bkz. Schünemann/Greco, § 25, n. 156.

<sup>17</sup> Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (12 Bası), C. H. Beck, München, 2020, § 43, n. 18.

<sup>18</sup> Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, (11. Bası), Walter de Gruyter, Berlin, 1969, s. 104.

davranışıyla extraneus için özgü suça katılma imkânı verdiği dikkat çekmektedir. İlk defa bu davranışın ortaya çıkardığı imkân sayesinde intraneus, extraneusun suçun icrasına katılımı üzerinde sosyal bir fiil hakimiyeti elde eder. Aynı yönde *Jescheck/Weigend*,<sup>19</sup> arkadaki kişinin katılımının, suçun işlenmesindeki önemine vurgu yapmaktadır. Eğer intraneus olaya dahil olmasaydı ve aracı kişi üzerinde bu tür bir etki göstermeseydi ilgili suçların işlenmesinden bahsedilemeyecekti. Arka plandaki kişinin hukuken gerekli olan bu etkisi, fiil hakimiyetini ortaya çıkarır. Öte yandan burada extraneus üzerinde tesis edilmesi gereken psikolojik etkinin, en azından azmettirme ağırlığında olması gerekir. Dolayısıyla normatif-psikolojik bir fiil hakimiyeti söz konusudur.

Bu çerçevede *Murmann*'a göre<sup>20</sup> yapılması gereken, fiil hakimiyetini enstrümental anlamda “dış olayların yönlendirilmesi/kontrolü” şeklinde değil normatif anlamda sosyal bir hakimiyet ilişkisi olarak kabul etmektir. Böylece özel yükümlülük altındaki fail, dışsal mahiyeti itibarıyla ikincil nitelikte görülen eylemler aracılığıyla da fiil üzerinde hakimiyet kurabilir. Bu örneklerde intraneusun suça azmettirme eylemi dışardan bakıldığında ikincil nitelikte olsa da hakimiyet ilişkisi kabul edilmelidir. Benzer yönde olan tüm bu açıklamalar çerçevesinde dolaylı fail olan intraneusun üstünlüğü, olgusal bir üstünlüğe değil normatif bir bakış açısıyla oluşturulan hukuki bir üstünlüğe dayandırılmaktadır. Extraneus ise dolaylı failin normatif fiil hakimiyetiyle gerçekleştirdiği suça yardım edendir.<sup>21</sup>

Diğer taraftan ilgili örneklerde olgusal fiil hakimiyetinde ısrarcı olunursa bu sefer hem intraneusun hem extraneusun cezalandırılmayacağı sonucu ortaya çıkar.<sup>22</sup> Nitekim öğretide bu ısrarı

---

<sup>19</sup> Jescheck/Weigend, s. 670.

<sup>20</sup> Murmann, § 27, n. 17, 25.

<sup>21</sup> Jäger, n. 350.

<sup>22</sup> René Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, s. 241; Fiil hakimiyeti bakış açısıyla tutarlı çözümün bu olduğu yönünde Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, C. H. Beck, München, 2003, § 25, n. 279.

dile getiren *Otto*<sup>23</sup>, normatif değerlendirmelerin, fiil hakimiyeti öğretisini temel yaklaşımından kopardığı görüşündedir. Zira fiil hakimiyeti öğretisinin temel hareket noktası, “*olay akışı üzerinde gerçek bir kontrole dayanan fiil hakimiyeti*”ni tespit etmektir. İlgili olaylarda arkadaki kişiye bu tür bir hakimiyeti sağlayabilecek unsur bulunamıyorsa (zorlama veya hata gibi), gündeme gelecek cezalandırma boşluğunu doldurma görevi öğretinin değil kanun koyucunun işidir. Yazara göre gerek normatif fiil hakimiyeti gerekse “yükümlülük ihlali” üzerinden yapılan açıklamalar, arkadaki kişinin hakimiyetini gerekçelendiremez. Her ikisi de esas olarak, korkulan cezasızlık neticesini engellemeyi hedefler.

### III. Yükümlülüğe Aykırılık Kriteri Üzerinden Dolaylı Faillik Kabulü

Failliği genel anlamda “suça yönelik vakaların merkez figürü” olarak kabul eden *Roxin*; hakimiyet suçlarında fiil hakimiyetiyle tayin edilen bu merkez figürün, yükümlülük suçlarında suç tipinin temelini oluşturan ve belli kişilere özgülünen yükümlülüğün ihlaliyle belirlenmesi gerektiği görüşündedir.<sup>24</sup> Yazara göre bu suçlar, üstlendiği sosyal rolün gereğine aykırı davrandığı için failin cezalandırıldığı ve bu nedenle davranışın dışsal niteliğinin kanun koyucu için çok fazla önem arz etmediği suçlardır.<sup>25</sup> Bu suç tipleri ilgili rollerin ortaya çıktığı “*hukuk tarafından zaten şekillendirilmiş yaşam alanlarıyla ilgili olup bu alanların işlevselliğini korumayı amaçlamaktadır*”.<sup>26</sup> Diğer bir ifadeyle failin tarafı olduğu bir ilişkide ve içinde bulunduğu yaşam alanında kendisine

<sup>23</sup> Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, (7. Bası) De Gruyter, Berlin, 2004, § 21, n. 93 vd.; aynı yazar, “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, *JURA*, Cilt 27, Sayı. 5, 1987, 246-258, s. 256.

<sup>24</sup> Roxin, *Täterschaft*, s. 29, 394; aynı yazar, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Walter De Gruyter, Berlin, 1973, s. 21 vd. Yazar bu temelde yükümlülük suçları öğretisini, ilk baskısı 1963 tarihinde yayımlanan “Täterschaft und Tatherrschaft” isimli doçentlik teziyle oluşturmuştur. Öğretinin ortaya çıkışı ve benimsenme süreci hakkında bkz. Roxin, *Pflichtdelikte*, s. 509.

<sup>25</sup> Roxin, *Allgemeiner Teil II*, § 25, n. 268.

<sup>26</sup> Roxin, *Kriminalpolitik*, s. 17-18. Yazar bu konuda görüş değiştirmiş ve söz konusu “yaşam alanı”nın, ilk defa özel ceza normuyla ortaya çıkabileceğini de kabul etmiştir. Roxin, *Täterschaft*, s. 887; aynı yazar, *Pflichtdelikte*, 517-518.

düşen yükümlülükleri nasıl ihlal ettiği, gerçekleştirdiği ihlal karşısında büyük ölçüde önemini kaybetmektedir. Oysa öldürme, yaralama ve yağma gibi hakimiyet suçlarında üçüncü kişilere ait hukuken dokunulmaz nitelikteki alanlara failce dışardan yapılan bir saldırı söz konusudur.<sup>27</sup> Bu durum yükümlülük suçlarında failliği tayin edici niteliğiyle “fiilin haksızlık muhtevasına yönelik özel ilişkiyi” ortaya koymaktadır.<sup>28</sup> Yazara göre iki suç grubu arasında buradan kaynaklanan temel farklılık, doğal olarak faillik öğretisine de sirayet edecek “dogmatik etkiler” yaratmaktadır.<sup>29</sup> Özetle iki suç grubunun farklı haksızlık yapıları üzerine inşa edildiğini savunan yükümlülük suçları öğretisi, özellikle *qualifikationlos-doloses Werkzeug* konstelasyonunda intraneus ve extraneusun ceza sorumluluğunu, monist fiil hakimiyeti yaklaşımının aksine kolayca izah edebilmektedir. Buradaki başarısının da etkisiyle yazarın görüşleri literatürde önemli ölçüde taraftar bulmakta<sup>30</sup> ve yükümlülük suçlarında failliğin fiil hakimiyetiyle izah edilemeyeceği düşüncesi gittikçe yaygınlaşmaktadır.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Roxin, *Kriminalpolitik*, s. 18.

<sup>28</sup> Roxin, *Pflichtdelikte*, s. 512.

<sup>29</sup> Roxin, *Kriminalpolitik*, s. 18.

<sup>30</sup> Herzberg'e göre Roxin'in yükümlülük suçları öğretisi o güne kadar “faillik öğretisi alanındaki çalışmalar arasında belki de en önemli buluştur”. Herzberg, *Grundfälle*, s. 377.

<sup>31</sup> Önemli farklılıklarıyla birlikte temel olarak yükümlülüğe aykırılığı, yükümlülük suçlarının tamamında veya belli bir kısmında fiil hakimiyetini devre dışı bırakacak şekilde müstakil bir fail kriteri kabul eden yazarlar için bkz. Günter Heine/Bettina Weißer, *Schönke/Schröder-StGB*, (30. Bası), C.H.Beck, Münschen, 2019, § 25, n. 21; Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Bası, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1991, § 21 n. 104, 116; Urs Kindhäuser/Till Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (10. Bası), Nomos, Baden-Baden, 2022, § 38, n. 51; Walter Groppe/ Arndt Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (5. Bası), Springer, Berlin, 2020, § 10, n. 88; Ernst-Joachim Lampe, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, *ZsTW*, Cilt 106, Sayı 4, 1994, 683-745, s. 689; Kristian Köhl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (8. Bası), Franz Vahlen, München, 2017, § 20, n. 14; Günther Stratenwerth/Lothar Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat*, Vahlen, 2011, § 12, n. 40; Herzberg, *Täterschaft*, s. 33; aynı yazar, *Grundfälle*, s. 377; Raúl Pariona Arana,

*Roxin*'e göre<sup>32</sup> intraneusun arka planda kaldığı olaylarda yalnızca suç tipinin temelindeki özel yükümlülüğün ihlali onu, olayın merkez figürü haline getirdiği için öndekinin fiil üzerinde gerçek bir hakimiyet kurması, intraneusun dolaylı failliğine ilişkin herhangi bir engel yaratmaz. Bu suçlarda merkez figür konumu, sadece kendisine yönelik özel yükümlülük ihlalini gerçekleştiren kişiler için söz konusudur. Dolayısıyla fiil üzerinde hakimiyet tesis etmesine rağmen öndeki kişi sadece yardım eden olarak ilgili suçtan sorumlu tutulabilir.<sup>33</sup> Diğer bir ifadeyle yükümlülük suçlarında faillik yükümlülüğe aykırılık kriteriyle izah edildiğinden arkadaki intraneusun dolaylı failliği de aynı şekilde ele alınmaktadır. Hâkimiyet suçlarında arka planda olayı yönlendirici pozisyonda olması gereken dolaylı fail, bu konumunu araç kişi üzerinde zorlama veya aldatmayla veya örgütsel mekanizmalar sayesinde elde etmektedir. Böylece fiil hakimiyetinin gerektirdiği kontrol imkanına kavuşmaktadır. Yükümlülük suçlarında ise dolaylı faillik, bu tür bir fiil hakimiyetine ihtiyaç duymaz. Bu suçlarda özel yükümlülük altındaki kişinin harici eylemin yerine getirilmesini extraneus durumundaki birine bırakması, dolaylı faillik için yeterlidir.<sup>34</sup>

Burada extraneusun kasten ve kendi özgür iradesiyle hareket etmesi, tüm bu açıklamalar sonrasında bile dolaylı faillikle bağdaşmayan bir unsurmuş gibi görünebilir. Zira geleneksel haliyle fiil hakimiyeti temelli izahatlar, aracı kişinin suç teşkil eden eylemleri üzerinde kurulan hakimiyete odaklanmaktadır. Öndekinin davranışının arkadakine isnat edilebilmesi de bu hakimiyetle

---

"Täterschaft und Pflichtverletzung – Grundlagen der Pflichtdelikte", *Festschrift für Claus Roxin*, De Gruyter Berlin-New York, 2011, 853-866, s. 853 vd.; Demirel, s. 139, 140.

<sup>32</sup> Roxin, *Täterschaft*, s. 898; aynı yazar *Allgemeiner Teil II*, § 25, n. 271; aynı yazar, *Pflichtdelikte*, s. 509.

<sup>33</sup> Aynı yönde Grop/Sinn, § 10, n. 118; Heine/Weißer, § 25, n. 21; Jakobs, § 21, n. 104, 116 ff. Sadece bu duruma özel olarak dolaylı failliğin, fiil hakimiyetine başvurmadan kabul edilebileceği yönünde bkz. Cramer, 399.

<sup>34</sup> Roxin, *Täterschaft*, s. 401-402. Bu durumda dolaylı fail olan intraneus, "*sanki suçu bizzat işlemiş gibi*" dir. Grop/Sinn, § 10, n. 118. Bu değerlendirme suçu sanki bizzat işlemiş olan kişinin, neden doğrudan fail sayılmadığı sorusunu akıllara getirmektedir.

gereçlendirilmektedir.<sup>35</sup> Ancak yükümlülük suçları öğretisi takip edilecek olursa, bu suçlarda isnadiyetin gerekçesi, doğal olarak özel yükümlülüğün ihlaliyle izah edilecektir. Burada dolaylı faillik bağlamında “bir başkası aracılığıyla suç işleme”, (AICK m. 25/1), bir başkası aracılığıyla “özel hukuki yükümlülüğü ihlal” olarak anlaşılır. Suçun esas muhatabı konumundaki intraneus, yükümlüğe aykırı bir şekilde, hukuki değerin ihlaline yönelik nihai eylemi extraneusa bıraktığında yine ilgili suçun unsurlarını yerine getirmiş kabul edilir. Bunun için araç kişiye karşı üstün bir iradeye sahip olması gerekmeyeceği düşünülmektedir.<sup>36</sup> Dolayısıyla yükümlüğe aykırılık öğretisinin ulaştığı sonuçlardan biri olarak dolaylı faillik çözümünü, hakimiyet düşüncesinden sıyrılarak ele almakta yarar vardır.

#### IV. Ara Değerlendirme

Şimdiye kadar temel argümanları üzerinden izah edilen iki farklı ayırım modeline ilişkin ara bir değerlendirmenin faydalı olacağı düşüncesindeyim. Bu çerçevede öncelikle kendisi de monist ayırım modelini savunan *Otto*'nun, fiil hakimiyetini normatifleştiren monist yaklaşıma yönelik eleştirilerinde haklı olduğunu tespit etmek gerekir. Zira fiil hakimiyetinin tutarlı bir uygulamasında; kasıtlı hareket eden aracı kişinin varlığına rağmen, arkadaki kişinin dolaylı fail olarak tipik eylemi gerçekleştirdiği sonucuna varmak çok mümkün değildir.<sup>37</sup> Buna sağlamaya yönelik çabalar fiil hakimiyeti kavramını belirsizleştirir.<sup>38</sup> Gerçek ve olgusal bir hakimiyetten vazgeçildiğinde fiil hakimiyeti öğretisinin temel anlayışı terk edilmiş olur.

Öte yandan olgusal fiil hakimiyetinden hareketle cezasızlık sonucuna ulaşılması da kanun koyucuyu doktrinsel bir görüşe bağlı

<sup>35</sup> Fiil hakimiyet düşüncesinin dolaylı faillğe etkileri hakkında bkz. Raúl Pariona Arana, “Mittelbare Täterschaft bei Pflichtdelikten”, *Festschrift für Bernd Schünemann*, De Gruyter, Berlin, München, Boston, 2015, 469-482, s. 470-471.

<sup>36</sup> Pariona Arana, *Mittelbare Täterschaft*, s. 472.

<sup>37</sup> Herzberg, *Täterschaft*, s. 31, 32.

<sup>38</sup> Heine/Weißer, § 25, n. 21. Aynı yönde Herzberg, eğer fiil hakimiyetinin orijinal anlamı çarpıtılmak istenmiyorsa, *Roxin*'in görüşlerini takip etmenin gerekli olduğunu belirtmektedir. Herzberg, *Täterschaft*, s. 33.

hale getirmektir.<sup>39</sup> Bunun sonucunda kanun koyucuya, sadece olgusal fiil hakimiyetiyle izah edilebilecek haksızlıkları cezalandırabilme olanağı verilmiş olur. Oysa tartışmaların ortaya çıktığı Alman ceza hukuku açısından meseleye yaklaşırsak AİCK'nın hiçbir yerinde failliğin yalnızca fiil hakimiyetiyle belirlenebileceği doğrultusunda bir emareye rastlanmamaktadır.<sup>40</sup> Tam tersine özel suç tiplerinde referans yapılan yahut ihdas edilen özel yükümlülük halleriyle kanun koyucu, bunların güçlü bir fail kriteri olduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu tür bir yükümlülüğü ihlal eden kişinin, sadece aracı birini "kullandığı" için kanun koyucu tarafından cezasız bırakılmak istendiği sonucuna ulaşmak çok zordur. Burada kanunun sebep olduğu bir cezalandırma boşluğu değil, öğretinin bu suçlardaki farklılığı "çelişkiye düşmemek" adına görmezden gelme çabası söz konusudur. Oysa *Roxin*'in haklı olarak ifade ettiği üzere suç tiplerinin farklılığını gözetmek dogmatik bir çelişki değil, mantıklı ve tutarlı olmalıdır.<sup>41</sup> Suç tiplerinin farklı yapılarına belli bir kriteri dayatmak yerine bu suçların yapısından hareketle kriter belirlenmesi gerekir.<sup>42</sup> Dolayısıyla yöntem açısından suç tiplerinin yapılarını dikkate alarak farklı kriterleri uygulayabilen bir sistemin benimsenmesi ve monist bir yaklaşımla fiil hakimiyetinin normatifleştirilmesinden vazgeçilmesi gerekir. Özetle "*kriter yapıyı değil, suç tiplerinin yapısı uygulanacak kriteri belirlemelidir.*"<sup>43</sup>

Diğer taraftan normatif çabaların fiil hakimiyeti öğretisi içinde yol açtığı sorunları bir kenara bırakırsak söz konusu olaylarda intraneusun failliği için normatif bir açıklamaya ihtiyaç duyulması doğal karşılanmalıdır. Zira sorunun çözümü, değerlendirici bir bakış açısıyla birincil fail sorumluluğunu tayin etmekten geçer. Monist yaklaşımın hataya düştüğü nokta, bunu olgusal bir enstrüman üzerinden, yani fiil

<sup>39</sup> Roxin, *Täterschaft*, s. 901.

<sup>40</sup> TCK açısından m. 37/2'deki dolaylı faillik tanımı, bu değerlendirmenin kanunumuz açısından geçerli olup olmadığı noktasında tereddüt yaratmaktadır.

<sup>41</sup> Roxin, *Täterschaft*, s. 901.

<sup>42</sup> Aynı yönde bkz. Cramer, s. 396.

<sup>43</sup> Pariona Arana, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, s. 30-34, 213.



hakimiyetine atıfla yapmasıdır.<sup>44</sup> Ancak tek bir kriterle tüm suçları izah edebilmek için ortaya konulan bu çabalar, nihayetinde hakimiyet kriterindeki ayırt edici karakterin içini boşaltmakta ve onu esas anlamından uzaklaştırmaktadır.<sup>45</sup> İncelenen olaylarda özel yükümlülük altındaki kişinin faillliğini, özel pozisyonun ona fiil hakimiyeti sağladığını ileri sürerek açıklamak yerine<sup>46</sup> sorumluluğun özünü teşkil eden yükümlülük ihlalinin faillliği kurucu bir unsur olduğunu tespit etmek gerekir. Böylece bu suçlarda faillik, fiil hakimiyetinin zoraki kıskacından kurtarılmış olur.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Heine/Weißer, § 25, n. 21.

<sup>45</sup> Krş. Pariona Arana, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, s. 32.

<sup>46</sup> Bu durumda ispatlanması gereken fiil hakimiyetinin öncesinde varsayılması şeklinde "*petitio principii*" denilen mantıksal bir hataya düşüldüğü (Herzberg, *Täterschaft*, s. 32), bunun bir kısır döngü (*Zirkel*) oluşturduğu (Jakobs, § 21, n. 104.) ve sadece görünüşte bir çözüm (*Scheinklösung*) olduğu (Stratenwerth/Kuhlen, § 12, n. 40) yönündeki eleştirilere hak vermek gerekir.

<sup>47</sup> Türk hukukunda *qualifikationlos-doloses Werkzeug* olaylarına ilişkin yapılan hukuki değerlendirmelerin sayısı oldukça sınırlıdır. Bu kapsamda Demirel, özel yükümlülüğün suçun temel halinde kurucu bir unsur şeklinde öngörülmesi nedeniyle yukarıda verdiğimiz örnek suçları sırf yükümlülük suçu olarak değerlendirmekte ve bu suçlarda yükümlülüğün herhangi bir şekilde ihlal edilebileceğini savunmaktadır. Dolayısıyla yazar bu suçlarda yükümlülüğün ihlalini, tek başına faili tayin edici bir kriter olarak kabul etmektedir. Buna göre intraneusun suça yönelik vakalar üzerinde fiil hakimiyeti tesis etmesine gerek yoktur. Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen bankacılık zimmeti suçu (5411 s. BK m. 160) üzerinden açıklamalarını somutlaştıran yazar şu örneği vermektedir: "*bu bağlamda ATM'lere banka şubesinden araçla para götüren bir banka görevlisinin bir arkadaşına aracın önünü silahlı şekilde keserek paraları alıp götürebileceği, böylelikle paraları paylaşabilecekleri yönünde fikir vermesi üzerine arkadaşının söylenenleri aynen gerçekleştirmesi halinde fikir veren banka görevlisinin artık bankacılık zimmeti suçunun faili olarak sorumluluğundan bahsedilebilecek, sadece fiili işleyen ve hiçbir yükümlülüğe sahip olmayan kişinin işlediği hırsızlık suçuna azmettiren olarak sorumluluğu geri planda kalacaktır. Görüldüğü gibi sırf yükümlülük suçlarında yükümlü kılınan kişinin yükümlülüğünü herhangi bir şekilde ihlal etmesi yeterli olup bu ihlali gerçekleştirirken de ayrıca fiil hakimiyetine sahip olmasına gerek bulunmayacaktır.*" Demirel, s. 139-140. Yazarın değerlendirmelerinden

Bu noktada *Herzberg*'i takip ederek fiil hakimiyetine sahip olmayan intraneuslar açısından şu sorunun sorulması gerekir: “*ama esas belirleyici olan bu mu?*”<sup>48</sup> Yükümlülük suçları öğretisinin temelde haklılığını tespit eden yazarlar, ihlalin soyut bir şekilde tarif edildiği suçlarda bu soruya kolaylıkla olumsuz cevap verebilmektedir. Zira yükümlülük ihlalinin soyut tarzda cezalandırıldığı bir yerde fiil hakimiyetinden vazgeçmenin hiç de sorun yaratmayacağı düşünülmektedir.<sup>49</sup> Ancak bana göre tersi ihtimalde de yükümlülük

---

burada intraneus konumundaki banka görevlisini; dolaylı fail mi yoksa doğrudan fail mi kabul ettiği anlaşılacaktır. Ayrıca *Demirbaş*, “şahsen gerçekleştirilmesi gereken” yalan yere yemin ve firar gibi suçlar dışında özgü suçlarda tipik davranışın mutlaka özel fail vasfını taşıyan kişiler tarafından yerin getirilmesine gerek olmadığını savunmaktadır. Buna göre örneğin zimmet suçunda kamu görevlisi, kendisine tevdi edilen veya korumasına bırakılan bir şeyi “fiilen mal edinme” davranışını bizzat gerçekleştirmek zorunda olmayıp bunun icrasını başkasına bırakabilecektir. Burada kamu görevlisi, mal edinme davranışını hizmetliye bıraktığında yine zimmet suçunu işlemiş olacaktır. Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (18. Bası) Seçkin, Ankara, 2023, 571-572. Bu açıklamalar, kamu görevlisinin normatif fiil hakimiyetine göre mi yoksa sadece yükümlülüğe aykırı davranması nedeniyle mi fail kabul edildiği noktasında bir belirleme içermemektedir. Ayrıca ne tür bir failliğin söz konusu olduğu da izah edilmemiştir.

<sup>48</sup> Herzberg, *Täterschaft*, s. 33.

<sup>49</sup> Alman hukukunda bazı yazarlar, fiil hakimiyetinin normatifeştirilmesine karşı çıkmakla birlikte tek başına yükümlülüğe aykırılık kriterinin de yalnızca yükümlülük ihlalinin soyut bir şekilde tarif edildiği suçlarda uygulanabileceğini ileri sürmektedir. AİCK m. 266'da düzenlenen güvene aykırılık suçu bu kapsamda görülmektedir. Bkz. Stratenwerth/Kuhlen § 12, n. 40. Bu yaklaşım takip edildiğinde yükümlülük suçlarının önemli bir bölümünde *qualifikationlos-doloses Werkzeug* konstelasyonu için cezasızlık sonucu ortaya çıkacaktır. Zira belli bir hareket ihtiva eden yükümlülük suçlarında tek başına yükümlülük ihlalinin faili belirlemediği ve fiil hakimiyetinin normatif bir bağlamda genişletilmesinin yanlış olduğu kabul edildiğinde bu suçlar açısından intraneusların cezasız kalacağı açıktır. Türk hukukunda *Özgenç* de bu uzlaştırıcı yaklaşımı benimser. Yazar özgü suçları, yükümlülük ihlalinin soyut bir şekilde tarif edilip edilmediğine göre “sırf yükümlülük suçları” ve “yükümlülük + hakimiyet suçları” olarak ikiye

suçları öğretisinden ayrılmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Suç tipine özgü haksızlığın münhasıran özel yükümlülük ihlaliyle ortaya çıktığı bir yerde, tarif edilen davranış üzerindeki hakimiyetin belirleyici bir rol oynamayacağı kabul edilmelidir. Burada ilave bir kriter olarak fiil hakimiyetine başvurulmasında isabet yoktur. Yükümlülük suçlarında somut-soyut tarif üzerinden farklı sonuçlara ulaşılması; faillik ile suç tipinin bizzat gerçekleştirilmesi arasında paralellik kuran, kanunda bir eylemden bahsediliyorsa bunun mutlaka bizzat gerçekleştirilmesini arayan, aksi halde faillikten bahsedilemeyeceğini savunan ve yetersizliği nedeniyle büyük ölçüde terk edilen şekli objektif teoriyi çağrıştırmaktadır. Bu bakış açısı (hakimiyetin normatifleştirilmesi yönündeki çabalar gibi), fiil hakimiyeti öğretisinin temel esaslarıyla uyumsuzluk göstermektedir. Zira bu öğretiyi, kanuni tarifte yer verilen bir davranışın bizzat gerçekleştirilmesini değil

---

ayrımakta ve “görevi kötüye kullanma” gibi soyut tarif içerenler dışında yükümlülük suçlarının büyük çoğunluğunu ikinci gruba dahil etmektedir. Dolayısıyla yazar, sadece sırf yükümlülük suçlarında faillik yalnızca yükümlülüğün ihlaliyle belirlenmesi gerektiğini, bunlarda iştirak katkısı ve fiil hakimiyetinin faillik açısından tayin edici bir rol oynamayacağını ve bunların hiçbir icrai davranış gerçekleştirilmeden ihmalen dahi işlenebileceğini savunmaktadır. Önemli olan öngörülen yükümlülüğün herhangi bir davranışla ihlal edilmesidir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. İzzet Özgenç, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, *SÜHFD*, Cilt 4, Sayı 1-2, 1994, 329-348, s. 344 vd.; aynı yazar, *Suçta İştirakin Hukuki Esası*, İBB Hukuk Müşavirliği, İstanbul, 1996, 165 vd.; aynı yazar, *Müşterek Faillik*, s. 188, 189. Aynı yönde Akbulut, TCK m. 40’ın gerekçesi üzerinden kanunun, uzlaştırıcı yaklaşımı benimsediği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Berrin Akbulut, ‘Bağlılık Kuralı’ *GÜHFD*, Cilt 14, Sayı 1, 2010, 167-214, s. 185. Ancak dikkatli incelendiğinde Özgenç’in ihmali suçları da örtülü bir şekilde sırf yükümlülük suçu kabul ettiği anlaşılır. Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası*, s. 163-165. Bununla birlikte hem Özgenç hem Akbulut, *qualifikationlos-doloses Werkzeug* konstelasyonunu özel olarak incelemediğinden, *yükümlülük + hakimiyet* kriterinin bu sorun özelinde nasıl uygulanacağına ilişkin bir değerlendirme yapmamışlardır.

maddi tipikliği esas alır.<sup>50</sup> Bu yönüyle hakimiyet suçlarında fiil hakimiyeti, suçun tipikliğinin maddi anlamda yerine getirilmesini ifade ettiğine göre yükümlülüğe aykırılığın da ilgili suçlarda maddi tipikliği izah eden bir kriter olduğuna dikkat edilmelidir. Bu bağlamda özel yükümlülük altındaki kişinin, tarif edilen hareketi bizzat gerçekleştirmesi gerektiği gibi bir düşünceden uzak durulmalıdır. Kanuni tarifte ilave bir harici davranış yer alsa da özel yükümlülüğün ihlaliyle ilgili suç tipinin maddi anlamda gerçekleştirilmesi mümkündür.<sup>51</sup>

Öte yandan suç tipinde bizzat gerçekleştirilebilecek özel bir yükümlülük ihlali tarif ediliyorsa zaten intraneusun arkada kalarak bu suçu işlemesi mümkün olmaz. Çünkü bu suçların bizzat işlenebilen karakteri, yükümlülüğün başka türlü ihlal edilebilmesini imkânsız hale getirmektedir.<sup>52</sup> Bu suçlarda yükümlülük ihlali ile tipik hareketin bizzat gerçekleştirilmesi arasında ayrılmaz bir bağ mevcuttur.<sup>53</sup> Çalışmada arkadaki intraneusun ceza sorumluluğunu izah etmek için AİCK ve TCK'dan seçilen örnek yükümlülük suçları açısından bu tür bizzat işleme zorunluluğu söz konusu değildir. Dolayısıyla örneğin AİCK m. 288 gereği kasıtlı bir extraneus aracılığıyla icra takibini engelleyen

<sup>50</sup> Krş. Claus Roxin, "Stratenwerth, Günter: Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Die Straftat. Köln (Usw.) Heymanns 1971- Buchbesprechung", *ZStW* Cilt 84, Sayı 4, 1972, 993-1014, 1009.

<sup>51</sup> Bu noktada yükümlülük suçlarında ilave hareketlerin, neden tarif edilmiş olabileceği hakkında bkz. Roxin, *Stratenwerth*, s. 1009. Kanunilik ilkesi temelli itirazlara karşı argüman olarak bkz. Lars Witteck, *Der Betreiber im Umweltstrafrecht*, Nomos Baden-Baden, 2005, 119.

<sup>52</sup> Bizzat işlenebilirliğin hem hakimiyet suçlarında hem yükümlülük suçlarında ortaya çıkabileceği yönünde isabetli görüş için bkz. Demirel, s. 156. Özgü suçlardan ayrı bir kategori olarak bizzat işlenebilen suç sınıflandırmasını reddeden görüş için bkz. Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası*, s. 179; Kitapçoğlu Yüksel, s. 127.

<sup>53</sup> Bizzat işlenebilirliğin söz konusu olduğu yükümlülük suçlarına yalan tanıklık (TCK m. 272) ve yalan yere yemin etme (TCK m. 275) gibi ifade suçları örnek verilebilir. Roxin'e göre bu suçlar, "şahsa sıkı sıkıya bağlı yükümlülük suçları"dır. (*höchstpersönliche Pflichtdelikte*) Roxin, *Allgemeiner Teil II*, § 25, n. 303-307. Aynı yönde bkz. Schünemann/Greco, § 25, n. 52.

borçlu, maddi tipikliği yerine getirmiş olur. Aynı zamanda kendisine güvenilerek teslim edilen bir malvarlığına üçüncü kişinin harici katkısından yararlanarak zarar veren kişi, zimmet veya güveni kötüye kullanma suçunu maddi olarak gerçekleştirir. (AİCK m. 266, TCK m. 155, 247) Buna ilaveten görevi gereği vakıf olduğu ticari sırrı, extraneusun harici davranışı aracılığıyla ifşa eden yönetici de kendisine güvenilerek teslim edilen kâğıdı extraneus aracılığıyla dolduran kişi de ilgili suçları maddi anlamda işlemiş olur.<sup>54</sup> Bu örneklerde intraneuslara yapılacak suçlama, bu eylemler üzerinde hâkim olmalarından değil kendilerine düşen ve suç tiplerinin temelinde yatan özel yükümlülükleri ihlal etmelerinden kaynaklanır. *Roxin*'in ifadesiyle bu suçlarda harici eylemin başkasına bırakılması, söz konusu yükümlülüğün fail tarafından ihlal edilmediği anlamına gelmez. Suç tipine mahsus özel bir yükümlülüğün intraneus tarafından ihlal edilmesi, onu olayların “merkez figürü” haline getirir.

#### V. Intraneusun Doğrudan Failliği Bağlamında Nihai Değerlendirme

İncelenen olaylarda intraneusun failliği, bu yükümlülük suçlarının yapısına uygun olarak yükümlülüğün ihlali üzerinden belirlenmeli, intraneusun extraneus yardımıyla suçu gerçekleştirdiği kabul edilmelidir. Bu aşamada Alman ceza hukuku açısından dolaylı faillik veya doğrudan faillik tartışmalarının terminolojik bir anlam taşıdığı ileri sürülebilir.<sup>55</sup> Sadece kanunilik ilkesi yönünden değerlendirilirse buna hak verilebilir. Zira AİCK m. 25/1'de dolaylı faillik gayet nötr bir şekilde “başkası aracılığıyla suç işleme” olarak tanımlandığından, intraneusun dolaylı fail olduğunu ileri sürmek, kanuna aykırılık teşkil etmez.<sup>56</sup> Yükümlülük suçları fiil hakimiyeti

<sup>54</sup> Krş. *Roxin, Allgemeiner Teil II* § 25 n. 283.

<sup>55</sup> *Stratenwerth/Kuhlen*, § 12, n. 40 dn. 51.

<sup>56</sup> Nitekim kanundaki bu nötr tanımın, taksirli suçlarda dolaylı failliğin kabulüne dahi engel teşkil etmeyeceği ileri sürülmektedir. Zira Alman kanun koyucu, tarihsel olarak dolaylı failliğin taksirli suçlarda uygulanmasını öngörmemiş olsa dahi bu iradesi şeriklik düzenlemelerindeki gibi kanuna yansımadığından taksirli dolaylı failliğin kurgulanması kanuna aykırılık oluşturmaz. Bkz. Joachim Renzikowski,

kıskacından kurtarıldığında; nihai davranışın icrasını extraneusa bırakan intraneus, bu tanım kapsamına dahil edilebilir. TCK m. 37/2'de öngörülen dolaylı faillik tanımı ise “suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi”den bahsetmektedir. Devamında kusur yeteneği olmayanların kullanılmasını daha ağır cezalandıran düzenleme, fiil hakimiyetine referans sayılabilecek bir ifade tarzı içermektedir. Bu yönüyle hakimiyet ilişkisinden bağımsız bir dolaylı faillik kabulünün benimsenmesi, Türk hukuku açısından aynı derecede kolay olmayacaktır.<sup>57</sup>

Bununla birlikte yükümlülük suçları öğretisinin *qualifikationlos-doloses Werkzeug* olaylarında tutarlı bir sonuç üretmesi için intraneusun dolaylı failliğini reddetmek gerekir.<sup>58</sup> Burada tipik neticeye en yakın davranışı extraneusun gerçekleştirmesi nedeniyle dolaylı faillikten bahsedilmesi, hakimiyet düşüncesiyle ve genel icrai (hakimiyet) suçlarla bir şekilde paralellik kurulmasından kaynaklanır.<sup>59</sup> Böylece suça yönelik vakalar üzerinde hakimiyet kuran kişilerin failliğini, belli oranda bu kişilerin tipik neticeyle harici ilişkileri (aracılı-aracısız) ve yakınlıkları üzerinden tayin eden düşünceye<sup>60</sup> geçerlilik tanınmaktadır. Oysa yükümlülük suçlarının hakimiyet suçlarından ayrılan yapısını anlamak için gereken “*perspektif değişikliği*” bu suçlarda gündeme gelecek faillik türlerinin belirlenmesinde de etkisini sürdürmelidir.<sup>61</sup> Bu yeni bakış açısıyla özel yükümlülük ihlalinin, incelediğimiz suçlarda tek başına failliği tesis etmekle kalmadığına aynı zamanda fail ile hukuki değer arasında doğrudan bir bağlantı oluşturduğuna dikkat edilmelidir.

---

*Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, 277, 278; krş. aynı yazar, “Die fahrlässige Mittäterschaft” *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2007, 423-440, s. 438, 439.

<sup>57</sup> Bu zorluğun aşımı için, TCK m. 40/2'de öngörülen kural ile yükümlülük suçlarında failliğin kurucu bir şekilde düzenlendiği görüşü benimsenebilir.

<sup>58</sup> Aynı yönde bkz. Witteck, s. 120.

<sup>59</sup> Krş. Teresa Pizarro Beleza, “Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten”, *Bausteine des europäischen Strafrechts-Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Carl Heymanns Verlag Köln Berlin Bonn Münschen, 1995, 267-282, s. 273-274. Aynı yönde bkz. Witteck, s. 120.

<sup>60</sup> Witteck, 117.

<sup>61</sup> “*Perspektivenwechsel*”, Witteck, s. 117, 120.

Bahsedilen doğrudanlık, suçun kasten hareket eden bir extraneus ile gerçekleştirilmesi halinde de ortadan kalkmayacaktır.<sup>62</sup> Zira Jacobs'un ifadesiyle "bu durumlarda, failin hukuki değerle olan ilişkisi her zaman doğrudandır".<sup>63</sup> Bunun doğal bir sonucu, sorumluluğun gerekçelendirilmesinde, failin davranışı ile diğer iştirakçilerin davranışları arasındaki ilişkinin önemini kaybetmesidir.<sup>64</sup> Dolayısıyla burada sorumluluğun, hakimiyet suçlarıyla paralellik içinde dolaylı faillik üzerinden izah edilmesine ve harici nazarla "araç üzerinden bağlantı" tesis edilmesine ihtiyaç yoktur. Eğer bu suçlarda faillik, münhasıran suç tipinin temelindeki özgü yükümlülüğün ihlaliyle ortaya çıkıyorsa harici davranışın bizzat mı yoksa bir aracıyla mı gerçekleştirildiği sorusu, hangi failliğin gündeme geleceğini izah etmek yönünden anlamlı olmaz.<sup>65</sup> Her halükarda hukuki değerle doğrudan bağlantısı nedeniyle intraneusun doğrudan failliğini kabul etmek, yükümlülük suçu düşüncesi açısından tutarlı ve doğru olmalıdır.<sup>66</sup> Bu nedenle tartışmaların yükümlülük suçları öğretisi açısından isabetli bir yönde gelişmesi için *qualifikationlos-doloses Werkzeug* olaylarının, dolaylı faillik kapsamından çıkarılması gerekir.<sup>67</sup>

Bu çerçevede AICK m. 288 bakımından, malvarlığını kendisi gizleyen intraneus A ile bunu yapması için bir extraneusu azmettiren A arasında, hukuki değere zarar veren yükümlülük ihlalinin doğrudanlığı açısından fark yoktur. A'nın malvarlığını bizzat gizlemesine tali bir katkı sunan B, suça yardım etmiş sayılacağı gibi, olayda gerçekleştiği üzere A'nın talimatı üzerine bu gizlemeyi yapan B de A'nın doğrudan yükümlülüğe aykırılığına yardım eden sayılmalıdır. Diğer taraftan

<sup>62</sup> Javier Sanchez-Vera, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1999, s. 162-163. Krş. Stratenwerth/Kuhlen § 12 n. 40 dn 51.

<sup>63</sup> Jacobs, § 21, n. 116.

<sup>64</sup> Krş. Urs Kindhäuser, "Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft", *Festschrift für Alexander Hollerbach*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, 627-656, s. 649.

<sup>65</sup> Pizarro Beleza, s. 273.

<sup>66</sup> Manfred Hake, *Beteiligtenstrafbarkeit und "besondere persönliche Merkmale"*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1994, s. 170, dn. 14; Sanchez-Vera, s. 162-163.

<sup>67</sup> Krş. Wolfgang Schild/ Bernhard Kretschmer, *Nomos Kommentar STGB* (6. Bası) Nomos, Baden-Baden, 2023, § 25 n. 70.

kâğıdın imzalayan tarafından güvenilerek teslim edildiği kişi, yükümlülüğünü bilerek ihlal ettiğinde, bizzat dolduran mı yoksa başkasına doldurtan mı olduğu sorusu failliğin türünü belirlerken anlamını yitirir. Bizzat doldurduğunda, özel bir teknik göstererek ona yardım eden veya olaydaki gibi intraneusun talimatı sonucunda bu belgeyi -fiil hakimiyetiyle- dolduran kişi, her iki ihtimalde de suçun doğrudan faili olan intraneusa yardım etmektedir. Bu sonuç, bir güven ilişkisi içinde kendisine teslim edilen malvarlığına zarar veren, zimmetine geçiren veya ticari sırrı ifşa eden intraneusların, harici icrayı başkasına bıraktığı durumlarda da geçerliliğini koruyacaktır. Her halükârda yükümlülüğün özel muhatabı suçun doğrudan failidir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.



## ZUSAMMENFASSUNG

*Die Konstellation des qualifikationslos-dolosen Werkzeugs zählt zu den umstrittensten Themen der Täterlehre im Zusammenhang mit Pflichtdelikten. Hierbei handelt es sich um Fälle, in denen der vorsätzlich unmittelbar handelnde Extraneus die Ausführungshandlung begeht, während der Intraneus ihn lediglich zu dieser Handlung anstiftet. Aus der Tatsache, dass dem Vordermann die erforderliche Pflichtstellung und dem Hintermann die tatsächliche Tatherrschaft fehlt, ergibt sich die schwierige Frage, wie die Strafbarkeit der beiden zu bewerten ist. Diese besondere Problematik wurde in diesem Beitrag anhand konkreter Fälle und ausgewählter Tatbestände von Pflichtdelikten aus dem deutschen und dem türkischen Strafgesetzbuch (StGB § 266 und 288; türkisches StGB, TüStGB, § 155, 209, 239 und 247) untersucht. Da die Haupttat solcher Delikte nur von einem Täter mit besonderer Pflichtstellung begangen werden kann, ist es in den untersuchten Fällen demjenigen, der dem Erfolg am nächsten steht, nicht möglich, die relevante Straftat allein zu verwirklichen. Dies führt zum Ausschluss der Strafbarkeit wegen Anstiftung. Deshalb erfordert die strafrechtliche Zurechnung zwingend die Begründung der Täterschaft für den Hintermann.*

*Die herrschende Meinung, die im Rahmen des monistischen Denkens die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme bei allen vorsätzlichen Tatbeständen durch das Kriterium der "Tatherrschaft" erklärt, spricht sich hierbei zumeist auch für dieses "Universalkriterium" aus. Diesmal stellt es jedoch eine normative Bedeutung dar. Somit bejaht der Großteil der monistischen Tatherrschaftslehre die Täterschaft des Vordermannes mithilfe der Normativierung. Demnach sollte die Tatherrschaft nicht als faktische Steuerung des Geschehens verstanden werden, das zur Deliktsverwirklichung führt; vielmehr sollte diesem Begriff eine sozial-normative Bedeutung verliehen werden. In diesem Zusammenhang begründen alle vorgebrachten Meinungen die Täterschaft des Intraneus damit, dass seine besondere Pflichtstellung ihm die Herrschaft über die Tat ermöglicht. Besonders unter Berücksichtigung dessen, dass das betreffende Verbrechen nur mit dem Beitrag des Intraneus begangen werden kann und der Extraneus lediglich durch die Tatgelegenheit, die der Intraneus bietet, an der Tat teilnehmen kann, wird die Ansicht vertreten, dass diese starke Position dem Hintermann eine normativ-soziale*

*Tatherrschaft* verleiht. Diejenigen, die innerhalb des monistischen Modells einen konsistenteren Ansatz verfolgen, lehnen eine Abweichung vom ursprünglichen Sinn der Tatherrschaft ab und argumentieren, dass es Sache des Gesetzgebers ist, eine Lösung für die entstehende Strafbarkeitslücke zu finden, falls kein Element vorliegt, das die tatsächliche Tatherrschaft des Hintermannes rechtfertigen könnte (wie Nötigung oder Irrtum).

Im Anschluss an die Perspektive von Roxin spricht sich der Aufsatz ebenfalls dafür aus, die Täterkriterien an die Struktur des jeweiligen Verbrechens anzupassen, anstatt ein einheitliches Kriterium der "Tatherrschaft" anzuwenden, das durch Normativierung oft seinen sinnvollen ursprünglichen Sinn verliert. Daher wird vorgeschlagen, ein System zu übernehmen, das verschiedene Kriterien anwenden kann, indem es die Struktur der jeweiligen Straftypen berücksichtigt, und dabei den monistischen Ansatz abzulehnen. Auf dieser Grundlage wird es als zutreffend erachtet, dass die „Verletzung einer tatbestandsspezifischen Sonderpflicht“ eigenständig als konstituierendes Element der Täterschaft anerkannt wird. Diese Betrachtungsweise sollte nicht nur für Delikte gelten, bei denen die Pflichtverletzung ganz abstrakt beschrieben wird, sondern auch für solche, deren Vorschrift eine bestimmte Tathandlung zusätzlich festlegt. Denn wenn das tatbestandsspezifische Unrecht ausschließlich durch die Verletzung einer besonderen Pflicht und das dadurch verletzte Rechtsgut entsteht (egal, ob dies durch Dritte oder ohne deren Einwirkung geschieht), erfordert es keine Abkehr von der Lehre der Pflichtdelikte, dass die gesetzliche Definition zusätzlich eine bestimmte Handlung vorgibt. Die eigenhändigen und deswegen als „höchstpersönlich“ bezeichneten Pflichtdelikte bilden jedoch eine Ausnahme von dieser Bewertung. Da eine solche höchstpersönliche Bindung in Bezug auf die untersuchten Straftatbestände nicht vorliegt, sollte in der oben beschriebenen Konstellation, die aus den anhand der relevanten Straftatbestände (StGB § 266 und 288; TüStGB § 155, 209, 239 und 247) konstruierten Fällen besteht, die Täterschaft des Intraneus ausschließlich durch die Pflichtverletzung bestimmt werden. Insoweit vertritt der Autor die Lehre der Pflichtdelikte und kommt somit zu dem Zwischenergebnis, dass in diesen Tatbeständen bei der Bestimmung der Täterschaft der äußere Anteil der Beteiligten keine Rolle spielt.

*Dennoch wird an diesem Punkt eine abweichende Auffassung vertreten, dass Roxin und die ihm folgenden Ansichten, die sich in den untersuchten Fällen für die Anerkennung der mittelbaren Täterschaft aussprechen, nicht zutreffend sind. Das hängt damit zusammen, dass die Annahme der mittelbaren Täterschaft, die offensichtlich zum großen Teil darauf beruht, dass das typische Ergebnis durch das Verhalten des Extraneus am nächsten herbeigeführt wird, fälschlicherweise eine Parallele zum Tatherrschaftsgedanken und zu allgemeinen Begehungsdelikten (Herrschaftsdelikten) zieht. Um den richtigen Ansatz für Pflichtdelikte weiterzuführen, muss berücksichtigt werden, dass der Perspektivenwechsel, der für das Verständnis der besonderen Struktur der Pflichtdelikte erforderlich ist, konsequent auf alle Aspekte der Täterschaftsanalyse angewendet werden sollte. Dementsprechend sollte beachtet werden, dass die Verletzung einer besonderen Pflicht in den untersuchten Delikten nicht nur ausreicht, um die Täterschaft allein zu begründen, sondern auch ein direktes Verhältnis zwischen dem Täter und dem geschützten Rechtsgut herstellt. Wenn die Täterschaft bei diesen Delikten ausschließlich durch die Verletzung der dem Straftatbestand zugrunde liegenden besonderen Pflicht begründet wird, ist die Frage, ob die äußere Handlung direkt oder durch einen Dritten ausgeführt wurde, nicht von Bedeutung, um zu bestimmen, welche Art der Täterschaft vorliegt. In jedem Fall ist es nach dem zutreffenden Ansatz, der sich an Pflichtdelikten orientiert, konsequent und richtig, die unmittelbare Täterschaft des Intraneus anzuerkennen, da dieser aufgrund seiner direkten Beziehung zum geschützten Rechtsgut unmittelbar verantwortlich ist.*

**KAYNAKÇA**

- AKBULUT Berrin, "Bağlılık Kuralı" *GÜHFD*, Cilt 14, Sayı 1, 2010, 167-214.
- AYGÖRMEZ Gülsün Ayhan, *Çevre Ceza Hukuku Cilt I*, On iki Levha, İstanbul, 2021.
- BLOY René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.
- CRAMER Peter, "Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme", *Festschrift für Paul Bockelmann*, Beck, München, 1979, 389-403.
- DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (18. Bası) Seçkin, Ankara, 2023.
- DEMİREL Muhammed, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ERDEM Dilek Özge, "Türk Ceza Hukukunda Açığa Atılan İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m. 209)" *CHD*, Cilt 13, Sayı 37, Ağustos 2018, 171-194.
- GROPP Walter/ SİNN Arndt, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (5. Bası) Springer, Berlin, 2020.
- HAKE Manfred, *Beteiligtenstrafbarkeit und "besondere persönliche Merkmale*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1994.
- HEİNE Günter/WEİßER Bettina, *Schönke/Schröder-StGB*, (30. Bası), C.H.Beck, Münschen, 2019.
- HERZBERG Rolf Dietrich, "Grundfälle zur Tatherrschaftslehre", *JUS*, 1974 (6), 374-379.
- HERZBERG Rolf Dietrich, *Täterschaft und Teilnahme*, C.H.Beck, Münschen, 1977.
- JÄGER Christian, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, (11. Bası) C.F. Müller, Heidelberg, 2024.

JAKOBS Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Bası, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1991.

JESCHECK Heinrich/WEIGEND Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, (5. Bası), Duncker & Humblot, Berlin, 2005.

KİNDHÄUSER Urs, "Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft", *Festschrift für Alexander Hollerbach*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, 627-656.

KİNDHÄUSER Urs/ZİMMERMANN Till, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (10. Bası), Nomos, Baden-Baden, 2022.

KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL Tülay, *Özgü Suç*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

KÜHL Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (8. Bası), Franz Vahlen, München, 2017.

LAMPE Ernst-Joachim, "Systemunrecht und Unrechtssysteme", *ZsTW*, Cilt 106, Sayı 4, 1994, 683-745.

MURMANN Uwe, *Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil*, (6. Bası), C. H. Beck, München, 2021.

OTTO Harro, "Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft", *JURA*, Cilt 27, Sayı 5, 1987, 246-258.

OTTO Harro, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, (7. Bası) De Gruyter, Berlin, 2004.

ÖZGENÇ İzzet, "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müsterek Faillik", *SÜHFD*, Cilt 4, Sayı 1-2, 1994, 159 – 190.

ÖZGENÇ İzzet, "Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)", *SÜHFD*, Cilt 4, Sayı 1-2, 1994, 329-348.

ÖZGENÇ İzzet, *Suçta İştirakin Hukuki Esası*, İBB Hukuk Müşavirliği, İstanbul, 1996.

PARİONA ARANA Raúl, "Täterschaft und Pflichtverletzung – Grundlagen der Pflichtdelikte", *Festschrift für Claus Roxin*, De Gruyter Berlin-New York, 2011, 853-866.

- PARİONA ARANA Raúl, "Mittelbare Täterschaft bei Pflichtdelikten", *Festschrift für Bernd Schünemann*, De Gruyter, Berlin, München, Boston, 2015, 469-482.
- PARİONA ARANA Raúl, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, Nomos, Baden-Baden, 2010.
- PÍZARRO BELEZA Teresa, "Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten", *Bausteine des europäischen Strafrechts-Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Carl Heymanns Verlag, Köln Berlin Bonn Münschen, 1995, 267-282.
- PUTZKE Holm, "Pflichtdelikte und objektive Zurechnung", *Festschrift für Roxin*, De Gruyter, 2011, 425-438.
- RENGIER Rudolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (12. Bası), C. H. Beck, München, 2020.
- RENZİKOWSKI Joachim, "Die fahrlässige Mittäterschaft", *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2007, 423-440.
- RENZİKOWSKI Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.
- ROXİN Claus, "Pflichtdelikte und Täterschaft", *Festschrift für Bernd Schünemann*, De Gruyter, 2014, 509-532.
- ROXİN Claus, "Stratenwerth, Günter: Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Die Straftat. Köln (Usw.): Heymanns 1971- Buchbesprechung", *ZStW* Cilt 84, Sayı 4, 1972, 993-1014.
- ROXİN Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Walter De Gruyter, Berlin, 1973.
- ROXİN Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, C. H. Beck, München, 2003.
- ROXİN Claus, *Täterschaft und Täterschaft*, De Gruyter, Berlin/Boston, 2022.
- SANCHEZ-VERA Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1999.

SCHILD Wolfgang/KRETSCHMER Bernhard, *Nomos Kommentar STGB*, (6. Basi) Nomos, Baden-Baden, 2023.

SCHÜNEMANN Bernd/GRECO Luis, *Leipziger Kommentar Band 2*, De Gruyter, Berlin/Boston, 2020.

STRATENWERTH Günther/KUHLEN Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat*, Vahlen, 2011.

WELZEL Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, (11. Basi), Walter de Gruyter, Berlin, 1969.

WITTECK Lars, *Der Betreiber im Umweltstrafrecht*, Nomos Baden-Baden, 2005, 119.

YERDELEN Erdal "Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu", *CHD*, Cilt 8, Sayı 23, Aralık 2013, 71-91.





## Mercedes-Decision of the European Court of Justice: A New Phase in European Law

### Adalet Divanı'nın Mercedes Kararı: Avrupa Hukuku'nda Yeni Bir Safha

Dr. Cihat Börklüce\*

#### ÖZ

*Avrupa Adalet Divanı'nın 2023 tarihli Mercedes davası kararı, açık yasal hükümlerin yokluğunda bile davacının bireysel tazminat talebini onaylamıştır. Dönüm noktası niteliğindeki bu karar, Avrupa'da kamu politikası düzenlemeleri ile ulusal özel hukuk arasındaki etkileşime ilişkin uzun süredir devam eden tartışmayı da yeniden alevlendirmiştir. Bu makale işbu davayı analiz etmekte, davanın temelini oluşturan tarihi ve siyasi tartışmaları incelemekte ve pozitif hukuk açısından sonuçlarını araştırmaktadır. Makalenin temel üç önemli bulgusu şunlardır: İlk olarak, AAD'nin kararı, Avrupa hukukunun ihlaline dayalı bireysel talepler için yeni bir yol oluşturmakta ve Üye Devletleri uygun iyileştirici tedbirleri hayata geçirmeye sevk etmektedir. İkincisi, karar kamu yararı düzenlemesi ile bireysel koruma arasındaki dengeye ilişkin neredeyse yüzyıllık bir tartışmayı yeni bir boyuta taşımaktadır. Üçüncüsü, karar şimdiden Avrupa ve Almanya'daki hukuki çerçeveyi şekillendirmeye başlamış olup, Türk hukukunda da özellikle de haksız rekabet hukuku alanında benzer tartışmaları tetikleme potansiyeline sahiptir.*

\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi, (cihat.borkluce@tau.edu.tr). ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0004-0232-8074>.



**Anahtar Kelimeler:** Avrupa sözleşme hukuku, Türk hukukunda haksız ticari uygulamalar, regülasyon-iç özel hukuk ilişkisi, borçlar hukuku bağlamında haksız rekabet.

## ABSTRACT

*The European Court of Justice's 2023 ruling in the Mercedes case has upheld an individual compensation claim even without explicit legislative provisions for such compensation. This landmark decision has reignited the longstanding debate in Europe regarding the interplay between public policy regulation and national private law. This paper analyses the case, delves into the historical and political debates underpinning it, and explores its implications for positive law. It offers three key contributions to the ongoing discourse: First, the ECJ's ruling establishes a new pathway for individual claims based on breaches of European law, prompting Member States to implement appropriate remedial measures. Second, the decision elevates a nearly century-old debate on balancing public interest regulation and individual protection to new heights. Third, the ruling has already begun to shape the European and German legal landscapes, provoking similar discussions in Turkish law, particularly in unfair competition law.*

**Keywords:** European contract law, Turkish unfair commercial practices law, regulation and national private law, unfair practices within TBK.

## Introduction

On 21.3.2023, the European Court of Justice (ECJ) ruled in the case of QB v Mercedes AG<sup>1</sup> and granted compensation to the plaintiff for the damage caused by a thermal device installed in the engines of such Mercedes vehicles, which was designed to reduce emissions when the outside temperature was between certain degrees.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Formerly Daimler AG.

<sup>2</sup> ECJ, Case 100/21 QB v Mercedes-Benz Group AG, formerly Daimler AG from 21.3.2023.

The case was referred to the ECJ by the LG Ravensburg in Germany with two main questions, the first and essential of which was whether the regulation in question was also intended to protect individuals, thereby giving them a right to compensation.<sup>3</sup>

The Court's decision and reasoning rocked the foundations of the relationship between European public regulation and national private law, which had been the subject of debate since the mid-sixties.<sup>4</sup> The decision follows a novel approach to the issue that has gained momentum since the turn of the millennium. It could even be described – after similar decisions in the last 20 years<sup>5</sup> – as the last piece of the puzzle, in that it allows individual claims for breach of EU law, regardless of the regulatory picture at the time. The courts' ruling enriches the prior discussions and strengthens the fourth and youngest approach,<sup>6</sup> which sees the European public good regulation and national private laws as complementary.

This paper consists of three main sections. The first section (Section A) provides information on the case itself, explaining the subject matter, the legal considerations and the outturn. This is followed by Section B, which deals with the underlying discussion, namely the relationship between European public regulation and national private law. Section C then discusses the impact of the decision on German law, together with possible implications for Türkiye and Turkish law. The paper concludes with the main findings in the form of theses.

---

<sup>3</sup> The second question was only about the parameters for calculating damages if the first question was answered positively, so it does not contribute to the discussion.

<sup>4</sup> For a summary of discussions see for example Olha Cherednychenko, "Islands and the Ocean: Three Models of the Relationship between EU Market Regulation and National Private Law", *Modern Law Review*, Volume: 84(6), 1294–1329, 2021. See also section B below.

<sup>5</sup> For a previous decision see ECJ, Case 453/99 *Courage v Bernard Crehan* [2001] ECR 2001 I-06297.

<sup>6</sup> Forthcoming at section B-IV below.

### A. The Process in A Summary

The case involved the purchase of a Mercedes C220 CDI fitted with a thermal software device that reduces emissions when the outside temperature is between a certain threshold.<sup>7</sup> This was particularly difficult to maintain in Germany, where the average outside temperature is around 10.5 degrees Celsius.<sup>8</sup> The use of such devices was reminiscent of Volkswagen's infamous diesel scandal, which led to several compensation claims at the time.<sup>9</sup> The use of thermal devices as such was considered a defeat device<sup>10</sup> under Art. 5 of Regulation 715/2007 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2007 on Type Approval of Motor Vehicles with Respect to Emissions from Light Passenger and Commercial Vehicles (Euro 5 And Euro 6) and on Access to Vehicle Repair and Maintenance Information.<sup>11</sup>

QB, the customer, brought the dispute before LG Ravensburg and claimed that he was entitled to compensation through the breach of European law, especially through different articles from the Regulation 2007/715.

---

<sup>7</sup> For optimal results, the outside temperature should be between 20-30 degrees Celsius.

<sup>8</sup> For a monthly report of average temperature in Germany in 2023 see <https://www.statista.com/statistics/982472/average-monthly-temperature-germany/> (last visited on 21.7.2024). Interestingly, even the warmest months like June, July or August do not reach the threshold of 20-30 degrees Celsius.

<sup>9</sup> An overview at the case could be found at <https://www.epa.gov/vw/learn-about-volkswagen-violations#:~:text=On%20June%2028%2C%202016%2C%20Volkswagen,The%20settlement%20was%20formally%20entered> (last visited on 21.7.2024).

<sup>10</sup> A defeat device is defined as any element of design which senses temperature, vehicle speed, engine speed (RPM), transmission gear, manifold vacuum or any other parameter for the purpose of activating, modulating, delaying or deactivating the operation of any part of the emission control system, that reduces the effectiveness of the emission control system under conditions which may reasonably be expected to be encountered in normal vehicle operation and use, according to the Art. 3(1) Nr. 10 of the Regulation 2007/715.

<sup>11</sup> Called from now on just Regulation 2007/715.

## I. Court of First Instance (LG Ravensburg)

The BGH's well-established rulings on such cases consisted of the possibility of a remedy under § 826 BGB (German Civil Code),<sup>12</sup> which presupposes intent. This has only been successful in a handful of cases, such as the Volkswagen diesel scandal.<sup>13</sup> A remedy under § 823(2) BGB,<sup>14</sup> which is much easier to implement because simple negligence is sufficient, has always been ruled out by the BGH.

As the LG Ravensburg was not fully convinced by the current case law and the approach of the BGH, it halted the proceedings and referred two main questions to the ECJ: First, whether Regulation 2007/715 also covers individual claims together with the general interests of the public, and second, how the court should calculate the damages suffered if the former answered in the affirmative.<sup>15</sup>

## II. ECJ Decision

After further consideration, the ECJ granted the plaintiff QB compensation under German law, principally under § 823(2) BGB, overturning the established rulings of the BGH.<sup>16</sup> The court has made it easier for such claims to be granted in the future, as § 823(2) BGB

---

<sup>12</sup> Corresponding to the § 49(2) TBK (Turkish Code of Obligations). According to § 826 BGB, any person who, in a manner offending common decency, intentionally inflicts damage on another person is liable to the other person to provide compensation for the damage.

<sup>13</sup> See in extenso <https://www.justice.gov/opa/pr/volkswagen-spend-147-billion-settle-allegations-cheating-emissions-tests-and-deceiving> (last visited on 21.7.2024).

<sup>14</sup> Corresponding to the §49(1) TBK. According to § 823(2) BGB, the same duty (to compensate damages) is incumbent on a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it is possible to violate it also without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault.

<sup>15</sup> For a German summary of the case see <https://www.anwalt.de/rechtstipps/aktuelles-vom-eugh-zu-abschalteinrichtungen-c-100-21-v-21-3-2023-daimler-diesel-210575.html> (last visited on 21.7.2024).

<sup>16</sup> ECJ, Case 100/21 QB v Mercedes-Benz Group AG, formerly Daimler AG from 21.3.2023. par. 96 et seq.

provides for a much simpler claim for compensation in the event of negligence.

In the words of the ECJ, the European legislation in this area "(...) must be interpreted as protecting, in addition to public interests, the specific interests of the individual purchaser of a motor vehicle vis-à-vis the manufacturer of that vehicle, where that vehicle is equipped with a prohibited defeat device within the meaning of the latter provision".<sup>17</sup>

In similar cases, individual claims will now be presented regardless of whether they pertain to an individual or an EU public interest violation. Notably, future cases will no longer require specific remedies from European regulations, as the decision affirms individual claims irrespective of the regulatory context.<sup>18</sup>

### **B. The Underlying Discussion: The Relationship Between Regulation and Private Law**

The ECJ ruling reopens the debate on the relationship between public interest (or the market) regulation and private law.<sup>19</sup> The decision is significant beyond its immediate subject matter, as it may shift the discussion towards a light-touch regulatory approach. Accordingly, even when the European legislative status lacks an applicable individual remedy, EU Member States should ensure at least one available remedy to effectively compensate the damages in their national law. Further explanation is needed at this point to illuminate the underlying discussions.

---

<sup>17</sup> ECJ, Case 100/21 QB v Mercedes-Benz Group AG, formerly Daimler AG from 21.3.2023, par. 85, 88.

<sup>18</sup> See for similar discussions Cihat Börklüce, Big Data Misuse and European Contract Law, Pending for Publication at *ERCL (European Review of Contract Law)*, De Gruyter, 2024, s. 13 et seq.

<sup>19</sup> See for such discussions in extenso Hugh Collins, *Regulating Contracts*, Oxford International, 2002; Alexander Hellgardt, *Regulierung und Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2016.

## I. Ordoliberal Approach

The discussion could be traced back to the 60s in Germany and to the ordoliberal thoughts. At that time, when European legislation was still young, the regulation of the public interest and national private law were seen as two completely separate spheres.<sup>20</sup> This is why the first approach was called the strict separation approach. At its core, the ordoliberal view did not grant private rights to individuals unless they were directly granted by the regulatory act itself.

These preliminary discussions were particularly praiseworthy in that they saw economic, political and even social powers as a whole.<sup>21</sup> But soon enough they were criticised for being nothing but a German variant of neo-liberal thinking.<sup>22</sup> The ordoliberal approach also did not provide a viable explanation of how a sufficient market order could be constructed.<sup>23</sup> Others soon followed, trying to provide a better explanation for the weaknesses of this initial attempt.

## II. More Economic Approach

This first approach was quickly softened by a second, economic approach, which upheld the former but put public good regulation and national private law on an equal footing.<sup>24</sup> This approach could be viewed as a bridge between the strict separation approach and subsequent discussions, rather than as a distinct phase.

With its foundations in the works of Manne the alike,<sup>25</sup> this second approach was also praised for being more logical and persuasive

---

<sup>20</sup> In extenso Franz Böhm, "Privatgesellschaft und Marktwirtschaft", *ORDO*, 1966, 75-150.

<sup>21</sup> See Stefan Grundmann, *Privatrecht und Regulierung* in H. G. Grigoleit and J. Petersen (eds.): *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, De Gruyter, 2017, 907-948, s. 918.

<sup>22</sup> A so-called *Sonderweg*.

<sup>23</sup> Grundmann, *Privatrecht und Regulierung*, s. 919, 920.

<sup>24</sup> In extenso *ibid*, 920 et seq.

<sup>25</sup> See for example Henry Manne, "Insider Trading and the Stock Market", *The Free Press*, 1966, 76-91.

than the first.<sup>26</sup> However, its application to certain specific concerns also seemed troublesome. For example, according to the more economic approach, an anti-competitive practice could only be prohibited if its disadvantages for the general welfare outweighed its advantages, *de facto* paving the way for monopolies and cartels in a given market.<sup>27</sup> Thus it seemed not viable to separate the public interest from the protection of the individual.

### III. Embedding (Integration) Approach

With the third phase, the general view began to change fundamentally. According to the embedding approach, public regulation and national private law could not be seen as separate paths, since the two strongly influenced each other.<sup>28</sup> According to George Akerlof, for example, information asymmetries in a given market endangered not only the interests of individuals but also the market as a whole.<sup>29</sup>

His famous example was the used car market. According to Akerlof, the fact that the seller of a used car with problems (a lemon)<sup>30</sup> knows that his car lacks the necessary quality, but the buyer does not, leads to more problems than just damaging that particular buyer.

The existence of *lemons* could lead to a shortage of quality used cars eventually, as sellers with good cars might feel that their cars are not getting their value, since the cost of the defective cars is more or less the same. So, they would withdraw such vehicles from the market, which would lead to adverse selection eventually and could even lead to the collapse of this particular market altogether.<sup>31</sup> Thus, the information

---

<sup>26</sup> Grundmann, *Privatrecht und Regulierung*, s. 924, 925.

<sup>27</sup> *Ibid*, s. 925.

<sup>28</sup> In extenso *ibid*, s. 926 et seq.

<sup>29</sup> See George Akerlof, "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, Volume: 84(3), 488–500, 1970.

<sup>30</sup> Lemon is used as an American slang for such cars, hence the name of the essay.

<sup>31</sup> Akerlof, s. 490, 493 et seq.



asymmetries that at first sight might only appear to harm individual buyers could, given enough time and repetition, damage the whole market irreversibly.

This economic theory also strongly influenced the third approach, which saw the regulation of the public good and the rights of individuals under national law not as separate but as complementary.

#### **IV. Harmonization Approach and The Importance of The ECJ Decision**

Since the turn of the millennium, the rulings of the European Court of Justice and the legal literature have taken a softer, more harmonious approach. Initially, the so-called *Courage* decision mainly influenced discussions on antitrust law.<sup>32</sup>

It is at this point that the most recent ECJ decision becomes central, as it turns the discussion towards this fourth approach. National private law and public good regulation should not be seen as separate paths, not as either/or legislations, but rather as complementary.<sup>33</sup> In cases where European legislation lacks individual protection, general rules of national private law such as §§ 823(2)<sup>34</sup> or 311(2)<sup>35</sup> or 119 et seq. BGB<sup>36</sup> should be considered to fill the gap and provide such protection.<sup>37</sup>

This paper also follows the fourth approach in similar cases, which grants individual claims notwithstanding the European legal situation prevailing at the relevant time. Given the tendency to follow European legislation as part of the process of modernising national

---

<sup>32</sup> ECJ, Case 453/99 *Courage v Bernard Crehan* [2001] ECR 2001 I-06297.

<sup>33</sup> Stefan Grundmann, “European Private Law and EU Regulation”, Pending for publication at *ERCL (European Review of Contract Law)*, De Gruyter, 2024, s. 20 et seq.

<sup>34</sup> Tort law under § 49(1) TBK.

<sup>35</sup> Culpā in contrahendo within § 2 TMK (Turkish Civil Code).

<sup>36</sup> Voidability under §§ 30 et seq. TBK.

<sup>37</sup> ECJ, Case 100/21 *QB v Mercedes-Benz Group AG*, formerly *Daimler AG* from 21.3.2023, par. 85, 88.

private law, the Turkish academic literature and the decisions of Yargıtay may see some changes coming in the future.<sup>38</sup>

### C. A New Era in European Law

The resonance of the ECJ decision has already had an impact on European and German contract law. Amid the proceedings, Art. 11a was added to the Unfair Commercial Practices Directive 2005/29,<sup>39</sup> encouraging member states to grant individual rights to consumers in cases of unfair commercial practices. According to the newly added Art. 11a, consumers harmed by unfair commercial practices shall have access to proportionate and effective remedies, including compensation for the damage suffered and, where relevant, a price reduction or the contract's termination. Member States may determine the conditions of application and effects of these remedies. Member States may, where appropriate, take into account the seriousness and nature of the unfair commercial practice, the damage suffered by the consumer and other relevant circumstances. Art. 11a (2) also states that these remedies shall be without prejudice to the application of other remedies available to consumers under Union or national law.<sup>40</sup>

#### I. What's New for Germany?

Following this amendment, the German Unfair Competition Act (UWG) was also changed in 2022 and an individual remedy was added under § 9(2) UWG.<sup>41</sup> § 9(2) UWG states that whoever intentionally or negligently<sup>42</sup> engages in an unlawful commercial practice within the

---

<sup>38</sup> See also section C-II.

<sup>39</sup> Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 Concerning Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market.

<sup>40</sup> See in extenso Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 42. Edition, 2024, UWG § 9 mn. 2.2 et seq.

<sup>41</sup> See *ibid*, mn. 2.5 et seq.

<sup>42</sup> This refers to the liability rule in § 276(2) BGB. According to § 276(2) BGB, anyone who acts negligently and fails to exercise the diligence required in proper business conduct is liable for the damage caused.

meaning of § 3<sup>43</sup> and thereby induces consumers to take a transactional decision which they would not have taken otherwise, is obliged to compensate for the damage resulting therefrom. This means that an individual claim will also be granted in such cases as Mercedes' thermal windows, regardless of whether or not the European regulation grants such an individual claim within its own scope. The decision of the ECJ and the underlying discussions on individual protection have thus changed German private law permanently.

## II. Possible Implications for Turkish Law

The Turkish Unfair Commercial Practices Law could also undergo some changes after the Mercedes decision. As it stands, the regulation of unfair practices in Türkiye has three main pillars: the general rule pursuant to § 57 TBK (Turkish Code of Obligations) and the specific prohibitions and claims under §§ 54 et seq. of TTK (Turkish Commercial Code) and § 62 TKHK (Turkish Consumer Protection Code). The claims under §§ 54 et seq. TTK are not only reserved and cited by § 57(2) TBK for commercial transactions, but also have priority over the general rule: *lex specialis derogat legi generali*.<sup>44</sup> This is because the TTK has priority in cases involving commercial transactions and the TKHK has priority in cases against consumers against the general provisions of TMK (Turkish Civil Code) and TBK. As a result, the general rule on unfair commercial practices under § 57 TBK does not apply to *almost*<sup>45</sup> any transaction.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> According to § 3(2) UWG commercial practices targeting or reaching consumers are unfair if they are not in compliance with the requirements of professional diligence and are suited to materially distorting the economic behaviour of consumers.

<sup>44</sup> The same rule applies to § 62 TKHK against the TBK as well.

<sup>45</sup> For a rather exceptional case, compare Yargıtay, 11th Civil Chamber, Decision of: 3.5.2017, E: 2016/2973, K: 2017/2585. The dispute in this case was between two competing booksellers who sold books to police candidates from a bookstand near a police academy.

<sup>46</sup> See also Asena Sinanoğlu, "Saldırgan Ticari Uygulamaların Tüketici Hukukunda İncelenmesi Ve Konunun Haksız Rekabet Boyutu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Volume: 13(1), 1-15, 2022, s. 4, 5.

Since its enforcement in 2012, § 56(2) TTK grants individual claims to all customers.<sup>47</sup> According to § 56(2) TTK, customers whose economic interests have been damaged or who may be threatened with such damage may also bring an action under § 56(1) TTK but may not demand the destruction of equipment and goods.<sup>48</sup>

It is safe to say that the TTK granted individual claims in cases of unfair commercial practices long before its German counterpart decided to do so. It also has a broader scope of application, i.e., it covers not only consumer claims but also other possible claims where the counterparty who is subject to unfair commercial practices is not a consumer within the meaning of § 3(1)(k) TKHK.<sup>49</sup>

Furthermore, § 56(2) of the TTK is not limited to compensation claims, which would only apply in the case of fault, but grants the customer further legal entitlements, such as the termination of the unfair practice under § 56(1)(b) TTK<sup>50</sup> or a declaratory judgement under § 56(1)(a) TTK<sup>51</sup> or even compensation for foregone profits<sup>52</sup> according to § 56(1) sent. 2 TTK.

However, it lacks an essential feature in that it does not provide for specific infringement remedies vis-à-vis the consumer, as is the case, for example, in § 3 UWG. For example, the nudging of the consumer is always unfair according to the UWG, as it is part of the appendix to § 3(3) UWG,<sup>53</sup> thus it is categorically prohibited.<sup>54</sup> This is where the

---

<sup>47</sup> Not only consumers as in the UWG but also all customers.

<sup>48</sup> This also includes compensation under § 56(1)(d) TTK.

<sup>49</sup> There it says: Ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek *müşteriler* de birinci fıkradaki davaları açabilirler, ancak araçların ve malların imhasını isteyemezler (*Customers* whose economic interests have been damaged or who may face such a danger may also bring proceedings under the first paragraph but may not request the destruction of vehicles and goods).

<sup>50</sup> Haksız Rekabetin Men'i.

<sup>51</sup> Fiilin Haksız Olup Olmadığının Tespiti.

<sup>52</sup> Yoksun Kalınan Kazanç.

<sup>53</sup> List of prohibited acts against consumers.

provisions of the TKHK should come in, but this opens up new debates rather than providing answers.

The nexus between TTK and TKHK is also unclear in this context, as it is not entirely settled whether TTK or TKHK should primarily apply to cases where only one party to the contract is a merchant and the other a consumer.<sup>55</sup> Yargıtay considers such cases to be mainly of a consumer law nature, thus excluding the expertise of commercial courts altogether.<sup>56</sup> The problem is further exacerbated by the fact that § 62(1) TKHK prohibits unfair commercial practices against the consumer but does not provide for an individual remedy against such instances. In other words, consumer courts or consumer arbitration committees<sup>57</sup> have to take the relevant provisions from §§ 54 et seq. TTK or general provisions. Such a discrepancy might also have other disadvantages for the consumer, e.g., by denying him access to remedies which he would normally have had under commercial norms, which is also contrary to the very nature and the core meaning of consumer law and thus of the TKHK.<sup>58</sup>

Overall, all three pillars appear to be problematic from different perspectives. § 57 TBK has no practical use, § 56(2) has the tools to protect the consumer but has no settled area of application, and § 62 TKHK has indeed application but not enough tools and expertise due to the shortcomings of the arbitration committees. Here, a dysfunctional

---

<sup>54</sup> The wording of Nr. 31 is as follows: Making the false statement, or creating the false impression, that the consumer has already won, or will win a prize, or that the consumer will win a prize or other equivalent benefit subject to a specific act if a) there is in fact no such prize to win or other equivalent benefit or b) the possibility of winning such a prize or other equivalent benefit is made dependent on payment of a sum of money or incurring costs.

<sup>55</sup> Typical B2C transactions.

<sup>56</sup> For an example see Şafak Narbay/Muhammed Akkuş, “Ticari İş Ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme Ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Year: 11, Volume: 44, 301–333, 2020, s. 323,

<sup>57</sup> Tüketici Hakem Heyetleri.

<sup>58</sup> Compare Şafak Narbay/Muhammed Akkuş, s. 324.

interrelation emerges, where those with competence do not have expertise, and those with expertise do not have competence. A possible solution seems to be to apply § 4 TTK in this case and to accept such transactions as a commercial practice as well, hence giving the commercial courts competence.<sup>59</sup> Yargıtay amending its approach on similar cases could also prove to be moving forward.

Another option would be to amend the TKHK and include claims similar to those of the TTK directly in the TKHK. However, although debatable,<sup>60</sup> even in cases where the consumer courts have authority, the rules of the TTK might also apply. The main question at this point is whether the TTK has a complementary role in cases where the TKHK is primarily applicable, or in other words, whether the TTK is a general act corresponding to the provisions of the TKHK. § 83(1) TKHK states that in cases where there is no provision in TKHK, general provisions shall apply. General provisions are primarily considered to be the statutes of the TMK and the TTK.<sup>61</sup>

However, § 83(2) then states the following: The fact that there are provisions in other acts governing transactions in which one of the parties is a consumer shall not prevent the transaction from being regarded as a consumer transaction and the provisions of this Act regarding duty and authorisation shall not apply. The reasonable approach would therefore be to examine each case on its own merits and see whether there are other provisions in codes such as TTK. In this context, the provisions of the TKHK on unfair commercial practices cannot be considered separately from the provisions of the TTK.

This paper argues that even if the case itself is accepted as a consumer transaction, §§ 54 et seq. TKHK would still be applicable by virtue of § 83 TKHK. In unfair practices against the consumer, the rules of TTK and TKHK are complementary.<sup>62</sup> Therefore, this second option to

---

<sup>59</sup> Ibid, s. 328 et seq.

<sup>60</sup> See for a similar criticism *ibid*, especially s. 329.

<sup>61</sup> See also the preamble to § 83 TKHK.

<sup>62</sup> Compare Ebru Ceylan, "Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar Ve Uygulama Örnekleri", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 123-147, 2020, s. 132.

amend TKHK accordingly seems to be a last resort if nothing else succeeds.

Irrespective of this discourse from the topic, the Turkish Unfair Commercial Practices Law could also undergo some changes after the Mercedes decision, especially in the way the courts share authority. A wave of compensation claims for similar cars could also arise in the future in Türkiye, whether within the scope of §§ 54 et seq. TTK or general provisions such as tort law under § 49 et seq. TBK.

#### **D. Concluding Remarks in Theses**

- In the case of *QB v Mercedes AG*, the LG Ravensburg sought the help of the ECJ to determine whether the plaintiff had access to compensation under § 823(2) BGB, a type of claim typically prohibited by the BGH.

- The ECJ decision on the case allowed individual compensation claims for breach of Regulation 2007/715, which itself does not allow such a claim.

- Amidst the discussions, an Art. 11a was added to the Unfair Commercial Practices Directive, encouraging Member States to allow individual redress for breach of European law without prejudice to other European/national claims.

- This set of developments has an underpinning significance that touches on an ongoing debate about the interplay between public interest regulation and Member States' national private law.

- Enhanced is the view that the two should not be seen as either/or, but rather as mutually complementary.

- Such developments could also have an indirect impact on Turkish private law and especially on the law against unfair practices. It would be necessary to reassess the relationship between the three pillars of the law against unfair practices, the TBK, the TTK and the TKHK.

- To avoid any possible confusion, it seems to be the appropriate solution to give the commercial courts and the provisions of

TTK against unfair commercial practices the primary authority over similar cases.

- In cases where the counterparty is a consumer, the provisions of TKHK and TTK against unfair commercial practices should apply complementarily. If this person is not a consumer, then the provisions of TTK should apply exclusively.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.



## ÖZET

*Avrupa Adalet Divanı (AAD), 21.3.2023 tarihli QB v Mercedes AG kararında, Mercedes marka araçların motorlarına takılan ve dış hava sıcaklığı belirli dereceler arasında olduğunda emisyonları azaltmak üzere tasarlanan bir termal cihazın neden olduğu zarar için davacıya tazminat ödenmesine hükmetmiştir.*

*Dava, Alman LG Ravensburg Mahkemesi tarafından iki ana soruyla AAD'ye havale edilmişti; bunlardan ilki ve esas olanı, söz konusu düzenlemenin bireyleri de korumayı amaçlayıp amaçlamadığı ve dolayısıyla onlara tazminat hakkı verip vermediğiydi. Mahkeme'nin kararı ve karar gerekçesi, altmışlı yılların ortalarından beri tartışma konusu olan Avrupa kamu yararı düzenlemesi ile ulusal özel hukuktan doğan bireysel haklar arasındaki ilişkinin temellerini sarsmıştır. Karar, milenyumun başından bu yana iome kazanmakta olan yeni, hafif regülasyon temelli bir yaklaşımı takip etmektedir. Buna göre, ilgili andaki kanuni durumdan bağımsız olarak AB hukukunun ihlali halinde bireysel taleplere izin verilmeli ve üye devletler bu noktada teşvik edilmelidir. Mahkemeye göre, Avrupa Hukuku'nun kişisel korumayı sağlamakta eksik kaldığı noktada üye ülkelerin iç özel hukuku devreye girmeli ve kişilere, kolayca uygulanabilir ve hakkaniyetli en az bir hukuki koruma hakkı sağlamalıdır. Bu yönüyle AAD Mercedes kararı hem tarihsel hem güncel hukuki bağlamda incelenmelidir.*

*Bahsi geçen tartışma, Avrupa Birliği hukuku ile iç özel hukuk mekanizmalarının ne derece çatıştığı/ne derece dayandığı, bir başka deyişle, regülasyon ile bireysel koruma amaçlı iç hukukun arasındaki ilişkinin tam olarak ne olduğudur. Ordoliberal görüş, bu ikisini birbirinden tamamen ayırmakta ve dolayısıyla bireysel ihlaller sebebiyle doğrudan Avrupa regülasyonu kaynaklı bir talep hakkını reddetmektedir. Takip eden ekonomik görüşe göre de bu ikisi birbirinden ayrıdır; ancak Ordoliberal görüşten farklı olarak, bu görüş en azından iki motivasyonu (bireyin korunması ve kamu yararının gözetilmesi) aynı düzeyde kabul etmektedir. George Akerlof gibi ekonomistlerin başını çektiği entegrasyon görüşüne göre ise bireyin korunması olmaksızın kamu yararına ulaşılması da zaten imkânsız olduğundan, bu ikisi birbirinden ayrı görülemez, tersine birbirini destekler. Sonuç olarak, kendisini*

*bu üçüncü görüş üzerine bina eden harmonizasyon görüşü, regülasyonun yalnızca gerekli olan yerde yapılmasını, Avrupa Birliği hukuku ve iç özel hukukun birbirini boşluk halinde tamamlaması gerektiğini savunur. AAD'nin son 20 yıllık içtihadı da bu görüşü güçlendirir niteliktedir. Bu noktada, Mercedes kararı da büyük önem kazanmaktadır, zira AAD ilk defa, bu tartışmaya dair tarafını bu kadar net ifadelerle belirtmiştir.*

*Bu durum, Avrupa ve Alman hukukunu çoktan kanun düzeyinde etkilemiş, Avrupa düzeyinde Haksız Rekabet Direktifi'ne (2005/29) eklenen 11a maddesi ve devamında Almanya'da Haksız Rekabete Karşı Kanun'a (UWG) eklenen 9(2) maddesi, haksız ticari uygulamalar aleyhinde tüketicinin korunmasını bizzat lafız altına almıştır. Bu düzenlemeler ve düzenlemelere ilham veren karar, Türk hukuku bakımından da sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir.*

*Öncelikle, Türk hukukunda, belki de biraz gereksiz şekilde karmaşık düzenlenmiş olan ve üç kaynaktan (TBK madde 57, TTK madde 54 vd. ve TKHK madde 62) beslenen haksız rekabet düzenlemesini gözden geçirme ihtiyacı doğurabilir. Zira şu anki haliyle, genel hüküm olması ve ticari işlere uygulanmaması sebebiyle TBK, Yargıtay'ın bir tarafı tüketici bir tarafı tacir olan işleri tüketici işi sayma ve görevi Tüketici Mahkemelerine (ve dolayısıyla Tüketici Hakem Heyetleri'ne) verme eğiliminden dolayı da TTK hükümleri yeterli uygulama alanı bulamamaktadır. Oysaki özellikle TTK hükümleri bireysel koruma anlamında oldukça geniş kapsamlı düzenlemeler getirmekte, Alman Hukuku'nda yeni tanınan tazminat talebinin yanında tespit davası ve men davası gibi haklar da tanınmaktadır. Bu sebeple, elde bulunan TTK düzenlemesi bireysel koruma için fazlasıyla yeterlidir.*

*Bu noktada, Yargıtay'ın ilgili konulardaki içtihadını gözden geçirmesi, bu olmayacaksa, TKHK kapsamına da doğrudan TTK gibi bireysel taleplerin eklenmesi de gündeme gelebilir. Ancak, bu olmasa bile, TTK ve TKHK'nın getirdiği haksız rekabet hükümlerinin beraber uygulanmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Zira tüketici aleyhine olacak şekilde rekabetin engellendiği hallerde, her iki kanunun da korumasına başvurulabilir. Bu iki ihtimalin de atlandığı durumda, TBK'nın haksız fil hükümleri kapsamında da hukuki koruma sağlanabilir. Her halükârda, 2016'da Volkswagen kararının devamında da olduğu gibi, bir dizi tazminat talebini ülkemizde de beklemek mümkün görünmektedir.*

## BIBLIOGRAPHY

- AKERLOF George, "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics* Volume: 84(3), The MIT Press, 488–500, 1970.
- BÖHM Franz, "Privatgesellschaft und Marktwirtschaft", *ORDO (Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft)*, 75-150, 1966.
- BÖRKLÜCE Cihat, Big Data Misuse and European Contract Law, Pending for Publication at *ERCL (European Review of Contract Law)*, De Gruyter, 2024.
- CEYLAN Ebru, "Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar Ve Uygulama Örnekleri", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Year:8 Volume:15, 123-147, 2020.
- COLLINS Hugh, *Regulating Contracts*, Oxford International, 2002.
- GRUNDMANN Stefan, "European Private Law and EU Regulation", Pending for publication at *ERCL (European Review of Contract Law)*, De Gruyter, 2024.
- GRUNDMANN Stefan, *Privatrecht und Regulierung in H. G. Grigoleit and J. Petersen (eds): Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, De Gruyter, 2017.
- HELLGARDT Alexander, *Regulierung und Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2016.
- KÖHLER Helmut/BORNKAMM Joachim/FEDDERSEN Jörn, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Beckische Kurz Kommentare, 42. Edition, 2024 (cited as Köhler/Bornkamm/Feddersen/Writer).
- MANNE Henry, "Insider Trading and the Stock Market", *The Free Press*, New York, 76–91, 1966.
- NARBAY Şafak/AKKUŞ Muhammed, "Ticari İş Ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme Ve Dava Şartı

Arabuluculuk Üzerine Düşünceler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Year: 11, Volume: 44, 301–333, 2020.

CHEREDNYCHENKO Olha, “Islands and the Ocean: Three Models of the Relationship between EU Market Regulation and National Private Law”, *Modern Law Review*, Volume: 84(6), 1294–1329, 2021.

SİNANOĞLU Asena, “Saldırgan Ticari Uygulamaların Tüketici Hukukunda İncelenmesi Ve Konunun Haksız Rekabet Boyutu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Volume: 13(1), 1-15, 2022.

### Internet Sources

<https://www.statista.com/statistics/982472/average-monthly-temperature-germany/> (Fn. 8 – Average Temperature in Germany by month - 2023).

<https://www.epa.gov/vw/learn-about-volkswagen-violations#:~:text=On%20June%2028%2C%202016%2C%20Volkswagen,The%20settlement%20was%20formally%20entered> (Fn. 9 – Volkswagen Diesel Scandal).

<https://www.justice.gov/opa/pr/volkswagen-spend-147-billion-settle-allegations-cheating-emissions-tests-and-deceiving> (Fn. 13 – Volkswagen Diesel Case from 2016).

<https://www.anwalt.de/rechtstipps/aktuelles-vom-eugh-zu-abschaltein-richtungen-c-100-21-v-21-3-2023-daimler-diesel-210575.html> (Fn. 15 – A Summary of the Case 100/21 – in German language).



## **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** **Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları**

### **A. Yayın İlkeleri**

1. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TAÜHFD)/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR), “Hakemli Dergi” statüsünde, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) basılı olarak yayımlanır. Ayrıca çalışmaların PDF biçimli tam metinleri <http://hfd.tau.edu.tr> adresinde yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Derginin yayın dili Türkçe ve Almanca’dır, fakat niteliği dikkate alınarak İngilizce metinler de kabul edilecektir.

4. Dergide kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında yazılmış makale ve çeviri çalışmalarına yer verilir. Ayrıca dergide, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, sempozyum bildirimleri ve bilgilendirici notlara da yer verilebilecektir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, dergi yayın kurulu tarafından yapılacaktır.

5. Çalışmanın yazarı adını, soyadını, iş adresini, telefon numaralarını ve e-posta adresini dergi sorumlusuna bildirmelidir.

6. Dergi yayın kurulu tarafından ilk değerlendirmede dergi yayın ilkelerine uygun bulunan makale çalışmaları, yazar adları metinden çıkarılarak, iki hakeme gönderilir. Hakem değerlendirmesi sonucunda hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda çalışma, üçüncü bir hakeme gönderilir. Çalışmanın yayımlanabilmesi için en az iki hakemin olumlu görüş bildirmesi gerekir. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan çalışmalar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir ve

yazarları tarafından en geç 15 gün içinde teslimi gereklidir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

7. Çeviri çalışmaları bakımından, çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati da iletilmelidir. Ayrıca asıl metnin tam bibliyografik künyesinin (asıl metnin yayımlandığı eserin adı, yazarı, baskı yeri, baskı yılı, cildi, sayısı ve sayfaları) bildirilmesi gerekir. Çeviri çalışmaları da makale çalışmaları için geçerli olan hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen çalışmanın çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir. Dergi yayın kurulu, çalışmaların yayımlanması konusunda yetkili kılınır.

9. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen çalışmaların tauhfd@tau.edu.tr veya ztdr@tau.edu.tr e-posta adresine "Microsoft Word" yazılımı formatında (.doc, .docx) gönderilmesi gerekmektedir.

10. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların içeriği ile ilgili tüm sorumluluk yazarlarına aittir.

## **B. Yazım Kuralları**

1. İmlâ ve noktalama açısından (özel kullanımlar dışında) Türk Dil Kurumu'nun İmlâ Kılavuzu esas alınmalıdır. Gönderilen yazılar dil ve anlatım açısından bilimsel ölçülere uygun olarak açık ve anlaşılır olmalıdır.

2. **Başlık:** Çalışmanın Türkçe başlığı, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır. İngilizce başlık, Türkçe başlıktan sonra, 12 punto

olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır.

**3. Yazar/Yazarlar:** Yazar/yazarların isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın/yazarların unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir. Ayrıca yazar/yazarların "ORCID" bilgilerinin de sisteme girilmesi gerekmektedir.

**4. Öz ve Özet:** Türkçe "Öz", 10 punto yatık (italik) olarak koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile 1 satır aralığıyla yazılmalı ve 500 kelimeyi geçmemelidir. Öz'ü takiben aynı şekilde "Abstract" başlığıyla İngilizce Öz de yer almalıdır. Ayrıca çalışmalarının sonunda, çalışma Türkçe dilinde kaleme alınmışsa, 'Zusammenfassung' başlığıyla Almanca bir özetin; Almanca dilinde kaleme alınmışsa, Türkçe bir "Özet" in yer alması gerekir. Bu özet, en az 500, en fazla 1000 kelime kullanılarak hazırlanmalı ve çalışmanın temel çerçevesini, sorunsalını ve sonucunu ortaya koyan bir içerikte olmalıdır.

**5. Anahtar Kelimeler:** Öz kısımlarının altında Türkçe "Anahtar Kelimeler" e ve İngilizce "Keywords" e yer verilmelidir. Anahtar kelime sayısı, makalenin erişimine olanak verecek alanları içerecek şekilde en az 4, en fazla 8 kelimedenden oluşmalıdır.

**6. Çalışma Metni:** Metin, 12 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle 1,5 satır aralığında yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve yatık (italik) karakter kullanılarak belirtilir. Yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde yatık (italik) yazı kullanılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır. Virgöl, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.



**7. Çalışma Metnindeki Başlıklar:** Konunun işlenişine göre rakam/harf sistemi esas alınarak yine 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle ana, ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Başlıklardaki her bir kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır.

**8. Kısaltmalar:** Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

9. Metin içinde kullanılacak tablo ve şekillere sıra numarası ve başlık verilmelidir.

**10. Dipnot Gösterimi:** Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıfta yer alan bilgiler ile kaynakçada yer verilen eserin bilgileri aynı olacak şekilde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir:

**a) Kitaplar İçin:**

Dipnotta kitaplara atıf yapmak için ilk olarak yazarın adı ve soyadı olmak üzere, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Sadece kitap başlığı yatık (italik) verilmelidir.

**Örnek:** Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23.

Birden fazla yazarlı kitaplara “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı kitaplar için sonraki dipnotlarda ise, “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Çekin, s. 71. – Akkanat/Çekin/Sarıkaya, s. 80.) Eğer aynı yazarın birden fazla kitabına atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, kitabın

başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Kitap başlığı kısaltılabilir. (Örnek: Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, s. 73.)

### b) Makaleler İçin:

Dipnotta makalelere atıf yapmak için yazarın adı ve soyadı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak), makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

**Örnek:** Meltem Deniz Güner-Özbek, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227, s. 1200.

Birden fazla yazarlı makalelere “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı makaleler için sonraki dipnotlarda ise “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (Örnek: Güner-Özbek, s. 1190. – Göçmen/Keskin, s. 450.) Eğer aynı yazarın birden fazla makalesine atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, makalenin başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Makale başlığı kısaltılabilir. (Örnek: Güner-Özbek, *Yolcu Hakları*, s. 1205.)

**11. Kaynakça Gösterimi:** Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre alfabetik olarak sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakçada, sadece metin içinde atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlenme yapılabilir.

### a) Kitaplar İçin:

Kaynakçada kitaplar için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı

yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

**Örnek:** ÇEKİN Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

### **b) Birden Fazla Yazarlı Kitaplar İçin:**

Kaynakçada birden fazla yazarlı eserler için büyük harflerle sadece yazarların soyadı olmak üzere, yazarların önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

**Örnek:** AKKANAT Halil/ÇEKİN Mesut Serdar/SARIKAYA Murat, *Medeni Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği (Borçlar Hukuku – Eşya Hukuku Çözümlü Pratik Çalışmalar)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

### **c) Makaleler İçin:**

Kaynakçada makaleler için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak) ve makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı gösterilir. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

**Örnek:** GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227.

# **Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien**

## **Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben**

### **A. Publikationsrichtlinien**

1. Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint nach Durchführung eines Begutachtungsverfahrens von Werken in zwei Ausgaben pro Jahr (Juni, Dezember). Darüber hinaus werden Volltexte der Werke in PDF-Format unter <http://hfd.tau.edu.tr> veröffentlicht.

2. Die eingereichten Werke dürfen nicht anderweitig veröffentlicht sein oder werden.

3. Die Publikationssprache ist Türkisch und Deutsch; auch englische Texte werden ausnahmsweise aufgenommen.

4. In der Zeitschrift sind Aufsätze und Übersetzungen enthalten, die die Bereiche öffentliches Recht oder Privatrecht betreffen. Außerdem können Entscheidungs- und Buchrezensionen, Gesetzgebungsbewertungen, Symposiumsmeldungen und informative Notizen in der Zeitschrift veröffentlicht werden. Die Annahme oder Ablehnung der Beiträge erfolgt durch die Redaktion der Zeitschrift.

5. Der Beiträger muss den Vor- und Nachnamen, die Geschäftsadresse, eine Telefonnummer und E-Mail-Adresse angeben.

6. Die eingereichten Aufsätze werden von der Redaktion überprüft und Aufsätze, die den Richtlinien der Zeitschrift entsprechen, werden in anonymisierter Form zu zwei Begutachtern weitergeleitet. Im Fall eines Dissenses wird der Aufsatz einem dritten Begutachter gegeben. Mindestens zwei Begutachter müssen die Annahme vorschlagen, damit der Aufsatz veröffentlicht wird. Wenn nach redaktioneller Überprüfung festgestellt wird, dass der Aufsatz den Publikationsrichtlinien nicht entspricht, wird er zur Überarbeitung zurückgegeben.

7. Bei Übersetzungen sollen der Originaltext und die Zustimmung des Rechtsinhabers übermittelt werden. Außerdem ist das vollständige bibliographische Impressum des Originaltextes (der Name des Werks, in

dem der Originaltext veröffentlicht worden ist, Autor, Ort des Druckes, Jahr des Druckes, Band, Anzahl und Seiten) anzugeben. Übersetzungen unterliegen der Bewertung der Begutachter wie Aufsätze.

8. Die finanziellen Rechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe, Verarbeitung und Übersetzung der zur Veröffentlichung angenommenen Werke werden an die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität für alle Formen und Medien im In- und Ausland übertragen. Der Autor akzeptiert, dass ihm keine Urheberrechtsgebühr bezahlt wird.

9. Die Werke, die in der Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien veröffentlicht werden sollen, sind an die E-Mail-Adresse tauhfd@tau.edu.tr oder ztdr@tau.edu.tr im Software-Format "Microsoft Word" (.doc, .docx) zu senden.

10. Die Haftung für den Inhalt der zur Veröffentlichung in der Zeitschrift eingereichten Studien liegt bei den Autoren.

## **B. Redaktionsvorgaben**

1. **Titel:** Der türkische Titel des Werkes soll in Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben fett und zentriert geschrieben werden. Der englische und deutsche Titel soll nach dem türkischen Titel mit Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben zentriert und fett geschrieben sein.

2. **Autor/Autoren:** Der Titel, die Institution, die Arbeitsgebiete und die E-Mail-Adresse von Autor / Autoren sind anzugeben. Außerdem sollen "ORCID" -Informationen von Autor / Autoren in das System eingegeben werden.

3. **Kurzfassung und Zusammenfassung:** Türkische "Öz" soll in 10 pt (kursiv) fett und in Times New Roman mit 1 Zeilenabstand geschrieben werden und 500 Wörter nicht überschreiten. Nach der Kurzfassung soll auch eine englische Kurzfassung mit dem Titel "Abstract" in der gleichen Art und Weise gegeben werden. Am Ende des Werkes, wenn das Werk in türkischer Sprache eingereicht wurde, befindet sich eine Zusammenfassung in deutscher Sprache mit der Überschrift "Zusammenfassung"; wenn das Werk in deutscher Sprache eingereicht

wurde, soll ein türkischer "Özet" eingefügt werden. Diese Zusammenfassung soll mit einem Minimum von 500 Wörtern und einem Maximum von 1000 Wörtern erstellt werden und den grundlegenden Rahmen, die Problematik und den Endergebnis skizzieren.

**4. Schlüsselwörter:** Unter dem Kurzfassungsteil sollen türkische "Anahtar Kelimeler" und englische "Keywords" stehen. Die Anzahl der Schlüsselwörter soll mindestens 4, höchstens 8 Wörter umfassen, um die Bereiche einzuschließen, die den Zugriff auf den Aufsatz erleichtern.

**5. Text:** Der Text wird in 12-pt geschrieben, wobei die Schriftart Times New Roman mit 1,5 Zeilenabstand ist und vertikale und normale Buchstaben verwendet werden. Die Fußnoten werden in 10 pt, mit Times New Roman, mit vertikalen und normalen Buchstaben geschrieben. Fußnoten sollen am Ende der Seite stehen. Zitate werden in Anführungszeichen und Kursivschrift dargestellt. Für ausländische Idiome und Eigennamen wird kursiver Typ verwendet. Fremdwörter im Text sollen kursiv geschrieben sein. Nach dem Komma, Punkt und anderen Satzzeichen steht ein Leerzeichen.

**6. Fußnotenanzeige:** Die beim ersten Zitat angegebenen Informationen über die Werke sollen in Fußnoten genauso geschrieben sein wie die Informationen über die Werke in der Bibliographie. Fußnotengestaltung ist wie folgt:

**a) Für Bücher:**

Um auf die Bücher in der Fußnote zu verweisen, werden zuerst Name und Nachname des Autors, der Verlag, der Ort der Veröffentlichung, das Jahr der Veröffentlichung, die Seiten- (s.) oder die Absatz-/Randnummer (n.) angezeigt und es steht am Ende ein Punkt. Nur der Titel des Buches soll kursiv sein.

**Zum Beispiel:** Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, 1986, s. 23.

Die Bücher, die sowohl von einem Einzelautor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als “

Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer“ zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, s. 71.) Wenn mehr als ein Buch desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Buches und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Buchs kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, s. 73.)

#### **b) Für Aufsätze:**

Um Aufsätze zu zitieren, sollen Vor- und Nachname des Autors, Titel des Artikels (in Anführungszeichen), Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, Anzahl der Bände, Anzahl der Ausgabe, Verlag, Erscheinungsdatum (in Monaten und Jahren), Seitenbereich, in dem der Aufsatz sich befindet, Seitennummer (s.) oder Absatz-/Randnummer (n.) im Fußnot angezeigt werden und am Ende steht ein Punkt. Nur der Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, soll kursiv sein.

**Zum Beispiel:** Matthias Mahlmann, “Menschenwürde in Politik, Ethik und Recht – universelle Fassade, kulturelle Relativität?”, in: F. Salinger, Y. Kim, S. Liu, C. Mylonopoulos, J. Tavares, K. Yamanaka, Y. Zheng, *Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2017, s. 267 – 281

Die Aufsätze, die sowohl von einem Autor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als “Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer“ zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, s. 270.) Wenn mehr als ein Aufsatz desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Artikels und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Aufsatzes kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, *Menschenwürde*, s. 270.)

ISSN 2687-3923



2687 3923