

e-ISSN: 2667-6117



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

**Cilt: 8 Sayı: 1**  
**Vol.: 8 No.: 1**

**Haziran-2026**  
**June-2026**

**Haziran - 2026**

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

**e-ISSN:** 2667-6117

**Cilt: 8 Sayı: 1 Vol.: 8 no.: 1**

**Haziran-2026 June-2026**

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

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı

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

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

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

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir.

Yayımlanan eserlerden doğan sorumluluk yazara/yazarlara aittir.

*ASBUHFD is a peer-reviewed journal.*

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

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi aşağıda belirtilen indekslerde/veritabanlarında taranmaktadır.

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

**TRDİZİN DOAJ EBSCO**



**Yayın Tarihi:**

Haziran, 2026

**İMTİYAZ SAHİBİ****Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı****Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE****DERGİ KURULU****Editör Kurulu****Prof. Dr. Mustafa ÇOLAK**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Erman BENLİ**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Melek SARAL**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Fatih Buğra ERDEM**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOÇAK**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Dil Editörleri****Doç. Dr. Salih POLATER**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Öğr. Gör. Dr. Onur DUR**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Editör Yardımcıları****Arş. Gör. Dr. Gökberk ÖZSÖKER**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Arş. Gör. Dr. Dilara DÖNMEZKUŞ**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Arş. Gör. Mehmet BARUTÇU**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Arş. Gör. Celil ŞAHİN**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Arş. Gör. Bilgesu ULUŞAHİN**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Arş. Gör. Yusuf Cihan ATMACA**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Arş. Gör. Aleyna AKCAKAVAKLI**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Mustafa AVCI**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU**

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Mustafa ATEŞ**

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU**

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK**

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Doğan SOYASLAN**

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Yücel OĞURLU**

Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ**

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Süleyman YILMAZ**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## **YAZIM KURALLARI**

### **A. Başlangıç**

1. Makale başlığı: Arial, 14 pt., Tüm harfler büyük, Kalın, Ortalanmış. Başlık on iki kelimeden uzun olmamalıdır.

2. Yazar adı: Arial, 12 pt., Kalın, Sağa yaslı, İlk harfler büyük. (Yazar, dergiye gönderdiği makale dosyasında doğrudan veya dolaylı olarak kimlik ve kurum bilgilerini belirtmemelidir. Değerlendirme süreci kör hakemlik esasına göre yürütüldüğü için yazar bu bilgileri Kapak, Beyan ve Telif Hakkı Devir Formunda açıklamalıdır.)

3. Öz, Abstract ve Anahtar Kelimeler: Kalın, İlk harfler büyük. Eserde, 100-300 kelime arasında öz bölümü ile 500-1500 kelime arasında geniş özet (extended summary) bulunmalıdır. Eser dilinin Türkçe olması halinde; öz bölümü Türkçe ve İngilizce olmalıdır. Eser dilinin Türkçe dışında bir dil olması halinde, bu dilde bir öz ve bu özün Türkçe ve İngilizce çevirisi çalışmaya eklenmelidir. Öz başlığında her dilde olmak üzere 5-7 aralığında anahtar kelimeye ve eserin başlığına yer verilmelidir. Geniş özet, İngilizce olmalıdır. Eserin, öz ve geniş özet hariç 15.000 kelimeyi aşmaması gerekir.

### **B. Metin**

1. Metin içi başlıklar: Times New Roman, 12 pt.

2. Başlık başındaki işaretler için yeni liste stili tanımlanması (Word'de Giriş sekmesinde paragraf kutucuğunun içinde üst sıradaki liste işareti/numaralandırma işaretlerinden çok düzeyli liste başlığı altında yeni liste stili tanımla daha sonra sol alttan biçimden numaralandırma seçeneği seçilecek) sıralaması:

1. Seviye: Numaralandırma stili: I, II, III... Kalın, Tümü büyük harfler
2. Seviye: Numaralandırma stili: A, B, C... Kalın, İlk harfler büyük
3. Seviye: Numaralandırma stili: 1, 2, 3... Kalın, İlk harfler büyük
4. Seviye: Numaralandırma stili: a, b, c... Kalın, İlk harfler büyük
5. Seviye: Numaralandırma stili: i, ii, iii... Normal, İlk harfler büyük, İtalik

3. Ana metin: Times New Roman, 11 pt.

4. Metin paragrafları: İlk satır 0,75 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 5nk paragraf sonrası 0 nk aralık, satır aralığı 1.

### **C. Dipnotlar**

1. Dipnot: Times New Roman, 10 pt.

2. Dipnot paragrafları: Asılı 0,5 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 2 nk paragraf sonrası 0 nk aralık, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1. Ancak aynı dipnotta birden çok paragraf verilecekse bu durumda söz konusu iki paragraf arasında aralık 0 olmalıdır (üstteki paragrafın paragraf ayarlarından “sonra” kısmı 0 nk, alttaki paragrafın ise “önce” kısmı 0 nk yapılmalıdır).

3. Dipnottaki cümle ile dipnotta sol baştaki numara arasında 1 boşluk bırakılmalıdır.

4. Dipnotta sonu nokta ile biten bir ifade varsa tekrar nokta konulmasına gerek yoktur, bunun haricinde herhangi bir işaretten sonra mutlaka nokta konulmalıdır.

5. Metin içerisinde gösterilen dipnot numaraları şayet bir noktalama işareti varsa onun hemen ardından boşluk bırakılmaksızın belirtilecektir.

Ø Yanlış: verilecektir<sup>1</sup>. Doğru: verilecektir.<sup>1</sup>

#### **D. Kaynakça**

1. Kaynakça ayrı sayfada başlayacaktır.

2. Alfabetik sıralı, Times New Roman, 11 pt.

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

Aşağıda yazım şekline ilişkin kurallara uygun olarak hazırlanmış örnek word formu bulunmaktadır. Makalenizi bu belgeye aktararak şekil gerekliliklerini kolaylıkla tamamlayabilirsiniz. Form için bkz.

<https://dergipark.org.tr/tr/journal/2972/file/8384/download>

#### **E. Yazım-İmla Kuralları ve Atıf Usulü**

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları ve kararları esas alınmaktadır.

2. Dipnot ve kaynakçalarda “The Chicago Manual of Style Notes and Bibliography System 18. Edition (2024)” atıf sistemi benimsenmiştir (bkz. <https://www.chicagomanualofstyle.org/home.html>). Atıf sistemine ilişkin açıklayıcı örnekler ve açık erişimli rehberler için bkz.

<https://library.ulethbridge.ca/chicagostyle/home>

<https://widener.libguides.com/Chicago18/examples>

<https://library.uco.edu/chicago18>

3. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;

§ “and” yerine “ve”

§ “unpublished” yerine “yayımlanmamış” veya “yayınlanmamış”

§ “Anonymous” yerine “Anonim”

§ birden fazla ciltten oluşan eserlerde “volume/vol.” yerine “Cilt.”

§ “see” yerine “bkz.”

§ “in” yerine “iç.”

§ “accessed” yerine “erişim tarihi”

§ “trans.” yerine “çev.”

§ “edited by” yerine “editör”

§ “translated by” yerine “çeviren”

§ “interview by” ifadesi yerine “röportajı yapan”

§ “PhD diss.” yerine “doktora tezi”

§ “thesis” yerine “tez”

§ “last modified” yerine “son değiştirilme”

§ “filmed” yerine “çekim” ifadeleri kullanılmalıdır.

§ Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçeleştirilmiştir ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; Mayıs 8, 2019 şeklinde yazılmalıdır.

§ Dergi sayısını ifade eden “no.” ifadesi korunmuştur. Keza “ed.” ifadesi aynen korunmuştur.

§ Sayfa numarasında “vd.” kullanılmamalıdır. Bunun yerine ilgili numara ile arasına boşluk konulmaksızın “ff.” ifadesi konulmalıdır. Eğer “ff.”dan sonra “.” gelecekse kullanılmaz ancak “;”, “?” vb. gelecekse onlar “ff.”deki noktaya bitişik yazılır.

4. Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat ve yargı kararları kaynakçada gösterilmez. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:

§ Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih [gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).

§ Matbu kadı sicillerine yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil (1073-1074/1663), haz. Fuat Recep ve Salih Kahrıman (İSAM Yayınları, 2012), 51.

§ Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atıf usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi atıf sistemi kullanılmışsa diğer kararlarda da aynı sistematüğın kullanılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi AYM

Bireysel Başvuru BB

Bölge Adliye Mahkemesi BAM

Ceza Dairesi CD

Ceza Genel Kurulu CGK

Daire D

Danıştay Dan.

Esas E.

Hukuk Bölümü HukukB

Hukuk Dairesi HD

Hukuk Genel Kurulu HGK

İçtihadı Birleştirme Kurulu İBK

İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu İBK

İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı İDDK

Karar K.

Uyuşmazlık Mahkemesi UM

Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı VDDK

Yargıtay Yar.

### Örnekler:

AYM, E.2017/123, K.2018/12, 01.01.2018.

AYM, Mehmet Yılmaz, B. No: 2020/12345, 01.01.2025.

Yar. 1. HD, E.2019/1234, K.2019/4321, 01.01.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Ankara BAM 2. HD, E.2019/1234, K.2019/4321, 01.01.2019 (<https://emsal.uyap.gov.tr/>).

Rekabet Kurulu, K.12-13/123-12, 01.01.2019 (<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar>).

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

## WRITING FORM

### A. Beginning

1. Article title: Arial, 14 pt., All letters capitalized, Bold, Centered. The title should not be longer than twelve words.

2. Author's name: Arial, 12 pt., Bold, Right justified, Initials capitalized. (The author should not directly or indirectly indicate his/her identity and institutional information in the article file sent to the journal. Since the review process is carried out on a blind review basis, the author should disclose this information in the Cover, Declaration and Copyright Transfer Form).

3. Abstract, Abstract and Keywords: Bold, Initial letters capitalized. The work should include an abstract of 100-200 words and an extended summary of 750-1500 words. If the language of the work is Turkish, the abstract should be in Turkish and a translation of the abstract in English, German or French should be included. If the language of the work is a language other than Turkish, an abstract in that language and a Turkish and English translation of the abstract should be included. The title of the abstract should include 5-7 keywords in each language and the title of the work. The abstract should be in English. The manuscript should not exceed 15,000 words excluding the abstract and extended abstract

### B. Text

1. In-text headings: Times New Roman, 12 pt.

2. Define a new list style for the marks at the beginning of the heading (in Word, in the Home tab, in the paragraph box, in the top row of list marks/numbering marks under the heading of multilevel list, define a new list style, then select the numbering option from the format at the bottom left):

Level 1: Numbering style: I, II, III... Bold, All capital letters

Level 2: Numbering style: A, B, C... Bold, Initials capitalized

Level 3: Numbering style: 1, 2, 3... Bold, Initial letters capitalized

Level 4: Numbering style: a, b, c... Bold, Initials capitalized

Level 5: Numbering style: i, ii, iii... Regular, Initial letters capitalized, Italic

3. Main text: Times New Roman, 11 pt.

4. Text paragraphs: First line 0.75 cm inside, justified on both sides, right and left indent 0, 5 pt before paragraph, 0 pt after paragraph, line spacing 1.

### C. Footnotes

1. Footnote: Times New Roman, 10 pt.

2. Footnote paragraphs: Hanging 0.5 cm inside, justified on both sides, right and left indent 0, spacing 2 nk before paragraph, 0 nk after paragraph, no option to add space between paragraphs of the same style selected, line spacing 1. However, if more than one paragraph is to be given in the same footnote, then the spacing between the two paragraphs in question should be 0 (the "after" part of the paragraph settings of the upper paragraph should be 0 nk and the "before" part of the lower paragraph should be 0 nk).

3. It must be left 1 space between the sentence in the footnote and the left leading number in the footnote.

4. If there is a statement in the footnote that ends with a period, there is no need to put a period again; otherwise, a period must be placed after any other sign.

5. Footnote numbers in the text will be indicated immediately after a punctuation mark without a space.

Ø Wrong: verilecektir<sup>1</sup>.      Correct: verilecektir.<sup>1</sup>

### D. Bibliography

1. Bibliography should start on a separate page.

2. Alphabetical order, Times New Roman, 11 pt.

3. References paragraphs: 0.75 cm hanging (lines after the first line are 0.75 cm inside), justified on both sides, right and left indent 0, pre-paragraph spacing 3 pt, post-paragraph spacing 0 pt, no option to add spaces between paragraphs of the same style selected, line spacing 1.

Below is a sample word form prepared in accordance with the rules regarding the writing style. You can easily complete the format requirements by transferring your article to this document. (For the form, see: <https://dergipark.org.tr/tr/journal/2972/file/8384/download>)

### **E. Spelling Rules and Citation Procedure**

1. The spelling and spelling rules of the journal are based on the publications and decisions of the Turkish Language Association.

2. "The Chicago Manual of Style Notes and Bibliography System 18th Edition (2024)" citation system has been adopted in footnotes and bibliographies (see <https://www.chicagomanualofstyle.org/home.html>). For illustrative examples and open-access guides on the citation system, see.

<https://library.ulethbridge.ca/chicagostyle/home>

<https://widener.libguides.com/Chicago18/examples>

<https://library.uco.edu/chicago18>

3. In case the language of publication of the work is Turkish, when citation is made;

§ "ve" instead of "and"

§ "yayınlanmamış" or "yayımlanmamış" instead of "unpublished"

§ "Anonim" instead of "Anonymous"

§ "Cilt." instead of "volume/vol." in works consisting of more than one volume

§ "bkz." instead of "see."

§ "iç." instead of "in."

§ "erişim tarihi" instead of "accessed"

§ "çev." instead of "trans."

§ "editör" instead of "edited by"

§ "çeviren" instead of "translated by"

§ "röportajı yapan" instead of "interviewer"

§ "doktora tezi" instead of "PhD diss."

§ "tez" instead of "thesis"

§ "son değiştirilme" instead of "last modified"

§ "çekim" instead of "filmed" must be used.

§ The month names used to indicate the date have been in Turkish, but the spelling format has been preserved. For example, it should be written as Mayıs 8, 2019.

§ The expression "no." for the number of the journal has been retained. Likewise, the expression "ed." has been retained.

§ "vd." should not be used in the page number. Instead, the expression "ff." should be inserted

without a space between the relevant number. If "." comes after "ff.", it is not used, but if ";", "?" etc. come after "ff.", they are written adjacent to the dot in "ff."

4. Legislation and judicial decisions cited in footnotes in the text are not included in the bibliography. The following rules and abbreviations should be taken into account in references to judicial decisions:

§ Name of the court/institution, if any, its department, E. main number K. decision number date [day.month.year format], (the source of the decision, if any, the page number or URL or DOI number in the source).

§ References to printed Kadi registers should be indicated as follows: Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil (1073-1074/1663), haz. Fuat Recep ve Salih Kahrıman (İSAM Yayınları, 2012), 51.

§ In the case of foreign judgments, the decision citation procedure adopted by the relevant court or institution itself may be used. If preferred, the system used for Turkish judgments may also be applied to the extent appropriate. However, whichever citation system is used for one judgment of the same court or institution in one work, the same systematic should be used for other judgments.

Anayasa Mahkemesi AYM

Bireysel Başvuru BB

Bölge Adliye Mahkemesi BAM

Ceza Dairesi CD

Ceza Genel Kurulu CGK

Daire D

Danıştay Dan.

Esas E.

Hukuk Bölümü HukukB

Hukuk Dairesi HD

Hukuk Genel Kurulu HGK

İçtihadı Birleştirme Kurulu İBK

İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu İBK

İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı İDDK

Karar K.

Uyuşmazlık Mahkemesi UM

Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı VDDK

Yargıtay Yar.

### Examples

AYM, E.2017/123, K.2018/12, 01.01.2018.

AYM, Mehmet Yılmaz, B. No: 2020/12345, 01.01.2025.

Yar. 1. HD, E.2019/1234, K.2019/4321, 01.01.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Ankara BAM 2. HD, E.2019/1234, K.2019/4321, 01.01.2019 (<https://emsal.uyap.gov.tr/>).

Rekabet Kurulu, K.12-13/123-12, 01.01.2019 (<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar>).

5. References to the Official Gazette should be indicated as follows: RG. 02.01.2019, P. 30643.

## İÇİNDEKİLER/CONTENTS\*

## ARAŞTIRMA MAKALELERİ/RESEARCH ARTICLES

|                                                                                                                                 |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>KATILMA ALACAĞI VE ÖDENMESİ.....</b>                                                                                         | <b>1</b>   |
| <i>Participation Claim and Its Payment</i>                                                                                      |            |
| Burak Doğan                                                                                                                     |            |
| <b>TÜRK İNFAZ HUKUKUNDAKİ HATALI UYGULAMALAR SEBEBİYLE AÇILACAK<br/>TAZMİNAT DAVALARINDA GÖREVLİ<br/>MAHKEME.....</b>           | <b>18</b>  |
| <i>The Court Responsible For Compensation Cases To Be Filed Due To Errors In Turkish<br/>Enforcement Law</i>                    |            |
| Veysi Topuz                                                                                                                     |            |
| Fatma Dilan Topuz                                                                                                               |            |
| <b>YARGITAY KARARLARINDA ZAYIF MARKA VE HUKUKİ<br/>SONUÇLARI.....</b>                                                           | <b>38</b>  |
| <i>Weak Trademark in the Decisions of the Court of Cassation and Its Legal Consequences</i>                                     |            |
| Ömer Faruk Kuntoğlu                                                                                                             |            |
| <b>YÜRÜTME ERKİNDEKİ SİYASİ DANIŞMANLIK YAPISININ DEMOKRATİK<br/>SORUMLULUK İLKESİ AÇISINDAN<br/>İNCELENMESİ.....</b>           | <b>68</b>  |
| <i>Political Advisors Within the Executive Branch: A Constitutional Analysis of<br/>Democratic Accountability</i>               |            |
| Feyzan Olgunsoy                                                                                                                 |            |
| <b>GENEL İŞLEM KOŞULU HÜKÜMLERİNİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI VE<br/>YARGITAY KARARLARININ<br/>DEĞERLENDİRİLMESİ.....</b>     | <b>101</b> |
| <i>The Application of Standard Contract Terms in Terms of Time and Criticism of The<br/>Judiciary Decisions</i>                 |            |
| Emine Meliknur Kılıç                                                                                                            |            |
| <b>DEVLETİN DİJİTAL GÖZETİM ARAÇLARINA KARŞI MUHALEFET HAKKI: İNSAN<br/>HAKLARI BAĞLAMINDA BİR<br/>DEĞERLENDİRME.....</b>       | <b>132</b> |
| <i>The Right to Opposition Against The State's Digital Surveillance Tools: An Assessment<br/>in The Context of Human Rights</i> |            |
| Buğra Pakbaşı                                                                                                                   |            |
| <b>KORUMA SÜRESİ SONA EREN MARKALARIN HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ<br/>ÇERÇEVESİNDE KORUNMASI.....</b>                              | <b>163</b> |
| <i>Unfair Competition Protection for Expired Trademarks</i>                                                                     |            |
| Sena Yalçın                                                                                                                     |            |

## İNCELEME MAKALELERİ/ REVIEW ARTICLES

|                                                                             |            |
|-----------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>DEMOKRASİNİN PEŞİNDE ATATÜRKÇÜ BİR FİKİR ADAMI MÜNÇİ<br/>KAPANI.....</b> | <b>188</b> |
| <i>An Atatürkist Intellectual in Pursuit of Democracy: Münci Kapani</i>     |            |
| Mehmet Çakıroğlu                                                            |            |

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



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2026

Cilt / Volume: 8

Sayı / No: 1

Eserin Türü /  
Manuscript Type:  
Araştırma Makalesi/  
Research Article

DOI:  
10.47136/asbuhfd.17  
43672.



# KATILMA ALACAĞI VE ÖDENMESİ

## Participation Claim and Its Payment

Burak DOĞAN\*

### Öz

Katılma alacağı, mal rejiminin tasfiyesinde artık değer üzerinde bir eşin diğerinden talep edebileceği alacaktır. Katılma alacağı yasal mal rejiminin tasfiyesinin sona ermesiyle oluşur. Dava yoluyla sona erme halinde, rejimin sona ermesinden hâkim kararına kadarki süreçte katılma alacağının hukuki niteliği alacak hakkıdır. Katılma alacağı, tasfiyenin sona ermesiyle birlikte muaccel olur. Katılma alacağının ifası borçlu eş için ciddi zorluklar doğuracaksa, borçlu eş ifanın uygun bir süre ertelenmesini isteyebilir. Katılma alacağı, kural olarak nakden ödenir. Ancak, tarafların anlaşma yoluyla aynen tazmini kararlaştırmaları mümkündür. Aynı ödemenin kararlaştırılmış olması halinde, ifanın zamanında gerçekleşmemesi faiz borcunu doğurmaz. Aynı ödeme halinde ifa konusu malların ifanın gerçekleştiği andaki sürüm değeri esas alınır. Aynı ödeme katılma alacağının tamamını kapsamıyorsa kısmi ifa oluşacağından alacaklı bu ifayı reddedebilir. Katılma alacağı ve değer artış paylarından doğan alacaklar kanun nedeniyle zorunlu olarak takas edilir. Mal rejimi eşlerden birinin ölümü nedeniyle sona ermişse, sağ kalan eş aile konutu ve ev eşyaları için aynı hak talebinde bulunabilir. Katılma alacağı, 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

### Abstract

A contribution claim is a claim that one spouse may claim from the other spouse on the residual value in the liquidation of the legal property regime. The claim for contribution arises upon the termination of the liquidation of the legal property regime. In case of termination through litigation, the legal nature of the participation claim from the termination until the judge's decision is the right to claim. The participation receivable becomes due upon the termination of the liquidation. The debtor spouse may request that the performance be postponed for an appropriate period of time on the grounds that serious difficulties will arise for him/her. As a rule, the contribution receivable is paid in cash. However, the parties can agree to make payment in kind. If payment in kind is agreed upon, failure to perform on time does not lead to an interest obligation. In case of payment in kind, the market value of the goods subject to performance at the performance time is taken as basis. If the payment in kind does not cover the entire contribution receivable, the creditor may reject this performance since partial performance will occur. Receivables arising from participation receivables and value increase shares are compulsorily exchanged due to the law. If the property regime is terminated due to the death of one of the spouses, the surviving spouse may claim a right in rem on the family residence and belongings. Contribution receivables are subject to a 10-year statute of limitation.

Makale Gönderim Tarihi / Received: 16.07.2025

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 31.05.2026

Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör hakem.  
Double peer-reviewed.

**Anahtar Kelimeler / Keywords:** Katılma Alacağı, Edinilmiş Mal, Yasal Mal Rejimi, Artık Değer, Sürüm Değeri.

**Participation Claim, Acquired Property, Statutory Property Regime, Residual Value, Market Value.**

**Atıf / Citation:** Doğan, Burak. "Katılma Alacağı ve Ödenmesi" *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8, no.1 (2026) 1-17.

#### Yazar Bilgileri / Authors Information:

Dr. Arş. Gör. İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, bur4kdog4n@gmail.com, 0000-0002-3168-6581.

**Teşekkür / Acknowledgments:** Bulunmamaktadır.

**Finansal Destek / Financial Support:** Finansal destek alınmamıştır.

**Çıkar Çatışması / Conflict of Interest:** Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

**Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval:** Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

**Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence:** Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır

## Extended Summary

Unlike the property division regime involving shared or community property, the participation in acquired property regime does not adopt the in rem (proprietary) sharing principle. Instead, it stipulates that spouses may request a participation claim upon liquidation of the regime. The participation claim, which is unique to this property regime, refers to the monetary receivable one spouse can demand from the other over the residual value at the time of liquidation.

To determine the participation claim, liquidation of the marital property regime must commence, and the residual value must be calculated. This process begins with identifying each spouse's acquired and personal property. Items that must be added to the acquired property are included, and debts are subtracted. This results in the determination of the residual value.

According to the Yargıtay, the participation claim does not necessarily have to cover the entire estate. However, in our opinion, this view is not acceptable. In order to accurately determine the participation claim, the entire estate of both spouses must be examined, and debts related to acquired property must be deducted. If a claim is made only in respect of certain assets, the participation claim cannot be calculated properly.

The residual value must be calculated separately for each spouse. As stated in Article 236 of the Turkish Civil Code, each spouse is entitled to half of the residual value of the other. However, the spouses may agree to a different proportion via a marital property contract. If only one spouse files a lawsuit for a participation claim, the court will rule solely for the claimant, adhering to the principle of disposition.

Article 236/II of the Turkish Civil Code provides that in case of divorce due to adultery or attempt on the other spouse's life, the court may reduce or completely eliminate the share of the at-fault spouse in the residual value on equitable grounds. In all other cases, no equitable reduction may be applied. As this is an exceptional provision, it must be interpreted narrowly. However, it may also apply a fortiori in cases where one spouse murders the other.

Before the marital property regime is terminated, the participation claim is merely an expectation. As such, it cannot be seized, transferred to third parties, or pledged. If the spouses settle the liquidation by mutual agreement, the participation claim becomes due and payable at the moment of agreement, unless otherwise agreed. In case of a judicial dissolution, the participation claim becomes a monetary receivable in legal terms from the date of the court's final ruling.

Upon final liquidation, the participation claim becomes a mature (due) debt. Unlike alimony or material/moral compensation, the participation claim is not a financial consequence of divorce. If the participation claim is filed together with a divorce case, the court will separate the proceedings, as the divorce case is a prejudicial matter for the property regime claim.

The reason for the termination of the regime determines the debtor of the participation claim: if the regime ends for reasons other than death, the debtor is the other spouse; if it ends due to death, the heirs of the deceased spouse become the debtor.

## GİRİŞ

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 31.12.2001 tarihinde yürürlükten kaldırılmış ve yerine 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu getirilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda mal rejimine yönelik yapılan düzenlemeler en önemli değişikliklerden birini oluşturmaktadır. Zira edinilmiş mallara katılma rejimi eşler arasındaki yasal mal rejimi olarak kabul edilmiş ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10. maddesinde "*Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar.*" hükmüne yer verilerek yürürlüğe girmesinden önceki evliliklere de uygulanabilir hale getirilmiştir.

Genellikle eşlerin evlilikten önce ya da evlilik sırasında mal rejimine yönelik anlaşma yapmamaları nedeniyle evliliğin tasfiyesinde yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanmaktadır. Bu nedenle, edinilmiş mallara katılma rejimi yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Evliliğin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde de bu mal rejiminin tasfiyesine gidilebilmektedir.

Çalışmamızda edinilmiş mallara katılma rejimine özgü bir alacak olan katılma alacağı işlenecektir. Bu bağlamda, ilk kısımda katılma alacağının temel özellikleri belirtilecektir. İkinci kısımda ise, katılma alacağının ödenmesi konusu doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları ışığında ele alınacaktır.

## I. KATILMA ALACAĞI

### A. Genel Olarak

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığının aksine aynı paylaşım ilkesi benimsenmemiş, eşlerin tasfiye sonucunda katılma alacağı talep edebileceği belirtilmiştir.<sup>1</sup> Ancak, katılma alacağına ilişkin talebin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmaması gerekir.<sup>2</sup>

Edinilmiş mallara katılma rejimine özgü bir kavram olan katılma alacağı, mal rejiminin tasfiyesinde artık değer üzerinde bir eşin diğerinden talep edebileceği alacaktır.<sup>3</sup> Bu nedenle, katılma alacağının belirlenmesi için öncelikle mal rejiminin tasfiyesine başlanarak, artık değer belirlenmesi gerekir. Bu bağlamda da öncelikle eşlerin malvarlıkları belirlenerek her bir eşin malvarlığı edinilmiş mallar ve kişisel mallar olarak ikiye ayrılır. Daha sonra ise, edinilmiş mallara eklenmesi gereken değerler eklenerek, edinilmiş mallar ve kişisel mallar arasında denkleştirme yapılır ve edinilmiş mallara ilişkin borçlar çıkarılır.<sup>4</sup> Bu işlemlerin sonunda artık değere ulaşılmış olur.

Yargıtay’a göre katılma alacağı talebinin tüm malvarlığını kapsamaması gerekmez. Bu bağlamda, yalnızca belirli mallara yönelik olarak katılma alacağı talebinde bulunulabilir. Talepte bulunulmamış olan edinilmiş mallar için daha sonra talepte bulunulması mümkündür.<sup>5</sup> Kanaatimizce, bu hususun kabulü mümkün değildir. Zira katılma alacağının tam olarak tespit edilebilmesi için eşlerin tüm malvarlığına yönelik belirleme yapılması ve son olarak da edinilmiş mallara ilişkin borçların çıkarılması gerekeceğinden, yalnızca belirli mallar için talepte bulunulması halinde katılma alacağı doğru olarak hesaplanamaz.<sup>6</sup> Örneğin, talepte bulunulmamış bir edinilmiş mala ilişkin malın değerini aşan bir borç bulunması halinde hesapta ortaya çıkacak eksi bakiye göz önüne alınmamış olur.

Artık değer her eş için ayrı ayrı hesap edilir. Türk Medeni Kanunu’nun 236’ncı maddesinde eşlerin diğer eşe ait artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olduğu belirtilmiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 237’nci maddesinin birinci fıkrasında ise, sözleşmeyle eşlerin farklı bir oran belirleyebilecekleri belirtilmiştir. İşte burada belirlenen değerden her bir eşin alacaklarının takas edilmesiyle tasfiye sonucu talep edebilecek katılma alacağı oluşur. Katılma alacağının varlığından bahsedilebilmesi için en azından eşlerden birinin artık değerinin aktif çıkması gerekmektedir.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku c. 3 Aile Hukuku* (Beta Yayınevi, 2019), 228; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi, 2019), 340; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Aile Hukuku* (Beta Yayınevi, 2017), 172.

<sup>2</sup> Alexandra Jungo, “Art. 215,” in *Handkommentar Zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht Art. 1-456 ZGB*, Hrsg. Ruth Arnet, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (Schulthess, 2023), N.1; Daniel Steck und Fankhauser Roland, “Art. 215,” in *Scheidung Band I Anhänge* (Stämpfli Verlag, 2022), N.1.

<sup>3</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, “Katkı Katılma Alacağı,” iç. *Medeni, Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu* (Yetkin Yayınları, 2017), 128; Nermin Sakarya Güneş, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağı*, (Seçkin Yayıncılık, 2022), 49.

<sup>4</sup> Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk c. 3 Aile Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2023), 399; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2024), 308; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi, 2015), 526-527; Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (Beşir Kitabevi, 2007), 226; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 340-341; Yar. 8. HD., E. 2016/21381, K. 2018/19007, 21.11.2018 (www.kazanci.com.tr).

<sup>5</sup> Yar. 2. HD, E. 2006/4858, K. 2006/15624, 14.11.2006 (www.kazanci.com.tr).

<sup>6</sup> Benzer yönde görüş için bkz., Karşı Oy Yar. 2. HD, E. 2006/4858, K. 2006/15624, 14.11.2006 (www.kazanci.com.tr); Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 50.

<sup>7</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 241; Öztan, *Aile Hukuku*, 527-528; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 228; Mehmet Şengül, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının İfasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 3-4 (2012): 69; Yılmaz, *Aile Hukuku*, 412.

Eşlerden yalnızca biri katılma alacağı davası açmışsa, mahkeme taleple bağlılık ilkesi gereğince yalnızca talepte bulunan davacı hakkında katılma alacağına hükmedecektir. Türk Medeni Kanunu'nun 236'ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan alacakların takas edilmesi hükmü de uygulanmaz.<sup>8</sup> Öte yandan, davalı eşin takas def'inde bulunması halinde bu talep göz önünde bulundurularak alacaklar takas edilir.<sup>9</sup>

Türk Medeni Kanunu'nun 236'ncı maddesinin ikinci fıkrasında zina ya da hayata kast nedeniyle boşanma halinde kusurlu eşin artık değerdeki payının hâkim tarafından hakkaniyet gereği azaltılabileceği ya da tamamen kaldırılabilirliği belirtilmiştir. Söz konusu hükmün varlığı doktrinde, mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda yer almaması ve katılma alacağının tarafların evlilik süresince ortaya koydukları emekleri koruma amacının kusurlu olma nedeniyle ortadan kaldırılamayacağı gerekçeleriyle eleştirilmektedir.<sup>10</sup> Bu bağlamda, hükmün dar olarak yorumlanması, ancak eşlerden birinin diğerini öldürmesi halinde hükmün evleviyetle uygulanması gerektiği belirtilmektedir.<sup>11</sup> Yargıtay da hükmü dar yorumlayarak, zina ya da hayata kastı olsa dahi evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davası açılmış olması ihtimalinde maddeyi uygulamamaktadır.<sup>12</sup> Katılma alacağında Türk

<sup>8</sup> Faruk Acar, "Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri," *Public and Private International Law Bulletin* 35, no. 1 (2015): 150; Banu Fatma, Günarslan, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı* (Seçkin Yayınları, 2017), 166; Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (Seçkin Yayıncılık, 2017), 328.

<sup>9</sup> Fatih, Karamercan, *Katkı-Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları* (Seçkin Yayıncılık, 2018), 979; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 328; Acar, *Yasal Mal Rejimleri*, 150-151; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 150; Yar. 8. HD, E. 2013/20670, K. 2015/4656, 19.02.2015: "Davalı gerek cevap dilekçesinde gerekse de yargılama aşamasında, evlilik birliği içinde 2005 yılında satın alma sonucu davacı adına tescil edilen araç üzerinde katılma alacağı bulunduğu iddiasıyla takas def'inde bulunmasına rağmen mahkemenin bu hususta karar verilmesine yer olmadığı hükmüne katılmak mümkün değildir. 4721 Sayılı TMK'nin 236/1 maddesinde "her eş veya mirasçısı, diğer eşe ait artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Alacaklar takas edilir" hükmüne yer verilmiştir. Mal rejimi davalarının niteliği, eşler arasındaki uyumsuzlukların en seri ve en az masrafla usul ve yasaya uygun şekilde çözülmesi gerekliliği, aynı tarafların birbirleriyle sürekli davacı davalı durumunda bulunmalarının her iki tarafın geleceği ve aile yaşantıları açısından doğuracağı sakıncalar da tümü ile gözetildiğinde, eşlerden birinin açtığı mal rejiminden kaynaklanan alacağa dair davada, davalı durumundaki diğer eşin def'i ya da karşı dava açmak suretiyle takas mahsup talebinde bulunması, bu talep tarihinde kesinleşmiş ve belirlenmiş bir alacağının olmaması halinde de isteğinin usul ve yasaya uygun bir talep olarak kabul edilip talep doğrultusunda araştırma yapılarak yargılamaya bu şekilde devam edilmesi doğru olacaktır. Diğer bir deyişle, davada tam (çifte) tasfiyenin dikkate alınması Yasa hükmüne uygundur." (www.kazanci.com.tr).

<sup>10</sup> Emel Badur, "Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Hâlinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2016): 41-42; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 147; Öztan, *Aile Hukuku*, 534; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 229-230.

<sup>11</sup> Emre Köroğlu, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (2016): 234; Esra, Civelek Acar, *Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Sermaye Ortaklıkları Payı* (Aristo Yayınları, 2019), 66-67; Mustafa Alper, Gümüş, *Evlilik Birliğinin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, (Vedat Kitapçılık, 2008), 397; Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar* (Oniki Levha Yayınları, 2011), 273; Karamercan, *Katkı-Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları*, 913; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 230.

<sup>12</sup> Yar 8. HD, E. 2019/552, K. 2019/3434, 1.4.2019: "Mahkemece, TMK'nin 236/2 maddesine göre zina ve hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim kusurlu eşin katılma alacağının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebileceği hükmüne dayanarak davacının, davalıyı dolandırması sebebiyle ceza davası olduğu, evlilik birliği içinde sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı, iyi niyetle hareket etmediği, bu nedenle davacının dava konusu edilen taşınmazda herhangi bir katılma alacağını haketmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmişse de, verilen karar kanuna ve Dairenin ilke ve uygulamalarına uygun bir karar değildir. Uşak 1. Aile Mahkemesi'nin 2007/523 E. 2010/953 K. sayılı dosyasında, kadının kusurlu davranışları nedeniyle TMK'nin 166/1-2 maddesine göre tarafların boşanmalarına karar verildiği, TMK'nin 236/2 maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için, boşanma davasına bakan mahkeme tarafından, tarafların TMK'nin 161. maddesi gereğince zina nedeniyle veya TMK'nin 162 maddesi gereği hayata kast nedeniyle boşanmalarına karar verilmiş olması gerektiği, dikkate alındığında, somut olayda, tarafların evlilik

Medeni Kanunu'nun 236'ncı maddesinin ikinci fıkrası dışında takdiri olarak bir hakkaniyet indirimi yapılması mümkün değildir.<sup>13</sup> Türk Medeni Kanunu'nun 236'ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca azaltılabilecek ya da ortadan kaldırılabilir tek alacak katılma alacağıdır. Bu bağlamda, değer artış payı bakımından madde uygulanmaz.<sup>14</sup>

Eşlerden birinin zina ya da hayata kast fiilinde bulunmuş olması, katılma alacağının azaltılmasına ya da kaldırılmasına yeterli olmaz. Bunun yanı sıra, bu sebeplerle eşlerin boşanmasına karar verilmiş olması gerekir. Bu bağlamda, Türk Medeni Kanunu'nun 166'ncı maddesinin birinci, ikinci ya da üçüncü fıkrası nedeniyle boşanmanın gerçekleşmiş olması halinde katılma alacağına yönelik açılan davada hakkaniyet indirimi uygulanması mümkün olmayacaktır.<sup>15</sup> Katılma payının azaltılması ya da ortadan kaldırılması kararı verilebilmesi için mal rejimi davasının açılmış olması gereklidir. Boşanma davasında bu yönde karar verilmesi mümkün değildir.<sup>16</sup>

---

*birliğin zina veya hayata kast boşanma sebebine göre sona ermemesi karşısında, TMK'nin 236/2 maddesinin uygulanamayacağı gözetilerek, yukarıda bahsedilen Dairenin ilke ve uygulamaları doğrultusunda davacı lehine katılma alacağına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.”(www.kazanci.com.tr); Öte yandan İstanbul Anadolu 3. Aile Mahkemesi tarafından Anayasa mahkemesine hükmün anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için dava açılmış, davada esasa girilmeden başvuru mahkemenin bakmakta olduğu davada hükmün uygulanmayacağı ve dolayısıyla başvuru mahkemenin yetkisiz olduğu belirtilerek dava reddedilmiştir. [Anayasa Mahkemesi Kararı- GK, E. 2023/125 K. 2023/132, 26.7.2023 ( www.lexpera.com.tr)].*

<sup>13</sup> Karamercan, *Katkı-Değer Artış Payı& Katılma Alacağı Davaları*, 911; Bazı hallerde hakkaniyet indirimi yapılması gerekliliği hususundaki görüş için bkz. Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 149-150; Yar., 8. HD, E. 2013/17841, K. 2014/20912, 14.11.2014: “Hukukçu bilirkişi 18.01.2012 tarihli raporunda inşaat bilirkişisince belirlenen miktarın yarısını katılma alacağı olarak belirlemişken mahkemece 11.04.2012 tarihli ara kararı ile tam bir gerekçe gösterilmeksizin uzman hukukçu bir kişiden ek rapor istemesi üzerine aynı bilirkişinin verdiği 16.01.2013 tarihli raporunda edinilmiş mala ait 6.753,25 TL borç 80.000 TL'den düşürüldükten sonra kalanın yarısı katılma alacağı olarak belirlenmiş ancak hiç ilgisi bulunmayan bir gerekçeyle taşınmazın devralındığı 12.02.2002 tarihiyle son ödemenin yapıldığı 12.08.2011 tarihi arasındaki döneme yönelik olarak hakkaniyet gereği ayrı bir hesaplama yapılmak suretiyle artık değer yarısı 23.564,00 TL katılma alacağının hesaplandığı ve mahkemece de bu rapor esas alınarak hükmü kurulduğu saptanmıştır. Mahkemenin ve bilirkişinin bu görüşüne katılma olanağı bulunmamaktadır. Kural olarak edinilmiş maldan kaynaklanan katılma alacağı TMK'nun 236/1. fıkrası uyarınca artık değer yarısına hükmedilir. Ancak yukarıda da açıklanan formülde de belirtildiği üzere bu konuda TMK'nun sırasıyla 229, 230, 219, 231 ve 236. maddeleri göz önünde tutulur. Bunun dışında hakkaniyet indirimi adı altında bir hesaplama yapılarak katılma alacağının azaltılması yoluna gidilmesi usul ve kanuna aykırıdır.” (www.kazanci.com.tr).

<sup>14</sup> Miray Özer Deniz, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi* (Vedat Kitapçılık, 2016), 94; Yar. 8. HD, E. 2014/12512, K. 2015/21469, 30.11.2015: “Yasa maddesinin kanunda düzenlendiği yer ve kenar başlığından açıkça anlaşılacağı gibi, zina ve hayata kast nedeniyle boşanma kararının eşin alacak talebine etkisi, edinilmiş mallara katılma rejimine (TMK m. 218-241) özgü ve sadece 'artık değere katılma alacağı' (TMK m. 236)' için söz konusudur. Bir başka anlatımla, mal ayrılığı rejimindeki 'katkı payı alacağı' ve edinilmiş mallara katılma rejimindeki 'değer artış payı alacağı' TMK m. 227 için, TMK 236/2. maddesi uygulama alanı bulmaz.” (www.kazanci.com.tr).

<sup>15</sup> Yar. 8. HD, E. 2019/552, K. 2019/3464, 1.4.2019 (www.kazanci.com.tr).

<sup>16</sup> Yar. 2. HD, E. 2012/10429, K. 2013/7427, 05.03.2013 (www.lexpera.com.tr).

## B. Hukuki Niteliği

Katılma alacağı yasal mal rejiminin tasfiyesinin sona ermesiyle oluşur. Mal rejiminin sona ermediği aşamada katılma alacağı, beklenti niteliğindedir.<sup>17</sup> Katılma alacağı beklentisinin üçüncü kişilere devri ya rehini mümkün değildir. Zira böyle bir durumda ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük söz konusu olacaktır.<sup>18</sup> Ancak, beklentinin ölüme bağlı tasarruflara konu edilmesi mümkündür.<sup>19</sup> Ayrıca eşlerin, mal rejimi sözleşmesiyle beklentiden vazgeçmeleri de mümkündür.<sup>20</sup>

Beklentinin haczedilmesi de mümkün olmaz. Zira katılma alacağının ileride talep edilip edilemeyeceği belli olmadığından henüz doğmamıştır. Keza, İcra ve İflas Kanunu'nun 94'üncü maddesinde edinilmiş mallara katılma rejimi eşlerin bireysel mülkiyeti ve değer paylaşımını öngörülendiğinden uygulama alanı bulmaz.<sup>21</sup>

Katılma alacağının oluşması için mal rejiminin tasfiyesinin tamamlanması gerekir. Bu bağlamda, tasfiyenin anlaşma yoluyla mı yoksa dava yoluyla mı yapıldığı önem taşır. Tarafların anlaşma yoluyla tasfiyeyi gerçekleştirmesi ihtimalinde, taraflar aksini kararlaştırmamışsa katılma alacağı anlaşmanın meydana geldiği anda oluşur ve muaccel hale gelir.<sup>22</sup> Bu bağlamda, tarafların anlaşmasının hâkim tarafından onanması gerekmez.<sup>23</sup>

Dava yoluyla tasfiyede katılma alacağı, hâkim kararıyla muaccel hale gelir.<sup>24</sup> Dava yoluyla sona erme halinde, mal rejiminin sona ermesinden mal rejiminin tasfiyesine ilişkin hâkim kararına kadarki süreçte katılma alacağının hukuki niteliği alacak hakkıdır. Zira mal rejimi sona erdiğinde oluşan katılma alacağı hâkim kararıyla belirli hale geldiğinden karar sonrası bir nitelik değişmesi olmaz.<sup>25</sup> Hâkim kararının olmaması yalnızca bir ifa engeli teşkil eder.<sup>26</sup> Bu nedenle katılma alacağının mal rejiminin sona ermesinden itibaren devri ya da rehni mümkündür.<sup>27</sup>

Tasfiyenin tamamlanmasıyla birlikte katılma alacağı muaccel hale gelir.<sup>28</sup> Doktrinde katılma alacağının “soyut değer borcu” niteliğinde olduğu, zira Türk Medeni Kanunu'nun 239'uncu maddesinin birinci fıkrasında aynen ödeme imkânının düzenlenmiş olduğu ve bunun da katılma alacağına seçimlik borç veya yetki niteliğinde olmayan yenilik doğuran bir seçim hakkı niteliği verdiği yönünde görüş mevcuttur.<sup>29</sup> Bir diğer görüşte ise, aynı ödeme halinde ifa yerine edimin gerçekleşeceği kabul

<sup>17</sup> Ayşe Karakimseli, *Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimine Karşı Alacaklıları Korumaya Düzenlemeler* (Adalet Yayınları, 2017), 50-51; Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı* (Seçkin Yayıncılık 2016), 339; Zafer Zeytin, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimindeki Artık Değere Katılma Alacağı (veya Değer Artış Payı Alacağı) Haczedilebilir mi?” (Haciz, *Terazi Hukuk Dergisi*, no. 8, (Nisan 2007), 15; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 242; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 380; Şıpka, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 290.

<sup>18</sup> Acar, *Aile Hukuku*, 339; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 242; Zeytin, *Haciz*, 16.

<sup>19</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 242; Acar, *Aile Hukuku*, 339; Şıpka, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 291; Zeytin, *Haciz*, 15.

<sup>20</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 242.

<sup>21</sup> Acar, *Aile Hukuku*, 339-340; Gökçen Topuz, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilere Borcundan Dolayı Malvarlığının Haczi,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 1 (2011): 104-105; Zeytin, *Haciz*, 16.

<sup>22</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 244; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 247.

<sup>23</sup> Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 326.

<sup>24</sup> Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 247.

<sup>25</sup> Topuz, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 104-105; Veysel Başpınar, “Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 3 (2003): 89.

<sup>26</sup> Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 247.

<sup>27</sup> Acar, *Yasal Mal Rejimleri*, 154; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 242; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 247; Acar, *Aile Hukuku*, 340; Zeytin, *Haciz*, 18.

<sup>28</sup> Şengül, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 75-76; Kılıçoğlu, *Sempozyum*, 128; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 325.

<sup>29</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 246; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 393; Şengül, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 88.

edilmiştir.<sup>30</sup> İfa yerine edim olması da malın değerinin katılma alacağından fazla olması halinde fazlaya ilişkin bedelin iadesinin katılma alacağı alacaklısından talep edilemeyeceği sonucunu doğurur<sup>31</sup>. Bu konuya ilişkin tarafımızca da benimsenen son görüşe<sup>32</sup> göre ise, kanun koyucu burada edimi değiştirme yetkisi tanıdığından seçimlik yetki söz konusudur. Zira katılma alacağı borcunda asli edim yükümlülüğünü belirli bir miktar paranın ödenmesi oluşturmaktadır. İşte borçlu bu asli edimi değiştirip ayın olarak ödeme hakkına sahip olduğu için seçimlik yetkinin varlığının kabulü gerekir.

Katılma alacağı nafaka, maddi ve manevi tazminatın aksine boşanma davasının mali sonuçlarından değildir. Katılma alacağı davası, boşanma davasından ayrı bir davaya konu olmakta, boşanma kararı kesinleşmeden hakkında hüküm verilmemektedir.<sup>33</sup> Boşanma davası ile katılma alacağı davasının birlikte açılması halinde, hâkim dosyaların ayrılmasına karar verir. Boşanma davası katılma alacağı davası için bekletici mesele teşkil eder. Bu aşamada, olası mal kaçırmaların önüne geçilmesi için ihtiyati tedbir talep edilebilir.<sup>34</sup> Bu durumda da yeterli hukuki korumanın sağlandığı söylenemez. Zira boşanma davalarının sonuçlanmasının uzun sürdüğü göz önünde bulundurulduğunda, katılma alacağı davasında ispatın zorlaşma ihtimali oluşur. Ayrıca, davaların ayrılması usul ekonomisine aykırıdır.<sup>35</sup> Son olarak, mal rejimi tasfiyesinin boşanmanın mali sonuçlarına da etki etmesi muhtemeldir. Zira nafaka, manevi tazminat gibi alacakların miktarının tespitinde tarafların mali durumu da göz önünde bulundurulur. Bu nedenle mal rejimi davasının boşanma davasıyla birlikte görülmesi daha faydalıdır.

### C. Katılma Alacağının Tarafları

Mal rejiminin sona erme nedeni katılma alacağı borçlusunu belirler. Katılma alacağı borçlusu, mal rejimi eşlerden birinin ölümü dışındaki sebeplerle sona ermişse diğer eş, eşlerden birinin ölümü nedeniyle sona ermişse diğer eşin mirasçıları olacaktır.<sup>36</sup> Borçlu eşin malvarlığı ya da terekesi katılma alacağının ödenmesine yetmiyorsa, eksik kalan miktar için Türk Medeni Kanunu'nun 241'inci maddesi gereği, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmalar yapıldığı üçüncü kişilerden talep edilebilir.<sup>37</sup>

Katılma alacağının alacaklısı da diğer eş ya da diğer eşin mirasçılarıdır. Katılma alacağı, alacak hakkı olması nedeniyle alacağın devrinde genel hüküm olan Türk Borçlar Kanunu'nun 183'üncü maddesinin gereği üçüncü kişilere borçlunun rızası aranmaksızın devredilebilir. Bu ihtimalde üçüncü kişi katılma alacaklısı haline gelir ve alacağını diğer eşten ya da onun mirasçılarından talep edebilir.<sup>38</sup> Alacağın devredilmesi halinde üçüncü kişinin eksik kalan kısımlar için karşılıksız kazandırmalardan

<sup>30</sup> Akıntürk ve Ateş, *Aile Hukuku*, 175; Demet Özdamar, Ferhat Kayış, Burcu Yağcıoğlu ve Aliye, Akgün, *Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi*, (Seçkin Yayıncılık, 2019), 117; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 352; Özer Deniz, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 99; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 332.

<sup>31</sup> Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 332.

<sup>32</sup> Aslı Hikmet Başaran, "Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Boşanmaya Dayalı Tasfiyesi," *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi* (Marmara Üniversitesi, 2011), 129; Acar, *Aile Hukuku*, 346; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 245.

<sup>33</sup> Ali Demirbaş, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi Bakımından Boşanmada Birlik İlkesi," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2019): 556; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 292; Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 56.

<sup>34</sup> Ahmet, Uğur, "Mal Ayrılığı ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde, Katkı ve Katılım Alacağı Hesabı, İstanbul Barosu Dergisi 89, no. 1 (2015): 64; Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 56.

<sup>35</sup> Demirbaş, *Boşanmada Birlik İlkesi*, 554; Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 56; Yar. 2. HD, E. 2024/1259, K. 2024/8910, 20.11.2024: "Mal rejiminin sona ermesi, mal rejiminin tasfiyesiyle katkı payı, değer artış payı ve artık değere katılma alacağı davalarının görülebilirlik ön koşuludur. Mal rejimini sona erdiren boşanma davasının derdest olduğunun anlaşılması durumunda usul ekonomisi gereğince (6100 Sayılı Kanun'un madde 30) bekletici mesele yapılmalıdır." (www.kazanci.com.tr).

<sup>36</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 242; Akıntürk ve Ateş, *Aile Hukuku*, 173; Özer Deniz, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 92; Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 51.

<sup>37</sup> Yar. 8. HD, E. 2016/6087, K. 2018/18275, 7/11/2018 (www.kazanci.com.tr).

<sup>38</sup> Akıntürk ve Ateş, *Aile Hukuku*, 173-174; Murat Doğan, "Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 3-4, (Aralık 2003): 657.

talepte bulunup bulunamayacağı hususu tartışmalıdır. Bu konudaki ilk görüşe göre talep mümkün değildir. Zira her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nun 189'uncu maddesinin birinci fıkrasında temlik eden kişinin sahip olduğu haklar ve bağlı hakların devralana geçeceği belirtilmişse de Türk Medeni Kanunu'nun 241'inci maddesinin birinci fıkrasında alacaklı eş ve mirasçı özel olarak sayıldığı için söz konusu hak alacaklının kişiliğine bağlı kabul edilmelidir.<sup>39</sup> Aksi yöndeki diğer görüşe göre ise, üçüncü kişiye başvurma hakkı şahsa bağlı olmayan fer'i hak niteliğinde olduğundan talep mümkün görülmelidir.<sup>40</sup> Kanaatimizce, ilk görüşün kabulü yerinde olacaktır. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 241'inci maddesi istisnai nitelikte olup, yalnızca diğer eşin veya onun mirasçılarının yararlanabileceğini kabul etmek gerekir.

Mal rejiminin ölüm nedeniyle sona ermesi ve sağ kalan eşin hem katılma alacağı borçlusu hem de mirasçı olması halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 135'inci maddesinde yer alan alacaklı ve borçlu sıfatı birleşmesi nedeniyle borcun sona ermesi hali gerçekleşmez. Zira ölüm halinde katılma alacağının alacaklısı miras ortaklığı olur. Ancak, mirasçılarla anlaşarak borcu sona erdirmeye imkânı ya da başka bir düzenleme yapma imkânı vardır.<sup>41</sup> Öte yandan, sağ kalan eşin tek başına mirasçı olması halinde miras ortaklığından bahsedilemeyeceğinden alacaklı ve borçlu sıfatı birleşmesi nedeniyle borç sona erecektir.

## II. KATILMA ALACAĞININ ÖDENMESİ

### A. Katılma Alacağının Muacceliyeti

#### 1. Genel Kural

Katılma alacağının ne zaman muaccel olacağını belirten doğrudan bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Türk Medeni Kanunu'nun 239'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"Aksine anlaşma yoksa tasfiyenin sona ermesinden başlayarak katılma alacağına ve değer artış payına faiz yürütülür."* düzenlemesinden tasfiyenin sona ermesiyle birlikte muaccel olacağı anlaşılır.<sup>42</sup> Türk Borçlar Kanunu'nun 117'nci maddesinin birinci fıkrasında temerrüdün kural olarak ihtarla gerçekleşeceği belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, ihtarın gerekmediği haller belirtilmiştir. Kanaatimizce, ikinci fıkradaki hallerden biri bulunmasa da temerrüt için katılma alacağı borçlusu ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer. Zira tasfiyenin sona erme anı hem muacceliyet hem de temerrüde düşme tarihidir.

Tasfiyenin anlaşmayla gerçekleşmesi halinde, katılma alacağı anlaşmayla birlikte muaccel hale gelir. Tarafların yaptıkları anlaşmada daha farklı bir muacceliyet anı belirlemeleri mümkündür.<sup>43</sup>

Tasfiyenin dava yoluyla gerçekleşmesi halinde ise, tasfiyenin sona erme anı tartışmalıdır. Bu konudaki ilk görüşe<sup>44</sup> göre, tasfiyenin tamamlanması mahkeme kararının kesinleşmesiyle olur. Yargıtay tarafından da benimsenen diğer görüşe<sup>45</sup> göre ise kararın kesinleşmesine gerek olmadan tasfiye tamamlanır ve katılma alacağı muaccel hale gelir. Bu görüşe göre, her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 367'nci maddesinde aile hukukuna ilişkin kararların yerine getirilmesi için kesinleşmiş olması şartı bulunsu da söz konusu hüküm yenilik doğuran davaları kapsar niteliktedir. Burada ise alacak

<sup>39</sup> Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 259.

<sup>40</sup> Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 353; Öte yandan aynı yazar her ne kadar alacağın devri halinde borca bağlı fer'i hakların geçeceği borçlar hukuku ilkesine aykırı olsa da, Türk Medeni Kanunu'nun 241'inci maddesinin üçüncü kişiler için uygulanmayacağını kabul edilmesinin yerinde olacağını belirtmiştir. (Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 354).

<sup>41</sup> Acar, *Aile Hukuku*, 350.

<sup>42</sup> Acar, *Aile Hukuku*, 355; Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 134; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 247; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 388; Jungo, *Art. 215*, N. 5; Karakimseli, *Yasal Mal Rejimi*, 44.

<sup>43</sup> Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 247; Karakimseli, *Yasal Mal Rejimi*, 45.

<sup>44</sup> Acar, *Aile Hukuku*, 355; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 244; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 388; Özer Deniz, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 98.

<sup>45</sup> Mustafa Kırmızı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu* (Platon Hukuk Yayınevi, 2018), 215; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 247; Karakimseli, *Yasal Mal Rejimi*, 45.

hakkının belirlenmesini içeren bir dava olduğundan kararın kesinleşmesi gerekmez.<sup>46</sup> Kanaatimizce, ikinci görüşün uygulanması isabetlidir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 367'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer aile hukukuna ilişkin kararların kesinleşmeden yerine getirilemeyeceği düzenlemesi sadece aynı haklara ilişkindir. Katılma alacağı ise, alacak hakkı olması nedeniyle söz konusu maddenin kapsamına girmez.

Muaccel olan katılma alacağı bakımından borçlu eşin temerrüde düştüğünden bahsedilebilmesi için ihtarın gerekli olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. İhtarın gerekli olduğunu savunan görüşe göre, her ne kadar alacak muaccel olsa da ortada bir vade olmadığından ihtarın varlığı gerekir.<sup>47</sup> Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre ise, TMK m. 239/3'te yer alan tasfiyenin sona ermesiyle katılma alacağına faiz işleyecek olması sebebiyle iltarda bulunulmasına gerek olmadan temerrüt hali gerçekleşir.<sup>48</sup>

## 2. Katılma Alacağının Ödenmesinin Ertelenmesi

Türk Medeni Kanunu'nun 239'uncu maddesinin ikinci fıkrasında *“Katılma alacağının ve değer artış payının derhâl ödenmesi kendisi için ciddi güçlükler doğuracaksa, borçlu eş ödemelerinin uygun bir süre ertelenmesini isteyebilir.”* hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, öncelikle derhal ödemenin ciddi güçlükler doğuracak olması şartı aranmıştır. Ciddi güçlükler ifadesinden mali güçlükler anlaşılmalıdır. Zira katılma alacağı belirli bir miktar paranın ödenmesini gerektirmektedir.<sup>49</sup> Ciddi mali güçlüklerin varlığının belirlenmesinde katılma alacağının nakdi ödeme haricinde aynı olarak da ödenebileceği hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda, katılma alacağının ödenmesi için bir taşınmazın değerinden az miktara satılacak olması erteleme için gerekli olduğunu göstermez. Zira aynı ödeme imkânı bu durumu ortadan kaldırmaz.<sup>50</sup> Öte yandan, katılma alacağının ödenmesi borçlu eşin ticari işletmesinin elden çıkarılmasını gerektiriyorsa ya da mesleğinin icrasını engelleyecekse, ciddi güçlüğü varlığından söz edilebilecektir.<sup>51</sup>

Katılma alacağının ertelenmesine ilişkin kanun hükmü emredici niteliği haiz olduğundan, ertelemeyi talep hakkından önceden feragat edilmesi mümkün değildir.<sup>52</sup>

Katılma alacağının ödenmesinin ertelenmesinin alacaklı için makul olması gerekir. Burada menfaat dengesi gözetilmelidir. Erteleme kararı verilebilmesi için katılma alacağı borçlusunun erteleme nedeniyle elde edeceği menfaatin, alacaklının alacağını derhal elde etmesine ilişkin menfaatinin daha üstün olması gerekir. Buradaki tespit, hâkimin takdir yetkisi kapsamındadır. Şartlarda meydana gelen

<sup>46</sup> Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 247; Yar. 8. HD., E. 2017/11214, K. 2018/20342, 5.3.2019: *“Yargıtay'ın ve Dairemizin kökleşmiş uygulamalarına göre tasfiye tarihi karar tarihidir. Mahkemece, karar tarihi olan 09.06.2016 tarihinden itibaren alacağa faiz yürütülmesi gerekirken, kararın kesinleştiği tarihten itibaren faiz yürütülmüş olması doğru olmamıştır.”* (www.kazanci.com.tr).

<sup>47</sup> Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 247; Kırmızı, *Edinilmiş Mallara Katılma*, 215.

<sup>48</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 244; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 388; Başaran, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 130; Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 135; Yar. 8. HD., E. 2016/16546, K. 2018/20342, 18.12.2018: *“Mahkemece, hesaplamalar yapıp, talep de gözetilerek, sonucuna göre davacının katılma alacağı isteği hakkında bir karar verilmeli, davacı lehine hükmedilecek katılma alacağına, TMK'nin 239/ son maddesi, Yargıtay'ın ve Dairemizin kökleşmiş uygulamaları gözetilerek, tasfiye tarihi olan karar tarihinden itibaren faiz yürütülmelidir.”* (www.kazanci.com.tr).

<sup>49</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 246; Jungo, *Art. 218*, N. 4; Isabelle Nuspliger, “Art. 218,” in *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (Orell Füssli Verlag, 2021), N. 3; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 248; Steck ve Fankhauser, *Art. 218*, N. 6; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 398; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 334.

<sup>50</sup> Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 248.

<sup>51</sup> Acar, *Aile Hukuku*, 349; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 398; Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 129; Steck ve Fankhauser, *Art. 218*, N. 6.

<sup>52</sup> Gümüş, *Mal Rejimleri*, 398; Nuspliger, *Art. 218*, N. 4; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 250; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 333.

bir değişiklik (örneğin borçlunun değişmesi), tarafların menfaatlerinin yeniden değerlendirilmesini ve taksitlendirme ya da erteleme koşullarının yeniden düzenlenmesini gerektirebilir.<sup>53</sup>

Erteleme süresinin verilme amacı, daha sonra ifa halinde ciddi güçlüklerin ortadan kalkacağı ya da azalacağı düşüncesidir. Bu bağlamda, süre verilmesinin ciddi güçlüklerin varlığına bir etkisi olmayacağı hallerde ödemenin ertelenmesi talep edilemez.<sup>54</sup>

Borçlu eş, katılma alacağı tam olarak belirli olmasa da erteleme talebinde bulunabilir. Bu nedenle tasfiyenin tamamlanmamış olduğu aşamada ertelemenin talep edilmesi mümkündür.<sup>55</sup> Öte yandan doktrinde, ertelemenin mal rejiminin tasfiyesiyle ilgili olduğu ve bu nedenle de tasfiyenin tamamlanmasıyla birlikte erteleme talebinde bulunulamayacağı yönünde bir görüş de mevcuttur.<sup>56</sup> Katıldığımız diğer görüşe<sup>57</sup> göre, tasfiyeden sonra da erteleme talebi mümkün olmalıdır. Zira kanun koyucunun hükmü düzenleme amacından yola çıkıldığında tasfiyeden sonra talebi engelleyen bir husus bulunmamaktadır. Kaldı ki, ciddi güçlüğü tasfiyeden sonra ortaya çıkması da imkân dâhilindedir.

Katılma alacağı borçlusu eş, erteleme talebini, alacaklı eş ya da onun mirasçılarına karşı ileri sürer. Talebin reddi ya da verilen sürenin uygun olmaması halinde hâkime başvurulabilir.<sup>58</sup> Hâkim uygun süreyi belirlerken her iki tarafın da menfaatini göz önünde bulundurur. Bu bağlamda, hâkim borcun bir kısmı için daha sonraki bir gün veya süreyi vade olarak tayin edebileceği gibi, borcun tamamının veya bir kısmının taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir.<sup>59</sup>

Vade tayini ile birlikte katılma alacağının muacceliyeti ertelenmiş olur. Vade süresi sona ermeden önce katılma alacağı talep edilemez. Ancak, borçlunun iflâsı halinde vadenin gelmesini beklemeye gerek yoktur. Ayrıca, vadeden önce ödeme mümkündür. Ancak, erken ödeme nedeniyle indirim talep edilemez.<sup>60</sup>

Yasal düzenlemede, erteleme talebinde bulunma hakkı yalnızca eşe tanınmıştır. Bu bağlamda, eşlerden birinin ölmüş olması halinde eşin mirasçıları erteleme talebinde bulunamayacaklardır<sup>61</sup>

## B. Katılma Alacağının Ödenme Şekli

Katılma alacağı, klasik bir alacak hakkı olup belirli miktar paranın ödenmesine ilişkindir. Bu bağlamda, kural olarak nakdi olarak ödenmesi gereken katılma alacağıyla ilgili taraflar anlaşma yoluyla farklı düzenlemeler yapabilirler. Ayrıca, Türk Medeni Kanunu'nun 239'uncu maddesinin birinci fıkrasında katılma alacağının ayın ya da para olarak ödenebileceği belirtilmiştir. Kanun koyucu aynı ödeme imkânına da yer vererek katılma alacağı borçlusunun mallarını satması halinde karşılaşılabileceği

<sup>53</sup> Nuspliger, *Art. 218*, N. 3; Steck ve Fankhauser, *Art. 218*, N. 6.

<sup>54</sup> Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 248.

<sup>55</sup> Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 249.

<sup>56</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 246; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 399; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 333.

<sup>57</sup> Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 249.

<sup>58</sup> Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 249; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 399; Nuspliger, *Art. 218*, N. 2; Şükran Şıpka ve Ayça, Özdoğan, *Yargıtay Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasında Malvarlığı Davaları* (On iki Levha Yayıncılık, 2015), 350.

<sup>59</sup> Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 130; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 250; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 335.

<sup>60</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Turhan Kitabevi, 2024), 713; Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayıncılık, 2024), 68; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Legem Yayınevi, 2023), 1081; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Beta Yayınevi, 2019), 332 vd.; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler c. 1* (Vedat Kitapçılık, 2022), 328; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin Yayınevi, 2021), 709 vd.; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 250; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 335.

<sup>61</sup> Kırmızı, *Edinilmiş Mallara Katılma*, 214; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 398; Başaran, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 133; Jungo, *Art. 218*, N. 1; Şıpka ve Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 350; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 333; Aksi görüş için bkz.: Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 248-249.

sorunların önüne geçmeyi amaçlamıştır.<sup>62</sup> Bu bağlamda, Türk Medeni Kanunu'nun 239'uncu maddesinin birinci fıkrasında ayın ya da para olarak ödenmesini seçme hakkı borçluya tanınmıştır. Ayrıca, borçlu ayın olarak ödeyeceği borcun konusunu da seçme yetkisine sahiptir. Borçlunun bu yetkisini kullanmasındaki tek sınır dürüstlük kuralıdır.<sup>63</sup>

Aynı ödemenin seçilmiş olması halinde taahhüt edilen zamanda mal teslim edilmezse faiz borcunun doğup doğmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki ilk görüşe<sup>64</sup> göre borçlunun faiz ödeme borcu doğar. Zira borçlanılan değeri ayın ile ifa etmeyi tercih eden borçlunun sanki bir para borcu varmış gibi temerrüt faizi ödemesi gerekir. Katıldığımız aksi görüşe ise, borçlunun faiz ödeme borcu doğmaz. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 239'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında sadece para alacaklarına faiz yürütüleceği yer almaktadır. Ayrıca, faiz ödemesi borçlar hukuku kuralları gereğince yalnızca para borçlarında gündeme gelir.<sup>65</sup> Ancak, aynı ödemenin zamanında gerçekleşmemesi halinde temerrüde ilişkin genel hükümler uyarınca talepte bulunularak oluşacak olan zararın tazmininin talep edilmesi mümkündür.<sup>66</sup>

Türk Medeni Kanunu'nun 239'uncu maddesinin birinci fıkrasında aynı ödeme halinde malların sürüm değerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Maddede hangi andaki sürüm değerinin esas alınacağı belirtilmemiştir. Bu konudaki ilk görüşe<sup>67</sup> göre, katılma alacağının muacceliyet tarihinin esas alınması gerekir. Bir başka görüşe<sup>68</sup> göre ise, aynen ödemenin seçim anındaki sürüm değeri esas alınmalıdır. Bizim de katıldığımız son görüşe<sup>69</sup> göre ise, ifanın gerçekleştiği andaki sürüm değerinin esas alınması her iki tarafın da menfaatine olacaktır.

Borçlunun aynı ödeme olarak teklif ettiği mal ya da malların sürüm değerinin katılma alacağının tamamını karşılaması gerekir. Aksi halde teklif, Türk Borçlar Kanunu'nun 84'üncü maddesi kapsamında kısmi ifa teşkil edeceği için alacaklı ifayı reddedebilir. Ancak, borçlunun katılma alacağının bir kısmının aynı kalan kısmının nakdi ödenmesi teklifi, alacaklı tarafından kabul edilmelidir. Zira bu durumda kısmi değil, tam ifa teklifi vardır.<sup>70</sup>

### C. Katılma Alacağına Faiz Yürütülmesi ve Güvence Gösterilmesi

Türk Medeni Kanunu'nun 239'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında katılma alacağı alacaklısını koruyan iki ayrı düzenlemeye yer verilmiştir. Bunlardan ilkinde göre, katılma alacağı için tasfiyenin sona ermesinden itibaren faiz işlemeye başlar. Burada tarafların faiz ödeneceğini kararlaştırmış olmaları aranmaz. Böyle bir durumda kanuni faiz oranında faiz ödeme borcu ortaya çıkar. Taraflar anlaşmayla başka bir faiz oranının uygulanmasını kararlaştırabileceği gibi hiç faiz ödenmeyeceğini de kararlaştırabilirler.<sup>71</sup>

<sup>62</sup> M. Ahmet, Kılıçoğlu, *Katılı-Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları, Yargıtay İçtihatları Tabloları)* (Turhan Kitabevi, 2016), 144; Kırmızı, *Edinilmiş Mallara Katılma*, 213-214; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 245; Şengül, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 87; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 330.

<sup>63</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 246; Jungo, *Art. 215, N. 4*; Kırmızı, *Edinilmiş Mallara Katılma*, 55; Civelek Acar, *Aile Hukuku*, 71; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 246; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 330; Günarslan, *Edinilmiş Mallara Katılma*, 162.

<sup>64</sup> Gümüş, *Mal Rejimleri*, 394.

<sup>65</sup> Acar, *Aile Hukuku*, 348-349; Çetiner, *Borçlar Genel*, 664; Eren, *Borçlar Genel*, 1109; Gümüş, *Borçlar Genel*, 925; Nomer, *Borçlar Genel*, 318; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, 910; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 510.

<sup>66</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çetiner, *Borçlar Genel*, 660 vd.; Eren, *Borçlar Genel*, 1165 vd.; Gümüş, *Borçlar Genel*, 922 vd.; Nomer, *Borçlar Genel*, 377 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, 904 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, 504.

<sup>67</sup> Kırmızı, *Edinilmiş Mallara Katılma*, 214; Günarslan, *Edinilmiş Mallara Katılma*, 162; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 331.

<sup>68</sup> Şengül, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 91.

<sup>69</sup> Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 245; Yılmaz, *Aile Hukuku*, 409.

<sup>70</sup> Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 246.

<sup>71</sup> Nuspliger, *Art. 218, N. 7*; Öztan, *Aile Hukuku*, 543; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 249-250; Şengül, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 85; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 336.

Faiz ödeme dışında güvence gösterme yükümlülüğü de Türk Medeni Kanunu'nun 239'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, şartların güvence gösterilmesini gerektirdiği durumlarda borçlu güvence gösterecektir. Ancak, burada faizden farklı olarak güvence gösterilmesi yönünde talebin varlığı gereklidir. Hâkim re'sen güvence gösterilmesine karar veremez.<sup>72</sup> Kanunda gösterilmesi gereken güvencenin türüne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bağlamda tarafların anlaşması ya da hâkim kararıyla alacaklının ve borçlunun menfaatlerini gözeten her türlü güvencenin gösterilmesi mümkündür. Tarafların mal rejimi sözleşmesiyle faiz ve güvenceden feragat etmesi mümkün değildir.<sup>73</sup> Tarafların güvencenin türünde anlaşamaması halinde hâkim güvencenin türünü re'sen belirler.<sup>74</sup>

#### D. Katılma Alacağının Takas Edilmesi

Türk Medeni Kanunu'nun 236'ncı maddesinde alacakların takas edileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 143'üncü maddesinde takasın borçlunun iradesiyle olacağı belirtilmiştir. Ancak, katılma alacağında kanun koyucu takası borçlunun iradesine bırakmamıştır.<sup>75</sup> Kanun koyucunun bu düzenlemeyi yapma amacı eşlerin karşılıklı olan katılma alacakları nedeniyle ortaya çıkabilecek olumsuzlukları engellemek ve süreci hızlandırmaktır.<sup>76</sup> Takasın kanuni bir zorunluluk olması nedeniyle hâkimin bu hususu re'sen dikkate alması gerekir.<sup>77</sup> Dolayısıyla, bu düzenleme taleple bağlılık ilkesinin istisnası niteliğindedir. Ayrıca, kanuni takas davalının karşı dava açmış olması sonucunu doğurduğundan harçsız dava açılmayacağı kuralı burada bertaraf edilmektedir.<sup>78</sup>

Takasın kapsamına her türlü alacak girmez ve bu çerçevede yalnızca katılma alacağı ve değer artış paylarından doğan alacaklar zorunlu takas kapsamında değerlendirilir.<sup>79</sup> Evliliğin sona ermesi halinde katılma alacağı dışında başka alacaklar da ortaya çıkabilir. Söz konusu alacaklar Türk Medeni Kanunu'nun 236'ncı maddesinin birinci fıkrası kapsamında kanuni takasa tabi olmamalarına rağmen, katılma alacağı borçlusu iradi olarak bu alacakları da takas edebilir (TBK m. 143). Bu bağlamda, nafaka, maddi ve manevi tazminat alacakları gibi evliliğin sona ermesi kaynaklı alacaklar takas edilebileceği gibi, evlilikten tamamen bağımsız olarak doğmuş olan alacaklar da iradi olarak takas edilebilir.<sup>80</sup>

#### E. Eşlerden Birinin Ölümü Halinde Aile Konutu ve Ev Eşyası

Türk Medeni Kanunu'nun 240'ncı maddesinde mal rejiminin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda sağ kalan eşe aile konutu üzerinde intifa ya da oturma hakkı tesis edilmesini isteme ve bunların bedelini de katılma alacağından mahsup etme imkânı tanınmıştır. Ayrıca, aynı şartların varlığı halinde sağ kalan eşin ev eşyalarına ve mülkiyet hakkına yönelik talepte bulunabileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemenin yapılma amacının maddede ifade edildiği üzere, sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirebilmesinin sağlanması olduğu şeklindedir.<sup>81</sup> Eşe tanınan bu hakla eşlerin mülkiyet hakkının

<sup>72</sup> Acar, *Aile Hukuku*, 349; Steck ve Fankhauser, *Art. 218*, N. 9; Şıpka, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 318; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 336.

<sup>73</sup> Jungo, *Art. 218*, N. 5; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 336.

<sup>74</sup> Nuspliger, *Art. 218*, N. 6; Steck ve Fankhauser, *Art. 218*, N. 9.

<sup>75</sup> Civelek Acar, *Aile Hukuku*, 70; Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 127; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 244; Steck ve Fankhauser, *Art. 215*, N. 7; Şıpka, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 267; Yılmaz, *Aile Hukuku*, 415; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 328.

<sup>76</sup> Steck ve Fankhauser, *Art. 215*, N. 7; Şengül, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 91.

<sup>77</sup> Öztan, *Aile Hukuku*, 535; Şengül, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 91; Yılmaz, *Aile Hukuku*, 415.

<sup>78</sup> Yar. 8. HD, E. 2014/10017, K. 2014/22102, 9.12.2014 (www.lexpera.com.tr).

<sup>79</sup> Öztan, *Aile Hukuku*, 527; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 379; Civelek Acar, *Aile Hukuku*, 70; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 328; Aksi yönde görüş için bkz.: Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 151.

<sup>80</sup> Öztan, *Aile Hukuku*, 527; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 244.

<sup>81</sup> Acar, *Aile Hukuku*, 372 vd.; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 402; Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 131; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 282; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 337.

bağımsızlığı ve katılma alacağının parasal bir alacak hakkı olması kurallarına istisna getirilmiştir.<sup>82</sup> Yargıtay bu yöndeki talep için katılma alacağının belirlenmiş olmasının dava şartı olduğunu belirtmektedir.<sup>83</sup>

Türk Medeni Kanunu'nun 240'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında haklı sebeplerin varlığı halinde sağ kalan eşe intifa ya da oturma hakkı yerine mülkiyet hakkı tanınabileceği belirtilmiştir. Bu talep sağ kalan eş tarafından yapılabileceği gibi, ölen eşin mirasçıları tarafından da yapılabilir. Ancak, mirasçıların bu talepte bulunabilmesi için sağ olan eşin intifa ya da oturma hakkı tesisi talebinde bulunmuş olması gerekir. Haklı nedenin varlığı somut olayın şartlarına göre, hâkim tarafından değerlendirilecektir.<sup>84</sup>

Türk Medeni Kanunu'nun 240'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında “Sağ kalan eş, mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamaz.” hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemeyle, mirasbırakanın altsoyunun menfaati, sağ kalan eşin menfaatinden üstün tutulmuştur.

Türk Medeni Kanunu'nun 240'uncu maddesine göre aynı hak talebinde bulunulabilmesi için, sağ kalan eşin katılma alacağına sahip olması gerekmektedir. Alacağın miktarının talep edilen hakkın değerinden daha düşük olması hakkın kullanılmasını engellemez. Bu durumda, eksik kalan bedelin eklenmesi suretiyle hak elde edilir. Öte yandan, katılma alacağının miktarının talep edilen hakkın değerine oranla oldukça düşük olmasının hakkın kullanılmasını engelleyip engellemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki ilk görüşe göre, oldukça düşük bedelin varlığı halinde hakkın kullanılması hakkaniyetsiz bir durumun ortaya çıkmasına neden olur. Bu nedenle, hâkimin takdir yetkisini kullanarak talebi reddetmesi gerekir.<sup>85</sup> Katıldığımız aksi görüşe göre ise, kanun lafzında katılma alacağının miktarına göre ayırım yapılmasını gerektiren bir ibare yoktur. Bu nedenle katılma alacağının oldukça düşük olması hakkın kullanımını engellemez.<sup>86</sup> Keza, miktara göre ayırım yapılmasının hükmün düzenlenme amacı olan sağ kalan eşin eski yaşantısını devam etmesini engelleyecektir.

Sağ kalan eşin katılma alacağına sahip olmamakla beraber, değer artış payına sahip olduğu durumda Türk Medeni Kanunu'nun 240'uncu maddesine göre aynı hak talebinde bulunup bulunamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki ilk görüşe göre, sadece değer artış payının varlığı halinde de aynı hak talebinde bulunulabilir. Zira değer artış payı da katılma alacağı gibi aynen

<sup>82</sup> Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 146; Başpınar, *Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler*, 89; Şıpka, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 319-320; Yılmaz, *Aile Hukuku*, 416 vd.; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 336.

<sup>83</sup> Yar. 2. HD., E. 2007/5770, K. 2007/8197, 16.5.2007: “Davacı vekilinin 23.06.2005 tarihli dilekçesinde yer alan açıklamalara göre; istek Türk Medeni Kanunu'nun 240. maddesine dayanan; birlikte yaşanan konut üzerinde, sağ eşin katılma alacağına mahsuben, mülkiyet olmadığı takdirde intifa veya oturma hakkı tanınmasına ilişkindir. Mahkemece; davacı sağ eşin katılma alacağı belirlenmeden karar verilmiştir. Davacı sağ eşin; dava konusu taşınmazdaki yasal mal rejiminden kaynaklanan katılma alacağı (TMK. m. 236, 239) belirlenmeden, yetmediği takdirde davacının ekleyeceği bedel tespit edilmeden, taşınmaz üzerindeki davalılara ait miras payları üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasına karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (www.kazanci.com.tr).

<sup>84</sup> Öztan, *Aile Hukuku*, 546; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 343-344.

<sup>85</sup> Murat Doğan, “Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu,” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 3-4 (2003): 658; Jungo, *Art. 219*, N. 6.

<sup>86</sup> Ali Haydar Yağcıoğlu, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşleri Yasal Alım Hakkı*, (Güncel Hukuk Yayınları, 2007), 118; Burak Doğan, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde ve Miras Hukukunda Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 64 (2025): 292; Doruk Utku, “Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Katılma Alacağına Mahsuben Aile Konutunun Mülkiyeti İstemi” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yasal Mal Rejimi Sempozyumu* ( Legal Yayınevi 2023), 112; Gökçen Kapusuz, “Mal Rejimleri ve Miras Hukukunda Aile Konutu,” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi ( Marmara Üniversitesi, 2010), 35; İlker Öztaş, “MK. m. 240 Kapsamında Sağ Kalan Eşin Aile Konutu Üzerindeki Hakkı,” (2009) *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. 3-4 (2009): 243; Ömer Uğur Gençcan, *Mal Rejimleri Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2023) 441; Şebnem Nebioğlu Öner, *Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi* (Adalet Yayınevi 2014), 114; Steck ve Fankhauser, *Art. 219*, N. 5.

ödenebilir<sup>87</sup>. Bir başka görüşe göre ise, değer artış payının kaynağının aile konutu olması durumunda Türk Medeni Kanunu'nun 240'uncu maddesi uygulanabilir<sup>88</sup>. Bu konudaki son görüşe göre ise, yalnızca değer artış payının varlığında aynı hak talebinde bulunulamaz<sup>89</sup>. Ancak, tarafların mal rejimi sözleşmesiyle bu hususun aksini kararlaştırmaları mümkündür<sup>90</sup>.

Kanaatimizce, son görüşün kabulü yerindedir. Zira mehz İsviçre Medeni Kanununun 219'uncu maddesinde değer artış payının da hakkın kullanılmasına imkân tanıyacağı belirtilmiş olmasına rağmen, Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemede bu ibareye yer verilmemiştir. Ayrıca, Türk Medeni Kanunu'nda aile konutu kaynaklı değer artış payının hakkın kullanımına imkân tanıyacağı yönünde bir düzenleme de bulunmamaktadır. Ancak, olması gereken hukuk açısından bakacak olursak değer artış payının varlığının hakkın kullanımını sağlayacağı yönünde bir değişiklik yapılması yerinde olacaktır. Zira bu sayede sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirebilme amacı daha etkin korunmuş olacaktır<sup>91</sup>.

## F. Katılma Alacağının Tabi Olduğu Zamanaşımı

Katılma alacağına uygulanacak zamanaşımına ilişkin özel bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bu konuda Yargıtay tarafından da daha önceleri savunulan ilk görüşe göre, katılma alacağının ödenmesine Türk Medeni Kanunu'nun 178'inci maddesindeki bir yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir.<sup>92</sup>

Katıldığımız diğer görüşe<sup>93</sup> göre ise, katılma alacağına Türk Borçlar Kanunu'nun 146'ncı maddesindeki genel süre olan on yıllık zamanaşımı uygulanmalıdır. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 178'inci maddesi boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin olup, mal rejiminin tasfiyesinden doğan alacakları kapsamaz. Ayrıca, bu hükmün mal rejiminden doğan alacakları kapsadığının kabul edilse dahi, mal rejiminin boşanma dışındaki nedenlerle sona ermesi halinde boşanmaya ilişkin maddenin uygulanması kabul edilemez.

Mal rejiminin boşanma nedeniyle sona ermesi durumunda, boşanma kararının kesinleşmesiyle katılma alacağına ilişkin zamanaşımı işlemeye başlar.<sup>94</sup> Zira katılma alacağı bu tarihte muaccel olur.

## SONUÇ

Edinilmiş mallara katılma rejiminde aynı paylaşım ilkesine yer verilmemiş, bunun yerine eşlerin katılma alacağına sahip olacağı belirtilmiştir. Katılma alacağının belirlenebilmesi için mal rejiminin tasfiyesinin yapılması gerekmekte olup, taraflar aksini kararlaştırmamışsa tasfiye sonucunda oluşan artık değer yarısı katılma alacağı oluşturmaktadır.

Mal rejiminin tasfiyesinden önce beklenti niteliğinde olan katılma alacağı, tasfiyenin tamamlanmasıyla birlikte borçlar hukuku anlamında alacak hakkı niteliğini haiz olur. Mal rejimi tasfiyesinden önce katılma alacağının üçüncü kişiye devri ya da rehni veya haczedilmesi mümkün değilken, ölüme bağlı tasarrufa konu edilmesi mümkündür. Tasfiyenin tamamlanma anı hâkimin karar

<sup>87</sup> Yılmaz, *Aile Hukuku*, 416; Öztaş, *Aile Konutu*, 243; Aydın Zevkliler, Emre Cumalıoğlu ve Mehmet Beşir Acabey, *Medeni Hukuk III Aile Hukuku* (Adalet Yayınevi, 2024), 215; Öztan, *Aile Hukuku*, 548; Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 341.

<sup>88</sup> Gümüş, *Mal Rejimleri*, 410; Yağcıoğlu, *Yasal Alım Hakkı*, 115.

<sup>89</sup> Şeyda Dursun Karaahmetoğlu, "Ölen Eşin Aile Konutuna İlişkin Ölüme Bağlı Tasarruflarının Sağ Kalan Eşin TMK m. 240 Uyarınca Aile Konutunun Özgülenmesi Talebine Etkisi," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, no. 1 (Mayıs 2021): 435; Gençcan *Mal Rejimleri*, 444; Nebioğlu Öner, *Aile Konutu*, 113.

<sup>90</sup> Gençcan, *Mal Rejimleri*, 444.

<sup>91</sup> Doğan, *Aile Konutu*, 290.

<sup>92</sup> Acar, *Aile Hukuku*, 364; Yar. 8. HD., E. 2009/873, K. 2009/2621, 26.05.2009, (www.kazanci.com.tr).

<sup>93</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 245; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 295; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 389-392; Sarı, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 251; Steck ve Fankhauser, *Art. 215*, N. 11; Yar. HGK, E. 2013/ 8-375, K. 2013/520, 17.04.2013 (www.kazanci.com.tr).

<sup>94</sup> Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 296; Yar. 2. HD., E. 2022/3468, K. 2022/8924, 8.11.2022 (www.lexpera.com.tr).

verme anı olup, kararın kesinleşmesine gerek yoktur. Tasfiyenin anlaşma ile yapılması halinde ise, aksi kararlaştırılmamışsa anlaşmanın yapılmasıyla alacak hakkı niteliğini kazanır.

Katılma alacağı tasfiyenin tamamlanmasıyla ihtar gereksizdir. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 239'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında tasfiyenin tamamlanmasıyla katılma alacağına ilişkin faizin işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. Tarafların aralarında anlaşarak muacceliyet tarihini değiştirme imkânı olduğu gibi, Türk Medeni Kanunu'nun 239'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca borçlu eş şartları mevcutsa ödemenin ertelenmesini isteyebilir. Ciddi güçlüklerin olup olmadığı hususunu hâkim takdir eder. Aynı ödemenin seçilmiş olması halinde, sırf taşınmazın değerinden aşağıya satılacak olması ciddi güçlük olarak nitelendirilemez. İfanın ertelenmesi faiz ödenmesini engellemez. Ayrıca, şartların gerektirmesi halinde alacaklı taraf uygun bir güvence verilmesini talep edebilir. Hâkim, re'sen güvence gösterilmesine karar veremez.

Mal rejiminin tasfiyesinin dava yoluyla olması ihtimalinde katılma alacağı, davada kararın verilmesiyle muaccel olur. İlgili kararın kesinleşmiş olması aranmaz.

Katılma alacağı talebi tüm malvarlığını kapsamalıdır. Katılma alacağı kural olarak nakden ödenir. Ancak, borçlu eş bakımından aynen ödeme imkânı da mevcuttur. Burada borçlu eş edimi değiştirme yetkisi tanınmıştır. Aynı ödeme seçildiği durumda, malların ifa tarihindeki sürüm değeri esas alınır. Katılma alacağının aynı ödenmesi halinde, ifanın konusunu katılma alacağı borçlusu belirler.

Katılma alacağı davası, boşanmanın kesinleşmesinden sonra açılabilir. Boşanma davası kesinleşmeden açılmış olması halinde boşanma davasının sonucu bekletici mesele yapılır. Olası mal kaçırmanın önüne geçmek isteyen eş ihtiyati tedbir talebinde bulunmalıdır. Ancak, boşanma davalarının uzun sürdüğü ihtimalde ihtiyati tedbir tam koruma sağlamayacağından, katılma alacağı davasının boşanma davası ile birlikte açılabilirliğinin kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nun 236'ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca boşanmanın zina ya da hayata kast nedeniyle gerçekleşmiş olması halinde hâkim, katılma alacağını azaltabilir ya da tamamen kaldırabilir. Bu hüküm istisnai niteliği haiz olduğundan dar yorumlanmalı, dolayısıyla boşanmanın bu sebeple gerçekleşmemiş olması halinde uygulanmamalıdır. Ancak, bu hüküm evleviyet kuralı gereği eşlerden birinin diğerini öldürmesi halinde de uygulanır.

Katılma alacağına ilişkin düzenlemede irade beyanında bulunulmasını gerektirmeyecek şekilde kanun gereği takas öngörülmüştür. Bu bağlamda taraflar talepte bulunmasa dahi hâkim re'sen takası gerçekleştirecektir. Ancak, takasın yapılabilmesi için diğer eşin de katılma alacağı davası açmamış olsa dahi, en azından takas def'ini ileri sürmesi gerekir. Takasın kapsamına katılma alacağının yanı sıra değer artış payı alacağı da girer.

Mal rejiminin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda, sağ kalan eşe eski hayat standardını devam ettirebilmesi amacıyla aile konutu üzerinde ve eşyalarında aynı hak talep etme imkânı tanınmıştır.

Katılma alacağının tabi olacağı zamanaşımına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 178'nci maddesinde yer alan bir yıllık zamanaşımı süresi yalnızca boşanmanın mali sonuçlarını kapsamaktadır. Katılma alacağı da boşanmanın mali sonucu olmadığından maddenin uygulama alanına girmez. Bu nedenle, katılma alacağına Türk Borçlar Kanunu'nun 146'ncı maddesindeki genel zamanaşımı olan on yıllık süre uygulanır.

**KAYNAKÇA**

- Acar, Faruk. *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*. Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Acar, Faruk. "Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri." *Public and Private International Law Bulletin* 35, no. 1 (2015): 143-156.
- Akıntürk, Turgut ve Derya, Ateş. *Aile Hukuku*. Beta Yayınevi, 2017.
- Badur, Emel. "Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Hâlinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı." *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2016): 39-63.
- Başaran, Aslı Hikmet. Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Boşanmaya Dayalı Tasfiyesi. *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. Marmara Üniversitesi, 2011.
- Başpınar, Veysel. "Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 3 (2003): 79-101.
- Civelek Acar, Esra. *Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Sermaye Ortaklıkları Payı*. Aristo Yayınları, 2019.
- Çetiner, Bilgehan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. On İki Levha Yayıncılık, 2024.
- Demirbaş, Ali, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi Bakımından Boşanmada Birlik İlkesi," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2019): 545-562.
- Doğan, Burak. "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde ve Miras Hukukunda Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. No. 64 (2025): 285-308.
- Doğan, Murat. "Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu." *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 3-4 (2003): 651-695.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku c. 3 Aile Hukuku*. Filiz Kitabevi, 2019.
- Dursun Karaahmetoğlu, Şeyda. "Ölen Eşin Aile Konutuna İlişkin Ölümüne Bağlı Tasarruflarının Sağ Kalan Eşin TMK m. 240 Uyarınca Aile Konutunun Özgülenmesi Talebine Etkisi." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, no. 1 (Mayıs 2021): 431-459.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Legem Yayınevi, 2023.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Mal Rejimleri Hukuku*. Yetkin Yayınları, 2023.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Yetkin Yayınevi, 2021.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Evlilik Birliğinin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*. Vedat Kitapçılık, 2008.
- Günarslan, Banu Fatma. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı*. Seçkin Yayınları, 2017.
- Jungo, Alexandra. *Handkommentar Zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht Art. 1-456 ZGB*. Hrsg. Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo, Schulthess, 2022.
- Kapusuz, Gökçen. *Mal Rejimleri ve Miras Hukukunda Aile Konutu*. *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. Marmara Üniversitesi, 2011.
- Karakimseli, Ayşe. *Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimine Karşı Alacaklıları Korumaya Yönelik Düzenlemeler*. Adalet Yayınları, 2017.
- Karamercan, Fatih. *Katkı-Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları*. Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet. *Aile Hukuku*. Turhan Kitabevi, 2019.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Turhan Kitabevi, 2024.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet. *Katkı-Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları, Yargıtay İçtihatları Tabloları)*. Turhan Kitabevi, 2016.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet. "Katkı Katılma Alacağı." iç. *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu*. Yetkin Yayınları, 2017.
- Kırmızı, Mustafa. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu*. Platon Hukuk Yayınevi, 2018.
- Köroğlu, Emre. "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (2016): 229-251.

- Nebioğlu Öner, Şebnem. *Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi*. Adalet Yayınevi 2014.
- Nomer, Haluk N.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Beta Yayınevi, 2019.
- Nuspliger, Isabelle. Orell Füssli Kommentar, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Ed: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, Orell Zürih: Füssli Verlag, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal, M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler c. 1*. Vedat Kitapçılık, 2022.
- Özdamar, Demet, Ferhat, Kayış, Burcu, Yağcıoğlu, Aliye, Akgün. *Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi*. Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Özer Deniz, Miray. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi*. Vedat Kitapçılık, 2016.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Turhan Kitabevi, 2015.
- Öztaş, İlker. “MK. m. 240 Kapsamında Sağ Kalan Eşin Aile Konutu Üzerindeki Hakkı.” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. 3-4 (2009): 223-264.
- Sarı, Suat. *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*. Beşir Kitabevi, 2007.
- Steck, Daniel ve Fankhauser Roland. *Scheidung Band I Anhänge*, Stämpfli Verlag, 2022.
- Sakarya Güneş, Nermin. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağı*. Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Şengül, Mehmet. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının İfasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar.” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 3-4 (2012): 61-97.
- Şıpka, Şükran. *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*. On İki Levha Yayınları, 2011.
- Şıpka Şükran ve Ayça, Özdoğan. *Yargıtay Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasında Malvarlığı Davaları*. On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Topuz, Gökçen. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilere Borcundan Dolayı Malvarlığının Haczi.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 1 (2011): 95-117.
- Uğur, Ahmet. “Mal Ayrılığı ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde, Katkı ve Katılım Alacağı Hesabı”. *İstanbul Barosu Dergisi* 89, no. 1 (2015): 52-64.
- Utku, Doruk. “Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Katılma Alacağına Mahsuben Aile Konutunun Mülkiyeti İstemi.” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yasal Mal Rejimi Sempozyumu*. Legal Yayınevi, 2023.
- Yağcıoğlu, Ali Haydar. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşleri Yasal Alım Hakkı*. Güncel Hukuk Yayınları, 2007.
- Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk c. 3 Aile Hukuku*. Yetkin Yayınları, 2023.
- Zeytin, Zafer. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*. Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Zeytin, Zafer. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimindeki Artık Değere Katılma Alacağı (veya Değer Artış Payı Alacağı) Haczedilebilir mi?.” *Terazi Hukuk Dergisi*, no. 8, (Nisan 2007): 13-20.
- Zevkliler Aydın, Emre, Cumalıoğlu ve Mehmet Beşir Acabey. *Medeni Hukuk III Aile Hukuku*. Adalet Yayınevi, 2024.
- www.kazanci.com.tr



Eserin Türü / Manuscript Type

Araştırma Makalesi / Research Article

DOI:  
10.47136/asbuhfd.188236  
4.



Makale Gönderim Tarihi / Received: 05.02.2026

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 13.05.2026

Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör hakem.  
Double peer-reviewed.

**Anahtar Kelimeler / Keywords:** İnfaz hukuku, Tazminat, Koruma tedbirleri Dolayısıyla tazminat, Denetimli serbestlik, Müddetname. Execution law, Compensation, Compensation due to protective measures, Probation, term letter.

**Atf / Citation:** Topuz, Veysel ve Topuz, Dilan Fatma. "Türk İnfaz Hukukundaki Hatalı Uygulamalar Sebebiyle Açılacak Tazminat Davalarında Görevli Mahkeme" *ASBU Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8, no.1 (2026) 18-37.

#### Yazar Bilgileri / Authors Information:

\* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, [veysel.topuz@inonu.edu.tr](mailto:veysel.topuz@inonu.edu.tr), 0000-0002-9831-2816

\*\* Dr. Arş. Gör., İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, [ftmdlncb@gmail.com](mailto:ftmdlncb@gmail.com), 0000-0002-7872-1823.

Sorumlu Yazar / Veysel Topuz

Katkı Oranı %50 - %50

Teşekkür / Acknowledgments: Bulunmamaktadır.

**Finansal Destek / Financial Support:** Finansal destek alınmamıştır.

**Çıkar Çatışması / Conflict of Interest:** Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

**Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval:** Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

**Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence:** Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır

# TÜRK İNFAZ HUKUKUNDAKİ HATALI UYGULAMALAR SEBEBİYLE AÇILACAK TAZMİNAT DAVALARINDA GÖREVLİ MAHKEME

*The Court Responsible For Compensation Cases To Be Filed Due To Errors In Turkish Enforcement Law*

**Veysel TOPUZ\***

**Fatma Dilan TOPUZ\*\***

## Öz

Ceza hukuku ile tazminat hukuku, hukukun farklı dallarına ait bölümler olmakla birlikte her iki hukuk dalının birbirine yaklaştığı bazı alanlar söz konusudur. Bunlardan bir tanesi de soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasında hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle ağır ceza mahkemesi veya Tazminat Komisyonunda (6384 sayılı Kanunla kurulan) açılacak olan tazminat davalarıdır. Gerçekten de bir ilk derece ceza mahkemesi olan ağır ceza mahkemesi CMK m. 141 ve devamında öngörülen düzenlemeler uyarınca koruma tedbirlerinin hukuka aykırı uygulanması dolayısıyla açılabilir olan tazminat davasını, tazminat hukukunun genel kural ve prensipleri uyarınca karara bağlamaktadır. Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında söz konusu olan hukuka aykırı karar ve işlemler için tazminat talebine ilişkin CMK m. 141 ve devamında açık bir düzenleme bulunmaktadır. Bununla birlikte yürütülen ceza muhakemesi sonucunda bir mahkûmiyet kararı verilmiş ve bunun infazına başlanmış olduğunda, infaz sırasında söz konusu olabilecek hukuka aykırı karar ve işlemler dolayısıyla tazminat davası açılıp açılmayacağı meselesi tartışmalıdır. CMK m. 141 ve devamında öngörülen hükümlerin bu husus bakımından kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı meselesi problemlidir. Üstelik tazminat davası açılabilirliğini kabul etsek dahi, bu konuda görevli mahkemenin adli yargı kolunda mı yoksa idari yargı kolunda mı bulunduğu meselesi de ihtilaflıdır. CMK m. 141 ve devamı hükümleri uyarınca açılacak olan tazminat davası, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında meydana gelen işlemler dolayısıyla uygulanabilecektir. Çalışmaya konu edilen aşama ise infaz aşaması olduğundan ve artık kovuşturma evresinden bahsedilemeyeceğinden bu süreçte meydana gelen hukuka aykırılıklar için bahsi geçen hükmün uygulanamayacağını hemen ilk başta söyleyebiliriz. Bununla birlikte Yargıtay'ın aksi yönde kanaat bildirdiği, CMK m. 141 ve devamının kıyasen uygulanması gerektiğini belirten kararları da bulunmaktadır. Yargı işlemi geniş manasıyla aynı zamanda bir idari işlem olduğundan idari yargıda mı yoksa genel hükümler uyarınca özel hukuk yargısında mı tazminat davası açılacağı meselesi de farklı yargı kararlarına konu olmuştur. Elbette bu tartışmaları yaparken doktrindeki görüşlerden de istifade edilmesi gerekmektedir. Biz de çalışmamızda bu sorulara yanıt aramaya ve kanaatimizi ortaya koymaya çalışacağız.

## Abstract

One area where criminal and civil law converge closely is the compensation lawsuit filed in the High Criminal Court or the Compensation Commission (Law No. 6384) for decisions or actions taken by judges and public prosecutors during investigations and prosecutions. Indeed, the High Criminal Court, a first-instance criminal court, will, just as if it were a civil court, rule on compensation lawsuits filed for protective measures in accordance with the general rules and principles of compensation law. Article 141 et seq. of the Code of Criminal Procedure (CPP) already provides clear provisions for unlawful decisions and actions taken or made during a criminal investigation or prosecution. However, if a conviction has been rendered as a result of the trial and its execution has begun, whether a compensation lawsuit can be filed for unlawful decisions and/or actions taken or made during this period, and if so, whether the competent court falls within the judicial or administrative jurisdiction, has long been a matter of debate.

A compensation lawsuit filed pursuant to Article 141 et seq. of the Code of Criminal Procedure (CPP) can only be filed for actions that occur during a criminal investigation or prosecution. Since the prosecution phase is no longer a legal process during the execution phase, the aforementioned provision (CMK Article 141) will not apply to any unlawful violations that occur during this process. However, since a judicial proceeding is also an administrative proceeding in the broad sense, we will examine the question of whether a compensation lawsuit should be filed in administrative courts or, pursuant to general provisions, in private law courts, in the context of judicial decisions and developments in doctrine.

## Extended Summary

The rule of law requires that public authorities be held responsible if they harm citizens while doing their jobs. According to Article 129/5 of the Constitution, people harmed by the mistakes of civil servants can sue for compensation, but these lawsuits must be filed against the government (the administration) rather than the individual worker.

However, there are special rules for certain rights where the officials themselves might also be held liable. For example, Article 19 of the Constitution ("Liberty and Security of Person") states that if someone is treated unfairly outside of the legal rules, the State must pay for their damages. Similarly, Article 5 of the ECHR, which Turkey follows, guarantees that anyone who is a victim of an unlawful arrest or detention has a right to receive compensation.

Since protective measures impose significant restrictions on individual rights and freedoms, their limits are strictly defined by the Constitution and laws. The ability of individuals to claim compensation for material and moral damages due to the unjust or unlawful application of protective measures is, as mentioned above, a requirement of the rule of law. The provision for compensation to be paid to those unjustly or unlawfully arrested or detained was first included in Article 30 of the 1961 Constitution. As a requirement of this constitutional provision, the Law No. 466 on Compensation for Those Unlawfully Arrested or Detained regulated the circumstances requiring compensation in detail. With the entry into force of the Code of Criminal Procedure No. 5271 on June 1, 2005, compensation claims due to protective measures were regulated more broadly in Articles 141 and subsequent articles of the aforementioned Code.

Article 141 and subsequent provisions of the Code of Criminal Procedure provide a legal remedy for damages caused by illegalities that may occur during a criminal investigation or prosecution. However, since the prosecution phase ends with the finalization of the judgment, if the judgment is a conviction, the execution phase will begin.

In cases where individuals suffer damage due to an illegal action taken by the execution judge or execution prosecutor during the execution phase, the question of which court within the judicial branch and on what legal grounds compensation can be sought is debatable. In particular, the issue of which court to seek compensation from in cases where the sentence duration is incorrectly calculated due to a calculation error during the preparation of the sentence document, resulting in the convict benefiting from conditional release late, or where the convict is unable to benefit from supervised release measures at all or on time due to an illegal decision by the execution judge, has been the subject of different court decisions. Moreover, since jurisdictional disputes arose between the judicial and administrative branches regarding the specific cases in question, the issue has also found its place in the decisions of the Conflict of Jurisdiction Court. Considering that the decisions of the Conflict of Jurisdiction Court are also binding, the importance of the issue becomes even more apparent. In this study, we will try to find answers to these debates and also state our opinion where appropriate

## GİRİŞ

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kamu otoriteleri ve yetkili merciler görevlerini ifa ettikleri sırada kişilerin mağduriyetine sebep olurlarsa, bunların sorumluluklarının söz konusu olması gerekir<sup>1</sup>. Nitekim Anayasa'nın 129/5. maddesi gereğince *"memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı mağdur olanlar tazminat davası açabilir ancak bu davalar sadece idare aleyhine açılabilir"*<sup>2</sup>. Ancak bazı hakların korunmasına ilişkin ayrı düzenlemeler yapılarak ilgili kamu görevlilerinin tazminat sorumlulukları ayrıca düzenlemiş olabilir. Nitekim Anayasa'nın "kişi hürriyeti ve güvenliği" başlıklı 19. maddesinin son fıkrasında *"ilgili hükümde sayılan haller dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zararların tazminat hukukunun genel prensiplerine göre Devletçe ödeneceği hüküm altına alınmıştır"*. Ayrıca taraf olduğumuz, AİHS'in özgürlük ve güvenlik hakkı başlıklı 5. maddesinde herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu belirtildikten

<sup>1</sup> Bahtiyar Akyılmaz, "Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu", *Journal Of Istanbul University Law Faculty*, 69/1-2 (2011): 62.

<sup>2</sup> Akyılmaz, "Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu", 62-63.

sonra hükmün son fıkrasında “*bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutuklama işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı olduğu*” güvence altına alınmıştır<sup>3</sup>.

Koruma tedbirleri kişi hak ve özgürlüklerine önemli kısıtlamalar getirdiğinden sınırları Anayasa ve kanunlarla sıkı şekilde belirlenmiştir<sup>4</sup>. Koruma tedbirlerinin haksız veya hukuka aykırı uygulanması nedeniyle kişilerin maddi ve manevi zararlarını isteyebilmeleri yukarıda bahsettiğimiz gibi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir<sup>5</sup>. Yakalama veya tutuklamanın haksız ya da hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle ilgiliye tazminat ödenmesi hali ilk kez 1961 Anayasasının 30’uncu maddesinde yer almıştı<sup>6</sup>. Bu Anayasal düzenlemenin bir gereği olarak 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun ile tazminatı gerektiren haller ayrıntılı olarak düzenlenmişti<sup>7</sup>. 1 Haziran 2005 tarihinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile mezkûr Kanun’un 141 ve devamı maddelerinde koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası daha geniş olarak düzenlenmiştir<sup>8</sup>.

CMK m. 141 ve devamındaki düzenlemeler, bir suç soruşturması veya kovuşturması sırasında meydana gelebilecek hukuka aykırılıkların sebep olduğu zararların giderilmesi için getirilmiş olan bir hukuki imkandır<sup>9</sup>. Bununla birlikte hükmün kesinleşmesi ile kovuşturma evresi sona ereceğinden verilen hüküm bir mahkûmiyet hükmü ise artık infaz aşaması başlayacaktır<sup>10</sup>.

İnfaz aşamasında infaz hâkimliği veya infaz savcılığı tarafından tesis edilen hukuka aykırı bir işlem dolayısıyla kişilerin zarara uğraması hâlinde, tazminatın hangi yargı kolundaki mahkemeden ve hangi hukuki gerekçeyle talep edilebileceği konusu tartışmalıdır. Özellikle müddetname (süre belgesi) hazırlanırken hesap hatası yapılarak sürelerin yanlış hesaplandığı bir ihtimalde, hükümlünün koşullu salıverilmeden geç faydalanması veyahut infaz hakimliğinin hukuka aykırı bir kararı sonucu hükümlünün denetimli serbestlik tedbirinden hiç veya zamanında faydalanamaması halinde hangi mahkemeden tazminat isteneceği meselesi farklı yargı kararlarına konu olmuştur. Üstelik adli yargı ve idari yargı kolları arasında, bahsi geçen somut olaylarla ilgili, görev uyumsuzlukları çıktığından konu, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında da kendine yer bulmuştur. Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının da

<sup>3</sup> Bahri Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku -Nazari ve Uygulamalı-*, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020), 583; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara, Beta Yayıncılık, 2022), 539; Veli Özer Özbek ve Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2025), 464-465; Ahmet Gökçen ve M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2024), 465, Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2025) 501-502.

<sup>4</sup> Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 375; Gökçen ve Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi*, 292.

<sup>5</sup> Neslihan Göktürk, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*, (Ankara, Seçkin Yayınevi, 2024), 34; Hüsnü Aldemir, *Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2025), 13-15; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 502.

<sup>6</sup> Aldemir, *Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*, 20.

<sup>7</sup> Aldemir, *Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*, 20-23.

<sup>8</sup> Bununla birlikte CMK m. 141 vd. her koruma tedbiri bakımından değil, yalnızca tek tek saymak suretiyle gösterdiği koruma tedbirleri bakımından uygulanabilir özelliktedir. Örneğin iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme, beden muayenesi gibi koruma tedbirleri CMK m. 141’in kapsamı dışındaydı. Bu gibi haller dolayısıyla genel hükümlere göre (Any. m.129/son) idarenin sorumluluğuna gidilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmekteydi. Ancak idari işlemlerden dolayı değil de, yargısal (adli) işlemlerden dolayı meydana gelen zararlar için idarenin sorumluluğunun kabul edilmesinin hem uygulamada hem de doktrinde sorun oluşturmaları üzerine 6545 sayılı Kanun’la birlikte CMK m. 141/3’e eklenen düzenleme ile bu sorun giderilmeye çalışılmış ve “*suç soruşturması veya kovuşturması sırasında hakimler veya Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler dolayısıyla açılacak tazminat davalarının ancak Devlet aleyhine açılabileceği*” öngörülmüştür. Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi*, 584.

<sup>9</sup> Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 539-540.

<sup>10</sup> Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023), 49-52; Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku*, (Ankara, Seçkin Yayınevi, 2025), 31.

bağlayıcı olduğunu<sup>11</sup> göz önüne aldığımızda konunun önemi daha fazla ortaya çıkmıştır. Biz de çalışmamızda hem bu tartışmalara cevap bulmaya çalışacak hem de yeri geldikçe kanaatimizi belirteceğiz.

## I. CEZANIN İNFAZINDA HUKUKA AYKIRILIK VE CMK M. 141'İN UYGULANABİLİRLİĞİ

Sözlük anlamı yerine getirme olan infaz, mahkemelerce verilip kesinleşen ceza ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi olarak tanımlanabilir<sup>12</sup>. İnfaz hukuku, ceza mahkemelerince verilen ceza ve güvenlik tedbirlerine ilişkin kesinleşmiş kararların yerine getirilmesine yönelik kuralları gösteren bağımsız bir hukuk dalıdır<sup>13</sup>. İnfaz hukuku, ceza hukuku yaptırımlarının yerine getirilmesi ile ilgilenir ve buna dair usul ve esasları gösterir<sup>14</sup>. Mahkûmiyet kararının kesinleştiği andan infazın sona erdiği ana kadar, devlet ile hükümlü arasındaki ilişkiyi düzenler<sup>15</sup>.

Türk infaz hukukunun esasları, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun”da düzenlenmektedir<sup>16</sup>. Ayrıca 4675 sayılı *İnfaz Hakimliği Kanunu* da bu alandaki önemli düzenlemelerden bir diğeridir. Üstelik bahsi geçen Kanunda; 14/04/2020 tarih ve 7242 sayılı Kanun ile önemli değişiklikler yapılmış ve infaz hakimliklerinin kuruluşu, görev ve yetkisi kapsamlı şekilde yeniden ele alınmıştır<sup>17,18</sup>.

<sup>11</sup> 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun m. 28/2: İlgili yargı mercileri ile bütün makam, kuruluş ve kişiler; mahkeme kararlarına uymak, geciktirmeksizin onları uygulamakla ödevlidirler.

<sup>12</sup> Özbek, *İnfaz Hukuku*, 29; Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 50.

<sup>13</sup> Osman Atalay, *Ceza Hukukunda İnfaz Hukukunun Yeri ve Denetimli Serbestlik*, Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Uluslararası Yaklaşımlar Bildiri Kitabı, (Ankara, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifleri Genel Müdürlüğü, 2016) 9.

<sup>14</sup> Atalay, *Denetimli Serbestlik*, 8.

<sup>15</sup> Özbek, *İnfaz Hukuku*, 29.

<sup>16</sup> Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 58.

<sup>17</sup> 7242 sayılı Kanun’un gerekçesinde önemli tespitler söz konusudur: “Kanun teklifiyle yargılama sonunda hükmedilen ceza ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi sırasında alınacak kararların infaz hâkimliği tarafından verilmesi sağlanarak, infaz işlemlerinin tek bir yargı merciinde toplanması, bu işlemlerde ihtisaslaşmaya gidilmek suretiyle infaz hizmetlerinin etkinliğinin ve kalitesinin artırılması ve yargılama yapan mahkemelerin iş yükünün azaltılması hedeflenmektedir. Teklifte, İnfaz Hâkimliği Kanununda yapılması öngörülen değişikliklerle infaz hâkimliğinin mevcut görevleri arasına, Türk Ceza Kanunu ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanununda yer alan; ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ve kısa süreli hapis cezasına seçenek olarak hükmedilen tedbirler ile denetimli serbestlik tedbirlerinin denetlenmesi ve yerine getirilmesine yönelik kararları vermek görevleri de eklenmektedir. Ayrıca, Cumhuriyet savcısının ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin verdiği kararlara karşı şikâyet başvurusunda bulunulabilmesine imkân tanınmaktadır. Bu şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak görevi infaz hâkimliklerine verilmektedir. Bu kapsamda, söz konusu kanunlarda değişiklikler yapılmakta ve belirtilen bu temel ilke ve amaçların gerçekleştirilmesi öngörülmektedir. Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin mevzuat hükümleri, ceza adalet sistemi içerisinde yapılan yargılama sonucunda verilen kararların, mevzuat hükümlerine göre kesinleşmesi sonucunda yerine getirilmesine, başka bir anlatımla infazına ilişkin usul ve esasları içeren düzenlemeleri oluşturmaktadır. Ceza muhakemesi hukuku anlamında “hüküm” olarak adlandırılan kararlar, infaz hukukunun yetki alanı içerisinde kalmaktadır. Ceza adalet sistemini tamamlayan ve bütünün bir parçası olarak kabul edilen penoloji bilimine göre, infaz makam ve mercilerince yapılacak işlem ve faaliyetlerin ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir.” Türkiye Büyük Millet Meclisi, (Erişim tarihi Aralık 29, 2025.), <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y3/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/63982a52-911c-491d-97f9-4628445cb5d3.pdf>

<sup>18</sup> Alman İnfaz Kanunu’da infazın idari işlemlerle devam etmesinin hukuk devleti ilkesine uymayacağı gerçeğine dayalı olarak hazırlanmıştır. Yerdelen, Erdal. “Alman Ceza İnfaz Hukukunun Esasları”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. 16 (2020): 449. Alman İnfaz Kanunun Türkçeye çevirisi için bkz. Mahmutoglu, Fatih. “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların ve Hürriyeti Sınırlayıcı Emniyet Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (Federal Alman Ceza İnfaz Kanunu - 16 Mart 1976)”. *Journal Of Istanbul University Law Faculty* 55 (1-2).

Basit şüphe ile başlayan ceza muhakemesi, kovuşturma evresinin sonunda verilen hükmün kesinleşmesi ile sona erer. Verilen hüküm, eğer bir mahkûmiyet hükmü ise artık cezanın infazı aşaması başlar. Az önce de ifade ettiğimiz gibi, kovuşturma evresi hükmün verilmesi ile değil, hükmün kesinleşmesi ile sona ermektedir.

Ceza muhakemesi sürecinde hakkında koruma tedbiri uygulanmış olması dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmiş olan kişiler, maddi ve manevi zarar görmüş olabilirler. Hukuk devletinde, kişilerin bu yolla uğradıkları her türlü maddi ve manevi zararın telafi edilmesi gerekir<sup>19</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 41. maddesinde de “Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldıracıyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.” düzenlemesi mevcuttur. Ayrıca Anayasa'nın 19. maddesinde “mevzuatta gösterilen esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zararların tazminat hukukunun genel prensipleri uyarınca Devlet tarafından ödeneceği hüküm altına alınmıştır”.

CMK yürürlüğe girmeden önce de haksız yakalama ve tutuklamalar bakımından 466 sayılı “Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun” uygulanmaktaydı<sup>20</sup>. Kanun dışı yakalandığı veya tutuklandığı için zarara uğrayan kişiler, uğramış oldukları maddi ve manevi zararlarını bu Kanun gereğince gidermekteydi. Ancak dikkat edilecek olursa mezkûr Kanun sadece haksız yakalama ve tutuklamalar bakımından bir tazminat yükümlülüğü getirmekte, diğer koruma tedbirleri bakımından böyle bir tazminat yükümlülüğü getirmemekteydi<sup>21</sup>.

5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesi ile kanunda yer alan 141. maddeyle koruma tedbirleri nedeniyle tazminat meselesi daha geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Üstelik bahsi geçen hükümde 2 Mart 2024 tarihli ve 7499 sayılı Kanun ile önemli değişiklikler yapılmıştır<sup>22</sup>. Kural itibarıyla tazminat istemi zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanacaktır. Bununla birlikte CMK'nın 142. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesine göre, CMK'nın 141. maddesinin birinci fıkrasının (e), (f) ve (l) bentleri kapsamındaki istemlerin “6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri İle Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Kanun” hükümleri gereğince Tazminat Komisyonu tarafından karara bağlanacağı hüküm altına alınmıştır<sup>23</sup>.

5271 sayılı CMK'nın 141/3. maddesinde ise tazminat sorumluluğunu daha da genişleten bir düzenleme söz konusudur. Buna göre, “birinci fıkra yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere

<sup>19</sup> Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022) 398.

<sup>20</sup> Aldemir, *Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*, 20-21.

<sup>21</sup> Aldemir, *Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*, 23.

<sup>22</sup> 5271 sayılı Kanunun 142'nci maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesi şöyle aktarılmaktadır: “Maddenin ikinci fıkrasında yapılan düzenlemeyle, Ceza Muhakemesi Kanununun 141 inci maddesinin birinci fıkrasının (e), (f) ve (l) bentleri kapsamındaki istemler bakımından 6384 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Değişiklikle, koruma tedbirleri nedeniyle yapılacak bu tazminat istemlerinin 6384 sayılı Kanunla kurulan Tazminat Komisyonuna yapılması öngörülmekte ve bu istemlerin idari başvuru yoluyla hızlı bir biçimde sonuçlandırılması amaçlanmaktadır. Böylelikle, tespiti herhangi bir yargılama yapılmasını gerektirmeyen tazminat istemleri hakkında kısa sürede karar verilmesi sağlanmış olacaktır.” Türkiye Büyük Millet Meclisi, (Erişim Tarihi 29 Aralık 2025), <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/cfb35b8a-65cc-44e7-b1bc-4764e98175b9.pdf>

<sup>23</sup> 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun'un 5/B maddesinde koruma tedbirleri dolayısıyla tazminat isteminin usul ve esasları düzenlenmektedir. Buna göre, Komisyona müracaat, karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve herhangi bir karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde yapılır. Komisyon, tazminat istemlerine ve tazminatın geri alınmasına ilişkin yapacağı değerlendirmede Ceza Muhakemesi Kanununun 141 inci, 143'üncü ve 144'üncü maddelerini uygular.

*hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.”*

Doktrin ve yargı kararlarında CMK'nın 141. maddesi kapsamında açıkça düzenlenmeyen koruma tedbirleri bakımından da tazminat istenip istenemeyeceği meselesi gündeme gelmiş, 18.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun ile CMK m. 141/3'e eklenen bu hüküm sayesinde bahsi geçen tereddütlerin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır<sup>24</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararları<sup>25</sup> ve Yargıtay içtihatlarında<sup>26</sup> bu şekilde bir tutum benimsenmiştir.

Tüm bu düzenlemelerden görüleceği üzere soruşturma veya kovuşturma evrelerinde hâkimlerin veya Cumhuriyet savcılarının işlem veya kararları dolayısıyla zarara uğrayan kişiler, bu zararlarını CMK m. 141 uyarınca talep edebileceklerdir<sup>27</sup>. Bununla birlikte devletin tekelinde olan cezalandırma yetkisinin kullanılması sırasında yani cezanın infazı aşamasında, infaz hakimliği veya savcılığınca tesis edilen bir işlem veya kararın hukuka aykırı olması sebebiyle hükümlünün bir zararı doğmuş ise bu zararlar nasıl giderilecektir?

İfade edelim ki infaz süreci de tıpkı başlangıçta yürütülen ceza muhakemesi gibi sıkı şekli şartlara bağlı olan ve belli usul ve esaslar çerçevesinde yürütülen bir süreçtir<sup>28</sup>. İnfaz, ceza hukukunda dava ile ilgisi olmayan ayrı bir hukuksal kurumdur<sup>29</sup>. Nitekim 5275 sayılı CGTİHK başta olmak üzere, bu alanda

<sup>24</sup> Öznur Sevdiren, “Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin Makul Sürede Serbest Bırakılma Hakkının İhlali Nedeniyle CMK m. 141/1(d) Bağlamında Açılan Tazminat Davaları ile İlgili İçtihadının Değerlendirilmesi”, *Suç ve Ceza Dergisi*, 1 (2020): 872.

<sup>25</sup> “Anayasa Mahkemesi, koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davaları ile ilgili 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin (3) numaralı fıkrası yönünden birtakım değerlendirmelerde bulunmuştur. Söz konusu düzenlemeler ile pratikteki uygulamaların bu tür şikâyetler açısından etkili bir hukuk yolu olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olan yargısal yaklaşıma ilişkin yapılan açıklamalarda Anayasa Mahkemesi 5271 sayılı Kanun'un “Tazminat istemi” kenar başlıklı 141. maddesinin (3) numaralı fıkrasında suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdiği kararlar veya yaptığı işlemler nedeniyle devlet aleyhine tazminat davası açılabilirliğinin öngörüldüğünü, anılan hüküm kapsamında Cumhuriyet savcılarının yapmış oldukları işlemler nedeniyle zarar gördüğünü düşünen mağdurlar yönünden bir başvuru mekanizmasının oluşturulduğunu tespit etmiştir (H.Ö. B. No: 2017/34332, 12/12/2018, § 41); ayrıca bkz. M.Y., B. No: 2014/7149, 22/11/2017, § 50). Söz konusu kararda yargılama faaliyetlerinden doğan ve emredici ya da yasaklayıcı bir kural bulunmaması nedeniyle kişisel kusur veya haksız fiil kapsamında değerlendirilemeyecek özensiz davranışlardan kaynaklanan zararların 5271 sayılı Kanun'un 141/(3) numaralı fıkrası kapsamında giderilebileceğine ilişkin olarak Yargıtay'ca verilen bazı kararlara da yer verilmiş ve anılan fıkranın etkili bir yol olarak işletilebileceğine işaret edilmiştir.” AYM, Murat Haliç, B. No: 2017/24356, 8/7/2020, § 48.

<sup>26</sup> “belirtilen davanın 5271 sayılı CMK'nın 141/3 maddesinde düzenlenen hakim ve Cumhuriyet savcısının verdiği karara ve yaptığı işleme dayanılarak açıldığı, 6545 sayılı Kanunun 70. maddesi ile ekli CMK'nın 141/3 maddesinde, “Birinci fıkra yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilirliğinin belirtildiği, aynı Kanun'un 86. maddesi ile 5320 sayılı Kanuna eklenen geçici 8. maddesinde ki “ Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce suç soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan karar nedeniyle hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının hakkında hukuk mahkemelerinde açılan ve hâlen derdest olan tazminat davasına ilişkin dosyalar mahkemesince, Yargıtay incelemesinde bulunan dosyalar ise esaslı incelenmeksizin ilgili dairece yetkili ağır ceza mahkemesine gönderilir. Bu davalar ağır ceza mahkemelerince, Ceza Muhakemesi Kanununun 141 inci ve devamı maddeleri uyarınca Devlet aleyhine yürütülmek suretiyle karara bağlanır.” şeklinde düzenleme dikkate alındığında, CMK'nın 141/3 maddesinde belirtilen hakim ve Cumhuriyet savcılarının karar veya işlemlerine dayalı tazminat davalarının ağır ceza mahkemelerinde karar bağlanacağı hususu gözetilmeden, davanın görev yönünden reddine dair yazılı şekilde hüküm tesisi, Kanuna aykırı olup...” Yar. 12. CD, E. 2018/2990, K. 2018/6506, 11.06.2018. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) 14.01.2026.

<sup>27</sup> Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 540.

<sup>28</sup> Özbek, *İnfaz Hukuku*, 30.

<sup>29</sup> Özbek, *İnfaz Hukuku*, 30.

önemli kanuni düzenlemeler ve sair mevzuat hükümleri söz konusudur<sup>30</sup>. Ancak ne 5275 sayılı Kanun'da ne de diğer sair mevzuat hükümlerinde infaz sürecinde söz konusu olabilecek hukuka aykırı karar veya uygulamalar dolayısıyla hükümlülerin zararı hasıl olursa, tazminat davasının hangi mahkemede açılacağı meselesi hakkında sarıh bir düzenleme söz konusudur. “4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanununun” dördüncü maddesinde infaz hakimliklerine; infaza ilişkin şikâyetleri inceleme ve karara bağlama yetkisi verilmiş olsa da söz konusu hükümde tazminat istemine ilişkin infaz hakimliklerine herhangi bir görev verilmemiştir. Bununla birlikte uygulamada infaz sürecinde karşılaşılan hukuka aykırı uygulamalar dolayısıyla hükümlülerin tazminat talep ettikleri hallerle karşılaşılmaktadır. Konuyu daha iyi anlamak adına bazı somut örnekler üzerinden ilerlemek daha açıklayıcı olacaktır.

#### A. Müddetnamenin Yanlış Hesaplanması Dolayısıyla Tazminat İstemi

5275 sayılı CGTİHK'nın 5. maddesine göre, “Mahkeme, kesinleşen ve yerine getirilmesini onayladığı cezaya ilişkin hükmü Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir. Bu hükmü göre cezanın infazı Cumhuriyet savcısı tarafından izlenir ve denetlenir.” Görüldüğü üzere Kanun, infazın izlenmesi ve denetlenmesi yetkisini Cumhuriyet savcılarına vermiştir<sup>31</sup>. Hükümlünün bulunduğu yer veya ikameti farklı olsa bile, kesinleşen ilamlar hükmü veren mahkemenin bulunduğu yer savcılığına verilecektir. Hükümün gereğinin yerine getirilmesi ve denetimi bu yer Cumhuriyet savcılığına yapılacaktır<sup>32</sup>.

Mahkemelerden savcılığa verilen ilamlar öncelikle infaz kaydına alınacaktır<sup>33</sup>. “Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin” 120. maddesinde bu konuyla ilgili ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur. Buna göre, “infaz kaydı, mahkeme ilâmlarının infazına ilişkin işlemlerin safahatının işlendiği kayıttır. İnfaz kaydı, sıra numarası, hükümlünün kimlik bilgileri, ilâmı veren mahkeme, ilâmın tarih ve numarası, ilâmın geldiği tarih, Cumhuriyet başsavcılığı esas numarası, hükmün özeti, evvelce gözetiminde ve tutuklu kalmışsa salıverilme ve tahliye tarihi, ceza infaz kurumuna girdiği ve çıktığı tarih ile saat, muhafaza tedavi ve tedbirinin uygulanmaya başlandığı ve sona erdiği tarih, ceza bildirme, tali karar ve yerine getirme fişlerinin gönderildiği tarih ile düşünceler sütunlarından oluşur.”

Hükümlünün ceza infaz kurumuna tesliminde, ilâmı infaz eden Cumhuriyet başsavcılığı tarafından “hükümlüye, infaz defteri numarasını, ceza infaz kurumuna alındığı ve salıverileceği tarihi, ceza süresini ve cezanın hangi mahkeme ve hükmü ile ilgili olduğunu ihtiva eden bir belge verilir” (CGTİHK m. 20/4). İşte bu belgeye, uygulamada müddetname veya süre belgesi denilmektedir<sup>34</sup>.

Müddetname belgesi, kişi infaz kurumuna girdiğinde hükümlünün kendisi hakkında uygulanacak infaz süresi hakkında bilgi sahibi olmasını sağlar<sup>35</sup>. İnfaz kurumuna giren bir hükümlünün, kurumda ne kadar kalacağını, bihakkın tahliye süresini, koşullu salıverilme ve denetimli serbestliğe ayrılacağı süreyi bilmesi, soyut ceza hükmünün somut hale gelmesini sağlar. Hükümlünün, cezanın infazı hakkında bilgi sahibi

<sup>30</sup> Özbek, uygulama ve öğretide kullanılan “ceza infaz hukuku” teriminin artık yeterli olmadığını, infaz hukukunun sadece cezaların infazı ile değil, güvenlik tedbirlerinin infazı ile de ilgilendiğini belirtmektedir. Bkz. Özbek, *İnfaz Hukuku*, 29.

<sup>31</sup> Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 68-71; Bahattin Aras, “Uluslararası Belge ve Kararlar Işığında Cezaevlerindeki İdari ve Yargısal Denetimin İnsan Hakları İhlallerini Önlemedeki Etkisi”. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/2 (2022): 1314; Özbek, *İnfaz Hukuku*, 80.

<sup>32</sup> Aras, “İnsan Hakları İhlallerini Önlemedeki Etkisi”, 1314; Özbek, *İnfaz Hukuku*, 80; Demirbaş, *İnfaz*, 68.

<sup>33</sup> Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 71-72.

<sup>34</sup> Özbek, *İnfaz Hukuku*, 84; Osman Atalay, “Mükerrir Hükümlülerin İnfazında Müddetname Hesaplamaları”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 2/13 (2007): 115; Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 74. Alman infaz hukukunda iki ayrı önemli terim karşımıza çıkmaktadır. Bunların birbirinden farklı terimlerdir. (Strafvollzug ve Strafvollstreckung). Strafvollzug, hapis cezasının infazı süreci için kullanılmaktadır. Strafvollstreckung ise cezanın infazı süreci içerisindeki tüm idari ve yargısal faaliyetleri ifade etmektedir. Süre belgesi (müddetname) hesaplaması, infaz süresinin sürenin dolması ve tahliye kararı bu kavram (Strafvollstreckung) içerisindedir. Yerdelen, “Alman İnfaz Hukuku”, 451.

<sup>35</sup> Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 74; Özbek, *İnfaz Hukuku*, 84.

olmasını sağlar<sup>36</sup>. Hükümlünün dışarıya çıkma umudunu, onun açısından öngörülebilir hale getirdiği için, kişinin topluma yeniden kazandırılması amacına da hizmet eder.

Bu belge, cezanın infazını izleme ve denetleme yetkisi olan infaz savcılığı tarafından hazırlanır. Bununla birlikte müddetnamede bir hesap hatası yapılması durumunda hükümlü koşullu salıverilme ve devamında denetimli serbestlik tedbirinden geç yararlanması ihtimali ile karşı karşıya kalınır. Bundan dolayı kişinin maddi ve/veya manevi bir zararı söz konusu olabilir. Üstelik hükümlü, bazı olaylarda koşullu salıverilme süresinin değil, daha sonraki bir tarih olan bihakkın tahliye süresinin yanlış hesaplandığı haller ile de karşı karşıya kalabilir. Özellikle hükümden önce gerçekleşen ve mahsup edilmesi gereken (TCK m. 63) bir halin göz ardı edilerek cezanın fazladan infaz edilmesi halinde hak ihlalleri daha ağır boyutlara da ulaşabilir. Böyle bir durumda hükümlülerin tazminat taleplerinin söz konusu olabileceğini söylemek kolay olsa da bu talebin hangi yargı kolunda dermeyan edilebileceğini belirlemek gerekecektir. Somut bir yüksek yargı kararından örnek vermek gerekirse:

Uyuşmazlık Mahkemesi kararına dahi konu olan somut bir olay şu şekilde gerçekleşmiştir: Müddetnamede, cezanın infaz süresinin yanlış hesaplanması sonucu infazın iki yıl dört ay fazla yapılması dolayısıyla hükümlü uğramış olduğu maddi ve manevi zararının giderilmesini talep etmiştir. Bu taleple öncelikle CMK m. 141 vd. hükümleri gereğince ağır ceza mahkemesinde tazminat davası açmıştır. Ağır ceza mahkemesi ise bu işte idari yargı mercilerinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir.

Sonrasında davacı aynı gerekçeyle bu sefer idari yargı yerinde dava açmıştır. İdare mahkemesi, ceza hakimlerinin yargısal faaliyetleri sonucu verilen mahkûmiyet kararının infazına yönelik Cumhuriyet savcısınca yapılan işlemlerle ilgili açılacak tazminat davalarında görevli mahkemenin CMK'nın 141. maddesi gereğince ağır ceza mahkemesi olması gerektiğine karar vermiştir. Bu gerekçeyle davanın görev yönünden reddine ve dava hakkında görevli yargı yerinin belirlenmesi amacıyla Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulmasına hükmetmiştir. Görevli yargı kolunun belirlenmesi amacıyla dosya Uyuşmazlık Mahkemesine gitmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararında öncelikle Anayasanın başlangıç kısmında öngörülen kuvvetler ayrılığı ilkesi ve yargı ile ilgili Anayasa'nın 9. ve 138. maddelerine işaret etmiştir. Mahkemeye göre, bağımsız bir erk olan yargı erkinin yargılama faaliyeti ile ilgili işlemlerinin, Anayasanın 125. maddesinde öngörülen idari işlemler kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme idari işlem, yargısal işlem ayrımından hareket etmiştir.

Yargısal işlemlerin idari işlem olmaması sebebiyle, ilgililerin yargısal işlemlerden doğan zararının tazmini için idari yargı yoluna başvurabilmelerine imkân bulunmamaktadır. Mahkemeye göre bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesinin tabii bir sonucudur. Mahkemeye göre, hâkim ve Cumhuriyet savcılarıyla, adliye personelinin yargılamadaki fonksiyonu, geniş çerçevede bir kamu hizmeti (idari işlem) olarak değerlendirilebilse de aslında ifa edilen faaliyet, yargı faaliyetinin bir parçası olduğundan, yargısal işlem mahiyeti taşımaktadır. Bu nedenle idarenin kusurundan kaynaklı tazminat davaları idari yargı yerinde açılacak iken, yargısal işlem mahiyeti taşıyan işlemlerin denetiminin ve zararın tazmininin adli yargı kolunda yapılması gerekmektedir<sup>37</sup>.

Mahkemeye göre, müddetname hazırlama işi de yargı faaliyetinin bir parçası olup yargısal işlem mahiyeti taşımaktadır. Yargılama sürecine katkıda bulunan işlemler ya da faaliyetler nedeniyle Devletin sorumlu tutulması, bu sorumluluğun denetiminin aynı yargı düzeni içinde yapılması ve yargısal nitelikli bir işlemin idari yargı denetimi dışında tutulması gerekmektedir. Tüm bu gerekçelerle, Uyuşmazlık Mahkemesi, uyuşmazlığın çözümünde, CMK'nın 141 ve 142'nci maddeleri uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>38</sup>.

Yüksek Mahkemenin söz konusu kararda yaptığı bazı tespitler eleştiriye açıktır. Gerçekten de mahkeme veya hakimlik kararlarını idari işlem olarak nitelendirmek mümkün olmadığından ve bunlar

<sup>36</sup> Aras, “İnsan Hakları İhlallerini Önlemedeki Etkisi”, 1313.

<sup>37</sup> Alman infaz kanunu da infazın idari işlemlerle devam etmesinin hukuk devleti ilkesine uymayacağı gerçeğine dayanmaktadır. Yerdelen, “Alman İnfaz Hukuku”, 449.

<sup>38</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi (UM) Hukuk Bölümü, E. 2018/32, K. 2018/97, 26.02.2018. (<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>) 29.12.2025.

yargısal işlem mahiyetinde olduklarından yargısal işlem denetiminin adli yargı kolunda yapılması gerekir. Söz konusu işlem, eğer bir idari işlem olsaydı bu takdirde idari yargı kolunda dava açılması gerekirdi. Bununla birlikte müddetname hazırlama işi bir idari işlem olmayıp, infaz hukukunun ve haliyle yargı faaliyetinin bir parçası olup, yargısal işlem mahiyetindedir. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararına bir açıdan katılmak mümkün değildir. Şöyle ki, müddetnamenin yanlış hesaplanması dolayısıyla açılacak olan tazminat davasının CMK m. 141 ve devamı hükümleri gereğince adli yargı kolunda açılması kararı, yargısal faaliyet söz konusu olduğu için doğru bir karar iken; ağır ceza mahkemesinde görülmesi gerektiğine ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi'nin tespitinin isabetli olmadığını belirtmek gerekir. Zira CMK'nın 141 ve devamında öngörülen tazminat sebeplerinin söz konusu olabilmesi için ihlalin veya hukuka aykırılığın suç soruşturması veya kovuşturması esnasında meydana gelmesi gerekir. Üstelik CMK m. 141 ve devamı yalnızca Kanunda tahdidi olarak sayılan hallere münhasır olarak uygulanmaktadır. Haliyle istisnai bir hüküm mahiyeti taşımaktadır.

Müddetname hazırlama süreci infaz aşamasında karşımıza çıkan bir süreç olup soruşturma ve kovuşturma evreleri çoktan sona ermiş durumdadır. Haliyle olayda CMK m. 141 ve devamının uygulanması söz konusu olamayacaktır. Uyuşmazlık Mahkemesi, ağır ceza mahkemesinde tazminat davası açılması gerektiğine karar vermiş olsa da bunu hangi gerekçeye dayandığı karardan anlaşılamamaktadır. Ceza muhakemesi hukukunda kural olarak kıyas yasak olmamakla birlikte tahdidi olarak (sınırlayıcı) sayılan istisnai hükümlerin kıyas yoluyla genişletilebilmesi mümkün değildir<sup>39</sup>. CMK m. 141 ve devamında öngörülen tazminat sebepleri de Kanun'da tahdidi olarak sayılan haller olduğu için, söz konusu hüküm kıyas yoluyla genişletilerek infaz hukukundaki hukuka aykırılıklar bakımından da uygulanabilecek şekilde yorumlanamaz. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin söz konusu uyuşmazlığın çözülmesinde görevli yargı kolunun adli yargı olduğunu belirtmesi doğru iken, adli yargı kolundaki ağır ceza mahkemesinin yetkili olduğunu söylemesi isabetli olmamıştır. Kanaatimizce adli yargı kolundaki asliye hukuk mahkemesinde bu tazminat davasının görülmesine karar vermesi daha isabetli olurdu.

Kanaatimiz bu yönde olmakla birlikte bu görüşümüz bazı yönlerden eleştiri konusu edilebilir: İnfaz savcılığı veya infaz hakimliğinin verdiği bir kararın hukuka aykırı olması dolayısıyla açılacak tazminat davasının bir özel hukuk mahkemesi olan asliye hukuk mahkemesinde görülmesi tartışma konusu edilebilir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, infaz hukukundan kaynaklı hukuka aykırı işlemler dolayısıyla açılacak tazminat davalarına ilişkin İnfaz Kanunu (CGTİHK) ve İnfaz Hakimliği Kanununda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. CMK m. 141 ve devamı uyarınca talep edilebilecek tazminat ise yalnızca soruşturma ve/veya kovuşturması evresi sırasında uygulanabilecektir. Bu bağlamda geriye yalnızca adli yargı kolunda tazminat hukuku bakımından genel yetkili mahkeme olan asliye hukuk mahkemesi kalmaktadır. Burada soruşturma/kovuşturma evresi dışında gerçekleşen haksız bir fiilin söz konusu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun bakımından ise haksız fiilden doğan davalarda yetkili mahkeme HMK m. 2 ve m. 16'nın birlikte değerlendirilmesi sonucunda asliye hukuk mahkemesi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>40</sup>.

Tazminat hukukunun genel hükümleri uyarınca asliye hukuk mahkemesi bu hususta genel yetkili mahkemedir. Bununla birlikte yukarıda bahsettiğimiz tartışmaları önleyebilmek adına daha isabetli olduğunu düşündüğümüz somut bir çözüm önerisini burada ifade etmek gerekir: 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanununa söz konusu tartışmaları önleyecek bir hüküm eklenebilir. Buna göre, “infaz sürecinde söz konusu olan işlem veya kararların uygulamasından kaynaklı olarak hükümlünün bir zararı söz konusu olursa, bunların giderilmesine yönelik tazminat davalarının İnfaz Hakimliği'nce karara bağlanması” şeklinde bir düzenleme yapılabilir. İnfaz Hakimliklerinin infaza ilişkin konularda ihtisaslaşmış bir merci olarak görev yaptıkları ve bu maksatla kurulduklarını da göz önüne aldığımızda bu görüşümüzün isabetli olabileceği kanaatindeyiz.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararına konu olan başka bir ilginç olayda ise müddetnamede bir hesap hatası yapılmış olmamakla birlikte söz konusu belge geç düzenlenmiştir. Belge geç düzenlendiği için

<sup>39</sup> Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 43; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 55; Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi*, 120.

<sup>40</sup> Hakan Albayrak ve Tahsin Mavzer, “Haksız Fiilden Doğan Davalarda Ortak Yetkili Mahkeme Sorunu”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27/2 (2019): 286.

hükümlü hakkındaki koşullu salıverilme kararı da gecikmeli olarak verilmiştir. Buna bağlı olarak hükümlü, hürriyetinden yoksun kaldığı iddiasıyla tazminat talebinde bulunmak istemiştir. Ancak bu tazminat talebinin hangi yargı kolunda dermeyan edileceği tartışılmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi bu hususta, ağır ceza mahkemesinin görevli ve yetkili olduğuna karar vermiştir<sup>41</sup>.

Mahkeme, İnfaz Kanunu'nun 1.maddesine işaret ederek bu kanunun ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin usul ve esasları düzenlediğini, kişi hakkında verilmiş olan bir mahkûmiyet ilamının infaz edilebilmesinin temel şartının ise bu ilamın kesinleşmiş olması şeklinde ifade etmiştir. Kesinleşen mahkûmiyet ilamlarına ilişkin takip ve denetimin ve ilamın infazının Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yerine getirileceğini belirtmiştir. Mahkûmiyet ilamının infazı aşamasında hükümlüye verilen müddetnamede hükümlünün koşullu salıverilme tarihinin de belirtildiğini, hükümlü hakkında koşullu salıverilmeye karar verecek olan makamın ise hükmü veren mahkeme olduğunu, hükmü veren mahkemenin de adli yargı düzeni içinde yer alan bir ceza mahkemesi olduğundan gerek müddetname düzenleme işleminin gerekse ağır ceza mahkemesi tarafından verilen koşullu salıverme kararının idari işlem olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle uyuşmazlığın çözümünde görevli yargı kolu adli yargı olup, adli yargı içinde de ağır ceza mahkemesinin yetkili olduğuna karar vermiştir<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, E. 2015/9, K. 2015/17, 26.01.2015. Söz konusu kararın karşı oy yazısında ise söz konusu ihtilafın çözümünde idari yargı yerlerinin görevli olduğu şeklinde görüş belirtilmektedir: Karşı oy yazısı önemli olduğu için yer veriyoruz. "KARŞI OYU: Uyuşmazlık; Davacının tutuklu ve gözaltında geçirdiği sürelerin cezasından mahsubu sonucu geriye iki günlük infazı gereken cezası kalmışken *müddetname* tanzim edilmeden ceza infaz kurumuna alınarak fazladan on altı gün cezaevinde tutulması suretiyle özgürlüğünün kısıtlandığından hürriyetinden yoksun bırakıldığı iddiasıyla açılan maddi ve manevi tazminat davasının hangi yargı kolunda (Adli - İdari) çözümleneceğine ilişkindir. Davacının, tazminat istemine konu, hürriyetinden yoksun bırakılması olgusu hakkındaki ceza mahkûmiyeti kesinleştikten sonra, cezasının infazı aşamasında gerçekleşmiştir. Adli Yargının görev alanına giren tazminat istemi, 5237 sayılı CMK 141 maddesinde açıkça sayılan, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında gerçekleşen koruma tedbirlerine ilişkin olup, davacının iddia ettiği hürriyetinden yoksun bırakılması soruşturma veya kovuşturma aşaması tamamlandıktan, ceza kararı kesinleştikten sonra gerçekleştiğinden uyuşmazlığın 5237 sayılı yasanın 141. maddesi kapsamında ve Adli Yargının görev alanında kaldığının kabulü mümkün değildir. Bu konuda Adli Yargıyı görevli kabul eden hiçbir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Bu halde görevli yargı kolunun genel hükümlere göre belirlenmesi gerekir. T.C. Anayasasının 125/ son maddesinde "İdarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu" kurala bağlanmış, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 2/1-b maddesinde "İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan tam yargı davaları, idari dava çeşitleri arasında" sayılmıştır. Bu durumda, hakkındaki ceza mahkûmiyetinin kesinleşmesinden sonra bakiye cezası infaz edilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığınca ceza infaz kurumuna alınan davacının, idarenin görevinde olan kamu hizmetini yürüttüğü sırada cezaevinde on altı gün fazladan tutulmasında, kamu hizmetinin usulüne ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya idarenin sorumluluğunu gerektiren bir husus olup olmadığının tespitinde, esas alınan idare hukuku kurallarına ve 2577 sayılı İYUK 2/1-b maddesinde sayılan tam yargı davasında İdari Yargı yerleri görevli bulunmaktadır. Açıklanan nedenlerle uyuşmazlıkta Adli Yargıyı görevli kabul eden sayın çoğunluk görüşüne katılamıyorum." (<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>) 03.01.2026.

<sup>42</sup> "Davacı, uyuşturucu ticareti suçundan aldığı hapis cezasının infazı sırasında, gözaltı ve tutukluluk süreleri mahsup edildiğinde aslında 21.07.2009 tarihinde koşullu salıverilmesi gerekirken, müddetnamenin geç düzenlenmesi nedeniyle 03.08.2009 tarihine kadar (16 gün fazladan) cezaevinde tutulmuştur. Müddetname, 5275 sayılı Kanun uyarınca Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen; hükümlünün cezaevine alındığı, salıverileceği tarih ve ceza süresi gibi bilgileri içeren bir belgedir. Mahkeme, bu belgenin adli yargı mercileri tarafından yürütülen infaz işlemlerinin bir parçası olduğunu vurgulamıştır. Davacı, özgürlüğünün kısıtlanması nedeniyle uğradığı zararın tazminini istemiştir. Temel mesele, infaz aşamasındaki bu işlemlerin "idari bir işlem" mi yoksa "adli bir işlem" mi olduğudur. Uyuşmazlık Mahkemesi, kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararıyla başlayan ve Cumhuriyet savcısı ile ceza mahkemesi tarafından yürütülen infaz sürecindeki işlemlerin adli işlem niteliğinde olduğuna hükmetmiştir 2. Bu işlemlerin idari bir işlem olarak kabul edilip idari yargı denetimine tabi tutulmasının, yargı kollarının birbirinin yerine geçmesi anlamına geleceği belirtilmiştir. İnfaz aşamasında tesis edilen Savcılık işlemleri ve mahkeme kararlarından kaynaklanan zararların tazmini istemiyle açılan davalarda Adli Yargı görevlidir 2. Bu nedenle, Mersin 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevsizlik başvurusunun reddine ve davanın adli yargıda görülmesine karar verilmiştir. Bu karar, infaz sürecindeki hatalardan veya gecikmelerden kaynaklanan tazminat taleplerinin çözüm yerinin idari yargı değil, adli yargı yeri olduğunu

Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilen bu kararda da tartışılması gereken önemli noktalar bulunmaktadır. Ağır ceza mahkemelerinin, infaz sürecinde söz konusu olacak hukuka aykırılıklara ilişkin tazminat taleplerini karara bağlamak şeklinde bir görevi yoktur. Anayasa m. 142/1'e göre "mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir." CMK m. 141 ve devamında koruma tedbirleri dolayısıyla açılacak tazminat davalarını karara bağlama yetkisi ağır ceza mahkemesine verilmişken, bu durum yalnızca soruşturma veya kovuşturma evrelerinde tesis edilen işlemlere münhasırdır. İnfaz aşamasında tesis edilen hukuka aykırı bir işleme ilişkin açılacak tazminat davasını kapsamamaktadır.

Kanunen görevli kılınmayan bir mahkemenin o hususta karar vermesi yukarıda zikredilen Anayasal hükme aykırı olacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de isabetli olarak, bir bireysel başvuru kararında; mahkemelerin Kanun'da sayılan haller dışında bir sebebe dayanarak karar vermesi halinde bu durumun adil yargılanma hakkının (mahkemeye erişim hakkı) ihlali anlamına geleceğine karar vermiştir<sup>43</sup>.

Bu nedenle tıpkı yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi, genel hükümler uyarınca, bu uyuşmazlık bakımından da tazminat davasını karara bağlama yetkisinin asliye hukuk mahkemesinde olması gerektiği kanaatindeyiz.

---

kesinleştirmiştir. SONUÇ: Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Mersin 1. Ağır Ceza Mahkemesince yapılan BAŞVURUNUN REDDİNE," Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, , E. 2015/9, K. 2015/17, 26.01.2015. (<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>) 03.01.2026.

<sup>43</sup> "Somut olayda İstinaf Dairesince bozma kararı verildiğinden öncelikle yukarıda anılan bozma kararı verilebilecek hâllerden birinin mevcut olup olmadığı değerlendirilmelidir. İstinaf Dairesi kararının gerekçesine bakıldığında ilk olarak 5271 sayılı Kanun'un 289. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) ve (h) bentleri dışında bir kesin hukuka aykırılık nedeniyle bozma kararı verilmediği açıktır. Bunun yanında İstinaf Dairesi, soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmediğinin veya ön ödeme ve uzlaştırma usulünün uygulanmadığının anlaşılması ya da davanın ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile yürütülmesinin zorunlu olması nedenlerine de dayanmamıştır. Buna karşılık İstinaf Dairesi, dosya üzerinden yaptığı incelemeyle dosyadaki delil durumunu değerlendirmiş ve başvurucu hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi ya da Mahkemece çeşitli araştırmalar yapılması gerektiğinden bahisle -bozma kararı verilebilecek hâller dışında bir nedenle- beraat hükümlerinin bozulmasına karar vermiştir. 57. Somut olayda İstinaf Dairesi *kanunda açıkça öngörülmüş hâller dışında* bir nedenle bozma kararı vermiş, bunun sonucunda başvurunun temyiz kanun yoluna başvurma hakkının elinden alınmasına yol açmıştır. Böylelikle istinaf kanun yolu incelemesine ilişkin kuralların İstinaf Dairesince yapılan yorumun kişilerce öngörülebilecek belirlilikte olmadığı ve kanunun lafzıyla çeliştiği görülmüştür. Diğer bir ifadeyle İstinaf Dairesinin bu kararıyla başvurunun mahkemeye erişim hakkına kanuni dayanağı bulunmayan bir müdahalede bulunulmuştur. Açıklanan gerekçelerle İstinaf Dairesinin 5271 sayılı Kanun'da sınırlı olarak sayılı hâller dışında bir sebeple bozma kararı vermesiyle gerçekleşen müdahalenin kanuni dayanağının olmaması nedeniyle başvurunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." AYM, Ömer Oral, B. No: 2023/33667, 09/1/2025.

## B. Denetimli Serbestlik Kurumunun Uygulanmaması veya Yanlış Uygulanması Dolayısıyla Tazminat İstemi

### 1. Genel Olarak Denetimli Serbestlik

Cezanın amacı, yüzyıllardır tartışılan ve günümüzde de güncelliğini koruyan bir meseledir<sup>44</sup>. Bu bağlamda, cezalandırmanın hangi amaca hizmet etmesi gerektiğine dair çeşitli teoriler geliştirilmiştir<sup>45</sup>. Bununla birlikte, hangi teori benimsenirse benimsensin, hükümlünün bir insan olduğu ve temel hakların süjesi olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.<sup>46</sup> Cezanın amacının yalnızca bir yaptırım olarak görülmemesi, aynı zamanda hükümlünün toplumsal yaşama yeniden kazandırılması olarak da düşünülmesi gerekir<sup>47</sup>.

Bu noktada denetimli serbestlik, belirli şartları taşıyan hükümlünün toplum yaşamına uyumunu kolaylaştırmayı amaçlayan, özgürlüğü tamamen kısıtlamak yerine kişisel duruma uygun denetim biçimlerini belirlemeyi hedefleyen bir ceza adalet kurumu olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>48</sup>. Denetimli serbestlik, yalnızca hükümlünün bireysel düzeyde yeniden topluma kazandırılmasını değil, aynı zamanda mağdur üzerinde oluşan suç etkilerinin azaltılmasını da hedefler<sup>49</sup>. Bu kurumdan yararlanan hükümlü, cezasının tamamını veya bir kısmını ceza infaz kurumu dışında geçirir ve bu süre zarfında çeşitli denetim mekanizmalarına tabi tutulur<sup>50</sup>. Böylelikle, hükümlünün sosyal çevresiyle bağları kopmadan, toplumsal yaşam içerisinde denetim altında tutulması ve bu yolla ıslah edilmesi mümkün olmaktadır<sup>51</sup>.

Cezanın denetimli serbestlik şeklinde infazı usulü, Türk hukukuna “6291 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla” getirilmiştir<sup>52</sup>. Denetimli serbestlik sisteminde, hükümlünün toplumdan soyutlanmaması, dışlanma, yabancılaşma ve damgalama yaşamaması, böylelikle de sosyal bütünleşmenin sağlanması amaçlanmaktadır<sup>53</sup>. Denetimli serbestlik sisteminin, denetim, yardım, rehberlik, koruma ve önleme şeklinde fonksiyonları da vardır<sup>54</sup>.

5275 sayılı CGTİHK’ya eklenen 105/A maddesi uyarınca “Hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla, açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunan ve koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalan iyi hâlli hükümlülerin talebi hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, ceza infaz kurumu idaresince hazırlanan değerlendirme raporu dikkate alınarak, hükmün infazına ilişkin işlemleri yapan Cumhuriyet başsavcılığının bulunduğu yer infaz hâkimi tarafından karar verilebilir.”

<sup>44</sup> Mehmet Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2020), s. 824.

<sup>45</sup> Hakan Yavuz, *Türkiye’de Denetimli Serbestlik Mümkün Müdür? Dünü, Bugünü ve Yarınıyla Türk Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik*, (Ankara, Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı Yayınları, 2016) 15.

<sup>46</sup> Osman Atalay, *Ceza Hukukunda İnfaz Hukukunun Yeri ve Denetimli Serbestlik*, (Ankara, Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı Yayınları, 2016) 10; Yavuz, *Denetimli Serbestlik*, s. 16.

<sup>47</sup> Faruk Turhan ve Abdurrahim Altıkat, “Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/2 (2012): 2-3; Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 617; İbrahim Usta ve Hakan Öztürk, “Denetimli Serbestlik”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 5/13 (2010): 11.

<sup>48</sup> Yavuz, *Denetimli Serbestlik*, s. 16; Atalay, *Denetimli Serbestlik*, s. 10; Timur Demirbaş, *Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak Hapis Cezasının İnfazı*, Ankara, Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı Yayınları, 2016), 27; Turhan ve Altıkat, *Denetimli Serbestlik*, s. 4.

<sup>49</sup> Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 603; Cansu Türkmen, “7242 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Işığında Hapis Cezasının Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazı”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/2 (2021): 317; Yavuz, *Denetimli Serbestlik*, 16; Turhan ve Altıkat, *Denetimli Serbestlik*, 3.

<sup>50</sup> Türkmen, s. 318; Turhan ve Altıkat, *Denetimli Serbestlik*, 3-4.

<sup>51</sup> Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, s. 603; Turhan ve Altıkat, *Denetimli Serbestlik*, 3.

<sup>52</sup> Vehbi Kadri Kamer, *Türkiye’de Denetimli Serbestlik Sisteminin Kuruluşu ve Gelişimi*, (Ankara, Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı Yayınları, 2016), 24-26.

<sup>53</sup> Yavuz, *Denetimli Serbestlik*, 60; Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 618; Kamer, *Denetimli Serbestlik*, 25.

<sup>54</sup> Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 619.

## 2. Denetimli Serbestlik Tedbirinin Hiç veya Gereği Gibi Uygulanmaması Halinde Tazminat

Uygulamada hükümlünün denetimli serbestlik tedbirinden faydalanmasına engel olunması halinde tazminat davası açılıp açılmayacağı, bu hususta hangi yargı kolunun yetkili olduğu meselesi de tartışılmıştır.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda infaz hakimliğince, hükümlünün kalan cezasının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazına<sup>55</sup> karar verilmiştir. Bununla birlikte denetimli serbestlik müdürlüğünde çalışan memurun hatalı uygulaması sonucu hükümlünün kalan cezası kapalı ceza infaz kurumunda infaz edilmiş, kişi denetimli serbestlikten faydalanamamıştır. Hükümlünün tazminat talebiyle açtığı davada Yargıtay, tazminat isteminin idari yargı kolunda talep edilmesi gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir<sup>56</sup>.

Bu olay bakımından, kişi hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmayarak hükümlünün cezasının kalan kısmının kapalı infaz kurumunda çektirilmesi denetimli serbestlik memurunun şahsi bir kusurundan kaynaklanmıştır. Bu sebeple, Anayasa m. 125/son gereğince, tazminat talebinin idari yargı merciinde ileri sürülmesi gerekir. İnfaz hakimliğince hükümlü hakkında zaten denetimli serbestlik kararı verilmiştir. Hükümlünün denetimli serbestlik uygulamasından yararlanamaması infaz hakimliğinin hatalı bir karar veya uygulamasından değil, denetimli serbestlik müdürlüğünde çalışan bir memurun şahsi bir kusurundan kaynaklanmıştır. Burada yargısal bir işlem söz konusu olmayıp, idari bir işlemin yetki unsuru yönünden sakatlığı söz konusudur. Bu nedenle uyuşmazlığın çözümü bakımından Yargıtay'ın görevli yargı kolunun idari yargı mercii olduğu şeklindeki yaklaşımı isabetlidir.

Yargıtay kararına konu olan başka bir olayda ise cezaevine yasak eşya soktuğu için hükümlü hakkında hem ceza hem de disiplin soruşturması başlatılmıştır. Hükümlü ceza davasından beraat etmesine rağmen disiplin cezası alması sebebiyle (12 gün hücre ve 1 aylık disiplin) denetimli serbestlik tedbirinden faydalanamamıştır. Hükümlü denetimli serbestlik tedbirinden faydalanmadığı ve tahliye edilmediği gerekçesiyle CMK m. 141 ve devamı hükümleri gereğince ağır ceza mahkemesinde tazminat davası açmıştır. Yargıtay ise bu talebin ağır ceza mahkemesinde değil de idari yargı mercilerinde ileri

<sup>55</sup> Turhan ve Altıkat, *Denetimli Serbestlik*, s. 3.

<sup>56</sup> “Yapılan incelemeye, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, incelenen dosya kapsamına göre, davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, ancak; Tazminat istemine ilişkin CMK'nın 141. maddesinde suç soruşturması ve kovuşturması sırasında gerçekleşen koruma tedbirlerindeki hukuka aykırılıklar yönünden bu kanun hükümlerine göre tazminat istenebileceği belirtilerek tazminat istenebilecek hallerin tahdidi şekilde sıralandığı, davacının, hükümlü olarak cezasını infaz ettiği sırada, talebi üzerine İzmir İnfaz Hakimliği'nin 18/08/2015 tarih ve 2015/440-4371 E-K sayılı kararı ile şartlı salıverilme tarihi olan 14/12/2015 tarihine kadar olan cezasının kalan kısmını denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilmesine karar verilerek aynı gün tahliye edildiği, davacının 6291 sayılı yasanın 1/6-a maddesi gereğince 3 günlük yasal süre içerisinde İzmir Denetimli Serbestlik Müdürlüğüne başvurusunu yaptığını, ancak İzmir Denetimli Serbestlik Müdürlüğünde çalışan görevli memurla yaptığı görüşmede evrağının henüz gelmediği denilmek suretiyle geri çevrildiğini, bunun üzerine davacının yasal sürede Denetimli Serbestlik Memurluğuna başvuru yapmaması sebebiyle hakkında İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulduğunu, İzmir 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 29/09/2015 tarih, 2015/4401 - 4371 E-K sayılı ek kararı ile tahliye kararının kaldırılarak cezasının infazına Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda yapılmasına karar verildiği, 2015/78483 soruşturma sayılı hazırlık evrakı ile davacı hakkında Hükümlünün Kaçması suçundan dava açıldığı, yargılamanın İzmir 39. Asliye Ceza Mahkemesinin 2015/703 esas sayılı dosyasında yapıldığı ve beraatine karar verildiği, karar gerekçesinde denetimli serbestlik müdürlüğünde görevli memur olarak çalışan tanık Turhan A. tarafından da davacının esasında süresinde başvuru yaptığının, evrakların kayıt kabul bürosuna düştüğünü sonradan öğrendiğini beyan ettiği görülmekle, Davacının fazladan cezaevinde kalmasında denetimli serbestlik memurunun hatasının bulunduğunu vurgulayarak tazminat istemine ilişkin davanın gereğinin takdirinin idari yargı görev alanında kaldığı ve bu mahkemeler önünde tazminat isteminde bulunulabileceği gözetilip; görevsizlik kararı verilmesi yerine, yargılamaya devamla yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi, Kanuna aykırı olup” Yar. 12. CD, E. 2019/2326, K.2021/2040, 01.03.2021. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) 03.01.2026.

sürülmesi gerektiği gerekçesiyle bozma kararı vermiştir<sup>57</sup>. Yargıtay gerekçe olarak da CMK m. 141'in suç soruşturması ve kovuşturması sırasında ve kanunda tahdidi olarak sayılan hallere münhasıran uygulanabileceğini belirtmiştir. Yargıtay'a göre denetimli serbestliğin hiç veya gereği gibi uygulanmaması hali, CMK m. 141 kapsamında tazminat istenebilecek hallerden birisi değildir.

Bunun üzerine davacı idari yargı merciinde (idare mahkemesi) tazminat davası açmıştır. İdare mahkemesi, İnfaz Hakimliği Kanunu (m. 4) gereğince hükümlü ve tutukluların işlem ve faaliyetlerine ilişkin şikayetleri inceleme ve karara bağlama yetkisinin İnfaz Hakimliğinde olduğunu belirtmiştir. Bu hakimliğin de adli yargı kolu içerisinde bulunduğunu, haliyle davanın adli yargı yerinde çözülmesi gerektiğine ve davanın görev yönünden reddine karar vermiştir. Nihayetinde ise yargı kolu uyuşmazlığının giderilmesini sağlamak maksadıyla dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi yaptığı incelemede öncelikle İnfaz Hakimliği Kanunu hükümlerine işaret etmiş ve mezkûr Kanunun 4. maddesinde hükümlü ve tutukluların şikayetlerini inceleme yetkisinin infaz hakimliklerine verildiğini belirtmiştir. Bu şikayetlere bakmakla görevli infaz hakimliği, adli yargı kolu içerisinde görev yapan yargısal bir merci olduğundan, tazminat talebinin de adli yargı kolunda çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bununla birlikte Uyuşmazlık Mahkemesi adli yargı içerisinde hangi yargı merciinin bu tazminat davasına bakmakla görevli olduğuna dair herhangi bir karar verme yetkisinin/zorunluluğunun bulunmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre bu belirlemenin adli yargı kolunun kendi içerisinde yapılması gerekmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi infaz sürecindeki tazminat taleplerinin adli yargı kolunda dermeyan edilebileceğini belirtmiş olmakla birlikte bu yargı yerinin ağır ceza mahkemesi mi yoksa asliye hukuk mahkemesi mi olduğunu belirtmemiştir. Oysa yukarıda verdiğimiz görece eski tarihli kararlarında ise infaz sürecindeki hukuka aykırı uygulamalar dolayısıyla söz konusu olacak tazminat davalarının CMK m. 141 ve devamı uyarınca ağır ceza mahkemesinde açılması gerektiğine karar vermektedir<sup>58</sup>. Bu bağlamda Uyuşmazlık Mahkemesi'nin eski içtihatlarından ayrıldığı hususu dikkat çekilmesi gereken bir noktadır.

<sup>57</sup> "...yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, ancak; Tazminat istemine ilişkin CMK'nın 141. maddesinde suç soruşturması ve kovuşturması sırasında gerçekleşen koruma tedbirlerindeki hukuka aykırılıklar yönünden bu kanun hükümlerine göre tazminat istenebileceği belirtilerek tazminat istenebilecek hallerin tahdidi şekilde sıralandığı, davacının Bafra Açık Ceza İnfaz Kurumunda bulunduğu esnada tedavi için sevk edildiği Samsun Eğitim ve Araştırma Hastanesi Onkoloji bölümündeki hastane odasına yasak eşya soktuğu gerekçesiyle Samsun E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunca verilen 12 gün hücre ve 1 aylık disiplin ile cezalandırıldığını, bu sebeple *denetimli serbestlik* tedbirinden de faydalanmadığı nedeniyle tazminat istemine ilişkin davanın gereğinin takdirinin idari yargı görev alanında kaldığı ve bu mahkemeler önünde tazminat isteminde bulunulabileceği gözetilip; görevsizlik kararı verilmesi yerine, yargılamaya devamla yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi, Kanuna aykırı olup, davacı vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak BOZULMASINA..." karar vermiştir." Yar. 12. CD, E. 2021/7856, K. 2021/9030, 20.12.2021. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) 03.01.2026.

<sup>58</sup> "A. İlk İnceleme 12. Uyuşmazlık Mahkemesinin M. T.'in Başkanlığında, Üyeler N. T., D. A., E. S., A. A., M. B. ve B. Ç.'in katılımlarıyla yapılan 27/11/2023 tarihli toplantısında; 2247 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre, İdare Mahkemesince, anılan Kanun'un 19. maddesine göre başvuruda bulunulmuş olduğu, Mahkemece idari yargı dosyasının ekinde adli yargı dosyası ile birlikte Uyuşmazlık Mahkemesine gönderildiği ve usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığı anlaşıldığından, görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oy birliği ile karar verildi. B. Esasın İncelenmesi 13. Raportör-Hâkim G. A. P.'in, davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan, ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı H. İ. Ç. ve Danıştay Savcısı Y. B.'in davada adli yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra, gereği görüşülüp düşünüldü: 14. Dava, davacının hükümlü olarak bulunduğu Ceza İnfaz Kurumunda kendisine verilen hücre ve disiplin cezaları nedeniyle koşullu salıverilmeden faydalandırılmayarak hürriyetinin mevzuata aykırı olarak kısıtlandığı iddiası ve uğranılan zararın giderilmesi istemiyle açılmıştır. 15. Olayda; davacı iddiası, yukarıda hükümlerine yer verilen 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan "...Hükümlülerin cezalarının infazı .... Hükümlü ve tutuldular hakkında alınan disiplin tedbirleri ve verilen disiplin cezalarının

Uyuşmazlık Mahkemesi bu somut olayda, yetkili ve görevli mahkeme hakkında açık bir sonuca varmamış olabilir. Bununla birlikte tam bu noktada adli yargı kolu içerisinde hangi mahkemenin görevli olacağının tartışılması gerekmektedir:

İnfaz Hakimliği Kanunu m. 4'te infaz hakimliklerinin görevi düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme oldukça geniş kapsamlı olmakla birlikte, infaz hakimlikleri genel olarak hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemlere veya bunlarla ilgili faaliyetlere ya da Cumhuriyet savcısının ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin verdiği kararlara yönelik şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin hâkim veya mahkeme tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak hususunda yetkilidirler.

İnfaz Hakimliği Kanunu'nda 7242 sayılı Kanun'la çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle infaza yönelik işlem ve faaliyetlere ilişkin kararların bu alanda uzmanlaşmış infaz hâkimlikleri tarafından verilmesi amaçlanmıştır. İnfaz hukukunun kendine has yapısı ve infazın bireyselleştirilmesinin mecburiyeti bu alanda ihtisaslaşmayı zorunlu kılmaktadır. Üstelik ceza infaz mevzuatının çok hızlı değiştiği bir uygulamada infaza ilişkin işlem ve faaliyetlerin bu alanda uzmanlaşmış bir hakimlik tarafından yapılacak olması infaz hukukumuz bakımından desteklenmesi gereken bir yaklaşımdır.

Konuyu daha iyi irdelemek adına mezkûr Kanunun gerekçesine bakıldığında infaza ilişkin işlem ve faaliyet terimlerinin tanımlanmış olduğunu görmekteyiz. Madde gerekçesinde “işlem” kavramı, hükümlü ve tutuklular hakkında yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre hukuki sonuç doğurmaya yönelik her türlü karar, önlem ve irade açıklaması olarak; “faaliyet” kavramı ise hükümlü ve tutukluların konumlarında değişiklik yapan her türlü eylem ile iyileştirme ve eğitim programlarına uygun olan çalışmalar olarak tanımlanmıştır<sup>59</sup>. Bu bağlamda hükümlü hakkında verilecek bir denetimli serbestlik kararı da bir *infaz hukuku işlemidir*.

Peki infaz hakimlikleri; yukarıda verdiğimiz somut örnekte olduğu gibi denetimli serbestliğin geç uygulanması veya hukuka aykırı olarak uygulanmaması sebebiyle açılacak olan tazminat davalarını görme hususunda yetkili midir? Ya da bu konuda Kanunda özel bir düzenlemeye ihtiyaç var mıdır?

Kanun koyucu, infaza ilişkin eylem ve işlemlere yönelik şikâyetlerin infaz hakimlikleri tarafından hızlı bir şekilde incelenip sonuçlandırılmasını hedeflemektedir. Ayrıca bu şikâyetlerin değerlendirilmesi sürecinde infaza özgü, özel gerekliliklerin göz önünde bulundurulmasını sağlamak amacıyla, söz konusu eylem ve işlemlerin yargısal denetim merciinin idari yargı değil, infaz hâkimlikleri olmasını öngördüğü anlaşılmaktadır<sup>60</sup>.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, infaz hakimlikleri, infaza ilişkin konularda ihtisaslaşmış bir yargı merciidir, idari bir merci değildir. Cezanın infazı sürecinde ceza infaz kurumu, denetimli serbestlik müdürlüğü gibi idari merciler de karşımıza çıkabilir. Ancak infaz hakimliği bir idari merci olmayıp, yargısal işlem tesis eden bir yargı mercii konumundadır. İnfaz hakimliğinin işlem ve kararları infaz sürecini devam ettiren, infazın devamını sağlayan kararlardır.

Bununla birlikte gerek İnfaz Hakimliği Kanunu gerekse de diğer mevzuata bakıldığında infaz hâkimliklerine çekişmeli yargı işine giren herhangi bir görev verilmediği görülmektedir. İnfaz

---

kanun, veya diğer mevzuat hükümlerine ayları olduğu... gibi işlem ve faaliyetlere” ilişkin olup, bu şikâyetleri incelemenin ve karara bağlamanın İnfaz Hâkimliğinin görevinde olduğu düzenlenmesine istinaden, bu konulardaki şikâyetlere bakmakla adli yargı yerinin görevli olduğu belirlendiğinden, aynı şikâyetten kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemli davalara da adli yargı yerinde bakılacağı, ancak Uyuşmazlık Mahkemesinin adli yargı içerisinde hangi yargı merciinin bu davalara bakmakla görevli olduğu hususunda karar verme yetkisi bulunmadığı gözetildiğinde, bu belirlemenin ilgili yargı kolunun kendi içerisinde yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır.” Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 535/671, 27.11.2023. (<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>) 04.01.2026.

<sup>59</sup> Bahattin Aras, “İnfaz Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında İnfaz Hakimliklerinin Görev ve Yetkileri”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17/2 (2022): 438. Madde metinlerinin gerekçeleri için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi, (Erişim Tarihi, Eylül 24 2025) <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D21/Y3/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/24f8e412-1f31-4308-8998-47dacf43b85c.htm>

<sup>60</sup> Aras, “İnfaz Hakimliklerinin Görev ve Yetkileri”, 439.

hakimlikleri yalnızca infaz aşamasında hükümlü ve tutuklular hakkında idare tarafından gerçekleştirilen işlemlere karşı ilgililerin şikayetlerini inceleme görevini haizdir. İnfaz hâkimliklerinde, disiplin cezalarına ilişkin şikayetler haricinde duruşma yapılmamakta, infaz hâkimliklerinin verdiği kararlar temyiz incelemesine tabi olmamakta, kararlar yalnızca itirazen ağır ceza mahkemelerince incelenebilmektedir (4675 sayılı Kanun m. 6/son).

Nitekim bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da infaz hâkimliklerinin görevinin infaz kurumlarındaki yönetsel (idari) işlemleri şikâyet yolu ile denetlemekten ibaret olduğu belirtilmektedir<sup>61</sup>.

Denetimli serbestlik veya koşullu salıverilme uygulamalarıyla ilgili infaz hakimliklerine şikâyet yolu ile başvuru yapılabilse de infaz hakimliğinin bu infaz usullerinin haksız ve/veya hukuka aykırı uygulanması dolayısıyla açılacak tazminat davalarına bakma görevi bulunmamaktadır. İnfaz hakimliklerinin görevlerini düzenleyen İnfaz Hakimliği Kanunu'nun dördüncü maddesine bakıldığında, gerçekten de söz konusu hakimliklere hükümlü ve tutukluların infaza ilişkin şikayetlerini inceleme ve karara bağlama yetkisinin verildiği görülmektedir. Güncel mevzuat düzenlemelerine göre infaz hakimliklerinin, infaz aşamasında söz konusu olacak hukuka aykırı bir işlem veya faaliyet dolayısıyla ilgililerin zarar görmesi durumunda açılacak tazminat davalarını görme ve karara bağlama yetkisi söz konusu değildir.

İnfaz hakimliklerine ilişkin tespitimizi yukarıda ortaya koymuş olmakla birlikte konuyu bir de CMK bağlamında değerlendirelim. Zira tazminat sorumluluğu denilince CMK'dan aklımıza ilk gelen hüküm şüphesiz 141. madde olmaktadır. İfade etmek gerekir ki, infaza ilişkin işlem ve faaliyetler dolayısıyla açılacak tazminat davasının CMK m. 141 vd. gereğince ağır ceza mahkemesinde veya tazminat komisyonunda görülmesine imkân bulunmamaktadır. Zira CMK m. 141/1-3'te belirtildiği üzere, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hükümlerinin uygulanabilmesi için kanunda tahdidi olarak sayılan hallerin söz konusu olması ve daha da önemlisi bunların; suç soruşturması veya kovuşturması sırasında meydana gelmesi gerekir. İnfaz sürecinde tesis edilen işlem ve faaliyetler dolayısıyla hükümlünün açmak istediği tazminat davasına CMK m. 141'in kıyasen uygulanması kabul edilemez. CMK m. 141 ve devamı dolayısıyla açılacak tazminat davası sınırlayıcı olarak sayılmıştır ve bu konuda kıyas yapılamayacaktır.

Tüm bu gerekçe ve değerlendirmeler sonucunda nihai durumda infaz sürecinde karşılaşılan hukuka aykırı işlem ve faaliyetler dolayısıyla hükümlü tarafından bir tazminat davası açılmak istenirse bu talebin, tazminat hukukunun genel prensipleri uyarınca, asliye hukuk mahkemesine iletilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

Bu konuda daha isabetli olduğunu düşündüğümüz somut önerimiz ise; İnfaz Hakimliği Kanunu'nun, infaz hakimliklerinin görev ve yetkilerini düzenleyen dördüncü maddesine açık bir hüküm eklenerek mevcut soruna çözüm üretilebileceği ve uygulamadaki kafa karışıklığının bu sayede giderilebileceği yönündedir. Çalışmamızı, söz konusu hükmün düzenlenme şekli hususundaki önerimizi belirterek noktalamak isteriz: "İnfaz aşamasında tesis edilen işlem veya kararlar dolayısıyla maddi ve manevi zararı söz konusu olan kişiler, bu zararlarının giderilmesini Devlettten isteyebilirler. Tazminat istemi, infaza ilişkin karar, işlem veya faaliyetin yapıldığı yer infaz hakimliğince karara bağlanır. Devlet, ödediği tazminatı, görevinin gereklerine aykırı hareket ederek görevini kötüye kullanan hakimlere bir yıl içinde rücu eder."

<sup>61</sup> Yar. CGK, E. 2004/1-110, K. 2004/150, 29.06.2004.

## SONUÇ

Kamu otoriteleri ve yetkili merciler icra ettikleri görevler esnasında veya görevleri dolayısıyla kişilerin mağduriyetine sebep olmuşlarsa hukuk devleti ilkesi uyarınca sorumlulukları söz konusu olmalıdır. Nitekim, Anayasa'nın 129/5. maddesi uyarınca, memurlar ve diğer kamu görevlileri yetkilerini kullanırken kişilerin mağduriyetine sebep olmuşlarsa ilgililer elbette tazminat davası açabilirler; ancak bu davalar yalnızca idare aleyhine açılabilmektedir.

Bununla birlikte, bazı hallerde kanun koyucu, kamu görevlilerinin tazminat sorumluluklarını ayrıca düzenleyebilmektedir. Nitekim, Anayasa'nın "*kişi hürriyeti ve güvenliği*" başlıklı 19. maddesinin son fıkrasında, belirtilen haller dışında hukuka aykırı bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zararların, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre devlet tarafından karşılanacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Zira burada söz konusu olan yaşam hakkından sonra belki de insanın en vazgeçilmez hakkı olan "*kişi hürriyeti ve güvenliği*" hakkıdır. Üstelik Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de taraf devletlere benzer bir yükümlülük getirerek, özellikle koruma tedbirlerinin hukuka aykırı uygulanması dolayısıyla devletin tazminat sorumluluğunun söz konusu olacağını belirtmiştir.

Yakalama veya tutuklamanın haksız ya da hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle ilgiliye tazminat ödenmesi hali ilk kez 1961 Anayasasının 30'uncu maddesinde yer almıştır. Bu anayasal düzenlemenin bir gereği olarak "466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun" ile tazminatı gerektiren haller ayrıntılı olarak düzenlenmişti. 1 Haziran 2005 tarihinde 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesi ile CMK'nın 141 ve devamı maddelerinde daha kapsamlı düzenlemelere yer verilmiştir. Bahsettiğimiz hükümde sayılan tazminat sebepleri Kanunda tahdidi olarak sayılmış hallere münhasırdır. Söz konusu hükmün üçüncü fıkrasına Devletin sorumluluk kapsamını genişleten bir hal daha sonradan eklenmiş olsa da belirtmek gerekir ki, CMK m. 141'de "*suç soruşturması veya kovuşturması sırasında*" meydana gelebilecek olan hukuka aykırılıklar hakkındaki tazminat davaları düzenlenmiştir. Bunun dışında, yani suç soruşturması veya kovuşturması dışında, meydana gelebilecek hukuka aykırılıklar dolayısıyla istenebilecek olan tazminat talepleri söz konusu maddelerin konusunu oluşturmayacaktır.

Bununla birlikte hükmün kesinleşmesi ile- eğer verilen hüküm, bir mahkûmiyet hükmü ise infaz aşaması başlayacağından- infaz sürecinde yer alan mercilerin (infaz hakimliği/savcılığı) hesap hataları sonucu veya başka bir sebeple verdikleri hukuka aykırı kararlar dolayısıyla ilgililerin bir zararının doğması durumunda, hangi mahkemeden ve ne gerekçeyle tazminat isteneceği meselesi hem doktrinde hem de yargı kararlarında tartışmalıdır. Bu konuda özellikle idari yargı kolu ile adli yargı kolu arasında uyuşmazlıklar çıkmaktadır. Adli yargı mercileri, kendilerine yapılan söz konusu başvurularda CMK m. 141 ve devamının Kanunda yazılı tahdidi haller dolayısıyla ve sadece suç soruşturması veya kovuşturması sırasında uygulanabileceğini, infaz aşamasında ise artık kovuşturması evresi de sona erdiğinden CMK m. 141 vd.'nin uygulanmayacağına karar vermekte ve idari yargı yolunu işaret etmektedirler. İdari yargı mercileri ise infaz aşamasında söz konusu olan işlemlerin yargısal işlem olduğunu, bunların idari işlem olarak nitelendirilemeyeceğini, haliyle idari yargı kolunun değil, adli yargı kolunun yetkili olması gerektiğine karar vermektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi ise infaz aşamasında söz konusu olan işlemlerin, icra eden merciden kaynaklı olarak (infaz hakimliği/savcılığı), idari işlem olmadığını, yargısal işlem olduğunu, bunların denetiminin ise adli yargı mercilerinde yapılması gerektiğini belirtmektedir.

Kanaatimizce infaz aşamasında söz konusu olan bir hukuka aykırılığın hükümlü veya tutukluların maddi/manevi zararına sebep olması halinde ilgililer tazminat talep edebilmelidir. Zira cezalandırma yetkisi Devletin tekelinde olan bir yetki olup, bunun hukuka uygun şekilde kullanılması gerekir. Hesap hatası ya da başka bir hukuka aykırı uygulama dolayısıyla hükümlü infaz kurumundan geç tahliye edilecek olursa kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ihlal edilmiş olduğundan ilgilinin bu zararının giderilmesi gerekir. Zararının giderilmesi gerektiği hususunda uygulamada bir tartışma olmasa da bu zararın hangi yargı kolunda giderilmesi gerektiği hem uygulamada hem de doktrinde tartışmalıdır. Mevcut düzenlemelerimize göre ise bu zarara ilişkin taleplerin, adli yargı kolunda görevli bir mahkemece yapılacak yargılamada incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte adli yargı kolunda birden fazla farklı mahkeme olduğuna göre somut bir mahkeme belirtmek gerekmektedir.

CMK m. 141 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanarak infaz aşamasındaki hukuka aykırılıklar bakımından da bu madde hükümlerinin uygulanabileceği ileri sürülebilse de bu düşünceye katılmıyoruz. Elbette ceza muhakemesinde kural itibariyle kıyas yasağı söz konusu değildir. Ancak istisnai hükümlerin uygulaması da kıyas yoluyla genişletilemez. CMK m. 141 vd. yalnızca Kanun'da sınırlı şekilde sayılan hallere münhasır olarak ve daha da önemlisi suç soruşturması veya kovuşturması sırasında meydana gelen ihlaller bakımından uygulanabilecektir. Bu nedenle CMK m. 141 ve devamı maddelerin infaz aşamasındaki hukuka aykırılıklar hakkında uygulanması mümkün görünmemektedir.

İnfaz aşamasında gerçekleşen, yukarıda verdiğimiz örneklerde olduğu gibi suç unsuru içermeyen hukuka aykırılıklar için ise, soruşturma/kovuşturma evresi dışında gerçekleşen haksız bir fiilin söz konusu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun bakımından ise haksız fiilden doğan davalarda yetkili mahkeme HMK m. 2 ve m. 16'nın birlikte değerlendirilmesi sonucunda asliye hukuk mahkemesi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>62</sup>. 5275 sayılı CGTİHK veya İnfaz Hakimliği Kanunu'nda bir değişiklik yapıncaya kadar, infaz işlem ve faaliyetlerine ilişkin tazminat taleplerinin asliye hukuk mahkemesinde dermeyeran edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bununla birlikte kanun koyucunun takdiri ile infaza ilişkin konularda İnfaz Hakimlikleri ihtisaslaşmış bir yargı mercii olarak oluşturulduğuna göre, İnfaz Hakimliği Kanunu'nda aşağıda sunduğumuz bağlamda bir kanun değişikliği yapılması gerektiği kanaatindeyiz. İnfaz hakimliklerinin görev ve yetkilerini düzenleyen Kanunun (4675 sayılı Kanun) dördüncü maddesine “İnfaz aşamasında, hükümlü veya tutuklular hakkında tesis edilen işlem veya kararlar dolayısıyla açılacak tazminat davaları İnfaz Hakimliğince incelenir.” şeklinde bir hüküm eklenerek infaz aşamasında meydana gelen hukuka aykırılıklar dolayısıyla ilgililerin tazminat davasını infaz hakimliklerinde açması imkânı getirilmesi söz konusu tartışmalara bir nokta koyacak ve kafalardaki karışıklığı giderecektir.

---

<sup>62</sup> Albayrak ve Mavzer, “Yetkili Mahkeme Sorunu”, 286.

**KAYNAKÇA**

- Akyılmaz, Bahtiyar. “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”. *Journal Of Istanbul University Law Faculty*. 69/1-2 (2011): 61-78.
- Albayrak, Hakan ve Tahsin Mavzer, “Haksız Fiilden Doğan Davalarda Ortak Yetkili Mahkeme Sorunu”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 27/2 (2019): 279-306.
- Aldemir, Hüsni, *Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2025.
- Aras, Bahattin. “İnfaz Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Işığında İnfaz Hakimliklerinin Görev ve Yetkileri”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 17/2 (2022): 403-455.
- Aras, Bahattin. “Uluslararası Belge ve Kararlar Işığında Cezaevlerindeki İdari ve Yargısal Denetimin İnsan Hakları İhlallerini Önlemedeki Etkisi”. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/2 (2022): 1314; Özbek, İnfaz, 80.
- Artuk, Mehmet Emin vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Atalay, Osman. *Ceza Hukukunda İnfaz Hukukunun Yeri ve Denetimli Serbestlik*, Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Uluslararası Yaklaşımlar Bildiri Kitabı. Ankara: Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifleri Genel Müdürlüğü Yayınları, 2016.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Beta Yayıncılık, 2022.
- Demirbaş, Timur. *Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak Hapis Cezasının İnfazı*. Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Uluslararası Yaklaşımlar Bildiri Kitabı Ankara: Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı Yayınları, 2016.
- Demirbaş, Timur. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Gökçen, Ahmet ve M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2024.
- Göktürk, Neslihan. *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2024.
- Hakeri, Hakan. *Genel Hükümler ve Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerine Göre Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2024.
- <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D21/Y3/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/24f8e412-1f31-4308-8998-47dacf43b85c.htm>
- <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y3/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/63982a52-911c-491d-97f9-4628445cb5d3.pdf>
- <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/cfb35b8a-65cc-44e7-b1bc-4764e98175b9.pdf>
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/03.01.2026>.
- <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/29.12.2025>.
- Kamer, Vehbi Kadri. *Türkiye’de Denetimli Serbestlik Sisteminin Kuruluşu ve Gelişimi*. Ankara: Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı Yayınları, 2016.
- Mahmutoğlu, Fatih. “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların ve Hürriyeti Sınırlayıcı Emniyet Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (Federal Alman Ceza İnfaz Kanunu - 16 Mart 1976)”. *Journal Of Istanbul University Law Faculty* 55 (1-2) 2011: 501-48.
- Osman Atalay, “Mükerrer Hükümlülerin İnfazında Müddetname Hesaplamaları”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 2/13 (2007): 113-122.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025.
- Özbek, Veli Özer. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2025.
- Öztürk, Bahri vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku -Nazari ve Uygulamalı-*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Sevdiren, Öznur. “Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin Makul Sürede Serbest Bırakılma Hakkının İhlali Nedeniyle CMK m. 141/1(d) Bağlamında Açılan Tazminat Davaları ile İlgili İçtihadının Değerlendirilmesi”. *Suç ve Ceza Dergisi*. 1 (2020): 865-910.

- Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Turhan, Faruk ve Abdurrahim Altıkat. “Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları”. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/2 (2012): 1-46.
- Türkmen. Cansu. “7242 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Işığında Hapis Cezasının Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazı”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/2 (2021): 315-347.
- Usta, İbrahim ve Hakan Öztürk, “Denetimli Serbestlik”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 5/13 (2010): 7-46.
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2025.
- Yavuz, Hakan. *Türkiye’de Denetimli Serbestlik Mümkün Müdür? Dünü, Bugünü ve Yarınıyla Türk Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik*. Ankara: Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı Yayınları, 2016.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoglu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Yerdelen, Erdal. “Alman Ceza İnfaz Hukukunun Esasları”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. 16 (2020): 449-485.



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2026

Cilt / Volume: 8

Sayı / No: 1

Eserin Türü /  
Manuscript Type

Araştırma Makalesi /  
Research Article

DOI:  
10.47136/asbuhfd.1912  
997



# YARGITAY KARARLARINDA ZAYIF MARKA VE HUKUKİ SONUÇLARI

## *Weak Trademark in the Decisions of the Court of Cassation and Its Legal Consequences*

Ömer Faruk KUNTOĞLU\*

### Öz

Markanın en temel fonksiyonlarından biri ayırt edicilik fonksiyonudur. Marka olarak tescil edilecek her işaretin asgari düzeyde ayırt edici olması şarttır. Ancak ayırt edicilik düzeyi her marka için aynı değildir. Özellikle tescile konu mal ve hizmet grubu için tanımlayıcı yahut tanımlayıcı niteliğe yakın ibarelerin zayıf olduğu kabul edilmektedir. Coğrafi yer adları gibi başkaca zayıf marka türleri de vardır. “Zayıf marka” yasal düzenlemelerde yer almayan, uygulamada ve doktrinde yer alan bir kavramdır. Bir işaret zayıf marka olarak kabul edildiğinde, koruma düzeyi diğer markalara göre daha düşük olacaktır. Bu kapsamda yapılacak bazı küçük eklemeler yahut değişikliklerle, sonraki markanın zayıf markadan ayırt ediciliğinin sağlanması mümkün olacaktır. Doktrin ve uygulamada, zayıf marka sahibinin de bu durumun sonuçlarına katlanmayı baştan kabul ettiği benimsenmektedir. Çalışma kapsamında, Yargıtay kararları ve doktrin çerçevesinde bir markanın hangi koşullarda zayıf marka olarak kabul edileceği ve zayıf marka olmanın ne gibi hukuki sonuçları olacağı incelenmektedir. Makalede, Yargıtay’ın farklı marka türleri bakımından zayıf markaya ilişkin kriterleri ortaya konulmakta; çelişkili kararlara ilişkin değerlendirmelere yer verilmekte ve çözüm önerileri sunulmaktadır.

### Abstract

One of the fundamental functions of a trademark is its distinctiveness function. Any sign to be registered as a trademark must possess at least a minimum level of distinctiveness. However, the degree of distinctiveness is not the same for every trademark. In particular, signs that are descriptive or closely descriptive of the relevant goods and services are considered weak. Geographical names constitute other types of weak trademarks. The concept of a “weak trademark” is not regulated by statute but has developed in doctrine and judicial practice. When a sign is considered a weak trademark, the scope of protection afforded to it is narrower compared to other trademarks. In this context, it is possible for a subsequent mark to be distinguished from a weak trademark through minor additions or modifications. In both doctrine and judicial practice, it is generally accepted that the owner of a weak trademark is deemed to have accepted the consequences of this status from the outset. Within the scope of this study, the conditions under which a trademark may be classified as a weak trademark and the legal consequences of such classification are examined in light of the decisions of the Court of Cassation and the relevant doctrine. The article identifies the criteria adopted by the Court of Cassation regarding weak trademarks across different categories of marks, evaluates contradictory decisions, and offers proposed solutions.

Makale Gönderim Tarihi / Received: 19.03.2026

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 22.04.2026

Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör hakem.  
Double peer-reviewed.

### Anahtar Kelimeler / Keywords:

Marka Hakkı, Zayıf Marka, Ayırt Edicilik, Yargıtay, Karıştırılma Tehlikesi. / Trademark Right, Weak Trademark, Distinctiveness, Court of Cassation, Likelihood of Confusion.

### Atıf / Citation:

Kuntoğlu, Ömer Faruk. “Yargıtay Kararlarında Zayıf Marka ve Hukuki Sonuçları.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8, no.1 (2026) 38-67.

### Yazar Bilgileri / Authors Information:

\*Dr., Hâkim., Konya Adliyesi, kuntoglu@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-6927-9973

Teşekkür / Acknowledgments: Bulunmamaktadır.

Finansal Destek / Financial Support: Finansal destek alınmamıştır.

Çıkar Çatışması / Conflict of Interest: Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence: Yapay zeka araçlarından yararlanılmıştır.

## Extended Summary

The most important function of a trademark among its various functions is its distinctiveness function. Indeed, a trademark is defined as a sign that distinguishes a good or service from others. Therefore, a sign to be registered as a trademark must possess at least a minimum level of distinctiveness.

The degree of distinctiveness is not the same for every sign. Some signs may initially possess strong distinctiveness but may lose this distinctiveness over time. The opposite is also possible. In other words, a sign that is initially weak in distinctiveness may, through use, become a strongly distinctive sign. The degree of distinctiveness of a sign may also vary depending on the class of goods and services. A sign that has strong distinctiveness for one class of goods or services may be weakly distinctive for another class.

The concept of a “weak trademark,” developed in doctrine and practice with respect to signs of low distinctiveness, is not regulated by legislation. There are various types of weak trademarks. Descriptive expressions, expressions that are close to being descriptive, or expressions open to common use within the relevant class of goods and services, as well as color names, personal names, and geographical names, are considered weak trademarks. Well-known trademarks, on the other hand, are generally regarded as strong trademarks. As a reflection of their strong distinctiveness, well-known trademarks are protected even beyond the classes of goods and services for which they are registered.

When a sign is classified as a “weak trademark,” this classification entails certain legal consequences. The level of protection afforded to a weak trademark is not as high as that of strong trademarks. In this context, it is possible to create new trademarks through minor additions or modifications to weak trademarks. In practice, it is assumed that the owner of a weak trademark accepts this situation from the outset.

In the second part of the study, a literature-based analysis is conducted, while in the third part the issue is examined through practical examples. Based on the examined case law, contradictory and problematic issues are identified, and possible solutions are proposed.

In practice, decisions of the Court of Cassation that are entirely inconsistent with those of first-instance courts or regional appellate courts are frequently encountered. However, in some of these decisions, it is observed that the findings regarding “weak trademarks” in the overturned judgments are not discussed. Instead, the Court of Cassation merely states whether there is a likelihood of confusion between the marks. Yet, the concept of weak trademarks is of considerable importance in trademark law. In this respect, the reasoning of the Court of Cassation is crucial for the establishment of consistent case law and for ensuring the correctness of subsequent decisions. If the notion of weak trademarks is addressed comprehensively in such decisions, the perspective of the Court and the general principles it adopts will be clarified. This is important in terms of legal predictability. Moreover, this would prevent the same dispute from being subject to multiple reversals and would contribute to procedural economy.

In series trademarks, the same undertaking registers multiple trademarks by adding elements to a common core expression. Significant inconsistencies are observed in the decisions of the Court of Cassation regarding series trademarks. In order to eliminate these inconsistencies, it is important to establish principles within the framework of the relationship between series trademarks and weak trademarks. Series trademarks are registered in two different ways. First, a trademark belonging to the relevant undertaking becomes well-known over time. Subsequently, other trademarks containing elements of this original mark begin to be used in order to benefit from its reputation. In this case, in our view, the trademark will generally qualify as a strong trademark. In the second scenario, an undertaking may apply for the registration of multiple trademarks containing the same common element without any prior trademark use. In this case, in our view, it is not possible to argue that the series trademark is inherently a strong trademark. Therefore, in practice, evaluating how a series trademark has been registered in light of the methods explained above, and explicitly addressing this issue in judicial reasoning, will prevent the emergence of contradictory decisions.

## GİRİŞ

Markanın en önemli fonksiyonu, bir mal veya hizmetin, diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamasıdır. Dolayısıyla marka olacak işaretin ayırt edicilik gücü de bulunmalıdır. Ancak

her işaretin ayırt edicilik gücü aynı değildir. Bu noktada, uygulamada, ayırt ediciliği düşük ibareler bakımından “zayıf marka” kavramı ortaya çıkmıştır.

Genel olarak herkes tarafından kullanılabilir ibareler ve adlar ile ilgili ürün ve hizmetler bakımından vasıf bildiren yahut çağrıştırmacı veya yönlendirici özelliğe sahip işaretler zayıf marka kabul edilmektedir. Coğrafi yer adları, günlük dilde kullanılan ifadeler gibi başka zayıf marka türleri de bulunmaktadır. Bir işaret zayıf marka kabul edildiğinde, bu kabulün hukuki sonuçları olacaktır. Bu kapsamda, zayıf markaların koruma düzeyinin kuvvetli markalara nazaran sınırlı olması gerektiği doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir.

Makale kapsamında, yasal düzenlemelerde yer almayan ve uygulamayla ortaya çıkmış bulunan “zayıf marka” kavramı öncelikle teorik çerçevede irdelenmiş, akabinde uygulama örnekleri üzerinden detaylı olarak incelenmiştir. Yargıtay kararlarında, oldukça benzer işaretler bakımından birbiriyle çelişen değerlendirmelerin bulunduğu anlaşılmaktadır. Bazen temyiz incelemesi yapılırken, değerlendirilen kararların dayanakları tartışılmadan, başka bir ifadeyle gerekçelendirme yapılmadan, ilk derece ve BAM (Bölge Adliye Mahkemesi) kararlarının kaldırıldığı görülmektedir.

Çalışma kapsamında, konu hakkındaki teorik yaklaşımlar uygulamayla birlikte ele alınarak hangi ibarelerin “zayıf marka” kabul edilmesi gerektiği hususu dayanaklarıyla birlikte ortaya konulmaya çalışılmıştır. Zira zayıf markanın hukuki çerçevesi doğru belirlenmediğinde birbiriyle çelişen kararlar ortaya çıkacak ve hukuki güvenlik ilkesi zedelenmiş olacaktır.

## I. YÖNTEM

Makalenin ikinci kısmında “zayıf marka”nın tanımı ve zayıf marka olmanın hukuki sonuçları literatür bazlı olarak değerlendirilmiştir. Üçüncü kısımda ise makale başlığı çerçevesinde, konunun uygulama örnekleri kapsamında irdelenmesi amacıyla Yargıtay kararları sistematik bir şekilde incelenmiştir. Bu kapsamda UYAP sisteminde yer alan kararlar görevli Yargıtay 11. Hukuk Dairesi seçilerek “zayıf marka” anahtar kelimesiyle 21.12.2025 tarihinden geriye doğru taranmış; ilk etapta 482 karara erişilmiştir. Tekrar eden karar numaraları ayıklandığında 426 karar tespit edilmiş; karar türü bazlı değerlendirmede, “onama” kararlarında genel itibarıyla gerekçelendirme bulunmaması nazara alınarak 346 adet onama kararı dışında (bozma, düzelterek onama vb.) toplam 80 karar bulunduğu anlaşılmıştır. Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) kararları da aynı anahtar kelime ve tarih aralığı baz alınarak taranmış olup, 6 ayrı karara erişilmiştir. Anılan 80 adet Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararı ile 6 adet HGK kararı üzerinde inceleme yapılarak, karar içeriklerinde konuya ilişkin değerlendirme içeren ve önemli görülen bulgular çalışmaya yansıtılmıştır. Ayrıca incelenen kararlarda atıf yapılan yahut dava konusu benzeşen bazı kararların yanı sıra, çalışma kapsamında ihtiyaç duyulan sair kararlar da incelenerek konu bağlamında çalışmaya aktarılmıştır.

Çalışmada incelenen geniş karar havuzu bağlamında, Yargıtay’ın zayıf markayı nasıl tanımladığı, hangi marka türlerinde zayıf marka olmaya ne tür sonuçlar yüklediği ortaya konulmuş; çelişkili kararlar irdelenerek zayıf markaya ilişkin prensipler ortaya konulmaya çalışılmıştır.

## II. GENEL OLARAK ZAYIF MARKA VE HUKUKİ SONUÇLARI

### A. Zayıf Marka Kavramı

Markanın kaynak gösterme, reklam ve kaliteyi garanti etme fonksiyonlarının yanında “ayırt etme fonksiyonu” da bulunmaktadır.<sup>1</sup> Bu kapsamda marka, farklı işletmelere ait ürün ve hizmetlerin ayırt edilmesini sağladığı gibi, bazen aynı işletmenin içerik ve kalite bakımından farklı ürün ve hizmetlerinin ayırt edilmesini de sağlar.<sup>2</sup> Burada aranan “ticari ayırt ediciliktir”.<sup>3</sup> Zaten marka korumasının esas amacı da bir taraftan hak sahiplerine, ürün ve hizmetlerin ticari kökeninin diğer markalardan ayırt edilebilmesini mümkün kılan bir hukuki koruma temin etmek; diğer taraftan ise tüketicilerin, aynı veya

<sup>1</sup> Hayrettin Çağlar, “Marka Hukuku”, iç. *Sınai Mülkiyet Hukuku*. Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Burçak Yıldız ve Dilek İmirlioğlu, (Adalet, 2021), 45-47.

<sup>2</sup> Çağlar, “Marka Hukuku”, 46.

<sup>3</sup> Justine Pila ve Paul Torremans, *European Intellectual Property Law* (Oxford University Press, 2019), 349.

benzer ürün ve hizmetlerin hangi ticari kaynaktan geldiğini ayırt edebilmelerini sağlamaktır.<sup>4</sup>

Bir markanın ayırt ediciliği güçlü, zayıf veya normal olabilir.<sup>5</sup> Ayırt ediciliği hiç bulunmayan işaretlerin tescili mümkün değildir. Ancak zayıf da olsa ayırt ediciliği bulunan işaretlerin marka olarak tescili mümkündür.<sup>6</sup> Bu bağlamda “işaret, bir mal veya hizmeti somutlaştırabilecek ve onu diğerlerinden farklı kılabilecek güçte olmalıdır”.<sup>7</sup> Yani marka olarak kullanılacak işaretin asgari düzeyde bir özgünlüğe sahip olması gereklidir.<sup>8</sup> İşaret ne kadar özgün olursa, markanın ayırt edicilik gücü de o nispette fazla olacaktır.<sup>9</sup> Özgünlük, işaretin nispi ve mutlak ret nedenlerinin [Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m. 4 ve 5] yanı sıra “herkesin kullanımına açık işaretler” ve diğer markalara uzaklığı anlamına gelmektedir.<sup>10</sup> Bu noktada, ayırt ediciliği düşük işaretler bakımından yasal düzenlemelerde yer almasa da uygulama ve öğretide kabul edilen “Zayıf marka [*schwache Marke* (Almanca)]” kavramı hukuk dünyasına girmiştir.<sup>11</sup>

## B. Zayıf Marka Türleri

Bir markayı zayıf marka yapan en önemli husus, kullanılan işaretin özelliğidir<sup>12</sup>. Cins adlarının; malın doğal veya karakteristik bir özelliğini veya kalite derecesini ifade eden kelimelerin; ticari hayatta yahut günlük yaşantıda sıklıkla kullanılan işaret ve ibarelerin; konuşma dilinde yoğun kullanımı olan sözcüklerin ayırt ediciliği düşük olacağından, bu tür unsurlardan oluşan markalar da zayıf marka olarak kabul edilecektir.<sup>13</sup> Halk tarafından anlamı bilinen yabancı kelimeler ile bir ürünün ambalajından ya da şeklinden meydana gelen işaretler de zayıf marka olarak kabul edilebilecek unsurlardır.<sup>14</sup>

Yine üretildiği etken maddenin yahut kullanılacağı hastalığın isminden türetilen ilaç markaları zayıf marka olarak kabul edildiği gibi<sup>15</sup>, kişilerin soy isimleri önünde yer alan ilk isimlerin, yani “ön

<sup>4</sup> Pila ve Torremans, *European Intellectual Property Law*, 377; Yılmaz Yörem ve Emrah Biçimli, “Markanın Kullanım Yükümlülüğü ve Kullanılmamasının Sonuçları” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 51 (2022): 197.

<sup>5</sup> Mehmet Emin Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi* (Yetkin, 2014), 65.

<sup>6</sup> Tekin Memiş, “Örneklerle Zayıf Marka Kavramı”, iç. *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012. editör Tekin Memiş*, (Yetkin, 2013), 420.

<sup>7</sup> Hakan Karan ve Mehmet Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat* (Turhan, 2004), 31–32.

<sup>8</sup> Zeki Geven, “Fikri Mülkiyet Hukukunda Yenilik ve Orijinallik” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2011): 385.

<sup>9</sup> İfakat Balık ve İbrahim Bektaş, “Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu – McDonald’s Kararları Yönünden Bir İnceleme” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 5, no. 1 (2019): 9; Hayri Bozgeyik ve Rauf Karasu, “Marka Koruması ve Jenerik Marka Bağlamında Bazı Hukuki Değerlendirmeler” *Terazi Hukuk Dergisi*, no. 225 (2025): 168.

<sup>10</sup> Bozgeyik ve Karasu, “Marka Koruması ve Jenerik Marka Bağlamında Bazı Hukuki Değerlendirmeler”, 166.

<sup>11</sup> Memiş, “Örneklerle Zayıf Marka Kavramı”, 386 ve 388; Balık ve Bektaş, “Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu – McDonald’s Kararları Yönünden Bir İnceleme”, 5; Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, 2018), 247.

<sup>12</sup> Balık ve Bektaş, “Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu – McDonald’s Kararları Yönünden Bir İnceleme”, 5.

<sup>13</sup> Memiş, “Örneklerle Zayıf Marka Kavramı”, 388; Balık ve Bektaş, “Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu – McDonald’s Kararları Yönünden Bir İnceleme”, 6 ve 8; Hamdi Yasaman, Sıtkı Anlam Altay, Tolga Ayoğlu, Fülürya Yusufoglu ve Sinan Yüksel, *Marka Hukuku: 556 sayılı KHK Şerhi*, Cilt. 1 (Vedat Kitapçılık, 2004), 19.

<sup>14</sup> Balık ve Bektaş, “Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu – McDonald’s Kararları Yönünden Bir İnceleme”, 7.

<sup>15</sup> Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, 2015), 414–415; Hayri Bozgeyik ve Sefa Er, “Yargıtay Kararları Işığında İlaç Markalarında Karıştırılma İhtimali” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 10, no. 1 (2024): 89.

*ad*’ların ayırt ediciliğinin düşük olduğu kabul edilmektedir.<sup>16</sup> Soyadlar da özgün bir anlam taşımadığı müddetçe zayıf marka olarak değerlendirilecektir.<sup>17</sup> Marka İnceleme Kılavuzu’na göre, ürün ve hizmetlere ilişkin özellikleri doğrudan belirtmeyen fakat ima eden ibarelerin veya övgü ifadelerinin ayırt edici vasfı zayıf olacaktır. Bu kapsamda “*star*”, “*optimum*”, “*global*”, “*ideal*”, “*super*”, “*best*”, “*premium*”, “*ultra*”, “*mega*” ibarelerinden oluşan markalar zayıf marka olarak kabul edilmektedir.<sup>18</sup>

Ayırt ediciliğin kazanılmasında “*kavram adına yakın olmama*” etkili bir unsurdur.<sup>19</sup> Başka bir ifadeyle marka, tescil edildiği sınıfta yer alan ürün ve hizmetlerin anlamına yakınlaştıkça zayıflayacak; söz konusu anlamlardan uzaklaştıkça kuvvetlenecektir.<sup>20</sup> Yani işaret, ilgili mal ve hizmet için tamamen yabancı ise ayırt edicilik de o derece güçlü olacaktır.<sup>21</sup> Dolayısıyla ayırt edicilik kuvveti ile hizmet ve ürünlere yakınlık arasında “*ters bir ilişki*” söz konusudur.<sup>22</sup> Bu kapsamda Türkçe anlamı bulunmayan ifadelerle, tescile esas ürün ve hizmet bakımından tanımlayıcı vasıfta bulunmayan markaların ayırt edicilik gücü yüksek olacaktır.<sup>23</sup>

*Balık ve Bektaş*’a göre hiçbir anlamı bulunmayan bir ibare ile anlamlı bir ibare -sık kullanılırsa dahi- mukayese edildiğinde, anlamlı ibarenin ayırt edici niteliği zayıf kabul edilebilecektir.<sup>24</sup> *Tekinalp* de anlamsızlığın kimi zaman işaretin zihinlerde kalması bakımından daha etkili olabileceğini belirtmiştir.<sup>25</sup>

Uygulama örnekleri kısmında detaylı olarak açıklanacağı üzere, “*Tanımlayıcı olmamakla birlikte tanımlayıcılığa yakın ve tescil kapsamındaki mal ve hizmetler yönünden herkesin kullanımına açık olan*”

<sup>16</sup> Dilek İmirlioglu, “Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Kişi Adı Markalarında Ayırt Edicilik Tespiti” *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 3 (2017): 101.

<sup>17</sup> Richard Stim, *Patent, Copyright & Trademark: An Intellectual Property Desk Reference* (Nolo, 2020), 439.

<sup>18</sup> Türk Patent ve Marka Kurumu, *Marka İnceleme Kılavuzu* (2021), 45.

<sup>19</sup> Ünal Tekinalp, Gül Okutan Nilsson ve Feyzan Hayal Şehirali Çelik, *Tekinalp Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, 2025), 534 ve 536.

<sup>20</sup> Yar. 11. HD, E.2023/6093, K.2024/7835, 06.11.2024: “‘Zayıf marka ise, bir markanın tescilli olduğu mal ve/veya hizmetlerin anlamına yakın olması veya yaklaşmasıdır. Yani markanın tescil kapsamındaki mal ve hizmetlerin cinsini, çeşidini, vasfını, kalitesini vs bildirmesi halinde zayıf markadan söz edilebilir. Bununla birlikte zayıf markalarda kullanma sonucu zamanla kuvvetli marka olabilirler. Bu durumda, bir işaret anlamına yaklaştığında zayıf marka, anlamından uzaklaştıkça kuvvetli marka olmaktadır. Diğer bir ifade ile zayıf marka, markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerin anlamına yakın olması hali iken; kuvvetli marka, markanın tescil kapsamındaki mal ve hizmetlerin anlamından uzak olması halidir (bkz. Ünal TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 367, Par. 25a vd; YASAMAN/YASAMAN, *SMK Şerhi*, C. 2, Seçkin, İstanbul 2021, s. 951 ve 1618)”, (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Yar. HGK, E.2022/11-83, K.2023/670, 21.06.2023: “...Bir marka, üzerinde kullanılacağı mal veya hizmete yaklaştığı sürece ayırt edicilik karakterini yitirmekte ve zayıf marka olmaktadır. Başka bir deyişle marka olarak tescil edilmek istenen işaretin ayırt edici niteliğinin kuvveti, kullanılacağı mal veya hizmetlerin vasıfları ile yakından ilişkili olup işaretin kullanılacağı mal veya hizmetlere olan uzaklığı ne kadar fazla ise o oranda güçlü bir ayırt edici niteliğe sahip olduğundan bahsedilebilecektir (Yasaman, Hamdi: *Marka Hukuku* 556 Sayılı KHK Şerhi Cilt 1, İstanbul, 2004, s. 62)... kullanılacağı mal veya hizmetleri tanımlayan, betimleyen kelimeleri içeren işaretler, ayırt edici niteliği olmadığından marka olarak tescil edilemezler. Gerçekten de 556 sayılı KHK’nin 7/1-c maddesinde “Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren” işaretlerin marka olarak tescil edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla bir mal veya hizmetleri tanımlayan, betimleyen kelimeleri içeren işaretler ayırt edici niteliğe sahip olmadıkları için marka olarak tescil edilemezler; ancak kullanılacağı bu mal veya hizmeti çağrıştıran işaretlerin marka olarak tescili mümkündür.”, (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026)

<sup>21</sup> Tekinalp, Okutan Nilsson ve Şehirali Çelik, *Tekinalp Fikri Mülkiyet Hukuku*, 535.

<sup>22</sup> Cahit Suluk, *Fikri Mülkiyet Haklarının Koruma Kuvveti* (Seçkin Yayıncılık, 2025), 215.

<sup>23</sup> Yar. 11. HD, E.2019/4599, K.2020/2688, 08.06.2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

<sup>24</sup> Balık ve Bektaş, “Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu – McDonald’s Kararları Yönünden Bir İnceleme”, 3.

<sup>25</sup> Tekinalp, Okutan Nilsson ve Şehirali Çelik, *Tekinalp Fikri Mülkiyet Hukuku*, 535.

ifadeler<sup>26</sup> ile coğrafi bölge isimleri<sup>27</sup> de zayıf marka olarak kabul edilmektedir.

Birden çok unsurdan oluşan markalarda bazı unsurların ayırt ediciliği düşük olduğu hâlde bazı unsurların ayırt ediciliği yüksek olabileceğinden, bu tür durumlarda marka bir bütün olarak değerlendirilmeli; yani markanın tüm unsurları somut olaya göre nazara alınmalıdır.<sup>28</sup> ABAD da önceki markanın tanınmışlığından veya ayırt edici gücünden yararlanılıp yararlanılmadığı değerlendirilirken, ilgili tüm unsurların bütüncül olarak değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır.<sup>29</sup> Yine Yargıtay, aynı doğrultuda olmak üzere, iltibas değerlendirmesi sırasında mukayeseye konu markaların “*ayırt edici ve baskın unsurları gözetilerek münferit unsurlardan ziyade bütünü itibarıyla bıraktığı izlenim*” nazara alınarak bir sonuca gidilmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>30</sup> Konu bağlamında; davacının başvurusuna esas “*TÜRKİYE İŞ BANKASI İŞCEPMATİK*” (9. ve 36. sınıflar bakımından) ibaresi ile davalının 9. sınıfta tescilli “*CEPMATİK*” markasının mukayesesinde Yargıtay, “*markaların baskın unsurları da gözetilmek suretiyle*” iltibas hususunun değerlendirilmesi gerektiğini ve davalı markasının zayıf marka olduğunu belirtmiştir. Yargıtay’a göre davacı başvurusunda yer alan tanınmış “*Türkiye İş Bankası*” ile “*İş*” şeklindeki ibarelerle davacı markasının, davalı markasından ayırt ediciliği sağlanmış bulunmaktadır. Karara göre davalı markasını taşıyan emtiayı almak isteyen tüketici kesiminin, yanılğı ile davalıya ait “*Türkiye İş Bankası İşcepmatik*” markasını taşıyan ürünleri alması söz konusu olamaz.<sup>31</sup>

### C. Ayırt Edicilik Gücünün Mal ve Hizmet Çeşidine Göre Yahut Zamanla Değişimi

Mal ve hizmet ile işaretin anlamına göre bir marka, bir mal/hizmet grubu için zayıf kabul edilirken, diğer mal/hizmet grubu için kuvvetli kabul edilebilecektir.<sup>32</sup> Örneğin “*Apple/elma*” ifadesi teknolojik ürünler için kuvvetli bir marka olarak kabul edilirken<sup>33</sup>, elma ile bağlantılı gıda ürünleri bakımından zayıf marka olarak kabul edilebilecektir.

Ayırt ediciliğin gücü zamanla değişebilir.<sup>34</sup> Kullanım yoluyla ayırt edici niteliği bulunmayan bir işaret ayırt edici vasfa sahip olabileceği veya ayırt ediciliği düşük bir işaret (zayıf marka) zamanla kuvvetli marka hâline gelebileceği gibi yine kullanım yoluyla kimi zaman kuvvetli markanın zayıf markaya dönüşmesi veya ayırt ediciliğini yitirmesi de mümkündür.<sup>35</sup>

Başlangıçta hiç ayırt ediciliği bulunmayan bir işaret, tescile konu ürün ve hizmetler bakımından sunulduğu piyasada tanınarak kendisini kabul ettirdiğinde ayırt edici vasfa sahip hâle gelmiş olur.<sup>36</sup> Zayıf bir markanın kuvvetli marka haline gelmesinde de benzer durum söz konusudur<sup>37</sup>. Bu süreçlerde

<sup>26</sup> Yar. 11. HD, E.2025/641, K.2025/5378, 16.09.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); Yar. 11. HD, E.2025/500, K.2025/5179, 09.09.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); Yar. 11. HD, E.2020/92, K.2020/3984, 12.10.2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

<sup>27</sup> Hamdi Yasaman, *Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları III* (Vedat Kitapçılık, 2008), 214 ve 441; Stim, *Patent, Copyright & Trademark: An Intellectual Property Desk Reference*, 370.

<sup>28</sup> Balık ve Bektaş, “Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu – McDonald’s Kararları Yönünden Bir İnceleme”, 4; Suluk, *Fikri Mülkiyet Haklarının Koruma Kuvveti*, 215.

<sup>29</sup> Avrupa Birliği Genel Mahkemesi, T-518/13, 05.07.2016, par. 95 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62013TJ0518>, erişim tarihi 21.01.2026).

<sup>30</sup> Yar. 11. HD, E.2025/641, K.2025/5378, 16.09.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); Yar. 11. HD, E.2025/500, K.2025/5179, 09.09.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

<sup>31</sup> Yar. 11. HD, E.2018/5860, K.2019/7003, 11.11.2019 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026)

<sup>32</sup> Memiş, “Örneklerle Zayıf Marka Kavramı”, 388.

<sup>33</sup> Tekinalp, Okutan Nilsson ve Şehirali Çelik, *Tekinalp Fikri Mülkiyet Hukuku*, 535.

<sup>34</sup> Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*, 65.

<sup>35</sup> Paul Torremans, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, (Oxford University Press, 2019), 418; Yasaman, Altay, Ayoğlu, Yusufoglu ve Yüksel, *Marka Hukuku: 556 sayılı KHK Şerhi*, 19.

<sup>36</sup> Beşir Fatih Doğan, “Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 24, no. 1 (2007): 222.

<sup>37</sup> Memiş, “Örneklerle Zayıf Marka Kavramı”, 389.

reklam faaliyetleri oldukça etkilidir.<sup>38</sup> Yargıtay da başlangıçta zayıf marka olarak kabul edilen bir işaretin, kullanımla “kuvvetli marka” haline gelebileceğini belirtmektedir.<sup>39</sup> Kullanımla ayırt ediciliğin kazanılmasında en önemli faktör “*kullanma süresi*”dir. Ancak bu sürenin ne kadar olması gerektiği dava konusu olaya göre değerlendirilecektir.<sup>40</sup>

Kuvvetli bir markanın zayıf marka hâline dönüşmesine örnek olarak, kuvvetli olan bir markanın üçüncü kişiler tarafından yoğun olarak kullanılmasına sessiz kalınması nedeniyle kuvvetli markanın zayıf marka hâline gelmesi gösterilebilir.<sup>41</sup> Hatta SMK’da “Marka sahibinin fiillerinin veya gerekli önlemleri almamasının sonucu olarak markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir ad hâline gelmesi” hâli, markanın iptal nedenlerinden biri olarak düzenlenmiştir (SMK m. 26/1-b). Bu duruma “*markanın jenerik haline gelmesi*” de denilmektedir.<sup>42</sup> Bu kapsamda marka zamanla bizzat ilgili ürünü tanımlamak için kullanılmaktadır.<sup>43</sup> Jenerik hâle geldiği için mahkeme kararıyla iptal edilen bir işaret artık serbest hale geleceği için herkes tarafından kullanılabilir.<sup>44</sup> Zayıf markaların yaygın ad hâline dönüşmesi, kuvvetli markalara nazaran daha kolaydır.<sup>45</sup>

#### D. Zayıf Marka ve Koruma Kapsamı

İşaretin ayırt edicilik gücü yeterli olmadığında karşımıza “iltibas<sup>46</sup>” veya “karıştırılma tehlikesi” kavramları çıkmakta olup bu durumda tüketicinin markaları yanılarak karıştırma ihtimali vardır.<sup>47</sup> SMK m. 6/1 gereğince “ilişkilendirme ihtimali” de karıştırma ihtimali kabul edilmelidir.

Alman Federal Patent Mahkemesine göre markalar arasında iltibas bulunup bulunmadığı; markaların sesli ifade edilişleri, görünüşleri ve anlamları karşılaştırılarak belirlenir.<sup>48</sup> Nitekim AB Genel Mahkemesi, önceki tarihli “*HAPPY HOURS*” markası ile yeni başvuruya esas “*HAPPY TIME*” şeklindeki ibarenin mukayesesinde, markalar arasında karıştırılma ihtimali bulunduğu hükmetmiştir. Mahkemeye göre önceki tarihli markaya ilişkin olarak ayırt edici niteliğin zayıflığının kabulü hâlinde dahi, tescile benzer esas ürün ve hizmetler için başvuru yapılmış olması; işaretlerin kavramsal olarak özdeş olması yahut en azından markalarda kullanılan ifadeler arasında genel manada güçlü kavramsal benzerliğin varlığı ile markalar arasındaki işitsel ve görsel benzerlik nazara alındığında, taraf markalarının karıştırılma ihtimalinin bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.<sup>49</sup> Yargıtay’a göre de markalar arasında iltibas iddiasının varlığı tartışılırken markaların sesli olarak zikredilme durumları, görsellikleri

<sup>38</sup> Doğan, “Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma”, 222.

<sup>39</sup> Yar. 11. HD, E.2023/6093, K.2024/7835, 06.11.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026)

<sup>40</sup> Tekinalp, Okutan Nilsson ve Şehiralı Çelik, *Tekinalp Fikri Mülkiyet Hukuku*, 534 ve 536.

<sup>41</sup> Memiş, “Örneklerle Zayıf Marka Kavramı”, 388; Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*, 65.

<sup>42</sup> Uğur Çolak, “Markanın Jenerik Hale Gelmesi Nedeniyle Hükümsüzlük Davası”, iç. *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012*. editör Tekin Memiş, (Yetkin Yayınları, 2013), 199.

<sup>43</sup> David Llewelyn ve Tanya Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights* (Sweet & Maxwell, 2019), 760.

<sup>44</sup> Arzu Oğuz, “Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali”, iç. *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı (19–22 Aralık 2020)*. editör Hasan Kadir Yılmaztekin ve Banu Fatma Günarslan, (Türkiye Adalet Akademisi, 2020), 214.

<sup>45</sup> Bozgeyik ve Karasu, “Marka Koruması ve Jenerik Marka Bağlamında Bazı Hukuki Değerlendirmeler”, 169.

<sup>46</sup> “İltibas: andırışma; Andırışma: Ortak yönleri bulunan iki şey arasındaki benzeşme,” Türk Dil Kurumu Sözlüğü (<https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

<sup>47</sup> Mehmet Emin Bilge, “Ticaret Unvanında Karıştırılma Tehlikesi”, iç. *Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler Uluslararası Sempozyumu (23–24 Haziran 2023, Balıkesir)*. editör Canan Küçükali, (Filiz Kitabevi, 2023), 147.

<sup>48</sup> Federal Patent Mahkemesi (BPatG), 30 W (pat) 66/07, 29 Ekim 2009 (<https://openjur.de>, erişim tarihi 22.01.2026).

<sup>49</sup> Avrupa Birliği Genel Mahkemesi, T-352/14, 15.07.2015 (<https://infocuria.curia.europa.eu/>, erişim tarihi 23.01.2026).

ve markalarda yer alan kelimelerin içerdiği anlamların benzer olup olmadığı nazara alınmalıdır.<sup>50</sup>

Markalar arasında karıştırılma ihtimalinin varlığı incelenirken mukayese konusu markaların zayıf veya kuvvetli olması önemli bir etkidir.<sup>51</sup> Yargıtay’a göre ayırt ediciliği düşük olan zayıf markalar ile ayırt ediciliği yüksek markaların koruma düzeyi aynı değildir. Zayıf marka olarak kabul edilen bir ibareyi tescil ettiren hak sahiplerinin, daha sonra başka kişilerin aynı işareti ayırt edici nitelikteki şekil veya eklerle tescil ettirebileceklerini öngörmeleri beklenir. Ayrıca zayıf marka sahiplerinin söz konusu sonraki tescillere katlanmaları da beklenecektir. Bu beklenti, marka hukuku kapsamında “*evrensel bir prensip*” olarak kabul edilmektedir.<sup>52</sup> *Bently v.d.* de ayırt edici niteliği zayıf markaların koruma alanının dar olması gerektiği hususunun pek çok yargı birimi tarafından kabul edilmeye devam ettiğini belirtmektedir.<sup>53</sup> Zayıf marka bakımından bir harfin eklenmesi veya değiştirilmesi şeklindeki küçük farklılıklarla dahi karıştırılma tehlikesi önlenabilir.<sup>54</sup>

### III. UYGULAMA ÖRNEKLERİ

Zayıf marka ve hukuki sonuçlarının değerlendirilmesinde uygulama örneklerinin incelenmesi gerekmektedir. Bu kısımda Yargıtay’ın zayıf markayı nasıl tanımladığı, hangi markaları zayıf marka olarak kabul ettiği ve iltibas hususunda zayıf markaların nasıl değerlendirildiği örnekler üzerinden açıklanacaktır. Uygulama örnekleri incelenirken ilk derece mahkemesi ve BAM kararlarının da açıklanması suretiyle, farklı yargı birimlerinin bakış açıları sunularak değerlendirme yapılacaktır.

#### A. Tanımlayıcı, Tanımlayıcılığa Yakın veya Tescil Sınıfı Bakımından Herkesin Kullanımına Açık İfadeler

Yargıtay’a göre markalar arasında iltibas değerlendirmesi yapılırken markalarda bulunan ve ilgili ürün ve hizmetler bakımından kimsenin tekeline alamayacağı nitelikteki tanımlayıcı ifadeler dikkate alınmaz. Ayrıca “*Tanımlayıcı olmamakla birlikte tanımlayıcılığa yakın ve tescil kapsamındaki mal ve hizmetler yönünden herkesin kullanımına açık olan*” ifadeler bakımından da koruma kapsamı sınırlı tutulmalı ve bu tür ibareler kimsenin tekeline bırakılmamalıdır. Bu noktada Yargıtay, “*tanımlayıcı veya tanımlayıcıya yakın ibareleri esas unsur olarak içeren markalar*”ı nitelik itibarıyla “zayıf marka” olarak kabul etmektedir. Bu tür markaların “*baştan itibaren ayırt edicilik gücü zayıf*” olup, bu markalarla iltibas oluşturma ihtimali bulunan diğer markalarda yapılacak küçük değişikliklerle farklılaşma sağlanabilecek ve iltibas durumu ortadan kaldırılabilir.<sup>55</sup>

Tanımlayıcı (tasviri) işaretler ile zayıf marka karıştırılmamalıdır.<sup>56</sup> Normalde tanımlayıcı işaretin tescili mümkün değilken zayıf marka tescil ettirilebilir.<sup>57</sup> Ancak zayıf markanın ayırt ediciliği de zayıflığı ölçüsünde sınırlı düzeyde olacaktır.<sup>58</sup>

Tanımlayıcı işaretin tescil edilemeyeceği hususu SMK’da açıkça belirtilmektedir. Buna göre “Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini

<sup>50</sup> Yar. 11. HD, E.2025/641, K.2025/5378, 16.09.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); Yar. 11. HD, E.2025/500, K.2025/5179, 09.09.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); Yar. 11. HD, E.2020/92, K.2020/3984, 12.10.2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

<sup>51</sup> Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 247.

<sup>52</sup> Yar. 11. HD, E.2021/4261, K.2022/8240, 23.11.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Yar. 11. HD, E.2024/2287, K.2025/990, 18.02.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Yar. HGK, E.2022/11-83, K.2023/670, 21.06.2023 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

<sup>53</sup> Lionel Bently, Brad Sherman, Dev Gangjee ve Philip Johnson, *Intellectual Property Law* (Oxford University Press, 2018), 1038.

<sup>54</sup> Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 248.

<sup>55</sup> Yar. 11. HD, E.2025/641, K.2025/5378, 16.09.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); Yar. 11. HD, E.2025/500, K.2025/5179, 09.09.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); Yar. 11. HD, E.2020/92, K.2020/3984, 12.10.2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

<sup>56</sup> Memiş, “Örneklerle Zayıf Marka Kavramı”, 392; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 248.

<sup>57</sup> Memiş, “Örneklerle Zayıf Marka Kavramı”, 392; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 248.

<sup>58</sup> Memiş, “Örneklerle Zayıf Marka Kavramı”, 392; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 248.

belirten işaret veya adlandırmalar...” marka olarak tescil edilemez (SMK m. 5/1-c). Yargıtay kararlarında ise tanımlayıcı işaretlerin zayıf marka olarak kabul edileceği belirtilmektedir. Bu noktada tanımlayıcı işaretlerin de istisnai olmak üzere marka olarak tescil edilebileceğini söylemek gerekir. Buna göre, tescile konu başvuru öncesinde tanımlayıcı bir işaret, kullanım nedeniyle (genelde yoğun reklam ve satışla) ilgili hizmet ve mallar bakımından ayırt edici niteliğe haiz hâle gelmişse, artık söz konusu işaret için SMK m. 5/1-c bir engel oluşturmaz<sup>59</sup>. Bu kapsamda kullanımla ayırt edici nitelik kazanan tanımlayıcı bir işaretin marka olarak tescili mümkün olabileceği gibi tanımlayıcı işaretlere bazı eklemeler yapılarak da tescil mümkün hâle gelebilir.<sup>60</sup> Kelimelerden oluşan markalarda tek başına tanımlayıcı nitelikte olan bir kelimeye başka bir kelime eklenerek yeni bir marka oluşturulabilmekteyse de bu tür durumlarda genel olarak ortaya zayıf markalar çıkacaktır.<sup>61</sup>

Emsal bir davada davacının başvurusuna esas “*Cevizli Bahçe Sipahiköy+şekil*” şeklindeki marka ile davalıya ait “*Ceviz Ağacı Bahçesi*” ile “*Ceviz Bahçesi*” markalarının mukayesesinde Yargıtay’a göre davalı markaları, “*başvuru markası kapsamında yer alan 29. sınıftaki “Ceviz ve kuru yemişler, fındık ve fıstık ezemeleri, tahin” malları yönünden doğrudan tanımlayıcı olmasa da tanımlayıcıya yakın ve herkesin kullanımına açık ibarelerdir*”. Yani davalı markaları zayıf marka statüsündedir. Davacı markası, davalı markalarından “*Sipahiköy*” ibaresinin yanı sıra ihtiva ettiği “*şekil*” ile de iltibas ortadan kaldıracak şekilde farklılaşmıştır.<sup>62</sup>

Başka bir dava kapsamında Yargıtay, davacıya ait “*UD DÖNERCİ ET İSKENDER, UD Köfte İskender, UD Izgara Köfte, UD Usta Köfte, UD Izgara Köfte, UD, Usta Dönerci, Usta Dönerci*” ibareleri ile davalıya ait “*UDI USTADAN DÖNER IZGARA KEBAP*” şeklindeki ibarelerin mukayesesinde; davacı markalarındaki “*UD*” esas unsurunun “*usta ve döner/döneri*” ibaresinin baş harflerinin birleştirilmesi ile, davalı markasındaki “*UDI*” ifadesinin ise “*Ustadan. Döner. Izgara*” kelimelerinin baş harflerinin birleştirilmesi suretiyle oluştuğunu taraflarca kullanılan kısaltmaların “*tek başına sahiplerine üstün hak sağlayacak niteliklerinin bulunmadığı*”nı içtihat etmiştir.<sup>63</sup> Kararda doğrudan zayıf marka ibaresi yer almasa da gerek “*UD*” gerekse “*UDI*” ifadeleri kanaatimizce zayıf markalardır. Zira döner ve ızgara kelimeleri tanımlayıcı ibarelerdir. Usta kelimesi ise tanımlayıcı ifadelerle yakın ve söz konusu restoran hizmetleri bakımından herkesçe rahatlıkla kullanılabilecek bir kelimedir. Bu kelimelerin kısaltılarak yazılmasında ise ayrıca bir özgünlük bulunmamaktadır.

Bir dava kapsamında davacının “*FIÇI*” ibareli markaları ile davalının başvurusuna esas “*JOX FIÇI*” ibaresinin mukayesesinde BAM, markalardaki ortak “*fiçi*” “*ibaresinin 30 sınıfta yer alan gıda ürünlerinin üretim tekniği ve saklama koşulları ile ilgili yaygın anlamı olan zayıf marka olduğu*” gerekçesine dayanarak davanın reddi yönünde hüküm kurmuştur. Ancak Yargıtay, söz konusu ibarenin anılan sınıftaki “*Kahve, kakao...*” ürünleri bakımından “*üretim tekniği ve saklama koşullarını gösteren ibare*” olmadığını, bu nedenle markalar arasında iltibas bulunduğunu gerekçe göstererek kararı bozmuştur.<sup>64</sup> Kanaatimizce de ortak “*fiçi*” ifadesi, alkol ve sirke gibi fiçıda fermente edilen ürünler bakımından tanımlayıcı kabul edilebilse de; 30. sınıftaki ürünler<sup>65</sup> esas alındığında anılan ifadenin

<sup>59</sup> Stim, Patent, Copyright & Trademark: An Intellectual Property Desk Reference, 368.

<sup>60</sup> Engin Erdil, *Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı* (Vedat Kitapçılık, 2021), 226.

<sup>61</sup> Annette Kur ve Thomas Dreier, *European Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials* (Edward Elgar Publishing, 2013), 175.

<sup>62</sup> Yar. 11. HD, E.2020/92, K.2020/3984, 12.10.2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026)

<sup>63</sup> Yar. 11. HD, E.2021/4269, K.2022/7939, 08.11.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026)

<sup>64</sup> Yar. 11. HD, E.2018/4201, K.2019/5948, 30.09.2019 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Bozma sonrasında BAM davanın kabulüne karar vermiş ve anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2020/1452, K.2021/672, 01.02.2021 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 10.01.2026).

<sup>65</sup> “*Jox Fiçi*” markasının Türk Patent nezdindeki kaydında yer alan 30. Sınıf: “*Kahve, kakao; kahve veya kakao esaslı içecekler, çikolata esaslı içecekler. Makarnalar, mantılar, eriştelere. Pastacılık ve fırıncılık mamulleri, tatlılar: Ekmek, simit, poğaç, pide, sandviç, katmer, börek, yaş pasta, baklava, kadayıf, şerbetli tatlılar, puding, muhallebi, kazandibi, sütlaç, keşkül. Bal, arı sütü, propolis. Yiyecekler için çeşni/lezzet vericiler, vanilya, baharatlar, domates sosları dahil olmak üzere soslar. Mayalar, kabartma tozları. Her türlü un, irmikler, nişastalar. Toz şeker, kesme şeker, pudra şekeri. Çaylar, buzlu çaylar. Şekerlemeler, çikolatalar, bisküviler, krakerler, gofretler. Sakızlar. Dondurmalar, yenilebilir buzlar. Tuz. Hububattan (tahıl) imal edilmiş çerezler,*

Türkiye piyasasında “*üretim tekniği ve saklama koşulları*” kapsamında tanımlayıcı olması söz konusu değildir.

Başka bir davada, davacıya ait “*mangal sefası*” markası ile davalının başvurusuna esas “*KIRIKKALE DORUK MANGAL SEFAM + Şekil*” şeklindeki ibarelerin mukayesesinde Yargıtay, davacı markasını “*tanımlayıcılığa yakın*” bir işaret olarak kabul edilmiştir. Karara göre anılan ibare, hizmetlerin tesciline esas 43. sınıf kapsamında “*ayırt edicilik düzeyi*” “*oldukça düşük bir ibare*”dir. Bu nedenle davalının başvurusuna esas ibarelerin ve şeklin tescil edilmesi mümkün değildir.<sup>66</sup> Davalı markasının tesciline esas 43. sınıfta “*Yiyecek ve içecek sağlanması hizmetleri. Geçici konaklama hizmetleri.*”<sup>67</sup> yer almaktadır. Anılan hizmetler bakımından “*mangal sefası*” ifadesinin tanımlayıcı olmasa da, kararda belirtilen tanımlayıcılığa yakın ifade olduğu hususunda kanaatimizce de tereddüt bulunmamaktadır.

Yine başka bir dava kapsamında davacıya ait “*Ziyafet Çiğköfte*” markası ile davalının başvurusuna esas “*Zerafet Çiğköfte*” ibarelerinin mukayesesinde ilk derece mahkemesi, davacı markasının tescilli olduğu “*yiyecek ve içecek sağlanması hizmetleri*” yönünden “*Çiğköfte*” ibaresinin tasviri bir ibare olması nedeniyle ayırt edici vasa sahip olmadığına kanaat getirmiştir. Karara göre davacı markasının ayırt edici unsuru olan “*Ziyafet*” ibaresi ise tescile esas sınıf bakımından “*zayıf marka*”dır. Fakat söz konusu zayıf marka davacının kullanımı ile sektörde bilinirlik kazanmıştır. Davalı markasındaki ayırt edici ibare ise “*Zerafet*” ibaresidir. Her iki ayırt edici ibare, söyleniş biçimi ve anlam olarak karıştırılmaya müsaittir. Bu gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiştir. Yargıtay ise “*zayıf marka*” hususunda bir değerlendirme yapmaksızın, taraf markaları arasında iltibas bulunmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.<sup>68</sup> İlk derece mahkemesi kararında “*ziyafet*” ibaresinin zayıf marka olduğunun, ancak kullanımla bilinirlik kazandığının belirtilmiş olması nedeniyle kanaatimizce ilk derece mahkemesi, zayıf markanın kullanımla kuvvetli marka hâline geldiğini kabul etmiş olmaktadır. Ancak Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) kayıtları incelendiğinde, inceleme tarihi itibarıyla “*ziyafet çiğköfte*” ibarelerini içeren 17 markanın, “*zerafet çiğköfte*” ibarelerini içeren 4 markanın bulunduğu anlaşılmaktadır.<sup>69</sup> Bu durum karşısında “*ziyafet çiğköfte*” ibaresinin kuvvetli bir marka hâline geldiği söylenemeyecektir. Dolayısıyla “*zayıf marka* sahibi davacının, küçük eklemeler ve değişikliklerle iltibas ortadan kaldıracak şekilde sonraki kullanımlara katlanması gerektiği” yönündeki içtihatlar nazara alındığında<sup>70</sup>, Yargıtay’ın markalar arasında iltibas bulunmadığı yönündeki kararı kanaatimizce isabetlidir.

Önüne gelen bir uyuşmazlıkta Yargıtay, davacıya ait olup 41. sınıftaki hizmetler kapsamında tescili yapılan ve esas unsuru “*KÜLTÜR*” olan markalarla “*ÖZEL ATA KUM KÜLTÜR OKULLARI+şekil*” ibaresinin mukayesesinde, BAM’ın davacı markasının “*tescili istenilen 41. sınıf hizmetler yönünden doğrudan tanımlayıcı bir niteliği bulunmamakla birlikte, ayırt edici gücünün zayıf olduğu*” gerekçesiyle zayıf marka olduğu ve markalar arasında iltibas bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yönündeki kararını bozmuştur. Yargıtay’a göre markalar arasında iltibas bulunmaktadır.<sup>71</sup> Kararda doğrudan yer almasa da BAM, ortak ibarenin sair Yargıtay kararlarında “*Tanımlayıcı olmamakla birlikte tanımlayıcılığa yakın ve tescil kapsamındaki mal ve hizmetler yönünden herkesin kullanımına açık*

patlamış mısır, yulaf ezemeleri, mısır cipsleri, kahvaltılık hububat ürünleri, işleminden geçirilmiş buğday, arpa, yulaf, çavdar, pirinç. Pekmez”. Türk Patent ve Marka Kurumu, (<https://www.turkpatent.gov.tr/>, erişim tarihi 13.02.2026).

<sup>66</sup> Yar. 11. HD, E.2019/5233, K.2019/7937, 26.12.2019 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 11.01.2026).

<sup>67</sup> Türk Patent ve Marka Kurumu (<https://www.turkpatent.gov.tr/>, erişim tarihi 26.02.2026).

<sup>68</sup> Yar. 11. HD, E.2017/4062, K.2019/1375, 20.02.2019 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Bozma sonrasında ilk derece mahkemesince davanın reddine karar verilmiş ve anılan karar onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2019/5318, K.2020/3063, 22.06.2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 11.01.2026); Ayrıca Yargıtay kararına yönelik karar düzeltme talebi de reddedilmiştir. Yar. 11. HD, E.2020/6282, K.2021/6780, 02.12.2021 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 11.01.2026).

<sup>69</sup> Türk Patent ve Marka Kurumu (<https://www.turkpatent.gov.tr/>, erişim tarihi 13.02.2026).

<sup>70</sup> Bkz. 52. Dipnot.

<sup>71</sup> Yar. 11. HD, E.2019/1895, K.2020/123, 08.01.2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Bozma sonrasında BAM davayı kabul etmiş ve anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2020/7693, K.2022/1081, 14.02.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

olan<sup>72</sup>” şeklinde ifadelerden olduğunu kabul etmektedir. Söz konusu ibarenin, özellikle davalı markasının eğitim alanı ile ilgili olduğu nazara alındığında, “*tanımlayıcılığa yakın*” bir ibare olduğu kanaatindeyiz. Ancak burada başlangıçta zayıf marka olan “*Kültür*” ibaresinin kullanımla kuvvetli marka hâline geldiği ileri sürülebilir.<sup>73</sup> Nitekim kanaatimizce anılan Yargıtay kararında yer alan “markalar arasında iltibas bulunduğu kabulü” yönündeki değerlendirmeler mealen bu anlama gelmektedir.

Bazı Yargıtay kararlarda ilgili mal ve hizmet bakımından yönlendirici nitelikteki kelimeler anlamında “*kılavuz sözcük*” ifadesinden bahsedilmektedir. Bu sözcükler de zayıf marka kapsamında yer alır. Emsal bir dava kapsamında ilk derece mahkemesi, davacıya (karşı davalı) ait “*MASKOT*” markası ile davalının (karşı davacı) ticaret ünvanında “*MASKOT ATÖLYESİ*” ve alan adında “*www.maskotatolyesi.com*” şeklinde yer alan ibarelerin mukayesesinde, “zayıf marka niteliğindeki “*MASKOT*” ifadesinin başka ibarelerle ve eklemelerle ayırt edici vasfa sahip olabileceği, davalı kullanımının mevcut hâliyle ayırt edici olduğu” şeklindeki gerekçesiyle asıl ve karşı davanın reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay’a göre davacının markasında ve ticaret ünvanında “*kılavuz sözcük*” olan “*MASKOT*” kelimesi, davalı tarafça da alan adı ve ticaret unvanı olarak kullanılmıştır. Davalı kullanımındaki “*ATÖLYE*” ifadesi faaliyet türüne ilişkin bir ibare olup TTK m. 43 uyarınca ayırt edici nitelikte değildir. Yargıtay anılan gerekçelerle kararı bozmuştur.<sup>74</sup>

## B. Günlük Dilde Yaygın Kullanılan İfadelerden ve Renk Adlarından Oluşan Markalar

“Zayıf Marka Türleri” başlığı altında günlük dilde sık kullanılan ibarelerin<sup>75</sup> zayıf marka olarak kabul edildiğini belirtmiştik. Bu kapsamdaki bir davada, davacıya ait “*hemen hemen al kolay al, hemen sat kolay sat*” markası ile davalının başvurusuna esas “*hemenoto hemen al, taksitle öde*” ibarelerinin mukayesesinde BAM, markalardaki ortak ibarenin “*herkesin kullanabileceği türden, tüketicilerin her sektörde maruz kaldıkları, orijinal olmayan, ayırım gücü zayıf, basit bir ibare olduğu*” gerekçesiyle, ilk derece mahkemesinin davanın reddi yönündeki kararına karşı yapılan istinaf başvurusunu esastan reddetmiştir.<sup>76</sup> Ancak temyiz aşamasında Yargıtay, “zayıf marka” hususunda hiçbir değerlendirme yapmaksızın, markalar arasında karıştırılma ihtimali bulunduğunu belirterek BAM kararını kaldırmıştır.<sup>77</sup>

Kanaatimizce, gerekçesiz Yargıtay kararı isabetli değildir. Zira “hemen” gibi günlük hayatta her alanda ve her an kullanıma ihtimali bulunan, oldukça sıradan bir ibareyi esas unsur olarak içeren davacı markasının zayıf marka olarak kabulü yönündeki ilk derece mahkemesi ve BAM kararı isabetlidir. Bu kararlar karşısında Yargıtay’ın, önceki yüzlerce kararında karşılık bulan “zayıf marka” iddiasını tartışmaksızın, yalnızca markalar arasında iltibas bulunduğunu ileri sürerek BAM kararını kaldırması doğru olmamıştır.

Başka bir davada ilk derece mahkemesi, davacının “*SEÇ*” markasına dayanarak davalının “*SEÇALR*” markası aleyhine açtığı hükümsüzlük davasında; bir emir kipi olarak kullanılan “*Seç*” ibaresinin kullanılmasıyla oluşturulan markanın zayıf marka olduğu, bu tür markalar bakımından küçük değişikliklerle iltibasın engellenebileceği ve bu kapsamda markalar arasında iltibas bulunmadığı

<sup>72</sup> Bkz. 26. Dipnot.

<sup>73</sup> Zayıf markanın zamanla kuvvetli marka haline gelebileceği hususunda Bkz. “Ayırt Edicilik Gücünün Mal ve Hizmet Çeşidine Göre Yahut Zamanla Değişimi” başlıklı bölüm.

<sup>74</sup> Yar. 11. HD, E.2012/10875, K.2013/9979, 15.05.2013 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); Bozma sonrasında ilk derece mahkemesi kararında direnmiştir. HGK, özel daire kararındaki gerekçelerle benzer gerekçesiyle direnme kararını bozmuştur. Yar. HGK, E.2017/11-119, K.2019/187, 21.02.2019 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); Bozma sonrasında ilk derece mahkemesince asıl dava kabulü ve karşı davanın reddine dair hüküm kurulmuş ve anılan hüküm Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2020/7384, K.2022/1139, 15.02.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 12.01.2026).

<sup>75</sup> Bkz. 13. Dipnot.

<sup>76</sup> Ankara BAM 20. HD, E.2022/691, K.2024/872, 24.05.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 21.01.2026).

<sup>77</sup> Yar. 11. HD, E.2024/5369, K.2025/3313, 13.05.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 21.12.2025)  
Not: Karara karşı muhalefet şerhi bulunsa da anılan şerhte de herhangi bir gerekçe yer almamaktadır.

gerekçesiyle davayı reddetmiştir.<sup>78</sup> İstinaf aşamasında BAM, markalar arasında iltibas bulunduğu kabulüne dayalı olarak ilk derece mahkemesi kararını kaldırmışsa da Yargıtay, “*davalı markasında bulunan "ALR" ibaresinin markayı davacı markalarından farklılaştırdığı*”nı kabul ederek BAM’ın kaldırma kararını bozmuştur.<sup>79</sup> Kanaatimizce de söz konusu emir kipi zayıf markadır. Zira markanın orijinal bir yönü bulunmamakta olup, TÜRKPATENT kayıtlarında sorgu tarihi itibarıyla sadece “seç” ibaresinden oluşan farklı sınıflarda 52 markanın bulunduğu anlaşılmaktadır.<sup>80</sup> Sonuç olarak, ilk derece mahkemesi ve Yargıtay kararları isabetlidir.

Yine konu kapsamındaki bir başka davada, davacıya ait birden çok “MİS” asli unsurlu markalarla davalının başvurusuna esas “*TORKU MİSO*” ibaresinin mukayesesinde ilk derece mahkemesi, tescile konu sınıflar bakımından (29. ve 30. sınıflar) her iki taraf markasındaki ortak “MİS” ifadesini zayıf marka kabul etmiştir. Mahkemeye göre taraf markaları arasında iltibas yoktur. Ancak temyiz aşamasında Yargıtay, ilk derece mahkemesinin “zayıf marka” tespitine yönelik bir değerlendirme yapmaksızın, markalar arasında iltibas bulunduğu hükmetmiştir.<sup>81</sup> Her ne kadar ilk derece mahkemesi karar içeriğinde söz konusu ortak ibarenin neden zayıf marka olduğu hususu belirtilmemişse de kanaatimizce “mis” ortak ibaresi günlük dilde sıklıkla kullanılan ve tek bir kişinin kullanımına bırakılmayacak ifadelerdendir. Bu kapsamda ilk derece mahkemesinin davanın reddi yönündeki kararı doğru olup, Yargıtay kararı isabetli değildir.

Yargıtay’a göre tek başına renk adlarının marka olarak tescili mümkün değildir. Renk adlarının başka unsurlarla birlikte marka olarak tescili mümkün olmakla birlikte, bu durumda da ilgili renk adı zayıf marka olarak kabul edilmelidir.<sup>82</sup> Nitekim dava konusu bir olayda davacı şirket tarafından “RED Z” markasının tescili için yapılan başvuruya, davalı *Vodafone Telekomünikasyon Anonim Şirketi* tarafından tescilli “RED” kök ibareli seri markalarına dayanılarak itiraz edilmiştir. Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu’nun (YİDK) davalının itirazını kabul ederek başvuruyu reddetmesi üzerine, anılan kararın iptali için davacı şirketçe dava açılmıştır. Bu davada ilk derece mahkemesi, aldırıldığı bilirkişi raporu doğrultusunda davanın reddine karar vermiştir. Karara yönelik istinaf istemi BAM tarafından esastan reddedilmiştir. BAM kararına göre taraf markalarının esas unsuru olan “RED” ibaresi, İngilizce kökenli ve Türkçe karşılığı “kırmızı” olan bir kelimedir. Anılan ifade normalde ayırt ediciliği düşükken, davacı tarafından telekomünikasyon sektöründe yoğun olarak kullanılmak suretiyle ayırt edici hâle gelmiştir. Davacının başvurusuna ayırt ediciliği düşük nitelikteki “Z” harfinin eklenmesi iltibas engellememiştir. Anılan BAM kararı Yargıtay tarafından onanmıştır.<sup>83</sup>

Benzer bir davada Yargıtay, benzer gerekçelerle “Red Pine” şeklindeki marka bakımından “Pine” ibaresinin eklenmesi ile “RED” markası ile iltibas tehlikesinin ortadan kaldırıldığı yönündeki BAM kararını bozmuştur.<sup>84</sup>

Kanaatimizce de renk adları, tüm ürün ve hizmetler bakımından herkesçe kullanılabilecek ifadelerden olduğundan zayıf marka olarak değerlendirilmelidir.

<sup>78</sup> Ankara 2. Fikri ve Smaî Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2020/87, K.2021/144, 14.04.2021 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

<sup>79</sup> Yar. 11. HD, E.2024/1442, K.2024/9373, 24.12.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

<sup>80</sup> <https://www.turkpatent.gov.tr/> (14.02.2026).

<sup>81</sup> Yar. 11. HD, E.2015/2620, K.2015/8073, 10.06.2015 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Nitekim bozma sonrası ilk derece mahkemesi davanın kabulüne karar vermiş ve bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2016/872, K.2017/3466, 07.06.2017 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 12.01.2026); Ayrıca onama kararına yönelik karar düzeltme talebi de reddedilmiştir. Yar. 11. HD, E.2017/4316, K.2019/3406, 06.05.2019 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 12.01.2026).

<sup>82</sup> Yargıtay 11. HD, E.2017/2151, K. 2019/3, 02/01/2019: “*Dairemizin yerleşik uygulamalarına göre, kural olarak tabiatla sınırlı sayıda bulunan soyut renklerin veya renk adlarının tek başına marka olarak tescilleri mümkün değildir. Bununla birlikte, renk adlarının başka unsurlarla birlikte marka olarak tescil edilmeleri ise mümkündür. Bu gibi durumlarda ise markalarda yer alan renk adları yönünden markaların ayırt edicilik özelliklerinin düşük olduğu kabul edilmelidir.*” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026)

<sup>83</sup> Yar. 11. HD, E.2024/1456, K.2024/9485, 26.12.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

<sup>84</sup> Yar. 11. HD, E.2024/4253, K.2025/2741, 22.04.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

### C. Coğrafi Bölgeleri Tanımlayan İşaretler

Coğrafi bölgeler, örneğin semt isimleri, “zayıf marka” niteliğindedir.<sup>85</sup> Emsal bir dava kapsamında Yargıtay, taraf markalarında bulunan “İST”, “İSTANBUL” ve “SANCAKTEPE” ifadelerinin ayırt edici vasıfta olmadığını belirtmektedir.<sup>86</sup>

Bir başka davada “BALKAN LOKANTASI” ibaresi ilk derece mahkemesince zayıf marka olarak kabul edilmiş ve söz konusu ibarenin davalıya ait “ŞAR BALKAN LOKANTASI” markası ile iltibas oluşturmayaacağı sonucuna varılmıştır.<sup>87</sup> BAM tarafından ilk derece mahkemesi kararına yönelik istinaf isteminin reddine karar verilmiştir.<sup>88</sup> BAM kararı Yargıtay tarafından usuli sair gerekçelerle bozulmuş olup ilk derece mahkemesinin markanın zayıf marka olarak kabulü yönündeki tespitleri bozma nedeni yapılmamıştır.<sup>89</sup>

Öte yandan aynı davacıların, bir süre yanlarında çalıştıktan sonra ayrılarak “BALKANLAR LOKANTASI” ibaresini kullanan davalı aleyhine açtıkları bir başka davada ilk derece mahkemesi; davacıların markasının zayıf marka olduğunu, birebir kullanım bulunmadığını, ayrıca davacıların kullanımdan haberdar olmalarına rağmen uzun süre sessiz kalmaları nedeniyle hak kaybının söz konusu olduğunu gerekçe göstererek davanın reddine karar vermiştir.<sup>90</sup> Temyiz aşamasında Yargıtay, davalının bir süre davacılar yanında çalıştıktan sonra ayrılarak “BALKANLAR LOKANTASI” ibarelerini kullandığını, daha sonra bu ibareyi tescil ettirdiğini; ancak fiilen “BALKAN LOKANTASI” ibaresini marka olarak kullandığını, davalı eyleminin TMK m. 2’de yazılı dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğunu, bu durumda sessiz kalma nedeniyle hak kaybının söz konusu olmayacağını ve neticeten davalı eyleminin tecavüz oluşturduğunu belirterek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.<sup>91</sup>

Kanaatimizce burada Yargıtay’ın esasen ilk marka sahibinin yanında çalışan kişinin benzer markayı kullanımını dürüstlük kuralına aykırı bulması söz konusudur. Yargıtay’ın, coğrafi bölgeyi tanımlayan ibarenin zayıf marka olmayacağı yönünde bir değerlendirmesi bulunmamaktadır.

Yine başka bir dava kapsamında davacıya ait “BEM BOĞAZIÇI + Şekil” şeklindeki markaya dayanılarak, davacının eski çalışanı olan davalının “B.U.M BOĞAZIÇI ULAŞ ve BOĞAZIÇI ULAŞ” şeklindeki markalarına yönelik olarak açılan hükümsüzlük davasında ilk derece mahkemesi; davalının eski çalışan olması nedeniyle doğrudan kötü niyetin varlığının kabul edilemeyeceği, markalardaki ortak ibare olan “Boğaziçi” kelimesinin zayıf marka olduğu ve markalar arasında iltibas bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Ancak karar, Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesinin “zayıf marka” hususundaki değerlendirmesine yönelik bir açıklama yapılmaksızın markalar arasında iltibas bulunduğu gerekçesiyle bozulmuştur.<sup>92</sup>

Burada da çalışan tarafından markanın kullanılmasının etkili olduğu kanaatindeyiz. Zira önceki marka sahibinin müşteri çevresi çalışanı tanımaktadır. Bu durum çalışanın kullanacağı “sonraki marka”nın davacının müşteri çevresini yanıltma ihtimalini artırmaktadır. İyi niyetli bir çalışan, önceki işvereni ile aynı alanda faaliyet gösterecek bir işletme kurmak istediğinde, mümkün olduğunca önceki

<sup>85</sup> Yasaman, *Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütealaalar, Bilirkişi Raporları III*, 214 ve 441; Stim, *Patent, Copyright & Trademark: An Intellectual Property Desk Reference*, 370.

<sup>86</sup> Yar. 11. HD, E.2023/6093, K.2024/7835, 06.11.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

<sup>87</sup> İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2018/82, K.2020/107, 13.02.2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

<sup>88</sup> İstanbul BAM 44. HD, E.2020/2239, K.2023/1669, 21.12.2023 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 03.01.2026).

<sup>89</sup> Yar. 11. HD, E.2024/1023, K.2024/9008, 12.12.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

<sup>90</sup> İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2012/84, K.2020/108, 13.02.2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Davacının ilk derece mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusu da esastan reddedilmiştir. İstanbul BAM 16. HD, E.2020/1539, K.2022/1512, 22.09.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

<sup>91</sup> Yar. 11. HD, E.2022/6764, K.2024/2755, 03.04.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

<sup>92</sup> Yar. 11. HD, E.2016/7668, K.2018/1680, 05.03.2018 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); Ayrıca Yargıtay kararına yönelik karar düzeltme istemi de reddedilmiştir. Yar. 11. HD, E.2018/3066, K.2019/7899, 05/12/2019 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 12.01.2026).

markadan uzaklaşacak bir işareti tercih etmelidir. Aksi durum TMK m. 2 ile bağdaşmayacaktır.

#### D. Yabancı Kelimelerden Oluşan Markalar

Genel olarak anlamı olmayan ibarelerin ayırt ediciliğinin yüksek kabul edilmesinde olduğu gibi, halk tarafından anlamı bilinmeyen yabancı kelimelerin de ayırt ediciliğinin yüksek olduğu kabul edilebilir. Ancak bu tür kelimelerin anlamı halk tarafından büyük oranda bilindiğinde ayırt edici güçleri de azalacaktır.<sup>93</sup>

Yargıtay bir kararında, ayırt edici unsuru “GO” ibaresi olan davacı markaları ile davalıya ait başvuruya esas “GO4UNLIMITED” ibaresinin mukayesesinde, “Türkçe’de gitmek anlamına gelen GO ibaresinin zayıf bir marka olduğu”nu belirtmektedir.<sup>94</sup> Yine Yargıtay başka bir kararında, davacının “GO-LOGISTIC global operations local solutions go+şekil” ve “GO AC.ÖZDEMİR COMPANY+şekil” markalarına dayanarak davalının “GO’ENO euro DIESEL motorin” şeklindeki markasına yönelik açtığı davada da benzer şekilde “GO” şeklindeki esas unsurun zayıf marka olduğunu kabul ederek BAM’ın davanın kısmen kabulü yönündeki hükmünü bozmuştur.<sup>95</sup>

Başka bir dava kapsamında Yargıtay, davacıya ait “MENTOR just for men” ve “MENTOR” şeklindeki markalarla davalıya ait “BRAND MENTOR” ibaresi arasındaki iltibas değerlendirmesi bakımından, markaların ortak unsuru olan ve İngilizce’de “danışman, akıl hocası” manasında kullanılan “mentor” kelimesi ile oluşturulan markanın zayıf marka olduğunu belirtmektedir. Yargıtay’a göre zayıf marka sahiplerinin, markalarının daha sonra başkaları tarafından ayırt edicilik sağlayacak şekil ve ekler ilave edilmek suretiyle kullanılabileceğini öngörmeleri gerekir. Yine karara göre bu şekildeki kullanımlara zayıf marka sahiplerinin katlanması gerekmektedir.<sup>96</sup>

Her ne kadar yukarıda aktarılan karar içeriklerinde doğrudan yer verilmemişse de “GO” ibaresi “gitmek”, “MENTOR” ibaresi “danışman, akıl hocası” anlamlarında Türkiye’de yaygın olarak bilinmekte olan yabancı kelimeler olduğundan kanaatimizce Yargıtay kararları isabetlidir.

Davacıya ait “PREMIUM” markası ile dava konusu olup davalı başvurusuna esas “RAT-KA PREMIUM” ibaresinin mukayesesi bağlamında BAM, “ödül, ikramiye ve seçkin gibi anlamlara gelen” “PREMIUM” ifadesinin 5. sınıftaki mallar bakımından “tanımlayıcı ve vasıf bildirici mahiyette olduğu” kanaatindedir. Bu kapsamda BAM tarafından davalının anılan ifadeye “RAT-KA” ibaresini eklemesi yeterli görülerek davanın reddine karar verilmiştir. Ancak Yargıtay’a göre “PREMIUM” ibaresinin, “ürünün emsallerine göre daha nitelikli ve özellikli olduğuna işaret etme anlamı dışında anlamları da” bulunmakta olup, tescil sınıfı bağlamında tüketici kesimi bilinçli olsa dahi Türkçe anlamının önemli bir kısım tüketiciler tarafından bilinmesi söz konusu değildir. Ayrıca anılan ibarenin tescile esas sınıftaki ürünler için doğrudan doğruya tanımlayıcı bir ibare olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Yargıtay’a göre sonuç olarak markalar arasında iltibas vardır.<sup>97</sup>

Yargıtay kararında, anlaşıldığı üzere “PREMIUM” ifadesinin zayıf marka olduğu kabul edilmemektedir. Burada tüketici kesiminin önemli bir kesiminin kelimenin anlamını bilmediği ileri sürülmüştür. Ancak bu kriter herhangi bir somut veriye dayanmamaktadır. Kanaatimizce bu tür durumlar için daha ölçülebilir kriterler benimsenebilir. Bu kapsamda, özellikle sektör bazlı anketlerden yararlanılabilir. Yine, mukayeseye konu markalara ilişkin hem dava bazlı hem de TÜRKPATENT nezdindeki tescil süreçleri bazlı istatistikler de nazara alınabilir.

<sup>93</sup> Balık ve Bektaş, “Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu – McDonald’s Kararları Yönünden Bir İnceleme”, 7; Tanınmış markalar bölümünde aktarıldığı üzere Yargıtay “mc chicken”, “mc muffin” vb. markalarda yer alan ve “İngilizce’de “-oğlu, Zade...” gibi anlamları bulunan “Mc” şeklindeki ibarenin Türkiye’de de bilindiğini gerekçe göstererek ayırt ediciliğinin zayıf olduğuna hükmetmiştir (Bkz. 114. Dipnot).

<sup>94</sup> Yar. 11. HD, E.2022/2936, K.2023/7150, 07.12.2023 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

<sup>95</sup> Yar. 11. HD, E.2021/4261, K.2022/8240, 23.11.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Daha sonra BAM tarafından bozmaya uyularak dava reddedilmiş ve anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E. 2023/4758, K.2024/208, 13.03.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 07.01.2026).

<sup>96</sup> Yar. 11. HD, E.2024/2287, K.2025/990, 18.02.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

<sup>97</sup> Yar. 11. HD, E.2019/1893, K.2020/72, 06/01/2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

Başka bir davada davacıya ait “XL” markaları ve davalıya ait “POWER XL” ile “SÜPER XL” şeklindeki markaların mukayesesinde ilk derece mahkemesi, taraf markaları bakımından esas unsur olan “XL” ibaresinin zayıf marka olduğunu, davalı markalarına eklenen ibarelerle ayırt ediciliğin sağlandığını değerlendirmiştir. Yargıtay ise davacı adına kayıtlı olup davalı tarafça kullanılan “XL” şeklindeki esas ve asıl unsurun “*ingilizce ekstra large anlamında olup büyüklük ifade eden bir kelime*” olduğunu, bu ibarenin gıda ürünleri bakımından doğrudan tanımlayıcı vasıfta olmadığını belirtmiş ve ilk derece mahkemesinin “zayıf marka” hususundaki tespitine ilişkin bir açıklama yapmaksızın davacı markasına tecavüz edildiğine hükmetmiştir.<sup>98</sup>

Dolayısıyla Yargıtay’a göre bir yabancı kelimenin anlamının biliniyor olması, doğrudan onun zayıf marka sayılması için yeterli değildir. Kullanıldığı sınıf da önemlidir. Ancak kanaatimizce “XL” ibaresi gibi ibareler bakımından bu yaklaşım doğru değildir. Zira “XL” şeklindeki ibare herkes tarafından günlük yaşantıda kullanılan bir ibaredir. Bu tür ibareler ayırt ediciliği düşük ibareler olarak kabul edilmektedir.<sup>99</sup> Ürün grubunun bir önemi yoktur. Zira büyüklük belirten söz konusu ibare tüm ürün sınıfları bakımından kullanılabilecek nitelikte bir ibaredir.

Bir dava kapsamında davacıya ait markalarda “MAKRO” ve “MACRO” şeklinde esas unsur olarak yer alan ifadelerle, davalının başvurusu kapsamındaki “MAKRO TEKNİK FLEX + ŞEKİL” şeklindeki markanın mukayesesinde ilk derece mahkemesi; “makro” kelimesinin Türkiye’de “*büyük, geniş ve uzun*” anlamına geldiği ve zayıf marka olduğu, zayıf markalara yapılacak küçük eklemelerle iltibas tehlikesinin ortadan kaldırılabilceği, nitekim davalının da bu ayırt ediciliği sağlamış bulunduğu gerekçesiyle davayı reddetmiş; yapılan istinaf başvurusu da esastan reddedilmiştir. Ancak Yargıtay, ilk derece mahkemesi kararını markalar arasında iltibas bulunduğu gerekçesiyle bozmuş; “makro” ifadesinin zayıf marka olarak kabulü yönündeki tespitlerini benimsememiştir.<sup>100</sup>

Kanaatimizce bir önceki karar bağlamında “XL” ibaresi için yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Tıpkı “XL” ibaresi gibi “MAKRO” ibaresi de Türk insanı tarafından anlamı bilinen ve günlük yaşantıda sıklıkla kullanılan bir ibare olup, zayıf marka kabul edilmelidir.

İlk derece mahkemesinde, davacının mesned “Global” markasına dayanarak davalının “Global Vizyon Yurt Dışı Eğitim” markasına yönelik açtığı dava kapsamında mahkeme, “Global” “*ibaresinin yurt dışı eğitim hizmetleri alanında zayıf marka olduğu, bu nedenle bu işaretin taraflardan birinin tekeline bırakılabilmesinin mümkün olmadığı*” şeklindeki gerekçe ile davanın reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay, davalı markasında “Global” ibaresinin asli unsur niteliğinde olduğunu, bu kapsamda markalar arasında iltibas tehlikesi bulunduğunu gerekçe göstererek hükmü bozmuştur.<sup>101</sup>

Yukarıda zayıf marka söz konusu olduğunda, ek ibarelerle iltibas tehlikesinin savuşturulabileceğinin kabul edildiğini belirtmiştik.<sup>102</sup> Burada da “Global” ibaresi zayıf marka olarak kabul edilebilir. Ancak davalı markası bir bütün olarak ele alındığında, “Yurt Dışı Eğitim” ibaresinin verilecek hizmetin türünü tanımlaması nedeniyle ayırt edici olmadığı kanaatindeyiz. “Vizyon” ibaresi ise davalı markanın ikinci kelimesi konumundadır. Yargıtay’ın tüketicilerin markalar bakımından çoğunlukla markanın ilk kısmına dikkat ettikleri yönündeki içtihadı<sup>103</sup> nazara alındığında, her ne kadar “Global” ibaresinin ayırt ediciliği zayıf nitelikte kabul edilse dahi, söz konusu ibare markanın bütününde asli unsur durumundadır. Bu nedenle kanaatimizce de taraf markaları arasında iltibas tehlikesi mevcuttur. Sonuç olarak karar isabetlidir.

Başka bir davada davacı şirkete ait “LE” markası ile davalının başvurusuna esas “LE WHİF”

<sup>98</sup> Yar. 11. HD, E.2015/13459, K.2017/1378, 08.03.2017 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

<sup>99</sup> Balık ve Bektaş, “Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu – McDonald’s Kararları Yönünden Bir İnceleme”, 8.

<sup>100</sup> Yar. 11. HD, E.2020/177, K.2020/4420, 26.10.2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Nitekim bozma sonrasında ilk derece mahkemesinde dava kabul edilmiş ve söz konusu karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2024/3972, K.2024/6234, 11.09.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 07.01.2026).

<sup>101</sup> Yar. 11. HD, E.2014/15645, K.2015/1053, 02.02.2015 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

<sup>102</sup> Bkz. 52. ve 54. Dipnotlar.

<sup>103</sup> Yar. 11. HD, E.2024/1788, K.2025/450, 03.02.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 21.01.2026).

şeklindeki ibarenin kıyaslanmasında BAM, “LE” şeklindeki ibarenin tescile konu mal ve hizmetler bakımından tanımlayıcı olmamasının yanı sıra Türkçe’de anlamı olan bir ifade olmaması nedeniyle ayırt edici gücünün zayıf olduğunu değerlendirerek davanın reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay kararı kaldırmıştır. Kaldırma gerekçesinde, Dairenin yerleşik içtihatları çerçevesinde Türkçe’de anlam karşılığı bulunmayan ve tescile konu mal ve hizmet kapsamında ürün, kalite gibi tanımlayıcı anlam ihtiva etmeyen ibareler için yüksek ayırt ediciliğin var olduğunun kabul edildiği belirtilmektedir. Dolayısıyla anlamı olmayan ifadelerin ayırt ediciliğinin zayıf olması söz konusu değildir.<sup>104</sup> Bu bölümün başında da vurgulandığı üzere genel itibarıyla anlamı bulunmayan veya Türkçe karşılığı bilinmeyen kelimelerin ayırt ediciliğinin yüksek olduğu kabul edilmektedir.<sup>105</sup> Bu noktada gerek doktrin gerekse Yargıtay’ın genel uygulamasıyla uyumlu olan karar, kanaatimizce de isabetlidir.

Anlamı bulunmayan kelimelerin ayırt ediciliğinin yüksek kabul edilmesi hususunda emsal bir davada Alman Federal Patent Mahkemesi, “MediVerm” şeklindeki markanın tesciline, daha önceden tescil edilmiş olan “medi-Verband” ve “medi I feel better” markaları dayanak gösterilerek yapılan itirazı reddetmiştir. Karar gerekçesinde, gerek “Medizin / medizinisch (tıp / tıbbi)” kelimelerinden üretilmiş olan ve sağlık sektöründe sıklıkla kullanılan taraf markalarındaki “Medi” ibaresinin gerekse birleşme anlamına karşılık gelen “Verband” ibaresinin ayırt edici niteliği niteliğinin zayıf olduğu belirtilmiştir. Mahkeme tarafından, itiraza konu markada “Medi” ortak ibaresine eklenen ve anlamı bulunmayan farazi “Verm” ibaresiyle ayırt ediciliğin sağlanmış olduğu kabul edilmektedir.<sup>106</sup>

### E. Tanınmış Markalar

Doktrinde markalar, ayırt ediciliklerinin etkili olduğu alan bakımından tanınmış marka ve alelade marka olarak da tasnif edilir.<sup>107</sup> Tanınmışlık ayırt ediciliği arttıracığından, tanınmış markalar kuvvetli marka sayılacak olup bu markalar bakımından koruma kapsamı daha geniş olacak ve bu çerçevede tanınmış markalar, aynı yahut benzer olmayan, yani farklı sınıflardaki ürün ve hizmetler bakımından da koruma sağlayacaktır.<sup>108</sup> Zira tanınmış marka, tescil alanı dışındaki ürün ve hizmetlerde başkaları tarafından kullanıldığında, tanınmış markanın genel olarak sahip olduğu etkileyici-çekici yönünden haksız istifade edilmiş olunmaktadır.<sup>109</sup> Burada koruma kapsamını genişleten unsur, markanın özgün olması değil, markanın sınırlı tüketici kesimini aşan oldukça geniş bir kapsamda tanınmışlığa sahip olmasıdır.<sup>110</sup> Tanınmış markalar, tüketiciler nezdinde “bir kalite sembolü ve reklam aracı haline gelmiş markalardır”.<sup>111</sup> ABAD’a göre bir markanın tanınmışlığı ve ayırt edici kuvveti ne kadar fazla ise o

<sup>104</sup> Yar. 11. HD, E.2019/4599, K.2020/2688, 08/06/2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Yargıtay bozması sonrasında BAM tarafından dava kısmen kabul edilmiş ve anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2023/5769, K.2024/3111, 22.04.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 08.01.2026).

<sup>105</sup> Balık ve Bektaş, “Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurlarının Durumu – McDonald’s Kararları Yönünden Bir İnceleme”, 7.

<sup>106</sup> Federal Patent Mahkemesi (BPatG), 30 W (pat) 66/07, 29 Ekim 2009 (<https://openjur.de>, erişim tarihi 22.01.2026).

<sup>107</sup> Sefer Oğuz, “Marka Hakkına Tecavüz Halleri”, iç. *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı (19–22 Aralık 2020)*. editör Hasan Kadir Yılmaztekin ve Banu Fatma Günarslan, (Türkiye Adalet Akademisi, 2020), 245.

<sup>108</sup> Balık ve Bektaş, “Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurlarının Durumu – McDonald’s Kararları Yönünden Bir İnceleme”, 4; Nazmi Ocak, “Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı”, iç. *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*. yayına hazırlayanlar Selçuk Veziroğlu, Özlem Erişgin, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998), 276; Oğuz, “Marka Hakkına Tecavüz Halleri”, 245; Yasaman, Altay, Ayoğlu, Yusufoglu ve Yüksel, *Marka Hukuku: 556 sayılı KHK Şerhi*, 183.

<sup>109</sup> Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*, 65; Hanife Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması* (Seçkin Yayıncılık, 2003), 239.

<sup>110</sup> Balık ve Bektaş, “Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurlarının Durumu – McDonald’s Kararları Yönünden Bir İnceleme”, 4.

<sup>111</sup> Hanife Öztürk Akkartal, “Tanınmış Markalar”, iç. *Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler Uluslararası Sempozyumu (23–24 Haziran 2023, Balıkesir)*. editör Canan Küçükali, (Filiz Kitabevi, 2023), 143.

markaya zarar verildiğinin kabulü de o ölçüde kolaylaşacaktır.<sup>112</sup>

Birden fazla unsurdan oluşan tanınmış markalar bakımından, tanınmış markanın zayıf unsurunun kullanılması iltibas oluşturmaz. Nitekim konuya ilişkin bir davada ilk derece mahkemesi, davacı *Mcdonald's International Property Company* şirketine ait “*mc chicken*”, “*mc muffin*”, “*mc royal*”, “*mccafe+şekil*”, “*mccrispy*”, “*mcdelivery*” şeklindeki markalar ile davalının başvurusuna esas “*ELDENELE MC MALLOW ÇİKOLATA KAPLAMALI MARSMALLOWLU SANDVIÇ BİSKÜVİ+ambalaj*” şeklindeki markasının mukayesesinde, taraf markaları arasındaki ortak “*Mc*” şeklindeki ibarenin “İngilizce’de “-oğlu, Zade; megacycle; master of Ceremonies protokol görevlisi” kısaltması olarak farklı anlamları olduğu”, bu ibarenin İngilizce dilinin yaygın konuşulduğu ülkelerin yanı sıra Türkiye’de de bilindiği ve bu kapsamda ayırt ediciliğinin zayıf olduğu, sonuç olarak markalar arasında iltibas bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.<sup>114</sup>

Ancak benzer başka bir davada davacıya ait “*Mc DONALD'S*” markasının yanı sıra başında ön ek olarak “*MC*” ibaresi bulunan diğer markalarla davalının başvurusuna esas “*MC GIDAK*” şeklindeki markanın mukayesesinde ilk derece mahkemesi, davacı markasının TÜRKPATENT nezdinde tanınmış marka olarak tescilli olduğu ve davalının başvurusuna esas marka ile karıştırılma ihtimali bulunduğu gerekçesiyle davacının davalı markasına yönelik itirazının reddine dair YİDK kararının iptaline ve davalı markasının hükümsüzlüğüne hükmetmiştir. Anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır.<sup>115</sup>

Yukarıda aktarılan bir önceki Yargıtay kararı ile “*ELDENELE MC MALLOW ÇİKOLATA KAPLAMALI MARSMALLOWLU SANDVIÇ BİSKÜVİ+ambalaj*” şeklindeki marka bakımından ortak “*Mc*” ifadesinin Türkiye’de bilinen bir ibare olduğu ve söz konusu ibarenin zayıf marka olduğu ve anılan markanın *Mcdonald's* markaları ile iltibas oluşturmayacağı kabul edilirken<sup>116</sup>, son atfı yapılan kararda “*MC GIDAK*” markasının iltibasa yol açacağı kabulü<sup>117</sup> ilk bakışta çelişki gibi görünmektedir. Ancak bu tür durumlarda bütüncül bir değerlendirme gereklidir.<sup>118</sup> Nitekim “*MC GIDAK*” markasında yer alan “*GIDAK*” ibaresi tavuk sesini sembolize eden bir ifadedir. Anılan markanın 43. sınıf bakımından tescilli talep edilmiştir. Markaya ilişkin başvuru (2012/38867 sayılı) TÜRKPATENT kayıtlarından incelendiğinde ve bu çerçevede anılan sınıf kapsamında “*Yiyecek ve içecek sağlanması ..., Restoran ..., self-servis restoran ..., lokanta ...*”<sup>119</sup> gibi hizmetlerin yer aldığı nazara alındığında, kanaatimizce “*GIDAK*” ifadesi tavuktan elde edilen yiyecekler bakımından çağrıştırmacı nitelikte, ayırt ediciliği zayıf bir ibaredir. Ayrıca Yargıtay’a göre ortalama tüketiciler markanın ilk kısmına daha fazla dikkat etmektedir.<sup>120</sup> Dolayısıyla “*MC*” ibaresi, “*MC GIDAK*” markası içerisinde, “*ELDENELE MC MALLOW ÇİKOLATA KAPLAMALI MARSMALLOWLU SANDVIÇ BİSKÜVİ+ambalaj*” şeklindeki markadaki konumuna nazaran baskın bir durumdadır. Sonuç olarak kanaatimizce davacı markası ile “*MC GIDAK*” markası arasında iltibas ihtimali vardır. Bu noktada bahse konu her iki karar da isabetlidir.

Diğer bir davada ilk derece mahkemesi, davacı *Mcdonald's International Property Company* şirketinin başvurusuna esas “*McCafe*” şeklindeki ibare ile davalının tescilli “*Maccoffee*” ibaresinin mukayesesinde markalar arasında karıştırılma ihtimali bulunduğu gerekçesiyle davacının tescil başvurusunun reddine dair YİDK kararının iptali talepli davasının reddine karar vermiştir. Ayrıca

<sup>112</sup> Avrupa Birliği Genel Mahkemesi, T-518/13, 05.07.2016, par. 95 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62013TJ0518>, erişim tarihi 21.01.2026).

<sup>113</sup> Balık ve Bektaş, “Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu – McDonald’s Kararları Yönünden Bir İnceleme”, 9.

<sup>114</sup> Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2014/245, K.2015/136, 12.05.2015 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 20.01.2026).

<sup>115</sup> Yar. 11. HD, E.2019/1581, K.2019/3587, 08.05.2019 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 21.01.2026).

<sup>116</sup> Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2014/245, K.2015/136, 12.05.2015 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 20.01.2026).

<sup>117</sup> Yar. 11. HD, E.2019/1581, K.2019/3587, 08.05.2019 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 21.01.2026).

<sup>118</sup> Avrupa Birliği Genel Mahkemesi, T-518/13, 05.07.2016, par. 95, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62013TJ0518>, erişim tarihi 21.01.2026); Bu hususta ayrıca bkz. 28, 29 ve 30. Dipnotlar.

<sup>119</sup> Türk Patent ve Marka Kurumu (<https://www.turkpatent.gov.tr/>, erişim tarihi 26.01.2026).

<sup>120</sup> Yar. 11. HD, E.2024/1788, K.2025/450, 03.02.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 21.01.2026).

birleşen davada ise davacı şirket, davalının “2009/29595 sayılı MacCoffee şekil” şeklindeki başvurusuna yönelik itirazının YİDK tarafından reddine dair kararın iptali ile davalı markasının hükümsüz kılınmasını talep etmişse de ilk derece mahkemesince davalının “2002/20674 sayılı MacCoffee” ibaresine ilişkin başvurusunun “2009/29595 sayılı marka yönünden müktesep hak sağladığı gerekçesiyle” davanın reddine karar verilmiştir. Verilen karar Yargıtay tarafından onanmıştır.<sup>121</sup>

Yine başka bir davada davacının başvurusuna esas “QUALITY COFFEE-COFFEE Mac” şeklindeki marka ile davalı Mcdonald’s International Property Company’ye ait “Mc” ibareli markaların mukayesesinde ilk derece mahkemesi markalar arasında iltibas bulunduğu hükmetmiştir. İlk derece mahkemesi kararına göre “QUALITY COFFEE” ve “COFFEE” ibareleri, “markasal algı oluşturmayan, bu hizmetlere ilişkin yapılacak ürün sağlanmasına yönelik ayırt edici niteliği bulunmayan tali unsurlar” olarak değerlendirilmiştir. Yine karara göre mukayese edilen “Mac” ve “Mc” ibarelerinin her ikisi de Türkçe anlamı bulunmayan ve İngilizce’de “-oğlu ve -zade” anlamı olan ifadelerdir. Ayrıca davacıya ait “Mc” ifadesinin sık kullanım neticesinde ayırt ediciliğinin kuvvetli hâle geldiği de nazara alındığında taraf markaları arasında karıştırılma riski bulunmaktadır. Anılan gerekçelerle davanın reddine karar verilmiştir.<sup>122</sup> Davacının istinaf istemi esastan reddedilmiş ve anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır.<sup>123</sup>

Tarafları aynı olan (davacısı Mcdonald’s International Property Company, davalısı diğer şirket olan) başka bir dava kapsamında, bu kez davacı Mcdonald’s şirketi, davalının başvurusuna esas “QM COFFEMAC QUALITY COFFEE” şeklindeki marka başvurusuna itirazlarının reddine dair YİDK kararının iptalini talep etmiştir. Söz konusu davada ilk derece mahkemesi, markalar arasında karıştırılma tehlikesinin mevcut olmadığı sonucuna vararak davanın reddine karar verilmiştir. Mahkemeye göre davalı markasında “QM” ibaresi öne çıkmaktadır. Her ne kadar “COFFEEMAC” ibaresi somut ayırt edici vasfa sahip bir ibare ise de, bu ibarenin başındaki “COFFEE” ibaresi kahve anlamına gelmesi nedeniyle tescile konu hizmetler bakımından ayırt edici vasfa sahip değildir. Genel itibarıyla ortalama tüketici nezdinde markaların ilk kısımlarına daha fazla dikkat edildiği nazara alınıp marka bir bütün olarak değerlendirildiğinde, tüketiciler markanın “MAC” şeklindeki kısmını değil başında yer alan “QM” ibaresini ayırt edici unsur olarak algılayacaklardır. Ayrıca yine karara göre, her ne kadar davacı şirketin “Mcdonald’s” markası, tanınmış marka olarak sicilde kayıtlı ise de, dosya kapsamında müstakilen “Mc” ile “MAC” şeklindeki ibarelerin de tanınmış marka olarak korunmasının gerektiği ispatlanamamıştır. Karara yönelik istinaf başvurusu BAM tarafından esastan reddedilmiş ve anılan BAM kararı da Yargıtay tarafından onanmıştır.<sup>124</sup>

Seslendiriliş biçimleri bakımından “QUALITY COFFEE-COFFEE Mac” markası ile “QM COFFEMAC QUALITY COFFEE” şeklindeki marka arasında fark bulunmadığı değerlendirilebilir. Ancak markalar TÜRKPATENT kayıtlarından incelendiğinde<sup>125</sup> (Şekil-1) görsel bakımdan “QM COFFEMAC QUALITY COFFEE” şeklindeki markada “QM” ifadesinin bariz şekilde ön plana çıktığı görülmektedir. Bu noktada kanaatimizce Yargıtay’ın bütünsel değerlendirme yaparak vardığı neticelerin isabetli olduğu söylenebilir.

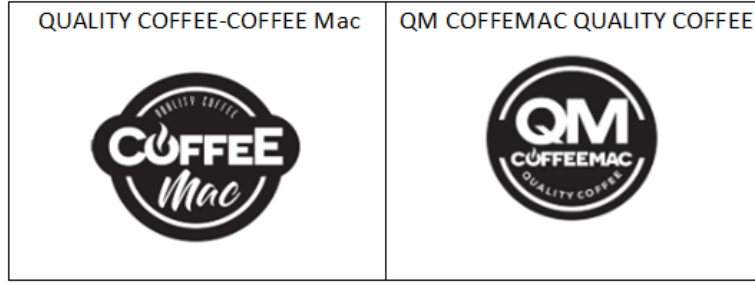
<sup>121</sup> Yar. 11. HD, E.2013/16960, K.2014/5676, 24.03.2014 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 20.01.2026); Yargıtay kararına karşı yapılan karar düzeltme talebi de reddedilmiştir. Yar. 11. HD, E.2014/14072, K.2015/834, 22.01.2015 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 20.01.2026).

<sup>122</sup> Ankara 5. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2019/257, K.2020/48, 06.03.2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 21.01.2026).

<sup>123</sup> Yar. 11. HD, E.2022/5843, K.2024/2066, 13.03.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 21.01.2026).

<sup>124</sup> Yar. 11. HD, E.2024/1788, K.2025/450, 03.02.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 21.01.2026).

<sup>125</sup> Türk Patent ve Marka Kurumu (<https://www.turkpatent.gov.tr/arastirma-yap?form=trademark>, erişim tarihi 02.02.2026).



Şekil-1

Başka bir dava kapsamında davacıya ait “Vodafone” markası ile davalıya ait “Vodatech” markalarının mukayesesinde ilk derece mahkemesi; davacı markasının zayıf marka olduğunu ve taraflara ait ürünlerin kullanıcı kitlesinin “*bilinçli tüketiciler*”den oluştuğunu, bu kapsamda markalar arasında iltibas bulunmadığını, “Vodatech” ibaresinin yeterli ayırt edici güce sahip olduğunu gerekçe göstererek davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay ise, yine ilk derece mahkemesinin “zayıf marka” hususundaki değerlendirmesine ilişkin açıklama yapmaksızın, markalar arasında iltibasa yol açacak düzeyde benzerlik bulunduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.<sup>126</sup>

Kanaatimizce her ne kadar Yargıtay karar gerekçesinde açıkça belirtilmemiş ise de, “Vodafone” markası tanınmış marka olarak kabul edilmesi gerektiğinden taraf markaları arasında iltibas tehlikesinin varlığının kabul edilmesi isabetli olmuştur.

## F. Seri Markalar

### 1. Genel Olarak

İşletmeler, kullandıkları bazı markaların asli unsurlarına çeşitli eklemeler yaparak ve kendi önceki markaları ile işletmesel bağlantı mesajını içerir şekilde yeni seri markalar geliştirebilir.<sup>127</sup> Seri markalarda, genel olarak uzun süre kullanılıp asli unsuru muhafaza edilen “*kök marka*”nın itibarından yararlanılmaktadır.<sup>128</sup>

Yargıtay’a göre seri markaların korunması bakımından, sonraki yahut itiraza konu markanın seri markanın bir çeşidi olarak algılanma ihtimali, iltibas değerlendirmesinde önemlidir. Konuya ilişkin davada Yargıtay, davacıya ait “MEVSİMİST”, “MEVSİM+YAPRAK ŞEKLİ+İSTANBUL” markaları ile davalıya ait “ARYMEVSİM”, “ARY+ŞEKİL+MEVSİM”, “ARY+ŞEKİL+MEVSİM+SANCAKTEPE” ibarelerinin mukayesesinde, taraf markalarında yer alan “İST”, “İSTANBUL” ve “SANCAKTEPE” ifadelerinin ayırt edici olmadığını belirtmektedir. Karara göre, davacı markasının ayırt edici unsurları olan “MEVSİM” ve “YAPRAK ŞEKLİ” davalı markalarında da kullanılmış olup, renklerin benzerliği de nazara alındığında, taraf markaları arasında “*görsel, sessel, işitsel ve anlamsal*” benzerliğin yanı sıra, “*davalı markalarının davacı markalarının serisi olarak*” algılanma ihtimali de bulunmaktadır. Ayrıca yine karara göre mahkemenin, taraf markalarının “zayıf marka” olduğu yönündeki tespiti de isabetli değildir.<sup>129</sup>

<sup>126</sup> Yar. 11. HD, E.2014/7336, K.2014/15999, 20.10.2014 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); Bozma kararı sonrasında ilk derece mahkemesince davanın kabulüne karar verilmiş ve anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2015/6995, K.2016/1458, 15.02.2016 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 12.01.2026).

<sup>127</sup> Yar. 11. HD, E.2008/11505, K.2008/12839, 14.11.2008: “Bir işletme tarafından uzunca süredir kullanılan markanın asli unsuru muhafaza edilerek, markanın bu işletme ile bağlantısı ve tüketici nezdinde yarattığı izlenim korunmak suretiyle, önceki markanın kapsadığı ürünlerin veya bir ürün çeşidinin tüketiciye yenilenmiş bir marka imajı ile sunulması ve bu yolla marka sahibi işletmenin piyasaya arz ettiği ürünlerinin de işletmesel köken olarak öncekilerle bağlantılı olduğu mesajını veren yeni markalar yaratmak amacıyla önceki markada yer alan asıl unsurun yanına başkaca asli ve/veya tali unsurlar ekleyerek oluşturduğu markaların seri marka olarak kabulü olanaklıdır.” (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 23.01.2026).

<sup>128</sup> Akın Ünal, “Yargıtay Kararlarında Seri Marka ve Müktesep Hak İlişkisi” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 11, no. 2 (2025): 377.

<sup>129</sup> Yar. 11. HD, E.2023/6093, K.2024/7835, 06.11.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

Kanaatimizce tescil sınıfı<sup>130</sup> nazara alındığında salt “mevsim” ibaresi zayıf marka olarak kabul edilebilir. Zira anılan ibare, anılan sınıf kapsamındaki “inşaat” ve “restorasyon” gibi işler bağlamında tanımlayıcı olabilir. Anılan işler mevsimlerle irtibatlıdır. Örneğin, bu tür işler neticesinde ortaya çıkacak ürünün tüm mevsim koşullarına dayanıklı olması tüketicilerin arzu edeceği bir durumdur. Ancak taraf markalarında ortak bir diğer işaret olan “yaprak şekli” ile “mevsim” ibaresi birlikte kullanılmış olduğundan kanaatimizce davacı markasının zayıf marka olarak kabulü mümkün değildir. Davacının markalarının seri marka olarak nitelendirilme durumu da nazara alındığında, Yargıtay kararının isabetli olduğu değerlendirilmiştir.

Başka bir dava kapsamında davacının asıl unsuru “MACRO/MAKRO” olan markaları (dava dilekçesi özetine göre 27 adet marka) ile davalının başvurusuna esas “MAKRO TEKNİK PROFILE+şekil” ibarelerinin mukayesesinde BAM; “Türkçe’de büyük, geniş anlamlarına” gelen “MACRO/MAKRO” ibaresinin ayırt ediciliğinin düşük olması nazara alındığında, gerek davalı markasına eklenen “TEKNİK PROFILE” ibaresi gerekse şekil ve renk unsurları ile iltibas tehlikesinin ortadan kaldırıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay, özetle taraf markaları arasında “görsel, işitsel ve anlamsal olarak benzerlik bulunduğu” gerekçesiyle BAM kararını kaldırmıştır.<sup>131</sup> BAM tarafından Yargıtay kararına karşı direnme kararı verilmiştir. Direnme gerekçesinde “MAKRO” ibaresinin zayıf marka olarak kabul edilmemesi durumunda “tasviri ve vasıf bildirici veya ticaret alanında herkesin kullanımına açık ibareleri...” tescil ettirenlerin başkalarının haklı kullanımına engel olacakları belirtilmektedir. Ayrıca gerekçede, anılan ibare bakımından benzer yöndeki başka kararların özel daire tarafından onandığına da yer verilmiştir. HGK, oy çokluğu ile özel daire bozma kararındaki gerekçeleri tekrarlar direnme kararının bozulmasına karar vermiştir.<sup>132</sup>

Benzer bir davada davacının asıl unsuru “MACRO/MAKRO” olan markaları ile davalının başvurusuna esas “MAKRO TEKNİK FLEX+ŞEKİL” ibarelerinin mukayesesinde ilk derece mahkemesince; sair gerekçelerin yanı sıra, esas unsuru “büyük, geniş ve uzun” manasına gelen “MACRO” ifadesiyle oluşturulan markaların zayıf marka niteliğinde olduğu, anılan ifadenin bir kişinin tekeline bırakılmasına izin verilemeyeceği, zayıf markalar bakımından geçerli olan küçük değişikliklerle iltibasın engellenmesi durumunun davalı markası ile sağlandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak Yargıtay, özetle taraf markaları arasında “görsel, sessel, işitsel ve anlamsal olarak benzerlik bulunduğu” gerekçesiyle BAM kararını kaldırmıştır.<sup>133</sup> İlk derece mahkemesince Yargıtay kararına karşı direnme kararı verilmiştir. Direnme gerekçesinde, “MAKRO” ibaresinin ayırt edici niteliğinin zayıf olduğu bu hususun özel daire kararlarıyla da kabul edildiği gerekçelerine yer

<sup>130</sup> Türk Patent nezdinde davacıya ait markaların 2016/64021 ve 2016/62676 başvuru numarası ile davalı markasının ise 2017/54559 başvuru numarası ile kayıtlı olduğu anlaşılmaktadır. Davalı markasının ve davacının 2016/62676 başvuru numaralı markasının tescil sınıfı 37’dir. 37. Sınıf: “İnşaat hizmetleri, inşaat araç - gereçlerinin ve iş makinelerinin kiralanması hizmetleri. Temizlik hizmetleri; dezenfeksiyon hizmetleri; haşere ilaçlama hizmetleri; temizlik araçları ve makinelerinin kiralanması hizmetleri. Kara araçları servis istasyonu hizmetleri (bakım, tamir ve akaryakıt dolumu). Deniz araçlarının bakımı ve tamiri hizmetleri; gemi inşaatı hizmetleri. Hava taşıtlarının bakım ve tamiri hizmetleri. Mobilyalara ilişkin döşeme, tamir, restorasyon hizmetleri. Isıtma, havalandırma ve su tesisatının kurulması (tesis edilmesi), bakımı ve tamiri hizmetleri. Giysilerin temizliği, bakımı ve tamiri hizmetleri. Sınai makinelerin ve cihazların, büro makinelerinin ve cihazlarının, haberleşme cihazlarının, elektrikli ve elektronik cihazların tesisi, bakımı ve tamiri hizmetleri. Asansör tamiri ve bakımı hizmetleri. Saat tamiri hizmetleri. Madencilik, maden çıkarma hizmetleri. Ayakkabı, çanta, kemer tamiri hizmetleri.”, Türk Patent ve Marka Kurumu (<https://www.turkpatent.gov.tr/>, erişim tarihi 03.02.2026).

<sup>131</sup> Yar. 11. HD, E.2020/1119, K.2021/520, 27.01.2021 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

<sup>132</sup> HGK kararı kapsamındaki görüşmeler sırasında çoğunluk görüşünün aksine olmak üzere “MAKRO” ibaresinin zayıf marka niteliğinde olduğu ve davalı tarafça kullanılan şekil, renk ve “TEKNİK PROFILE” ifadesiyle iltibas ihtimali ve benzerliğin ortadan kaldırıldığı ve bu doğrultuda direnme kararının isabetli olduğu hususu da ileri sürülmüştür. Yar. HGK, E.2021/11-929, K.2022/1749, 15.12.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); HGK kararı sonrasında BAM tarafından bozmaya uyularak davanın kabulü yönünde karar verilmiş ve anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2023/5838, K.2024/3869, 14.05.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 13.01.2026).

<sup>133</sup> Yar. 11. HD, E.2020/177, K.2020/4420, 26.10.2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

verilmiştir.<sup>134</sup> HGK, oy çokluğu ile özel daire bozma kararındaki gerekçeleri tekrarla direnme kararının bozulmasına karar vermiştir.<sup>135</sup>

Kanaatimizce yukarıda aktarılan “MAKRO/MACRO” ibaresine ilişkin HGK kararlarında<sup>136</sup> açıkça ifade edilmese de esasında herkesin kullanımına açık olan söz konusu ibarenin kullanım nedeniyle kuvvetli hâle gelmesi söz konusudur. Bu kullanım markanın seri marka olarak kullanılmasıyla da pekişmiş bulunmaktadır. Seri markalar bakımından sonraki markanın seri markanın bir türü olarak algılanma ihtimali<sup>137</sup> de bulunduğundan koruma düzeyi yüksek tutulmalıdır. Dolayısıyla anılan HGK kararlarının isabetli olduğu değerlendirilmiştir.

## 2. “Fit” İbareli Markalar Örneğinde Çelişen İçtihatlar

Bu bölümde incelenecek kararlara konu “Fit” kök ibaresini taşıyan markalar da seri marka niteliğindedir. Ancak söz konusu seri markanın dava konusu olduğu farklı davalarda, Yargıtay’ın birbiriyle çelişen ciddi sayıda kararı bulunduğundan metodolojik olarak konunun ayrı bir başlık altında incelenmesi tercih edilmiştir.

“Fit” kök ibaresini içeren seri markalar *Eti Gıda Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi* adına tescillidir. Yargıtay anılan markayı bazı kararlarında zayıf marka olarak tanımlamaktadır. Nitekim Yargıtay;

<sup>134</sup> Ankara 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2020/379, K.2021/79, 25.02.2021 tarihli kararında atıf yapılan özel daire kararları: Yar. 11. HD, E.2019/5072, K.2020/2735; Yar. 11. HD, E.2016/1578, K.2017/4311 ve Yar. 11. HD, E.2018/1607, K.2019/3263. İlk derece mahkemesi kararına erişim: (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

<sup>135</sup> HGK kararı kapsamındaki görüşmeler sırasında çoğunluk görüşünün aksine olmak üzere toplantı sırasında “ayırt edici niteliği zayıf bir ibare” olan “MAKRO” ibaresinin, “koruma kapsamının dar yorumlanması gerektiği”, davalı markasına eklenen “TEKNİK FLEX” ibaresinin yanı sıra kullanılan şekil ve renkle iltibas ihtimalinin davalı tarafça ortadan kaldırıldığı ve bu doğrultuda direnme kararının isabetli olduğu hususu da ileri sürülmüştür. Yar. HGK, E.2021/11-925, K.2023/109, 22.02.2023 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); HGK kararı sonrasında ilk derece mahkemesince bozmaya uyularak davanın kabulü yönünde karar verilmiş ve anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2024/3972, K.2024/6234, 11.09.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 13.01.2026).

<sup>136</sup> Yar. HGK, E.2021/11-929, K.2022/1749, 15.12.2022; Yar. HGK, E.2021/11-925, K.2023/109, 22.02.2023 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

<sup>137</sup> Yar. 11. HD, E.2023/6093, K.2024/7835, 06.11.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

“DİEFİT”<sup>138</sup>, “PEYMAN BAHÇEDEN FİT MİX”<sup>139</sup>, “FİTİXİR”<sup>140</sup>, “Fitküvi”<sup>141</sup>, “timfit”<sup>142</sup>,

<sup>138</sup> İlk derece mahkemesi markaların benzer olduğuna hükmederek davayı kabul etmiştir. Ankara 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2014/135, K.2014/235, 10.09.2014; Yargıtay “FİT” markasının zayıf nitelikte olduğu ve dava kapsamında “görsel, işitsel ve anlamsal olarak iltibas tehlikesine yol açacak derecede bir benzerliğin varlığından söz edilemeyeceği” gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Yar. 11. HD, E.2016/5274, K.2017/7432, 20.12.2017; İlk derece mahkemesince bozmaya uyularak bu kez dava reddedilmiş ve bu haliyle hüküm Yargıtay tarafından onanmıştır; Yar. 11. HD, E.2020/7972, K.2022/1082, 14.02.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 05.01.2026).

<sup>139</sup> İlk derece mahkemesi “FİT” ibareli marka ile davalı başvurusuna esas “PEYMAN BAHÇEDEN FİT MİX” ibareli markanın mukayesesinde “FİT” esas unsurunun ayırt ediciliğinin düşük olduğu ve davalının yaptığı ekleme ile farklılığın sağlandığı gerekçeleriyle davanın reddine karar vermiş, BAM istinaf istemini esastan reddetmiştir. Ancak, Yargıtay markalar arasında iltibas bulunduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını kaldırmıştır. Yar. 11. HD, E.2018/5328, K.2019/6395, 09.10.2019 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Bozma sonrasında ilk derece mahkemesince davanın kabulüne karar verilmiş ve anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2020/1484, K.2021/885, 04.02.2021 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 10.01.2026).

<sup>140</sup> Yargıtay bir bozma kararında “FİT” ibaresi ile “FİTİXİR” ibaresinin mukayesesinde “İXİR” ifadesi ile ayırt ediciliğin sağlanmadığına hükmetmiştir. Yar. 11. HD, E.2020/957, K.2020/5792, 10.12.2020; ilk derece mahkemesince bozmaya uyularak davanın kabulüne karar verilmiş ve anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2021/3086, K.2022/5098, 21.06.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 05.01.2026).

<sup>141</sup> İlk derece mahkemesi “önceki markaların ayırt ediciliğinin zayıflığı ve sonraki markadaki farklılıklar dikkate alındığında karışıklık riski olmadığı kanaatine varılmıştır.” şeklindeki gerekçeye de dayanarak, davanın reddine karar vermiştir. Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2017/234, K. 2018/31, 27.02.2018; BAM tarafından istinaf başvurusu esastan reddedilmiştir. Yargıtay ise “zayıf marka” hususunu tartışmaksızın davacının seri markalarının esas unsuru olan “FİT” ibaresine “eklenen “küvi” ibaresinin 556 sayılı KHK’nın 8/1 maddesi anlamında markalar arasındaki ilişkilendirme ihtimalini ortadan kaldıracak düzeyde, markaya ayırt edicilik katmadığı” gerekçesiyle BAM kararını bozarak kaldırmış ve dosyayı ilk derece mahkemesine göndermiştir. Yar. 11. HD, E.2019/3833, K.2020/2305, 03.03.2020; Yargıtay kararı sonrasında ilk derece mahkemesince bu kez dava kabul edilmiş ve anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2020/7247, K.2022/45, 10.01.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

<sup>142</sup> İlk derece mahkemesi “markalar arasında görsel, kavramsal ve işitsel olarak KHK’nın 8/1 (b) maddesi anlamında karıştırılmaya yol açacak ölçüde benzerlik bulunmadığı” gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Ankara 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2013/303, K. 2014/361, 08.12.2014 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 05.01.2026) (Not: karar içeriğinde Uyap Doküman editörüne aktarım nedeniyle silindiği değerlendirilen “timfit” ibaresi yer almamaktadır. Ancak Yargıtay kararı nazara alındığında davalı markasının “timfit” olduğu anlaşılmaktadır.); Yargıtay davacının seri markası ile davalı markası arasında “fit” ibaresi sebebiyle görsel ve sescil benzerlik” bulunduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur. Yar. 11. HD, E.2020/6329, K.2021/5023, 14.06.2021; İlk derece mahkemesi bozmaya uyarak davayı kabul etmiş ve söz konusu karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2023/2160, K.2024/712, 05.02.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 05.01.2026).

“PROFİT”<sup>143</sup>, “letbefit+şekil”<sup>144</sup>, “FİTKOLATA”<sup>145</sup>, “SEK ACTİFİT”<sup>146</sup>, “fit mate supplement & nutrution”<sup>147</sup>, “BOLFİT”<sup>148</sup> markaları karşısında “FİT” markasının zayıf marka olduğunu ve/veya

<sup>143</sup> İlk derece mahkemesi “fit” ibaresinin ayırt ediciliğinin düşük olduğunu ve davalının “PROFİT” markasının ayırt edici niteliğe sahip olduğunu gerekçe göstererek davacının davasını reddetmiştir. Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2016/209, K.2017/117, 28.03.2017; BAM da davacının istinaf başvurusunu esastan reddetmiştir. Ancak temyiz aşamasında BAM kararı kaldırılarak dosya ilk derece mahkemesine gönderilmiştir. Yargıtay kararında; davalıya ait “PROFİT” ibaresinde davacıya ait “FİT” markasına eklenen “PRO” ifadesinin “ilişkilendirme ihtimalini ortadan kaldıracak düzeyde davalı başvuru markasına ayırt edicilik katmadığı” tespiti yapılmaktadır. Yar. 11. HD, E.2018/4315, K.2019/5627, 23.09.2019; Bozma sonrasında ilk derece mahkemesince dava kabul edilerek Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2020/1488, K.2021/596, 28.01.2021 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 04.01.2026).

<sup>144</sup> İlk derece mahkemesi davacı markasının zayıf marka olduğunu ve markalar arasında iltibas bulunmadığını gerekçe göstererek davanın reddine karar vermiştir. İlk derece mahkemesi kararında Yargıtay’ın “DİEFİT” kararına da atıf yapılmaktadır. Ankara 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2017/178, K. 2018/88, 28.02.2018 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 05.01.2026); Ancak BAM zayıf marka tespitini tartışmaksızın bazı sınıflar bakımından markalar arasında iltibas bulunduğu değerlendirilmesi ile ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak davayı kısmen kabul etmiştir. Ankara BAM 20. HD, E.2019/100, K.2020/477, 12.06.2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Anılan BAM kararı Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2020/7012, K.2022/1426, 02.03.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 05.01.2026).

<sup>145</sup> İlk derece mahkemesi, “FİT” şeklindeki esas unsurun “diyet amaçlı zindeliği koruyan ve yüksek kalori içermeyen ürünleri tanıtmak amaçlı kullanıldığı”nı ve bu kapsamda anılan ibarenin tesciline konu gıda ürünleri bağlamında zayıf marka olduğunu, markalar arasında iltibas bulunmadığını gerekçe göstererek davanın reddine karar vermiştir. Ankara 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2016/467, K.2017/334, 27.09.2017 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); BAM tarafından istinaf başvurusu esastan reddedilmiştir. Yargıtay ise “zayıf marka” hususunu tartışmaksızın, davacının seri markaları ile davalı markasındaki ibarelerin “örtüşen mal ve hizmet sınıfları yönünden karıştırma ihtimalini de içerecek derecede benzer olduğu...” gerekçesiyle BAM kararını bozmuş ve dosyayı ilk derece mahkemesine göndermiştir. Yar. 11. HD, E.2018/4202, K.2019/5804, 25.09.2019 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Yargıtay kararında dolaylı olarak “FİT” ibaresinin zayıf marka olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Yargıtay kararı sonrasında ilk derece mahkemesince bu kez dava kabul edilmiş ve anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2020/6556, K.2021/5024, 14.06.2021 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 04.01.2026).

<sup>146</sup> İlk derece mahkemesi kararında davacı markasının zayıf marka olduğunu “zayıf marka seçen ya da markası yaygın kullanımla zayıflayan taraf, bu markanın farklı unsurlarla kullanımına katlanmak mecburiyetinde” olduğunu belirterek davanın reddine hükmetmiştir. Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2017/203, K.2018/295, 18.12.2018; Ancak BAM zayıf marka tespitini tartışmaksızın, Yargıtay’ın “FİTKOLATA” kararına atıf yaparak markalar arasında iltibas bulunduğu değerlendirmesi ile ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp davayı kabul etmiştir; Ankara BAM 20. HD, E.2019/411, K.2020/792, 01.10.2020; BAM kararı Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2020/7712, K.2022/2681, 31.03.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 05.01.2026).

<sup>147</sup> İlk derece mahkemesi markalar arasında iltibas bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Ankara 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2018/444, K. 2020/92, 11.03.2020; BAM karara yönelik istinaf istemini reddetmiş ve kararda “FİT” ifadesinin ayırt ediciliğinin zayıf olduğu savunması bakımından Yargıtay’ın “FİTKOLATA”, “Fitküvi”, “Profit”ve “timfit” kararlarına atıf yapılmıştır. Ankara BAM 20. HD, E.2020/1074, K.2022/439, 29.04.2022; BAM kararı Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2022/5066, K.2024/1581, 28.02.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 05.01.2026).

<sup>148</sup> İlk derece mahkemesi, ilgili sınıflarda “FİT” ibareleri tarandığında içeren 500’den fazla sonuca erişildiği, söz konusu ibarenin “gıda emtialarında marka yaratmada sıkça kullanılan bir kelime olduğu, ayırt ediciliğinin zayıf olduğu, böylesi bir kelimenin tek bir firmanın tekeline bırakılmasının marka hukuku ilkeleri ile bağdaşmayacağı” ve neticeten markalar arasında iltibas bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ankara 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2019/126, K.2020/58, 20.02.2020; BAM markalar arasında “ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılması ihtimalinin bulunduğu” gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak davanın kabulü yönünde hüküm kurmuştur. Daire kararında ilk derece mahkemesinin “FİT” “kelimesinin ayırt ediciliğinin zayıfladığı” değerlendirmesi kabul edilmeyerek bu hususta Yargıtay’ın “FİTİXİR” “ACTİFİT” ve “LETBEFİT” kararlarına atıf yapılmıştır. Ankara BAM 20. HD, E.2020/1636, K.2022/1326, 14.11.2022; BAM kararı Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2023/1158, K.2024/4584, 03.06.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 05.01.2026).

markalar arasında iltibas bulunduğunu belirtmektedir. Öte yandan Yargıtay; “*Fitback ..be healty*”<sup>149</sup>, “*premium fitback*”<sup>150</sup>, “*fitforlife*”<sup>151</sup>, “*bite to fit*”<sup>152</sup> markaları ile “*Fit*” kök ibaresini içeren seri markaların mukayesesine ilişkin kararlarında ise doğrudan yahut dolaylı olarak “*Fit*” markasının zayıf marka olduğunu kabul etmektedir.

Son olarak yine davacı *Eti Gıda Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi* tarafından açılan davada davacıya ait “*Fit, Fit X, Fit İndeks, Fit Index (29, 30, 32, 35. sınıf)*” markaları ile davalının başvurusuna esas “*UP&FİT ACTIVE WEAR +şekil (09, 16, 18, 22, 23, 24, 28, 30, 32, 35, 43. sınıf)*” markası mukayese edilmiş ve özetle ilk derece mahkemesi markalar arasında iltibas tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle

<sup>149</sup> İlk derece mahkemesi özetle “*FİT*” şeklindeki esas unsur bağlamında davacı markasının zayıf marka olduğunu, markalar arasında iltibas bulunmadığını gerekçe göstererek davanın reddine karar vermiştir. Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2018/158, K.2019/70, 28.02.2019 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); BAM tarafından davalı markasında ayırt edicilik sağlanacak düzeyde değişiklik yapılmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak davanın kabulüne dair hüküm kurulmuştur. Ankara BAM 20. HD, E.2019/730, K.2020/1140, 04.01.2021 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 05.01.2026); Temyiz aşamasında Yargıtay BAM kararını bozmuştur. Karara göre davalıya ait “*FİTBACK .. be healthy*” şeklindeki ibarenin Türkçe’de anlamı bulunmamaktadır. Yine kararda davacının markalarında esas unsur olarak yer alan “*FİT*” ibaresinin “*sağlıklı, zinde, formda, uygun, vs. anlamlarına geldiği ve gıda maddeleri yönünden ayırt ediciliğinin düşük düzeyde olduğu, dolayısıyla koruma düzeyinin de düşük tutulması gerektiği, buna göre markalar arasında karıştırılma ihtimalinin olmadığı*” tespitleri yer almaktadır. Yar. 11. HD, E.2021/1685, K.2022/6319, 26.09.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); BAM tarafından da bozma doğrultusunda davanın reddine karar verilmiştir. Temyiz edilen karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2023/3128, K.2024/966, 12.02.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 05.01.2026).

<sup>150</sup> İlk derece mahkemesi “*FİT*” ibaresinin “*ayırt ediciliğinin zayıf olduğunu*” ve markalar arasında “*benzerlik ilişkisi kurulmasının mümkün olmadığı*” gerekçeleriyle davanın reddine karar vermiştir. Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2018/318, K.2019/632, 20.12.2019; BAM tarafından markalar arasında “*ilişkilendirilme ihtimali dahil iltibas tehlikesinin bulunduğu kabulü*” gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak davanın kabulüne dair hüküm kurulmuştur. Ankara BAM 20. HD, E.2020/1255, K.2022/810, 13.06.2022; Ancak BAM kararı temyiz aşamasında Yargıtay tarafından -yukarıda aktarılan- “*FİTBACK .. be healthy*” kararına da atıf yapılarak, “*FİT*” ibaresinin ayırt ediciliğinin düşük olması nedeniyle “*koruma düzeyinin de düşük tutulması gerektiği, buna göre markalar arasında karıştırılma ihtimalinin olmadığı kabulü*” gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur. Yar. 11. HD, E.2022/6026, K.2024/2197, 18.03.2024; BAM tarafından da bozma doğrultusunda davanın reddine karar verilmiş ve anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2025/225, K.2025/2810, 24.04.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 05.01.2026).

<sup>151</sup> BAM, “*FİT*” markası ile dava konusu “*fitforlife*” ibralerinin mukayesesinde markalar arasında iltibas bulunduğunu kabul etmişse de Yargıtay “*“FİT” ibaresi ayırt ediciliği düşük bir ibare olup davalı markası, “fit” ibaresine eklenen “for” ve “life” kelimeleri ile davacı markalarından farklılaşmıştır*” şeklindeki gerekçe ile BAM kararını kaldırmıştır. Yar. 11. HD, E.2022/1020, K.2023/4332, 11.07.2023 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Kaldırma sonrasında BAM tarafından dava reddedilerek Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2024/1478, K.2024/6828, 26.09.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 06.01.2026).

<sup>152</sup> İlk derece mahkemesi, Avrupa Marka ve Tasarım Ağı Ortak Bildirgesi’ne de atıf yaptığı ve “*markalar düşük seviyede ayırt ediciliği olan bir unsuru paylaşıyorsa, karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde örtüşmeyen bileşenlerin markaların genel izlenimi üzerindeki etkisine odaklanılacaktır.*” ifadelerine de yer verdiği kararında neticeten markalar arasında iltibas bulunmadığı kanaatine vararak davacının davasının reddine hükmetmiştir. Ankara 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2019/33, K.2020/2, 15.01.2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); BAM, Yargıtay’ın “*FİTKOLATA*”, “*Fitküvi*”, “*Profit*” ve “*timfit*” kararlarına da atıf yaparak davalı markasının, davacı markası ile yeterli ayırt ediciliği sağlamadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Ankara BAM 20. HD, E.2020/797, K.2022/144, 10.02.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 05.01.2026); Ancak Yargıtay markalar arasında iltibas tehlikesinin bulunmadığı gerekçesiyle BAM kararını bozmuştur. Yargıtay kararında “*“fit” ibaresi, ticari hayatta uyumsuzluk konusu gıda ürünleri bakımından yaygın ve yoğun şekilde kullanılan ve bu kullanımlar neticesinde ayırt ediciliği zayıflamış bir ibaredir.*” açıklamalarına da yer verilmektedir. Yar. 11. HD, E.2022/4088, K.2024/297, 16.01.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); BAM, bozmaya uyarak davayı reddetmiş ve karar bu defa Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2024/5124, K.2024/9121, 17.12.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 05.01.2026).

davayı kabul etmiştir.<sup>153</sup> İstinaf aşamasında BAM, Yargıtay'ın "*FITBACK .. be healthy*" kararına<sup>154</sup> da atıf yaparak "*ayırt ediciliği zayıf ibarenin ortak olarak yer aldığı markalarda yapılacak küçük değişikliklerin dahi iltibas tehlikesini ortadan kaldıracağına kabulü*" gerektiğini, Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin sonraki kararlarında "*FIT*" "*ibaresinin ayırt ediciliğinin düşük olduğu*"nun benimsendiğini belirterek neticeten taraf markaları arasında iltibas bulunmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını kaldırmış ve davanın reddine karar verilmiştir.<sup>155</sup> Temyiz aşamasında ise Yargıtay, BAM kararının bozulmasına hükmetmiştir. Kararda markalar arasında benzerlik bulunduğu, BAM kararında "*FIT*" "*kelimesinin ayırt ediciliğinin zayıfladığı belirtilmiş ise de*" yargıtayın yerleşik kararları ile bunun doğru olmadığı belirtilmekte ve dairenin -yukarıda aktarılan- "*BOLFİT*" (2024/4584 Karar), "*FİTİXİR*" (2024/5098 Karar), "*letbefit+şekil*" (2022/1426 Karar), "*fit mate supplement & nutrution*" (2024/1581 Karar), "*SEK ACTİFİT*" (2022/2681 Karar) kararlarına atıf yapılmaktadır.<sup>156</sup>

Görüldüğü üzere Yargıtay'ın "*FİT*" ibaresinin zayıf marka kabul edilip edilmeyeceği hususunda birbiriyle çelişen kararları söz konusudur. Bu noktada Yargıtay'ın aynı markalara ilişkin tamamen zıt anlayışını göstermesi bakımından "*nfit*" markasına ilişkin iki farklı vaka önemlidir.

Birinci vakada ilk derece mahkemesi, davacıya "*FİT*" seri markaları ile davalının başvurusuna<sup>157</sup> esas "*nfit + şekil*" markasının mukayesesinde davacı markasının ayırt ediciliğinin düşük olduğu ve taraf markalarının bütünsel benzerliğinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.<sup>158</sup> BAM, Yargıtay'ın "*FİTKOLATA*", "*Fitküvi*" "*timfit*" ve "*profit*" kararlarına da atıf yaparak "*ilk derece mahkemesinin 'FİT' ibaresinin ayırt ediciliğinin düşük olduğu yönündeki kabulüne itibar*" edilmediğini, markalar arasında iltibas bulunduğunu belirterek davanın kabulü yönünde hüküm kurmuştur.<sup>159</sup> Yargıtay ise zayıf marka hususunda ayrıca açıklama yapmaksızın, ilk derece kararı ile aynı doğrultuda markalar arasında karıştırılma ihtimali olmadığı gerekçesiyle BAM kararını kaldırmıştır.<sup>160</sup> Kaldırma sonrasında BAM tarafından dava reddedilmiş ve anılan BAM kararı Yargıtay tarafından onanmıştır.<sup>161</sup> Ancak TÜRK PATENT kayıtlarına göre marka başvurusu geçersiz olarak görünmektedir.<sup>162</sup> Bu geçersizliğin nedeni muhtemelen gerekli ücretin yatırılmamasıdır.

İkinci vakada ise davanın tarafları ve mukayese konusu markalar tamamen aynı olduğu hâlde ilk derece mahkemesi, davacının "*FİT*" markası ile davalının başvurusuna esas<sup>163</sup> "*nfit + şekil*" şeklindeki markanın mukayesesinde özetle markalar arasında iltibas bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.<sup>164</sup> Davalının istinaf başvurusu reddedilerek karar Yargıtay tarafından

<sup>153</sup> Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2020/150, K.2022/81, 15.03.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

<sup>154</sup> Yar. 11. HD, E.2021/1685, K.2022/6319, 26.09.2022 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

<sup>155</sup> Ankara BAM 20. HD, E.2022/1447, K.2024/1638, 18.10.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

<sup>156</sup> Yar. 11. HD, E.2025/641, K.2025/5378, 16.09.2025 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026).

<sup>157</sup> Davacının 2017/38372 nolu başvurusunda "05, 09, 29, 30, 32, 33, 35, 41, 43" sınıflar için tescil talebinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Türk Patent ve Marka Kurumu (<https://www.turkpatent.gov.tr/arastirma-yap?form=trademark>, erişim tarihi 07.01.2026).

<sup>158</sup> Ankara 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2018/170, K.2019/476, 07.11.2019 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

<sup>159</sup> Ankara BAM 20. HD, E.2020/250, K.2021/1374, 22.11.2021 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 06.01.2026).

<sup>160</sup> Karara karşı muhalefet şerhi yazan bir üye emsal içtihatlar doğrultusunda BAM kararının onanması gerektiğini belirtmektedir. Yar. 11. HD, E.2022/1018, K.2023/4025, 22.06.2023 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

<sup>161</sup> Yar. 11. HD, E.2024/1476, K.2024/6703, 23.09.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 06.01.2026).

<sup>162</sup> Türk Patent ve Marka Kurumu (<https://www.turkpatent.gov.tr/arastirma-yap?form=trademark>, erişim tarihi 07.01.2026).

<sup>163</sup> Davacının 2018/67341 nolu başvurusunda "05, 09, 32, 33, 35, 41, 43" sınıflar için tescil talebinde bulunduğu, birinci vakada yer alan 29, 30, 41 sınıflar için burada başvuru yapılmadığı anlaşılmaktadır. Türk Patent ve Marka Kurumu (<https://www.turkpatent.gov.tr/arastirma-yap?form=trademark>, erişim tarihi 07.01.2026).

<sup>164</sup> Ankara 5. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2019/106, K.2020/95, 08.07.2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 06.01.2026).

onanmıştır.<sup>165</sup>

Aktarılan iki vakada da markalar birebir aynı olmasına rağmen birinci vakada davacı markasının ayırt ediciliği düşük kabul edilip, bir başka ifadeyle zayıf marka olduğunun kabulü ile iltibas bulunmadığı sonucuna ulaşılmışken ikinci vakada, birinci vakanın aksine, markalar arasında iltibas bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu örnekler, Yargıtay’ın birebir aynı markalarda dahi çelişen kararlar verdiğini göstermektedir.

Kanaatimizce seri markalar genel itibarıyla kullanımla kuvvetli hâle gelen markalardır. “FİT” markası da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yargıtay’ın birçok kararında da ilk derece veya BAM tarafından anılan markanın “zayıf marka” olduğu yönündeki kabule dayalı olarak verilen kararlar bozulmuştur. Ancak görüldüğü üzere aksi yönde kararlar da mevcuttur. Bu tür davalarda içtihat makamının daha özenli davranması gerektiği muhakkaktır. Aksi durum hukuki güvenlik ilkesine zarar vermektedir.

### G. Türetilmiş Kelimelerden Oluşan Markalar

Temyiz incelemesi aşamasındaki bir dava kapsamında davacıya ait “HÜPERAKTİF PARK”, “HÜPPİ”, “HADİ HÜPTÜR”, “HÜPTRİK”, “HÜPTÜP”, “HER TENEFÜS HÜPTÜR EĞLEN GÜMBÜR GÜMBÜR”, “HÜPERAKTİF”, “HÜPTÜP”, “İKİ ZİL ARASI ÖZGÜRCE HÜPTÜRME MOLASI” şeklindeki markalarla davalının başvurusuna esas “HÜPO” ibaresinin mukayesesinde Yargıtay, taraf markalarındaki “HÜP” ortak ibaresinin yansıma bir sözcük olduğunu, “hüpletmek” fiilinden türetilen bu ibarenin yiyecek ve içecek ürünleri yönünden ayırt ediciliğinin düşük olduğunu değerlendirmiş ve bu tür ayırt ediciliği düşük ibareler bakımından “koruma düzeyinin düşük tutulması gerektiği”ni belirtmiştir. Sonuç olarak Yargıtay’a göre markalar arasında benzerlik bulunmamaktadır.<sup>166</sup> Her ne kadar “HÜP” ibaresi davalı markalarında kök unsur olarak yer alıyorsa da; davalı markaları ile davalı markası bütün olarak değerlendirildiğinde kanaatimizce de iltibas tehlikesi bulunmamaktadır.

Başka bir dava kapsamında davacıya ait “FRUPPA” markası ile davalının kullandığı “FRUTTO” ibareli markanın mukayesesinde BAM, davacı markasının İngilizcede meyve anlamına gelen “fruits” kelimesinden türetildiği ve zayıf marka olduğu, davalının markasının aynı kelimeden türetildiği, davacının zayıf ibaresinden ek yapılmak suretiyle yeni marka türetilmesine katlanmak mecburiyeti bulunduğu gerekçeleriyle markalar arasında iltibas bulunmadığına hükmetmiştir. Yargıtay bu değerlendirmeyi doğru bulmayarak davalının eyleminin davalının markasına tecavüz oluşturduğu gerekçesiyle BAM kararını kaldırmıştır. Yargıtay zayıf marka hususunda ayrıca bir değerlendirme yapmamıştır.<sup>167</sup>

Kanaatimizce esasında “fruits” kelimesinden türetilen “FRUPPA” ibaresinin zayıf marka olduğu doğru bir kabuldür. Ancak bir markanın zayıf marka olması, çalışmanın genelinden anlaşılabacağı üzere, hiç korunmayacağı anlamına gelmemelidir. “FRUTTO” şeklindeki davalı markasının özellikle ilk kısmı ve genel olarak seslendiriliş biçimi iltibas tehlikesine yol açmaktadır. Dolayısıyla karıştırılma tehlikesini kabul eden Yargıtay kararı isabetli bir karardır.

Yine başka bir dava kapsamında davacıya ait olup “ACTIVE” ile “ACTİVEX” asıl unsurlarından oluşan markalar ile davalının başvurusuna esas “ACTİVON” şeklindeki ibarenin mukayesesinde ilk derece mahkemesi, “taraf markalarının hareketli, faal ve tesirli anlamlarına gelen AKTİF kelimesinden türetildiği”ni, bu kapsamda markaların ürünün daha etkili olduğunu ifade eder bir anlama sahip olmakla tanımlayıcı vasfa sahip olduğunu, bu tür zayıf markalar için küçük değişikliklerle ayırt ediciliğin sağlanabileceğini, nitekim markalar arasında yeterli farklılığın bulunduğunu gerekçe göstererek davanın reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay’a göre tescile esas sınıflar (3. ve 5. sınıf) kapsamındaki ürünlerin alıcıları bakımından taraf markaları aynı kökenden gelmekte olup benzer işletmelerce ve

<sup>165</sup> Yar. 11. HD, E.2022/7128, K.2024/2787, 04.04.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 06.01.2026).

<sup>166</sup> Yar. 11. HD, E.2019/3019, K.2020/1174, 10.02.2020 (Bozma kararı) (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026); Yar. 11. HD, E.2021/5851, K.2022/7308, 24.10.2022 (Bozmaya uyularak verilen kararın onanmasına dair karar) (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 09.01.2026).

<sup>167</sup> Yar. 11. HD, E.2022/1453, K.2023/4961, 14.09.2023; Kaldırma sonrasında BAM, davanın kabulü yönünde hüküm kurmuş ve bu hüküm Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2024/2975, K.2024/7650, 04.11.2024 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 01.01.2026).

“yakın raflarda” piyasaya sürülecek ürünlerdir. Yargıtay, bu ürünlerin ortalama tüketicilerinin ürün seçimine ayıracakları zamanın sınırlı olmasını ve anılan tüketici kesiminin ürün seçerken yeterli özeni göstermeyeceklerini de nazara alarak taraf markaları arasında ilişkilendirmeyi de kapsar şekilde iltibas ihtimali bulunduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.<sup>168</sup>

Kanaatimizce burada da ilk derece mahkemesinin davacı markasını zayıf marka olarak kabulünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak zayıf da olsa davacı markasının bir koruma alanı vardır. Taraf markaları karşılaştırıldığında ibarelerin seslendiriliş biçimlerindeki benzerlik, Yargıtay kararında vurgulanan tüketici kesiminin özellikleri de dikkate alındığında karıştırılma ihtimalini doğurmaktadır. Bu çerçevede bu dava kapsamındaki Yargıtay kararının da isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Görüldüğü üzere anlamı olan ibarelerden türetilmiş kelimelerin genel olarak zayıf marka sayılacağı veya sayılmayacağına yönelik genel bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Bu tür kelimelere yönelik davalarda işaretin zayıf marka olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir.

## SONUÇ

Bir işaretin marka olarak korunabilmesi için az da olsa ayırt edici vasa sahip olması şarttır. İşaretin ayırt edicilik gücü zayıf olduğunda yahut zamanla zayıfladığında karşımıza “zayıf marka” kavramı çıkmaktadır. Zayıf marka, mevzuatta yer almayan; uygulama ve doktrinde karşılık bulan bir kavramdır.

Tanımlayıcılığa yakın işaretler, günlük dilde sıklıkla kullanılan ibareler, coğrafi bölge adları başlıca zayıf marka türleridir. Ancak bir işaret her zaman zayıf marka olmayabilir. Bir ürün veya hizmet grubu için zayıf marka kabul edilen işaret, başka bir ürün veya hizmet grubu bakımından kuvvetli marka olabilir. Yine bir işaret zayıfken kullanımla kuvvetli marka hâline gelebileceği gibi bu durumun tersi de mümkündür.

Zayıf markaların koruma düzeyi kuvvetli markalar gibi değildir. Sonraki marka sahiplerinin markalarını küçük farklılıklarla zayıf markalardan ayırt edici hâle getirmelerine cevaz verilmektedir. Zayıf marka sahiplerinin de bu durumu baştan kabul ettikleri varsayılır.

Tanınmış markalar başlangıçta özgün bir yapıda olmasa da tanınmış olarak kabul edildikleri takdirde artık kuvvetli marka hâline gelmiş olurlar. Bu kapsamda tanınmış markalar, tescil sınıfları dışında da korunmakta olan ayırt ediciliği yüksek işaretlerdir.

İlk derece veya istinaf mahkemelerince bazı markaların zayıf marka olduğu kabul edilerek hüküm kurulmaktadır. Yargıtay’ın bu tür kararların bazılarını kaldırırken zayıf marka hususunu tartışmaksızın markalar arasında iltibas bulunduğunu belirtmekle yetindiği görülmektedir. Bu noktada bir mahkeme tarafından zayıf marka olarak addedilen ibarenin, ilgili mahkeme gerekçeleri nazara alınarak neden zayıf marka olmadığının hukuki dayanakları ile Yargıtay tarafından ortaya konulması gerekir. Konuya ilişkin içtihatların yerleşik hâle gelmesi ve tutarlı kararların verilebilmesi için Yargıtay dairelerince bu hususta hassas davranılması gerekmektedir.

Bazı içtihatlarda zayıf marka değerlendirmesi yapılırken tüketici kesimlerinin işaretler bakımından sahip oldukları kanaate ilişkin değerlendirmeler yapılmaktadır. Örneğin, bir yabancı kelimenin anlamının tüketici kesiminin çoğunluğu bakımından bilindiği ileri sürülmektedir. Ancak bu varsayımlar ölçülebilir verilere dayandırılmamaktadır. Bu noktada bilirkişiler vasıtasıyla somut dayanakların tespit edilmesi önemlidir. Sektör bazlı anketler ile UYAP sistemi ve TÜRKPATENT kayıtları üzerinden yapılacak veri analizleri de önemli sonuçlar verebilecektir.

Seri markalar çoğunlukla kullanımla kuvvetli hâle gelen markalardır. Zira seri markalarda genelde ilk markanın itibarından yararlanma gayesi bulunmaktadır. Bu tür markalar bakımından özellikle sonraki markaların serinin bir türü sayılma ihtimali iltibas tehlikesine neden olacaktır. Ancak bu noktada Yargıtay net kriterler ortaya koymadığı için birbiriyle çelişen kararların verilmesi söz konusu olmaktadır. Kanaatimizce bir markanın kuvvetli marka hâline gelmesi sonrasında söz konusu markanın serisi olarak tescil edilen markaların da prensip olarak kuvvetli marka kabul edilmesi gerekir. Ancak herhangi bir kuvvetli marka dayanak alınmaksızın doğrudan seri niteliğinde markalar tescil edilmişse

<sup>168</sup> Yar. 11. HD, E.2013/14603, K.2014/4031, 03.03.2014 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 02.01.2026); Bozma sonrasında ilk derece mahkemesince dava kabul edilmiş ve anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yar. 11. HD, E.2014/17602, K.2015/2795, 02.03.2015 (<https://portal.uyap.gov.tr/>, erişim tarihi 12.01.2026).

zayıf marka iddiası daha ciddi olarak tartışılmalıdır. Aksi hâlde zayıf bir markayı önce hareket ederek seri markalar olarak tescil ettiren kişiye haksız bir yarar sağlanmış olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akkartal, Hanife Öztürk. “Tanınmış Markalar” iç. *Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler Uluslararası Sempozyumu (23–24 Haziran 2023, Balıkesir)*. editör Canan Küçükali, Filiz Kitabevi, 2023, 143–146.
- Balık, İfakat ve İbrahim Bektaş. “Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu – Mcdonald’s Kararları Yönünden Bir İnceleme.” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 5, no. 1 (2019): 1–18.
- Bently, Lionel, Brad Sherman, Dev Gangjee ve Philip Johnson. *Intellectual Property Law*. Oxford University Press, 2018.
- Bilge, Mehmet Emin. *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*. Yetkin Yayınları, 2014.
- Bilge, Mehmet Emin. “Ticaret Unvanında Karıştırılma Tehlikesi” iç. *Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler Uluslararası Sempozyumu (23–24 Haziran 2023, Balıkesir)*. editör Canan Küçükali, Filiz Kitabevi, 2023, 147–152.
- Bozbel, Savaş. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Bozgeyik, Hayri ve Sefa Er. “Yargıtay Kararları Işığında İlaç Markalarında Karıştırılma İhtimali.” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 10, no. 1 (2024): 79–100.
- Bozgeyik, Hayri ve Rauf Karasu. “Marka Koruması ve Jenerik Marka Bağlamında Bazı Hukuki Değerlendirmeler.” *Terazi Hukuk Dergisi*, no. 225 (2025): 158–175.
- Çağlar, Hayrettin. “Marka Hukuku” iç. *Sınai Mülkiyet Hukuku*. Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Burçak Yıldız ve Dilek İmirlioğlu, Adalet, 2021, 46–117.
- Çolak, Uğur. “Markanın Jenerik Hale Gelmesi Nedeniyle Hükümsüzlük Davası” iç. *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012*. editör Tekin Memiş, Yetkin Yayınları, 2013, 179–200.
- Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*. On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Dirikkan, Hanife. *Tanınmış Markaların Korunması*. Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Doğan, Beşir Fatih. “Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 24, no. 1 (2007): 219–238.
- Erdil, Engin. *Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı*. Vedat Kitapçılık, 2021.
- Geven, Zeki. “Fikri Mülkiyet Hukukunda Yenilik ve Orijinallik.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2011): 327–401.
- İmirlioğlu, Dilek. “Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Kişi Adı Markalarında Ayırt Edicilik Tespiti.” *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 3 (2017): 87–114.
- Karan, Hakan ve Mehmet Kılıç. *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*. Turhan, 2004.
- Kur, Annette ve Thomas Dreier. *European Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials*. Edward Elgar Publishing, 2013.
- Llewelyn, David ve Tanya Aplin. *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights*. Sweet & Maxwell, 2019.
- Memiş, Tekin. “Örneklerle Zayıf Marka Kavramı” iç. *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012*. editör Memiş Tekin, Yetkin Yayınları, 2013, 385–422.
- Ocak, Nazmi. “Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı” iç. *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*. yayına hazırlayanlar Selçuk Veziroğlu, Özlem Erişgin, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998, 269–286.
- Oğuz, Arzu. “Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali” iç. *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştay Bildiriler Kitabı (19–22 Aralık 2020)*. editör Hasan Kadir Yılmaztekin ve Banu Fatma Günarlan, Türkiye Adalet Akademisi, 2020, 197–220.
- Oğuz, Sefer. “Marka Hakkına Tecavüz Halleri” iç. *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştay Bildiriler Kitabı (19–22 Aralık 2020)*. editör Hasan Kadir Yılmaztekin ve Banu Fatma Günarlan, Türkiye Adalet Akademisi, 2020, 245–260.
- Pila, Justine ve Paul Torremans. *European Intellectual Property Law*. Oxford University Press, 2019.

- Stim, Richard. *Patent, Copyright & Trademark: An Intellectual Property Desk Reference*. Nolo, 2020.
- Suluk, Cahit. *Fikri Mülkiyet Haklarının Koruma Kuvveti*. Seçkin Yayıncılık, 2025.
- Tekinalp, Ünal, Gül Okutan Nilsson ve Feyzan Hayal Şehirli Çelik. *Tekinalp Fikri Mülkiyet Hukuku*. On İki Levha Yayıncılık, 2025.
- Torremans, Paul. *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*. Oxford University Press, 2019.
- Türk Patent ve Marka Kurumu. *Marka İnceleme Kılavuzu*. 2021.
- Ünal, Akın. “Yargıtay Kararlarında Seri Marka ve Müktesep Hak İlişkisi.” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 11, no. 2 (2025): 369–379.
- Yasaman, Hamdi, Sıtkı Anlam Altay, Tolga Ayoğlu, Fülürya Yusufoglu ve Sinan Yüksel. *Marka Hukuku: 556 sayılı KHK Şerhi*. Cilt 1. Vedat Kitapçılık, 2004.
- Yasaman, Hamdi. *Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları III*. Vedat Kitapçılık, 2008.
- Yörem, Yılmaz ve Emrah Biçimli. “Markanın Kullanım Yükümlülüğü ve Kullanılmamasının Sonuçları.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 51 (2022): 173–200.

### İnternet Kaynakları

- <https://eur-lex.europa.eu>
- <https://infocuria.curia.europa.eu/>
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/>
- <https://openjur.de>
- <https://portal.uyap.gov.tr/>
- <https://sozluk.gov.tr/>
- <https://www.turkpatent.gov.tr/>



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2026

Cilt / Volume: 8

Sayı / No: 1

Eserin Türü /  
Manuscript Type

Araştırma Makalesi /  
Research Article

DOI:  
10.47136/asbuhfd.1  
917551.



# YÜRÜTME ERKİNDEKİ SİYASİ DANIŞMANLIK YAPISININ DEMOKRATİK SORUMLULUK İLKESİ AÇISINDAN İNCELENMESİ

*Political Advisors Within the Executive Branch:  
A Constitutional Analysis of Democratic  
Accountability*

**Feyzan OLGUNSOY\***

## Öz

Bu çalışma, yürütme erkinde yer alan siyasi danışmanların demokratik sorumluluğunun kurulmasına ilişkindir. Yürütmeyi, devlet başkanı, hükümet ve idari teşkilattan oluşan sınırlı bir yapı olarak tasavvur eden geleneksel teori siyasi danışmanları kuramsal olarak dışlar. Oysa modern devletlerde yürütmenin kişiselleşmesi ve karar alma süreçlerinin merkezileşmesi gibi sebeplerle yürütmenin yapısal genişlemesi sonucunda siyasi danışmanlar politika süreçlerinde etkili aktörler haline gelmiştir. Bu durumu, anayasalarda açıkça yer almamakla birlikte yürütmenin fiili işleyişinde önemli rol oynayan yeni bir kurumsal katmanın ortaya çıkmasına yol açmıştır. Aristoteles, Locke ve Montesquieu'den, çağdaş çekirdek yürütme ve politika danışma sistemleri yaklaşımlarına uzanan bir çerçevede yürütmenin dönüşümünü incelenmekte, siyasi danışman kavramı karşılaştırmalı yöntemle tanımlanmaktadır. Karşılaştırmalı anayasalarda -Norveç Anayasası istisna olmak üzere- siyasi danışman düzenlemesinin tercih edilmediği tespit edilmiştir. Siyasi danışmanların yürütmedeki konumunu yalnızca hükümet sistemleriyle açıklamak yetersiz kalmaktadır. Bu noktada farklı devletlerde belirleyicinin yürütmenin iç yapılanması olduğu ve demokratik sorumluluğun kurulma biçiminin esas olduğu anlaşılmaktadır. Türkiye'de 2017 Anayasa değişikliklerinden sonra ortaya çıkan çok katmanlı danışmanlık yapısını öngören mevcut düzenlemelerin, siyasi danışmanların görev, yetki, atanma usulleri ve hesap verebilirlik hususlarını düzenlemesi bakımından parçalı ve belirsiz olduğu değerlendirilmektedir. Anayasada öngörülen mevcut düzen ile yürütmenin fiili işleyişi arasındaki uyumsuzluğun demokratik sorumluluk ilkesi bakımından ortaya çıkardığı sorunlar ve siyasi danışmanlık kurumuna ilişkin normatif düzenlenme ihtiyacı vurgulanmaktadır.

## Abstract

This study focuses on the establishment of democratic accountability for political advisors within the executive branch. Traditional theory, which conceives of the executive as a limited structure consisting of the head of state, the government, and the administrative organization, theoretically excludes political advisors. However, in modern states, due to factors such as the personalization of the executive and the centralization of decision-making processes, political advisors have become influential actors in policy processes as a result of the structural expansion of the executive. This situation has led to the emergence of a new institutional layer that plays a significant role in the de facto functioning of the executive, even if not explicitly stated in constitutions. The transformation of the executive is examined within a framework extending from Aristotle, Locke, and Montesquieu to contemporary approaches to core executive and policy advisory systems, and the concept of political advisor is defined using a comparative method. It has been observed that, with the exception of the Norwegian Constitution, the provision of political advisor arrangements is not preferred in comparative constitutions. Explaining the position of political advisors in the executive solely through government systems is insufficient. At this point, it is understood that the determining factor in different states is the internal structure of the executive and the way in which democratic accountability is established. It is assessed that the current regulations in Türkiye, which envisage a multi-layered advisory structure after the 2017 constitutional amendments, are fragmented and unclear in terms of regulating the duties, powers, appointment procedures, and accountability of political advisors. The inconsistencies between the existing system envisioned in the Constitution and the actual functioning of the executive branch create problems in terms of the principle of democratic responsibility, and the need for normative regulation regarding the institution of political advisory is emphasized.

**Makale Gönderim Tarihi / Received:** 27.03.2026

**Makale Kabul Tarihi / Accepted:** 20.06.2026

**Hakem Değerlendirmesi / Peer Review:** Çift kör hakem. Double peer-reviewed.

**Anahtar Kelimeler / Keywords:** Siyasi Danışman, Cumhurbaşkanı Danışmanı, Bakan Danışmanı, Çekirdek Yürütme, Demokratik Sorumluluk / Political Advisor, Presidential Advisor, Ministerial Advisor, Core Executive, Democratic Accountability

**Atıf / Citation:** Olgunsoy, Feyzan. "Yürütme Erkindeki Siyasi Danışmanlık Yapısının Demokratik Sorumluluk İlkesi Açısından İncelenmesi" *ASBU Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2026). 68-100.

**Yazar Bilgileri / Authors Information:** \*Dr. Öğr. Üyesi, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, feyzanolgunsoy@gmail.com, 0000-0002-2062-8909.

**Teşekkür / Acknowledgments:** Bulunmamaktadır.

**Finansal Destek / Financial Support:** Finansal destek alınmamıştır.

**Çıkar Çatışması / Conflict of Interest:** Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

**Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval:** Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

**Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence:** Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır.

### Extended Summary

This study examines the institution of political advisors, which is becoming increasingly visible and influential within the modern executive branch, within the framework of executive theory, comparative constitutional law, and the principle of democratic accountability. The starting point of the study is that, despite political advisors effectively fulfilling a significant function within contemporary executive structures, their constitutional and legal status is often not clearly defined. This situation demonstrates a significant discrepancy between the executive model envisioned in the constitutional order and the actual functioning of the executive branch. The study reveals that this discrepancy is not merely an institutional deficiency but also a structural problem with serious consequences for democratic accountability.

Firstly, the study shows that classical constitutional theory of the executive branch largely conceptualizes the executive as a limited and secondary power; however, it does not develop a detailed theoretical framework regarding the internal organization of the executive, its decision-making processes, and the intermediary actors involved in these processes. In contrast, in modern constitutional states, as a result of the personalization of the executive branch, the centralization of decision-making processes, and the expansion of the core executive, the executive can no longer be understood as a single-centered structure consisting only of the head of state, prime minister, ministers, or administrative organization. Instead, the executive branch has transformed into a multi-layered decision-making network established between political and administrative actors. Political advisors are positioned precisely in this fluid space; they are neither entirely identified with political representative bodies nor can they be evaluated within the classical bureaucratic structure. Therefore, this study argues that political advisors should be considered not as a secondary but as a structural element of the modern executive branch.

Secondly, the study investigates the constitutional visibility of the political advisory institution from the perspective of comparative constitutional law. The examination shows that although political advisors are *de facto* important actors in many political systems, they are not explicitly regulated in constitutions. With the exception of the Norwegian Constitution, constitutional texts either do not mention this institution at all, or only regulate technical or legal advisory bodies, or recognize political advisory in a very limited and indirect way. This finding reveals that the distance between constitutional norm and constitutional reality is particularly pronounced in the executive branch. Therefore, the study explains the absence of the political advisory institution in constitutions not by its insignificance, but by the failure of constitutional theory and normative regulations to adequately capture the *de facto* transformation of the modern executive branch.

Thirdly, the article argues that the structure of political advisory bodies cannot be explained solely through systems of government. Comparative examples of Westminster-type parliamentary systems, presidential systems, and semi-presidential systems show that the position and influence of advisors are not determined solely by the choice of constitutional system of government. The real determining factor is the internal organization of the executive branch, the relationship between politics and bureaucracy, and how accountability is institutionalized. Therefore, the study argues that political advisors are not exceptional actors specific to a particular system of government, but rather a common and structural element of the modern executive branch emerging in different regime types.

The study's fundamental normative claim is that despite the increasing influence of political advisors, their lack of a clear constitutional or legal status creates a serious gap in terms of the principle of democratic accountability. The fact that the authority, duties, and responsibilities of these actors, who influence decision-making processes, contribute to policy-making, and possess significant guiding capacity within the executive branch, are not clearly defined creates an invisible layer of power within the constitutional system. The problem arises precisely here in terms of the rule of law: every actor influencing the exercise of public power must operate within legally defined limits and be subject to oversight. However, political advisors, despite their *de facto* influence, often remain outside the parliamentary, administrative, or judicial oversight chain. This weakens accountability, creates a fog of uncertainty that makes it difficult to personalize responsibility, and increases the risk of arbitrariness.

In the case of Türkiye, the study identifies a multi-layered political advisory structure within the executive branch, particularly after the 2017 constitutional amendments. Organized at different levels, such as presidential policy boards, chief advisor and advisor positions, and ministerial advisors, this structure has become influential in policy development and implementation processes. However, these actors operate within a fragmented and ambiguous legal framework regarding their appointment procedures, areas of responsibility, numerical limits, and accountability regimes. Therefore, this study concludes that a normative regulation regarding political advisors in Türkiye is necessary.

In conclusion, the article argues that the de facto presence of the political advisory institution within the executive branch can no longer be ignored; and that this institution needs to be brought into line with the principle of democratic accountability by establishing a clear, systematic, and accountable legal regime. Within this framework, the definition and scope of political advisory should be clearly defined; individual advisory and institutional advisory should be differentiated; appointment procedures, terms of office, and numerical limits should be specified. Furthermore, it should be explicitly stipulated that advisors cannot exercise public power, issue administrative decisions, or give orders to the bureaucracy; and rules regarding transparency, ethics, and conflicts of interest should be clarified. Clarifying that political responsibility rests with the authority to which they are accountable, while legal and administrative responsibility rests with the advisor, is a requirement of the principle of democratic accountability. Therefore, this study proposes transforming political advisory from an ambiguous area left to the discretion of the executive branch into a legally based and accountable institutional regime.

## GİRİŞ

Geniş anlamda yürütme erki ikili bir kurumsal yapılanmadan oluşur. İlki politika belirleme ve karar alma işlevini üstlenen siyasal aktörler ve ikincisi ise bu kararların uygulanmasını sağlayan idari teşkilattır.<sup>1</sup> Yürütmenin idare dışındaki siyasi yapılanması ilgili devlette uygulanan hükümet sistemine göre devlet başkanı, başbakan, bakanlar kurulu ve bakanlardan oluşmaktadır.<sup>2</sup> Siyasi danışmanlar yürütmenin bu siyasi ve idari kanadı arasındaki geçişken bir bölgede konumlanmıştır. Bu anlamda siyasi danışmanlar ne saf siyasi aktörlerdir ne de saf idari yapılanma içerisinde yer almaktadırlar. Siyasal sistemde fiilen var olan bir kurumun hukuki statüsünün düzenlenmemesi, o kurumun siyasi gerçeklikteki varlığını yadsımaz.<sup>3</sup> Yürütme erkinin teşkilat yapısındaki siyasi danışmanlara odaklanan münferit ve sistematik bir çalışmaya Türk anayasa hukuku yazınında rastlanılmamıştır. Yabancı kaynaklarda ise karşılaştırmalı ve sistematik çalışmalar yürütülmekle birlikte, bu çalışmaların merkezinde danışmanların işe alımı, yapılanması, politika yapım sürecindeki etki ve katılımları, demokratik sorumlulukları hususları bulunmaktadır.<sup>4</sup> Bu çalışma modern yürütme erkinin bir bileşeni olarak, giderek ağırlık merkezine yerleşen ancak anayasal ve hukuki statüsü henüz düzenlenmemiş siyasi danışmanlar hakkında anayasal ve karşılaştırmalı bir analiz sunmayı hedeflemektedir.

Yürütmeye ilişkin geleneksel teorilerde danışmanların varlığı ve statüsü göz ardı edilmektedir. Bununla birlikte çağdaş sistemler, siyasi danışmanların siyasi liderlik, bürokrasi ve politika uzmanlığı kesişiminde kritik bir konumda yer aldığı daha karmaşık bir gerçekliği ortaya koymaktadır. Çalışmada, siyasi danışmanların artık modern yürütmenin aktörleri olarak anlaşılması gerektiği ve bu sebeple de demokratik sorumluluklarının kurulması gerektiği savunulmaktadır. Bu çalışmanın amacı olgusal gerçeklikten normatif bir sonuç türetmek değildir. Normatif düzenleme gerekliliği ve ihtiyacı yalnızca siyasi danışmanların fiilen mevcut ve etkili olmalarından değil, bu kurumun hâlihazırda demokratik sorumluluk bakımından ciddi bir boşluğa yol açmasından kaynaklanmaktadır.

<sup>1</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I (Ekin Yayinevi, 2020), 2-5.

<sup>2</sup> Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 2-5.

<sup>3</sup> Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa* (Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık, 2000), 106.

<sup>4</sup> Ben Yong, "The Comparative Experience of Political Staff: Westminster Jurisdictions and Ministerial Cabinets," iç. *Special Advisers: Who They Are, What They Do and Why They Matter*, ed. Ben Yong ve Robert Hazell (Hart Publishing, 2014), 152; Yee-Fui Ng, "Political Advisers in the Executive Branch," iç. *The Oxford Handbook of Political Executives*, ed. Rudy B. Andeweg, Robert Elgie, Ludger Helms, Juliet Kaarbo ve Ferdinand Müller-Rommel (Oxford University Press, 2020).

Yürütmedeki siyasi danışmanlar, karar alma süreçleri üzerinde belirgin ve sistematik bir etkiye sahip olmalarına rağmen açık bir hukuki statüye, tanımlanmış yetki ve sorumluluklara veya etkili bir denetim mekanizmasına tabi değildir. Bu durum, kamu gücünün kullanılmasına katılan bir aktörün demokratik denetim zinciri dışında kalması sonucunu doğurmaktadır. Oysa hukuk devleti ilkesi, kamu gücünün kullanımına etkide bulunan her aktörün hukuken tanımlanmış yetki sınırlarına bağlı olmasını ve bu yetki kullanımının parlamenter, yargısal veya idari denetim mekanizmalarına açık bulunmasını gerektirir. Hukuki statüsü belirsiz, yetki ve sorumlulukları açıkça düzenlenmemiş ancak fiilen karar süreçlerini yönlendirebilen aktörlerin varlığı, keyfilik riskini artırmakta, sorumluluğun kişiselleştirilmesini güçleştirmekte ve demokratik meşruiyet zincirinde kopukluğa neden olmaktadır. Bu tür bir sorumluluk boşluğu, yalnızca teorik bir sorun olmayıp, yürütme içinde yetki-sorumluluk dengesinin bozulmasına, parlamenter denetimin etkisizleşmesine ve kamu gücünün kullanımında şeffaflık ile hesap verebilirliğin zayıflamasına yol açabilir. Bu sebeple siyasi danışmanların hukuki statüsünün belirlenmesi, yetki ve görevlerinin tanımlanması ve demokratik sorumluluk mekanizmalarına tabi tutulması, olgusal bir tespitin değil, hukuk devleti ve demokratik sorumluluk ilkelerinin gerektirdiği normatif bir zorunluluğun sonucudur.

Bu çalışma dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, yürütme erkinin kuramsal temelleri *Aristoteles*, *Locke* ve *Montesquieu*'den başlayarak modern yaklaşımlara uzanan bir çerçevede incelenmekte ve yürütmenin yapısal dönüşümü siyasi danışmanlık kurumu üzerinden analiz edilmektedir. İkinci bölümde, siyasi danışman kavramının tanımlanmasına girililmekte ve danışmanların işlevleri, kurumsal konumları ve yürütme içindeki rolü karşılaştırmalı örnekler ışığında ortaya konulmaktadır. Karşılaştırmalı anayasalarda siyasi danışmanların anayasal statüsü incelenmekte ve danışmanlık kurumunun anayasalarda düzenlenmeleri bakımından bir tipoloji oluşturulmaktadır. Keza yürütmenin teşkilatlanma biçimleri dikkate alınarak danışmanlık modelleri karşılaştırmalı olarak incelenmektedir. Üçüncü bölümde, demokratik sorumluluk kavramının teorik temelleri açıklanmakta ve bu ilkenin yürütme organı içinde giderek güçlenen siyasi danışmanlar bakımından nasıl uygulanması gerektiği tartışılmaktadır. Siyasi danışmanların hukuki yetkileri sınırlı olsa bile fiilen karar süreçlerini etkiledikleri için demokratik denetim zinciri içinde yer almaları gerektiği savunulmaktadır. Karşılaştırmalı örnekler üzerinden, danışmanların hukuki statüsünün belirsizliğinin bir hesap verebilirlik boşluğuna neden olduğu ve bu boşluğun kurumsal düzenlemelerle giderilebileceği ileri sürülmektedir. Nihayet dördüncü bölümde Türkiye'de özellikle 2017 anayasa değişikliklerinden sonra ortaya çıkan çok katmanlı danışmanlık yapısı incelenmekte, Cumhurbaşkanlığı politika kurulları, başdanışmanlık ve bakan danışmanlığı gibi kurumlar anayasal sistem ve demokratik sorumluluk ilkesi açısından değerlendirilmektedir. Sonuç olarak siyasi danışmanların hukuki statüsüne ilişkin mevcut belirsizliklerin demokratik sorumluluk ilkesi bakımından doğurduğu sorunlar tartışılmakta ve normatif düzeyde kurumsal düzenleme ihtiyacı ortaya konulmaktadır.

## I. YÜRÜTME ERKİNİN KURAMSAL VE YAPISAL DÖNÜŞÜMÜ

Bu bölümde yürütme erkinin kuramsal temelleri geleneksel teorilerinden başlayarak çağdaş devlet yapısına uzanan bir perspektif içinde incelenecektir. Geleneksel teoriler yürütmeyi esasen sınırlandırılması gereken bir güç olarak ele almış ve bu nedenle yürütmenin iç teşkilatlanması ile karar alma süreçleri üzerinde ayrıntılı biçimde durmamıştır. Oysa modern anayasal devlette yürütme, politika belirleme ve kamu gücünü yönlendirme bakımından merkezi bir konuma yükselmiş, bu gelişme yürütme içinde anayasalarda açıkça düzenlenmeyen yeni aktörlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır.

### A. Geleneksel Yürütme Teorisine Kısa Bir Bakış

Yürütme teorisinin safahatine *Aristoteles*'in icra yetkisini yok sayan tutumundan başlamak günümüzdeki fiili gerçeklik ile bir karşıtlık meydana getirmektedir. Zira modern yürütmenin artan siyasal gücü, yürütmenin yokluğu üzerinden rejimin<sup>5</sup> üç bölümünü kuramsallaştıran *Aristoteles*'in yaklaşımının tam tersi yönünde seyretmektedir<sup>6</sup>. *Rousseau*'nun “*insan özgür doğar, oysa her yerde*

<sup>5</sup> “*Rejim, bir kentin yönetim makamlarının ve özellikle egemen makamın düzenlenmesidir.*” *Aristoteles, Politika*, çev. Özgüç Orhan (Pinhan Yayıncılık, 2017), 269.

<sup>6</sup> Harvey C. Mansfield, “The Ambivalence of Executive Power,” *Presidential Studies Quarterly* 17 no. 2 (1987): 238-242.

*zincire vurulmuştur*” ifadesindeki retorik gerilim fiiliyatta bu defa tersinden belirir.<sup>7</sup> Yürütme, teoride yasamanın zincirlerine bağlı ve yasamadan kaynaklanan, tali (*secundum legem*) nitelikte tasarlanmasına rağmen uygulamada bu zincirleri koparmıştır.<sup>8</sup> *Aristoteles*’in müzakere organı, idari görevler ve mahkemelerden oluşturduğu rejim, modern yasama, yürütme ve yargı şemasına benzer görünür. Oysa *Aristoteles*, yürütmeye denk düşen bir icrai yetki öngörmemiştir. *Aristoteles*’e göre idari görevlerin özü emir vermek ve düzen kurmaktır, icra etmek değildir.<sup>9</sup> Mesele, yürütme kuvvetini tasarlamak yerine idari görevlerin düzenlenmesi meselesine dönüşmektedir.<sup>10</sup> *Aristoteles* yürütmeye en yakın işlev olan cezaların infazı, mahkumların tutulması gibi görevleri insanlar için elzem ve fakat hoşnutsuzluk uyandıran işler olarak tanımlamaktadır.<sup>11</sup> Yürütmeyi bilinçli olarak küçültmekte, dağıtmakta ve görünmez kılmaktadır.<sup>12</sup>

Yürütmenin gerekliliğini ve meşruiyet kaynağını sistematikleştirerek onu ayrı bir kuvvet olarak ilk kez tasarlayan filozof ise *Locke*’tur.<sup>13</sup> Doğa durumundaki eşitlik ve özgürlük ekseninde herkesin kendisini ve başkalarını koruma ile suçluları cezalandırma yetkisi, aslında bu doğa yasasının yürütülmesine dayanır.<sup>14</sup> Her bireyin kendi davasının hakimi olması, kaçınılmaz olarak öfke, intikam duygusu ve öznel çıkarların yargılama süreçlerine sızmasına yol açar ve ağır bir düzensizlik ile çatışma riskini beraberinde getirir.<sup>15</sup> *Locke*’a göre devletin kurulması tam da bu sakıncayı gidermek yani cezalandırma ve doğa yasasını yürütme yetkisini merkezi ve tarafsız bir iktidar altında toplamak suretiyle yürütme kuvvetini rasyonelleştirmek ve sınırlandırmak amacından kaynaklanmaktadır.<sup>16</sup> *Locke*’un yürütme anlayışı, siyasal iktidarın sürekliliği üzerinden temellendirilen yasama ile yürütme arasındaki işlevsel farklılığa işaret etmektedir. Yasama üstün bir kuvvet olarak kamu yararına yönelik genel ve soyut kurallar koyma yetkisine sahip olmakla birlikte sürekli bir faaliyet teşkil etmez.<sup>17</sup> Yasaların yapılması belirli zamanlarda gerçekleşir ve yasama organının sürekli toplanmasını gerektirmez.<sup>18</sup> Buna karşılık yasaların uygulanması sürekli. Toplumsal yaşamda her gün ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü, idarenin işleyişi ve kamu gücünün icrası, sürekli bir yürütme kuvvetini gerekli kılar. *Locke* bu nedenle yürütme iktidarının kurumsal olarak sürekli, yasamanın ise kesintili olduğunu ileri sürer.

Yasamanın kendi yaptığı kanunları uygulama yetkisini de elinde toplaması halinde ortaya çıkan risk, *Locke*’un iktidar tasavvurunda merkezi bir konuma sahiptir. Yasama, yürütme aygıtını ele geçirerek kendisini hukuka tabi olmaktan muaf bırakabilir ve normatif düzenlemeleri kendi çıkarlarına göre şekillendirebilir. Bu nedenle iyi bir siyasal düzende yasama, karar almayı tamamladıktan sonra dağılır ve kendi yaptığı yasaların bağlayıcılığına tabi olur. Yürütme ise kanunların uygulanmasını sağlamak üzere sürekli varlığını sürdürür.<sup>19</sup> *Locke* ayrıca dış ilişkiler alanını düzenlemek üzere “federatif iktidar” adını verdiği bir yetki kategorisi tanımlar.<sup>20</sup> Federatif iktidar, savaş ve barış yapma, ittifak kurma ve yabancılarla ilişkileri yürütme gibi, önceden hukuken belirlenmesi güç olan ve hızlı karar alma gerektiren işlemleri kapsamaktadır. İç ilişkileri yöneten yasaların öngörülebilirliği karşısında dış ilişkilerin belirsiz doğası, federatif iktidarın pozitif hukuk yerine yürütmenin basiretine dayanmasını

<sup>7</sup> Mansfield, “The Ambivalence of Executive Power,” 237, 246; Jean-Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, çev. Vedat Günyol (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2020), 4.

<sup>8</sup> Mansfield, “The Ambivalence of Executive Power,” 237-238, 251; Erdoğan Teziç, “Batı Demokrasilerinde ‘Yürütme’ nin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi,” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 1, no. 2 (2011): 93.

<sup>9</sup> Mansfield, “The Ambivalence of Executive Power,” 240.

<sup>10</sup> Aristoteles, *Politika*, 364.

<sup>11</sup> Aristoteles, *Politika*, 431-462.

<sup>12</sup> Mansfield, “The Ambivalence of Executive Power,” 241.

<sup>13</sup> Mansfield, “The Ambivalence of Executive Power,” 244.

<sup>14</sup> John Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, çev. Fahri Bakırcı (Ebabil Yayıncılık, 2012), 9-11.

<sup>15</sup> Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, 15.

<sup>16</sup> Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, 15-16.

<sup>17</sup> Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, 99-100.

<sup>18</sup> Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, 95-96.

<sup>19</sup> Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, 95-96.

<sup>20</sup> Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, 96-97.

zorunlu kılar. *Locke*'a göre yürütme ve federatif yetkiler ayrı fonksiyonlardır ancak toplumun gücüne dayanmaları ve ayrılmaları halinde düzensizlik ve yıkıma yol açabileceği endişeleri nedeniyle pratikte aynı kişide birleşmeleri kaçınılmazdır.<sup>21</sup> Bu yapı, modern yürütme kuramının çekirdeğini oluşturur. Yasama asli ve üstün bir kuvvet olsa da siyasal iktidarın sürekliliği, tehditlere karşı hızlı tepki verme zorunluluğu ve dış politikada birlik ihtiyacı, yürütmeyi fiili olarak yasamadan daha etkili ve güçlü bir konuma taşır.<sup>22</sup>

*Locke*'un yürütmeye tanıdığı geniş takdir alanı onun ayrıcalık yaklaşımında açık biçimde görünür.<sup>23</sup> *Locke* bu ayrıcalığı büyük ölçüde hükümdarın sezgisine ve muhakemesine dayandırır. Modern devletlerde ise yürütmenin bu yapısal genişlemesi, siyasi danışmanların ve politika danışma ağlarının kurumsallaşmasıyla farklı bir nitelik kazanmıştır. Yürütmenin bilgi işleme, gündem belirleme ve kriz yönetimi kapasitesi artık tek bir iradenin sezgisine değil ve fakat profesyonelleşmiş danışman kadroları tarafından üretilen kolektif bilgiye dayanmaktadır.<sup>24</sup> Bu yapısal dönüşüm, politika danışma sistemleri (*policy advisory systems*) ile kavramsallaştırılır.<sup>25</sup> Bu kavrama göre yürütme, bakanlar, üst düzey memurlar, siyasi danışmanlar, akademisyenler, düşünce kuruluşları, danışmanlık şirketleri ve sivil toplum aktörlerinden oluşan karmaşık bir danışma ağının merkezinde konumlanmaktadır.<sup>26</sup> Böylece *Locke*'un ayrıcalık olarak tanımladığı takdir yetkisi, modern yürütmede danışmanlık ağları üzerinden işleyen kurumsallaşmış ve kolektif bir karar kapasitesine dönüşmektedir.

Siyasi özgürlüğü herkesin kendi kişisel güvenliğine olan algısından kaynaklanan içsel bir huzur olarak anlamlandıran ve kuvvetler ayrılığı ilkesini sistematikleştiren *Montesquieu*'nün kişisel güvenlik kanaatine olan vurgusu *Locke*'u anımsatmaktadır.<sup>27</sup> Oysa *Locke*'un yürütmeyi geniş ayrıcalık alanıyla donatan yaklaşımından saparak yürütmeyi hızlı ve anlık karar gerektiren dış ilişkiler ve icra alanına yerleştirmiştir.<sup>28</sup> Yargıyı yürütmeye içkin bir kuvvet olarak tasarlayan *Locke*'tan yine bu noktada ayrılan *Montesquieu* bağımsız bir yargı kuvvetini yasama ve yürütmeden kurumsal olarak ayırır. Böylece özgürlüğün güvencesini, bireyin doğal yürütme yetkisinde değil ve fakat kuvvetler ayrılığı ve karşılıklı fren mekanizmalarında bulur.<sup>29</sup> Öte yandan yürütmeyi yasama sürecine “kurma” değil ve fakat “önleme-veto” yetkisiyle eklemleyerek sınırlandırır.<sup>30</sup> Bu bağlamda “kurma” yetkisi, halkı temsil eden yasama organının normatif düzenleme yapma ve önceki düzenlemeleri değiştirme yetkisini ifade ederken, “önleme-veto” yetkisi, gerek aristokratik bir ikinci meclis, gerek yürütme organı eliyle yasama çoğunluğunun aşırılıklarını frenleyen, kararları geciktiren veya engelleyen kurumsal bir veto olarak işlev görür. Sonuçta *Montesquieu*'nün modeli, yasama içindeki kurma-önleme ayrımı ve yürütmeye tanınan veto rolü üzerinden, rejimin yapısal dengesini karşılıklı fren ve denge mantığına bağlayarak modern anayasal tasarımın çekirdeğini oluşturur. Bu husus siyasi danışmanların hesap verebilirliği hususunu incelerken pusula görevi görecektir.

## B. Modern Yürütmenin Yapısal Genişlemesi: İktidarın Kişiselleşmesi Ve Çekirdek Yürütme

Teziç'in modern yürütmenin yapısını analiz ederken dayandığı iktidarın kişiselleşmesi kavramı, yürütme yetkisini kullanan liderin kişisel prestiji, nitelikleri ve tercihleri aracılığıyla, kamu gücünün

<sup>21</sup> Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, 97.

<sup>22</sup> Mansfield, “The Ambivalence of Executive Power,” 246.

<sup>23</sup> Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, 106 vd.

<sup>24</sup> John Halligan, “Policy Advice and the Public Service in a Changing World,” iç. *The Routledge Handbook of Policy Advisory Systems*, ed. Giliberto Capano, Jonathan Craft ve Michael Howlett, (Routledge, 2026), Kindle.

<sup>25</sup> Athanassios Gouglas, “The Hearts and Brains of Policy Advisory Systems: Ministerial Advisers, Ministerial Offices and Executive Triangles,” iç. *The Routledge Handbook of Policy Advisory Systems*, ed. Giliberto Capano, Jonathan Craft ve Michael Howlett, (Routledge, 2026), Kindle.

<sup>26</sup> Gouglas, “The Hearts and Brains of Policy Advisory Systems,”.

<sup>27</sup> Montesquieu, *The Spirit of Laws*, çev. Thomas Nugent, Kitchener, (Kanada): Batoche Books, 2011, 173; Mansfield, “The Ambivalence of Executive Power,” 249.

<sup>28</sup> Mansfield, “The Ambivalence of Executive Power,” 245-246.

<sup>29</sup> Montesquieu, *The Spirit of Laws*, 173.

<sup>30</sup> Montesquieu, *The Spirit of Laws*, 177-178.

objektif işleyişine özne nitelikte bir unsur eklemesi ve böylece karar alma süreçlerinin bireysel liderlik karakteristikleri tarafından şekillendirilmesidir.<sup>31</sup> İktidarın kişiselleşmesinin siyasi danışmanları merkeze alan bu çalışmayı ilgilendiren önemli bir nedeni, teknolojik, ekonomik ve sosyal gelişmelere bağlı olarak karmaşılaşan siyasi kararların parlamento dışında ve liderin etrafında öbeklenmiş teknik personel kadrosu ile alınmasıdır.<sup>32</sup> İktidarın kişiselleşmesinin en görünür kurumsal karşılıklarından birinin yürütme içi siyasi danışmanlar olduğu değerlendirilmektedir. Politika danışmanlık sistemlerinin en önemli bileşeni olarak siyasi karar verici aktörlere en yakında konumlanan ve “kısa vadeli kriz yönetimi” ve “saf siyasi tavsiye” gibi işlevleri birlikte üstlenen siyasi danışmanlardır. Danışmanların rolü, işlevi ve hukuki statüleri ülkeden ülkeye farklılık gösterse de artık yalnızca teknik bilgi sunan uzmanlardan değil, bakanlık-bürokrasi ilişkisini şekillendiren ve yürütmenin siyasal önceliklerini süzgeçten geçiren kurumsal aktörler haline geldikleri yaygın biçimde kabul görmüştür. Bilhassa iletişim stratejileri, gündem belirleme, politika koordinasyonu ve kriz zamanlarında siyasi müdahaleleri, danışmanların yürütmedeki konumunu güçlendirmiştir.<sup>33</sup>

Yürütmeyi merkezde yer alan bir ağ (başbakan, bakanlar, kabine komiteleri, başbakanlık ofisi, ajanslar, danışmanlar vs.) olarak analiz eden ve Türkçeye “çekirdek yürütme” diye çevrilebilecek “*core executive*” yaklaşımına da yer vermek uygun olacaktır.<sup>34</sup> Çekirdek yürütme yaklaşımı yürütme içindeki kurumsal yapılanmayı gücün dağılımını ve yapısal belirleyicileri esas aldığından siyasi danışmanların yürütme içindeki konumunu açıklamak için oldukça elverişlidir.<sup>35</sup> Bu yaklaşımda yürütme, tek bir kurumsal merkezden ziyade, başbakan ya da hükümet başkanı, bakanlar, üst düzey bürokratlar ve bunlara eşlik eden danışman kadroları arasındaki karşılıklı bağımlılık ilişkileri üzerinden tanımlanır. Gücün hem ilişkisel hem de mekansal boyutları bulunduğu varsayılır.<sup>36</sup> Bakanların amaçlarını gerçekleştirebilmesi yalnızca kendi hiyerarşik yetkilerine değil, aynı zamanda diğer bakanların desteğine, merkez teşkilatının koordinasyon kapasitesine, bürokratik uzmanlığa ve parti içi dengeler ve meclis grubu gibi siyasi ağlara erişimlerine bağlıdır.<sup>37</sup> Bu bağlamda siyasi danışmanlar, bakanlar açısından uzman bilgi, siyasi ağlara erişim sağlayan özgün bir kaynak niteliği taşımaktadır.<sup>38</sup> Başbakan açısından da siyasi danışmanlar yeniden dağıtımı yapılabilen ve böylece bakanlar arası güç dengesini şekillendirmeye elverişli stratejik bir araç olarak ortaya çıkmaktadır. Danışmanların atanması, sayısı ve görev tanımları, bir yandan belirli bakanların bürokrasi üzerindeki gözetim ve yönlendirme kapasitesini artırmakta, diğer yandan Başbakana, çekirdek yürütme içindeki koordinasyon, kontrol ve öncelik belirleme süreçlerinde ilave manevra alanı sağlamaktadır.<sup>39</sup> Böylelikle siyasi danışmanlar, yürütme içi güç ilişkilerini ve kaynak dağılımını yeniden yapılandıran kurumsal aktörler olarak, çekirdek yürütme analizinin merkezi unsurlarından biri haline gelmektedir.

*Bach ve Hustedt* tarafından geliştirilen “yürütmenin üçgeni” (*executive triangle*) yaklaşımında siyasi danışmanlar politika üretimi ve karar alma süreçlerinde bakanlar ve üst düzey bürokratları da kapsayan yürütmenin idari ve siyasi bileşenlerinden üçüncüsü kabul edilmektedir.<sup>40</sup> Siyasi danışmanlar, bakanlarla yoğun ve doğrudan bir ilişki kurarak hem bürokratik bilgi akışını filtreleyen hem de bakanın

<sup>31</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, (Beta Yayınları, 2018), 431; Teziç, “Batı Demokrasilerinde ‘Yürütme’nin Üstünlüğü,” 98-99.

<sup>32</sup> Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, 432-433; Teziç, “Batı Demokrasilerinde ‘Yürütme’nin Üstünlüğü,” 100-101.

<sup>33</sup> Gouglas, “The Hearts and Brains of Policy Advisory Systems,”

<sup>34</sup> Robert Elgie, “Core Executive Studies Two Decades on,” *Public Administration* 89, no. 1 (2011): 64.

<sup>35</sup> Richard Shaw ve Chris Eichbaum, “Following the Yellow Brick Road: Theorizing the Third Element in Executive Government,” *International Journal of Public Administration* 38, no. 1 (2015): 71.

<sup>36</sup> Shaw ve Chris Eichbaum, “Following the Yellow Brick Road,” 71.

<sup>37</sup> Shaw ve Chris Eichbaum, “Following the Yellow Brick Road,” 71.

<sup>38</sup> Shaw ve Chris Eichbaum, “Following the Yellow Brick Road,” 71.

<sup>39</sup> Shaw ve Chris Eichbaum, “Following the Yellow Brick Road,” 72.

<sup>40</sup> Tobias Bach ve Thuriid Hustedt, “Policy-Making in the Executive Triangle: A Comparative Perspective on Ministers, Advisers, and Civil Servants,” iç. *Handbook on Ministerial and Political Advisers*, ed. Richard Shaw, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2023, 339, 343.

siyasi önceliklerini kurumsal süreçlere aktaran bir konuma yerleştirilmektedir.<sup>41</sup> Daha çok yürütmenin işleyişine ilişkin yönetsel bir açıklama sunan bu görüş danışmanlık kurumunun anayasal sistem içindeki yerini belirlemek bakımından tek başına yeterli olmamaktadır. Siyasi danışmanların yürütme erkindeki yapılanmasını izah ederken yukarıda yer verilen yaklaşımlardan yararlanmak mümkün olmakla birlikte, danışmanların anayasal statüsünü değerlendirebilmek için aşağıda inceleneceği üzere farklı hükümet sistemlerinde yürütmenin örgütlenme biçiminin dikkate alınması gerekir.

## II. SİYASİ DANIŞMANLAR: KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE ANAYASAL KONUM

Siyasi danışmanlık sistemleri ülkeden ülkeye değişebilen hatta aynı ülkede farklı bakanlık düzeylerinde kendine özgü bir yapılanma sergileyen, politika yapıcılara bilgi, bilgi birikimi ve eyleme yönelik öneriler sunan, birbiriyle bağlantılı aktörler bütünüdür.<sup>42</sup> Bu aktörler arasında yürütmenin geleneksel siyasi ve idari aktörleri dışında siyasi danışmanlar, araştırma ajansları, yasama araştırma birimleri, geçici politika ekipleri, ad hoc komisyonlar, düşünce kuruluşları, sendika araştırma birimleri, siyasi partiler, çıkar grupları, sivil toplum kuruluşları ve danışmanlık şirketleri yer almaktadır.<sup>43</sup> Yürütmenin kurumsal yapısı, kabul edilen hükümet sistemine göre, sadece devlet başkanından oluşan tek yapılı, kolejyal ya da devlet başkanının yanında başbakan ve bakanlardan oluşan bir bakanlar kurulu biçiminde çift yapılı biçimde örgütlenebilir.<sup>44</sup> Karşılaştırmalı çalışma ve bulgular ise bu geleneksel siyasi aktörlerin yanında yürütmenin kurumsal yapısını değiştiren bir güç kaynağı olarak siyasi danışmanların varlığına işaret etmektedir.<sup>45</sup> Danışman sayısı arttıkça ilgili bakanların da medyayla, diğer kamu görevlileriyle ya da parlamentoyla etkileşimi artmaktadır.<sup>46</sup> Bu anlamda siyasi danışmanların yürütmeyi güçlendiren bir unsur haline geldiği ileri sürülmektedir.<sup>47</sup>

### A. Siyasi Danışmanların Tanımlanması

Siyasi danışmanları tanımlamak için onların işlevsel ve kurumsal konumlarını birlikte ele alan birden fazla parametre kullanılabilir. Bu parametreler arasında atanma şartında uzmanlık aranması dışında siyasi bir bağlantıya dayanmaları, yürütmenin siyasi kanadıyla idari teşkilatının kesiştiği yerde konumlanmaları, parlamenter sistemlerde kesin biçimde yürütmenin siyasi kanadı olan hükümetin içinde bulunmaları, görev sürelerinin ilgili bakanın takdirine bağlı olarak geçici niteliği ve diğer kamu görevlilerinin tabi olduğu siyasi tarafsızlık prensibinden muaf tutulmaları sayılabilir. Bu bağlamda danışmanlar, idari teşkilata hakim olan siyasi tarafsızlık şartından muaf tutulan ve parti çıkarlarını gözeterek yürütmenin siyasi aktörlerine tavsiye veren geçici kamu görevlileri olarak tanımlanmaktadır.<sup>48</sup>

<sup>41</sup> Bach ve Hustedt, "Policy-Making in the Executive Triangle," 340-341.

<sup>42</sup> Sylvia Veit, "Ministerial Advisers and Policy Advisory Systems," iç. *The Routledge Handbook of Policy Advisory Systems*, ed. Giliberto Capano, Jonathan Craft ve Michael Howlett, (Routledge, 2026), Kindle.

<sup>43</sup> Gouglas, "The Hearts and Brains of Policy Advisory Systems,".

<sup>44</sup> Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, 429-430.

<sup>45</sup> Heath Pickering, Jonathan Craft ve Marleen Brans, "Ministerial Advisers as Power Resources: Exploring Expansion, Stability and Contraction in Westminster Ministers' Offices," *Parliamentary Affairs* 77, no. 2 (2024): 305-306.

<sup>46</sup> Pickering, Craft ve Brans, "Ministerial Advisers as Power Resources," 305-306, 308.

<sup>47</sup> Pickering, Craft ve Brans, "Ministerial Advisers as Power Resources," 305-306, 308.

<sup>48</sup> Richard Shaw ve Chris Eichbaum, *Ministers, Minders and Mandarins: An International Study of Relationships at the Executive Summit of Parliamentary Democracies* (Edward Elgar Publishing, 2018), 3-4; Ben Yong, "The Regulation, Accountabilities and Responsibilities of Special Advisers," iç. *Special Advisers: Who They Are, What They Do and Why They Matter*, ed. Ben Yong ve Robert Hazell (Hart Publishing, 2014), 130; Thirid Hustedt, Kristoffer Kolltveit ve Heidi Houlberg Salomonsen, "Ministerial Advisers in Executive Government: Out from the Dark and into the Limelight," *Public Administration* 95, no. 2 (2017): 300-301.

Siyasi danışmanların karşılaştırmalı devletlerdeki değişen rolleri nedeniyle aslında genel geçer bir tanım yapabilmek zordur.<sup>49</sup> Sözgelimi Avustralya ve Kanada’da bakan danışmanı kavramı o kadar geniş ki medya, politika ve parlamento danışmanlığı yapan kişilerin yanında sekreter gibi idari personeller de bakan danışmanı kapsamındadır. Zira Avustralya’da tüm bakanlık personeli, aynı yasa kapsamında atanmakta ve aynı partizan ortamda çalışmaktadır.<sup>50</sup> Hibrit ya da karma olarak isimlendirilecek bir modelde örgütlenen Birleşik Krallık’ta ise siyasi danışmanlar, üst düzey bakan danışmanlığı rollerinin önemli bir kısmını üstlenirken, birçok yazışma ve idari görev tarafsız kamu görevlileri tarafından yürütülmektedir.<sup>51</sup> Almanya’da “liderlik kadrosu birimleri” (*leadership staff units*) olarak adlandırılan bakanlık ofisleri, doğrudan bakanlık teşkilatının bir parçasıdır ve kendi içinde farklı bölümlere ayrılmıştır. Bu birimlerin başkanı, işlevsel olarak bazı ülkelerdeki müsteşar (*chief adviser*) pozisyonuna denk bir rol üstlenmektedir. Kıta Avrupası idari geleneğinin etkili olduğu bazı ülkelerde -örneğin Fransa ve Belçika’da- bakanlık kabineleri kavramı çerçevesinde değerlendirilen danışmanlar uzun süredir yürütme organının yerleşik bir unsuru olarak varlığını sürdürmektedir.<sup>52</sup> Bu sistemdeki danışmanlar sadece teknik uzmanlar olarak değil ve fakat idareyi siyasi hedefler doğrultusunda yönlendiren, koordinasyonu sağlayan ve bakanın siyasi ajandasını koruyan geçici görevli partizanlar ve politika yöneticileri olarak tanımlanmaktadır.<sup>53</sup>

Yirmi yedi ülkeye ilişkin verilere dayanan OECD (2011) çalışmasında üç tür danışman tanımlanmıştır. Bunlar siyasal liderin yakın çalışma arkadaşı konumundaki stratejik danışmanlar, medya ile ilişkileri yürüten medya danışmanları ve belirli politika alanlarında uzmanlaşmış uzman danışmanlardır.<sup>54</sup> Bazı araştırmalar, bakanlık danışmanlarını kuramsallaştırma yolunda adımlar atmış ve çeşitli görev ve sorumlulukları daha genel rollere indirgemıştır. Bu roller, bireyler arasında **örüntüleşen davranışlar** olarak anlaşılmaktadır.<sup>55</sup> **Bu anlamda danışmanlar için** dört politika rolü tanımlanmıştır. Bunlar **uzmanlar, partizanlar, koordinatörler ve gözcülerdir**.<sup>56</sup> Birleşik Krallık üzerine yapılan araştırmalarda, bakanlık danışmanlarının üç rol üstlendiği ortaya koyulmuştur. Bunlar politikaların nasıl geliştirilebileceği ve geliştirilmesi gerektiği konusunda tavsiyeler verenler, politikaların uygulanmasını sağlayanlar ve parti meslektaşlarıyla görüşmek veya politik konuşmalar yazmak gibi siyasi görevleri yerine getirenlerdir.<sup>57</sup> Diğer araştırmacılar ise danışmanların bazen “**şerpa**” veya “**vekalet eden**” roller üstlenebileceğini belirtmiştir.<sup>58</sup>

<sup>49</sup> Siyasi danışmanlar Avustralya ve Yeni Zelanda’da bakan danışmanları (*ministerial advisers*) olarak anılmakta, Kanada’da istisnai personel (*exempt staff*) şeklinde tanımlanmakta, İrlanda ve Birleşik Krallık’ta ise en yaygın biçimde özel danışmanlar (*special advisers*) olarak tanınmaktadır. Bkz. Bernadette Connaughton, Charis Rice ve Richard Shaw, “The Westminster Tradition”, iç. *Handbook on Ministerial and Political Advisers*, ed. Richard Shaw (Edward Elgar Publishing, 2023), 296. Öte yandan karşılaştırmalı analiz yapabilmek için “danışman” kavramına ilişkin ortak bir tanım gereklidir. Hustedt, Kolltveit ve Salomonsen, “Ministerial Advisers in Executive Government,” 300.

<sup>50</sup> *Members of Parliament (Staff) Act 1984* (Commonwealth of Australia); The LSE GV314 Group, “New Life at the Top: Special Advisers in British Government,” *Parliamentary Affairs* 65, no. 4 (2012): 715-732.

<sup>51</sup> Pickering, Craft ve Brans, “Ministerial Advisers as Power Resources,” 305-306; The LSE GV314 Group, “New Life at the Top,” 722.

<sup>52</sup> Arthur Meert, Marleen Brans, Fabrizio Di Mascio, Athanassios Gouglas, Alessandro Natalini ve Patricia Silva, “Ministerial Advisers in Political Systems of the Napoleonic Administrative Tradition: The Ministerial Cabinet,” iç. *Handbook on Ministerial and Political Advisers*, ed. Richard Shaw, (Edward Elgar Publishing), 245.

<sup>53</sup> Meert vd., “Ministerial Advisers in Political Systems of the Napoleonic Administrative Tradition,” 244-245.

<sup>54</sup> OECD, *Ministerial Advisors: Role, Influence and Management*, Paris: OECD Publishing, 2011 aktaran Athanassios Gouglas, “The Story So Far: What We Know (and Don’t Know) about Ministerial Advisers,” iç. *Handbook on Ministerial and Political Advisers*, ed. Richard Shaw (Edward Elgar Publishing, 2023), 31.

<sup>55</sup> Hustedt, Kolltveit ve Salomonsen, “Ministerial Advisers in Executive Government,” 303.

<sup>56</sup> Bernadette Connaughton, “Glorified Gofers, Policy Experts or Good Generalists: A Classification of the Roles of the Irish Ministerial Adviser,” *Irish Political Studies* 25, no. 3 (2010): 347-369.

<sup>57</sup> The LSE GV314 Group, “New Life at the Top,” 719-722.

<sup>58</sup> Eichbaum ve Shaw, “Ministers, Minders and the Core Executive,” 594. Şerpa Himalayalar’daki dağ halkına verilen isimdir. O insanlar yüksek irtifaya dayanıklılıklarıyla ünlü ve dağcıların rehberi, yük taşıyıcısı, yolu

Peki neden siyasi danışmanlara ihtiyaç bulunmaktadır? Bu sorunun temel sebepleri arasında, artan seçim baskısı, 7/24 işleyen medya döngüsü, kamu politikasının artan teknik karmaşıklığı, siyasetin uluslararasılaşması, bakanların kısa vadeli kişisel tercihleri, Bakanlıkların büyüklüğü ve kapasitesindeki değişimlerin literatürde özellikle vurgulanan nedenler arasında sayıldığı dikkat çekmektedir.<sup>59</sup> Hükümet programının uygulanmasına yönelik kanunların kabul edilmesi ya da reformların uygulanması gibi hususlarda karşılaşılan bürokratik engelleri ve süre kısıtını aşabilmek, teknik ve uzmanlık gerektiren konularda beceri ve bilgi kazanmak, bakanın politik çıkarlarını gözettiği hususunda güvene dayalı resmi hiyerarşi dışında yakın güvene ve sadakate dayalı bir ilişki olması gibi sebeplerle siyasi danışmanların sayısında bir artış yaşandığı değerlendirilmektedir.<sup>60</sup> Gerçekten de bakanların yoğun bürokratik süreçler, kesintisiz medya döngüsü, uluslararası temaslar, parlamento çalışmaları ve kriz yönetimi arasında bölünen aşırı iş yükünde bakanın zihnini en iyi tanıyan ve adeta ikinci benliği (*alter ego*) olarak hareket edecek bir danışmana ihtiyacı vardır.<sup>61</sup>

Yeni Zelanda'da 1990-2005 yılları arasında görev yapan bakanlarla yapılan bir ankette siyasi danışmanların sayısının Bakanların artan siyasi yoğunluğu, koalisyon hükümetlerinde koalisyon ortaklarıyla ve parlamentoyla sürekli bir koordinasyon ihtiyacı, bürokrasiden gelen tek bir kurumsal bakış açısına karşı alternatif siyasal seçenekler üretmeleri gibi nedenlerden dolayı artış gösterdiği bulgusuna ulaşılmıştır.<sup>62</sup> Bu ankette Bakanlar, doğrudan siyasi danışman atama nedenleri arasında koalisyon ilişkilerini yönetmek, evrak ve iş yükünün aşırılığıyla başa çıkmak, bürokrasinin bakanlığın politikalarına direnç göstermesini önlemek, tek bir bürokratik görüşten ziyade alternatif politika seçeneklerini çoğullandırmak, paydaş ağlarına erişmek ve siyasi yalnızlaşmayı engellemek gibi hususları yanıtlamışlardır.<sup>63</sup> Buna karşılık bir grup *Westminster* gelenekçileri olan bakan, bürokrasinin yeterli olduğunu ve siyasi danışmanların süreçleri bozabileceğini düşünerek danışman atamadıklarını ifade etmişlerdir.<sup>64</sup> Tüm bu yanıtlar siyasi danışmanların politika yapım süreçlerine ilişkin ve idari ve usul becerilerinin oldukça kapsamlı nitelikte olması gerektiğini göstermektedir.<sup>65</sup> Siyasi danışmanlar hem geniş anlamda yürütme içinde hem de yasamayla olan ilişkilerde yani hem siyasi hem de teknik konularda kapsamlı işler yürütmektedirler.<sup>66</sup> Bu siyasi ve teknik konulara -bakanların talimatlarını bürokrasiye aktarmak, bakanlık birimlerinden gelen raporları analiz etmek, yeni politika fikirleri geliştirmek, parlamentodan gelen soru önergelerinin yanıtlanmasına destek olmak gibi- örnekler verilebilir.<sup>67</sup>

Siyasi danışman ihtiyacının artmasının bir diğer nedeninin seçim sisteminden kaynaklandığı ileri sürülmektedir. Örneğin Yeni Zelanda'da yapılan bu araştırma ülkede 1996'dan beri karma üyeli nispi temsil sistemi uygulanması sebebiyle tek parti çoğunluk hükümetinin uygulanmadığını ortaya

---

açanı olarak bilinmektedir. Siyasette ise bu kelime ödünç alınarak bir liderin ya da bakanın yüksek düzeyli uluslararası toplantılara hazırlığında "zirve yolunu açan" kişiye denmektedir.

<sup>59</sup> Pickering, Craft ve Brans, "Ministerial Advisers as Power Resources," 305-306, 310; Yee-Fui Ng, "Political Advisers in the Executive Branch," iç. *The Oxford Handbook of Political Executives*, ed. Rudy B. Andeweg, Robert Elgie, Ludger Helms, Juliet Kaarbo ve Ferdinand Müller-Rommel (Oxford University Press, 2020), 502.

<sup>60</sup> Thuriid Hustedt, Heidi Houlberg Salomonsen, "Ensuring Political Responsiveness: Politicization Mechanisms in Ministerial Bureaucracies," *International Review of Administrative Sciences* 80, no. 4 (2014), 746-765; Marleen Brans, Christophe de Visscher, Athanassios Gouglas ve Steven Jaspers, "Political Control and Bureaucratic Expertise: Policy Analysis by Ministerial Cabinet Members," iç. *Policy Analysis in Belgium*, ed. Marleen Brans ve David Aubin, (Policy Press, 2017), 57-78 aktaran Pickering, Craft, Brans, "Ministerial Advisers as Power Resources," 305-306, 308.

<sup>61</sup> Robert Hazell, "A Profession Comes of Age," iç. *Special Advisers: Who They Are, What They Do and Why They Matter*, ed. Ben Yong ve Robert Hazell (Hart Publishing, 2014), 194-198.

<sup>62</sup> Chris Eichbaum ve Richard Shaw, "Ministers, Minders and the Core Executive: Why ministers appoint political advisers in Westminster contexts," *Parliamentary Affairs* 67 no. 3 (2014): 590-592.

<sup>63</sup> Eichbaum ve Shaw, "Ministers, Minders and the Core Executive," 592-594.

<sup>64</sup> Eichbaum ve Shaw, "Ministers, Minders and the Core Executive," 592.

<sup>65</sup> Eichbaum ve Shaw, "Ministers, Minders and the Core Executive," 594.

<sup>66</sup> Eichbaum ve Shaw, "Ministers, Minders and the Core Executive," 597-600.

<sup>67</sup> Eichbaum ve Shaw, "Ministers, Minders and the Core Executive," 597-600.

koymaktadır. Koalisyonlar, azınlık hükümetleri ve çok aktörlü siyasal mimari nedeniyle bakanların tek başına yerine getiremeyeceği bir siyasal koordinasyon yükü yaratmıştır. Dolayısıyla siyasi danışmanların yürütmede kurumsallaşması kaçınılmaz olduğu ileri sürülmektedir.<sup>68</sup>

Siyasi danışmanlar; hukuki danışman, bakan yardımcısı, müsteşar veya milletvekili danışmanından farklıdır. Bu noktada anayasal düzendeki etkileri bakımından iki yüzlü (*janus-faced*) bir kaynak teşkil eden yürütmenin hukuki danışmanlarına da yer vermek uygun olur.<sup>69</sup> Hukuki danışmanlar bir yandan yürütmenin işlem ve eylemlerini anayasal sınırlar içinde tutarak ve hukuka uygunluğu teşvik eden güçlü bir iç kısıtlama işlevi görebilir. Hatta sunulan hukuki görüşler nedeniyle yürütme esasında siyasi olarak uygun gördüğü eylemlerden bile uzaklaşabilir. Öte yandan aynı hukuki tavsiye, tartışmalı veya itiraz edilen durumlarda bile yürütme eylemlerine veya eylemsizliklerine ikna ve inandırıcılık kılıfı sağlayarak yürütmenin gücünü pekiştirebilir.<sup>70</sup> Yürütmenin hukuki danışmanlarının rolünü belirleyen dört temel değişken üzerinden A.B.D ve Birleşik Krallık üzerine yapılan bir araştırmada belirgin farklılıklar tespit edilmiştir. İlk değişken olan “atama süreci” ekseninde A.B.D’de Hukuk Müşavirliği Ofisi (*Office of Legal Counsel-OLC*) ve Beyaz Saray Hukuk Müşavirliği (*White House Counsel-WHC*) başkan tarafından atanan siyasi figürlerden oluşmaktadır.<sup>71</sup> Birleşik Krallık’ta Başsavcı hem bir bakan hem de milletvekili olarak “siyasi bir aktör” olarak tanımlanmaktadır.<sup>72</sup> Öte yandan her iki sistemde de bu siyasi kimlik yüksek teknokratik yetkinlikle dengelenmeye çalışılmaktadır.<sup>73</sup> İkinci değişken olarak “hukuki tavsiyelerin aleniliği” konusunda A.B.D.’deki OLC görüşlerinin yayınlanması ilkesiyle görece şeffaf bir model sunarken, İngiltere’de yoğun bir gizlilik geleneği hakimdir.<sup>74</sup> Tavsiyeler ancak Irak Savaşı veya Brexit gibi istisnai ve yüksek siyasi öneme sahip durumlarda kamuoyuyla paylaşılmaktadır.<sup>75</sup> Üçüncü değişken yani “tavsiyenin niteliği” bakımından karşılaştırıldığında, A.B.D.’deki OLC, yürütme organının kurumsal rolüne özgü bağımsız yorumlar üreten bir yaklaşım sergileyerek başkanın hedeflerine yasal yollar bulmaya odaklanmaktadır.<sup>76</sup> İngiltere’deki danışmanlar ise idealize edilmiş tarafsız bir “mahkeme taklitçisi” (*court-mimicking*) analizi hedeflemektedirler.<sup>77</sup> Mahkemenin varsayımsal olarak uygulayacağı yoruma en yakın sonucu tespit etmeye çalışmaktadır. Bu çerçevede hukuki danışmanlık faaliyeti olası bir yargısal denetimde savunulabilir nitelikte olan en isabetli yorumun belirlenmesine odaklanmaktadır. Son değişken “yapısal konum” açısından karşılaştırma yapıldığında, İngiltere kritik anayasal konularda Başsavcılık makamında toplanan merkeziyetçi ve otoriter bir tavsiye kaynağı sunmaktadır.<sup>78</sup> A.B.D., Başkana farklı birimler (OLC veya WHC) arasında seçim yapma veya görüş alışverişinde bulunma imkanı tanıyan “dağınık” bir model sergilemektedir.<sup>79</sup>

Teknik danışmanlar yani bir politika alanında uzmanlık desteği sunan görevliler, yürütmenin siyasal yönelimlerinin oluşumuna katılan siyasi danışmanlarla aynı kategoride değerlendirilemez. Bakan yardımcısı ve müsteşarlar ise aşağıda Türk anayasal sistemine ilişkin bölümde detaylı inceleneceği üzere, kural olarak hiyerarşik yapılanma içinde yer alan ve doğrudan yetki kullanan aktörlerdir. Oysa siyasi danışmanlar, yürütmenin siyasi aktörlerine yakınlıkları nedeniyle etkili olmakla birlikte kural olarak icrai yetki kullanmazlar. Milletvekili danışmanları ise yasama organı bünyesinde görev yapan ve bu çalışmanın yürütme teşkilatına odaklanan konusu dışında kalan ayrı bir danışmanlık kategorisini oluşturmaktadır. Milletvekilili danışmanları yürütme teşkilatına odaklanması sebebiyle bu çalışmanın merkezindeki siyasi danışman kavramından muaf tutulmuştur. Milletvekili danışmanlarının

<sup>68</sup> Eichbaum ve Shaw, “Ministers, Minders and the Core Executive,” 591, 594.

<sup>69</sup> Conor Casey ve David Kenny, “The Gatekeepers: Executive Lawyers and the Executive Power in Comparative Constitutional Law,” *International Journal of Constitutional Law* 20 no. 2 (2022): 679-680.

<sup>70</sup> Casey ve Kenny, “The Gatekeepers,” 680.

<sup>71</sup> Casey ve Kenny, “The Gatekeepers,” 671.

<sup>72</sup> Casey ve Kenny, “The Gatekeepers,” 671.

<sup>73</sup> Casey ve Kenny, “The Gatekeepers,” 672.

<sup>74</sup> Casey ve Kenny, “The Gatekeepers,” 673-674.

<sup>75</sup> Casey ve Kenny, “The Gatekeepers,” 673.

<sup>76</sup> Casey ve Kenny, “The Gatekeepers,” 677.

<sup>77</sup> Casey ve Kenny, “The Gatekeepers,” 675.

<sup>78</sup> Casey ve Kenny, “The Gatekeepers,” 678.

<sup>79</sup> Casey ve Kenny, “The Gatekeepers,” 678-679.

yasal statüleri tanımlanmıştır ve onlarla ilgili yapılacak araştırmalar belki başka bir çalışmanın konusu olabilir.<sup>80</sup> Öz olarak siyasi danışmanlık kurumu hukuki danışmanlık, teknik uzmanlık ve üst kademe kamu yöneticilerinden ayrılan, siyasal güven ilişkisine dayalı özgün bir yürütme içi statü oluşturmaktadır.

Bu çalışma, siyasi danışmanlık kurumunu anayasal danışma organları veya kurumsal danışma mekanizmaları üzerinden değil, yürütme organına bağlı olarak bireysel biçimde görevlendirilen danışman kişiler üzerinden ele almaktadır. Bu nedenle Danıştay, Milli Güvenlik Kurulu veya benzeri anayasal ya da kurumsal danışma organları inceleme dışında bırakılmıştır. Çalışmanın odak noktası, yürütmenin siyasi aktörlerine kişisel güven ilişkisi temelinde bağlı olarak görev yapan, anayasal organ statüsüne sahip olmayan, kamu görevlisi olabileceği gibi özel hukuk kişisi veya özel hukuk tüzel kişisi sıfatıyla da danışmanlık hizmeti sunabilen aktörlerdir. Modern yürütme teşkilatında giderek yaygınlaşan bu tür danışmanlık ilişkileri, anayasal metinlerde açık bir statüye sahip olmamakla birlikte karar alma süreçlerinde önemli rol oynamakta ve bu yönüyle anayasada tasavvur edilen yürütme yetkisi ile fiili uygulama arasında ortaya çıkan gölgeli alanı görünür hale getirmektedir.<sup>81</sup>

## B. Karşılaştırmalı Anayasalarda Siyasi Danışmanlar

Karşılaştırmalı anayasalarda siyasi danışmanların anayasal statüsünü tespit edebilmek amacıyla Karşılaştırmalı Anayasa Projesi (*Comparative Constitutions Project*) kapsamında oluşturulan anayasa veri tabanı üzerinden sistematik bir tarama yapılmıştır.<sup>82</sup> Bu veri tabanında yer alan ve İngilizce metinlerine erişilebilen anayasalarda yürütme erkinin teşkilat yapısındaki siyasi danışmanlara ilişkin açık bir düzenleme bulunup bulunmadığını belirlemek amacıyla metinler tek tek incelenmiştir. İnceleme kapsamında farklı hükümet sistemlerine sahip devletlerin anayasal metinleri karşılaştırmalı olarak değerlendirilmiştir.

Analiz edilen anayasalarda yürütme organının geleneksel teoriye uygun biçimde devlet başkanı, hükümet ve bakanlar biçiminde kurumsallaştığı ve fakat modern yürütme içinde önemli rol oynayan siyasi danışmanlara anayasalarda kural olarak yer verilmediği görülmektedir. Danışmanlık kurumunun anayasal görünürlüğü bakımından üçlü bir tipoloji oluşturmak mümkündür: (i) danışmanlık kurumuna hiç yer vermeyen anayasalar, (ii) yalnızca hukuki veya teknik nitelikte danışma organlarını düzenleyen anayasalar ve (iii) istisnai olarak siyasi danışmanları açıkça tanıyan anayasalar.

Birinci grubu oluşturan anayasalarda yürütme organının teşkilat yapısı ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olmasına rağmen siyasi danışmanlara ilişkin herhangi bir anayasal hükme yer verilmemiştir. İtalya, İspanya, Belçika, İsveç, Danimarka, Panama, Paraguay, Peru, Filipinler, Portekiz, Slovenya, İzlanda, Güney Afrika, Yeni Zelanda ve Kanada gibi farklı hükümet sistemlerine sahip çok sayıda anayasa incelendiğinde, yürütmenin devlet başkanı, hükümet ve bakanlıklar üzerinden kurumsallaştırıldığı ve fakat siyasi danışmanlara ayrı bir anayasal statü tanınmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum, siyasi danışmanların modern yürütme içinde yaygın ve kurumsallaşmış aktörler olmalarına rağmen anayasal organ olarak kabul edilmediklerini göstermektedir. Bu görünmezlik yasal statü bakımından da ortaya çıkabilmektedir. Nitekim bazı ülkelerde geniş bir bakan danışmanı grubunun açık bir anayasal veya yasal statüye sahip olmaksızın fiilen görev yaptığı görülmektedir. Özellikle

<sup>80</sup> 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu md. 30, RG. 18.12.2011, S. 28146.

<sup>81</sup> Gölgeli alan (*shadowland*) tabiri aslında siyasi danışmanların yürütmenin siyasi aktörleri ve idare arasında konumlandığını ifade etmek için kullanılan bir metaforudur. Bu ifade aynı zamanda siyasi danışmanların kendilerine açıkça tanınmış yasal ya da idari yetkilere dayanmalarından ziyade erişim ve etki üzerinden işleyen bir ara alanda faaliyet göstermelerine vurgu yapmaktadır. Bkz. Hustedt, Kolltveit ve Salomonsen, “Ministerial Advisers in Executive Government,” 299. Buradaki gölgeli alan ifadesi siyasi danışmanların artık yürütmenin kaçınılmaz bir bileşeni haline gelmelerine rağmen kurumsallaşmalarına yönelik normatif boşluğa işaret etmek için kullanılmaktadır.

<sup>82</sup> *Constitute Project* veri tabanında toplam 232 anayasa yer almaktadır. Bu metinlerin 193’ü yürürlükte, 28’i mülga, 11’i ise taslak anayasalardır. İnceleme yürürlükteki 193 anayasa üzerinden yapılmıştır. Zachary Elkins, Tom Ginsburg ve James Melton, *Constitute Project, Comparative Constitutions Project*, <https://www.constituteproject.org> (erişim tarihi Mart 17, 2026). Bu veritabanında siyasi danışman kavramına gelecek anlamda “political adviser”, “advisor”, “adviser”, “special adviser”, “ministerial staff”, “cabinet staff”, “state secretary”, “assistant”, “legal adviser” ve “counsel” gibi terimler üzerinden arama yapılmıştır.

Avrupa'daki eski Komünist Blok'a mensup ve yürütmenin yüksek derecede siyasallaştığı Bulgaristan, Hırvatistan, Polonya, Romanya ve Slovakya gibi ülkelerde bu tür aktörler “görünmez danışmanlar” olarak adlandırılmaktadır.<sup>83</sup> Bu kavram, danışmanların karar alma süreçlerindeki sistemsal ağırlıklarına rağmen statülerinin açık ve yasal bir zemine kavuşturulmadığını ifade eder. Anayasal düzen ile yürütmenin fiili işleyişi arasında beliren yapısal farklılaşma, yalnızca anayasal hükümlerin suskunluğundan doğmamaktadır. Bu farklılık danışmanlık faaliyetinin çoğu zaman yasal statü dışında tutulmasından da kaynaklanabilmektedir.

İlginç bir örnek olarak burada Singapur'da şimdiye kadar yalnızca bir kişi için, *Lee Kuan Yew*, ihdas edilen, onun vefatından sonra bu göreve tekrar atama yapılmayan ve aslında Bakan statüsüyle kabinenin bir üyesi olarak görev yapan Başbakan Danışmanı (*Minister Mentor*) kurumu gösterilebilir.<sup>84</sup> Singapur Anayasası'nda açıkça Başbakan Danışmanlığı diye bir makam yer almamaktadır. Bu görev anayasal metinde bağımsız bir organ olarak değil de Başbakan'ın tavsiyesi üzerine atanan ve Başbakan'ın bakanlara belirli konularda sorumluluk verme yetkisi çerçevesinde ortaya çıkan siyasi, idari bir görev olarak anlaşılmalıdır. Bu örnek, anayasada açıkça yer almayan kimi yürütme içi rollerin, anayasanın öngördüğü bakanlık ve görev dağılımı düzenlemeleri içinde uygulamada nasıl önem kazanabileceğini göstermesi bakımından anlamlıdır.

İkinci grupta yer alan anayasalarda ise danışmanlık yapıları tümüyle dışlanmış değildir. Öte yandan düzenlenen danışmanlık makamları siyasi danışman niteliği taşımamakta, daha çok hukuki danışmanlık işlevi gören kurumsal aktörlerle sınırlı kalmaktadır. Bu bağlamda Maldivler Anayasası örnek teşkil etmektedir. Maldivler Anayasası'nın 133. maddesine göre Cumhurbaşkanı hükümetin hukuki danışmanı olarak görev yapmak üzere *Attorney General* (Başsavcı) atayabilir.<sup>85</sup> Hükümetin işlemlerinin hukuka uygunluğu bakımından anayasal statüye sahip bir hukuki danışma makamı öngörülmüştür. Hindistan Anayasasının 76. maddesi ve Pakistan Anayasasının 100. maddesi *Attorney General* makamını yürütmeye hukuki görüş vermekle görevli anayasal bir danışman olarak öngörmektedir.<sup>86</sup> Bu örnekler, anayasalarda danışmanlığın tamamen dışlanmadığını, ancak anayasal statü verilen danışmanlığın çoğunlukla teknik ve hukuki nitelikte olduğunu, buna karşılık siyasi danışmanların anayasal metinlerde kural olarak görünmez kaldığını göstermektedir. Bu tür düzenlemeler, danışmanlık kurumunun bütünüyle anayasadan dışlanmadığını fakat yalnızca hukuki veya teknik danışmanlık fonksiyonu taşıyan makamlarla sınırlı tutulduğunu göstermektedir. Bu durumda anayasal düzen, yürütme içinde siyasi nitelik taşıyan danışmanlık faaliyetlerini tanımaz. Buna karşılık hukuki denetim veya teknik destek işlevi gören danışmanlık makamlarını anayasal çerçeve içine almaktadır.

Üçüncü ve istisnai grubu oluşturan anayasalarda ise siyasi danışmanlara açık biçimde yer verildiği görülmektedir. İncelenen anayasal metinler içinde bu nitelikte düzenleme içeren en belirgin örnek Norveç Anayasasıdır.<sup>87</sup> Norveç Anayasasında bakanlıklarda görev yapan kamu görevlileri ile siyasi danışmanlar arasında açık bir ayırım yapılmıştır. Buna göre bakanlıklarda görev yapan memurlar milletvekili adayı olamazlarken, siyasi danışmanlar görevdeyken milletvekili adayı olabilecektir. Bununla birlikte siyasi danışmanlık görevlerini bırakmadan meclis çalışmalarına katılamayacaklardır. Bu düzenleme, siyasi danışmanların yürütme organı içinde anayasal düzeyde tanınmış olmakla birlikte geleneksel anayasa teorisinin öngördüğü organ kategorilerine tam olarak dahil edilmeyen ara bir statüye sahip olduklarını göstermektedir.

Bu karşılaştırmalı inceleme, modern yürütme teorisi bakımından önemli bir sonucu ortaya koymaktadır. Günümüz hükümet sistemlerinde siyasi danışmanlar politika üretimi, koordinasyon, iletişim ve strateji belirleme süreçlerinde belirleyici rol oynayan aktörler haline gelmiş olmasına rağmen, yürütme organı anayasalarda geleneksel kurumsal yapı üzerinden tanımlamakta ve danışmanlar

<sup>83</sup> Katarína Staroňová ve Marek Rybář, “Ministerial Advisers in Central and Eastern Europe: Transition Belts or Something Else?,” iç *Handbook on Ministerial and Political Advisers*, ed. Richard Shaw, (Edward Elgar Publishing, 2023), 217-218.

<sup>84</sup> Mark Tushnet, “Constitution,” iç *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld and András Sajó (Oxford University Press, 2012), 219.

<sup>85</sup> Maldivler Anayasası md. 133.

<sup>86</sup> Hindistan Anayasası md. 76.; Pakistan Anayasası md. 100.

<sup>87</sup> Norveç Anayasası md. 62.

hakkında -Norveç istisna olmak üzere- anayasal bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durum, anayasal düzen ile fiili yürütme pratiği arasında yapısal bir farklılaşma bulunduğunu ve siyasi danışmanların anayasal olarak görünmez ve fakat kurumsal olarak etkili bir yürütme katmanı oluşturduğunu göstermektedir.

### C. Yürütme Erkindeki Teşkilatlanma Biçimlerine Göre Danışmanlık Modelleri

Hükümet sistemleri, erkler ayrılığı ile yasama ve yürütme organlarının ilişkileri ve işleyişi üzerinden yürütmenin örgütlenme biçimini açıklamaya elverişli olsa da siyasi danışmanlık yapısının yürütmedeki konumunu yalnızca hükümet sistemleri üzerinden açıklamak yetersiz kalmaktadır. Zira danışmanlık yapısının ortaya çıkışında yürütmenin iç teşkilatlanma biçimi, idari yapı ile siyasi aktörler arasındaki ilişkinin niteliği ve siyasal sorumluluğun nasıl kurulduğu belirleyici rol oynamaktadır.<sup>88</sup> Bu nedenle karşılaştırmalı anayasa hukukunda siyasi danışmanlık modelleri yalnızca klasik hükümet sistemlerinden parlamenter, başkanlık veya yarı-başkanlık ayrımı üzerinden değil ve fakat yürütme erkinin kurumsal teşkilatlanma biçimleri dikkate alınarak incelenmelidir.

*Westminster* geleneğine dayanan parlamenter sistemlerden Birleşik Krallık, Avustralya, Yeni Zelanda ve Kanada gibi ülkelerde görülen modelde, memurlar liyakat esasına göre istihdam edilmekte ve siyasal tarafsızlık temel ilke olarak kabul edilmektedir.<sup>89</sup> Birleşik Krallık'ta *Tony Blair* döneminde danışmanların sayısının ve fonksiyonlarının genişlemesi, danışmanları bakanın en etkili bilgi kaynağına dönüştürmüş, bunun sonucunda siyasi danışman ve bürokrasi hattında gerilimler ortaya çıkmıştır.<sup>90</sup> Bu çerçevede partizan siyasi danışmanlar, bakanlar tarafından kişisel olarak atanmakta ve bakan ile idare arasında konumlanan ayrı bir siyasal katman oluşturmaktadır.<sup>91</sup> Geleneksel kabine hükümeti anlayışından uzaklaşarak başbakanın bireysel gücünün arttığı "başbakanlık hükümeti" modeline geçiş, danışmanların rolünü de dönüştürmüştür. Özellikle *Margaret Thatcher* ve *Tony Blair* dönemlerinde görülen çekirdek danışma çevresi (*kitchen cabinet*) yapıları, başbakanın yakın çevresinden oluşan ve resmi kabine dışında karar süreçlerini etkileyen özel danışman grupları olarak öne çıkmıştır. Bu dönüşüm, politik danışmanların yalnızca destekleyici değil, aynı zamanda yönlendirici ve stratejik karar vericiler olarak konumlandığını göstermektedir. Başbakanların resmi kurumlar yerine bu dar çevreyle politika üretmesi danışmanlara siyasal süreçte önemli bir etki alanı kazandırmıştır.<sup>92</sup>

Siyasi danışmanlar büyük politika reformlarında önemli rol oynamaktadırlar. Sözgelimi İngiltere'de dönemin Başbakanı *Blair*'in danışmanlarından *Powell*, 1998 Belfast Anlaşması'na giden Kuzey İrlanda barış görüşmelerinde kilit rol oynamıştır.<sup>93</sup> Burada hükümet sistemleri bakımından farklılaşan önemli bir tespit de danışman ihtiyacına bağlı olarak sayılarının özellikle koalisyon dönemlerinde belirgin biçimde artmasıdır.<sup>94</sup> Zira iki parti arasındaki politika eşgüdümü ve kriz yönetiminden kaynaklı müzakerelerin yürütülmesinde danışmanlara ihtiyaç duyulmaktadır. Avustralya, Birleşik Krallık, Kanada ve Yeni Zelanda'da 1997 ve 2020 yılları arasında görev yapmış 21 hükümet üzerinden karşılaştırmalı bir çalışma yapılmıştır. Avustralya ve Kanada'daki siyasi danışmanların sayısı Britanya ve Yeni Zelanda'dakilerin iki katından fazladır.<sup>95</sup> Bunun bir sebebi *Westminster* modelindeki siyasal rejimlerde öngörülebilirliğe ve bütçe meselelerine rağmen başbakanların ve bakanların makam ofislerinin oluşturulmasında geniş bir takdir yetkisine sahip olmasıyla ilgilidir.<sup>96</sup> Bu esneklik ilgili devletlerin bakan danışmanlarının sayısı, türleri ve fonksiyonları açısından neden farklılaştığını da gösterir.

<sup>88</sup> Ng, "Political Advisers in the Executive Branch," 503.

<sup>89</sup> Ng, "Political Advisers in the Executive Branch," 503.

<sup>90</sup> Bach ve Hustedt, "Policy-Making in the Executive Triangle," 347-348.

<sup>91</sup> Connaughton, Rice ve Shaw, "The Westminster Tradition," 298-301.

<sup>92</sup> Nurullah Görgen, "The Evolution of the British Executive: Cabinet, Prime Minister and Core Executive Model," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 30, no. 1 (2024): 171.

<sup>93</sup> Hazell, "A Profession Comes of Age," 194.

<sup>94</sup> Hazell, "A Profession Comes of Age," 197.

<sup>95</sup> Pickering, Craft ve Brans, "Ministerial Advisers as Power Resources," 305-306, 309.

<sup>96</sup> Pickering, Craft ve Brans, "Ministerial Advisers as Power Resources," 305-306, 308.

Danimarka meşruti monarşi içinde işleyen bir parlamenter sistem olmakla birlikte, siyasi danışmanların konumu Westminster geleneğinde görülen modelden belirli yönleriyle ayrılmaktadır. Bu durum, siyasi danışmanlık yapılarının yalnızca hükümet sistemi üzerinden açıklanamayacağını, aynı parlamenter sistem içinde dahi yürütmenin iç örgütlenmesine bağlı olarak farklılaşabildiğini göstermektedir. Danimarka’da memurlar partiler üstü ve tarafsız kabul edilmekte, üst düzey bürokrasi ile siyasi danışmanlar arasında açık bir ayırım korunmaktadır. Bakanın hem üst düzey memurlarla hem de bakanlık danışmanlarıyla güçlü bir bağı bulunmakla birlikte, memurlar ile danışmanlar arasındaki ilişki daha zayıf ve daha az kurumsallaşmış niteliktedir. Siyasi danışmanların temel rolü bakana, partiye ve koalisyona siyasi sadakat temelinde destek sağlamak, özellikle medya ve siyasal koordinasyon süreçlerinde görev almaktır. Buna karşılık danışmanların üst düzey memurlara talimat verme yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte Danimarka uygulamasında üst düzey memurların da bakanlara siyasi taktik ve politika önerileri sunabildiği kabul edilmektedir. Bu nedenle danışmanların resmi yetkileri sınırlı olsa da bakanla kurdukları kişisel güven ilişkisi sayesinde fiiliyatta siyasal etki edebildikleri değerlendirilmektedir.<sup>97</sup> Bu örnek, parlamenter sistem içinde dahi danışmanlık yapısının tek tip olmadığını ve yürütmenin anayasal düzenlenişi kadar idari örgütlenme biçiminin de belirleyici olduğunu göstermektedir.

Başkanlık sistemlerinde yürütme yetkisinin Başkan’da toplanması ve yasama ile yürütme arasındaki sert kuvvetler ayrılığı siyasi danışmanların yapısını ve rolünü olağanüstü ölçüde genişletmektedir. A.B.D.’de Başkan, kendi ofisindeki çok sayıda danışmana ek olarak federal kamu hizmetinin üst kademelerine üç bini aşkın siyasi atama yapabilmektedir.<sup>98</sup> Bu durum, yürütme teşkilatı içinde siyasal güvene dayalı atamaların yaygınlaşmasına ve idari teşkilat ile siyasi kadrolar arasındaki sınırın parlamenter sistemlere kıyasla daha geçirgen hale gelmesine yol açmaktadır. Siyasi danışmanlık yalnızca bakanın kişisel yardımcılığı şeklinde değil ve fakat idari teşkilatının üst kademelerine kadar uzanan kurumsallaşmış bir siyasal kadrolaşma biçimi olarak ortaya çıkmaktadır.

Yarı-başkanlık sisteminin uygulandığı Fransa’da ve Belçika gibi bazı parlamenter sistemlerde ise bakanlık kabineleri (*cabinet ministériel*) uygulaması bulunmaktadır. Bu modelde bakanlık kabineleri, kamu görevlileri ile siyasi danışmanların bir bileşiminden oluşmakta, danışmanlar bakan ile idare arasındaki ara yüzü kurumsal olarak işgal etmektedir. Nitekim Fransa örneğinde kabine danışmanları, bakan ile idari teşkilat arasındaki iletişim kanallarını fiilen tekel altına alarak politika danışmanlığının başat kaynağı haline gelmiştir. Kamu hizmetinden geçici görevlendirme yoluyla kabinelere danışman atanabilmesi ve danışmanların yaklaşık yarısının kariyer memurlarından oluşması da kabine danışmanlığının yürütmenin kurumsal yapısı içinde belirleyici bir konum kazandığını ve danışmanlar ile idare arasında ileri düzeyde bir kurumsal iç içe geçmenin tesis edildiğini açık biçimde ortaya koymuştur.<sup>99</sup>

Bu farklı örnekler, hangi sistemde olursa olsun danışmanların yürütme işleyişinin politika üretme, koordinasyon ve siyasi strateji oluşturma fonksiyonlarında kalıcı, kurumsallaşmış ve yapı-şekillendirici aktörler haline geldiğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla modern yürütme teorilerinde danışmanları dışarıda bırakan geleneksel yürütme organı düzenlemeleri gerçeklikle örtüşmemektedir.<sup>100</sup>

<sup>97</sup> Tobias Bach ve Thurid Hustedt, “Policy-Making in the Executive Triangle: A Comparative Perspective on Ministers, Advisers, and Civil Servants,” iç. *Handbook on Ministerial and Political Advisers*, ed. Richard Shaw, (Edward Elgar Publishing, 2023), 345-346.

<sup>98</sup> Ng, “Political Advisers in the Executive Branch,” 504.

<sup>99</sup> Arthur Meert, Marleen Brans, Fabrizio Di Mascio, Athanassios Gouglas, Alessandro Natalini ve Patrícia Silva, “Ministerial Advisers in Political Systems of the Napoleonic Administrative Tradition: The Ministerial Cabinet,” in *Handbook on Ministerial and Political Advisers*, ed. Richard Shaw (Edward Elgar Publishing, 2023), 239.

<sup>100</sup> Bach ve Hustedt, “Policy-Making in the Executive Triangle,” 348-349.

### III. DEMOKRATİK SORUMLULUK İLKESİ AÇISINDAN SİYASİ DANIŞMANLAR

#### A. Demokratik Sorumluluk Kavramı Ve Temelleri

Hesap verebilirlik<sup>101</sup>, hesap sorulabilirlik<sup>102</sup>, demokratik sorumluluk ya da demokratik denetim gibi kavramlarla geçen “*democratic accountability*” kavramının etimolojik kökeni Anglo-Norman döneminde Kral’ın toprak sahiplerinin özel mülklerinin listesinin *Domesday Book* adı verilen kayıtlara geçirilmesi yönündeki emirinden kaynaklanmıştır. Bu döküm vergilendirme dışında kraliyetin idari temellerinin atılmasını da amaçlamaktaydı.<sup>103</sup> 20. yüzyılın sonlarına doğru Thatcher Hükümeti tarafından uygulanan Yeni Kamu Yönetimi ile ve A.B.D’de Clinton-Gore Yönetimi tarafından başlatılan “Hükümeti Yeniden Keşfetme” reformlarıyla “*accountability*” kelimesinin anlamı mali hesaplama kamusal hesap verebilirliğe doğru evrilmiştir.<sup>104</sup> Şeffaflık, dürüstlük ve güvenilirlik gibi imgeleri çağrıştırdığından hesap verebilirlik kavramının vazgeçilmezliği konusunda neredeyse herkes mutabıktır.<sup>105</sup> Yalın anlamıyla hesap verebilirlik ya da demokratik sorumluluk: “İcrai ya da ihmali davranışını açıklamak ve gerekçelendirmek zorunluluğu olan ve bu davranışlarının sonuçlarını sırtlanmak zorunda olan siyasi bir aktör ile parlamento veya mahkeme gibi bu ilgili siyasi aktöre hesap soran ve onu yargılayan bir makam arasındaki ilişki” olarak tanımlanabilir.<sup>106</sup>

Modern demokrasilerde sorumluluk kamu gücünün hukukun üstünlüğüne uygun kullanılmasını sağlayarak demokratik meşruiyeti pekiştirir.<sup>107</sup> Zira halkın temsilcilerine ve seçmenlere, hükümetin icraatının uygunluğu ve etkinliği hakkında değerlendirme yapabilmeleri için gerekli bilgiyi sağlar.<sup>108</sup> Kamu gücü kullanan aktörlerin sorumluluğunun sağlanmasının demokratik temelleri egemenliğin asıl sahibi olan halk ve egemenliğin kullanılmasını devrettikleri temsilciler arasındaki yetki verilmesi zincirini kuramsallaştıran Rousseau’ya uzanır.<sup>109</sup> Halk, egemenliği temsilcilere, temsilciler ise politika yapma görevini hükümete devreder. Bu zincirin her halkasında, vekilin asıl iradesine bağlı kalıp kalmadığının denetlenmesi gerekir. Siyasi danışmanlar, bu zincirde yürütmenin siyasi aktörleriyle uzman bürokratlar arasındaki dengeyi kuran ve yürütmenin kararlarının seçmen iradesiyle (hükümet programı aracılığıyla) bağlantısını korumaya çalışan aktörler olarak konumlandırılır.<sup>110</sup> Siyasi danışmanlar bu zincire dahil olmalarına rağmen hukuki statüleri ile görev ve yetkileri anayasal ya da yasal zeminde düzenlenmediğinden zincirin kopmasına ve halkın temsilcileri aracılığıyla yürütmeyi denetleme mekanizmalarının zayıflamasına neden olmaktadır.<sup>111</sup>

Anayasal yaklaşımda hesap verebilirliğin temeli Locke ve Montesquieu gibi liberal anayasal geleneğin savunucularının fikirlerine dayanmaktadır. Bu geleneğin ortak kaygısı, mutlak iktidarın, aşırı iddialı seçilmiş liderlerin ya da giderek genişleyen ve kişiselleşen yürütme gücünün yol açabileceği

<sup>101</sup> Gönenç “hesap verebilirlik” kavramını tercih eder. Levent Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi - Dengelenmesi ve Yargı*, (Adalet Yayınevi, 2015).

<sup>102</sup> Gözler ise “hesap sorulabilirlik” kavramını tercih eder. Bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 652. Kanımca bu çeviri kavramlar arasında teknik belirgin bir ayrım olmadığından birbirinin yerine geçecek biçimde kullanılabilir.

<sup>103</sup> Mark Bovens, “Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework,” *European Law Journal* 13 no. 4 (2007): 448.

<sup>104</sup> Bovens, “Analysing and Assessing Accountability,” 449.

<sup>105</sup> Bovens, “Analysing and Assessing Accountability,” 449.

<sup>106</sup> Bovens, “Analysing and Assessing Accountability,” 449-450.

<sup>107</sup> European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007, Mart 18, 2016, 9, para. 33; Susan Rose-Ackerman, *Democracy and Executive Power: Policymaking Accountability in the US, the UK, Germany, and France* (Yale University Press, 2021), 15.

<sup>108</sup> Bovens, “Analysing and Assessing Accountability,” 463.

<sup>109</sup> Bovens, “Analysing and Assessing Accountability,” 463; Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, 91.

<sup>110</sup> Rose-Ackerman, *Democracy and Executive Power*, 3, 29.

<sup>111</sup> Bovens, “Analysing and Assessing Accountability,” 463.

keyfilik, yolsuzluk ve güç suistimalini önlemektir.<sup>112</sup> Bu nedenle anayasal hesap verebilirlik, demokratik temsilin sağlanmasından ziyade iktidarın kullanımının sınırlandırılmasına ve kamu gücünün denetlenebilir kılınmasına yöneliktir. Bu çerçevede *Montesquieu*'nün yaklaşımı belirleyicidir. *Montesquieu*, yürütmenin doğası gereği sorumsuz olması gerektiğini kabul eder. Zira tek kişiden oluşması gereken yürütmenin suçlandığı veya yargılandığı bir sistemde yasamanın zorbalığının ortaya çıkacağını ve özgürlüğün ortadan kalkacağını savunur. Böyle bir durumda rejim özgür olmayan bir cumhuriyet biçimine dönüşür. *Montesquieu*'nün yürütmenin sorumsuzluğunu esas alması, yürütme iktidarının fiilen denetimsiz olması gerektiği anlamına gelmez. Tam tersine gücün denetlenmesi fikrini esas alan *Montesquieu*, bir hükümdarın danışmanlar ve bakanlar olmaksızın kötü yönetemeyeceğini kabul eder.<sup>113</sup> *Montesquieu*'ye göre, kötü tavsiyeler sonucunda kanunların uygulanmasını engelleyen bir hükümdar, başka tavsiyelere uyarak hatalarını telafi edebilir. Bu yaklaşımla danışmanların yürütme erkinin yönünü fiilen belirleyen aktörler olduğunu açıkça kabul edilmektedir. Haliyle yürütmenin sorumsuzluğu, danışmanlar ve bakanlar üzerinden sağlanan dolaylı bir sorumluluk rejimiyle dengelenir. *Montesquieu*, bu sorumluluk rejiminin monarşiye dayanan rejimlerle sınırlı olduğunu da açıkça belirtir. Oysa kolektif karar alma süreçlerine dayanan cumhuriyetlerde siyasi danışmanların değiştirilmesi tek başına rejimi kurtarmaya yetmez zira burada sorun siyasi tavsiyeden çok, iktidarın teşkilatlanma yapısından kaynaklanır.<sup>114</sup>

Demokratik yaklaşım hesap verebilirliği, halk ve temsilcilerin yürütmeyi denetleyebilmesi açısından değerlendirirken, anayasal yaklaşım aynı düzenlemeyi iktidarın yetkisini kötüye kullanmasını gerçekten engelleyip engellemediği üzerinden değerlendirir.<sup>115</sup>

## B. Siyasi Danışmanların Demokratik Sorumluluğunun Kurulması

Siyasi danışmanların icrai yetkilerinin bulunmaması nedeniyle kendilerinden demokratik yollarla hesap sorulamayacağı argümanı akla gelebilir. Oysa aşağıda sıralanacak dört sav, bu argümanın münferit ağırlığından fazla gelmektedir.

Birinci sava göre siyasi danışmanların yürütmede artan fiili gücü, onların kimi zaman icrai yetkileri kullandığı örneklerle dönüşmesine ilişkindir. Sözgelimi Avustralya'daki *Ozmanian v Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs* (1996) davası, siyasi danışmanların resmi bir yetkilendirme olmadan yürütme gücünü fiilen nasıl kullandıklarını ve bunun yarattığı ciddi hesap verebilirlik sorunlarını somut biçimde ortaya koyan önemli bir davadır.<sup>116</sup> Göç Yasası (*Migration Act* 1958) kapsamında koruma vizelerine ilişkin “kamu yararı” müdahaleleriyle ilgili olayda, Bakan'ın bir kıdemli danışmanı, sığınmacıların başvurularının değerlendirmeye alınıp alınmayacağına dair evrakları Bakan adına imzalamış, üstelik bu yazılar Bakan tarafından hiç görülmemiştir. Davadaki hukuki sorun *Carltona (alter ego)* ilkesi çerçevesinde bir bakanın yetkilerini danışmanları aracılığıyla kullanıp kullanamayacağıdır.<sup>117</sup> Mahkeme, Göç Yasası'nın yetki devrini ayrıntılı biçimde düzenlediği bir alanda, resmi olarak yetkilendirilmemiş bir danışman tarafından bu yetkinin kullanımını hukuka aykırı bulunmuş ve özellikle vize kararları gibi bireyin hayatı ve özgürlüğü üzerinde “vahim sonuçlar”

<sup>112</sup> Bovens, “Analysing and Assessing Accountability,” 463.

<sup>113</sup> Montesquieu, *The Spirit of Laws*, 180.

<sup>114</sup> Montesquieu, *The Spirit of Laws*, 180.

<sup>115</sup> Bovens, “Analysing and Assessing Accountability,” 465.

<sup>116</sup> *Ozmanian v Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs* (1996) 41 ALD 293 aktaran Yee-Fui Ng, “Ministerial Advisers: Democracy and Accountability,” *Law and Democracy: Contemporary Questions*, ed. Glenn Patmore ve Kim Rubenstein, Canberra, (ANU Press, 2014), 73.

<sup>117</sup> *Carltona ilkesi* (ikinci benlik ilkesi), idare hukukunda bir bakanın, kendisine kanunla verilen yetkileri kendi adına hareket eden görevliler veya temsilciler aracılığıyla kullanabilmesine izin veren bir doktrindir. İlke, adını İngiltere'deki *Carltona Ltd v Commissioners of Works* (1943) davasından almaktadır ve Avustralya hukukunda da (*O'Reilly v State Bank of Victoria Commissioner*) uygulanmaktadır. Modern kamu yönetiminde bir bakanın binlerce kararı bizzat almasının fiziki açıdan imkansız olması, bu tür bir “ikinci benlik” mekanizmasını zorunlu kılmıştır. *Carltona* ilkesi, sıkı bir parlamenter sorumluluk anlayışına dayanır. Bakan, kendi adına yetki kullanan görevlilerin hatalarından dolayı parlamentoda hesap vermekle yükümlüdür. Yani danışmana yetki verilse bile siyasi sorumluluk bakanda kalmaya devam eder. Bkz. Ng, “Ministerial Advisers: Democracy and Accountability,” 72-73.

doğurabilecek işlemlerin ya bizzat Bakan ya da yasal olarak yetkilendirilmiş bir temsilci tarafından yapılması gerektiğini vurgulanmıştır. Her ne kadar bir üst derece olan Federal Mahkeme bu kararı daha sonra başka gerekçelerle bozarak tartışmayı nihai olarak sonuçlandırmamış olsa da *Ozmanian* davası literatürde siyasi danışmanların hukuki bir dayanağı olmadan hak ve özgürlükleri etkileyen karar süreçlerinde fiili icra gücü kullandıklarını, Bakan adına işlem yapabilmelerinin sorumluluğun kime ait olduğuna dair ciddi bir hukuki belirsizlik yarattığını ve bu pratiğin danışmanların kamu görevlilerine talimat vermesini yasaklayan etik kurallarla açıkça çeliştiğini gösteren çarpıcı bir örnek olarak önemini korumaktadır.<sup>118</sup>

İkinci sav, siyasi danışmanların bakana giden bilgiyi filtreleme veya idareye giden talimatları şekillendirerek karar süreçlerini doğrudan etkileme yoluyla gerçekleştirdikleri “merkezi süzgeç” rolü hakkındadır.<sup>119</sup> Avustralya’da 2001 yılında yaşanan Çocuklar Gemiden Atıldı (*Children Overboard*) vakası filtreleme rolünün ulaşabileceği en uç örneklerden biridir. *Howard* hükümetinin Bakanları, esasında bir kurtarma operasyonuna ait olan başka bir görüntüyü, sığınmacıların çocuklarını kasten denize attıkları bir görüntüyü gibi iddia etmişler ancak kamu görevlileri bu iddianın asılsız olduğunu kısa sürede anlayarak durumu dönemin Savunma Bakanı’nın siyasi danışmanına bildirmişlerdir. Buna rağmen ilgili Bakan seçim kampanyası boyunca bu iddiayı sürdürmüştür. Bu vaka danışmanın bilgiyi filtreleme veya ilgili bakana ulaştırmama yoluyla sorumluluktan kaçınabildiğini göstermektedir.<sup>120</sup>

Üçüncü sav, *Bovens*’ın çerçeve tanımında belirtildiği gibi hesap verebilirliğin belirlenmesinde imza yetkisinden ziyade kararların alınması sürecindeki etki ve katılımın dikkate alınmasına ilişkindir. Aksi takdirde “çok sayıda el sorunu” adı verilen meseleye çözüm bulmak zor olacaktır. Malum olduğu üzere politikalar uygulanmadan önce birçok elden geçer ve kararlar genellikle komitelerde şekillenir hatta kimi zaman kararların uygulanma aşamasında o kararın alınmasına neden olan komite üyeleri görevden ayrılırlar.<sup>121</sup> Çok sayıda el sorunu işte bir kurumun faaliyetlerine veya bir politikanın uygulanmasına kimin, ne şekilde ve ne derecede katkıda bulunduğunun parlamento veya mahkemeler gibi hesap soran makamlar tarafından tespit edilmesinin son derece zor olması durumudur. Siyasi danışmanlar özelinde bu sorunu aşmak için *Bovens*’ın önerdiği bireysel sorumluluk stratejisine başvurulabilir. Buna göre bireylerin kurumun veya bir üst yöneticinin arkasına saklanmasını engelleyerek, karmaşık süreçlerdeki her aktörün hatalı bir davranışa yaptığı kişisel katkı oranında sorumlu tutulması mümkün olacaktır.<sup>122</sup>

Dördüncü sav, siyasi danışmanların atanma koşulları, yasal, idari ve mali özlük durumları, görev ve yetkileri, sorumluluklarına ilişkin hukuki düzenlemelerin yetersizliğine ilişkindir.<sup>123</sup> Danışmanlar fiilen yürütmenin kurumsal bir birleşimini oluşturmalarına rağmen anayasal veya yasal düzenleme eksikliği, yürütme içi güç ilişkilerini karmaşıktırmaktadır.<sup>124</sup> Avustralya’da bakan danışmanları, doğrudan bakanlar tarafından atanıp görevden alınmakta ve ücretleri kamu kaynaklarından karşılanarak istihdam edilmektedir.<sup>125</sup> Maaşını devletin bütçesinden alan ve kamu politikasını etkileyen her aktör, “takdir yetkisi” kullandığı ölçüde hesap verebilirliğin öznesi olmalıdır.<sup>126</sup> Buradaki takdir yetkisinden bağımsız karar alma ve kaynak dağıtma anlaşılır.<sup>127</sup> Elbette siyasi danışmanlara bağımsız karar alma ya da kaynak dağıtma<sup>128</sup> biçiminde yasal olarak açıkça tanınmış yetkiler verilmemiştir. Siyasi

<sup>118</sup> Minister for Immigration and Multicultural Affairs v *Ozmanian* (1996) 71 FCR 1 aktaran Ng, “Ministerial Advisers: Democracy and Accountability,” 74-75.

<sup>119</sup> Yee-Fui Ng, “Keeping Them Honest: Accountability and Regulation,” in *Handbook on Ministerial and Political Advisers*, ed. Richard Shaw, (Edward Elgar Publishing, 2023), 365, 375.

<sup>120</sup> Ng, “Keeping Them Honest”, 365.

<sup>121</sup> Bovens, “Analysing and Assessing Accountability,” 457-458.

<sup>122</sup> Bovens, “Analysing and Assessing Accountability,” 459.

<sup>123</sup> OECD, “*Ministerial Advisors*,” 71-72.

<sup>124</sup> Ng, “Keeping Them Honest,” 367-369.

<sup>125</sup> Milletvekilleri Kanunu (Members of Parliament (Staff) Act 1984 (Cth) madde 13 aktaran Ng, “Ministerial Advisers: Democracy and Accountability,” 81.

<sup>126</sup> Staffan I. Lindberg, “Mapping Accountability: Core Concept and Subtypes,” *International Review of Administrative Sciences* 79, no. 2 (2013): 208.

<sup>127</sup> Lindberg, “Mapping Accountability,” 209.

<sup>128</sup> Lindberg, “Mapping Accountability,” 208-209.

danışmanların, politikaların ve kararların alınması ve uygulanması süreçlerine katkıların nedeniyle sorumluluk ilgili Bakan'a aittir. Oysa uygulamada bunun doğrusal bir çizgide seyretmediğini gösteren çalışmalar yayınlanmıştır.<sup>129</sup> Sözgelimi İngiltere'de 2010 tarihli etik bir rehber olan ve hukuki bağlayıcılığı bulunmayan Bakanlık El Kitabı (*Ministerial Code*) uyarınca danışmanların eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğun tümüyle ilgili danışmanı atayan bakana ait olduğu düzenlenmiştir.<sup>130</sup> Siyasi atamalarına rağmen danışmanların Bakanlıkta "geçici sivil memur" statüsünde çalışmalarından kaynaklanan ikili yapı ise bir sorumluluk boşluğu yaratır.<sup>131</sup> Şöyle ki Müsteşarlar (*Permanent Secretary*) Bakanlıktaki tüm memurlardan sorumludurlar.<sup>132</sup> Danışmanlar ise bakanın kişisel ve siyasi ataması olduğu için onları görevden alma kararı siyasi bir mesele olarak görülür. Müsteşarın danışmanları görevden almasını düzenleyen yasal bir dayanak da bulunmamaktadır.<sup>133</sup> Neticede bakanların siyasi danışmanlara disiplin uygulama konusundaki isteksizliği ile sivil hizmetin kısıtlı denetim gücü birleştiğinde, kimsenin tam olarak sorumlu tutulamadığı bir "hesap verebilirlik boşluğu" oluşmaktadır.<sup>134</sup> Birleşik Krallık örneğinde olduğu gibi, "özel danışmanlar (*special advisers (SpAds)*)" bakanlar tarafından kişisel olarak atanır ve diğer kamu görevlilerinin aksine nesnel veya tarafsız olma zorunlulukları yoktur.<sup>135</sup> Danışmanların halka değil, kendilerini atayan siyasi lidere karşı sorumlu olmaları bir hesap verebilirlik boşluğu yaratmaktadır.<sup>136</sup>

### C. Karşılaştırmalı Çözüm Arayışları

*Hazell*'in geliştirdiği yapısal ve kurumsal hesap verebilirlik modeli, danışmanların demokratik sistem içinde işlevsel biçimde denetlenebilmesi için şeffaflık, görev tanımı ve atanma usullerine ilişkin kurumsal tedbirlere dayanır.<sup>137</sup> Şeffaflık kapsamında danışmanların isimlerinin, hangi bakana bağlı görev yaptıklarının, görev tanımlarının, uzmanlık alanlarının ve ücret düzeylerinin kamuoyuna açıklanması gerektiğini savunulur.<sup>138</sup> Birleşik Krallık'ta danışmanlara ilişkin yalnızca isimlerin ve bireysel maaşların yayımlanması *Hazell*'e göre demokratik denetim açısından yetersiz ve yanlış yönlendirilmiş bir şeffaflık anlayışını yansıtmaktadır. Kamu yararı bakımından belirleyici olan danışmanların hangi yetkiyle, kim adına ne yaptığını yani fiili faaliyetlerini görünür kılmak amacıyla maaşların bantlar halinde<sup>139</sup>, görev tanımlarının ve sorumluluk alanlarının ise ayrıntılı biçimde kamuoyuna açıklanması önerilmektedir.<sup>140</sup> Gerçekten de siyasi danışmanların kamuoyu tarafından "görünmez" aktörler olarak algılanmasının ve hesap verebilirlik açığının temel nedeni, açık ve yazılı görev ve yetki tanımlarının belirleyen çerçevenin yokluğudur. Bu çerçeve bakanın danışmandan ne beklediğini netleştirir, parlamentonun denetim kapasitesini güçlendirir ve danışmanın yetki sınırlarını

<sup>129</sup> Yong, "The Regulation, Accountabilities and Responsibilities of Special Advisers," 133.

<sup>130</sup> Yong, "The Regulation, Accountabilities and Responsibilities of Special Advisers," 133.

<sup>131</sup> Yong, "The Regulation, Accountabilities and Responsibilities of Special Advisers," 148-149.

<sup>132</sup> Yong, "The Regulation, Accountabilities and Responsibilities of Special Advisers," 131.

<sup>133</sup> Yong, "The Regulation, Accountabilities and Responsibilities of Special Advisers," 134.

<sup>134</sup> *Jo Moore* olayı, özel danışmanların sınırlarını ve sivil memurlarla olan gergin ilişkilerini gösteren sembolik bir vakadır. Dönemin Ulaştırma Bakanı *Stephen Byers*'in danışmanı olan *Moore*, 11 Eylül 2001 saldırılarının olduğu gün gönderdiği bir e-postada, bugünün "ortaya çıkmasını istemediğimiz her şeyi gömmek için çok iyi bir gün" olduğunu belirterek büyük bir skandala yol açmıştır. Bu sızıntının ardından disiplin uyarısı almasına rağmen görevinde kalmış ancak Şubat 2002'de, olumsuz demir yolu istatistiklerinin *Presses Margaret*'in cenaze töreninin yapıldığı gün duyurulmasını önerdiğine dair yeni iddiaların ortaya çıkmasıyla istifa etmek zorunda kalmıştır. Bu süreç, sadece *Moore*'un değil, ilerleyen aylarda Bakanı *Stephen Byers*'in da istifasıyla sonuçlanmıştır. Bkz. Yong, "The Regulation, Accountabilities and Responsibilities of Special Advisers," 131-132.

<sup>135</sup> Rose-Ackerman, *Democracy and Executive Power*, 51.

<sup>136</sup> Hazell, "A Profession Comes of Age," 199-203.

<sup>137</sup> Hazell, "A Profession Comes of Age," 199-203.

<sup>138</sup> Hazell, "A Profession Comes of Age," 199-200.

<sup>139</sup> Maaşın bantlar halinde yayımlanmasından genellikle: alt-üst sınırı belli, kıdem, sorumluluk ve deneyim düzeyini genel itibarıyla gösteren ve fakat kişisel maaş pazarlığını ifşa etmeyen aralıkların yayımlanması anlaşılabilir.

<sup>140</sup> Hazell, "A Profession Comes of Age," 201-202.

belirginleştirir.<sup>141</sup> Hesap verebilirliği sağlayacak bir diğer kurumsal tedbir ise siyasi danışmanların atanma usullerine ilişkindir. Danışman seçiminin tamamen bakanın kişisel ağına ve takdirine bırakılması birtakım yapısal risklere neden olmaktadır.<sup>142</sup> Bu nedenle asgari düzeyde rekabetçi mülakat süreçleri, liyakat ve merkezi denetim mekanizmalarının devreye sokulması öneri olarak sunulabilir. Aday havuzlarının oluşturulması, danışmanlar için mentorluk ve denetim mekanizmalarının kurulması ve uzun vadede danışmanlık faaliyetinin bir tür mesleki kariyer çerçevesine oturtulması bu yaklaşımın temel unsurlarıdır.<sup>143</sup> Bu tür düzenlemelerin danışmanların fiili yetki kullanımını görünür kılarak işlevsel sorumluluk mekanizmalarını güçlendireceği değerlendirilmektedir.

Bu noktada A.B.D.’deki İdari Usul Kanunu (*Administrative Procedure Act-APA*) siyasi danışmanların yön verdiği idari kurumların politika belirleme süreçlerini usule bağlayarak kurumsal düzeyde güçlü bir hesap verebilirlik mekanizması tesis ettiği için önemli bir örnek teşkil etmektedir.<sup>144</sup> Bu kanun ile idari kurumlara düzenleme yapmadan önce taslakları ilan etmesi, kamuoyu görüşü alması ve nihai kararı gerekçelendirmesi yükümlülüğü getirilmiştir.<sup>145</sup> Bu usuli yükümlülüklerin kurumsal amacı siyasi tercihlerin kapalı ve denetimsiz kapılar ardından hayata geçirilmesini önlemektir. Bu yükümlülükler idarenin takdir yetkisini ortadan kaldırmamakta ancak bu yetkinin şeffaflık, katılım ve gerekçelendirme ilkeleriyle sınırlandırılmasını sağlamaktadır.<sup>146</sup> Nitekim APA’ya aykırı biçimde yürütülen politika belirleme süreçleri yargısal denetime tabidir ve usule aykırılık halinde ilgili işlemler iptal edilebilmektedir. Bu yönüyle APA, siyasi danışmanların bireysel sorumluluğundan ziyade onların etkisiyle şekillenen kamu politikalarının demokratik meşruiyetini ve hukuki hesap verebilirliğini güvence altına alan normatif ve yapısal bir çerçeve sunmaktadır.<sup>147</sup>

#### IV. TÜRK ANAYASAL SİSTEMİNDEKİ SİYASİ DANIŞMANLIK YAPISI VE SORUMLULUK MESELESİ

Türkiye’de yürütmedeki danışmanlar bakımından Cumhurbaşkanlığı ve Bakanlıklar -2017 Anayasa Değişikliği sonrasında yürütmenin anayasal bir aktörü olmasa da- düzeyinde çok katmanlı bir örgütlenme modeli dikkat çekmektedir. Bu başlıkta danışmanların statüleri, kurumsal konumları, atanma süreçleri, görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemeler ve nihayet sorumlulukları üzerine bir değerlendirme çizilmesi planlanmaktadır.

##### A. Cumhurbaşkanlığı Teşkilatındaki Çift Katmanlı Danışmanlık Modeli

###### 1. 2017 Anayasa Değişikliğine Kadar Olan Dönem

29 Ekim 1923’te Devletin yönetim şeklini Cumhuriyet olarak belirleyen 364 sayılı Teşkilât-ı Esâsiye Kanununun Bazı Mevaddının Tavzihan Tadiline Dair Kanun’un kabulü ve hemen akabinde

<sup>141</sup> Hazell, “A Profession Comes of Age,” 201.

<sup>142</sup> Örneğin Birleşik Krallık’ta siyasi danışmanların atanması, hükümetin görev süresi içindeki konumuna göre farklı seyir izlemektedir. Yeni bir hükümet kurulduğunda, danışman kadrolarının önemli bir kısmı doğrudan muhalefet döneminde birlikte çalışılmış kişilerden oluşur. Bu aşamada danışmanlar zaten bakan adaylarıyla siyasal ve kişisel ilişki içinde olan siyasi önceliklere egemen aktörlerdir. Öte yandan hükümetin ilerleyen yıllarında bu kadrolarda ciddi bir hareketlilik yaşanır ve ayrılan danışmanların yerine yeni atamalar yapılır. Bu aşamadaki işe alımlar çoğunlukla parti teşkilatları, eski kampanya ekipleri veya ideolojik yakınlık temelinde şekillenen siyasal ve kişisel ağlar üzerinden gerçekleştirilir. Hükümet görev süresinin sonuna yaklaştıkça ise yaklaşan seçim belirsizliği nedeniyle nitelikli ve deneyimli adayların bu görevlere ilgi göstermesi zorlaşır. Bu durum bakanları, klasik parti çevrelerinin dışına çıkarak farklı mesleki ve bürokratik havuzlardan aday aramaya ve yarı açık, rekabetçi mülakat süreçleri yürütmeye zorlar. Dolayısıyla özellikle hükümetin son dönemlerinde yapılan danışman atamaları, genellikle sanıldığı gibi güçlü kişisel bağlara değil, pratik ihtiyaçlara ve sınırlı aday havuzlarına dayanır. Bu dönemde atanan özel danışmanlar, çoğu zaman bakanın önceden yakından tanıdığı kişiler arasından değildir. Hazell, “A Profession Comes of Age” 194.

<sup>143</sup> Hazell, “A Profession Comes of Age,” 194.

<sup>144</sup> Rose-Ackerman, *Democracy and Executive Power*, 41-42.

<sup>145</sup> Rose-Ackerman, *Democracy and Executive Power*, 42-43.

<sup>146</sup> Rose-Ackerman, *Democracy and Executive Power*, 42-43.

<sup>147</sup> Rose-Ackerman, *Democracy and Executive Power*, 42.

Mustafa Kemal Atatürk'ün ilk Türk Cumhurbaşkanı olarak seçilmesi anayasal tarihimizin en önemli dönüm noktalarındandır.<sup>148</sup> Cumhurbaşkanlığı teşkilatına yönelik ilk düzenleme 16 Mayıs 1933 tarihli ve 2180 sayılı Riyaseti Cümhur Dairesi Teşkilât Kanunu ile yapılmıştır.<sup>149</sup> Cumhurbaşkanlığı teşkilatının Genel Sekreterlik, Başyaverlik, Özel Kalem ve İdari Daire birimlerinden oluşacağı öngörülmüş ve kurumsal yapı tümüyle yazışma, protokol, askeri refakat ve idari hizmet işlevlerine odaklanmıştır.<sup>150</sup> İlgili düzenlemede bugünkü anlamıyla danışman ya da başdanışman niteliğinde herhangi bir kadroya, görev tanımı veya kural yer almamaktadır. Bu bilinçli yapısal boşluk Cumhuriyetin ilk dönemlerinde Cumhurbaşkanlığının sınırlı ve teknik bir makam olarak tasarlandığının bir göstergesi olarak okunabilir. Atatürk'ün karar alma sürecinde etrafında yakın askeri ve sivil çevre ile entelektüellerin bulunduğu hatıratlarda ve tarih çalışmalarında belirtilmektedir.<sup>151</sup> İnönü döneminde ise danışmanlık sürecinin Genel Sekreterlik ve parti-devlet bütünleşmesi içinde büyük ölçüde CHP yönetimi ve üst bürokrasi kanalıyla işlediği değerlendirilmektedir.<sup>152</sup> 1950 sonrasında Celal Bayar'ın daha sınırlı ve sembolik bir rol benimsemesiyle birlikte danışmanlık ihtiyacı esasen Başbakanlık ve hükümet kanalı üzerinden karşılanmıştır.<sup>153</sup> 1961 Anayasası dönemine gelindiğinde Cumhurbaşkanının dengeleyici ve hakem rolünün güçlenmesiyle artan danışmanlık ihtiyacı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği bünyesinden karşılandığı değerlendirilmektedir. Bununla birlikte 1982 Anayasası'na kadar olan dönemde Cumhurbaşkanı Başdanışmanı ya da Cumhurbaşkanı Danışmanı unvanıyla görev ve yetkileri, statüsü ve sorumluluğu belirlenmiş bir danışmanlık yapısının mevzuatta öngörülmediği tespit edilmiştir.

1982 Anayasası'nın mülga 107. maddesiyle Cumhurbaşkanlığı Sektererliğinin kuruluşunun, teşkilat ve çalışma esaslarının, personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceğini hüküm altına almıştır. Buna dayanarak çıkarılan 18.8.1983 tarihli ve 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile anayasal serüvenimizde ilk kez Cumhurbaşkanlığı Danışmanlığı makamı Cumhurbaşkanlığı Sekterliği Teşkilatının oluşumlarından biri olarak düzenlenmiştir.<sup>154</sup> Anılan Kararnamenin 6. maddesiyle "Cumhurbaşkanlığı Danışmanlığı" makamı Cumhurbaşkanının hukuki, siyasi, askeri, iktisadi-mali ve diğer konularda görevli danışmanları ile danışmanlık bürosundan oluşan bir yapı olarak tanımlanmış ve Cumhurbaşkanı Danışmanlarının uzmanlık alanlarına göre kendilerinden istenilen konularda inceleme yapmak ve görüş bildirmekle görevli oldukları hükme bağlanmıştır. Bu normatif düzenleme Cumhurbaşkanlığı Danışmanlığının ilk kez uzmanlık temelli bir politika ve karar destek mekanizması olarak kurgulandığını göstermektedir. 7. maddede ayrı bir birim olarak Güvenlik İstihbaratı Danışmanlığı düzenlenmiş ve bu birimin Cumhurbaşkanının yakın korunmasına ilişkin genel tedbirler hakkında bilgi sunmak, açık ve gizli kaynaklardan gelen bilgileri derlemek ve Cumhurbaşkanına güvenlik-istihbarat konularında danışmanlık yapmakla görevli olduğu belirtilmiştir. Cumhurbaşkanlığı Danışmanlarının Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterinin teklifi üzerine doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanacağı hükme bağlanarak bu kadroların siyasi takdir alanı içinde yer aldığı ortaya konulmuştur. Danışmanlık kadroları için süreli, geçici ve sözleşmeli personel çalıştırılmasına imkan tanınması, danışmanlığın klasik memuriyet rejiminden ayırtılarak esnek ve kişiye göre şekillenen bir personel yapısı olarak tasarlandığını göstermektedir.

## 2. 2017 Anayasa Değişikliği Sonrasındaki Dönem

2017 yılında yapılan Anayasa Değişikliği ile Bakanlar Kurulu siyasi bir aktör olmaktan çıkarılmış ve salt Cumhurbaşkanı'ndan oluşan tek yapı bir yürütme modeline geçilmiştir. Cumhurbaşkanlığı

<sup>148</sup> TBMM Zabıt Ceridesi, Birleşim: 43, Cilt: 1, 29.10.1923, 99.

<sup>149</sup> RG. 23.05.1933, S. 2408.

<sup>150</sup> 16 Mayıs 1933 tarihli ve 2180 sayılı Riyaseti Cümhur Dairesi Teşkilât Kanunu md. 1 vd; 2180 sayılı Kanun, 17.08.1983 tarih ve 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanununun 6. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Salih Taşdöğen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65/3 (2016): 939.

<sup>151</sup> Şerafettin Turan, *Atatürk'ün Düşünce Yapısını Etkileyen Olaylar, Düşünürler, Kitaplar*, (Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1982), 1.

<sup>152</sup> Cemil Koçak, *Türkiye'de Millî Şef Dönemi (1938–1945)*, Cilt 1, (İletişim Yayınları, 2018), 160.

<sup>153</sup> Cem Eroğul, *Demokrat Parti (Tarihi ve İdeolojisi)*, (İmge Kitabevi Yayınları, 1990), 67.

<sup>154</sup> RG. 20.08.1983, S. 18141.

teşkilatı ise Cumhurbaşkanlığı Makamı, Cumhurbaşkanlığı Özel Kalem Müdürlüğü, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, Cumhurbaşkanlığı Yatırım ve Finans Ofisi ve Cumhurbaşkanlığına Bağlı Kurum ve Kuruluşlardan oluşacak biçimde düzenlenmiştir.<sup>155</sup> Bu örgütlenmelerden Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları ile Cumhurbaşkanlığı Ofisleri kurumsal danışman yapılanmalarıdır. Bu çalışma bireysel siyasi danışmanlara odaklanmakla birlikte, modern yürütme teşkilatında danışmanlık faaliyetinin yalnızca kişisel danışmanlarla sınırlı kalmadığı, kurumsal danışma yapıları aracılığıyla da yürütülebildiği görülmektedir. Cumhurbaşkanlığı politika kurulları bu eğilimin kurumsal örneklerinden biri olup, yürütme içinde anayasal olarak tanımlanmamış fakat fiilen etkili olan danışmanlık katmanlarının bulunduğunu göstermektedir.

Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarının kurumsal ve teknik olarak danışma organı olarak tasarlandığı belirtilmiştir.<sup>156</sup> Öte yandan Politika Kurullarının bakanlık ile kurum ve kuruluşların faaliyetlerini izleme (denetleme) yetkisinden bahisle bu makamın salt danışma kurulu olmanın ötesinde görevi bulunduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır.<sup>157</sup> Bu çalışmada ise söz konusu görevin bir denetim faaliyeti olmadığı kanaatine varılmıştır. Öncelikle 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi md. 22/1-d'deki "*Görev alanlarına giren konularda Bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar, sivil toplum ve sektör temsilcileri, alanında uzman kişiler ve ilgili diğer ilgililerin görüşünü alarak uygulanan politikaları ve gelişmeleri izlemek, yapılan çalışmalarla ilgili Cumhurbaşkanına rapor sunmak*", md. 22/1-e'deki "*Cumhurbaşkanı programına uygunluk açısından, bakanlıklar ile kurum ve kuruluşların uygulamalarını izlemek ve Cumhurbaşkanına rapor sunmak*" ve md. 22/1-g "*Görev alanlarına giren konularda talep, ihtiyaç ve etki analizi yapmak ve/veya yaptırmak*" görevleri nedeniyle Politika Kurullarının klasik anlamda danışma organı olma sınırlarını aştığını kabul etmek gerekir. Öte yandan icrai ya da yaptırım yetkisi bulunmayan Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarının bu yetkileri onların karar öncesi süreçleri yönlendiren ve idari uygulamalar üzerinde dolaylı fakat güçlü etki üreten özgün bir kurumsal katman oluşturduğunu göstermektedir.

Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları tarafından geliştirilen politika önerilerinin Cumhurbaşkanı tarafından Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, yönetmelik veya Cumhurbaşkanlığı Kararı gibi işlemlerle kabul edilmesi halinde bu politikalar Bakanlıklar ile bağlı ve ilgili kuruluşlar tarafından uygulanmaktadır. Bu durum, Bakanlıkların 2017 öncesi anayasal sistemde öngörülen politika belirlemedeki esaslı rollerinin azaldığını göstermektedir.<sup>158</sup> 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi md. 33/2'ye göre "*Kurullar, görev alanına giren konularda bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve kamu kurumu niteliğindeki kuruluşlar ile yakın işbirliği içinde bulunur*." Bu anlamda Kurulların politika üretim sürecinde Bakanlıklarla paydaş ve hatta onları yönlendiren bir konumda bulundukları söylenebilir. Kurul üyelerinin asgari üç üyeden teşekkül edeceğinin düzenlenmesine rağmen bir üst üye sınırı öngörülmemiştir. Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarının görev ve yetkileri ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.<sup>159</sup> Bununla birlikte açık bir sorumluluk rejimi öngörülmemiştir. Ne Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) karşı siyasal sorumlulukları ne de idari hiyerarşi içinde tanımlanmış bir hesap verebilirlik mekanizmaları öngörülmüştür. Bu durum, Politika Kurullarının yürütme içinde karar yapım sürecinde etkili ve fakat sorumluluğu belirsiz aktörler haline getirmektedir.

2017 öncesi sistemde politika üretim merkezi olan Bakanlıkların bu değişen konumunu Politika Kurullarının yanında Cumhurbaşkanlığının etrafında kümelenen ve sayısı bire düşürülen

<sup>155</sup> 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG. 10.07.2018, S. 30474.; Ömer Faruk Erol, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* no. 26, 1 (2020): 113.

<sup>156</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt 1, (Ekin, 2019): 367.

<sup>157</sup> Erol, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları," 115.

<sup>158</sup> Erol, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları," 119; Elvettin Akman, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Politikası Aktörleri," *Paradoks Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi* 15, no. 1 (2019): 49 aktaran Yusuf Durani Dinç ve Yıldız Atmaca, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Politikası Sürecinin Yeni Aktörleri: Politika Kurulları ve Ofisler," *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 76, (2023): 140.

<sup>159</sup> 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi md. 21/2, md. 34/1.

Cumhurbaşkanlığı Yatırım ve Finans Ofisi üzerinden de okumak gerekir.<sup>160</sup> Cumhurbaşkanlığı Yatırım ve Finans Ofisi, 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca Cumhurbaşkanına bağlı, özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip hizmet yerinden yönetim kuruluşu olarak yapılandırılmıştır.<sup>161</sup> Cumhurbaşkanlığı Yatırım ve Finans Ofisi analiz ve raporlama yapma, proje geliştirme ve yürütme, kurumlar arası koordinasyonu sağlama, uygulamaları izleme ve yönlendirme gibi görevleriyle danışmanlık yanında icrai ve yönlendirici işlevler de üstlenmektedir.<sup>162</sup> 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde Ofis’te görev yapacak personel sayısına ilişkin herhangi bir kanuni veya normatif üst sınır öngörülmemiştir. Ofis kadrolarının belirlenmesi tümüyle Cumhurbaşkanı’nın takdirine bırakılmıştır. Bununla birlikte Ofis Başkanı yalnızca Cumhurbaşkanına karşı sorumlu tutulmuştur.<sup>163</sup> Ofis’in Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı herhangi bir siyasal sorumluluk rejimine tabi kılınmamış olması, bu yapıları yürütme içinde bilhassa karar alma sürecinde etkili ancak hesap verebilirliği sınırlı aktörler haline getirmektedir.

Bu kurumsal danışmanlık düzenlemesinin yanında, çalışmanın esas konusunu teşkil eden bireysel danışmanlık mekanizması da 1982 Anayasasının ilk yıllarında tasarlanan halinden farklılaşsa da mevcudiyetini sürdürmektedir. 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi md. 3 ve md. 12’ye göre, Cumhurbaşkanının kişisel güvene dayalı siyasal yardımcılar olarak “Cumhurbaşkanı Başdanışmanı” ve “Cumhurbaşkanı Danışmanı” atama yetkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda Türkiye’de 2017’den sonraki Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile çift kanallı bir siyasal danışmanlık modeli oluşturulduğunu söyleyebiliriz. Bu çift kanallı model bir yanda Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları ve Yatırım ve Finans Ofisi aracılığıyla “kurumsal danışmanlık” diyebileceğimiz bir kanalı, diğer yanda Başdanışman ve Danışmanlar üzerinden işleyen “kişisel danışmanlık” kanalını bünyesinde barındırmaktadır. Başdanışman ve Danışmanların atanmasının hukuki temelini oluşturmakla birlikte söz konusu düzenlemede sayısal sınır, görev ve yetki tanımları ile sorumluluk rejimi gibi unsurlar belirlenmemiştir.<sup>164</sup> Anılan danışmanlar elbette hukuki bağlayıcılığa sahip icrai yetkilerle donatılmamışlardır. Öte yandan kamusal politikaların tasarımı, stratejik planlama ve idari işleyişin yönlendirilmesi aşamalarında fiili belirleyici rolü üstlendikleri değerlendirilmektedir. Bu aktörlerin Türkiye Büyük Millet Meclisi nezdinde herhangi bir siyasal sorumluluğunun bulunmaması ve yalnızca hiyerarşik olarak Cumhurbaşkanı’na karşı sorumlu tutulmaları, yürütmenin yapısındaki konum ve güçlerini sağlamlaştırmaktadır. Öte yandan bu husus demokratik sorumluluğu sağlayan bilgi edinme ve denetim yolları bakımından görünmez bir alan yaratmaktadır. Nitekim 2017 Anayasa değişikliğinden sonra 27.11.2019 ila 04.07.2025 tarihleri arasında Cumhurbaşkanı Yardımcısı’na Cumhurbaşkanı Danışmanları hakkında toplamda 10 adet yazılı soru önergesi verilmiştir.<sup>165</sup> Bu

<sup>160</sup> 183 sayılı Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi md. 10 ile ofisler kapatıldı. Dijital Dönüşüm, Finans ve İnsan Kaynakları Ofisleri kapatılmıştır. Dönüşüm Ofisi görevleri Siber Güvenlik Başkanlığına, İnsan Kaynakları Ofisi altında yer alan görevlerden bir kısmının da Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği altında düzenlenmiş olan Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğü’ne aktarıldığı görülmektedir. RG. 28.03.2025, S. 32855.

<sup>161</sup> 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 7. kısım.

<sup>162</sup> Erol, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları,” 120.

<sup>163</sup> 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi md. 528.

<sup>164</sup> Veysel Görücü, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Merkezden Yönetim Üzerinde Yansımaları”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 4, no. 2 (2024): 533.

<sup>165</sup> (1) Mahmut Tanal, “Cumhurbaşkanı Yardımcısı Cevdet Yılmaz Tarafından Yazılı Olarak Cevaplandırılması İstemiyle Verilen Soru Önergesi,” TBMM, 11 Eylül 2023, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y1/T7/WebOnergeMetni/3a2357fd-9088-4490-b752-d6a3751efdaf.pdf>; (2) Yasin Öztürk, “Cumhurbaşkanı Yardımcısı Cevdet Yılmaz Tarafından Yazılı Olarak Cevaplandırılması İstemiyle Verilen Soru Önergesi,” TBMM, 20 Ekim 2023, erişim tarihi: Mayıs 16, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T7/WebOnergeMetni/068a638a-c78d-4fa8-82d5-509449a4d0fc.pdf>; (3) Serap Yazıcı Özbudun, “Cumhurbaşkanı Yardımcısı Cevdet Yılmaz Tarafından Yazılı Olarak Cevaplandırılması İstemiyle Verilen Soru Önergesi,” TBMM, 22 Nisan 2024, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T7/WebOnergeMetni/4e42e15f-eece-45af-96c0-168d7c6089ab.pdf>; (4) Yüksel Mansur Kılınç, “Cumhurbaşkanı Yardımcısı Cevdet Yılmaz Tarafından Yazılı

önergeler danışmanlık mekanizmasının atanma usulleri, görev tanımları, sayısal büyüklüğü, mali boyutu ve kamusal iletişimdeki rolü gibi meseleler hakkındadır. Bu önergelerde, danışmanların etik yükümlülükleri, disiplin denetimine tabi olup olmadıkları, kamusal açıklamalarının hukuki niteliği, bilgi akışı ve yönlendirme süreçlerindeki konumları ile danışmanlık faaliyetlerinin bütçe hakkı ve tasarruf politikaları çerçevesinde nasıl değerlendirildiğine ilişkin çeşitli sorular yöneltilmiştir. Söz konusu sorulara verilen yanıtlarda ise ağırlıklı olarak genel mevzuat hükümlerine ve kurumsal görev tanımlarına atıf yapıldığı, danışman sayısı, maliyetler, görevden ayrılmalar, disiplin süreçleri veya somut uygulamalara ilişkin nicel ve ayrıntılı bilgilere sınırlı ölçüde yer verildiği gözlemlenmektedir.<sup>166</sup>

Olarak Yanıtlanması İstemiyle Verilen Soru Önergesi,” TBMM, 26 Nisan 2024, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T7/WebOnergeMetni/493bde23-bf70-461d-bd3c-c6d570b05d0c.pdf>.; (5) Burhanettin Bulut, “Cumhurbaşkanı Yardımcısı Cevdet Yılmaz Tarafından Yazılı Olarak Yanıtlanması İstemiyle Verilen Soru Önergesi,” TBMM, 2 Eylül 2024, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y3/T7/WebOnergeMetni/250ffbf-1e13-492c-aa98-006dad49292b.pdf>.; (6) Ulaş Karasu, “Cumhurbaşkanı Yardımcısı Cevdet Yılmaz Tarafından Yazılı Olarak Yanıtlanması İstemiyle Verilen Soru Önergesi,” TBMM, 12 Eylül 2024, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y3/T7/WebOnergeMetni/43a30b9e-73a9-4167-b870-12ebc1bd5966.pdf>.; (7) Özgür Karabat, “Cumhurbaşkanı Yardımcısı Cevdet Yılmaz Tarafından Yazılı Olarak Yanıtlanması İstemiyle Verilen Soru Önergesi,” TBMM, 10 Mart 2025, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y3/T7/WebOnergeMetni/21ee65d2-cb7e-458f-bdf0-1a2771e46d4f.pdf>.; (8) Yasin Öztürk, “Cumhurbaşkanı Yardımcısı Cevdet Yılmaz Tarafından Yazılı Olarak Cevaplandırılması İstemiyle Verilen Soru Önergesi,” TBMM, 11 Mart 2025, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y3/T7/WebOnergeMetni/4f79b064-d9ea-4e51-82b0-f05c1172d0f7.pdf>.; (9) Mustafa Bilici, “Cumhurbaşkanı Yardımcısı Cevdet Yılmaz Tarafından Yazılı Olarak Cevaplandırılması İstemiyle Verilen Soru Önergesi,” TBMM, 4 Temmuz 2025, 1, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y3/T7/WebOnergeMetni/198ca5f5-0820-41af-9fd2-af62f7356ebf.pdf>.; (10) Son olarak ilginç bir şekilde TBMM’nin resmi websitesinden erişemediğim CHP İstanbul Milletvekili M. Sezgin Tanrıkulu’nun o dönemki Cumhurbaşkanı Yardımcısı Fuat Oktay’a yönelttiği soruya ve yanıtı ilişkin resmi evrakı da içeren haber kaynağı için bkz. Independent Türkçe, “Cumhurbaşkanı danışmanları hakkındaki soru önergesi yanıtlanan CHP’li Tanrıkulu: Verilen cevap sorumuzun karşılığı değil,” 13 Ocak 2020, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://www.indyturk.com/node/116796/siyaset/cumhurba%C5%9Fkan%C4%B1-dan%C4%B1%C5%9Fmanlar%C4%B1-hakk%C4%B1ndaki-soru-%C3%B6nergesi-yan%C4%B1tlanan-chpli-tanr%C4%B1kulu>.

<sup>166</sup> (1) Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı, “Şanlıurfa Milletvekili Mahmut Tanal’ın 7/4394 Esas Numaralı Yazılı Soru Önergesine İlişkin Cevap,” TBMM, 23 Ekim 2023, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y1/T7/WebOnergeMetni/ecd800c8-903f-4b87-9b5a-391c50e18eb0.pdf>.; (2) Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı, “Denizli Milletvekili Yasin Öztürk’ün 7/5667 Esas Numaralı Yazılı Soru Önergesine İlişkin Cevap,” TBMM, 8 Aralık 2023, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T7/WebOnergeMetni/112ef2c6-fd59-4171-96fc-1d79966fc819.pdf>.; (3) Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı, “Antalya Milletvekili Serap Yazıcı Özbudun’un 7/11345 Esas Numaralı Yazılı Soru Önergesine İlişkin Cevap,” TBMM, 3 Haziran 2024, sayı E-48360949-610-226035, 2, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T7/WebOnergeMetni/39372788-a42b-4ab2-81f4-a2ed2ec81040.pdf>.; (4) Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı, “İstanbul Milletvekili Yüksel Mansur Kılınc’ın 7/11654 Esas Numaralı Yazılı Soru Önergesine İlişkin Cevap,” TBMM, 21 Haziran 2024, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T7/WebOnergeMetni/461686f5-a1e6-40ac-9a5c-067f632f5f97.pdf>.; (5) Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı, “Adana Milletvekili Burhanettin Bulut’un 7/16374 Esas Numaralı Yazılı Soru Önergesine İlişkin Cevap,” TBMM, 14 Ekim 2024, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T7/WebOnergeMetni/eb3f5cc7-4c7f-431a-beb6-bbeaca6cf5f1.pdf>.; (6) Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı, “Sivas Milletvekili Ulaş Karasu’nun 7/16528 Esas Numaralı Yazılı Soru Önergesine İlişkin Cevap,” TBMM, 4 Kasım 2024, sayı E-4360949-610-255430, 2, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T7/WebOnergeMetni/aad9f1dd-e4da-4365-9839-7382fa5923a9.pdf>.; (7) Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı, “İstanbul Milletvekili Özgür Karabat’ın 7/25122 Esas Numaralı Yazılı Soru Önergesine İlişkin Cevap,” TBMM, 14 Nisan 2025, sayı E-48360949-610-291190, 2, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y3/T7/WebOnergeMetni/03aca24d-d9f2-46d3-8702->

## B. Bakan Danışmanları

### 1. 2017 Anayasa Değişikliğine Kadar Olan Dönem

Türk anayasal tarihinde Bakanlık düzeyindeki siyasi danışmanlara (müsteşar) yönelik ilk düzenleme, 1924 Anayasasında 1937 yılında yapılan değişiklikle başlamaktadır.<sup>167</sup> 1924 Anayasasında siyasi müsteşarların atanma şart ve sürecini düzenleyen 44. maddesine göre Başbakan'ın milletvekilleri arasından seçtiği siyasi müsteşarlar Cumhurbaşkanı'nın onayıyla atanabilecektir. 8 Şubat 1937 tarihli ve 3117 sayılı Devlet Dairelerinin Vekâletlere Tefriki Ve Siyasî Müsteşarların Vazifeleri Hakkında Kanun'un 7. maddesine göre siyasi müsteşarların görevleri, genel olarak ve sorumlu bakanın talimatları çerçevesinde, bakanın bizzat yürüttüğü bütün işlerde kendisine yardımcı olmak, kendilerine tevdi edilen belirli bakanlık hizmetleri hakkında gerekli kararları almak, bakanlığın Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki işlerini bakan adına takip etmek ve sonuçlandırmak, ayrıca bakanların muhatap oldukları soru önergelerine bakan adına cevap vermek olarak belirlenmiştir. Görev ve yetkilerinin açıkça tanımlanmasına paralel olarak da siyasi müsteşarların münferit kişisel sorumluluğunun yanında yürüttükleri faaliyetlerden kaynaklanan siyasi sorumluluğun ilgili Bakanlar tarafından doğrudan TBMM'ye karşı olduğu da açıkça belirtilmiştir. Sayı sınırının da Başbakan tarafından tayin edileceği öngörülmüştür. Bunun üzerine siyasi müsteşarlara ilişkin düzenlemelerin yürürlükte kaldığı yaklaşık 8 aylık süre içinde 11 adet siyasi müsteşar görev yapmıştır.<sup>168</sup> Siyasi müsteşarlık kurumu, beklenen işlevi yerine getiremediği, bakan otoritesini zayıflatmış ve yürütme içinde ikiliğe yol açarak hükümetin etkinliğini aşındırdığı gerekçeleriyle, 1937 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile yürütmenin yapısından çıkarılmıştır.<sup>169</sup> Kısa ömrüne ve beklentileri karşılamamasına rağmen Cumhuriyet'in ilk yıllarında siyasi danışmanların görev ve yetkilerinin, sayısı ve sorumluluklarının anayasal ve yasal düzlemde açıkça öngörülmüş olması önemlidir.

2017 Anayasa değişikliğinin önce var olan ve fakat sonrasında 703 sayılı KHK ile tümüyle kaldırılana kadar varlığını sürdüren (idari) müsteşar ise Bakandan sonra en üst hiyerarşik amir sıfatıyla bakanlık hizmetlerini Bakanın direktifleri doğrultusunda düzenlemek ve teşkilat birimleri arasındaki koordinasyonu sağlamakla görevli, kariyer ve liyakat ilkelerine tabi en yüksek devlet memurlarıydı. İlgili Bakan, Başbakan ve Cumhurbaşkanı'nın imzasını içeren müşterek kararnameyle her Bakanlık'ta üst sayı sınırı bir olacak şekilde atanırdı.<sup>170</sup> Bürokratik uzmanlığı temsil eden müsteşarlar yürüttükleri hizmetler nedeniyle doğrudan bakana karşı sorumlu tutulmakla birlikte 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olduklarından somut gerekçeler bulunmadan görevden alınmaları mümkün değildi.<sup>171</sup>

### 2. 2017 Anayasa Değişikliği Sonrasındaki Dönem

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bakan Yardımcıları, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 504. maddesi uyarınca bakanın emrinde ve onun yardımcısı olarak bakanlık hizmetlerini bakan adına ve bakanın direktifleri doğrultusunda düzenleyen ve yürüten, bakanlık hiyerarşisinde bakandan sonra gelen en üst idari amir konumunda yer alan üst

1bfa532040e5.pdf.; (8) Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı, "Denizli Milletvekili Yasin Öztürk'ün 7/25962 Esas Numaralı Yazılı Soru Önergesine İlişkin Cevap," TBMM, 2 Mayıs 2025, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y3/T7/WebOnergeMetni/fa04097b-307c-4ef1-b60c-ba3d829ce829.pdf>.; (9) Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı, "İzmir Milletvekili Mustafa Bilici'nin 7/30672 Esas Numaralı Yazılı Soru Önergesine İlişkin Cevap," TBMM, 19 Ağustos 2025, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y3/T7/WebOnergeMetni/2e22cd0a-0dae-4348-987d-ca48c2e35d9d.pdf>.; (10) Bu son kayıt için yukarıdaki dipnottaki açıklamaya bakınız.

<sup>167</sup> 5.2.1937 tarihinde kabul edilen 3115 sayılı Kanunla 1924 Anayasası'nın 44, 47, 49 ve 50. maddeleri değiştirilmiştir.

<sup>168</sup> Mehmet Topaca, "Hukuki Temel ve Uygulama Bakımından Türkiye'de Bakan Yardımcılığı," *Türk İdare Dergisi*, no. 479 (2014): 312, 314.

<sup>169</sup> Topaca, "Hukuki Temel ve Uygulama Bakımından Türkiye'de Bakan Yardımcılığı," 314; TBMM Zabıt Ceridesi, Birleşim:11, C. 20, 29.11.1937, 83.

<sup>170</sup> Mustafa Oğuzhan Bölükbaşı, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı ile Önceki Sistemdeki Bakan Yardımcısı ve Müsteşarın Kıyaslanması," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12 no. 1 (2021): 295-296.

<sup>171</sup> Bölükbaşı, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı," 297.

düzey kamu yöneticileridir.<sup>172</sup> Bakan yardımcıları, Anayasa'nın 104. maddesinin 9. fıkrası ve 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca doğrudan Cumhurbaşkanı kararıyla atanan üst kademe kamu görevlileri arasında bulunmaktadır.<sup>173</sup> Atanabilmek için en az dört yıllık yükseköğrenim mezunu olma ve kamuda veya sosyal güvenlik kapsamındaki özel sektörde en az beş yıl fiilen çalışmış olma şartı aranmakta ayrıca kamu görevlisi olmayan kişiler arasından da atama yapılabilmektedir.<sup>174</sup> Bakan yardımcıları, hem 3 sayılı CBK rejimine tabi üst düzey kamu yöneticisi hem de 657 sayılı Kanun'un 59. maddesi kapsamında istisnai memur statüsünde yer alan ikili hukuki rejime tabi kılınmıştır. Bu ikilik Bakan Yardımcılarının statülerinin memur statüsünden ayrı düzenlendiğini göstermektedir.<sup>175</sup> Görev ve yetkileri bakımından mülga 3046 sayılı Kanun'daki müsteşar modeline büyük ölçüde benzemekte, bakanlık merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatının sevk ve idaresinde bakan adına yetki kullanmakta ve idari işleyişin koordinasyonunu sağlamaktadır.<sup>176</sup> Buna karşılık eski sistemdeki müsteşarlardan farklı olarak kariyer ve liyakat esaslarına dayalı bir meslek içi yükselme rejimine tabi olmayıp sözleşmeli statüde çalıştırılabilmeleri ve kamu görevlisi olmayanlar arasından da atanabilmeleri mümkündür.<sup>177</sup> Bakan yardımcıları görevlerinden alınmaları bakımından da klasik 657 sayılı Kanun güvencelerine tabi değildirler. Üst düzey kamu yöneticilerine özgü esnek görevden alma rejimi içinde değerlendirilmekte ve görev süreleri yürütme organının takdirine bağlı olarak görevleri sona erdirilebilmektedir.<sup>178</sup>

Bu çerçevede bakan yardımcılarını “siyasi danışman” olarak nitelendirmek güçtür. Zira 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 504. maddesine göre Bakan Yardımcıları bakan adına bakanlık teşkilatını sevk ve idare eden, hiyerarşik yapı içinde bakandan sonra gelen en üst idari amir olarak konumlandırılmıştır. Bakan yardımcıları karar alma ve uygulama sürecinde doğrudan yetki kullanan idari aktörlerdir. Zira siyasi danışmanlar kural olarak idari yetki kullanmamaktadır. Bağlı olduğu makama görüş ve öneri sunmakla sınırlı bir yetki alanları bulunmaktadır. Bakan yardımcılarının mülga idari müsteşar modeline benzer biçimde teşkilat üzerinde sevk ve idare yetkisine sahip olmaları, imza ve koordinasyon fonksiyonu üstlenmeleri, onları danışmanlıktan ziyade icracı bir pozisyona yerleştirir. Öte yandan atanma usulü, hukuki statüleri ve görevden alınma biçimleri dikkate alındığında Bakan yardımcılarının diğer memurlar gibi kariyer ilkesi kapsamı dışında kaldıkları da açıktır. Doğrudan Cumhurbaşkanı kararıyla atanabilmeleri, kamu görevlisi olmayan kişiler arasından seçilebilmeleri, sözleşmeli çalışabilmeleri ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu güvencelerinin dışında tutulmaları, bu makamı siyasal güven ilişkisine dayalı bir üst kademe yöneticiliğe dönüştürmektedir. Bu yönüyle Bakan yardımcılığının salt teknik-bürokratik bir idari yönetici olmaktan ziyade siyasal yönü ağır basan bir kadro olduğu değerlendirilmektedir. Bu makamın danışmanlık ile icrai yetkinin aynı kişide birleştiği melez bir model olarak tasarlandığı değerlendirilmektedir.

2017 Anayasa değişikliğinden sonra Bakanların ortaklaşa biçimde Bakanlar Kurulu kararı biçiminde hukuki değeri bir karar alabilme veya yasa tasarısı ileri sürme yönünde yetkileri bulunmadığı malumdur.<sup>179</sup> Bununla birlikte Cumhurbaşkanlığı düzeyindeki çift kanallı danışmanlık modeline Bakanlık düzeyinde eklenen Bakan Müşaviri, Bakan Danışmanları ve Bakan Yardımcılarının danışmanları olmak üzere çok katmanlı bir danışmanlık alanı bulunduğu değerlendirilmektedir. Bu çok katmanlı alanda danışmanlar bilgi akışını düzenleme, karar süreçlerini filtreleme, bürokrasiyle siyasi aktörler arasında geçiş bölgeleri yaratma ve yürütme içi koordinasyonu etkileme fonksiyonları yerine getirilmektedir.

<sup>172</sup> Bölükbaşı, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı,” 293.

<sup>173</sup> Bölükbaşı, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı,” 293.

<sup>174</sup> Bölükbaşı, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı,” 293-294.

<sup>175</sup> Bölükbaşı, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı,” 293-295.

<sup>176</sup> Bölükbaşı, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı,” 296-297.

<sup>177</sup> Bölükbaşı, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı,” 295-296.

<sup>178</sup> Bölükbaşı, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı,” 296-297.

<sup>179</sup> Gözler, *İdare Hukuku*, 372; Erol, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları,” 117.

1982 Anayasası döneminde Türkiye’de Bakan ve Bakan yardımcısı danışmanlarının kurumsallaşma sürecinin hukuki zemini 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile gerçekleşmiştir. Anılan KHK’de Bakanlık teşkilatlarında görev yapan “bakanlık müşaviri” ve “danışman” kadrolarına yönelik mali haklar, atama sonrası süreçler ve görev tanımları hakkında çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 505. maddesi, bakanlıklarda sayısı on beşi geçmemek üzere bakan müşaviri istihdam edilebileceğini düzenler. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 61/A maddesi ise bu statünün hukuki çerçevesini ayrıntılı biçimde düzenlemektedir. Buna göre bakan müşavirleri, özel önem ve öncelik taşıyan konularda bakana danışmanlık yapmak üzere atanmakta, doğrudan bakana bağlı olarak çalışmakta ve görevlerini bakanın görev süresiyle sınırlı olarak sürdürmektedir. Atanmalarında genel memuriyet rejimine ilişkin sınav, kademe ve derece hükümleri uygulanmamakta ve bu göreve atanmış olmak kamu hizmetinde kazanılmış hak doğurmamaktadır. Açıktan atanan müşavirlerin görevlerinin sona ermesiyle memuriyetle ilişkileri kesilmekte, kamu görevlisi iken bu göreve atanmalar ise, görevleri sona erdiğinde yönetici kadrolar hariç olmak üzere önceki kadro veya pozisyonlarına en geç bir ay içinde iade edilmekte ve bu süreçte mali ve sosyal hakları korunmaktadır.<sup>180</sup>

2025 yılında Bakanlık Müşaviri, Müşavir, Danışman, İdari Uzman ve Araştırmacıların Görevlendirilmelerine İlişkin Yönetmelik’in kabulüyle merkezi bir dijital yönetim sistemine geçilmiştir.<sup>181</sup> Anılan yönetmelik ile danışmanlık tümüyle teknik uzmanlık sağlayan belirli bir mesleki statü olmaktan çıkarılmıştır. Klasik atama usul ve süreçlerinden ayrı olarak danışmanların farklı kurum ve görev alanlarında istihdamına imkan veren araçsallaştırılmış ve fonksiyonel bir personel statüsüne dönüşmüştür. Bu dönüşümün en belirgin göstergesi 21.11.2025 tarihli Yönetmelik ile danışman kadroların Cumhurbaşkanlığı tarafından oluşturulan ve yönetilen dijital bir platform olan “Sistem” içine alınmasıdır.<sup>182</sup> Böylece danışmanlar artık merkezi, dijital ve hiyerarşik olarak izlenen bir kategori olarak değerlendirilmektedir. Danışmanların görev ve yetkileri arasında izleme, değerlendirme, araştırma,

<sup>180</sup> 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu md. 61/A’da Bakan müşavirlikleri hakkındaki düzenleme şöyledir: “Bakanlıklarda, özel önem ve öncelik taşıyan konularda bakana danışmanlık yapmak üzere bakan müşaviri atanabilir. Bakan müşavirleri doğrudan bakana bağlı olarak çalışır.

*Bakan müşavirleri, bakanın görev süresiyle sınırlı olarak görev yapar. Bakanın görevi sona erdiğinde, bakan müşavirlerinin görevi de sona erer. Bakan müşavirleri gerektiğinde bakanın görev süresi dolmadan da görevden alınabilir.*

*Bakan müşaviri kadrolarına bu Kanunun atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve dereceye yükselmesine ilişkin hükümleriyle bağlı olmaksızın atama yapılabilir. Ancak bu şekilde atanmış olmak, kamu kurum ve kuruluşlarındaki diğer herhangi bir kadro, pozisyon ve göreve atanma veya kamuda herhangi bir statüde çalışma açısından kazanılmış hak teşkil etmez.*

*Bakan müşaviri kadrolarına açıktan atananlardan görevi sona erenlerin veya görevden alınanların memuriyetle ilişkileri kesilir.*

*Kamu görevlisi iken bakan müşavirliğine atananlar, görevleri sona erdiğinde veya görevden alındıklarında, yönetici kadro, pozisyon ve görevleri hariç olmak üzere önceki kadro veya pozisyonlarına en geç bir ay içinde atanırlar. Bu şekilde atanacaklar için uygun boş kadro veya pozisyon bulunmaması hâlinde, söz konusu kadro veya pozisyonlar başka bir işleme gerek kalmaksızın ihdas edilmiş ve kurumların kadro veya pozisyon cetvellerinin ilgili bölümlerine eklenmiş sayılır. Atama işlemi tamamlanuncaya kadar bunların her türlü mali ve sosyal hak ve yardımları kurumları tarafından ödenmeye devam olunur.*

*Bakan müşaviri kadrolarında görev yapanlara mevzuatında bakanlık müşaviri kadrosuna bağlı mali ve sosyal hak ve yardımlar aynı usul ve esaslar dahilinde ödenir. Bakanlık müşavirlerine yapılan ödemelerden vergi ve diğer yasal kesintilere tabi olmayanlar, bu maddeye göre de vergi ve diğer kesintilere tabi olmaz. Bunlar emeklilik hakları bakımından da bakanlık müşavirine denk kabul edilir.”*

<sup>181</sup> Ek Madde 18, Ek Madde 35, Ek Madde 37 ve Geçici 33. madde için bkz. 375 Sayılı 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 2914 Sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu İle Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları Ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı Ve Kıdem Aylığı İle Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG. 30.06.1989, S. 20211 (Mükerrer); Bakanlık Müşaviri, Müşavir, Danışman, İdari Uzman ve Araştırmacıların Görevlendirilmelerine İlişkin Yönetmelik, RG. 21.11.2025, S. 33084, md. 1.

<sup>182</sup> Bakanlık Müşaviri, Müşavir, Danışman, İdari Uzman ve Araştırmacıların Görevlendirilmelerine İlişkin Yönetmelik, RG. 21.11.2025, S. 33084, md. 1, md. 5.

rehberlik, proje ve eğitim hizmetlerini yürütmek sayılmıştır.<sup>183</sup> Bu düzenleme danışmanların icrai yetkilerinin olmadığını, idari işlem tesis edemediklerini ve karar alma süreçlerinde bağlayıcı yetkilerinin olmadığını göstermektedir. Atama süreçleri bakımından danışmanlar için yarışma sınavı, merkezi sınav veya objektif değerlendirme mekanizması öngörülmemiştir. Anılan Yönetmelik ile tüm danışmanların görevlendirmelerinin “Sistem” üzerinden yapılması öngörülmüş ve Cumhurbaşkanına resen görevlendirme yetkisi tanınmıştır.<sup>184</sup> 1924 Anayasasındaki düzenlemenin aksine danışmanların bağlı oldukları bakanların danışmanların fiillerinden dolayı TBMM’ye karşı siyasi sorumluluğu öngörülmemiştir. 2017 Anayasa Değişikliği sonrasında 12.06.2023 ila 11.03.2025 tarihleri arasında Bakan danışmanları hakkında ilgili Bakanlara 5 adet yazılı soru önergesi verilmiştir.<sup>185</sup> Bu sorular genel olarak danışmanlık faaliyetinin içeriği, çoklu görev ve gelir ilişkileri, kamu kadrolarına erişim ve liyakat değerlendirmeleri gibi mevzular hakkındadır. Verilen yanıtlarda danışmanlık faaliyetlerinin çoğu kez “kadro görevi”, “özel hukuk ilişkisi” ya da kurumun hukuki statüsü gibi teknik açıklamalara yer verildiği, danışmanların karar alma süreçlerindeki fiili etkisi, rolü ve mali statüleri hakkında açıklamalara yer verilmediği gözlemlenmiştir.<sup>186</sup> Danışmanlar idari bakımından bağlı oldukları bakanın emrinde görev yapmakla birlikte, atama, görevlendirme ve statülerinin belirlenmesi bakımından doğrudan Cumhurbaşkanı’na karşı sorumludurlar.<sup>187</sup>

<sup>183</sup> Bakanlık Müşaviri, Müşavir, Danışman, İdari Uzman ve Araştırmacıların Görevlendirilmelerine İlişkin Yönetmelik, RG. 21.11.2025, S. 33084, md. 4 /1-ç.

<sup>184</sup> Bakanlık Müşaviri, Müşavir, Danışman, İdari Uzman ve Araştırmacıların Görevlendirilmelerine İlişkin Yönetmelik, RG. 21.11.2025, S. 33084, md.5, md.7, md.12.

<sup>185</sup> Soru önergelerinin kronolojik sıralaması için Bkz. (1) Gülüstan Kılıç Koçyiğit, “Millî Eğitim Bakanı Yusuf Tekin Tarafından Yazılı Olarak Cevaplandırılması İstemiyle Verilen Soru Önergesi,” TBMM, 12 Haziran 2023, erişim tarihi: 16 Mayıs 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y1/T7/WebOnergeMetni/8a91c15b-9b9f-43c7-b74f-cd662aa59149.pdf>; (2) Murat Emir, “Sağlık Bakanı Fahrettin Koca Tarafından Yazılı Olarak Yanıtlanması İstemiyle Verilen Soru Önergesi,” TBMM, 27 Temmuz 2023, sayı 841, 1, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y1/T7/WebOnergeMetni/f9c6fcd6-4043-4a73-b747-9f15d50b34b9.pdf>; (3) A. Tuncay Özkan, “Millî Eğitim Bakanı Yusuf Tekin Tarafından Yazılı Olarak Yanıtlanması İstemiyle Verilen Soru Önergesi,” TBMM, 15 Eylül 2023, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T7/WebOnergeMetni/ca12d3f1-2afd-482d-99d6-95a13fe55eb0.pdf>; (4) Cevdet Akay, “Ulaştırma ve Altyapı Bakanı Abdulkadir Uraloğlu Tarafından Yazılı Olarak Cevaplandırılması İstemiyle Verilen Soru Önergesi,” TBMM, 6 Ekim 2023, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T7/WebOnergeMetni/d91c9303-23c0-4808-8ba6-694efd025c39.pdf>; (5) Mahmut Tanal, “Hazine ve Maliye Bakanı Mehmet Şimşek Tarafından Yazılı Olarak Cevaplandırılması İstemiyle Verilen Soru Önergesi,” TBMM, 11 Mart 2025, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y3/T7/WebOnergeMetni/5f5178c4-397b-4aa0-8cf8-c2797bb2ffae.pdf>.

<sup>186</sup> Cevaplar için Bkz. (1) Millî Eğitim Bakanlığı, “Kars Milletvekili Gülüstan Kılıç Koçyiğit’in 7/648 Esas Numaralı Yazılı Soru Önergesine İlişkin Bilgi,” TBMM, 26 Temmuz 2023, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y1/T7/WebOnergeMetni/601ddc59-b770-498d-b95b-c4884107fa91.pdf>; (2) Sağlık Bakanlığı, “Ankara Milletvekili Murat Emir’in 7/2672 Sıra Sayılı Yazılı Soru Önergesine İlişkin Cevap,” TBMM, 7 Kasım 2023, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y1/T7/WebOnergeMetni/e0fed004-9ef8-4358-986f-cd099ed31bc3.pdf>; (3) Millî Eğitim Bakanlığı, “İzmir Milletvekili Ahmet Tuncay Özkan’ın 7/4873 Esas Numaralı Yazılı Soru Önergesine İlişkin Bilgi,” TBMM, 13 Kasım 2023, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y1/T7/WebOnergeMetni/4381071a-7573-4f47-bb1b-526b4e608dfl.pdf>; (4) Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, “Karabük Milletvekili Cevdet Akay’ın 7/5428 Esas Sayılı Yazılı Soru Önergesinin Cevabı,” TBMM, 14 Kasım 2023, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T7/WebOnergeMetni/372901b8-13f0-4d1b-96f5-689dedc94dba.pdf>; (5) Hazine ve Maliye Bakanlığı, “Şanlıurfa Milletvekili Mahmut Tanal’ın 7/25662 Esas Sayılı Yazılı Soru Önergesine İlişkin Cevap Metni,” TBMM, 25 Nisan 2025, sayı Z-19809844-610-393946, 2, erişim tarihi: Mayıs 16, 2026, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y3/T7/WebOnergeMetni/7d0d7ed8-27cb-4474-b0a5-d02496f3528c.pdf>.

<sup>187</sup> 375 sayılı KHK, Ek md. 35/9.; Bakanlık Müşaviri, Müşavir, Danışman, İdari Uzman ve Araştırmacıların Görevlendirilmelerine İlişkin Yönetmelik, md. 5, md. 9, md. 12.

Tüm bu anlatılanlar ışığında Türkiye’de bakan danışmanlarının bürokrat, siyasetçi ya da bağımsız uzman olarak tasarlanmadığı değerlendirilmektedir. Yürütme erkinin teşkilat yapısındaki bakan danışmanlarını Cumhurbaşkanı’nın merkezi kontrolü altında işleyen, kurumlar arası işlevsel görevlendirmeye ve dolaşıma açık, atama ve görevlendirmeleri siyasi takdire dayalı ve siyasal sorumluluktan muaf olarak konumlandırmak mümkündür.<sup>188</sup>

## SONUÇ

Giderek önemi artan siyasi danışmanlık kurumunu yürütme teorisi, karşılaştırmalı anayasa hukuku ve demokratik sorumluluk ilkesi çerçevesinde inceleyen bu çalışmada yürütmedeki fiili durum ile mevcut anayasal düzenleme arasında belirgin bir uyumsuzluk bulunduğunu ortaya koyulmuştur. Çalışmada ulaşılan başlıca sonuçlar şu şekilde özetlenebilir.

Yürütme erki sınırlı ve tali bir güç olarak tasarlanmış, yürütmenin iç teşkilatlanmasına ve karar alma süreçlerine ilişkin ayrıntılı bir kuramsallaştırma geliştirilmemiştir. Oysa modern anayasal devletlerde yürütmenin kişiselleşmesi, karar alma süreçlerinin merkezileşmesi ve çekirdek yürütmenin genişlemesi sonucunda yürütme tek merkezli bir organ olmaktan çıkarak, birbirine bağlı aktörlerden oluşan bir karar ağına dönüşmüştür. Bu dönüşüm siyasi danışmanları yürütme içinde etkili ve vazgeçilmez aktörler haline getirmiştir. Karşılaştırmalı anayasal inceleme siyasi danışmanların siyasal pratikteki önemine rağmen anayasalarda -Norveç Anayasası istisna olmak üzere- yer almadığını göstermiştir. İncelenen anayasalarda danışmanlık kurumuna hiç yer verilmeyen, yalnızca hukuki veya teknik danışmanlık makamlarının düzenlendiği ya da istisnai olarak siyasi danışmanların tanındığı sınırlı sayıda örnek bulunduğu tespit edilmiştir. Bu tespit, anayasal düzenlemelerdeki öngörülenle yürütmenin gerçekteki işleyişi arasında yapısal bir farklılaşma bulunduğunu ortaya koymaktadır.

Siyasi danışmanlık yapısının ortaya çıkışı ve kurumsallaşması yalnızca hükümet sistemiyle açıklanamaz. Westminster geleneğine dayanan parlamenter sistem, başkanlık sistemi ve yarı başkanlık sistemleri karşılaştırıldığında danışmanların konumunun yürütmenin iç örgütlenme biçimi, bürokrasi-siyaset ilişkisi ve siyasal sorumluluğun kurulma yöntemiyle yakından bağlantılı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla siyasi danışmanlık kurumunun, hükümet sistemlerinden bağımsız olarak modern yürütmenin yapısal bir unsuru haline geldiği savunulmaktadır.

Siyasi danışmanların yürütme içinde artan etkisine rağmen açık bir anayasal veya yasal statüye sahip olmamaları demokratik sorumluluk ilkesi bakımından önemli sorunlar doğurmaktadır. Karar alma süreçlerinde etkili olan fakat siyasi veya hukuki sorumluluğu açık biçimde tanımlanmayan bu aktörler, anayasal sistem içinde görünmez bir güç katmanı oluşturmaktadır. Bu nedenle modern yürütmenin fiili yapısını dikkate alan, danışmanların konumunu, yetkilerini ve sorumluluklarını belirleyen daha açık ve sistematik bir normatif düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Türkiye’de özellikle 2017 anayasa değişikliklerinden sonra yürütme içinde çok katmanlı bir danışmanlık yapısının ortaya çıktığı görülmektedir. Cumhurbaşkanlığı politika kurulları, başdanışmanlık ve danışmanlık kadroları ile bakan danışmanlığı gibi farklı düzeylerde örgütlenen bu yapı, politikaların hazırlanması ve uygulanması süreçlerinde önemli bir rol oynamaktadır. Bununla birlikte bu aktörlerin görev, yetki, atanma usulleri, sayı sınırları ve sorumluluk mekanizmaları bakımından parçalı ve belirsiz bir hukuki çerçeve içinde faaliyet gösterdiği tespit edilmiştir.

Her ne kadar 1924 Anayasasının siyasi danışmanlarla ilgili hükmü yaklaşık sekiz ay yürürlükte kalsa ve tartışmalı siyasi gerekliliği konuyu anayasa hukuku perspektifi açısından ele alan bu çalışmanın sınırları dışında kalsa da buna benzer bir normatif yapı ve düzenleme düşünülebilir. Bu bağlamda siyasi danışmanlar hakkında yapılacak düzenlemenin öncelikle siyasi danışmanlığın tanımını ve kapsamını açık biçimde belirlemesi gerekir. Bireysel danışmanlık ile kurumsal danışmanlık arasındaki ayrım net olarak kurulmalıdır. Danışmanların atanma usulleri, sayı sınırları ve görev süreleri belirlenmelidir. Görev tanımları açık ve sınırlı olmalıdır. Danışmanların kamu gücü kullanamayacağı, idari işlem tesis edemeyeceği ve bürokrasiye emir ve talimat veremeyeceği açıkça düzenlenmelidir. Şeffaflık yükümlülükleri açık biçimde tanımlanmalıdır. Çıkar çatışmasının önlenmesine yönelik kurallar

<sup>188</sup> 375 sayılı KHK, Ek md. 35/9.; Bakanlık Müşaviri, Müşavir, Danışman, İdari Uzman ve Araştırmacıların Görevlendirilmelerine İlişkin Yönetmelik md. 4, md. 5, md. 9, md. 12.

getirilmelidir. Etik yükümlölükler netleştirilmelidir. Danışmanların fiillerinden kaynaklanan siyasi sorumluluğun bağlı oldukları makama ait olduğu açıkça düzenlenmelidir. İşlem ve eylemlerinden kaynaklanan hukuki ve idari sorumluluk ise danışmanda kalmalıdır. Bu alanın yalnızca yürütme içi siyasi takdire bırakılmak yerine kanuni dayanağı olan ve denetime açık bir danışmanlık rejimi kurulmasının demokratik sorumluluk ilkesine uygun olacağı değerlendirilmektedir.

**KAYNAKÇA**

- Akman, Elvettin. "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Politikası Aktörleri." *Paradoks Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi* 15, no. 1 (2019): 35-54.
- Aristoteles. *Politika*. Çev. Özgüç Orhan. Pinhan Yayıncılık, 2017.
- Bach, Tobias, and Thurid Hustedt. "Policy-Making in the Executive Triangle: A Comparative Perspective on Ministers, Advisers, and Civil Servants." iç. *Handbook on Ministerial and Political Advisers*, ed. Richard Shaw. Edward Elgar Publishing, 2023: 338-351.
- Bovens, Mark. "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework." *European Law Journal* 13, no. 4 (2007): 447-468.
- Bölükbaşı, Mustafa Oğuzhan. "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı ile Önceki Sistemdeki Bakan Yardımcısı ve Müsteşarın Kıyaslanması." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 1 (2021): 287-303.
- Brans, Marleen, Christophe de Visscher, Athanassios Gouglas ve Steven Jaspers. "Political Control and Bureaucratic Expertise: Policy Analysis by Ministerial Cabinet Members." iç. *Policy Analysis in Belgium*, ed. Marleen Brans ve David Aubin. Policy Press, 2017: 57-78.
- Casey, Conor ve David Kenny. "The Gatekeepers: Executive Lawyers and the Executive Power in Comparative Constitutional Law." *International Journal of Constitutional Law* 20, no. 2 (2022): 664-695.
- Connaughton, Bernadette, Charis Rice ve Richard Shaw. "The Westminster Tradition". iç. *Handbook on Ministerial and Political Advisers*, ed. Richard Shaw. Edward Elgar Publishing, 2023: 296-311.
- Connaughton, Bernadette. "Glorified Gofers, Policy Experts or Good Generalists: A Classification of the Roles of the Irish Ministerial Adviser." *Irish Political Studies* 25, no. 3 (2010): 347-369.
- Dinç, Yusuf Durani ve Yıldız Atmaca. "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Politikası Sürecinin Yeni Aktörleri: Politika Kurulları ve Ofisler." *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* no. 76 (2023): 126-148.
- Eichbaum, Chris ve Richard Shaw. "Ministers, Minders and the Core Executive: Why Ministers Appoint Political Advisers in Westminster Contexts." *Parliamentary Affairs* 67, no. 3 (2014): 584-616.
- Elgie, Robert. "Core Executive Studies Two Decades On." *Public Administration* 89, no. 1 (2011): 64-77.
- Elkins, Zachary, Tom Ginsburg ve James Melton. *Constitute Project*. Comparative Constitutions Project. <https://www.constituteproject.org>. Erişim tarihi: Mart 17, 2026.
- Eroğul, Cem. *Demokrat Parti (Tarihi ve İdeolojisi)*. İmge Kitabevi Yayınları, 1990.
- Erol, Ömer Faruk. "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, no.1 (2020): 107-130.
- European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). *Rule of Law Checklist*. CDL-AD(2016)007. Mart 18, 2016.
- Gouglas, Athanassios. "The Hearts and Brains of Policy Advisory Systems: Ministerial Advisers, Ministerial Offices and Executive Triangles." iç. *The Routledge Handbook of Policy Advisory Systems*, ed. Giliberto Capano, Jonathan Craft ve Michael Howlett. Routledge, 2026, Kindle.
- Gouglas, Athanassios. "The Story So Far: What We Know (and Don't Know) about Ministerial Advisers." iç. *Handbook on Ministerial and Political Advisers*, ed. Richard Shaw, Edward Elgar Publishing, (2023): 26-44.
- Gönenç, Levent. *Siyasi İktidarın Denetlenmesi - Dengelenmesi ve Yargı*. Adalet Yayınevi, 2015.
- Görgen, Nurullah. "The Evolution of the British Executive: Cabinet, Prime Minister and Core Executive Model." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 30, no. 1 (2024): 155-183.
- Görücü, Veyssel. "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Merkezden Yönetim Üzerinde Yansımaları." *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 4, no. 2 (2024): 527-554.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. Cilt I. Ekin, 2020.

- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*. Cilt 1. Ekin, 2019.
- Halligan, John. "Policy Advice and the Public Service in a Changing World." iç. *The Routledge Handbook of Policy Advisory Systems*, ed. Giliberto Capano, Jonathan Craft ve Michael Howlett. Routledge, (2026): Kindle.
- Hazell, Robert. "A Profession Comes of Age" iç. *Special Advisers: Who They Are, What They Do and Why They Matter*, ed. Ben Yong ve Robert Hazell. Hart Publishing, (2014): 193-210.
- Hustedt, Thurid, Kristoffer Kolltveit ve Heidi Houlberg Salomonsen. "Ministerial Advisers in Executive Government: Out from the Dark and into the Limelight". *Public Administration* 95, no. 2 (2017): 299-311.
- Hustedt, Thurid. "Ensuring Political Responsiveness: Politicization Mechanisms in Ministerial Bureaucracies". *International Review of Administrative Sciences* 80, no. 4. (2014): 746-765.
- Koçak, Cemil. *Türkiye'de Millî Şef Dönemi (1938–1945)*. Cilt 1. İletişim Yayınları, 2018.
- Lindberg, Staffan I. "Mapping Accountability: Core Concept and Subtypes." *International Review of Administrative Sciences* 79, no. 2 (2013): 202-226.
- Locke, John. *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*. Çev. Fahri Bakırcı. Ebabel Yayıncılık, 2012.
- Mansfield, Harvey C. "The Ambivalence of Executive Power." *Presidential Studies Quarterly* 17, no. 2 (1987): 233-249.
- Meert, Arthur, Marleen Brans, Fabrizio Di Mascio, Athanassios Gouglas, Alessandro Natalini ve Patricia Silva. "Ministerial Advisers in Political Systems of the Napoleonic Administrative Tradition: The Ministerial Cabinet." iç. *Handbook on Ministerial and Political Advisers*, ed. Richard Shaw. Edward Elgar Publishing, (2023): 232-250.
- Ng, Yee-Fui. "Keeping Them Honest: Accountability and Regulation." iç. *Handbook on Ministerial and Political Advisers*. ed. Richard Shaw. Edward Elgar Publishing, (2023): 365-377.
- Ng, Yee-Fui. "Ministerial Advisers: Democracy and Accountability." *Law and Democracy: Contemporary Questions*. ed. Glenn Patmore ve Kim Rubenstein, Canberra. ANU Press, (2014): 65-83.
- Ng, Yee-Fui. "Political Advisers in the Executive Branch." iç. *The Oxford Handbook of Political Executives*, ed. Rudy B. Andeweg, Robert Elgie, Ludger Helms, Juliet Kaarbo ve Ferdinand Müller-Rommel. Oxford University Press, (2020): 501-522.
- Pickering, Heath, Jonathan Craft ve Marleen Brans. "Ministerial Advisers as Power Resources: Exploring Expansion, Stability and Contraction iç. Westminster Ministers' Offices." *Parliamentary Affairs*. 77, no. 2 (2024): 305-327.
- Rose-Ackerman, Susan. *Democracy and Executive Power: Policymaking Accountability in the US, the UK, Germany, and France*. Yale University Press, 2021.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Toplum Sözleşmesi*. Çev. Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2020.
- Shaw, Richard ve Chris Eichbaum. "Following the Yellow Brick Road: Theorizing the Third Element in Executive Government." *International Journal of Public Administration* 38, no. 1 (2015): 66-74.
- Shaw, Richard ve Chris Eichbaum. *Ministers, Minders and Mandarins: An International Study of Relationships at the Executive Summit of Parliamentary Democracies*. Edward Elgar Publishing, 2018.
- Staroňová, Katarína ve Marek Rybář. "Ministerial Advisers in Central and Eastern Europe: Transition Belts or Something Else?." iç. *Handbook on Ministerial and Political Advisers*. Ed. Richard Shaw. Edward Elgar Publishing, 2023: 208-220.
- Taşdöğen, Salih. "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 3 (2016): 937-966.
- Teziç, Erdoğan. "Batı Demokrasilerinde 'Yürütme'nin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi." *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 1, no. 2 (2011): 91-106.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*. Beta Yayınları, 2018.

- The LSE GV314 Group. “New Life at the Top: Special Advisers in British Government”. *Parliamentary Affairs* 65, no. 4 (2012): 715-732.
- Topacı, Mehmet. “Hukuki Temel ve Uygulama Bakımından Türkiye’de Bakan Yardımcılığı.” *Türk İdare Dergisi*. no. 479 (2014): 287-303.
- Tunaya, Tarık Zafer. *Siyasal Kurumlar ve Anayasa*. Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık, 2000.
- Turan, Şerafettin. *Atatürk’ün Düşünce Yapısını Etkileyen Olaylar, Düşünürler, Kitaplar*. Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1982.
- Tushnet, Mark. “Constitution.” iç. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld ve András Sajó. Oxford University Press, 2012: 217-231.
- Veit, Sylvia. “Ministerial Advisers and Policy Advisory Systems.” iç. *The Routledge Handbook of Policy Advisory Systems*, ed. Giliberto Capano, Jonathan Craft ve Michael Howlett. Routledge, 2026. Kindle.
- Yong, Ben. “The Comparative Experience of Political Staff: Westminster Jurisdictions and Ministerial Cabinets.” iç. *Special Advisers: Who They Are, What They Do and Why They Matter*, ed. Ben Yong ve Robert Hazell, Hart Publishing, 2014: 151-168.
- Yong, Ben. “The Regulation, Accountabilities and Responsibilities of Special Advisers.” İç. *Special Advisers: Who They Are, What They Do and Why They Matter*, ed. Ben Yong ve Robert Hazell, Hart Publishing, (2014): 129-149.



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2026

Cilt / Volume: 7

Sayı / No: 1

Eserin Türü /  
Manuscript Type  
Araştırma Makalesi,  
Research Article

DOI:  
10.47136/asbuhfd.1798  
843



**Makale Gönderim Tarihi / Received:**07.10.2025

**Makale Kabul Tarihi / Accepted:**03.08.2026

**Hakem Değerlendirmesi / Peer Review:** Çift kör hakem. Double peer-reviewed.

**Anahtar Kelimeler: / Keywords:** Genel İşlem Koşulları, Yürürlük Hukuku, İçerik Denetimi, Geçmişe Etki, Hukuki Güvenlik, Kamu Düzeni. /General Terms and Conditions, Enforceability Law, Content Control, Retroactivity, Legal Security, Public Order.

**Atıf / Citation:** Kılıç, Emine Meliknur. "Genel İşlem Koşulu Hükümlerinin Zaman Bakımından Uygulanması ve Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi" *ASBU Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8, no.1 (2026) 101-131.

#### **Yazar Bilgileri / Authors Information:**

Arş. Gör. , İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı  
eminemeliknur.kilic@bakircay.edu.tr, 0000-0003-0323-0293.

**Teşekkür / Acknowledgments:** Bulunmamaktadır.

**Finansal Destek / Financial Support:** Finansal destek alınmıştır.

Bu çalışma, TÜBİTAK 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı desteği ile Uluslararası Özel Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü LMU Münih'te gerçekleştirilmiştir

**Çıkar Çatışması / Conflict of Interest:** Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

**Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval:** Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

**Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence:** Yapay zeka araçlarından yararlanılmıştır

# **GENEL İŞLEM KOŞULU HÜKÜMLERİNİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI VE YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

*The Application of Standard Contract Terms in  
Terms of Time and Criticism of The Judiciary Decisions*

**Emine Meliknur KILIÇ\***

## **Öz**

Bu çalışma, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20–25. maddeleriyle getirilen genel işlem koşulu hükümlerinin zaman bakımından uygulanmasını ve Yargıtay içtihatlarındaki farklılıkları incelemektedir. Sözleşme özgürlüğü, taraf iradelerinin karşılıklı müzakeresi esasına dayansa da modern ekonomik yaşamda tip sözleşmelerin yaygınlaşmasıyla birlikte bu özgürlük sınırlanmış; zayıf tarafın korunması amacıyla hukuk düzeninin müdahalesi kaçınılmaz hale gelmiştir. Genel işlem koşulu kavramı, müzakere edilmeksizin tek tarafça hazırlanan ve çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere oluşturulan hükümlerdir. Bu hükümler, sözleşme adaletini tek taraf lehine bozmaları nedeniyle denetime tabi tutulur. Türk hukukunda genel işlem koşulu denetimi, ilk olarak Yargıtay kararlarında sözleşme özgürlüğü dürüstlük kuralı, güven ilkesi ve ilerleyen dönemde kamu düzeni aracılığıyla uygulanmış; 6098 sayılı Kanun ile sistematik hale getirilmiştir. Ancak bu hükümlerin, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 2. maddesi kapsamında derhal uygulanması yüksek yargı kararlarında kabul görmemiştir. Çalışmada, genel işlem koşulu hükümlerinin kamu düzenini alakadar etmesi nedeniyle derhal uygulanabilir nitelikte olduğu, ancak yürürlük denetiminin ilgili işlemin tamamlanmış olması nedeniyle konusuz kaldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Genel olarak Yargıtay daireleri arasında uygulama birliği bulunduğu; uygulamanın hükümlerin kamu düzeni ilişkisi olmaması sebebiyle derhal uygulanamayacağı şeklinde gelişip varlık sürdürdüğü görülmektedir. Çalışma, genel işlem koşulu denetimi bakımından normatif sürekliliğin sağlanması ve hukuki güvenliğin korunması için, sistematik yorum yapılarak zaman bakımından uygulamada süregelen hukuka aykırılığın giderilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

## **Abstract**

This study examines the temporal application of the provisions on the standard contract terms introduced by Articles 20–25 of the Turkish Code of Obligations No. 6098 and the differences in the case law of the Supreme Court. Although the principle of freedom is based on negotiation, this has been limited by the growth of standard contracts; the legal system must intervene to protect the weaker party. The term “standard contract terms” refers to provisions prepared unilaterally without negotiation and created for use in numerous contracts. These terms are subject to control due to their potential to undermine contract fairness. In Turkish law, the control of standard contract terms was first applied indirectly in Supreme Court decisions through the principles of good faith, trust, and public order; it was systematised with the TCO No. 6098. However, the immediate application of the provisions of the TCO under Article 2 of the Law on the Entry into Force and Application of the Turkish Code of Obligations No. 6101 has in practice been rejected in the case law of the higher courts. The study concludes that the provisions on standard contract terms are, by their very nature and their connection with public order, immediately applicable, but cannot in concrete cases be directly applied to contracts established during the period of the old law due to the limiting effect of the principle of non-retroactivity. The Supreme Court's chambers generally follow a standard practice: that these provisions don't relate to public order so cannot be applied immediately. The study emphasises that, to ensure legal certainty in the use of standard terms, there is a need for uniformity in case law and a systematic approach to interpretation, to remedy the ongoing issue of the application of these terms.

### Extended Summary

The principle of contractual freedom, as the central manifestation of private autonomy in law, has traditionally been built on the assumption that the parties are able to negotiate the content of the contract on an equal footing. In modern economic life, however, the widespread use of pre-formulated and standardised contracts has largely transformed this freedom into a formal concept. Under conditions of economic and informational imbalance, the protection of the weaker party and the restoration of contractual justice require regulatory intervention. In Turkish law, the systematic instrument of this intervention is the control of general terms and conditions, laid down in Articles 20–25 of the Turkish Code of Obligations (TCO). These provisions establish a three-tier structure consisting of inclusion control, interpretation control and content control.

The study first traces the historical development of general terms and conditions in Turkish law and revisits the question whether the TCO provisions truly introduced a novel institution. The analysis shows that, even under the former Code of Obligations No. 818, the Supreme Court had already developed a principle of control of standard contract terms on the basis of Article 2 of the Civil Code (good faith) and Articles 19–20 of the former Code (public order and protection of personality). Since the 1980s, a line of case law has refused to give effect to unilateral and non-negotiated clauses or has declared them invalid where they created excessive imbalance or threatened the debtor's economic existence. In this light, Articles 20–25 TCO do not create an entirely new mechanism; rather, they codify and systematise an existing judicial and doctrinal evolution by linking content control to a clear sanction of “deemed not written” and partial nullity.

In the second step, the article examines the temporal applicability of these provisions under the Law No. 6101 on the Entry into Force and Application of the TCO. It distinguishes between the underlying principle of control and the positive norms, as well as between inclusion, interpretation and content control. Read together, Article 1 of Law No. 6101 (non-retroactivity) and Article 2 (immediate application of rules relating to public order and morality) suggest that inclusion control under Article 21 TCO is moot with regard to contracts that were concluded and fully performed under the former Code. By contrast, interpretation control (Article 23) and content control (Article 25) are closely connected to economic public order and contractual fairness, and thus, the study argues, should be treated as rules capable of immediate application. The proposed solution is that the validity of contracts remains governed by the old law, while their continuing effects may be adjusted under the new regime to the extent that they still shape ongoing contractual relationships.

The next and final section analyses Supreme Court case law in light of this theoretical framework. The judgments of the 3rd Civil Chamber concerning electricity supply contracts (loss–theft charges), usurious interest rates in loan agreements and daily default interest of 1% in construction contracts illustrate the public-order dimension of the control of general terms and conditions. In these decisions, the Chamber emphasises that in natural monopoly markets the contracting party – even if a trader – cannot meaningfully exercise contractual freedom; standard terms that exploit this situation are said to endanger the economic personality of the weaker party and to conflict with the social state principle. On this basis, the Chamber classifies Article 25 TCO as a public-order norm which empowers the judge to intervene directly in the contractual content and therefore falls within the scope of Article 2 of Law No. 6101, allowing its immediate application even to contracts concluded before 1 July 2012. This approach, which also extends protection to traders, is endorsed in the article as normatively appropriate and consistent with the idea of economic public order.

By contrast, the line of decisions of the 11th Civil Chamber of the Supreme Court and the General Assembly of Civil Chambers (GACC), particularly in disputes concerning bank charges, commissions and early repayment fees, reflects a much more restrictive understanding that treats Articles 20–25 TCO essentially as substantive innovations operating only prospectively. The 11th Chamber has held that the provisions on the control of general terms and conditions cannot be applied to credit agreements concluded before the entry into force of the TCO and that such disputes must instead be resolved on the basis of the former Code of Obligations, Article 2 of the Civil Code and banking practice, even validating vague clauses that do not specify any rate by determining an “average banking practice”. In its decision of 20 February 2020 the GACC endorsed this approach, ruling in a dispute on an early repayment fee under a 2007 general credit agreement that Articles 20–25 TCO were inapplicable and that control had

to be carried out solely under the principles of good faith and the prohibition of abuse of rights. In its judgment of 11 December 2024 concerning an employment contract with a foreign element, the GACC further held that, because the contracts had been concluded during the period of the former Code of Obligations, Articles 20–25 TCO could not be applied to the case *ratione temporis* and that these provisions do not constitute rules relating to public order or public morality within the meaning of Article 2 of Law No. 6101. The majority also regarded the Chamber’s review – confined to the fact that the employee had been given the opportunity to read the contract and that the standard-form employment contracts were permanently accessible on the institution’s website – as sufficient in terms of inclusion control, thereby adopting a narrow approach which treats the passage of a clause through inclusion control as if it satisfied the entire control regime, while leaving aside content control and its economic public-order dimension.

In conclusion, the study offers a comparative evaluation of these lines of case law and advances a normative proposal. In practice, with the notable exception of the 3rd Civil Chamber, the chambers of the Supreme Court and the GACC do not treat Articles 20–25 TCO as rules of public order and decline to apply them to contracts concluded before the TCO entered into force, resorting instead to a flexible and often unpredictable equity-based control under Article 2 of the Civil Code. The resulting two-tier regime means that two long-term contracts of the same type, one concluded shortly before and one shortly after 1 July 2012, are subjected to fundamentally different control mechanisms; parties to older contracts are deprived of the normative and foreseeable protection provided by the new regime. The study concludes that interpretation and content control under Articles 23 and 25 TCO should, in view of their close link with economic public order, be understood as rules within the scope of Article 2 of Law No. 6101 and thus applied immediately to ongoing contractual relationships, regardless of the date of conclusion. A systematic and teleological interpretative approach in this direction would enhance legal certainty and normative continuity and would render the control of general terms and conditions an effective instrument for reconciling contractual freedom with contractual fairness in Turkish private law.

## GİRİŞ

İrade özerkliğinin görünümü olan sözleşme özgürlüğü, taraflara içerik belirleme yetkisi tanısa da bu özgürlük mutlak değildir; sözleşme adaletini sağlamak adına sınırlandırılabilir. Nitekim sözleşme adaletinin sağlanması amacıyla sözleşme özgürlüğüne müdahale kaçınılmazdır. Kamu düzeni ve ahlaka aykırılık düzenlemeleri ile sözleşmenin denetlenmesi gündeme gelebileceği gibi kanunda yer verilen özel düzenlemeler ile de sözleşme şartlarındaki haksızlık giderilebilir.<sup>1</sup>

Müzakere edilmeksizin, tek tarafça çok sayıda sözleşme için hazırlanan genel işlem koşulları<sup>2</sup> (GİK), içerdikleri hükümlerle sözleşme adaletini zedeleme potansiyeli taşır. GİK'e ilişkin ilk yasal düzenlemeler, AB yönergeleri doğrultusunda Tüketici Hukuku kapsamında mevzuatımıza girmiştir. Borçlar kanununun modernizasyonu çalışmaları kapsamında 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>3</sup>'nun (TBK) 20 ilâ 25. maddelerinde GİK denetimine ilişkin açık ve sistematik hükümler getirilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda doğrudan bir düzenleme yer alması sebebiyle Alman Medeni Kanun'u (*Bürgerliches Gesetzbuch*) (BGB) hükümleri iktibas edilmiştir. TBK genel gerekçesinde GİK denetimi hükümleri hukukumuzda bir yenilik olarak takdim edilmiştir. Ancak

<sup>1</sup> Arzu Küçükyalçın, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması,” *AÜHFD* 53, no. 4 (2004): 106, 112-114.

<sup>2</sup> Hukuk yazınımda kavram genel işlem şartları olarak ortaya çıkmış olsa da bilinçli olarak yürürlükte bulunan TBK sistematigi ve terminolojisi doğrultusunda “genel işlem koşulları” terimi tercih edilmiştir.

<sup>3</sup> RG. 04.02.2011, S. 27836.

bu gelişmelerden önce de Türk hukuk öğretisinde<sup>4</sup> ve yargı uygulamasında<sup>5</sup> GİK denetimi, dolaylı yöntemlerle varlık göstermekteydi. Mahkemeler, dürüstlük kuralı, güven ilkesi, kamu düzeni ve genel ahlak gibi genel ilkeleri kıstas olarak bir denetim gerçekleştirmekteydi. TBK'nın yürürlüğe girmesinde bu yana, eski yasa döneminde akdedilen sözleşmelerin GİK denetimi konusunda Yargıtay'ın farklı dairelerince çeşitli kararlar verilmiş, hükümlerin zaman bakımından uygulaması açısından uygulama birliği sağlanamamıştır. Yürürlükte bulunan bu tarz sözleşmeler ve bunlardan doğacak ihtilafların gündeme gelmesi ihtimaline binaen bu çalışmanın yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Çalışmada, kavramsal ve kurumsal olarak Türk hukukunda GİK kavramının ortaya çıkış sürecinin takip edilebilmesi adına ilk başlık altında GİK kavramı ve tarihi gelişimi ortaya konacaktır. Bu kapsamda tarihi süreç içerisinde GİK kavramının ve denetiminin ortaya çıkışından kısaca bahsedilecek, hukuki düzenlemelerden bağımsız olarak kavramın tanımı ve unsurları açıklanacaktır. Akabinde “1 Temmuz 2012 öncesinde akdedilen sözleşmeler GİK denetimine tabi tutulabilir mi ve bu denetimin mahiyeti ne olmalıdır?” sorusunu cevaplayabilmek adına genel gerekçede belirtildiği üzere TBK ile ihdas edilen GİK müessesinin Türk hukuku açısından yeni olup olmadığı ortaya konulacaktır. Devam eden başlıkta GİK hükümlerinin (TBK m. 20-25) 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun<sup>6</sup> (6101 sayılı Kanun) m. 2 uyarınca derhal uygulanabilir nitelikte olup olmadığı açıklanacaktır. Nihayetinde TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay'ın farklı dairelerince konuya ilişkin verilen kararlara karşı görüşümüz sunularak çalışma sonuçlandırılacaktır. Tüketici işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar çalışmamız dışında bırakılmıştır.

## I. GENEL OLARAK GENEL İŞLEM KOŞULU

### A. Kavramın Ortaya Çıkışı ve Kodifikasyonu

Sanayi devrimi ve ekonomik gelişmeler, işlem hızını artırmak ve riskleri yönetmek amacıyla 'tip/standart sözleşme' modelini zorunlu kılmıştır. Özellikle sigorta sözleşmeleri ve demiryolu taşımacılığı gibi alanlarda, kanunların henüz ayrıntılı düzenlemeler getirmediği konularda işletmeler, çok sayıda işlemde kullanılmak üzere tipik sözleşme koşulları geliştirmiştir.<sup>7</sup> Borçlar hukukunun “klasik sözleşme” modeli yerini zamandan tasarruf sağlayan tip sözleşme modeline bırakmıştır. Karşı tarafta bulunan açısından uzun ve karmaşık sözleşme içeriğinin onaylanması, içeriğe hâkim olunmaksızın yapılan “global kabul” niteliğinde bir beyan ile gerçekleştirilmeye başlamıştır. Tek yanlı hazırlanarak taraflardan birinin menfaatlerini ön plana çıkaran ve pazarlığa kapalı sözleşme şartlarının sözleşme hükmü olarak yürürlüğe girmesi sözleşme özgürlüğünü karşı taraf bakımından sınırlandırmaktadır. Taraf iradesini esas alan Kıta Avrupası hukuk sistemi, tarafların sözleşme içeriğine müdahale imkânı

<sup>4</sup> Yazılmış eserler için bkz. Sermet Akman, “Genel İşlem Şartları,” *Yargı*, no. 35 (1979): 13–18; Ünal Tekinalp, “Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları,” iç. *Prof. Dr. Ernest E. Hirsch'in Hatırasına Armağan (1902–1985)*, 123–160 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986); Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (Beta Yayıncılık, 2001); Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması* (Güncel Hukuk Yayınları, 2003).

<sup>5</sup> Bkz. Yar. 3. HD, E. 1998/4263, K. 1998/6098, 02.06.1998, Yargıtay Kararları Dergisi 1998, 1140, 1141; Kemal Atasoy, *Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Kamu Düzeni Gerekçesiyle Sınırlandırılması* (On İki Levha Yayıncılık, 2020), 92.

<sup>6</sup> RG. 04.02.2011, S. 27836.

<sup>7</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), Drucksache 7/3919, 06.08.1975, 9-10, Erişim Tarihi: Mart 14, 2025, <https://dserv.bundestag.de/btd/07/039/0703919.pdf>, (AGB-Gesetz Drucksache); Phillip Hellwege, “Allgemeine Geschäftsbedingungen,” *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Erişim Tarihi: Mart 14, 2025, [https://jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14586/German\\_Standard\\_Terms\\_of\\_Contract\\_Thomas\\_Zerres.pdf](https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Allgemeine_Gesch%C3%A4ftsbedingungen#:~:text=19,Es%20w%C3%A4re%20also%20zu; Mathias Habersack, “BGB Vor § 305 Vorbemerkung,” in Ulmer Brandner Hensen AGB-Recht Kommentar, ed. Marcus Bieder et al. (Otto Schmidt Verlag, 2022), Rn. 10, 6; Thomas Zerres, “Principles of the German Law on Standard Terms of Contract,” 2, Erişim Tarihi: Temmuz 1, 2025, <a href=); Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (1993), 154ff; O. Gökhan Antalya, *Genel Hükümler*, C. 1 (Legal Yayıncılık, 2015), 398.

açısından ortaya çıkan adaletsizliğin giderilmesi adına zayıf tarafı güçlü tarafa karşı koruyan ve piyasanın sağlıklı işlemlerini temin için gerekli görülen bazı müdahaleci uygulamalar ve akabinde düzenlemeler kendini göstermiştir. Bu düzenlemelerle, müzakere gücündeki dengesizlik ve bilgi asimetrisi sonucu ortaya çıkan adil olmayan sözleşme içeriği, menfaat dengesini sağlamak amacıyla hukuki denetime tabi tutulmaya başlanmıştır.<sup>8</sup>

GİK denetimi ilk olarak Alman İmparatorluk Mahkemesi (*Reichsgerichts*) kararlarında ahlaka aykırılık ile gerekçelendirilmiştir.<sup>9</sup> Mahkeme, tekel konumundaki tarafın kendi çıkarlarını dayatmasını iyiniyet ihlali olarak nitelendirmiştir.<sup>10</sup> Alman Federal Mahkemesi'nin (*Bundesgerichtshof*) (BGH) 1956 tarihli kararıyla<sup>11</sup> başlayan iyiniyet temelli denetim, zamanla kanun koyucu tarafından zayıf tarafı koruma amacıyla 'GİK denetimi' olarak kodifiye edilmiştir.<sup>12</sup>

Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarının yanı sıra GİK kavramı, Alman hukuk yazınında 1935 yılından itibaren çeşitli monografilere konu olmuştur.<sup>13</sup> BGH'nin 1956 tarihli kararıyla<sup>14</sup> dürüstlük kuralı (BGB § 242) eksenine oturmuştur.<sup>15</sup> Mahkeme bu içtihatla, güçlü tarafın tek yanlı dayatmalarına karşı ahlaka ve dürüstlük kuralına aykırılık temelinde bir içerik denetimi mekanizması geliştirmiştir. Yargısal yolla gelişen bu ilkeler, 1976 tarihli Genel İşlem Koşulları Hakkında Kanun (AGBG)<sup>16</sup> ile kanunlaşarak tüketici koruması adına somut hükümlere bağlanmıştır. Bu hükümler, Borçlar Hukuku reformu (*Schuldrechtsmodernisierung*) kapsamında 2002 yılında büyük bir değişikliğe uğramadan BGB'nin 305–310. paragraflarına entegre edilmiş; usûli hükümler ise UKlaG'da düzenlenmiştir. Alman hukukundaki bu gelişim, AB düzeyinde de model alınmıştır. AGBG esas alınarak hazırlanan 93/13/AET<sup>17</sup> sayılı Direktif ile üye ülkelerde asgari koruma standardı ve yeknesaklık sağlanması

<sup>8</sup> Zerres, *German SCT*, 3; Tekinay ve diğerleri, *Borçlar Hukuku*, 162; Antalya, *Genel Hükümler*, 399; Ece Baş, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi,” iç. *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, 276–306, ed. Tufan Ögüz (Filiz Kitapevi, 2013), 279.

<sup>9</sup> Andreas Fuchs, “BGB § 307 Vorbemerkungen zur Inhaltskontrolle,” in *Ulmer Brandner Hensen AGB-Recht Kommentar*, ed. Marcus Bieder et al. (Otto Schmidt Verlag, 2022), Rn. 15, 448; Tekinay ve diğerleri, *Borçlar Hukuku*, 162; Orhan Ersun Civan, *Genel İş Koşulları* (Beta Yayıncılık, 2015), 220; M. Polat Soyer, *Genel İş Koşulları* (Özgün Matbaacılık, 1987), 147.

<sup>10</sup> RGZ 62, 264 (266); RGZ 99, 107 (109); RGZ 102, 396 (397); RGZ 103, 82 (83); RGZ 115, 218 (219 f.), Erişim Tarihi: Mart 14, 2025, <https://www-juris-de>; Atamer, *GİK Denetim*, 156 ff; fakat bu görüş şartları ve hukuki sonuçları itibarıyla açık içerik denetimi açısından kapsayıcı bir nitelik taşımaması itibarıyla terkedilmiştir, Soyer, *İş Koşulları*, 147, Civan, *Genel İş Koşulları*, 220, Atamer, *GİK Denetim*, 158.

<sup>11</sup> Karara ilişkin açıklamalar takip eden paragraflarda detaylandırılmıştır; karar künyesi için bkz. 14 nolu dipnot.

<sup>12</sup> AGB-Gesetz Drucksache, 1-2, 10, 16, Erişim Tarihi: Mart 14, 2025, <https://dserver.bundestag.de/btd/07/039/0703919.pdf>; Friedrich Bultmann, *30 Jahre Praxis der AGB-Verbandsklage*, 2, Erişim Tarihi: Mart 14, 2025, [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/gutachten\\_30\\_jahre\\_verbandsklage\\_vzbv\\_2008.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/gutachten_30_jahre_verbandsklage_vzbv_2008.pdf); Tekinay ve diğerleri, *Borçlar Hukuku*, 162.

<sup>13</sup> Fuchs, *BGB § 307*, Rn. 15, 448, dn. 40; bkz. Ludwig Raiser, “*Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*” (1935).

<sup>14</sup> BGH v. 29.10.1956 – II ZR 79/55, BGHZ 22, 90 (97ff.), Erişim Tarihi: Mart 14, 2025, <https://www-juris-de>, Karara konu somut olayda, alıcı, satıcıdan fabrika çıkışlı yeni mobilyalar satın almış, teslim edilen malların ayıplı olması nedeniyle satıcıya başvurmuş fakat satıcı, sözleşmede yer alan her türlü ayıba ilişkin sorumsuzluk kaydını ileri sürerek talebi geri çevirmiştir. Bunun üzerine BGH önüne gelen uyuşmazlıkta, söz konusu hükmün dürüstlük kuralına (BGB § 242) aykırı olduğunu, zira tüketicinin yeni bir ürün satın alırken ayıpsız ve kullanılabilir bir mal bekleme hakkına sahip olduğunu belirterek, bu sorumsuzluk kaydının hükümsüz olduğuna karar vermiştir.

<sup>15</sup> Fuchs, *BGB § 307*, Rn. 15, 448.

<sup>16</sup> *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, AGB-Gesetz Drucksache, 12, Erişim Tarihi: Mart 14, 2025, <https://dserver.bundestag.de/btd/07/039/0703919.pdf>.

<sup>17</sup> Council Directive 93/13/EEC on Unfair Terms in Consumer Contracts of 5. April 1993, ABl. EG 1993, Nr. L 95/29, Erişim Tarihi: Mart 14, 2025, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj/eng>.

hedeflenmiştir.<sup>18</sup> Direktif, haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmamasını temin etme yükümlülüğü getirmiştir.<sup>19</sup>

## B. Tanımı

GİK, bir tarafın önceden hazırladığı ve çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere standartlaştırdığı şartlar bütünü olarak tanımlanır.<sup>20</sup> GİK niteliğinde olan hükümlerin sözleşme içeriğinde kullanılması başlı başına sorun teşkil etmemektedir. Pratiklik ve maliyetleri düşürme adına önceden soyut şekilde hazırlanan standart sözleşmeler sayesinde riziko geniş ölçüde önceden hesaplanabilmekte ve sözleşme hükümleri uygulama alanına yönelik hususileştirilmektedir. Ayrıca, üçüncü kişi, kurum veya kuruluş tarafından hazırlanan standart metin kullanıcı tarafından diğer tarafa sunularak GİK hükümleri sözleşme kapsamına dahil edilebilir. Bu durum göz önünde tutularak hazırlayan yerine Alman hukukunda da tercih edilen “kullanan” terimi tercih edilmiştir.

Karşı tarafın içeriği öğrenme imkanının kısıtlanması, işin özelliğine yabancı şartları barındırması, kullanan lehine tek taraflı sözleşme içeriğine müdahale yetkisi tanınması yahut dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde karşı taraf aleyhine hüküm dayatılması tarafların eşitliği ve sözleşme özgürlüğü ilkesini zedelemektedir. Sunulan hükümlerin müzakere edilmemiş olması veya müzakere edilse dahi içeriği değiştirme iktidarının bulunmaması hali GİK olarak tanımlanan hükümlerin denetlenmesi için yeterlidir.<sup>21</sup> Zira bu durumda denetimin koruma amacını oluşturan irade özerkliği zarar görmekte, ortaya kanunun yedek hukuk kuralları ile öngörülen sözleşmesel risk dağılımının bozulduğu ilişkiler ve piyasa aksaklığı<sup>22</sup> meydana gelmektedir. Bozulan menfaat dengesinin tekrar sağlanması, piyasa aksaklığının giderilmesi ve görece adil bir sözleşme ilişkisinin kurulabilmesi adına bu hükümlerin denetlenmesi ihtiyacı doğmaktadır.<sup>23</sup> Özellikle tüketici hukuku, bankacılık, sigorta gibi alanlarda yaygın olarak kullanılan GİK, tarafların hak ve yükümlülüklerinde dengesizlik yaratabilecek niteliktedir. Bu nedenle, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinde GİK’in hüküm ifade etmesi açısından açık, anlaşılır ve dürüstlük kurallarına uygun olarak yazılması arasında doğrudan ilişki bulunmaktadır.

## C. Unsurları

Bir metnin GİK olarak nitelendirilebilmesi için belirli unsurlara sahip olması gereklidir. Bu unsurların bir araya gelmesi sonucunda bireysel anlaşma ilişkisini ortadan kaldırma ve kullananın karşısında yer alan taraf açısından irade özerkliğini sınırlama sonucunu meydana getirmesi sebebiyle hukuk düzeninin müdahalesine ihtiyaç duyulmaktadır. Tanımdan yola çıkarak bu nitelendirmeye esas

<sup>18</sup> Zerres, *German STC*, 4; Antalya, *Genel Hükümler*, 403; Hale Şahin, “Yürürlüğe Girişinin Otuzuncu Yılına Geride Bırakan 93/13/EEC Sayılı Avrupa Birliği Haksız Şartlar Direktifi: Quo Vadis?” *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 23, no. 2 (2023), 330.

<sup>19</sup> 93/13/AET sayılı Direktif paragraf 19; Avrupa Birliği Adalet Divanı, 21 Şubat 2013 tarihli karar, Banif Plus Bank Zrt. v Csaba Csipai and Viktória Csipai, C-472/11, EU:C:2013:88, § 25.

<sup>20</sup> Tekinay ve diğerleri, *Borçlar Hukuku*, 155, 156; Serkan Ayan, “Genel İşlem Koşulları Yönünden Türk Borçlar Kanunu ile 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Karşılaştırılması,” iç. *Tüketici Hukuku Konferansı*, 105–18 (Yetkin Yayınları, 2015), 105ff; Atamer, *GİK*, 61; Havutçu, *İçerik*, 74; Ömer Çınar, *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar* (On İki Levha Yayıncılık, 2009), 51; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Beta Yayınları, 2010), 68.

<sup>21</sup> Atamer, *GİK*, 105ff; Çınar, *Tüketici*, 52; Melek Bilgin Yüce, “Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi,” *Yaşar Üniversitesi Dergisi* 8, özel sayı (2013): 3191–3238.

<sup>22</sup> Yeşim M. Atamer, “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri,” iç. *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 103–137 (Vedat Kitapçılık, 2013), 105–109.

<sup>23</sup> Atamer, *GİK*, 6; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin Yayınları, 2014), 4: “İrade özerkliği, sözleşme özgürlüğü ve tarafların özel yararlarını esas alan Borçlar Hukukunda tarafların eşitliği ilkesi geçerlidir. Taraf eşitliğinin bozulduğu hallerde borçlar hukuku kurumları menfaatler terazisini dengelemek adına devreye girer”.

alınacak unsurların soyut nitelikte önceden hazırlanma, kullananca sunulan hükümlerin müzakere edilmemesidir.<sup>24</sup>

GİK, sözleşme hükümleridir, sözleşme içeriğini oluşturur.<sup>25</sup> GİK hükümlerinin sözleşmenin ana metninde, ekinde veya atıf yaptığı bir başka metinde yer alması önem teşkil etmez. Atıf veya ekleme yoluyla sözleşme metnine dahil edilen hükümler GİK olarak nitelendirilebilir. Ancak yapılan atfın açık ve tereddüte mahal vermeyecek nitelikte anlaşılır olması geçerliliği açısından önemlidir.

Tek yanlı olarak önceden hazırlanma unsurunda hükümlerin kim tarafından hazırlandığı önem arz etmez.<sup>26</sup> Sözleşmede yer alacak hükümlerin tek taraflı olarak ve çoğunlukla da bu tarafın lehine olacak şekilde sözleşme taslağı oluşturma amacıyla değil, sözleşmenin kendisini oluşturmak üzere belirlenmesidir.<sup>27</sup> Kullanan veya başkası tarafından hazırlanmış olabileceği gibi başkasına hazırlanmış da olabilir. Hükümlerin meslek örgütü veya resmi kurum tarafından hazırlanmış olması GİK olarak nitelendirmeye engel değildir.<sup>28</sup> Tek yanlı olarak seçilip dayatılan standart sözleşme metinleri, meslek kuruluşlarınca oluşturulan standart hükümler, tip sözleşme ve/veya genel şartlar GİK olarak nitelenebilecektir.

İşlem hızı ihtiyacı, riskin önceden hesap edilmesi ve profesyonelleşme gibi unsurların doğal sonucu GİK'in soyut ifadelerle genele yönelik birden fazla ilişkide kullanılmak üzere hazırlanması olarak kendisini göstermiştir. Zaman ve yer bakımından belirsiz hükümler barındırma metnin standardize edildiğini gösterir ve GİK olarak nitelendirilebilmesine imkân tanır.<sup>29</sup> Standart metni hazırlayan kişinin çok sayıda sözleşmeye temel oluşturma niyetinde olması yeterlidir, ayrıca kullanan kişinin bu arzusu önem arz etmez.<sup>30</sup> Kullanan açısından ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacının gerçekleştiği durumda hükümlerin ilk kullanımında dahi GİK varlığı kabul edilecektir.<sup>31</sup> Metinlerin anlamı mutlak olarak örtüşme dahi benzer amaç ve nitelikte ise GİK denetimi uygulanabilecektir.<sup>32</sup>

Bu şekilde hazırlanan metnin sözleşmeye dahil edilmek amacıyla “sunulması” gereklidir. Sunma (*Stellung*), bizzat kullanan tarafından gerçekleştirilebileceği gibi diğer tarafın bu hükümler ile öneri yapmasının zorunlu kılınması şeklinde de gerçekleşebilir.<sup>33</sup> BGB § 305 düzenlemesi de sözleşmenin zorla kabul ettirilmesi şeklinde değil bir tarafın diğerine sunması şeklindedir. Karşı tarafın içeriğini tartışma konusu yapma imkanının bulunmaması önemlidir.<sup>34</sup> Öte yandan kullananın da sözleşme

<sup>24</sup> Ayan, “Karşılaştırılma,” 106; Zerres, *German SCT*, 3.

<sup>25</sup> Yeşim M. Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak,” iç. *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2011), 9–73, 13; Baş, “İçerik,” 283; Erişir, “Yetki,” 1147.

<sup>26</sup> Atamer, *GİK*, 66; Baş, “İçerik,” 285; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, (Vedat Kitapçılık, 2011), 171.

<sup>27</sup> Tekinay ve diğerleri, *Borçlar Hukuku*, 156; Atamer, *GİK*, 65; Atamer “Karşılaştırmalı,” 14; Murat Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi* (Seçkin Yayıncılık, 2014), 54; Baş 285; Erişir, “Yetki,” 1147.

<sup>28</sup> Atamer, *GİK*, 66; Eren, *Genel*, 219; Baş, “İçerik,” 285; Oğuzman ve Öz, *Genel*, 171.

<sup>29</sup> Atamer, *GİK*, 65; Eren, *Genel*, 220; Havutçu, *İçerik*, 80; Baş, “İçerik,” 285; Oğuzman ve Öz, *Genel*, 171.

<sup>30</sup> Atamer, 67; Tekinay ve diğerleri *Borçlar Hukuku*, 156; Atamer, “Karşılaştırmalı,” 17; Baş, “İçerik,” 285; Tuğçe Tuzcuoğlu, *Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları* (Seçkin Yayınları, 2022), 81-82; Matteo Fornasier, *Münchener Kommentar BGB*, C.H. Beck, 2022, BGB § 305, Rn. 19; BGH Urteil vom 09.11.2016 - VIII ZR 73/16, NJW-RR 2017, 137, Rn. 11.

<sup>31</sup> Atamer, “Karşılaştırmalı,” 16; Baş, “İçerik,” 286; Fornasier, *MüKo BGB*, BGB § 305, Rn. 18.

<sup>32</sup> Atilla Altop, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi,” iç. *Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı* (2007), 254–60, 6; Umut Yeniocak, *Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler* (2011), 31; Oğuzman ve Öz, *Genel*, 171-172.

<sup>33</sup> Atamer, “Karşılaştırmalı,” 18; Baş, “İçerik,” 287; GİK'i kullanan tarafın belirlenmesi açısından bu durum önem arz eder, zira kullanan içerik denetimi bağlamında dürüstlük kuralına aykırı şekilde aleyhe yazılmış olan hükümlerin hükümsüz kılınmasını ileri süremeyecektir, Fornasier, *MüKo BGB*, BGB § 305, Rn. 27.

<sup>34</sup> Tekinay ve diğerleri, *Borçlar Hukuku*, 156; Atamer, *GİK*, 72; Baş, “İçerik,” 287; Erişir, “Yetki,” 1149; Havutçu, *İçerik*, 75-76; Atamer, “Karşılaştırmalı,” 17.

içeriğine müdahale yetkisi bulunmaması bu unsurun değerlendirilmesi açısından kanaatimizce önem arz etmez.<sup>35</sup> Önemli olan kendisine GİK sunulan tarafa (etkili) müzakere etme imkânı vermeden hükümlerin sözleşmeye dahil olmasıdır. Müzakere edilmemiş veya pazarlığa rağmen sözleşmede değişiklik yapılmamış hükümlerin sözleşme kapsamına dahil edilmesi tarafın sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü sınırlandırmaktadır.<sup>36</sup> Nitekim müzakere etme (*Aushandln*) ilgili koşullar hakkında bilgi verilmesi ile gerçekleşmez, karşı tarafın bu hükümler üzerinde değişiklik yapabilme iktidarının bulunması da gereklidir.<sup>37</sup> Bu iktidarın bulunmadığı veya sözleşmenin fiilen müzakere edilmediği<sup>38</sup> durumlarda standart metin GİK olarak nitelendirilecektir.

Bu unsurlar, GİK'in belirlenmesinde ve hukuki denetiminde dikkate alınan kriterlerdir. Özellikle hükümler üzerinde “müzakere edilmemiş olması veya müzakere edilse dahi karşı tarafın kuralın içeriğini değiştirme iktidarının bulunmaması” kriteri değerlendirme açısından önem arz eder. İktisadi tabiiyet, güç eşitsizliği veya bilgi asimetrisinin giderilmesi için katlanılması gereken işlem maliyeti gibi nedenlerle tarafın sözleşme görüşmeleri esnasında müzakere etme ve/veya sözleşme içeriğine müdahale etme imkânı bulunmamaktadır.<sup>39</sup> Bilgi ve güç asimetrisi ortamında kurulan sözleşmeye GİK denetimi yoluyla hukuk düzeninin müdahalesi gerçekleşecektir.

## II. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU İLE GETİRİLEN GENEL İŞLEM KOŞULU DENETİMİ HUKUK UYGULAMAMIZ AÇISINDAN YENİ MİDİR?

### A. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanun Düzenlemesi

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK m. 20-25 arasında GİK'e ilişkin normatif düzenlemeler öngörmüştür. GİK'in geçerliliği, denetimi ve içerik kontrolü ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Bu hükümler, GİK'in şeffaf, açık ve kamu düzeni kurallarına uygun olmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle, TBK m. 27'de sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olarak da karşımıza çıkan kamu düzeni kavramının, özellikle Borçlar hukuku ve ekonomik kamu düzeni bağlamında neyi ifade ettiğinin kısaca ortaya konulması gerekir.

Sözleşme özgürlüğünün sınırı olan kamu düzeni (TBK m. 27/1); toplumun temel değerlerini koruyan ve tarafların aksini kararlaştırmayacağı, özellikle ekonomik boyutuyla öne çıkan normları ifade eder.<sup>40</sup> TBK m. 27'de kullanılan kamu düzeni ölçütü, yalnızca yazılı emredici kurallara değil, aynı zamanda hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerden, dürüstlük kuralı ve benzeri çerçeve kavramlardan hareketle somutlaştırdığı yazılı olmayan kamu düzeni kurallarına dayanır.<sup>41</sup> Ekonomik kamu düzeni, sözleşmenin ekonomik dengesinin bozulması ve bunun toplumsal genel menfaati ihlal etmesi hâlinde TBK m. 27 anlamında devreye giren bir sınır olarak tanımlanmaktadır.<sup>42</sup> Bu çerçevede tarafların sözleşme ile elde etmeyi amaçladıkları ekonomik menfaatlerin, sözleşmenin kurulması ve ifası itibarıyla genel menfaati zedeleyecek ölçüde ağır basmaması gerektiği kabul edilmektedir. Ekonomik kamu düzeninin anayasal dayanağı olarak ise,

<sup>35</sup> Murat Aydoğdu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı,” *DEÜHFD* 13, no. 2 (2011): 1–50, 8; Fornasier, *MüKo BGB*, BGB § 305 Rn. 14.

<sup>36</sup> Atamer, “Kriterler,” 105ff; Çınar, *Tüketici*, 52; Bilgin Yüce, “Edim,” 3191-3238.

<sup>37</sup> Ayan, “Karşılaştırılma,” 106-107, 110; Tobias Miethaner, “AGB oder Individualvereinbarung – die gesetzliche Schlüsselstelle ‘im Einzelnen ausgehandelt,’” *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 63, no. 43 (2010): 3121–27, 3121; Tuzcuoğlu, *AB GİK*, 91; Fornasier, *MüKo BGB*, BGB § 305 Rn. 21; Ayrıca bkz. BGH NJW 2019, 2080 Rn. 14; BGH NJW 2015, 1952 Rn. 33; BGH NJW 2013, 856 Rn. 10; BGH NJW 2000, 1110.

<sup>38</sup> BGB § 305 Abs. 1 son cümle taraflar arasında “ayrıntılı biçimde” müzakere edilmesi halinde GİK mevcut olmayacağını belirtmiştir; Miethaner, “Individualvereinbarung,” 3127; Jansen ZEuP 2010, 93; Fornasier, *MüKo BGB*, BGB § 305 Rn. 37.

<sup>39</sup> Atamer, “Kriterler,” 105ff; Zeres, *German SCT*, 3.

<sup>40</sup> Atamer, *GİK*, 184; Atasoy, *Sözleşme Özgürlüğü*, 27, yazar kavram için “altın bir tanım” vermenin mümkün olmadığını vurgulayarak, hangi değer ve menfaatleri koruduğunun ve somut olayda ne tür işlev gördüğünün belirlenmesi gerektiğini kabul etmektedir, Atasoy, *Sözleşme Özgürlüğü*, 28.

<sup>41</sup> Kocayusufoğlu, *Borçlar*, 551; Atamer, *GİK*, 186.

<sup>42</sup> Atasoy, *Sözleşme Özgürlüğü*, 11, 39.

Anayasa m. 48/2’de devlete milli ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygun bir ekonomik düzeni sağlama görevi yükleyen hüküm gösterilebilir.<sup>43</sup> Bu bağlamda ekonomik kamu düzeni, sözleşme özgürlüğünün kullanımının fiilen yalnızca ekonomik bakımdan güçlü taraf lehine işlediği durumlarda devreye giren bir sınırlama ölçütü olarak kabul edilmelidir. Ekonomik ve sosyal yönden zayıf tarafın kendi menfaatine açıkça aykırı sözleşme hükümlerini kabul etmek zorunda kaldığı bu tür hallerde, sözleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalenin istisnai ve “*ultima ratio*” niteliğindeki normatif temeli ekonomik kamu düzeni olarak gösterilmektedir.<sup>44</sup>

Bu çerçevede GİK’e ilişkin TBK m. 20–25 hükümleri, sözleşme özgürlüğünün ekonomik kamu düzeni gerekçesiyle kanundan sapmaya elverişli olmayan alanını teşkil eder. Standart sözleşme koşulları aracılığıyla yedek hukuk kurallarının dengeleyici sisteminin tümüyle ve kitlesel biçimde bertaraf edilmesi ve zayıf tarafın kendisine dikte edilen sözleşme koşullarını, gerçek anlamda bir pazarlık imkânı olmaksızın kabul etmek zorunda kalması, öğretilde kamu düzenine aykırılık başlığı altında değerlendirilmekte; bu durumda açıkça emredici bir hükmün ihlali aranmaksızın kamu düzeni ihlalinin söz edilebileceği kabul edilmektedir.<sup>45</sup> GİK denetimi gerçekleştirilirken hem GİK yoluyla taraflar arasındaki hak ve borç dağılımının hukuk düzeninin adil kabul ettiği modelden ne ölçüde saptığı, hem de bu sapmanın sözleşme adaletini ve ekonomik düzenin işleyişini bozacak yoğunlukta olup olmadığı değerlendirilir. Bu nedenle iki aşamalı bir denetim modeli yani önce soyut adalet ölçütü tespit, ardından somut sözleşmede bu ölçütten sapmanın incelenmelidir.<sup>46</sup> Bu bağlamda TBK m. 20–25 hükümlerinin yazılı kamu düzeni kuralları niteliğinde olduğu, özellikle ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğü sınırlandırılan ve sözleşme ilişkisi içinde zayıf taraf konumuna düşen kişinin GİK’e ilişkin hukuki korumadan kamu düzeni gereği yararlanması gereklidir.<sup>47</sup> Böylece GİK denetimi, yalnızca zayıf tarafın korunmasına hizmet eden bir koruma mekanizması olmanın ötesinde, tek tipleşen sözleşme pratiklerinde sözleşme adaletini, rekabet düzenini ve dolayısıyla ekonomik kamu düzenini güvence altına alan bir kontrol aracı işlevi görür.<sup>48</sup>

TBK’da GİK denetimi üç ana aşamada gerçekleştirilir: yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi. Bu aşamalar, GİK’in sözleşmeye dahil edilip edilmediğini, nasıl yorumlanması gerektiğini ve kamu düzeni kurallarına uygun olup olmadığını belirler.

TBK m. 21 uyarınca yürürlük denetimi; karşı tarafın menfaatine aykırı koşulların sözleşmeye dahil olabildiğini, açık bilgilendirme ve öğrenme olanağı sağlanması şartına bağlar. Denetiminin amacı, karşı tarafın menfaatine aykırı GİK’in ancak açıkça bilgilendirilip öğrenme imkânı sağlandıktan sonra ve bilinçli rızasıyla sözleşmeye dâhil edilmesini güvence altına almaktır. Hükümde belirtilen “*karşı tarafın menfaatine aykırı*” nitelendirmesi bu niteliği haiz olmayan lehe yahut nötr hükümler açısından bilgi vermek, öğrenilme imkânı sunmaksızın geçerli olacağı sonucunu doğurduğunu düşünmek hükmün denetim amacı ile uyumlu değildir. Zira yürürlük denetimi bir geçerlilik araştırması değil, öneri-kabul beyanlarının kapsamının güven kuramı çerçevesinde değerlendirilmesidir.<sup>49</sup> Bu saikle kanun koyucu güven ilkesi gereği tarafın iradesi kapsamında değerlendirilemeyecek olan sözleşmenin niteliği ve işin özelliğine yabancı nitelikteki şaşırtıcı şartların sözleşme kapsamına dahil olamayacağını hükme bağlamıştır. Bir başka deyişle bu denetim aşamasında, GİK’in sözleşmeye dahil edilip edilmediği ve tarafların iradelerinin örtüşüp örtüşmediği güven teorisi (TMK m. 2/1) çerçevesinde değerlendirilir.<sup>50</sup>

<sup>43</sup> Benzer yönde, Atasoy, *Sözleşme Özgürlüğü*, 66-68.

<sup>44</sup> Atasoy, *Sözleşme Özgürlüğü*, 209-213.

<sup>45</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, 256; Atamer, *GİK*, 187; Atasoy, *Sözleşme Özgürlüğü*, 114-116; Tekinay ve diğerleri, *Borçlar Hukuku*, 160; Antalya, *Genel Hükümler*, 405.

<sup>46</sup> Atamer, *GİK*, 203-204.

<sup>47</sup> Benzer yönde, Atasoy, *Sözleşme Özgürlüğü*, 204-205; Atamer, *GİK*, 187; Antalya, *Genel Hükümler*, 400.

<sup>48</sup> Atamer, “Kriterler,” 105ff.

<sup>49</sup> Atamer, *GİK*, 81ff; Atamer, “Karşılaştırmalı,” 32; Ece Baş Süzel, “Banka Teminat Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulu Denetimi,” *Batider* 40, no. 2 (2024), 242.

<sup>50</sup> Yeşim M. Atamer and Pascal Pichonnaz, “Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts: General Report,” in *Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts*, ed. Yeşim M. Atamer and Pascal Pichonnaz, *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, vol. 36, 3–63 (Springer, 2020), 16; Atamer,

Yorum denetimi, TBK m. 23 çerçevesinde, GİK'te yer alan hükümlerin açık ve anlaşılır biçimde kaleme alınmaması veya birden fazla yoruma elverişli olması durumunda, Roma hukukundan beri kabul edilen *in dubio contra stipulatorem* ilkesi doğrultusunda, sözleşme adaletini sağlamak amacıyla, bu hükümlerin kullananın aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanmasını öngörmektedir<sup>51</sup>. Bu denetim ile, GİK'teki belirsizlik ve çok anlamlılığa sebebiyet veren hükümlerin kaleme alınmasında bir etkisi olmayan kendisine GİK sunulanın lehine yorumlanması amaçlanır.

İçerik denetimi, TBK m. 25 uyarınca, GİK'te dürüstlük kuralına aykırı biçimde karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı hükümler öngörülmesini engelleyerek, sözleşme ilişkilerinde hakkaniyet ve dengeyi korumayı amaçlamaktadır. Fakat TBK düzenlemesi denetimin ölçütü ve nasıl gerçekleştirileceği konusunu açıklığa kavuşturulmaması hüküm içi boşluk meydana getirmektedir<sup>52</sup>. Hüküm içi boşluğun doldurulmasında içerik denetimi düzenlemesine mehzaz teşkil eden BGB § 307 ve devamında geçersizlik ve mutlak geçersizlik hallerini örnekseyici şekilde düzenleyen BGB §§ 308-309 düzenlemeleri göz önünde tutularak çözüm geliştirilebilir. Ancak Türk hukukunda içerik denetimine ilişkin hükümlerin tamamı TBK'ya alınmamıştır. Dürüstlük kuralına aykırılıkların tespiti ile denge ve bundan sapmaya dair ölçüt BGB § 307/2'yle benzer doğrultuda Türk Ticaret Kanunu<sup>53</sup> m. 55/1-f'de düzenlenmiştir. Örnekseyici şekilde geçersizlik sebeplerine ilişkin düzenlemeye Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun<sup>54</sup> m. 5 ve 84'e dayanarak çıkartılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik<sup>55</sup> Ek-1'de yer verilmiştir. Kanun boşluğunun doldurulmasında hâkim değindiğimiz TTK bendinde belirtilen kanuni düzenlemeden önemli ölçüde sapma ve sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımı kriteri ile anılan yönetmelik Ek-1'den yararlanabilir.<sup>56</sup> GİK'in taraflar arasında yedek hukuk kurallarından sapmanın yarattığı dengesizlik ve sözleşmenin doğasından kaynaklanan hak ve borç dağılımından sapma ölçütü dürüstlük kuralına aykırılık değerlendirilmesinde esas alınmalıdır. Bu denetim ile sözleşmenin bir parçası haline gelen hükümlerin sözleşme dengesine müdahalesi değerlendirmektir.<sup>57</sup> İçerik denetimine takılan hükümlerin kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulması sonucunda meydana gelen boşluğu ise hâkim yedek hukuk kurallarından yararlanarak dolduracaktır.

## B. Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulu Kavramının Gelişimi ve Yenilik İddiasına Dair Değerlendirmemiz

Türk hukukunda GİK'e ilişkin ilk yasal düzenlemeler 93/13/AET sayılı direktif esas alınarak oluşturulmuştur. Bu kapsamda 4077 sayılı (mülga) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a<sup>58</sup> haksız şartlara ilişkin m. 6<sup>59</sup> hükmü eklenmiş ve bu hüküm dayanak gösterilerek (mülga) Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik<sup>60</sup> yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme öncesinde,

“Karşılaştırmalı,” 27; Ayan, “Karşılaştırmalı,” 108; Burak Özen, “Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesine İlişkin Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Yürürlük Hukuku Bakımından Durumunu Ele Alan Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 02.12.2015 Tarihli ve E: 2015/6276 K: 2015/16034 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi,” iç. Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan, ed. Emrehan İnal ve diğerleri, 491–500 (On İki Levha Yayıncılık, 2020), 495.

<sup>51</sup> Atamer ve Pichonnaz, “Price Related,” 16; Atamer, “Karşılaştırmalı,” 36; Antalya, *Genel Hükümler*, 431.

<sup>52</sup> Atamer, “Karşılaştırmalı,” 42; Ayan, “Karşılaştırmalı,” 116; Antalya, *Genel Hükümler*, 432, 434, 436, yazar kanun koyucunun dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden unsurları bilinçli şekilde açıklamaktan kaçındığını ileri sürmektedir.

<sup>53</sup> RG. 14.02.2011, S. 27846.

<sup>54</sup> RG. 28.11.2013, S. 28835.

<sup>55</sup> RG. 17.06.2014, S. 29033.

<sup>56</sup> Atamer, “Karşılaştırmalı,” 42; Baş, “İçerik,” 294; Ayan, “Karşılaştırmalı,” 115-116; Antalya, *Genel Hükümler*, 439.

<sup>57</sup> Atamer ve Pichonnaz, “Price Related,” 19; Atamer, “Karşılaştırmalı,” 42; Atamer, *GİK*, 207; Ayan, “Karşılaştırmalı,” 111; Baş, “İçerik,” 291.

<sup>58</sup> RG. 08.03.1995, S. 22221.

<sup>59</sup> Bu hüküm 4077 sayılı Kanuna 14/3/2003 tarih ve 25048 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile eklenmiştir.

<sup>60</sup> RG. 13.06.2003 S. 25137.

açıkça GİK'e dair olmasa da koruma öngören münferit hükümler mevzuatın çeşitli yerlerinde yer almaktaydı.<sup>61</sup> Sözleşme adaletini gerçekleştirmek amacıyla mevcut mevzuat hükümleri kıyasen uygulanmış<sup>62</sup> ve dürüstlük kuralı esas alınarak yargı uygulamamızda bir denetim gerçekleştirilmiştir.<sup>63</sup>

818 sayılı Borçlar Kanunu<sup>64</sup> (eBK) döneminde GİK denetimine ilişkin açık hüküm olmaması nedeniyle sözleşme özgürlüğü ile zayıf tarafın korunması arasındaki dengeyi sağlamaya yönelik yasal boşluk çoğunlukla sözleşme özgürlüğü, kamu düzeni ve güven ilkesi üzerinden yargı içtihatlarıyla doldurulmuştur. Yargıtay uygulamasında göze çarpan gerekçe ise sözleşme hükmünün geçersizliğinin kabulü yerine hüküm ile tanınan hakkın TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.

Yargıtay 13. HD. 1981 yılında, satıcıya açıkça teslim süresini uzatma ve teslim tarihindeki bedeli talep etme yetkisi tanıyan bir satış sözleşmesindeki hükmün dürüstlük kuralı ve güven ilkesi ile bağdaşmayacağını tespit ederek satıcının teslim süresini uzatma yetkisini alıcı tüketici aleyhine kötüye kullanıp kullanmadığına göre uyuşmazlığın çözümüne karar vermiştir.<sup>65</sup> Kararda daire, sözleşme ile sağlanan yetkinin geçersiz kılınmasından ziyade bu yetkinin dürüstlük kuralına uygun şekilde uygulanması gerektiğine vurgu yapmıştır.

Yargıtay 19. HD. 25.11.1994 tarihli kararına<sup>66</sup> konu uyuşmazlık, taraflar arasında yapılan genel kredi sözleşmesinde yer alan kullandırılan vadesiz kredi faizinin banka tarafından geçmişte kullandırılmış krediye uygulanan faiz oranını tek taraflı olarak değiştirme yetkisi veren kaydın kişilik haklarına, ekonomik faaliyet özgürlüğünü kısıtlaması sebebiyle ahlaka aykırı bulunduğundan bahisle eBK m. 19-20 bağlamında hükümsüzlüğüne karar verilmesi yönünde açılan dava ilk derece mahkemesince kabul edilmiştir. Davalı bankanın temyizi ile uyuşmazlık 19. HD tarafından, sözleşme hükmünün ekonomik faaliyet hürriyetini engelleme gerekçesiyle hükümsüz kılınmasının kredi kullandıran bankanın faiz isteme hakkı bulunmasından bahisle olanaksız olduğu ancak bankanın hakkını kullanırken TMK m. 2 ve m. 3'e uygun davranması gerektiği, mahkemenin bu hususu araştırarak dosyayı karara bağlaması gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Nihayetinde, sözleşme içeriğinin denetlenmesi talebi ilk derece mahkemesinin kararında kamu düzeni gerekçesiyle hükümsüzlük yaptırımıyla ortaya konulurken, 19. HD. dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde karar vermiştir.

Yargıtay 13. HD. 1996 tarihli kararında doğalgaz abonman sözleşmesinde yer alan fiyat belirleme hükmünün, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından belirlenen tavan fiyat sınırını aştığı ölçüde geçersiz olduğuna karar vermiştir. Kamu hizmeti sunan idarenin, sözleşme serbestisi ilkesine dayanarak bireyleri bağlayıcı tek taraflı şartlar öne süremeyeceği ve bu yolla emredici hukuk kurallarını ve Bakanlık tarafından öngörülen sınırlamayı bertaraf edemeyeceği belirtilmiştir. Daire bu sonuca, GİK'in içerik denetimi kapsamında özel bir ölçüt kurarak değil; kanunun ve Bakanlığın öngördüğü tavan fiyat kuralı ihlalini esas alarak ulaşmıştır. Mesele, salt bir içerik denetimi yoluyla değil; sözleşme özgürlüğünün dış sınırlarını çizen emredici bir kuralın uygulanmasıyla çözüme kavuşturulmuştur. Ayrıca Daire, GİK olgusuna yönelik kavramsal farkındalığı ortaya koymuş, GİK'in tipik sosyo-ekonomik zeminini de görünür kılmıştır: koşulların önceden tek taraflı belirlendiği, müzakere imkânının fiilen ortadan kalktığı ve ekonomik olarak güçlü tarafın kendi şartlarını karşı tarafa "dikte" ettiği

<sup>61</sup> Küçükyalçın, "Sınırlandırılma", 118-119; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş: Hukuki İşlem ve Sözleşme* (Filiz Kitapevi, 2017), 231; Atamer, *GİK*, 147- 148; Atilla Altop, "Genel İşlem Koşulları," iç. *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler – Tebliğler*, 27-44 (On İki Levha Yayıncılık, 2011), 32.

<sup>62</sup> 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu m. 1266/2 düzenlemesi örnekseme yolu ile bütün GİK'lere uygulanabilecek temel bir ilke niteliğinde görülmüştür, bkz. Tekinay ve diğerleri, *Borçlar Hukuku*, 159.

<sup>63</sup> Reisoğlu, *Genel*, 70; Altop, *GİK*, 31-32; Atamer, *GİK*, 48-49; Çağlar Özel, "Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri," *Sosyoekonomi* 3, no. 3 (2006), 156-157.

<sup>64</sup> RG. 08.05.1926, S. 366.

<sup>65</sup> Yar. 13. HD, E. 1981/1045, K. 1981/2514, 07.04.1981, YASA, 1981, 658-659; Anılı kararın değerlendirilmesi için bkz. Tekinay ve diğerleri, *Borçlar Hukuku*, 163.

<sup>66</sup> Yar. 19. HD, E. 1994/6472, K. 1994/11467, 25.11.1994, Mustafa Reşit Karaaslan, *Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, C. 3 (Beta Yayıncılık, 2004), 394-398.

durumlarda ortaya çıkan güç dengesizliğine dikkat çekmiştir.<sup>67</sup> Bu tespit, sonraki uygulamalar açısından GİK tanımını, dürüstlük/güven eksenli denetim ihtiyacını ve şaşırtıcı kayıt terminolojisini ortaya koymaktadır.<sup>68</sup>

Bu kararlar, eBK döneminde GİK'e ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen Yargıtay'ın, özellikle TMK m. 2 dürüstlük kuralı, güven ilkesi ve hakkın kötüye kullanımı yasağı aracılığıyla sözleşme özgürlüğünü somut olay bazında sınırlayarak zayıf tarafı koruma yönünde adım attığını göstermektedir. Buna karşılık, emredici düzenlemelerin uygulanması, GİK'in içerik denetimi için bağımsız bir kriter değil; sözleşme özgürlüğünün dışsal ve genel bir sınırıdır. Bu nedenle söz konusu yaklaşımın sistematik bir GİK rejimi oluşturduğunu söylemek güçtür; kararlar daha çok somut uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan genel ilkelerin yargısal genişletilmesi niteliğindedir. Dolayısıyla kanaatimizce anılan içtihatların değeri, TBK m. 20–25'teki normatif ve üç aşamalı mekanizmanın doğrudan karşılığı olmalarından değil; sözleşme adaletini sağlama yönünde yargısal bir iradenin varlığını göstermelerinden kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede emredici hükümlerin, GİK içerik denetimini açıklayan bir ölçüt gibi sunulmaması; GİK ile emredici kuralların fonksiyonlarının ayrıştırılması gerekir.

Yargıtay 3. HD., 02.06.1998 tarihli bir kararında, Türk hukukunda GİK'in idari veya yargısal denetimine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığını belirtmiş; hâkimin “özellikle kayıtların yorumu, tamamlanması ve değiştirilmesi veya geçersiz sayılması” bağlamında GİK kontrolünü gerçekleştirmekle görevli olduğunu vurgulamıştır.<sup>69</sup> Kararın gerekçesinde ayrıca, “açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğine dahil sayılmayacağı, münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların hükümsüz olacağı” ifade edilmiştir. Bu liste, yürürlük–yorum–(sınırlı) içerik denetimlerini birlikte çağrıştırmakla birlikte, yine de normatif bir GİK rejimi kurmaz; dayanağını ise TMK m. 2, güven ilkesi, sosyal devlet ilkesi ile sözleşme özgürlüğünün sınırlarından alır.

Bu tespitler, GİK denetiminin farklı boyutlarını aynı anda içeren kapsamlı bir yaklaşımı ortaya koymaktadır. İlk olarak, “açık olmayan kayıtların sunanın aleyhine yorumlanacağı” yönündeki vurgu, sözleşme metninin belirsizliğinden doğan riskin, metni hazırlayan tarafa yüklenmesi gerektiğini ifade eden yorum denetiminin tipik bir yansımasıdır. Böylelikle belirsizliğin, sözleşmeyi kaleme alan taraf lehine sonuç doğurmaması yönündeki Roma hukukundan gelen ilke vurgulanmıştır. İkinci olarak, “şaşırtıcı kayıtların sözleşmeye dâhil edilmeyeceği” yönündeki ifade, taraf iradelerinin gerçek uyuşmasına dayanmayan hükümler karşısında koruma getiren yürürlük denetimi kapsamında değerlendirilmelidir. Burada, sözleşmenin niteliği ile bağdaşmayan ve karşı tarafça öngörülmesi mümkün olmayan şartların, global kabul iradesiyle sözleşmeye dâhil edilemeyeceğine işaret edilmektedir.<sup>70</sup> Nitekim gerekçede açıkça değinilmemiş olsa da sözleşme, tarafların kabul iradelerinin örtüştüğü veya en azından güven teorisi uyarınca örtüşmesi beklenebilecek hükümlerle meydana gelecektir.

<sup>67</sup> Yar. 13. HD, E. 1996/1734, K. 1996/2495, 18.03.1996: “Genel koşulları önceden tesbit eden taraf, bunlarda değişiklik yapma olanağına sahiptir. Ekonomik bakımdan güçlü olduğu için karşı tarafın ileri sürebileceği değişiklikleri kabule yanaşmaz. Bu durumda taraflardan birinin kendi şartlarını diğerine dikte etmesine yol açan bir sözleşme özgürlüğü; özgürlük olmaktan çıkıp bir ayrıcalık halini kazanır (Bkz. 5.4.1944 gün ve 12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması, Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Ankara-1977, s. 24ff.).” Erişim Tarihi: Mart 14, 2025, <https://www.lexpera.com.tr/>.

<sup>68</sup> Benzer yönde, Atamer, *GİK*, 25-26; Yar. 4. HD, E. 1971/12928, K. 1971/3376, 12.3.1971, Atamer, *GİK*, 25, 98 nolu dipnot.

<sup>69</sup> Yargıtay Kararları Dergisi 1998, 1140, 1141, Yar. 3. HD, E. 1998/4263, K. 1998/6098, 02.06.1998 tarihli kararı: “Prensip olarak Türk Hukukunda genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) önceden idari kontrolünün veya sonradan yargısal kontrolünün yapılmasını öngören bir yasal düzenleme mevcut değildir. Bu durumda genel işlem şartlarındaki (GİŞ) kayıtların kontrolü ancak, dava halinde özellikle kayıtların yorumu, tamamlanması ve değiştirilmesi veya geçersiz sayılması hâkimin görevine dâhil olmaktadır.”

<sup>70</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, 237; Atamer, *GİK*, 109-110.

Kanaatimizce kararda daha dikkat çekici olan ise, içerik denetimi açısından uygulama kriterlerinin tespiti. Her ne kadar karar, doğrudan “içerik denetimi” terminolojisini kullanmasa da sözleşmenin doğasından kaynaklanmayan, taraflar arasındaki tipik hak–borç dengesini köklü biçimde değiştiren kayıtların geçersiz sayılması gerektiğine işaret etmektedir.<sup>71</sup> Bu vurgu, aslında sözleşme özgürlüğünün sınırlarını işaret etmekte; kamu düzeni kuralı çerçevesinde taraflar arasında kabul edilebilir bir denge kurulmadığında sözleşme hükmünün geçersiz olacağını tespit etmektedir. Her ne kadar kararda bu hususun gerekçesi açıkça belirtilmemiş olsa da söz konusu sonuca kamu düzeni kuralı çerçevesinde ulaşmak mümkündür<sup>72</sup>. Dolayısıyla karar, sadece mevcut yürürlük ve yorum denetimi alanında değil, aynı zamanda sınırlı da olsa içerik denetimine yaklaşan bir bakış açısına da zemin hazırlamaktadır.

Bu değerlendirmeler ışığında, 1998 tarihli kararın yalnızca belirli uyuşmazlıkların çözümüne katkı sunmakla kalmadığı, aynı zamanda eBK döneminde mevcut genel hükümlerin GİK denetimine uygulanabilir olup olmadığı sorusunu da gündeme taşıdığı söylenebilir. Zira karar, açık bir norm eksikliğine rağmen hâkimin dürüstlük kuralı ve güven teorisi çerçevesinde denetim yapabileceğini göstermiş; böylelikle eBK’nın genel hükümlerinin GİK denetimi açısından ne ölçüde elverişli bir zemin sunduğu tartışmasının önünü açmıştır.

Yargıtay uygulamasının bütünüyle bu çekimser tavır içinde olduğunu ifade etmek, özellikle 2000’li yılların ortasından itibaren gelişen içtihat birikimi karşısında eksik bir değerlendirme olacaktır. Nitekim Yargıtay 3. HD., eBK döneminde verdiği emsal nitelikteki kararlarında, GİK denetiminin hukuki dayanaklarını somut bir biçimde ortaya koymuştur.<sup>73</sup> Dairenin 2008 tarihli kararına konu olan uyuşmazlıkta; ikrazatçılık yapan davacı ile devlet memuru olan davalı arasında matbu bir “ödünç sözleşmesi” imzalanmış, sözleşmede aylık %10 akdi faiz ve %20 gecikme faizi gibi ağır şartlar öngörülmüştür. Davalı borçlu, bu mali yükün ekonomik mahvına neden olacağını ileri sürerek takibe itiraz etmiştir. Yerel mahkemece sözleşme serbestisi ilkesi esas alınarak davanın kısmen kabulüne karar verilmişse de Yargıtay 3. HD. bu yaklaşımı yerinde bulmamıştır. Daire, ekonomik bakımdan zayıf konumda olan tarafın, güçlü tarafça hazırlanan GİK’e katılım yoluyla taraf olduğu bu tür sözleşmelerde meydana gelen edimler arası dengesizliğe dikkat çekmiştir. Yargıtay bu kararında; Anayasa’nın Borçlar Hukuku yönünden de temel bir üst norm niteliği taşıdığını belirterek, ekonomik açıdan güçsüz olanların korunması gerekliliğinin özel hukuk ilişkilerinde de gözetilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Kararın önem arz eden yönü ise; hakimin müdahale yetkisini, TMK m. 1 uyarınca kanun koyucu gibi hareket etme yetkisine dayandırması ve bu müdahaleyi “ekonomik varlığın yitirilmesinin kişilik hakları ile ilgisi itibarıyla, kişiliğin korunmasını düzenleyen TMK m. 24 ve eBK m. 19/2” hükümlerine atıfla gerekçelendirmesidir.<sup>74</sup> Mahkeme nihai olarak, ikrazatçı alacaklının sağladığı haksız kazanç ölçüsünde

<sup>71</sup> Bkz. “Şu husus da önemle vurgulanmalıdır ki sözleşenlerin sözleşmenin kurulmasından sonra edimi (taraflardan birisinin) tek yönlü bir irade beyanı ile belirleyebilmesi hususunda anlaşmaları her zaman olanaklıdır. Bundan amaç aralarında kurdukları hukuksal işlemin içeriğini belirlemek ve daha önemlisi açıklığa kavuşturmadır. Bu belirlemenin nasıl yapılacağı hakkında (uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi) sözleşmede her hangi bir açıklık bulunmuyorsa belirleme yetkisi tamamen serbest olmayıp bunun adil, objektif iyiniyet esasına ve hakkaniyete uygun bir şekilde yapılması gerekir.” Yar. 3. HD, E. 1995/14823, K. 1996/3463, 22.01.1996, <https://legalbank.net/>; “Prensip olarak Türk Hukukunda genel işlem şartlarını (veya iltihaki sözleşmeyi) önceden İdari kontrolünün veya sonradan yargı kontrolünün yapılmasını öngören bir yasal düzenleme mevcut değildir. Bu durumda Genel İşlem şartlarındaki (GİŞ) kayıtların kontrolü ancak dava halinde özellikle kayıtların yorumu, tamamlanması ve değiştirilmesi veya geçersiz sayılması Hakimin görevine dahil olmaktadır. Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme İctihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) uyuşmazlık halinde hakim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni; kaleme alanın aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise (sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı) münferid sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanamayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.” Yar. 3. HD, E. 1998/4263, K. 1998/6098, 02.06.1998; Ayrıca bkz. Baş, “İçerik,” 288-289.

<sup>72</sup> Benzer yönde Atamer, *GİK*, 190ff; Kocayusufoğlu, *Borçlar*, 256; Antalya, *Genel Hükümler*, 400-401.

<sup>73</sup> Yar. 3. HD, E. 2008/5324, K. 2008/5974, 07.04.2008, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

<sup>74</sup> “Kural olarak ekonomik bakımdan zayıf, güçsüz kişilerin karşı tarafça önceden hazırlanan genel işlem şartına katılma yolu ile girdikleri sözleşme ilişkilerinde edimler arasında dengesizlik bulunduğu takdirde; sözleşmenin aynen ifası borçlunun ekonomik varlığını önemli ölçüde etkilemekte ise, hakim özel hukuk düzeninin çerçeve

sözleşmeye müdahale edilmesi ve faiz oranlarının makul bir seviyeye indirilmesi gerektiğine hükmederek kararı bozmuştur. Böylelikle Yüksek Mahkeme, sözleşme hükmünün borçlunun ekonomik mahvına sebep olacak derecede ağırlaşmasını, yalnızca dürüstlük kuralı bağlamında değil, kişilik haklarının ihlali ve kamu düzeni (eBK m. 19/2) kapsamında da hukuka aykırı bulmuştur.

Söz konusu yaklaşımın Yargıtay nezdinde istisnai bir durumdan ibaret olmadığı, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesinden (*hemen*) sonra verilen kararlarda da gözlemlenmektedir. Dairenin 2014 tarihli kararına konu olan bir başka uyuşmazlıkta; taraflar arasında inşaat yapımı ve gider paylaşımına ilişkin 2011 tarihli bir sözleşme akdedilmiş ve ödemelerin gecikmesi halinde “günlük %1 temerrüt faizi” uygulanacağına dair bir hüküm öngörülmüştür.<sup>75</sup> Davacı taraf, bu hükme dayanarak yüksek miktarda faiz talebinde bulunmuştur. Yargıtay, uyuşmazlığın çözümünde TBK'nın yürürlükte olduğu 17.06.2014 tarihinde karar vermesine rağmen, denetim mekanizmasını yeni kanunun lafzına değil, yine eski kanun döneminde inşa ettiği anayasal temellere dayandırmayı tercih etmiştir.<sup>76</sup> Kararda, günlük %1 faiz oranının fahiş olup olmadığının incelenmesi gerektiği belirtilmiş; zayıf tarafın sözleşmenin aynen ifasıyla ekonomik varlığının tehlikeye girmesi durumunda hakim müdahale yetkisi vurgulanmış ve bu yetki yine bütüncül bir şekilde “Anayasa, TMK m. 2, TMK m. 24 ve eBK m. 19/2” hükümlerine 2008 tarihli karar ile aynı gerekçe ile dayandırılmıştır.<sup>77</sup> Sonuç olarak Daire, sözleşmedeki günlük %1 faiz oranının fahişlik denetimine tabi tutulmadan hüküm kurulmasını hatalı bularak yerel mahkeme kararını bozmuştur. Mahkemenin, TBK döneminde verdiği bir kararda dahi açıkça eBK m. 19/2'ye (ahlaka ve kanuna aykırılık/kamu düzeni) atıf yaparak sözleşmeye müdahale etmesi; GİK denetiminin Türk hukukundaki köklerinin, TBK'dan önce de “kamu düzeni” ve “kişilik hakları” zemininde mevcut olduğunu ve bu yönüyle yargısal bir süreklilik arz ettiğini göstermesi bakımından önem taşımaktadır.

Yürürlük denetimi ile taraf iradelerinin GİK'i ve varsa bunlar arasında yer alan şaşırtıcı şartları kapsayıp kapsamadığı sorusuna cevap aranmaktadır.<sup>78</sup> Kullananca sunulan standart metnin içeriğinin öğrenilmesi imkânı sağlanmamışsa, standart metnin varlığı veya bu metne yollama hakkında bilgi vermemişse karşı tarafın iradesinin standart metni kapsadığından söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu durumda taraf iradelerinde uyuşma söz konusu olmayacak, yokluk gündeme gelecek ve hâkim tarafından re'sen gözetilecektir.<sup>79</sup> Kullananın, karşı tarafın okumadan imzaladığı global kabul beyanına dayanarak şaşırtıcı şartları sözleşmeye dahil etmesi güven ilkesiyle korunmaz.<sup>80</sup> Bu nedenle TBK m. 21, aslında eBK döneminde de geçerli olan irade beyanının yorumu ve güven teorisi (TMK m. 2) esaslarının normatif bir ifadesidir.<sup>81</sup>

*hükümleri yoluyla sözleşmeye müdahale edebilir. Nitekim Anayasa, Borçlar Hukuku yönünden de temel üst normdur ve Anayasa ile öngörülen ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması lüzumu, özel hukuk ilişkilerinde de gözetilmeli, hakim MK'nın 1. maddesinin kendisine tanıdığı kanun koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak; özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyiniyet kurallarına uyulmasını emreden MK 2/1; ekonomik varlığın yitirilmesinin kişilik hakları ile ilgisi itibarıyla, kişiliğin korunmasını düzenleyen MK'nın 24 ve BK'nın 19/2 gibi genel kurallara dayanarak sözleşmeye müdahale etmelidir.” Yar. 3. HD, E. 2008/5324, K. 2008/5974, 07.04.2008, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.*

<sup>75</sup> Yar. 3. HD, E. 2014/4023, K. 2014/9743, 17.06.2014, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

<sup>76</sup> Karara konu uyuşmazlıkta sözleşme tarihi 26.03.2011 olup dava eBK döneminde açılmış olsa da, Yargıtay kararı TBK'nın yürürlüğünden sonra, 17.06.2014 tarihinde verilmiştir. Kanaatimizce buna davanın tahminen TBK'nın yürürlük kazanmadığı 2012 yılının yarısında ikame edilmesi ihtimali ve bu doğrultuda tarafların TBK hükümlerine dayanmaması ve dolayısıyla m. 20 bağlamında bir GİK teşkil eden standart sözleşme mevcudiyetini ileri sürmemiş olması sebebiyet vermiş olabilir. Bkz. Yar. 3. HD, E. 2014/4023, K. 2014/9743, 17.06.2014, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

<sup>77</sup> Yar. 3. HD, E. 2014/4023, K. 2014/9743, 17.06.2014, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

<sup>78</sup> Reisoğlu, *Genel*, 77; Özen, “Değerlendirme,” 495; Atamer, “Karşılaştırmalı,” 27; Antalya, *Genel Hükümler*, 418-419.

<sup>79</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, 580, 582; Tekinay ve diğerleri, *Borçlar Hukuku*, 378; Reisoğlu, *Genel*, 77, yazar meydana gelen hükümsüzlük türünü açıkça dile getirmemekle birlikte, bağlayıcı olmayan hükümlerin geçerli olmadığını belirtmiştir; Antalya, *Genel Hükümler*, 143, yazar yazılmamış sayılma yaptırımının yokluğa yakın ancak yokluk olmadığı, kesin hükümsüzlükten daha ağır bir geçersizlik olduğunu belirtmiştir.

<sup>80</sup> Atamer, *GİK*, 109; Özen, “Değerlendirme,” 496; Tekinay ve diğerleri, *Borçlar Hukuku*, 73-74.

<sup>81</sup> Atamer, “Karşılaştırmalı,” 26; Ayan, “Karşılaştırılma,” 107; Antalya, *Genel Hükümler*, 418.

Yorum denetimini düzenleyen TBK m. 23 hükmü, temelini Roma hukukundan gelen *in dubio contra stipulatorem* (şüphe hâlinde sözleşmenin düzenleyeni aleyhine yorumlanması) ilkesinden ve bunun arkasındaki “çelişkili davranma yasağı” düşüncesinden (*nemo audiatur propriam turpitudinem allegans*) almaktadır. Anılan ilke, eBK döneminde de sözleşmelerin yorumuna ilişkin genel kurallar arasında, özellikle de GİK’in yorumunda başvurulacak tali bir yorum aracı olarak kabul edilmekteydi.<sup>82</sup> Bu yaklaşıma göre yorumda önce tarafların gerçek iradesi araştırılmakta, bu mümkün olmazsa dürüstlük kuralı ve güven ilkesine dayalı objektif yorum, ardından kanuna uygun yorum ve kanunun tamamlayıcı hükümlerine uyum ilkesi, sözleşmeyi geçerli kılan yorum tarzı ve gerekli hâllerde borçlu yararına yorum ilkesi işletilmekte; tüm bu araçlara rağmen hükmün anlamı tereddütlü kalıyorsa, özellikle GİK söz konusu olduğunda, kayıtların onları kaleme alan aleyhine yorumlanması gerekmektedir.<sup>83</sup> TBK m. 23’ün lafzı ve sistematik konumu, bu çok basamaklı yapıyı esasen değiştirmemekte; yalnızca belirsiz veya çok anlamlı GİK’in düzenleyenin aleyhine yorumlanacağını açıkça hükme bağlamak suretiyle, eBK döneminde öğreti ve içtihatla zaten kabul edilen tali kuralı kanun düzeyinde pozitif hale getirmektedir. Yargıtay 3. HD. kararı da aynı doğrultuda, açık olmayan sözleşme kayıtlarının kaleme alan aleyhine yorumlanması gerektiğini benimsemiştir.<sup>84</sup> TBK m. 23 ise bu yaklaşımı özellikle GİK bakımından normatif dayanağa kavuşturmuştur. Bu nedenle, anılan hükmün yürürlüğe girmesiyle ilkenin uygulanma şartları bakımından eBK ve TBK dönemleri arasında esasa etkili bir fark bulunduğu söylenemez.

Gerek yürürlük denetimi gerekse yorum denetimi, eBK’nın genel hükümleri ve uygulamada yerleşmiş çeşitli hukuk ilkeleri aracılığıyla çözüme kavuşturulabilmiştir. Bununla birlikte, bu iki denetim türü, GİK’in taraflar arasındaki sözleşmesel dengeyi dürüstlük kuralına aykırı biçimde bozduğu durumlarda yeterli olmamaktadır. İçerik denetimi sonucunda bozulan sözleşme adaletinin sağlanması ve adil bir sözleşme düzeni sağlanması gündeme gelebilir.

Öğretide baskın görüşe göre, eBK döneminde içerik denetiminin asli ölçütü kamu düzeni ve genel ahlaka aykırılıktır; emredici hükümlere ve kişilik haklarına aykırılık ise çoğu kez bu iki kavramın somutlaşmış görünümüleri olarak işlev görmektedir.<sup>85</sup> Nitekim eBK m. 19–20 hükümleri, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını kamu düzeni, genel ahlak ve kişilik haklarının korunması ekseninde çizmektedir. Uygulamada ise Yargıtay açık hüküm bulunmamasına rağmen kurumsal olarak içerik denetimi gerçekleştirdiği kararlar vermiştir.<sup>86</sup> Bu kararlarda, sözleşme özgürlüğünün mutlak olmadığı

<sup>82</sup> Tekinay ve diğerleri, *Borçlar Hukuku*, 151; Reisoğlu, *Genel*, 73; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, 338; Atamer ve Pichonnaz, “Price Related,” 16; Fahri Erdem Kaşak, “Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23),” *HBV-HFD* 23, no. 3 (2019), 207-208; Altan Fahri Gülerci ve Ayşe Kılınç, *6098 Sayılı Yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin Yayınları, 2011), 104-105; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Madde Gereççeleri, m. 23, 35, Erişim Tarihi: Ağustos 1, 2025 <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c050/tbmm23050003ss0321.pdf#page=1.00&gsr=0>.

<sup>83</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, 337-338; Antalya, *Genel Hükümler*, 430-431.

<sup>84</sup> Yar. 3. HD, E. 1998/4263, K. 1998/6098, 02.06.1998: “Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) uyuşmazlık halinde hakim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise (sözleşmenin içeriğine dahil sayılmayacağı) münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.”; Yargıtay Kararları Dergisi Temmuz 1998, 976-978; benzer yönde Yar. 13. HD, E. 1981/6416, K. 1981/7369, 18.11.1981: “Basılı hükümlerin ‘iştirakçiler’ aleyhine yorumlanmasını haklı gösteren bir neden yoktur. Burada MK m. 2 asla göz ardı edilemez.”; Tekinay ve diğerleri, *Borçlar Hukuku*, 162, 17 nolu dipnot; Antalya, *Genel Hükümler*, 432; Ayan, “Karşılaştırılma,” 105

<sup>85</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, 256-257; Atamer, *GİK*, 200ff; Havutçu, *İçerik*, 213; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (Vedat Kitapçılık, 2007) 212ff, yazar GİK denetiminin temelini (1961) Anayasa ile ortaya konan eşitlik ve sosyal devlet esaslarının özel hukukta görünümünü oluşturan eBK m. 19-20 hükümleri olduğunu ileri sürmektedir; Antalya, *Genel Hükümler*, 401, 432.

<sup>86</sup> Atamer, *GİK*, 144; Baş, “İçerik,” 288; Reisoğlu, *Genel*, 78; Yar. 13. HD, E. 1981/1045, K. 1981/2514, 07.04.1981, YASA, 1981, 658-659; Yar. 3. HD, E. 2008/5324, K. 2008/5974, 07.04.2008, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

vurgulanarak, özellikle GİK niteliğindeki kayıtların bu genel sınırlar içinde hâkim tarafından denetlenmesi hakimın bir görevi olarak kabul edilmektedir.<sup>87</sup>

Fakat Yargıtay kararlarında yer alan ‘kamu düzenine aykırılık’ ve ‘hükümsüzlük’ söylemine rağmen, gerekçelendirme çoğu kez TMK m. 2 ve m. 3 bağlamında bir hukuki zeminde ilerlemektedir. İncelenen kararlar ışığında Yargıtay’ın içerik denetimini sistematik bir çerçeveden ziyade somut olaylara özgü, parçalı bir yaklaşımla gerçekleştirdiği görülmektedir.<sup>88</sup> Bunun sonucunda içerik denetimi, eBK döneminde öğretide çoğunlukla adlandırıldığı üzere “hakkaniyet denetimi” olarak karşımıza çıktığını söylemek yerinde olacaktır.<sup>89</sup>

Her ne kadar Yargıtay’ın bazı daireleri, içerik denetimi kapsamında verdikleri kararlarda gerekçelendirmeyi “kamu düzenine aykırılık” ve “hükümsüzlük” yerine çoğu kez TMK m. 2 ve m. 3 bağlamında bir hukuki zeminde sürdürmüş<sup>90</sup> olsa da yargısal içtihatların zamanla önemli bir evrim geçirdiği gözlemlenmektedir. Başlangıçta salt dürüstlük kuralı ekseninde şekillenen bu yaklaşım, “hakkaniyet denetimi” olarak kendisini göstermiş.<sup>91</sup> Fakat devam eden dönemde özellikle 3. HD.’nin öncülüğünde, ekonomik bakımdan güçsüz olan tarafın korunması gerekliliğini anayasal temellere ve ekonomik kişilik hakkının korunması ile kamu düzenine dayandıran daha sistematik bir yapıya dönüştürdüğü kanaatine ulaşmıştır.

Bu yeni yaklaşımda Yargıtay, denetim yetkisini salt bir hakkaniyet düzeltmesinden çıkararak; hakimın TMK m. 1 uyarınca kanun koyucu gibi hareket etme yetkisine ve ekonomik kamu düzenine dayandırmıştır. Mahkeme, özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyiniyet kurallarına uyulmasını emreden TMK m. 2/1 hükmünü başlangıç noktası alsada nihai müdahale zeminini ekonomik varlığın yitirilmesinin kişilik hakları ile ilgisi itibariyle, kişiliğin korunmasını düzenleyen TMK m. 24 ve eBK m. 19/2 gibi genel ve emredici kurallar üzerine inşa etmiştir ki kanaatimizce bu yaklaşım olması gereken hukuk bakımından yerindedir.<sup>92</sup>

TBK m. 25 uyarınca ise, GİK kayıtlarının karşı taraf aleyhine, dürüstlük kuralını aşan bir düzenleme ile, kanunun yedek hükümlerinden kurduğu adil sözleşme düzeninden önemli ölçüde sapmaya ve sözleşmenin tabiatından kaynaklanan hak ve borç dağılımını değiştirmeye yol açması hâlinde, hükümler kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacaktır. Kamu düzeninden kaynağını alan bu yasaklama Yargıtay 3. HD.’nin kararında<sup>93</sup> görüldüğü üzere eBK döneminde de m. 19/2 bağlamında ulaşılabilecek olan sonucu normatif olarak netleştirmektedir. Bu çerçevede kanaatimizce, TBK m. 20–25 hükümlerinin yürürlüğe girmesi, içerik denetimini Türk hukukuna tamamen yeni bir müessese olarak getirmekten ziyade, mevcut bu dağınık pratiği normatif bir çerçeveye oturtan ve hangi hâllerde hükümsüzlük sonucuna gidileceğini ortaya koyan bir gelişme olarak görülebilir.

<sup>87</sup> Yargıtay Kararları Dergisi 1998, 1140, 1141, Yar. 3. HD, E. 1998/4263, K. 1998/6098, 02.06.1998; Atamer, *GİK*, 26; Yeniocak, “Yenilikler,” 77.

<sup>88</sup> Yar. HGK, E.1996/3-717, K. 1996/850, 04.12.1996, YASA, 1998, 50; Yar. 3. HD, E. 2008/5324, K. 2008/5974, 07.04.2008, Yar. 3. HD, E. 1998/4263, K. 1998/6098, 02.06.1998, Yar. 3. HD, E. 1995/14823, K. 1996/3463, 22.01.1996, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://legalbank.net/>.

<sup>89</sup> Bkz. Yar. 3. HD, E. 1995/14823, K. 1996/3463, HD, 22.01.1996, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://legalbank.net/>; Yar. HGK, E.1996/3-717, K. 1996/850, 04.12.1996, YASA, 1998, 50; Benzer yönde Atamer, *GİK*, 203; Reisoğlu, *Genel*, 70; Baş, “İçerik,” 288-289; Tekinay ve diğerleri, *Borçlar Hukuku*, 163; Antalya, *Genel Hükümler*, 432, yazar bugün dahi içerik denetiminin bir hakkaniyet denetimi olduğunu savunmaktadır.

<sup>90</sup> Bkz. Yar. 19. HD, E. 1994/6472, K. 1994/11467, 25.11.1994, Karaaslan, *Genel Hükümler*, 394-398; Yar. 13. HD, E. 1996/1734 K. 1996/2495, 18.03.1996; Baş, “İçerik,” 289; Antalya, *Genel Hükümler*, 401.

<sup>91</sup> Özen, “Değerlendirme,” 497; Atamer, *GİK*, 144, 168, 185-190; Baş, “İçerik,” 288, 302; Başak Baysal, “Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 70, no. 1 (2012), 239.

<sup>92</sup> Benzer yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, 256; Atamer, *GİK*, 176; Aksi görüşte bkz. Antalya, *Genel Hükümler*, 401.

<sup>93</sup> Yar. 3. HD, E. 2008/5324, K. 2008/5974, 07.04.2008; Yargıtay 3. HD, E. 2014/4023, K. 2014/9743, 17.06.2014, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

### III. GENEL İŞLEM KOŞULU HÜKÜMLERİ DERHAL UYGULANABİLİR Mİ?

#### A. 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da Öngörülen Düzenleme

Kanun koyucu tarafından istisna getirilmediği sürece her işlemin yapıldığı dönemin kurallarına tabi olması hukuki güvenlik ilkesinin ve öngörülebilirliğin sonucudur. Hukuki güvenlik gereği 6101 sayılı Kanun, 'eski kanunun varlığını sürdürmesi' (*survie de la loi ancienne*) ilkesini benimsemiştir.<sup>94</sup> Taraflar, sözleşmeyi kurulduğu dönemdeki kurallara güvenerek akdeder. Yapılan değerlendirmenin ve mevcut kurallara güvenin boşa çıkmaması amacıyla 6101 sayılı Kanun m. 1 “*bunların hukukî bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına ... işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır.*” şeklinde ihdas edilmiştir. Düzenlemenin *ratio legis* sözleşmeyle bağlılığa yönelik olarak taraflar açısından hukuki öngörülebilirliğin ve bu bağlamda hukuki güvenliğin sağlanmasıdır. Başka bir deyişle, tarafların sözleşmeyi kurarken hükümleri mevcut kurallar doğrultusunda geçerli olacak şekilde kaleme alma gayretini ve güvenini boşa çıkarmamak için sözleşmeler akdedildikleri zamanın geçerlilik kurallarına tabidir.

Hukuki güvenliğin ve öngörülebilirliğin sağlanması ilkesi gereği kanun koyucunun açık iradesinin varlığı halinde kanun geçmişe etkili bir şekilde uygulanabilir. Nitekim bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (HGK) 09.03.1988 tarihli bir kararında<sup>95</sup> yürürlükteki “...yasaları uygulamakla yükümlü merciler (başta mahkemeler), onları geriye yürütecek sonuçlar doğuracak şekilde yorumlamamak zorundadır” şeklinde vurgulanmıştır. Bununla birlikte kanun koyucu, m. 1’de belirlediği ana kurala iki önemli istisna getirmiştir.

Bu istisnalardan ilki, m. 1’in devamında TBK’nın yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşen temerrüt, sona erme ve tasfiyenin TBK hükümlerine tabi kılındığını belirtmiştir. Kanun koyucu eski kanun zamanında kurulmuş bir sözleşmenin ifası sürecinde doğabilecek temerrüt, sözleşmenin sona ermesi veya tasfiyesi gibi aşamalarda yeni kanunun derhal uygulanmasına yönelik açık iradesini ortaya koymuştur.

Sözleşmeler alanında eski kanunun sürmesi kuralının ikinci ve en önemli istisnası ise, yine Modern Teori’nin bir gereği olarak, “derhal yürürlük” ilkesinin devreye girdiği kamu düzeni halleridir, 6101 sayılı Kanun m. 2 ile ortaya konmuştur.<sup>96</sup> Bu hükme göre, “*Türk Borçlar Kanunu’nun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır.*”. Eski yasa döneminde yapılmış olması gerekçesiyle kamu düzeni ve genel ahlak kurallarını uygulamamak; kamu yararına ve eşitlik ilkesine aykırı düşebilir. Bu nedenle, öğretide ve yargı içtihatlarında genel kabul, yeni kanun eğer kamu düzenine ilişkin ise bunun sözleşme ilişkilerine derhal uygulanması yönündedir.<sup>97</sup>

Öte yandan kanun koyucu yasama faaliyeti esnasında GİK hükümlerinin derhal uygulanması konusunda açık iradesine kanun tasarısında yer vermiştir. 6101 sayılı Kanunun 28.01.2009 tarihli TBMM Başkanlığına gönderilen tasarı metninin<sup>98</sup> ikinci bölümünü oluşturan “özel durumlara ilişkin hükümler” altında “*A. Genel işlem koşulları m. 7- (1) Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış sözleşmelerde yer alan genel işlem koşulları, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde, Türk Borçlar Kanununun 20 ila 25 inci maddelerinde öngörülen*

<sup>94</sup> Baysal, “Yürürlük,” 225-226; Ferhat Erçin, “Hukuk Güvenliği İlkesi Açısından 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunun Zaman Bakımından Uygulanması,” *Eurasian Academy of Sciences Social Sciences Journal* (2017), 123; Oğuzman ve Öz, *Genel*, 77.

<sup>95</sup> Yar. HGK, E. 1987/2-800 K. 1988/232, 09.03.1988, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://kazanci.com.tr/>.

<sup>96</sup> Her ne kadar madde başlığı “Geçmişe Etkili Olma” ibaresini taşısa da, Baysal bu hükmün özünde kamu düzeninden olan kuralların derhal (ileri etkili) uygulanacağını vurguladığını belirtir, Baysal, “Yürürlük,” 236.

<sup>97</sup> Baysal, “Yürürlük,” 236; Özen, “Değerlendirme,” 495; Halil Yılmaz, “Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Açısından),” *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 6, S. 58 (Haziran 2011): 64–67, 64.

<sup>98</sup> 6101 sayılı Kanunun 28.01.2009 tarihli TBMM Başkanlığına gönderilen tasarı metni için bkz. Erişim Tarihi: Mart 14, 2025, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D23/Y3/T1/WebOnergeMetni/432e0958-2f92-4f2c-955c-70ad527596f8.pdf#page=1.00>.

esaslara uygun hale getirilir.” şeklinde bir düzenleme olarak mevcuttu. Fakat bu düzenleme ve “özel durumlara ilişkin hükümler” adlı ikinci bölüm altında yer alan diğer hükümler<sup>99</sup> Adalet Komisyonu görüşmelerinde ortak görüşle tasarı metninden çıkarılmıştır.<sup>100</sup> Adalet Komisyonu, Tasarı’da yer alan GİK, kira, hizmet sözleşmesi gibi özel hükümleri çıkarırken, “konunun genel ilkeler çerçevesinde çözülmesi gerektiği” yönünde bir tavır almıştır. Dolayısıyla TBK m. 20-25 hükümlerinin yürürlüğü 6101 sayılı Kanun m. 1 ve 2 çerçevesinde tayin edilecektir.

## B. Derhal Uygulanma Bağlamında Genel İşlem Koşulu Hükümlerinin Değerlendirilmesi

TBK m. 20-25 arasında düzenlenen GİK denetim normlarının, 6101 sayılı Kanunu karşısındaki durumunu tahlil ederken, bu hükümleri tek bir bütün bir kurum olarak ele almak, Yargıtay içtihatlarındaki dağınıklığın temel nedenlerinden biridir. Bu hükümlerin zaman bakımından uygulanabilirliğini doğru tespit edebilmek için, GİK denetiminin her bir unsurunun, 6101 sayılı Kanun’un m. 1 ve m. 2 ile olan ilişkisi bakımından münferiden değerlendirilmesi metodolojik bir zorunluluktur. Zira bu denetim türlerinin hukuki işlevleri ve koruma amaçları farklılaşmaktadır.

Öte yandan, GİK denetiminin zaman bakımından uygulanmasındaki temel mesele, denetim ‘ilkesi’ ile denetim ‘normu’ arasındaki ayrımın netleştirilmesini zorunlu kılmaktadır. GİK denetim ilkesi, eBK döneminde Yargıtay kararlarında dürüstlük kuralı<sup>101</sup> (TMK m. 2) ve kamu düzeni (eBK m. 19-20) çerçevesinde, Yargıtay içtihatlarıyla fiilen varlığını sürdürmekteydi; bu anlamda denetim fikri hukukumuz için yeni değildir. Buna karşılık TBK m. 20-25 hükümleri, bu dağınık içtihat temelli uygulamayı sistematik, devam eden kamu düzenini sağlama işleviyle<sup>102</sup> açık ve normatif bir yapıya kavuşturan yeni bir düzenlemedir. Her halde söz konusu sözleşmeler, eBK döneminde zaten mevcut olan içtihat hukuku ve genel hükümlere (eBK m. 19-20, TMK m. 2) göre denetlenmeye devam edilmelidir. Tamamlanmamış olan hukuki işlemler açısından sözleşme adaletini, taraf eşitliğini ve bu

<sup>99</sup> B. Kısmî ödemeli satışlar m. 8- (1) Türk Borçlar Kanunu’nun kısmi ödemeli satışlara ilişkin 252 ila 272 nci maddelerinin alıcıyı koruyucu nitelikteki hükümleri, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılan kısmi ödemeli satışlara da uygulanır.

C. Kira sözleşmesi m. 9- (1) Türk Borçlar Kanunu’nun kira sözleşmesine ilişkin 298 ila 377 nci maddelerinin kiracıyı koruyucu nitelikteki hükümleri, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılan kira sözleşmelerine de uygulanır. (2) Kiraya veren, Türk Borçlar Kanununun 346 ncı maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre sözleşmeye son verme hakkını, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak beş yıl geçmedikçe kullanamaz.

D. Hizmet sözleşmeleri m. 10- (1) Türk Borçlar Kanununun hizmet sözleşmelerine ilişkin 392 ila 469 uncu maddelerinin işçiyi koruyucu nitelikteki hükümleri, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılan hizmet sözleşmelerine de uygulanır.

E. Kefalet sözleşmesi m. 11- (1) Türk Borçlar Kanununun kefalet sözleşmesine ilişkin 581 ila 603 üncü maddelerinin kefili koruyucu nitelikteki hükümleri, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yapılan kefalet sözleşmelerine de uygulanır.

F. Ortak hüküm m. 12- (1) Bu Bölümdeki maddelerde söz konusu edilen sözleşmelerin hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına, temerrüde ve sona ermelerine, bunlara ilişkin hükümlerin koruyucu nitelikte bulunup bulunmadıklarına bakılmaksızın, bu Kanunun 1 inci maddesi uygulanır.

<sup>100</sup> Komisyon raporunda önerge gerekçesi şu şekilde belirtilmiştir: “Borçlar Kanununun zaman bakımından yürürlüğü, bu Tasarının ilk maddelerinde düzenlenmiştir. Uygulama, temel kanunda yer alan hangi hükmün hangi tarihteki olay ve işlemlere uygulanacağını, belirtilen maddeler ve intikal hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde belirleyebilecektir. Öte yandan tipler esas alınarak tümsel bir etki geriye tanınmasının Yargıtay görüşünde de ortaya konulduğu üzere sözleşme özgürlüğü (Anayasa md. 48.) yönünden sorunlu olduğu açıktır. Belirtilen nedenlerle hükmün metinden çıkarılması gerekir.”, 13.05.2009 tarihli Adalet Komisyonu Raporu, 13, Erişim Tarihi: Mart 14, 2025, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D23/Y3/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/0dbba6e7-4c7c-48a9-8252-e3c6aabe9f2.pdf>.

<sup>101</sup> Kanunda konuyu düzenleyen sözleşme özgürlüğü ve kamu düzeni hükmü bulunması nedeniyle dürüstlük kuralının uygulama alanı bulamayacağı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, 256; Atamer, *GİK*, 176.

<sup>102</sup> TBK m. 20-25 GİK hükümlerinin kamu düzeni ile ilişkisine yönelik açıklamalarımız için bkz. II. B.

yolla kamu düzenini korumaya yöneldiği ölçüde GİK hükümlerinin derhal uygulanabilirliği tartışılacaktır.

GİK kavramının tanımlandığı TBK m. 20 düzenlemesi her bir denetim hükmü açısından ön meseleyi yani GİK olarak nitelendirilme şartlarını düzenlemektedir. Hükmün her bir denetim düzenlemesiyle birlikte okunarak zaman bakımından uygulanması değerlendirilmelidir. Bu nedenle kanaatimizce bu hükmün münferiden zaman bakımından uygulamasının tespiti sonuca etkili bir değişiklik yaratmamaktadır. Zira hüküm emredici bir tanım hükmüdür ve GİK olarak nitelendirmenin şartlarını ortaya koymaktadır.

Sözleşmenin kurulması ve hükümlerinin geçerlilik kazanması, hukuki güvenlik ilkesi gereği işlemin gerçekleştiği zamanda yürürlükte olan kanun hükümlerine göre gerçekleşerek etkisini doğurur. Eski yasa hükümlerine göre tamamlanmış ve sonuçlarını doğurmuş bir işlem kanunların geçmişe etkili olmaması kuralı gereği geçerliliğini korur.<sup>103</sup> GİK hükümlerinin yürürlüğünün denetlendiği TBK m. 21 derhal uygulanabilir olsa da denetimin konusu itibarıyla bir sonuca ulaşmak kanaatimizce mümkün değildir. Dolayısıyla eBK döneminde kurulan sözleşmeler açısından TBK m. 21 uyarınca yürürlük denetimi süregelen bir işlem bulunmaması nedeniyle konusuzdur. Değinmekte yarar vardır ki bir önceki bölümde ulaşılan sonuç doğrultusunda “yeni norm” (TBK m. 21) uygulama alanı bulmasa dahi, akdedildikleri tarihte yürürlükte olan denetim “ilkesine”, yani TMK m. 2 ve güven teorisi temelinde Yargıtay tarafından geliştirilen içtihat hukukuna tabi olmaya devam edeceklerdir. Zira bu denetim, TBK öncesi dönemde de var olan bir müessesedir. Uyuşmazlığa uygulanacak olan hukuku tespit etmekle görevli olan hakim, TBK m. 21’in uygulanması talebini geri çevirecek fakat sözleşmenin geçerlilik kazandığı tarihte yürürlükte olan hukuk gereği eBK m. 1 ve irade beyanının güven teorisine göre yorumundan yola çıkarak hangi hükümlerin sözleşme kapsamına dahil olduğunu tespit edebilecektir.<sup>104</sup> Bu örnekten hareketle hakim bir veya birtakım hükümlerin irade beyanlarının güven teorisine göre yorumunu esas alarak taraflar arasında yürürlük kazanmadığını yani bu hükümlerin yokluğunu<sup>105</sup> tespit ettiği durumda eBK m. 20/2 ve dürüstlük kuralı gereği kullanan taraf hükümsüzlük nedeniyle sözleşmeyle bağlı olmadığını ileri süremeyecektir.<sup>106</sup>

Geçerli şekilde kurulmuş olan sözleşmenin yorum (m. 23) ve içerik denetimine (m. 24-25) tabi tutulması açısından durum farklıdır. Bu hükümler geçmişte tamamlanmış işlemlere değil, etkisi halen devam eden sözleşme ilişkilerinin yorumuna ve ifasına yöneliktir. Ayrıca dayanaklarını kamu düzeni kuralından almaları<sup>107</sup>, onların derhal uygulanabilir nitelikte görülmesini mümkün kılar.<sup>108</sup> Bu sayede sözleşmesel adaletsizliğin yeni hukuk düzeni döneminde de varlığını sürdürmesi önlenebilir.

TBK m. 23, belirsiz veya birden çok anlama elverişli GİK’lerin yorumunda riskin metni kaleme alana yüklenmesini emreden bir yorum kuralıdır. Uygulaması sözleşmenin kurulmasına değil, hâkimin

<sup>103</sup> Baysal, “Yürürlük”, 239; Atasoy, *Sözleşme Özgürlüğü*, 117.

<sup>104</sup> Benzer yönde farklı gerekçe ile, Özen, “Değerlendirme,” 497, yazar kurumsal olarak yürürlük denetiminin eski yasa döneminde gerçekleştirildiğinden yola çıkarak normatif düzenlemenin bu işlemlere uygulanamayacağını kabul edilmesinin mümkün olmadığını, bu nedenle eski yasa dönemindeki işlemlerin yürürlük denetimine tabi tutulması gerektiğini vurgulamıştır; benzer yönde eksik gerekçe ile Baysal, “Yürürlük,” 239, yazar hükmün derhal uygulanma kabiliyeti hakkında herhangi bir açıklamada bulunmamış, kanunların geçmişe etkili olması yasağına değinerek sözleşmenin kurulduğu zamandaki hükümlere tabi olacağını belirtmiştir; Yılmaz, *Zaman Bakımından*, 64.

<sup>105</sup> Benzer yönde, Oğuzman ve Öz, *Genel*, 168; Eren, *Genel*, 221; Atasoy, *Sözleşme Özgürlüğü*, 183; Hilal Yüksel Maamer, *Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi* (Filiz Kitapevi, 2023), 217, yazar “esnek yokluk” kavramını tercih etmiştir; Öğretideki görüşler için bkz. Yüksel Maamer, *Yürürlük*, 200ff.

<sup>106</sup> Antalya, *Genel Hükümler*, 429, Eren, *Genel*, 235, Yüksel Maamer, *Yürürlük*, 220; Yüksel Maamer, 119’da, TBK m. 22’nin TBK m. 27/2’nin bir istisnası olduğunu belirtmiştir, benzer yönde, Muzaffer Şeker, *Yazılmamış Sayılma* (On İki Levha Yayıncılık, 2015), 177.

<sup>107</sup> Bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Madde Gerekeçleri, m. 23, m. 25, Erişim Tarihi: Mart 14, 2025, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c050/tbmm23050003ss0321.pdf#page=1.00&gsr=0>.

<sup>108</sup> Benzer yönde bkz. Baysal, “Yürürlük,” 239-240; Özen, “Değerlendirme,” 497-498; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*, 255, yazar eBK m. 19-20’nin içerik denetimini gerçekleştirmeye elverişli olduğunu açıkça vurgulamıştır.

bugün sözleşmeyi nasıl uygulayıp ifa ettireceğiyle ilgilidir. Yorum kuralları, tarafların tasarruflarıyla bertaraf edilemeyen ve hâkim tarafından re'sen uygulanacak niteliktedir. Koruyucu yönü itibarıyla m. 23, kamu yararıyla temas eden bir işlev görür ve sözleşmenin geçerlilik alanına müdahale etmez; yalnızca metnin anlamını belirler. Bu sebeple, önceki kanun döneminde kurulmuş sözleşmelerin sonraki yorum ve ifasında m. 23'ün uygulanması geçmişe yürüme doğurmaz; hâkim, karar verdiği tarihteki yorum ölçütünü kullanır. Kanaatimizce m. 23 derhal uygulanabilir niteliktedir.

İçerik denetimi (TBK m. 25), sözleşmenin kuruluşuna değil, halen hüküm ve sonuç doğuran sözleşme içeriğinin dürüstlük kuralı karşısındaki kabul edilebilirliğine yönelir; bu nedenle denetim geçmiş işlemi geriye dönük bozmak yerine yürüyen ilişkinin yorum ve ifasına etki eder.<sup>109</sup> Hükümün yasaklayıcı olması, taraflarca değiştirilememesi ve açık normatif bir yaptırımı olmasa<sup>110</sup> bile ihlalinin kısmi hükümsüzlüğe yol açması; onun kamu düzeniyle ilgili olduğunu gösterir. Bu niteleme, 6101 sayılı Kanun m. 2'de benimsenen formülle birleştiğinde, kamu düzenine ilişkin TBK kurallarının gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı sonucunu doğurur. Dolayısıyla m. 25, eski kanun döneminde kurulmuş olup etkileri süren sözleşmelerde hâkim tarafından re'sen dikkate alınarak derhal uygulanabilir. Böylelikle, yürürlük denetimi bağlamında taraflar arasında yürürlük kazanabilmiş olan sözleşme hükümlerinin hakkında, haksız GİK'ler kaynaklı süregelen kamu düzenine aykırılık kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olur; sözleşmenin geri kalan hükümleriye geçerliliğini korur.<sup>111</sup>

#### **IV. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN SONRA YARGITAY TARAFINDAN VERİLEN KARARLAR HAKKINDAKİ DEĞERLENDİRMEMİZ**

##### **A. Genel Olarak**

Çalışmamızın II ve III numaralı bölümlerinde ulaşılan sonuçları somutlaştırmak gerekirse; TBK m. 20–25 hükümleri Türk hukukuna bütünüyle “yeni” ve temelsiz bir denetim mekanizması getirmemiştir. Aksine yeni düzenleme; irade uyuşmasını düzenleyen eBK m. 1 ve dürüstlük kuralını öngören TMK m. 2'nin yanı sıra, özellikle Yargıtay'ın içtihatlarıyla kişilik haklarının korunması ve kamu düzeni zeminine oturttuğu yargısal denetimi, normatif ve sistematik bir yapıya dönüştürmüştür. Kanaatimizce, yeni hükümlerin zaman bakımından uygulanmasında belirleyici ölçüt, denetimin sözleşmenin kuruluş aşamasına mı yoksa devam eden etkilerine mi yöneldiğidir.

Aşağıda, Yargıtay'ın TBK sonrası verdiği kararlar, bu teorik ayrım ve kamu düzeni perspektifi ışığında; denetimin niteliğini kabul edenler ve reddedenler ekseninde incelenecektir. İchtihatlarda görülen yaklaşım farklılıklarını bu teorik çerçevede analiz edebilmek amacıyla; inceleme kronolojik bir sıralama yerine, Dairelerin TBK hükümlerine atfettikleri kamu düzeni vasfı ve bu nitelemenin bir sonucu olan derhal uygulanabilirlik kabulleri ekseninde tasnif edilerek yapılmıştır.

##### **B. Hükümleri Kamu Düzenine İlişkin Sayarak Derhal Uygulayan Yaklaşım**

Yargıtay'ın bazı özel daireleri, GİK denetimini yalnızca sözleşmenin zayıf tarafını koruyan bireysel bir mekanizma olarak değil, aynı zamanda piyasa dengesini ve sözleşme adaletini temin eden bir araç olarak yorumlama eğilimindedir. Bu doğrultuda TBK m. 20–25 hükümlerini 6101 sayılı Kanun m. 2 kapsamında değerlendirerek, söz konusu hükümlerin “gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı” sonucuna vardığı görülmektedir. Yargı kararlarında benimsenen bu uygulama, öğretideki zaman bakımından yürürlük tasnifleri esas alındığında, kamu düzenine ilişkin kuralların “derhal uygulanması” kategorisine yerleştirilebilir.

Bu yaklaşımın en somut ve istikrarlı örneği, Yargıtay 3. HD.'nin elektrik abonelik sözleşmelerinde yer alan kayıp-kaçak bedellerinin iadesine ilişkin uyuşmazlıklarda verdiği kararlardır. Söz konusu uyuşmazlıklarda, dağıtım şirketleri ile aboneler (çoğunlukla tacirler) arasında imzalanan sözleşmelerde,

<sup>109</sup> Benzer yönde, Baysal, “Yürürlük,” 240; farklı ifadeyle Atamer, *GİK*, 176, içerik denetiminin sözleşmesel bir hakkın geçerli olarak doğup doğmadığı sorununa ilişkin olduğunu vurgular.

<sup>110</sup> Bkz. II. B.

<sup>111</sup> Benzer yönde, Özen, “Değerlendirme,” 498; Baysal, “Yürürlük,” 239; Ayan, “Karşılaştırılma,” 101.

kayıp-kaçak bedelinin aboneye yansıtılacağına dair açık hükümler bulunmasına rağmen; Daire, bu hükümlerin GİK denetimine tabi tutulması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>112</sup>

Bu yaklaşımın uygulamadaki yansımaları ve yargı mercileri arasındaki bakış açısı farkını somutlaştırmak adına, Yargıtay 3. HD.'nin incelemesine konu olan bir uyuşmazlığın detaylarına değinmek yerinde olacaktır. Davacı şirketin kayıp-kaçak bedeli iade talebi, ilk derece mahkemesince tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğü ve sözleşmeyle bağlılık gerekçesiyle reddedilmiştir.<sup>113</sup> Yargıtay 3. HD., yerel mahkemenin bu şekli yaklaşımını, sözleşmenin kurulduğu iktisadi zemini dikkate alarak yerinde bulmamış ve kararı bozmuştur.<sup>114</sup>

Özel Daire, sözleşme özgürlüğünün mutlak olmadığını; özellikle piyasa yapısındaki dengesizliklerin sözleşme adaletini zedelediği hallerde bu özgürlüğe müdahale edilmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkeme, elektrik dağıtım hizmetinin “doğal tekel” niteliğinde olduğunu, abonenin –tacir sıfatını haiz olsa dahi– tekel konumundaki hizmet sağlayıcı karşısında pazarlık gücünün bulunmadığını ve alternatif bir sözleşme yapma imkânının olmadığını tespit etmiştir.<sup>115</sup> Öğretide de isabetli şekilde belirtildiği üzere, tekel niteliğinde hizmet sunan kurumlarla yapılan sözleşmelerde, aleyhe bir şartın sözleşmede açıkça yazılı olması ve tacir tarafından imzalanması, irade özgürlüğünün gerçekleştiği anlamına gelmemektedir.<sup>116</sup> Zira tekel konumundaki bir hizmetten yararlanan kişinin, sözleşme hükümlerini anlasa dahi, aleyhine olan şartların kaldırılmasını talep ederek sözleşme içeriğine etki etme gücü fiilen bulunmamaktadır.<sup>117</sup> Bu bakımdan Daire'nin yaklaşımı, şekli bir irade beyanı kontrolünden ziyade, sözleşmenin kurulduğu iktisadi zemini dikkate alan maddi bir değerlendirmeye dayanmaktadır. Daire'nin kamu düzeni eksenli bu yaklaşımı yalnızca tekel piyasalarındaki elektrik abonelik sözleşmeleriyle sınırlı değildir. Çalışmamızın önceki bölümlerinde<sup>118</sup> temas ettiğimiz üzere; Daire, tekel konumunun bulunmadığı ödünç veya inşaat sözleşmelerinde dahi, zayıf tarafın ekonomik mahvına neden olabilecek dengesizlikleri kişilik haklarına (MK m. 24) ve kamu düzenine (eBK m. 19/2) aykırı bularak denetlemiştir. Elektrik aboneliklerine ilişkin bu kararlar, Daire'nin sözleşme adaletini sağlamayı kamu düzeninin bir parçası sayan yerleşik içtihadının, TBK dönemindeki tezahüründen ibarettir.

<sup>112</sup> İncelemeye konu kararlar için bkz. Yar. 3. HD, E. 2014/13539, K. 2014/16751, 18.12.2014; Yar. 3. HD, E. 2014/9710, K. 2015/2867, 24.02.2015; Yar. 3. HD, E. 2014/15651, K. 2015/10006, 02.06.2015; Yar. 3. HD, E. 2015/7901, K. 2016/4120, 17.03.2016; Yar. 3. HD, E. 2014/13086 K. 2015/5767, 07.04.2015, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

<sup>113</sup> Yerel mahkemenin ret gerekçesinin özeti için bkz. Yar. 3. HD, E. 2015/7901, K. 2016/4120, 17.03.2016. Kararda İlk Derece Mahkemesi; tarafların tacir olması nedeniyle sözleşmenin bağlayıcı olduğunu, 6102 sayılı TTK m. 18/2 (eTTK m. 20/2) uyarınca her tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiğini, davacının sözleşmeyi imzalarken kayıp-kaçak bedelini kabul ettiğini, dolayısıyla sonradan bu hükmün haksız şart olduğunu ileri süremeyeceğini belirterek davanın reddine hükmetmiştir.

<sup>114</sup> Daire'nin bozma gerekçesi için bkz. Yar. 3. HD, E. 2015/7901, K. 2016/4120, 17.03.2016. Özel Daire, davalı şirketin sunduğu hizmetin “tekel” niteliğinde olduğunu, bu nedenle tacir olan davacının dahi alternatif bir abonelik sözleşmesi yapma imkânının bulunmadığını tespit etmiştir. Daire bu gerekçeyle, TBK m. 20–25 hükümlerinin tacirler açısından da bir sınırlama olmaksızın uygulanabileceğini ve sözleşme özgürlüğüne müdahale edilerek sözleşme adaletinin sağlanması gerektiğini vurgulamıştır.

<sup>115</sup> Daire, kararlarında hizmetin tekel niteliğinde olmasının alternatif sözleşme yapma imkanını ortadan kaldırdığını şu ifadelerle vurgulamıştır: “...davalı şirketin sunduğu elektrik dağıtım hizmetinin tekel niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Bu durumda davacının; (kayıp-kaçak bedelinin fatura edilmemesi yönünde) alternatif bir elektrik abonelik sözleşmesi yapma imkân ve olanağı yoktur.”, Bkz. Yar. 3. HD, E. 2014/13539, K. 2014/16751, 18.12.2014; Yar. 3. HD, E. 2015/7901, K. 2016/4120, 17.03.2016, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

<sup>116</sup> Atamer ve Pichonnaz, “Price Related,” 43; Atamer, “Kriterler,” 124, 129; Aigul Nurmukhambetova, “Elektrik (enerji) kayıp-kaçak bedelinin tahsili dürüstlük kuralına aykırı sayılır mı? Kazakistan hukukundaki durumla Karşılaştırmalı olarak,” *DEÜHFD* 19, özel sayı (2017), 1513.

<sup>117</sup> Tekel piyasasındaki sözleşmelerde irade özgürlüğünün görünürde olduğunu, tüketicinin (veya tacirin) önüne konulan şartları ya kabul etmek ya da hizmetten mahrum kalmak ikilemi içinde olduğunu belirterek; bu durumun sözleşme özerkliği ilkesini zedelemektedir, benzer yönde Bkz. Nurmukhambetova, “Kazakistan,” 1513-1514.

<sup>118</sup> II.C.

Bu tespitlerden hareketle Daire, GİK hükümlerinin kişi bakımından uygulama alanını genişletmiş; tacirlerin de bu korumadan yararlanabileceğini belirterek, TBK hükümlerinin tacirler açısından bir sınırlama olmaksızın uygulanabileceğini içtihat etmiştir.<sup>119</sup> GİK denetiminin dar bir kalıba sıkıştırılamayacağını, basiretli davranma yükümlülüğünün müzakere imkânının bulunmadığı tekel piyasalarında bir sınırlandırma aracı olarak kullanılamayacağını göstermesi bakımından yerindedir.

Bu kararlarda, somut adaleti sağlamak adına zaman bakımından yürürlük sorununa getirilen çözüm, kanunun sistematigi açısından dikkate değer bir yöntem içermektedir. Daire, 6101 sayılı Kanun'un m. 1 hükmündeki geçmişe etkili olmama genel kuralını tespit etmekle birlikte; TBK m. 25 hükmünün niteliğini irdeleyerek bu kuralın istisnası olan m. 2 kapsamına girdiğini kabul etmiştir. Daire'ye göre, hâkime doğrudan sözleşme içeriğine müdahale etme yetkisi veren kurallar, niteliği gereği kamu düzenine ilişkindir. Daire kararlarında 6101 sayılı Kanun m. 2 uygulamasını şu gerekçeye dayandırmıştır: *“Genel İşlem Koşullarının içerik denetimine yönelik olarak, TBK'nun 25. madde hükümlerinin de kamu düzenini ilgilendiren hükümler olduğu kabul edilmelidir. Zira, bu kural hâkime doğrudan sözleşme içeriğine müdahale etme imkânı veren kuraldır.”*<sup>120</sup>

Dairenin bu gerekçesi, içerik denetiminin hukuki niteliğine ilişkin yerinde bir tespittir. Zira bir hukuk kuralı, taraf iradelerini aşarak sözleşmeye dışarıdan müdahale yetkisi tanıyorsa, o kuralın salt taraflar arası bireysel menfaati değil, üstün bir kamu yararını ve ekonomik kamu düzenini koruduğu kabul edilmelidir. Bu çerçevede, Daire'nin TBK m. 25'i kamu düzenini ilgilendiren bir hüküm olarak nitelendiren yaklaşımının; söz konusu hükmü salt geçmişe dönük bir sözleşme bozma aracı olmaktan ziyade, öncelikle devam eden ve sonuçları süren haksızlıkların engellenmesi ve sözleşme adaletinin sağlanması için “derhal uygulanması gereken” bir kamu düzeni normu olarak anlamlandırılmasını mümkün kıldığı görülmektedir. Bu yorum, hukuki güvenlik ilkesini zedelemek bir yana, süregelen bir haksızlığın hukuk düzeni tarafından korunmasını engelleyerek hukuka olan güveni pekiştirmektedir.

<sup>119</sup> Kararlarda bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: *“6098 sayılı TBK'nun uygulanması ile ilgili olarak kişi açısından bir sınırlama yapılmamıştır. Yani genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler tacirler yanında tacir olmayanlar (tüketiciler, alıcılar, müşteriler) içinde uygulanabilecektir.”*, Bkz. Yar. 3. HD, E. 2014/9710, K. 2015/2867, 24.02.2015; Yar. 3. HD, E. 2015/7901, K. 2016/4120, 17.03.2016, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

<sup>120</sup> Bkz. Yar. 3. HD, E. 2014/13539, K. 2014/16751, 18.12.2014; Yar. 3. HD, E. 2014/15651, K. 2015/10006, 02.06.2015, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

### C. Hükümlerin Kamu Düzeni Karakterini Reddeden ve Derhal Uygulanmayı Engelleyen Yaklaşım

Yargıtay 11. HD.'nin GİK denetiminin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin yaklaşımı, Yargıtay 3. HD.'nin kamu düzeni eksenli ve korumacı yaklaşımından belirgin bir biçimde ayrılmaktadır. Kredi sözleşmesinden kaynaklanan masraf iadesi istemine ilişkin hem eBK hem de TBK döneminde akdedilen sözleşmeleri konu alan Yargıtay 11. HD.'nin 11.10.2016 tarihli kararı zamansal uygulama bakımından ayırımın görülebilmesi adına seçilmiştir.<sup>121</sup> Uyuşmazlığa konu olayda davacı, davalı bankadan kullandığı zirai krediler nedeniyle kendisinden tahsil edilen dosya masraflarının, sözleşmelerin matbu olması ve müzakere edilmemesi nedeniyle haksız şart niteliğinde olduğunu ileri sürerek iadesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, sözleşmelerin matbu hazırlanması ve davacının müzakere imkanının bulunmaması gerekçesiyle, sözleşme tarihine bakılmaksızın tüm kesintiler yönünden TBK m. 20 vd. uyarınca GİK denetimi yapmış ve hükümlerin yazılmamış sayılmasına karar vermiştir.

Ancak Özel Daire, ilk derece mahkemesinin bu toptancı yaklaşımını yerinde bulmamıştır. Daire, denetim rejimini belirlerken sözleşmelerin akdedildiği tarihi yegâne kıtas olarak kabul etmiş ve ikili bir ayırma gitmiştir. Karara göre, 01.07.2012 tarihinden önce akdedilen kredi sözleşmeleri yönünden uyuşmazlığın, sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan eBK hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir. Daire, eski kanun döneminde kurulan sözleşmelere TBK m. 20 vd. hükümlerinin uygulanmasını ve bu hükümlere dayanılarak yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanmasını açıkça hukuka aykırı bulmuştur. Buna karşılık, uyuşmazlığa konu 06.03.2013 tarihinde imzalanan kredi sözleşmesi yönünden ise TBK m. 20 vd. uyarınca GİK denetimi yapılmasında bir engel bulunmadığını belirtmiştir. Daire bu noktada önemli bir tespitte bulunarak; sözleşme ekinde “Bilgilendirme Formu” verilmiş olması ve davacının “sözleşmeyi incelediği, anlamadığı hükümleri sorup öğrendiği ve mutabık kaldığı” yönünde matbu imzalı beyanının bulunmasının dahi GİK denetimini engellemeyeceğini vurgulamıştır.<sup>122</sup> Bu durumda mahkemece yapılması gerekenin, ilgili hükümlerin GİK niteliğinde olup olmadığının tespiti olduğu; şayet bu nitelikte oldukları tespit edilirse hükmün yazılmamış sayılmasına ve ortaya çıkan boşluğun doldurularak fazla tahsilatın iadesine karar verilmesi gerektiği içtihat edilmiştir.

GİK'e ilişkin TBK hükümlerinin ekonomik kamu düzenine ilişkin olduğu ve 6101 sayılı Kanun m. 2 uyarınca derhal uygulanması gerekliliği Yargıtay 11. HD. nezdinde kabul görmemektedir. Daire, TBK ile getirilen denetim mekanizmasını usûli veya kamu düzenine ilişkin bir norm seti olarak değil, maddi hukuka ilişkin ve yalnızca yürürlükten sonraki olaylara uygulanabilecek bir yenilik olarak nitelendirmektedir. Sözleşme boşluğunun eBK ve ilgili mevzuat çerçevesinde, bankacılık teamülleri ve dürüstlük kuralı ekseninde doldurulması (hakkaniyet denetimi) yöntemini benimsese de verilen karar hukuken yerinde değildir.

Nitekim Yargıtay 11. HD.'nin 21.10.2019 tarihli kararı, Dairenin eBK dönemine tabi sözleşmelerde “818 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması” gerekliliğinden neyi kastettiğini ortaya koymaktadır.<sup>123</sup>

<sup>121</sup> Yar. 11. HD, E. 2016/6175, K. 2016/8011, 11.10.2016, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>122</sup> “...form altında davacıya ait ‘almış olduğu sözleşmeyi incelediği, anlamadığı hükümler hakkında banka personeli ... ile görüşerek bilgi sahibi olduğu, mutabık kaldığı ve sözleşmeyi imzalamayı kabul ettiği’ hususunda imzalı beyanının bulunduğu... hususlarının yukarıdaki ilkeler doğrultusunda genel işlem koşulu denetimine tabi tutulması...”, Yar. 11. HD, E. 2016/6175, K. 2016/8011, 11.10.2016; Benzer yönde, Dairenin zaman bakımından uygulama konusundaki yerleşik içtihadının ve denetim sistematüğünü formüle bir şekilde sunan diğer bir Yargıtay 11. HD.'nin E. 2016/10425, K. 2018/4812 sayılı ve 26.06.2018 tarihli kararıdır. Daire bu kararında süregelen uygulamasını; (i) 01.07.2012 öncesi sözleşmeler için 818 sayılı BK, MK m. 2 ve bankacılık teamülleri çerçevesinde bir denetim (boşluk doldurma) yapılması gerektiği, (ii) 01.07.2012 sonrası sözleşmeler için ise TBK m. 20 vd. uyarınca yürürlük, yorum ve içerik denetimi aşamalarının sırasıyla uygulanması gerektiği şeklinde şematize etmiştir, Yar. 11. HD, E. 2016/10425, K. 2018/4812, 26.06.2018, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>123</sup> İlk derece mahkemesi kararı gerekçesinden: “*taaraflar arasında düzenlenecek sözleşmeye göre komisyon veya ücret ile yapmış olduğu giderleri talep edebileceği, taraflar arasındaki sözleşmede faiz ve yan giderlere ilişkin*

Karara konu uyuşmazlıkta Daire, sözleşmede miktar veya oran belirtilmeksizin masraf alınabileceğine dair hüküm bulunması halinde, sözleşmedeki bu boşluğun “dürüstlük kuralı ve hakkaniyet esaslarına göre” doldurulması gerektiğini belirtmiş; bunun yöntemi olarak da “*emsal banka uygulamalarının*” araştırılması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>124</sup> Emsal uygulamanın tespiti için salt ticari kredi denilmesi yetersiz bulunmuş; kredinin kullandırıldığı tarihteki, aynı nitelikteki (örneğin faizsiz) ve aynı miktardaki krediler için uygulanan komisyon oranlarının araştırılması gerektiği belirtilmiştir. Bu karar, Dairenin eBK dönemindeki sözleşmeler için TBK’nın getirdiği yazılmamış sayılma yaptırımı yerine; sözleşmeyi ayakta tutan, boşluğu yargıç eliyle ve sektör teamülleriyle dolduran bir uyarılama/tamamlama rejimini benimsediğini ortaya koymaktadır. Bu kararlara katılmamız ise mümkün değildir. Daire, eBK’da yer alan hükümler çerçevesinde konu çözümlenmeli demesine rağmen uyuşmazlığa uygulanabilecek eBK m. 1, 19 veya 20 hükümlerine hiçbir surette yer vermemesi, sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin ilkeleri göz ardı ederek uyuşmazlığı çözüme kavuşturması hukuken yerinde değildir.<sup>125</sup> Sözleşmeyi kaleme alan ve dosya masraflarına ilişkin bedel miktarını belirtmeyen banka lehine piyasa emsalinin kabul edilmesi dürüstlük kuralı ile bağdaştırılamaz. Sözleşmeyi tek yanlı hazırlama gücünü kullanan bankanın, dayanağı belirsiz bir alacak kalemini karşı tarafa yüklemesi dürüstlük kuralına aykırıdır.<sup>126</sup>

*hüküm bulunmakta olup, alıncak ücretin veya komisyonun miktar veya oranına dahil açık bir belirleme bulunmadığından davalı bankanın emsal banka uygulamalarına göre ücret talep etme hakkı bulunduğu, davalı bankanın, kamu bankası olması karşısında bilirkişice diğer kamu bankalarının emsal ücret tarifesine göre belirlemiş olduğu miktar mahkememizce yerinde görüldüğü, kredinin faizsiz olmasının alınacak komisyonun miktarını değiştirmemesi gerektiği, tarafların mutabakatı ile faiz gelirinden vazgeçen bankanın bu yolu dolanmak sureti ile genel işlem koşullarına aykırı şekilde kaybının komisyon alacağından tahsil etmesinin hukuken himaye görmeyeceği gerekçesiyle davanın kabulüne...”, Yar. 11. HD, E. 2018/5186, K. 2019/6521, 21.10.2019, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.*

<sup>124</sup> “Somut olayda, bilirkişi incelemesine ve mahkeme kararına dayanak olan emsal nitelikteki uygulamalarda ticari krediler için %2’ye kadar komisyon alındığı bildirilmiş ise de, davalı banka bilirkişi raporuna itiraz dilekçesinde, davacıya kullandırdığı kredi türünün faizsiz olduğunu, faizsiz kredilerde komisyon oranlarının daha yüksek olduğunu, banka cevabi yazılarının dava konusu olay için emsal olamayacağını, bildirilen komisyonların faizsiz kredi için uygulandığının belirli olmadığını, uygun emsal araştırması yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bu durumda mahkemece, davalının bilirkişi raporuna ciddi itirazlarını karşılayan ve bozma ilamının gereğini yerine getiren emsal banka uygulamaları araştırılıp, yeni bir bilirkişi raporu alınarak neticesine göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetli olmamış olup, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” Yar. 11. HD, E. 2018/5186, K. 2019/6521, 21.10.2019, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

<sup>125</sup> Daire uyuşmazlık konusundan bağımsız olarak 6101 sayılı Kanun ve TBK m. 20-25 hükümlerinin amacı ile örtüşmediği gibi karar ile bu kapsamda yapılması gereken eBK uygulaması ile de örtüşmeyen kararlar vermektedir, bu yönde Bkz. Yar. 11. HD, E. 2016/1821, K. 2017/4467, 18.09.2017, Karara konu olayda, otelde çeşitli kademelerde çalışan işçi, rakip işyerinde çalışmama borcuna aykırılık hâlinde 20.000 USD tutarında cezai şart ödemeyi üstlenmiştir. İlk derece mahkemesi, hizmet sözleşmesinin tip sözleşme niteliğinde olduğunu ve rekabet yasağı ile cezai şart kaydının yalnızca işçi aleyhine borç doğuran tek taraflı bir düzenleme teşkil ettiğini belirterek bu hükmü TBK m. 20 ve 420 kapsamında geçersiz GİK saymış; Daire ise sözleşmenin eBK döneminde kurulduğu gerekçesiyle hem GİK hükümlerinin (TBK m. 20 vd.) hem de TBK m. 420’nin uygulanamayacağını, uyuşmazlığın eBK m. 348 vd. hükümleriyle çözümlenmesi gerektiğini belirtmiş, ancak eBK m. 1, 19 ve 20’de yer alan genel yorum ve geçersizlik ölçütlerine dahi atıf yapmaksızın rekabet yasağına bağlanan bu ağır ve tek taraflı cezai şartı geçerli saymıştır. Böylece Daire, işçi aleyhine öngörülen bu fahiş ve karşı edimle bağdaşmayan tek taraflı cezai şartın doğurduğu bariz menfaat dengesizliğini göz ardı ederek hem sözleşmenin yorumuna ilişkin ilkelere hem de iş ilişkilerinde zayıf tarafın korunması amacına uygun düşmeyen bir sonuca ulaşmaktadır, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>126</sup> Bankaların faiz dışı menfaat ve komisyon talep etme hakkının niteliği ve bu hakka ilişkin tüketici sözleşmeleri açısından sınırlamalar için bkz. Yar. 13. HD, E. 2011/3576, K. 2011/10221, 17.06.2011; Yar. 13. HD, E. 2012/23738, K. 2012/25211, 07.08.2012.; Yar. 13. HD, E. 2014/13315, K. 2014/13503 29.04.2014 tarihli kararında ise davacı tacir tarafından davalı bankadan kullanılan ticari kredi kapsamında tahsil edilen dosya masraflı, komisyon, ipotek fek ücreti ve erken kapama ücreti hakkında Sivas 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, uyuşmazlığın 4077 sayılı TKHK kapsamında tüketici işlemi oluşturmadığını, ancak banka kredi sözleşmesinin tip sözleşme niteliğinde olduğunu belirterek ilgili kayıtları TBK m. 20 vd. anlamında GİK saymış ve borçlunun aleyhine, dürüstlük kuralını aşan bu kayıtları “yazılmamış” kabul ederek söz konusu kesintilerin iadesine karar vermiştir; Daire, yerel mahkemenin bu gerekçesini benimseyerek hükmü onamak suretiyle, ticari krediler

Sözleşme hükmü eBK m. 1 kapsamında irade beyanlarının güven ilkesine göre yorumlanması halinde sözleşmenin kapsamı içerisinde değerlendirilemez. Bir an olsun ilgili hükmün geçerli olduğu düşünülse dahi hükümde alacak bedelinin belirtilmemiş olması nedeniyle sonradan bildirilecek alacak miktarı sözleşmenin tek taraflı değiştirilmesi anlamı taşıyacağı için eBK m. 19 çerçevesinde sözleşme özgürlüğüne ve kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Bu itibarla Dairenin verdiği karar 6101 sayılı Kanun ve TBK m. 20-25 hükümlerinin amacı ile örtüşmediği gibi karar ile bu kapsamda yapılması gereken eBK uygulaması ile de örtüşmemektedir.

Bununla birlikte, Dairenin GİK denetimine yaklaşımını doğru analiz edebilmek adına, ret gerekçesinin tacirlerin GİK denetiminden yararlanamayacağı ilkesine değil, salt zaman bakımından uygulama sorununa dayandığına işaret etmek gerekir. Zira Daire, sözleşmenin TBK döneminde akdedilmiş olması halinde tacirler veya ticari işler bakımından da GİK denetiminin işletilebileceğini Yargıtay 11. HD.'nin 10.02.2016 tarihli kararında kabul etmektedir.<sup>127</sup> Bu karardaki uyuşmazlık TBK yürürlükteyken imza edilen bir ticari kredi sözleşmesinden kaynaklanmakta olup Özel Daire uyuşmazlığın TBK m. 20-25 hükümleri bağlamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Daire; sözleşmenin TBK döneminde imzalanmış olması sebebiyle TBK hükümlerine tabi olduğunu belirtmiş, erken ödemeye ilişkin TBK m. 96 ile GİK'e ilişkin TBK m. 20, 21 ve 25. maddelerinin *"hep birlikte değerlendirilmesi"* gerektiğine hükmetmiştir.<sup>128</sup> Bu karar sayesinde Dairenin, TBK döneminde akdedilen sözleşmeler açısından ticari kredilerde GİK denetimi yapma yönünde karar verdiği açıkça ortaya konulmuştur.

Yargıtay 11. HD.'nin, GİK denetiminde TBK'nın zaman bakımından uygulanmasına ilişkin sınırlayıcı yaklaşımı, Yargıtay HGK tarafından da benimsenmiş ve teyit edilmiştir. Yargıtay HGK'nın 20.02.2020 tarihli kararına konu uyuşmazlıkta; 03.07.2007 tarihli genel kredi sözleşmesi kapsamında tahsil edilen erken kapama ücretinin iadesi talep edilmiştir. İlk derece mahkemesi, sözleşme özgürlüğü ve ahde vefa ilkesine dayanarak davayı reddetmiş; ancak Özel Daire, sözleşmede ücretin belirlenmemiş olması ve fahişlik iddiası karşısında emsal araştırması yapılması gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Direnme üzerine uyuşmazlığı inceleyen HGK, öncelikle *"sözleşme tarihi itibarıyla TBK'nın GİK düzenlemelerinin somut olaya uygulanamayacağı"* hususunda yerel mahkeme ve Özel Daire arasında görüş birliği bulunduğunu tespit etmiş; uyuşmazlığın eBK ve 6762 sayılı TTK hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Kurul'un bu tespiti, GİK'e ilişkin yeni düzenlemelerin 6101 sayılı Kanun m. 2 kapsamında *"kamu düzenine ilişkin"* ve derhal uygulanması gereken kurallar olarak değil; m. 1 kapsamında geçmişe etkili olamayan maddi hukuk kuralları olarak nitelendirildiğini göstermektedir. Bu kabulden hareketle Kurul, TBK m. 20 vd. hükümlerini uygulamak yerine, denetim mekanizmasını dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı üzerine inşa etmiştir. Bu kapsamda, sözleşmede erken kapama ücretine ilişkin oranın belirlenmemiş olmasının yarattığı belirsizliğin, bankanın dilediği ücreti talep etme hakkı vermeyeceği; ücretin bankacılık uygulamaları ve dürüstlük kuralı çerçevesinde emsal araştırması yapılarak belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>129</sup> Yargıtay HGK'nın benzer nitelikteki güncel kararlarında da TBK'nın GİK hükümlerinin, yürürlük tarihinden önceki sözleşmelere uygulanamayacağı yönündeki istikrar kazanmış

---

bakımından da dosya masrafı ve benzeri kalemlerin GİK denetimine tabi tutulabileceğini ve bu çerçevede bankanın sınırsız masraf yükleme serbestisinin bulunmadığını dolaylı olarak kabul etmiştir, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>127</sup> Yar. 11. HD, E. 2015/13193, K. 2016/1257, 10.02.2016, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>128</sup> *"Bu durumda, mahkemece 6098 sayılı TBK'nun 96, 21, ve 25. maddeleri hep birlikte değerlendirilmek suretiyle, erken kapama komisyonu, masraf ve BSMV'ye ilişkin düzenlemeler içeren ve genel işlem şartı niteliğinde kabul edilen sözleşmenin ilgili maddelerinin yazılmamış sayılmasına karar verilemeyeceğinin tartışılıp değerlendirilmesi gerekirken, davacı müşterinin menfaatleri yönünden yeterli değerlendirme yapılmaksızın karar verilmiş olması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir."*, Yar. 11. HD, E. 2015/13193, K. 2016/1257, 10.02.2016.

<sup>129</sup> Yar. HGK, E. 2017/410, K. 2020/189, 20.02.2020, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://www.lexpera.com.tr>.

içtihamı sürdürülmektedir.<sup>130</sup> Bu durum, yüksek yargının GİK denetimine ilişkin TBK hükümlerini, kamu düzenine ilişkin ve derhal uygulanması gereken normlar olarak değil; sözleşmenin kurulduğu andaki hukuk güvenliğini korumayı amaçlayan, geriye yürümeyen yenilikler olarak değerlendirdiğini kanaatimizce hatalı bir biçimde ortaya koymaktadır.

Yargıtay'ın GİK denetimini kamu düzeni kavramından soyutlayarak, sözleşme içeriğini dürüstlük ve kamu düzeni kuralları kapsamında denetlemeden imtina etme eğilimi, güncel tarihli Yargıtay HGK'nın güncel 11.12.2024 tarihli kararında da devam etmektedir.<sup>131</sup> Uyuşmazlık, yabancı unsurlu bir iş sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinden kaynaklanmaktadır. Davacı işçi, 2007–2016 yılları arasında Rusya'daki şantiyelerde çalıştığı dönemlere ilişkin fazla çalışma ücreti ile kıdem ve ihbar tazminatı dâhil çeşitli işçilik alacaklarını talep etmiştir. İlk derece mahkemesi ile BAM, işçinin korunması ilkesi ve davalı işverenin Türk şirketi olması gerekçeleriyle Türk İş Hukuku'nun uygulanması gerektiği sonucuna varmış; buna karşılık Yargıtay 9. HD, taraflar arasında akdedilen matbu nitelikteki yurtdışı hizmet sözleşmelerinde çalışılan ülke hukukuna (Rusya hukukuna) açıkça atıf yapıldığını tespit ederek, bu hükmü geçerli bir hukuk seçimi olarak değerlendirmiş ve ayrıca mutad işyerinin Rusya olması sebebiyle, hukuk seçimi olmasa dahi yabancı hukukun uygulanabilir olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur. BAM direnme kararında, sözleşmelerin matbu olması ve işçiye seçilen hukuk konusunda yeterli bilgilendirme yapılmaması nedenleriyle hukuk seçimine ilişkin kayıtları GİK olarak nitelendirmiş; 6098 sayılı TBK m. 20–21 hükümleri uyarınca bu kayıtların yazılmamış sayılması gerektiğini, bu nedenle de sözleşmeye en sıkı bağlı hukukun (işçinin yerleşim yeri, sosyal çevresi ve sosyal güvenlik bağlantıları dikkate alınarak) Türk Hukuku olduğunu savunmuştur. Direnme üzerine uyuşmazlığı inceleyen HGK ise, sözleşmelerin 2007 ve 2009 yıllarında, eBK döneminde kurulmuş olması sebebiyle TBK m. 20–25 hükümlerinin somut olaya zaman bakımından uygulanamayacağını, bu hükümlerin 6101 sayılı Kanun m. 2 anlamında kamu düzeni veya genel ahlaka ilişkin kural niteliği taşımadığını açıkça belirtmiş; ayrıca, bu hükümlerin uygulanabilir olduğu varsayılsa dahi, hukuk seçimini hükümsüz kılan doğrudan uygulanan kurallar veya kamu düzeni istisnası olarak işlev göremeyeceğini ifade etmiştir. Kurul, bu gerekçelerle Özel Daire'nin bozma ilamını benimsemiş ve taraflarca yapılan hukuk seçiminin geçerli olduğu, uyuşmazlığın Rusya Hukuku esas alınarak çözülmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.<sup>132</sup>

Kararda göze çarpan nokta ise Özel Daire'nin, GİK hükümlerinin derhal uygulanacağını kabul anlamına gelmeyecek şekilde somut olayı GİK denetimi bağlamında da değerlendirmiş olmasıdır.<sup>133</sup> Gerçekleştirilen denetimin TBK m. 20-25 hükümleri ile öngörülen denetimi sağlamaktan önemli ölçüde uzak olduğu kanaatindeyiz. Zira Daire “önemli olanın işverenin işçiye söz konusu sözleşmeyi okuma imkânını sağlaması olduğu, Kurum tarafından hazırlanan yurt dışı iş sözleşmelerinin sürekli olarak Kurumun internet sayfasında yer aldığı, kolayca ulaşılabilir.” olmasından yola çıkarak yürürlük denetimi yapmakla yetinmiş konuyu GİK denetiminin sözleşme adaletini sağlamakta önemli unsuru olan içerik denetimi<sup>134</sup> bağlamında ele almamıştır. Bir GİK hükmünün yürürlük denetiminden

<sup>130</sup> Benzer yönde; sözleşme tarihinin 14.12.2010 olması nedeniyle TBK'nın GİK hükümlerinin uygulanamayacağını belirttiği, denetimin TMK m. 2 ve sözleşme hükümleri çerçevesinde yapılması gerektiğine dair karar için bkz. Yar. HGK, E. 2020/656, K. 2022/1350, 20.10.2022; Yar. HGK, E. 2018/1109 K. 2021/1718, 21.12.2021, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>131</sup> Yar. HGK, E. 2024/32, K. 2024/654, 11.12.2024, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>132</sup> Benzer yönde, benzer gerekçeler ile, Yar. 9. HD, E. 2024/12892, K. 2024/14800, 18.11.2024; Yar. 9. HD, E. 2024/1069, K. 2024/1552, 06.02.2024; Yar. 9. HD, E. 2024/18, K. 2024/396, 16.01.2024; Yar. 9. HD, E. 2023/10087 K. 2023/13603, 03.10.2023, Erişim Tarihi: Kasım 1, 2025, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>133</sup> “Kaldı ki somut olayda, imza ve içeriği yönünden itiraza uğramayan ve Kuruma onaylatılacağı yazılı bulunan yurt dışı iş sözleşmeleri 6098 sayılı Kanun'un 20 ila 25 inci maddelerine göre değerlendirildiğinde; önemli olanın işverenin işçiye söz konusu sözleşmeyi okuma imkânını sağlaması olduğu, Kurum tarafından hazırlanan yurt dışı iş sözleşmelerinin sürekli olarak Kurumun internet sayfasında yer aldığı, kolayca ulaşılabilir ve incelenebilir olduğu, işçinin bu sözleşme içeriğini okuma imkânının her zaman bulunduğu kabul edilmelidir. (Gaye Baycık, Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk, Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, 2017, s.109-110).”, Yar. HGK, E. 2024/32, K. 2024/654, 11.12.2024.

<sup>134</sup> Benzer yönde, Özen, “Değerlendirme,” 497.

geçmesinin GİK denetimi şartlarını sağlaması olarak değerlendirmek kanun koyucunun bu denetim ile amaçladığı ekonomik kamu düzenini tesis etme ve taraflar açısından sözleşme adaletini sağlama hedefleri göz ardı etme sonucunu doğurur.

## SONUÇ

Bu çalışmada, TBK m. 20–25 ile getirilen GİK denetiminin zaman bakımından uygulanması sorununu, 6101 sayılı Kanun m. 2 çerçevesinde ve Yargıtay içtihatları ışığında inceledik. İnceleme, hem eBK döneminde m. 19–20 ve TMK m. 2 gibi genel hükümler aracılığıyla fiilen yürütülmüş olan içerik denetiminin sınırlarını, hem de TBK ile yürürlüğe giren yürürlük–yorum–içerik eksenli üç aşamalı denetim sisteminin bu pratiği hangi ölçüde normatif bir çerçeveye oturttuğunu ortaya koymuştur. Vardığımız temel sonuç, TBK m. 20–25 hükümlerinin GİK denetimini Türk hukukuna tamamen “yeni” bir kurum olarak getirmediği; önceki dönemde dağınık biçimde işletilen hakkaniyet ve kamu düzeni temelli denetimi kodifiye edip sistematikleştirdiği, ayrıca yazılmamış sayılma ve kısmi hükümsüzlük gibi yaptırımlar üzerinden sözleşme adaletine aykırılığın sonuçlarını daha öngörülebilir hale getirdiğidir.

Bu çerçevede GİK’e ilişkin hükümler, sözleşme özgürlüğünün tamamen vazgeçilebilir kısımlarını değil, ekonomik kamu düzeniyle bağlantılı çekirdek alanını belirleyen sınır normlar olarak görülmelidir. Çalışmada, 6101 sayılı Kanun m. 2 kapsamında özellikle TBK m. 21 hükmünün, sözleşmenin kurulması anına ilişkin yürürlük denetimini düzenlemesi nedeniyle geçmişe etkili biçimde uygulanamayacağı; buna karşılık, dürüstlük kuralı ve kamu yararı temeline oturan TBK m. 23–25 hükümlerinin içerik ve yorum denetimi bakımından derhal uygulanabilir nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Böyle bir ayırım, kanunların geçmişe etkili olmaması ilkesini zedelemeksizin, devam eden hukuki ilişkiler ile ifa sürecindeki uyuşmazlıklarda GİK’e ilişkin yeni koruma mekanizmalarının hâkim tarafından dikkate alınmasına olanak verir; aynı zamanda eBK dönemine ilişkin genel hükümler (TMK m. 2, eBK m. 19–20) yorumlanırken TBK m. 20–25’in somutlaştırıcı ölçüt olarak kullanılmasının dogmatik temelini oluşturur.

Yargıtay uygulamasına ilişkin tahlilimiz ise, TBK’nın yürürlüğe girmesinden önce akdedilen sözleşmelerdeki GİK denetimi konusunda tutarlı bir içtihat birliği sağlanamadığını göstermektedir. Yargıtay 3. HD. bazı kararlarında, henüz TBK yürürlüğe girmeden önce dahi TMK m. 2, TMK m. 24 ve eBK m. 19/2 hükümlerine dayanarak GİK niteliğindeki kayıtların içerik bakımından denetlenmesine ve fahiş şartların tamamen veya kısmen hükümsüz sayılmasına imkân tanımış; TBK m. 25’i de sözleşme içeriğine müdahale yetkisi tanıyan, bu nedenle kamu düzenine ilişkin ve geçmişe etkili uygulanabilir bir hüküm olarak nitelendirmiştir. Buna karşılık 11. HD. ve HGK, TBK m. 20–25’i kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin görmeyerek, bu hükümlerin eski tarihli sözleşmelere uygulanmasını sistematik biçimde reddetmiştir. Aynı kurulun, tüketici uyuşmazlıklarında GİK denetiminin kamu düzeni ve sosyal adalet ilkelerine dayandığını kabul ederken, ticari sözleşmeler bakımından sözleşme özgürlüğüne öncelik veren daha dar bir yaklaşımı benimsemesi, denetim metodolojisinin sözleşme türüne göre değiştiğini ve normatif bir bütünlükten yoksun olduğunu da ortaya koymaktadır.

Yargıtay’ın benimsediği bu yaklaşım özellikle genel kredi sözleşmeleri veya iş sözleşmeleri gibi uzun süreli ilişkiler bakımından ciddi bir uygulama boşluğu ve ikili bir hukuk rejimi yaratmaktadır. Yargıtay daireleri (3. HD hariç) ve HGK tarafından benimsenen anlayış sonucunda, aynı nitelikte iki sözleşmeden biri 30.06.2012, diğeri 01.07.2012 tarihinde kurulmuş olsa, bir gün farkla ortaya çıkan bu ilişkiler kökten farklı denetim rejimlerine tabi tutulmaktadır. Eski tarihli sözleşmeler, TBK’nın getirdiği yorum ve içerik denetimi gibi normatif ve kesin koruma mekanizmalarından mahrum bırakılarak, yalnızca TMK m. 2 çerçevesinde esnek, belirsiz ve çoğu kez eBK kurallarına uygun biçimde işletilmeyen bir denetime terk edilmektedir. Oysa GİK’e karşı koruma ihtiyacı, sözleşmenin kuruluş tarihinden bağımsız olarak zayıf tarafın korunması ve piyasa dengesinin sağlanması bakımından süreklilik arz eden bir gerekliliktir. Bu nedenle GİK hükümlerine kamu düzeni karakteri tanınmaması, hukuki güvenliği koruma iddiasıyla yola çıkarken, paradoksal biçimde aynı hukuki statüdeki kişiler arasında salt sözleşme tarihine bağlı eşitsizliklere ve koruma zafiyetine yol açmaktadır.

Nihayetinde, hukuki güvenlik ilkesi ile zayıf tarafın korunması birbiriyle çelişmez. Aksine, 6101 sayılı Kanun'un 2. maddesi kamu düzeni ışığında yorumlandığında; sözleşmenin tarihine değil, içeriğindeki adalete öncelik veren tutarlı bir koruma sistemi kurulabilir.

## KAYNAKÇA

- Akman, Sermet. “Genel İşlem Şartları.” *Yargı*, no. 35 (1979): 13–18.
- Altop, Atilla. “Genel İşlem Koşulları.” iç. *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler – Tebliğler*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 27–44. On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Altop, Atilla. “Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi.” iç. Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, 254–60. Çizgi Basım Yayın, 2007.
- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1. Legal Yayıncılık, 2015.
- Atamer, Yeşim M. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi. Beta Yayıncılık, 2001.
- Atamer, Yeşim M. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak.” iç. *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, 9–73. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2011.
- Atamer, Yeşim M. “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri.” iç. *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 103–37. Vedat Kitapçılık, 2013.
- Atamer, Yeşim M. and Pascal Pichonnaz. “Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts: General Report.” iç. *Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts*, edited by Yeşim M. Atamer and Pascal Pichonnaz, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, vol. 36. Cham, 3–63. Springer, 2020.
- Atasoy, Kemal. *Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Kamu Düzeni Gerekçesiyle Sınırlandırılması*. On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Ayan, Serkan. “Genel İşlem Koşulları Yönünden Türk Borçlar Kanunu ile 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Karşılaştırılması.” iç. *Tüketici Hukuku Konferansı*, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 105–18. Yetkin Yayınları, 2015.
- Aydoğdu, Murat. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı.” *DEÜHFD* 13, no. 2 (2011): 1–50.
- Aydoğdu, Murat. *Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi*. Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Baş, Ece. “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi.” iç. *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, ed. Tufan Ögüz, 276–306. Filiz Kitapevi, 2013.
- Baş Süzel, Ece. “Banka Teminat Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulu Denetimi.” *Batider* 40, no. 2 (2024): 239–273.
- Baysal, Başak. “Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 70, no. 1 (2012): 221–44.
- Bilgin Yüce, Melek. “Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi.” *Yaşar Üniversitesi Dergisi* 8, Özel Sayı (2013): 3191–3238.
- Bultmann, Friedrich. 30 Jahre Praxis der AGB-Verbandsklage, Erişim Tarihi Mart 14, 2025, [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/gutachten\\_30\\_jahre\\_verbandsklage\\_vzbv\\_2008.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/gutachten_30_jahre_verbandsklage_vzbv_2008.pdf).
- Civan, Orhan Ersun. *Genel İş Koşulları*. Beta Yayıncılık, 2015.
- Çınar, Ömer. *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*. On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Erçin, Ferhat. “Hukuk Güvenliği İlkesi Açısından 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunun Zaman Bakımından Uygulanması.” *Eurasian Academy of Sciences Social Sciences Journal* (2017): 118–135.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Yetkin Yayınları, 2021.

- Fuchs, Andreas. “BGB § 307 Vorbemerkungen zur Inhaltskontrolle.” iç. *Ulmer Brandner Hensen AGB-Recht Kommentar*, edited by Marcus Bieder et al. Otto Schmidt Verlag, 2022.
- Fornasier, Matteo. *Münchener Kommentar BGB. BGB § 305*. C.H. Beck, 2022.
- Gülerci, Altan Fahri, ve Ayşe Kılınç. *6098 Sayılı Yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Yetkin Yayınları, 2011.
- Habersack, Mathias. “BGB Vor § 305 Vorbemerkung.” iç. *Ulmer Brandner Hensen AGB-Recht Kommentar*, edited by Marcus Bieder et al. Otto Schmidt Verlag, 2022.
- Havutçu, Ayşe. *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*. Güncel Hukuk Yayınları, 2003.
- Hellwege, Phillip. “Allgemeine Geschäftsbedingungen.” *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* [https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Allgemeine\\_Gesch%C3%A4ftsbedingungen#:~:text=19,Es%20w%C3%A4re%20also%20zu](https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Allgemeine_Gesch%C3%A4ftsbedingungen#:~:text=19,Es%20w%C3%A4re%20also%20zu).
- Karaaslan, Mustafa Reşit. *Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*. C. 3. Beta Yayıncılık, 2004.
- Kaşak, Fahri Erdem. “Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23).” *HBV-HFD* 23, no. 3 (2019): 195–222.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukukuna Giriş: Hukuki İşlem ve Sözleşme*. Filiz Kitapevi, 2017.
- Küçükyalçın, Arzu. “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması.” *AÜHFD* 53, no. 4 (2004): 101–24.
- Miethaner, Tobias. “AGB oder Individualvereinbarung – die gesetzliche Schlüsselstelle ‘im Einzelnen ausgehandelt.’” *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 63, no. 43 (2010): 3121–27.
- Nurmukhambetova, Aigul. “Elektrik (enerji) kayıp-kaçak bedelinin tahsili dürüstlük kuralına aykırı sayılır mı? Kazakistan hukukundaki durumla karşılaştırmalı olarak.” *DEÜHFD* 19, özel sayı (2017): 1473–1521.
- Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. *Medenî Hukuk*. Vedat Kitapçılık, 2011.
- Özel, Çağlar. “Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri.” *Sosyoekonomi* 3, no. 3 (2006): 153–67.
- Özen, Burak. “Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesine İlişkin Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Yürürlük Hukuku Bakımından Durumunu Ele Alan Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin 02.12.2015 Tarihli ve E: 2015/6276 K: 2015/16034 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi.” iç. *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan*, ed. Emrehan İnal ve diğerleri, 491–500. On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Beta Yayınları, 2010.
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*. Vedat Kitapçılık, 2007.
- Şahin, Hale. “Yürürlüğe Girişinin Otuzuncu Yılına Geride Bırakan 93/13/EEC Sayılı Avrupa Birliği Haksız Şartlar Direktifi: Quo Vadis?” *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 23, no. 2 (2023): 329–59.
- Şeker, Muzaffer. *Yazılmamış Sayılma*. On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Tekinalp, Ünal. “Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları.” iç. Prof. Dr. Ernest E. Hirsch’in Hatırasına Armağan (1902–1985), 123–60. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, ve Atilla Altop. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 1993.
- Tuzcuoğlu, Tuğçe. *Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları*. Seçkin Yayınları, 2022.
- Ulmer, Brandner, and Hensen. *AGB Kommentar*. Otto Schmidt Verlag, 2022.
- Yeniocak, Umut. *Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*. 2011.
- Yılmaz, Halil. “Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Açısından).” *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 6, S. 58 (Haziran 2011): 64–67.
- Yüksel Maamer, Hilal. *Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi*. Filiz Kitapevi, 2023.

Zerres, Thomas. “Principles of the German Law on Standard Terms of Contract.” Erişim Tarihi: Temmuz 1, 2025, [https://jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14586/German\\_Standard\\_Terms\\_of\\_Contract\\_Thomas\\_Zerres.pdf](https://jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14586/German_Standard_Terms_of_Contract_Thomas_Zerres.pdf).



e-ISSN: 2667-6117

Yıl / Year: 2026

Cilt / Volume: 8

Sayı / No: 1

Eserin Türü /  
Manuscript Type

Araştırma Makalesi /  
Research Article

DOI: 10.47136/asbuhfd.  
1869735



# DEVLETİN DİJİTAL GÖZETİM ARAÇLARINA KARŞI MUHALEFET HAKKI: İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

*The Right to Opposition Against The State's  
Digital Surveillance Tools: An Assessment in The  
Context of Human Rights*

**Buğra PAKBEŞE\***

## Öz

Modern gözetim, güvenlik söylemiyle meşrulaştırılan, bireyleri izlenebilir, tasniflenebilir ve yönetilebilir kılan bir iktidar tekniğidir. Bu noktada ilgili araştırma, devletin dijital gözetim araçlarının insan hakları hukukunda genellikle özel hayata saygı ve kişisel verilerin korunması kapsamında değerlendirilmesinin, muhalefet etme üzerindeki yapısal problemleri açıklamakta etkisiz kaldığını vurgulamaktadır. Bu eksikliğin giderilmesi için muhalefet hakkının politik özne olarak bireyin inşasında, siyasi çoğulculuğun ve demokratik denetimin sağlanmasında kurucu bir çatı hak olarak düzenlenmesi gerektiğini ele almaktadır. Dolayısıyla sanal kamusal alanın sınırlandırılması, iletişimin izlenmesi ve algoritmik profillemeye uygulamalarının muhalefet hakkı üzerindeki etkileri incelenmektedir. Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin internet erişimi, gizli gözetim, kitlesel veri toplama, yüz tanıma sistemleri uygulamalarına ilişkin içtihadı muhalefet hakkı perspektifiyle okunarak, dijital gözetimin caydırıcı etkisi ile siyasi katılımın ve eleştirel düşüncenin görünür hale gelmeden bastırılabilirliği tehlikesini ortaya koymak amaçlanmıştır. Sonuç olarak araştırma, dijital gözetimin demokratik toplumlarda siyasi çoğulculuğu ve iktidarın denetlenebilirliğini etkileyen yapısal bir mesele olduğunu ileri sürmekte ve muhalefet hakkının bu çerçevede insan haklarının vazgeçilmez bir parçası olduğunu ortaya koymaktadır.

## Abstract

Today, surveillance is a technique of power that legitimizes itself through the discourse of security, rendering individuals traceable, classifiable, and controllable. At this point, the relevant research emphasizes that the state's digital surveillance tools are generally evaluated within the framework of respect for private life and the protection of personal data in human rights law, which proves ineffective in explaining the structural problems of opposition. To address this shortcoming, it argues that the right to opposition must be regulated as a foundational umbrella right in the construction of the individual as a political subject and in ensuring political pluralism and democratic oversight. Consequently, the effects of limiting the virtual public sphere, monitoring communication, and algorithmic profiling practices on the right to opposition are examined. At this point, the case law of the European Court of Human Rights regarding internet access, secret surveillance, mass data collection, and facial recognition systems is read from the perspective of the right to opposition, with the aim of revealing the danger that digital surveillance can have a deterrent effect and suppress political participation and critical thinking before they become visible. Consequently, the research argues that digital surveillance is a structural issue affecting political pluralism and the accountability of power in democratic societies, and demonstrates that the right to opposition is an indispensable part of human rights within this framework.

**Makale Gönderim Tarihi / Received:** 22.01.2026

**Makale Kabul Tarihi / Accepted:** 21.06.2026

**Hakem Değerlendirmesi / Peer Review:** Çift kör hakem.  
Double peer-reviewed.

**Anahtar Kelimeler / Keywords:** Dijital gözetim, Sanal kamusal alan, Muhalefet hakkı, Caydırıcı etki, Kontrol toplumu / Digital surveillance, Digital public sphere, Right to opposition, Chilling effect, Control society

**Atıf / Citation:** Pakbeşe, Buğra. "Devletin Dijital Gözetim Araçlarına Karşı Muhalefet Hakkı: İnsan Hakları Bağlamında Bir Değerlendirme." *ASBU Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2026). 132-162.

**Yazar Bilgileri / Authors Information:** Arş. Gör., Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, av.bugrapakbese@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-1962-8001>.

**Teşekkür Acknowledgments:** Bulunmamaktadır.

**Finansal Destek / Financial Support:** Finansal destek alınmamıştır.

**Çıkar Çatışması / Conflict of Interest:** Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

**Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval:** Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

**Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence:** Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır

## Extended Summary

Digital surveillance is often discussed in the context of privacy and data protection. While this perspective is important, it does not fully reflect the impact of today's digital surveillance practices on democracy. This article argues that digital surveillance should be seen as a structural form of power that redefines the conditions for the emergence, spread, and visibility of political opposition, going beyond mere intrusion into private life. Shifting its focus from privacy to the right to opposition, this study highlights how surveillance affects political pluralism and democratic accountability at a deeper level.

The article does not address the right to opposition as a combination of freedom of expression, assembly, and association. The right to opposition should be considered a fundamental umbrella right that enables political competition and public criticism. Opposition is one of the cornerstones of democratic societies. Political legitimacy depends on the opportunity to challenge those in power. Therefore, practices that systematically weaken the capacity of opposition to communicate, organize, or be visible should also be evaluated from the perspective of democratic theory and opposition rights.

This research examines digital surveillance within a broader context by tracing its historical transformation. The study moves from early forms of social monitoring to Foucault's famous disciplinary mechanisms, and then to Deleuze's concept of the control society, characterized by governance based on continuous information and data processing. In the digital age, surveillance has broken away from being a visible disciplinary mechanism based on direct coercion and force, and now functions primarily through data extraction, algorithmic processing, and predictive classification. Individuals can be monitored, ranked, and managed through technical systems operating silently in the background. This shift marks an important transformation: surveillance no longer merely observes dissent after it appears; it increasingly anticipates and shapes it.

The article identifies three main ways in which digital surveillance affects the right to opposition: the restriction of the digital public sphere, the monitoring of communication, and algorithmic profiling. First, the restriction of the digital public sphere -through internet shutdowns, bandwidth throttling, or broad platform bans- directly limits the infrastructure of dissent. Today, digital platforms function as contemporary public spaces where political debate unfolds and collective visibility is constructed. Restricting access to these spaces does not only silence individual voices; it disrupts the communicative networks through which dissent gains strength. The case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) shows that broad or disproportionate internet restrictions undermine freedom of expression. From the perspective of the right to opposition, restricting the internet as a virtual public sphere and communication resources weakens the material conditions necessary for the existence of political dissent.

Secondly, monitoring communications through secret or mass surveillance mechanisms has a deterrent effect on political participation. Looking at the case law established by the ECtHR in *Roman Zakharov v. Russia*, *Szabó and Vissy v. Hungary*, and *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*, it shows that even if individuals cannot prove that their communications have been intercepted, the absence of effective legal remedies against surveillance systems may constitute a violation of their rights. The court is aware that state surveillance can negatively influence behavior related to dissent. Therefore, it stresses the importance of safeguards, oversight, and predictability. This is crucial for dissent. If individuals suspect that their communications are being monitored, they may become hesitant to organize, criticize, or take action. Thus, the state's digital surveillance tools can repress dissent before it fully takes shape and weaken the conditions that would give rise to dissent.

Thirdly, with the advancement of technology, the state's digital surveillance has evolved into algorithmic profiling and biometric technologies, penetrating even the smallest areas of life. Due to automated data processing, individuals can be categorized, scored, or flagged based on their behavioral patterns. The ECtHR ruling in the *Glukhin v. Russia* case, which addressed the use of facial recognition technology to identify peaceful protesters, demonstrates how such technologies can directly impact political participation and create a deterrent effect. Algorithmic systems can anticipate and classify oppositional actions and speech. In doing so, they transform dissent into a measurable "risk category."

Methodologically, the article combines the case law of the ECtHR with a theoretical restructuring of the point to which surveillance has come. This approach reinterprets case law established against the state's

digital surveillance tools from the perspective of the right to opposition. From this perspective, it reveals how applications that appear technically neutral or security-focused can actually have profound consequences on democratic life.

The article emphasizes that opposition is crucial in terms of human rights and the limitation of political power. It also reveals how state digital surveillance poses a threat to opposition. In the digital age, protecting privacy and personal data is not enough to protect dissent. Surveillance tools must be examined from the perspective of protecting the right to opposition in order to ensure that dissent is protected from the stage of thought to the stage of action. Thus, secure communication channels, open digital public spaces, and strict restrictions on prediction and profiling technologies must be implemented. Recognizing the right to opposition as an autonomous normative framework provides a clearer and more comprehensive basis for assessing the democratic legitimacy of contemporary surveillance regimes.

## GİRİŞ

Siyasi iktidarın kurumsallaşması ve modern devletin ortaya çıkışıyla, iktidarın müdahale edebileceği alanlar hiç olmadığı kadar genişlemiştir. Bunun bir sonucu olarak modern devlet, iktidarını sürdürebilmek için daha fazla alana hâkim olmak zorunda kalmıştır. Sanayi devrimiyle makineleşme ve arkasından yaşanan teknolojik gelişmeler devletin iktidarı sürdürebilmesi için iktidar alanındaki hakimiyetini güçlendirecek araçlar sunmuştur. Günümüzde de devlet, teknolojinin gelişimiyle birlikte bu araçları doğrudan insanın hayatına müdahale edebilecek şekilde kullanmaya başlamıştır. Bu da insanın gündelik hayatı üzerinde, devletin tahakkümünün artmasına sebep olmuştur.

Fiziki alandaki gözetlemenin yanında diğer taraftan 1980'lerden itibaren gelişen internet ve bilgisayar gibi yeni iletişim teknolojileriyle iktidarın gözetleme alanında bir genişleme meydana gelmiştir. Bir uzamı ve zamanı olmayan sanal alan oluşmuştur. Bu alanın, internetin, insanlar için gündelik hayatın vazgeçilmez unsuru olduğu kaçınılmaz bir gerçektir. İnsanların özel alanlarına kadar giren bu yapıda yapılan her adım bir iz bırakmaktadır. Bu izler birleşerek büyük veriyi oluşturmaktadır. Bu noktada büyük verinin kimin elinde olduğu önem taşımaktadır. Bu veri devletin elinde olduğu takdirde bireyin sanal alandaki varlığının ve adımlarının bilgisine ulaşmak bireyi devlet karşısında şeffaflaştırmaktadır.

Klasik liberal öğretinin kamusal/özel ayırımından farklı olarak sanal alan bu iki alanın da belli noktalarını içinde barındırır. Devlet, bireyin özel alandaki eylemlerini de gözetleme şansına ulaşmış olur. Böylece hem kamusal hem sanal alandaki gözetleme araçlarıyla birey üzerindeki tahakkümünü artırarak hegemonyasını sürdürmeyi sağlayabilecektir. Bu noktada mevcut iktidara karşı muhalefet hakkı gündeme gelmektedir. Muhalefet hakkı, temelde, kişilerin bireysel ya da toplu, örgütlü veya örgütsüz mevcut söylemden farklı tutumu benimseyebilme ve eylemde bulunabilme hakkıdır. Siyasi iktidarın her alandaki gözetim araçlarıyla muhalefet hakkı tehdit altındadır.

Çalışmanın konusunu devletin sözü edilen dijital gözetim araçlarını kullanmasının muhalefet hakkına etkisini incelemek oluşturmaktadır. Buradaki amaç dijital gözetim araçlarıyla insanların sürekli gözetlendiğini ve denetlendiğini düşündüğü bir yapıda muhalefet hakkını koruma yollarını aramaktır. Muhalefet hakkı demokratik bir toplumun vazgeçilmez unsurlarından biri olduğu için bu araçlarla sınırlanıp sınırlanmadığını tespit etmek demokrasinin korunması adına hayati öneme sahiptir. Uygulamada ise dijital gözetimin insan haklarına müdahalesinin incelemesi, genellikle özel hayata saygı ilkesi ve kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Bu çalışma ise tam da bu sınırlı yaklaşıma karşı, dijital gözetimin insan haklarına müdahalesinin bu sayılanların dışında doğrudan muhalefet hakkı ile ilişkilendirilerek ele alınması gerektiğini savunmaktadır. Çalışma muhalefet hakkını da, ifade, örgütlenme ve toplanma hürriyetlerini içeren bir hak olmaktan ziyade siyasal çoğulculuğun ve demokratik denetimin kurucu bir çatı hakkı olarak kavramsallaştırmaktadır. Bu bağlamda dijital gözetim bireylerin mahremiyetinin yanında politik özneler olarak var olma imkânlarını da zayıflatmaktadır.

İlk bölümde muhalefet hakkının bu çalışmada hangi kapsamda ele alınacağına değinilmiştir. İkinci bölümde ise gözetimin ne olduğu ile devletin dijital gözetim araçlarının ne olduğu açıklanmaktadır. Üçüncü bölümde ise muhalefet hakkının dijital gözetim araçları karşısında sınırlanıp sınırlanmadığı ele alınacaktır.

## I. MUHALEFET HAKKI: YENİDEN HARİTALANDIRMA

Muhalefet hakkı, genellikle pozitif hukuk metinlerinde ve uluslararası insan hakları belgelerinde yer almamaktadır. Bu durum muhalefet etmenin sistematik bir şekilde düzenlenmiş bir hak olup olamayacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Diğer taraftan muhalefet etmenin tanımı gereği birçok hakla bağlantısı mevcuttur. Dolayısıyla muhalefetin halihazırda var olan haklardan ayrı bir hak olarak tanınıp tanınmayacağı da tartışmaya açıktır. Bu bölümde de muhalefet hakkının ne olduğu, hangi kapsamda var olduğu, hakkın öznesinin ve yükümlüsünün kim olduğu soruları cevaplandırılarak muhalefet hakkının bir hak olarak nasıl değerlendirilebileceği ele alınacaktır. Bu durum, özellikle dijital gözetimin yaygınlaştığı bir dönemde muhalefetin nasıl korunacağı sorusunu daha da önemli hale getirmektedir.

### A. Kapsamı

Muhalefet; temelde ihtilaf, görüş ayrılığı, bir tutum veya davranışa karşı olma hali olarak tanımlanmaktadır.<sup>1</sup> Bu karşı olma hali en az iki kişinin varlığını gerektirdiğinden toplumun her düzeyinde görülebilmektedir. Örneğin ailede, iş yerinde veya sınıfta muhalefet; ilgili alandaki otoriteyi elinde bulunduran kişiye, söyleme veya tutuma karşı olmaktır. Dolayısıyla muhalefet olması için bir iktidar odağının bulunması gerekir. Hukuk perspektifinden bakıldığında bu iktidar odağı da siyasi iktidardır. Dolayısıyla bu çalışmada muhalefet, siyasi iktidarın bir tarafı olduğu durumlarla sınırlanmıştır.

Muhalefet etme veya muhalefetin varlığı demokratik bir gereklilik olarak kabul edilmektedir.<sup>2</sup> Başka bir deyişle demokrasinin bugünkü halini almasında muhalefetin olmazsa olmaz olduğu doktrinde ve çeşitli uluslararası mekanizmalarda yer bulmaktadır. Mayo muhalefet ve siyasi özgürlükler ile demokrasi arasında doğrudan bağlantı kurarak demokrasinin varlığını bu unsurların varlığına bağlamıştır.<sup>3</sup> Dahl ise demokrasi idealine en yakın pratik olan poliarşinin<sup>4</sup> iki temel özelliğinin siyasi katılım ve muhalefet etme olduğunu belirtmiştir.<sup>5</sup> Kurulma amacı insan haklarına, demokrasiye ve hukukun üstünlüğüne saygıyı garanti altına almak olan<sup>6</sup> Avrupa Konseyi'nin Parlamenterler Meclisi tarafından 2008 yılında hazırlanan demokratik bir parlamentoda muhalefetin hakları ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasları içeren belgede, muhalefetin iyi işleyen demokratik toplumun vazgeçilmez bir unsuru olduğu ifade edilmiştir.<sup>7</sup> Ardından 2009 yılında Venedik Komisyonunca muhalefetin rolü üzerine hazırlanan raporda muhalefetin tanınmasının demokratik rejimler ile otoriter rejimleri ayıran bir unsur olduğu kabul edilmiştir.<sup>8</sup> Doktrinde görüleceği üzere demokratik bir toplum denildiği zaman muhalefet vurgulanmaktadır.

<sup>1</sup> Nükheth Turgut, *Siyasal Muhalefet* (Birey ve Toplum Yayıncılık, 1984), 3.

<sup>2</sup> Bülent Algan, *Muhalefet Hakkı ve Türkiye'deki Görünümü* (Adalet Yayınevi, 2015), 1.

<sup>3</sup> Henry B. Mayo, *Demokratik Teoriye Giriş*, çev. Emre Kongar (Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, 1964), 53-54. Barker da benzer şekilde, demokrasinin varlığını kanıtlayan en önemli unsurlardan birinin alternatif bir hükümetin -muhalefetin- iktidarı denetlemesi olarak kabul etmiştir. Rodney Barker, "Introduction," iç. *Studies in Opposition*, editör Rodney Barker (The Palgrave Macmillan Press, 1971), 2.

<sup>4</sup> Demokrasinin soyut bir ideal olduğunu söyleyen Dahl, bu idealin ancak tüm vatandaşların doğrudan yönetime katıldığı bir yapının içinde var olabileceğini savunur. Modern devlette yaşayan vatandaşların sayısının fazlalığı ve devletlerin geniş coğrafyalara yayılması nedeniyle ideal olan demokrasinin uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Dolayısıyla, bu durumda, bu ideale en çok yaklaşacak pratik bulunmalıdır. Bu pratik de Dahl'a göre poliarşi olarak adlandırılmaktadır.

<sup>5</sup> Robert A. Dahl, *Demokrasi ve Eleştirileri*, çev. Levent Köker (Yetkin Basımevi, 1993), 280-281; Manfred G. Schmidt, *Demokrasi Kuramlarına Giriş*, çev. M. E. Köktaş (Vadi Yayınları, 2001), 264.

<sup>6</sup> European Court of Human Rights, *The European Convention on Human Rights: A Living Instrument* (Council of Europe, 2021), 9.

<sup>7</sup> Parliamentary Assembly, Procedural Guidelines on the Rights and Responsibilities of the Opposition in a Democratic Parliament, Res. 1601 (2008), <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17626&lang=en>, erişim tarihi: Mart 12, 2026.

<sup>8</sup> European Commission for Democracy Through Law (Venedik Komisyonu), Draft Report on the Role of The Opposition: on the Basis of the Comments by Ms. Angelika Nussberger (Substitute Member, Germany) and Mr. Ergun Özbudun (Member, Turkey), CDL-DEM(2009)003, 4.

Buradan hareketle muhalefete değinirken iki kavram ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki siyasi iktidara karşı olma hali olarak muhalefetin politik olan kısmıdır. İkincisi de demokrasinin vazgeçilmez unsuru olarak demokratik olan kısmıdır. Ancak bu iki kavram da çeşitli anlamlara ve farklı kavrayışlara sahiptir. Dolayısıyla bu çalışmada politik olanın ve demokratik olanın nasıl kullanıldığı açıklanmadan muhalefet hakkının kavramı belirsiz kalacaktır. Bu yüzden de ilk olarak politik olan ve demokratik olanın çalışmada nasıl ele alındığına değinilmiş; ardından muhalefet hakkının kapsamına geçilmiştir.

Siyasi olan veya politik olan kavramı hakkında literatürde net bir fikir birliğine varılamamıştır. Politik olanın kapsamının ne olduğunu cevaplandırmak için politikanın türetildiği yere, başka bir deyişle *Polis*'e gitmek gerekmektedir. Antik Yunan'da *Polis*; belirli bir toprak üzerinde kurulmuş siyasal, sosyal, ekonomik, dini ve askeri bir bütündür.<sup>9</sup> *Polis*'e ait her şey, onun içinde gerçekleşen bütün ekonomik ve sosyal faaliyetler politikanın içindedir. *Polis* içindeki yurttaşlar aktif bir şekilde bütün kararlara katılır. Böylece *Polis*, karşılıklı iktidar ilişkilerinin olduğu, kişilerin ortak iyilerinin çatıştığı bir politik toplumu ifade eder.<sup>10</sup> Antik Roma'da ise bu örgütlenmenin karşılığı *Civitas*'tır.<sup>11</sup> Romalı düşünürler tarafından hukuki dayanağı oluşturulan *Civitas*'ta politik olan; ortak iyiye ve bir arada yaşamının ideal düzenine ulaşmaya çalışan her türlü faaliyetlerdir.<sup>12</sup> Bu iki tanımdan hareketle politik olanın çok geniş bir alana yayıldığı görülmektedir. Ancak zaman içinde çeşitli unsurlar politik olanın içinden çıkartılmış ve alanı daraltılmıştır.

Politik olanın daraltılması ilk olarak dinin veya ilahi olanın dışarıda bırakılarak dünyevi bir sınır çizilmesiyle<sup>13</sup> sonra da Machiavelli'nin ve Bodin'in kurguladığı sistemle modern devlete indirgenmiştir.<sup>14</sup> Bu süreç, politikanın kurumsal, bürokratik ve hukuki bir aygıtın tekeline girmesi anlamına gelmektedir.<sup>15</sup> Modern devlet olarak adlandırılan kurumsal yapı daha sonra ulus devlet özelinde evrildiğinde, politik olanın sınırları bu defa ulusal kimlik ve devletin sınırları üzerinden daralmaktadır.<sup>16</sup> Böyle bir durumda modern devletin, ulus kavramı ile birleşmesi, politik olanı bir idari

<sup>9</sup> Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler* (Beta Yayınları, 2017), 1-2.

<sup>10</sup> Paul Cartledge, *Pratikte Antik Yunan Siyasi Düşüncesi*, çev. Kıvanç Tanrıyar (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013), 20-22.

<sup>11</sup> Giovanni Sartori, "What Is "Politics"," *Political Theory* 1, no. 1 (1973): 8.

<sup>12</sup> Alaeddin Şenel, *Siyasal Düşünceler Tarihi: Tarih öncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş* (AÜSBF Yayınları, 1982), 247-248; Mehmet Ali Ağaoğulları, *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler* (İletişim Yayınları, 2015), 179-181.

<sup>13</sup> Hristiyanlık ilk dönemlerinde dünyevi iktidarla arasına bir sınır çekmiştir. Ancak sonraları Roma'nın güç kaybetmesiyle, kaybettiği gücü tekrar kazandırması için meşruiyet temeli Hristiyanlığa dayandırılmıştır. Böylece Hristiyanlık dünyevi alana girerek zamanla kilisenin güçlenmesine neden olmuştur. 10. yy'a gelindiğinde kilise kendisine ait geniş topraklara sahip olmuştur. Ekonomik gücünün yanında Haçlı Seferleri ile kilisenin siyasi gücü de ortaya konmuştur. Bu dönemle beraber kralların iktidarının kaynağının ilahi olduğu ve kiliseye itaat etmeleri gerektiği 1075 yılında Papa ile İmparator IV. Henri arasında oluşan uyuşmazlığın papa lehine sonuçlanmasıyla tescillenmiştir. Böylece kilise hem ruhani iktidarı hem de dünyevi iktidarı temsil etmeye başlamıştır. Krallarla kilise arasında uzun süren iktidar mücadelelerinin sonunda burjuva sınıfının kralların yanında yer almasıyla dünyevi iktidar ruhani iktidardan ayrılmıştır. Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol ve Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku* (Der Yayınları, 2019), 47-52; Ağaoğulları, *Sokrates'ten Jakobenlere*, 204, 237-254; Göze, *Siyasal Düşünceler*, 86-90. Dolayısıyla dini ve siyasi iktidar arasındaki savaşın sonunda krallar, dünyevi iktidarın kendilerine ait olduğunu göstermiştir. Bunun sonucunda, antikçağda ve Ortaçağ'daki ilahi olanın yaşamı kapsayıcılığı dışlanmış. Artık laik sınırlara dayanan politik olanın alanı Kartezyen düşünce akımıyla ve hümanizmle beraber bireyin öne çıkması ile ortak iyiden, "bir aradalık"tan ve toplumdan uzaklaşmaya başlamıştır.

<sup>14</sup> Machiavelli bu noktada politikanın metafizikten ve ahlaktan ayrılması gerektiğinden bahsetmiştir. Bu söylemiyle de politikanın alanı daraltılmış olarak doğrudan iktidar ve hükümdarla ilgili hale gelmiştir. Bodin de egemenliği sistematize ederek politikanın egemenlikle ilişkilendirilmesini ve devlete dair olmasını sağlamıştır. Akad, Vural Dinçkol ve Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, 96-97; Mehmet Ali Ağaoğulları, Cemal Bali Akal ve Levent Köker, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı* (İmge Yayınevi, 1994), 45-46.

<sup>15</sup> Gianfranco Poggi, *Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım*, çev. Şule Kut ve Binnaz Toprak (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012), 20-21.

<sup>16</sup> Giddens, *Ulus-Devlet ve Şiddet*, 163-164.

aygıtı indirgediği gibi kimliksel aidiyete de hapsedmektedir.<sup>17</sup> Liberal ideolojinin hegemonyasıyla beraber devlet ve sivil toplum ayrıştıktan sonra politik olan ve ekonomik olan da bu sırayla birbiriyile ayrılmıştır.

20. yy ile devlet, politik sistemin belirleyici unsuru olmaktan çıkmıştır, sivil toplumla rekabet eden bir kuruma dönüşmüştür. Burada artık nötrleşen devletten bahsedilmektedir. Politik olan da ahlak, hukuk ve diğer kurumlar gibi sosyal sistemlerden biri haline gelmiştir. Foucault'nun yönetsellik adını verdiği devlet stratejiler, taktikler ve idari teknikler üzerinden karmaşılaşan iktidar ağlarıyla yönetilmektedir.<sup>18</sup> Günümüzde neoliberal aklın yükselişiyle devletler şirket gibi yönetilmeye başlanmıştır. Bu yönetim şeklinde devletin veya politikanın amacı ortak iyiye, bir aradalığa veya ideal toplum düzenine özgülenmemiştir. Burada temel amaç kâr ve verimlilik temelli rasyonel ve faydalı kararlar almak üzerine kuruludur.<sup>19</sup> Tam da bu noktada düşünürler politik olanın yönetim teknolojisine indirgenmesine karşı çıkarak<sup>20</sup> Günümüzde uygulanan politika kavramı ile farklı dönemlerde kullanılan politika anlamlarının farklı olduğunu ortaya koymak için politika ile politik olan arasında bir ayrıma gitmişlerdir.<sup>21</sup> Politikayı daha çok halihazırda olan yönetim veya toplumsal varlığın temsiline ilişkin çıkarlar oyunu olarak tanımlamışlardır.<sup>22</sup> Politik olan ise toplumun kurucu unsuru veya ontolojik bir birlikte halidir.<sup>23</sup> Bu çalışmada politik olan, bir arada yaşamaya, ideal toplum düzenine ve ortak iyiye ulaşmaya yönelik her türlü sosyal ve ekonomik faaliyet olarak tanımlanacaktır.

Demokrasinin çalışmadaki kapsamını da politik olanın tanımından hareketle ortaya koymak mümkündür. *Demos* (halk) ve *kratos* (iktidar) kökünden oluşan demokrasi en basit tabiriyle halkın yönetimi olarak tanımlanmaktadır. Antik Yunan döneminde MÖ 5. yüzyılında ortaya çıkan demokrasi, halkın<sup>24</sup> doğrudan devletin yönetimine katıldığı bir yapıdır. Yasama organının yurttaşlardan, yürütme organının kurayla seçilmiş beş yüz yurttaştan ve yargı organının halk jürilerinden oluştuğu bir yapıdır.<sup>25</sup> Küçük ölçekli bir devlet için gerçekleştirilebilir olan bu demokrasinin, nüfusu çok fazla olan ve daha geniş bir coğrafyaya yayılan modern devletler için mümkün gözükmeyi ifade edilmektedir.<sup>26</sup> Buna bir çözüm olarak temsil sistemi getirilerek temsili demokrasi oluşmuştur.<sup>27</sup> Modern demokrasilerde siyasal

<sup>17</sup> Rogers Brubaker, *Nationalism Reframed: Nationhood and the National Question in the New Europe* (Cambridge University Press, 1996), 18-19.

<sup>18</sup> Başak Coşkun, *Neoliberal İktidar ve Özne: Foucault'nun İzinde Güncel Bir İnceleme* (Notabene Yayınları, 2019), 119-120.

<sup>19</sup> Sezgin Seymen Çebi, *Anayasalcılık ve Politik Olan* (Adalet Yayınevi, 2021), 606-609.

<sup>20</sup> Alan Badiou, *Can Politics Be Thought* (Duke University Press, 2018), 107.

<sup>21</sup> Örneğin Sartori, günümüzdeki politik olan kavramı ile Antik Yunan'daki politik olanı karşılaştırmıştır. Bunun sonucunda Antik Yunan'daki politik olan kavramının kapsamının daha geniş olduğunu, sosyal olanla ayrışmadığını, bu yüzden de günümüzdeki politik olan kavramı ile aynı olamayacağını ifade etmiştir. Giovanni Sartori, "What is Politics?," 7-10.

<sup>22</sup> Costas Douzinas, *İnsan Hakları ve İmparatorluk: Kozmopolitanizmin Siyasal Felsefesi*, çev. Kasım Akbaş ve Rabia Sağlam (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017), 114.

<sup>23</sup> Chantal Mouffe, *Demokratik Paradoks*, çev. A. Cevdet Aşkın (Epos Yayınları, 2001), 108-110.

<sup>24</sup> Yasama meclislerine herkesin katılımı mümkün değildir. Özgür, erkek ve yurttaş olmak devlet yönetimine katılmanın şartıdır. Dolayısıyla kadınlar, köleler ve yabancılar devlet yönetiminde söz sahibi değildir.

<sup>25</sup> Oktay Uygun, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar* (On İki Levha Yayınevi, 2020), 22-32.

<sup>26</sup> Akad, Vural Dinçkol ve Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, 180.

<sup>27</sup> Temsilin ortaya çıkışı Ortaçağ'a dayanmaktadır. Feodal düzende 13. ve 14. yüzyıllarda İngiltere'de ve Fransa'da senyörlerin ve kentlerin temsilcilerinin bir araya geldiği meclisler kurulmuştur. İngiltere'de önceden beri varlığını sürdüren *Magnum Concilium* adı verilen meclislere Magna Carta'dan sonra koyulan vergilerin tartışılması için şehirleri, kazaları ve idari bölgeleri temsil edecek kişiler çağrılmaya başlanmıştır. Dahl, *Demokrasi ve Eleştirileri*, 35; Akad, Vural Dinçkol ve Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, 180.

katılım büyük ölçüde temsil mekanizmalarına indirgenmiş,<sup>28</sup> bu durum yurttaşların birer politik özne olarak siyasal süreçlere doğrudan müdahale etme kapasitesini sınırlamıştır.<sup>29</sup>

Bu da toplumun aslına uygun temsili için ana hedef olmadığını göstermektedir. Burada amaçlanan hedef yurttaşın parlamentoda kendisini en yakın temsil edecek temsilciyi seçmesidir. Bu yüzden de modern demokrasiler, doğrudan demokrasilerin aksine; halkın devlet yönetimine katılmadığı, karar alamadığı ve ancak iktidarı kullanan elit<sup>30</sup> bir kadroyu seçebildiği yapılar haline gelmiştir.<sup>31</sup>

Temsil sistemi ve siyasi partiler rejimi bir taraftan halkın yönetime katılmasını sağlarken diğer taraftan politikanın meslek haline gelmesini ve toplumun politikaya doğrudan etki edememesine neden olmaktadır.<sup>32</sup> Temsili demokrasiler, toplumun politik olana temas edememesindeki fail olarak ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla bu çalışmada insanların günlük yaşamını doğrudan etkileyen kurumlar üzerinde doğrudan söz hakkına sahip olabilmesi için siyasi katılım araçlarıyla, kamusal alanda görünümüyle siyasi kararlara doğrudan katılabilecekleri bir çoğulcu demokrasi biçiminden bahsedilmektedir.

Politik olanın ve demokratik olanın çerçevesini çizdikten sonra muhalefet hakkının kapsamı ortaya çıkacaktır. Politik olanın, devletle özdeşleşmeyip daha geniş bir şekilde toplumu da kapsayan bir yapısının olduğu sonucundan siyasi muhalefetin siyasi partiler ve meslek olarak siyaset yapanlar ile sınırlı olmadığı anlaşılabilecektir. Farklı gerekçelerle iktidarın karşısında konumlanan her birey, grup ve topluluk siyasi muhalefetin öznesidir. Diğer taraftan çoğulcu bir demokrasiden bahsedildiğinden, muhalefetin korunarak çoğunluğun iktidarını etkileyebilecekleri, engelleyebilecekleri ve sınırlandırabilecekleri eylemleri gerçekleştirebilmeleri gerekmektedir.

Buradan hareketle muhalefet hakkının bir hak olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği açıklığa kavuşmuş olmaktadır. Muhalefetin varlığı ve korunması siyasi çoğulculuğun sağlanmasında, siyasi katılımın artmasında, siyasi iktidarın sınırlandırılmasında ve denetiminde önemli rol oynamaktadır. İnsan hakları da benzer bir şekilde iktidarın keyfiliğini engellemek, insanın değerini ve yapısal olanaklarını geliştirmek amacındadır.<sup>33</sup> Dolayısıyla bir insan hakkı olarak muhalefet hakkı

<sup>28</sup> Yurttaşların siyasi elitler içinden kendilerini yönetecekleri temsilcileri seçmesi temeline dayanan bu yapıda yurttaş pasif durumdadır. Yurttaşın yönetime katılabilmesini ve egemenliği kullanabilmesini sağlayan fesih hakkı, referandum gibi araçlar ortaya çıkmıştır. Süheyl Batum, Didem Yılmaz ve Serkan Köybaşı, *Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Genel Esaslar* (On İki Levha Yayınevi, 2021), 534-536. Ancak bu araçların kullanımı sınırlıdır. Bunun nedeni bu rejimlerin temelinde temsil yapısının ön plana çıkmasıdır. Batum, Yılmaz ve Köybaşı, *Anayasa Hukuku*, 546-547; Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım: Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar* (Seçkin Yayıncılık, 2022), 533-549.

<sup>29</sup> Dahl, *Demokrasi ve Eleştirileri*, 35-36; Hamilton, Madison ve Jay, *Anayasa Üzerine Düşünceler: Federalistlerin Makalelerinden Seçmeler*, çev. Mümtaz Soysal (Yenilik Basımevi, 1962), 34-36. Temsil eden, temsil edilenden başkası olduğu için her durum değişikliğinde aynı tepkiyi vermeyeceği açıktır. Başka bir deyişle çokluk ve farklılık indirgenemez. Mouffe, *Demokratik Paradoks*, 29, 45. Başkılığın, teklik ve uyum içinde yeniden söğürülmesi fikri yanıltıcıdır. Rodolphe Gasche, *The Tain of the Mirror: Derrida and The Philosophy of Reflection* (Harvard University Press, 1986), 105.

<sup>30</sup> J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (Harper and Brothers, 1947), 269.

<sup>31</sup> Uygun, *Demokrasi*, 184.

<sup>32</sup> Siyasi partiler, bürokratik yapısı nedeniyle uzmanlaşmış siyasi elitleri oluşturur. Bu da toplumu siyaseti meslek haline getirenler ve getirmeyenler olarak ayırmaktadır. Böylece meslek olarak siyaset yapmayan kesimin doğrudan katılımı sınırlanır, meslek olarak siyaset yapanlar aracılığıyla temsil edilir. Buradaki problem, kendi fikrine yakın siyasi partiyi seçerek oy veren bireyin temsili iki kere süzgeçten geçerek sınırlandırılmaktadır. İlk olarak sınırlı sayıdaki siyasi parti arasından seçim yapması gereklidir. İkinci olarak seçim sistemine ve çevresine göre bir seçim yaparak oy vermesi gereklidir. Dolayısıyla temsilden ziyade, bu haliyle yönetilenlerin yöneteni seçtikleri bir yapı haline bürünür. Robert Michels, *Siyasi Partiler: Modern Demokrasideki Oligarşik Eğilimlerin Sosyolojik İncelemesi*, çev. İmre Sipahi (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021), 3-8.

<sup>33</sup> Ioanna Kuçuradi, *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları* (Türkiye Felsefe Kurumu, 2016), 3.

“kişilerin bireysel ya da toplu, örgütlü ya da örgütsüz olarak meşru yollarla<sup>34</sup> muhalefet edebilmeleri hakkı”<sup>35</sup> olarak tanımlanmaktadır. Bu yönüyle muhalefet hakkı, diğer siyasal özgürlüklerin işlevsel hale gelmesini sağlayan kurucu bir çatı hak niteliği taşımaktadır.

## B. Özneleri ve Yükümlüleri

Muhalefet hakkının bir insan hakkı olarak formüle edilebilmesi için öznelerinin ve yükümlülerinin belirlenmesi gerekmektedir.<sup>36</sup> İlk önce muhalefet hakkının öznelere bakıldığında yukarıda ele alınan politik olanın ve demokrasinin kapsamından hareketle öznenin sadece siyasi partiler olmadığı açıktır. Siyasi iktidarın karşısında konumlanmak ve siyasi iktidarı denetlemek, gözetlemek, eleştiride bulunmak ve alternatif sunmak parlamentonun içiyle sınırlandırılmaz. Muhalefet etme sözle, yazıyla, pasif ve aktif direnme yollarıyla çok çeşitli şekillerde yapılabilmektedir.<sup>37</sup> Bu noktada bir muhalefetten değil çeşitli muhalefetlerden ve anlayışlardan bahsedilebilir. Dolayısıyla siyasi iktidara karşı denetleme, gözetleme, eleştirme, alternatif sunma eylemlerini yapan her kurumun muhalefet hakkının aktif öznesi olduğunu söylemek mümkündür. İlgili eylemler bireysel veya toplu, örgütlü veya örgütsüz yapılmış olması muhalefet etme niteliğini değiştirmez. Bunlardan hareketle muhalefet hakkının özneleri (i) bireyler ve (ii) topluluklardır.

Öncelikle (i) bireyler açısından, insan haklarının uluslararası alanda gelişimine bakıldığında ilk bireyler özne olarak kabul edilmiştir. Öyle ki birinci kuşak haklar, medeni ve siyasi haklar veya kişisel haklar olarak adlandırılmaktadır.<sup>38</sup> Dolayısıyla bir insan hakkının öznesi öncelikli olarak bireylerdir.<sup>39</sup>

Diğer taraftan bireylerin muhalefet etmeleri doktrinde geri plana atılmaktadır. Özellikle muhalefet etme, kurumsallaşmış parlamenter muhalefet bağlamında ele alınmaktadır. Bu konuda Sartori, muhalefetin sadece anayasal muhalefetin kısa terimi olduğunu söyleyerek<sup>40</sup> muhalefetin, ehlileştirilmiş sessiz siyaset olduğunu vurgulamıştır.<sup>41</sup> Böylece muhalefet, muhalif parti ile özdeşleşerek parlamentoda yapılan bir şey olarak algılanmaktadır.<sup>42</sup> Bir taraftan da siyasal alanda bireylerin muhalefet etmelerinin mümkün olduğu; fakat bir etki yaratamayacağı ifade edilmektedir. Ancak bu söylem, siyasal alanı siyasi partiler, parlamento ve devletin organları sınırları içinde tanımlayan bir görüşün ürünüdür. Politik olan, toplumun ontolojik yapısına ait her türlü faaliyet olarak tanımlanabildiği için bireylerin de politik alanda etkili olabilmeleri mümkündür. Bireyler fikirlerini açıklayarak veya başka bireylerin fikirlerini alarak

<sup>34</sup> Algan’ın muhalefeti tanımlarken kullandığı “meşru yollar” ifadesi, muhalefet hakkının pozitif hukukla mı yoksa demokratik toplumun değerleriyle mi çizileceği sorusunu gündeme getirir. Yazarın, muhalefetin eylem alanını tanımlarken hukuki yerine meşru kavramını tercih etmesi, muhalefet hakkını, hukukun sınırlarına hapsedmeye gayretini yansıtmaktadır. Bu bağlamda meşruiyet, tek başına yasalara uygunluktan ziyade demokratik toplum düzeninin gereklerine ve hak temelli bir yaklaşıma işaret etmektedir. Bu da Algan’a göre çoğulcu ve özgürlükçü eylemler üzerinden meşru yolların tanımlanması demektir. Ancak bu kavramsal ayırım dahi Douzinas’ın insan haklarının düzenlenmesine yönelik eleştirisini tamamen bertaraf etmemektedir. Bir hakkın meşruiyet kriteri üzerinden de olsa hukuk içinde tanımlanması, o hakka belirli bir koruma sağlarken, diğer taraftan egemen iktidarın bu meşruiyet alanını düzenleme ve sınırlama yetkisini kendinde görmesine yol açmaktadır. Nitekim Algan da bu tehlikenin farkında olarak “muhalefetin meşru eylem alanının ölçüsüz biçimde sınırlandırılması” tehlikesine dikkat çekmektedir. Bunlardan hareketle, meşruiyetin kaynağının iktidar tarafından belirlendiği bir düzlemde, muhalefet hakkının özüne müdahale edilme riski saklı kalmaktadır. Algan, *Muhalefet Hakkı*, 17, 47-51, 121-123; Douzinas, *İnsan Hakları ve İmparatorluk*, 25-26.

<sup>35</sup> Algan, *Muhalefet Hakkı*, 16.

<sup>36</sup> Algan, *Muhalefet Hakkı*, 17.

<sup>37</sup> Turgut, *Siyasal Muhalefet*, 8-9.

<sup>38</sup> Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (Yetkin Yayınları, 2013), 49; Berdal Aral, *Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak Kolektif Haklar* (Siyasal Kitabevi, 2010), 1.

<sup>39</sup> Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Ekin Yayınları, 2020), 174-183; Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2019), 21.

<sup>40</sup> Giovanni Sartori, “Opposition and Constitutional Opposition,” iç. *Studies in Opposition* ed. Rodney Barker (The Palgrave Macmillan Press, 1971), 33.

<sup>41</sup> Sartori, “Opposition and Constitutional Opposition,” 34.

<sup>42</sup> Devendre Kumar, “Role of Opposition in a Parliamentary Democracy,” *Indian Political Science Association* 75, no. 1 (Ocak-Mart 2014): 166-167.

muhalefet edebilirler. Günümüzdeki teknoloji de bu durumu elverişli hale getirmektedir. Bilgisayar, internet gibi iletişim araçları kullanılarak toplum içinde bireysel olarak muhalefet edilebilmektedir. Örneğin kendini ifade etmenin özel bir türü olan sanat, muhalefet etmenin yollarından biridir. Özellikle karikatür, mizah dergileri, edebiyat eserleri ve müzik parçaları/eserleri anti-demokratik rejimlerin muhalefeti engellemek için sansürledikleri ilk alanlar olmuştur.

(ii) Muhalefet hakkının diğer öznesi topluluklardır. Topluluk, bu haliyle geniş bir kavramdır. Ancak siyasal olanın genişliği ve muhalefetin çok çeşitli anlayışlarının olması topluluk kavramının kullanılmasını olanaklı kılmaktadır. Topluluğun kapsamı içine örgütlü veya örgütsüz gruplar girmektedir.

Örgütlü gruplar; siyasi partiler, dernekler, vakıflar, sendikalar ve sivil toplum kuruluşlarıdır. Siyasi partiler, seçimlerde çoğunluğu sağlayarak yönetimde söz sahibi olabilecek tek gruptur. Toplumsal çıkarları birleştirme, iktidarı kullanma, denetleme ve iktidara muhalefet etme, siyasal kadroların yetiştirilmesi, siyasal sosyalleştirme<sup>43</sup> ve halkla yönetim arasında iletişimde araç olma işlevleri mevcuttur.<sup>44</sup> Dolayısıyla muhalefet denildiği zaman ilk akla gelen kurum siyasi partilerdir. İktidar dışındaki tüm partilerin işlevlerini yerine getirebilmeleri için muhalefet hakkının korunması demokratik toplum için hayati bir öneme sahiptir. Parlamentoda veya parlamento dışında örgütlü olarak muhalefet yapabilen, iktidar olma yarışına girebilen bir kurum olarak siyasi partiler muhalefet hakkının özneleri arasındadır.

Dernekler kendilerini oluşturan bireylerden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu ve örgütlenerek kolektif bir irade oluşturabildiği için bu hakkın öznesi konumundadır.<sup>45</sup> Sendikalar da Türkiye çapında örgütlenebildikleri ve üyelerinin haklarını korumak amacıyla hareket ettikleri için iktidarla karşı karşıya gelebilmektedir. Bu yüzden sendikalar da hakkın öznesi konumundadır. Sivil toplum kuruluşları ise çoğu zaman belli bir hakkın veya belli bir grubun korunması amacıyla oluşturulduğu için iktidarla karşı karşıya gelebilmektedir. Dolayısıyla sivil toplum kuruluşlarının da bu hakkın öznesi olduğu kabul edilebilir.

Örgütsüz topluluklar ise sivil toplum olarak adlandırılabilir. Ancak sivil toplumun bir hak öznesi olup olamayacağı tartışmalı bir konudur. Bunun nedeni sivil toplumun homojen değil heterojen ve çoğulcu bir yapısının olmasıdır. Tam da bu nedenle sivil toplum, muhalefet hakkının öznesi olmak için uygundur. Muhalefet hakkının işlevi aynı zamanda çoğulculuğun sağlanmasıdır. Sivil toplum da yapısı itibarıyla çoğulcudur. Dolayısıyla iktidarın karşısında konumlanabildiği noktada muhalefet hakkının öznesi olarak ele alınabilir.<sup>46</sup>

Nihayet, muhalefet hakkının iki yükümlüsü mevcuttur: devletler ve ulus aşırı şirketler. Devletlerin dışında insan haklarının ihlalcisi konumunda yeni bir aktör olarak ortaya çıkan ulus aşırı şirketlerin yükümlülüğü hakkında uluslararası koruma mekanizmaları tarafından önemli adımlar atılmış; ancak henüz bağlayıcı bir belge düzenlenmemiştir.<sup>47</sup> Ulus aşırı şirketler bu çalışmanın kapsamı dışında olduğu için ayrıca incelenmeyecektir.

Genel anlamda insan haklarının tarihsel gelişimi devletlere karşı yapılmış hak mücadelelerinin kazanımıyla oluşmuştur. Buradan bakılınca insan haklarının yükümlüsü en temelde devlettir. Hak mücadelelerinin nedeni de iktidarın keyfiliğinin engellenmesi ve iktidarın sınırlandırılması olarak ele alınabilir. Bu noktada hak talepleri ve mücadeleleri muhalefet hakkıyla doğrudan bağlantılıdır. İkisi de iktidarın karşısında konumlanmaktadır. İkisinde de alternatif fikirler ortaya atılmakta, değişim talepleri dile getirilmektedir. Dolayısıyla insan haklarının gelişimi için muhalefet hakkı hayati bir öneme sahiptir.

<sup>43</sup> Siyasal katılım, siyasal sürecin işleyişiyle ilgili temel bilgiler gibi alanlarda bireyleri bilinçlendirme ve katma üzerine kurulan bir yapıdır. Bireylerin siyasete ve devlet yönetimine katılmasını sağlamayı amaçlar. Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 583.

<sup>44</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 581.

<sup>45</sup> Algan, *Muhalefet Hakkı*, 105.

<sup>46</sup> Sivil toplumun özne olup olamayacağı yönündeki ayrıntılı tartışma için bkz. Algan, *Muhalefet Hakkı*, 108-112.

<sup>47</sup> Buğra Pakbeşe, *Uluslararası İnsan Hakları Koruma Mekanizmalarının Etkililiği Çerçevesinde Avrupa Konseyi Örneği* (Lykeion Yayınları, 2023), 104-109.

Uygulamadaki insan haklarının gelişiminde felsefi temel olarak doğal hukuk anlayışı ön plana çıkmaktadır.<sup>48</sup> Doğal hukuk anlayışına göre insanlar, devlet var olmadan önce birtakım haklara sahiptir. Başka bir deyişle devletlerin müdahale edemeyecekleri, insanların doğuştan sahip oldukları haklar mevcuttur. Bunun sonucu olarak devletler bu hakları ihlal etmemelidir. Devletlerin hakları ihlal etmeme, müdahale etmeme ve engellememe yükümlülüğüne negatif yükümlülük denir. Muhalefet hakkı özelinde bu durum siyasi bir ifadenin, sanat eserinin, toplantının, gösteri yürüyüşünün, örgütlenmenin devlet tarafından engellenmemesidir. Zamanla ihlal etmemenin yanına insanların bazı hakları kullanabilmeleri için devletlerin bazı koşulları sağlaması gerektiği ön plana çıkmıştır. Bu da devletlerin pozitif yükümlülüğünü oluşturmuştur. Muhalefet hakkı özelinde ise devletlerin pozitif yükümlülüğü siyasi katılımı, siyasi örgütlenmenin desteklenmesinde, iletişim araçlarının sağlanmasında ve bunların eşit dağıtılmasında etkili rol oynaması gerekmektedir.

### C. Diğer Haklarla Bağlantısı

Bir insan hakkı olarak muhalefet hakkının nasıl korunması gerektiğine yönelik farklı çözüm önerileri mevcuttur. Temelde bir özgürlük, pozitif metinlerle düzenlenerek veya pozitif metinlerde bulunan diğer bağlantılı olduğu haklar bağlamında iki şekilde korunabilir. İlk seçenekte muhalefet hakkı bir pozitif metinde düzenlenmektedir. Böylece pozitif hukuk tarafından tanınarak korunması sağlanır. Hakların genelde tanınıp korunması için bu yol en etkili olanıdır. Yine de bu durum ülkeden ülkeye farklılıklar göstermektedir. Belirli bir kuralın, prosedürün veya uygulamanın hukuk metnine yazılmasının gerekip gerekmediği sorusuna verilecek cevap tarihsel arka plana, mevcut bağlama ve ilgili devletin siyasal, sosyal, ekonomik durumuna bağlıdır.<sup>49</sup> Demokratik arka planı güçlü olan devletlerde muhalefet hakkının anayasada veya başka bir pozitif metinde yer alıp almaması hakkın korunmasında küçük bir etkiye sahiptir. Bunun nedeni demokratik geleneğe sahip toplumlarda muhalefetin örfi ve teamüli kurallarla korunabilmesidir. Örneğin İngiltere, tarihi boyunca iktidarı sınırlandırmak amacıyla çeşitli mücadeleler vermiştir.<sup>50</sup> Bu da arkasından gelen demokratik geleneği doğurmuştur. Yazılı bir anayasası olmamasına rağmen demokratik koşulların korunmaya devam ettiği görülebilmektedir.

Muhalefete ilişkin belirli bir hukuk düzenlemesinin olması uluslararası alandaki karşılaştırmada istisnaidir.<sup>51</sup> Muhalefet hakkının hukuk metinlerinde yer aldığı duruma örnek olarak Portekiz Cumhuriyeti Anayasası gösterilebilir. Portekiz Cumhuriyeti Anayasası'nın "Siyasi Partiler ve Muhalefet Hakkı" başlıklı 114. maddesinde muhalefet hakkına yer verilmiştir. Ancak ilgili anayasada da muhalefet hakkı, siyasi partilerle birlikte ele alınmıştır. İncelendiğinde de maddenin, parlamenter demokrasi bağlamında muhalefetin korunmasına yönelik olduğu görülmektedir. Hükümette yer almayan parlamentodaki azınlıklara bilgi alma gibi çeşitli haklar verilmiştir.<sup>52</sup> 1998 yılında hazırlanmış *Statute Governing the Right to Opposition* başlıklı muhalefet hakkını düzenleyen kanunda da muhalefet hakkı; hükümet veya özerk bölgelerin yürütme organları ve temsil niteliğindeki yerel yönetimler tarafından izlenen siyasi yönergeleri takip etme, denetleme ve eleştirme faaliyeti olarak ele alınmıştır.<sup>53</sup> Hakkın öznesini düzenleyen maddede ise sadece siyasi partiler ve kayıtlı seçmen grupları mevcuttur. Dolayısıyla, Portekiz Cumhuriyeti Anayasası'nda düzenlenen hali, bu çalışmada ele alınan muhalefet hakkının kapsamından çok daha dardır.

Muhalefet hakkının korunması için ikinci ve genel olarak uygulanan seçenek de hakkın doğrudan hukuk metinlerinde yer almayıp, bağlantılı olduğu diğer hakların düzenlenip dolaylı olarak korunmasıdır. Muhalefet etme; iktidara karşı gözetim, denetim, eleştiri ve alternatif sunma eylemlerini

<sup>48</sup> Muharrem Kılıç, *İnsan Hakları Epistemesinin Dönüşümü: Değer, Norm ve Sistem Üçlemesi* (On İki Levha Yayıncılık, 2025), 1-2.

<sup>49</sup> Elliot Bulmer, *Opposition and Legislative Minorities: Constitutional Roles, Rights and Recognition* (International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2021), 15.

<sup>50</sup> İngiltere'nin hak mücadelelerine ayrıntılı bir bakış için bkz. Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 43-45.

<sup>51</sup> European Commission for Democracy Through Law, "Preliminary Opinion on the Draft Law on the Parliamentary Opposition in Ukraine," (Opinion No. 422 / 2006, CDL-AD (2007)015, 2.

<sup>52</sup> Constitution of The Portuguese Republic, Seventh Revision (2005), 114/2. madde.

<sup>53</sup> The Assembly of the Portugal Republic, *Statute Governing the Right of Opposition*, (Law no. 24/98 of 26 May 1998), 2. madde.

kapsadığı için muhalefet hakkı birçok hakla iç içedir veya belli hakların bir boyutunu oluşturmaktadır.<sup>54</sup> Bu eylemlerden hareketle ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, sendikal özgürlükler, siyasi özgürlükler, işkence yasağı muhalefet hakkıyla doğrudan bağlantılıdır. Hukuk metinlerinde düzenlenmiş olan bu hakların güvenceleri muhalefet hakkı için de bir güvence oluşturmaktadır. İktidara veya onun politikalarına karşı bir düşüncenin gelişebilmesi, ifade edilebilmesi ve kamusal alanda duyurulabilmesi için ifade özgürlüğünün güvence altına alınmasına ihtiyaç vardır. Benzer şekilde miting, gösteri yürüyüşü gibi kolektif eylemlerin olabilmesi de toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının korunmasıyla ilgilidir. Bu da doğrudan muhalefet hakkıyla iç içedir. Sendikal haklar bakımından sendikaların var olabilmesi, işçilerin grev haklarını kullanabilmeleri, toplu iş sözleşmesi yapabilmeleri hakkı da muhalefet hakkının güvenceye alınması bağlamında korunması gereken haklardandır. Siyasi özgürlükler ise geleneksel anlamda muhalefet hakkının temel olarak güvenceye alındığı alandır. Herkesin genel oy hakkından<sup>55</sup> seçme ve seçilme özgürlüğüne, siyasi parti kurmaktan siyasi partiye üye olma özgürlüğüne kadar, bu alanların tümü, doğrudan muhalefet hakkıyla ilgilidir. Siyasi parti kapatma davalarının yöneldiği tarafın da genelde mevcut siyasi iktidara karşı olan partilerin olması muhalefet hakkının ihlal edilmesinin bir örneğini oluşturur.<sup>56</sup>

Bu başlıktan hareketle muhalefet hakkının çatı bir hak olduğu görülmektedir. Ancak bu durum ilgili hakkın ayrı bir hak olarak ele alınmasını engellemez. Çünkü diğer haklarla bağlantılı olmasının yanında kendine özgü bir koruma alanı bulunmaktadır. Bu koruma alanı da siyasi iktidara karşı yapılacak gözetim, denetim, eleştiri ve alternatif bulma faaliyetlerini kapsamaktadır.

Çok geniş bir alana yayılan muhalefet hakkının bir diğer problemi ise hakkın sınırlarıdır. Birçok hakla iç içe olan muhalefet hakkının sınırı nedir? Bu soruya verilecek cevap, mevcut hukuk düzeni içinde kalarak yapılan faaliyetler olacaksa hatalı olur. Bunun nedeni de böyle bir cevabın, hukukun iktidar tarafından yaratılan bir kurum olduğunu göz ardı eden bir yapısının olmasıdır. İktidarın yarattığı hukuk bizzat muhalefet hakkını sınırlama olasılığına sahiptir. Dolayısıyla pozitif hukuka dayandırılmayan bir sınır belirlenmesi muhalefetin de anlamına daha uygundur. Öyleyse bu sınır Kuçuradi'nin insan hakları ve insanın değeri yaklaşımından çıkarılabilir. İnsan hakları, insanın değerinden türetilen, insanın insan olmasını ve yapabilirliklerini sağlayan haklardır.<sup>57</sup> Dolayısıyla bir eylem gerçekleştirilirken insanın değerinin bilgisinden hareket edilmektedir. İnsanın değerini harcamayı hareketler de insanın değerini koruma ve yapısal olanaklarını geliştirme temelinden türeyen insan haklarını ihlal etmektedir. Muhalefet hakkının sınırı da insan değerini harcamayan eylemler olarak çekilebilir.

Bu çalışmada muhalefet hakkı, hukuk tarafından düzenlenmiş mevcut haklara göre sınırları daha belirsiz bir şekilde tanımlanmaktadır. Bunun nedeni çalışmanın başında da ifade edildiği gibi muhalefetin sadece geniş bir alanı haiz olması değildir. Aynı zamanda içeriğinin de farklı şekillerde doldurulması gerektiğidir. Şöyle ki; bir hak, hukukun düzenleme alanına girdiğinde kapsamı daraltılır, belli bir tanım verilerek kısıtlanır.<sup>58</sup> Dolayısıyla ayrıca bir sınırlandırma rejimine tabi olmadan, sadece hukuk alanında düzenlenmesiyle bile ilk aşamada sınırlandırılmış ve belli kalıplara sokulmuş olur. Bu

<sup>54</sup> Algan, *Muhalefet Hakkı*, 18.

<sup>55</sup> Oy hakkı tarihsel süreç boyunca, mülkiyete, vergi vermeye, cinsiyete, dine ve ırka göre kısıtlanmıştır. Bu durumlar, kısıtlamaya maruz kalanların iktidarı seçebilme, eleştirebilme ve iktidarın karşısında yer alabilme özgürlüklerini de kısıtlamaktadır. Batur, Yılmaz ve Köybaşı, *Anayasa Hukuku*, 576-579; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (Beta Yayınları, 2015), 301-304; Server Tanilli, *Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş* (Say Yayınları, 1981), 262-263; Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 552-555.

<sup>56</sup> Türkiye'de de birçok siyasi parti kapatılmış veya kapatılma tehditlerine maruz kalmıştır. Türkiye'de siyasi partilerin kapatılması davaları üzerine yapılmış bir çalışma için bkz. Bülent Algan, "Dissolution of Political Parties by the Constitutional Court in Turkey: An Everlasting Conflict Between the Court and the Parliament?," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no. 2 (2011): 809-836.

<sup>57</sup> Kuçuradi, *İnsan Hakları*, 70-73.

<sup>58</sup> Deleuze ve Guattari'ye göre, mevcut hegemonyanın dili otoriter düşünceye ve devlet temelli düşünceye dayandığı için tahakküm aracıdır. Tahakkümü yaratan mevcut düşünce yapısı "ağaç biçimci" düşünce yapısıdır. Bunun yerine özlerden, ikili mantıktan kaçınan, çoğulcu ve çokluk yapısını koruyan "rizomatik" düşünce modelini önerir. Saul Newman, *Bakunin'den Lacan'a: Anti-Otoriterizm ve İktidarın Altüst Oluşu*, çev. Kürşad Kızıltuğ (Metis Yayınları, 2001), 173-174.

yüzden de muhalefetin çoğulcu ve heterojen yapısını koruyarak muhalefet hakkını güvence altına almak gerekmektedir.

## II. DEVLETİN DİJİTAL GÖZETİM ARAÇLARI

İlk bölümde muhalefet hakkının kapsamına ve sınırına, öznesi ve yükümlüsüne ve diğer haklarla bağlantısına değindikten sonra bu bölümde de devletin dijital gözetim araçları ve bu gözetim araçlarının muhalefet hakkını ihlal edip etmediği incelenecektir. Dijital gözetim araçlarının ne olduğu ve hangi amaçla kullanıldığı ele alınacaktır. Araçlarını saymadan ilk olarak gözetim nedir sorusunu cevaplandırmak gerekir.

Bir kişinin başka bir kişiyi takip etmesi ve özel hayata ilişkin bilgilerini edinmesi çoğu kişi için korku verici bir durumdur. İnsanlar başka biri tarafından gözetlendiğinde rahatsız olmakta ve bu durumu engellemek için yasal yollara başvurabilmektedir. Diğer taraftan, bir kişi herhangi bir kamu kuruluşuna gittiği zaman, kendisine ait bütün bilgileri kendi isteğiyle verebilmektedir. Örneğin, Türkiye’de sağlığa dair bütün veriler devletin E-nabız adlı elektronik uygulamasında bulunmaktadır. Kişinin parmak izlerinden kimlik bilgilerine ulaşılabilir. Kişi, MOBESE kameraları ile kamusal alanda izlenebilmektedir. Bütün bunlara bakıldığında, insanların bu durumdan rahatsız olmadığı görülmektedir. Hatta devlete verilen bu bilgilerin ve devletin gözetiminin normal bir şey olduğu, bu durumun sorgulanmamasından kolaylıkla anlaşılabilir. Öyle ki, mahalleye daha fazla kamera konması için bağış toplayanlar da görülmektedir.<sup>59</sup> Devletin gözetiminin meşru olduğu sonucu çıkarılır. Öyleyse, devletin gözetiminin meşruluğu nereden gelmektedir? Başka bir deyişle devletin gözetiminin meşruiyet kaynağı nedir? Bu başlıkta ilk önce gözetimin meşruiyetinin ne olduğu irdelenecektir.

### A. Gözetimin Meşruiyeti

Gözetim kelimesi, temelde bir gözün izlemesine dayanmaktadır.<sup>60</sup> En basit ifadesiyle gözetim, bir kişinin veya kolektif bir topluluğun davranışlarını takip etmek olarak tanımlanabilir.<sup>61</sup> Dolayısıyla gözetleme başlangıç toplumlarından beri mevcuttur.<sup>62</sup> Ancak gözetlemeyi kimin yaptığına göre bu eylem farklılık göstermektedir. Gözetlemenin tarafı iktidar olduğunda denetimi sağlamak ve iktidarını sürdürmek amacıyla yapıldığı açıktır.<sup>63</sup>

Başlangıç toplumlarında gözetleme çok sınırlı bir şekilde yapılmaktadır. Dönemin teknolojisi olarak sadece gözün kullanımı mümkün olduğu için genelde nüfus sayımı gibi sınırlı bir alanda kullanılmaktadır.<sup>64</sup> Modern öncesi dönemlerde gözetleme, insanların beraber yaşadığı gruplar içinde karşılıklı olarak yaptığı faaliyetlerdir. Bu faaliyetler hayatın olağan akışına uygun doğal olarak gelişmektedir. Dolayısıyla gözetlemek için ayrı ve düşünülmesi gereken bir teknolojiye ihtiyaç yoktur. Cemaatler içindeki kişiler birbirini tanımakta ve düzenli olarak sosyal alandaki eylemlerine şahit olmaktadır. Cemaatlerin yapısı, her üyenin yaşamını başkalarının bakışına sürekli ve tam olarak açık olması bu gözetimi gündelik bir hale getirmektedir.<sup>65</sup>

<sup>59</sup> Hakan Karakehya, “Gözetim ve Suçla Mücadele: Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 58, no. 2 (2009): 345.

<sup>60</sup> Göz, iktidarla ilişkilendirilmektedir ve gözetim de gözün iktidarı olarak 18. yy’da modern dönemde kavramsallaştırılmaya başlamıştır. Barış Çoban, “Göz ve İktidar: Vitrinlere Değil Gökyüzüne Bak!,” *LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi* 5, no. 1 (2014): 2-3; Michale Stolleis, *Yasanın Gözü*, çev. Arif Çağlar (Kitap Yayınevi, 2010), 7.

<sup>61</sup> Richard Sennet, *Gözün Vicdanı: Kentin Tasarımı ve Toplumsal Yaşam*, çev. Süha Sertabiboğlu ve Can Kurultay (Ayrıntı Yayınları, 2013), 54; Hazan Dicle Özer, “MOBESE İzleme ve Kayıtları: Gözetim Toplumu Bağlamında Bir Değerlendirme,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 1 (2022): 462.

<sup>62</sup> Cengiz Mesut Tosun, “Gözetleyen Hukuku,” *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 19 (2015): 228; Gülçin Demircan, “Gözetim ve Gözetimin Toplumsal Meşruiyeti Üzerine Bir İnceleme,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan Özel Sayı (2019): 2034.

<sup>63</sup> Eylem Şentürk Kara ve Alattin Elçiboğa, “Yenidünya Düzeninde Gözetlenme: Gözetimden Sanal Gözetime,” *Atatürk İletişim Dergisi*, no. 12 (2017): 120.

<sup>64</sup> Demircan, “Gözetim ve Gözetimin Toplumsal Meşruiyeti,” 2040.

<sup>65</sup> Zygmunt Bauman, *Yasa Koyucular ile Yorumcular* (Metis Yayınları, 2018), 52.

Ortaçağ'ın sonlarına doğru nüfus çok hızlı bir şekilde artmıştır. Benzer biçimde üretim fazlası da artmıştır. Bunun sonucunda toplumda yeni bir kesim oluşmuştur. Toplumun yeni kesimi; herhangi bir işte çalışmayan, düzensiz olarak farklı yerlerde yaşayan, belli bir cemaate ait olmayan dağınık bir yapıdadır. Cemaatler bu topluluklara “efendisiz aylaklar” adını vermiştir. Efendisiz aylak denmesinin sebebi bu kişilerin davranışlarına karşı toplumsal sorumluluk taşıyacak bir üstleri olmayışıdır.<sup>66</sup> Ayrıca hayatlarını bir cemaat içinde geçirmedikleri ve gezgin olarak hayat sürdürdükleri için cemaatteki insanlar bu topluluk hakkında sınırlı bilgiye sahiptir. Cemaatlerin klasik yapısının dışında olunca mevcut gözetleme pratiklerinden de uzak kalmışlardır. Tanınmadıkları ve hiyerarşik üstleri olmadığı için cemaatteki insanlar böyle düzensiz topluluklarla beraber yaşamak istememiştir. Çünkü kendilerini ve mülklerini güvende hissetmemişlerdir.<sup>67</sup>

Günden güne artan toplulukların denetlenmesi için mevcut gözetim pratiklerinin değişmesine ihtiyaç duyulmuştur. Bu değişiklik de doğal ve hayatın akışı içinde olan gözetlemeden; kurumsallaşan, özellikle gözetlemeyi amaç edinen bir yapıya geçiş gerekmektedir. Toplumun genelinde kurumsallaşma denilince de akla ilk gelen örgütlenme kurumsallaşmış siyasi iktidar başka bir deyişle devlettir. Böylece modern devletle beraber kurumsallaşan bir gözetimden bahsedilmektedir. Gözetlemenin meşruiyeti de bu geçişle beraber ortaya çıkmaktadır: güvenlik.<sup>68</sup> Artık genişleyen nüfusun güvenliğini cemaatlerin iç yapısındaki gözetleme sağlayamamaktadır. Bu yüzden güvenlik ve insanların canlarının ve mülklerinin korunması modern devletin de meşruiyetini sağlamaktadır. Tam da bu noktada güvenliğin ve özgürlüğün bir arada var olup olamayacağı sorusu gündeme gelir.<sup>69</sup>

İkisinin beraber mümkün olacağı yaklaşımı modern devletin meşruiyetini de oluşturmaktadır. Bu durum, tıpkı sözleşmecî teorisyenlerden Hobbes'un ifade ettiği gibi her şeyin üzerinde kutsal bir canavar olan devletin, sürekli tehdit altında olan canımızı ve malımızı koruyacak ve denetleyecek güce sahip olduğu inancından çıkmaktadır.<sup>70</sup> Devlet, kendisini vatandaşların güvenliğini sağlamak için şiddeti ve denetimi tekelleştiren bir gövde olarak betimler ve gözetim mekanizmaları, insanları dış tehditlerden koruyan kalkan olarak sunulur.<sup>71</sup> Bu anlatı, vatandaşların devletin koruyucu gücü olmadan hayatta kalamayacağı imajını pekiştirir. Tam da bu noktada internet, “hukukun olmadığı, tehlikeli ve keşfedilmemiş bir bölge” olarak nitelendirilerek gözetlenmesi gereken bir alan haline gelir.<sup>72</sup> Bu yüzden devlet, sanal kamusal alanı denetlemenin meşruiyetini de böylece sağlar. Buradan devletin; gözetimi, güvenliğin sağlanması ile temel hak ve özgürlüklerin korunması -ki bu hak ve özgürlükler büyük oranda mülkiyet hakkına ilişkindir- üzerinden meşrulaştırdığı ortaya çıkmaktadır.<sup>73</sup>

Devlet gözetiminin meşruiyeti olan güvenlik, burjuvazinin ve liberal paradigmanın söylemleri doğrultusunda özgürlükle bile eşdeğer kılınmıştır.<sup>74</sup> Halkın güvenliği sağlandığı noktada özgür olacağı söylenmektedir. Örneğin Locke, bu konuda halkın güvenliğinin en önemli yasa olduğunu ifade etmektedir.<sup>75</sup> Ancak liberal paradigmanın güvenliğinin temelinde özel mülkiyetin korunması yatmaktadır. Burjuva sınıfının da feodal düzenden mutlak monarşilere geçiş sürecinde mülkiyetinin

<sup>66</sup> Bauman, *Yasa Koyucular*, 53.

<sup>67</sup> Anthony Giddens, *Ulus-Devlet, Şiddet*, çev. Cumhur Atay (Kalkedon Yayınları, 2008), 198.

<sup>68</sup> Zygmunt Bauman, *Cemaatler: Güvenli Olmayan Dünyada Güvenlik Arayışı*, çev. Nurdan Soysal (Say Yayınları, 2016), 9-10; Özer, “MOBESE İzleme ve Kayıtları,” 563-565.

<sup>69</sup> Mark Neucleous, *Güvenliğin Eleştirisi*, çev. Tonguç Ok (NotaBene Yayınları, 2014), 23-24.

<sup>70</sup> Tosun, “Gözetleyenin Hukuku,” 225.

<sup>71</sup> Ochoa, Gadinger ve Yıldız, “Surveillance Under Dispute,” 221.

<sup>72</sup> Ochoa, Gadinger ve Yıldız, “Surveillance Under Dispute,” 221-222.

<sup>73</sup> Christopher Smith Ochoa, Frank Gadinger ve Taylan Yıldız, “Surveillance Under Dispute: Conceptualising Narrative Legitimation Politics,” *European Journal of International Security* 6 (2021): 211.

<sup>74</sup> Liberalizm, özgürlükler üzerinden tanımlansa bile hem Hobbes'ta hem de Locke'ta olağan durumun dışına çıkıldığında siyasi iktidara güvenliği sağlaması için sınırsız bir güç verilmiştir. Agamben'in işaret ettiği gibi bir sistemin temelini ve amacını anlamak istiyorsak onun istisna haline bakmamız gerekir. Liberal sistemin de istisna hali can ve mal güvenliğini ön plana alarak özgürlüklerin üzerine koyan bir yapıdadır. Bu da liberal sistemin temelini mülkiyeti koruyucu yapısını ortaya çıkarır. Neocleous, *Güvenliğin Eleştirisi*, 26-28; Giorgio Agamben, *İstisna Hâli*, çev. Kemal Atakay (Ayrıntı Yayınları, 2018), 109-110.

<sup>75</sup> Neocleous, *Güvenliğin Eleştirisi*, 36.

belirsizliğinin giderilmesi ve korunmasına önem verdiği görülmektedir. Bu da gözetlemenin hem güvenlik hem de özgürlüğün tesisi bakımından meşruluğunu sağlamaktadır.

Gözden kaçırılmaması gereken nokta ise gözetimin meşruiyetinin, sabit bir kavram olmadığıdır. Politik tartışmalar, toplumsal algı ve sürekli bir meşrulaştırma çalışması yoluyla inşa edilen dinamik ve kırılabilir bir süreçtir.<sup>76</sup> Dolayısıyla gözetimin meşruiyeti teknik veya hukuki bir süreç olduğu kadar anlatsal (kurgusal) bir süreçtir. Tarih boyunca, aktörlerin gözetimi meşrulaştırmak veya gayrimeşru kılmak için belirli metaforlar, roller ve kurgular kullanılmaktadır.<sup>77</sup>

Bütün bunlardan hareketle, gözetleme modern devletin varlığıyla beraber doğal olmaktan çıkmış, halk tarafından meşru bir zemine oturması için güvenlik söylemine ihtiyaç duymuştur. Ayrıca burada Eroğul'un ifade ettiği gibi modern devlet var olduktan sonra işlevlerini yerine getirmesi için belirli araçlara sahip olması gerekmektedir.<sup>78</sup> Devlet, hem tüm toplumun çıkarını gözetmek hem burjuva sınıfının ihtiyaçlarını gözetmek hem de bu iki çatışan işlevi yerine getirebilmek için kendisini bu iki unsurun üstünde tutabilecek araçlara ihtiyaç duymaktadır.<sup>79</sup> Gözetim de bu araçların en önemlilerinden birisidir. Bunun nedeni gözetim bilgi elde edilmesini ve depolanmasını sağlamaktadır. İktidar da bilgiyle yakından bağlantılıdır.<sup>80</sup> Gözetim mekanizmaları, izleyen ve izlenen arasındaki güç dengesini temelden sarsarak izleyene bireyleri etkileme, yönetme ve yönlendirme yetisi kazandırır.<sup>81</sup> Olası tehditleri görebilmek ve engelleyebilmek için gözetim ve bilgi alınması hayati öneme sahiptir. O yüzden modern devletin gözetimi eline alarak kurumsallaştırması bir taraftan kendi devamlılığını sağlamaktadır.<sup>82</sup> Böylece güvenlik, halk için gözetimin meşruiyetini sağlarken iktidar için de toplumsal kontrolü ve denetimi yerine getirmektedir.<sup>83</sup>

## B. Gözetimin Yeri

Modern devletle beraber kurumsallaşmış ve profesyonelleşmiş olan gözetim için ayrı bir enerji harcanacaktır. Burada da temel soru gözetleme eyleminin nerede sağlanacak olmasıdır. Çünkü cemaatler zamanında belli bir kapalı alan içinde gözetim mevcuttur. İlgili topluluğa mensup bireyler yaşadıkları alanda gözetlenmekte ve gözetilmektedir. Burada bir karşılıklı ilişkisinden bahsedilmektedir. Ancak genişleyen nüfusun, özellikle “efendisiz aylak” topluluğun gözetimi nasıl ve nerede kurumsallaştırılacak sorusu ön plana çıkmaktadır. Bu noktada ilk uygulama tekinsiz ve korkulan grupların damgalanmasıdır.<sup>84</sup> Bu uygulamanın fikri, sığınların kaybolmamaları için damgalanmasından gelmektedir. Amaç, düzensiz ve bir yere ait olmadan yaşayan insanların, damgalanarak ilgili gruba mensubiyetlerini bilinebilir hale getirmektir.<sup>85</sup> Böylece düzensizlerin gözetimi sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak bu uygulama düzensizlerin yer değiştirmesini engellemediği için yine sınırlı bir gözetleme mekanizmasıdır. Giddens'in tanımına bakıldığında, gözetim iki unsurla var olmaktadır. Birinci unsur iktidarın doğrudan doğruya izlemesi oluşturmaktadır.<sup>86</sup> İkinci unsur ise bilgi toplama ve veri alma yoluyla bilgilerin depolanmasıdır.<sup>87</sup> Cemaatler örneğine bakıldığında hem cemaatin doğrudan kişiyi gözetlemesi hem de uzun süren gözetlemeler ve iletişimin sonucu olarak kişiyi tanıma ve bilgilerini depolaması söz konusudur. Diğer taraftan modern düzende bu iki unsur açısından düzensizlerin bilgilerini depolamak zor olmuştur.

<sup>76</sup> Ochoa, Gadinger ve Yıldız, “Surveillance Under Dispute,” 230-231.

<sup>77</sup> Ochoa, Gadinger ve Yıldız, “Surveillance Under Dispute,” 212.

<sup>78</sup> Cem Eroğul, *Devlet Nedir?* (İmge Kitabevi, 1990), 32-34.

<sup>79</sup> Eroğul, *Devlet Nedir?*, 35.

<sup>80</sup> Özer, “MOBESE İzleme ve Kayıtları,” 468.

<sup>81</sup> Neil M. Richards, “The Dangers of Surveillance,” *Harvard Law Review* 126 (2013): 1937.

<sup>82</sup> Tosun, “Gözetleyen Hukuku,” 229.

<sup>83</sup> Richards, “The Dangers,” 1935.

<sup>84</sup> Bauman, *Yasa Koyucular*, 57.

<sup>85</sup> Bauman, *Yasa Koyucular*, 57.

<sup>86</sup> Giddens, *Ulus-Devlet ve Şiddet*, 25.

<sup>87</sup> Giddens *Ulus-Devlet ve Şiddet*, 24.

Kapitalizmin gelişmesiyle beraber bu dönemde güvenliği tehdit eden kişilere karşı yaklaşım da değişmektedir. Önceleri toplum gözünde tehdit olarak gözüken kişiler yargılanıp suçlu bulunduğu, kişilere sürülme ve infaz gibi cezai müeyyideler uygulanmıştır. Ancak kapitalizmle beraber rasyonelleştirilen en düşük maliyetle en çok faydanın sağlanması prensibine dayanılarak artık bu kişilerin disiplin altına alınarak topluma yeniden katılması amaçlanmıştır.<sup>88</sup> Buradan hareketle yapay cemaatler kurularak düzensiz olanların düzenlenmesi gerekmiştir. Bu da tahmin edileceği gibi hastaneler, hapishaneler, akıl hastaneleri ve okullar gibi fiziksel kapatılma mekanlarını doğurmuştur.<sup>89</sup> Yapay cemaatler -mekanlar- oluşturularak düzensizlerin hapsedilmesine ve gözetimin sağlanmasına çalışılmıştır.<sup>90</sup>

Kapitalizmin üretim fazlasına odaklanan yaklaşımı gereği faydalı model olarak yeni bir mimari yapı ortaya konulmuştur. Bu mimari yapı “panoptikon” olarak adlandırılmaktadır. Göz önündeki yer anlamına gelen panoptikon modeli, Jeremy Bentham’ın hapishanelerin daha az insan gücüyle daha iyi denetlenmesini sağlayan bir model olarak düzenlediği bir yapıdır.<sup>91</sup> Gözetleyenlerin sayısını azaltmak ve gözetlemeye ilişkin maliyetleri düşürmek amacıyla gözetlenenlerin yuvarlak bir yapıda hücrelerinde yaşamaları planlanmıştır.<sup>92</sup> Bu yuvarlak yapının tam ortasında bir gözetleme kulesi mevcuttur. Gözetleme kulesinden hücrelerin her köşesi sürekli olarak görülebilmektedir.<sup>93</sup> Diğer taraftan gözetlenenler, kulenin içinde birisinin olup olmadığını görememektedir. Böylece gözetleyenler tarafından izlenip izlenmediğini bilemeyen kişi her an gözetildiğini düşünmektedir.<sup>94</sup> Bu durum da hareketlerini ona göre seçmesine neden olmaktadır.<sup>95</sup> Foucault, panoptikon modelinin yalnızca bir mimari yapı olmadığını, aynı zamanda bir denetim mekanizması olduğunu ifade etmektedir.<sup>96</sup> İktidar sahipleri göz aracılığıyla insanları, bedenlerini denetim ve disiplin altına almaktadır.<sup>97</sup> Böylece kişiyi sürekli bir bakış altında tutarak onu analiz edilebilir, tanımlanabilir ve yönetilebilir bir kimliğe hapseder.<sup>98</sup> Modern kurumlarla birlikte gözetimin karşılıklı olma niteliği sona ermiş ve yerini denetim asimetrisine bırakmıştır.<sup>99</sup> Bu yeni yapıda grup, katı bir biçimde izleyenler ve izlenenler olarak ikiye bölünmüştür.

Zaman içinde, teknolojinin gelişmesiyle göz önündeki yer artık sanal alana kaymaktadır.<sup>100</sup> Önceki zamanlarda gözetim maliyetli ve zor bir mesele iken internet gibi teknolojik araçlarla, insanların her zamankinden daha yoğun gözetim altına alınmasına olanak sağlanmıştır.<sup>101</sup> İnternette yapılan her kişisel işlem veri olarak depolanmaktadır. Böylece dijital ayak izlerimize kolaylıkla ulaşılabilir. İnternet, diğer taraftan herkesin herkesi izleyebileceği bir yapıyı doğurmaktadır. Buna da “omniptikon”

<sup>88</sup> Michel Foucault, *Güvenlik, Toprak, Nüfus: College de France Dersleri 1977-1978*, çev. Ferhat Taylan (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013), 6.

<sup>89</sup> Bauman, *Cemaatler*, 48.

<sup>90</sup> Sennet, *Gözün Vicdanı*, 135-136; Bauman, *Yasa Koyucular*, 58.

<sup>91</sup> Gülçin Demircan, “Gözetim ve Gözetimin Toplumsal Meşruiyeti Üzerine Bir İnceleme,” *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, Özel Sayı (2019): 2042.

<sup>92</sup> Zygmunt Bauman ve David Lyon, *Akışkan Gözetim*, çev. Elçin Yılmaz (Ayrıntı Yayınları, 2016), 15.

<sup>93</sup> Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, çev. Mehmet Ali Kılıçbay (İmge Yayınevi, 1992), 251-252.

<sup>94</sup> Bauman, *Cemaatler*, 39.

<sup>95</sup> Foucault, *Güvenlik, Toprak, Nüfus*, 68.

<sup>96</sup> Foucault, *Güvenlik, Toprak, Nüfus*, 60; Christian Laval, “‘The Invisible Chain’: Jeremy Bentham and Neoliberalism,” *History of European Ideas* 43, no. 1 (2017): 35.

<sup>97</sup> Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, 253.

<sup>98</sup> Foucault, *Güvenlik, Toprak, Nüfus*, 42.

<sup>99</sup> Bauman, *Yasa Koyucular*, 59.

<sup>100</sup> Bauman, *Cemaatler*, 47.

<sup>101</sup> Şentürk Kara ve Elçiboğa, “Yenidünya Düzeninde Gözetlenme,” 121.

adı verilmiştir.<sup>102</sup> Herkes herkesi izleyebilirken, iktidar ne zaman görünmek istediğini tercih edebilmektedir. Başka bir deyişle iktidar gizini korurken birey gittikçe şeffaflaşmaktadır.<sup>103</sup>

İktidar, modernite ve kapitalizmle beraber salt baskı ve zoru kullanmamaktadır.<sup>104</sup> Sadece bunları kullanarak iktidarını sürdüremeyeceği açıktır. Bu yüzden iktidarın hegemonyasını kurması için de kendi söylemini üretmesi ve meşrulaştırması lazımdır. Herkesin herkesi izlediği sistemde de iktidarın görünür olmayı tercih edebilme özgürlüğü olduğu için iktidar dolaylı yoldan bilgi üretebilmektedir. Bu da toplumsal kontrolün görece görünmez boyutunu oluşturmaktadır. Diğer taraftan gözetim, başlangıçta insanları kurallara uymaya zorlamak için fabrikalara ve kurumlara yerleştirmişken; günümüzde mahallelerin duvarlarına, kameralı güvenlik sistemlerine ve bireyin her an karşılaşabileceği sanal kamusal alanlara yerleşmiş durumdadır.<sup>105</sup> Gözetimin bu tarihsel gelişimi, günümüzün neoliberal politikalarına zemin hazırlamaktadır. Devlet artık her şeyi doğrudan yönetmek yerine, bireylerin riskleri yönettiği ve verimlilik esasına göre kendi kendilerini yönettiği “taktikler” ve “düzenlemeler” geliştirir.<sup>106</sup> Laval bu noktada, gözetimi bir izleme faaliyetinin ötesinde bireyin arzularını, kimliğini ve toplumsal ilişkilerini hesaplanabilir ve yönetilebilir kılan bir normatif güç olarak tanımlamaktadır.<sup>107</sup>

### C. Günümüzde Gözetimin Sınırsızlığı: Dijital Gözetim Araçları

1990'lara gelindiğinde, gözetim biçimlerinde teknolojik gelişmelerin de etkisiyle köklü bir değişim yaşanmıştır.<sup>108</sup> İnternet, telefon, bilgisayar gibi teknolojiler yaşamı kolaylaştırdığı için gündelik yaşamımızın vazgeçilmez bir parçası olmuştur. Bir taraftan da bu teknolojiler yaşantımızı gözetim altında tutmaktadır. Panoptikonun mimari yapısının yerini artık elektronik mimari almıştır. Kişisel yaşama ait her tür ayrıntı sürekli olarak devletlerin ve büyük şirketlerin bilgisayarlarının veri tabanları içinde saklanmaktadır.<sup>109</sup>

Deleuze, bu gelişmelerle beraber disiplin mekanizmalarının kapalı alanlardan çıkarak tüm topluma bir ağ gibi yayıldığı kontrol toplumunun içinde olduğumuzu ifade etmektedir.<sup>110</sup> Buradan da günümüzde gözetimin, sabit sınırlarından kurtularak “akışkan” bir hal aldığı söylenebilir.<sup>111</sup> Özellikle 11 Eylül 2001

<sup>102</sup> Gözetimin tarihsel gelişimi üç temel aşama üzerinden gerçekleşmektedir. Bu süreç gözetimin baskı ve zor yoluyla olmasından gönüllü ve her yere doğru evrilmesini ifade eder. Panoptikon modelinde azınlığın çoğunluğu zorla izlemesi söz konusudur. Burada Foucault'nun ifade ettiği gibi bireyleri ıslah etmeye çalışan disiplinler iktidarın gözetimi mevcuttur. İkinci aşama ise sinoptikon adıyla anılmaktadır. Burada artık çoğunluğun azınlığı izlemesi söz konusudur. Radyo, televizyon gibi kitle iletişim araçlarının gelişmesiyle panoptikonun aksine çoğunluğun kitle iletişim araçlarında rızasıyla var olanları takip etmesine, gözetlemesine dayalı bir gözetim modelidir. Burada gözetleme bir baskı aracı olmaktan çıkarak haz veren bir etkinliğe dönüşür. İnsanlar keyifli vakit geçirmek, eğlenmek için bu gözetlemeyi yapar. Ancak diğer taraftan gözetledikleri hayatlar egemen yaşam tarzını yansıtır. Dolayısıyla eğlenmek için gözetleyen insanlar, bu hegemonik yaşam tarzını kanıksar. Bu da mevcut hegemonyayı yeniden üretir. Nihayet internet, sosyal medya, forum siteleri gibi yeni medyanın ortaya çıkışıyla omniptikon adı verilen aşamaya ulaşılmıştır. Bu aşamada artık sadece merkezi bir otoritenin değil, herkesin birbirini izlemesi söz konusudur. Bireyler sosyal medya platformları üzerinden kendi rızalarıyla özel hayatlarını kamu ile paylaşmaktadır. Birey artık kamusal alanda var olmak için kendisini sergilemek, beğenilmek ve yüksek puan veya etkileşim almak zorundadır. Jeffrey Rosen, *The Naked Crowd: Reclaiming Security and Freedom in an Anxious Age* (Random House Trade Paperbacks, 2005), 10; Meryem Serdar, “Transformation of the Surveillance Society from Panopticon to Omnipicon: The Case of Black Mirror's Episode 'Nosedive',” *OPUS-Journal of Society Research* 20, no. 53. (2023): 400-403.

<sup>103</sup> Byung-Chul Han, *Şeffaflık Toplumu* (Metis Yayınları, 2022), 54.

<sup>104</sup> Bauman ve Lyon, *Akışkan Gözetim*, 85.

<sup>105</sup> Bauman, *Cemaatler*, 61.

<sup>106</sup> Laval, “‘The Invisible Chain’,” 51.

<sup>107</sup> Laval, “‘The Invisible Chain’,” 50.

<sup>108</sup> Bauman ve Lyon, *Akışkan Gözetim*, 83.

<sup>109</sup> Selma Arslantaş Toktaş, Mutlu Binark, Ergin Şafak Dikmen, Işık Barış Fidaner, Elif Küzeci ve Alkım Özyaygen, *Türkiye’de Dijital Gözetim: T.C. Kimlik Numarasından E-Kimlik Kartlarına Yurttaşın Sayısal Bedenleniş* (Alternatif Bilişim Derneği, 2012), 15.

<sup>110</sup> Gilles Deleuze, “Postscript on the Societies of Control,” *October* 59 (1992): 4.

<sup>111</sup> Bauman ve Lyon, *Akışkan Gözetim*, 8.

saldırısından sonra güvenlik ve risk yönetimi odaklı biyometrik kontroller ve vücut tarayıcıları gibi gözetim teknolojilerinin küresel düzeyde artmasına neden olmuştur.<sup>112</sup> Diğer taraftan insanlar sosyal medya ve tüketim mecraları üzerinden kendi verilerini gönüllü olarak paylaşarak kendin-yap tarzı bir gözetimin parçası haline gelmişlerdir.<sup>113</sup>

Bu noktada devletin dijital gözetim araçları modern yönetim tekniklerinin ve güvenlik düzeneklerinin bir parçası olarak bireyleri ve nüfusu kontrol etmek, sınıflandırmak ve izlemek amacıyla çeşitlenmiştir. Bu araçların başında kamusal alana hakimiyeti sağlayan kapalı devre televizyonu (*closed circuit television-CCTV*) veya Türkiye’de MOBESE kamerası olarak adlandırılan kameralı gözetleme aracı ön plana çıkmaktadır.<sup>114</sup> Bunlar kamusal alanda gözetimi sağlamak için çeşitli bölgelere yerleştirilmiş kameralardır. Salt kamusal alanı izlediği gerekçesiyle herhangi bir yasal düzenlemeye dayanmaksızın giderek artan bir şekilde çeşitli alanlara kurulmaktadır.<sup>115</sup>

MOBESE kameralarının, kamusal alanda yaygın kullanımı ilk olarak 1985 yılında İngiltere’nin Bournemouth kasabasında başlamış ve 1990’larda terör saldırıları ile bu teknoloji, kamusal alanda hızla kabul görmüştür.<sup>116</sup> İngiltere, 2002 yılı itibarıyla her on dört kişiye bir kamera düşen bir oranda toplamda dört milyon iki yüz bin MOBESE kamerasına sahiptir.<sup>117</sup> Günümüzde ise bu kameralar dünyadaki tüm şehirlere yayılmaktadır. Suçla mücadele, koordinasyon ve trafik kontrol amacıyla kamusal alanlarda var olan MOBESE kameraları, toplumun belli bir kesimi için güvenlik hissi sağlaması nedeniyle kabul edilip yayılan araçlar haline gelmiştir.<sup>118</sup> Türkiye’de ilk olarak 2001 yılında Diyarbakır’da trafik kontrol ve suç analizi amacıyla uygulanmış, 2005 yılında İstanbul’da kullanılmaya başlanmış, 2008 yılından itibaren de önemli bir güvenlik politikası olarak desteklenmiş ve ülke geneline yayılmıştır.<sup>119</sup>

Başka bir araç ise *E-devlet* ve *E-nabız* gibi devletin internet uygulamalarıdır. Nüfus bilgileri, kimlik numaraları ve birçok kişisel veriyi depolayan uygulamalardır.<sup>120</sup> Özellikle havaalanları ve sınır geçişlerinde bireylerin kimliklerini doğrulamak ve riskli kategorileri saptamak için parmak izi, göz taraması ve DNA gibi biyometrik veriler işlenmektedir.<sup>121</sup> Bu sayede artık yurttaşlar devletin gözünde bir koddur. Yurttaşların sanal bedeni haline gelen bu kodlarla devlet, internetten yapılan alışveriş, sipariş gibi her işlemi takip edebilmektedir.<sup>122</sup> Örneğin, kimi zaman internet üzerinden yapılan kitap alışverişi için bile kimlik numarası istenmektedir. Ancak bireyler bunu olağan bir şey olarak algılamaktadır. Oysa bu uygulamalar devletlerin, yurttaşların özel hayata ilişkin bilgilerine sahip olmalarını sağlamaktadır. Bunun normalleşmesi için de rasyonalizasyona gidilmektedir. Bu uygulamalar aracılığıyla yurttaşlar devlet kurumlarındaki işlerini kolay bir şekilde halledebilmektedir. Dolayısıyla uygulamaları kullanmak rasyonel ve neoliberal aklın bir sonucu olarak faydalı bir eylemdir. Böylece bu uygulamaların meşruiyeti de yapılan işlemleri hızlandırmak, kârlılık ve verimliliği artırmak olmuştur. Bazı işlerin kolaylaştırılmasına karşılık gözetim, denetim ve özel hayata ilişkin bilgilerin verilmesi takası yapılmaktadır. Devlet, kişisel bilgileri merkezi veri tabanlarında toplayarak nüfusun hareketlerini,

<sup>112</sup> Bauman ve Lyon, *Akışkan Gözetim*, 79.

<sup>113</sup> Bauman ve Lyon gelinen bu noktada gözetimin tarihini; Bentham’ın panoptikonundan başlayıp, 20. yüzyılın bürokratik “ölüm fabrikalarından” geçerek, günümüzün cebimizde taşıdığımız ve gönüllü olarak beslediğimiz “kişisel mini-panoptikonlarımıza” uzanan bir süreç olarak vurgulamaktadır. Bauman ve Lyon, *Akışkan Gözetim*, 92.

<sup>114</sup> Eric L. Piza, “The History, Policy Implications, and Knowledge Gaps of the CCTV Literature: Insights for the Development of Body-Worn Video Camera Research,” *International Criminal Justice Review* 20, no. 10 (2018): 1-2.

<sup>115</sup> Özer, “MOBESE İzleme ve Kayıtları,” 483.

<sup>116</sup> David Murakami Wood, “The ‘Surveillance Society’: Questions of History, Place and Culture,” *European Journal of Criminology* 6, no. 2 (2009): 186.

<sup>117</sup> Piza, “The History, Policy Implications,” 2.

<sup>118</sup> Ufuk Taşçı, “Güvenlik Amaçlı Gözetim Aracı Olarak Türkiye’de Mobese ve Eleştiriler,” *Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 14, no. 2 (2016): 160.

<sup>119</sup> Taşçı, “Güvenlik Amaçlı Gözetim Aracı,” 168.

<sup>120</sup> Arslantaş Toktaş, Binark, Dikmen, Fidaner, Küzeci ve Özyaygen, *Türkiye’de Dijital Gözetim*, 36.

<sup>121</sup> Bauman ve Lyon, *Akışkan Gözetim*, 116.

<sup>122</sup> Arslantaş Toktaş, Binark, Dikmen, Fidaner, Küzeci ve Özyaygen, *Türkiye’de Dijital Gözetim*, 38.

harcama alışkanlıklarını ve toplumsal konumlarını analiz etmekte; bu süreçte bireyler “veri kopyalarına” dönüştürülmektedir.<sup>123</sup>

Devletin dijital gözetim araçlarından bir diğeri ise iletişim verilerine ulaşmaktır. Elektronik posta, mesaj, sosyal medya, telefon çağrıları gibi iletişim kanallarının takibi, gözetimi ve denetimi devletler tarafından yapılabilmektedir.<sup>124</sup> Benzer şekilde büyük veri (*big data*) adı verilen internet üzerinden yapılan işlemlerin kaydının depolandığı yapılar da mevcuttur. Bu depolanan verilere büyük veri denilmesinin nedeni bir insanın kendi başına takibini yapamayacağı ve o kapasitenin çok üstünde veri girişinin saniyeler içinde olmasındandır. Bu verilerin incelenmesi, değerlendirilmesi ve kullanılması için sofistike bilgisayar donanımı ve yazılımının gerekliliği doğmuştur. Bu yazılıma da algoritmik profillemeye denilmektedir. Devletler algoritmik profillemeyi kullanarak veriler arasında kategorileştirme yaparak yurttaşları kendi istediği koşullar altında sınıflandırabilmektedir.<sup>125</sup>

Bu dijital gözetim araçları iktidarın her yerdeliğini oluşturmaktadır.<sup>126</sup> Modern öncesi dönemle modern dönem arasındaki iktidarlar arasında da ciddi bir fark mevcuttur. İktidar, uzanabildiği yere kadar gücünü kullanabilmekte ve tahakkümünü kurabilmektedir. Modern öncesi dönemde iktidarın uzanabileceği yer sınırlı olduğu için tahakküm alanı da dardır. Buharlı araçların ve trenin icat edilmesiyle iktidarın hakimiyet alanına ulaşma hızı arttığı için tahakküm alanı da genişlemiştir. Günümüzde ise teknolojik gelişmeler nedeniyle iktidar hiç olmadığı kadar güçlenmiştir. Artık fiziki olarak bir yerlere ulaşmasına gerek yoktur. Teknolojik aygıtlar üzerinden özel alana kadar girebilmektedir. Üstelik bilginin iktidarla karmaşık bağı da kontrol toplumu için tahakkümün farklı bir boyutunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla devlet, bireyleri ve toplumu hiç olmadığı kadar tahakküm altına alabilmekte, gözetim, denetim ve disipline etme araçlarıyla bireylerin bunu olağan görmesini sağlamaktadır. İktidar artık Foucault’nun disiplin toplumundan bahsettiği gibi doğrudan gözetimle değil dolaylı gözetim ve rıza ile hegemonyasını mikro yapılara kadar ulaştırmıştır.<sup>127</sup> İktidarın her yerde olduğu kabul edildiğinde gerçekten muhalefetin varlığından söz edilebilir mi? Edilebilirse muhalefetin yeri neresidir? Bu sorular bir sonraki başlıkta değerlendirilecektir.

### III. DEVLETİN DİJİTAL GÖZETİMİNİN MUHALEFET HAKKINA MÜDAHALESİ

Bu çalışmada politik olan, bir arada yaşamının ideal düzeni ve bu düzene ilişkin her türlü ekonomik, sosyal vb. faaliyet olarak tanımlanmıştır. Buradan hareketle muhalefet etme de temelde iktidar odağına karşı bir duruş gösterme olduğu çıkarılmaktadır. Hayatın; kamusal, özel ve sanal demeden doğrudan gözetlenmesi de bu muhalefeti bir noktada sınırlandıracaktır. Çünkü, gözetimi yapan iktidar, kendi iktidarını korumak için karşı görüşleri veya tehditleri bir şekilde gidermeye çalışacaktır. Ayrıca devletin, gözetim ve denetim araçları sadece bilgi edinme üzerine değildir. Aynı zamanda toplumu kontrol etmede, disiplin sağlamada, risk yönetiminde ve rıza üretiminde kullanılmaktadır. Dolayısıyla iktidarın her yerdeliğine karşı devletin muhalefet hakkını sınırlandırmasını engellemek için direniş yerleri oluşturulması gerekmektedir. Hukukun sınırları içinde kalınacaksa bu direniş yeri hak talebi olabilir. Başka bir deyişle devletin dijital gözetim araçlarıyla muhalefet hakkını sınırlandırmasını engellemeyi insan hakları mekanizmalarının denetimi sağlayabilecektir.

Bu başlıkta muhalefet hakkının ve muhalefet hakkıyla bağlantılı olan hakların dijital gözetim araçları bağlamında sınırlandırılması ve bununla ilgili ne yapıldığı değerlendirilecektir. Bu incelemelerin kapsamını dijital alan oluşturmaktadır. Başka bir deyişle devletin dijital alana müdahale

<sup>123</sup> Bauman ve Lyon, *Akışkan Gözetim*, 22.

<sup>124</sup> Didier Bigo, “Digital Surveillance and Everyday Democracy,” iç. *The Routledge International Handbook of Criminology and Human Rights*, ed. Leanne Weber, Elaine Fishwick ve Marinella Marmo (Routledge, 2017), 125.

<sup>125</sup> Bigo, “Digital Surveillance,” 129.

<sup>126</sup> Gary T. Marx, “The Surveillance Society: The Threat of 1984-Style Techniques,” *The Futurist* (1985): 23-24.

<sup>127</sup> Mika Westerlund, Diane A. Isabelle ve Seppo Leminen, “The Acceptance of Digital Surveillance in an Age of Big Data,” *Technology Innovation Management Review* 11, no. 3 (2021): 32; Sara Degli Esposti, Kirstie Ball ve Sally Dibb, “What’s In It For Us? Benevolence, National Security, and Digital Surveillance,” *Public Administration Review* 81, no. 5 (2021): 862.

ettiği olaylar bu çalışmanın kapsamını oluşturmaktadır. Bunların dışında devletin gözetim araçlarıyla birçok alanda muhalefet hakkının ihlal edildiği görülmektedir. Ancak bu çalışmada değinilmeyecektir. Bu çalışmada, ilk önce sanal kamusal alan olarak adlandırılan internet ağının ve ağı kullananların denetlenmesi üzerinden bir inceleme yapılacaktır. Ardından kitle iletişim araçlarının denetlenmesi ve sınırlandırılmasıyla muhalefet hakkının ihlal edilip edilmediği değerlendirilecektir. Son olarak da MOBESE görüntülerinin ve kişisel verilerin toplanarak algoritmik profillemenin yapılması ve bunun sonucunda muhalefet hakkının ihlal edilip edilmediği ortaya konacaktır.

### A. Sanal Kamusal Alanın Sınırlandırılması

Muhalefetin çok farklı yerlerde yapılabileceği görülmektedir. Bireysel veya toplu, örgütlü veya örgütsüz politik faaliyetler kamusal alanla doğrudan ilişkilidir. Çünkü kamusal alan “*kamuyu ilgilendiren konular hakkında söz söylenen, eylemde bulunulan, insanların kamuya dair meseleler hakkında etkileşim içine girdikleri alan*”<sup>128</sup> olarak tanımlanabilir. Bu tanım da muhalefetin politik olan faaliyetlerini içine almaktadır. Kamusal alan, toplumun tüm üyelerine potansiyel olarak açık olması nedeniyle çoğulculuğun ve çokluğun sağlanabileceği yerlerdir.<sup>129</sup>

İnternetle beraber farklı kamusal alanların açıldığı ve insanların birbiriyle iletişiminin olabileceği yapıların kurulduğu görülmektedir. Bu alanlara sanal kamusal alan denmektedir. İnternetin ortaya çıkışında, âdem-i merkeziyetçi, herkesi kapsayan ve kamusal alanı genişleten bağımsız yapısı ön plana çıkmıştır.<sup>130</sup> Düşünürler internetin politik, eşitlikçi ve özgürlükçü toplum idealini gerçekleştirmede etkili olacağını ifade etmişlerdir.<sup>131</sup> Aslında bu durum Gramsci’nin praxisine ve herkesin politik bir aktör olabileceği yönündeki fikrine yakındır.<sup>132</sup> Bu yeni kamusal alanlarda bireyler fikirlerini belirtmekte ve tartışmaya girmektedir. Dolayısıyla sosyal medyanın, internet tabanlı herkese açık konuşma mekanlarının kamusal alan olduğu söylenebilir. Burada da oluşacak bir sınırlamanın, ihlalin politik aktör olarak bireye dezavantajının olduğu ifade edilmelidir.<sup>133</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de interneti, **bilgiye erişim ve bilginin yayılması için merkezi bir araç** olarak tanımlayarak çevrimiçi alana yönelik müdahaleleri doğrudan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 10. maddesi kapsamında değerlendirmektedir.<sup>134</sup>

Öyleyse, internet erişiminin engellenmesiyle muhalefet hakkına ve ifade özgürlüğüne bir müdahalenin olacağı açıktır. Bu sınırlamanın ihlali oluşturup oluşturamayacağı da somut olaya göre değerlendirilecektir. Bunu yaparken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) 8, 9, 10 ve 11. maddeleri için uyguladığı üç aşamalı teste tabi tutmak gereklidir.<sup>135</sup> Bu teste göre somut olayda ilk önce kanunilik şartının yerine getirilip getirilmediğine bakılmaktadır.<sup>136</sup> Ardından, sınırlamanın meşru bir amacının olup olmadığı değerlendirilmektedir.<sup>137</sup> Son olarak da bu müdahalenin demokratik bir

<sup>128</sup> Cemre Edip Yalçın, *Klasik Kamusal alandan Sanal Kamusal Alana: Demokrasi ve İnsan Hakları İdeali İçin Normatif Bir Değerlendirme* (On İki Levha Yayınları, 2022), 9.

<sup>129</sup> Eric Dacheux, “Kamusal Alan: Demokrasinin Anahtar Bir Kavramı,” *Kamusal Alan* içinde, ed. Eric Dacheux, çev. Hüseyin Köse (Ayrıntı Yayınları, 2012), 21.

<sup>130</sup> Habermas’ın söylemiyle herkesin herkesle iletişiminin sağlanmasına ve bunun sonucunda da rollerin birbirine karışarak toplumun daha eşitlikçi bir eğilim göstermesine neden olan bir alan yaratılmış gözükmektedir. Jürgen Habermas, *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, çev. Tanıl Bora ve Mithat Sancar (İletişim Yayınları, 2003), 55.

<sup>131</sup> Habermas, *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, 56; Cabir Aliyev, *Çevrimiçi İfade Özgürlüğü: Teorisi ve Hukuku* (Liberte Yayınları, 2018), 127-128; Vahap Göksu, *Kamusal Alan ve Siyasal Katılım Mecrası Olarak Sosyal Medya* (Çizgi Kitabevi, 2016), 39.

<sup>132</sup> Antonio Gramsci, *Hapishane Defterleri: Seçmeler*, çev. K. Somer (Belge Yayınları, 1986), 245.

<sup>133</sup> AİHM, *Times Newspaper/Birleşik Krallık* kararında, erişilebilirliği ve büyük miktarda bilgi depolama ve iletme kapasitesi nedeniyle, internetin halkın haberlere erişimini artırmada ve genel olarak bilginin yayılmasını kolaylaştırmada önemli bir rol oynadığını vurgulamaktadır. AİHM, *Time Newspapers Ltd./Birleşik Krallık Davası* (No: 1 ve 2), Başvuru No: 3002/03 ve 23676/03, 10.03.2009, parag. 27.

<sup>134</sup> AİHM, *Ahmet Yıldırım/Türkiye Davası*, Başvuru No: 3111/10, 18.12.2012, parag. 48-54.

<sup>135</sup> Dominika Bychawska-Siniarska, *Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention On Human Rights: A Handbook for Legal Practitioners* (Council of Europe, 2017), 32-33.

<sup>136</sup> Bychawska-Siniarska, *Protecting the Right to Freedom of Expression*, 39.

<sup>137</sup> Bychawska-Siniarska, *Protecting the Right to Freedom of Expression*, 43.

toplumda gerekliliği ve orantılılığı ortaya konmalıdır.<sup>138</sup> Bunu AİHM'in internet erişimi ve engelleme pratiklerine ilişkin içtihadından hareketle yorumlamak gerekir.<sup>139</sup> Burada ikili bir ayırım yaparak incelemek mümkündür. Doğrudan internete erişimin sınırlandırılması veya bant genişliği daraltmaları ile internet ortamındaki bir sitenin erişiminin engellenmesi olarak ayrılabilir.

İlk durumda doğrudan internet sağlayıcılarına yönelik bir sınırlandırma mevcuttur. İnternetin bant genişliğinin daraltılmasıyla kişilerin internete girmeleri sınırlandırılmaktadır. Bu durum doğrudan sanal kamusal alana erişimi işlevsiz kılarak engellemektedir. Bu tür müdahaleler yalnızca belirli içeriklere yönelik değildir. Kamusal tartışmanın zemini olan iletişim altyapısını hedef alır. Bu nedenle muhalefet hakkı bakımından etkisi daha ağırdır. Özellikle eleştiri, örgütlenme, bilgi alma, verme ve gündelik siyasal koordinasyon kapasitesi aynı anda zayıflatılabilir.

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR) ve BM mekanizmaları da internet kesintilerini, ifade özgürlüğü başta olmak üzere örgütlenme, barışçıl toplanma, siyasal katılım gibi hakların kullanımını zedeleyen ağır müdahaleler olarak değerlendirmektedir.<sup>140</sup> Kesintilerin istisna olmaktan çıkıp politik bir araç olarak kullanılabilirdiği bağlamlarda demokratik süreçlere zarar verdiğini vurgulamaktadır. Bu yaklaşım, bant daraltma gibi tam kesinti olmayan fakat fiilen kamusal iletişimi engelleyen uygulamalar için de analogik bir çerçeve sağlar. Dolayısıyla müdahalenin biçimi değişse de sonuç itibarıyla sanal kamusal alanın işlevsizleşmesi, muhalefetin hareketini sınırlar.<sup>141</sup>

Türkiye'de 671 sayılı OHAL KHK'sı ile 5809 sayılı Elektronik ve Haberleşme Kanunu'nun Bilgi Teknolojileri ve Elektronik Haberleşme Kurumu'nun (BTK) yetkisi ve idari yaptırımları değiştirilerek, cumhurbaşkanlığına geniş yetkiler verilmiştir. Eklenen maddede, cumhurbaşkanı; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması gibi belirsiz kavramlarla gerekli gördüğü tedbirleri alabilir hale gelmiştir. Cumhurbaşkanı'nın kararıyla BTK'ya bildirilen tedbir iki saat içinde uygulanmaya geçmektedir. Buradaki problem bu işlemin denetimsizliğinde ortaya çıkmaktadır. İlgili maddedeki işlem yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulmaktadır. Ancak kısa süreli bant daraltma işlemleri hâkimin önüne gelmeden işlem sona ermektedir. Dolayısıyla yirmi dört saatten kısa bant daraltma işleminin denetimsizliğinden dolayı uygulamada keyfilik ortaya çıkabilmektedir. Böyle uygulamalar da iktidarın, gözetleneceği, denetleneceği ve eleştiri sunulacağı yerde iktidarın bunu engellemesini sağlamaktadır. Dolayısıyla böyle keyfi bir işlemle muhalefet hakkı ihlal edilmiş olur. Örneğin 13.11.2022 tarihinde İstanbul'un Beyoğlu ilçesinde İstiklal Caddesi'nde meydana gelen patlama sonrası birkaç saat bant genişliği daraltılarak internete erişim engellenmiştir.<sup>142</sup> Başka bir örnek ise 6.02.2023 tarihinde gerçekleşen Kahramanmaraş merkezli depremden sonra da BTK Twitter platformuna erişilmesini engelleyecek kadar bant daraltma uygulamıştır.<sup>143</sup> Dolayısıyla Türkiye örneğinde bant daraltma uygulamalarının sorunlu tarafı, bu tedbirlerin çoğu zaman **acele** alınması ve

<sup>138</sup> Bychawska-Siniarska, *Protecting the Right to Freedom of Expression*, 44.

<sup>139</sup> Bu noktadaki içtihat Mahkeme'nin, interneti ifade özgürlüğünün kullanılmasının araçlarından biri olarak kabul etmesinden hareketle gelişmiştir. Burada dikkat edilen ilk husus yan etki yasağıdır. Devlet, hukuka aykırı bir içeriği engellemek isterken, o içerikle ilgisi olmayan diğer içerikleri de erişilmez kılıyorsa bu müdahale ihlal sayılmaktadır. İkinci olarak genel engelleme kararlarının reddi ise bir web sitesine veya doğrudan bir sosyal medya platformuna erişim yasağı getirmenin kamusal alan olarak kabul edilen sanal alana müdahalesine ve ihlaline neden olur. Üçüncü olarak önleyici denetim kısıtlaması, devletin engellemesinin ancak somut bir ihlal durumunda başvurulabilecek son çare olmasından kaynaklanmaktadır. Son olarak da erişim engellerinin gerekçeli kararla bildirilmesi, karara karşı hızlı ve etkin bir yargısal başvuru yolunun bulunması ve engellenmenin süresinin kısıtlı olması, belirli bir amaca ulaşıldığında kaldırılması gerekmektedir. AİHM, *Vladimir Kharitonov/Rusya Davası*, Başvuru No: 10795/14, 16.11.2020, parag. 33-36; AİHM, *Akdeniz ve Diğerleri/Türkiye Davası*, Başvuru No: 41139/15 ve 41146/15, 06.09.2021, parag. 56-57.

<sup>140</sup> United Nations General Assembly Human Rights Council, *Internet Shutdowns: Trends, Causes, Legal Implications and Impacts on a Range of Human Rights*, A/HRC/50/55, 13.05.2022, 2-3.

<sup>141</sup> United Nations General Assembly Human Rights Council, *Internet Shutdowns*, 4.

<sup>142</sup> BBC News Türkçe, "Bant Daraltma Nedir, İnternete Erişim Sınırlaması Nasıl Getiriliyor?," (Kasım 13, 2022), <https://www.bbc.com/turkce/articles/c8v1ppl44z3o>, erişim tarihi: Mart 12, 2026.

<sup>143</sup> Yıldız Yazıcıoğlu, "Türkiye'de Medya ve Sosyal Medya Engeli Gündemde," *VOA Türkiye* (Haziran 9, 2023), <https://www.voaturkce.com/a/turkiye-medya-sosyal-medya-engellenmesi-tartismasi/6956277.html>, erişim tarihi: Mart 12, 2026.

kısa süreli olmaları nedeniyle **etkili yargısal denetime fiilen tabi tutulamamasıdır**. Oysa AİHM içtihadında, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerde **önceden veya derhal sonradan etkili bir yargısal denetim** bulunması, kanunilik ilkesinin ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir.<sup>144</sup> Denetimsiz veya denetimi anlamsızlaştıran kısa süreli müdahaleler, demokratik toplumda gereklilik ve orantılılık testini zayıflatmaktadır. Özellikle kriz ve afet anlarında muhalefetin bilgi üretme ve iktidarı denetleme kapasitesini sınırlayabilmektedir.

İkinci olarak internet ortamındaki bir siteye erişimin engellenmesi durumlarına bakıldığında da benzer şekilde sanal kamusal alanın engellenmesi nedeniyle muhalefet hakkının ihlal edildiği görülmektedir. İnternette, insanların sanal kamusal alanlar içinde iletişim kurma, fikirlerini dile getirme ve örgütlenme fırsatları oluşmuştur. Sanal alanda iktidarı eleştiren veya alternatif gösteren fikirlerin konuşulması, toplanılması kamu yararı gibi belirsiz nedenlerle sınırlandırılmaktadır. Bu da kamusal alanların kapatılması, erişiminin kısıtlanması ve engellenmesine neden olmaktadır. Örneğin AİHM, *Ahmet Yıldırım/Türkiye* kararında, belirli bir içeriğe ilişkin mahkeme kararı gerekçe gösterilerek **Google’ın tamamına erişimin engellenmesini**, yasal çerçevenin öngörülebilir olmaması ve müdahalenin kapsamının aşırı geniş olması nedeniyle AİHS 10. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.<sup>145</sup> *Cengiz ve Diğerleri/Türkiye* kararında ise YouTube’a getirilen toptan erişim engelinin, kullanıcıların bilgi alma ve yayma özgürlüğü üzerinde ağır bir etki yarattığı ve demokratik toplumda gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır.<sup>146</sup>

Türkiye örneğinden hareketle 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ile devlet kurumları internete ilişkin kısıtlamalara sahip olmuştur. Bu kanunla kamu güvenliği ve yararı söylemiyle birçok sanal kamusal alan sınırlandırılmıştır. Özellikle ilgili kanunun 8/A maddesi 07.06.2015 tarihli genel seçimlerden sonra “*siyasi bir susturucu*” olarak kullanılmıştır.<sup>147</sup> İfade Özgürlüğü Derneği tarafından her yıl hazırlanan EngelliWeb raporlarında internete erişimin sınırlandırılmasına ilişkin istatistiki veriler toplanmaktadır. 2021 yılı raporuna göre ilgili yılda 574.798 web sitesi ve alan adına erişimin engellendiği tespit edilmiştir.<sup>148</sup> Bu durum sonraki yıllarda da artarak devam etmektedir. Örneğin, 21 Şubat 2023 tarihinde Türkiye’de “Ekşi Sözlük” isimli internet sitesi, 5651 Sayılı İnternet Kanunu’nun 8/A maddesinde yer alan “Cumhurbaşkanlığı veya milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması” gerekçesiyle erişime engellenmiştir.<sup>149</sup>

Diğer taraftan son dönemdeki yargı kararlarıyla sosyal medyanın sanal kamusal alan olarak görüldüğü de ortaya çıkmaktadır. Örneğin New York Bölge Mahkemesi’nin *Donald Trump* davasında Trump, başkanlığı sırasında sosyal medya hesabından engellediği kişiler tarafından ifade özgürlüğünün ihlali nedeniyle dava edilmiştir. Mahkeme kararda, Trump’ın sosyal medya hesabının başkanlığı sebebiyle kamusal bir nitelikte olduğunu ve yurttaşları böyle bir sanal kamusal alandan engelleyemeyeceğini, bunun ifade özgürlüğünü ve haber alma özgürlüğünü ihlal ettiğini vurgulamıştır.<sup>150</sup> İktidarı gözetleme ve denetleme faaliyetleri bakımından bu karar sonucunda, iktidarın kullanıcısı olanların ifadelerini görmemek de muhalefet hakkının ihlalini oluşturacağı görülmektedir.

Sonuç olarak sanal kamusal alanın sınırlandırılması salt bir iletişim düzenlemesi olarak değerlendirilemez. AİHM içtihadı, özellikle toptan ve geniş etkili müdahalelerin ifade özgürlüğünün özünü zedelediğini açıkça ortaya koymaktadır. BM mekanizmalarının da internet kesintilerinin ve

<sup>144</sup> AİHM, *Ahmet Yıldırım/Türkiye Davası*, parag. 59-62.

<sup>145</sup> AİHM, *Ahmet Yıldırım/Türkiye*, parag. 54.

<sup>146</sup> AİHM, *Cengiz ve Diğerleri/Türkiye Davası*, Başvuru No: 48226/10 ve 14027/11, 1.12.2015, parag. 52-56.

<sup>147</sup> Yaman Akdeniz ve Ozan Güven, *Üst Düzey Kamu Şahsiyetlerinin İncinen İtibarı, Onur ve Haysiyet Yılı: Engelliweb 2021* (İfade Özgürlüğü Derneği, 2022), 15.

<sup>148</sup> Akdeniz ve Güven, *Üst Düzey Kamu Şahsiyetlerinin İncinen İtibarı, Onur ve Haysiyet Yılı*, 126.

<sup>149</sup> “Eksi Sözlük’ün Kapatılma Gerekçesi Belli Oldu”, *BirGün*, (Haziran 19, 2023), <https://www.birgun.net/haber/eksi-sozluk-un-kapatilma-gerekcesi-belli-oldu-422457>, erişim tarihi: Mart 12, 2026.

<sup>150</sup> Hansi Lo Wang, “Second Judge Blocks Trump Administrations’s Census Citizenship Question Plans,” *NPR* (Mart 6, 2019), <https://www.npr.org/2019/03/06/698886346/second-judge-blocks-trump-administrations-census-citizenship-question-plans>, erişim tarihi: Mart 12, 2026.

erişim kısıtlamalarının demokratik toplumlarda ağır ve çoğu zaman geri döndürülemez sonuçlar doğurduğunu vurguladığı görülmektedir. Bu çerçevede sanal kamusal alanın sınırlandırılması, muhalefet hakkı bakımından istisnai, dar yorumlanan ve güçlü usuli güvencelerle çevrili bir müdahale rejimine tabi tutulmadığı sürece, siyasal çoğulculuğu ve demokratik denetimi yapısal olarak zayıflatma riski taşımaktadır.

Bütün bunlardan hareketle teknolojinin gelişimiyle iktidar mikro alanın her düzeyine yayılmıştır. Üstelik bu tahakkümü oluştururken insanlar da neoliberal akla ve rasyonelliğe dayanarak teknolojik gelişimi talep etmişlerdir. Dolayısıyla siyasal iktidar baskı ve zorun dışında, halkın rızasını da almıştır. Sanal kamusal alanın hukuki düzeninin görece yeni olması da çeşitli problemleri henüz çözemediğini göstermiştir. Sanal kamusal alanın demokratik, özgür ve muhalefet yapmaya uygun olacağı düşünülen yapısı da sekteye uğramıştır.

Sanal alan, baskın olan düşüncenin muhafaza edilmesine etki eden yankı odalarını artırmıştır.<sup>151</sup> Yankı odaları olarak adlandırılan içinde iletilen mesajları sürekli tekrarlayan ve bu mesajların karşı argümanlarını yansıtmadan izole edebilen bu yapılar, farklı görüşlerin bir arada olmasından ziyade tek bir görüşün var olduğu diğer her şeyi dışlayan bir alan haline gelmiştir.<sup>152</sup> Diğer taraftan bireylerin şeffaflaşmasıyla düşünceler ve yaşanan olaylar aşırılaşmaktadır.<sup>153</sup> Böylece aynı şeylerin yeniden üretildiği bir yapı haline dönüşmektedir. Sanal kamusal alan devlet ve ulus aşırı şirketler tarafından yapılan müdahalelerin görünmez olmasına neden olmuştur. Dolayısıyla Habermas'ın, sanal alanın çelişkili iki işlevi olan bir yandan geniş kitlelerin katılımına imkân tanıyan işlevi ile, diğer yandan yönlendirici ve gösteri üzerinden bir aleniyetin (reklam ve manipülasyonun) egemenliğine girme riski bakımından ikinci tarafın ağır bastığı söylenebilir.<sup>154</sup>

## B. İletişimin Takip Edilmesi Yoluyla Sınırlama

Siyasal muhalefetin varlığı, kamusal alanda görünür olmanın dışında bireylerin ve grupların **özgür, güvenli ve müdahalesiz iletişim kurabilme kapasitesine** bağlıdır. Devletin dijital gözetim araçlarından telefonların dinlenilmesi, iletişimin veri olarak kaydedilmesi veya iletişimin takip edilmesine bakıldığında, bu eylemlerin bilinmesinden veya tahmin edilmesinden dolayı bireyler kurmak istedikleri iletişimi sınırlayabilir. Bu da fikirlerini açıkça ifade edememelerine neden olmaktadır. Başka bir deyişle muhalefet hakkı bakımından caydırıcı etki yaratabilmektedir.

Bu noktada genelde iletişim verilerinin toplanması ve kaydedilmesi nedeniyle özel hayata saygı ilkesini ihlal edildiği iddiasıyla yargı yoluna gidildiği görülmektedir. Ancak bu tür uygulamaların siyasal iletişim üzerindeki etkisi dikkate alındığında, meselenin yalnızca mahremiyetle sınırlı olmadığı açıktır. Bu müdahalelerin muhalefet hakkının fiilen kullanılmasını zayıflatan yapısal bir mekanizma haline gelebildiği görülmektedir. İletişimin izlenmesi veya iletişimin izlenebileceğine dair makul bir beklenti, bireylerin ifade ve iletişim davranışlarını değiştirmesine yol açabilir. AİHM, bu durumu hem fiili müdahale açısından hem de potansiyel gözetlemenin yarattığı caydırıcı etki açısından değerlendirir.

Mahkemeye göre, gizli gözetleme önlemlerinin varlığı ve kapsamı konusundaki belirsizlik, bireylerin sürekli izlendiğini hissetmelerine ve dolayısıyla davranışlarını kısıtlamalarına neden olabilir.<sup>155</sup> Bu caydırıcı etki, muhalefet hakkı bakımından özellikle önemlidir. İletişimin izlendiği veya izlenebileceği algısı, bireylerin kendilerini ılımlı, zararsız veya güvenli olarak algılanan ifadelerle sınırlamasına neden olabilir. Bu da muhalefetin radikal, dönüştürücü ve eleştirel potansiyelini zayıflatır. Richards'ın da ifade ettiği gibi, gözetim düşünce ve fikir oluşturma süreçlerini de etkileyerek entelektüel mahremiyeti aşındırır.<sup>156</sup>

<sup>151</sup> Kathleen Hall Jamieson ve Joseph N. Capella, *Echo Chamber: Rush Limbaugh and The Conservative Media Establishment* (Oxford University Press, 2010), 76.

<sup>152</sup> Jamieson ve Capella, *Echo Chamber*, 76.

<sup>153</sup> Han, *Şeffaflık Toplumu*, 44-45.

<sup>154</sup> Habermas, *Kamusal Alan*, 291.

<sup>155</sup> AİHM, *Klass ve Diğerleri/Almanya*, Başvuru No: 5029/71, 06.09.1978, parag. 41-43.

<sup>156</sup> Richards, "The Dangers of Surveillance," 1935.

Mahkemeler iletişime müdahale edilmesinin ihlali oluşturup oluşturmadığını incelediklerinde, zaman içinde değişen sonuçlara varmaktadır. Şöyle ki; iletişimin depolanmasını başta iletişim verisi ve içerik verisi olarak ikiye ayırmışlardır. İletişim verisini o iletişimin yapıldığına dair veri, içerik verisini ise o iletişimin içeriğinin de kaydedilmesi olarak tanımlamışlardır. Avrupa Adalet Divanı tarafından görülen *Digital Rights/İrlanda* davasında Divan, içerik verisinin hak ihlali oluşturacağını ama iletişim verisinin meşru sınırlama niteliğinde kalacağını ifade etmiştir.<sup>157</sup> Ancak AİHM, zamanla bu ayrımı sorgulamış; iletişim verilerinin de **bireylerin sosyal ilişkileri, siyasal tercihleri ve muhalif bağlantıları hakkında ayrıntılı bir profil** çıkarılmasına imkân verdiğini kabul etmiştir. Örneğin iletişim verilerini almak ve içerik verilerini almak arasında müdahalecilik yönünden her zaman bir fark olması gerektiğini belirttiği *Szabó ve Vissy/Macaristan* kararı mevcuttur.<sup>158</sup>

İletişimin dinlenilmesi, elektronik postaların kontrol edilmesi denilince devletin gizli gözetiminden bahsedilmektedir. Gizli olduğu için iki problem mevcuttur. Birincisi gizlilik nedeniyle kişilerin iletişim bilgilerinin saklandığı ve takip edildiğini kişiler bilemeyeceği için bundan dolayı bir hak ihlali yaşayıp yaşamadıklarını da bilmemeleridir. İkincisi de hak ihlallerinin kişiler tarafından ispat edilmesinin zorluğu ve dolayısıyla mahkemede mağdur statüsünü kazanıp kazanmadıklarıdır.

İlk probleme bakıldığında devletin iletişimi kayıt altına alıp takip etmesi yeterli bir ihlali oluşturacağı açıktır. Çünkü bu verilerin kayıt altına alınması ve saklanması bir gün kullanılabileceğine ilişkin şüphe yaratmaktadır. Eğer kayıt altına alındığı tespit edilmişse veya buna dair bir şüphe varsa yukarıda bahsedilen panoptikon örneğindeki gibi kişiler sürekli gözetim altında olduğunu hissedecek ve buna göre davranacaktır. Bu yüzden de kendisini sürekli izleyen iktidara karşı ılımlı davranmak zorunda kalacaktır. Bu da muhalefet etmesini sınırlandıracaktır. Nitekim *Roman Zakharov/Rusya* kararında AİHM, iletişimin gizli gözetiminin doğası gereği kişilerin takip edilip edilmediklerini bilmelerinin mümkün olmadığını kabul etmiştir.<sup>159</sup> Bu yüzden de etkili yargısal mekanizmalardan yoksun bir gözetim faaliyetinin, somut bir takip ve dinleme kanıtı aranmaksızın hak ihlali oluşturabileceğini vurgulamıştır.<sup>160</sup> Mahkeme, sürekli izleniyor olma hissinin kişide caydırıcı bir etki yaratarak AİHS'in 8. maddede düzenlenen özel hayata saygı ilkesini ve 10. maddede düzenlenen ifade özgürlüğünü ihlal edebileceğini söylemiştir.<sup>161</sup>

İkinci probleme bakıldığında gündelik hayattaki teknolojik gelişmelerin hukuka yansması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Mağdur kavramının yorumlanmasında bir değişiklik gerekmektedir. Aksi takdirde dijital gözetim araçlarına karşı mağdurluk statüsü sorunlu hale gelmektedir. Bu eksikliği gidermek adına AİHM'in *Roman Zakharov/Rusya*,<sup>162</sup> *Szabó ve Vissy/Macaristan*<sup>163</sup> ve *Big Brother Watch/Birleşik Krallık*<sup>164</sup> kararlarında mağdur statüsü değerlendirilmektedir. Bu davalarda başvurular, gizli izleme tedbirlerinden etkilendiklerini kanıtlayamamıştır. *Roman Zakharov/Rusya* davasında mağdurluk statüsüne sahip olunabilmesi için iki kriter belirlenmiş ve diğer davalara da uygulanmıştır. Mahkeme, ilk kriter olarak tüm bu davalarda öncelikle ulusal mevzuatta iletişimin dinlenmesine ilişkin etkili iç hukuk yollarının mevcut olup olmadığına bakmaktadır. Ulusal mevzuatın etkili hukuk yollarını sağlaması halinde, Mahkeme ikinci kriter olarak başvuranlardan potansiyel olarak risk altında olduklarını göstermelerini talep etmiştir.

Etkili yolların yokluğu halinde ise, başvurunun gözetim tedbirlerinden fiilen etkilenip etkilenmediğini kanıtlama yükü aranmamaktadır.<sup>165</sup> Başvurucu potansiyel mağdur olarak kabul

<sup>157</sup> European Court of Justice, *Digital Rights/İrlanda*, Judgement of the court (Grand Chamber), (08.04.2014).

<sup>158</sup> AİHM, *Szabó ve Vissy/Macaristan*, Başvuru No: 37138/14, 2016, parag. 56-58.

<sup>159</sup> AİHM, *Roman Zakharov/Russia*, Başvuru No: 47143/06, 2015, parag. 170-173.

<sup>160</sup> AİHM, *Roman Zakharov/Russia*, parag. 178-179.

<sup>161</sup> AİHM, *Roman Zakharov/Russia*, parag. 233-234.

<sup>162</sup> AİHM, *Roman Zakharov/Russia*, Başvuru No: 47143/06, 2015.

<sup>163</sup> AİHM, *Szabó ve Vissy/Macaristan*, Başvuru No: 37138/14, 2016.

<sup>164</sup> AİHM, *Big Brother Watch ve diğerleri/Birleşik Krallık*, Başvuru No: 58170/13, 62322/14 ve 24960/15, 25.05.2021.

<sup>165</sup> AİHM, *Roman Zakharov/Russia*, parag. 178.

edilmektedir.<sup>166</sup> Benzer şekilde *Szabó ve Vissy/Macaristan* kararında AİHM, terörle mücadele gibi geniş gerekçelerle öngörülen gizli gözetim yetkilerinin, yeterli güvenceler bulunmadığı takdirde keyfiliğe açık olduğunu ve demokratik toplumda gerekli sayılamayacağını belirtmiştir.<sup>167</sup> *Big Brother Watch ve Diğerleri/Birleşik Krallık* kararında ise AİHM, kitlesel iletişim araçlarının gözetim faaliyetlerinin ancak **sıkı, çok katmanlı güvenceler** ve bağımsız denetim mekanizmalarıyla bağdaşabileceğini kabul etmiştir.<sup>168</sup> Bu davada; veri toplama, seçme, ve saklama aşamalarında yeterli güvencelerin bulunmaması halinde, kitlesel gözetimin **toplumsal iletişim ağlarını ve kolektif hareketleri** hedef alarak demokratik tartışma ortamını zayıflatacağı ifade edilmiştir.<sup>169</sup> Mahkeme'nin özellikle gazeteciler ve kamusal denetim aktörleri bakımından ifade özgürlüğü ihlaline de hükmetmesi, iletişimin takibinin kamusal eleştiri ve muhalefet üzerindeki etkisini görünür kılmıştır.

İletişim gözetiminin tehdidi karşısında, şifreleme ve anonimlik araçları muhalefetin örgütlenmesi için yapısal ön koşullar haline gelmektedir. BM İfade Özgürlüğü Özel Raportörü David Kaye, ifade özgürlüğü ve siyasi katılım için şifreleme ve anonimlik araçlarının önemini vurgulayarak, bu araçlara yönelik genel ve ayırım gözetmeyen kısıtlamaların insan haklarını ihlal edebileceğini belirtmiştir.<sup>170</sup> Dolayısıyla güvenli iletişim, muhalefet hakkının kurucu bir unsuru olarak değerlendirilmelidir.

Bütün bunlardan hareketle iletişimin izlenmesi, tek başına özel hayata saygı ilkesinin ihlalini oluşturmaz. Gizli gözetim, etkili güvencelerden yoksun olduğunda bireylerin davranışlarını, iletişimlerini ve siyasal katılımlarını dönüştürmektedir.<sup>171</sup> Böyle bir dönüşüm, muhalefetin kamusal alanda var olmasından önce, iletişim ve koordine aşamasında bastırılmasına neden olur. Bu yüzden de iletişimin izlenmesini, kaydedilmesini ve denetlenmesini sağlayan dijital gözetim, muhalefet hakkı bakımından siyasal çoğulculuğu ve demokratik toplumu temelden zayıflatan bir müdahale biçimidir. Dijitalleşmenin hızlandığı bu dönemde muhalefet hakkının korunması da gözetlenmeyen iletişimin kural olduğu bir hukuki rejimi zorunlu kılmaktadır.

### C. Algoritmik Profillemeye ve Her Şeyi Gören Göz

Devletin dijital gözetiminin başka bir boyutunu ise algoritmik profillemeye oluşturmaktadır. Algoritmik profillemeye ile büyük miktarda veri, otomasyon algoritmaları yoluyla işlenir ve kişilerin davranışları, seçimleri ve toplumsal ilişkileri hakkında profiller oluşturulur. Böylece belirli kişilerin ya da grupların davranışsal kalıplarına göre sınıflandırmalar ve öngörüler üretir. Üstelik kişiler böyle bir gruplamanın olduğunu bile bilmemektedir. Bu da ayrımcılık yasağının ihlal edilmesine neden olabilir. Kategoriler halinde belirli profillere göre ayırma işlemi kalıpyargılara neden olmaktadır. İnsanları bu kalıpyargılara göre gruplandırır ve ayırıştırır.

Bu noktada kişisel verilere ilişkin korumanın zaman içinde hukuki düzenlemelerinin olduğu ve güvenceye alındığı dolayısıyla mahremiyet hakkının korunmasının geliştiği görülmektedir. Dolayısıyla genelde bu yapı mahremiyet hakkı ve aile ve özel hayata saygı hakkıyla bağlantılı olarak ele alınmıştır. Ancak diğer taraftan muhalefet hakkı bağlamında ele alınması da gerekmektedir. Depolanan verilerin algoritmik profillemeye gibi yapay zeka ile kullanılması, MOBESE kameralarından tespit edilen kişilerin devlet adına tehlikeli mi yoksa tehlikesiz mi olduğunu tespit edilebilmesine kadar geniş bir uygulama sağlanması demektir. Bu da tehlikeyi sanal alanda muhalefet eden kişilere yöneltebilmektedir. Dolayısıyla insanlar bir yere üye olurken, bir şeyler yazarken veya miting ve gösteri yürüyüşlerine katılma konusunda buna dikkat ederek düşüncelerini açıklamayabilecektir. Bu süreç muhalefet hakkı bakımından, muhalefeti oluşturan bireylerin ve ağların algoritmik sistemler tarafından hedef haline gelmesi veya bastırılabilmesi nedeniyle özellikle risk barındırır.

<sup>166</sup> AİHM, *Roman Zakharov/Russia*, parag. 179.

<sup>167</sup> AİHM, *Szabó ve Vissy/Macaristan*, parag. 89.

<sup>168</sup> AİHM, *Big Brother Watch ve diğerleri/Birleşik Krallık*, parag. 347-356.

<sup>169</sup> AİHM, *Big Brother Watch ve diğerleri/Birleşik Krallık*, parag. 356-361.

<sup>170</sup> United Nations General Assembly Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, David Kaye*, A/HRC/29/32, 22.05.2015, parag. 16-18.

<sup>171</sup> AİHM, *Roman Zakharov/Rusya*, parag. 232-234; AİHM, *Big Brother Watch ve diğerleri/Birleşik Krallık*, parag. 356.

Algoritmik sistemlerin insan hakları ihlallerine ilişkin standartların oluşturulduğu Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararı bu alanda nadir incelemelerden biridir. Bu tavsiye kararlar üye devletlere şeffaflık, ayrımcılık karşıtlığı, hesap verebilirlik ve insan haklarına uygunluk gibi ilkeler çerçevesinde algoritma mekanizmalarını düzenlemelerini önermektedir.<sup>172</sup> Bu tavsiyenin kapsamı verinin toplanması, saklanması, işlenmesi, analiz edilmesi ve sonuçların kişiler üzerinde uygulanması aşamalarının hepsini kapsamakta ve insan haklarıyla uyumlulaştırılmasını hedeflemektedir.<sup>173</sup> Bu ilkeler bağlamında algoritmik profillemenin demokratik toplumda hangi şekillerle sınırlanması gerektiğine dair normatif bir çerçeve sağlar.

AİHM'in önüne gelen davalara bakıldığında doğrudan algoritmik profillemeye ilgili konular sınırlı olmakla beraber bunun farkındalığı giderek artmaktadır. Bu konuya ilişkin *Glukhin/Rusya*<sup>174</sup> kararı önemli bir noktada durmaktadır. Davaya ilişkin olayda, Moskova'da 2020 itibarıyla üç binden fazla canlı yüz tanıma sistemini (*facial recognition system*) içeren CCTV kamerasının kullanıldığı ifade edilmiştir.<sup>175</sup> Başvuran ise, daha önce tutuklanmış siyasi bir aktivist olan Konstantin Kotov'un karton figürü ve üzerinde barışçıl protesto hakkını kullandığı için tutuklu olduğunu eleştiren bir pankartla 23 Ağustos 2019 tarihinde metroya binmiştir.<sup>176</sup> Moskova polisi, sosyal medyayı gözetlerken bu karton figürün ve pankartın çekildiği resmi görmesi üzerine, CCTV kameralarını takip ederek kişinin kimliğini tespit etmiştir. Bunun üzerine başvuran, yerel makamlara bildirimde bulunulmadan gösteri düzenlemesi nedeniyle yargılanmış ve suçlu bulunmuştur.<sup>177</sup> Burada iki problem mevcuttur. İlki Rusya polis teşkilatında aşırıcılıkla mücadele birimi (*the police anti-extremism unit*) kurularak internetin polis tarafından izlenmesi, olası bir aşırılık durumunda müdahale etmesi sağlanmıştır.<sup>178</sup> İkinci olarak da Rusya'da 1995 tarihli Operasyonel Arama Faaliyeti Yasası ile suçların tespiti, önlenmesi ve soruşturulması için suçluların kimliklerinin tespit edilmesi amaçlanmıştır.<sup>179</sup> Bu davayla AİHM, ilk defa yüz tanıma teknolojisinin kapsamlı gözetim kullanımını değerlendirmiş ve bu tür yüksek derecede müdahaleci teknolojilerin hem özel hayata ilişkin hem ifade özgürlüğü üzerindeki etkilerinin ağır olacağını vurgulamıştır.<sup>180</sup> Mahkeme, yüz tanıma teknolojilerinin kamu düzeni ve güvenlik gerekçesiyle meşrulaştırılamayacağını belirtmiştir. Ayrıca, bu teknolojinin barışçıl gösterilerde kişiyi tanımlamak ve tutuklamak için kullanılmasının demokratik toplumda gerekli görülemeyeceğini ifade etmiştir.<sup>181</sup> Dolayısıyla algoritmik profillemeye, muhalefetin hem ifade biçimini sınırlamada hem de potansiyel eleştirel söylemleri ve örgütlenmeyi önden tespit ederek bastırabilmekte etkili olarak muhalefet hakkını ihlal edebilmektedir.

BM İnsan Hakları Konseyi'nin dijital çağda mahremiyet ve haklara ilişkin raporları, algoritmik profillemeye şeffaflık eksikliği, belirsiz aralıklar ve hesap verebilirlik sorunları gibi yapısal sorunlara işaret etmektedir. Bu raporlar, devletler ve teknoloji şirketleri tarafından kullanılan algoritmik sistemlerin insan haklarını ihlal eden sonuçlara yol açmasını önlemek için, risk değerlendirmelerinin açıklanması, denetim gözetimi ve bireysel itiraz/değişiklik önlemleri gibi koruyucu tedbirlerin alınması gerektiğini vurgulamaktadır.<sup>182</sup> Benzer şekilde Avrupa Veri Koruma Kurulu'nun yüz tanıma teknolojilerinin kullanımına dair ortaya koyduğu ilkelerini içeren belgede, biyometrik verilerin

<sup>172</sup> Council of Europe Committee of Ministers, *Recommendation CM/Rec (2020)1 of the Committee of Ministers to Member States on the Human Rights Impacts of Algorithmic Systems*, CM/Rec(2020)1, 08.04.2020.

<sup>173</sup> Council of Europe Committee of Ministers, *Recommendation CM/Rec(2020)1*, 2-3.

<sup>174</sup> AİHM, *Glukhin/Rusya*, Başvuru No: 11519/20, 04.07.2023; Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Çev. Buğra Pakbeşe, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Glukhin/Rusya Kararı (Başvuru No: 11519/20) Çevirisi," *Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (Haziran 2024): 59-84.

<sup>175</sup> AİHM, *Glukhin/Rusya*, parag. 5.

<sup>176</sup> AİHM, *Glukhin/Rusya*, parag. 7.

<sup>177</sup> AİHM, *Glukhin/Rusya*, parag. 12-14.

<sup>178</sup> AİHM, *Glukhin/Rusya*, parag. 8.

<sup>179</sup> AİHM, *Glukhin/Rusya*, parag. 21.

<sup>180</sup> AİHM, *Glukhin/Rusya*, parag. 88.

<sup>181</sup> AİHM, *Glukhin/Rusya*, parag. 90.

<sup>182</sup> United Nations General Assembly Human Rights Council, "The Right to Privacy in the Digital Age," A/HRC/48/31, 13.09.2021, parag. 22-29.

işlenmesinin yüksek riskli olması ve bu işlemlerin kişilerin yaşamını doğrudan etkileyen sonuçlar doğurması nedeniyle yalnızca istisnai hallerde uygulanabileceği ifade edilmiştir.<sup>183</sup>

Bu noktada günümüzde yüz tanıma ve biyometrik tarama teknolojilerinin yaygınlaşmasıyla birlikte, toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmasıyla bir tür zorunlu kimlik açıklamasına dönüşmektedir. Bu da muhalefet etmeyi, kişilerin, algoritmik sistemler tarafından tespit edilip profillenmekten korkmaları ve aileleri, iş çevreleri veya sosyal ilişkileri üzerinde “misilleme” yaratma riski yüzünden zorlaştırmaktadır.<sup>184</sup> Bu durum da kişileri ifade özgürlüğü ve toplantı haklarını kullanmaktan alıkoyan bir caydırıcı etki yaratmaktadır.<sup>185</sup> Bu zararlı etkilere karşı bir araç olarak, sosyal medya platformlarında ve toplantı ile gösteri yürüyüşlerinde maske takma yoluyla anonim olmak algoritmik profillemeye metodlarına kalkan işlevi görebilmektedir. Nitekim çeşitli devletlerin hukuki rejimlerinde anonimliği ortadan kaldırmak için toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde maske takarak kimliğini gizleyen kişiler için idari veya cezai yaptırım öngörülmektedir.<sup>186</sup> Bu noktada Şirin, ABD Yüksek Mahkemesi’nin içtihadına atıfta bulunarak anonim ifadeyi kişilerin baskı görmeden düşüncelerini açıklayabilecekleri “onurlu bir savunma ve bir muhalefet geleneği” olarak tanımlar.<sup>187</sup> Dolayısıyla algoritmik profillemeye karşı anonim olmanın da muhalefet hakkı içinde kurucu bir rolünün olduğu söylenebilir.

## SONUÇ

Bu araştırma, devletin dijital gözetiminin insan hakları hukuku içinde özel hayata saygı ilkesi, mahremiyet ve kişisel verilerin korunması çerçevesinin, muhalefet etme üzerindeki etkileri incelemekte yetersiz kaldığını ortaya koymaktadır. Çünkü devletin dijital gözetimi; siyasal çoğulculuğu, demokratik denetimi ve kamusal eleştiriyi sınırlandıran yapısal bir iktidar tekniğidir. Bu nedenle araştırmada dijital gözetim, muhalefet hakkı bağlamında yeniden değerlendirilmektedir.

Muhalefet etme, iktidarın karşısında konumlanarak onu gözetleme, denetleme, eleştirme ve ona alternatif sunmayı kapsayan her türlü faaliyetlerdir. Tarih boyunca insanların temel amacı da iktidarın keyfiliğine engel olmak için iktidarı sınırlandırmaktır. Dolayısıyla muhalefet iktidarı sınırlandırmayla ilişkili çoğu yapıda varlığını göstermektedir. Muhalefetin aktif faaliyet göstermediği bir yerde iktidarın sınırlandırılmasının zor olacağı aşikardır. Bunun sonucunda da otoriter, baskıcı, keyfi rejimler ortaya çıkacaktır.

Bu yüzden muhalefetin hem iktidarın sınırlandırılabilmesi hem insan haklarının korunması hem de çoğulcu, katılımcı demokrasilerin var olabilmesi için bir hak olarak güvence altına alınması gerekmektedir. Günümüzde bu çalışmada oluşturulan kapsamıyla muhalefet hakkı doğrudan bir hukuk metninde yer almamaktadır. Ancak birçok hakla iç içe olduğu için bağlantılı olduğu hakların korunmasından dolayı olarak yararlanmaktadır. Bu yapısı nedeniyle çatı bir hak olarak ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü gibi özgürlüklere siyasi içerik kazandıran ve onların iktidarı gözetleme, denetleme ve dönüştürme işlevini vurgulayan üst bir çerçevedir. Bu yüzden muhalefet hakkının zayıflatılması, tekil özgürlüklerin ihlal edilmesinden daha derin ve sistematik problemler doğurmaktadır.

Diğer taraftan siyasi iktidarın -devletin- gözetim, denetim ve disipline etme pratikleri muhalefet hakkıyla doğrudan karşı karşıya gelmektedir. Devlet, bireylerin gözetimini ve denetimini sağlayarak onları disipline etmekte, böylece bireyler üzerindeki tahakkümünü sürdürmeye çalışmaktadır. Muhalefet de bunun aksine siyasi iktidarın kendisine ve uygulamalarına karşı konum aldığı için devlet tarafından sürekli bir sınırlandırma tehlikesi altındadır.

Gelişen teknolojiyle devletin gözetim faaliyetleri de değişmekte ve devlet, insan hayatı üzerinde daha kapsamlı bir gözetim ve denetim pratiğine sahip olmaktadır. Buradan da etkilenecek ilk

<sup>183</sup> European Data Protection Board, *Guidelines 05/2022 on the Use of Facial Recognition Technology in the Area of Law Enforcement*, (26.04.2023), 9.

<sup>184</sup> Tolga Şirin, “Toplantı ve Gösterilerde Yüzünü Gizleme Suçu (Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı Perspektifinden Bir Analiz),” *Anayasa Yargısı* 42, no. 2, (2025): 823.

<sup>185</sup> Şirin, “Toplantı ve Gösterilerde,” 825.

<sup>186</sup> Şirin, “Toplantı ve Gösterilerde,” 781-782.

<sup>187</sup> Şirin, “Toplantı ve Gösterilerde,” 784.

kurumlardan biri muhalefet hakkıdır. İnternetin çok çeşitli sanal kamusal alanlar yaratmasıyla çoğulcu, herkesin katılabildiği ve fikirlerini söyleyebildiği demokratik alanlar oluşacağı düşünülmüştür. Ancak devletin dijital gözetim araçları belli açılardan bu durumu engellemektedir.

Bütün bunlardan hareketle, MOBESE kameralarının, *E-devlet*, *E-nabız*, parmak izi tarama gibi biyometrik veri toplama sistemlerinin, algoritmik profillemeye gibi karmaşık bilgisayar sistemlerinin muhalefet etmeyi sınırlandırma potansiyelinin olduğu görülmektedir. Adem-i merkeziyetçi, bağımsız, özgür ve herkese ulaşan bir internet ideali başka bir deyişle sanal kamusal alan ideali şu an için mümkün görünmemektedir. Devletlerin ve ulus aşırı şirketlerin hegemonyasında olan bu yapı uzamsal ve zamansal olarak günümüz dünyasından farklı olsa da iktidar pratikleri ve tahakküm ilişkileri noktasında benzerdir. Hatta bu pratikleri yeniden üretmektedir. Bu noktada internete erişimin engellenmesi ve erişim kısıtlamaları sanal kamusal alanı işlevsizleştirerek muhalefetin dolaşımını daraltmaktadır. Biyometrik gözetim ve algoritmik profillemeye teknolojileri ise, muhalefeti sınırlamakla kalmayan, önceden öngörme ve ayrıştırma yoluyla politik alanı düzenleme ihtimaline sahiptir.

Bunlardan hareketle devletin dijital gözetiminin muhalefet hakkına etki ettiği üç temel sonuç ortaya konabilir. İlk olarak, gözetim faaliyetleri kamusal görünürlüğü azaltabilmekte, sanal ve fiziksel kamusal alanları daraltabilmektedir. İkinci olarak iletişimin gözetlenmesi veya gözetlenmesine dair öngörü, muhalefetin örgütlenmesini caydırıcı etki nedeniyle zayıflatmaktadır. Üçüncü olarak, algoritmik sistemler aracılığıyla muhalefet edenler, politik bir özne olmaktan çıkarılarak, toplum için risk profillerine indirgenmekte, demokratik yapının çoğulculuğu zedelenmektedir. Bu noktada, devletin dijital gözetiminin hukuki değerlendirmesi, muhalefet hakkının korunması perspektifini de içine alacak şekilde düşünülmelidir. Devletlerin dijital gözetim politikaları da AİHM'in uyguladığı üç aşamalı test olarak adlandırılan kanunilik, meşru amaç ve demokratik bir toplumda gereklilikle orantılılık ölçütlerinin dışında muhalefet hakkı üzerinden etkileri bakımından sürekli bir denetime de tabi tutulmalıdır.

## KAYNAKÇA

- Agamben, Giorgio. *İstisna Hâli*. Çeviren Kemal Atakay. Ayrıntı Yayınları, 2018.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali, Cemal Bali Akal ve Levent Köker. *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*. İmge Yayınevi, 1994.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali. *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*. İletişim Yayınları, 2015.
- Akad, Mehmet, Bihterin Vural Dinçkol ve Nihat Bulut. *Genel Kamu Hukuku*. Der Yayınları, 2019.
- Akdeniz, Yaman ve Ozan Güven. *Üst Düzey Kamu Şahsiyetlerinin İncinen İtibar, Onur ve Haysiyet Yılı: Engelliweb 2021*. İfade Özgürlüğü Derneği, 2022.
- Algan, Bülent. "Dissolution of Political Parties by the Constitutional Court in Turkey: An Everlasting Conflict Between the Court and the Parliament?." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no. 2 (2011): 809-836.
- Algan, Bülent. *Muhalefet Hakkı ve Türkiye'deki Görünümü*. Adalet Yayınevi, 2015.
- Aliyev, Cabir. *Çevrimiçi İfade Özgürlüğü: Teorisi ve Hukuku*. Liberte Yayınları, 2018.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım: Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*. Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Aral, Berdal. *Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak Kolektif Haklar*. Siyasal Kitabevi, 2010.
- Arslandaş Toktaş, Selma, Mutlu Binark, Ergin Şafak Dikmen, Işık Barış Fidaner, Elif Küzeci ve Alkım Özyaygen. *Türkiye'de Dijital Gözetim: T.C. Kimlik Numarasından E-Kimlik Kartlarına Yurttaşın Sayısal Bedenleniş*. Alternatif Bilişim Derneği, 2012.
- Aybay, Rona. *İnsan Hakları Hukuku*. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2019.
- Badiou, Alan. *Can Politics Be Thought*. Duke University Press, 2018.
- Barker, Rodney. "Introduction." İç. *Studies in Opposition*, editör Rodney Barker. The Palgrave Macmillan Press, 1971.
- Batum, Süheyl, Didem Yılmaz, Serkan Köybaşı. *Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*. On İki Levha Yayınevi, 2021.
- Bauman, Zygmunt ve David Lyon. *Akışkan Gözetim*. Çeviren Elçin Yılmaz. Ayrıntı Yayınları, 2016.
- Bauman, Zygmunt. *Cemaatler: Güvenli Olmayan Dünyada Güvenlik Arayışı*. Çeviren Nurdan Soysal. Say Yayınları, 2016.
- Bauman, Zygmunt. *Yasa Koyucular ile Yorumcular*. Metis Yayınları, 2018.
- Bigo, Didier. "Digital Surveillance and Everyday Democracy." İç. *The Routledge International Handbook of Criminology and Human Rights*, editör Leanne Weber, Elaine Fishwick ve Marinella Marmo. Routledge, 2017.
- Brubaker, Rogers. *Nationalism Reframed: Nationhood and the National Question in the New Europe*. Cambridge University Press, 1996.
- Bulmer, Elliot. *Opposition and Legislative Minorities: Constitutional Roles, Rights and Recognition*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2021.
- Bychawska-Siniarska, Dominika. *Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention On Human Rights: A Handbook for Legal Practitioners*. Council of Europe, 2017.
- Cartledge, Paul. *Pratikte Antik Yunan Siyasi Düşüncesi*. Çeviren Kıvanç Tanrıyar. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013.
- Coşkun, Başak. *Neoliberal İktidar ve Özne: Foucault'nun İzinde Güncel Bir İnceleme*, Notabene Yayınları, 2019.
- Council of Europe Committee of Ministers, *Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to Member States on the Human Rights Impacts of Algorithmic Systems*, CM/Rec(2020)1, 08.04.2020.
- Çebi, Sezgin Seymen. *Anayasalcılık ve Politik Olan*. Adalet Yayınevi, 2021.

- Çoban, Barış. "Göz ve İktidar: Vitrinlere Değil Gökyüzüne Bak!" *LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi* 5, no. 1 (2014): 1-15.
- Dacheux, Eric. "Kamusal Alan: Demokrasinin Anahtar Bir Kavramı." İç. *Kamusal Alan*, editör Eric Dacheux, çeviren Hüseyin Köse. Ayrıntı Yayınları, 2012.
- Dahl, Robert A. *Demokrasi ve Eleştirileri*. Çeviren Levent Köker. Yetkin Basımevi, 1993.
- Daver, Bülent. *Siyasal Bilime Giriş*. AÜSB Yayınları, 1968.
- Deleuze, Gilles. "Postscript on the Societies of Control." *October* 59 (1992): 3-7.
- Demircan, Gülçin. "Gözetim ve Gözetimin Toplumsal Meşruiyeti Üzerine Bir İnceleme." *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi* 21. Özel Sayı (2019): 2033-2062.
- Douzinan, Costas. *İnsan Hakları ve İmparatorluk: Kozmopolitanizmin Siyasal Felsefesi*. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017.
- Esposti, Sara Degli. Kirstie Ball ve Sally Dibb. "What's In It For Us? Benevolence, National Security, and Digital Surveillance." *Public Administration Review* 81, no. 5 (2021): 862-873.
- European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). Draft Report on the Role of The Opposition: on the Basis of the Comments by Ms. Angelika Nussberger (Substitute Member, Germany) and Mr. Ergun Özbudun (Member, Turkey). CDL-DEM(2009)003.
- European Commission for Democracy Through Law, "Preliminary Opinion on the Draft Law on the Parliamentary Opposition in Ukraine." (Opinion No. 422 / 2006, CDL-AD(2007)015.
- European Court of Human Rights. *The European Convention on Human Rights: A Living Instrument*. Council of Europe, 2021.
- European Data Protection Board, *Guidelines 05/2022 on the Use of Facial Recognition Technology in the Area of Law Enforcement*, (26.04.2023).
- Foucault, Michel. *Hapishanenin Doğuşu*. Çeviren Mehmet Ali Kılıçbay. İmge Yayınevi, 1992.
- Gasche, Rodolphe. *The Tain of the Mirror: Derrida and The Philosophy of Reflection*. Harvard University Press, 1986.
- Giddens, Anthony. *Ulus-Devlet, Şiddet*. Çeviren Cumhur Atay. Kalkedon Yayınları, 2008.
- Göksu, Vahap. *Kamusal Alan ve Siyasal Katılım Mecrası Olarak Sosyal Medya*. Çizgi Kitabevi, 2016.
- Göze, Ayferi. *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*. Beta Yayınları, 2017.
- Gözler, Kemal. *İnsan Hakları Hukuku*. Ekin Yayınları, 2020.
- Gramsci, Antonio. *Hapishane Defterleri: Seçmeler*. Çeviren K. Somer. Belge Yayınları, 1986.
- Habermas, Jürgen. *Kamusallığın Yapısal Dönüşümü*. Çeviren Tanıl Bora ve Mithat Sancar. İletişim Yayınları, 2018.
- Hamilton, Madison ve Jay, *Anayasa Üzerine Düşünceler: Federalistlerin Makalelerinden Seçmeler*. Çeviren Mümtaz Soysal. Yenilik Basımevi, 1962.
- Jamieson, Kathleen Hall ve Joseph N. Capella. *Echo Chamber: Rush Limbaugh and The Conservative Media Establishment*. Oxford University Press, 2010.
- Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*. Yetkin Yayınları, 2013.
- Karakehya, Hakan. "Gözetim ve Suçla Mücadele: Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 58, no. 2 (2009): 319-357.
- Kılıç, Muharrem. *İnsan Hakları Epistemesinin Dönüşümü: Değer, Norm ve Sistem Üçlemesi*. On İki Levha Yayıncılık, 2025.
- Kuçuradi, Ioanna. *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları*. Türkiye Felsefe Kurumu, 2016.
- Kumar, Devendre. "Role of Opposition in a Parliamentary Democracy." *Indian Political Science Association* 75. no. 1 (Ocak-Mart 2014): 165-170.
- Laval, Christian. "'The Invisible Chain': Jeremy Bentham and Neoliberalism." *History of European Ideas* 43, no. 1 (2017): 34-52.

- Marx, Gary T. "The Surveillance Society: The Threat of 1984-Style Techniques." *The Futurist* (1985): 21-26.
- Mayo, Henry B. *Demokratik Teoriye Giriş*. Çeviren Emre Kongar. Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, 1964.
- Michels, Robert. *Siyasi Partiler: Modern Demokrasideki Oligarşik Eğilimlerin Sosyolojik İncelemesi*. Çeviren İmre Sipahi. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021.
- Mouffe, Chantel. *Demokratik Paradoks*. Çeviren A. Cevdet Aşkın. Epos Yayınları, 2001.
- Neucleous, Mark. *Güvenliğin Eleştirisi*. Çeviren Tonguç Ok. NotaBene Yayınları, 2014.
- Newman, Saul. *Bakunin'den Lacan'a: Anti-Otoriteryanizm ve İktidarın Altüst Oluşu*. Çeviren Kürşad Kızıltuğ. Metis Yayınları, 2001.
- Ochoa, Christopher Smith, Frank Gadinger ve Taylan Yıldız. "Surveillance Under Dispute: Conceptualising Narrative Legitimation Politics." *European Journal of International Security* 6 (2021): 210-232.
- Özer, Hazan Dicle. "Mobese İzleme ve Kayıtları: Gözetim Toplumu Bağlamında Bir Değerlendirme." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 1 (2022): 459-500.
- Pakbeşe, Buğra. *Uluslararası İnsan Hakları Koruma Mekanizmalarının Etkililiği Çerçevesinde Avrupa Konseyi Örneği*. Lykeion Yayınları, 2023.
- Parliamentary Assembly. Procedural Guidelines on the Rights and Responsibilities of the Opposition in a Democratic Parliament. Res. 1601 (2008). <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17626&lang=en>, erişim tarihi: Mart 12, 2026.
- Piza, Eric L. "The History, Policy Implications, and Knowledge Gaps of the CCTV Literature: Insights for the Development of Body-Worn Video Camera Research." *International Criminal Justice Review* 20, no. 10 (2018): 1-21.
- Poggi, Gianfranco. *Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım*. Çeviren Şule Kut ve Binnaz Toprak. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012.
- Richards, Neil M. "The Dangers of Surveillance." *Harvard Law Review* 126 (2013): 1934-1965.
- Rosen, Jeffrey. *The Naked Crowd: Reclaiming Security and Freedom in an Anxious Age*. Random House Trade Paperbacks, 2005.
- Sartori, Giovanni. "Opposition and Constitutional Opposition." İç. *Studies in Opposition*, editör Rodney Barker. The Palgrave Macmillan Press, 1971.
- Sartori, Giovanni. "What Is "Politics"?" *Political Theory* 1, no. 1 (Şubat 1973): 5-26.
- Schmidt, Manfred G. *Demokrasi Kuramlarına Giriş*. Çeviren M. E. Köktaş. Vadi Yayınları, 2001.
- Schumpeter, J. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Harper and Brothers, 1947.
- Serdar, Meryem. "Transformation of the Surveillance Society from Panopticon to Omnipicon: The Case of Black Mirror's Episode 'Nosedive'." *OPUS-Journal of Society Research* 20, no. 53. (2023): 398-411.
- Stolleis, Michale. *Yasanın Gözü*. çev. Arif Çağlar. Kitap Yayınevi, 2010.
- Şenel, Alaeddin Şenel. *Siyasi Düşünceler Tarihi: Tarih öncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş*. AÜSBF Yayınları, 1982.
- Şentürk Kara, Eylem ve Alattin Elçiboğa. "Yeni Dünya Düzeninde Gözetlenme: Gözetimden Sanal Gözetime." *Atatürk İletişim Dergisi*, no. 12 (2017): 119-156.
- Şirin, Tolga. "Toplantı ve Gösterilerde Yüzünü Gizleme Suçu (Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı Perspektifinden Bir Analiz)." *Anayasa Yargısı* 42, no. 2, (2025): 773-831.
- Tanilli, Server. *Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş*. Say Yayınları, 1981.
- Taşçı, Ufuk. "Güvenlik Amaçlı Gözetim Aracı Olarak Türkiye'de Mobese ve Eleştiriler." *Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 14, no. 2 (2016): 159-190.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*. Beta Yayınları, 2015.
- Tosun, Cengiz Mesut. "Gözetleyen Hukuku." *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 19 (2015): 223-236.

Turgut, Nükhet. *Siyasal Muhalefet*. Birey ve Toplum Yayıncılık, 1984.

United Nations General Assembly Human Rights Council, “The Right to Privacy in the Digital Age,” A/HRC/48/31, 13.09.2021.

United Nations General Assembly Human Rights Council, *Internet Shutdowns: Trends, Causes, Legal Implications and Impacts on a Range of Human Rights*, A/HRC/50/55, 13.05.2022.

United Nations General Assembly Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, David Kaye*, A/HRC/29/32, 22.05.2015.

Uygun, Oktay. *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*. On İki Levha Yayınevi, 2020.

Westerlund, Mika, Diane A. Isabelle, Seppo Leminen. “The Acceptance of Digital Surveillance in an Age of Big Data.” *Technology Innovation Management Review* 11, no. 3 (2021): 32-44.

Wood, David Murakami. “The ‘Surveillance Society’: Questions of History, Place and Culture.” *European Journal of Criminology* 6, no. 2 (2009): 179-194.

Yalçın, Cemre Edip. *Klasik Kamusal alandan Sanal Kamusal Alana: Demokrasi ve İnsan Hakları İdeali İçin Normatif Bir Değerlendirme*. On İki Levha Yayınları, 2022.



e-ISSN: 2667-6117  
Yıl / Year: 2026  
Cilt / Volume: 8  
Sayı / No: 1

Eserin Türü /  
Manuscript Type  
Araştırma Makalesi  
/ Research Article  
DOI:  
10.47136/asbuhfd.191  
7586



# KORUMA SÜRESİ SONA EREN MARKALARIN HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE KORUNMASI

## Unfair Competition Protection for Expired Trademarks

Sena YALÇIN

### Öz

Marka hakkı, sınai mülkiyet mevzuatı ve haksız rekabet hükümleri kapsamında korunur. Doktrinde, sınai mülkiyet haklarının kümülatif korumaya tabi olduğu kabul edilmekle birlikte kümülatif korumanın mahiyetine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Çalışmamızda, rekabet hukukuna ilişkin ilkeler, haksız rekabet hükümleri ve marka hakkına ilişkin kavramlar ele alınarak, bu müesseselerin tesis etmeyi amaçladıkları menfaatler irdelenmiş, Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında koruma süresi sona eren markaların taklit serbestisi ve kamuya mal olma ilkeleri göz önüne alınarak haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korumasının ne ölçüde mümkün olduğu tartışılmıştır. Özellikle koruma süresi sona eren markaların emeğin korunması ilkesi bağlamında haksız rekabete konu olması incelenmiş, bu markaların geride bıraktığı imaj ve itibardan rekabet hakkının kötüye kullanılması yoluyla haksız yararlanılmasına ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Fikri mülkiyet hukuku'nun, rekabet hukuku'nun ve haksız rekabet hukuku'nun koruduğu menfaatler tespit edilerek ilgili hükümlerin hukuk birliği çerçevesinde yorumlanmasının dürüst rekabet ortamının tesisine ve güçlendirilmesine ilişkin önemi vurgulanmıştır.

### Abstract

Trademark rights are protected under both industrial property legislation and the legal framework governing unfair competition. Although prevailing legal doctrine acknowledges the principle of cumulative protection for industrial property rights, considerable theoretical divergence remains regarding the precise nature of this protection. Within this context, the present study critically examines the concepts of competition law, unfair competition and trademark rights. By analyzing the underlying legal interests that these institutions seek to safeguard, this article explores to which extent trademark-following the expiration of their statutory protection period under the industrial property law- may continue to benefit from legal protection under the provisions of unfair competition, particularly in light of the principles of freedom of imitation and the public domain. The study specifically examines how post-term trademarks become subject of unfair competition within the context of the principle of the protection of labor and it evaluates the unfair exploitation of residual image and reputation of such trademarks through the abuse of the right to compete. Finally, by identifying the specific interest safeguarded by intellectual property law, competition law and unfair competition law, this article emphasizes the importance of interpreting the relevant provisions within the framework of the unity of the legal system to establish and reinforce a fair competitive environment.

Makale Gönderim Tarihi / Received: 27.03.2026

Makale Kabul Tarihi / Accepted: 15.06.2026

Hakem Değerlendirmesi / Peer Review: Çift kör hakem. Double peer-reviewed.

### Anahtar Kelimeler / Keywords:

Marka, Haksız Rekabet, Fikri Mülkiyet, Koruma Süresi, Emeğin Korunması İlkesi / Trademark, Unfair Competition, Intellectual Property, Term of Protection, The Principle of Protecting of Intellectual Labor.

### Atıf / Citation:

Yalçın, Sena. "Koruma Süresi Sona Eren Markaların Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8, no.1 (2026) 163-187.

### Yazar Bilgileri / Authors Information:

Arş. Gör., Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, senaylenn@gmail.com, ORCID: 0000-0002-8168-2634

### Teşekkür / Acknowledgments: Bulunmamaktadır.

Finansal Destek / Financial Support: Finansal destek alınmamıştır.

Çıkar Çatışması / Conflict of Interest: Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence: Yapay zeka araçlarından yararlanılmıştır.

## Extended Summary

Trademark rights are protected under both industrial property legislation and the legal framework governing unfair competition. Although prevailing legal doctrine acknowledges the principle of cumulative protection for industrial property rights, considerable theoretical divergence remains regarding the precise nature of this protection. Within this context, the present study critically examines the concepts of competition law, unfair competition and trademark rights. By analyzing the underlying legal interests that these institutions seek to safeguard, this article explores to which extent trademark-following the expiration of their statutory protection period under the industrial property law- may continue to benefit from legal protection under the provisions of unfair competition, particularly in light of the principles of freedom of imitation and the public domain. In the Turkish Trade Mark regime which is rooted in EU Regulation(2015/2424) and Directives (2015/2436) the prevailing approach to acquisition of trademark rights is the principle of genuine and superior right ownership, grounded in the principle of priority. In this regard, both the provisions of the Industrial Property Law and Turkish Commercial Code-which safeguard the trademark as a distinctive sign and protect the effort invested in its distinctiveness against unfair competition- place the principle of protection of labor at the core of trademark protection. Therefore, the present study specifically examines how elapsed & expired trademarks become subject of unfair competition within the context of the principle of the protection of labor. Furthermore, it evaluates the unfair exploitation of residual image and reputation of such trademarks through the abuse of the right to compete. The study examines the extent to which the right the freedom of imitation within the framework of the public domain should be restricted in light of the protection of labor principle. Indeed, in legal doctrine, the subjection of post-term trademarks to unfair competition claims is often reduced solely to existence of a “likelihood of confusion”, citing the principle of public domain. The primary concern of the proponents of this view is to prevent the de facto extension of the monopoly right for post-term trademarks, which would otherwise circumvent the provisions of the industrial property law. However, within the context of unfair competition provisions, the principle of the protection of labor does not grant the absolute protection afforded by a monopoly right. This is because the object of protection in this context is not a direct property right over trademark, but rather the preservation of expectation that the labor embodied within the trademark will be safeguarded. Furthermore, restricting the unfair competition protection of trademarks strictly to the likelihood confusion thereby excluding them from the scope of protection of labor principle serves no purpose in the establishment of a fair competition environment. Nor is there an overriding public interest in allowing a trademark to fall into the public domain. As a matter of fact, the German Unfair Competition Act(UWG) explicitly and separately codifies both of these forms of unfair competition. Finally, by identifying interest safeguarded by intellectual property, competition, and unfair competition laws, this article emphasizes the importance of interpreting the relevant provisions legal unity to establish and reinforce a fair competitive environment.

## GİRİŞ

Fikri mülkiyet hakları, sınai mülkiyet hakları ve telif hakları olarak ikiye ayrılır. Telif hakları ise dört eser kategorisinde incelenir. Bunlar; ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleridir. Bu eserlerden, doğan haklar münhasıran hak sahiplerine aittir, üçüncü kişiler ancak eser sahibinin izni dahilinde bu hakları kullanabilir.<sup>1</sup>

Sınai mülkiyet hakları, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m.2/1.1’de belirtilen *marka, coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı model haklarının* tümünü kapsayıcı bir hak tanımıdır. Esasen aynı hak, eşya üzerinde kurulur ve bir varlığın eşya olarak kabul edilebilmesi için fiziki bir varlığa sahip olması gerekir.<sup>2</sup> Sınai mülkiyet hakları ise tarım ve sanayi alanında buluş, yenilik, tasarım ve özgün fikri çalışmaların ilk uygulayıcılarını ve marka, ticaret unvanı vb. ayırt edici ad işaretleri taşıyan ürünleri üretmek, bu ürünleri satmak ve ilgili hizmetleri sunmak gibi yetkileri *belirli süreler için münhasıran* sahiplerinin tekeline bırakan, *maddi olmayan haklardır*. Sınai mülkiyet haklarının maddi varlığa sahip olmaması ve somutlaştığı eşyadan farklı olarak süre ile sınırlı olması bu hakları eşya mülkiyetinden ayırır. Bununla birlikte aynı haklara ilişkin sınırlı sayı ilkesi fikri mülkiyet hakları bakımından da

<sup>1</sup> Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2024), 35.

<sup>2</sup> M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi, 2024), 5.

geçerlidir.<sup>3</sup> Bu haklar eşya hukuku anlamında mülkiyet hakkı kategorisinde görülmemekte, mutlak hakkın başka bir görünümü olan “Fikri Hak” olarak kabul edilmektedir.<sup>4</sup> Fikri hakka konu olan “fikri ürünler” fikri mülkiyet hukukuna tabi iken fikri hakkın üzerinde somutlaştığı maddeye eşya mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır. SMK bağlamındaki marka koruması ise diğer fikri haklardan farklı olarak onar yıllık dönemlerle süresiz olarak uzatılabilir.(SMK m.23)

Marka, ticaret hayatında bir teşebbüsün mal ve/ya hizmetlerini diğerlerinden ayırt etmek için kullanılan bir işarettir.<sup>5</sup> Marka hakkı esasen sahibinin ayırt edici işaret olan markayı seçmesi, meydana getirmesi ve kullanması ile doğar. Bu hakla marka sahibi inhisari nitelikte bir öncelik ve istifade hakkı kazanır. Bu anlamda marka üzerindeki öncelik hakkı, piyasada markayı kullanıldığı mal ve hizmetlerle maruf ve ayırt edici hale getiren kişiye aittir. Bu kişi *gerçek ve üstün hak sahibi* olarak adlandırılır. Markanın tescili ise SMK korumasının teminine yönelik şekli bir uygulamadan ibarettir(SMK m.7/1). Zira marka hakkı niteliğini *gerçek hak sahipliği bağlamında* kullanımla birlikte tescilden önce kazanmıştır.<sup>6</sup> Esasen Sınai Mülkiyet Kanunu bağlamında öngörülen marka hakkının korunması bakımında tescil kurucu nitelik taşır.<sup>7</sup> Ancak SMK m.6/3 ile tescilsiz marka sahibinin haksız rekabet hükümlerince kazandığı hakka üstünlük tanınarak hak sahibine markanın üçüncü kişilerce tesciline itiraz hakkı verilmiştir.<sup>8</sup>

Sınai Mülkiyet Kanunu bağlamında öngörülen marka hakkı kural olarak hak sahibine süre ile sınırlı olmak kaydıyla marka üzerinde inhisari, bir diğer deyişle tekel olarak, yararlanma hakkı verir. Bu yararlanma müspet ve menfi şekilde iki ayrı boyutta incelenir. Bu bağlamda tekel hakkının müspet yönü, hakkın konusu ile ilgili olarak, sahibine ekonomik olarak yararlanma, tasarruf ve markayı kendisi için kullanma hakkını ifade ederken menfi yönü ise hak sahibinin üçüncü kişilerin markadan izinsiz faydalanmalarını engelleyebilmesini ve gerektiğinde tazminat davası açabilmesini ifade eder.<sup>9</sup>

Sınai Mülkiyet Kanunu uyarınca marka, “*bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir.*” Bu kanun çerçevesinde marka koruması ve buna bağlı olarak tekel hakkı tescil ile doğar, 10 yılda bir yenilenmesine bağlı olarak Sınai Mülkiyet mevzuatınca süresiz korunur. Marka hakkı dışındaki diğer sınai mülkiyet hakları bakımından Sınai Mülkiye Kanunu uyarınca süresiz bir koruma söz konusu değildir. Markaya bağlı haklar ve bu bağlamda tekel kullanma yetkisi, markayı üzerinde taşıyan ürün ve hizmetler ve bunların bütünüleyici parçalarını kapsamaz. Ayrıca inhisari yetki, marka hakkının tükenmesi ve ticari hayatın içinde olağan kullanım sınırlamalarına tabidir.<sup>10</sup>

Koruma süresi sona eren sınai mülkiyet hakları kamuya mal olur (Kamuya Mal Olma//Public Domain İlkesi). Bu anlamda üçüncü kişilerin kullanımına açık hale gelir. Kamuya mal olan markalar bakımından iltibas yani karıştırma tehlikesinin varlığı halinde ise TTK bağlamındaki haksız rekabet

<sup>3</sup> Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan ve Hüseyin Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku* (Vedat Kitapçılık, 2021), 458 vd.; Ahmet Mithat Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (Turhan Yayınevi, 2006), 1 vd.; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 35.

<sup>4</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 10.

<sup>5</sup> Kaya, Helvacı, Nomer Ertan ve Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 445.

<sup>6</sup> Arslan Kaya, *Marka Hukuku* (Vedat Kitapçılık, 2024), 105 vd.; Hamdi Yasaman, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt I* (Seçkin Yayınevi, 2021), 30; Tanınmış markaların SMK kapsamında tescilsiz korunması için bkz: Kaya, *Marka Hukuku*, 482 vd.; SMK m.6/3.

<sup>7</sup> SMK m.23/1: “Tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre onar yıllık dönemler halinde yenilenir.”

<sup>8</sup> Sabih Arkan, *Marka Hukuku C.2* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları,1997), 109; Elif Kara, *Türk Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi* (On İki Levha Yayıncılık, 2018), 1.

<sup>9</sup> Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Burçak Yıldız ve Dilek İmirlioğlu, *Sınai Mülkiyet Hukuku* (Adalet Yayınevi, 2021), 18; Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (Adalet Yayınevi, 2015), 35; Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku* (Adalet Yayınevi, 2019), 23.

<sup>10</sup> Kaya, Helvacı Nomer Ertan ve Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 459 vd.

hükümleri devreye girer.<sup>11</sup> Ayrıca marka koruma süresinin sona ermesinin ardından sahibi tarafından kullanılmak kaydıyla emek ilkesi çerçevesinde haksız rekabet hükümlerine göre süresiz olarak korunur.<sup>12</sup> Zira iltibas tehlikesinin kıstasları ile emek ilkesine aykırılık ayrı koşullara tabidir.

Tescilsiz markalar bakımından gerçek hak sahipliği ilkesi çerçevesinde (gerek hak sahipliğinin kullanıma dayalı elde edildiği markalar gerekse koruma süresinin sona ermesi ile *tescilli marka koruması* dışında kalan markalar bakımından) **korumanın sınırları** doktrinde ve Yargıtay kararlarında tam manasıyla açıklığa kavuşturulmuş değildir.<sup>13</sup> Çalışmamızda, koruma süresi sona eren markaların gerçek hak sahipliği ilkesi çerçevesinde emeğin korunması ilkesi ve paraziter rekabet özelinde haksız rekabet hükümleri tarafından korunması irdelenecektir.

## I. MARKANIN KORUMA SÜRESİNİN SONA ERMESİ VE TAKLİT SERBESTİSİ İLKESİ

### A. Marka Hakkının Sona Erme Halleri

Marka hakkının sona ermesi ile literatürde marka üzerindeki Sınai Mülkiyet Kanunundan kaynağını alan korumanın sona ermesi ifade edilir. Marka korumasının sona ermesi belirli hallerde söz konusu olur. Bu sonlanmalar markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi, markanın iptali, markanın tescilden itibaren 10 yıllık sürenin sonunda yenilenmemesi, marka hakkından vazgeçilmesi olarak sıralanabilir.<sup>14</sup>

#### 1. Koruma Süresinin Dolması, Yenilememe veya Marka Hakkından Vazgeçme

Markanın Sınai Mülkiyet Kanunu bağlamında korunma süresi başvuru tarihinden itibaren 10 yıldır(SMK 23/1). Koruma 10 yıllık sürelerle uzatılabilir. Uzatılmaması halinde marka hakkı sona erer ve marka, tescilsiz marka halini alır. Marka hakkı sahibi markanın tescil kapsamında yer alan mal ve hizmetlerin bir kısmından veya tamamından vazgeçebilir. Vazgeçme Türk Patent ve Marka Kurumuna bildirilir.(SMK 28/3)

Marka koruması sona ermeden marka hakkından vazgeçilmesi halinde marka herkesin serbest kullanımına ve yararlanımına bırakılmış demektir. Marka sahibi, marka hakkından vazgeçse de markayı kullanmaya devam edebilir. Bu anlamda yenilenmemiş marka ile benzer nitelik taşır.<sup>15</sup> Ancak vazgeçme halinde iki yıllık kullanım şartı koşulu<sup>16</sup> ile aynı veya benzer mal ve hizmetlere yönelik aynı veya benzer marka başvurularına itiraz hakkı mevcut değildir. Zira marka hakkından vazgeçme yoluyla korumanın sona ermesi tümüyle iradi bir eylemken, yenilememe bir yönüyle iradi bir yönüyle yasadan kaynağını alan bir sona erme niteliği taşır.

#### 2. Markanın Hükümsüzlüğü veya İptali Kararı Sonrası Durum

<sup>11</sup> Kaya, Helvacı, Nomer Ertan ve Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 530; Cahit Suluk, “A Comparative Law Perspective Of The Protection Of Unregistered Industrial Products Under Turkish Unfair Competition Law” *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 7 (2012): 825 vd.

<sup>12</sup> Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, 2016), 175.

<sup>13</sup> Kara, *Türk Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi*, 95; İlhami Güneş, *Marka Hukukunda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler* (Seçkin Yayıncılık, 2015), 92

<sup>14</sup> Bknz: SMK m.25 vd.

<sup>15</sup> Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık, 2012), 490.

<sup>16</sup> Yar. 11.HD, E.2025/632, K.2025/4117, 16.06.2025 (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 29.05.2026) “...Dosyaya Davalı Tarafından İbrahim Edilen Ve Davalı Kurum Dosyasında Da Renkli Örnekleri Bulunan Fiyat Listesi, Broşür Gibi Belgelerde Yer Alan Tescilsiz Kullanımların Yeme İçme Hizmetlerine İlişkin Bulunduğu, Hizmet Markası Kullanımlarının Mal Üzerinde Değil, İlgili Hizmetin Müşteriye Sunumunu Gösterir Şekilde Gerçekleşeceği, Davalının Tescilsiz Markasının Bu Şekilde Kullanımının Markasal Kullanım Niteliğinde Kabul Edilmesinin Gerekliği, Tescilsiz Kullanılan Bir İşaret Üzerinde Gerçek Hak Sahibi Olmak İçin Tescil Veya Tescil Başvurusundan Önce Söz Konusu İşaretin Ticaret Sırasında Markasal Kullanımın Yeterli Olduğu, Başka Bir Şart Aranmasına Gerek Bulunmadığı...); Kaya, Helvacı, Nomer Ertan ve Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 501: Markasal kullanıma, ilgili markanın tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından tescil amacı doğrultusunda süreklilik arz eden biçimde, ciddi ve aktif fiillerle markaya özgü olarak kullanılmasıdır.

Markanın hükümsüzlüğünün tespit edilmesi mutlak veya nispi ret nedenlerinin varlığının tescil sırasında ortaya çıkmaması ve bu sebeplerin markanın tescilinden sonra ileri sürülmesi halinde söz konusu olur.(SMK m.25) Hükümsüzlük kararı SMK m. 27/1 uyarınca geçmişe etkilidir. Bu anlamda marka üzerindeki Sınai Mülkiyet Hakkı koruması hiç doğmamış sayılır.

Markanın iptali SMK m.26 uyarınca, markanın kullanılmaması, markanın yaygın bir ad halini alması, yanıltıcı hale gelmesi, söz konusu garanti markası veya ortak marka ise teknik şartnameye aykırı kullanım hallerinde söz konusu olur. Markanın iptali, talebin Türk Patent ve Marka Kurumuna sunulduğu tarihten itibaren geçerlidir. Marka koruması bu tarihten itibaren ortadan kalkar ve marka sicilden terkin edilir.

## B. Kamuya Mal Olma İlkesi ve Kural Olarak Taklit Serbestisi

Fikri mülkiyete ilişkin haklar serbest yararlanma, taklit ve örnek alma serbestisinin sınırlamalarına ilişkin olsa da, bu alana ilişkin en kesin sınırlama taklit serbestidir. Zira bütün bilimsel, sanatsal ve teknik ilerlemeler daha önceki ilerlemelerin ve bu alandaki birikimlerin esas alınması yolu ile ortaya çıkar. Bu nedenle fikri mülkiyet hukukunda esas olan taklit/benzetme serbestisi iken serbestinin sınırlanması *numerus clausus*(sınırlı sayı) ilkesine tabidir.<sup>17</sup>

Bir ürün veya hizmetin taklit edilmesi *per se* haksız rekabet teşkil etmez. Zira ürün veya hizmetin salt taklidi değil *iltibaslar meydana getirmeye çalışmak* haksız rekabet kabul edilmiştir. Pazarda rekabete girişen kimse taklit edilme riskini göze alır. Bu kişi, ürünün kalitesi veya yan hizmetler gibi rekabet araçlarıyla taklitçi rakiplerini bertaraf eder ve pazar payını korur. Aksi kabulde haksız rekabet hükümlerinin rekabete dayalı ekonomik düzeni koruma amacına aykırı hareket edilmiş olur.<sup>18</sup>

Koruma süresi sona eren fikri ve sınai ürünlerin kamuya mal olması ve serbestçe yararlanılması fikri mülkiyet hukukunun temel ilkelerindendir. Ürünler sürenin sona ermesi ile kamuya mal olur, herkesin kullanımına ve yararlanımına açık hale gelir. Zira hak sahibinin fikri mülkiyet hukuku bağlamında korunacak bir menfaati kalmamıştır.<sup>19</sup> Ancak markalar bakımından SMK’ dan kaynağını alan ek bir koruma söz konusudur. Buna göre yenilememe nedeniyle koruma süresi sona eren marka sahibi, iki yıl içinde bu markayla aynı veya benzer ürünlere ilişkin aynı veya benzer marka başvurusuna, kullanım koşulunu sağlayarak itiraz etme hakkına sahiptir(SMK m.6/8). Kanun koyucu kanaatimizce tescil ilkesinin esas alındığı sınai mülkiyet mevzuatında dahi öngörülen koruma süresinin sona ermesi ile markanın imajının tümüyle ortadan kalkmayacağını zımnen kabul etmiştir. Zira marka sahibi markayı kullanmaya devam ettiği sürece korunmaya değer bir menfaate sahiptir. Bu nedenle taklit serbestisi Fikri mülkiyet mevzuatı eliyle bir ölçüde sınırlandırılmıştır.

Koruma süresinin sona ermesi ile serbest kalan marka üçüncü kişiler tarafından, SMK m.6/8 hükmündeki kısıtlama dışında, haksız rekabet oluşturmamak kaydıyla inhisari hak elde edilmeye açıktır. Ancak patent ve tasarımlarda koruma süresinin sona ermesinin ardından bire bir aynısının eski sahibi veya üçüncü bir kişi tarafından tesciline ve inhisari hak tanınmasına olanak tanınmamıştır. Bu farklılığın sebebi markanın özünde bir yenilik barındırmak zorunda olmamasıdır. Zira marka olarak seçilen ibarede koruma süresinin sona ermesiyle kamuya mal olması, patent ve tasarımların aksine kamunun korunmaya değer üstün bir menfaati bulunmamaktadır.<sup>20</sup>

Markanın temel işlevi, niteliği gereği bir ürünün veya hizmetin kaynağını göstermek ve diğerlerinden ayırt etmektir. Bu nedenle markanın kamuya mal olması patent ve tasarım gibi diğer fikri hakların kamuya mal olmasından farklı nitelik taşır. Tasarım ve Patent gibi fikri haklar endüstriyel veya teknolojik gelişmelerin ürünüdür. Endüstriyel veya teknolojik gelişmeler toplumun her kesiminde fayda sağlar. Dolayısıyla bu ürünlerin sınai mülkiyet mevzuatında öngörülen koruma süresinin sona ermesinin ardından kamuya mal olmasında toplumsal fayda söz konusudur. Ancak koruma süresi sona eren

<sup>17</sup> Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 33.

<sup>18</sup> Ayşe Odman Boztosun, “Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, iç. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI( Bildiriler-Tartışmalar 9-10 Aralık 2005)*. (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005), 215.

<sup>19</sup> Kaya, Helvacı, Nomer Ertan ve Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 530; Odman Boztosun, “Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, 216.

<sup>20</sup> Kaya, *Marka Hukuku*, 117.

markanın kamuya mal olmasında bir fayda olmadığı gibi aynı zamanda karıştırılma tehlikesi ile emek sömürüsü ihtimaline kapı aralar. Bu anlamda taklit serbestisi, marka hakkı bakımından korunmaya değer üstün bir işlev neredeyse taşımaz.

### C. Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet Açısından Taklit Serbestisinin İşlevi

Rekabet, Anayasal güvence altında olan bir hak ve özgürlüktür. Zira Anayasa m.48/1’de düzenlendiği üzere, “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir*” ancak bu ticaret serbestisi bağlamında rekabet özgürlüğü rekabet hakkının sınırsız olduğu anlamına gelmez. Bu kapsamda haksız rekabet hükümlerinin amacı da rekabet özgürlüğünün sınırlarını belirleyerek bu sınırların aşılması halinde ilgili hukuki uygulamaları tespit etmektir.<sup>21</sup>

Rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukukunun koruduğu menfaatler farklı olsa da özünde birbirini besler ve destekler nitelik taşır. Fikri mülkiyet hukuku inhisari/tekelci haklar yolu ile teknolojik yeniliklere, markalara ve eserlere koruma sağlarken, rekabet hukuku pazarda sürdürülebilir bir rekabet ortamının oluşmasını sağlar. Fikri Mülkiyet hukuku tarafından hak sahiplerine sağlanan ayrıcalıklar üretimi ve pazarın gelişmesini sağlarken, rekabet ortamının korunması da yeni üretimlerin, buluşların, daha kaliteli markaların ortaya çıkmasına katkı sağlar.<sup>22</sup> Zira bir ürünü diğerinden ayırt etme işlevi gören marka menşei bildirme işlevi taşır. Bu bağlamda rekabetçi piyasalar bakımından ürüne ulaşma, birden fazla satış kanalı kullanarak ürünün müşteriye ulaştırılmasını sağlama, ürün kalitesinin masrafsız biçimde tahlili gibi getirilerle rekabet düzenini besler.<sup>23</sup>

Fikri Mülkiyet mevzuatına ilişkin hükümler ile rekabet ve haksız rekabet mevzuatına ilişkin hükümler hukuk birliği çerçevesinde adil bir şekilde uygulanmalıdır. Toplumdaki sosyal fayda ve yenilik sahiplerinin çabaları arasında bir denge gözetilmelidir. Dolayısıyla Fikri Mülkiyet hakkının en temel bileşenlerinden biri olan tekel hakkı rekabet hukuku ilkelerine aykırı kullanılamaz. Rekabet Hukuku kuralları ve Fikri Mülkiyet Hukuku kuralları nitelikleri gereği birbirlerini sınırlandırıcı işlevdedir.<sup>24</sup> Ancak aynı zamanda her iki müessese de farklı araçları kullanarak rekabetin korunmasına hizmet eder.<sup>25</sup> Benzer biçimde haksız rekabet hukuku ve rekabet hukuku içerikleri ve koruma usulleri ayrı olsa farklı yöntemlerle aynı menfaatlerin korunmasına hizmet eder.<sup>26</sup> Bu bağlamda kanımızca rekabet hukukundan kaynağını alan taklit serbestisi mutlak biçimde uygulanmamalı emeğin korunması ilkesi doğrultusunda haksız rekabet hükümleri ile sınırlanmalıdır. Zira dürüstlük kuralının bir görünümü olan haksız rekabet hükümleri ile rekabet hakkının dürüst biçimde kullanılması hedeflenmektedir. Şayet taklit serbestisi hakkı kullanılırken emek sömürüsü söz konusu ise bu halde taklit serbestisi hakkı dürüstlüğe aykırı olarak kullanılmış olur.

<sup>21</sup> Nomer Ertan, Helvacı, Kaya ve Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 547.

<sup>22</sup> Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 66.

<sup>23</sup> Kaya, *Marka Hukuku*, 388.

<sup>24</sup> Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 66; Tekinalp, *Fikri Mülkiye Hukuku*, 489.

<sup>25</sup> Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 82.

<sup>26</sup> Nomer Ertan, Helvacı, Kaya ve Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 547 vd.

### **D. Marka Hakkının Sona Ermesi: Tescilli Markadan “Tescilsiz İşaret Statüsüne Geçiş”**

Markanın hakkı, markanın tescilinden bağımsızdır. Tescilli marka SMK marka korumasına tabi iken tescilsiz marka, iktisadi rekabetin en önemli unsurlarından biri olması nedeniyle genel hükümlerle ve özellikle haksız rekabet hükümleri ile korunur. Sınai Mülkiyet Kanunu’nda esasen tescilli markanın korumasına ilişkin hükümler yer alsa da burada kısmen tescilsiz markayı, özellikle tanınmış markayı da koruyan hükümlere de yer verilmektedir(SMK m.5/2, SMK m.6). Marka hakkının feragat, iptal hükümsüzlük veya yenilememe ile sona ermesi halinde tescile bağlanan sonuçlar da ortadan kalkar.<sup>27</sup>

Tescilsiz markaya ilişkin marka hakkı kullanıma dayalı olarak elde edilir. Bu hak önceki kullanımdan kaynaklanır ve sahibine aynı veya benzer markanın *aynı veya benzer mal hizmetler bakımından* tesciline engel olma hakkı verir. Burada itiraz hakkı ilk kez kullanım yoluyla markayı piyasada bilinir hale getiren kişiye aittir.<sup>28</sup>

Sınai Mülkiyet Kanunu’nca sağlanan marka koruması SMK m.23 uyarınca tescil ile başlar ve tescil başvurusundan itibaren 10 yıl süre ile geçerlidir. Yenilenmemiş bir markanın kullanılmaya devam edilmesi Sınai Mülkiyet Kanunu bakımından korumasız kullanmadır.<sup>29</sup> Yenilememe nedeniyle koruma süresi sona eren marka, tescilsiz marka statüsünü alır ancak bu halde tescil koruması sona eren marka, diğer tescilsiz markalardan farklı olarak SMK hükümleri çerçevesinde birtakım korumalara sahiptir.

SMK m.6/8 uyarınca, yenilememe nedeniyle korumanın sona ermesi hallerinde, tescilli marka sahibi markasını kullanmak kaydıyla marka koruma süresin sona ermesinin ardından iki yıllık süre ile aynı veya benzer marka başvurusuna itiraz edebilir. Bu halde marka başvurusu reddedilir. Ortak marka ve garanti markası yönünden bu süre 3 yıldır.(SMK 6/7)

SMK m.6/3 uyarınca, koruma süresi sona eren marka sahibi diğer başvuru sahibinden önce ilgili marka özelinde *önceki hak sahibi* statüsündedir. Bu nedenle marka başvurusunda itiraz edebilir. İtiraz üzerine marka başvurusu reddedilir. Burada SMK hükümleri tescilsiz markayı öncelik ilkesi ile korur.<sup>30</sup>

### **II. SINAİ MÜLKİYET KORUMASI İLE HAKSIZ REKABET ARASINDAKİ İLİŞKİ**

Haksız rekabet, TMK m.2 kapsamında dürüstlük kuralının bir görünümü olarak TTK’de düzenlenmiştir. Dürüstlük kuralının uygulanması bakımından bir süre öngörülemeyeceğinden haksız rekabet koruması da süre ile sınırlı değildir. Fikri mülkiyet ve dolayısıyla sınai mülkiyet koruması ise esasen süre ile sınırlıdır.

Bir fikri ürün olan marka, koşullar sağlandığı takdirde fikri mülkiyet haklarına ilişkin birden çok düzenleme ile korunabilir. Buna kümülatif yani çoklu koruma ilkesi adı verilir.<sup>31</sup>

#### **A. Sınai Mülkiyet Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu İlişkisi**

Marka hakkı, bir fikri ve sınai hak niteliği taşımakla birlikte birden çok hukuk kuralı ile ilintilidir, bu nedenle farklı disiplinlerden kaynağını alan karmaşık bir koruma sistemine sahiptir. Marka, Sınai Mülkiyet Kanunundan kaynağını alan koruma ile Türk Ticaret Kanunu’ndan kaynaklanan haksız rekabet koruması altındadır. Bir hususta birden çok hukuki düzenleme bulunduğu bu düzenlemeler kendi aralarında ya yarışır, ya yığılır veya bu kurallardan biri diğer(ler)ini dışlar. Yarışma söz konusu olduğunda hak sahibinin seçimlik hakkı söz konusu olur. Hukuk kurallarının tanıdığı haklarda bir yığılma söz konusu ise birden çok talep birlikte ileri sürülebilir. Burada taleplerin birbiriyle yarışması veya yığılmasında düzenlemelerin hangi amaca hizmet ettikleri önem taşımaktadır.<sup>32</sup> Bu talepler

<sup>27</sup> Kaya, Helvacı, Nomer Ertan ve Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 509.

<sup>28</sup> Uzunallı, *Marka Hukuku*, 76.

<sup>29</sup> Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 489.

<sup>30</sup> Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2023), 339.

<sup>31</sup> Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 55.

<sup>32</sup> Cahit Suluk, “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması” *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 1, no.3 (2001): 44-45.

bakımından korunmaya çalışılan menfaatin niteliği farklı olduğu ölçüde kümülatif koruma yığılma niteliği taşıyarak sahibine birden çok hakkı bir arada talep etme hakkını verecektir.

Haksız rekabet hükümleri ve Sınai Mülkiyet Kanunundan kaynaklanan hükümler marka hakkına kümülatif olarak uygulanır. Gerekliğinde şartlar mevcutsa haksız rekabet hükümleri tamamlayıcı olarak değil doğrudan birincil derecede uygulanır zira bu düzenlemelerin koruduğu değerler birbirinden farklıdır.<sup>33</sup> Bu anlamda özel kanun genel kanun yarışmasındaki *Lex Specialis* kuralı uygulama alanı bulmaz. Zira fikri mülkiyet koruması ile amaçlanan marka üzerindeki hakkın ve hak sahibinin korunması iken haksız rekabet koruması ile amaçlanan dürüstlük ilkesine aykırı ticari yöntemlere karşı emeğin korunmasıdır (Emek İlkesi).<sup>34</sup> Dolayısıyla iki hukuk dalına ilişkin yorum yaparken hukuk düzeninin birliği esas alınarak, birbirini tamamlayıcı işlevde yorum yapılmalı, yasal düzenlemelerden biri diğerini işlevsiz kılacak şekilde yorumlanmamalıdır.<sup>35</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kümülatif korumaya ilişkin uzun yıllardır süregelen görüşünü değiştirmiş ve SMK korumasının haksız rekabet korumasını dışladığı yönünde kararlar vermeye başlamıştır. Ancak karşı oy yazılarında haklı olarak ifade edildiği üzere korunan menfaatlerin birbirinden farklı olması, iki kanun arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi bulunmaması ve menşe AB müktesebatında kümülatif korumanın kabul görmesi göz önünde bulundurulmalı ve bizce de Daire süregelen görüşüne geri dönmelidir.<sup>36</sup>

Özel mevzuatı çerçevesinde tescil edilmemiş fikri mülkiyet haklarının haksız rekabet hükümlerine göre emeğin korunması ilkesi bağlamında korunması hususunda bir tereddüt yoktur.<sup>37</sup> Bu nedenle Sınai Mülkiyet Kanunu bakımından zamanaşımına uğramış marka hakkına ilişkin bir talebin haksız rekabet düzenlemelerine dayanarak ileri sürülebileceğine ilişkin görüşler mevcuttur.<sup>38</sup> Sınai Mülkiyet Kanununda tescil sistemi esas alınmış olmakla beraber, marka hakkının aslen seçilme ve kullanma ile meydana geldiği göz ardı edilmemiş, bu bakımdan karma bir sisteme yer verilmiştir.<sup>39</sup> Zira daha önce ifade ettiğimiz üzere gerçek hak sahipliği ilkesi uyarınca marka hakkının doğması bakımından tescil kurucu nitelik taşımaz; tescil burada SMK'dan kaynağını alan korumanın başlaması bakımından önem taşır.<sup>40</sup>

<sup>33</sup> Yar. 11. HD, E. 2022/5691, K.2024/1745, 05.03.2024 (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 29.05.2026).

<sup>34</sup> Hayri Bozgeyik ve Sefa Er, "Tasarımlar İçin Kümülatif Koruma" *Ticaret Ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 5, no.1 (2019):31; Gül Büyükkılıç, "Türk Hukukunda Fikri Mülkiyet Ve Haksız Rekabet Hükümlerinin Kümülatif Uygulanabilirliği" *Ticaret Ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 10, no.1 (2024):114; Fatma Karaman Odabaşı, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümlerine Konu Olması* (Adalet Yayınevi, 2015),166-167; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2024), 385; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 37.

<sup>35</sup> Feyzan Hayal Şehirli Çelik, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014), 117.

<sup>36</sup> Yar. 11. HD, E. 2025/854, K.2025/5760, 29.09.2025 (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi, 25.05.2026); Yar. 11. HD, E. 2025/1364, K.2025/6465, 23.10.2025 (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi, 25.05.2026): "...Hal Böyle Olunca, Dairemizin Daha Önceki Bazı Kararlarında Da Benimsediği Üzere (Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 14.03.2022 Gün Ve 2019/5189-1852 Sayılı, Yine 22.04.2021 Gün Ve 2021/89-3054 Sayılı Kararları) Somut Olay Bakımından, SMK İle Haksız Rekabet Hükümlerinin Birlikte Uygulanmasını Gerektiren Kümülatif Korumanın Uygulama Alanı Kalmadığı Gözetilerek Talebin, Haksız Rekabetin Tespiti Ve Men'ine Dair Kısmi Yönünden Ret Kararı Verilmesi Gerekirken, Yazılı Şekilde Hüküm Kurulması Doğru Olmamış Ve Bozmayı Gerektirmiştir...."

<sup>37</sup> Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 173.

<sup>38</sup> Kaya, *Marka Hukuku*, 626; Büyükkılıç, "Türk Hukukunda Fikri Mülkiyet ve Haksız Rekabet Hükümlerinin Kümülatif Uygulanabilirliği", 104.

<sup>39</sup> Kaya, *Marka Hukuku*, 123; Yar. 11. HD, E.2025/3626, K.2026/418, 22.01.2026 (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 15.03.2026):

<sup>40</sup> Yar. 11. HD, E.2011/1642, K.2012/9499, 31.05.2012 (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 25.05.2026): "İsviçre-Türk markalar hukukunda, ilke olarak, marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı ihdas ve istimal eden, piyasada maruf hale getiren kişiye aittir. Bu kişiye "gerçek hak sahibi" denir. Bu durumda markanın tescili, sadece açıklayıcı bir etkiye sahiptir. Diğer bir deyişle, marka üzerindeki hak tescilden önce doğmuş bulunmaktadır. Buna karşı, bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin, sadece seçip tescil ettiren bir kimsenin bu tescili kurucu etkiye sahiptir. Bu tür tescil sadece hak sahibine başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilir."

Tekinalp, haksız rekabet'e ilişkin taleplerin ileri sürülebilmesi için özel kanunun sağladığı korumanın devam ediyor olmasını aramıştır. Ona göre bu halde koruma süresi sona eren markalar bakımından haksız rekabet kurallarına dayanarak talepte bulunmak, sınai mülkiyet korumasının süreli olması ilkesiyle alenen çelişmektedir.<sup>41</sup> Nomer Ertan'a göre haksız rekabet hükümleri ile sınai mülkiyete ilişkin hükümlerin koruduğu menfaatler farklı olsa da kümülatif koruma uygulanmamalı, tescil anından itibaren yalnızca özel kanun niteliğindeki SMK hükümleri uygulanmalıdır. Özel hükümlerin sağladığı korumanın yetersiz kalması halinde dürüstlük kuralının gerektirdiği ölçüde haksız rekabete ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilir.<sup>42</sup> Ancak özellikle marka hakkı bakımından SMK korumasının sona ermesi ile haksız rekabet korumasının devam edeceği kabul edilmelidir.<sup>43</sup> Odman Boztosun'a göre ise bir unsur fikri mülkiyet hakları ile korunabilecekken hak sahibi tarafından bu koruma tercih edilmemişse veya bir şekilde son bulmuşsa kişi bu tercihin sonuçlarına katlanmalıdır. Zira burada başvuruda bulunmaktan veya yenileme harcının yatırılmasından imtina edilmiş olur. Bu bakımdan fikri mülkiyet hukukunda ticari ve sınai çalışmaların teşviki ve ödüllendirilmesi amacı ile sağlanan tekel koruması, haksız rekabet hükümleri ile tanınmamalıdır.<sup>44</sup> Ancak Şehirli Çelik'in de haklı olarak ifade ettiği gibi koruma süresi sona eren fikri haklara, haksız rekabet hükümlerinin uygulanması, bu haklara fikri mülkiyet mevzuatınca öngörülen biçimde eşdeğer bir koruma sağlamaz.<sup>45</sup> Zira fikri mülkiyet mevzuatı ile haksız rekabet hükümleri korudukları değerler itibarıyla birbirinden farklıdır. Şöyle ki haksız rekabet hükümleri ile amaçlanan dürüst ve bozulmamış rekabetin haksız eylemler karşısında korunması iken fikri mülkiyet hükümleri ile amaçlanan fikri ürünler üzerinde soyut ve mutlak nitelik taşıyan mülkiyet haklarının korunmasıdır. Bu anlamda tekel korumasının devamına ilişkin endişenin yersiz olduğu görüşündeyiz.

Kümülatif koruma mahiyeti bakımından dar ve geniş olmak üzere iki ayrı şekilde yorumlanır. Kümülatif korumanın dar yorumunda geçerli bir özel kanun korumasının mevcut olması aranır. Bu görüşe göre Sınai Mülkiyet koruması sona eren markalar bakımından kümülatif koruma tümüyle sona ermeli, Haksız Rekabet koruması da iltibas hariç son bulmalıdır. Bizim de katıldığımız kümülatif korumanın geniş yorumlanmasında ise dürüstlük kuralının gerektirdiği ölçüde haksız rekabet koruması süresiz olarak devam etmelidir.<sup>46</sup> Zira Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuat ile haksız rekabet hükümleri arasında özel kanun genel kanun ilişkisi yoktur. Bu bağlamda, haksız rekabet koruması ek bir koruma niteliği taşımaz, şartları mevcutsa markaya münhasıran uygulanır.

Marka hakkı bakımından kümülatif korumanın niteliğinin tespitinde kanımızca SMK m. 152'da düzenlenen *hakkın tükenmesi ilkesi* önem taşımaktadır. Buna göre, marka sahibi markanın kendisi tarafından veya onun izni ile üçüncü kişilerce piyasaya sürülmesinin ardından marka ile ilgili fiiller sınai mülkiyet korumasının kapsamı dışında kalır. Ancak marka sahibi ürünlerin değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlarla kullanımını önleme hakkına sahiptir. Burada kanun koyucu Sınai Mülkiyet koruması altındaki marka bakımından hakkın tükenmiş olması halinde bile açıkça haksız rekabet hükümlerine başvurulabileceğini ifade etmiştir.

Kanımızca kanun koyucunun Sınai Mülkiyet Kanunu'nda doğrudan haksız rekabet hükümlerine yollama yapmasının gerekçesi Haksız Rekabet hükümleri ile Sınai Mülkiyet korumasının birbirini dışlamaması, bilakis özellikle marka hakkı bakımından birbirini destekler nitelik taşımasıdır. Zira Haksız Rekabet hükümleri ticari dürüstlüğü ve rekabet düzeninin sağlıklı bir şekilde işlemesini

Benzer yönde: Yar. 11. HD, E. 2001/9913, K.2002/3699, 19.04.2002 (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 15.03.2026); Yar. 11. HD, E. 2005/3886, K.2006/3544, 04.04.2006 (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 25.05.2026).

<sup>41</sup> Tekinalp, *Fikri Mülkiye Hukuku*, 37.

<sup>42</sup> Nomer Ertan, Helvacı, Kaya ve Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 574 vd.

<sup>43</sup> Mehmet Emin Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi* (Yetkin Yayınları, 2014), 25; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 175.

<sup>44</sup> Odman Boztosun, "Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", 222 vd.

<sup>45</sup> Şehirli Çelik, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*, 117.

<sup>46</sup> Büyükkılıç, "Türk Hukukunda Fikri Mülkiyet ve Haksız Rekabet Hükümlerinin Kümülatif Uygulanabilirliği", 104 vd.; Şehirli Çelik, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*, 116.

sağlamayı hedefler ancak Sınai Mülkiyet korumasının hakkın tükenmesi ilkesi çerçevesinde belirli ölçülerde sona ermesi halinde gerçekleştirilen fiiller haksız rekabet oluşturmaya elverişli olabilir. Bu halde marka hakkını korumasız bırakmak haksız rekabet hükümleri ile sağlanmak istenen amaca ulaşmaya engel teşkil eder. Bu nedenle Sınai Mülkiyet Kanunu'ndan kaynaklanan korumaya haksız rekabet koruması da bizzat kanun koyucu tarafından eklenmiştir.

Önemle üzerinde durulması gereken bir başka husus ise hakkın kanun koyucunun haksız rekabet hükümlerine yollama yaptığı düzenlemenin hakkın tükenmesi başlığı altında olmasıdır. Marka hakkı bakımından hakkın tükenmesinde bir istisna getirilmiş, koruma süresi sona ermesine rağmen haksız rekabet hükümlerine başvurulabileceği özellikle vurgulanmıştır.

## **B. Haksız Rekabet Korumasının Niteliği**

Haklar, nitelikleri gereği ileri sürülebilecekleri çevreye göre mutlak haklar ve nisbi haklar olarak ikiye ayrılır. Mutlak haklar, hak sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilen ve ihlal etmeme yükümlülüğü herkes bakımından geçerli haklarken nisbi haklar ancak belirli kişilere karşı ileri sürülebilir. Mutlak haklar, ayni ve fikri haklar olarak iki kategoride incelenir.<sup>47</sup>

### **1. Mutlak Hak(SMK) ve Davranış Kuralı İhlali (TTK)**

Sınai Mülkiyet Kanunu bağlamındaki fikri haklar süre ile sınırlı olarak mutlak hak niteliği taşır.<sup>48</sup> Sınai haklar mutlak hak niteliği taşıdığından herkes, belirli süreler için, bu hakimiyete saygı duyma, ihlal etmeme yükümlülüğü altındadır. Bu anlamda hak sahibi herhangi bir ihlal halinde Sınai Mülkiyet Kanunu'ndan kaynağını alan hak, talepleri ve itirazları herkese karşı ileri sürülebilir.<sup>49</sup>

Marka hakkı, hukukumuzda birden çok düzenlemeye konu edildiğinden kümülatif korumaya tabidir. Bu kapsamda Sınai Mülkiyet Kanunu çerçevesinde ayni hak niteliği taşıyan bir fikri hak olarak mülkiyet hakkı gibi korunurken haksız rekabet hükümleri ile marka hakkının edinilmesinde gösterilen emek ve markanın bilinirliği korunur.

Haksız rekabet hukuku, dürüstlüğe aykırı fiiller yoluyla oluşan haksız ticari uygulamaların denetlenmesi ve ilgili yaptırımların uygulanması yoluyla dürüst rekabeti korumaktadır.<sup>50</sup> Bu anlamda bir fiilin haksız rekabet teşkil etmesi için dürüst davranış kuralının ihlalinin yanında iktisadi rekabetin kötüye kullanılması da gerekir.<sup>51</sup> Haksız rekabet ise kusura dayalı, dar anlamda, haksız fiil sorumluluğunun bir görünümüdür ve sübjektif nitelik taşır.<sup>52</sup> Zira haksız fiil sorumluluğunda kusur ve zararın belirlenmesi bağlamında her olay sübjektif ve somut biçimde kendi içinde değerlendirilir.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (Yetkin Yayınları, 2021), 77 vd.

<sup>48</sup> Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 4.; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 36; Uzunallı, *Marka Hukuku*, 23.

<sup>49</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 25.

<sup>50</sup> Karasu, Suluk ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 453; Hamdi Pınar, "Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi" *Rekabet Dergisi* 15, no.2, (2014): 70.

<sup>51</sup> Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 392.

<sup>52</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Legem Yayınevi, 2024), 592.

<sup>53</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 601.

## 2. Haksız Rekabette Korumanın Konusu

TTK m.54 anlamında haksız rekabet, esasen haksız fil sorumluluğunun bir görünümüdür.<sup>54</sup> Haksız rekabet hükümleri ile amaçlanan iktisadi rekabetin bütün piyasa katılımcılarının lehine dürüst ve bozulmamış şekilde korunmasıdır. Katılımcıların koruması ile belirli ölçülerde toplum menfaatleri ve ülke ekonomisi de korunur. Burada serbest iktisadi faaliyette bulunma hakkı korunarak bu hakkın dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanılması ve rekabet düzeninin işlerlik kazanması amaçlanır.<sup>55</sup> Zira marka ile ayırt edilen belirli bir teşebbüsün mal ve hizmetidir. Bir diğer deyişle marka burada teşebbüsün kaynağını bildirme işlevi taşır.<sup>56</sup> Bu nedenle koruma süresi sona eren markalar bakımından haksız rekabet hükümleri ile tüketici nezdinde markanın işaret ettiği teşebbüse duyulan güven, itibar ve tüketicinin seçim hakkı korunur.

Haksız rekabet korumasının esas amacı emeğin korunması ilkesi doğrultusunda dürüst rekabet ortamının sağlanmasıdır. Emeğin korunması ilkesinin ile tescilsiz fikri ürünlerin korunması da dahil olmakla birlikte esas amaç rekabet düzeninin sağlıklı bir biçimde işlemesidir.<sup>57</sup> Burada marka tescil edilmemiş olsa da marka hakkı markanın kullanımı ile doğar ve haksız rekabet hükümleri ile korunur.<sup>58</sup> Markalar bakımından koruma süresinin sona ermesi dürüstlüğe aykırı davranışları hukuka uygun hale getirmez.<sup>59</sup>

## III. KORUMA SÜRESİ SONA EREN MARKANIN HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİYLE KORUNMASININ ŞARTLARI

Haksız rekabete ilişkin hükümler yukarıda belirttiğimiz üzere, TMK m.2 kapsamında dürüstlük kuralının bir görünümüdür. Haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin amacı *bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır* (TTK 54). Bu anlamda koruma süresi sona eren markanın haksız rekabet hükümleriyle korunmasındaki esas ölçüt dürüstlük kuralına aykırılık olmalıdır.

Bir başkasının emeğinden haksız yararlanma ile iltibas tehlikesi yaratılması, haksız rekabetin temel görünümleridir. Koşulları birbirinden farklı olan iki haksız rekabet hali kimi zaman örtüşse de biri diğerini kapsamaz. Her iki kurumun koşulları kendi içinde değerlendirilmelidir.<sup>60</sup>

TTK m.55/1.a-4'te düzenlenen karıştırılmaya yol açan önlemler alma davranışının haksız rekabet hali olarak kabul edilmesindeki en temel gerekçe bu kişinin bir başkasının çabasından, çalışmasından ve emeğinden haksız yararlanıyor olmasıdır.<sup>61</sup> Bu bağlamda karıştırmaya yol açma tehlikesinin varlığı için bir kimsenin markayı haklı biçimde kullanıyor olması da aranmalıdır.<sup>62</sup> Zira haksız rekabet hükümleri ile korunması hedeflenen emek sonucu elde edilen *tanınırlıktır*. Emeğin devam etmemesi halinde korunmaya değer bir menfaat marka hakkı sahibi bakımından kalmaz. Ancak bu halde ortalama müşterinin karıştırma tehlikesi ve emeğin haksız sömürülmesi bakımından haksız rekabetin varlığı incelenmelidir. Haksız rekabet hükümleri ile amaçlanan yalnızca emeğin korunması değil aynı zamanda karıştırılma tehlikesi yaratılarak meydana getirilen haksız ticari uygulamalardır. Kanun koyucu TTK 54/2'de bu hususu vurgulayarak tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkilerin etkilenmesini de genel anlamda haksız rekabet gerekçesi olarak kabul etmiştir.

<sup>54</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 592.

<sup>55</sup> Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 82 vd.; Nomer Ertan, Helvacı, Kaya ve Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 548.

<sup>56</sup> Kaya, Helvacı, Nomer Ertan ve Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 451; Uzunallı, *Marka Hukuku*, 20.

<sup>57</sup> Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 383.

<sup>58</sup> Karaman Odabaşı, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümlerine Konu Olması*, 25.

<sup>59</sup> Christian Alexander, Helmut Köhler ve Jörn Feddersen, *Gesetz Gegen Den Unlauteren Wettbewerb (UWG) Kommentar* (C.H. Beck, 2026), “§ 4” Rn 165.

<sup>60</sup> Odman Boztosun, “Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, 219.

<sup>61</sup> Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 308.

<sup>62</sup> Karıştırılmaya yol açmak haksız fiilinin şartları için Bknz. Nomer Ertan, Helvacı, Kaya, Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 572

Fikri mülkiyet haklarının haksız rekabet hükümleri ile korunmasında bilimsel, teknolojik ve sınai gelişmelerin teşviki ile rekabet ortamının korunması arasında bir denge kurulması elzemdir. Bu bakımdan fikri haklara sağlanan koruma bilimsel ve teknolojik gelişmelerin önünü tıkayacak biçimde gevşetilmemeli aynı zamanda ülkede rekabet gücünü azaltacak biçimde güçlendirilmemelidir.<sup>63</sup> Burada dengeyi sağlayacak unsur ise *emeğin korunması, bir başkasının emeğinden haksız yararlanılmaması* ilkesidir.

TTK gerekçesinde yer alan “bütün katılanların menfaatinin korunması kavramı” ile rekabet hukukunda esas alınan tüm rakipleri kapsayacak biçimde; pazarda faaliyet gösteren aktörlerin, tüketicilerin ve genel anlamda kamu yararının korunması amaçlanmıştır(TTK m.54/1). Çıkar gruplarının çeşitliliğinin vurgulanması ise bu gruplar arasındaki çıkar çatışmalarının dengelenmesini gerektirir. Dengenin korunması, rekabet hukukundan kaynağını alan serbest yararlanma(taklit serbestisi) ilkesi ile haksız rekabet hukukundan kaynağını alan emek ilkesinin çatışması halinde haksız rekabetin tespitinde yalnızca rakibin “zarar veya zarar tehlikesine maruz kaldığı” gerekçesine dayanılmasını engeller.<sup>64</sup> Zira haksız rekabetin varlığı için taraflar arasında bir rekabet ilişkisinin mevcudiyeti, failin haksız fiilden fayda sağlamış olması veya haksız rekabete uğrayan kişinin zarar görmesi aranmaz.<sup>65</sup> Bu anlamda rekabet hakkının kullanan kişinin menfaati ile haksız rekabet gerekçesiyle zarar görme tehlikesi altındaki kişinin menfaati dengelenmelidir. Haksız rekabet hükümleri ile amaçlanan menfi ve müspet yaklaşımlarla dürüst rekabet ortamının tesisidir.

Marka hakkı işaretin marka olarak Marka Sicili’ne tescilinden bağımsız olarak mevcuttur. Usulüne göre tescil edilmeyen markalar yalnızca genel hükümlere göre korunur bu bağlamda Sınai Mülkiyet korumasından faydalanamaz. Ancak marka hakkı sicile tescil edilmese de varlığını sürdürür. Bu anlamda sınai mülkiyet koruması sona eren marka kullanım şartı ile tescilsiz marka statünde haksız rekabet hükümlerine göre korunmaya devam eder.<sup>66</sup>

Markanın kullanılmaya devam ettiği sürece korunması ile amaçlanan emeğin korunması ilkesi yoluyla dürüst rekabet ortamının tesis edilmesidir. Haksız rekabet koruması ve Sınai Mülkiyet korumasının marka hakkı bakımından farklı değerleri koruduğu açıktır. Bu anlamda haksız rekabet hükümleri ile esas olarak marka veya işaretin kendisi değil emek ve emeğin dürüst rekabetin işlerliği yönündeki etkin rolü korunur.

Nitekim literatürde bizim de katıldığımız görüşe göre sınai mülkiyet kanununca fiilen ve etkin kullanım şartıyla<sup>67</sup> tescilli markanın eski sahibine koruma süresinin dolmasından itibaren 2 yıl için tanınan aynı veya benzer mal ve hizmetlerde aynı veya benzer markanın tesciline itiraz hakkının, belirtilen sürenin dolmasından sonra da tescilsiz marka sahibinin, SMK m.6/3 bağlamında etkin kullanımla hak sahibi statüsünde bulunacağından, itiraz hakkından yararlanabileceğine ilişkin görüşler mevcuttur.<sup>68</sup> Markanın yenilenmemesi nedeniyle rehin lisans gibi marka üzerindeki haklar son bulur.<sup>69</sup> Zira haksız rekabet koruması ile fikri mülkiyet koruması başka amaçlara hizmet eder. Bu hakların devamında emek ilkesi yolu ile dürüst rekabet ortamının sağlanması hususunda bir menfaat bulunmaz. Bir başka deyişle bu marka hakkına bağlı olan diğer hakların devamı dürüst bir rekabet ortamına hizmet etmez.

<sup>63</sup> Karaman Odabaşı, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümlerine Konu Olması*, 165; Ahmet Keşli, “Türk Hukukunda Bir Sorun Tescil Edilmemiş ve Koruma Süresi Dolmuş Endüstriyel Ürünler ve Konuya İlişkin Bir Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Kararının Takdimi” *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, no.2 (2002), 16.

<sup>64</sup> Odman Boztosun, “Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, 203.

<sup>65</sup> Nomer Ertan, Helvacı, Kaya ve Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 560 vd.; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 123.

<sup>66</sup> Hayri Bozgeyik ve Fatih Mehmet Tabur, “Marka Korumasında Tescil ve Öncelik İkilemi Üzerine Yargıtay ve ABAD Kararları Işığında Bir İnceleme” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 58, (2024): 277; Kaya, Helvacı, Nomer Ertan ve Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 530; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 175.

<sup>67</sup> Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*, 116.

<sup>68</sup> Sabih Arkan, *Marka Hukuku C.2*, 113-114; Aynı Yönde: Kaya, *Marka Hukuku*, 626-627.

<sup>69</sup> Kaya, *Marka Hukuku*, 626.

Tekrar vurgulamak gerekir ki, marka hakkı bakımından SMK mevzuatınca öngörülen koruma süresinin sona ermesine rağmen haksız rekabet korumasının devam etmesi dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının sağlanması amacıyla markanın değil markanın bünyesinde şekillenen emeğin korunmasıdır. Bu anlamda eski tarihli markanın korunması, kanunun dolanılması niteliği taşımaz bilakis bir yönüyle haksız rekabet hükümleri ile amaçlanan düzenin gerçekleşmesine hizmet eder.

Nitekim TTK m.54 gerekçesinde “*Dürüst davranma kuralı ise artık haksız rekabetin tanınmasında (teşhisinde) belirleyicidir. Hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında (ortamın her zaman piyasa olması şart değildir) tüm katılanlar piyasanın tüm aktörlerinin dürüst davranış kurallarına göre hareket edeceğine güvenir ve güvenmek hakkını haizdir. Dürüstlük kuralını ihlâl eden bu güvene aykırı hareket edilmiş olur. Bu da haksız rekabet oluşturur.*” ifadeleri ile **dürüst davranış kurallarına göre hareket edileceğine duyulan güvene aykırı davranışların da** haksız rekabet teşkil edeceği ifade edilmiştir.

### A. İltibas Tehlikesi

İltibas hali TTK m.55/4’te haksız rekabetin özel bir görünümü olarak düzenlenmiştir. İltibas andırışma yani anımsatma olarak tanımlanırken, iltibasa yol açmak karışıklığa sebep olmak anlamına gelir.<sup>70</sup> Hukuki anlamda ise tanıtmaya aracının ortalama müşteri nezdinde yaratılan ve aldanmaya yol açan benzerlik olarak tanımlanır.<sup>71</sup>

Haksız Rekabet hükümleri ile amaçlanan dürüst rekabet ortamının tesisidir. Nitekim bu hükümler ifade ettiğimiz gibi kaynağını dürüstlük kuralından alır. Bu sebeple Sınai Mülkiyet Kanununda öngörülen koruma süresinin sona ermesinin ardından marka bakımından iltibas tehlikesinin varlığının tespitinde dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde aranan ölçütler baz alınmalıdır.

Dürüst rekabet ortamının inşası iki taşıyıcı kolonun varlığı ile mümkündür. Buna göre ilk kolon bütün katılanların lehine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması iken diğer kolon iktisadi rekabetin kötüye kullanılması yoluyla dürüstlük kuralının ihlali.<sup>72</sup> İşte burada haksız rekabet fiilini gerçekleştiren kişinin iltibas meydana getirmeye çalışma iradesinin saptanması gerekir. Emek verilen unsurun *per se* kullanılması veya taklidi haksız rekabet meydana getirmez bu halde ayrıca objektif olarak haksız yararlanma aranmalıdır. Dolayısıyla bir unsura yalnızca emek verilmiş olması iltibas halinin varlığı bakımından yeterli görülmemelidir.<sup>73</sup> Kanımızca iltibas tehlikesi ile haksız rekabetin varlığının tespitinde hukuki işlemlerin yorumu bakımından dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde borçlar hukukunda taraf iradelerinin belirlenmesinde hakim olan güven teorisi benimsenmelidir.

Güven teorisine göre dürüstlük kuralının uygulanması ile irade beyanında bulunan kişinin iradesinin tespitinde dürüst makul ve orta zekalı kimsenin bu beyandan ne anlayacağı, ne anlamak mecburiyetinde olduğu esas alınır.<sup>74</sup> İltibasın varlığının tespitinde ürünün sunulduğu ortalama yetenekteki olağan müşterinin<sup>75</sup> durumu göz önüne alınmalıdır. Güven teorisine göre kişinin iradesi değil, bu ifadede dürüst makul ve orta zekalı muhatabın ne anlayacağı esas alınır. Karıştırılma ihtimalinin tespitinde koruma süresi sona eren markaya benzer marka, hedef kitleye yöneltilmiş bir öneriye davet olarak kabul edilmeli ve ortalama yetenekteki müşterinin ne anlamak mecburiyetinde olduğu esas alınmalıdır. Bu durum objektif ve haklı bir karıştırılma ihtimaline zemin hazırlıyorsa o halde iltibasın varlığına hükmedilmelidir. Zira iltibasın varlığını belirleyen piyasaya sunulan ürünün ortalama müşteride yarattığı intibadır. Teknik bir zorunluluk olmadığı müddetçe bu kitlenin iki marka arasındaki

<sup>70</sup> <https://sozluk.gov.tr/>, (erişim tarihi 11.03.2026).

<sup>71</sup> Odman Boztosun, “Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, 219.

<sup>72</sup> TTK m.54 gerekçesi; Nomer Ertan, Helvacı, Kaya ve Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 554; Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 392.

<sup>73</sup> Odman Boztosun, “Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, 220.

<sup>74</sup> Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 185.

<sup>75</sup> Karasu, Nal, Suluk, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 421; Nomer Ertan, Helvacı, Kaya ve Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, 554; Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 573; Nomer Ertan, Haksız Rekabet, 187; Yar. 11. HD, E.616, K.987, 22.2.1985 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi, 18.03.2026).

farkı anlayabileceği ayırt edici işaretleri kullanmaktan kaçınmak bu duruma örnek gösterilebilir. Marka bakımından teknik zorunluluğun mevcut olması ise çok nadir görülür.

İltibas tehlikesinin varlığı halinde, emek ilkesine aykırılığın aranmasına gerek yoktur zira başkasının emeğinden haksız yararlanma ile iltibas tehlikesinin varlığı için aranan koşullar başkadır. Bu bakımdan iltibas tehlikesinin varlığı saptanabiliyorsa emek ilkesine aykırılığın koşulları aranmaz doğrudan haksız rekabete hükmedilir.<sup>76</sup> Dolayısıyla burada marka hakkı, sahibinin yararına korunmaz, tüketicinin yararına korunur.

## B. Emek Sömürüsü ve Paraziter Rekabet

Emeğin korunması ilkesi haksız rekabet hükümlerinin temel dayanaklarından birini teşkil eder. Öğretide ve Yargıtay kararlarında<sup>77</sup> rekabet hakkının kullanılması bakımından dürüstlük kuralına aykırı fiillerin tespitinde bu ilkedden faydalanılmaktadır.<sup>78</sup> Hukuk felsefesi perspektifinden ise emeğin korunması ilkesi mülkiyet ve fikri mülkiyet haklarının temellendirilmesinin yanı sıra, bu hakların tanınmasındaki meşruiyeti ifade eder. Ancak emeğin korunması ilkesinin mutlak biçimde uygulanması haksız rekabet hükümleri ile amaçlanan korumayı aşarak bu hükümlerin mülkiyeti koruyucu bir fonksiyon üstlenmesine neden olur. Bu mutlak kabul ile bir başkasının emeğinden haksız olarak yararlanılması yoluyla zarar tehlikesi meydana getirilmesi başlı başına haksız rekabet teşkil eder. Diğer taraftan tekel hakkı ile ticari ve sınai yatırımların teşviki ve ödüllendirilmesi Fikri Mülkiyet hukukunun amaçlarındandır.<sup>79</sup> Fikri mülkiyet haklarında taklide karşı tanınan tekel hakkı süre ile sınırlıyken haksız rekabet hükümleri ile süresiz bir tekel hakkı yaratılması kabul edilemez. Bu bakımdan haksız rekabetin tespitinde emeğin korunması ilkesine dayanılarak yalnızca fikri ürünün özgünlüğü ve taklit edilmiş olması yeterli görülmemelidir.<sup>80</sup> Zira gerek fikri mülkiyet gerekse haksız rekabet hukukunda taklit serbestisi kurarken serbestinin kısıtlanması yukarıda ifade ettiğimiz gibi istisnai nitelik taşır.

Marka hakkının kazanılması bakımından Türk ve İsviçre hukuk doktrininde kabul gören anlayış gerçek hak sahipliği ilkesidir. Yargıtay kararlarında da sıkça yer verilen ilke ile amaçlanan markayı ilk kez kullanmak yoluyla bilinir hale getiren kişinin çabası karşılığında harcadığı emek zaman ve paranın zayi edilmemesi, markanın ise fonksiyonlarını yerine getirdiği sürece basit bir tescile kurban edilmemesidir.<sup>81</sup> Özel kanun niteliğindeki SMK hükümlerine bakıldığında kural olarak tescile bağlı bir koruma kabul edilmiş olsa da gerçek/üstün hak sahipliği ilkesinin(SMK 6/3) tümüyle göz ardı edilmediği görülür.<sup>82</sup> Keza SMK m.155'te marka hakkı bakımından öncelik ilkesinin tescil ilkesine karşı gerçek hak sahipliği ilkesi doğrultusunda daha üstün bir hak olduğu görüşü açıkça kabul edilmiştir.<sup>83</sup>

<sup>76</sup> Odman Boztosun, "Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", 218 vd.

<sup>77</sup> Yar. 11.HD, E.2025/4030, K.2026/1030, 23.02.2026: "...davalının markasını çekişme konusu olan 35. sınıftaki hizmetlerde tescil ettirmesi durumunda, davacının tanınmış... markasının toplumda ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanması, markanın itibarına zarar verilmesi veya markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğmasının kuvvetle muhtemel olduğu..." (https://lexpera.com.tr, erişim tarihi 22.05.2026).

<sup>78</sup> Hamdi Pınar, *Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye* (İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2004), 104: Pınar ilkeleri, emeğe dayalı rekabet ilkesi, piyasada doğruluğun ve açıklığın sağlanması ilkesi ve kamu yararının korunması ilkeleri olarak sıralamıştır.

<sup>79</sup> Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 31-35.

<sup>80</sup> Odman Boztosun, "Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", 199 vd.; Cahit Suluk, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no.2, (2012): 172.

<sup>81</sup> Yar. 11. HD, E.2025/3626, K. 2026/418, 22.01.2026 (https://lexpera.com.tr, 22.01.2026).

<sup>82</sup> Kaya, *Marka Hukuku*, 120-121.

<sup>83</sup> Cahit Suluk, "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler" *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 4, no.1, (2018): 106.

Ancak SMK m.155'te öngörülen korumadan faydalanılabilmesi için her iki markanın da halihazırda tescilli olması gerekir.<sup>84</sup>

Marka hukukunda gerçek hak sahipliği ilkesinin öncelik ilkesi doğrultusunda kabul edilmesi emek ilkesinin önemini vurgular.<sup>85</sup> Zira yukarıda ifade edildiği gibi gerek tescilli markaların korunmasına ilişkin SMK hükümleri, gerekse bir ayırt edici işaret olarak markanın ve markanın ayırt ediciliği için gösterilen çabanın haksız rekabet karşısında korunmasını sağlayan TTK hükümleri *emek ilkesini* merkeze alır. Marka hakkı yukarıda ifade edildiği üzere ayırt edici işaretin ihdas edilmesi, emek verilerek kullanılması ve markaya değer katılarak bilinir hale getirilmesi ile doğar.

Bu nedenle SMK hükümleri kapsamında marka hakkının sahibine sağladığı korumanın sona ermesi halinde, haksız rekabet hükümleri ile marka için gösterilen gayret, çaba ve emeğin kendisi dürüstlük kuralı çerçevesinde korunmalıdır. Zira SMK hükümleri bağlamında marka hakkının son bulması gerçek hak sahipliği ilkesinin işlerliğini ortadan kaldırmaz. Bir diğer deyişle koruma süresi sona eren markalar bakımından tescil ilkesi kapsamında SMK 155 hükmündeki korumadan faydalanılamasa da marka hakkı varlığını gerçek hak sahipliği ilkesine dayandırdığı ölçüde emek ilkesi bağlamında haksız rekabet hükümleri ile korunmalıdır. Zira marka hakkı bakımından tescil kurucu değil açıklayıcı nitelik taşır. Tescilli marka SMK korumasına haizdir, bu bağlamda koruma süresinin sona ermesi ile ortadan kalkan hakkın bütünü değil, SMK kapsamında öngörülen koruma hakkıdır.

Başka bir kimsenin emeğinden ve müşteri çevresinden haksız biçimde yararlanma halinde emeğin korunması ilkesine aykırılık yolu ile haksız rekabet söz konusudur.<sup>86</sup> Zira haksız rekabet hükümleri ile amaçlanan dürüstlük ilkesine aykırı ticari uygulamalar karşısında emek ilkesinin korunmasıdır.<sup>87</sup> Dolayısıyla başkasının emeğinden haksız yararlanma olmaksızın bağımsız çabayla meydana getirilen fikri ürünlerin aynı veya benzerinin üretilmesi haksız rekabet teşkil etmez. Ancak tasarımlar ve ayırt edici ad ve işaretlerin taklidi halinde iltibas yoluyla haksız rekabetin söz konusu olduğu kabul edilmelidir.<sup>88</sup>

Suluk'a göre fikri haklara ilişkin haksız rekabetin tespitinde emek ilkesinin ölçüt alınması fikri mülkiyet korumasına alternatif teşkil eder. Fikri mülkiyet korumasının olmadığı veya son bulunduğu hallerde mutlak manada taklit serbestisi söz konusudur. Dolayısıyla emek ilkesinden hareketle haksız rekabetin varlığına hükmetmek, ürünün kamuya mal olmasının önüne geçerek fikri mülkiyet korumasını işlevsiz hale getirir. Bu halde haksız rekabetin tespitinde yalnızca iltibas tehlikesi esas alınmalıdır.<sup>89</sup> Ancak burada daha önce ifade ettiğimiz üzere korunan değerler farklıdır. Fikri Mülkiyet Mevzuatı, emeğin ödüllendirilmesi yoluyla yeniliklerin ve gelişmelerin teşvikini amaçlarken haksız rekabet hukukunda emeğin korunması ilkesi ile amaçlanan ticari faaliyetlerin dürüstlük kuralına uygun gerçekleştirilmesi ve bir başkasının emeğinden haksız yararlanmanın önüne geçilmesidir. Bu anlamda haksız rekabet hükümleri bir teşvik veya ödüllendirme aracı niteliği taşımaz. Diğer yandan marka hakkı diğer fikri haklara göre özellik arz eder. Zira marka hakkı çoğunlukla alelade bir işaretin veya kelimenin seçilip kullanılarak üzerinde belirli bir imaj yaratılması ile meydana gelir. SMK koruması sona eren markaların iltibas tehlikesine hapsedilerek emeğin korunması ilkesinin dışına itilmesinde dürüst rekabet

<sup>84</sup> Bozgeyik ve Tabur, "Marka Korumasında Tescil ve Öncelik İkilemi Üzerine Yargıtay ve ABAD Kararları Işığında Bir İnceleme", 276 vd.

<sup>85</sup> Yar. HGK, E.2011/59, K.2011/271, 04.05.2011 (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 25.03.2026).

<sup>86</sup> Yar.11. HD, E. 2025/4028, K. 2026/853, 10.02.2026: "...*Tüketicide Mevcut Olan Güven Nedeniyle, Üçüncü Kişilerde, Başvuruya Konu Marka ile Tescilli Talep Edilen 35. Sınıftaki Hizmetlerin Tanınmış Marka Sahibi Tarafından Sunulduğu Hissi Uyanabileceği, Haksız Yararlanma İhtimalinin Gerçekleştiği...*" (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 25.03.2026).

<sup>87</sup> Büyükkılıç, "Türk Hukukunda Fikri Mülkiyet ve Haksız Rekabet Hükümlerinin Kümülatif Uygulanabilirliği", 113; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 169; Poroy, Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 412; Yar. HGK, E.2011/11-59, K. 2011/271, 04.05.2011 (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 25.03.2026).

<sup>88</sup> Odman Boztosun, "Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", 224 vd.

<sup>89</sup> Suluk, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması", 158 vd.

ortamının tesisi adına bir fayda bulunmaz. Zira markanın kamuya mal olmasında üstün bir yarar da yoktur.

Marka taşıdığı imajla bir kalite ve güven sembolü niteliği taşır. Bu nedenle karıştırılma tehlikesi olmayan hallerde bile markanın aynı veya benzerinin kullanılması çoğunlukla müşterinin zihninde çağrışan bu imajdan, markanın taşıdığı itibardan ve tanınırlıktan haksız yararlanma teşkil eder.<sup>90</sup> Tchibo markasının Rolex saat tasarımını doğrudan kopyalayıp Rolex'in tam anlamıyla bir emeğin sömürülmesi yoluyla imaj transferidir. Burada müşteri ürünün Rolex markasına ait olmadığını bilse bile Rolex'in yıllarca süren yatırımla inşa ettiği kalite ve lüks imajı hiçbir çaba harcanmadan Tchibo tarafından sömürülmek istenmiştir.<sup>91</sup> Bu anlamda koruma süresi sona eren Rolex markasının inşası için yapılan yatırımlar ve çalışmalar sonucu ortaya çıkan imaj ve bilinirlik bir anda son bulmaz. Bu kapsamda marka, emek sömürüsüne açık olmaya devam eder. Tüm bu sebeplerle SMK koruması sona eren markalar marka fonksiyonu devam ettiği müddetçe haksız rekabet hükümleri ile emek ilkesi bağlamında korunmaya devam etmelidir. Zira markalar bakımından koruma süresinin sona ermesi, dürüstlüğü aykırı davranışları hukuka uygun hale getirmez.

Haksız rekabetin tespitinde esas alınan emeğin korunması ilkesi yalnızca karıştırılmaya(iltibas) yönelik önlemler alma bakımından önem taşımaz. Zira emeğin korunması ilkesi ile bir çabanın ve çalışmanın ürünü olarak keşfedilen, bulunan, üretilen her türlü mal, hizmet, faaliyet veya tanıtım vasıtasının da haksız rekabete karşı korunması önem taşır.<sup>92</sup> Koruma süresi sona eren marka ile diğer marka arasındaki benzerlik ortalama müşteri nezdinde iltibas tehlikesi yaratmasa da mevcut benzerlik, belirli bir alaka düşüncesine zemin hazırlayarak koruma süresi sona eren markanın tanınırlığı ve emeğinden haksız yararlanmaya yol açar. Bu bakımdan emek ilkesine aykırılık yolu ile haksız rekabet teşkil eder.<sup>93</sup>

Sınai Mülkiyet Kanununda m.6/8'de marka tescil başvurusu bakımından nispi red nedenleri arasında öngörülen "*Tescilli markanın yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren iki yıl içinde yapılan, bu markayla aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri içeren marka başvurusu, önceki marka sahibinin itirazı üzerine bu iki yıllık süre içinde markanın kullanılmış olması şartıyla reddedilir.*" hükmü ile eski marka sahibinin menfaati esas alınmıştır. Zira bu husus nisbi ret nedenleri<sup>94</sup> arasında düzenlenmiştir. Arkan'a göre, burada kullanım şartının sağlanıp sağlanmadığına iki yıllık sürenin dolmasının ardından karar verileceği açıktır. Dolayısıyla kanun maddesi ile esas olarak düzenlenen marka koruma süresinin sona ermesinden itibaren iki yıl geçmesi ile markanın bir başkası adına tescilinin mümkün olup olmadığıdır. Bu bakımdan marka koruma süresinin sona ermesinden itibaren iki yıl içinde eski marka sahibi itirazda bulunmasa da markanın başkası adına tescili evleviyetle mümkün olmamalıdır. SMK m.6/8 ile amaçlanan, markanın koruma süresinin sona ermesinden itibaren işlemeye başlayacak iki yıllık sürenin dolmasının ardından başka bir kimsenin *aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri konu alan markayı* kendi adına tescil ettirerek eski marka sahibinin markaya kazandırmış olduğu *itibardan haksız biçimde yararlanmasını önlemektir.* Markanın koruma süresinin bitimini izleyen iki yıllık sürenin sona ermesinden sonra bir başkası adına tescil edilmesi halinde doğabilecek sakıncalar örneğin tüketicilerin satın aldıkları ürünün halen eski marka sahibi tarafından üretildiğini düşünmeleri halinde markanın hükümsüzlüğüne karar verilmelidir.(SMK m.25/1)<sup>95</sup>Bu hususta ayrıca süre gözetmeksizin kötü niyetli tescil ihtimali de

<sup>90</sup> Andreas Wiebe, Peter W. Heerman ve Jochen Schlingloff, *Münchener Kommentar Zum Lauterkeitsrecht (UWG)* (C.H. Beck, 2020), § 4/Rn. 178.

<sup>91</sup> Ansgar Ohly ve Olaf Sosnitza, *Gesetz Gegen Den Unlauteren Wettbewerb(UWG) Kommentar* (C.H. Beck, 2023), § 4 Rn. 3/69

<sup>92</sup> Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 169; Odman Boztosun, "Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", 203 vd.

<sup>93</sup> Muhammet Emirhan Havan, "Fikri Hakların Haksız Rekabet Hükümlerinde Korunması" *The Boğaziçi Law Review* 1, no.2 (2024): 29; Yar. 11. HD, E. 2009/13926, K. 2011/15089, 15.11.2011 (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 28.02.2026).

<sup>94</sup> Marka tescil başvurusunda ret nedenleri için bkz. SMK m.6.

<sup>95</sup> Arkan, *Marka Hukuku*, C.2, 113-114; Aynı Yönde: Kaya, *Marka Hukuku*, 626-627.

değerlendirilmelidir.<sup>96</sup> Zira kötü niyetli tescil menşe AB Direktiflerinde<sup>97</sup> ve Yargıtay kararlarında başlı başına bir mutlak hükümsüzlük sebebidir.<sup>98</sup> Marka hukukunda kötü niyetli tescilin değerlendirilmesinde esas alınan ölçütler, karıştırılma ihtimali için esas alınan ölçütlerden farklıdır.<sup>99</sup> Bu anlamda kötü niyetli tescil *yalnızca tanınmış markalar için değil sıradan markalar için de* hükümsüzlük sebebidir.<sup>100</sup> Nitekim mehzaz kanun 2015 tarihli 2436 sayılı Avrupa Birliği Direktifinde 4(2) ve 2017/1001 sayılı Tüzük m.59(1)(b) kötü niyetli tescil kesin hükümsüzlük sebepleri arasında kabul edilmiştir. Zira bu durumda marka asıl fonksiyonunu yerine getiremez.<sup>101</sup> Marka hukuku düzenlemeleri ile amaçlanan mal ve hizmetlerin kalitesini belirlemek ve tüketicilerin herhangi bir karışıklığa mahal vermeksizin markaları ayırt etmesini sağlamakla birlikte, dürüst rekabet ortamına katkı sağlamaktır.<sup>102</sup> Markanın tescil başvurusunda haksız rekabet tespit edilmişse, tescil sisteminin dürüst işlerliğine dayanan SMK hükümleri ile de geçersizliğe hükmedilmelidir.

Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Lindt & Sprüngli markasının Altın Tavşan şeklini AB markası olarak tescil ettirmesine ilişkin C-529/07 sayılı kararında sonraki kararlara emsal teşkil edecek biçimde kötü niyetli tescil için önemli kriterler belirlemiştir.<sup>103</sup> Mahkeme kararında kötü niyetli tescil bakımından markanın kullanım süresinin uzunluğunun, kötü niyetli tescilin belirlenmesinde önemli bir

<sup>96</sup> Yar. 11. HD, E.2024/3889, K.2024/8434, 28.11.2024: “....davaliya ait alan adının fiilen kullanılmak veya gerçek bir ihtiyacı karşılamak üzere değil bu alan adlarına sahip firmaların kendisine veya rakiplerine satmak niyetiyle kötü niyetli olarak tahsis ettiği kabul edilerek bir karar verilmesi gerekirken.” (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 25.05.2026).

<sup>97</sup> 2015/2436 Sayılı Avrupa Marka Birliği Direktifi(EUTMD) M.4/2; 2017/1001 Sayılı Avrupa Birliği Markalar Tüzüğü(EUTMR) M.59/1-B.

<sup>98</sup> Yar. HGK, E.2008/11-501, K.2008/50, 16/07/2008; Yar. 11. HD, E.2015/13241, K.2017/1472, 13.03.2017: “kötü niyetli tescil hukuki sebeplerine dayalı olarak tescilli olduğu tüm mal ve hizmetler yönünden hükümsüzlüğünü istemiş, mahkemece kötü niyet hususunda hiçbir inceleme yapılmamıştır. oysa, yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16/07/2008 tarihli 2008/11-501 esas, 2008/507 karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere kötü niyetli tescil başlı başına bir hükümsüzlük sebebi olup, genel olarak tescil yoluyla sağlanan marka korumasının amacına aykırı biçimde kötüye kullanılması yoluyla başkasının markasından haksız olarak yararlanmak veya gerçekte kullanılmayıp yedekleme, marka ticareti yapmak amacına ya da şantaja yönelik başvuru ve tesciller kötü niyetli olarak kabul edilmektedir. kötü niyetin varlığı her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak belirlenmelidir.” (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 25.03.2026).

<sup>99</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı(CJEU), C-104/18 P sayılı Koton Mağazacılık Tekstil ve Sanayi Ticaret AŞ v Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO) Kararı, ECLI:EU:C:2019:727 (<https://eur-lex.europa.eu>, erişim tarihi 23.05.2026).

<sup>100</sup> Gül Büyükkılıç, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması* (On İki Levha Yayıncılık, 2019), 630.

<sup>101</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı(CJEU), Henkel KGaA - Office For Harmonisation In The Internal Market (Trade Marks And Designs) (OHIM) Birleştirilmiş Kararlar C-456/01 P ve C-457/01 sayılı P Henkel v OHIM Kararı ECLI:EU:C:2004:258 (<https://eur-lex.europa.eu>, erişim tarihi 28.05.2026); Avrupa Birliği Adalet Divanı(CJEU), C-529/07 sayılı Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli -AG-Franz Hauswirth GmnH. Kararı ECLI:EU:C:2009:361 (<https://eur-lex.europa.eu>, erişim tarihi 28.05.2026).

<sup>102</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı(CJEU), C-104/18 P sayılı Koton Mağazacılık Tekstil ve Sanayi Ticaret AŞ ve Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO) Kararı, ECLI:EU:C:2019:727 (<https://eur-lex.europa.eu>, erişim tarihi 23.05.2026).

<sup>103</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı(CJEU), C-529/07 sayılı Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli -AG-Franz Hauswirth GmnH. Kararı, ECLI:EU:C:2009:361 (<https://eur-lex.europa.eu>, erişim tarihi 28.05.2026): “*Ulusal Mahkeme, Başvuranın Topluluk Ticari Markasına İlişkin 40/94 Sayılı Yönetmeliğin 51(1)(B) Maddesi Anlamında Kötü Niyetle Hareket Edip Etmediğini Belirlemek İçin, Özellikle İşaretin Topluluk Ticari Markası Olarak Tescili İçin Başvuru Yapıldığı Sırada Mevcut Olan, Söz Konusu Özel Duruma Özgü Tüm İlgili Faktörleri Dikkate Almalıdır:*

- i. *Başvuru Sahibinin, En Az Bir Üye Devlette, Tescili İstenen İşaretle Karıştırılabilecek Aynı veya Benzer Bir Ürün İçin Aynı veya Benzer Bir İşaretin Üçüncü Bir Şahıs Tarafından Kullanıldığını Bildiği veya Bilmesi Gerekliği Gerçeği;*
- ii. *Başvuru Sahibinin, Söz Konusu Üçüncü Şahsın Bu Tür Bir Tabelayı Kullanmaya Devam Etmesini Engelleme Niyeti; ve*
- iii. *Üçüncü Şahsın Tabelasının ve Tescili İstenen Tabelanın Sahip Olduğu Yasal Koruma Derecesi”*

kriter olduğunu belirtmiş, her tescil başvurusunun o anki objektif kriterlere göre değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiş ve özellikle “Üçüncü bir tarafın, başvuru markası ile karıştırılabilecek özdeş veya benzer bir ürün için **uzun süredir bir işaret kullanıyor olması ve bu işaretin bir dereceye kadar yasal korumadan yararlanıyor olmasının**, başvuru sahibinin kötü niyetle hareket edip etmediğinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken faktörlerden” biri olduğunu vurgulamıştır. Yine kötü niyetin tespitinde tescil edilmek istenen işaretin **Avrupa Birliği ticari markası olarak tescili için başvuru yapıldığı sırada sahip olduğu itibarın kapsamının** dikkate alınabileceğini bu itibarın kapsamının başvuru sahibinin işaretini daha geniş bir yasal koruma altına alınmasını sağlama konusundaki talebinin haklı çıkarabileceğini ifade etmiştir. **Zira uzun yıllar tescilli bir şekilde ticari hayatta varlığını sürdürmüş bir markanın bilinirliği ve öncesinde bir dönem yasal korumadan yararlandığı ve gerçek hak sahibi olduğu kesin ve açıktır.** Bu sebeple koruma süresi sona eren markalarda kötü niyetli tescile ek olarak itibarın sömürülmesi yoluyla paraziter rekabet ihtimali son derece yüksektir.

**Mahkeme bir başka kararında ise koruma süresi sona ermiş ve kullanılmayan bir markanın zihinlerdeki kalıntı itibarından haksız yararlanılamayacağına hükmetmiştir.**<sup>104</sup> “Bu bulgu, başvuruda öne sürülen ve “SIMCA markasının [müdahil taraf] tarafından birkaç on yıldır kullanılmadığının kamuoyunca bilindiği” yönündeki başvuru sahibinin argümanı ile desteklenmektedir. Bu ifade, SIMCA markasının “tarihsel” bir marka olarak varlığının, en azından geçmişte bu isim altında pazarlanan araçlara aşina olan ilgili kamuoyu üyeleri için iyi bilinen bir gerçek olduğunu varsaymaktadır....eski sahibin SIMCA markasının motorlu taşıtlarla ilgili olarak iyi bir üne sahip olduğunun da farkında olduğunu belirtti. Temyiz Kuruluna göre, delillerden anlaşıldığı üzere eski sahibi bilinen bir markayı elde etmeye çalışmış, **amacı müdahil tarafın tescilli markalarının itibarından faydalanmak ve Simca işaretini kasten ve hukuka aykırı bir şekilde kullanarak bu markaların iyi itibarından yararlanmak olmuştur.** Temyiz Kurulunun görüşüne göre, bu tür davranışlar kötü niyetin bir yansıması olarak değerlendirilmelidir.....Ayrıca, eski sahibin söz konusu mektupta, bir ay önce tescil başvurusunda bulunduğu [Avrupa Birliği] markasıyla tam olarak eşleşen bir SIMCA Aronde 9 marka aracı “Ocak 2008’de Fransa’da satın aldığını” belirtmesi de göz önüne alındığında, Temyiz Kurulu’nun eski sahibin “SIMCA markasının motorlu taşıtlarla ilgili olarak halen bir itibara sahip olduğunun” **tamamen farkında olduğu yönündeki tespitinin doğru olduğu sonucuna varılmalıdır.** Yukarıdaki faktörler, Genel Mahkeme’nin, eski sahibin gözünde, söz konusu markanın en azından belirli bir itibara sahip olduğunu ve bu durumun, mevcut davanın koşullarında bu markaya olan ilgisini ve onu gelecek nesiller için koruma niyetini(!) açıkladığını tespit etmesini sağlamaktadır...”

Markanın temel işlevi belirli mal ve hizmetleri tanıtarak benzerlerinden ayırt etmektir. Koruma süresi sona eren fikri mülkiyet hakları kamuya mal olsa da marka bağlamında durum farklıdır. Şöyle ki koruma süresi sona eren markaların kamuya mal olmasında kamunun bir yararı bulunmaz. Marka bir yenilik ürünü değildir. Marka, yukarıda ifade ettiğimiz üzere alelade bir işaretin belirli bir emek ve çabanın ürünü olarak tanınırlık ve güven kazanması işlevini görür. Koruma süresi sona eren markaların emeğin korunması ilkesi çerçevesinde haksız rekabet hükümleri ile korunması süresiz bir tekel yaratılması anlamına gelmez.<sup>105</sup> Zira burada korunan marka değildir. korunan markanın bünyesinde şekillenen emektir. Emek sömürüye açık olduğu müddetçe toplumdaki emeğe dayalı dürüst rekabete olan inanç ve imaj transferinin önüne geçilmek için korunmalıdır. Bu nedenle, marka hakkının doğması bakımından açıklayıcı nitelik taşıyan tescil işlemi neticesinde başlayan SMK korumasının sona ermesi ile markanın kamuya mal olduğundan bahisle mutlak bir taklit serbestisinin kabulü gerçek hak sahibinin uzun yıllar markaya verdiği emeğin ve bu bağlamda ortaya çıkan tanınırlığın rakipler nezdinde istismara açık bırakılması anlamına geleceğinden hakkaniyete uygun değildir. Zira bu halde marka müşteriler

<sup>104</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı(CJEU), T-327/12 Sayılı Simca Europe Ltd v Office For Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks And Designs) (OHIM) Kararı, 2009, ECLI:EU:C:201:4:240 (<https://eur-lex.europa.eu>, erişim tarihi 25.05.2026).

<sup>105</sup> Aynı yönde: Nomer Ertan, Haksız Rekabet Hukuku, 175; Karşı yönde: Koruma süresi sona eren fikri mülkiyet haklarının emeğin korunması ilkesi bağlamında haksız rekabet hükümleri ile korunmasının fikri mülkiyet korumasını anlamsız hale getireceği, bu nedenle koruma süresi sona eren fikri mülkiyet haklarının iltibas tehlikesi haricinde mutlak surette haksız rekabet koruması dışına itilmesi gerektiği yönünde: Odman Boztosun, “Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, 228.

nezdinde ayırt edicilik fonksiyonunu ve kalite ayırdımı sağlama işlevini gerçeğe uygun biçimde yerine getiremez.

Haksız rekabet hukuku 'nun amacı doğrudan belirli bir unsurun(fikri ürün) korunması değil, haksız rekabetin önlenmesidir. Bu anlamda fikri mülkiyet koruması sona eren markalar bakımından marka sahibinin çıkarlarını koruyacak biçimde emek ilkesinin esas alınarak haksız rekabete hükmedilmesi uygun değildir. Zira bu halde fikri mülkiyet koruması süresiz bir tekel hakkına dönüşür.<sup>106</sup> Burada korunması gereken emek mülkiyet hakkına sebep veren emek değil, dürüstlük kuralından kaynağını alan dürüst rekabetin işlerliğini koruyacak olan *soyut dürüst emek tasavvurudur*. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında da marka hakkının değil *markanın bünyesinde şekillenen emeğin* korunduğu vurgulanmaktadır. Mahkeme, C- 487/07 sayılı kararında “Parazitlik(asalaklık) veya bedavacılık ve itibar sömürüsü olarak da adlandırılan, markanın ayırt edici karakterinden veya itibarından haksız bir menfaat sağlama kavramının **markaya verilen zararlarla ilgili değil bir diğer deyişle marka hakkından bağımsız olarak üçüncü kişi tarafından elde edilen haksız yararlarla ilgili olduğunu**” ifade etmiştir. Bu kavramın özellikle, marka imajının veya yansıttığı karakteristik özelliklerin aynı veya benzer işaret taşıyan mallara aktarılması suretiyle tanınmış markanın kuyruğuna asalak gibi tutunarak gerçekleştirilen açık sömürü hallerini kapsadığını da belirtmiştir.<sup>107</sup>

Şöyle ki marka, bir tür ayırt edici işaret niteliği taşır. Bu nedenle piyasadaki ürünün bizihi kendisi değildir. Tasarım ve patent gibi endüstriyel, teknolojik gelişmelerin teşviki amacıyla belirlenen koruma sürelerinin sonunda ürünlerin kamuya mal olması ve taklit serbestisine ilişkin ilkeler marka bakımından geçerli değildir. Zira koruma süresi sona eren markanın taklidinde kamusal bir menfaat bulunmaz.<sup>108</sup> *Şöyle ki koruma süresi sona eren markaların haksız rekabet hükümleri ile korunması her zaman bizihi marka hakkı sahibinin emeğinin korunması anlamını taşımaz. Burada korunan mülkiyet hakkı benzeri belirli bir unsur değil belirli bir emeğin sonucunda marka özelinde meydana gelen ve tüketicinin zihninde yer edinen ticari değer/peştemaliyenin itibar sömürüsüne karşı korunmasıdır.*

Söz edilen değerlerin korunması ile haksız biçimde başkasının emeğinin sömürülmesinin önüne geçilmiş olur. Burada markanın tanınırlığını inşa etmek için harcanan reklam AR-GE ekonomik yatırımlar parazitler sömürüsüne karşı korunmaktadır.<sup>109</sup> Bu nedenle koruma süresi sona eren markalar bakımından emek ilkesine dayanılarak haksız rekabete hükmedilebilir. Burada emek, bir başkasının emeğinin sömürülmesinin önüne geçilmesi için korunur.<sup>110</sup> Haksız rekabet hükümleri ile amaçlanan bütün katılanların lehine dürüst ve bozulmamış rekabetin tesisidir. Bu anlamda daha önce ifade ettiğimiz üzere koruma süresi sona eren markaların kamuya mal olmasında korumaya değer üstün bir menfaat bulunmamakla birlikte taklit ve benzeri yollarla aynı markanın kullanılması büyük çoğunlukla önceki hak sahibinin verdiği emek sonucu ortaya çıkan ticari değer sömürülmesi amacını taşır.

<sup>106</sup> Odman Boztosun, “Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, 228.

<sup>107</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı(CJEU), C-487/07 Sayılı L’Oreal SA Vd v Bellure NV vd. Kararı, 2009, ECRI-05185, ECLI:EU:C:2009:378 (<https://eur-lex.europa.eu>, erişim tarihi 26.05.2026).

<sup>108</sup> Keşli, “Türk Hukukunda Bir Sorun Tescil Edilmemiş ve Koruma Süresi Dolmuş Endüstriyel Ürünler ve Konuya İlişkin Bir Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Kararının Takdimi”, 16.

<sup>109</sup> Ohly ve Sosnitza, Gesetz Gegen Den Unlauteren Wettbewerb(UWG) Kommentar, § 4, Rn. 3/64; Wiebe, Heerman ve Schlingloff, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (UWG), § 4 Rn. 174.

<sup>110</sup> “ekonomik ve ticari hayatta herkes, ahlak ve objektif iyiniyet kurallarına uygun bir şekilde hareket ederek, ancak kendi emek ve gayreti ölçüsünde bir kazançla yetinmelidir. bir tacirin, kendi emek ve gayretine dayanan kazancı, gerek ahlaki gerekse kanuni yönden meşrudur. fakat, bir kimsenin en ufak bir yorgunluğa ve zahmete girmeden bir başkasının yıllar yılı didinip alın teri ve göz nuru dökmek suretiyle ancak meydana getirdiği ve tamamen kişisel emek ve gayretinin ürünü olan çalışmasına ortak olması hali, hem ahlak kurallarına bir aykırılık oluşturur ve hem de haksız rekabeti meydana getirir. bu şekildeki bir haksız rekabet, "parazit-tufeyli" rekabet olarak nitelendirilir. bir başkasının yıllarca çalışmak suretiyle ancak elde edebildiği emek ve şöhretine el atmak suretiyle -deyim yerindeyse- onun sırtından para kazanmak isteyen kimsenin hareketi, kendi emeğine dayanmadığı için, ahlak kurallarına ve kanun hükümlerine göre, haksız rekabettir”: Yar. HGK, E.2014/105, K.2015/2019 (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 25.03.2026).

Ticari faaliyetin kişinin kendi emeğine ve çabasına dayanmaması hali dürüstlüğü aykırı davranışlar yoluyla haksız rekabet teşkil eder.<sup>111</sup> Poroy ve Yasaman'ın da önemle belirttiği üzere haksız rekabete ilişkin hükümlerin özünde emek ilkesine aykırı eylemlerin yer aldığı Yargıtay kararlarında sıkça vurgulanır.<sup>112</sup> Bir başkasının emeğinden haksız yararlanma yoluyla haksız rekabetin tespitinde, iltibas tehlikesinin varlığı aranmaz zira daha önce ifade ettiğimiz üzere haksız rekabet bakımından iltibas tehlikesi ile emek ilkesine aykırılığın koşulları kimi zaman benzer sonuçlar doğursa da birbirinden farklıdır. Koruma süresi sona eren bir markayı iltibas tehlikesi olmaksızın, ortalama müşterinin fark edebileceği değişikliklerle, benzer ürün ve hizmetler bakımından kullanmak ilgili işaret olan marka özelinde tüketici nezdinde oluşmuş aşinalığın, göz alışkanlığının kullanılması yoluyla haksız rekabet teşkil eder. Burada açıkça dürüstlük kuralına aykırı biçimde başka bir kimsenin emeğinden haksız yararlanma söz konusudur.

SMK koruması sona eren marka haksız rekabet hükümleri ile emek ilkesi bağlamında korunurken marka hakkı sahibinin markasını kullanmaya devam etmesi aranmalıdır. Burada marka o kimsenin emeği ile özdeşleşmiş o kişinin emeği nispetinde kaliteyi işaret etme işlevi kazanmıştır. Burada iltibas yoluyla başka bir kimsenin emeğinden haksız yararlanma söz konusudur.

### C. Aldatıcı Hareketler ve Dürüstlük Kuralına Aykırılık

Haksız rekabet hükümleri ile bir markanın oluşturduğu imaj prestij ve müşteri çevresi bir başkasının bu markanın itibarından haksız yararlanmasına karşı korunur. Burada korunan değer bir önceki başlıkta yer verilen markanın ilk ortaya çıkış sürecindeki emek ve yatırımlardan başka *itibarın devamlılığı* için gösterilen emek ve yatırımdır. Bu yatırıma harcanan emekten haksız yararlanılması paraziter rekabet<sup>113</sup> meydana getirir. Tanınmışlıktan yararlanma yalnızca karşılaştırmalı reklamlar bağlamında haksız rekabet olarak kabul edilmemelidir. Kanun koyucu bir başkasının tanınmışlığından haksız yararlanmanın özel bir görünümünü TTK m.55/1.a.5'te düzenlemiştir. Ancak bu durum genel hüküm olan TTK m.54 başvuru olanağını ortadan kaldırmaz, zira tanınmışlıktan haksız yararlanma her halde dürüstlüğü aykırıdır ve taklit eylemini nitelikli bir haksız rekabet eylemi haline dönüştürür. İtibardan haksız yararlanma hali her zaman imaj ve prestij sahibi ürünle aynı kategoride yer almaz ve karıştırma tehlikesi olmayan hallerde de söz konusudur. Bu halde her ürün benzerliğinin karıştırılma tehlikesiyle(TTK 55/1.a.4) haksız rekabete yol açacağına hükmetmek doğru olmaz. Gerekte TTK m.54'te yer alan genel hükümden hareketle bir başkasının itibarından yararlanmanın haksız rekabet teşkil edeceğine hükmedilmelidir.<sup>114</sup>

Markanın en temel işlevi ayırt ediciliktir. Ayırt edicilikle markayı taşıyan ürünlerin kimin tarafından üretildiği açıklığa kavuşur, bu anlamda marka garanti işlevi taşır. Zira markalı ürün ve hizmetler alıcılara kalite konusunda bir güven vermektedir. Alıcılar, başka ürün ve hizmetler bakımından da bu kalitenin korunacağına inançla ilgili markanın ürün ve hizmetlerine öncelik verecektir. Burada ise markanın imaj fonksiyonu ortaya çıkar.<sup>115</sup>

Koruma süresi sona eren markanın imajından ve prestijinden haksız yararlanma haksız rekabet teşkil eder. Burada doğrudan bir karıştırılma tehlikesi mevcut olmasa bile müşterinin zihninde o markaya dair bilinirlik ve güven mevcuttur. Bu markanın veya çok benzerinin farklı mal ve hizmet gruplarında kullanılması halinde bile markanın yıllar yılı ortaya koyduğu kalite ve müşterinin zihnindeki imaj, bedavacı bir şekilde sömürülür. Zira ürün ve hizmet grubu farklı olsa da potansiyel müşteri kitlesi toplumun bütün kesimleridir.

SMK m.6/5'te tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış markanın bilinirliğinden haksız kazanç sağlanabileceği haller nispi ret nedeni olarak öngörülmüştür. Koruma süresi sona eren markalar da SMK

<sup>111</sup> Hamdi Pınar, "Marka, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Açısından LPG Tüp Piyasasındaki Bazı Uygulamalar" Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 6, no.3, (2006): 141.

<sup>112</sup> Poroy ve Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 397; Yar. 11. HD, E. 2017/2676, K.2018/479, 22.01.2018; Yar. 11. HD, E. 2019/3159, K.2020/1089, 10.02.2020; Yar. 11. HD, E. 2016/6621, K.2018/794, 06.02.2018 (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 20.03.2026).

<sup>113</sup> Yar. 11. HD, E. 2023/2722, K.2024/4977, 12.06.2024 (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 27.03.2026).

<sup>114</sup> Şehirli Çelik, Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, 261 vd.

<sup>115</sup> Pınar, Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye, 42.

mevzuatı kapsamında bu hükümle korunmalıdır. Ancak özellikle tescilsiz markaların koruma süresi sona eren markalar bakımından haksız rekabet teşkil eden fiilleri hususunda *itibardan haksız yararlanma gerekçesi* ile haksız rekabet hükümlerine başvurunun önem arz edeceği düşüncesindeyiz.

#### IV. HAKSIZ REKABET KORUMASINDA HUKUKİ SINIRLAR

Haksız rekabet koruması kaynağını dürüstlük kuralından alır. “Dürüstlüğe aykırı ticari uygulamalar haksız rekabet teşkil eder.”(TTK m.54) Dürüstlük kuralının uygulanması bakımından bir süre sınırı öngörülemez. Zira dürüstlük kuralı herkes için her hal ve şartta hakların kullanılmasında geçerlidir. Bu anlamda koruma süresi sona eren markaların haksız rekabet hükümlerince korunmasının süresiz tekel meydana getirmez, dürüst rekabet ortamının tesisine fayda sağlar.

Zira marka hakkı sahibi SMK bağlamında koruma süresinin sona ermesinin ardından “*Başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir.*” hükmü gereğince eski marka sahibi fiilen ve etkin biçimde kullanım şartıyla işaret üzerinde hak elde etmiş kişi statüsü kazanır. Bu halde tescilsiz marka sahibi sıfatıyla itiraz hakkını kullanabilir.<sup>116</sup> Yenilenmeyen fakat kullanılmaya devam edilen marka haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunmaya devam eder.<sup>117</sup>

Marka hakkı, Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında tescil başvurusundan itibaren on yıl süreyle korunur ve koruma süresinin yenilenmesi mümkündür. Haksız rekabet koruması ise süresizdir. Bu anlamda marka hakkı bakımından haksız rekabet koruması ile SMK koruması arasında kanuni düzenlemelerde süresiz koruma hususunda temel bir ayırım bulunmaz.<sup>118</sup> Koruma süresi sona ermiş olsa da tescilden önce markayı kullanıp maruf hale getiren kişi *gerçek hak sahibidir*.<sup>119</sup> Bu anlamda hukukumuzda markaya ilişkin düzenlemelerde korumanın mutlak manada süre ile sınırlandırılması gerektiğine ilişkin bir yaklaşım bulunmaz.

Önemle üzerinde durulması gereken hususlardan biri ise sınai mülkiyet hakkı olan marka hakkının mutlak hak niteliği taşımasıdır. Mutlak hak niteliği taşıyan marka koruması tekel hakkına yol açar. Ancak emek ilkesinin korunması ile markanın haksız rekabet hükümleri bağlamında korunmasında marka hakkı mutlak bir hak niteliği taşımadığından burada süresiz bir tekel tehlikesi endişesinin yersiz olduğu görülmektedir.

Zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere, haksız rekabet hukuku hükümleri ile Sınai Mülkiyet Kanunu’ndaki düzenlemeler benzer amaçlara hizmet etse de korudukları menfaatler farklıdır. Hükümlerin arasında bir öncelik sonralık ilişkisi yer almaz. Şartları mevcutsa münhasıran uygulanır. Bu nedenle ilgili hükümler hukuk birliği çerçevesinde birbirini destekler nitelikte uygulanmalıdır.<sup>120</sup> Tescilsiz bir markaya sağlanan haksız rekabet korumasının, başka bir koruma olan Sınai Mülkiyet korumasına bağlanarak, daha önce tescil edilmiş ve koruma süresi sona ermiş markaya uygulanmaması adil bir uygulama olmayacaktır.

#### SONUÇ

Koruma süresi sona eren markaların haksız rekabet hükümlerince korunmasına ilişkin tespitlerimiz aşağıdaki gibidir:

SMK koruması sona eren markalar kümülatif korumanın geniş yorumlanması yoluyla haksız rekabet hükümlerince korunmaya devam etmelidir. Zira fikri mülkiyet koruması ile haksız rekabet koruması temelde aynı amaca hizmet etse de korudukları değerler farklıdır. Aralarında bir özel kanun genel kanun ilişkisi bulunmaz bu nedenle Lex Specialis ilkesi uygulama alanı bulmaz. Fikri mülkiyet

<sup>116</sup> Kaya, Marka Hukuku, 626.

<sup>117</sup> Bilge, Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, 25; Şehirli Çelik, Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, 117; Kaya, Marka Hukuku, 626; Nomer Ertan, Haksız Rekabet, 173; Yar. 11.HD, E.2014/15620, K. 2015/594, 19.1.2015 (<https://lexpera.com.tr>, erişim tarihi 30.05.2026).

<sup>118</sup> Havan, “Fikri Hakların Haksız Rekabet Hükümlerinde Korunması”, 31.

<sup>119</sup> Bu halde gerçek hak sahibi ve tescil sahibi kişilerin aynı markayı birbirlerinin kullanımlarına katlanacakları yönündeki görüş için: Uğur Çolak, Türk Marka Hukuku (On İki Levha Yayınevi, 2023), 1195.

<sup>120</sup> Şehirli Çelik, Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, 118.

hukuku, markayı bir mutlak hak olarak aynı hak gibi korurken haksız rekabet hukuku markanın ticari faaliyetlerle dürüstlük kuralına aykırı işlemlere konu edilmesinin önüne geçerek dürüst rekabet ortamının tesisini sağlar. **Doktrindeki endişelerin aksine koruma süresi sona eren markaların haksız rekabet hükümlerince korunması ile süresiz bir tekel hakkı doğmaz. Zira koruma süresinin sona ermesi ile rehin, lisans gibi haklar son bulur. Bu bağlamda haksız rekabet hükümleri ile fikri mülkiyet korumasına eşdeğer bir koruma sağlanmaz. Zira burada korunan doğrudan marka üzerindeki mülkiyet hakkı değil markanın bünyesinde şekillenen emeğin korunacağına dair inancın muhafaza edilmesidir.** Bu sebeplerle iki hukuk dalına ilişkin yorum yaparken hukuk düzeninin birliği esas alınarak, birbirini tamamlayıcı işlevde yorum yapılmalı, yasal düzenemelerden biri diğerini işlevsiz kılacak şekilde yorumlanmamalıdır.

Haksız rekabet hükümleri dürüstlük kuralına ilişkin düzenlemenin bir görünümüdür ve dürüstlük kuralı süre ile sınırlanamaz. Sınai Mülkiyet Kanunu incelendiğinde marka hakkı bakımından haksız rekabet koruması ile SMK koruması arasında kanuni düzenlemelerde süresiz koruma hususunda temel bir ayrım bulunmaz zira onar yıllık sürelerle marka hakkı sonsuza kadar yenilenebilir. **Bu nedenle marka korumasının Sınai Mülkiyet Kanunu’nda belirlenen süre ile sınırlanması doğru değildir.**

Türk hukukunda ve mehzaz İsviçre hukuk sisteminde marka hakkının kazanılması bakımından kabul gören anlayış öncelik ilkesi doğrultusunda gerçek/üstün hak sahipliği ilkesidir. Bu bakımdan marka hakkı, alelade bir işaretin seçilip kullanılması ve bu yolla ayırt edici nitelik kazanarak bilinir hale getirilmesi ile doğar. Tescilsiz marka, ayırt edici işaret olarak dürüstlük kuralı çerçevesinde haksız rekabet hükümleriyle korunur. Markanın Markalar Sicili’ne tescili ise SMK korumasının teminine yönelik şekli bir uygulamadan ibarettir. Zira marka hakkı, ayırt edici işaret olarak kullanılması ve bilinir hale getirilmesi ile halihazırda tescilden önce kazanılmıştır. Bu ilke ile amaçlanan markayı ilk kez kullanmak yoluyla bilinir hale getiren kişinin çabası karşılığında harcadığı emek zaman ve paranın zayi edilmemesi, markanın ise bütün katılanların yararına olacak şekilde fonksiyonlarını yerine getirdiği sürece basit bir tescile kurban edilmemesidir. SMK hükümleri incelendiğinde kanunun tescile bağlı bir hukuk sistemi benimsemiş olmasına rağmen gerçek hak sahipliği ilkesini gözardı etmediği görülür. Bu anlamda gerek SMK hükümleri, gerekse bir ayırt edici işaret olarak markanın ve markanın ayırt ediciliği için gösterilen çabanın haksız rekabet karşısında korunmasını sağlayan TTK hükümleri *emek ilkesini* merkeze alır. Bu anlamda marka sahibi markasını kullanmaya devam ettiği müddetçe haksız rekabet koruması ile marka hakkı dürüst rekabetin tesisi adına muhafaza edilmelidir. **Bu koruma ile amaçlanan markanın müşteriler nezdinde ayırt edicilik fonksiyonunu ve kalite ayırdımı sağlama işlevini gerçeğe uygun biçimde yerine getirmesidir. ABAD kararlarında da haklı olarak ifade edildiği üzere marka hukuku düzenlemeleri ile amaçlanan mal ve hizmetlerin kalitesini belirlemek ve tüketicilerin herhangi bir karışıklığa mahal vermeksizin markaları ve kaliteyi ayırt etmesini sağlamak yoluyla dürüst rekabet ortamına katkı sağlamaktır.**

Markanın temel işlevi belirli mal ve hizmetleri tanıtarak benzerlerinden ayırt etmek ve ürün veya hizmetin menşesine işaret etmektir. Koruma süresi sona eren fikri mülkiyet hakları bakımından kamuya mal olma ilkesi söz konusu olsa da marka bağlamında durum farklıdır. Şöyle ki koruma süresi sona eren markaların kamuya mal olmasında kamunun bir yararı bulunmaz. Zira marka yukarıda ifade ettiğimiz üzere alelade bir işaretin belirli bir emek ve çabanın ürünü olarak tanınırlık ve güven kazanması işlevini görür. Burada tasarım ve patent gibi ürünlerden farklı olarak endüstriyel veya teknolojik bir gelişmenin kamunun hizmetine sunulması söz konusu değildir. **Bu nedenle, marka hakkının doğması bakımından açıklayıcı nitelik taşıyan tescil işlemi neticesinde başlayan SMK korumasının sona ermesi ile markanın kamuya mal olduğundan bahisle mutlak bir taklit serbestisinin kabulü gerçek hak sahibinin uzun yıllar markaya verdiği emeğin ve bu bağlamda ortaya çıkan tanınırlığın rakipler nezdinde istismara açık bırakılması anlamına geleceğinden hakkaniyete uygun değildir. Burada esas olan belirli bir emeğin sonucunda marka özelinde meydana gelen ve tüketicinin zihninde yer edinen ticari değer/peştimaliyenin korunmasıdır. Bu halde marka haksız rekabeti önleyici bir fonksiyon da üstlenir.** Bu anlamda koruma süresi sona eren marka ile diğer marka arasındaki benzerlik ortalama müşteri nezdinde iltibas tehlikesi yaratmasa da mevcut benzerlik, belirli bir alaka düşüncesine zemin hazırlayarak koruma süresi sona eren markanın tanınırlığından ve emeğinden haksız yararlanmaya yol açar. Bu bakımdan emek ilkesine aykırılık yolu ile haksız rekabet teşkil eder. Koruma süresi sona eren bir markayı iltibas tehlikesi olmaksızın, ortalama müşterinin fark edebileceği değişikliklerle, benzer ürün ve hizmetler bakımından kullanmak, ilgili işaret

olan marka özelinde tüketici nezdinde oluşmuş aşinalığın, göz alışkanlığının kullanılması yoluyla emek ilkesine aykırı olarak haksız rekabet teşkil eder. Ürün ve hizmet grubu farklı olsa da potansiyel müşteri kitlesi toplumun bütün kesimleridir ve farklı mal ve hizmetler söz konusu olsa dahi müşterinin zihnindeki markaya ilişkin güven ve intiba geri planda korunmaya devam eder. Bu anlamda taklit serbestisi dürüstlük kuralı bağlamında emeğin korunması ilkesi ile sınırlandırılmalıdır.

Koruma süresi sona eren markaların emek ilkesi bağlamında da korunması gerektiği kanaatindeyiz. Tescilsiz markaya sağlanan korumanın tescil edilmiş ve koruma süresi sona ermiş markaya sağlanmaması adil bir yorum değildir. Zira haksız rekabet ihtimali her halde söz konusudur. SMK koruması sona eren markaların haksız rekabet koruması bakımından iltibas tehlikesine hapsedilerek emeğin korunması ilkesinin dışına itilmesinde dürüst rekabet ortamının tesisi adına bir fayda bulunmaz. Markanın kamuya mal olmasında üstün bir yarar da yoktur. Zira marka taşıdığı imajla bir kalite ve güven sembolü niteliği taşır. Bu nedenle *karıştırılma tehlikesi olmayan hallerde* markanın aynı veya benzerinin kullanılması çoğunlukla müşterinin zihninde çağrışan bu imajdan, markanın taşıdığı itibardan ve tanınırlıktan haksız yararlanma teşkil eder. Zira bu halde -tıpkı karıştırılma tehlikesine yol açmayan halde olduğu gibi- marka dürüst rekabet ortamının tesisinde üstlendiği işlevini gerçeğe uygun biçimde yerine getiremez. **Nitekim Alman Haksız Rekabet Kanunu (UWG)’de her iki haksız rekabet hali münferit olarak düzenlenmiştir. Bir diğer kurum olan kötü niyetli tescil ve itibardan haksız yararlanma için aranan koşullar farklı olsa da paraziter rekabetin varlığı halinde kötü niyetli tescil ihtimali de her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Zira kötü niyetli tescil bir haksız rekabet kurumu olsa da tescil ilkesinin sağlıklı işlerliği için Sınai Mülkiyet Kanununda hükümsüzlük nedeni olarak kabul edilmiştir.**

İltibas tehlikesinin varlığı halinde koruma süresi sona eren markaların haksız rekabet hükümlerince korunacağı hususunda doktrinde görüş birliği mevcuttur. Bununla birlikte karıştırılmaya yol açan önlemler alma iradesinin tespitinde borçlar hukukunda hukuki işlemlerde taraf iradelerinin yorumlanmasında hakim olan güven teorisinin benimsenmesi gerektiği görüşündeyiz. **Güven teorisine göre kişinin iradesi değil, dürüst makul ve orta zekalı muhatabın bu ifadeden ne anlayacağı esas alınır. Karıştırılma ihtimalinin tespitinde koruma süresi sona eren markaya benzer marka, hedef kitleye yöneltilmiş bir öneriye davet olarak kabul edilmeli ve ortalama yetenekteki müşterinin ne anlamak mecburiyetinde olduğu esas alınmalıdır. Bu durum objektif ve haklı bir karıştırılma ihtimaline zemin hazırlıyorsa o halde iltibasın varlığına hükmedilmelidir.** Zira iltibasın varlığını belirleyen piyasaya sunulan ürünün ortalama müşteride yarattığı intibadır. Teknik bir zorunluluk olmadığı müddetçe, ki marka bağlamında teknik zorunluluk olması nadirdir, müşteri kitlesinin iki marka arasındaki farkı anlayabileceği ayırt edici işaretleri kullanmaktan kaçınmak buna örnek olarak gösterilebilir.

**KAYNAKÇA**

- Alexander, Christian. Helmut Köhler ve Jörn Feddersen. *Gesetz Gegen Den Unlauteren Wettbewerb (UWG) Kommentar*. C.H. Beck, 2026.
- Arkan, Sabih. *Marka Hukuku C.2*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2023.
- Ayhan, Rıza, Hayrettin Çağlar, Burçak Yıldız ve Dilek İmirlioğlu. *Sınai Mülkiyet Hukuku*. Adalet Yayınevi, 2021.
- Bilge Mehmet Emin. *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*. Yetkin Yayınları, 2014.
- Büyükkılıç, Gül. "Türk Hukukunda Fikri Mülkiyet ve Haksız Rekabet Hükümlerinin Kümülatif Uygulanabilirliği." *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 10, no.1 (2024): 101-118.
- Büyükkılıç, Gül. *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması*. On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Bozgeyik, Hayri ve Sefa Er. "Tasarımlar için Kümülatif Koruma." *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 5, no.1 (2019): 19-38.
- Bozgeyik, Hayri, Fatih Mehmet Tabur. "Marka Korumasında Tescil ve Öncelik İkilemi Üzerine Yargıtay ve ABAD Kararları Işığında Bir İnceleme." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no.58 (2024): 275-296.
- Çağlar, Hayrettin. *Marka Hukuku Temel Esaslar*. Adalet Yayınevi, 2015.
- Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*. On İki Levha Yayınevi, 2023.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Legem Yayınevi, 2024.
- Güneş, İlhami. *Marka Hukukunda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler*. Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Havan, Muhammet Emirhan. "Fikri Hakların Haksız Rekabet Hükümlerinde Korunması." *The Boğaziçi Law Review* 1, no.2 (2024): 21-47.
- Helvacı, Mehmet, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan ve Ülgen Hüseyin. *Ticari İşletme Hukuku 7. Baskı*. Vedat Kitapçılık, 2021.
- Kara, Elif. *Türk Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi*. On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Karaman Odabaşı, Fatma. *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümlerine Konu Olması*. Adalet Yayınevi, 2015.
- Kaya, Arslan. *Marka Hukuku*. Vedat Kitapçılık, 2024.
- Kılıçoğlu, Ahmet Mithat. *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. Turhan Yayınevi, 2006.
- Keşli, Ahmet. "Türk Hukukunda Bir Sorun Tescil Edilmemiş ve Koruma Süresi Dolmuş Endüstriyel Ürünler ve Konuya İlişkin Bir Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Kararının Takdimi." *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, no.2 (2002): 15-26.
- Nomer Ertan, N.Füsün. *Haksız Rekabet Hukuku*. On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Odman Boztosun, Ayşe. "Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi" iç. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI (Bildiriler-Tartışmalar, 9-10 Aralık 2005)*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005, 197-247
- Ohly, Ansgar ve Olaf Sosnitza. *Gesetz Gegen Den Unlauteren Wettbewerb(UWG) Kommentar*. C.H. Beck, 2023.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer SELİÇİ ve Saibe OKTAY-ÖZDEMİR. *Eşya Hukuku*. Filiz Yayınevi, 2024.
- Öztan, Bilge. *Medeni Hukukun Temel Kavramları*. Yetkin Yayınları, 2021.
- Pınar, Hamdi. *Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye*. İstanbul Ticaret Odası, 2004.
- Pınar, Hamdi. "Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi." *Rekabet Dergisi* 15, no.2 (2014): 59-87.
- Pınar, Hamdi. "Marka, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Açısından LPG Tüp Piyasasındaki Bazı Uygulamalar." *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 6, no.3 (2006): 117-149.

- Poroy, Reha ve Hamdi Yasaman. *Ticari İşletme Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Suluk, Cahit “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması.” *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 1*, no.3 (2001): 43-72.
- Suluk, Cahit, Rauf Karasu ve Temel Nal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Suluk, Cahit. “A Comparative Law Perspective of the Protection of Unregistered Industrial Products Under Turkish Unfair Competition Law.” *International Review of Intellectual Property and Competition Law 7* (2012): 825-846
- Suluk, Cahit. “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler.” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 4*, no.1 (2018): 91-109.
- Suluk, Cahit. “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 18*, no.2 (2012): 157-174.
- Şehirali Çelik, Feyzan Hayal. *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014.
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Vedat Kitapçılık, 2012.
- Uzunallı, Sevilay. *Marka Hukuku*. Adalet Yayınevi, 2019.
- Wiebe, Andreas, Peter W. Heerman ve Jochen Schlingloff. *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (UWG)*. C.H. Beck, 2020.
- YASAMAN, Hamdi. *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt I*. Seçkin Yayınevi, 2021.



e-ISSN: 2667-6117  
Yıl / Year: 2026  
Cilt / Volume: 8  
Sayı / No: 1

Eserin Türü /  
Manuscript Type  
İnceleme Makalesi /  
Review Article  
DOI:  
10.47136/asbuhfd.18417  
92



# DEMOKRASİNİN PEŞİNDE ATATÜRKÇÜ BİR FİKİR ADAMI:

## MÜNCİ KAPANI

*An Atatürkist Intellectual in Pursuit of  
Democracy: Münci Kapani*

Mehmet ÇAKIROĞLU\*

### Öz

Bir anayasa metninin oluşması, farklı tercihler ve fikirler arasındaki mücadelenin ve etkileşimin sonucudur. Elde edilen bu sonuç, bazı tercihlerin ve fikirlerin diğerlerine nazaran daha az kabul görmesini içerisinde barındıracak, hatta bir kısmını da dışarıda bırakacaktır. Bu durum ise kişilerin benimsedikleri tercihler ve fikirler doğrultusunda söz konusu anayasaya ve yaşanan diğer anayasal gelişmelere yönelik farklı bakış açılarına sahip olmalarına neden olacaktır. Bülent Tanör, “Anayasal Gelişme Tezleri” adlı eserinde, anayasal gelişmelere yönelik bazı devlet ve fikir adamlarının bakış açılarını derleyerek, bahsi geçen farklılığı ortaya koyan bir eser oluşturmuştur. Bu çalışmada, Tanör’ün zikredilen eserinden esinlenilmekle birlikte, çok sayıda kişi yerine sadece bir fikir adamının Türk anayasal gelişmelerine bakış açısının yansıtılması tercih edilmiştir. Bu bağlamda fikirleri yansıtılacak kişi Münci Kapani’dir. Çalışmayla fikirlerine yer verdiğimiz Münci Kapani ile diğer fikir adamlarının aynı konu üzerindeki düşüncelerinin karşılaştırılması bakımından, ileride yapılacak çalışmalar açısından bir kaynak ve kolaylık sağlamak amaçlanmıştır. Diğer taraftan anayasal tarih üzerine yapılacak çalışmaların ilgili bölümlerine yönelik çeşitli görüşler ifade edilirken, Münci Kapani’nin o konudaki görüşlerine kolayca ve toplu olarak erişimin mümkün hale gelmesi de hedeflenmiştir. Çalışmada amaçlanan bir diğer husus ise, Münci Kapani’nin anayasal gelişmeler hakkında farklı eserlerinde yer alan görüşlerinin bir kez daha ifade edilebilmesini sağlamaktır.

### Abstract

The formation of a constitutional text is the result of a struggle and interaction between different choices and ideas. This outcome will likely include some choices and ideas being less accepted than others and may even exclude others. This situation will lead people to have different perspectives on the constitution and other constitutional developments, based on their adopted choices and ideas. Bülent Tanör, in his work, which name is "Constitutional Development Theses", compiles the perspectives of various statesmen and intellectuals on constitutional developments and presents this difference. Although inspired by Tanör's mentioned work, this study has preferred to present the perspective of a single intellectual on Turkish constitutional developments, rather than the perspective of numerous intellectuals. In this context, Münci Kapani is the one whose ideas will be reflected. The study aims to provide a resource and easiness comparisons between Münci Kapani's, whose ideas we present, and the opinions of other intellectuals for studies on the same topic in future. The other aim is, while various perspectives on relevant sections of studies on constitutional history are presented, to access easily and completely to Münci Kapani's opinions on that subject. Another aim of this study is to provide a repetition of Münci Kapani's opinions on constitutional developments, as found in his various works.

**Makale Gönderim Tarihi / Received:** 13.12.2025

**Makale Kabul Tarihi / Accepted:** 06.03.2026

**Hakem Değerlendirmesi / Peer Review:** Çift kör hakem.  
Double peer-reviewed.

**Anahtar Kelimeler / Keywords:** Münci Kapani, Fikir adamı, Anayasal gelişme tezleri, Türk anayasal gelişmeleri, Anayasal kavramlar. / Münci Kapani, Intellectual, constitutional development theses, Turkish constitutional developments, Constitutional concepts.

**Atıf / Citation:** Çakiroğlu, Mehmet. “Demokrasinin Peşinde Atatürkçü Bir Fikir Adamı: Münci Kapani” *ASBU Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2026). 188-207.

#### **Yazar Bilgileri / Authors Information:**

\* Dr., Askeri Hakim, EDOK Hukuk Hizmetleri Başkanlığı, e-posta: cakirogludm@gmail.com, ORCID: 0009-0008-6564-0072.

**Teşekkür Acknowledgments:** Bulunmamaktadır.

**Finansal Destek / Financial Support:** Finansal destek alınmamıştır.

**Çıkar Çatışması / Conflict of Interest:** Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

**Etik Kurul Onayı / Ethics Committee Approval:** Çalışma için etik kurul onayı gerekmektedir.

**Yapay Zeka Araçlarının Kullanımı / Use of Artificial Intelligence:** Yapay zeka araçlarından yararlanılmamıştır

### Extended Summary

Whether the concept of a constitution is defined as centered on the state or political power, the formation of a constitutional text is the result of a struggle and interaction between different choices and ideas. This outcome will likely include some choices and ideas being less accepted than others and may even exclude others. It is impossible to claim that social forces are in perfect balance during the constitution-making and amendment processes. This situation will lead people to have different perspectives on the constitution and other constitutional developments based on their adopted choices and ideas. When it comes to constitutional developments and choices, it is impossible to determine a single, objective perspective. Bülent Tanör, in his work "Constitutional Development Theses," compiled and analyzed the perspectives of various statesmen and intellectuals on constitutional developments, creating a work that demonstrates this difference. Although inspired by Bülent Tanör's work, this study has preferred to present the perspective with more details of a single intellectual on Turkish constitutional developments, rather than the perspective of numerous intellectuals. In this context, Münici Kapani is the one whose ideas will be reflected. Playing an active role in the making of the 1961 Constitution, which aimed to find solutions to all the problems experienced in the period between 1950 and 1960 and reflected a reaction to the previous period; making significant contributions to the creation of this text that directed the State and Turkish society for nearly 20 years; his valuable and timeless works such as "Public Freedoms" and "Introduction to Political Science" bring Kapani's ideas to the forefront and make them valuable. The study aims to provide a resource and easiness comparisons between Münici Kapani's, whose ideas we present, and the opinions of other intellectuals for studies on the same topic in future. The other aim is, while various perspectives on relevant sections of studies on constitutional history are presented, to access easily and completely to Münici Kapani's opinions on that subject. Another aim of this study is to provide a repetition of Münici Kapani's opinions on constitutional developments, as found in his various works. This study has began with briefly examining Kapani's life, followed by his assessments of constitutional developments and concepts. In this context, firstly, Kapani's opinions on Ottoman-Turkish modernization are reflected, under this heading his opinions on the Ottoman legal system, the Tanzimat and Islahat edicts, the First and Second Constitutional Monarchy periods and the Atatürk's period are explained. Secondly, Kapani's evaluations about the constitutional movements and constitutions of the Republican period are presented; accordingly, his opinions on the 1924 Constitution, the Democrat Party, the military intervention of 27 May 1960, the 1961 Constitution, the amendments of the 1961 Constitution after the 12 March Memorandum and the 1982 Constitution are explained. Thirdly, Kapani's assessments about certain constitutional concepts and debates are explained. This includes his thoughts on the structure of the legislature and public participation in governance, the concept of the national will, majoritarian and pluralistic understandings of democracy, political parties, judicial independence, judicial review of the constitutionality of laws and the constitutional court, the right of resistance, the freedom of destroy the freedom, the rigidity of constitutions, coups and extraordinary administrative procedures and secularism. In the conclusion part of the study, a general evaluation of Münici Kapani is made and the conclusions are presented about this respected intellectual who made very important contributions to Turkish legal doctrine and passed away a long time ago are included.

## GİRİŞ

Anayasa kavramı ister devleti,<sup>1</sup> ister siyasi iktidarı<sup>2</sup> temel alır şekilde tanımlansın, bir anayasa metninin oluşması farklı tercihler ve fikirler arasındaki mücadelenin ve etkileşimin sonucudur. Elde edilen bu sonuç, bazı tercihlerin ve fikirlerin diğerlerine nazaran daha az kabul görmesini içerisinde barındıracak, hatta bir kısmını da dışarıda bırakacaktır. Zira anayasaların yapılması ve değiştirilmesi süreçlerinde toplumsal güçlerin tam bir denge içerisinde bulunduğunu iddia etmek mümkün değildir.<sup>3</sup> Bu durum ise kişilerin benimsedikleri tercihler ve fikirler doğrultusunda söz konusu anayasaya ve yaşanan diğer anayasal gelişmelere yönelik farklı bakış açılarına sahip olmalarına neden olacaktır. Anayasal gelişmeler ve tercihler söz konusu olduğunda, tek bir objektif bakış açısının bulunması mümkün değildir.

Bülent Tanör, “Anayasal Gelişme Tezleri”<sup>4</sup> adlı eserinde, anayasal gelişmelere yönelik bazı devlet ve fikir adamlarının bakış açılarını derlemek ve bunlara yönelik bazı tahliller yapmak suretiyle, yukarıda bahsettiğimiz farklılığı ortaya koyan bir eser oluşturmuştur. Tanör, söz konusu eserinde çok sayıda kişinin fikirlerine sınırlı bir kapsamda yer vermiştir. Bu çalışmada ise, Tanör’ün zikredilen eserinden esinlenilmekle birlikte, çok sayıda kişi yerine, sadece bir fikir adamının Türk anayasal gelişmelerine<sup>5</sup> bakış açısının daha geniş bir şekilde yansıtılması<sup>6</sup> tercih edilmiştir. Böylece, çalışmaya konu edilen fikir adamı ile diğer fikir adamlarının aynı konu üzerindeki fikirlerinin karşılaştırılması bakımından, ileride yapılacak çalışmalar açısından bir kaynak ve kolaylık sağlanmış olacaktır. Diğer taraftan anayasal tarih üzerine yapılacak çalışmaların ilgili bölümlerine yönelik çeşitli görüşler ifade edilirken, incelemeye konu yazarın bu konudaki görüşlerine kolayca ve toplu olarak erişim mümkün hale gelecektir. Çalışmayla amaçlanan bir diğer husus ise, ilgili kişinin anayasal gelişmeler hakkında farklı eserlerinde yer alan görüşlerinin bir kez daha ifade edilebilmesini sağlamaktır.

Çalışmada görüşleri aktarılabilecek fikir adamı ise Mehmet Münici Kapani’dır. Kapani’nin 1961 Anayasası’nın yapım sürecinde aktif rol oynaması, böylece Devlet’e ve Türk toplumuna yaklaşık 20 yıl boyunca yön veren bir metnin oluşturulmasına ilk elden önemli katkılar vermesi, onun fikirlerini ve bilgi birikimini ön plana çıkarmaktadır. Diğer taraftan 1961 Anayasası’nın, özellikle 1950-1960 yılları arasındaki dönemde yaşanan tüm sorunlara çözüm bulma amacını gütmesi,<sup>7</sup> bu yönüyle kendinden önceki döneme yönelik bir tepkiyi yansıtması da, 1961 Anayasası’nın yapım sürecinde etkin rol alan Kapani’nin 1924 Anayasası’na ve o dönemdeki gelişmelere yönelik fikirlerini de önemli kılmaktadır.

<sup>1</sup> “Anayasa devlet yapısının temelidir. Devlet kuruluşlarının yapıları ve düzenleri, bu kuruluşların yetkileri, görevleri ve birbiriyle olan ilişkileriyle karşılıklı durumları, devletin ve kişilerin haklarıyla ödevleri bu hukuksal yapının bütününi oluştururlar.” Bu tanıımı içerir AYM, E.1973/19, K.1975/87, 15.4.1975 kararı için bkz. RG. 26.02.1976, S. 15511 ile AYM, E.1976/38, K.1976/46, 12.10.1976 kararı için bkz. RG. 20.01.1977, S. 15825 (mükerrer).

<sup>2</sup> Anayasa kavramının siyasi iktidarı temel alan tanımında ideolojik manifesto, normatif şelale ve iktidar haritası olmak üzere üç boyut vardır. Buna göre anayasa, toplumdaki idealleri ve hedefleri yansıtan “ideolojik bir manifesto” niteliğindeki; daha alt seviyedeki normlara kaynaklık eden, böylece o normları çıkaran siyasi iktidara meşruiyet kazandırarak onun emir ve talimatlarına uyulmasını sağlayan “normatif şelale” karakterine sahip; devlet organlarının kuruluşunu, işleyişini ve birbirleri arasındaki ilişkileri, velhasıl organizasyon şemasını düzenleyen bir “iktidar haritası” mahiyetindeki üstün kurallar bütünüdür. Levent Gönenç, “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 56, no. 1 (2007): 150-155.

<sup>3</sup> Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (Gerçek Yayınevi, 1993), 9.

<sup>4</sup> Bülent Tanör, *Anayasal Gelişme Tezleri* (Yapı Kredi Yayınları, 2018).

<sup>5</sup> “Anayasal gelişmeler” ifadesi ile sadece bir anayasa metnine bağlı yapım veya değişiklik süreçlerini içine alan dar bir kapsam kastedilmemektedir. Bu ifadeyle, Türk anayasal tarihinde yaşanan önemli dönemeçler ile birtakım anayasal kavramlara, konulara dair tartışmalar da ifade edilmek istenmektedir. Nitekim çalışmanın esin kaynağı mahiyetindeki eserin yazarı Tanör de, “anayasal” ifadesini anayasayı aşan bir anlam ve kapsamda kullandığını belirtmektedir. Tanör, *Anayasal Gelişme Tezleri*, 12.

<sup>6</sup> Aşağıda aktarılan düşünceler tamamen çalışmaya konu edilen fikir adamının eserlerinden derlenmiştir.

<sup>7</sup> A.Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku* (Turhan Kitabevi, 1995), 123. 1961 Anayasası’nın yapılması sırasında, 27 Mayıs askeri müdahalesi öncesi yaşananlara yönelik tepkilerden hangi ölçüde uzaklaşılabildiğine dair bir değerlendirme için bkz. Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 46-48.

Kapani'yi çalışmamıza konu olarak seçmemizin bir diğer sebebi ise, "Kamu Hürriyetleri"<sup>8</sup> ve "Politika Bilimine Giriş" gibi son derece değerli ve eskimeyen eserleri Türk doktrinine kazandırmasıdır.

## I. HAYATI

16 Mayıs 1921 tarihinde Karşıyaka'da doğan Mehmet Münci Kapani,<sup>9</sup> orta öğrenimini Galatasaray Lisesi'nde tamamlamış, 1942 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. Doktorasını 1948 yılında Cenevre Hukuk Fakültesi'nde tamamlayan ve 1949 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde asistan olarak göreve başlayan Kapani, "İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali" başlıklı teziyle 1954 yılında doçent olmuştur. 06.01.1961 tarihinde Temsilciler Meclisi üyesi olarak göreve başlamış, 09.01.1961 tarihinde ise Temsilciler Meclisi'nde yapılan oylamayla, kullanılan 261 oyun 230'unu alarak (en yüksek 4'üncü oy), 1961 Anayasası'nın hazırlanması için oluşturulan Anayasa Komisyonu üyeliğine seçilmiştir. 1964'te profesörlüğe terfi eden Kapani, yirmi yıldan fazla bir süre Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde genel kamu hukuku kürsüsü başkanlığını yürütmüş, 10.03.1983 tarihinde ise, YÖK düzenine ve öğretim üyeleri üzerindeki baskılara tepki göstererek üniversitedeki görevinden istifa etmiştir. Emekli olduktan sonra yaşamını İzmir'de devam ettiren Kapani, bypass ameliyatı için gittiği İngiltere'de 21 Haziran 1993 tarihinde vefat etmiştir.<sup>10</sup>

## II. ANAYASAL DEĞERLENDİRMELERİ

### A. Osmanlı – Türk Modernleşmesine İlişkin Değerlendirmeleri

#### 1. Osmanlı'daki Hukuk Düzeni Hakkındaki Görüşleri

Kapani'nin Osmanlı hukuk düzeni hakkındaki görüşlerinin olumsuz yönü ağır basmaktadır. Kapani'ye göre, Osmanlı Devleti tam anlamıyla ve en katı şekliyle teokratik bir devlettir. Osmanlı Devleti'nde her türlü yetki ve iktidar "Allah'ın yeryüzündeki gölgesi" sayılan halife-padişahın elinde toplanmaktaydı. Bu mutlak iktidara herhangi bir sınır çizilmiş değildi ve onun keyfiliğe, zulme dönüşmesini önleyecek herhangi bir ilke veya kural da yoktu. Rejim her türlü sınırlamadan ve denetimden uzak tam bir "istibdat" yönetimidir.<sup>11</sup> 19'uncu yüzyılın ortalarına kadar hükümdarın mutlak iktidarını sınırlayan ve fertlere insan olarak bazı haklar tanıyan bir hürriyet anlayışı kendisini göstermemiştir.<sup>12</sup> Öyle ki, 1789'da Fransa'da başlayan özgürlük ateşi, başka ülkelerde olduğu gibi Osmanlı Devleti'nde halkın içine bir kıvılcım sıçratmış da değildi. İnsan hakları ve özgürlük ideallerinin ilk serpintileri, aradan uzun süre geçtikten sonra, ancak 19'uncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren, batı kültürü ile temasa geçen aydınlar yoluyla ülkeye gelmeye başlayacaktı.<sup>13</sup>

Kapani'nin, Osmanlı'daki temel hukuk düzeni olan şeriat konusunda da olumlu düşündüğünü iddia etmek mümkün değildir. Kapani, şeriat hükümlerinin çağdaş uygarlık anlayışı ve insan hakları kavramı ile bağdaşmayacağını, bundan 1400 yıl önce ilkel bir toplumsal ortamda ortaya çıkan ve o ortama bir

<sup>8</sup> Kapani'nin Kamu Hürriyetleri adlı eserinin değeri hakkında Anıl Çeçen'in kaleminden kısa bir değerlendirme için bkz. Münci Kapani, *Kamu Hukuku Yazıları* (Derleyen: Anıl Çeçen) (Türk Hukuk Kurumu Yayınları, 2014), 3. Kapani'nin bir kısım yazılarına *Kamu Hukuku Yazıları* adlı eser vasıtasıyla ulaşılmıştır. Çalışma sırasında, *Kamu Hukuku Yazıları* adlı eser yoluyla ulaşılan makalelerde bu esere atıf yapılarak, ayrıca orijinal kaynak zikredilmiştir. Birincil kaynağa ulaşılabilen hususlarda ise, doğrudan ilgili gazeteye, dergiye atıf yapılmıştır.

<sup>9</sup> Kapani'nin hayatı şu kaynaklardan derlenmiştir: *Kuruluşunun 50. Yılı Dolayısıyla Ankara Hukuk Fakültesi Öğretim Üye ve Yardımcıları Bibliyografyası (1925-1975)* (AÜHF Yayınları, 1977), 175; *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanları Bibliyografyası (1976-2007)* (2008), 183; Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş* (BB101 Yayınevi, 2018), 5; M.İskender Özturanlı, "Büyük Hukukçular:8 Münci Kapani," *İzmir Barosu Dergisi* (Temmuz 1995), 111,115; *Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi* (1. Birleşim, 06.01.1961), 4; *Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi* (2. Birleşim, 09.01.1961), 16; <https://add.org.tr/wp-content/uploads/2022/03/MunciKapani.pdf> (erişim tarihi: Aralık 10, 2025).

<sup>10</sup> Kapani'nin çalışma kapsamında yer verilen görüşleri değerlendirilirken, vefat ettiği tarih ve dolayısıyla düşüncelerinin bu tarih öncesine ait olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>11</sup> Münci Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları* (Bilgi Yayınları, 1996), 127-128.

<sup>12</sup> Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (Yetkin Yayınları, 2013), 88.

<sup>13</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 128; Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 91.

düzen vermek için getirilen kuralların, zamanına göre bir “reform” niteliği taşısa da, günümüzün dünyasında geçerli olamayacağını belirtmiştir.<sup>14</sup>

## 2. Tanzimat Dönemi ve İslahat Hareketleri Hakkındaki Görüşleri

Kapani’ye göre, ıslahatlar konusunda atılan adımlar, halk isteğinin ve kitleden gelen bir yönlendirmenin değil, baştaki devlet adamlarının duydukları ıslahat ve yenileşme ihtiyacının sonucudur. Dolayısıyla, “yukarıdan aşağıya doğru” bir hareket söz konusudur. Tanzimat döneminde girilen ıslahat hareketlerinde, Osmanlı İmparatorluğu içindeki Hristiyan unsurların koruyuculuğunu üstlenen Batılı devletlerden gelebilecek müdahaleleri önlemek kaygısı ve bu devletlerin güvenini kazanarak Batı dünyasına katılma amacı vardır. Bu nedenle insan hakları alanındaki gelişmeler, Müslüman olanlarla olmayanlar arasında eşitlik sağlama girişimleri ile paralel olarak yürümüştür.<sup>15</sup>

Bu dönemde reform hareketleri çeşitli direnmelerle karşılaşmıştır. Hatta Müslüman-Hristiyan eşitliği konusunda başlıca hoşnutsuzluk doğrudan doğruya Hristiyanlardan gelmiştir. Zira Hristiyan unsurlar bu eşitliğin askerlik ve vergi alanlarına da yayılmasını bir hak kazancı değil, bir imtiyaz kaybı olarak görmüşlerdir. Ancak en büyük direnme, her türlü yeniliği gözü kapalı reddeden ve Kapani’nin gerici olarak tanımladığı, çağdaşlaşmayı yine onun tabiriyle gavurlaşma sayan fanatik çevrelerden gelmiştir. Tanzimat hareketini yürütmeye çalışan devlet adamları daima bu çevreleri kollamak, bağnazlık ve irtica odaklarına sık sık tavizler vermek zorunda kalmışlardır. Bu nedenle Tanzimat hiçbir zaman köklü bir reform, devrim niteliğini kazanamamıştır. “Yeni” alınırken “eski” atılamamış, bu ikisi hep yan yana yürütülmek, ileri ile geri bağdaştırılmak istenmiştir. İşte bu tavizcilik ve ikilik, Kapani’ye göre Tanzimat’ın başlıca karakteristik niteliğini oluşturur. İleriye doğru bir yöneliş vardır, fakat geri ile olan bağlar koparılmış değildir.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 124.

<sup>15</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 91-92.

<sup>16</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 132-133.

### a. Tanzimat Fermanı

Kapani, Tanzimat Fermanı'nın ilan edilmesinin nedenlerini devlet yapısının zayıflığı ve çürüklüğü kaynaklı yokuş aşağı gidişi durdurmak, Avrupa devletlerine Osmanlı'nın da modern ve liberal bir rejim kurabileceğini ispat ederek onların güven ve yardımlarını sağlamak olarak değerlendirmektedir.<sup>17</sup> Ona göre bu ferman, Müslümanlarla Müslüman olmayanlar arasında tanıdığı “kanun önünde eşitlik” ilkesi de dikkate alındığında, Avrupa devletlerine yönelik bir “taviz” niteliğindedir.<sup>18</sup>

Tanzimat Fermanı'nda, insan hakları ile ilgili hususların sadece birkaç satırda yer aldığı, bu küçük ve cılız haklar demetinin Batı'daki insan hakları bildirileri ile kıyaslanamayacağı, kişinin devlete karşı ileri sürebileceği “dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez” geniş bir klasik haklar listesinden söz etmenin mümkün olmadığı dikkate alındığında, bu fermanı “Türklerin ilk haklar beyannamesi” olarak nitelendirmek fazla iyimserlik olacaktır.<sup>19</sup>

Kapani'ye göre, Tanzimat Fermanı ile gerçekleştirilmek istenen ilerleme ve çağdaşlaşma hareketi köklü bir devrim karakteri taşımaktan uzaktı. Bu reform hamlesi, kitleden gelen bir hareket olarak ortaya çıkmış değildi. Halk çoğunluğu bir yana, o dönemdeki “okumuşlar” kitlesinin dahi bu hareketi benimsemiş olduğu söylenemezdi.<sup>20</sup>

### b. Islahat Fermanı

Kapani'ye göre, doğrudan doğruya “Avrupa devletlerinin baskısı altında ve onların iteleyişi” ile yapılan Islahat Fermanı'nın ağırlık merkezi, Müslüman ve Hristiyan tebaa arasındaki eşitliktir. Bununla birlikte Islahat Fermanı, Tanzimat Fermanı'na göre kişi hakları bakımından daha geniştir ve Batılılaşma yönünde daha ileri bir adımdır. Ancak burada da sayılan somut haklar, zamanın klasik hak ve hürriyetler kataloğu ile kıyaslanamayacak kadar fakir ve cılızdır. Tanzimat Fermanı'nda olduğu gibi bu ferman sonrasında da, reform hareketlerine karşı Hristiyan unsurlardan ve fanatik çevrelerden tepki ve direnç gelmiştir.<sup>21</sup>

## 3. Meşrutiyet Hakkındaki Görüşleri

Kapani'nin bakış açısına göre, Meşrutiyet dönemlerinde de, Tanzimat'ta olduğu gibi ikicilik, tavizcilik, ilericilikle gericiliği bağdaştırma çabaları mevcuttur.<sup>22</sup> Ancak, meşrutiyet girişimlerinde, Tanzimat ve Islahat fermanlarına kıyasla bir nebze de olsa daha geniş bir destek söz konusudur. Hatta II. Meşrutiyet'te sınırlı da olsa bir halk desteği bulunmaktadır.

### a. I. Meşrutiyet

Kapani'ye göre, 1856'dan sonra Batı kültürü ile temasa geçen bir avuç Türk aydını, yeni keşfettikleri hürriyetçi fikirleri yayma çabasına girişmişlerdir. Genç Osmanlılar diye adlandırılan bu grup, belirli ve köklü bir siyasal doktrine sahip olmamakla beraber, “iktidarın sınırlandırılması” fikri etrafında birleşiyorlardı. Tanzimat ve Islahat fermanlarını ilan edenler bu girişimlerinde hemen hemen yalnızlarken; meşrutiyetin ilanında Mithat Paşa'nın etrafında bu aydınlar grubu yer almaktaydı.<sup>23</sup>

1876 Kanun-i Esasi'sinde ise sayılan haklar herhangi bir güvenceye bağlanmamıştı. Bu güvencesizlik ve müeyyide yokluğu söz konusu anayasanın başlıca karakteristiği idi. Bununla birlikte liberal ve demokratik olmaktan uzak, hükümdarın yetkilerini en geniş ölçüde koruyan, onun şahsını sorumsuz ve mukaddes sayan, padişahın kendi iradesi ile millete bağışlanmış bir berat mahiyetindeki bu anayasa, Türk toplumunun ilk anayasası olması nedeniyle bir “dönüm noktası”ydı.<sup>24</sup>

<sup>17</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 92-93.

<sup>18</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 129.

<sup>19</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 129.

<sup>20</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 97-98.

<sup>21</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 98-101; Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 130, 132.

<sup>22</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 134.

<sup>23</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 101-102.

<sup>24</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 103.

İki yıl dolmadan çeşitli sebeplerle Kanun-i Esasi'yi yürürlükten kaldıran II. Abdülhamit devrindeki geriye kalan dönemde ise memleket, koyu bir despotizm karanlığına gömülmüştü.<sup>25</sup>

## b. II. Meşrutiyet

Kapani, II. Abdülhamit'in 1908'de Kanun-i Esasi'yi yeniden yürürlüğe koymasını ve böylece meşrutiyetin ikinci kez ilanını sağlayan unsurları üçe ayırmaktadır. Bunlar, Genç Osmanlılara göre gerek fikir gerekse eylem yönünden çok daha güçlü olduğu söylenebilecek yine bir aydınlar grubu olan "Jön Türkler", gittikçe yayılan ve kökleşen hürriyetçi akımı destekleyen "ordu" ile sayı ve nitelik bakımından sınırlılık derecesi ne olursa olsun "halk"tır. Dolayısıyla II. Meşrutiyet'te ilk defa aşağıdan yukarıya doğru bir hareket söz konusudur.<sup>26</sup> Başarılı bir devrimle 1908'de yeniden yürürlüğe konulan Kanun-i Esasi, daha sonra (1909 yılında) ona daha demokratik bir karakter verecek bir bakışla değiştirilmiştir.<sup>27</sup> Ancak "irtica" niteliğindeki 31 Mart hareketinin bastırılmasından sonra yerleşen sıkıyönetim rejimi, normal ve meşru hedeflerin ötesinde sürekli bir yönetime dönüşmüştür. Böylece II. Meşrutiyet, sınırlı anayasa düzeni ve çok partili parlamenter sistem paravanası arkasında İttihat ve Terakki diktatörlüğünün damgasını taşıyan bir dönem haline gelmiştir. Halk ise bu dönemde hürriyet rejimi için hazırlıklı ve yetişmiş değildi. İttihat ve Terakki yöneticileri, halkı bu konuda hazırlamak ve yetiştirmek için çalışmayı da tercih etmemişlerdi.<sup>28</sup>

## 4. Atatürk Dönemi Hakkındaki Görüşleri

Kapani'nin Atatürk dönemi hakkındaki olumlu bakış açısı ön plâna çıkmaktadır. Ona göre Atatürk, Kurtuluş Savaşı'nı hakimiyet-i millie parolasıyla başlatmış ve yürütmüştür. Bu parola, dışarıdaki ve içerideki ana hedefleri açıkça ilan etmekteydi. Dış hedef, her türlü yabancı müdahaleyi kesinlikle reddeden tam anlamıyla bağımsız bir devlet; iç hedef ise halka dayanan, iktidarını halktan alan bir hükümet sistemiydi. Bu dönemde, yeni Türk devletinin çağdaş temeller üzerinde kurulabilmesi ve ilerleyebilmesi için, yüzyıllar boyunca despotizmin sembolü haline gelmiş monarşiye ve daha önemlisi hilafete son verilerek, Türk toplumunun çok geç kaldığı çağdaş uygarlık yolunda hızla ilerlemesine imkân sağlanmıştır.<sup>29</sup>

Kapani, Atatürk devrinde, onun "olağanüstü kişiliği"nden kaynaklanan karizmatik otorite<sup>30</sup> tipinin hakim olduğunu belirtmektedir. Ancak bu otorite tipinin saf şekliyle kendini gösterdiğinden söz edilemezdi. Çünkü sistem, aynı zamanda "hukuki ve rasyonel" bir temele dayanmaktaydı.<sup>31</sup> Cumhuriyetin ilk 15 yılını kapsayan bu dönem, "demokrasiye hazırlık dönemi" olarak sayılabilir.<sup>32</sup> Bu dönemin birçok gözlemcisine göre de, Atatürk'ün otoriter yönetimi, faşist ya da komünist diktatörlüklerle ideolojik ya da yapısal bir benzerlik içermiyordu.<sup>33</sup> Bu dönemde Atatürk, daha önce İttihat ve Terakki liderlerinin yapmadıkları, yapmaya teşebbüs dahi etmedikleri asıl muazzam ve zor işi, yani halk kitlelerini demokrasi ve hürriyet rejimine hazırlama işine girişmiştir.<sup>34</sup> Bununla birlikte

<sup>25</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 104.

<sup>26</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 104-105.

<sup>27</sup> Münici Kapani, *An Outline Of The New Turkish Constitution* (Parliamentary Affairs, 1962), 5.

<sup>28</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 106-107.

<sup>29</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 108-109.

<sup>30</sup> Karizmatik otorite, geleneksel ve hukuki (rasyonel) otorite ile birlikte Weber'in meşruluk tipolojisinde yer alan meşruluk kaynaklarından bir tanesidir. Karizmatik otoritede/meşrulukta, yönetici kişide var olduğuna inanılan doğaüstü, olağandışı niteliklerden ve/veya kahramanlığından dolayı ona ve otoritesine boyun eğilmektedir. Weber'in söz konusu meşruluk tipleri ile ilgili açıklamalar için bkz. Max Weber, *Bürokrasi ve Otorite* (Çeviren: H.Bahadır AKIN) (Adres Yayınları, 2005), 39-41; Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku* (Orion Yayınevi, 2005), 18-20.

<sup>31</sup> Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 103.

<sup>32</sup> Münici Kapani, "Cumhuriyet Döneminde İnsan Hakları," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, no. 1-4 (1974), 11. Söz konusu makaleye ulaşmak için bkz. <https://library.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php?pdf=0002089> (erişim tarihi: Kasım 25, 2025).

<sup>33</sup> Kapani, *An Outline Of The New Turkish Constitution*, 5.

<sup>34</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 111.

Atatürk, sağlığında demokrasi idealinin gerçekleştiğini görememiştir. Bu yolda 1930 yılında yapmış olduğu Serbest Fırka denemesi, vaktin henüz erken olduğunu, hazırlık ve yetiştirme döneminin tamamlanmadığını göstermiştir.<sup>35</sup>

Kapani'ye göre, Atatürk'ün liderliğindeki tek partili dönemde gerçekleştirilen devrimler, Türkiye'yi çağdaş bir toplum olmaktan çıkarmış ve çağdaş uygarlığın eşğine getirmiştir.<sup>36</sup> Bu bağlamda Türkiye'de tek parti dönemi, daha çok milli bütünleşmeyi sağlama, ekonomik kalkınmayı ve siyasal modernleşmeyi gerçekleştirme gibi hedeflere yönelen "pragmatik tek parti sistemi"ne örnek olarak verilebilir.<sup>37</sup> Atatürk döneminde yapılan devrimlerin sadece üst yapıyı etkilediği, alt yapı değişikliklerini gerçekleştirmediği ileri sürülebilir. Belki bu anlamda Türkiye'de bir "bitmemiş devrim"den de söz edilebilir.<sup>38</sup> Ancak, bağımsızlığına yeni kavuşmuş bazı devletlerin liderleri de, Atatürk'ün önce emperyalizmle savaş ve bağımsızlık, sonra modernleşme ve demokrasiye hazırlık yolunda izlediği yöntemi, başka bir ifadeyle Kemalist metodu örnek alma çabasıydılar.<sup>39</sup>

## **B. Cumhuriyet Dönemi Anayasacılık Hareketleri ve Anayasalarına İlişkin Değerlendirmeleri**

### **1. 1924 Anayasası'na, Demokrat Parti'ye ve 27 Mayıs'a Bakışı**

Kapani'nin 1924 Anayasası hakkındaki düşünceleri şarta bağlı olsa da olumludur. Kapani, 1924 Anayasası'nın ruhu, felsefesi ve genel yapısı bakımından demokratik olduğunu değerlendirmektedir. Bununla beraber bu anayasa, iktidarı elinde tutan yönetici kadroların demokrasi ve hürriyet prensiplerine içten inanmış ve bağlı olmaları şartıyla, demokratik sistemin işlemesi için yeterli bir hukuki çerçeve oluşturabilirdi. Bu temel şartın yokluğu veya noksanlığı halinde ise, 1924 Anayasası yetersiz ve etkisiz kalmaya mahkumdur. Çünkü, siyasal iktidarın denetimini sağlayacak ve özellikle yasama organının yetki taşmalarını önleyecek bir fren ve denge mekanizması kurmamıştı. Bu bakımdan kamu hürriyetlerini tamamen güvencesiz bırakıyordu.<sup>40</sup>

Kapani, Demokrat Parti konusunda ise toptancı bir bakış açısıyla hareket etmemekte, söz konusu partinin iktidar olduğu dönemin tümüne yönelik olumsuz bir tavır sergilememektedir. Hatta ona göre, Demokrat Parti iktidarının ilk yıllarında kamu hürriyetleri alanında o güne kadar ulaşılmamış bir gelişme kaydedildiği görülür. Özellikle basın hürriyeti, söz hürriyeti, dernek kurma ve toplantı hürriyetleri, aşırı ve gereksiz sınırlamalardan arındırılmıştı.<sup>41</sup> Ancak Demokrat Parti, iktidara gelmesinden birkaç yıl sonra, demokrasinin kurallarına uymada isteksizlik göstermeye başlamış, bu isteksizlik giderek artmış ve 27 Mayıs 1960'ta iktidardan uzaklaştırılmadan önce, tek parti yönetimini kurmaya hazırlandığı yönünde her türlü emareyi<sup>42</sup> vermişti. Dolayısıyla Kapani'ye göre hürriyetler alanında görülen olumlu gidişat, ilerleyen yıllarda yoğun bir şekilde aksi istikamete yönelmişti. Bu arada, Demokrat Partililer iktidarlarını devam ettirmek ve nüfusun büyük eğitimsiz kısmının oylarını alabilmek amacıyla gerici hareketleri tehlikeli bir şekilde desteklemeye başlamışlardı. Bu durum ise, Atatürk'ün Türkiye'yi Batı dünyasının bir parçası yapma idealine karşı en büyük tehlikeyi ortaya çıkarmıştı.<sup>43</sup>

Siyasal iktidarlar, kendi hukuki meşruluklarının dayanağını oluşturan anayasayı kasıtlı ve sistemli olarak açıkça çiğnemek suretiyle meşruluktan uzaklaşabilir. Demokrat Parti iktidarının 27 Mayıs'tan önceki tutumu bunun en belirgin örneklerinden birisidir.<sup>44</sup> Demokrat Parti iktidarı, demokratik

<sup>35</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 112.

<sup>36</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 111.

<sup>37</sup> Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 193.

<sup>38</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 195.

<sup>39</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 111.

<sup>40</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 116; Kapani, "Cumhuriyet Döneminde İnsan Hakları", 12.

<sup>41</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 113.

<sup>42</sup> DP iktidarının gittikçe otoriterleştiğine dair değerlendirmeler için bkz. Münci Kapani, "Siyasi Rejimimizin Gerçek Mahiyeti," *Forum Dergisi*, no.94 (15 Şubat 1958), 9-11.

<sup>43</sup> Kapani, *An Outline Of The New Turkish Constitution*, 6-7.

<sup>44</sup> Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 93.

müesseseleri sistemli olarak teker teker tahrip etmek amaçlı adımlar atmış;<sup>45</sup> başıboş bir keyfiliğe, karanlık bir dikta rejimine yönelmiş<sup>46</sup> ve bu yönde birtakım icraatlarda bulunmuştu.<sup>47</sup> 1924 Anayasası'nın iktidar taşmalarını önleyecek ve frenleyecek bir mekanizma kurmamış olmasının da dikta yoluna sapmayı kolaylaştırmış olduğuna şüphe yoktu.<sup>48</sup>

Durum böyle olmakla birlikte, artık Atatürk ülküleri ile yoğrulmuş, bu ülkelere yürekten inanmış yeni bir kuşak yetişmişti. Toplumun dinamik kesimini oluşturan aydın ve ilerici güçler, iktidarın hürriyet düzeninden sapması kadar, belki daha fazla devrim ilkelerinden uzaklaşmasını endişe ile izlemekteydi. Oy kazanma hesapları ile gerici akımların okşanması, Türk toplumunu yüzyıllar boyunca uygarlık yolunda ilerlemekten alıkoyan kara kuvvetin, milli topluluğun kaderinde yeniden söz sahibi olması tehlikesini yaratmıştı. İktidar, bu tehlikenin büyüklüğünü hesaplayamadığı gibi, Atatürkçü cephenin direnme ve savaşma gücünü de öngörememişti.<sup>49</sup> 27 Mayıs "devrimi", ülkenin ilerici güçlerinin Atatürk ilkelerini savunması ve Türkiye'de demokrasiyi kurtarması mahiyetinde bir hareketti.<sup>50</sup> Kapani, zikredilen görüşlerinden de anlaşılacağı üzere, 27 Mayıs'ı bir askeri darbe olarak değil, toplumsal tabanı da olan ilerici bir hareket olarak görmektedir.

## 2. 1961 Anayasası'na Bakışı

Temsilciler Meclisi ve 1961 Anayasası'nı hazırlayan Anayasa Komisyonu üyesi olan Kapani, Kurucu Meclis'in 27 Mayıs 1961 tarihli birleşiminde, 1961 Anayasası'na kabul oyu vermiştir.<sup>51</sup>

Kapani'ye göre 1961 Anayasası, açık bir şekilde anti-totaliter ve demokratik olup, bireysel özgürlük ve rızaya dayalı hükümet prensiplerine olan derin inancı yansıtmakta,<sup>52</sup> temel hak ve hürriyetleri ise en geniş ölçüde tanımaktadır.<sup>53</sup> Genel karakteri ve yapısı bakımından bir "tepki" anayasasıdır. Kurucular, yeni devlet düzeninin temellerini atarken geçmiş tecrübelerden alınan dersleri göz önünde bulundurmuşlar ve eski kötülüklerin, sapmaların, aşırı davranışların tekrarını önleyici tedbirler aramışlardır. Bu bakımdan denilebilir ki, bu anayasanın hemen hemen her hükmünün, her maddesinin bir geçmişi, yaşanmış bir hikayesi vardır. Bu nedenledir ki, 1961 Anayasası, hürriyetleri kısaca ve genel prensipler halinde saymakla yetinmeyerek sınırlamanın ölçüsünü belirten ayrıntılı hükümler koymak yoluna gitmiştir. Diğer taraftan, 1961 Anayasası'nın getirdiği en önemli yeniliklerden bir tanesi, büyük kitleleri gerçek özgürlüğe kavuşturabilmenin ilk şartı olan "yoksulluktan kurtulma hürriyeti"dir. Bu çağdaş hürriyet anlayışının gereği, klasik hürriyetler yanında kişileri sosyal ve ekonomik haklarla donatmak, devleti yoksulluğu ortadan kaldıracak tedbirleri almakla ve herkese insanca yaşama şartlarını sağlamakla görevli kılmak suretiyle sağlanabilir. Bu, Türk kamu hukukunda yeni ufuklar açan devrimci bir görüş ve düşünüşün ifadesidir. 1961 Anayasası temel felsefesi, ilkeleri, dünya görüşü ve genel yapısı bakımından katılık ve kapalılık taşımayan, ileriye dönük, genişletici yorumlara açık, toplumsal gelişmeler karşısında aşılmaz duvarlar örmeyen, kendi kendisini yenileyici bir dinamiğe sahiptir. Türk toplumuna yıllardır özlemle aranan ve uğrunda savaşılan demokratik hür düzenin temel hukuk çerçevesini getirmiştir. Ancak, bazı hukukçuların ileri sürdükleri gibi bir "II.

<sup>45</sup> Münici Kapani, *İngiliz Demokrasisine Bakışlar* (Forum Yayınları Serisi: No:2, 1960), 30.

<sup>46</sup> Münici Kapani, "Anayasa Ön Tasarısı Üzerinde Bazı Düşünceler II," *Forum Dergisi*, no. 161 (15 Aralık 1960), 9.

<sup>47</sup> Kapani'nin bu yöndeki somut eleştirileri için bkz. "Devlet Kudretinin Tahdidi II," *Forum Dergisi*, no. 77 (1 Haziran 1957), 11.

<sup>48</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 114.

<sup>49</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 114-115.

<sup>50</sup> Kapani, *An Outline Of The New Turkish Constitution*, 7. 27 Mayıs'ın meşru olduğuna dair bir tahlil için bkz. Münici Kapani, "27 Mayıs'ın Hukuk Yönünden İzahı," *Kamu Hukuku Yazıları*, 167-170. Orijinal metin için bkz. *Ankara Bayram Gazetesi* (27 Mayıs 1961).

<sup>51</sup> *Kurucu Meclisi Tutanak Dergisi*, (15. Birleşim, 27.05.1961), 112.

<sup>52</sup> Kapani, *An Outline Of The New Turkish Constitution*, 22.

<sup>53</sup> Münici Kapani, "İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması: Yeni Gelişmeler ve Sorunlar," *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale* (Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017) (orijinal metin için bkz. *İnsan Hakları Yıllığı*, 1979), 383.

cumhuriyet dönemi” açmış da değildir. Türkiye’de cumhuriyet bir defa kurulmuştur ve sürekli. O da Atatürk’ün kurduğu cumhuriyettir. 27 Mayıs devrimi yeniden cumhuriyet ilan etmemiştir.<sup>54</sup>

Kapani, yargı konusunda 1961 Anayasası’nda, yargıçların bağımsızlığını garanti etmek ve onları herhangi bir siyasi müdahaleden korumak için mümkün olan her önlemin getirildiğini ifade etmektedir. Bu özellik, eski rejimin, bir hakimi gerekli gördüğünde emekliye ayırması gibi menfur uygulamalarına yönelik bir tepkinin ifadesidir. Ayrıca, eski rejime yönelik en ciddi suçlamalardan bir tanesinin anayasaya aykırı kanunların geçmesi olduğu dikkate alındığında, yeni devlet mekanizmasında bu problemin işgal ettiği yerin de öneminin farkına varmak kolaydı. Bu nedenle, anayasanın en radikal yeni özelliği, yasama işlemlerine yargısal denetimi getirmesi ve bu doğrultuda bir Anayasa Mahkemesi oluşturmasıdır.<sup>55</sup>

1961 Anayasası’nı yargıyı kuvvetlendirmesi nedeniyle öven Kapani, anayasanın yürütme konusunda da tutarlı olduğunu düşünmektedir. Zira, hemen hemen tüm demokratik ülkelerde geniş bir hareket serbestliğine sahip, kuvvetli bir yürütme organı kaçınılmaz bir zaruret olup; özellikle Türkiye gibi az gelişmiş memleketlerde, hızla gelişmek ve büyük hamleler yapabilmek ancak istikrarlı ve kuvvetli bir yürütme organının varlığı ile mümkündür.<sup>56</sup> Yönetim mekanizmasının rasyonelleşmesi, kurumlaşması ve örgütlenmesi alanlarında 1961 Anayasası’ndan sonra kaydedilen gelişmelerin küçümsenmesi ise mümkün değildir.<sup>57</sup> Bununla beraber, 1961 Anayasası, yasama-yürütme ilişkilerinde yasama organına üstünlük tanımıştır. Bu durumu ortaya koyan temel prensip, yasamanın anayasada yetki, yürütmenin ise görev olarak ifade edilmesidir. Yani yasama asli ve genel nitelikteyken, yürütme ise türev nitelikte olup, kaynağını kanundan almayan bir yetki kullanamaz.<sup>58</sup>

### 3. 12 Mart Muhtırası Sonrasında 1961 Anayasası’nda Yapılan Değişikliklere Bakışı

Kapani’nin demokrasiye olan bağlılığı, 12 Mart muhtırası sonrasındaki düşüncelerinde de kendisini göstermektedir. Kapani, söz konusu muhtıra sonrasında 1961 Anayasası’nı savunan bir tavır ortaya koymuştur. Ona göre, 1961 Anayasası’nın getirdiği yeni demokratik düzen on yıllık bir uygulamadan sonra, 12 Mart 1971 tarihinde Silahlı Kuvvetler’in müdahalesi ile noktalanmıştı. 12 Mart rejimi gittikçe katılaştıran otoriter bir tutum içerisine girmiş, namlular anayasaya doğru çevrilmiş, 12 Mart öncesinin bütün suçu ve sorumluluğu 1961 Anayasası’na yüklenmiştir. Oysa ki, 1968-1971 yılları arasında kendini gösteren ve giderek yoğunlaşan şiddet olaylarının kaynağını anayasada aramak büyük bir yanılma ve yanıltmaydı. 1961 Anayasası aşırılık şöyle dursun, belki hayli ölçülü sayılabilecek bir hürriyet düzeni getirmişti. Anayasanın getirmeyi amaçladığı düzen, sadece rejimin demokratik olma sıfatına hak kazanabilmesi için gerekli olan düzendi. Ancak bu amacın, uygulamada ne dereceye kadar gerçekleşebilmiş olduğu sorulmaya değerdi. 12 Mart döneminin tartışma kabul etmeyen baskılı havası içinde, demokratik rejimin ayakta kalmasının sağlanabilmesi için anayasada değişiklik yapılmasının kaçınılmaz olduğu görüşü parlamentoya kabul ettirilmişti. Böylece iktidarda oldukları zaman anayasadan yakınlık, fakat onu değiştirme gücüne sahip olmayanlar (1965 seçimleriyle iktidara gelen ve Demokrat Partinin devamı olduğunu açıkça ilan eden Adalet Partisi), iktidardan uzaklaştırıldıktan sonra, istedikleri değişikliklerin hemen hemen tümünün gerçekleştirildiğini görme durumuna erişmişlerdi. 12 Mart 1971 muhtırasından sonra anayasada yapılan 22 Eylül 1971 ve 20 Mart 1973 değişiklikleri ile hürriyet alanı daraltılmak, katı sınırlarla çerçevelenmek istenmişti. Anayasanın ileriye dönük demokratik karakteri, insan haklarına dayanan bir hukuk devleti olma niteliği, daha silik ve daha az belirgin bir hale gelmişti. Bu bakımdan yeni metnin, eskisine oranla geriye doğru atılmış bir adım olduğuna şüphe yoktu.<sup>59</sup>

### 4. 1982 Anayasası’na Bakışı

<sup>54</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 116-127.

<sup>55</sup> Kapani, *An Outline Of The New Turkish Constitution*, 20.

<sup>56</sup> Münci Kapani, “Anayasa Ön Tasarısı Üzerinde Bazı Düşünceler,” *Forum Dergisi*, no. 159, (15 Kasım 1960), 7.

<sup>57</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 111.

<sup>58</sup> Münci Kapani, “Oynanmayan Rol,” *Milliyet*, (19 Ocak 1969), 2.

<sup>59</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 127-136.

Kapani'nin 1982 Anayasası hakkındaki düşüncelerinde ise olumsuz bir tavır görülmektedir. Kapani, demokrasi ve özgürlük anlayışı bakımından 1961 Anayasası'nın çok gerisinde kaldığını değerlendirdiği<sup>60</sup> 1982 Anayasası'nın, en hafif deyişle bir hayli özgürleştirmeye ihtiyaç duyduğunu düşünmekteydi.<sup>61</sup> Onun değerlendirmesine göre, büyük çoğunluğu ile demokratik değerleri benimsemiş, "insan haklarına saygı, hukuka bağlılık, laik ve sosyal devlet" gibi ilkeleri özümsemiş bir toplumda, kurucu iktidar tarafından hazırlanan anayasa, eğer bu ilke ve değerlere yeterince yer vermemişse, er veya geç o toplum tarafından reddedilmeye mahkumdur. 1982 Anayasası, bu ilkeleri baştaki "genel esaslar" bölümünde devletin temel nitelikleri olarak kabul etmekle beraber, daha sonraki bölümlerinde onlarla çelişen ve bağdaşmayan birtakım kısıtlamalar ve yasaklar getirdiği için, daha mürekkebi kurumadan tartışılmaya başlanmıştı.<sup>62</sup>

Kapani'ye göre 1982 Anayasası'nın bir diğer niteliği, bu anayasada "büyük sessizlikler"nin bulunmamasıdır. Anayasa, gereksiz ölçüde uzun ve ayrıntılı bir belgedir. Anayasayı hazırlayanlar, anayasanın ortaya çıkabilecek her olasılığa deva olabileceği yolunda yanlış bir inanışla, düşünebildikleri hemen her siyasal soruna bir çözüm getirmeye çalışarak, yorum yapacak pek yer bırakmamışlardı. Kendi irade ve ideolojilerini bugünkü ve gelecekteki kuşaklara zorla kabul ettirmek istedikleri açıkça belliydi. Bazı durumlarda bireysel ve toplumsal haklara, siyasal katılma ve çoğulcu mekanizmalara getirdikleri sınırlamalar da açık ve somut bir biçimde görülmekteydi.<sup>63</sup> Anayasanın ilke olarak tanıdığı temel hak ve özgürlüklere demokratik bir toplum düzeniyle bağdaşmayan birtakım aşırı sınırlamalar, kısıtlamalar, hatta yasaklamalar getirdiği bilinen bir gerçektir.<sup>64</sup> Bazı rejimlerin, vatandaşların politika ile fazla ilgilenmelerini istememeleri nedeniyle politikanın alanını daraltacak, siyasal katılmayı sınırlandıracak birtakım önleyici tedbirler alma ve yasaklar koyma, dolayısıyla politikadan uzaklaştırma yoluna gitme eğilimini ise, 1982 Anayasası'nda derneklerin, sendikaların ve meslek kuruluşlarının siyasetle uğraşmalarının yasaklanması gibi örneklerde görmek mümkündür.<sup>65</sup>

### C. Bazı Anayasal Kavramlara ve Tartışmalara İlişkin Değerlendirmeleri

#### 1. Yasama ve Temsil

##### a. Yasama Organının Yapısı ve Halkın Yönetime Katılımı Hakkındaki Bazı

##### Düşünceleri

Demokrasinin ve hürriyetlerin korunmasına verdiği öneme paralel bir şekilde, bu korunmanın yolları da, Kapani'nin fikir dünyasında kendisine yer bulmaktadır. Kapani, yasama organının yapısını da demokrasi ve hürriyet eksenli değerlendirmekte, bu doğrultuda yasama organının çift meclisli olması gerektiğini savunmaktadır. Ona göre, yasama kudreti tek bir meclise verildiği takdirde, bu meclis rolünün önemini abartmaya ve yetkisinin sınırlarını genişletmeye meyledebilir. İkinci meclis, geçici ve sabırsız bir çoğunluğun iradesini frenlemek, bu iradenin tek bir gün içerisinde yıldırım kanunları haline gelmesini önlemek bakımından bir itidal ve istikrar unsurudur. Yasama yetkisi iki meclis arasında paylaştırıldığında, hürriyetleri sınırlayan kanunların çıkması güçleşir ve anayasa teminatı daha kuvvetlenmiş olur. İki meclis sistemi, klasik demokrasinin esaslı unsurlarından birisidir.<sup>66</sup>

Kapani'ye göre referandum, plesibit, veto ve halk teşebbüsü gibi yarı doğrudan demokrasi araçlarıyla iktidarın kötüye kullanılabilmesi ihtimali de son derece azalacaktı. Ancak bu müesseselerin

<sup>60</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 112.

<sup>61</sup> Münici Kapani, "Çağdaştırıcı Yargısal Yorum ve Kurucu Amaç Tartışması, Anayasanın Yargısal Yorumunun Kapsamı," *Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan* (İstanbul Barosu Yayını, 1992), 155.

<sup>62</sup> Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 75-76.

<sup>63</sup> Kapani, "Çağdaştırıcı Yargısal Yorum ve Kurucu Amaç Tartışması, Anayasanın Yargısal Yorumunun Kapsamı," 155.

<sup>64</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 57.

<sup>65</sup> Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 150.

<sup>66</sup> Kapani, "Devlet Kudretinin Tahdidi," 9; Münici Kapani, "Yarınki Anayasa Düzenimiz Hakkında Bazı Düşünceler," *Kamu Hukuku Yazıları*, 13. Orijinal metin için bkz. *Forum Dergisi*, no. 127 (1 Temmuz 1959).

düzgün ve verimli bir şekilde işleyebilmesi, halkın siyasi olgunluk seviyesine ve demokratik metotlara olan alışkanlık derecesine bağlıdır.<sup>67</sup>

### b. Milli İrade Kavramı Hakkındaki Düşünceleri

Seçimlerden sonra milli iradenin tecelli ettiğinden söz edildiği zaman aslında kastedilen şey nedir?<sup>68</sup> Milletın iradesi olabilir mi? Kapanı bu sorulara şu şekilde cevap vermektedir: Millet, geçmiş ve gelecekteki kuşakları içine alan soyut bir varlık, manevi bir kavramdır. İrade ise ancak akıl ve sinir sistemine sahip gerçek kişilerde bulunur. Fizik varlığı olmayan, sadece halen yaşamakta olanları değil, ölmüş ve henüz doğmamış kişileri de kapsayan soyut bir kavramın iradesi diye bir şeyden söz edilemeyeceği ise aşıkardır. Bu bakımdan “milli irade” tamamen anlamsız bir terim, sosyal gerçeklikle hiç ilgisi bulunmayan bir fiksiyondur.<sup>69</sup> Demokraside iktidarın kaynağını ve geçerliliğini, “milli irade” gibi anlamsız fiksiyonlarda değil; halkın özgürlük, insan hakları, açık rejim ve yönetime katılma ilkelerine olan inancında aramak gerekir. Bu inancın halk kitleleri arasında yaygınlığı ölçüsünde demokratik rejim de en sağlam desteğini bulmuş olur.<sup>70</sup>

1924 Anayasası’ndan başlamak üzere, 1961 ve 1982 Anayasalarında da, “egemenlik kayıtsız şartsız milletindir” ilkesine yer verilmiştir. Kapanı’ye göre bu durum, Cumhuriyet dönemi anayasalarının klasik “milli egemenlik doktrini”ni benimsemiş oldukları anlamına gelmez. 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında bu alışılmış ve yerleşmiş formülle ifade edilmek istenen şey, aslında siyasal iktidarın kaynağının halkta olduğunu belirtmekten ibarettir. Anayasa, sadece halktan gelen, halka dayalı bir iktidar fikrini benimsediğini, bu ideale dönük olduğunu açıklamak istemiştir, o kadar. “Egemenlik ... milletindir” deyiminin bunun ötesinde bir anlamı, klasik teori ile bir ilişkisi yoktur. Kaldı ki, her şey bir yana, kanunların anayasaya uygunluğunun yargı denetimine bağlanması kabul eden bir anayasa, “milli irade” edebiyatına hiç de elverişli sayılamaz. Bu durum, “milli iradenin karşısına hiçbir şeyin çıkamayacağı ve bu iradeyi temsil edenlerin sınırsız bir iktidara sahip oldukları” anlayışı ile taban tabana zıt, onu açıkça ve kesinlikle reddeden bir sistemdir.<sup>71</sup>

### c. Çoğunlukçu ve Çoğulcu Demokrasi Anlayışları Hakkındaki Düşünceleri

Kapanı, çoğunlukçu ve çoğulcu demokrasi anlayışları arasında, tereddütsüz bir şekilde çoğulcu demokrasi anlayışına taraftardır. Bir “sayı üstünlüğü” rejimi olarak ortaya çıkan çoğunlukçu demokrasi anlayışı,<sup>72</sup> herkese ve bu arada azınlığa belli aralıklarla kullanılacak bir oy hakkının ötesinde geniş haklar ve hürriyetler tanımayı, kendi demokrasi anlayışına aykırı bulur. Zira azınlığa tanınacak kamu hürriyetleri, çoğunluğun iradesinin gerçekleşmesini engellemekten ve geciktirmekten başka bir işe yaramaz.<sup>73</sup> Bu bağlamda Kapanı, bazı çevrelerde yaygın olan bir kanaatin aksine, sadece belli aralıklarla

<sup>67</sup> Kapanı, “Devlet Kudretinin Tahdidi,” 9.

<sup>68</sup> Seçimlerden sonra tecelli eden sadece seçimde oylarını kullanmış seçmenlerin çoğunluğunun siyasi tercihidir. Münci Kapanı, “Milli İrade Efsanesi,” *Milliyet* (27 Şubat 1966), 2.

<sup>69</sup> Kapanı, *Politika Bilimine Giriş*, 87.

<sup>70</sup> Kapanı, *Politika Bilimine Giriş*, 106-107.

<sup>71</sup> Kapanı, *Politika Bilimine Giriş*, 90-91.

<sup>72</sup> “Çoğunlukçu demokrasi anlayışı”nın temelinde Jean Jacques Rousseau’nun fikirleri bulunmaktadır. Rousseau’ya göre insanların doğal yaşam hali içerisinde karşılaştıkları engeller karşısında güçlerini birleştirmekten başka çareleri kalmamıştı. Bu durum, onları bir sözleşme yapmaya yöneltmiştir. Yapılan sözleşme uyarınca her birey kendisini bütün haklarıyla beraber topluma devretmiş, teslim olmuştur. Söz konusu devir herhangi bir şarta da bağlı değildir. Böylece herkesin tüm haklarını ve gücünü teslim ettiği, bölünmez bütünün bir parçası haline geldiği genel irade ortaya çıkmıştır. Özel irade ise genel iradeye aykırı olamaz, genel irade için oybirliği de gerekli değildir. Herkes oyunu kullandığında genel irade belirir. Kişinin düşüncesine aykırı bir düşüncenin oylamada üstün gelmesi o kişinin yanıldığını gösterir. Çoğunluğun iradesi azınlığı bağlar. Çoğunluğun iradesi olarak ortaya çıkan genel irade her zaman doğru ve kamu yararına yöneliktir, yani yanılmaz niteliktedir. Jean Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi* (Çeviren: M. Tahsin Yalın) (Devin Yayınevi, 2004), 35-37, 40, 55, 59, 175.

<sup>73</sup> Kapanı, *Kamu Hürriyetleri*, 170.

yapılan seçimlerle demokrasinin ve hukuk devletinin gerçekleşmeyeceğini<sup>74</sup> ifade etmektedir. Gerekli hukuki teminata sahip olmayan bir rejimde seçim, serbest de olsa, birçok defalar örnekleri görüldüğü gibi, çoğunluğun istibdadına bir basamak teşkil edebilir.<sup>75</sup> Çoğulcu demokrasi ise, azınlığa her şeyden önce “çoğunluk haline geçebilme” hakkını tanıır. Bu ana hak, kendisine bağlı olarak bütün diğer hak ve hürriyetleri (fikir hürriyeti, tenkit hürriyeti, muhalefet hakkı vb.) beraberinde getirir. Çoğulcu demokrasi, çoğunlukta veya azınlıkta olsun, istisnasız herkesin eşit olarak kişiliğine bağlı birtakım hak ve hürriyetlere sahip olduğu inancı üzerine kurulmuştur. Bu demokrasi anlayışı, hürriyet fikri ve düzeni ile ayrılmaz bir bütün teşkil eder. Kamu hürriyetlerinin bulunmadığı yerde çoğulcu demokrasi de yoktur.<sup>76</sup>

### ç. Siyasi Partiler Hakkındaki Düşünceleri

Kapani’ye göre demokrasi, siyasi partiler olmadan yaşayamaz.<sup>77</sup> Klasik anlamda demokrasi, birden fazla partinin serbestçe kurulup faaliyette bulunabildiği rejim demektir. Bu nokta, demokratik düzenin başlıca özelliğini teşkil eder. Bir toplumda serbestçe kurulan ve faaliyette bulunan siyasal partilerin varlığının, devlet iktidarının sınırlanması ve hürriyetlerin korunması konusunda en önemli faktörlerden birini teşkil ettiğine şüphe yoktur. Herhangi bir ülkede, hürriyetlerin ne derece garanti altında bulunduğunu, muhalefet partilerine bu alanda tanınan imkanların genişliği ile ölçmek mümkündür.<sup>78</sup> Liberal anlamda gerçek demokrasinin birinci ölçüsü, muhalefetin hukuki ve fiili statüsüdür. Demokratik bünyenin başlıca sıhhat işareti de, karşılıklı haklara saygı esasına dayanan hükümet-muhalefet münasebetleridir.<sup>79</sup> İngiltere’de kullanılan “majestenin muhalefeti” tabiri uyarınca, majestenin bir hükümeti olduğu gibi bir muhalefeti de vardır. Demokratik bir nizamda, her iki unsurun da aynı derecede lüzumlu ve önemli olduğunu bu tabir kadar iyi ifade eden başka bir söz yoktur.<sup>80</sup>

Kapani, siyasi partileri demokratik düzenin “vazgeçilmez” yapıcı unsurları olarak görmekle birlikte, bu hususa yine demokrasi adına bir şerh koymayı da ihmal etmemektedir. Ona göre, siyasi partilerin kamu yararını ve toplum sorunlarının çözümünü ön planda tutmaları gereklidir. Aksi takdirde, sadece kendi çıkarları peşinde koşarak iktidarın ele geçirilmesini veya elde tutulmasını tek amaç, her türlü vasıtayı da bu amaç uğrunda meşru sayarlarsa, bu arada demagoji oyunları ile halkı aldatmak yoluna giderek<sup>81</sup> birbirleriyle kıyasıya bir siyasal boğuşma ve didişme çukuruna düşerlerse, o ülkede demokrasinin geleceğine endişe ile bakılmalıdır.<sup>82</sup>

## 2. Yargı

### a. Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki Düşünceleri

Kapani, devlet kudretini sınırlamak suretiyle ferdin devlete karşı himayesini ve hürriyetlerin korunmasını sağlamak için başvurulabilecek hukuki tedbirlerin başlıcalarından biri olarak, organların

<sup>74</sup> Demokrasinin belli aralıklarla yapılan adil ve şeffaf seçimlere indirgenemeyeceğini belirtmekte fayda vardır. Böyle bir düzen olsa olsa “seçimsel demokrasi” olarak ifade edilebilir. Seçimsel demokrasi ile liberal demokrasi ve seçimsel otoriter sistem arasındaki farkların özet bir anlatımı için bkz. Ergun Özbudun, *Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye* (Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016), 41-42.

<sup>75</sup> Kapani, “Devlet Kudretinin Tahdidi II,” 11.

<sup>76</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 172-173.

<sup>77</sup> Kapani, *An Outline Of The New Turkish Constitution*, 22.

<sup>78</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 273-274.

<sup>79</sup> Kapani, *İngiliz Demokrasisine Bakışlar*, 20. Demokrasiye yeni geçmiş bir ülkede, iktidarın muhalefete karşı tutumu, hoşgörüsü, muhalefet fonksiyonunu normal telakki edip etmediği gibi hususlar demokrasinin kısa sürede kökleşip kökleşmeyeceği açısından belirleyici unsurlar arasındadır. Münici Kapani, “Yadırganan Muhalefet,” *Kamu Hukuku Yazıları*, 163. Orijinal metin için bkz. *Demokrat İzmir* (14 Aralık 1959).

<sup>80</sup> Kapani, *İngiliz Demokrasisine Bakışlar*, 16.

<sup>81</sup> Kapani’ye göre demokrasilerde, siyaset adamı, yazılı olmayan bir siyasi ahlak kodu ile bağlıdır. Bu kod’un en başında da “verilen söze sadakat” ilkesi gelmektedir. Bu ilke siyasi partiler için de geçerlidir. Münici Kapani, “Siyasi Ahlak Kaidesi,” *Kamu Hukuku Yazıları*, 144. Orijinal metin için bkz. *Cumhuriyet* (30 Ocak 1959).

<sup>82</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 274-275.

ve fonksiyonların ayrılmasını görmektedir. Ancak bunu, Montesquieu'nun tassavvur ettiği manada yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri arasında kat'i ve mutlak bir bölünme şeklinde düşünmemektedir. Ona göre, böyle bir bölünme pratik olarak da imkansızdır. ABD'de anayasa dışındaki teamüli gelişme bunu gösterdiği gibi; parlamenter rejimlerde de, yasama ve yürütme organları arasında gittikçe artan işbirliği ve bilhassa yürütme organının düzenleme yetkisinin gittikçe genişlemesi, kuvvetler arasında tam bir ayırım yapılamayacağını açıkça göstermiştir. Bununla birlikte, bu prensibin bütün kıymet ve önemini muhafaza ettiği nokta, yargı organının diğer organlar karşısındaki bağımsızlığıdır. Bugünkü manada kuvvetler ayrılığından özellikle bu husus anlaşılmalıdır. Yargı organının, yani mahkemelerin tam bir bağımsızlığa sahip olması, devlet kudretinin sınırlanması ve bireysel hürriyetlerin korunması bakımından hayati bir öneme sahiptir.<sup>83</sup> Öyle ki, anayasalarda yargı fonksiyonu ayrı bir kuvvet olarak kabul edilsin veya edilmesin, önemli olan hakimlerin bağımsızlığı ve bu bağımsızlığın en iyi ne şekilde temin edilebileceği meselesidir.<sup>84</sup> Bu bağımsızlığın esasını da, hakimin iktidar karşısında kendisini tam bir emniyette hissetmesi ve kararlarını her türlü korku ve endişeden uzak olarak verebilmesi oluşturmaktadır.<sup>85</sup>

## **b. Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi ve Anayasa**

### **Mahkemesi Hakkındaki Düşünceleri**

Kapani'ye göre, kanunların anayasaya uygunluğunun kontrolü, anayasanın üstünlüğü kuralının doğal ve mantıklı bir sonucudur. Anayasanın sıradan kanunlara üstünlüğü yargısal teminata bağlanmadıkça, anayasa müeyyidesiz bir kanun olarak kalmaya mahkumdur.<sup>86</sup> 1961 ve 1982 Anayasalarının aksine, 1924 Anayasası döneminde kanunların anayasaya uygunluğunun mahkemeler tarafından denetlenmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıydı. Ancak denetlemenin mümkün olmadığına ilişkin olarak, söz konusu anayasada kanunların yargısal denetimi konusunda açık bir düzenleme bulunmadığı yolunda ileri sürülen delil de isabetli değildi. ABD Federal Anayasası'nda da bu hususta açık bir hüküm bulunmadığı halde, hukuk mantığı ve yargısal yorum yoluyla, mahkemelerin kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyebileceği kabul edilmişti.<sup>87</sup>

Kapani, kural koyucular tarafından tarihin belli bir döneminde meydana getirilen metinlerin, nihai ve durağan olmadığını ifade etmektedir. Ona göre, bu metinler geçen zamanın sınamasına dayanacaklarsa, yeni ihtiyaçları karşılamak için yorumlanmak zorundadırlar. Yoksa işe yaramaz ve çağdışı hale gelirler. Kalıcılıkları yeni koşullara uyarlanabilmeleriyle doğru orantılıdır. ABD Anayasası'nda iki yüz yıl boyunca yapılan resmi değişikliklerin sayısı azdır ve birkaçı dışında bunların büyük bir etkisi olmamıştır. Yüksek Mahkeme'nin, yargısal yorum yoluyla, ABD Anayasası'ndaki en önemli değişikliklerin birçoğunu gerçekleştirmekte başta gelen bir rol oynadığını söylemek hiç de abartılı olmaz.<sup>88</sup> Bugün eğer ABD, insan haklarının üstün tutulduğu bir ülke olmakla övünüyorsa, bu büyük ölçüde Yüksek Mahkeme'nin aydın ve ilerici kararları sayesinde. Yüksek Mahkeme, zamana uygun hareket etmek yerine, kendisini bir çeşit anayasacı ortodoksluğa ya da hukuksal biçimselliğe kaptırsaydı, bu ilerleme sağlanamazdı. 1982 Anayasası'nda "büyük sessizlikler"in bulunmaması, fazla yorum yapacak yer bırakılmaması, söz konusu anayasanın gereksiz ölçüde uzun ve ayrıntılı bir belge olması nedenleriyle, Türk Anayasa Mahkemesi'nin anayasayı yorumlamakta ABD Yüksek Mahkemesi kadar bir hareket özgürlüğü yoktur. Buna rağmen, bir miktar akılcı ve özgürlükçü yargısal yorum için

<sup>83</sup> Münici Kapani, "Devlet Kudretinin Tahdidi," *Forum Dergisi* no. 76 (15 Mayıs 1957), 9.

<sup>84</sup> Münici Kapani, *İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali* (AÜHF Yayınları, 1956), 23.

<sup>85</sup> Kapani, *İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali*, 85. Adli teminat, hakimin şahsı için getirilmiş bir imtiyaz ve dokunulmazlık değil, halk için kabul edilmiş bir teminatıdır. Münici Kapani, "Rejim Buhranının Ağırlık Merkezi Hakim Teminatıdır," *Kamu Hukuku Yazıları*, 99. Orijinal metin için bkz. *Demokrat İzmir* (27 Haziran 1957).

<sup>86</sup> Kapani, "Devlet Kudretinin Tahdidi," 9. Nitekim 1924 Anayasası'nda kanunların anayasaya aykırı olamayacağı hükmünün varlığına rağmen, uygulamada bunu sağlayacak bağımsız denetim mekanizmaları bulunmadığından, anayasaya aykırı kanunların çıkarılması önlenememişti. Münici Kapani, "Yeni Anayasaya Gerek Yok," *Kamu Hukuku Yazıları*, 112. Orijinal metin için bkz. *Yankı* (13 Ekim 1980).

<sup>87</sup> Kapani, "Devlet Kudretinin Tahdidi II," 11.

<sup>88</sup> Kapani, "Çağdaştırıcı Yargısal Yorum ve Kurucu Amaç Tartışması, Anayasanın Yargısal Yorumunun Kapsamı," 149-151.

yer bulunmakla; gerekli olan, sağlıklı bir ölçüde yargısal girişkenliktir. Anayasayı yeniden yazmanın, hatta onda önemli sayılacak değişiklikler yapmanın güçlükleri göz önüne alındığında, Türk demokrasisinin standartlarını yükseltmek için başlıca umut budur.<sup>89</sup>

Görüldüğü üzere Kapani, demokrasi ve özgürlük anlayışı bakımından 1961 Anayasası'nın çok gerisinde kaldığını değerlendirdiği 1982 Anayasası açısından, Anayasa Mahkemesi'ni aktif rol almaya çağırıyordu.

### 3. İktidarın veya Demokrasinin Sağladığı İmkanların Kötüye Kullanılması

#### a. Direnme Hakkı Hakkındaki Düşünceleri

Kötü niyetli, dikta eğilimli bir iktidar, anayasanın koyduğu yetki sınırlarını aşabilir ve kamu hürriyetlerini alabildiğine kısırarak bir baskı rejimi kurabilir. Fertler böyle bir baskı rejimine boyun eğmek zorunda mıdır? Kapani, bu soruya verdiği cevaplarla direnme hakkını kabul etmekle beraber; bu hususta temkinli hareket edilmesi ve son çare olarak başvurulması, hürriyetlere en başından itibaren sahip çıkılarak, bu konuda bilinçli ve uyanık olunması gerektiği düşüncesindedir.

Kapani'ye göre, doktrinin çoğunluğu, baskı ve zulüm karşısında hürriyetleri korumak için son çare olarak “direnme hakkı”nı -ki bu gerektiğinde zor ve kuvvet kullanmayı da içine alır- fertlere tanımaktadır. 1961 Anayasası ise, direnme prensibini açıkça kabul etmekle<sup>90</sup> kalmamakta, ayrıca doğrudan doğruya direnme hakkının kullanılmasının en belirgin örneklerinden biri sayılabilecek bir devrime -27 Mayıs'a- dayanmaktadır. Ona göre günümüz dünyasının şartları içinde silahlı kuvvetlere karşı gelinemeyeceğine göre, baskı karşısında aktif direnmenin başarı şansı silahlı kuvvetlerin tutumuna bağlıdır. Silahlı kuvvetler baskı rejiminin emrinde mi kalacaktır, yoksa demokrasi ve hürriyet cephesinde mi yer alacaktır? İhtilalin kaderi bu sorunun cevabına bağlıdır. Ordu yerleşmiş rejime sadık kaldığı takdirde ayaklanmanın bir kan denizinde boğulmasından korkulur. İhtilal ordu ile birlikte veya ordu tarafından yapıldığı zaman da, silahlı kuvvetlerin aktif politikaya karışması sorunu ortaya çıkar. Kışladan çıkan askeri tekrar kışlaya döndürmenin hiç de kolay olmadığını milletlerin yakın tarihi göstermektedir. Hürriyeti, devamlı kuvvet kullanmayı lüzumsuz kılacak şekilde korumak gereklidir. Bu da devamlı bir uyanıklık sayesinde mümkün olabilir. Daha başlangıçtan itibaren, yapılan her haksızlık, temel hak ve hürriyetlere her yersiz müdahale karşısında seslerini yükseltmeyen topluluklar, bir sabah uyandıklarında kendilerini koyu bir baskı rejimi altında bulabilirler. Yapılan haksızlığın kendilerini doğrudan doğruya ilgilendirmede ısrar edildiği sürece, diktatör adayının işi kolaylaştırılmış olur. Anayasalarla meydana getirilen hukuki güvence mekanizmaları teknik yönden ne kadar ustaca kurgulanmış olurlarsa olsunlar, hürriyete değer veren ve onu her adımda korumaya azimli, uyanık bir kitle bilincine dayanmadıkça, adeta boşlukta dönen çarklar gibidirler.<sup>91</sup> Hürriyet ağacı için yüksek bir siyasi olgunluğa sahip, hakkını aramasını ve saydirmasını bilen, demokratik nizamla içten bağlı, uyanık ve azimli bir topluluktan daha sağlam, daha verimli bir toprak tasavvur edilemez.<sup>92</sup>

#### b. Hürriyeti Yok Etme Hürriyeti Hakkındaki Düşünceleri

Kapani'ye göre, bir ülkede hür anayasa düzenini yıkarak, onun yerine bir dikta rejimi kurmak amacıyla iktidarı ele geçirmeye çalışan siyasal kuruluşların bulunması halinde, bunların faaliyetlerinin yasaklanması ya da kısıtlanması demokratik düzenin güvenliği bakımından gerekli olabilir. Bu kuruluşların, hedeflerine ulaşmak için kaba kuvvet ve silahlı saldırı gibi yöntemlere başvurmaları halindeyse, bu çeşit siyasal “çetelerin” varlığına örgütlenme hürriyeti adına göz yummak ve onların eylemlerini hoş görmek söz konusu olamaz. Düşünce hürriyeti alanındaysa durum tamamen farklıdır. Düşünce, daha doğrusu düşüncenin açıklanması hürriyeti, demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez

<sup>89</sup> Kapani, “Çağdaştırıcı Yargısal Yorum ve Kurucu Amaç Tartışması, Anayasanın Yargısal Yorumunun Kapsamı,” 155-156.

<sup>90</sup> 1961 Anayasası'nın başlangıç kısmında “Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 devrimini yapan Türk Milleti...” ibaresi yer almaktaydı.

<sup>91</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 301-317.

<sup>92</sup> Kapani, *İngiliz Demokrasisine Bakışlar*, 13-14.

temel unsurdur.<sup>93</sup> Fakat düşüncenin açıklanması hürriyetinde de mutlak bir sınırsızlık yoktur. Fikir düzeyinde kaldığı sürece sınırlandırılmayan düşünce açıklaması, yıkıcı eyleme kışkırtma, zor ve şiddet kullanmaya teşvik niteliğine dönüştüğü takdirde dokunulmazlığını kaybedecektir. Ancak burada dikkat edilecek nokta, açıklanan düşünce ile onun yaratabileceği şiddet eylemi arasında doğrudan doğruya ve gerçek bir bağlantının varlığıdır. Ayrıca bu konuda yakın bir tehlikenin var olup olmadığına karar verecek olan da, siyasal organlar değil, bağımsız yargı organları olmalıdır. “Hürriyeti yok etme hürriyeti”ni tanımamak ve bu yolda yapılan mücadele iki yanı keskin bir kılıca benzetilebilir. Bazen demokrasinin savunucusu olarak ortaya çıkanlar, demokrasi ve hürriyet düşmanı saydıkları kimseler kadar, hatta onlardan da aşırı anti-demokratik davranışlara kapılabilmektedirler. Bazen de siyasal iktidarı ellerinde bulunduranlar, demokrasiyi koruma bahanesiyle hürriyetleri kısıtlama yoluna gidebilmektedirler. Demokratik rejimlerin, varlıklarını tehdit eden ciddi bir dikta tehlikesi karşısında kadere boyun eğerek kendi yıkılışlarına seyirci kalmaları beklenemez. Ancak bu rejimler, korunma tedbirlerinin alınmasında son derece dikkatli ve ölçülü davranmak zorundadırlar. Aksi halde yağmurdan kaçarken doluya tutulmaları, hürriyeti koruyacağım derken onun boğulmasına yol açmaları işten bile değildir.<sup>94</sup>

Özetle Kapani, demokrasilerin, kendisini ortadan kaldırmaya çalışanlara karşı tedbirler almaya, mücadele etmeye hakkının olduğunu kabul etmekte; ancak bu gerekçeyle uygulanacak tedbirlerle yine demokrasiye zarar verilmesinden endişe etmekte, bu nedenle dikkatli olunması gereğine işaret etmektedir.

#### 4. Diğer Bazı Temel Konular

##### a. Anayasaların Katılığı Hakkındaki Düşünceleri

Kapani, anayasa maddelerinin çok uzun süreler hiç değişmeden yürürlükte kalmasına, bu maddelerin değiştirilmesinin aşırı güçleştirilmesine taraftar değildir. Zira bu alandaki tecrübeler göstermiştir ki, fazla katı/bükülmez anayasalar sonunda kolayca kırılır bir hale gelmektedir. Anayasaların meydana getirdiği hukuk çerçeveleri, değişen sosyal ve siyasi realitelerin ağırlığını çekebilecek ve bu realitelere az çok kolaylıkla intibakı sağlayabilecek asgari bir esnekliğe sahip olmalıdır. “Kırk yıl değişmeyecek bir anayasa yapmak” zihniyetiyle hareket edilirse, bu kaskatı anayasa günün birinde ya boş bir kalıptan ibaret kalacak ya da gerçeklerin baskısı altında kırılacağı için kaldırılıp atılacaktır.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> Kapani’ye göre, düşüncenin açıklanması hürriyeti, demokratik bünyenin sağlığı bakımından gerekli bir unsurdur. Münici Kapani, “Hürriyetlerin Üzerinde Gölge,” *Milliyet* (25 Şubat 1967), 2.

<sup>94</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 226-228.

<sup>95</sup> Kapani, “Anayasa Ön Tasarısı Üzerinde Bazı Düşünceler II,” 10.

## b. Darbeler ve Olağanüstü Yönetim Usulleri Hakkındaki Düşünceleri

Kapani, ordunun silah gücüyle darbe yaparak iktidarı ele geçirdiği zaman, doğrudan doğruya devlet düzenine el koyduğunu ve bu durumun düpedüz militarist bir rejim, askeri bir diktatörlük olduğunu belirtmektedir. Bazen de ordu, doğrudan doğruya devlet yönetimine el koymak yerine, güvendiği ve desteklediği sivil bir hükümeti iş başına getirir. Bu taktirde sadece ordu desteği ve silah gücüyle ayakta duran bir yarı askeri rejim söz konusu olacaktır. Bu tür müdahaleler, sağlıksız ve istikrarsız bir sosyal yapı ile genellikle düşük bir siyasal kültürün belirtisidir. Sağlam bir meşruluk temeline dayanan, istikrarlı, gelişmiş bir siyasal kültür düzeyine sahip rejimlerde temel kural, ordunun sivil iktidara bağlılığıdır.<sup>96</sup>

Kapani'ye göre, devletin varlığını ve güvenliğini tehlikeye düşüren olağanüstü hallerde ise, hürriyetler düzenini olduğu gibi korumaya imkân yoktur. Bazen hürriyetleri koruyabilmek ancak otoriter yöntemlere başvurmak suretiyle mümkün olmaktadır. Demokratik toplumlar, hürriyetlerini toptan kaybetmemek için, onlardan geçici olarak fedakarlıkta bulunmak zorunluluğu ile karşılaşabilirler.<sup>97</sup> Demokratik hukuk devletlerinde olağanüstü hâl rejimleri hiçbir zaman keyfî bir dikta rejimi niteliğini alamaz. Yürütme organına tanınan geniş yetkiler, ona kayıtsız şartsız her istediğini yapabilme imkanını vermez. Durumun gerektirdiği tedbirleri almak hususunda yürütme organı ve ona bağlı olan makamlar geniş bir hareket serbestliğine kavuşabilir; fakat bu durum, söz konusu kurumların dikta rejimlerinde olduğu gibi denetlemeden ve sorumluluktan kurtulmaları anlamına gelmez. Hukuka bağlı devletlerde, olağanüstü hâl rejimi de netice itibarıyla bir hukuk rejimidir. Bu bakımdan olağanüstü yetkilerin kullanılmasının hem siyasal yönden (parlamento içinde), hem de yargısal yönden denetlenmesi gerekir. Karşılaşılan tehlike ne kadar büyük olursa olsun, insan haklarına saygı temeline dayanan demokratik bir toplumda, geçici de olsa sınırsız, sorumsuz, denetimsiz bir başka rejimin kurulması hiçbir zaman söz konusu olamaz.<sup>98</sup>

## c. Laiklik Hakkındaki Düşünceleri

Kapani'ye göre, laiklik ilkesi Atatürk devrimlerinin ruhu ve dayanak noktasıdır. Türk toplumuna çağdaş uygarlık yolunu açan anahtardır.<sup>99</sup> Tüm reformların belki de en önemlisi devleti laikleştirmektir.<sup>100</sup> Atatürk, Türk toplumunu yüzyıllar boyu süren din baskısından kurtarmakla, dinin devlet ve toplum hayatı üzerindeki egemenliğine son vermekle çağdaş uygarlık yolunu açmıştır.<sup>101</sup> Laikliği sadece din ile devletin birbirinden ayrılması olarak anlamamak gerekir. Laiklik bunun ötesinde, dinin, toplum hayatını düzenleyici ve yönlendirici bir güç olmaktan çıkarılarak, asıl yeri olan kişilerin vicdanlarına kapatılması ve orada tutulması; toplumda metafizik düşüncenin, çağdışı kalmış ve kalıplaşmış dogmaların yerini akıl ve bilimin almasının sağlanması demektir.<sup>102</sup>

Kapani, devrimin temel ilkelerinden biri olan ve dini düşüncüyü eğitim alanının dışında tutmayı amaçlayan tevhid-i tedrisat ilkesinin, artık büyük ölçüde anlamını yitirdiğini ifade etmektedir. Ona göre, sayıları giderek artan imam hatip okulları ve Kur'an kursları yurdu bir uçtan bir uca örümcek ağı gibi sarmıştır. Atatürk ilke ve inkılaplarını dillerinden düşürmeyen 12 Eylül yöneticileri, yerleştirmeyi tasarladıkları yeni devlet düzenine bir dayanak olarak, toplumda din duygusunun güçlenmesinde yarar görmüşlerdir. Ülkedeki irtica hareketine arka çıkmayı istememiş olsalar da, "birlik ve beraberlik" içinde, "sessiz ve uysal" bir toplum yaratmak için din eğitiminden ve ideolojisinden yararlanmak istedikleri söylenebilir. Uygulamada "din kültürü" dersinin bir "Müslümanlık öğretimi"ne dönüşmüş olduğu, çocuklara anlamını bilmedikleri birtakım dualar da ezberletildiği gözetildiğinde; din kültürü ve ahlak

<sup>96</sup> Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 217-218.

<sup>97</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 242-243.

<sup>98</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 118-119.

<sup>99</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 111; Münici Kapani, "Sözde Laiklik," *Milliyet* (27 Mart 1966), 2.

<sup>100</sup> Kapani, *An Outline Of The New Turkish Constitution*, 6.

<sup>101</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 133.

<sup>102</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 134.

öğretiminin, ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasına sokulmasının, laik devlet anlayışı ile bağdaşması mümkün değildir.<sup>103</sup>

## SONUÇ

Münci Kapani'nin tüm eserleri incelendiğinde, onun demokrasi ve hürriyetler rejimi peşinde koşan<sup>104</sup>, bu konuda tutarlı yaklaşımlar sergileyen, demokrasinin en büyük teminatı olarak, onun değerini ve önemini kavramış bilinçli halk kitlelerini gören<sup>105</sup> idealist bir fikir adamı olduğu anlaşılmaktadır.

*“İçinde yaşadığımız dünya varlıklılar ve yoksullar olarak ikiye ayrılmıştır. Nüfusun üçte biri rahat yaşarken, geri kalanı tarifsiz bir zorluk ve sefalet içinde yaşamaktadır. Bu sefalet içindeki halk yığınlarının büyük çoğunluğu için “insan hakları” terimi anlamsızdır. Bu kişilerin varlıkları açlık ve hastalıkla sürekli tehdit altındadır. Bu, yüzyılımızın utancıcıdır ve daha fazla görmezden gelinemez. İnsan haklarının uygulanmasıyla ilgili soruna bu geniş açıdan bakılmalıdır”*<sup>106</sup> diyen Kapani'nin, insan haklarının fiilen hayata geçirilmesi konusunda gerçekçi bir yaklaşım sergileyen, bu hususta ayakları yere basan bir düşünür olduğu görülmektedir.

*“Eğer gerçekten Atatürk'ün gösterdiği yolda ilerleme istiyorsak, onun temel değerlerini hiç sulandırmadan, yozlaştırmadan, olduğu gibi benimsemek zorunda olduğumuzu”* belirten<sup>107</sup> Kapani, Atatürk ilke ve inkılaplarına sonuna kadar inanmış, bunu eserlerinde yeri geldikçe vurgulayan Atatürkçü bir akademisyendir.

Kapani'nin, 27 Mayıs'ı bir devrim olarak görmesine ve bu dönemde Temsilciler Meclisi ve Anayasa Komisyonu üyesi olmasına rağmen 12 Eylül'ü desteklemediği, bu dönemde ayağına gelen birtakım siyasi fırsatları kullanmak bir yana, bu yöndeki talepleri geri çevirdiği<sup>108</sup> dikkate alındığında; Türk Silahlı Kuvvetleri'nin ülke yönetimine yönelik her girişimini otomatik olarak desteklemediği, gelişmeleri kendi özgürlük anlayışı ve direnme hakkı kapsamında tarttığı, bunu yaparken de bir ikbal beklentisiyle hareket etmediği, bu anlamda düşünce dünyasının net olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak, Kapani'nin düşünce dünyasına, “Atatürk ilke ve inkılapları” ile “hürriyet ve demokrasi” kavramları egemen olmuş; kendisi de eserlerini bu kavramların oluşturduğu çerçeveye içerisinde kaleme alarak, bunların savunuculuğunu yapmıştır.

<sup>103</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 135-136.

<sup>104</sup> Kapani'nin kendisi de, “hayatının gayesi sayacak kadar demokrasiye bağlanmış olduğunu” ifade etmiştir. Muammer Aksoy ve Münci Kapani, “İşbirliği Derhal Gerçekleşmelidir,” *Forum Dergisi* no. 82 (15 Ağustos 1957), 8.

<sup>105</sup> Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 316-317.

<sup>106</sup> Kapani, “A Short Discourse On The Question Of Ratification Of The United Nations Human Rights Treaties: Option or Obligation?,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26 (1969), 8-9.

<sup>107</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 138.

<sup>108</sup> Bu konudaki bir röportaj için bkz. *Nokta Dergisi* no. 15 (6-12 Haziran 1983), 66.

## KAYNAKÇA

- Aksoy Muammer ve Münci Kapani. “İşbirliği Derhal Gerçekleşmelidir,” *Forum Dergisi*, (no. 82, 15 Ağustos 1957): 8-9.
- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanları Bibliyografyası (1976-2007), (2008).
- Erdoğan, Mustafa. *Anayasa Hukuku*. Orion Yayınevi, 2005.
- Gönenç, Levent. “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 56, no.1, (2007): 145-168.
- Gözübüyük, A.Şeref. *Anayasa Hukuku*. Turhan Kitabevi, 1995.
- Kapani, Münci. “Anayasa Ön Tasarısı Üzerinde Bazı Düşünceler,” *Forum Dergisi* (no. 159, 15 Kasım 1960): 7-8.
- Kapani, Münci. “Anayasa Ön Tasarısı Üzerinde Bazı Düşünceler II,” *Forum Dergisi* (no. 161, 15 Aralık 1960): 9-10.
- Kapani, Münci. *An Outline Of The New Turkish Constitution*. Parliamentary Affairs, 1962.
- Kapani, Münci. “A Short Discourse On The Question Of Ratification Of The United Nations Human Rights Treaties: Option or Obligation?.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26 (1969): 5-9.
- Kapani, Münci. “Cumhuriyet Döneminde İnsan Hakları.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, no. 1-4 (1974): 9-17.
- Kapani, Münci. “Çağdaştırıcı Yargısal Yorum ve Kurucu Amaç Tartışması, Anayasanın Yargısal Yorumunun Kapsamı,” *Tarık Zafer Tunaya’ya Armağan*. (İstanbul Barosu Yayını, 1992): 149-156.
- Kapani, Münci. “Devlet Kudretinin Tahdidi,” *Forum Dergisi* (no. 76, 15 Mayıs 1957): 8-9.
- Kapani, Münci. “Devlet Kudretinin Tahdidi II,” *Forum Dergisi* (no. 77, 1 Haziran 1957): 10-12.
- Kapani, Münci. “Hürriyetlerin Üzerinde Gölge,” *Milliyet* (25 Şubat 1967): 2.
- Kapani, Münci. *İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956.
- Kapani, Münci. *İngiliz Demokrasisine Bakışlar*. Forum Yayınları Serisi: No:2, 1960.
- Kapani, Münci. “İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması: Yeni Gelişmeler ve Sorunlar,” *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale*. (Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017): 375-388.
- Kapani, Münci. *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*. Bilgi Yayınları, 1996.
- Kapani, Münci. *Kamu Hukuku Yazıları*. (Derleyen: Anıl Çeçen), Türk Hukuk Kurumu Yayınları, 2014.
- Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*. Yetkin Yayınları, 2013.
- Kapani, Münci. “Milli İrade Efsanesi,” *Milliyet* (27 Şubat 1966): 2.
- Kapani, Münci. “Oynanmayan Rol,” *Milliyet* (19 Ocak 1969): 2.
- Kapani, Münci. *Politika Bilimine Giriş*. BB101, Ağustos 2018.
- Kapani, Münci. “Siyasi Rejimimizin Gerçek Mahiyeti,” *Forum Dergisi* (no. 94, 15 Şubat 1958): 9-11.
- Kapani, Münci. “Sözde Laiklik,” *Milliyet* (27 Mart 1966): 2.
- Kurucu Meclisi Tutanak Dergisi*.
- Kuruluşunun 50. Yılı Dolayısıyla Ankara Hukuk Fakültesi Öğretim Üye ve Yardımcıları Bibliyografyası (1925-1975)*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.
- Nokta Dergisi* (no. 15, 6-12 Haziran 1983).
- Özbudun, Ergun. *Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye*. Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Özturanlı, M.İskender. “Büyük Hukukçular:8 Münci Kapani,” *İzmir Barosu Dergisi* (Temmuz 1995): 111-115.
- Resmi Gazete*.

- Rousseau, Jean Jacques. *Toplum Sözleşmesi*. (Çeviren: M. Tahsin Yalım), Devin Yayınevi, 2004.
- Soysal, Mümtaz. *100 Soruda Anayasanın Anlamı*. Gerçek Yayınevi, 1993.
- Tanör, Bülent. *Anayasal Gelişme Tezleri*. Yapı Kredi Yayınları, 2018.
- Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi*.
- Weber, Max. *Bürokrasi ve Otorite*. (Çeviren: H.Bahadır AKIN), Adres Yayınları, 2005