T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ
HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

KAZANILMIŞ HAK KAVRAMININ HUKUK FELSEFESİ AÇISINDAN TEMELLENDİRİLMESİ

BURÇİN AYDOĞDU
2502130187

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. YASEMİN IŞIKTAÇ

İSTANBUL, 2017

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı	:	BURÇİN AYDOĞDU	**Numarası**	:	2502130187
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı	:	KAMU HUKUKU	**Danışmanı**	:	PROF.DR.YASEMİN IŞIKTAÇ
Tez Savunma Tarihi	:	20.06.2017	**Saati**	:	14:30
Tez Başlığı	:	KAZANILMIŞ HAK KAVRAMININ HUKUK FELSEFESİ AÇISINDAN TEMELLENDİRİLMESİ			

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin **50. Maddesi** uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR YASEMİN IŞIKTAÇ		Kabul
2- PROF.DR.MEHMET TEVFİK ÖZCAN		Kabul
3- PROF.DR.KORKUT KANADOĞLU		Kabul
4- PROF.DR.RUKİYE AKKAYA KİA		Kabul
5- DOÇ.DR.HAYDAR BURAK GEMALMAZ		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.MELİKŞAH YASİN		
2- PROF.DR.AHMET ULVİ TÜRKBAĞ		

ÖZ

KAZANILMIŞ HAK KAVRAMININ HUKUK FELSEFESİ AÇISINDAN TEMELLENDİRİLMESİ

BURÇİN AYDOĞDU

Bu çalışmanın amacı Kazanılmış Hak kavramının birbirinden farklı anlamları açısından aydınlatmak ve Kazanılmış Hak kavramına benzeyen, hatta onunla karıştırılan benzer kavramlardan ayırt edecek bir felsefi temellendirme oluşturmaktır.

İlk bölümde Kazanılmış Hak kavramının, Kamu Hukuku'nun ve Özel Hukuk'un çeşitli dallarındaki farklı anlamları ve bu anlamların içerikleri ele alınmıştır. Kazanılmış Hak kavramının en yaygın kullanım alanı bulduğu memurluk ve imar hukukunun kapsayıcısı olarak İdare Hukuku'na öncelik verilmiş, kavramın İdare Hukuku'na geçişinin arkaplanına bakarak diğer hukuk dallarındaki anlamlarına değinilmiştir.

İkinci Bölümde Kazanılmış Hak kavramı bir hukuk felsefesi kavramı olarak ele alınmıştır. Hiçbir hukuk dalının tekelinde olmayan Kazanılmış Hak kavramının esas çıkış noktasının Hukuk ve Ahlak Felsefesi olduğu tespit edildikten sonra söz konusu anlamın günümüz hukuk uygulamasına varan çeşitliliği temellendirilmiştir. Buna ek olarak, hak kavramının çok anlamlılığını gidererek bilimsel analiz yapmaya imkan tanıyan Hohfeld terminolojisine değinilmiş ve Kazanılmış Hak kavramının bu terminolojide nasıl ifade edilebileceği tartışılmıştır.

Üçüncü Bölümde ise, muhtelif yargı kararlarından da yararlanarak Kazanılmış Hak kavramının farklı anlamları Hak kavramını 8 anlama 'atomize' eden Hohfeld usulü analiz yöntemiyle ele alınarak benzerlikleri ve farklılıkları gösterilmiş, Müesses Durum, Kazanılmış Avantaj, Meşru Beklenti gibi benzer kavramlardan farkına

değinilmiş ve kavramın, tüm hukuk dallarını kapsayan ortak ve öz niteliği ifade edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kazanılmış Hak, Hak Kuramı, Hohfeld, Hukuk Felsefesi

ABSTRACT

A JURISPRUDENTIAL GROUNDING FOR THE CONCEPTION OF VESTED RIGHT

BURÇİN AYDOĞDU

This study aims clarification of different meanings attributed to the conception of Vested/Acquired Right and to make a philosophical grounding that will allow distinction of the same conception from other concepts that are similar to and often confused with it.

The first chapter handles various meanings and contents of the conception of Vested/Acquired Right in several branches of Public Law and Private Law. Priority is given to Administrative Law that cover law of governmental agents and law of construction, being the most common areas of practice for the conception of Vested Right; then its meaning in other branches are mentioned with a view to the conception's history of adoption in the Administrative Law.

In the second chapter, the concpetion of Vested/Acquired Right is taken as a concept of jurisprudence. The conception's variety in the practice of law is grounded finding that the conception of Vested/Acquired Right is not unique to any branch of law, but it rather emerges from the Philosophy of Law and Morals. In addition, Hohfeldian terminology is mentioned as a key to solve the multitude of the meanings implied by the conception of right; then the study discusses whether there is a Hohfeldian way of defining the conception of Vested/Acquired Right in the given aspects.

The third chapter, referring to certain cases, handles the conception in Hohfeldian method of analysis, 'atomizing' the conception into 8 different terms, so that it can illustrate the similarities and differences in severals senses of the conception, as well is their difference from similar concepts such as Established Situtation, Vested

Advantage and Legitimate Expectation and lastly, the study expresses the common and core quality of the conception that covers all branches of law.

Keywords: Vested Rights, Acquired Rights, Theory of Right, Hohfeld, Jurisprudence

ÖNSÖZ

Kazanılmış Hak kavramı bir İdare Hukukçusu için ayrı, bir Medeni Hukukçu için ayrı, bir Usul Hukukçusu için apayrı anlam taşır. Daha derinine indiğimizde Ticaret Hukuku, İş Hukuku, Devletler Özel Hukuku ve hatta Hukuk Felsefesi için bu kavramın farklı anlam taşıdığını görüyoruz.

Kazanılmış Hak kavramına dair pek çok eser kaleme alınmıştır ama bu eserlerin hiçbiri kavramı hukuk bilimindeki her boyutuyla ele almamakta, sadece bir anlamının derinliğine inmektedir. Yalnız bazı eserler ele aldığı kavramın çerçevesini çizmek adına yani en baştan çalışma kapsamında dışlamak için kavramın diğer hukuk dallarındaki anlamına kısaca değinmektedir. Bunlarda da özellikle kavramın Hukuk Felsefesi'nde sahip olduğu ilk anlam ihmal edilmektedir ya da ona değinmek gereksiz görülmektedir. Kavramın tüm anlamlarını mukayeseli olarak ele alan bir eser mevcut değildir.

Çalışmanın amacı bu kavramın sahip olduğu birbirinden farklı tüm anlamları tespit edip derledikten sonra bunları kendi aralarında mukayese etmek ve Kazanılmış Hak kavramını söz konusu bağlamların hepsi için geçerli olabilecek ortak bir nitelemeye kavuşturmak ve bunu yaparken de Hukuk Felsefesinin semantik enstrümanlarından yararlanmaktır.

Kavramın en geniş kapsamlı çerçevesini çizerken benzer kavramların araştırmacının yoluna çıkması kaçınılmazdır. Bu çalışma sayesinde Kazanılmış Hak Kavramının benzer kavramlar olarak Müesses Durum, Kazanılmış Avantaj, Beklenen Hak ve benzerlerinden ayırt edilmesini de kolaylaştıracak bir formül sunulması kendiliğinden gerçekleşmiştir.

Bu çalışmayı kaleme almamda yol göstericiliğini, bilgisini ve emeğini esirgemeyen hocam Prof. Dr. Yasemin Işıktaç'a, kafa yorduğum konu üzerine hukuk tarihinden antrolopolojiye kadar pek çok alan dışı bakış açılarını paylaşarak çalışmama açılım getiren hocam Mehmet Tevfik Özcan'a ve kavramın en kritik çalışma alanı olan Anayasa Hukuku'na dair verdiği bilgilerle ve sorularıma ayırdığı zaman için hocam Korkut Kanadoğlu'na teşekkürü bir borç bilirim.

Hukuk Felsefesi alanında olmakla birlikte hukukun hemen hemen her dalına temas eden bu çalışmaya göze alacak cüreti bana vermiş olan, İstanbul Hukuk Fakültesi lisans eğitiminindekiler başta olmak üzere adını sayamayacağım diğer tüm hocalarıma da teşekkürü borç bilirim.

İstanbul, 2017

Burçin AYDOĞDU

İÇİNDEKİLER

ÖZ ..... **iii**
ABSTRACT ..... **v**
ÖNSÖZ ..... **vii**
TABLOLAR LİSTESİ ..... **xii**
KISALTMALAR LİSTESİ ..... **xiv**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK KAVRAMI OLARAK KAZANILMIŞ HAK

A. GENEL OLARAK 3
B. KAMU HUKUKU KAVRAMI OLARAK KAZANILMIŞ HAK 18
1. Anayasa Hukuku'na Göre Kazanılmış Hak 18
a. Yeni Bir Kural-Tasarrufa Dayanmak 19
b. Kesinleşmiş Kişisel Statü Hakkı 20
c. Kamu Düzenine Uygunluk 21
2. İdare Hukuku'na Göre Kazanılmış Hak 23
b. Birel İşlemin Hak Doğurmaya Elverişli Olması 28
(1) Hukuki Değerden Yoksun Olmamak 28
(2) Gerçek Bir Hak Doğurmak 29
(3) Geçici Ya Da Bozucu Şart Koşulmaması 30
c. Hakkın Hukuk Tarafından Korunmaya Değer/Tamamlanmış Hale Gelmesi 30
d. Hakkın Hukuka Uygun Olması 31
3. Ceza Hukuku'na Göre Kazanılmış Hak 31
4. Kazanılmış Hakka Benzeyen Kamu Hukuku Kavramları 34
a. Müesses Durum (Kazanılmış Hukuki Durum) 34
b. Taahhütten Dönme Yasağı (Promissory Estoppel) 35
C. USULÎ KAZANILMIŞ HAK 37
D. ÖZEL HUKUK KAVRAMI OLARAK KAZANILMIŞ HAK 44

1. Anayasal Kazanılmış Hak Kavramının Özel Hukuktan Ödünç Alınmış Olması 44
2. Medeni Hukuk Kavramı Olarak Kazanılmış Hak 47
a. Miras Hukuku 49
b. Aile Hukuku 51
c. Eşya Hukuku 51
d. Beklenen Hak, Meşru Beklenti, Basit Beklenti (Expectatio) 51
4. Devletler Özel Hukukuna Göre Kazanılmış Hak 55
5. İş Hukukuna Göre Kazanılmış Hak 56
a. Kazanılmış Hak Kavramının İş Hukukundaki Anlamı 56
b. Kazanılmış Hak - Kazanılmış Avantaj Farkı 57
c. Kazanılmış Hak – İş Hükmü Arasındaki Fark 58

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK FELSEFESİ KAVRAMI OLARAK KAZANILMIŞ HAK

A. KAZANILMIŞ HAK KAVRAMININ FELSEFİ TEMELLENDİRİLMESİ 62
B. KAZANILMIŞ HAK KAVRAMININ İRADE KURAMI – MENFAAT KURAMI DİYALEKTİĞİNDEKİ DÖNÜŞÜMÜ 68
C. MUKAYESELİ HUKUK TERMİNOLOJİSİNDE KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI 69
a. Ius Quaesitum – Ius Acquisitum Ayrımı 71
b. Erworbenes Recht - Wohlerworbenes Recht Ayrımı (Almanca) 74
c. Acquired Right – Vested Right Ayrımı (İngilizce) 74
d. Droit Acquis – Kazanılmış Hak Özdeşliği 77
D. HAK TEORİLERİNDE DİL SORUNU 78
E. HAK TEORİLERİNE GÖSTERGEBİLİMSEL BİR YAKLAŞIM OLARAK HOHFELDCİ BAKIŞ 80
1. Hohfeld'in Hak Teorisi 80
2. Hohfeld Atomizmi 82
3. Hohfeld Atomizminin Genel Kavramları 82
a. Önerme Tarzı 82
b. Birincil İlişkiler 84

c. İkincil İlişkiler 89
4. Özel Hukukta Hohfeld Usulü Analiz 92
a. Birincil İlişkiler 92
b. İkincil İlişkiler 99
5. Kamu Hukukunda Hohfeld Usulü Analiz 102

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAZANILMIŞ HAK KAVRAMININ ÖRNEK VAKALARDA HOHFELD USULÜ ANALİZLE TEMELLENDİRİLMESİ

A. HOHFELD USULÜ ANALİZ YÖNTEMİ 111
1. Yürütme Organının Hak Yaratıcı İşlemi 113
2. Bireyin Söz Konusu İşlemle Yaratılan Hakkı Kullanması 114
3. Yürütme Organının Hak Yaratıcı İşlem Üzerinde Değişiklik Yapması 115
4. Bireyin Birincil İlişkide Doğmuş Hakkının Devlete Karşı Muhafaza Edilmesi 115
5. Kazanılmış Hakla Özdeşleştirilen Hakların Hukuk Felsefesi Açısından Temellendirilmesi 116
a. Genel 116
b. Eski (Özel Hukuk Anlamında) Kazanılmış Hak 117
c. Meşru Beklenti (Beklenen Hak) 120
d. Müesses Durum 125
e. Kazanılmış Avantaj 128
f. Usuli Kazanılmış Hak 130
g. Sonuç 132
B. ÖRNEK VAKA BAZINDA KAZANILMIŞ HAK ANALİZLERİ 133
1. Anayasa Mahkemesi'ndeki Özel Hukuk Uyuşmazlığının Hohfeld Usulü Analizi 133
2. Statü Haklarına İlişkin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Karar İncelemeleri 136
SONUÇ 140
KAYNAKÇA 145
ÖZGEÇMİŞ 160

TABLOLAR LİSTESİ

Tablo 1: Birincil İlişkiler....84
Tablo 2: İkincil İlişkiler....89
Tablo 3: İlişki Dereceleri....91
Tablo 4: Kamu Hukuku İlişkisi....104
Tablo 5: Kamu Hukukunda Serbestlik....104
Tablo 6: Kamu Hukukunda İkincil İlişki....105
Tablo 7: Kamu Hukukunda Yetki-Tabiyet....106
Tablo 8: Kamu Hukukunda Yetkisizlik....107
Tablo 9: Borç Yaratan Yetki Konumu....108
Tablo 10: Birincil İlişki Olarak Aidat Borcu....109
Tablo 11: Borç Yaratma Yetkisi-Tabiyeti....109
Tablo 12: Borç Yaratmada Yetkisizlik Konumu....110
Tablo 13: Aidat Borcu İlişkisinde Serbestlik....110
Tablo 14: Hak Yaratıcı İşlem....113
Tablo 15: Hakkın Doğmaması Hali....113
Tablo 16: Kullanılabilecek Hak....113
Tablo 17: Hakkın Kullanılması....114
Tablo 18: Kazanılmış Hakkın Doğumu....114
Tablo 19: Kazanılmış Hakkın Alacak Niteliği....115
Tablo 20: Normatif Tasarruf....115
Tablo 21: Kazanılmış Hak Sahibinin Muafiyeti....115
Tablo 22: Özel Hukukta Alacak İlişkisi....118
Tablo 23: Özel Hukukta Hak Talebi....118
Tablo 24: İkincil İlişki Olarak İstihkak....119
Tablo 25: Özel Hukukta Kazanılmış Hak....119
Tablo 26: Memur Hukukunda Kazanılmış Hak Örneği....122
Tablo 27: Haklı Beklentide Yetki-Tabiyet İlişkisi....123
Tablo 28: Haklı Beklentide Hak Talebi....123
Tablo 29: Haklı Beklentiden Doğan Alacak İlişkisi....123

Tablo 30: Hohfeld Analizinde Haklı Beklenti 124
Tablo 31: İdarenin İşlemini Geri Alması 126
Tablo 32: Kazanılmış Hak-Müesses Durum Mukayesesi 127
Tablo 33: Kazanılmış Hak-Müesses Durum Birel İlişki Mukayesesi 127
Tablo 34: Kazanılmış Avantajda İkincil İlişki 130
Tablo 35: Kazanılmış Avantajda Birincil İlişki 130
Tablo 36: Usul Açısından Kazanılmış Hak 132
Tablo 37: Çoklu Edilgenli Borç İlişkisi 134
Tablo 38: Çoklu Alacaksızlık-Serbestlik İlişkisi 135
Tablo 39: Çoklu Etkenli Alacak İlişkisi 135
Tablo 40: Alacak İlişkisi Olarak Atanma Hakkı 137
Tablo 41: Atama Düzenlemesinin İkincil İlişki Niteliği 138
Tablo 42: Meşru Beklentinin Alacak Niteliği 138
Tablo 43: Kazanılmış Avantaj Yaratma Yetkisi 139
Tablo 44: Serbestlik İlişkisi Olarak Kazanılmış Avantaj 139

KISALTMALAR LİSTESİ

Bkz. bkz. : Bakınız, bakınız

Krş. : Karşılaştırınız

No. : Numara, Number

t.y. : tarih yok

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

GİRİŞ

Kazanılmış Hak, hukukun en muğlak kavramlarından biridir. Müktesep hak, meksup hak, edinik hak, edinek hak ve sair eşanlamlıları olması problemini, tüm bu adları tek bir ad ("Kazanılmış Hak") altında toplayarak çözsek bile medeni hukuktaki anlamıyla idare hukukundaki anlamının farklı olması, usuli kazanılmış hak kavramıyla devletler özel hukukundaki kazanılmış hak doktrininin birbirinden farklı anlamlar taşıması işi zorlaştırmaktır. Bunlara bir de Müesses Durum, Kazanılmış Avantaj, Meşru Beklenti, Promissory Estoppel (Taahhütten Dönme Yasağı) gibi Kazanılmış Hak kavramıyla karıştırılmaya müsait kavramlar eklendiği takdirde hukukun geneli için geçerli bir Kazanılmış Hak tanımının yapılması önemli bir ihtiyaç olarak ön plana çıkmaktadır.

Hukukun bir bilim gibi işlev görebilmesi ve öngörülebilir olması için kavramların netlik kazanması, birer mantık parametresine dönüşecek kadar net çerçeve çizilmesi zorunluluktur. Bu da kavramın her bir dalda edindiği anlamı diyalektik gelişimi çerçevesinde incelemeyi gerektirir. Bunun için, kronolojik sıradan giderek önce kavramın felsefe boyutunu ele almak gerekir.

Kazanılmış Hak kavramının çeşitli hukuk dallarında farklı anlamlar taşıması gerçeğini, bu duruma yol açan sebeplerden bağımsız incelemek mümkün değildir. Bu sebeplerin incelenmesi tarihsel süreç içinde ilginç bir kavramsal diyalektiği de gözler önüne sermektedir. Bir kavramın zaman içindeki dönüşünümü aydınlatmak amacıyla çıkılan bu tarihsel yolculukta şu görülmektedir: Çeşitli tezlerle ve antitezlerle günümüzdeki anlamlarına kavuşan Kazanılmış Hak kavramının kökleri hukuk felsefesindedir. Kazanılmış Hak kavramı aslında ahlak felsefesinin hukuk felsefesiyle temas ettiği noktada ortaya çıkmıştır. Bu temel anlam, rasyonel düşüncenin kritik bir bağlantısını teşkil ediyor olsa gerek. Zira Kazanılmış Hak kavramı, zaman içinde hukukun pek çok dalının terminolojik ihtiyacını gidermiş ve özel hukuk gibi geçerliliğini ya da tekelini sürdüremediği hukuk dallarında bile varlığını hiç olmazsa alternatif görüş adı altında sürdürmüştür.

Kazanılmış Hak kavramının felsefedeki köklerini analitik biçimde incelemenin yolu Hak kavramını doğru ve net tarif edebilmektedir. Felsefede sıkça başvurulan Kazanılmış-Doğuştan ayrımından soyut olarak Hak kavramının nesneler, menfaatler, iradeler üzerinden değil kişiler arası ilişkilerin normlara paralel biçimde ele alınmasıyla incelendiği Hohfeld usulü analiz, Kazanılmış Hak kavramının öğelerine ayrılıp nitelenmesinde en temel dayanak olacaktır.

Felsefede en üst düzey hak ayrımını göstermek için kullanılan bu kavramın çeşitli hukuk dallarında aldığı farklı anlamların özünü, Hohfeld usulü analiz yöntemiyle bulmak hem hukuk uygulamasının felsefi temellendirmesine hem de felsefe kavramı olarak Kazanılmış Hak kavramının derinlemesine analiz edilmesine imkân tanıyacaktır. Bu çalışmanın amacı Kazanılmış Hak kavramını, kökleri felsefede, dalları hukukun çeşitli dallarında olan bir ağaç misali tüm karakteristikleriyle ve işlevselliğiyle ele alıp tanımlamaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM
HUKUK KAVRAMI OLARAK KAZANILMIŞ HAK

A. Genel Olarak

Kazanılmış Haklar, Türk İdare Hukuku'nun en başta gelen ismi Sıddık Sami Onar'ın ifadesiyle "Hukukun müphem, karanlık bir kavramı"dır.[1] Anayasa Mahkemesi de bir kararında[2] "Kazanılmış hak sözcüğü, hukukun en belirsiz, uygulama sahası çok dar, genel hukuksal durumlarda konu edilemiyen[3] bir kavramdır" demektedir. Kazanılmış Hak konusundaki içtihatlar yerleşiklik kazanmadan önce[4] doktrinde bu kavramın içeriğini tespit etmenin mümkün olmadığı söylenmiştir.[5] Kazanılmış Hak kavramı üzerine yazılmış en geniş kapsamlı eserde[6] "[Kazanılmış Haklar] üzerine bugüne değin herhangi bir Yüksek Lisans, Doktora ya da Doçentlik çalışması düzeyinde monografik bir çalışma yapılmamış olması da, konunun üzerinde durulması gerektiğini göstermektedir" denmesi de bu kavramın aydınlatılmasına duyulan ihtiyacın akademik yönüne işaret etmektedir.

Kazanılmış hak kavramı, bu terimi karşılamak için kullanılan terimlerin fazlalığıyla da dikkat çekmektedir: Müktesep Hak[7], Hukuk-ı Müktesebe, Meksup

---

[1] Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, 1966, Cilt 1, s. 492.
[2] Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 25 Ekim 1990 tarihli ve 1989/23 Esas, 1990/26 Karar sayılı hükmü
[3] 1930'lar 1950'ler gibi dönemlerin genel kabulüne uygun imlayla yazılmış metinleri, kaynak doğrulaması yapmada kolaylık olması için, tezimizde değiştirmeden alıntıladık.
[4] Kazanılmış Hak kavramının içeriğinin 1970'lerden sonraki içtihatlarla yerleşik hale geldiği kabul edilmektedir; Bkz. Yücel Oğurlu, **Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, 2003 Mayıs, Seçkin Yayınları, s. 31.
[5] Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara 1972-73 teksiri, s. 235.
[6] Oğurlu, **Kazanılmış Haklara Saygı**, s. 18.
[7] Müktesep Haklar (Hukuk-ı Müktesebe) terimi Fransızca hazırlanan 1891 tarihli bir Fransızca-Türkçe Bilimsel Terimler Sözlüğü'nde Droits Acquis karşılığı olarak 'Hukuk-ı Müktesep' şeklinde önerilmektedir (Bkz. Anton. B. Tinghir, Krikor Sinapyan, "Droit", **Dictionnaire Français-Turc Des Termes Techniques Des Sciences, Des Lettres Et Des Arts**, Imprimerie & Lithographie K. Bagdadlian, İstanbul, 1891, s. 232). Daha sonra, 1897 yılında, Fransızca Droits Acquis teriminin Türkçe karşılığı olarak o zamanki Muhitu'l-Maarif (Maarif Ansiklopedisi) maddesi olarak literatüre girdiği 1897 yılı Ekim ve Kasım ayındaki İkdam gazetesinde İlmî Heyet adına Emrullah Efendi tarafından yayınlanan 'makale-i mahsusa'lardan anlaşılmaktadır (Bkz. Agah Sırrı Levend, "Edebiyat-ı Cedide Döneminde Dilde Sadeleşme Meselesi", **Türk Dilinde Gelişme Ve Sadeleşme Evreleri**, 2.

Hak, Hukuk-ı Meksube[8], Edinilmiş Hak[9], Edinek Hak[10], Edinik Hak[11]. Bunların hepsi aynı anlama gelir.[12] Zaten içeriği son derece tartışmalı olan bir kavram için

---

bası, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1960, s. 200). Sadeleşme akımında basılan 1934 tarihli Tarama Dergisi'nde Meksup kelimesine karşılık olarak 'Kazanılmış' kelimesi önerilmekte ve Müktesep kelimesine de atıf yapılmaktadır ancak sözlükte müktesep maddesi mevcut değildir (Bkz. Türk Dili Tetkik Cemiyeti, "Meksup", **Osmanlıcadan Türkçeye Söz Karşılıkları Tarama Dergisi**, 1. Cilt, İstanbul Devlet Matbaası, İstanbul, 1934, s 501). Hatta bundan daha öncesinde, 6 Kasım 1925 tarihinde, resmi bir uluslararası antlaşmanın resmi Türkçe nüshasında "Kazanılmış Haklar" teriminin kullanıldığı vakidir. Fabrika Veya Ticaret Markalarının Beynelmilel Tescili Hakkında 14 Kanunuevvel 1900 Tarihinde Brüksel'de, 2 Haziran 1911'de Washington'da ve 6 Kasım 1925'te Lahey'de Tadil Edilmiş olan 14 Nisan 1891 Tarihli Madrid İtilafnamesi'nin mükerrer 4. maddesi şöyledir:

"*Madde 4 - Mükerrer*

Evvelce âkit memleketlerden bir veya bir kaçına tevdi edilmiş olan bir marka Beynelmilel kalem tarafından muahharan ayni sahip veya hak halefi namına tescil edildiği takdirde beynelmilel tescil evvelki millî tesciller neticesinde kazanılan haklara halel getirmeksizin mukaddem millî tesciller yerine kaim olmuş addedilecektir"

Anayasa Mahkemesi'nin ve adli/idari mahkemelerinin içtihatlarında da Müktesep Hak teriminin yerini 1960'tan itibaren Kazanılmış Hak teriminin aldığı anlaşılmaktadır. 1966 tarihli Yasa Dili Sözlüğü'nde Müktesep Hak terimi yerine Kazanılmış Hak teriminin en azından 5 Eylül 1962 tarihli Anayasa Mahkemesi kararından (.....kazanılmış (müktesep) haklarının geri verilmesini istemişlerdir…..") 10 Aralık 1962 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararından (".....sanık lehine kazanılmış hak doğurmıyacağı için düzeltilebilir…") beri kullanıldığı belirtilmektedir (Bkz. Ali Rıza Önder, **Yasa Dili Sözlüğü**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1. bası, 1996, s.114)

Kazanılmış Hak teriminin sadece kamu hukuku dallarında değil özel hukukta da Müktesep Hak teriminin yerini aldığı anlaşılmaktadır. O zamanki Tatbikat Kanunu'nun 4. maddesinde geçen "Hakkı Müktesep" terimi yerine Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türkçeleştirilmiş Medeni Kanun kitabının sözlükçesinde "Kazanılmış Hak" karşılığını önermektedir (Bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türkçeleştirilmiş Metinleriyle Birlikte Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu**, 3. Cilt (Terim ve Sözcükler Kılavuzu), 1. bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1975, s. 981).

[8] Pakalın'ın Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü'nde 'Hukuk-ı Müktesebe' ve 'Hakk-ı Müktesep' olmamakla birlikte 'Hukuk-ı Meksube' maddesi vardır ve bir hukuk terimi olduğu belirtilmektedir. Bu da demektir ki, eğer müellifin gözünden kaçmış değilse, Osmanlı hukuk literatüründe esas kullanılan terim 'müktesep hak' değil 'meksup hak' terimidir. Hukuk- Meksube yani Meksup Haklar terimi şöyle tanımlanmaktadır: "Kısbi yani bazı arızi keyfiyetlerden münbais olan haklar manasına gelir bir tabirdir. Kesp edilmiş haklar demektir" (Bkz. Mehmet Zeki Pakalın, "Hukuk-ı Meksube", **Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü** I, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1946, s. 853) Müktesep Haklar teriminin Meksup Haklar'ın yerine geçiş sürecini İkdam gazetesinin 28 Teşrin-i Sani (Kasım) 1897 tarihli sayısındaki makale, bu kavramın Türkçeye girişini aydınlatmaktadır. O yıllarda Muhitü'l-Maarif (Maarif Ansiklopedisi) hazırlamakta olan İlmî Heyet'in başkanı olan Emrullah efendi bu gazetede, planlanmakta olan Kamusu'l-Ulum (Bilimler Sözlüğü) ile ilgili düşüncelerini "İlmî Heyet" imzası altında kamuoyuyla paylaşmaktadır. Fransızca Droits Acquis'nin Türkçe karşılığına dair Emrullah Efendi ile Sait Bey arasında polemik çıkar. Sait Bey Bey bu Kazanılmış Haklar anlamında gelen bu terimini kazanmak anlamındaki kesb (etmek) kökünden yola çıkarak "Hukuk-ı Meksube" tamlamasıyla karşılamanın doğru olacağını ileri sürer. İlmi Heyet imzasıyla İkdam gazetesinden cevap veren Emrullah Efendi ise yine kazanmak anlamında kesb fiiliyle aynı kökten gelen ama farklı bir vezinde çekilmiş olan iktisap (iktisab) kelimesinden yola çıkarak bu terimi "Hukuk-ı Müktesebe" tamlamasıyla karşılamanın daha doğru olacağını ifade eder. Bunu, iktisap ile kesp kelimelerinin Arapça kullanımları arasındaki farktan yola çıkarak ileri sürmektedir; iktisap nüans itibarı ile Fransızca "acquis" kelimesini daha iyi karşılamaktadır. Sait bey ise kesbetmek ile iktisap etmek arasında Türkçe kullanımda bir fark olmadığı için doğrudan

birden fazla terim kullanmak, meselenin analizini zorlaştıracaktır. En yaygın ve anlaşılır terim olan Kazanılmış Hak terimin kullanmak, çalışmanın sağlığı ve bilimsel amaç için en uygunudur. Bununla birlikte bu terimin, mehaz hukuk sistemlerindeki alternatif karşılıkları ele alınacaktır.[13] Bundaki amacımız, Kazanılmış Hak kavramının Türk ve dünya hukukunda geçirmiş ve geçirmekte olduğu dönüşümü analiz edebilmektir. Bu tür mukayeseli analizler, çalışmadaki terimsel birliği bozmayacak; esas kavram olarak Kazanılmış Hak ele alınacaktır.

---

kesbetmek üzerinden morfolojik bir türetmede bulunmuştur. Emrullah Efendi bu yaklaşıma itirazını şöyle ifade eder:

> *"Türkçe "kesb" ile iktisab beyninde bir fark var mıdır yok mudur, burasını kestiremeyiz. Ancak malumdur ki bizim lisanımızın hemen üçte ikisini kelimat-ı Arabiye teşkil ediyor. Bu kelimeleri lisan-ı Arabiden aldığımız vakit o lisanda ne manaya mevzu ise biz de o manaya kullanmak üzere almışız ve hala da öyle yapıyoruz. Bir kelime-i Arabiyenin Türkçede manası başka Arapçada manası başka olamaz. İki lisan beynindeki münasebet buna manidir. Birkaç şaz iradedilse bile şevazın hükmü yoktur. Binaenaleyh lisanımızda kullandığımız kelimatın manalarını tahkik için Arapça lügat kitaplarına ve istimal-i Araba müracaat etmek zaruridir*" (Bkz. Agah Sırrı Levend, "Edebiyat-ı Cedide Döneminde Dilde Sadeleşme Meselesi", **Türk Dilinde Gelişme Ve Sadeleşme Evreleri**, 2. bası, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1960, s. 200, 201).

[9] Anayasa Mahkemesi'nin 25 Ekim 1990 tarihli ve 1989/23 Esas, 1990/26 Karar sayılı hükmünde Edinilmiş Haklar ifade Kazanılmış Haklar ile eşanlamlı kullanılmıştır.

[10] Ulus gazetesi, 5 Temmuz 1935 sayılı nüshasında Türk Dili Tedkik Cemiyeti "Mükteseb" karşılığında "Edinek" kelimesini önermektedir. Zaman gazetesinin 10 Temmuz 1935 tarihli nüshasının 8. sayfasında alıntıladığı Öz Türkçeden Osmanlıcaya Dil Kılavuzu'nda "Hukuk-ı Müktesebe" karşılığı olarak "Edinek Haklar" önerilmektedir. Bu tabirin haberlerde bilfiil kullanıldığı da görülmektedir: "Edinek hakları tanınmak şartiyle şimdiye kadar birkaç erece birden yukarılama görmesi imkanlı olan ufak banka işyarları bu yeni projenin kabulünden sonra devlet işyarları gibi okuma erecelerine, eskiliklerine ve sıralarına göre yukarılatılacaklardır" (Ulus, "Banka İşyarları İçin Yeriletilecek Barem Esasları", 7 Ağustos 1935, s. 3).

[11] Zaman gazetesinin 2 Haziran 1935 tarihli nüshasının 6. Sayfasındaki Dil İşleri köşesinde müktesep hak terimine karşılık olarak Edinik Haklar önerilmektedir ve örnek cümle verilmektedir "Yurd işlerinde edinik hak yoktur".

[12] Oğurlu, **Kazanılmış Haklara Saygı**, s. 23.

[13] Kazanılmış Hak kavramının İngilizce, Almanca, Fransızca ve Latince karşılıkları ele alınacak olmakla birlikte Müktesep ve Meksup gibi Osmanlıca karşılıklarının burada verdiğimiz açıklamadan daha derin incelemesine girişmeyeceğiz çünkü güncel kavramla eski kavramlar arasında bakış açısı değil sadece dil politikası farkı vardır. Müktesep ve Meksup dışında Kısbi, Meksubî, Müsellem, Müstefat, Ülfi, Adi, Talimi gibi eski karşılıklar da vardır. Bkz. Orhan Hançerlioğlu, **Felsefe Ansiklopedisi – Kavramlar ve Akımlar**, Cilt 2 (E-İ), Remzi Kitabevi, 1977, s. 11. Lakin bu kavramların nüanslarını da ele almanın hukuk felsefesi açısından yapılacak temellendirmeye ciddi bir katkısı olmayacaktır çünkü bunlar hukuk biliminin değil felsefeyle etkileşim içindeki diğer sosyal bilimlerin bu anlamda kullandığı kavramlardır.

Kazanılmış Hak kavramının tarihsel dönüşümü ele alırken günümüz kamu hukukunun temellerinin atıldığı Aydınlanma Çağı'ndan başlayan bir perspektif konması hem konunun merkezine odaklanmayı hem de terminolojik çeşitliliği asgaride tutmayı sağlayacaktır. Kazanılmış Hak, Aydınlanma Çağı'ndan önce bir terim olarak karşımıza çıkmamaktadır. Ancak teslim etmek gerekir ki insanlığın ortak adalet anlayışının olabileceğinin birer kanıtıymışçasına, dünya hukuk tarihinde, bugünkü açıdan Kazanılmış Hakka Saygı nitelemesi yapabileceğimiz emsal vakalar görülmektedir.

Örneğin M.Ö. 401 yılında antik Yunan devlet adamlarından Perikles'in Atina vatandaşlığını kazanmanın şartları konusunda getirdiği düzenleme terimin kendisinden çok daha eskidir. Yargılamanın salt ahlaka veya örf-adete, teamüllere dayalı yürümediği, yargıçları bağlayan kanunların mevcut olduğu Antik Yunan hukukunda[14] geçmişe etki edebilecek bir kanun değişikliği yapılmıştır. O zamana kadar bir kimsenin Atina'da vatandaş statüsüne sahip olmak için Atinalı babadan doğmuş olması gerekirken aşırı artan nüfus nedeniyle Pericles'in getirdiği kanunla Atina vatandaşı statüsüne sahip olmanın şartları ağırlaştırılmıştır. Pericles'in getirdiği yeni yasayla[15] Atina vatandaşı statüsüne sahip olmak için kişinin hem annesinin hem de babasının Atina vatandaşı olması zorunlu hale gelir. Bu kanunla birlikte nüfus artışında azalma olur ama nüfusun kendisi azalmaz. Bu nedenle söz konusu kanunun sadece yürürlükten sonrası için geçerli olduğunu, geçmişe uygulanmadığını tahmin etmek mümkündür ve Atinalılar arasında zamansal bir çifte standart yarattığı halde kanunun salt ileri dönük kabul edilmiş olması o çağ için

[14] Michael Gagarin, "The Unity of Greek Law", **Cambridge Companion To Ancient Greek Law**, Cambridge University Press, 2005, s. 37.

[15] Pericles, Atinalı olmanın çevre yerleşimlere göre gitgide daha avantajlı olduğu çağda eski kanunun bir sakıncasını görmüştür. Atina vatandaşı olmak için Atinalı babadan olmanın yeterli olması Atinalı olmayan kadınlarla Atinalı erkekler arasındaki evliliklerin artmasına, Atinalı kadınların, Atina'nın kalkınmasından olumsuz etkilenmesine yol açmıştır. Pericles, Atinalı kadınların durumunu düzeltmek için bu ayrımcılığı ortadan kaldıran kanun düzenlemesini getirmiştir. Bkz. Thomas R. Martin, **Pericles: A Biography In Context**, 2016, Cambridge University Press, s. 155.

dikkat çekicidir.[16] Bu tutumu, kazanılmış haklara saygı olarak nitelemek mümkündür.[17]

Kazanılmış Hak kavramının özel hukukta uygulanmasının çok tipik bir örneği de Roma'nın Cumhuriyet döneminin sonlarında yaşanmıştır. Roma hukukunda kanunların geçmişe etkili olup olmadıkları kanun metninde belirtilmekteyd. Ancak kanunlar seyrek çıkıyor, gündelik ihtiyaçlara yönelik düzenlemeler edicta adı verilen fermanlar ile yapılıyordu. Bir ferman çıkarıldığında sadece Praetor'un bir yıllık görev süresi boyunca yürürlükte kalacağı kesin olurdu.[18] Fermanın yürürlüğünü sürdürmesi için Praetorun sene başında o fermanın hala geçerli olduğunu ilan etmesi gerekliydi fakat buna rağmen bir Praetor, o sene için geçerli olduğunu ilan ettiği fermandan dönme yetkisine sahipti. Süresi dolduktan sonra yürürlüğe sokulması adet haline gelen, temel nitelikte edictum'lar vardı. Bunlara "Edictum Vetus" (Eski Edictum) ya da "Edictum Tralaticium" (Devreden Edictum) adı verilirdi.[19] Bu ikilik, bazı menfaatlerin somut alacak haline gelmesinden sonra bile hukuk tarafından korunmaz hale gelmesine yol açıyordu.

Cicero'nun Kazanılmış Hak terimi kullanmadığı[20] ama kesinlikle özel hukuktaki Kazanılmış Hak anlayışının çerçevesini genel ahlaktan yola çıkarak çizdiği bu konuşmayı yapmasına sebep olan vaka şudur: Bir Roma vatandaşı kendisine kalan mirası, *Praetor*'un görev süresi başında yürürlükte olduğunu ilan

[16] John Van Antwerp Fine, **The Ancient Greeks: A Critical History**, Harvard University Press, 1983, s. 394.

[17] Nitekim Perikles döneminde üst sınıfın elde ettiği ve Peleponez savaşından sonra alt sınıfla girilen işbirliği nedeniyle taviz verilen bu ayrıcalıkların Kazanılmış Hak olarak nitelendiği olmuştur. Tanasis Paparigas, Eski Atina Köle Demokrasisi, çev: Sema Sandalcı, s. 17 (Tilemahos Lungis'in kitaba yazdığı önsöz).

[18] Edmund Plunkett Burke, **An Historical Essay on the Laws and the Government of Rome: Designed as an Introduction to the Study of Civil Law**, Cambridge, 1827, s. 147.

[19] Diler Tamer Güven, **Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi**, Yüksek Lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 1987, s. 25.

[20] Roma hukukunda kazanılmış hak terimi yoktu. *Ius Quaesitum, Ius Acquisitum* gibi terimlere Digesta'da, Instutiones'te rastlanmamakta, Kilise Hukuku'ndan sonra rastlanmakta ve bugünkü anlamıyla ancak Aydınlanma Çağı'ndan itibaren rastlanmaktadır. Roma Hukuku'nda, özel hukuk anlamında henüz kazanılmamış olan, sadece imkan/ihtimal dahilinde olan menfaatlere *Expectatio* adı veriliyordu. Aşağıda incelenecek olan Basit Beklenti ve Meşru Beklenti kavramlarına benzetilebilir.

ettiği bir fermana (*edictum*) göre tevarus etmeyi talep etmekte, *Praetor* ise bu talep üzerine söz konusu fermanı uygulamaktan vazgeçmektedir. Miras hakkı kazanıldıktan sonra *Praetor*'un o zaman itibarıyla geçerli olan fermanı uygulamamasını eleştiren Cicero'nun burada müdafaa ettiği hak, varisin miras hukukundan doğan kazanılmış hakkıdır.

Cicero, bu konuda şöyle demektedir:

"...Fakat medeni hukukta bir değişiklik yapıldığında, o değişikliği yapan, değişiklikten önce gerçekleşmiş işlemlerin hepsinin hukuken geçerli kalmasını temin etmelidir. Lex Atinia'ya, Lex Furian'a, Lex Fusian'a ve Lex Voconia'ya ve dediğim gibi, medeni hukuk haklarını düzenleyen diğer kanunların hepsine bakın; hepsinde söz konusu hükümlerin yürürlük tarihinden sonra bağlayıcılık kazanacağına dair hükümler vardır. Praetor fermanlarına en çok önem verenler bile bunların 12 ay geçerli kanun niteliğinde olduğunu söylemektedir; bu uygulama fermanların uygulamasının kanunlarınkinden daha geniş olmasına yol açmaktadır. Eğer bir praetor'un fermanının geçerliliğinin bitim tarihi 1 Ocak olacaksa geçerliliğinin başlangıç tarihi neden önceki 1 Ocak olmaz? Bir praetor, fermanının yürürlüğünü kendinden sonraki bir praetor'un görev zamanına taşırmak için kullanamaz da kendinden önceki bir praetor'un geçmiş görev zamanına taşırmak için kullanabilir mi? Eğer bu hükmün çerçevesini kişisel beklentiye göre değil daha iyi bir hukuk için düzenlemiş olsaydınız daha dikkatli bir şekilde çizerdiniz"[21]

Cicero aşağıda alıntılanan konuşmasında *Praetor* fermanlarının zamansal yürürlük kapsamına değinmektedir. Her *Praetor* göreve başlamadan önce kendisinden önceki *Praetor*'ların hangi fermanlarının yürürlükte kaldığı ilan eder ve yargılamalarını ona göre yapar. Bunlara ek olarak kendi görev süresi içinde de

[21] Cicero, **In Verrem, II. Söylev**, s. 109.

ferman çıkarabilir ama bu tür fermanlar, yukarıda da değinildiği üzere görev süresinin başından yani 1 Ocak'tan itibaren geçerli olmaz, ne zaman ilan edilmişse o tarihten itibaren geçerli olur. O zamanki usulde *Praetor*'ların sahip olduğu bir başka yetki ise Cicero'nun yukarıdaki muhalefetiyle karşılaşmıştır. Bu da göreve başlamadan önce uygulayacağını vaat ettiği fermanlardan, görev süresi zarfında dönme yetkisi. Cicero bu tür bir yetkiye sahip olan *Praetor*'un esas kanun koyucudan bile daha geniş bir manevra alanına sahip olacağını belirtmekte ve bu yetkinin hukuki güvenliği için değil bireysel menfaatler için kullanılabileceği tehlikesine dikkat çekmektedir. Cicero'ya göre, en başta yürürlükte kalacağı vaat edilmiş bir fermanının görev süresi dolmadan yürürlükten kaldırılması, tıpkı *Praetor*'un geçmişte kalan bir fermana dayanarak hüküm kurması gibi zamansal bir yetki aşımıdır. Eğer *Praetor* görev süresi başlamadan önce yürürlükte olduğunu belirttiği fermandan görev süresi zarfında dönecekse bile bunun sonuçları söz konusu dönme kararından sonraya etki etmeli, daha öncesini etkilememelidir.

Cicero'nun bu vaka üzerinden geliştirdiği, fermanların geriye yönelik iptalinin hukuka aykırı olduğu tezi üzerine, *Praetor*'un bu yetkisi M.Ö. 67 yılında çıkan *Lex Cornelia De Edictis* adlı kanunla kaldırılmıştır.[22] Kanun özetle *Praetor*'ların hukuku, kalıcı edictum'lara göre icra etmesini emretmektedir.[23] Bu edictum'lara kalıcı edictum anlamında '*Edictum Perpetuum*' adı verilmiştir.[24] Bu düzenlemeden sonra *Praetor*'ların, ilan ettikleri fermandan, en azından o yıl içinde, dönme hakkı ortadan kalkmıştır. Böylelikle fermanlar açısından hukuki güvenlik tesis edilmiş; insanlar fermanların içeriğine, en azından bir yıl içinde değişmeyeceğini bilerek, bel bağlayabilmiştir.[25]

---

[22] Rudolph Sohm, **The Institutes of Roman Law**, İngilizceye Çev. James Crawforf Ledlie, Londra, Oxford Press, 1892, s. 51.
[23] Adolf Berger, "Lex Cornelia de edictis", **Encyclopedic Dictionary Of Roman Law**, Philadelphia, haz. American Philosophical Society, 1953, s. 549.
[24] Güven, **Roma Hukukunda Hak**, s. 26.
[25] Bu gelenek Roma Hukuku'nun genel bir ilkesi olarak Corpus Iuris Civilis'e kadar uzanmıştır. Milattan sonra 527-565 yılları arasında hüküm süren Iustinianus'un hukuk vecizeleri derlemesi olan Digesta'da «Nemo Potest Mutare Consilium Suum in Alterius Iniuriam» yani «Hiç kimse hükmünü, başkasının zararına değiştiremez» ilkesi yazıya geçirilmiştir. Bu hüküm şöyle yorumlanmaktadır: «Bir

Antik Yunan ve Cumhuriyet Dönemi Roma Hukuku'ndan verdiğimiz bu iki örneğin ortak özelliği Hukuki Güvenlik'in korunmasıdır ancak bu iki olayda söz konusu edilen ilişkiler arasında ciddi bir fark da mevcuttur. Pericles'in kanunu uygulaması kamu hukukunu ilgilendiren bir vatandaşlık hakkı meselesini konu edinirken Cicero'nun gönüllü avukatlığını yaptığı davanın konusu özel hukuk konusu olan mirasın bölüşüm yöntemidir.

Olayların her ikisinde de adı konmamış Kazanılmış Hak anlayışı olduğunu söyleyebiliriz ama bir yandan da kabul etmek gerekir ki bu iki vakada Kazanılmış Hak kavramının farklı boyutları söz konusudur. Vakaların birincisinde günümüz Kamu Hukuku anlamında Kazanılmış Hak söz konusu edilirken ikincisinde günümüz Medeni Hukuku anlamında Kazanılmış Hak söz konusu edilmektedir. Kaldı ki Kazanılmış Hak kavramının bu ikisinin dışında kalan görünümleri de farklı hukuk dallarında mevcuttur.

Kazanılmış Hak kavramının farklı boyutlarını hukukun farklı dalları çerçevesinde, benzer kavramlarla birlikte inceleyen bir çalışmanın bu griftlik yetmezmiş gibi Kazanılmış Hak kavramının henüz adının bile konmadığı tarih

---

hukuki işlemle ya da o işlem çerçevesinde kararlaştırılmış hususlarla ilgili olarak, yasalar çerçevesinde kazanılmış bir hakkı ortadan kaldıran ya da o hakkı sınırlandıran, yeni bir borç yaratan, görev yükleyen, yetkisizliğe sebep olan her yazılı kanun, ileri etkili olarak uygulanmalı ve hukuk biliminin temel ilkelerine karşı olduğu bilinmelidir». Bkz. Herbert Broom, **A Selection of Legal Maxims, Classified and Illustrated, Philadelphia**, 1882, s. 34.

Iustinianus'un yazdırdığı ve çağdaş medeni hukukun temelini oluşturan Instutiones'te kazanılmış hak anlayışını gösteren şu hükümler mevcuttur:

«*Omnis Nova Constitutio Futuris Formam Imponere Debet, Non Praeteritis*» yani «*Her yeni yasama tasarrufu, geçmişe değil geleceğe yönelik etki doğurur*» (Instutiones Corpus Iuris Civilis kanunnamesinde de bu husus bir usul hükümü olarak konmuştur:

«*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et ad huc pendentibus negotiis cautum sit*» yani «*Kanunlar ve temel ilkeler kesinlikle geleceğe yöneliktir; geçmişe ilişkin olup da halen neticelenmemiş durumların istisna olduğu açıkça belirtilmedikçe bunlar geçmişe etki etmez*» Bkz. Ben Juratowitch, **Retroactivity And The Common Law**, Hart Publishing, 2008, s. 28

dönemlerindeki örnekleri tartışması kuşkusuz esas tartışma konusunu rayından çıkaracaktır. Kazanılmış Hak anlayışının dünyadaki hukuk tarihi zarfında hangi vakalarda, hangi sosyal dinamikler eşliğinde kendini gösterdiği, ayrı bir inceleme konusudur. Yukarıda verilen iki antik örnekten çıkarılacak sonuç şudur: Kazanılmış Hak kavramının kapsamlı bir tarihsel analizi için ilk önce kavramın çatısının hukuk teorisiyle pratiğini bağdaştıracak kadar net çizilmesi gereklidir. Örneklerdeki gibi farklı görünümleri olabilen bir kavramı netleştirmeden tarihsel vakalara uygulamak, kavram üzerinde var olan karmaşayı azaltmayacak, aksine arttıracaktır. Bu nedenle Kazanılmış Hak kavramının zaman içindeki dönüşümünü ele alırken Immanueal Kant'ın Haklar ayrımından önceye gitmemek çalışmanının konusunun sınırlarını çizmeyi kolaylaştıracaktır.

Kazanılmış hak kavramının disiplinler arasında farklı anlamlar arz etmesi meselesine birkaç örnek vermek gerekirse: Şirketler hukukundaki kazanılmış hak ile usuli kazanılmış hak farklı anlamdadır. Devletler genel hukukundaki kazanılmış hak teorisiyle idare hukukundaki kazanılmış hak da farklı niteliktedir. Daha da önemlisi hak kavramının hukuk felsefesi ve hatta ahlak felsefesi boyutudur. Çalışmamızın esas çerçevesi, kavramın bu boyutudur.

Eğer Kazanılmış Hak kavramını kronolojik olarak ele alsaydık bu kavramın ilk çıkış yeri olan kilise hukukundan, insanın doğduğu andan sahip olduğu haklarının varlığını ileri süren Thomasius'un[26] hak teorisinden başlamamız gerekirdi. Fakat Kazanılmış Hak kavramının her üç hukuk dalındaki anlamı da Hukuk Devleti ilkesinden kaynaklandığı[27] için ve Hukuk Devleti ilkesi iktidarın kaynağının Tanrı

[26] Aquinalı Thomasius.

[27] Hukukun genel ilkelerinin ilk grubu, Fransız anayasa hukukundaki Cumhuriyetin Anayasal Gelenekleri'dir. İkinci grup, idari işlemlerin geriye yürümezliği ve dinlenilme hakkıdır. Üçüncü grup ise Doğal Hukuk İlkeleri'dir (Bkz. Celal Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, Kavram Yayınları, 1996, s. 64 vd.). Bu itibarla, Kazanılmış Haklar'ın ikinci derece hukuk normlarının geriye yürütülmezliği ilkesinin kaçınılmaz bir görünümü olarak hukukun en temel ilkeleri arasında yer aldığını ve Hukuk Devleti nitelemesinin esaslı bir unsuru olduğu söylenebilir.

iradesi olmaktan çıkıp toplum sözleşmesi olduğunun kabulüyle birlikte yerleşen bir kavram olduğu için beşeri hukuk kavramı olarak Kazanılmış Hak kavramını Thomasius'un Hak teorisinden başlatmak daha uygun olur.

Güncel tartışmalarda Kazanılmış Hak kavramının kamu hukukundaki anlamına dair Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında en yoğun tartışmalar yaşanmaktadır ama Kazanılmış Hak teriminin bu anlamı kronolojik olarak en son kavuştuğu anlamdır. Felsefi anlamı ise tam aksine, hukuki metinlerde hemen hemen hiç yer verilmemekle birlikte Kazanılmış Hak kavramının, özünü oluşturan boyutudur.

Bu yüzden bu çalışmada Kazanılmış Hak kavramının güncel anlamını ve tartışmalarını görmezden gelmenin konuya vâkıf her hukukçuda bir yabancılaşma yaratacağı muhakkaktır. Hukuk Felsefesi'nin amacı hukuku sadece tarihsel boyutuyla gözlemlemek değildir. Hukukun kuramını ele almak da Hukuk Felsefesi için yeterli bir amaç değildir. Hukuk Felsefesi hukukun kuramıyla uygulamasını bir arada ele alarak işe yarar sonuçlar ortaya koyduğu ölçüde pragmatik anlamda bir bilimdir. Kazanılmış Hak kavramının uygulamada, hukuk sözlüklerinde ve doktrinde en çok kullanılan anlamının çerçevesini çizerek başlamak ve onun köklerine indikten sonra kavramın diğer tartışma alanları olan hukuk dallarındaki anlamlarını da ele almak bu açıdan çok daha işlevsel olacaktır. Hatta bu kavramın tüm bu anlamlarını bir arada ele almak dahi doktrinde özgün bir tez yaratmak için yeterli görünmektedir. Çünkü Kazanılmış Hak kavramını ele alan hiçbir çalışmada kavramın tüm hukuk dallarındaki anlamı bütünüyle incelenmemektedir.[28] Onun yerine Kazanılmış Hak kavramının belli bir hukuk dalındaki anlamına odaklanılmaktadır.

[28] Kavramı en geniş haliyle ele alan eser Yücel Oğurlu'nun Kazanılmış Haklara Saygı İlkesi kitabıdır. Söz konusu kitapta Kazanılmış Hak kavramının Kamu Hukuku anlamı esas olarak ele alınmakla birlikte Özel Hukuk anlamına ve Usul Hukuku anlamına birkaç sayfayla da olsa değinilmektedir. Bununla birlikte söz konusu eserde dahi bu kavramın Ahlak ve Hukuk Felsefesi'ne uzanan köklerine inilmemektedir. Özel Hukuk bağlamında da terimin İş Hukuku'ndaki Kazanılmış Avantaj anlamına, Özel Hukuk'taki Basit Beklenti ayrımına ya da Devletler Özel Hukuku'ndaki Kazanılmış Hak

Esasen, Kazanılmış Hak kavramı Kant'ın insan özgürlüğü doktriniyle birlikte yaptığı haklar ayrımından doğmuştur.[29] Kant, İnsanların doğuştan sahip olduğu Özgürlük Hakkı olduğunu ve bu hak çerçevesinde ifade özgürlüğü, yaşam hakkı, mülkiyet hakkı gibi hakların tanınması gerektiğini savunmaktadır. Kant, diğer temel hak kategorisine ise Kazanılmış Haklar (Jura Quaesita) adını vermektedir. Bunlar, kişinin sonradan, kendi davranışlarıyla sahip olduğu haklardır. Kant'ın kurduğu bu anlayış çerçevesinde siyaset felsefesinde devlet anlayışı yeni bir biçim almıştır. Buna göre, insanların doğuştan gelen haklarını (Iura Connata) tanımayan bir oluşum, devlet niteliğine dahi sahip değildir çünkü bunlar devlet yokken de sahip olunan haklardır. Bu, devletin meşruluğuna dair sahip olması gereken özellikltir. Devletin hükümranlığının yasal sınırları ise Kazanılmış Haklar'dır. Bu ayrımı kabaca Birincil Haklar-İkincil Haklar ayrımına ya da Doğal Haklar-Pozitif Haklar ayrımına benzetmek mümkündür. Şu farkla ki devlet egemenliğinin yasal sınırlarını çizen Kazanılmış Hak kavramının içeriğinin doldurulması Kanunların Geri Yürümezliği ilkesinin en çok tartışılan içeriği olmuştur. Kazanılmış Hak kavramının önce Özel Hukuk'ta sonra Kamu Hukuku'nda ve Türkiye'ye özgü olarak Usul Hukuku'nda kazanmış olduğu anlamların ortak özelliği Hukuki Güvenlik ilkesinin zamansal sınırını çizmekte ölçü teşkil etmesidir. Bu geçişi, zaman içinde oluşan farklı anlamlar ve bunların ortak nitelikleri çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Kazanılmış Haklar ile karıştırılan hukuk kavramları da çoktur: Kazanılmış Avantaj, Müesses Durum, Beklenen Hak, Meşru Beklenti ve Promissory Estoppel

---

Teorisi'nde ele alınan boyutuna değinilmemektedir. Belirtelim ki bunun kitabın bir eksiği olduğunu iddia etmiyoruz. Kitap konuyu kendi amacı açısından en kapsamlı biçimde ele almaktadır ancak Kazanılmış Hak kavramını dallar üstü bir yaklaşımla ele alan eser henüz yoktur. Bkz. Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 82.

Sıddık Sami Onar da İdare Hukukunun Umumi Esasları aslı eserinde, İdare Hukuku'ndaki Kazanılmış Hak kavramının kökünün Özel Hukuk olduğunu belirttikten sonra Özel Hukuk'ta o zaman için gündemde olan teorik tartışmalara yer vermekte, klasik görüşle modern görüşü mukayese etmektedir. Kazanılmış Hak kavramı zamanla Kamu Hukuku'nda kendi özgün anlamını bulduğu için sonraki İdare Hukuku eserlerinde Kazanılmış Hak kavramının Özel Hukuk anlamına dair bu tartışmalara hemen hemen hiç yer verilmemiştir. Bkz. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s. 494.

[29] Immanuel Kant, **The Metaphysics of Morals** [Ahlak Metafiziği] [Orijinal adı: Metaphysik Der Sitten], çeviren ve editör: Mary Gregor, Cambridge University Press, 1996, s. 30, 31.

bunların sadece birkaçıdır. İçtihatlarda ve hatta doktrinde Kazanılmış Hak kavramıyla hercümerç olan bu kavramları da Kazanılmış Hak kavramından farklarını ortaya koyarak analiz etmek Kazanılmış Hak kavramının çerçevesini çizmek açısından yararlı olacaktır.

Amacımız, görünüşteki tüm bu tutarsızlıklara rağmen Kazanılmış Hak kavramını en derin köklerinin olduğu Hukuk Felsefesinde temellendirerek kavrama hem kamu hukuku hem özel hukuk hem usul hukuku hem de hukuk ve ahlak felsefesi açısından genel-geçer bir biçimde tanım getirmek, Kazanılmış Hakkı Kazanılmış Hak yapan özsel niteliklerini bulmaktır. Bunu başarmak için, bu terimin farklı disiplinlerdeki anlamları arasında ortak paydaları ve farklılıkları genel itibarla ortaya koyarak söz konusu kavramın, somut olaylara bir mantık parametresi kadar net adapte edilebilecek şekilde göstergebilimsel analizini yapacağız ve bu konuda en çok, hak kavramını 8 ayrı anlama ayıran Hohfeld atomizminden yararlanacağız.

Hukuk literatüründe Kazanılmış Hak kavramına dair iki ayrı karmaşa vardır. Birincisi, kavramın 3 ayrı boyutu olmasıdır: (1) Medeni Hukuk[30], Ticaret Hukuku[31] ve Devletler Özel Hukuku[32] dallarında kullanılan özel hukuk anlamı, (2) özel hukuk anlamının sonradan genişlemesiyle Anayasa Hukuku[33] ve İdare Hukuku[34] dallarında

[30] Mecelle'nin yürürlükten kaldırılıp Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte devreye giren Tatbikat Kanunu, Mecelle yürürlükteyken kesinleşen ve bu nedenle yeni Medeni Hukuku rejimi tarafından da tanınan hakları Kazanılmış Hak (o dönemki tabirle Müktesep Hak) olarak nitelendirmiştir. Bu konu aşağıda işlenecektir.

[31] Anonim şirket hissedarlarının kazanılmış haklarını buna örnek gösterebiliriz. Bu konu aşağıda işlenecektir.

[32] Friedrich Carl von Savigny'nin Kazanılmış Hak Kuramı'na göre bir devletin geçerli hukuku çerçevesinde legal yoldan elde edilen, bireysel işlemle kesinleşmiş özel haklar diğer devletler tarafından da tanınmalıdır. Kanımızda bu teoride çerçevesi çizilen Kazanılmış Hak, kavramın özel hukuktaki anlamının Devletler Özel boyutundan başka bir şey değildir. Bu konu aşağıda işlenecektir.

[33] Günümüz uygulamasında ve hatta hukuk sözlüklerinde Kazanılmış Hak kavramı, anayasal Hukuk Devleti çerçevesinde Hukuki Güvenlik ve Geriye Yürümezlik kurallarının bir görünümü olarak ele alınmakta, kavramın diğer boyutları gözardı edilmektedir.

[34] Kavram Anayasa'daki Hukuk Devleti İlkesi'nden doğmakla birlikte en çok İmar Hukuku, Memur Hukuku ve Öğrencilik Statüsü gibi konularda gündeme gelmekte ve en çok idari mahkemelerin, Danıştay'ın içtihatlarına konu olmaktadır. Kavramın bu boyutunun günümüzde Danıştay'ın yerleşik kararlarıyla iyice netleşmiş olduğu ve Müesses Durum, İdari İstikrar, Hak Yaratıcı İşlem, Meşru

kullanılan, Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın içtihatlarıyla çerçevesi son zamanlarda iyice belirginleşen kamu hukuku anlamı, (3) Yargıtay'ın maddi hukuktaki Kazanılmış Hak kavramını ödünç alarak kendisine mal ettiği ve hukuk yargılamasında kilit öneme sahip bir işlev yüklediği Usuli Kazanılmış Hak[35] terimi dolayısıyla ortaya çıkan usul hukuku anlamı. Nitekim Türk Hukuk Lügati'ne[36] göre Kazanılmış Hak teriminin 3 ayrı anlamı vardır. Bu kavram Kamu Hukuku'nda başka, Medeni Hukukta başka, Devletler Özel Hukuku'nda başka anlama gelmektedir. Medeni Hukuk'taki anlamı şudur: "Evvelce yürürlükte olan hükümlere göre bir şahıs lehine sabit olan hak….. Yargıç bu hakkı yeni bir kanun hükmünü tatbik ile ihlal edemez". Aynı sözlüğe göre Kazanılmış Hak kavramının Devletler Özel Hukuku'ndaki anlamı ise şudur:

> *"Salahiyettar memleketin kanunu ile katî bir hak olarak kurulan ve amme nizamına aykırı olmamak üzere her yerde tesirini gösterebilen hak. Mesela: Belçikalıların Belçika'da karşılıklı rızalariyle istihsal eyledikleri boşanmanın Türkiye'de tanınması, Umumi Harbde Fransa'ya katılan topraklarda daha evvel kurulmuş olan papaz cemiyetlerine -Fransız Hukukuna Rağmen- hükmi şahsiyet tanınması, İslam hukukunun hakim olduğu Mısır, Cezair gibi memleketlerde yapılan boşanmaların Türkiye'de tanınması gibi"*

Görüldüğü üzere Türk Hukuk Lûgatı gibi geniş kapsamlı bir sözlükte bile Kazanılmış Hak kavramı denince ilk akla gelen Anayasa Hukuku ya da İdare Hukuku anlamı yerine ondan farklılık arz eden Medeni Hukuk ve Devletler Özel Hukuku anlamları verilmektedir. Tanımların isabetliliğini tartışmaktan daha önemli olan husus, bu kavramın tanımının çağına, hukuk sistemine ve disiplinine göre

---

Beklenti ve Promissory Estoppel kavramlarından ayrıldığını söyleyebiliriz. Bu konu aşağıda işlenecektir.

[35] Yargılamada çekişme konusu olan bir menfaatin yerel mahkeme tarafından tanındıktan sonra Yargıtay tarafından da, en azından o menfaati ilgilendiren kısmı itibariyle tanınması üzerine söz konusu menfaatin bir daha yargılamada tartışma konusu olmaması. Bu konu aşağıda işlenecektir.

[36] Türk Hukuk Kurumu, **Türk Hukuk Lûgatı**, 3. bası, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991, s. 255

değişken olması nedeniyle sözlüklerde tatmin edici bir tanımının bulunmadığını göstermektir.

İkincisi karmaşa ise, girişte de ifade ettiğimiz üzere, yürürlükteki mevzuat kapsamında ya da mevzuata binaen kazanılmış hak diye nitelendirilmiş olduğu halde teknik açıdan o anlama gelmeyen, farklı menfaatlerin ve avantajların kazanılmış hak zannedilmesidir.[37] Bir menfaatin ya da statünün yukarıda saydığımız Kazanılmış Hak kavramına ait farklı boyutların birine dahil olurken öbürüne dahil olmaması da bu karmaşayı kuşkusuz körüklemektedir. Örneğin bir Toplu İş Sözleşmesi'nde işçiler lehine tanınan bir menfaat özel hukuk, kamu hukuku ya da usul hukuku anlamında bir kazanılmış hak doğurmaz. Bununla birlikte, Kazanılmış Avantaj adı verilen bu menfaat, kavramın kamu hukuku anlamıyla kıyas edilebilecek, yasa hükmü yerine sözleşme hükmü konmuş sayılabilecek kadar benzeşmektedir. Bu açıdan, Kazanılmış Hak kavramının hangi bağlamda ele alındığını tespit etmek, kavramın doğru teşhis edilebilmesi açısından kritik öneme sahiptir.

Mülkiyet hakkı, yaşam hakkı, gibi anayasal hakları ya da kira hakkı, şüfa hakkı gibi medeni hakları hukuk tarafından korunması öngörülen menfaatin niteliğine bakarak ya da hakkın öznesine bakarak ayırt etmek mümkündür. O yüzden bunlara hak türleri adı verilir. Kazanılmış hak ise koruduğu menfaatin ya da öznesinin niteliğine göre ayırt edilebilen bir hak türü değildir. Bir hakkın kazanılmış hak sayılabilmesi için öncelikle hak türlerinden biriyle nitelememiz gerekir. İdarenin hak yaratıcı işlemiyle bireylere tanınan her tür hakkın kazanılmış hak olması mümkündür. Hakkın bu bağlamda tür itibarı ile sınıflandırılması onun kazanılmış hak olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Hakkın türünün tespitinden sonra söz konusu hakkın düzenleme değişikliği halinde yeni değişikliğe tabi olmayacağını, onu

[37] Türk hukukunun eski terminolojisinde kullanılan Hakk-ı Müktesep (ya da Mükteseb) ve Müktese(p/b) Hak terimlerinin bugünkü Kazanılmış Hak terimiyle eşanlamlı olduğuna kuşku yoktur zira aşağıdaki "C Kazanılmış Hak Kavramının Güncel Anlamı" başlığı altında ele aldığımız üzere bu terimler arasında sadeleşme hareketi öncesi terminolojiye ait olmakla sadeleşme hareketinde üretilmiş olmak arasında ciddi bir fark yoktur. Bu nedenle bu çalışmada bu terimler tamamen eşanlamlı kullanılmıştır.

kazanmış olan bireye ait kalacağını söyleyebiliyorsak o zaman kategorik olarak kazanılmış haktan bahsediyoruz demektir. Örneğin bir memurun zamlı maaş alması o memur açısından mülkiyet hakkı doğurur. Bu, söz konusu hakkın tür bakımından tasnifidir. Bu tasnifi yapmak o hakkın kazanılmış hak olarak nitelenip nitelenemeyeceğini söylemek için yeterli değildir. Her iki hal de ihtimal dâhilindedir. Aşağıda ele alınacak analiz yöntemleriyle bu hakkın, maaş zammıyla ilgili düzenlemenin iptal edilmesi halinde dahi saklı kalacağı sonucuna varırsak o zaman söz konusu mülkiyet hakkını kazanılmış hak olarak kategorize etmek mümkündür. Aksi halde söz konusu mülkiyet hakkının bir kazanılmış hak oluşturmadığını tespit etmiş olacağız.

Bir tanımın tam olması için '*efradını câmi, ağyarını mani*' olması gerekir. Yani kapsamında hiçbir eksik olmaması ve fazladan da hiçbir unsur bulunmaması gerekir. Bu nedenle, kazanılmış hak kavramının tanımı eksiksiz ve fazlasız hale getirmek için öncelikle kavramı en geniş haliyle, hiçbir eksik bırakmadan dört boyutuyla birlikte ele alınacaktır. Sonrasında ise bu dört anlamın kesiştikleri ve ayrıldıkları alanları ve ilk tahlilde Kazanılmış Hak zannedilen hatta pozitif düzenlemeyle ya da sözleşmeyle Kazanılmış Hak adı verilen ama teknik açıdan Kazanılmış Hak teşkil etmeyen halleri tanımdan soyutlayarak net bir kapsam tespit edeceğiz.

Bu amaçla öncelikle Kazanılmış Hak kavramı, en bilinen ve en çok çekişme konusu olan Kamu Hukuku boyutuyla ele alınacaktır. Kavramın maddi hukuktaki anlamını ödünç alarak Türk hukukuna yeni bir ölçüt kazandıran Yargıtay ve Danıştay kararlarının ışığında kavramın bir diğer boyutu olan Usuli Kazanılmış Hak kavramına kısaca, ikinci aşamada değineceğiz. Kazanılmış Hak kavramının köklerinin özel hukukta olduğuna dair ikrarda bulunan en büyük İdare Hukuku müelliflerinin gösterdiği izleri takip ederek kavramın özel hukuk boyutu, üçüncü aşamada ele alınacaktır. Kazanılmış Hak kavramının günümüzde pek uygulaması, en azından çekişmesi kalmamış olan özel hukuk anlamının temelleri de Aydınlanma

Çağı'nın ahlak ve hukuk tartışmalarının temel ekseninde Doğuştan Gelen Haklar-Kazanılmış Haklar ayrımındaki Kazanılmış Hakların çıkar kuramı ve irade kuramı tartışmaları etrafındaki diyalektik gelişimini gözeterek dördüncü aşamada, ahlak ve hukuk felsefesi çerçevesinde ele alınacaktır.

B. Kamu Hukuku Kavramı Olarak Kazanılmış Hak

1. Anayasa Hukuku'na Göre Kazanılmış Hak

Kazanılmış Hak kavramı Türkiye'nin şimdiye kadarki hiçbir Anayasa metninde yoktur. Bununla birlikte 1961 Anayasası'na ve 1982 Anayasası'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir Hukuk Devleti'dir. Hukuk Devleti olmanın gereklerinden biri de Hukuki Güvenliği sağlamak yani vatandaşların haklarından ve yükümlülüklerinden emin olduğu bir hukuk ortamı yaratmaktır. 1961 Anayasası'yla kurulmuş olan Anayasa Mahkemesi Hukuk Devleti kavramı ile Kazanılmış Hak kavramı arasındaki bu bağlantıya dayanarak 1963 tarihli kararlarından itibaren Kazanılmış Hak kavramını anayasal Hukuk Devleti ilkesinden doğan Hukuki Güvenlik'in bir gereği olarak içtihatlarında kullanmış ve tanımlamıştır.[38]

Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1989 tarihli, 1989/11 Esas ve 1989/48 Karar sayılı dosyada yaptığı Kazanılmış Hak tanımı, Anayasa Mahkemesi'nin genel kabul gören bir nitelemesidir:[39]

---

[38] Anayasa Mahkemesi'nin 11 Ekim 1963 tarihli 1963/124 Karar ve 1963/243 Esas sayılı dosyadaki kararı şu tespiti içermektedir: "6195 sayılı kanun bu hükümlerle karşılaştırılarak incelendiği zaman bu kanunun kamu yararına olarak geleceği düzenleyici, mücerret şahsi olmayan, genel hukuk kuralları koymadığı, aksine olarak yayımlanmasından önce kazanılmış hakları ortadan kaldıran özel bir müsadere hükmü koyduğu ve Cumhuriyet Halk Partisi'ni bir takım suçlamalarla mal ve mülkünden keyfî olarak yoksun etmek amacını taşıdığı açıkça görülmektedir. Bu tutum hukukun ana prensipleri ve Anayasa hükümleri ile bağdaştırılması mümkün olmayan keyfî bir tasarruftur".

Görüldüğü üzere, burada kanunların, hukuki güvenliği ve kazanılmış mülkiyet hakkını tehlikeye atacak şekilde geçmişe yürütülmesinin önüne geçmekte bir zaman ölçütü olarak Kazanılmış Hak kullanılmıştır.

[39] Kazanılmış Hak kavramına dair aynı tanım 18.05.1990 tarihli 1989/9 Esas 1990/8 Karar sayılı Anayasa Mahkemesi hükmünden itibaren 150 kadar kararda aynen alıntılanarak kullanılmıştır. Doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin Kazanılmış Hak tanımı yapan eserler de genellikle bu kararın

"Temelde aslî bir yetkiye dayanılarak yürürlüğe konulan yasa ile bağlı bir yetkiyle çıkarılan tüzük, yönetmelik, kararname gibi yürütmenin genel düzenleyici işlemlerini içeren kural işlemler, nesnel ve genel hukuksal durumlar yaratırken düzenledikleri konularda statü oluştururlar. Kişilerin bu statülere alınmaları özel ve kişisel bir işlemle (şart işlemle) olanaklıdır. Nesnel ve genel hukuksal durumun bu şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak yönünden yeterli değildir. Nitekim bir kişinin memur ya da emeklilik statüsüne sokulması, bu statüde hiçbir halde değişiklik yapılmayacağı anlamına gelmez. Kural işlemler her zaman değiştirilebilir ya da yargı organları tarafından Anayasa'ya veya yasaya aykırı görülerek iptal edilebilir. Kural işlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılması, ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemi de etkiler. Bu durumda ilerisi için kazanılmış haktan söz edilemez. Ancak kişi, yeni kural tasarrufa göre oluşan statüde yerini alır. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan (maaş gibi), tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş, kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklar için söz konusudur."

Bu kararın özellikle son cümlesi, kamusal anlamda Kazanılmış Hak kavramının unsurlarını içermektedir:

a. Yeni bir kural-tasarrufa dayanmak

Kazanılmış Hak, ya kanun gibi bir yasama tasarrufuna ya da idarenin soyut bir düzenleyici işlemine dayanır.[40] Söz konusu kural-tasarrufun varlığı tek başına yeterli değildir. Bu, şart olan unsurların ilkidir.

---

alıntılandığı bir Anayasa Mahkemesi kararına atıf yapmaktadır. Bu nedenle söz konusu kararın temel bir içtihat oluşturduğu söylenebilir.

[40] Hem yasa kavramını hem de idarenin düzenleyici işlemi kavramını ifade eden bir terim olarak kamu hukuku bağlamında "Kural-Tasarruf" tabirini kullanacağız. Kural-tasarruf'u kısaca, özel hukuk ilişkilerinin tâbi olduğu ikinci derece normlar diye tanımlamak da mümkündür. Özel hukukta ise,

Bu tasarruf işlemin hukuka uygun olması zorunludur. Aksi takdirde Kazanılmış Hak söz konusu olmaz. Eğer hukuka uygun olmayan bir kural-tasarruftan doğan, aşağıdaki özelliklere sahip hak, hukuki güvenlik nedeniyle korunacak olursa buna Müesses Durum adı verilir. Bu kavram da aşağıda incelenecektir.

b. Kesinleşmiş Kişisel Statü Hakkı

Kural-tasarruf'un soyut kapsamı belli bir kişinin özne olduğu bir işlemde kullanmak suretiyle somutlaşmalıdır. Örneğin imar mevzuatının belli bir yerde 4 katlı inşaata izin vermesi yukarıdaki ilk şartın gerçekleşmesi için yeterlidir ama bunun kişisel statü hakkı olarak kesinleşmesi için kullanılmış olması yani dört katlı inşaat yapılarak tapuya usulünce tescilinin yapılması gerekir. Benzer şekilde, bir devlet kadrosuna ya da üniversiteye yerleşmek için açılan ulusal sınavda belli bir puanı aşmak o hakkın kesinleşmiş kişisel statü olması için yeterli değildir. Ne zaman ki kişi öğrenci olarak kaydını yaptırır ya da personel olarak giriş kaydını yapar, o zaman ilgili kural-tasarruftan doğan hakkı kesinleşmiş bir statü hakkına dönüşmüş olur.

İmar mevzuatı yürürlükteyken dördüncü katı çıkma imkanından yararlanmayan bir kişi, söz konusu imar mevzuatı aleyhine değiştiğinde artık Kazanılmış Hak sahibi değildir çünkü kural-işlemden doğan bireysel hakkını kullanarak kesinleştirmemiştir. Benzer şekilde, üniversiteye girmek ya da memuriyete girmek gibi işlemin aradığı şartı karşılayan kişi bu imkanına rağmen başvuru yapıp bu imkanını kişisel bir statü hakkı haline getirmediği sürece yeni bir

ihale sözleşmeleri dışında hiçbir özel hukuk ilişkisi idarenin düzenleyici işlemine tâbi olmadığı için yasa/kanun kavramını kullanmakla yetineceğiz. Ayrıca belirtmek gerekir ki Uluslararası tahkimin yetkisine açılmış olan kamu ihale sözleşmeleri de devletin hükümranlığına her yönüyle tâbi olmayıp birçok yönüyle evrensel kurallara bağlanmıştır. Bu nedenle özel hukuk ilişkilerine etki eden ikinci derece norm olarak sadece yasa/kanun kavramını kullanmak bir ikilem doğurmayacaktır.

kural-tasarrufla gerçekleşecek her tür değişikliğe maruz kalacak, Kazanılmış Hak sahibi olduğunu iddia edemeyecektir.

Eğer bir alegoriyle anlatmak gerekirse; devlet bireyin önündeki tabağa koyduğu yemeği birey yemezse geri alabilir fakat bireyin ağzındaki lokmayı çekip geri almaz. Kural-tasarruftan doğan soyut hakkın somut/bireysel kullanımla kesin hak niteliği kazanmasının esprisi budur.

Eğer kural-tasarrufun öngördüğü hakkı edineceğine güvenerek iyi niyetli bir (para, zaman emek ve sair türden) yatırım yapan kişi varsa, onun Kazanılmış Hakkı değil ancak Meşru Beklentisi söz konusu olabilir. Bu kavram da Anayasa'da açıkça hüküm altına alınmış değildir fakat Anayasa Mahkemesi'nin kararlarıyla bu kavramın da çerçevesi belirginleşmektedir.

c. Kamu Düzenine Uygunluk

Kazanılmış Hak oluşması için gereken olumlu koşulları sayan Anayasa Mahkemesi birçok kararında da olumlu şartlar oluştuğu halde Kazanılmış Hakkın Kamu Düzenine aykırılık, kamu hizmetinin yerine getirilmesini imkansızlaştırması gibi nedenlerle oluşmamış sayılabileceğini belirtmektedir. Bu konuda en güncel karar Anayasa Mahkemesi'nin kapatılan üniversiteye hazırlık dersaneleri hakkında verdiği karardı.

Dersanelerin kapatılması hakkındaki kanun yürürlüğe girmeden önce özel eğitim kurumlarının üniversiteye hazırlık kursu açabileceğine dair kural-tasarruflar mevcuttu. Bunlara dayanarak işletme ruhsatı alıp faaliyet gösteren pek çok üniversiteye hazırlık dersanesi de mevcuttu. Yeni kanunla, özel kurumların üniversiteye hazırlık hizmeti vermesi aşamalı olarak sonlandırıldı. Bu kanunun uygulamasına itiraz eden bazı özel eğitim kurumları ise önceki kural-işlem gereğince hukuka uygun olarak alınmış olan üniversiteye hazırlık amaçlı özel eğitim

kurumlarının birel işlemle kesinleşmiş statü hakkı oluşturduğunu, bu haklarını yıllarca somut olarak kullanmak suretiyle Kazanılmış Hak elde ettiklerini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise dersanelerin kapatılmasına dair yeni düzenlemenin arkasındaki kamu düzeni gerekçesini de göz önüne alarak söz konusu vakada bir kural-tasarruf ve kesinleşmiş hak söz konusu olduğu halde Kazanılmış Hak oluşmayacağını karara bağlamıştır:

"Söz konusu olumsuz sonuçlar madde gerekçesinde özetle, dershanelerin toplum tarafından adeta öğrenci seçme sınavları yönünden okullarda yürütülen eğitim ve öğretim faaliyetine alternatif olarak görülmeye başlandığı, bu durumun zamanla 3 Mart 1924 tarihinde Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile son verilen eğitimde ikiliğin bir benzerini ortaya çıkardığı, dershaneye giden veya gitmeyen öğrenciler arasında fırsat eşitsizliğinin ortaya çıkması ve eğitim öğretim politikalarını olumsuz etkilemesi nedeniyle dershanelerin eğitim sistemimizde yarattığı bu ikiliğe son verilmesi gerektiği, öğrencilerin sınavlardaki başarısının dershanenin başarısı olduğuna inandırılarak toplumun okul ve öğretmenden soğutulduğu, okula ayrılan zamandan kalan vakitlerini dershanelerde geçiren öğrencilerin sosyal beceri gelişimini sağlayacak etkinliklerden uzak kaldığı ve hem akademik yönden gelişim sağlamalarının hem de sosyal becerilerini geliştirmelerinin aynı anda mümkün olmadığı, kendini ifade etmede zorlanan, sorun çözme becerisi yeterince gelişmemiş, sosyal etkinlik deneyimi olmayan, toplumdan kopuk, ortaöğretimin temel amaçları ile yoğrulmamış bir ortaokul ve lise öğrencisi görüntüsünün ortaya çıktığı şeklinde ifade edilmiştir.

İptali istenen Kanun'un gerekçesinde ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, dershanelerin eğitim sistemindeki konumu ve rolü ile sosyal ve kültürel anlamda öğrencilere olumsuz etkilerinin gözetilerek dava konusu kuralların kamu yararı amacına yönelik olarak getirildiği anlaşılmaktadır"

Kamu Hukukundaki Kazanılmış Hak kavramının Özel Hukuktaki Kazanılmış Hak kavramından en büyük farkı, idarenin tanımış olduğu subjektif hakların Özel Hukuktaki gibi mutlak bir korumaya tâbi olmamasıdır. Danıştay kararlarında idarenin subjektif hakların korunmasına Kazanılmış Hak yerine başka ad vermesi tartışılacaktır.

2. İdare Hukuku'na Göre Kazanılmış Hak

Anayasal anlamda kazanılmış hakkın en çok söz konusu olduğu alan, açık ara farkla idare hukukudur[41] çünkü özel kişilerin devlete karşı sahip olduğu menfaatlerin hukuki bir koruma altında olup olmadığının tespiti, devletin yürütme faaliyetinin denetimini gerektirir. Yürütme faaliyetinin vatandaşlara yansıyan yüzü ise doğal olarak idaredir. Bu nedenle devlet karşısındaki edinilmiş subjektif bir hakkın kazanılmış hak niteliğinde olup olmadığının tespiti en çok idare mahkemelere düşmektedir. Nitekim kamu hukuku bağlamında sahip olunan subjektif hakların Kazanılmış Hak niteliğinde olduğu, ilk olarak İdare Hukuku doktrininde ileri sürülmüştür.[42] Devletin tasarrufları karşısında menfaatleri kısıtlanan kişilerin hak arayışlarını haklı bile bulsa idare hukuku doktrini bu hakların kamu yararı başta olmak üzere çeşitli gerekçelerle sınırlanması mümkün olan, medeni hukuktaki gibi mutlak koruma altında olmayan menfaatler olduğunu ifade etmiştir. Benzer şekilde, kamu hukuku anlamında kazanılmış hak kavramı, henüz Anayasa'da Hukuk Devleti ilkesi yokken 1952 yılındaki bir kararında Danıştay tarafından kullanılmıştır.[43]

---

[41] Daha spesifik olmak gerekirse, Kazanılmış Hak tartışmalarının Memur Hukuku ve İmar Hukuku dallarında yoğunlaştığını söylemek mümkündür. Bkz. Oğurlu, **Kazanılmış Haklara Saygı,** s. 27

[42] Bkz. Sıddık Sami Onar, **İdare Hukuku**, İstanbul, 1945, s. 83-84; Eserinde 83. sayfasındaki "kazanılmış vaziyet" kavramını da Kazanılmış Hak ile eşanlamlı saymak mümkündür. Zira hukuka uygun olarak yapılmış işlemlerin, işlem geri alındığı takdirde geriye yürümeden etkilenecek sonuçlarından bahsedilmektedir.

[43] 26 Eylül 1952 tarih, 1952/15 Esas ve 1952/244 Karar sayılı içtihadı birleştirme kararından alıntı: ".....Kanunsuz bir terfi işleminin, bundan faydalanan memur lehine müktesep bir hak doğurmadığı aşikar olmakla beraber bu terfiin de sübjektif bazı tesir ve neticeler hasıl ettiğine şüphe edilemez....." Bu kararın bugün anladığımız anlamda devlet karşısında sahip olunan subjektif hakkın Kazanılmış Hak gerekçesiyle korunmasına örnek teşkil ettiğine dair bkz. Turgut Tan, **İdari İşlemin Geri Alınması**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 57.

Kazanılmış hak kavramının esas kaynağının özel hukuk olduğunu belirten idare hukuku müelliflerinin[44] sübjektif hak nitelemesine biz de katılıyoruz.[45] Özel kişilerin devlet karşısında sahip oldukları menfaatin medeni hukuk anlamında kazanılmış hak olarak nitelendirilmeleri devletin her ne koşulda olursa olsun bunları sınırlama yetkisinden feragat etmesi anlamına gelir. Oysa kamu düzeni gibi gerekçelerle devletler her zaman hükümranlık yetkisine dayanarak özel kişilerin menfaatlerini sınırlayabilmektedir. Nitekim, Kazanılmış Hak kavramının Hukuk Felsefesi boyutunu ele alırken belirteceğimiz üzere bu kavram uzun süre Devletin hükümranlığının sınırlarını çizmek için kullanılmıştır. Lakin esas sorun, kavramın, hükümranlığın sınırlanışından yola çıkıp mı tanımlanacağı yoksa kavramın tanımın bizatihi hükümranlığı sınırlama ölçütü teşkil edip etmeyeceğidir. Kanımızca, idari mahkemelerin Kamu Düzeni, Kamu Yararı, Kamu Hizmetlerinin Görülmesinin Gereği gibi ölçütleri nesnel tanımlara kavuşmadıkça kamu hukuku anlamındaki Kazanılmış Hak kavramı da devletin hükümranlığının sınırını çizen bir kavram olmayacak, devletin çizdiği hükümranlık sınırına göre kapsamı belirlenen bir kavram olacaktır.

Danıştay, Kazanılmış Hak kavramını korumakta iki gerekçe ileri sürmektedir. Birincisi, Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği gibi, anayasal Hukuk Devleti ilkesinden doğan Hukuki Güvenlik'tir.[46] Diğeri ise İdari İstikrar İlkesidir. Danıştay, İdare Hukuku uygulamasında bu ilkeyi, idari işlemin geri alınmaması ilkesiyle ve idari istikrar ilkesiyle birlikte değerlendirmektedir.[47]

---

[44] Bkz. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s. 493.

[45] Bu nitelemenin haklılığı, Özel Hukuk Kavramı Olarak Kazanılmış Hak başlığında gerekçelendirilecektir. Sübjektif Hak kavramının İrade Kuramı-Çıkar Kuramı çatışması çerçevesindeki tartışmalı içeriği ise aşağıdaki Kazanılmış Hak Kavramının Felsefi Temellendirilmesi başlığında ele alınacaktır.

[46] Özge Aksoylu, "Yargıcın Bakış Açısıyla İdare Hukukunda "Kazanılmış Hak" Kavramı", **Yıldızhan Yayla'ya Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 65.

[47] "...Yasalar kural olarak yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuksal durumları düzenlerler, başka bir deyimle "makable şamil olması bir istisnadır. Öte yandan, idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi de, yürürlükte olan hukuk kurallarına uygun olarak yapılmış işlemlerin ve yaratılmış hukuksal durumların, daha sonra yapılacak işlemlerle tartışmalı duruma getirilmesinin, hukuktan beklenen güvenlikle bağdaşmaması ve zaman itibariyle yetki kuralnın çiğnenmesi görüşüne, başka bir anlatımla, kazanılmış hakların korunması fikrine dayanır..." Danıştay 1. Dairesi, 1988/355 Karar, 1988/336 Esas.

Bazı idare hukukçuları İdare Hukuku'nda gerçek anlamıyla Kazanılmış Hak olmadığını, Kazanılmış Hak kavramının Özel Hukuk kavramı olduğunu, Kazanılmış Hak adı altında subjektif hakların korunduğu hallerin idare hukukunun kendi ilkeleri çerçevesinde gerçekleştiğini savunmuşturlar. Örneğin Zabunoğlu idarenin gerek Kazanılmış Hak, gerekse aşağıda anlatacağımız Müesses Durum yani geçersiz bir işlemin kaldırılmasında ya da geri alınmasından , birel menfaatlerin etkilenmemesi yönündeki uygulamaların geneline "İstikrar Kazanmış Hukuksal Durumlara Saygı İlkesi" adını vermektedir.[48] Kemal Gözler de Kazanılmış Hak kavramının uygulamada kullanımını kabul etmekle birlikte bu kavramın idare hukukunda kullanılmasından esas kast edilenin "Hak Yaratıcı İşlem" olduğunu ifade etmektedir.[49] Lütfi Duran, Kazanılmış Hak kavramının kaynağının Özel Hukuk olduğunu hatırlattıktan sonra bu tür durumlarda idarenin "Birel ve Özgül İşlem ve Sonuçların Değişmezliği İlkesi" çerçevesinde hareket ederek söz konusu menfaati[50] koruduğunu ifade etmektedir.[51] Özyörük de Kazanılmış Hak kavramının söz konusu olduğu hallerde "İstikrar" halinin geçerli olduğunu ifade etmiştir.[52] Bunlar dışında, Kazanılmış Hak kavramı yerine "Tamamlanmış Durumlara Dokunulmazlık" tabirinin kullanılması gerektiğini savunan otoriteler de olmuştur.[53]

Kazanılmış Hak kavramının özel hukuk kavramı olduğunun doğrulaması aşağıda Özel Hukuk Kavramı Olarak Kazanılmış Hak başlığı altında ele alınacaktır. Bu sav doğru olmakla birlikte İdare Hukuku'nda Kazanılmış Hak kavramının

---

[48] Yahya Kazım Zabunoğlu, **İdare Hukuku I**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 190.

[49] Bkz. Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, İkinci Bası, Ekin Basın Dağıtım, 2009, Bursa, s. 993; Belirtmek gerekir ki Kemal Gözler Kazanılmış Hakların ancak Hak Yaratıcı İşlem'den doğduğunu, Hak Yaratıcı Olmayan İşlem'den Kazanılmış Hak doğmadığını ifade etmektedir. Bu tespit doğru olmakla birlikte şunu eklemekte yarar vardır ki Kazanılmış Hak her zaman Hak Yaratıcı İşlem'den doğar ama Hak Yaratıcı İşlem'den Kazanılmış Hak doğabilir, Müesses Durum doğabilir, hiçbirisi de doğmayabilir. Dolayısıyla Gözler'in bu ifadesini, Zabunoğlu'nunki gibi, geniş anlamıyla yorumlayarak özdeşlik kurmaktan kaçınmak isabetli olacaktır.

[50] Lütfi Duran'ın verdiği örnekler de hem Kazanılmış Hak kavramını hem Müesses Durum kavramını kapsayıcı örneklerdir. Nitekim söz konusu bölüm anlatımının sistematiği de söz konusu ilkenin her iki sonucu ayrı ayrı doğabileceğini gösterir niteliktedir. Bkz. Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 423.

[51] Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 423.

[52] Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 218.

[53] Oğurlu, **Kazanılmış Haklara Saygı**, s. 31.

kullanılmasının tamamen yanlış olduğunu söylenemez. Bunun birinci sebebi, Kazanılmış Hak kavramı yerine kullanılan kavramların Kazanılmış Hak ile eşanlamlı olmayıp Kazanılmış Hakkın ortaya çıktığı durumu ifade eden ilkeler olmasıdır. İkinci sebebi ise, Kazanılmış Hak kavramını İdare Hukuku'nda ifade etmek için kullanılan ilkelerin Kazanılmış Hak doğurmamasının da ihtimal dahilinde olmasıdır. Bu ilkelerin söz konusu olduğu hallerde Kazanılmış Hak doğabileceği gibi hiçbir hak doğmayabilir ya da Müesses Durum ortaya çıkabilir. Bu nedenle, İdare Hukuku'nda Hukuki Güvenlik ve İdari İstikrar kaygısıyla korunan, hukuka uygun düzenleyici işlemden kaynaklanıp birel işlemle kesinleşen subjektif hakların bir adı olması ihtiyacı açıktır. Üçüncü sebep ise, hukukun koruduğu hakkın kendisini ifade eden tabir yerine o hakkın korunmasını öngören kuralı, ilkeyi anmak, bir terminoloji tartışmasından çok üslup tartışmasını andırmaktadır. Meseleyi terminolojik açıdan ele alan otoritelerin de belirttiği gibi,[54] eğer Kazanılmış Hak kavramına bu adı vermeyip ona bir ilke ismi verirsek bu, konu etrafındaki tartışmaların hiçbirini değiştirmeyecek sadece tartışmanın başlığını değiştiren, hükümsüz bir müdahale olacaktır.

Kazanılmış Hak teriminin, Kamu Hukuku dallarında başka, Özel Hukuk dallarında başka ve Yargılama Hukuku'nda başka anlam ifade eden kendine özgü bir terim oluşu, tezin önemli tartışma alanlarından birisi olarak saptanmıştır.

Kazanılmış Hak terimi artık bir İdare Hukuku terimi olarak içtihatlarda yerleşmiştir. Kazanılmış Hak kavramı idari mahkeme kararlarında somut olay bazında ele alınmakta olduğu için bu kavramın İdare Hukuku'nda nasıl doldurulduğunun özel önemi vardır. Danıştay kararlarına göre Kazanılmış Hak oluşması için şu şartlar aranmalıdır:[55]

[54] Oğurlu, **Kazanılmış Haklara Saygı**, s. 31-32.
[55] Sever, **Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2006, s. 123.

a. Nesnel hukuki durumun birel işlem aracılığıyla öznel hukuki duruma dönüşmesi
b. Birel işlemin hak doğurmaya elverişli olması
c. Hakkın hukuk tarafından korunmaya değer/tamamlanmış hale gelmesi
d. Hakkın hukuka uygun olması

a. Nesnel Hukuki Durumun Birel İşlem Aracılığıyla Öznel Hukuki Duruma Dönüşmesi

İdare hukuku bir statü hukukudur. Özel hukuktaki gibi, fiil ehliyeti sahibi kişilerin iradelerinin ve irade beyanlarının uyuşmasıyla hakkın oluşmayacağı kabul edilmektedir. İdare hukukunda gerçek ve tüzel kişilere yasa ya da düzenleyici işlemler aracılığıyla statü tanınır. Kişilere nesnel statü tanıyan bu tasarruflar kural olarak soyuttur, geneldir, süreklidir, feragate konu olamaz ve kanun ya da düzenleyici işlemlerle değiştirilebilirler.

Kazanılmış Hak doğması için o hakkı öngören bir kural-tasarruf olması ilk şarttır ama kural-tasarruflar bizatihi hak yaratıcı işlem değildirler.[56] Kural-tasarruflar birey lehine hak doğuran idari işlemle[57] doğacak kazanılmış hakkın altyapısını oluştururlar. Kazanılmış Hak doğması için söz konusu kural-işlemin hukuka uygun olması da şarttır. Aksi halde ancak Müesses Durum doğabilir, ki o da bu çalışmada kısaca değineceğimiz ayrı bir inceleme konusudur.

Ne zaman ki statü öngören bu kural-tasarruflardaki nesnel hukuki durum birel işlem aracılığıyla somutlaşır, o zaman söz konusu statünün öznel bir hukuki durum haline geldiği söylenebilir. Daha sade ifade etmek gerekirse, kişisel alanda etki ve sonuç doğurmamış kural-tasarruflar kişiler üzerinde doğrudan hak

[56] Bireysel işleme gerek kalmaksızın kural-işlemle Kazanılmış Hak doğabileceğini savunan ayrıksı görüşlerin özeti için bkz. Tan, **İdari İşlemin Geri Alınması**, s. 66.
[57] Kazanılmış Hak kavramının somutlaştığı idari işleme bireysel işlem, birel işlem ya da idari kişisel işlem denmesi yeterli değildir çünkü Kazanılmış Hak idarenin sadece subjektif işlemlerinden değil bireysel hak temin eden şart işlemlerinden de doğabilir. Bu konuda bkz. Tan, **İdari İşlemin Geri Alınması**, s. 68.

doğurmazlar.[58] Buna, şu örnekler verilebilir: Bir memurluğa girmenin şartları kolaylaştırıldıktan sonra henüz o memurluğa hiç kimse alınmadan şartlar tekrar eski haline gelirse, bundan Kazanılmış Hak doğmaz.

Bu kural, Danıştay'ın Kazanılmış Hak konusunda verdiği kararların yerleşmiş halidir; Danıştay'ın idare hukukunda subjektif hakkı tanımayarak nesnel hukuki durumlar üzerinde gerçekleşen değişikliklerin önceki kural-tasarruf çerçevesindeki gerçekleşmiş öznel hukuki durumları da etkileyeceğine dair eski kararlar da mevcuttur.[59] Bu tür ayrıksı kararların ortak argümanı, İdare Hukuku'nda subjektif hak olmayacağı, İdari İşlemlerde idarenin muhatabının iradesine bağlı olunmamasıdır. Bu meseleler, Hukuk Felsefesi Kavramı Olarak Kazanılmış Hak başlığı altında, objektif hak-subjektif hak teorileriyle birlikte ayrıca ele alınacaktır.[60]

b. Birel İşlemin Hak Doğurmaya Elverişli Olması

Kural-tasarrufların soyutluk, genellik niteliklerinden ötürü subjektif bir hak yaratmaya tek başlarına yeterli olmadığını yukarıda anlattık. Bunlara dayanarak gerçekleştirilen her birel işlem de hak doğurmaya elverişli değildir. Birel işlemin Kazanılmış Hak doğurabilmesi için öncelikle hak doğurmaya elverişli bir yapıda olması gerekir. Bu da iki şekilde gerçekleşebilir:

(1) Hukuki Değerden Yoksun Olmamak

Yok hükmünde işlemler, en baştan itibaren hiç sonuç doğurmaz, hukuk âleminde hiç yokmuş gibi sayılırlar. Bir görüşe göre bir idari işlemin kurucu

[58] Sever, **Danıştay Kararları Işığında**, s. 125.
[59] Sever, **Danıştay Kararları Işığında**, s. 128-129.
[60] Giriş'te de belirttiğimiz üzere, I. bölümdeki amaç hukuk uygulamasında kabul gören Kazanılmış Hak anlayışlarını sergilemektir. Kavramsal tartışmalar ise II. bölümde yer alacaktır. Bu nedenle idare hukuku analizinde Danıştay'ın en son ve oturmuş bakış açısını özetlemek bu bölüm daha işlevsel olacaktır.

unsurlarındaki hukuka aykırılık çok ağır, açık ve barizse o işlem yok hükmündedir; diğer görüşe ise yok hükmündeki işlemler muhatabın rızasının yokluğu, fonksiyon gaspı, yetki gaspı, yetki tecavüzü gibi açık ve önceden sınırlı olarak belirlenmiş sakatlıklara yol açan idari işlemlerdir.[61] Bu tür işlemlerin yarattığı hakların Kazanılmış Hak olarak korunması mümkün değildir.[62]

İlgilisinin hilesi ya da idarenin açık hatası nedeniyle kurulmuş olan işlemler ise tıpkı özel hukukta olduğu gibi, irade sakatlanmasına yol açtığı için iptala tabidir. Bunlar, en baştan itibaren yok hükmünde olmasalar bile her zaman idare tarafından geri alınmaları mümkündür ve bu nitelikteki bir geri alma halinde, hile yapan ya da idarenin açık hatasından yararlanmış olan ilgilinin Kazanılmış Hakkı yok sayılır.[63]

Bu hallerde, Kazanılmış Hak doğmayacak olmasının sebebi o hakkın dayanağı olan işlemin ya hukuki açıdan tamamen yok hükmünde olması ya da hiçbir süreye tâbi olmaksızın iptal edilmesinin mümkün olmasıdır.[64]

Son olarak açık hata varsa, söz konusu idari işlemden Kazanılmış Hak doğmayacağı öğretide ve içtihatlarda kabul edilmektedir.[65]

(2) Gerçek Bir Hak Doğurmak

İlgilinin idareye yönelttiği bir talebin reddedilmesi işleminden (negatif işlem) ve sâfi belirtici/açıklayıcı işlemlerden gerçek anlamda bir hak doğmadığı bu yüzden bu işlemler geçerli olmakla birlikte Kazanılmış Hak sayılabilecek bir hakkı, doğaları

---

[61] Sever, s. 147.
[62] Tan, **İdari İşlemin Geri Alınması**, s. 74.
[63] Tan, **İdari İşlemin Geri Alınması**, s. 75.
[64] Bkz. Sever, **Danıştay Kararları Işığında**, s. 143-154; Tamamen yazarın sınıflandırmasından yararlanılmıştır. Yazar elverişli işlemleri tespit etmek için elverişsiz işlem türlerini sayarak geri kalan işlemleri elverişli işlem olarak nitelerken burada, bu tür elverişsizlik hallerinden birinin kapsamına girmemek elverişliliğin şartı olarak listelenmiş, sistematizasyon sadeleştirilmesine başvurulmuştur. Aynı yaklaşım, diğer elverişlilik şartları için de geçerlidir.
[65] Tan, **İdari İşlemin Geri Alınması**, s. 79.

gereği yaratmadığı kabul edilmektedir.[66] Bir işlemin gerçek bir hak doğurması için ret cevabından ve sâfi bilgilendirici cevaptan öte, ilgilisine ya da bir üçüncü kişiye somut bir hak kazandırmalıdır.[67]

(3) Geçici Ya Da Bozucu Şart Koşulmaması

Bir kayda, şarta bağlı olan ya da geçici süreyle bağlı olarak yürürlüğe giren işlemler, söz konusu şart gerçekleşmedikçe, kendiliklerinden bir Kazanılmış Hak doğurmazlar.[68] Bir işlemden Kazanılmış Hak doğması için ona hiçbir şart ya da süre koşulmamış olmalı ya da söz konusu şart kesin bir şekilde yerine getirilmiş, ortadan kalkmış olmalıdır.[69]

c. Hakkın Hukuk Tarafından Korunmaya Değer/Tamamlanmış Hale Gelmesi

Kural-tasarrufun ne zaman gerçekleştiğini tespit etmek yayım/ilan tarihi sayesinde mümkündür fakat birel işlemin gerçek anlamıyla ne zaman tamamlanmış olduğunu tespit etmek aynı derecede kolay değildir. Zira birel işlemin idare tarafında ve ilgiliye yönelen birden çok aşaması olabilmektedir. Türk hukukunda genel kabul gören yaklaşım, ilgilinin lehine olan birel işlemin idarenin yetkilisi tarafından imzalanmakla, ilgilinin aleyhine olan birel işleminse ilgiliye tebliğ edilmesiyle tamamlandığı yönündedir.[70] İlgilinin lehine işlemin tamamlanmasına öncelik veren, aleyhine işlem söz konusu olduğu zaman ise ilgilinin haberdar olmasını, muhtemel itiraz hakkını kullanmasını gözeten bu ikili yaklaşım Hukuki Güvenlik anlayışına da uygundur.

[66] Tan, **İdari İşlemin Geri Alınması**, s. 80, 81.
[67] Sever, **Danıştay Kararları Işığında**, s. 155-157.
[68] Tan, **İdari İşlemin Geri Alınması**, s. 82-85.
[69] Sever, **Danıştay Kararları Işığında**, s. 157-162.
[70] Sever, **Danıştay Kararları Işığında**, s. 164-175.

d. Hakkın Hukuka Uygun Olması

Kazanılmış Hakkın geçerli olması için sadece o hakkı doğuran birel işlemin hukuka uygun olup olmadığına değil, söz konusu birel işlemin dayandığı kural-tasarrufa da bakılır. Söz konusu kural-tasarrufun normlar hiyerarşisindeki üst normlarında bir hukuka aykırılık ya da ast-üst norm çatışması yoksa o zaman hakkın Hukuka Uygun olduğu kesin olarak söylenebilir. Bununla birlikte birel işlemin ya da onun dayanağı olan kural-tasarruf hukuka uygun olmadığı halde birel işlemden doğan hakkın Kazanılmış Hak kapsamında korunduğu davalar görülmektedir.[71] İdari işlem hukuka aykırı olduğu halde ondan doğan hak İdari İstikrar İlkesi çerçevesinde korunabilir. Fakat bu korumaya konu olan hakkın Kazanılmış Hak değil Müesses Durum şeklinde adlandırılmasının doğru olacağı, aşağıda Kazanılmış Hakka Benzeyen Kamu Hukuku Kurumları başlığında ele alınmaktadır.

3. Ceza Hukuku'na Göre Kazanılmış Hak

Suçların ve cezaların sanık aleyhine geçmişe uygulanmaması Hukuk Devleti ilkesinden doğan hukuki güvenlik evrensel anlayışının doğal bir sonucudur. Ayrıca Anayasa'mızın 15. maddesinin açık hükmüne göre savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü halde bile suç ve cezalar geçmişe yürütülemez. Bu ilke çerçevesinde bir sanığa geçmişte işlediği bir suç için ceza verirken daha ağır hüküm öngören yeni kanunun uygulanmayıp sanığın eski kanundaki statüsünün muhafaza edilmesi anayasal anlamdaki kazanılmış hak kavramına benzemektedir. Bu yüzden, Ceza Hukuku'nda geçerli olan Sanığın Lehine Olan Kanunu Uygulama kuralının, Kazanılmış Hak kavramının Ceza Hukuku'ndaki görünümü olup olmadığı, tartışmaya değerdir.

Öncelikle belirtelim ki Sanığın Lehine Olan Kanunu uygulama politikası her zaman eski kural-tasarrufun, birel işlemle oluşturduğu rejimi korumaz. Bazı hallerde

[71] Sever, **Danıştay Kararları Işığında**, s. 175-196.

yeni kanunun geçmişteki suçlara tatbik edilmesi de bu ilkenin gereği olabilmektedir. Mesela eski kanun yürürlükteyken sanığın işlediği suçun cezası yeni kanunda hafifletilmişse bu sefer yeni kanunun uygulanması da ceza hukukunun gereğidir. Buna da Sanığın Lehine Olan Kanunu uygulama politikası denir. Bu nedenle, ceza hukukundaki Sanığın Lehine Olan Kanunun Uygulanması ilkesinin, kamu hukuku anlamındaki Kazanılmış Hakka dokunulmaması ilkesini her ihtimalde kapsayan bir kavram olduğu ya da onun özel bir hali olduğu söylenemez.

Daha da önemlisi, Özel Hukuk'taki menfaatleri dengeleme, uzlaştırma önceliği Ceza Hukuku'nda yoktur. Ceza Hukuku bir bütün olarak kamu düzenini sağlamaya yönelik olarak objektif gerçeği bulmayı hedefleyen bir daldır. Önceliğini Kamu Düzeninin sağlanmasına veren bu hukuk dalında Sanığın menfaatlerine genel bir koruma getirme fikri, suçu teşvik edecek, cezanın sosyal ve bireysel faydasını azaltacaktır. Ceza Hukuku'nun kamu düzenine öncelik veren yapısı Kazanılmış Hakların korunmasına müsaade etmez.[72]

Sanığın aleyhine konan suç ve cezanın geriye yürütülemezliği Kazanılmış Hak niteliğinde sayılmamaktadır ama Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptal edilen bir suç söz konusu olduğunda karşımıza başka bir tartışma çıkar. Böyle bir durumda suç ve ceza mevzuatındaki değişikliğini kanun koyucu yapmamıştır. Yasanın, Anayasa'ya aykırı olan hükmü, hukuka aykırı olduğu için iptal edilmiştir. Bu iptal kararının sonucunda sanığa, iptal edilen kanun hükmünün uygulanmaması, Kazanılmış Hak kapsamında değerlendirilebilir mi? Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararını, kanunkoyucunun bir ceza hükmünü kaldırması gibi değerlendirmek mümkündür ve buradan doğacak lehe kanun uygulamasıyla bizim konumuz olan Kazanılmış Haklara Saygı ilkesinin arkasında aynı ilkeler; Hukuki Güvenlik İlkesi vardır. Yine de bu yaklaşımı Kazanılmış Hak kapsamına sokmak mümkün değildir

[72] Kemal Doğu Tolon, "İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak", **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III,** Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1986, s. 196.

çünkü "suç", hukuksal bir işlem değildir ve dolayısıyla suçun tâbi olduğu statüyü de Kamu Hukuku anlamında Kazanılmış Hak saymak mümkün değildir.[73]

Ceza Hukuku'nun usulünde ise, hak düşüm sürelerinin sonraki kural-tasarrufla kısalması halinde Kazanılmış Hakların tanınması kabul edilmektedir.[74] Örneğin Bir dilekçenin verilmesi 15 günlük hak düşürücü süreye bağlıyken bu sürenin 7 günü geçtikten sonra söz konusu hak düşürücü sürenin 7 güne düşürülmesi halinde dilekçe sahibinin kazanılmış hakkı olduğu, 15 günlük hak düşürücü süreye tâbi olmaya devam edeceği kabul edilir.[75]

Bir ceza davasının genel af ve davadan vazgeçme gibi düşme sebeplerinden birine dayanarak ve Yargıtay'dan geçmeksizin kesinleşmesi halinde söz konusu hükmün, sanık lehinde bir kazanılmış hak olduğu yönünde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı mevcuttur.[76] Kanımızca bu durum, norm koyucu tasarruflarla tanınmış hakların kazanılmasına bir örnek oluşturmaz çünkü yasama ya da yürütme organının bir eyleminden ya da işleminden doğmamaktadır. Yargılama hukukundaki usuli kazanılmış hakka da bir örnek oluşturmaz çünkü yerel mahkeme ile temyiz ve/ya istinaf mercileri arasındaki teatiyle de oluşmamaktadır. Mahkemelerin kesinleşmiş kararı, bir yeniden yargılama gerekçesi ortaya çıkmadıkça zaten hukuk gereği geri dönülmez nitelikte olan yargı hükümleridir.

Ceza Yargılama Hukuku'unda varlığı yargıçlar ile öğreti arasında tartışmalı olan Usuli Kazanılmış Hak ise aşağıdaki Usuli Kazanılmış Hak başlığının altında ceza hukuku özelinde ele alınmaktadır.

---

[73] Gülşah Bostancı, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s. 120.

[74] Bostancı, **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi**, s. 116.

[75] Bostancı, **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi**, s. 117.

[76] Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu 3 Haziran 1936 tarihli 1935/129 Esas ve 1936/11 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı şöyle demektedir: "Zamanaşımı, genel af ve davadan vazgeçme gibi düşme sebeplerinden birine dayanılarak verilen ve Yargıtay'dan geçmeksizin kesinleşen mahkeme kararları davanın esasını çözümleyen ve suçlular hakkında kazanılmış hak sağlayan kararlardandır".

4. Kazanılmış Hakka Benzeyen Kamu Hukuku Kavramları

a. Müesses Durum (Kazanılmış Hukuki Durum)

İdare hukukunda bir düzenleyici işlemin geçmişte doğmuş ve bireyselleşmek suretiyle edinilmiş hakları ihlal etmemesi 1950'lerden beri Danıştay tarafından savunulmaktadır. Başlangıçta bu durumları Kazanılmış Hak kapsamına bile sokmakla birlikte en başından itibaren işlemin hukuka aykırılığının Kazanılmış Hak genel uygulamasından farkını vurgulamıştır.[77] Bu duruma, 1960'lardan itibaren müesses durum adı verilmiştir. Zira idare hukuku teorisine göre idare hukukunda sübjektif hak mümkün değildir; idare hukukunda sadece objektif haklar söz konusudur. Bireylerin edinmiş oldukları hakların korunmasının nedeni onların kendi tabiatından kaynaklanmamakta, idarenin hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde tanınarak muhafaza edilmeleridir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın kararları zaman içinde değişmiş ve kazanılmış hak kavramı genel düzenlemelerden doğan ve bireylerin kullanmak suretiyle, geçerli olarak edinmiş oldukları hakları ifade etmek için kullanılmıştır. Kazanılmış Hak kavramının tanımı özellikle Danıştay kararlarında son 10 yıl içinde büyük oranda istikrar kazanmıştır.

Müesses durum tabiri ise anlam kaymasına uğramıştır. Müesses durum, hatalı bir idari işlemden sonra bireylerin kazanmış oldukları hakların muhafaza edilmesi politikasının gerekçesi olarak kullanılmıştır. Örneğin maaşlara zam olarak yansıyan hatalı bir işlemin sonradan iptal edilmesi halinde o maaşı almış olanlardan bunun iadesinin talep edilmemesinin idare hukukundaki gerekçesi bunun bir kazanılmış hak olması değil, hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde müesses durumun korunmasıdır.

[77] Danıştay Daireleri Genel Kurulu 26 Eylül 1952 tarihli, 1952/15 Esas ve 1952/44 Karar sayılı hükmünde sakat bir işlemin, o işlemden yararlanan lehine kazanılmış bir hak doğurmasa da subjektif birçok tesir ve neticeler meydana getireceği kabul edilmektedir. Bkz. Tan, **İdari İşlemin Geri Alınması**, s. 72.

b. Taahhütten Dönme Yasağı (*Promissory Estoppel*)

Taahhütten Dönme Yasağı, İngilizce adıyla *Promissory Estoppel* Türk hukuk sisteminde bulunmayan, İngiliz hukuk sistemine ait bir özel hukuk kavramıdır. Bir kişinin karşısındakinin taahhüdüne güvenerek hareket etmesi halinde taahhütte bulunan kişinin taahhüdünde dönmekte serbest olamamasını ifade etmektedir.[78] Bu kavram İngiliz-Amerikan hukuk sistemine ait olmakla birlikte kavramın genel ilkelerinin Kıta Avrupa'sı hukukuna dayandığını kabul eden müellifler vardır.[79] Bu itibarla bu kavramı hem evrensel hem Türk hukuku çerçevesindeki mukayesede değerlendirmeye almak isabetli olacaktır.

Tıpkı kazanılmış hak ve meşru beklenti gibi bu özel hukuk kavramı özel kişiler arası ilişkilerde söz konusu edilen bir kavramken kamu hukukunun ve hukuk devleti anlayışının gelişmesiyle birlikte bu hakka bireylerin devlet karşısında sahip olup olamayacağı da tartışma konusu haline gelmiştir.

Taahhütten Dönme Yasağının üç temel unsuru vardır:

(a) Bir sözleşme çerçevesinde bir taahhütte bulunmak

(b) taahhütte bulunulan tarafın bu taahhüde güvenerek hareket etmesi, risk alması

(c) taahhüt boşa çıkacak olursa taahhüde güvenmiş olan tarafın sırf bu güvenden ötürü haksız bir zarara uğrayacak olması[80]

---

[78] Halil Altındağ, **Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Doğan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması,** yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2010, s. 21.

[79] Talya Uçaryılmaz, "Equitable Estoppel And Cisg", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 3, S. 2, Ankara, 2013, s. 162.

[80] Huriye Reyhan Demircioğlu, **Culpa In Contrahendo Sorumluluğu,** doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara, 2007, s. 51; belirtmek gerekir ki bu kavram sadece iki taraflı edim içeren sözleşmeleri değil bağış gibi tek taraflı edim öngörülen sözleşmeleri de kapsamaktadır.

Bu şartların üçünün de karşılandığı hallerde tek taraflı bile olsa, taahhütten dönme hakkı ortadan kalkmaktadır.

İngiliz-Amerikan hukuk sistemindeki *Promissory Estoppel* kavramının Kıta Avrupa'sı hukuk sistemindeki Meşru Beklenti'yle aynı olduğunu savlayan görüşler mevcuttur.[81] Lakin, özellikle Meşru Beklenti ve Kazanılmış Hak kavramlarının Türk hukukundaki uygulamasına bakıldığında, bu kavramların birbirlerini tam karşılamadıkları, farklı işlevleri olduğu görülecektir. En belirgin ayırt edici özellik şudur: Taahhütte bulunulan taraf taahhüdün yerine getirilmemesi halinde hiçbir zarara uğramayacaksa, taahhüdün yerine getirilmemesi sonucunda sadece belli bir muameleden yoksun kalacaksa bile Meşru Beklenti kurumuna başvurabilir, tazminat talep edebilir;[82] böyle bir durumda Taahhütten Dönme Yasağı'na ise başvurulamaz çünkü pozitif hukukla da tespit edilmiştir[83] ki burada söz konusu olan maddi anlamda bir zarardır, kanun önünde belli bir muamele görme imkanından yoksun kalmak bu kapsamda değildir. Meşru Beklenti'nin özel hukukta kalmayıp bireylerin devlet karşısında da başvurduğu bir kavram olduğunu, belli bir muameleden mahrum kalma halinde Meşru Beklenti'ye başvurulabileceğini ve dolayısıyla Taahhütten Dönme Yasağı'nın özel hukukta kalması gereken bir kavram olduğu yönündeki görüş[84], bu üç şart ışığında yapılan analizde tutarlı ve haklı görünmektedir.

[81] John Cartwright, "Protecting Legitimate Expectation and Estoppel in English Law", **Electronic Journal of Comparative Law**, Cilt 10, Sayı 3, Temmuz 2006, s. 6.
[82] Altındağ, **Beklenti Kavramı ve Korunması**, s. 24.
[83] Amerika Birleşik Devletleri'nde yargıçlara temel yorum yaklaşımı konusunda yol göstermek üzere Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından yayınlanan Restatement (Second) of Contract [Sözleşmenin Yeniden Belirlenmesi (Đkinci] madde 90'da Taahhütten Dönme Yasağı'nın unsurları tahdidi bir şekilde sayılmıştır ve taahhütten dönüldüğü takdirde bu sebepten haksız zarara uğrayacak olmak kesin şartlarındandır.
[84] Altındağ, **Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması**, s. 24.

C. Usulî Kazanılmış Hak

Kazanılmış hak teriminin yukarıdaki özel hukuk kullanımlarıyla da kamu hukuku anlamdaki kazanılmış hak kavramıyla da ilişkisi vardır. Birincisi, yürürlüğe giren usul hükümlerinin kazanılmış hakları mümkün mertebe gözetmesi gereğidir.[85]

Usûlî kazanılmış hak kavramı ise yargılama hukukuna özgüdür. Yukarıda anlattığımız Ceza Usul Hukuku'nda kabul edilen Kazanılmış Hak da teknik anlamda Usul Hukuku'na dahil sayılır. Aşağıda Özel Hukuk Kavramı Olarak Kazanılmış Hak başlığında anlatacağımız geçiş kanunlarının uygulanmasına dair teoriler de Usul Hukuku'na ilişkin sayılır. Oysa Usuli Kazanılmış Hak'tan kast edilen bunların ikisi de değildir. Usuli Kazanılmış Hak kavramı, Ceza Yargılaması Usulü'nde, İdari Yargılama Usulü'nde ve Hukuk Yargılaması Usulü'nde kullanılan bir kavramdır.

1. İdari Yargılama Usulü'nde Usuli Kazanılmış Hak

Danıştay'ın maddi hukuktan Kazanılmış Hak terimini ödünç alarak oluşturduğu "Usulî Kazanılmış Hak" terimi, temyiz sürecinde yerel mahkeme ile Danıştay arasındaki teatilerde geri dönülmemek üzere kesinleşen hususların tekrar yargısal incelemeye açık olmamasını ifade etmektedir.[86]

2. Hukuk Yargılaması Usulü'nde Usuli Kazanılmış Hak

Hukuk Yargılaması Kanunu'nda da başka bir mevzuatta da "usuli kazanılmış hak" diye bir kavram tanımlanmamışken hatta adı bile geçmezken bu kavramı maddi

[85] Ayşe Banu Şavata Tanverdi, **Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Hak ve Özellikle Usuli Kazanılmış Haklar**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yüksek lisans tezi, 1993, İstanbul, s. 15.
[86] Tanverdi, **Usuli Kazanılmış Haklar**, s. 15-16.

hukuktaki kazanılmış hak kavramından ilhamla usul hukukuna kazandıran, Yargıtay'dır.[87] Her ne kadar ikisi de 'kazanılmış hak' adıyla anılıyor olsa da medeni hukuktaki kazanılmış hak ile usul hukukundaki kazanılmış hak birbirlerine genel esaslar itibarı ile benzeyen iki ayrı kavramdır.

3. Ceza Yargılaması Usulü'nde Usuli Kazanılmış Hak

Usuli kazanılmış hakkın ceza yargılamasındaki yeri ayrı bir tartışma konusudur. Günümüz ceza yargılamasında Yargıtay'ın onadığı kararın yerel mahkeme tarafından ağırlaştırılarak iade edilememesi (Kısaca "Ağırlaştırmama Yasağı") bir ilke olarak varlığını sürdürmektedir. Mülga 1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Yargılaması Yasası'nın 326. maddesinin 4. fıkrasında[88] da temyiz edilen kararın sanık aleyhine ağırlaştırılamaması, yasa gerekçesinde Kazanılmış Hak kavramıyla açıklanmıştır. Nitekim Yargıtay içtihatlarında bu nitelemeye halen başvurulmaktadır.[89]

Fakat bunun 'Kazanılmış Hak' olarak nitelenmesine karşı çıkan müellifler vardır; zira 'özü nedeniyle hukuka aykırı bir davranış olan suçun hak doğrucu bir araç olarak benimsenmesi, ne hukukla ne de ahlakla bağdaşmaktadır'.[90]

Ejder Yılmaz'ın Hukuk Sözlüğü'ne[91] göre Kazanılmış Hak terimi "önceden yürürlükte bulunan hükümlere göre bir kişi yararına var olan bir hakkın, sonradan çıkartılan hükümlerle çiğnenememesi; bir kimsenin edinmiş olduğu hakkın onun iradesi dışında elinden alınamaması" anlamında tanımlanmıştır. Aslında burada

---

[87] Metin Tuluay, "Usule İlişkin Kazanılmış Hak", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, s. 61.

[88] "Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 291'inci maddede gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm, evvelki hükümle tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz".

[89] Sami Selçuk, Ali Rıza Çınar, **Yaptırımı (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştıramama Kuralı**, Ankara, 2014, s. 30.

[90] Selçuk-Çınar, **Yaptırımı Ağırlaştıramama Kuralı**, s. 30-31.

[91] Ejder Yılmaz, "Kazanılmış Hak", **Hukuk Sözlüğü**, 7. bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, s. 661.

bizatihi "Kazanılmış Hak" tanımlanmamış, "Kazanılmış Hakka Saygı İlkesi" tanımlanmıştır ancak yapılan bu tanım, söz konusu koruma altında olan kazanılmış hakkın niteliğinin anlaşılması için yeterlidir. Bu tanım anayasa ve idare hukuku uzmanı otoritelere göre, muhtemelen, hak yaratıcı düzenlemeler yerine "hüküm" kavramını kullandığı için fazla geniş bulunacaktır. Medeni hukuk disiplinine göre ise hükümden kast edilen, hak yaratıcı idari düzenlemeler değil sözleşmedir[92] . Şükrü Bodur'un Hukuk Sözlüğü'ne[93] göre ise kazanılmış hak[94] "Önceden edinilmiş hak" anlamına gelmektedir. Böyle bir tanımı her hukuk disiplini eksik bulacaktır çünkü hukukun hangi dalı açısından bakılırsa bakılsın Kazanılmış Hak kavramının özsel niteliklerinden biri önceden kazanılmış olmak ise öbürü ortadan kaldırılamamaktır. Önceden kazanılmış olmanın yolları ile ortadan kaldırılmazlığın istisnaları ise kavramın en çok tartışılan yönleri olmakla birlikte eksiksiz bir tanımda mutlaka yer verilmesi gereken hususlardır.

Kazanılmış Hak teriminin farklı hukuk sistemlerindeki anlamlarını mukayese edildiğinde de benzer bir manzarayla karşılaşılmaktadır. Kazanılmış Hak teriminin İngilizce karşılığı olan *Vested Right*[95] maddesi, Black's Law Dictionary'de[96] şöyle tanımlanmıştır: "*A right that so completely and definitely belongs to a person that it cannot be impaired or taken away without the person's consent*" ("*Kişiye, onun rızası olmadan sınırlanamayacak ve elinden alınmayacak kadar eksiksizce ve kesin surette ait olan hak*").[97] Burada da Kazanılmış Hak teriminin her disiplindeki anlamını genel olarak karşılayan ama hangi çerçevede edinilen hakları kapsadığından ve kişinin elinden alınamazlığının istisnalarından bahsetmeyen genel bir tanım yapılmaktadır. Merriam Webster's hukuk sözlüğündeki[98] tanım ise

[92] İş Hukuku'nda kazanılmış hak kavramı kazanılmış avantaj yerine kullanıldığı için bu bakış açısı mümkün olmaktadır. Meselenin ayrıntıları aşağıda Kazanılmış Avantaj başlığı altında ele alınacaktır.
[93] Şükrü Bodur, "Müktesep Hak", **Hukuk Sözlüğü**, Santral Yayınevi, 1963, s. 71.
[94] Sözlükteki tabirle "müktesep hak"; bu iki tabirin eşanlamlı olduğu hususuna ileride değineceğiz.
[95] Türk Hukuk Lûgatı bu karşılığı önermektedir. Bkz. Türk Hukuk Kurumu, **Türk Hukuk Lûgatı**, 3. bası, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991, s. 255.
[96] Henry Campbell Black, "Vested Right", **Black's Law Dictionary**, 7. bası, Garrner, Mayıs 2000, Dallas, Texas, ABD, s. 1061.
[97] Çeviri yazara aittir.
[98] Merriam-Webster, Inc., "Vested Right", **Merriam-Webster Dictionary of Law**, 1996, s. 525.

şöyledir: "*A right belonging completely and unconditionally to a person as a property interest which cannot be impaired or taken away (as through retroactive legislation) without the consent of the owner*" ("*Kişiye, onun rızası olmadan (mesela geçmişe etkili yasal düzenlemeyle) sınırlanamayacak ve elinden alınamayacak kadar eksiksizce ve koşulsuzca ait olan olan hak*")[99]. Burada da hakları değiştirici faktör olarak yasal düzenlemelere değinilmekle Kazanılmış Hak kavramının kamu hukukundaki anlamı üzerinde durulmuştur. Son olarak Oxford Hukuk Sözlüğü'nde[100] şu tanım görülmektedir: "*Rights that have accrued to a person, as opposed to rights that he may or may not acquire. There is a presumption that Acts of Parliement are not intended to interfere with vested rights, particularly without payment of compensation*" ("*Bir kimsenin edinmesi ihtimali olan haklardan ya da edinmemesi ihtimali olan haklardan farklı olarak o kimsenin tahakkuk etmiş olan hakları. Parlamento'nun yasama tasarruflarının kazanılmış haklara müdahale etmemesi karinesi mevcuttur; en azından müdahale halinde tazminat ödenmelidir*")[101]. İlk cümledeki tanım kazanılmış hak kavramının özel hukuktaki, hatta Roma Hukuku'ndaki ilk anlamını verirken ikinci cümleyle buna kamu hukuku niteliği kazandırılmaktadır. İkinci cümlenin sonundaki tazminat hakkına dair kayıt ise aslında Kazanılmış Hak kavramından çok Meşru Beklenti kavramına aittir[102] ancak bu ikisinin iç içe olduğu dönemler ve hukuk sistemleri mevcuttur. Nitekim bu örnekleri vermemizin nedeni de öncelikle bu çelişkileri iyice ortaya koyabilmektir.

Kazanılmış Hak terimi için sadece sözlüklerde ve doktrinde değil içtihatlarda da farklı tanımlar getirilmiştir. Bu yüzden bu kavramı ele alırken hukuk devleti ilkesinin sonuçlarından biri olan bu kavramı ilgili hukuk sistemindeki işlevi itibarıyla bir kategori olarak ele almak gerekir.

---

[99] Çeviri yazara aittir.
[100] Oxford University Press, "Vested Rights", **Oxford Dictionary of Law**, 5. bası, 2002, s. 525.
[101] Çeviri yazara aittir.
[102] Meşru Beklenti kavramı ile Kazanılmış Hak kavramı arasındaki farklılıklar ve benzerlikler ve sehven birbirlerinin yerine kullanıldığı örnekler aşağıda, Kazanılmış Hak Kavramının benzer kavramlardan farklarını gösterirken ele alınacaktır.

Türk hukukunda kazanılmış hak kavramıyla en başta kast edilen, gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse idari ve adli mahkeme kararlarıyla çerçevesi çizilmeye çalışılan ve bizim de üzerinde en çok duracağımız anlam bu terimin sahip olduğu en modern anlamdır. Kazanılmış Hak teriminin Türk hukukundaki güncel anlamı muhtelif otoriteler tarafından çok farklı şekillerde tanımlanmıştır. Terimin Türk hukukunda Kamu Hukuk terimi olarak kullanılmadan önce Özel Hukuk terimi olarak ele alınıp, tanımlanmıştır[103]. Bu terimin kullanıldığı ilk Türkçe çalışma olan Kefalet Akti ve Müktesep Hak başlıklı makalede kavram şöyle tanımlanmaktadır:

"*Müktesep Hak ne demektir?*

Yeni bir kanunun eski hadiselere suret-i tatbikini tetkik eden bazı müellifler bu hususta umumi bir kaide va'z edebilmek için hakları ikiye ayırmak mecburiyetinde kalırlar: müktesep hak (droit acquit), muhtemel hak (droit expectatif). Bir hak eğer müktesep bir mahiyet almış ise yeni kanun buna hiç bir suretle tatbik edilemez. Eğer muhtemel bir derecede kalmış, ümit ve intizar vaziyetinden çıkmamış ise o vakit yeni kanun ahkâmına tabidirler. Hukuk-ı medeniye müderrisi Henry Capitant bu klasik tasnifin ilk defa olarak 1809 tarihinde mösyö Blondo tarafından iyice izah edilebildiğini zikrediyor"[104]

[103] Türk hukuk literatüründe Kazanılmış Hak ile ilgili bulunan en eski yazı 1927 yılına aittir ve bir Ticaret Hukuku yazısıdır. Bkz. Hamdi Salim, "Kefalet Akti ve Müktesep Hak", **Hukuki Bilgiler Mecmuası**, S. 10, İstanbul, 1927, s. 619-628; Nitekim aynı durum doktrinde de ifade edilmiştir: "Kazanılmış hak (ya da haklar) kökende ve genelde özel hukuk alanındaki ilişkilerde kullanılan bir terimdir" (Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, s. 399); Nitekim 12/12/1989 tarihli, 1989/ 11 Esas ve 1989/48 Karar sayılı Anayasa Mahkemesi hükmü de "Gerek öğretide ve gerek uygulamalarda tanımı çeşitli görüşe ve kabule elverişli bir kavram olan (kazanılmış hak), özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında bireyler açısından önemli bir konudur " diyerek Kazanılmış Hak kavramının hem özel hukuku hem kamu hukukunu ilgilendirdiğini ifade etmiştir.

[104] Salim, "Kefalet Akti ve Müktesep Hak", **Hukuki Bilgiler Mecmuası**, s. 622; Latinizasyon tezin yazarına aittir.

Medeni Hukuk'un pozitif düzenlemesi olan Mecelle'nin yerine 1926 yılında İsviçre Medeni Kanunu'ndan resepsiyon yoluyla Türk mevzuatına getirilen Medeni Kanun yürürlüğe girdiğinde kişilerin Mecelle yürürlükteyken kazanmış olduğu haklar hukuki güvenlik anlayışı çerçevesinde korundu. Bunlar özellikle çok eşli evliliklerdeki nikâhların geçerliliği ve Mecelle'ye göre taksim edilmiş terekeler üzerindeki tasarruf yetkisi hakkındaydı. Her ne kadar 1924 Anayasası'nda 'Hukuk Devleti' ilkesi sarahaten yer almasa da adli mahkemeler bu hususu hukukun temel ilkelerinden biri olan hukuki güvenlik çerçevesinde kendiliklerinden öngörmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesi 1977 tarihli bir kararında[105] şu tanımı yapmaktadır:

> *".....Gerek öğretide ve gerek uygulamalarda tanımı çeşitli görüşe ve kabule elverişli bir kavram olan (kazanılmış hak), özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında bireyler açısından önemli bir konudur ve genel olarak bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması anlamında kabul edilebilir*"

Anayasa Mahkemesi'nin 1989 tarihli bir kararında[106] ise şu tanım yapılmıştır:

> *"Temelde aslî bir yetkiye dayanılarak yürürlüğe konulan yasa ile bağlı bir yetkiyle çıkarılan tüzük, yönetmelik, kararname gibi yürütmenin genel düzenleyici işlemlerini içeren kural işlemler, nesnel ve genel hukuksal durumlar yaratırken düzenledikleri konularda statü oluştururlar. Kişilerin bu statülere alınmaları özel ve kişisel bir işlemle (şart işlemle) olanaklıdır. Nesnel ve genel hukuksal durumun bu şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak yönünden yeterli değildir. Nitekim bir kişinin memur ya da emeklilik statüsüne sokulması bu statüden hiçbir halde değişiklik yapılmayacağı anlamına gelmez.*

[105] 10/3/1977 tarihli, 1976/51 Esas ve 1977/16 Karar sayılı, bu hüküm 15597 sayılı ve 25 Haziran 1997 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.
[106] 12/12/1989 tarihli, 1989/ 11 Esas ve 1989/48 Karar sayılı Anayasa Mahkemesi hükmü.

Şunu da belirtmek gerekir ki Kazanılmış Hak kavramı sadece devletin yaptığı düzenlemelerin geçmişe olumsuz etkisine karşı korunmaz; bazı kanunların iptal edilmesi de geçmişe etkili olarak sonuç doğurduğu takdirde o kanun çerçevesinde bireysel hak kazanmış ve o hakkı kullanmış kişilerin de Kazanılmış Hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bu yüzden Anayasa Mahkemesi iptal kararı verirken kanunun uygulanmaya başlamasından iptal edilmesine kadar geçen süre zarfında ortaya çıkmış olabilecek Kazanılmış Hak sahiplerini de gözetmekle yükümlüdür.

Kural işlemler her zaman değiştirilebilir ya da yargı organları tarafından Anayasa'ya veya yasaya aykırı görülerek iptal edilebilir. Kural işlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılması, ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemi de etkiler. Bu durumda ilerisi için kazanılmış haktan söz edilemez. Ancak kişi, yeni kural tasarrufa göre oluşan statüde yerini alır. Kazanılmış hak kişinin bulunduğu statüden doğan (maaş gibi), tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş, kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklar için söz konusudur."

Kazanılmış Hak kavramının, kanunların geriye yürümezliğinin özel bir halidir. [107] Kazanılmış hak kavramı birey bazında varlığı tespit edilen hakların genel bir kategorisi iken kanunların geriye yürümezliği insanların mevcut kanunlara uygun davrandıkları takdirde sonradan yapılan değişikliklerle hiçbir hukuki yaptırıma ya da zarara uğramayacaklarına dair verilmiş genel bir güvencedir; hukuki güvenliğin şartlarından biri olan kanunilik ilkesinin doğal bir sonucudur. Öncelikle kazanılmış hak kavramının mülkiyet hakkı, yaşam hakkı, gibi bir hak türü olmadığını bu hakların her birinin konu olabileceği bir hak kategorisi olduğu hususunu açmak gerekir.

[107] O. Korkut Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi**, 1. bası, Beta Yayınları, İstanbul, Nisan 2004, s. 290, 294

D. Özel Hukuk Kavramı Olarak Kazanılmış Hak

Kamu hukukundaki Kazanılmış Hak kavramının çıktığı yer, Özel Hukuk'tur.[108] Nitekim 1970'lerden önce Kazanılmış Hak kavramı, özel hukukta, daha geniş bir şekilde ele alınıyordu[109] ancak Özel Hukuk'ta geçiş kanunlarından doğan ihtilaflarda Türk hukuk doktininin ve yargısının Klasik Teori'yi terk edip Modern Teori'yi benimsemesiyle birlikte Özel Hukuk'taki Kazanılmış Hak tartışmaları sönmüştür.

Medeni hukuk bağlamında kazanılmış hak, eski kanun yürürlükteyken bir özel hukuk öznesinin diğer özel hukuk öznelerine karşı edinmiş olduğu hakkın yeni kanunun yürürlüğünde de muhafaza edilmesidir.[110]

1. Anayasal Kazanılmış Hak Kavramının Özel Hukuktan Ödünç Alınmış Olması

Kazanılmış hak, artık hukuk devleti ilkesine bağlı genel bir kural olarak ulusalüstü mahkemelerce tanınan bir hak kategorisidir.[111] Hangi hakların bu kapsama gireceği iç hukukun kamu düzeni gibi önceliklerine göre değişiklik gösterebilmekle birlikte genel anlamda kazanılmış hakların korunması evrensel bir doğal hukuk ilkesi haline gelmiştir.

---

[108] Oğurlu, **Kazanılmış Haklara Saygı**, s. 71; Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s. 493.
[109] Bkz. Tolon, **İdari Yargı ile İlgili İncelemeler**, s. 170.
[110] Ferit H. Saymen, **Türk Medeni Hukuku, Umumi Prensipler**, Cilt 1, İstanbul 1960, s. 158; Kemal Oğuzman, **Medeni Hukuk Dersleri**, İstanbul, 1990, s. 62; Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar**, 1959, s. 187; Kemaleddin Birsen, **Medeni Hukuk Dersleri**, İstanbul, 1958, s. 80.
[111] Anayasa Mahkemesi 11 Kasım 1963 tarihli, 1963/106 Esas ve 1963/270 Karar sayılı hükmünde "Kazanılmış hakların tanınması ve korunması hukuk devletlerinde benimsenen bir ana hukuk kuralıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında bu kuralı ortadan kaldıracak hiçbir hüküm yoktur; olabilmesi de düşünülemez" derken Kazanılmış Haklara Saygı İlkesinin anayasallığın ötesinde evrensel nitelik kazanmış bir hukuk ilkesi olduğu vurgulanmaktadır.

Nitekim Uluslararası Daimi Adalet Divanı bir kararında şu tespitte bulunmuştur:

> «*The Court, though not failing to recognise the change that had come over Mr Chinn's financial position […] is unable to see in his original position – which was characterised by the possession of customers and the possibility of making a profit – anything in the nature of a genuine vested right.*» yani "*Mahkeme bay Chinn'in mali durumunda meydana gelen değişimin varlığını inkar etmemekle birlikte bay Chinn'in sahip olduğu müşterilerle ve kâr etme imkanı ile karakterize edilen başlangıçtaki durumunda hakiki anlamda bir kazanılmış hak niteliğinde hiçbir şey görememektedir*"[112]

1700'lü yılların sonlarında hak kavramını ele alan hukuki polemiklerde kazanılmış hak teriminin artık bir kişinin doğmuş, başka özel kişilere karşı mutlak nitelik kazanmış bir özel hakkı ifade etmesinin ötesine geçerek bireylerin devlet sayesinde edinmiş olduğu ve hukuki güvenlik/geri yürümezlik nedeniyle devletin o bireyden geri almaması gereken siyasi haklara genişlediği görülmektedir. Lewis Cornewall[113], kazanılmış hak teriminin esas anlamının Roma hukukundan doğan ve üstteki bölümde anlattığımız gibi özel hukuk kapsamında korunan hakların kategorisini ifade ettiğini, bu terimi bireylerin devlet tarafından geri alınmaması gereken haklarını nitelemek için kullanmanın siyasi bir terimin kötüye kullanımını teşkil edeceğini ileri sürmektedir. Austin de 53. Ders'te[114] bu görüşe katılmakta; kazanılmış hak kavramının siyasi (anayasal) anlamda kullanımının tamamen yanlış olduğunu ifade etmektedir. Ancak hak kavramı çerçevesindeki tartışmalarla birlikte kazanılmış hak kavramının da anlamı genişlemiştir.

---

[112] Uluslararası Daimi Adalet Divanı, 12 Aralık 1934 tarihli Oscar Chinn, United Kingdom v Belgium kararı, Series A/B No. 63, s. 88.

[113] George Cornewall Lewis, Roland Knyvet Wilson. **Remarks on the use and abuse of some political terms**. J. Thornton, 1877, s. 168.

[114] John Austin: **Lectures on Jurisprudence: Or, The Philosophy of Positive Law**, Londra, Cilt 2, 4. bası, 1873, s. 886 vd.

Esasında özel kişiler arasındaki ilişkiyi ifade eden bir hak kategorisi olduğu için Kazanılmış Hak teriminin idare hukukunda benimsenmesi zaman almıştır. Bunun temel nedeni İdare Hukuku'nda sübjektif hak olmaması ancak kamusal hakların olmasıdır. Kamu hukukunda sübjektif hakların tanınması 1850'li yıllarda Fransa hukukundan dünyaya yayılmıştır.[115]

Kazanılmış Hak teriminin özel hukuktan Türk kamu hukukuna geçişi de şüpheyle karşılanmıştır. Kamu hukukunda Kazanılmış Hak kavramının varlığı Anayasa Mahkemesi'nin yorumu yoluyla gerçekleşmiştir.[116] 1961 Anayasası'nın değiştirilmez maddelerinden olan 2. Maddesindeki Hukuk Devleti niteliğinden Kazanılmış Haklara Saygı İlkesi çıkarımı yapılmıştır.[117] Anayasa Mahkemesi'nin ve hem adli hem idari mahkemelerin içtihatlarında bu görüş kabul görmüştür.

Buna rağmen İdare Hukuku doktrininde bu kavramın özel hukuka ait bir kavram olduğu ve İdare Hukuku'nda kullanılamayacağı uzun süre çeşitli otoriteler tarafından öne sürülmüştür. Bu otoritelerin ortak yönü Sübjektif Hukuk Kuramı'nın

---

[115] Martin Otto, **Law**, Çev. Andrew Smith, ed. Barbara Dölemeyer, Institute of European History (IEG), Mainz, 2011, (Çevrimiçi) http://www.ieg-ego.eu/ottom-2010-en (3 Ağustos 2016), s. 17.

[116] Anayasa Mahkemesi'nin kazanılmış hak kavramını tartıştığı ilk kararı 11558 sayılı ve 18 Kasım 1963 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan, 17 Mayıs 1963 tarihli ve 1963/175 esas ve 1963/114 karar no'lu hükmüdür. Mahkeme, bir gayrimenkul üzerindeki olağanüstü zamanaşımı süresinin dolmuş olmasını o gayrimenkul üzerinde mülkiyet hakkının kazanılmış sayılması için yeterli olmamış ve mülkiyet hakkının ancak ilgili kişinin başvurusu üzerine tapu tescil işlemi tamamlanınca kazanılmış hale geleceğini tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın günümüzde yerleşik hale gelmiş içtihatlarına uygun bir biçimde ifade etmek gerekirse söz konusu mülkiyet hakkının kazanılmış hak sayılması için onun hak yaratıcı bireysel işlemle kişiye ait hale getirilmesi gerektiğine isabetle hükmetmiştir.Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında tartışılan kazanılmış anayasal anlamda kazanılmış hak olmakla birlikte İdare Hukuku'ndaki kazanılmış hak değil Medeni Hukuk'taki kazanılmış haktır yani eski kanun yürürlükteyken bir özel hukuk öznesinin diğer özel hukuk öznelerine karşı edinmiş olduğu ve yeni kanunun yürürlüğünde de muhafaza edilmesidir (Bkz. Saymen, **Türk Medeni Hukuku**, s. 158; Oğuzman, **Medeni Hukuk Dersleri**, s. 62; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku**, Umumi Esaslar, 1959, s. 187; Birsen, **Medeni Hukuk Dersleri**, s. 80).

[117] Anayasa Mahkemesi'nin 19 Temmuz 1990 tarihli ve 1989/35 Esas, 1990 / 22 Karar sayılı hükmünün 11. sayfasındaki tespit şöyledir: "Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti; insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve kendisini bu düzeni sürdürmekle yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uyan, kazanılmış haklara saygılı, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir".

savunucuları olarak objektif hak ile sübjektif hakkı birbirinden ayırmaları ve İdare Hukuku'nda sübjektif hak olamayacağını savunmalarıdır. Bununla birlikte, İdare Hukuku'nda Kazanılmış Hak olamayacağını savunanlar Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın içtihatlarında varılan hükümleri reddetmemiş, sadece bu kuruma Kazanılmış Hak yerine farklı ad ya da nitelendirme getirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.[118] Örneğin Lütfi Duran "birel ve özgül durumun yarattığı ve bir süre geçtikten sonra korunması gereken haklar" ya da "Birel ve özgül etki ve sonuçların değişmezliği ilkesi"[119] ifadesini kullanırken Zabunoğlu "kazanılmış hak"kın idare hukukundaki varlığını reddederek "istikrar kazanmış hukuksal durumlara saygı ilkesi"ne başvurmaktadır.[120] Celal Erkut "idari işlemler sonucunda bireyler üzerinde doğan haklar" ifadesini[121], Kemal Gözler "Hukuk tarafından tanınan avantaj" tabirini ve "Hak Yaratıcı İşlemler" tabirini[122] tercih etmektedir. Kamu hukukundaki kazanılmış hak, geri alınmaması teminat altına alınmış hakları ifade eder.[123] Terimin bizim açımızdan içerdiği anlamı tezin ilerleyen bölümlerinde tekrar ele alınacaktır.

2. Medeni Hukuk Kavramı Olarak Kazanılmış Hak

Kamu hukukundaki Kazanılmış Hak kavramının kaynağının özel hukuk olduğu ve özel hukukta bu kavramın daha geniş ele alınmış olduğu, 1960'ların doktrininde belirtilmektedir.[124]

---

[118] Hak Teorileri arasındaki tartışmaların Kazanılmış Hak kavramını ne yönde etkilendiği aşağıda, II. Bölümde "A. Hak Kavramının Felsefi Temellendirilmesinde Kazanılmış Hakkın Yeri" başlığı altında ele alınmaktadır; Ayrıca belirtelim ki bazı otoriteler sadece devletin Sübjektif Hak sahibi olabileceğini ileri sürerken bazıları devletin de Sübjektif Hak sahibi olamayacağını ileri sürmüştür (Sever, **Danıştay Kararları Işığında**, s. 25).

[119] Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 221.

[120] "Aslında bilindiği gibi idare hukukunda kazanılmış hak yoktur. Kazanılmış hak (ya da haklar) kökende ve genelde özel hukuk alanındaki ilişkilerde kullanılan bir terimdir. Kazanılmış hak yerine idare hukukunda 'istikrar kazanmış hukuksal durumlara saygı ilkesi' geçerlidir" (Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, s. 399).

[121] Celal Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, Kavram Yayınları, 1996, s. 74

[122] Gözler, **İdare Hukuku**, s. 1127.

[123] Arthur L. Corbin, "Rights and Duties", **The Yale Law Journal**, Cilt 33, Sayı 5, 1924, s. 514.

[124] Bu önerme günümüz için geçerli olmayabilir. Fakat o yıllarda bu önermenin geçerli olması, Kazanılmış Hak kavramının uygulamalı hukuk dallarındaki kaynağının özel hukuk olduğunu göstermek bakımından önemlidir.

Kazanılmış Hak, günümüz özel hukuk uygulamasında uzun zaman önce terk edilmiş olan Klasik Teori'nin ölçütüdür. Günümüzde halen Modern Teoriyi eleştirip Klasik Teoriyi savunan yazarlar varsa da uygulamaya geldiğinde onların dahi Modern Teori'nin Derhal Uygulama İlkesi'ni tercih ettiğini görüyoruz.[125] Ayrıca doktrin, kanun koyucunun yargı organını bu iki teoriden birini seçmek zorunda bırakmak yerine hükümlerin değişmesi halinde geçiş sürecini öngören düzenleme yapmalarını her zaman daha uygun bulmaktadır.

Klasik Teoriye göre yeni bir kanun[126] yürürlüğe girdiğinde eski kural-tasarruf çerçevesinde kazanılmış olan haklara dokunulmaz; söz konusu kural-tasarruf, yürürlüğe girmesinden sonra doğan haklar için geçerli olacaktır. Bununla birlikte tamamlanması belli süre alan işlemler, uzun süreli sözleşmeler, evlenme şartlarıyla boşanma şartları gibi birbirine etki eden işlemler söz konusu olduğunda Kazanılmış Hakları her koşulda korumak, Hukuki Güvenlik adına sorun yaratabilmekte, amaçlananın aksine güvensizlik yaratabilmektedir.

Modern Teoriye göre ise kanunların geçmişe uygulanmamaları ikincil derecede geçerli bir kuraldır. Öncelikli kural, kanunlar yürürlüğe girdiği anda hangi özel hukuk ilişkileri cariyse, tamamlanmamışsa onlara uygulanmasıdır. Derhal Uygulama İlkesi'ne göre ancak yeni kanun yürürlüğe girmeden önce gerçekleşip her yönüyle tamamlanmış olan işlemler, geçmişe yürümezlikten yararlanabilirler.[127]

Mecelle kaldırılıp yerine Medeni Kanun getirildiğinde Medeni Kanun Tatbikat Kanunu, Klasik Teoriye uygun olarak düzenlenmiştir. Mecelle

---

[125] Başak Baysal, "Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2004, s. 483-485.

[126] Kamu Hukuku kavramı olarak Kazanılmış Haklardan bahsederken "Kural-Tasarruf" kavramını kullanmıştık. Amacımız bu ifadeyle hem kanunları hem de idarenin soyut-genel düzenleyici işlemlerini ifade etmekti. Özel hukuk bağlamında ise "kanun" tabirini yeterli buluyoruz çünkü özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde haklar düzenleyici işlemlerden değil sadece kanunlardan doğmaktadır. Nitekim özel hukuk Kazanılmış Hak terminolojisi de bu yolu izlemektedir. Bkz. Baysal, "Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü", **Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, s. 475.

[127] Başak Baysal, "Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 70, Sayı 1**, İstanbul, 2012, s. 225-226.

yürürlükteyken her yönüyle tamamlanmamış olan hiçbir işlem Türk Medeni Kanunu'na tâbi tutulmamış, ancak her açıdan Türk Medeni Kanunu'nun kabulünden sonra gerçekleştirilen işlemlere Türk Medeni Kanunu uygulanmıştır.

Özel hukukta Klasik Teori diye adlandırılan ve Kamu Hukuku'ndaki İstikrar İlkesi'nin belli bazı sonuçlara da adını veren Kazanılmış Hak Teorisi yerini yavaş yavaş Derhal Uygulanma İlkesi de denen Modern Teori'ye bırakmış olduğu için günümüzde Kazanılmış Hak tartışmaları daha çok Kamu Hukuku kapsamında sürmektedir. Bununla birlikte özel hukukun çeşitli dallarında, özellikle Ticaret Hukuku'nda ve Devletler Özel Hukuku'nda bu terim burada anlattığımızdan biraz daha farklı bir anlam taşımaktadır.

a. Miras Hukuku

Miras hukukundaki kazanılmış hak, ölüme bağlı bir sözleşmeyle taahhüt edilmiş olmaktan çıkmış olan menfaattir. Kişinin ölümü ya da gaip ilan edilmesi üzerine söz konusu menfaat, miras hukuku normları çerçevesinde ilgili varisin mülkiyetine geçer. Miras hukukunda 'kazanılmış hak' niteliği arz etmek üç açıdan önemlidir. Birincisi, bir mirasçıya düşecek olan pay miras hukuku mevzuatının genel hükümlerine göre matematiksel açıdan kesin olsa bile miras bırakacak olan kişi dışında yeni mirasçıların doğum ya da ölüme bağlı sözleşmeyle tayin edilme yoluyla ortaya çıkması ihtimali vardır. Ayrıca kanuni ya da atanmış mirasçılardan birinin, miras bırakandan önce ölmesi de veraset hesaplarını değiştirecektir. İkincisi, miras bırakan kişi vasiyetnamesinde mirasçıya ferden belirli bir miras bırakmış olsa bile önce vasiyetnameyi düzenleyenin mi yoksa kendisine miras bırakılan kişinin mi öleceği kesin olarak bilinemez. Eğer mirasın konusu bir eşya ise, miras bırakanın ölümü itibarı ile onun ortadan kalkmış olup olmayacağı da bilinemez. O yüzden, ferden belli bir miras bile kazanılmış hak teşkil etmez. Üçüncü olarak, miras bırakan kişi terekenin tevarüsü için bir şart koşmuş olabilir. O şart gerçekleşmeden söz konusu hakkın kazanılmış hak olmayacağı da kesindir. Kaldı ki, o şart henüz muris

ölmeden önce kesin surette hatta geriye dönüşsüz gerçekleşse bile yukarıda saydığımız ilk iki nedenden ötürü mirasçının hakkı yine de kazanılmış hak değildir.

Miras hukukunda kazanılmış hakkın söz konusu olduğu bir diğer hal Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin yürürlükten kalkıp yerine İsviçre'den iktibas edilen Medeni Kanun'un[128] yürürlüğe girmesinde ortaya çıkmıştır. Tatbikat Kanunu'nun[129] 4. Maddesinde, eski kanun çerçevesinde 'kazanılmış haklar'ın korunduğu, hüküm altına alınmıştır.[130] O dönemde yapılan miras işlemlerinde, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye hükümlerine göre bölüştürülmüş olan terekeler kazanılmış hak sayılmış, henüz bölüştürülmemiş olanlar ise yeni kanuna göre bölüştürülmüştür.

Kanımızca, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin yerine Medeni Kanun'un yürürlüğe sokulmasıyla gündeme gelen bu kazanılmış hak anlayışı salt medeni hukuktaki kazanılmış hak anlayışı değil aynı zamanda anayasal anlamdaki kazanılmış hak anlayışını içermektedir. Zira sadece bireyler arasındaki ilişkilerdeki menfaatin hukuki koruma altında olup olmadığı düzenlenmemekte, bireylerin sahip olduğu menfaatler devletin kanun değişikliğiyle müdahale edebileceği birer sübjektif hak teşkil ettiği halde kanunların geriye yürütülmezliğine öncelik vererek devlet karşısındaki söz konusu menfaat dağılımı muhafaza edilmiş, eski yasal düzenlemedeki menfaati devlet yasal değişikliğe rağmen korumaya devam etmiştir. Dolayısıyla, Tatbikat Kanun'un medeni hukuktaki kazanılmış hak kavramını başvurarak bu hakları yeni kanundan azade tutması, anayasal anlamda bir kazanılmış hak uygulaması örneğidir. Kazanılmış hakkın bu fonksiyonuna aşağıdaki Anayasa Hukukuna Göre Kazanılmış Hak Başlığında değineceğiz.

[128] 743 sayılı Türk Kanun-ı Medenisi.
[129] Kanun-ı Medeninin Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında 864 Sayılı Kanun.
[130] "Eski kanun mer`i iken vukubulmuş olup da yeni kanunun meriyetinden evvel kendilerinden bir hakkı müktesep vücude gelmemiş olan hadise, yeni kanunun meriyeti tarihinden itibaren ona tabi olur".

b. Aile Hukuku

Mecelle yürürlükteyken gerçekleşmiş çok eşli evlilikler Medeni Kanun yürürlüğe girdikten sonra Kazanılmış Hak sayılmış ve Medeni Hukuk'a göre hukuka uygun olarak yapılan evliliğin mal rejimi, miras ve diğer tüm sonuçlarını doğurmuştur.

c. Eşya Hukuku

Özellikle imar hukukunda, imar planları çerçevesinde gayrimenkul sahiplerine gayrimenkule bağlı olarak tanınan menfaatlerin imar planı değişikliği halinde ipka edilmesi talepleri eşya hukukunda kazanılmış hak başlığı altında gündeme gelmektedir.

Kanımızca bu niteleme Medeni Hukuk anlamındaki kazanılmış hakkı değil Anayasa Hukuku anlamında kazanılmış hakkı ifade etmektedir zira özel kişilerin menfaatlerinin diğer özel kişiler karşısında mutlak bir hukuki korumaya alınmasından çok özel kişilerin hak yaratıcı işlemle devletten edindikleri bireysel hakların yine devlet tarafından yapılan bir işlemle geri alınmamasının istikrar adına talep edilmesi söz konusudur. Bu konu, aşağıdaki Anayasa Hukukuna Göre Kazanılmış Hak başlığında ele alınacaktır.

d. Beklenen Hak, Meşru Beklenti, Basit Beklenti (*Expectatio*)

Beklenen Hak, özel hukukumuzda daha çok Muntazar Hak adıyla geçmektedir.[131] Muntazar Hak ile Beklenen Hak hem sözlük anlamı itibarı ile hem

[131] Saymen, **Türk Medeni Hukuku**, s. 145; Galip Gültekin, "Muntazar Hak", Hukuk Gazetesi, Sayı 51, 1941, s. 5-6.

de hukuk terminolojisi açısından eş anlamlıdır.[132] O yüzden bu ayrımın üzerinde durmayacağız.

Kazanılmış Hak kavramının özel hukuktan çıkıp zaman içinde sübjektif haklara konu edilmesine benzer biçimde, Beklenen Hak kavramı da zamanla henüz bireysel anlamda kesinleşmiş bir hakkı bile olmayan bireylerin, devletin kanunlarına ve düzenlemelerine güvenerek giriştikleri riskler dolayısıyla zarara uğramaları halinde bunun telafisini talep etme argümanı olmuştur ve özellikle Avrupa hukukunda bu tabire başvurulmaktadır.[133]

Avrupa Hukuku'nda Beklenen Hak (İngilizce "Expected Right") tabirinin yerini Meşru Beklenti ("Legitimate Expectation") tabirine bıraktığı görülmektedir.[134] Bu bağlamda, bu çalışmada da Meşru Beklenti tabiri kullanılacaktır. Yine Kazanılmış Hak kavramındakine benzer şekilde Meşru Beklenti sahibinin iyi niyetli olması, kamu düzenine aykırılık oluşmaması gibi bazı kayıtlamalarla birlikte bireylerin kanunlara ve düzenlemelere, birer taahhütmüşçesine güvenerek yaptıkları işten zarara uğrayacak olmaları halinde, edinmeyi öngördükleri hakların temini değilse bile uğrayacakları zararın telafi edilmesi Türkiye dâhil ulusal hukuklarda[135] ve ulusalüstü açıdan Avrupa hukukunda[136] kabul görmektedir.

---

[132] Bodur, "Muntazar Hak", **Hukuk Sözlüğü**, s. 72.

[133] Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı,** Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 139.

[134] Özellikle Menfaat Teorisi gözünde, bir kimseye henüz temin edilmemiş ve dolayısıyla geri alınamazlık anlamında bir hukuki koruma altına alınmamış menfaatlerden 'hak' diye bahsedilmesi mantık açısından tutarsızdır. Nitekim bu kavramın Türkçe çevirisinde de, dal/bağlam değişimi eşliğinde gelen bu terminoloji değişikliğine Türk hukuk literatüründe uyulmuş ve İngilizcedeki "Legitimate Expectation" kavramı Türk hukuk öğretisine "Meşru Beklenti" adıyla geçmiştir (Bkz. Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması -Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi,** 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 418; Haklı Beklenti kavramı da bu geçişin bir ürünüdür ve bu çalışmada onun da yerine Meşru Beklenti kavramı kullanılacaktır.

[135] Örnek olarak bkz. Danıştay 5. Daire'nin 2003/3647 esas n'lu ve 2006/1140 karar no'lu dosyasında baskın kamu yararının bulunmadığı durumlarda kamu görevlilerinin haklı (meşru) beklentilerinin zedelenmemesi gerektiği, hüküm altına alınmıştır.

[136] Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı,** s. 139.

Kazanılmış Hak ile Beklenen Hak özel hukukta aynı bağlamda ele alınan ama bir birbiriyle çatışmayan, adeta birbirini tamamlayan iki ayrı kavramdır. Bir kişi taahhütte bulunduğu takdirde bu taahhüdü yerine getirmeden taahhütte bulunulan kişi kazanılmış hak sahibi olamaz, ancak edimin ifası üzerine geri alınmamak üzere o menfaati edinirse o zaman kazanılmış hak sahibi olur, demiştik. İşte Beklenen Hak, henüz kazanılmış hak vasfını kazanmamış, taahhüt konusu olma aşamasında bulunan hakları kapsar.[137] Menfaat taahhüt eden tarafın edimini ifa etmemesi halinde bile bu taahhüdü nedeniyle karşı tarafa karşı sorumluluğu olduğu kabul edilen hallerde, mesela o taahhüde güvenerek girmiş olduğu bir risk dolayısıyla haksız bir şekilde zarar edecek olması halinde hukuk, taahhüt muhatabını Beklenen Hak kurumuyla korumaktadır.[138]

Kazanılmış hak teriminin, şirketler hukukunda daha da dar bir kullanım alanı vardır. Anonim şirket hissedarlarının kâr payı[139] üzerindeki hakkı mutlak kazanılmış hak şeklinde tanımlanmaktadır: «Pay sahibinin rızası olmaksızın hiçbir değişiklik yapılamayan, genel kurul ve yönetim kurulu kararları ile bağlı olmayan ve bu kararlara karşı mutlak bir güce sahip haklara mutlak müktesep haklar denilir»[140]

Hissedarların ayrıca, elinden alınması ağır şartlara bağlanmış olan nispi kazanılmış hakları mevcuttur: «Nispî müktesep haklar ise sadece özü korunan, buna karşılık anonim şirketin menfaatleri gereği kapsamları sınırlandırılabilen haklardır. Kâr payı hakkı, bu anlamda kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre dağıtılmaya tahsis edilen yıllık kâra veya dağıtılmaya tahsis olunan yedek akçelere, pay sahibinin katılma hakkıdır. Bu anlamda kâr payı hakkı nispî müktesep haktır. Bu haklar, belli kurallara, şartlara ve ölçülere uyulmak şartıyla sınırlandırılabilir.»[141]

---

[137] Hukuk felsefesi tartışmalarında belirteceğimiz üzere, yukarıda tarif ettiğimiz Beklenen Hak, menfaat teorisi açısından bir hak dahi değildir.
[138] Saymen, **Türk Medeni Hukuku**, s. 145-146.
[139] Faizsiz bankacılıktaki kâr payını değil temettüyü kast ediyoruz.
[140] Ahmet Cemil Ünal, **Anonim Şirketlerde Kâr Payı, Kâr Dağıtımı ve Yedek Akçe Ayrılması**, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı yüksek lisans tezi, s. 17.
[141] Ünal, **Anonim Şirketlerde**, s. 18.

Özel hukuk çerçevesinde gerçek anlamda müktesep hak, yukarıda tarif edilenlerden ilki yani mutlak müktesep haktır.[142] Anayasal çerçevedeki kazanılmış hak ise özel hukuktaki bu terimle anlatılandan çok farklı bir haktır.

Günümüzde yürürlükte olmayan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunun'nun[143] 385. maddesinde anonim şirket ortaklarının müktesep hakları üzerinde ilgili ortağın rızası olmayan anonim şirket genel kurulu tarafından değiştirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Şimdi yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu'nda da 452. Maddesinde benzer bir hükme yer verilmiştir. Ancak eski Türk Ticaret Kanunu'nda, ilgili hükmün kapsamına giren kazanılmış hak kategorisine dahil haklara[144] tadadi[145] örnekler verilmiştir; yeni Türk Ticaret Kanunu ise örnek içermemektedir. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda kazanılmış hak için tadadi bile olsa örnekler verilmemesi doktrinde olumlu karşılanmıştır.[146] Kanımızca da, medeni hukuk anlamında bir menfaatin kazanılmış hak olması onun hukuk tarafından korunacak kesinliğe ulaşmasına ilişkin bir nitelikken pozitif düzenlemeyle, örnekleme yoluyla da olsa hüküm altına alınması kazanılmış hak kategorisinin tabiatına uygun değildir; özellikle de hukuk tarafından korunduğu halde bir hakkın kazanılmamış hak olarak ilgili pozitif düzenlemede kapsam dışı bırakılması kavramın paradigmasına aykırıdır.

Türk Ticaret Kanunu'nda artık neyin kazanılmış hak olduğuna, neyin kazanılmış hak olmadığına dair bir hüküm yoktur. Dolayısıyla Ticaret Hukuku'nda da 'kazanılmış hak' kavramının Medeni Hukuk'un genelinde sahip olduğu anlama sahip olduğunu yani özel kişiler arasındaki bir menfaatin kesinleşerek hukuki korumaya değer hale gelmişliğini ifade ettiğini söyleyebiliriz. Bir bireyin bu

[142] Nuri Erdem, "6102 Sayılı "Yeni" TTK. ya Göre Anonim Ortaklık Pay Sahiplerinin "Müktesep" (Kazanılmış) Hakları", **Regesta**, Sayı 1, Cilt 2, 2012, s. 32.
[143] 9 Temmuz 1956 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu 14 Şubat 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile ilga edilmiştir.
[144] İkinci fıkrada sayılanlar şunlardır: "Müktesep haklar; kanun veya esas mukavele hükümlerine göre umumi heyet ve idare meclisi kararlarına tabi olmıyan yahut umumi heyetin toplantılarına iştirak hakkından doğan, hususiyle azalık, rey kullanmak, iptal davası açmak, kar payı almak ve tasfiye neticesine iştirak etmek gibi haklardır."
[145] Söz konusu fıkradaki "…..gibi haklardır" lafzından ötürü kazanılmış hakların tüketici biçimde sayılmadığı, sadece örnekleme yapıldığı sonucuna varıyoruz.
[146] Erdem, "Pay Sahiplerinin Müktesep Hakları", **Regesta**, s. 36.

nitelikteki haklarına anonim şirket ana sözleşmeyle dahi sınırlama getirilememesi, zaten koruma altında olan kazanılmış haklara getirilmiş bir ek korumadır. Böylelikle, sırf bir ortak anonim şirket lehine kendi hakları üzerinde belli bir tasarruf yetkisi tanıdığı için bir genel kurul kararıyla bile olsa o ortağın sahip olduğu kazanılmış haklara dokunulamayacağı kesinleşmektedir.

Ticaret hukukunda kazanılmış haklar ikiye ayrılmaktadır: Mutlak Kazanılmış Haklar ve Nispi Kazanılmış Haklar.[147] Mutlak Kazanılmış Haklar sadece hak sahibini değil üçüncü kişileri de ilgilendiren haklardır ve bunları ihlal eden bir genel kurul kararı kesin hükümsüz olacaktır. Nispi Kazanılmış Haklar ise sadece ilgili hak sahibini ilgilendiren haklardır ve bunları ihlal eden bir genel kurul kararı kesin hükümsüz olmayacak, onun yerine iptali söz konusu olacaktır.[148]

4. Devletler Özel Hukukuna Göre Kazanılmış Hak

Medeni Hukuktaki anlamıyla kazanılmış hakkı tespit etmek için ilgili özel kişinin tabiiyetinde bulunduğu devletin ilgili menfaati bir hak olarak tanıyıp tanımadığını tespit etmek yeterliydi. Fakat bazen bir özel hukuk kişinin bir menfaatini bir devlet hak olarak tanırken bir başkası hak olarak tanımayabilir ve bu örtüşmezlik kanunlar ihtilafı çerçevesinde bir belirsizlik getirebilir. Devletler Özel Hukuku'ndaki Kazanılmış Hak Teorisi'ne göre bu tür bir ihtilafta söz konusu ülkelerin kanunlarının yürürlüğü itibarı ile önceden kazanılmış bir hak olup olmadığına bakmak gerekir. Eğer özel kişi devletlerden birinin mevzuatı çerçevesinde bir menfaatini kazanılmış hak olarak kabul ettirmişse sonradan gelen devletin kanunun o menfaati tanıyor olmasına bakılmasızın ilgili menfaat öbür devlet tarafından da tanınmalı ve korunmalıdır.

[147] Erdem, "Pay Sahiplerinin Müktesep Hakları", **Regesta**, s. 32.
[148] Erdem, "Pay Sahiplerinin Müktesep Hakları", **Regesta**, s. 33.

Bu, bir yönüyle anayasa hukuku anlamındaki kazanılmış hak kavramına benzemektedir çünkü anayasa hukuku anlamındaki kazanılmış hakta aynı tek devletin eski ve yeni düzenleyici işlemleri bir özel kişinin menfaatinin hak olarak tanınmasına etki ederken burada iki ayrı devletin birer kanunu aynı çekişmeye sebep olmaktadır. Hükümran bir devlet kamu düzeni gibi sınırlama gerekçeleriyle idari istikrar ilkesini kendi değerlerine göre yarıştırıp söz konusu menfaati kazanılmış hak olarak tanıyıp tanımamaya karar verirken Devletler Özel Hukuku'nda iki ayrı devlet aynı işlemi kanunlar ihtilafı çerçevesinde ortak evrensel değerler üzerinden yürütmeye çalışmaktadır.

5. İş Hukukuna Göre Kazanılmış Hak

a. Kazanılmış Hak Kavramının İş Hukukundaki Anlamı

İş Hukuku'nda kazanılmış hak esasen Medeni Hukuk'taki anlamını taşımaktadır. Şu farkla: Medeni Hukuk tüm özel menfaatleri kapsarken İş Hukuku, kapsamı gereği, işçi işveren arasındaki sözleşmesel ilişkiden doğan menfaatlerle sınırlıdır.

Bununla birlikte, iş hukukunda işçi tarafı kanun koyucunun özel korumasına muhtaç görüldüğü için ve bir dal olarak İş Hukuku karma bir hukuk alanı sayıldığı için özellikle işçilerin sahip olduğu bazı menfaatlerin yanlış olarak 'kazanılmış hak' olarak nitelendiği görülmektedir.

Her ne kadar bunlar medeni hukuk ya da anayasa hukuku anlamında (ve tabii usul hukuku anlamında) kazanılmış hak niteliğine sahip olmasalar da hukuk mekanizmalarında işçilerin menfaatleri korunmaktadır. Bu koruma kazanılmış hak olmanın getirdiği korumadan farklı be daha sınırlı olmakla birlikte 'kazanılmış

avantaj' ya da 'iş şartı' adı altında iş hukukunun yerleşmiş kurumu kabul edilmektedir.

Bir işletmenin devredilmesi üzerine işverenin değişmesi halinde çalışanların işverenlere karşı sahip olduğu, değiştirilmez kabul edilen iş şartlarına da Amerikan Hukuku'nda 'Acquired Right' [Kazanılmış Hak] denmektedir[149] fakat Türk hukukunda bunları İş Şartı diye adlandırmak daha doğru olacaktır çünkü ne özel hukuk anlamındaki ne de idare hukuku anlamındaki Kazanılmış Hak'ta görülen türden bir mevzuat değişikliği karşısında korunan hak vardır.

b. Kazanılmış Hak - Kazanılmış Avantaj Farkı

İş hukukunda, özellikle toplu iş sözleşmelerinde 'kazanılmış hak' tabirinin bir sözleşme unsuru olarak kullanıldığı görülmektedir. Oysa kazanılmış hak, içeriği sözleşme serbestisi içindeki iki taraf arasında doldurulabilecek bir kavram değildir. Kazanılmış hak bireyle idare arasında, idarenin tabi olduğu hukuk devleti ilkesi çerçevesinde somut olayın koşullarına bağlı olarak işleyen bir güvencedir.

Toplu iş sözleşmelerinde tarafların üzerinde uzlaştığı belli bir ücret tutarınnı ya da bir sosyal hakkın sonraki sözleşmelerde de mutlaka muhafaza edileceğine dair görüş birliğine varılması halinde buna, yanlış bir şekilde, 'kazanılmış hak' adı verilmektedir. Bu adlandırma yanlış olmakla birlikte tarafların ileri dönük bu tür irade uyuşmalarının ileri etkili olacak şekilde hukuki muhafazaya ihtiyacı olduğu açıktır. Bu nedenle, toplu iş sözleşmelerindeki 'turnike' misali geriye gidişi engelleyen bu tür hükümlere 'kazanılmış avantaj' adı verilmesi daha doğrudur ve doktrinde de bu sözleşmelerde geçen kazanılmış hak ifadesinin aslında kazanılmış avantaj olarak değerlendirilmesi gerektiği konusunda ittifak vardır. Bu yönüyle

[149] Oxford University Press, "Relevant Transfer", **Oxford Dictionary of Law**, 5. bası, 2002, s. 421-422.

kazanılmış avantaj tarafların sözleşme serbestisi çerçevesindeki iradelerine bağlı olduğu gibi iş hukukunun karma yapısından ötürü gerektiğinde tıpkı gerçek kazanılmış hak gibi, hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde ve aynı zamanda sosyal devlet ilkesi ışığında tarafların iradesinin üstünde bir müdahaleyle de korunabilir. Bu koruma koşulları iş hukuku politikalarının ve gelişmelerinin konusuna girdiği için biz daha fazla ayrıntıya girmeyeceğiz.

c. Kazanılmış Hak – İş Hükmü Arasındaki Fark

İş Hukuku'nda "İş Hükmü" ya da "Çalışma Koşulu" kavramı da yer yer Kazanılmış Hak ve yer yer Kazanılmış Avantaj kavramına sokulmaya çalışılan fakat ikisinden de ayrı, pozitif hukukta nispi emredici hüküm niteliğinde dayanağı bulunan bir hukuk kurumudur.

İş hukukunda bir işyerindeki işçinin ya da işçilerin işveren tarafından tanınmış bir ilave haktan -ikramiye, hediye, ücretli izin vs- düzenli olarak yararlanmaları sonucu o haktan her zaman yararlanacakları kanaatine ulaşmalarına söz konusu hakkın bir İş Şartı ya da Çalışma Koşulu haline gelmesi adı verilir. Örneğin bir işveren, iş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olduğu halde her yılbaşında işçilerine 100 TL ikramiye verirse işverenin kendiliğinden tanıdığı bu hak zaman içinde, işçilerin onu alacaklarına kesin gözüyle bakıp bakmadıklarına bağlı olarak İş Şartı haline gelir ve böylelikle artık işverenin bir yükümlülüğüne dönüşür.

Bu tür hakların kazanılmış hak mı ya da kazanılmış avantaj oluşturup oluşturmadığı Türk doktrininde ve içtihatlarda tartışılmıştır. Biz bu hakkın niteliğini Hohfeld usulü analizle yapacağız. Ayrıca Hohfeld usulü analizin kaynağı olan Amerikan hukukunda da buna benzer bir vakada işverenin işçilere, cemile kabilinden tanıdığı bu hakkın Hohfeld terminolojisinde bir borç mu yoksa serbestlik/ayrıcalık mı teşkil ettiği tartışılmıştır. Analize konu olan vakada mahkemenin meşru beklenti tespit etmiş olması da konuyu bizim açımızdan daha ilginç hale getirmektedir.

Öncelikle, işverenin hak tanıma davranışının niteliğini evrensel ölçütlere göre tespit edeceğiz. Sonrasında Türk mevzuatına göre bu tür davranışların zaman içinde kazanılmış hak ve kazanılmış avantaj niteliğine sahip olup olmadığını değerlendireceğiz. Son olarak ABD mevzuatındaki ve içtihatlarındaki hangi farktan dolayı bunun bir hak olarak değil sadece tazminat kaynağı olan bir meşru beklenti yaratıcı işlem olarak nitelendiği hususu, yine aynı analiz yöntemiyle ele alınacaktır.

İşverenin yılbaşında işçilerine ikramiye vermesi Hohfeld terminolojisinde bir Borç değildir ve karşılığında bir alacak niteliğinde hak yoktur. Burada işveren söz konusu ikramiyeyi verip vermemekle hukuken hiçbir yükümlülük altında değildir ve işçi de işverenden bunu talep edecek olursa onun bu talebi hukuk tarafından korunacak değildir.

İKİNCİ BÖLÜM
HUKUK FELSEFESİ KAVRAMI OLARAK KAZANILMIŞ HAK

Kazanılmış Hak kavramı ilk başta, doğuştan gelen haklar ile sonradan elde edilenleri ayırt etmek için kullanılmış bir ahlak-hukuk felsefesi kavramı olmuştur. Zamanla kanunen herkes tarafından kendiliğinden elde edilmeyip ancak belli bir sıfata sahip olarak edinilen hakları ifade etmiştir. Son olarak, pozitif düzenlemeyle verildiği takdirde geri alınamayacak hakları pozitif düzenlemeyle verildiği halde geri alınabilen haklardan ayırt etmek için kullanılmıştır.[1] Kazanılmış Hak kavramının tüm bu üç anlamın arka planında yatan felsefi anlamı, hukuk uygulamasında en az bahsi geçen anlamıdır[2] fakat kavramın en geniş[3] ve en eski[4] anlamı felsefi anlamıdır. Aydınlanma Çağı'nın ahlaka ve hukuka getirdiği yeni 'özgürlük' anlayışının yarattığı Doğuştan Gelen Haklar – Kazanılmış Haklar ayrımı hukukun koruduğu hakların neler olduğu sorusunu beraberinde getirmiştir. Hakkın, hukuk tarafından korunan menfaat mi yoksa hukukun müdahale etmediği özgürlük (irade) mi olduğu tartışması bir yandan irade kuramı-menfaat kuramı çatışmasını yaratırken Kazanılmış Hak kavramının zaman içinde daha dar anlam kazanmasına yol açan tarihsel diyalektiği de başlatmıştır.

Türkçedeki hukuk kelimesi de Arapça asıllı hak kelimesinin Arapça kurallarına göre türetilmiş çoğulu olmakla birlikte dilimizde bu iki kelime arasındaki çoğulluk - tekillik ilişkisi hemen hemen ortadan kalktığı ve iki terim kendi özel anlamına

[1] Georges Kaeckenbeeck, "The Protection of Vested Rights in International Law", **British Year Book of International Law**, Cilt 17, 1936, s. 1-2.

[2] Mevzuatın, içtihatın ve doktrinel çalışmanın içinde Kazanılmış Hak kavramının felsefi anlamına değinen sadece iki Türkçe metin mevcuttur: 1- Güncel Önkal, "Hukuk Nasıl Düşünür? Sosyal Epistemolojinin Hukuksal Gerçekliğe Bakışı", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 26**, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, İstanbul, s. 362; 2- Nazime Beysan, **Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi**, 1. Baskı, İstanbul, Mayıs 2015, s. 99, 241.

[3] Kazanılmış Hak kavramının felsefedeki anlamı kategorik açıdan Pozitif Hakların tamamını kapsayacak genişliktedir ancak bu kavram subjektif hakkı var saymaya tek başına yeterli değildir.

[4] 1780 yılında Immanuel Kant'ın Etik derslerinde Ius Connatum - Ius Quaesitum (Doğuştan Gelen Haklar – Kazanılmış Haklar) ayrımını görürüz. Bkz. Immanuel Kant, **Lectures on Ethics**, ed: Peter Heath, J. B. Schneewing, İngilizceye çeviren: Peter Heath, Cambridge University Press, 1997, Cambridge, s. 337.

kavuştuğu için anlamsal çatışmaların yaşandığı söylenemez ama Türkçedeki hak kelimesi de gündelik dilde kendine göre farklı anlamlara çekilebilmektedir.[5] Daha da önemlisi, mukayeseli hukukun desteğinin de sayesinde haklı, doğru, hukuk ve hak kelimelerinin anlamları ayrıştırılsa bile hak kelimesine kalan alan yine de fazlasıyla geniştir. Çünkü hak sahibi olmaktan bazen hukuk tarafından korunmakta olan bir menfaati kast etmek mümkündür. Bazen de hukuk tarafından korunması beklenen, gereken bir menfaati kast etmek mümkündür. Bu nüanslar da menfaat teorisi ve irade teorisi gibi çeşitli hak teorilerine kaynaklık etmiştir. Kanımızca esas mesele hak kavramının göstergebilimsel nitelendirmesini yapabilmektir.

Kant'tan önce haklar, Doğal Haklar ve Pozitif Haklar olarak ikiye ayrılmaktaydı. Bunun ardında Doğal Hukuk – Kavimler Hukuku – Medeni Hukuk şeklinde üçlü ayrım yapan Roma Hukuku'nu kodifiye eden Pandekt Hukuku vardır. Kant'ın bilginin kaynağını a priori – a posteriori diye ayırdığı felsefi yaklaşım, hak kavramında bu Doğal Hak-Pozitif Hak ayrımının da üstünde bir ayrımı gerekli kılmıştır. Kant'ın insan iradesini ve özgürlüğünü temel alan felsefi temellendirmesinden önce hukukta, Roma Hukuku geleneğine paralel olarak Hak kavramını sadece bir menfaat ilişkisi olarak nitelendiriliyor ve hukuk tarafından korunan menfaat, hak sayılıyordu. Menfaat kuramının açmazlarından biri olan üçüncü kişi lehine sözleşmeler Roma Hukuku'nda mevcut değildi. Bu bakımdan Roma Hukuku teorisinde ve uygulamasında tutarlıydı. Tabii ki bu tutarlılık hiç kimsenin bir üçüncü kişi lehine sözleşme kuramaması gibi sosyal hayatın küçümsenemeyecek bir ihtiyacını eksik bırakıyordu.

Kant felsefesinde irade sahibi varlık olarak insanın doğuştan gelen hakkı, eylemlerinde özgür olmaktır. Bunun sınırı, başkalarının özgürlüğüdür. Kant'a göre hukukun işlevi bu sınırı çizmektir ve bu sınırla çizilen alanlara hak denir. Dolayısıyla bir insanın hak sahibi olması demek bir menfaatinin hukuk tarafından korunması değil onun eylemsel özgürlüğünün başka bir özgürlüğe taşmaması demektir. Burada

[5] "Hak yol"un doğru yol anlamına gelmesi, "Hakka tapan" ifadesinin tanrıya tapan anlmaına gelmesi edebi dil örnekleri verilebilir ama bunların hukuk dilini etkilediği pek söylenemez.

da esas olan o kişinin menfaat sahibi olması değil, iradesini özgür olarak gerçekleştirebilmesidir.

Menfaat kuramıyla irade kuramı daha pek çok filozof tarafından çeşitli argümanlarla tartışılmıştır. Menfaat Kuramı savunucusu olarak Jhering'in ve İrade Kuramı savunucusu olarak Savigny'nin görüşleri bu konuda en öne çıkan görüşlerdir.[6] Amerikan ekolünden Hohfeld ise pragmatist bir bakış açısı getirerek hak kavramının tanımlanması için hak konusunun niteliğinin değil hukukun sujesi olan bireyler arasındaki ilişkilerin nitelenmesinin yeterli olduğunu tespit etmiştir. Bu çalışmada da Menfaat Kuramı ile İrade Kuramı arasındaki geçmişte kalan ya da güncel çatışmaların ayrıntılarına girmektense hak kavramını birincil normlara ve ikincil normlara paralel biçimde insanlar arası ilişki üzerinden gösteren Hohfeld analizine başvurulacaktır.

A. Kazanılmış Hak Kavramının Felsefi Temellendirilmesi

Kazanılmış Hak kavramının kökleri Anglo-Amerikan hukukunda değil Kıta Avrupası hukukundadır[7] ve bunun için Roma Hukuku'nda "Doğal Hak"-"Medeni Hak" ayrımına inmek gerekir. Instutiones'in yazarı Gaius'a göre dünyada 3 çeşit hukuk vardır: 1- Doğal Hukuk (Ius Naturale) 2- Kavimler Hukuku[8] (Ius Gentium) 3- Medeni Hukuk (Ius Civile).[9] Dünyadaki tüm hayvanlar ve en temel konularda insanlar bile Doğal Hukuk'a tâbidir. Evlilik ve velayet kurumlarının bile temelinin doğada olduğu kabul edilirdi. Mesela kölelik kurumu, Doğal Hukuk'tan sayılmıyordu çünkü doğada, hayvanlar arasında kölelik ilişkisi görülmüyordu. Kavimler Hukuku ise, Romalılara göre tüm insanlar için geçerli kuralları içeren

[6] Beysan, **Hak Kavramının Analizi**, s. 145.
[7] Arnold McNair, "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", **British Year Book of International Law,** Cilt 33, 1957, s. 16.
[8] Milletler Hukuku ya da Uluslar Hukuku demek de mümkündür fakat günümüzde Devletler Genel Hukuku ve Devletler Özel Hukuku dalları çerçevesinde ele alınan Uluslararası Hukuk kavramıyla karışmaması açısından Roma hukukçularının yaptığı gibi "Kavimler Hukuku" tabirini kullanmak daha uygundur.
[9] Gaius, **Instutiones**, I. Kitap, II. Başlık "De Jure Naturali Gentium et Civili.

hukuktur. Bunlara doğal insan aklıyla ulaşılıyordu. Hukuk anlayışı ne olursa olsun her millette alım-satım, ticari teamüller gibi ortak kurumlar olması farklı milletler arasındaki ilişkileri mümkün kılmaktadır. Medeni Hukuk ise milletten millete değişen, her halkın kendi şekillendirdiği, en rafine hukuktur. Romalılar kendi medeni hukuklarını sadece Roma vatandaşları ve köleleri arasındaki ilişkilere uygulardı. Romalılarla yabancılar arasında ise medeni hukuk uygulanmaz kavimler hukuku uygulanırdı. Doğal hukuk kurallarının ise en genel konularda insanlar dahil tüm canlılar için geçerli olduğu kabul edilirdi.[10]

Roma hukukundaki bu anlayış kilise hukukunda da devam etmiştir. Thomasius, Roma hukukunda gelen bu anlayışı geliştirmiş ve ilk defa Doğuştan Gelen Hak – (Sonradan) Kazanılmış Hak ayrımını yapmıştır.[11] Kazanılmış Hak kavramını hukuk literatürüne sokan Thomasius'un bu ayrımına göre doğuştan sahip olunan haklar, Tanrı tarafından bahşedildiği için var olan haklardır. Bu hakların var olduğunun dayanağı, kutsal kitaplardır. Devletlerin her insana bu hakkı tanıması, dinin gereğidir. Bunları tanımayan devlet, Tanrı'nın buyruklarını çiğnemekte, dini meşruluğunu yitirmektedir.

Hugo Grotius ise bu ayrımdan yola çıkarak, bugün için beşeri diye nitelendirebileceğimiz[12] bir hak felsefesi oluşturmuştur. Ona göre iki çeşit hak vardır: 1- Doğal Hak (Ius Naturale) 2- İradî Hak (Ius Voluntarium).[13] Burada İradi Hak, Kant'ın kullanacağı anlamda Kazanılmış Hakka benzetilebilir. Doğal Haklar

[10] Gaius, **Instutiones**, I. Kitap, II. Başlık "De Jure Naturali Gentium et Civili.

[11] Yavuz Abadan, **Grotius ve Tabii Hukuk** (Profesör Cemil Bilsel'e Armağan'dan Ayrı Bası), İstanbul, 1939, s. 28.

[12] Hugo Grotius dini kabulleri reddetmemektedir. Hatta bazı hukuki izahatlarında tanrıya yer verdiği de görülmektedir. Grotius'un doğal hukuk doktrininin beşeri sayılmasının nedeni, doktrine dayanak olarak dine değil akla dayanmış olmasıdır. Hıristiyanlık önce Roma hukukundaki Ius Naturale kavramını Hıristiyanlığın getirdiği etik parametreleri kullanmadan, mantık yoluyla açıklayarak bir hukuk doktrini geliştirmiş ve kazanılmış hak ayrımında, bu doktrini esas almıştır. Yavuz Abadan da Grotius'un getirdiği yaklaşımı anlatırken doğal hukuk telakkisini ilk Hugo Grotius'un laikleştirdiğinden bahseder. Bkz. Yavuz Abadan, **Grotius ve Tabii Hukuk** (Profesör Cemil Bilsel'e Armağan'dan Ayrı Bası), İstanbul, 1939, s. 27.

[13] "Grotius, Hugo", ", **The Philosophy of Law - An Encyclopedia**,editör: Christopher Berry Gray, Garland Publishing Inc, 1999, s. 336.

hiçbir hukuki fiil (sözleşme, haksız fiil vs.) gerçekleşmeden sahip olunan haklardır.[14] İradî Haklar ise ya sözleşmeden ya verasetten ya da haksız fiilden doğar. Yani bir hukuki fiil gerektirir.[15] Günümüzde Kazanılmış Hak kavramı Doğal Haklar öğretisi içerisinde ortaya konmakta olduğu için, Grotius'un beşeri hukuk anlayışıyla, adını İradî Hak koymuş olsa da Kantçı anlamda bir Doğal Hak – Kazanılmış Hak ayrımı yapması kavramın gelişiminde önemli bir dönüm noktasıdır.[16]

Immanuel Kant ise hak kavramını özgürlüğe dayandırmıştır. İrade Kuramı da diyebileceğimiz yaklaşımına göre bir kişinin bir hakkının sınırları demek onun serbest iradesiyle hareket edebileceği alanın sınırları demektir. Buna dayanarak Kant, hakları hem kaynaklarına göre ikiye hem de ortaya çıkış şekillerine göre ikiye ayırmıştır. Kaynaklarına göre haklar (1) Doğal Haklar ve (2) Pozitif Haklar'dır. Doğal haklar devlet olmasa bile insanların doğa durumunda, salt insan olmaktan kaynaklanan haklarıdır. Pozitif Haklar ise devlet mekanizmasının Doğal Hakları tanıyıp onların üzerine eklediği haklardır. Kant'ın iradeyi esas alarak içsellik dışsallık ayrımına göre yaptığı esas ayrım ise Doğuştan Gelen Haklar – Kazanılmış Haklar ayrımıdır ve bu ayrımın kaba hatları itibariyle Doğal Hak – Pozitif Hak ayrımına karşılık geldiği söylenebilir.[17] Aşağıdaki ayrımın kabaca Kamusal Haklar – Özel Hukuk Hakları ayrımına karşılık geldiğini savunan kaynaklar da vardır.[18]

Doğuştan Gelen Haklar (Türkçedeki eski tabirle *Fıtrî Haklar*[19]) kişinin hiçbir hukuki fiile bağlı olmaksızın, salt doğmuş olmakla sahip olduğu haklardır. Bunu tek bir başlık altında, Kant'ın "özgürlük" hakkı altında toplamak mümkündür. İradenin

[14] Jeppe von Platz, "Absolute Freedom of Contract: Grotian Lessons For Libertarianism", **Critical Review**, Cilt 25 Sayı 1, Taylor & Francis Group, 1 Mart 2013, s. 113-114.
[15] Grotius'un yaptığı bu ikili ayrımda Doğal Haklar'ın David Hume'daki Doğal Erdemler'e, Kazanılmış Haklar'ın ise kabaca David Hume'daki Yapay Erdemler'e karşılık geldiği söylenebilir. Doğal Haklar'ın bazıları Eksik Hak, bazıları Tam Hak olarak nitelenirken Kazanılmış Haklar'ın tamamı Tam Hak olarak nitelenmektedir. Bkz. Knud Haakonssen, **Natural Law and Moral Philosophy: From Grotius to the Scottish Enlightenment**, Cambridge University Press, 1996, s. 118.
[16] Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 19.
[17] Nicholas Bunnin, Jiyuan Yu, **The Blackwell Dictionary of Western Philosophy**, "right (Kant)", Blacwell Publishing, 2004, s. 609.
[18] Howard Caygill, **A Kant Dictionary**, Blackwell Publishers, 1995, s. 358.
[19] Rıza Tevfik, **Kamus-ı Felsefe**, Editör: Recep Alpyağıl, Doğubatı, 2005, s. 102

özgür olmasından yola çıkan Kant, Doğuştan Gelen Haklar kapsamına Masumiyet Karinesi, İfade Özgürlüğü, İnanç Özgürlüğü gibi İrade'nin gerçekleştirilmesine dair hakları da dahil etmiştir.[20] Örneğin bir kimsenin bir malı üzerindeki hakkı dışsal bir durumdur fakat köle olup olmamaya karar vermesi içsel bir durumdur ve doğuştan gelen haklar çerçevesinde ele alınır.[21]

Kant felsefesindeki anlamıyla Kazanılmış Haklar ile kast edilen ise kişinin sırf insan olarak doğmuş olduğu için değil, kendi fiilleri, kendi seçimleri sonucu sahip olduğu haklardır.[22] Kant, Doğuştan Gelen Hakların insanın kendi özüne yönelik "içsel haklar" olduğunu ifade ederken Kazanılmış Haklar'ın insanın başka kişiler dâhil etraftaki nesnelere yönelen "dışsal haklar" olduğunu ifade eder. Bunların özel hukuk hakları, özellikle eşya üzerindeki haklar olduğu söylenebilir.[23] Kant bunları birer "olanak"[24] diye niteler çünkü bu hakların her birini, sahibine diğer kişileri kendi hakkına tecavüz etmekten kaçındırma olanağı vermektedir.[25] Kant'ın yaptığı ayrımda Kazanılmış Haklar'la Doğuştan Gelen Haklar arasındaki belirgin fark ise şudur: Doğuştan Gelen Haklar herkes için aynıyken Kazanılmış Haklar kişinin hayatı boyunca yapıp ettiklerine, içinde bulunduğu koşullara, devlete bağlı olarak değişen, tüm insanlar için aynı olmayan etkenler sonucunda elde edilen haklardır.[26]

---

[20] Sagi Peari, "The Choice-Based Perspective of Choice-of-Law", **Duke Journal of Comperative & International Law**, Cilt 23, 2013, s. 495.

[21] Nitekim Hegel'in hak felsefesinde de bütünsel özgürlük, ahlaki vicdan ve din dışsaldır ve kişinin kendini bunlara yabancılaştırması mümkün değildir çünkü bunlar içsel irade edimlerden oluşmaktadır. Bkz. Frederick Copleston, "Hak Kavramı", **Felsefe Tarihi**, Cilt 7, Çağdaş Felsefe Bölüm 1c, Hegel, s. 64-65.

[22] Nimet Keser, **Kant Ahlakında Hak**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Felsefe Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002, s. 92; Mary J. Gregor, **Laws of Freedom: A Study of Kant's Method of Applying the Categorical Imperative in the Metaphysik Der Sitten**, Barnes & Noble, New York, 1962, s. 50.

[23] Peari, **Duke Journal of Comperative & International Law**, "The Choice-Based Perspective of Choice-of-Law", Cilt 23, 2013, s. 495.

[24] Almanca tabirle "Vermögen"; "imkan" tabiri de kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. Nimet Keser, **Kant Ahlakında Hak**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Felsefe Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002, s. 93.

[25] Bruce Aune, **Kant's Theory of Morals**, Princeton University Press, New Jersey, 1979, s. 148.

[26] William Poland S.J, Fundamental Ethics, Loyola University Press, Chicago Illionis, 1921, s. 99.

Kant'a göre doğuştan gelen haklar her insanın doğal olarak sahip olduğu haklardır. Kazanılmış haklara ise doğuştan sahip olunmaz; Kazanılmış Hakkın kurulması için bir eylem gerekir.[27]

Kant'ın yaptığı bu hak ayrımı zamanla meşru devletin tanımının da bir parçası haline gelmiştir ve aydınlanmacı siyasetbilimciler tarafından meşru devlet hem Doğuştan Gelen Haklar'ı hem de Kazanılmış Haklar'ı gözeten devlet olarak tanımlanmıştır. Zira Kant'a göre Kazanılmış Haklar İlkesi, insan özgürlüğünün sınırını genişletmektedir. Bunu, devletin, insan özgürlüğünün sınırlama kabiliyetini sınırlayarak yapmaktadır.[28] Bu eşleştirmeyi Hukuk Devleti ve Hukuki Güvenlik ilkesi ile Kazanılmış Hak kavramı arasındaki ilişkinin başlangıcı saymak mümkündür.

Giriş bölümünde de belirtildiği üzere Kant'ın Kazanılmış Hak kavramına verdiği bu anlam uluslararası özel hukuk dâhil hukukun çeşitli disiplinlerindeki kullanılan Kazanılmış Hak kavramından farklıdır; öncelikle bir felsefe kavramıdır fakat aynı zamanda hukuk disiplinlerindeki Kazanılmış Hak teriminin kaynağıdır.[29]

Hukukun zaman bakımından uygulanması tartışmalarına Hegelci bir bakış açısı getiren Lassalle de Kazanılmış Haklar'ın ve yazılı yasaların oluşturduğu şekli hukukun birbirlerini destekleyip güçlendirdiklerini kabul etmiştir ama yeni yürürlüğe giren bir yasa kişinin fiillerinin sonuçlarını etkilemeksizin kişinin kendisini etkilerse bunun Kazanılmış Hakları ihlal etmeyeceği için uygulanabileceğini savunmuştur. Mesela kulluğun, köleliğin kaldırılmasına yönelik bir yeni bir yasa geçmişe yürütülebilir çünkü bunlar kişinin o zamana kadar tanınmamış özlük haklarına

[27] Howard Caygill, **A Kant Dictionary**, Blackwell Publishers, 1995, s. 358.
[28] Mary J. Gregor, **Laws of Freedom: A Study of Kant's Method of Applying the Categorical Imperative in the Metaphysik Der Sitten**, Barnes & Noble, New York, 1962, s. 58.
[29] Peari, **Duke Journal of Comperative & International Law**, "The Choice-Based Perspective of Choice-of-Law", Cilt 23, 2013, s. 477; söz konusu eserde felsefi tartışmada kullanılan kavrama İngilizcede Acquired Right adı altında incelenmekte olduğu, uluslararası özel hukuk kavramının ise daha çok Vested Right adıyla ele alındığı ifade edilmektedir, ki bu konuya Mukayeseli Hukuk Terminolojilerinde Kazanılmış Hak Kavramı bölümünde ayrıntılı olarak değineceğiz.

ilişkindir. Lassalle'ye göre Pozitif Hukuk'un açık bir şekilde Doğal Hukuk hilafına getirdiği bir hukuki müesseseden Kazanılmış Hak doğması mümkün değildir.[30]

Bununla birlikte hangilerinin Doğal Hukuka uygun olduğu hangilerinin Doğal Hukuk'a olmadığını ayırt etmek zorluk yaratmıştır. Bunun sonucunda, daha sonraki otoriteler Kazanılmış Hak kavramının her yönüyle tamamlanmış olan hukuki fiillerden doğan haklarla sınırlanmasını savunmuştur[31] ve yukarıda Özel Hukuk Kavramı Olarak Kazanılmış Hak başlığında tartıştığımız klasik görüş oluşmuştur.

Hak Kuramları arasındaki çekişme de Kazanılmış Hak kavramının içeriğinin nasıl doldurulacağı sorusuna farklı yanıtlar verilmesine yol açmıştır. Kant'ın hak kavramını "olanak" ve "irade" kavramları üzerinden tanımlaması Kazanılmış Hak kavramını, hak kavramını analiz etmekte kullanılan İrade Kuramı'na endekslemiştir. Bu kurama göre hak, özellikle Kazanılmış Hak kavramının konusu olan subjektif hak "bir irade gücü", "isteme hakimiyeti" olarak tarif edilmektedir.[32] Oysa İrade Kuramı hukukun genel kabul görmüş bir kuramı değildir. Karşısında, en başta, Çıkar Kuramı vardır.

Hak kavramını çıkar üzerinden tanımlayan bu kuramın savunucularından Jhering hak kavramını farklı bir bakış açısından tanımlar. Bu tanımdan sonra, hak kavramının, kişilerin çıkarlarını korumak verdiği mücadele sayesinde şekillenmesinin en bariz görünümünün Kazanılmış Haklar olduğunu ifade eder.[33]

Özetlemek gerekirse, hukuk, beşeri nitelik kazandıktan ve özellikle Fransız ihtilalinden sonra Hukuk Devleti kavramının bu özelliği tartışılmış ve Hukuk Devleti

---

[30] Luigi Miraglia, **Modern Legal Philosophy Series III- Comperative Legal Philosopy**, İtalyancadan İngilizceye çeviren: John Lisle, The Boston Book Company, 1912, s . 315.
[31] Luigi Miraglia, **Modern Legal Philosophy**, s . 316.
[32] Doğuşu Kant'a kadar geri götürülebilecek bu görüşün başlıca savunucusu, yukarıda Devletler Özel Hukuku Kavramı Olarak Kazanılmış Hak başlığında bahsini ettiğimiz, devletler özel hukukundaki Kazanılmış Hak Kuramı'nı da ortaya atan Savigny'dir. Subjektif hak kavramın tanımı konusundaki bu ayrımın idare hukuku analizi için bkz. Guido Zanobini, **İdare Hukuku, Birinci Cilt: Umumiyet İtibarile İdari Nizam**, Çeviren: Atıf Akgüç, Sahir Erman, İstanbul, 1945, s. 174-176.
[33] Rudolf von Jhering,: **Der Kampf Ums Recht**, Viyana, 1872, s. 60.

kavramının içeriği doldurulduğça Kazanılmış Hak kavramı, Pozitif Haklar il eşanlamlı olmaktan çıkmıştır. Hukuk Devleti'nin çerçevesinin o zamandan günümüze kadar tartışıldığı süre zarfında gerçekleşen paradigma kaymaları Kazanılmış Hak kavramını da Doğal Hukuk'un bitip Pozitif Hukuk'un başladığı yeri işaretleyen bir kavram olmaktan çıkarıp pozitif hukukun Hukuki Güvenlik çerçevesinde sınırlayıcı bir ölçüsü haline getirmiştir.

B. Kazanılmış Hak Kavramının İrade Kuramı – Menfaat Kuramı Diyalektiğindeki Dönüşümü

Hak kavramının felsefi temellendirmesindeki tartışmalardan biri Savigny'nin hak teorisi ile Jhering'in hak teorisi arasındadır.[34] Jhering, hukukun edebiyat bilimi gibi sadece geçmişi incelemekle iştigal edecek bir bilim olmadığını, menfaatler çatıştıkça menfaat sahipleri arasında gerçekleşen tartışmalar sayesinde ilerleme kaydettiğini savunur. Menfaatlerin 'kazanılmış hak' haline gelmesini, menfaatler mücadelesinin şiddetinin en yüksek derecesi olarak nitelendirir.[35]

Hak kavramının felsefi temellendirmesindeki bir diğer tartışma ise objektif hak-sübjektif hak tartışmasıdır. Özellikle idare hukukunda sübjektif hak olamayacağı, kazanılmış hak kavramının ise sübjektif hakkı ifade ettiği ve bu yüzden Kazanılmış Hak terimi ile kast edilenin istikrar ilkesi olduğu, doktrinde uzun süre dile getirilmiştir ancak Danıştay'ın yerleşik içtihatlarından sonra terimin bu şekilde kullanılması yaygın kabul görmüştür. Kazanılmış Hakların birer Sübjektif Hak olarak kategorize edilmesine ve kamu hukukunda sübjektif hak olamayacağına ilişkin felsefi tartışmalara değinmekte yarar vardır.

---

[34] Beysan, **Hak Kavramının Analizi**, s. 145.

[35] Jhering eserinde "erworbener rechte" terimini kullanmıştır. Bkz. Rudolf von Jhering, **Der Kampf Um's Recht**, Viyana, 1872, s. 15; Kazanılmış Hak teriminin Almanca karşılığı olarak genel kabul gören terim ise "Wohlerworbene Rechte" terimidir. Bkz. Türk Hukuk Kurumu, **Türk Hukuk Lûgatı**, 3. bası, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991, s. 255; Bu iki terim arasındaki nüans Kazanılmış Hak teriminin eski anlamı başlığı altında incelenmektedir.

Sübjektif Hakların çıkış noktası devlet/hukuk öncesinde insanların zaten birbirlerini sınırlayan mekanizmalar olmadığına yani hakların ve özgürlüklerin esas[36], bunların sınırlanmasının ise istisna olduğuna dayanan, 18. yüzyılda revaç gören bireyselci görüştür.[37] Bu görüşe göre insanlar akıl sahibi, sağduyulu canlılardır. Her ne kadar mutluluk için her insan kendi menfaatini gözetse de bu uğurda toplumun ortak menfaatleri hilafına bencilce hareket etmenin bir fayda sağlamayacağının bilincinde, asgari bir karşılıklılık gözeterek hareket ederler. Bu durum insanların, kendi menfaatlerini gözetirken de olsa birbirlerinin hak ve özgürlüklerini tanımalarını temin eder. Medeniyet gelişip toplum yapısı karmaşıklaştıkça insanlar tarafından ortaya konan hukuk mekanizması (ve elbette devlet) haklar tesis etmez, halihazırda insanlar kullanagelmekte olduğu bu sübjektif haklara göre kurallar koyarak toplumu düzenler. Daha veciz bir ifadeyle, hukuk sübjektif hakların gözetilmesiyle oluşur.[38]

C. Mukayeseli Hukuk Terminolojisinde Kazanılmış Hak Kavramı

Kazanılmış hak kavramı Fransızcada ve Türkçede tek bir teknik ifadeyle karşılanmaktadır. Özel hukuk kavramı olmaktan kamu hukuku kavramı olmaya geçerken, genelde eşanlamlı sayılan ama aslında bu dönüşümün izlerini taşıyan alternatif adlar almıştır. Başlıca Avrupa dilleri olan Almanca ve İngilizcedeki kırılmalar, kavramın farklı bağlamlarda farklı anlamlar taşıdığını ve bazen bu farklılıkların farklı terime ihtiyaç duyacak kadar büyüdüğünü göstermektedir.

[36] Roma hukukunun "In dubio pro libertate" yani "Tereddüt halinde özgürlük lehine (hüküm verilir)" vecizesi de bu görüşü destekler niteliktedir (Bkz. Robert Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, Çev. Julian Rivers, 1. Bası, Oxford University Press, Cambridge, 2010, s. 384.
[37] Sever, **Danıştay Kararları Işığında**, s. 12-13.
[38] Müteakip "B. Hak Teorilerinde Dil Sorunu" başlığı altında inceleyeceğimiz üzere bu veciz ifadede hukuk derken kast edilen Objektif Hak'tan başka bir şey değil. Bazı Avrupa dillerinde hak kavramıyla hukuk kavramının aynı terimle ifade edilmesi sıkıntısı objektif-sübjektif ayrımıyla aşılmış olsa da bu çalışmada doğrudan Türkçenin bu konudaki terimsel zenginliğinden yararlanılacaktır.

Kazanılmış Hak kavramı Fransızcada "*droit acquis*" ifadesiyle karşılanır.[39] Bu konuda ihtilaf yoktur. Ancak Türkçedeki Kazanılmış Hak terimini bağlamına göre iki ayrı içerikte karşılayan diller vardır. Mesela Almanca hukuk terminolojisinde "*Erworbenes Recht*"- "*Wohlerworbenes Recht*" ayrımı mevcuttur ve bu ayrım İngilizcede de "*Acquired Rights*"-"*Vested Rights*" ayrımıyla eşleştirilmektedir.[40] Nitekim İngilizce hem "*Acquired Rights*" terimi hem de de "*Vested Rights*" terimi Türkçede "*Kazanılmış Haklar*" olarak çevrilmektedir.[41]

Ayrım konusu bu terimler arasındaki fark şudur: Almanca hukuk terminolojisindeki *Wohlerworbenes Recht* ile İngilizce hukuk terminolojisindeki *Acquired Right* kamu hukuku anlamında bireylerin devlet karşısında korunan kazanılmış hakkını ifade ederken Almanca hukuk terminolojisindeki *Erworbenes Recht* ile İngilizce hukuk terminolojisinde *Vested Right*, tıpkı Roma hukukundaki ius acquisitum gibi, özel hukuk terimi olarak, kişilerin kendi iradeleri olmadan elinden alınmamak üzere elde etmiş oldukları özel hukuk hakkını ifade eder; bu hak, özel kişilere karşı ileri sürülen türden haktır.[42] Nitekim Amerika İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında '*Acquired Right*' tabirinin Kazanılmış Hak anlamında kullanıldığı görülmektedir.[43]

[39] Gözler, **İdare Hukuku**, s. 1127; Türk Hukuk Kurumu, **Türk Hukuk Lûgatı**, 3. bası, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991, s. 255; Giriş bölümünde Kazanılmış Hak teriminin serencamına dair verilen kaynakların da hepsi bu tabirin 19. Yüzyıldan itibaren Fransızca "Droit Acquis" karşılığı önerilmiş olduğunu doğrulamaktadır.

[40] "Der Begriff «right» erscheint beispielsweise in verschiedenen Zusammenhängen, von «acquired right» (erworbenes Recht) bis hin zu «vested right» (wohlerworbenes Recht)" yani "Hak terimi farklı bağlamlarda 'acquired right' (erworbenes Recht) ya da "vested right" (wohlerworbenes Recht) şeklinde kullanılabilmektedir" (Bkz. Revue suisse de jurisprudence, Cilt 95, Schultess., 1999, s. 168) " (Çeviri tez yazarına aittir).

[41] Accrued Rights teriminin de Türkçeye Kazanılmış Hak diye tercüme edildiği olmaktadır ama onun tam karşılığı "Tahakkuk Etmiş Haklar"dır.

[42] Martin Otto, **Law**, Çev. Andrew Smith, ed. Barbara Dölemeyer, Institute of European History (IEG), Mainz, 2011, (Çevrimiçi) http://www.ieg-ego.eu/ottom-2010-en (3 Ağustos 2016), s. 17

[43] Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, s. 407.

Bunlara ilaveten *Vested Interest* teriminin de Türkçeye Kazanılmış Hak diye çevrildiği olmaktadır fakat bunlar da farklı terimlerdir.[44]

a. Ius Quaesitum – Ius Acquisitum Ayrımı

Kazanılmış hak anlamına gelen en eski terim bir Roma hukuku terimi olan *Ius Acquisitum*[45] ya da *Ius Quaesitum*'dur.[46] *Ius quaesitum*, bir kişinin doğmuş olan haklarıyla henüz doğmamış olan haklarını ayırt etmek için kullanılan bir terimdi. Özellikle miras hukukunda kendine kullanım alanı bulan bu terimin zıttı ius delatum'dur ve gelecekte elde edilecek hak anlamına gelir.

Ius acquisitum bir hak değil hak kategorisidir[47] ve bir hakka sahip olma halini bir hakka sahip olma imkanından/ihtimalinden ayırmak için kullanılır. Yani Roma hukuku terimi olarak kazanılmış hak, sahibinin elde etmesi, başka bir hukuki

[44] Vested Interest'i Türkçe Kazanılmış Hak yerine Kazanılmış Menfaat ya da Kazanılmış Avantaj diye karşılamak daha yerinde olacaktır çünkü Vested Interest kavramında hukuk sisteminde yaptırıma bağlanması söz konusu değildir: "When an activity has been pursued so long that the individual concerned in it have a prescriptive claim to its exercise and its profit, they are considered to have vested interest in it. When this interest is given legal sanction it becomes a vested right" [Bir faaliyet, o faaliyette bulunan kişinin zamanaşımı dolayısıyla o faaliyeti yürütme ya da ürününe sahip olma iddiasında bulunacağı kadar uzun süre boyunca devam ettirildiğinde bunlar kazanılmış menfaat haline gelir. Bu menfaat bir hukuki yaptırıma bağlandığında ise bir kazanılmış hakka dönüşmüş olur] (Çeviri tezin yazarına aittir)(Bkz. Max Lerner, "Vested Interest", **Encyclopedia of the Social Sciences**, C. 15, 15. bası, ed. Edwin R.A. Seligman, The Macmillan Company, New York, 1954, s. 240.

[45] John Austin, **Lectures**, s. 894; Günümüz hukuk İngilizcesinde kullanılan "Acquired Right" terimindeki 'acquired' sıfatı Latince 'acquisitum' ile kökteştir. Esas kavramın hukuk İngilizcesine 'vested right' şeklinde geçtiği ve 'acquired rights'ın hem bu anlamda hem daha geniş bir anlamda kullanılışı aşağıda ele alınacaktır.

[46] Peter Halkerstone, **A Translation and Explanation of the Principal Technical Terms and Phrases Used**, Edinburgh, 2. bası, 1829, s. 164; Martin Otto, **Law**, Çev. Andrew Smith, ed. Barbara Dölemeyer, Institute of European History (IEG), Mainz, 2011, (Çevrimiçi) http://www.ieg-ego.eu/ottom-2010-en (3 Ağustos 2016), s. 17.

[47] Bu terim bugünkü anlamıyla kazanılmış hak kavramını karşılamamaktadır ama bir hak türü değil bir hak kategorisi olmak açısından ona benzemektedir. Hak türü olmakla hak kategorisi olmak arasındaki farklı kazanılmış hak kavramının ayrılntılandırılacağı bölümde yapacağımız için burada aradaki farkı kısaca belirtmekle yetindik.

fiile ya da hukuki olaya bağlı olmayan ve kişinin kendi iradesi olmaksızın mahrum edilmeyeceği özel hukuk hakkını ifade eder.[48] Bu kullanımı halen mevcuttur.[49]

Bu iki Latince ifade etimolojik açıdan aynıdır.[50] Bir kaynağa göre[51] ise *Ius Acquisitum*, *Ius Quasitum*'un görünümlerinden biridir. Nitekim hukuk felsefesi tartışmalarında *Ius Quaesitum* tabirinin, doğuştan sahip olunmayıp sonradan elde edilen hakların tamamını ifade etmek için yani Doğal Hak-Sonradan Tanınan Hak ayrımında doğal hak kapsamı dışında tanınan hakları ifade etmek için kullanıldığı olmuştur.[52] Özellikle Kant'ın hukuk felsefesi makalelerinde "*Ius Quaesitum*" kavramı günümüzdeki gibi kazanılmış hak-beklenen hak ayrımındaki taraflardan birini ifade etmek için değil çok daha temel hatta hukuktan çok ahlak felsefesine ve siyaset felsefesine ait bir ayrım olarak doğuştan sahip olunan haklar ile sonradan edinilen/kazanılan haklar ayrımında ikinci gruba işaret etmek için kullanılan bir tabirdir.[53] Nitekim "Kazanılmış" sıfatı hangi felsefe terimini nitelerse nitelesin, Doğuştan Sahip Olunan'ın zıt anlamında kullanılmaktadır.[54]

---

[48] John Austin, **Lectures on Jurisprudence: Or, The Philosophy of Positive Law**, Londra, Cilt 2, 4. bası, 1873, s. 886 ve devamı; John Austin, kazanılmış hak anlamındaki "vested right" terimine eşanlamlı olarak "present right" yani "mevcut hak" tabirini de kullanır.

[49] Arthur L. Corbin, "Rights and Duties", **The Yale Law Journal**, Cilt 33, Sayı 5, 1924, s. 512.

[50] Arthur Vermeersch, Joseph Creusen, **Epitome Iuris Canonici Cum Commentariis ad Scholas et ad Usum Privatum**, 1937, s. 85.

[51] Fernando Fontoura Da Silva Cais, **Direito Processual Civil Intertemporals**, San Paulo Üniversitesi, doktora tezi, San Paulo, 2010, s. 31.

[52] Kant "Eğer sahip olduğum hak bir 'ius quaesitum' [kazanılmış hak] ise karşılığında bir vecibem var demektir" derken doğuştan gelen haklardan farklı olarak sonradan edinilen hakların karşılığının vecibe olduğuna dair bir önermede bulunmaktadır. Bkz. Immanuel Kant, Kant's Gesammelte Schriften [Toplu Eserleri], **Vorlesungen über Moralphilosophie** [Ahlak Felsefesi Dersleri], 1974, Berlin, s. 134.

[53] Kant'ın Ius Quaesitum kavramıyla beklenen-kazanılmış hak ayrımını değil doğuştan gelen-sonradan kazanılmış hak ayrımını kast ettiğine dair bkz. Edwin M. Borchard, "Governmental Responsibility in Tort, VI", **Yale Law Journal**, Cilt XXXVI, Haziran 1927, Sayı 8, s. 1070. Ayrıca Filozof Rıza Tevfik, Kesbî/Kazanılmış nitelemesinin doğu literatüründe de doğuştan sıfatının aksi anlamında kullanılan bir ahlak terimi olduğunu Sadi-i Şirazi'den ve Kınalızade Ali Efendi'den alıntı yaparak ileri sürmektedir. Sadi-i Şirazi'den alıntılanan dizelerde terbiyenin ahlak üzerine hiçbir etkisi olmayacağı, ahlakın doğuştan gelen bir yeti olduğu ileri sürülürken Kınalızade'den yapılan alıntıda insanların ahlakının kısmen doğuştan geldiği, kısmen sonradan şekillendiği savunulmaktadır. Rıza Tevfik bu dizelerdeki "cibilli" tabirinin doğuştan (fıtri) anlamına geldiğini, ülfi tabirininse çalışmamız bağlamındaki 'kazanılmış' yani sonradan edinilmiş anlamına geldiğini ileri sürmektedir. Bkz. Rıza Tevfik, **Kamus-ı Felsefe**, s. 102.

[54] Ahmet Cevizci, **Paradigma Felsefe Sözlüğü**, "kazanılmış", İstanbul, 2000, s. 551.

Kant'ın yaptığı bu ayrım Türk felsefe literatüründe de Fıtri Hak-Kazanılmış Hak ayrımı şeklinde geçmektedir.[55] Lakin hukuk pratiğinin içindeki biri için burada kullanılan Kazanılmış Hak tabirinin Türk mahkeme içtihatlarında tanımlanan kazanılmış hakla neredeyse benzer bir yanı bile yoktur. Oysa ikisi aynı kökten gelip hukuksal diyalektik içinde farklı anlamlara kavuşmuş kavramlardır.

Bu tezin söz konusu kavramı hukuk felsefesi açısından ele almasının nedenlerinden biri de görünüşteki bu tutarsızlıktır. Hukukun en temel bilimsel malzemesi olan hukuki müesseselerin içeriklerinin netliği hukukun bir sosyal bilim olarak ne dereceye kadar pozitif bilim olabileceğini göstermektedir.

Ius Acquisitum ise kişilerin edinmiş olduğu, hukuki koruma altında olan haklarıyla henüz edinmemiş, hukuki koruma altına alınmamış haklarını özel olarak ifade etmekte daha ayrıcı biçimde kullanılmaktadır.[56]

Kanımızca bu iki terim arasında Özel Hukuk ile Anayasa Hukuku bağlamı açısından bir fark yoktur. Aralarında nüans olduğunu kabul edilse de kabul edilmese de bu terimlerin kazanılmış hak kavramının özel hukuk anlamına ilişkin olduğu hem anlamı açısından açıktır hem de 1800'ler kadar yakın bir zamana izafe edilemeyecek kadar eski terimler olması bunu tarihsel açıdan imkansızlaştırmaktır. Günümüzde Kazanılmış Hak kavramının Latincesi olarak kullanılan terim sadece *Ius Quaesitum* ya da çoğulu olan Iura *Quaesita*'dır.[57]

[55] Ayşe Yalçınöz, **Kant'ın Ebedi Barış Fikrinin Temellendirilmesi**, 2014, yüksek lisans tezi, Kırklareli Üniversitesi, s. 47.
[56] Bu tür kullanım örnekleri yukarıda 1. Kazanılmış Hak Teriminin Roma Hukuku'ndaki Anlamı başlığı altında verilmiştir.
[57] Georges Kaeckenbeeck, "The Protection of Vested Rights in International Law", **British Year Book of International Law**, Cilt 17, 1936, s. 2.

b. Erworbenes Recht - Wohlerworbenes Recht Ayrımı (Almanca)

Türk Hukuk Lûgati'ne göre Müktesep Hak teriminin Almancadaki karşılığı *Wohlervorbenes Recht*'tir. Almanca hukuk kaynaklarında da *Wohlerworbenes Recht* tabiri daha teknik bir ifade olarak kullanılmaktayken *Erworbenes Recht* daha genel bir anlama sahiptir. Bu da *Erworbenes Recht*'in daha temel bir kavram olan özel hukuk anlamındaki kazanılmış hak kavramını karşılamaya, *Wohlervorbenes Recht*'in ise daha teknik ve tartışmalı bir kavram olan anayasal anlamda kazanılmış hak kavramını karşılamaya daha uygun olduğu fikrine götürmektedir. Bu iki terimden *Erworbenes Recht*'in İngilizcedeki *Acquired Right* ile, *Wohlervorbenes Recht*'in ise İngilizcedeki *Vested Right* ile eşleştirilmesine daha önce değinmiştik. Dolayısıyla, İngilizcedeki *Acquired Right-Vested Right* ayrımını analiz etmenin Almancadaki anlam sorunsalına da ışık tutacağı düşünülebilir.

c. Acquired Right – Vested Right Ayrımı (İngilizce)

Türk Hukuk Lûgati'ne göre Kazanılmış Hak kavramının İngilizce karşılığı *Vested Right*'tır. Nitekim İngilizce sözlüklerde de *Vested Right* ve hatta *Vested Interest* maddesi sıklıkla bulunmakla birlikte[58] *Acquired Right* ifadesi hukuk sözlüklerinde değil felsefe sözlüklerinde bulunmaktadır.

Tıpkı Almancada *Erworbenes Recht*'in daha genel, *Wohlervorbenes Recht*'in daha teknik bir kavram olması gibi *Acquired Right* ifadesi, ahlak ve hukuk felsefesinde kullanılırken *Vested Right* uygulamalı hukuk disiplinlerinde kullanılmaktadır[59] ve *Acquired Right*, Doğuştan Gelen Hak kavramının tersi anlamında kullanılırken *Vested Right*, kazanılması bir şarta bağlı olmayan, aranan

[58] Bunların bir kısmına C. Kazanılmış Hak Kavramının Güncel Anlamları başlığı altında değineceğiz.
[59] Devletler Özel Hukuku kaynaklarında da "Acquired Right" değil "Vested Right" teriminin söz konusu disiplinde daha geçerli olduğundan bahsedilmektedir. Bkz. Daniel Patrick O'Connell, "Economic Concessions in the Law of State Succession", **British Year Book of International Law**, Cilt 27, 1950, s. 96.

şartı gerçekleşmiş olan hakları ifade etmek için kullanılmaktadır.[60] Acquired Right, hakkın genel anlamda kazanılmış halini ifade etmekten pek öteye geçmezken *Vested Right*, özellikle Anayasa Hukuku bağlamında teknik bir terim olarak ince bir şekilde ele alınmaktadır.

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin [Supreme Court] bir kararında[61] mahkeme ana sözleşmesi Fransızca yazılmış bir özel emeklilik fonu şirketini incelerken hükümlerde geçen Fransızca "*Droits Acquis*" ifadesinin Kazanılmış Hak kavramının hangi anlamına denk düştüğünü tartışmış ve bu bağlamda *Acquired Right-Vested Right* ayrımını ele almıştır.[62]

Mahkeme, şirket ana sözleşmesi hükümlerinde kullanılan "*Droits Acquis*" ifadesinin çok genel bir anlamda kullanıldığını, teknik hukuk terimi olan '*Vested Right*' ile karşılanmasının mümkün olmadığı sonucuna varmış, '*Acquired Right*' ile karşılamanın daha doğru olacağı sonucuna varmıştır.

Mahkemenin analizinden şu sonuca varmak mümkündür: Kazanılmış Hak kavramının özel hukuktaki anlamı çok daha geneldir zira kazanılmış olmayan hakkın hak olup olmadığı dahi hukuk çerçevesinde tartışmalıdır. Olayda da söz konusu emeklilik şirketiyle katılımcısı arasında yani iki özel hukuk kişisi arasındaki bir menfaatin tespiti söz konusudur. Dolayısıyla burada kazanılmış hakkın ancak özel hukuktaki anlamı söz konusu olabilir. Nitekim sözleşmeyle hüküm altına alınan kazanılmış avantaj hukuk düzeni tarafından korunmakla bir, özel hukuk anlamında kazanılmış hakka dönüşmektedir.

Mahkeme bunu teknik anlamda kazanılmış hak saymaktan ve bir 'Vested Right' diye nitelemekten kaçınmıştır çünkü çok daha teknik olan ve bir hakkın

[60] Arnold McNair, "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", **British Yearbook of International Law,** Cilt 33, 1957, s. 16.
[61] Balderson v. The Queen (Kraliçe'ye karşı Balderson) (1898) 28 S.C.R. 261, 25 Hals. 89.
[62] Elizabeth Jean Shilton, **Gifts or Rights? A Legal History of Employment Pension Plans in Canada**, doktora Tezi, Toronto Üniversitesi, 2011, s. 70-71.

kazanılmış olmasından fazlasını ifade eden bu terim anayasal hukuk devleti ilkesiyle ilişkilidir. Her şey bir yana iki özel hukuk kişisi arasındaki menfaat çekişmesinin anayasal anlamda bir kazanılmış hak teşkil etmesi çok istisnai, hemen hemen hiç rastlanmayan bir durumdur.[63]

Anayasal haklara ilişkin bir başka İngilizce kaynakta "*Vested Right*" ile "*Acquired Right*" arasındaki fark şöyle ele alınmaktadır:

> "*Bir ad olarak 'vested' ifadesi, ihlal edilemezliğin biraz ötesine varan bir anlama sahiptir. Bununla birlikte bazen bu ifade yerine "acquired right" ibaresini kullanırız, ki bu ifade Fransızca ve Almanca hukuk terminolojisine karşılıktır (droit acquis, erworbenes Recht)…..*"[64]

Burada da *Vested Right* ifadesinin bir anayasa hukuk kavramı olduğunu yani anayasal anlamda kazanılmış hakkı ifade ettiğini çıkarabiliriz. *Acquired Right* ise daha genel bir terim kalmaktadır. Yazarın daha genel terim olarak *Acquired Right*'ı verdikten sonra Almanca karşılığı olarak *Erworbenes Recht*'i vermesi[65], Almanca terminolojinin tartışıldığı hemen yukarıdaki başlıktaki tespiti doğrular niteliktedir: *Wohlervorbenes Recht* anayasa hukuku anlamında, daha teknik bir hukuki ifade iken *Erworbenes* kazanılmış olan her hakkı nitelemek için kullanılabilen, daha özel hukuka yatkın terimdir.

---

[63] Ancak ikisi arasındaki ilişkiyi düzenleyen kanun değiştiği takdirde özel kişilerle devlet arasında doğabilecek menfaat çekişmesine karşı kazanılmış hak kavramına başvurulması gibi bir senaryoda, dava konusu menfaat iki özel hukuk kişisi arasında olduğu halde anayasal anlamda kazanılmış hak meselesi teşkil edebilir. Mecelle'den Medeni Kanun'a geçişte bu tür tasarruflar olmuştur ancak ele aldığımız Kanada Yüksek Mahkeme kararında böyle bir durum kesinlikle yoktur.

[64] Ernst Freund, **The Police Power, Public Policy And Constitutional Rights**, 1904, Chicago, s. 602; Çeviri tez yazarına aittir.

[65] Erworbenes Recht'i hem Vested Right'ın hem Acquired Right'ın karşılığı olarak öneren Devletler Özel Hukuku makaleleri de mevcuttur. Bkz. Georges Kaeckenbeeck, "The Protection of Vested Rights in International Law", **British Year Book of International Law**, Cilt 17, 1936, s. 2.

d. Droit Acquis – Kazanılmış Hak Özdeşliği

Yukarıda sayıldığı üzere İngilizce ve Almanca hukuk terminolojilerinde Kazanılmış Hak kavramını, kullanıldığı bağlama göre farklı terimlerle karşılamak mümkün olmaktadır. Fransızcada ve Türkçede ise bu ikileme rastlanmamaktadır. İngilizce hukuk terminolojisinin hem *Acquired Right* hem *Vested Right* terimi ve Almanca hukuk terminolojisinin hem *Erworbenes Recht* hem *Wohlervorbenes Recht* terimleri Fransızcada *Droit Acquis*[66], Türkçede de Kazanılmış Hak terimiyle karşılanmaktadır. İngiliz özel hukukunun yarattığı Ius Acquisitum terimini saymazsak, Latince *Ius Quaesitum* (ya da çoğul *Iura Quaesita*, *Jura Quaesita*) teriminin tek başına her bağlamda kullanılmakta olduğunu görürüz.

Terimin yukarıdaki hukuk felsefesi analizinde de belirtildiği üzere kavramın zamanla geçirdiği dönüşüm farklı bağlamlarda farklı terim ihtiyacı duyulmasına neden olacak kadar çeşitlilik içermektedir.

Felsefi anlamda Pozitif Haklar'la neredeyse özdeş olan bir kavramla özel hukukta kanun değişikliğinin geçişinde korunacak menfaatleri ifade eden kavramı farklı terimlerle ifade eden İngiliz ve Alman ekolü ne kadar haklıysa Aydınlanma Çağı'nın Hukuk Devleti anlayışı içinde doğmuş olan bu kavramın farklı boyutlarını aynı kavramın değişik hukuk dallarındaki görünümleri telakki edip hepsini aynı terimle karşılayan Fransız ve Türk ekolleri de kendilerince haklıdır.

Bu mesele, tek bir kavramı tanımlayarak ya da anlamını sıkı sıkıya sınırlandırarak çözülecek bir mesele değildir. Hukuki terimlerde karşımıza çıkan dil sorununun Kazanılmış Hak kavramına düşen payıdır. Hukukta, hukuk ve hak başta olmak üzere her terimin dildeki kullanımıyla ifadesi arasında tutarlılık inşa etmek

[66] Droit Acquis'in her iki anlamda kullanıldığına dair bir örnek için bkz. Quincy Wright, "The End of a Period of Transition", **The American Journal of International Law**, Cilt 31, Sayı 4, Ekim 1937, s., 611.

hayati niteliktedir. Kazanılmış Hak kavramının özelliği ise nispeten yeni bir kavram olmasına rağmen çeşitli hukuk anlayışları, hukuk dalları ve çeşitli dillerin hukuk terminolojilerinde çokça dönüşüm geçirerek içeriğinin belirsizliği konusunda kısa zamanda hak, hukuk gibi köklü kavramlara yetişmiş olmasıdır.

D. Hak Teorilerinde Dil Sorunu

Hak kavramının en çok tartışma yaratan özelliği gündelik dildeki kelimelerin anlamlarının esnemeye müsait olmasının yanı sıra hukuk dallarında terimselleşen kelimelerin bile her zaman aynı anlamda kullanılmayabilmesi, farklı anlamlara çekilebilmesidir. İngilizcede hak anlamına gelen "*right*" kelimesi aynı zamanda "*haklı*" ve "*doğru*" anlamlarına gelirken[67] Fransızcada hak anlamına gelen droit kelimesi ile Almancada hak anlamına gelen recht kelimesi aynı zamanda, bağlamına bağlı olarak hukuk anlamına gelmektedir. Nitekim objektif hak-sübjektif hak kavramlarının bu dillerdeki bu terminolojik açığı doldurmak üzere ortaya konmuş kavramlar olduğu söylenir.[68] Fakat yine de Objektif Hak Kuramı'na göre "Subjektif Hak" diye bir şey olmadığını göz önüne alırsak, Subjektif Hak/Hukuk terimiyle kast edilenin sadece Türkçedeki hak kavramı olmadığını anlarız. Özel hukuktaki Kazanılmış Hak kavramı subjektif hak ifade ettiği için objektif hak kuramcılarının kamu hukukunda subjektif hak olamayacağını ve dolayısıyla Kazanılmış Hak diye bir şey olamayacağını savundukları tartışmaları yukarıda İdare Hukuku'na Göre Kazanılmış Hak başlığında ele almıştık. Söz konusu tartışmada Objektif Hak

---

[67] Nitekim W.W. Buckland İngilizcede hak/haklı/doğru anlamına gelen 'right' kelimesinin İngilizcedeki en muğlak kelimelerden biri olduğunu belirtmektedir. Bkz. W.W. Buckland, Some Reflections on Jurisprudence, Cambridge University Press, Londra, 1945, s. 32.

[68] Objektif hak teriminin Türkçede "hukuk" terimiyle sübjektif hak teriminin ise Türkçede "hak" terimiyle karşılandığı, dolayısıyla bu terminolojik çatışmanın Türk hukuk terminolojisinde, en azından diğer terminolojiler kadar içselleştirilmiş ölçüde, mevcut olmadığı söylenebilir; "*Hak, objektif hak ve sübjektif hak olarak ikiye ayrılmaktadır.*

Objektif hak aynı zamanda hukuk anlamına gelmekte, sosyal düzenin korunması ve devam ettirilmesi için toplumun üyesi sıfatıyla kişilerle kişiler veya Devletle kişiler veya değişik Devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen usul ve kurallardır. Bu anlamda hak, hukuk düzenidir. Sübjektif hak ise, objektif hakkın usul ve kurallarına dayanarak hak sahibi sıfatıyla tanınmış yetkilerdir.." Türk Hukuk Lugatı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1998, s.11;

Kuramı'na ve Subjektif Hak Kuramı'na olabildiğince az atıf yapılmış olmasının sebebi de meseleyi, bu kavram kargaşasına girmeden açıklayabilmektir.

Işıktaç bu konuda "Hukukçu yorumu işin gereği olarak edebiyatçıdan çok farklı bir biçimde yapacaktır. Rasyonalizm bu bağlamda dilin, deney üstü bir boyutta kurulmasını ve yatay gelişimini arzulamaktadır. Tek yönlü ve hatta olabildiğince tek anlamlı bir dil istemektedir; oysa edebi dil oldukça metamorfik oluşu bir anlamtım ve çağrışım başarısı olarak alır….. Bu anlamda gereksinim duyulan dil, çoğu kez hatalı ve çifte anlamlı olan, günlük konuşma dilinden uzaktır. Bu dil aynı zamanda ölçülebilen, hesaplanabilen matematiksel bir dildir"[69]

"Dilin dikey boyutu ise lirik sanatsal ve derin anlatımlar yoluyla dilin alanını genişletir ancak giderek sübjektif çağrışımlara dönüşebileceği için hukuk ve benzeri alanlarda kullanım güçlüğü doğurur….. Göstergebilim, kelimenin içeriğinin anlaşılması konusunda çeşitli metotlar üreten bilim dalıdır. Göstergebilimle, kelimenin işaret ettiği şeyle içeriğinin aynı olmadığını anlarız"[70]

Kazanılmış hak kavramını felsefi açıdan doğru analiz edebilmek için bu konuda en yaygın kabul görmüş semiotik analiz yöntemi olan Hohfeld teorisine başvurmak mümkündür ve mantıksal açıdan net sonuçlar elde etmeye imkan tanımaktadır. Hohfeld hukukta farklı kavramlar için aynı terimlerin kullanılması sonucunda bu kavramların birbiriyle aynı olduğu yönünde bir yanılgı yarattığını ve birbirleriyle iç içe geçerek işlevsiz halde ifade etmiş ve bu duruma "Linguistik Bulaşma İlkesi" adını vermiştir.[71] Bunları ayırt etmenin, hukukta netlik sağlamak için şart olduğunu tespit eden Hohfeld, terimleri "Hukukun en küçük ortak katları"

[69] Yasemin Işıktaç, "Dil Yorumlama ve Hukuk İlişkisi", **Hukuk Yazıları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 24-25.
[70] Işıktaç, "Dil Yorumlama ve Hukuk İlişkisi", **Hukuk Yazıları**, s. 24-25.
[71] "Principle of Linguistic Contamination"; bkz. Wesley Newcomb Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning", Yale Law Journal, 1 Ocak 1917, s. 716.

olarak nitelendirmiştir.[72] Hohfeld'in kendisi de geliştirdiği bu göstergebilimsel şemanın hak ihtilaflarını aydınlatmak için yeterli olmamakla birlikte gerekli olduğunu belirtmiştir ve bu görüş genel kabul görmektedir.[73]

E. Hak Teorilerine Göstergebilimsel Bir Yaklaşım Olarak Hohfeldci Bakış

1. Hohfeld'in Hak Teorisi

Hohfeld[74] hak kavramı üzerindeki tartışmaları bu kavramın göstergebilimsel analiziyle aşmayı denemiştir. Analiz teorisini ortaya koymasından itibaren özel hukuk haklarının varlığını, 1990'lardan itibaren anayasal hakların varlığını tespit etmek için sıkça başvurulan bir yöntem geliştirmiştir.

Bu yönteme göre «hak» dediğimiz kavramın hiçbir anlam kargaşası yaratmayacak dört işlevi vardır: alacak[75], serbestlik[76], yetki[77] ve dokunulmazlık[78].

---

[72] Wesley Newcomb Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning", Yale Law Journal, Kasım 1913, Cilt 23, No: 1, s. 58; Bu tabir aslında bir matematik tabiridir. Matematik bilimi 0 ve 1 sayılarının var sayarak ispat yoluyla diğer sayıları ve ilişkileri tespit eder. Bu amaçla sayıları birbiriyle ilişkilendirmenin en yaygın yolu da çarpma işlemidir. Günlük hayatta kullandığımız 10'luk sistem dahi her basamağın 10'un katlarından biriyle çarpılarak ifade edilmesinden başka bir şey değildir. Hohfeld de hukuk biliminin temelini teşkil etmesini öngördüğü bu terimlerin çeşitli argüman ve ispatlarla hukuk biliminin diğer kavram ve kurallarını tespit etmeye yetecek alt yapı oluşturacağını ima etmektedir.

[73] "Hohfeld, Wesley Newcombs", **The Philosophy of Law - An Encyclopedia**,editör: Christopher Berry Gray, Garland Publishing Inc, 1999, s. 375.

[74] Wesley Newcomb Hohfeld (1879-1918) ABD'li akademisyen. Hak kavramını atomize ederek 8 ayrı anlama bölen Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning ve Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning makaleleriyle yarattığı hak analiz yöntemine, Amerikan Hukuku başta olmak üzere tüm dünyada kavramsal ikilemleri çözmek için başvurulmaktadır.

[75] Hohfeld'in 'claim' tabirini bu kelimeyle karşıladık. Hohfeld'e göre hak (right) derken en başta kast edilen bu kavram olduğu için bunun yerine doğrudan hak kelimesini kullanmak da mümkündür ancak bizim amacımız hak kavramını atomize etmek olduğu için daha dar olan terimi tercih ettik. Claim kelimesi karşılığı önerilen talep gibi alternatif terimler yerine alacak teriminin seçilmesinin sebebi aşağıda Birincil İlişkiler başlığında açıklanmaktadır.

[76] Hohfeld'in privilege (ayrıcalık) ya da liberty kelimeleriyle karşılanabileceğini öngördüğü bu kavram için biz, Hohfeld'in muhalif görüşüne rağmen ve fakat doktrindeki çoğunluk görüşe uyarak liberty kelimesini esas alarak bunu serbestlik kelimesiyle karşıladık. Bunun sebebi aşağıda Birincil İlişkiler başlığında açıklanmaktadır.

Bu dört göstergebilimsel kavramın içi doğru doldurulduğu takdirde somut olaylardaki hak ihtilaflarını analitik bir biçimde nitelendirerek tıpkı mantık önermeleri hakkında sonuca varır gibi net hükümlere varmak mümkün olmaktadır.

Bu teoriyi, sübjektif hak teorisi-objektif hak teorisi çerçevesinde incelediğimizde ihtilafı diyalektik yöntemle çözmüş olduğunu görüyoruz. Sübjektif-objektif hak çatışmasının kilit tartışması, bir kişinin karşısındaki kişiye karşı üçüncü kişiye ait menfaati korumasının hukuki olup olmadığı eksenindedir. Hohfeld analizine göre bir kişi, karşısındaki bir kişiye karşı bir menfaati, kendisinin de o menfaatin korunmasından menfaati olduğu ölçüde, alacak kapsamında savunabileceği gibi hiç mecburiyeti olmadığı halde üçüncü kişinin hakkına sahip çıkmasına hukuken elvermesi, bu davranışı serbestlik çerçevesinde hak kavramının kapsamına sokmaktadır.

Hohfeld'in teorisi irade teorisiyle hak teorisi arasında da benzer bir sentez kurmaktadır. Spontane hukuk kapsamında mücadelesi verilen bir hak, Hohfeld'in teorisine göre ilk tahlilde bir «alacak» değildir. Özel hukuk öznelerinin birbirlerinden talep edebileceği menfaat niteliğinde değil bir davranışta bulunma ya da bulunmaktan kaçınma halidir. Fakat belirsizlik halinde bu hakkın tanınması karşı taraf açısından bir serbestlik niteliğinde olabilmektedir. Daha da önemlisi, hukuk öznesinin mücadelesini verdiği fakat resmi olarak tanınmayan bir hak, Hohfeld teorisinde bir alacak-yetki çekişmesi olarak nitelendirilebilmekte, böylelikle hakların içeriğindeki ve türlerindeki dinamizmin görmezden gelinmesi açmazından kaçmak mümkün olmakta; Jhering'in Savigny'ye yönelittiği eleştiriler Hohfeldci analizde yersiz kalmaktadır.

---

[77] Hohfeld'in power terimini kullandığı bu kavramın ehliyet, iktidar gibi seçenekler yerine yetki terimiyle karşılanmasının sebebi aşağıda İkincil İlişkiler başlığında açıklanmaktadır.

[78] Hohfeld'in 'immunity' tabirinin bu kelimeyle karşılanmasının sebebi aşağıda İkincil İlişkiler başlığında açıklanmaktadır.

2. Hohfeld Atomizmi

Hohfeld'in yöntemine gerçekçilik (realizm) değil atomizm[79] adı verilmektedir çünkü felsefi atomizm kavramını ortaya atan Bertrand Russell'a göre felsefenin esaslı unsuru metafizik değil sadece mantıktır ve bu yüzden felsefe yaparken sadece tek bir anlama gelecek, ima yoluyla bile olsa farklı önermeler gerektirmeyecek, içermeyecek terimlere ve üsluba başvurulmalıdır. Zira önermelerin konusu evrendeki durumlar, olgular olmalıdır ve önermelerin parametreleri hangi durumun kast edildiğini spesifik olarak ifade edebilmelidir.[80]

Önermelerin mantık argümanı olarak kullanılmasında Hohfeld usulü analizi, öncelikle özel hukuk haklarının kişilerin hukuk ilişkisindeki pozisyonuna endeksli nitelendirmesiyle ele almak gerekir[81] çünkü anayasal hakların Hohfeld usulü analiz yöntemiyle ele alınmasında ilişkiler özel hukuk analizindekiyle paralel kurulmakla birlikte taraflar değiştiği için hak kelimesinin işlevini karşılayan uygun kelimeleri de değiştirmek gerekebilir.

3. Hohfeld Atomizminin Genel Kavramları

a. Önerme Tarzı

Hohfeld usulü analizde özne ile hukuktaki özne hemen hemen aynıdır: kişi. Kişi'yi de "hak ve borç sahibi olabilen (hak ehliyetine sahip) varlık" diye niteleyebiliriz. Bununla birlikte Hohfeld, mülkiyet hakkı gibi bazı haklarda öznenin birden çok kişi hatta belli bir kişi dışındaki herkes gibi kolektif nitelik

[79] Eski Yunancada "a-tom" bölünemez en küçük parça anlamına gelir. Fizikte nesnelerin en küçük yapıtaşlarına verilen atom kelimesi, felsefede birden çok anlam içermeyen, daha küçüğe indirgenemez en temel kavramları kullanmayı savunan anlayışa adını veren kavram olmuştur.
[80] Bertrand Russell, "The Philosophy of Logical Atomism", **The Monist**, Cilt 29, Sayı 3, s. 346, 347.
[81] Max Radin, "A Restatement of Hohfeld", **Harvard Law Review**, Cilt 51, Sayı 7 (Mayıs, 1938), s. 1164.

kazanabileceğini belirtmektedir.[82] Biz yine de ilişkilerin kolay anlaşılması ve mantık önermesi kurarken hukuki önerme niteliğindeki sadeliği de muhafaza etmek adına öznelerin çoklu değil tekli olduğu örnekler üzerinden gideceğiz ve bunlara, "etken taraf" adını vereceğiz. Nitekim Hohfeld usulü analiz üzerinde yapılan değerlendirmelerde tekli ilişkiyle çoklu ilişki arasındaki farkın ilişkiye taraf olan kişi sayısı olmadığını ileri süren otoriteler vardır; eğer ilişkinin taraflarından birinin kim olduğu belirli ise bu tekli ilişki, belirsizse, herhangi bir kimse olabilmekteyse o zaman bu ilişki Hohfeld terminolojisinde çoklu ilişkidir.[83]

Kuracağımız önermelerin yüklemleri, öznenin hak/ödev sahibi olma ya da olmama durumunu gösteren nitelemeler olacak. Bu nitelemeler aşağıda ayrıntılı anlatacağımız 8 hali (borç, serbestlik, alacak, alacaksızlık, tabiyet, muafiyet, yetki, yetkisizlik) ve nesne konumundaki diğer kişiyi (yukarıdaki bahsettiğimiz gibi, kişiler de söz konusu olabilir ama bu çalışma bağlamında tekli örneklerden gitmeyi tercih edeceğiz) içerecektir.[84] Söz konusu olan 8 hale (ki aslında hak kavramının dört göstergebilimsel hali ve özdeş yansımalarıdırlar) "ilişki", nesne konumundaki kişiye ise "edilgen taraf" adını vereceğiz.

Aşağıda örneklendireceğimiz üzere bir ilişkinin etken tarafı ile edilgen tarafı, söz konusu ilişki yerine karşıtının konmasıyla rolleri değiştirirler, zira tıpkı gramerdeki etken ve edilgen çatılarda öğeler yer değiştiği halde aynı şey söylendiği gibi[85] bizim önermelerimizde de ilişki yerine karşıtı geçtiğinde etken taraf ile edilgen

[82] Wesley Newcomb Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning", **Yale Law Journal**, 1 Ocak 1917, s. 713.
[83] Radin, "A Restatement of Hohfeld", **Harvard Law Review**, s. 1155-1156.
[84] Hohfeld'in 8 terimli analiz yöntemini söz konusu ilişki örnekleriyle birlikte ele alan ilk çalışma için bkz. Beysan, **Hak Kavramının Analizi**, s. 145; Belirtmek gerekir ki bu çalışmada Nazime Beysan'ın Türkçe terminolojisine sadık kalınmamıştır. Konuyu ele alan diğer Türkçe kaynakların da terminolojisi tercih edilmemiştir. Çalışmanın maksadı felsefi bir temellendirme olduğu için Hohfeld analiz yöntemindeki terimler, göstergebilimsel en doğru Türkçe kavramlarla eşleştirilmeye çalışılmış ve her bir eşleştirmenin gerekçesi çalışmada gösterilmiştir.
[85] "Kitap Ali tarafından okunacak" cümlesi ile "Ali kitabı okuyacak" cümlesinden biri etken öbürü edilgen çatılı olduğu için ifade farkı vardır ama mantık önermesi olarak ele aldığımızda ikisinin de aynı şeyi söylediğini yani özdeş önermeler olduğunu görürüz. Karşıt ilişkilerde yer değiştiren özne ile

tarafın yet değiştirmesi aynı önermenin farklı bir ifadesinden ibaret zahiri bir değişiklik olacak, bunlar esasen özdeş önermeler kalacaktır.

b. Birincil ilişkiler

Tablo 1: Birincil İlişkiler

Borç	←	**(edilgen karşıtlıklar)**	→	**Serbestlik**
↑		↑		↑
(bağlılaşıklar)		**(önerme çatısı)**		**(bağlılaşıklar)**
↓		↓		↓
Alacak	←	**(etken karşıtlıklar)**	→	**Alacaksızlık**

Hohfeld'in birincil ilişkileri kişiler arasında mevcut hukuki ilişkinin kişileri hangi konuma getirdiğine ilişkindir. Bağlılaşıklık[86] iki kavramla oluşturulan karşılıklı önermeler arasındaki özdeşliği[87] ifade eder. Dolayısıyla, ilişki ve ilişkinin konusu olan davranış tektir fakat ilişkinin iki tarafı açısından bu davranışın adlandırılışı farklıdır; aynı davranışa etken olan taraf 'alacak' adını verirken öbür (edilgen olan) taraf 'borç' adını vermektedir. Mesela A'nın B'ye ait bahçedeki çimleri biçmesi davranışı A ile B arasındaki ilişkinin tek nesnesidir fakat A kendi edilgen konumundan ötürü bu davranışa borç adını verirken B kendi etken konumundan ötürü aynı davranışa alacak adını vermektedir.

---

nesne de buna benzer bir göstermelik rol değişikliğine gitmekte ama aslında ilkine özdeş bir önermeden başka bir şey sunmamaktadır. O yüzden gramerdeki etken/edilgen mukayesesini burada da kullanmayı uygun bulduk. İngilizce üzerinden yapılmış benzer bir örnekleme için bkz. Allen Thomas O'Rourke, "Hukuk Biliminde Kuşkudan Kurtulmak: Anayasa Hukukunun Hohfeld Usulü Analizi" [Refuge From Jurisprudence of Doubt: Hohfeldian Analysis of Constitutional Law], Çeviren Burçin Aydoğdu, **Hukuk Kuramı**, C. 2, Sayı 3, s. 45-66, Mayıs-Haziran 2015, http://www.hukukkurami.net/editor/Sayi_9/09_05_orourke.pdf (Çevrimiçi) 11 Mart 2016.

[86] M. Tevfik Özcan "bağlılaşıklık" terimi yerine "ilişkisellik" terimini kullanmaktadır. M. Tevfik Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, VII. Levha, 1. Bası, Temmuz 2008, s. 108.

[87] Özdeşlik eşitlikle karıştırılmamalıdır. Eşitlik en az iki "şey" arasındaki benzerlikle ilgilidir. Özdeşlikte ise ilişki bir şeyin kendisiyle ilgilidir. Mantık ilkeleri içinde başat olan özdeşlik ilkesi bir şeyin kendisi oluşunu vurgulayarak kavramları netleştirir ve düşünme değerlendirme olanağı verir. Bkz. Yasemin Işıktaç, "Hukuk Mantık İlişkisi", **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması**, 2. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 69.

Duty kelimesinin sözlüklerde en başta gelen karşılığı ödev ve vecibe kelimeleridir. Nitekim *right-duty* ikilisi Türk sosyal bilimler literatüründe ve özellikle hak kavramına ilişkin hukuki ve sosyolojik kuramlarda çoğunlukla hak-vecibe ya da hak-ödev terim çiftiyle karşılanmıştır. Fakat hukuk felsefesinde, özellikle Kant'ın Ahlaki yükümlülüklerle hukuki yükümlülükleri ayırt etmek için kullandığı *Pflicht* kavramı, İngilizcedeki *duty* kelimesine Türkçe *borç* karşılığını kullanmak için sağlam bir emsal teşkil etmektedir.

Kazanılmış Hak kavramının Kant'ın ahlak felsefesinden doğmuş olduğu yukarıda belirtilmişti. Hohfeld atomizmi, tekrar Kazanılmış Hak kavramının analizinde kullanılacağı için Kant'ın kullandığı bu kavramın *Pflicht* kavramının İngilizcede '*duty*' ve Türkçede '*borç*' terimleriyle karşılanması önem taşımaktadır. Kant, Doğuştan Gelen Hak-Kazanılmış Hak ayrımını da yaptığı Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi) eserinde *Pflicht* kavramını hem ahlaki hem hukuki borç anlamında kullanmaktadır.[88] *VollKommene Pflicht* kavramı "*Tam Borç*" anlamına gelmektedir ve bununla hukuki borç kast edilmektedir. Bu kavramın İngilizcedeki karşılığı "*Perfect Duty*"dir.[89] Kant'ın hukuki borç için kullandığı terimin Türkçesinin Tam Borç, İngilizcesinin '*Perfect Duty*' olması kazanılmış hak kavramının felsefesi temellendirilmesi bağlamında *Duty* kelimesinin en uygun karşılığının Borç olduğunu göstermektedir.

Sağlama yapmaya devam edecek olursak; Kant'ın ahlaktan doğan borçlar için kullandığı terim *Unvollkommende Pflicht*'tir. Kant bu terimle, kişilerin ifa etmeye hukuk tarafından zorlanamayacakları ama ifa ettikleri takdirde ahlaki bir borcu yerine getirmiş olduğu için karşı tarafa sebepsiz kazandırımda bulunmamış

[88] Immanuel Kant, **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**, editör: Johann Friedrich Hartknoch, Riga, 1786, s. 53.
[89] Routledge Encyclopedia of Philosophy, "Kantian Ethics", editör: Edward Craig, Routledge, 1998, s. 201.

sayıldığı halleri ifade etmektedir. Türkçe *Eksik Borç*[90] terimiyle karşılanan bu kavram için İngilizcede '*Imperfect Duty*' terimi kullanılmaktadır.

Kant'ın Almanca terminolojisinin dolanıldığı İngilizce ve Türkçe mukayesesine ilaveten, İngilizce ile Türkçe karşılıklar arasında doğrudan bir mukayese yapmak adına şunu da belirtmek gerekir ki "Borçlar Kanunu"nun adı başta olmak üzere Türk hukuk literatüründe kullanılan Borç teriminin İngilizcede geniş kabul gören karşılığı "*Obligation*" kelimesidir.[91] Borç kelimesinin hâlihazırda *Obligation*'ın yaygın bir karşılığı olarak kullanılmaktayken Hohfeld usulü analizdeki *Duty* kelimesinin karşılığı olarak kullanılmasında yanlışlık yokturr çünkü İngilizce hukuk sözlüklerinde Hohfeld'ci *Duty* teriminin *Obligation* ile aynı anlamı taşıdığı açıkça belirtilmektedir.[92] Bu anlam ilişkilerinin de gösterdiği üzere, Hohfeld *right* kelimesini çok geniş bir kavram kabul ederek birincil ilişkinin etkin konuma alacak sahibi olmayı yakıştırmıştır ve borç ile alacak tam karşı karşıya düşen kavramlardır.[93] Birincil ilişkinin edilgen tarafının konumuna verilecek olan ad etken tarafın konumuna verilecek olan adın bir bakıma karşıtı bir bakıma aynısı olmalıydı. Birincil ilişkinin etken tarafının konumuyla edilgen tarafının konumu her biri için öbürünün konumunun zıttı, dışarıdan bakan biri için ise birinin konumu olmazsa diğerinin konumu var olmayacak derecede aynısı olmalıydı. Alacak terimini bu bağlamda en iyi karşılayan terim borçtur. Nitekim medeni hukukta ve dolayısıyla özel hukukun genelinde ve Türkçe genelinde de borç ile alacak terimleri sadece para

---

[90] Türk hukuk literatüründe Eksik Borç terimi yerine Doğal Borç terimi de kullanılmaktadır. Bu, Roma hukukundaki Obligatio Civilis – Obligatio Naturalis ayrımından gelir. Roma hukukunda da doğal hukuktan doğduğuna inanılan ahlaki borçlar dava edilemez ve bunlara Doğal Borç denirdi. Hukuki açıdan korunan borçlara ise Medeni Borçlar anlamında Obligatio Civilis denirdi. Bkz. Haluk Emiroğlu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, "Obligatio Naturalis Olarak Doğan Borçlar", C. 51, Sayı 4, 2002, s. 74. Bu tür borçlara doğal borç denmesi, ahlaktan kaynaklanmaları ve Doğal Hukuk öğretisi çerçevesinde hukuk tarafından sınırlı da olsa korunmaları açısından tutarlıdır. Söz konusu sınırlı hukuki koruma, bu borçlar ifa edildiğinde geri istenmesinin sebepsiz zenginleşme kapsamında bir kazandırım sayılmamasıdır.

[91] Bir önceki dipnotta belirttiğimiz üzere Roma Hukuku'nda Doğal Borç ve Medeni Borç kavramlarının karşılığı olarak borç anlamında kullanılan kelime obligatio'dur ve özel hukukta borç anlamına gelen İngilizce Obligation kelimesinin Roma hukukuna dayanan köklerine işaret eder.

[92] Nicholas Bunnin, Jiyuan Yu, **The Blackwell Dictionary of Western Philosophy**, "right (Kant)", Blacwell Publishing, 2004, s. 609.

[93] "Alacak kavramının mukabili borçtur" (Bkz. Fazıl Uluocak, "Alacak", **Türk Hukuk Ansiklopedisi**, Cilt I, editör Yaşar Kayserili, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1962, s. 675).

borcunu değil aynı zamanda verme ve yapma ve hatta yapmama yükümlülüğünü içerir.[94] Çalışmada tercih edilen borç-alacak ikilisinin hak-ödev ikilisine kıyasla kullanışlı olmasının üçüncü nedeni ise Hohfeld'in bu terminolojiyi öncelikle özel hukuk çerçevesinde kullanmak üzere tespit etmiş olmasıdır.

Hukuk çerçevesinde bir talepte bulunulması fakat bu talep maddi hukukta destek bulamadığı için hukuki destekten yoksun kalacak olması '*claim*' kelimesini talep değil *alacak* terimiyle karşılamamızdaki en temel sebeptir çünkü talep, karşılığında sunu/arz varsa tatmin edilen, karşılığında arz/olmadığı takdirde tatmin edilemeyen istekleri ifade eden bir ekonomi terimidir. Alacak ise hukuk tarafından korunan ve sadece para değil her tür verme ya yapma edimini de içerebilen menfaat isteğidir.[95] Her talebin varlığı karşı tarafta borç bulunduğunu göstermez ama bir taraf için alacağın söz konusu edilmesi hak ilişkisinin öbür tarafı için borcun söz konusu edilmesiyle aynı şeydir.

Bu bağlamda borç ile alacak adı verilen birbiriyle bağlılaşık kavramlar arasında etki-tepki, sebep-sonuç ilişkisi yoktur. Hatta bunlar için 'eşzamanlı' demek bile doğru olmaz çünkü bunları aynı tek davranışı ifade eder; farklı adlandırmanın arkasında sadece ilişkinin taraflarının sübjektif konumları vardır. O kadar ki, bu kavramlar arasında söz konusu olanın bağlılaşıklık değil tek kelimeyle 'özdeşlik' olduğunu savunan müellifler mevcuttur.[96] Tıpkı aynı haber cümlesini etken ve edilgen çatıyla söylediğimizde özneyle nesne yer değiştirdiği halde aynı durumu

[94] "Bir kişinin diğer bir kişiden halen yahut ileride kendisine bir şey vermeye veya bir şey yapmaya veya yapmamaya zorlama yetkisi veren haktır" (Uluocak, "Alacak", **Türk Hukuk Ansiklopedisi**, s. 675); Belirtelim ki borç-alacak kavramlarının bu kapsamı özel hukuk için geçerlidir, Türkçenin genelinde de geçerli olabilir ancak, mesela muhasebede geçerli değildir. Muhasebede borç-alacak dendiği zaman mesela yapmama borcu bunun içine girmez (Bkz. Uluocak, "Alacak", **Türk Hukuk Ansiklopedisi**, s. 677).

[95] Türk Hukuk Lügatı'nda Alacak terimi İngilizcedeki Claim kelimesinin karşılığı olarak verilmiş ve şöyle tanımlanmıştır: "Bir kimsenin diğer birini ya halen veya ileride bir şey yapmağa veya yapmamağa veyahut da kendine bir şey vermeye icbar eylemesi hakkı. Bunun zıddı 'borç'tur" (Türk Hukuk Kurumu, **Türk Hukuk Lügatı**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1956, s. 12).

[96] Radin, "A Restatement of Hohfeld", **Harvard Law Review**, s. 1150, 1163. Müellif burada ilişkiyi 'correlative' yerine 'identical' diye nitelemeyi doğru bulmaktadır.

bildiriyor olmamız gibi burada da tarafların nitelemesinden bağımsız olarak tek bir davranış söz konusudur.

Aynı şey serbestlik konumu ile alacaksızlık konumu için de geçerlidir. A ile B arasındaki bir ilişkide A'nın belli bir davranışta bulunma serbestliğine sahip olması B'nin A'nın o yönde davranması konusunda bir alacağa sahip olmamasıyla aynıdır; söz konusu davranış A için bir serbestlik oluştururken B için bir alacaksızlık oluşturmaktadır. Ne alacaksızlık serbestliğin ne de serbestlik alacaksızlığın sebebi ya da sonucudur. Bu bağlılaşık konum adları, aynı ilişkiye, ilişkini iki tarafı nazarında verilen farklı isimlerden ibarettir.

Liberty terimini Türkçe serbestlik -serbesti ve azadi terimleri de vardır ama güncel Türkçede pek yerleri yoktur ve Serbestlik terimiyle aralarında kayda değer bir fark mevcut değildir- terimiyle karşılamak mümkün olduğu gibi özgürlük/hürriyet terimleriyle de karşılamak mümkündür.

Karşıtlıklar ise başka bir kişi ile birincil hukuki ilişkisi olan bir kişinin söz konusu iki konumdan ya birine ya da öbürüne sahip olacağını gösteren bir nitelendirme. Örneğin alacak konumu ile alacaksızlık konumu karşıttır. Dolayısıyla bir davranışın lehtarı olan bir kişinin o davranış karşısındaki konumu ya alacaklılıktır ya da alacaksızlıktır. Her ikisi birden olamayacağı gibi bunlardan hiçbiri olmaması da mümkün değildir.

Söz konusu olan A'nın bahçesindeki çimlerin biçilmesi ise burada etken A'dır ve A ya alacak sahibidir ya da alacaksızlık konumundadır. Karşısındaki B de ya borçlu konumundadır ya da serbestlik konumundadır. Her ikisi birden olması mümkün değildir. Eğer A ile B arasındaki davranış B'nin çimleri biçmemesine dairse o zaman da çimleri biçmemek B'nin borcu ya da serbestliğidir. Ve çimlerinin

biçilmemesi A'nın ya alacağıdır ya da alacaksızlık konumunda olduğu bir davranıştır.

c. İkincil İlişkiler

Tablo 2: İkincil İlişkiler

Tabiyet	←	**(edilgen karşıtlıklar)**	→	**Muafiyet**
↑		↑		↑
(bağlılaşıklar)		**(önerme çatısı)**		**(bağlılaşıklar)**
↓		↓		↓
Yetki	←	**(etken karşıtlıklar)**	→	**Yetkisizlik**

İkincil ilişkilerde ise bir hukuki ilişkinin değiştirilmesi konusunda kişilerin sahip olduğu konumlar ele alınmaktadır.

Yetki sahibi olmak, hukuki ilişkide değişiklik yapma kabiliyetini ifade eder. Bu bazen fiil ehliyeti sahibi olmak şeklinde, bazen kanun koyucu olmak şeklinde ve bazen yargı erkinin tasarrufu şeklinde tezahür edebilir. Burada taraflar bir hukuki ilişkinin öngördüğü davranışın yerine getirilmesindeki konumlarına göre değil bir hukuki ilişkinin değiştirilmesindeki konumlarına göre nitelenmektedirler. Bu itibarla yetkililiğin sahibinin karşısında tabiyet[97] vardır. Bir başka ifadeyle, bir hukuki ilişkinin yapısının değiştirilmesi davranışının birbirine bağlılaşık iki tarafı vardır. Taraflardan birinin yetki sahibi olması öbürünün bu konuda onun yetkisine tâbi olmasını ifade etmektedir. Tıpkı birincil ilişkilerdeki gibi burada da yetki ile tabiyet arasında bir sebep-sonuç ilişkisi değil özdeşlik vardır; tek bir olgunun iki tarafta yarattığı konumların sübjektif nitelemesi söz konusudur ama birinin hukuki ilişkiyi

[97] Tabiyet kelimesi bu çalışmada devletlerin kişiler ya da kurumlar üzerindeki hegamonyasını değil, iki hukuk öznesinden birinin davranış kalıplarının öbürüne bağlı olması anlamında yani genel anlamda kullanılmaktadır.

değiştirmesi ve öbürünün o değişikliğe tabi olması dışarıdan bakınca aynı tek olaydır.

Power terimini Türkçe güç, iktidar, kudret ve ehliyet terimleriyle karşılamak da mümkündür. Güç ve kudret terimleri hukuktan çok fizik çerçevesinde kullanılan terimlerdir. Bunların hukuktaki kullanımı da fizik çerçevesindeki anlamın mecazından başka bir şey değildir. İktidar terimi aslında kamu hukuku bağlamındaki hak analizlerinde yetki kelimesinden daha iyidir ancak biz hem kamu hukuku bağlamda eğreti durmayacak hem de Hohfeld'in terminolojiyi kurarken esas aldığı özel hukuk bağlamında da anlam ifade edecek bir terim tercihi yaptık. İktidar terimi kamu hukuku anlamında, ehliyet terimi ise özel hukuk anlamında söz konusu kavramı ifade etmek acısından daha iyiydi. Her ikisini birden karşılayan ve hukuk terminolojisine özgü olan en uygun terim ise yetki olduğu için bu çalışmada yetki terimi tercih edilmiştir.

Bu iki konumun karşıtları ise muafiyet ile yetkisizliktir. Bir kişi bir hukuki ilişkiyi değiştirmek konusunda eğer yetkili değilse onun yetkisiz olması gerekir. İkisi birden olamayacağı gibi ikisinin hiçbiri olmaması da mümkün değildir. Hukuki ilişkideki değişikliğin edilgen tarafı için de eğer bir tabiyet söz konusu değilse bir muafiyet söz konusudur.

Belirtelim ki birincil ve ikincil hukuki ilişkilerde etken konumlar (alacak, alacaksızlık, yetki ve yetkisizlik) ile edilgen konumlar (borç, serbestlik, tabiyet ve muafiyet) aynı fiilin değişen öznelerinden başka bir şey olmadığı için dilbilgisi üzerinden yapılan bir analojiyle nitelenmektedir. Dilbilgisinde de etken bir cümlenin öznesi, edilgen bir cümleye çevrildiğinde nesne haline gelebilmekte ve o zaman etken cümlenin nesnesi de öznenin yerine geçebilmektedir. Oysa fiil yine aynı fiildir. Örnek vermek gerekirse:

Tablo 3: İlişki Dereceleri

Etken taraf	**Davranış**	**Edilgen taraf**	**İlişki Derecesi**
A	**A'nın çimlerini biçmek**	**B**	**(birincil)**
A	**Çimleri biçme ilişkisinde değişiklik yapmak**	**B**	**(ikincil)**

Burada A etken taraf olduğu için ya davranış konusunda alacak sahibidir ya da alacaksızlık sahibidir. A'nın söz konusu davranış konusunda alacak sahibi olması B'nin aynı davranış konusunda borç sahibi olmasıyla aynı durumdur. A'nın alacaksızlık konumunda olması ise B'nin aynı davranış konusunda serbest olmasıyla aynı durumdur.

İkincil ilişkide ise A etken taraf olarak ya bu ilişkide değişiklik yapmak konusunda yetki sahibidir ya da A'nın yetkisizliği söz konusudur. A'nın yetki sahibi olması, B'nin o yetki karşısındaki tabiyetinin bir ifadesidir. A'nın yetkisizliği ise B'nin A karşısındaki muafiyetinin bir ifadesidir.

Fakat bu ilişkinin tarafları her zaman çim biçme örneğindeki A ile B'den ibaret olacak kadar sade değildir. Bazı hukuki ilişkilerde bir kişinin birden çok kişiye karşı etken konumu ve birden çok kişinin edilgen konumu söz konusu olabilmektedir.

Hohfeld, özel hukukta kişisel hak ve ayni hak şeklinde yapılan ayrımın odak noktasını eşyadan kişilere kaydırarak bu ayrımdaki farkın hakkın hedefinde değil nesne üzerindeki davranışın etken ve edilgen taraflarındaki çoğullukta olduğunu ileri sürmüştür.

Hohfeld'in şahsi hak ile ayni hak arasındaki ayrıma kendi atomizmi üzerinden getirdiği bakış açısıyla yaptığı bu tek kişili edilgenlik, çok kişili edilgenlik ayrımını özel hak ilişkilerinde ve kamusal hak ilişkilerinde farklı biçimde ele alarak kazanılmış hak kavramının vazgeçilmez nesnesi olan kamusal hakların Hohfeld atomizmindeki çerçevesini çizmek mümkündür.

4. Özel Hukukta Hohfeld Usulü Analiz

Hohfeld hukuki ilişkileri sınıflandırırken şahsi hak-ayni hak ayrımını, ilişkileri mantık argümanına dönüştürmek açısından sakıncalı bulmaktadır. Ona göre birel (*Pautical*) hak ve çoklu (*Multital*)[98] haklar vardır. Dolayısıyla şahsi haklar birel haktır; sadece bir kişi tarafından öbür kişiye karşı ileri sürülebilirler. Ayni hak ise eşyaya bağlı olarak tanımlanmaması gereken, eşya üzerinde hak sahibi olan kişinin bu hakkı birden çok kişiye karşı aynı anda ileri sürebiliyor olmasına dayanarak nitelendirilmesi gereken bir hak; bir çoklu haktır. Eğer diğer kişiler söz konusu olmazsa bir kişinin eşya ile ilişkisinin hukuki bir yönü yoktur çünkü eşya bir hukuk süjesi değildir ve bu yüzden hak nitelendirmesi yaparken esas almak için yetersiz bir ölçüttür.[99]

a. Birincil İlişkiler

(1) Alacak/Hak (*Claim*/*Right*) Borç (*Duty*) Ayrımı

[98] Pautical ve Multital kelimeleri İngilizcede Hohfeld'den önce var olmayan kelimelerdir. Hohfeld analiz yönetimini açıklayabilmek için böyle bir neolojizme başvurmuştur. Göstergebilimin atomist kaygıları açısından bu, anlaşılabilir bir tutumdur. Bkz. Radin, "A Restatement of Hohfeld", **Harvard Law Review**, s. 1155.

[99] Wesley Newcomb Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning", **Yale Law Journal**, 1 Ocak 1917, s. 712 ve devamı.

Bir özel hukuk kişisinin bir diğer özel hukuk kişisine karşı sahip olduğu hak en temel haliyle bir alacaktır. Hohfeld'e göre bunlar o kadar yakındır ki hak (*right*) ile alacak (claim) kelimelerini bu semiyotiği ifade ederken birlikte kullanmıştır.[100] Tabii hak kavramının burada ele alınacağı anlamıyla 'alacak' gibi dar bir kavrama hapsedilmesi tepkiyle karşılaşmıştır çünkü o zaman "İnsanın istediğini yapma hakkı", "insan hakları", "temel haklar" gibi birçok kalıp anlamsız hale gelir gibi görünmektedir.[101] Biz ise hak kavramının serbestlik gibi farklı semiyotiklerinden net bir biçimde ayırabilmek için sadece alacak (*claim*) terimini kullanacağız.[102] İlişkinin taraflarından birinin öbürüne karşı alacak sahibi olması, göstergebilimsel açıdan ilişkinin öbür tarafının o kişiye karşı borç sahibi olmasıyla tek ve aynı şeydir. Taraflardan birinin ilişkideki pozisyonu borç niteliğinde değilse, karşısındakinin pozisyonu da alacak niteliğinde değil demektir. Burada söz konusu olan illaki para borcu/alacağı değildir. Bir eşya verme, bir iş yapma ve bir iş yapmama edimleri de pekâlâ borç/alacak ilişkisinin konusu olabilir. Birel hak örnekleri verelim:

Eğer B 100 Dolar karşılığında A'nın çimlerini biçmeyi kabul ederse B'nin çimleri biçmesi B'nin borcu, A'nın ise alacağıdır (hakkıdır). Diğer edim yönündense A'nın B'ye 100 Dolar vermesi A'nın borcu, B'ninse alacağıdır (hakkıdır).

Bir başka örnek verelim. Bir kişinin hizmet sözleşmesinden doğan iş yapma yükümlülüğü onun için borç, karşı taraf için alacaktır. Buna paralel olarak işveren için işçiye para ödemek borç; söz konusu para işçi için ise alacaktır. Borç-Alacak ilişkisinde çoklu hak örneği ise şöyledir:

[100] Hohfeld'in terminolojisini bütünüyle ve örneklemeleriyle Türk hukuk literatürüne ilk kazandıran, Nazime Beysan'ın hukuk felsefesi eseridir; Bkz. Beysan, **Hak Kavramının Analizi**, s. 12.
[101] Radin, "A Restatement of Hohfeld", **Harvard Law Review**, s. 1149.
[102] Hohfeld atomizmini Türk hukuk literatürüne ilk kazandıran M. Tevfik Özcan claim kavramını Türkçe talep kelimesiyle karşılamıştır; bkz. Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, s. 108. Nazime Beysan da claim kelimesinin Türkçe karşılığı olarak 'talep' kelimesini kullanmaktadır; bkz. Beysan, **Hak Kavramının Analizi**, s. 30. Biz ise bu terimi alacak kelimesiyle karşılamayı uygun bulduk.

Eğer A, bir gayrimenkul üzerinde mülkiyet hakkına sahipse diğer her kişi o gayrimenkule taşan (mütecaviz) inşaat yapmamakla yükümlüdür. Dolayısıyla gayrimenkulüne taşan inşaat yapılmaması A'nın alacağıdır (hakkıdır), geri kalan herkesin ise borcudur.

Benzer şekilde, eğer A bir arazi üzerinde mülkiyet hakkı sahibi ise o arazinin altına ulaşacak tünel kazmamak ya da üst hakkını sınırlayacak komşu bir balkon vs. yapmamak da diğer her kişinin borcu, A'nın ise bu konudaki alacağıdır.

Çoklu hak bağlamında belirtmek gerekir ki Hohfeld'in bu yaklaşımı mülkiyet hakkı anlayışında önemli bir katkı olmuştur. Mülkiyet hakkının tek bir hak değil bir haklar demeti (bundle of rights) olduğu, analitik bir yolla gösterilmiştir.

Görüldüğü üzere Hohfeld'in spesifik olarak '*claim*' adını verdiği bu konum, bir kişinin diğer kişilere karşı sahip olduğu ödeme, verme, yapma ve yapmama borçlarını talep etme hakkını ifade etmektedir. Hukuk terminolojisinde ödeme, verme, yapma ve yapmama yükümlülüğünü en geniş kapsamıyla ifade eden terim borç terimidir. Borçluluk konumun karşı tarafına ise alacaklılık adı verilmektedir. Nitekim talep, daha çok bir ekonomi terimi olarak, arz edenin karşılayacağı ya da karşılamayacağı, dolayısıyla boşa çıkması ihtimali de olan bir isteği ifade ederken alacak kavramı karşı tarafın elindeki imkanların sınırından bağımsız olarak sahip olduğu borçluluk konumunun karşı taraftaki yansımasıdır.

(2) Serbestlik (*Privilege*/*Liberty*) Alacaksızlık (*No-Right*) Ayrımı

Bir özel hukuk kişisinin yükümlü olmamakla birlikte karşı taraf menfaatine bir menfaat temin etmesi, mesela para vermesi, eşya vermesi, onun için bir iş yapması ya da yapmaktan kaçınması bu kapsamdadır. Aslında hakkın bu iki

görünümü arasındaki farka Hohfeld'den önce Jeremy Bentham tarafından da değinilmiş, hatta Bentham bu bağlamdaki 'alacak' kavramını 'kazanılmış hak' (*vested right*) diye nitelendirmiştir[103] fakat Bentham'ın kazanılmış haktan kast ettiği, bu terimin ilk başta aradan çıkardığımız eski anlamına atfen yapılmış bir nitelemedir ve daha önemlisi, Bentham bu ayrımı yaparken bunları bağlılaşıklarıyla ve karşıtlarıyla ele almadığı için tam anlamıyla bir hak analiz yöntemi geliştirmiş olduğu söylenemez.[104] Hohfeld, 'alacak'tan ayrılan bu göstergeyi ayrıcalık (*privilege*) diye adlandırmıştır.[105] Fakat Hohfeld'den sonra doktrinde yaygın bir şekilde serbestlik (ya da özgürlük) (*liberty*) terimini kullanmıştır.[106]

Hohfeld bu kavramı *privilege* (ayrıcalık) terimiyle mi yoksa *liberty* (serbestlik/özgürlük) terimiyle ifade etmek gerektiğini kendi çalışmalarında da tartışmıştır.[107] Hohfeld serbestlik teriminin belli bir dar anlamının kendisinin ayrıcalık terimiyle kast ettiği kavramı karşıladığını, emsal niteliğindeki bir karardan yaptığı alıntı ışığında aşağıdaki gibi açıklamaktadır:

> *"Vurgulanan hususa ilişkin olarak Lord Lindley'in meşhur Quinn v. Leathem davasında izlediği gerekçelendirme üzerine bir yorum yapmakta fayda var:*

---

[103] Jeremy Bentham, "Pannomial Fragments", **The Works of Jeremy Bentham Part IX**, Derleyen/Editör John Bowring, Edinburgh, 1839, s. 218.

[104] Anthony Dickey, "Hohfeld's Debt To Salmond", **Western Australian Law Review**, Cilt 10, 1971, s. 59.

[105] Nitekim M. Tevfik Özcan ve Nazime Beysan eserlerinde Hohfeld'in kendi terminolojisine sadık kalarak 'ayrıcalık' tabirini kullanmışlardır. Bkz. Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, s. 320; Beysan, **Hak Kavramının Analizi**, s. 30.

[106] Bu tabiri ilk olarak Glanville Williams önermiştir. Bkz. Glanville Williams, "The Concept of Legal Liberty", Columbia Law Review, Cilt 56, Sayı 8, Aralık 1956, s. 1133. Hohfeld'in bu tabiri kullanmama nedeni hukuk terminolojisine ait olmamasıdır. Kanımızca bir semiyotik sadece günlük dildeki anlamından değil terminolojik anlamından dahi soyutlanarak sınırları mantık bilimiyle çizilebilen kavrama indirgendiği için terim seçiminde Hohfeld sonrası müelliflerin yolunu izleyerek serbestlik terimini kullanmakta teknik bir sakınca yoktur. Bu yüzden yazının devamında serbestlik tabirini kullandık.

[107] Wesley Newcomb Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning", **Yale Law Journal**, Kasım 1913, Cilt 23, No: 1, s. 36 ve 37.

"Davacı Britanya vatandaşlarına tanınmış olan olağan haklara sahiptir. Geçimini kendi istediği gibi temin etme serbestliğine sahiptir ama ona yasak koyan bazı özel yasaları ihlal etmemesi ve diğer kimselerin haklarına tecavüz etmemesi şarttır. Bu serbestlikte, kendisiyle ilişki kurmak isteyen diğer kişilerle ilişki kurma serbestliği söz konusudur. Bu serbestlik hukukun tanıdığı bir haktır; bunun bağlılaşığı ise herkesin onun bu serbestliğine engel olmama genel borcu altında olmasıdır; yeter ki onun hareket serbestliği, bu tür bir engellemeyi makul surette sonuçlamasın. Ancak diğer kimseler o kimseyle ilişki kurmak konusunda tercih hakkına sahip değillerse o kişinin serbestliği ya da başkalarıyla ilişki kurma hakkı anlamını kaybeder. Başka insanların o kişiyle ilişki kurma konusundaki serbestliklerine yönelik her tür müdahale o kişinin kendisini etkilemektedir'

Bir hukuki ilişki olarak ele aldığımız "serbestlik" (ya da aynı terimin daha gevşek ve geniş hali olarak "hak") eğer kesin bir anlamı varsa, ayrıcalıkla tıpa tıp aynı anlama gelmelidir ve yukarıda alıntılanan paragrafta geçen serbestlik teriminin 3 defasında da kullanılan dar anlamına sahiptir. Daha önce belirtildiği üzere başkalarıyla istediği zaman ilişki kurma yönünde bu nitelikteki bir ayrıcalık ya da serbestlik belli türden müdahalelere ilişkin olarak "üçüncü kişiler"e karşı eşzamanlı, duruma özel hiçbir hak olmaksızın var olabilir. Bu türden eşzamanlı hakların (ya da alacakların) olması gerekip gerekmediği hususu bir adalet ve politika meselesidir ve somut olayın özelliklerine bakarak değerlendirilmesi gerekir. Söz konusu ayrıcalıkların ya da serbestliklerin mantıksal açıdan zımnen önerdiği tek bağlılaşık "üçüncü kişiler"in "alacaksızlığı"dır. Dolayısıyla sırf bu tür serbestlikler var olduğu için "üçüncü kişiler"in müdahale etmeme borcu altında oldukları sonucuna varmak pek de spekülatif olmayacaktır. Lord Lindley'den alıntılanan yukarıdaki paragrafın ortasında aniden terimlerin kullanımında, doğruluğu kendinden menkul bir gerekçelendirmeye kayma vardır. Önce söz konusu "serbestlik"ten bir "hak" diye söz edilmeye başlanmış ve sonrasında,

muhtemelen geçiş yapılan bu kelimenin baştan çıkarıcı etkisiyle ilgili "bağlılaşık"ın "herkesin engellemeden kaçınma yönünde genel borcu" olması gerektiği vs. farz edilmiştir"

Her ne kadar Hohfeld yerine göre uygun bulduğu bu iki terim arasında ayrıcalık terimine öncelik verse de biz çalışmamızda doktrindeki çoğunluğa uygun olarak serbestlik terimini kullanacağız. Yukarıdaki birel örneklerden devam edecek olursak;

A'nın bahçesindeki çimleri biçme borcuna sahip olan B çimleri biçtikten sonra A'nın bahçesindeki çimleri sulayabilir. Bu bir hak ihlali olmaz. Fakat A bunu yapmaya B'yi zorlayamaz çünkü bu A'nın bir alacağı ya da B'nin bir borcu değildir. Dolayısıyla B'nin A'nın bahçesindeki çimleri sulama hakkı B'nin serbestliğidir. A'nın bu konuda bir alacağı yoktur. Bu yüzden A'nın konumunun adı da alacaksızlıktır.

Diğer birel örneğe gelirsek: hizmet sözleşmesinden doğan borcunu ifa için çalışan B öngörülenden daha çok işi gönüllü olarak yapabilir. Bu onun serbestliğidir. B'nin gönüllü fazla mesai yapması B'nin borcu olmadığı gibi A'nın da alacağı değildir ama gündelik dilde hatta hukuki anlamda bu da B'nin sahip olduğu bir 'hak'tır. Fakat Hohfeld atomizminde bu hak bir 'alacak' niteliğinde değil bir 'serbestlik' niteliğindedir. Karşılığında işveren A'nın konumu da alacaksızlıktır. Çoklu örneklere geçelim.

A eğer bir gayrimenkul üzerinde mülkiyet hakkına sahipse diğer kişiler o gayrimenkule inşaat yapmama borcuna sahiptir demiştir. Bununla birlikte, eğer çok istisnai bir durum yoksa diğer kişilerin söz konusu gayrimenkule bakma, fotoğrafını, videosunu çekme serbestlikleri vardır. Gayrimenkul sahibi A'nın ise bu ilişkideki konumu alacaksızlıktır. Kişilerin bunu yapmalarını engelleyemeyeceği gibi kişileri

bunu yapmaya zorlaması da söz konusu değildir. Dolayısıyla "Diğer kişilerin A'nın gayrimenkulüne inşaat yapma hakkı yoktur ama fotoğrafını çekme hakkı vardır" ifadesini Hohfeld atomizminde "Diğer kişilerin A'nın gayrimenkulüne inşaat yapmama borcu vardır fakat gayrimenkulün fotoğrafını çekme serbestlikleri vardır"

Bu ayrım önemlidir zira borçluluk konumunun karşısında A'nın alacaklılığı ve dolayısıyla hukuk sistemini kullanarak yaptırım mekanizmasını devreye sokma imkânı varken serbestlik konumunun karşısında A'nın alacaksızlığı vardır; dolayısıyla hukuk sistemine başvurma imkânı yoktur.

Bu iki ayrımla Hohfeld, hak kavramının insanların istediği gibi davranmasının sınırı mı yoksa menfaatlerinin sınırı mı olduğu sorusunu çözdüğü gibi bir menfaatin hak olarak nitelenmesi için yaptırım mekanizmasıyla desteklenmesinin zorunlu olup olmadığı meselesini de çözmektedir.

(3) Birincil İlişkilerde Ayni Hak

Yukarıdaki örneklerde alacak ve borç ilişkilerini bir işi yapma borcu üzerinden verdik. Bu ilişkileri bir de mülkiyet örneğiyle açıklayarak çoklu ilişkilerdeki durumu ifade etmek mümkün. Bu konuda verilen örneklerden biri ücretli otopark örneğidir.[108]

Ücretli bir otoparkta arabamız için yer kiralayacağımızı ve bize iki seçenek tanındığını düşünelim. Eğer istersek belli bir yeri kendimize rezerve olarak kiralarız ve oraya bizden başka kimse park edemez. Ne zaman gelsek arabayı park edecek yerimiz hazır olur. Ya da (ekonomik seçenek) söz konusu otoparka abone oluruz ve nereyi boş bulursak oraya park etme hakkı elde ederiz; bizden önce davranıp park yerini kapan kimsenin arabasına ise karışamayız. Otopark işletmecisiyle yapılacak bu iki tür sözleşmenin ikisinden de ayni hak doğmaktadır. Fakat birinde ayni hak

[108] Madeline Morric, "Stucture of Entitlements", **Cornell L. Rev.**, Cilt 78, Yıl 1992, s. 831.

derken bir alacakborç ilişkisini, diğerinde ise yine ayni hak derken bir alacaksızlık-serbestlik ilişkisini kast edilmektedir.

İlk tercihte, otopark abonesi kendisi için rezerve edilmiş bir park alanına sahip olarak Hohfeldci anlamda 'alacak' sahibidir. Otoparkın diğer aboneleri ve tacirin[109] kendisi dâhil geri kalan herkes ise borç altındadır. Onların borcu söz konusu alanı işgal etmeme, abonenin oraya park etmesini engellememe borcudur.

İkinci tercihte ise abone bir serbestlik sahibidir. Eğer belli bir alanı, mesela D4 numaralı park alanını boş bulursa olarak park etme serbestliğine sahiptir. Bu da yukarıdaki gibi onun eşya üzerindeki bir nispi hakkıdır ama Hohfeld terminolojisinde bir alacak değil serbestliktir çünkü kimse ona D4'ün boş olacağını garanti etmemektedir. Eğer boş bulursa da oraya park etmesini kimse engellemeyecektir. Otoparkın diğer aboneleri ve tacirin kendisi değil geri kalan herkesin içinde bulunduğu konuma da bu nedenle 'alacaksızlık' adını veriyoruz. Aboneden önce davranmazsa hiçbiri D4'e park etme hakkına sahip değildir, meğerki bir üst paragrafta tarif ettiğimiz anlamda 'alacak'lı olsunlar. Eğer 'alacak'lı değillerse içinde bulundukları durum 'alacaksızlık' durumudur. Bu şekilde dört terimin her karşılıklı hem çapraz ilişkileri birbiriyle örtüşmektedir.

b. İkincil İlişkiler

İkincil ilişkilerde Hohfeld etkin ve edilgen tarafların arasına nesne olarak bir menfaati değil birincil ilişkilerde tanımlanan haklardan; terimsel ifadeyle 'alacak'lardan veya 'serbestlik'lerden birini almaktadır. Nasıl ki birincil ilişkilerde alacak ya da serbestlik sahibi olmak bir davranış biçimi konusunda ilişkilerin sınırını

[109] İşletmeyi kendi adına işleten kimseyi kast ettiğimiz için 'işletmeci' yerine Türk Ticaret Kanunu'ndaki tacir terimini kullanmayı daha uygun bulduk.

belirliyorsa ikincil ilişkilerde de yetki ya da muafiyet sahibi olmak bir alacak ya da serbestlik konumunun sınırlarını belirlemektedir.

(1) Yetki (*Power*) – Tabiyet (*Liability*) Ayrımı

Birel örneklerden devam edecek olursak: A'nın bahçesindeki çimleri biçmek B'nin borcu, A'nın alacağıdır demiştik. Fakat isterlerse bu sözleşmeyi karşılıklı feshedebilirler. Böylece B'nin borcu ve A'nın alacağı ortadan kalkar. Ya da, koşulları varsa, ikisinden biri tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönen kişi, bu borç-alacak ilişkisinde yetki sahibidir. Onun tek taraflı beyanıyla borcu ya da alacağı ortadan kalkan kişinin konumu ise tabiyettir.

Dolayısıyla "X koşulları gerçekleştiğinde A'nın sözleşmeyi feshetme hakkı vardır" dediğimizde kast edilen, Hohfeld'ci analizde 'yetki'dir. Bu konuda başvurulabilecek bir diğer hukuki tabir kuşkusuz ehliyettir.[110] Fakat biz analiz yöntemini özel hukukun birel işlemleriyle sınırlamayacağımız için diğer paradigmalarda da anlamını koruyacak 'yetki' terimini tercih ettik.

(2) Muafiyet (*Immunity*) – Yetkisizlik (*Disability*)

Tıpkı serbestlik-alacaksızlık ilişkisinin borç-alacak ilişkisinin olumsuz hali olması gibi, muafiyet-yetkisizlik ilişkisi de yetki-tabiyet ilişkisinin tersidir: Bir kişinin bir hukuki ilişkiyi değiştirecek davranışta bulunamamasını ifade eder. Hukuki ilişkisini değiştiremediği kişinin konumu da muafiyet konumudur. Yine A'nın bahçesindeki çimleri biçme borcu olan B'yi ele alınabilir. Bu örnekte A tek taraflı iradesiyle B'nin bu işi yapma süresini kısaltma zorunluluğu getiremez. A bu

[110] Nitekim M. Tevfik Özcan Hohfeld atomizmini Türkçeye aktarırken ehliyet tabirini tercih etmiştir. Bize göre de bu seçim doğrudur. Fakat biz, Hohfeld'in hak analizinin orijinal bağlamını geliştirip kazanılmış haklara yani kamu hukuku çerçevesindeki hak kavramına genişleteceğimiz için hem özel hukukta hem kamu hukukunda hukuki ilişkileri değiştirebilmeyi ifade eden bir terim olarak yetki terimini uygun gördük. İngilizcedeki 'power' kelimesinin kapsamı da bu tefsire imkan vermektedir.

konuda yetkisiz olduğu gibi B de muafiyet sahibidir. A'nın çim biçme süresini tek taraflı irade beyanıyla kısaltmaya hakkı yoktur dendiği zaman A'nın yetkisizliği ifade edilmektedir. B'nin böyle bir ödevinin doğmaması da onun muafiyet konumundan kaynaklanmaktadır; ki ikisi aynı statünün, ilişkinin farklı taraflarındaki görünümünden ibarettir.

Bununla birlikte belirtelim ki ikincil ilişkiler yani birincil ilişkilerde değişiklik yapılan ilişkiler sadece o ilişkinin taraflarına değil aynı zamanda devlete aittir. Devletin yaptırımları arasında bir sözleşmenin batıl kılınması, bir kimsenin ehliyetinin sınırlanması gibi tedbir vardır ve bu tedbirler sonuç olarak o kişilerin mevcut ve ileriki hukuki borç-alacak ilişkilerini de etkiler.[111]

Hohfeld analizine istinaden tespit edilen haklarının doğrulamasının mahkeme kararına muhtaç olması eleştiri alan bir diğer husustur. Söz konusu eleştirilere değinerek Hohfeld analizinde tespit edilen hakların hukuk pratiğindeki yansımasının çerçevesini netleştirmek uygun olacaktır.

Örneğin kişilerin birbirlerine haksız zarar vermeme yükümlülüğünden yola çıkarak Hohfeld ifadesiyle "A'nın B'ye zarar vermeme borcu"nu ele alınabilir. Birer hukuk öznesi olan A'nın B'ye zarar vermemesi A'nın borcu, B'nin de alacağıdır. Peki ya A öyle bir borcu olduğuna inanmıyorsa? Ya da bilmiyorsa ne olacak? Bazı ihkak-ı hak vakalarında kişilerin karşı tarafa zarar vermeme borçlarını yok saymaları mümkündür. Hohfeld terminolojisiyle bunun borç olup olmadığına karar verirken olayı tek başına incelemek yerine devamına bakmak yerinde olacaktır. Eğer A B'ye zarar vermeme borcunu ihlal eder de B'ye bir zarar verirse mahkeme kararı neticesinde A'nın B'ye tazminat ödeme borcu doğacaktır. Bunun, B'nin A'dan

[111] Alacaklılık konumu sadece ilişkinin tarafı olan kişiye ait olurken yetkililik konumuna hem ilgili kişinin hem de devletin gelebilmesi nedeniyle Hohfeld'in analiz tablosundaki alacak-yetki paralelliği eleştirilmiş, ikisinin aynı satırda konumlandırılmaması gerektiği savunulmuştur. Bkz. Radin, "A Restatement of Hohfeld", **Harvard Law Review**, s. 1160-1163.

tazminat alacağı olmasıyla aynı şey olduğunu ifade etmiştik. Bu durumda hukuk sistemi hem karar öncesinde A'nın B'ye zarar vermeme borcunun varlığını tespit etmiş olmakta hem de B lehine, A aleyhine yeni bir birincil ilişki yaratmaktadır. Burada Hohfeld usulü analizin fonksiyonu kimin haklı kimin haksız olduğunu tespit etmek değil[112] bu tespite yapan mahkemeye taraflar arasında ele alınan hak ilişkisinin taraflarının tam olarak kimlerden oluştuğunu gösterip edimlerin, karşılıklılıklarının tespitini kolaylaştırmaktır.[113]

5. Kamu Hukukunda Hohfeld Usulü Analiz

1990'lara kadar Hohfeld'in atomizmi sadece özel hukuk bağlamında, özellikle hak kavramının ve mülkiyet hakkının farklı görünümlerini mantık parametreleri haline getirmek amacıyla tartışılmıştır. 1990'lardan sonra, hukuk devleti kavramının fiilen evrensellik kazanmasıyla da birlikte Hohfeld atomizminin kamusal haklara da uygulanabileceğine dair görüşler ortaya çıkmıştır.

Esasında Hohfeld'e göre hatta Bentham'dan itibaren hak, ancak içinde bulunduğu ilişkinin nitelenmesiyle anlam ifade eden, aksi takdirde bilimsel terim olamayacak kadar esnek bir kavramdır. Bu nedenle mülkiyet başta olmak üzere taraflarının ve davranışların belli olduğu, somut olaya tatbik edilebilecek hak tanımları yapılması asıl Hohfeld atomizminin temelini oluşturmaktadır. Anayasadan doğan yaşam hakkı, eğitim hakkı gibi her bireyin devlete karşı sahip olduğu hakları birer davranış kalıbına sokmak mülkiyet hakkına dayalı analizlerdeki kadar kolay olmamakla birlikte pek çok müellife göre mümkündür.

---

[112] Stephen D. Hudson ve Douglas N. Husak, "Legal Rights: How Useful Is Hohfeldian Analysis?", **Philosophical Studies - An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition**, Cilt 37, Sayı 1 (Ocak 1980), s. 45.

[113] Radin, "A Restatement of Hohfeld", **Harvard Law Review**, s. 1151. Nitekim bu da ikincil ilişkilerde yetki adını verdiğimiz bir hak görünümüdür. Hatta B'nin zarar gördükten sonra A'ya süresi içinde tazminat davası açma imkanını da serbestlik-alacaksızlık çerçevesinde değerlendirmek mümkündür.

Yine bu müelliflerin tespit ettiği üzere, Hohfeld'in hukuki ilişkilerde kurduğu bu ikili ayrımla Hart'ın normlar arasında kurduğu ikili ayrımın (birincil kural-ikincil kural) parallellik arz ettiği doktrinde kabul görmektedir. Nitekim Hart'ın teorisini kurarken Hohfeld'in mantık analizlerinden haberdar olmaması mümkün değildir.

Birincil İlişkiler

Alacak-Borç Ayrımı

Bu konuda Texas v. Johnson davası, yaygın bilinen adıyla Amerikan bayrağı yakma davası Hohfeld atomizminin kamu hukukuna uygulanmasında iyi bir örnek vaka olabilir.[114]

Johnson ABD'nin Texas eyaletinde yaşayan bir vatandaştır. ABD devletine yönelik bir protesto eyleminde bir meydanda slogan atarak Amerikan bayrağı yakar. Bu olaya şahit olan bazı vatandaşlar bundan rahatsız olup şikayette bulunurlar. Bunun üzerine Johnson, Texas eyaletinin, bayrak yakmayı yasaklayan mevzuatı çerçevesinde mahkûm edilir.

Bu vakaya Texas yargı çevresiyle sınırlı olarak baktığımızda her vatandaş gibi Johnson'un "bayrak yakmamak" borcu vardır; tıpkı özel hukukta mülkiyet hakkını ihlal etmemek gibi. Diğer herkesin de ABD bayrağının yakılmaması konusunda alacağı vardır; zira Texas kanunları bunu yasaklamakta ve genel kamuyu mağdur saymaktadır.

[114] Allen Thomas O'Rourke'un makalesinde bu vakaya tatbik edilen Hohfeld usulü analizden yararlandık. Bkz. Allen Thomas O'Rourke, Hukuk Biliminde Kuşkudan Kurtulmak: Anayasa Hukukunun Hohfeld Usulü Analizi [Refuge From Jurisprudence of Doubt: Hohfeldian Analysis of Constitutional Law], Çeviren Burçin Aydoğdu, **Hukuk Kuramı**, C. 2, Sayı 3, s. 45-66, Mayıs-Haziran 2015, http://www.hukukkurami.net/editor/Sayi_9/09_05_orourke.pdf (Çevrimiçi) 11 Mart 2016.

Şematize etmek gerekirse

Tablo 4: Kamu Hukuku İlişkisi

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Texas eyaleti	**Bayrak Yakmamak**	**Texas vatandaşı**
(alacak)		**(borç)**

Serbestlik-Alacaksızlık Ayrımı

Bayrak yakma vakasında bir serbestlik örneği vermek gerekirse vatandaşların bu eylem nedeniyle şikâyette bulunma borçları yoktur fakat serbestlikleri vardır diyebiliriz. Zira Texas devleti onlara bu imkânı tanımış fakat tercihlerine bırakmıştır. Dolayısıyla "(Texas kanunlarına göre) Kimsenin bayrak yakma hakkı yoktur ve vatandaşların bayrak yakanı şikâyet etme hakkı vardır" önermesinin Hohfeld atomizmindeki karşılığı "(Texas kanunlarına göre) Her vatandaşın bayrak yakmama borcu vardır ve bundan rahatsız olan her vatandaş şikayet etme serbestliğine sahiptir" şeklindedir.

Tablo 5: Kamu Hukukunda Serbestlik

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Texas eyaleti	**Bayrak Yakmamak**	**Texas vatandaşı**
(alacak)		**(borç)**
Texas eyaleti	**Bayrak yakma suçundan şikayetçi olmak**	**Texas vatandaşı**
(alacaksızlık)		**(serbestlik)**

Yetki (*Power*) – Tabiyet (*Liability*) Ayrımı

ABD Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen bu olayda Texas kanunlarının içeriğine dair bir ihtilaf yoktur fakat Texas eyaletinin kanunlarının bu genişlikte yorumlanmasının ABD anayasasının ifade özgürlüğü garantisi çerçevesinde mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır.

Hohfeld atomizmiyle yorumlarsak, Texas eyaleti bayrak yakmama borcu ihdas etmek konusunda kendini yetki sahibi saymıştır ve bu borcu ihdas ederek tabiyet konumunda olanları yani cezai ehliyeti olan tüm Texas vatandaşları üzerinde bir borç-alacak ilişkisi yaratmıştır. Hatta belki normalde serbestlik-alacaksızlık olan bayrak yakma ilişkisini borç-alacak ilişkisine dönüştürmüştür diyebiliriz. Zira bayrak yakmanın yasaklanmadığı bir yargı çevresinde bu davranışın bir 'serbestlik' kapsamına girdiği söylenebilir.

Tablo 6: Kamu Hukukunda İkincil İlişki

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen Konum**
Texas eyaleti	**Bayrak yakmayı suç saymak**	**Texas vatandaşları**
(yetki)		**(tabiyet)**
(Birincil ilişkideki bayrak yakmama borcu bu ikincil ilişkiden doğmaktadır)		
Federal devlet	**İfade özgürlüğünü korumak**	**Texas eyaleti**
(yetki)		**(tabiyet)**

Bu iki ilişki birbiriyle çatışmaktadır ve üstün yetki federal devlette olduğu için hukuki ilişkilerin şu mantık silsilesiyle düzeltilmesi gerekmektedir:

Tablo 7: Kamu Hukukunda Yetki-Tabiyet

Federal devletin eyaletlerde ifade özgürlüğünü koruma yetkisi vardır
(=Eyaletlerin ifade özgürlüğünün sınırları konusunda federal anayasaya tabiyeti vardır) **(ikincil ilişki)**
↓
Texas eyaletinin bayrak yakmadaki ifade özgürlüğünü sınırlamama konusunda federal devlete borcu vardır
(ikincil ilişkiden doğan birincil ilişki)

Muafiyet (*Immunity*) – Yetkisizlik (*Disability*)

ABD Yüksek Mahkemesi bu olayda Texas eyaletinin konumunun yetki değil yetkisizlik olduğuna ve dolayısıyla bayrak yakmama borcunun ihdası konusunda vatandaşların konumunun tabiyet değil muafiyet olduğuna karar vermiştir çünkü hiçbir eyalet anayasasının ABD anayasasına aykırı olması mümkün değişdir ve ABD anayasasında hüküm altına alınan ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı bir yasa çıkarmakla Texas eyaleti yetki aşımında bulunmuştur.

Gündelik dilde "Texas eyaletinin bayrak yakmayı yasaklamaya hakkı yoktur, ABD federal devletinin ifade özgürlüğünün sınırlarını her eyalette korumaya hakkı vardır" diye ifade edebileceğimiz durum Hohfeld atomizminin anayasa hukukuna tatbik edilişinde "Texas eyaletinin bayrak yakma serbestisini bayrak yakmama borcuna dönüştürme yetkisi yoktur çünkü bu ABD federal anayasasının sınırladığı hususlarda eyaletler yetkisizdir ve vatandaşlar serbestliklerinin sınırlanıp borca dönüştürülmesi konusunda eyalet karşısında muafiyet sahibidir" önermesine başvurmak mümkündür. Şematize edecek olursak:

Tablo 8: Kamu Hukukunda Yetkisizlik

Federal devletin eyaletlerde ifade özgürlüğünü koruma yetkisi vardır
(=Eyaletlerin ifade özgürlüğünün sınırları konusunda federal anayasaya tabiyeti vardır)
(ikincil ilişki)
↓
Texas eyaletinin bayrak yakmadaki ifade özgürlüğünü sınırlamama konusunda federal devlete borcu vardır
(ikincil ilişkiden doğan birincil ilişki)
↓
Texas eyaletinin bayrak yakmada ifade özgürlüğünü sınırlamada yetkisizliği vardır
(=Texas vatandaşları bayrak yakmadaki ifade özgürlüklerinin sınırlanmasından muaftır)
(eyaletle vatandaşlar arasındaki ikincil ilişki)
↓
Texas vatandaşlarının bayrak yakarak kendilerini ifade etme serbestlikleri vardır
(=Texas eyaletinin vatandaşların bayrak kaymak suretiyle kendilerini ifade etmelerinde alacaksızlığı vardır)
(eyaletle vatandaşlar arasındaki birincil ilişki)

Örnek Anayasa Mahkemesi Kararı İncelemesi

Vakada, 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 81. maddesinin 2 sayılı bendinin Anayasanın 61. maddesine aykırı savını ciddi bulan Danıştay 8. Dairesi anılan maddeyi itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır.

İtiraza konu olan 1136 sayılı yasanın 81/2 hükmüne göre baro gelirlerinderinden olan giriş keseneği ve yıllık kesenek miktarları baro genel kurallarınca belirlenmektedir.

1961 Anayasası'nın 61. maddesi (ve 1982 Anayasası'nın 73. maddesi) şu hükmü içermketedir: "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler yasa ile konur, değiştirilir ve kaldırılır"

Anayasa Mahkemesi, baronun giriş keseneğinin ve yıllık keseneğinin Anayasa'nın 61. maddesinde bahsedilen "benzeri mali yükümlülükler" kapsamına girdiğini tespit ederek tutarların ancak yasayla konup kaldırılabileceğine, baro genel kurulu tarafından tespit edilmesinin anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Bu süreci Hohfeld'in analiz yöntemiyle ifade edelim. Meslek kuruluşu kendinde aidat borcu ihdas etme hakkını görmüştür. Bu, söz konusu meslek kuruluşu üyeleriyle kendi tüzel kişiliği arasındaki hukuki ilişkiyi değiştiren bir davranış niteliğindedir:

Tablo 9: Borç Yaratan Yetki Konumu

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Meslek Kuruluşu	**Aidat borcu yaratma**	**Meslek Kuruluşu üyesi**
(yetki)		**(tabiyet)**

Bunun sonucu da meslek kuruluşu üyesinin meslek kuruluşu tüzel kişiliğine para borcunun doğmasıdır. Yukarıdaki ikincil ilişkinin şekillendirdiği birincil hukuk ilişkisi şöyledir:

Tablo 10: Birincil İlişki Olarak Aidat Borcu

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Meslek Kuruluşu	**Kuruluşa para ödemek**	**Meslek Kuruluşu üyesi**
(alacak)		**(borç)**

Uyuşmazlığın mahkeme önüne götürülmesi sonucunda, baştaki ikincil ilişki; yetkitabiyet ilişkisi düzeltilmiştir. Zira Anayasa'nın 73. maddesi bir kamu idaresi olan meslek kuruluşlarının tahsil edeceği meblağları da kapsayarak bunların yükümlülük olarak salınması ve kaldırılması yetkisini devredilmez biçimde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne vermektedir. Bunu şöyle ifade edebiliriz.

Tablo 11: Borç Yaratma Yetkisi-Tabiyeti

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
TBMM	**Meslek kuruluşu lehine aidat yükümlülüğü yaratmak**	**Meslek kuruluşu üyeleri**
(yetki)		**(tabiyet)**

Burada menfaat ve irade teorilerinin çatışma konularından biri olan 'bir hakkı 3. kişi lehine kullanma' örneği de vardır. Görüldüğü üzere Hohfeldci analizde bir davranışın lehtarı muhakkak ilgili hakkın öznesi sayılmamaktadır. Davranış, ilgili davranışın lehtarıyla birlikte tanımlanmakta, etken konumdaki yetki sahibi ise bu örnekte yetki şeklinde tezahür eden hakkın sahibi olarak tespit edilmektedir.

Dolayısıyla TBMM'nin devredilmez tekelinde olan bu hak (yetki) konusunda ilgili meslek kuruluşu ve meslek kuruluşunun arasındaki ikincil hukuki ilişki aslında şöyledir:

Tablo 12: Borç Yaratmada Yetkisizlik Konumu

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Meslek Kuruluşu	**Meslek kuruluşu lehine aidat yükümlülüğü yaratmak**	**Meslek Kuruluşu üyesi**
(yetkisizlik)		**(muafiyet)**

Bu ikincil ilişkinin, taraflar arasındaki birincil ilişkiye yansıması da şöyle olacaktır:

Tablo 13: Aidat Borcu İlişkisinde Serbestlik

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Meslek Kuruluşu	**Kuruluşa para ödemek**	**Meslek Kuruluşu üyesi**
(alacaksızlık)		**(serbestlik)**

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
KAZANILMIŞ HAK KAVRAMININ ÖRNEK VAKALARDA HOHFELD USULÜ ANALİZLE TEMELLENDİRİLMESİ

A. Hohfeld Usulü Analiz Yöntemi

Kazanılmış hak kavramı modern Türk hukukunda bireylerin idareye karşı sahip olduğu anayasal bir haktır. Diğer anayasal haklardan farkı ise yaşam hakkı, konut hakkı, bilgi edinme hakkı gibi içeriği soyut da olsa davranış kalıbı itibarı ile belirlenebilen bir hak olmayıp bir hak kategorisi olmasıdır. Bireylerin idareye karşı sahip olduğu ve anayasayla güvence altına alınmış bu hak kategorisi özel hukuk kişilerinin devlet karşısında edinmiş oldukları statüyü korumaya odaklı olsa da bu statüleri devlete karşı koruma kaygısının ardında genelde, tabiatıyla, mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Mülkiyet hakkı sadece özel hukukta kişiler arasında düzenlenen bir hak değil aynı zamanda devletin bireylere vaat ettiği en temel haklardan biri hatta birçok siyasi kurama göre devlet kurumunun bizatihi varlık nedenidir. Bu nedenle bireylerin devlet karşısında sahip olduğu mülkiyet hakkının objektif hakların hakim olduğu idare hukukuna konu olduğu hallerde hukuki güvenliğini sağlayan kazanılmış haklar kategorisi, anayasal niteliktedir. Bu nedenle biz de bir özel kişinin devletin geçmişe etkili olabilecek bir düzenleyici işlemi karşısında o düzenleyici işlemden önce edinmiş olduğu statü dolayısıyla sahip olduğu mülkiyet hakkını talep ettiği bir kazanılmış hak davasının analizine Hohfeld atomizmini tatbik edeceğiz.

Kanımızca kazanılmış hak kavramında söz konusu olan ‘statü’ ya devletin kendi serbestliğinden feragat edip bireye tanıdığı bir alacak hakkıdır (mesela istihdam ettiği memura ödediği maaş) ya da bireyin tabi olduğu bir ‘yapmama’ borcunun kaldırılarak o bireyle arasındaki ilişkiyi serbestlik-alacaksızlık haline getirmesi (mesela inşaat ruhsatı, işyeri açma ruhsatı vermek) şeklindedir.

Her iki ihtimalde de devlet, hukuki ilişkiyi kendi sahip olduğu yetkiyle kendi aleyhine değiştirmekte fakat sonrasında, aynı yetkiyi kullanıp söz konusu ilişkiyi tersine çevirmesi hukuk devletinden doğan hukuki güvenlik ilkesi nedeniyle mümkün olmamakta, yaptığı ya da yapacağı idari işlem bakımından hukuk devleti ilkesi gereği yetkisiz konuma düşmekte ve karşısındaki birey kazanılmış hak ilkesinin ona temin ettiği bu muafiyetten yararlanmaktadır.

Burada kilit mesela şudur: devletin bireyle arasındaki ilişkide kendi aleyhine gerçekleştirdiği her değişiklik sonraki düzenlemeyle ortadan kalkma ihtimaline karşı muafiyet sahibi değildir. Danıştay'ın istikrar kazanmış içtihatları bu muafiyeti belli şartlar çerçevesinde tanımlamaktadır.

İşte bireyle devlet arasındaki bu tür ilişkileri Hohfeld atomizmiyle tarif etmek, somut olayları mantık önermeleri şeklinde ele alıp pozitif analiz yapılmasını kolaylaştıracaktır.

Örnek Vaka: Meslek lisesi mezunu olduğu için üniversiteye sınavsız geçen bir öğrencinin öğrenciliğe başladıktan sonra gelen üniversite sınavı şartı karşısında kazanılmış hak sahibi olmasını Hohfeld'in analiz yöntemiyle aşama aşama ifade etmek mümkündür. Bu aşamalar şunlardır: 1 Yürütme organının bireyler lehine hak yaratıcı işlemi, 2 Bireyin söz konusu işlemle yaratılan hakkı kullanması, 3 Yürütme organının hak yaratıcı işlem üzerinde değişiklik yapması, 4 Bireyin birincil ilişkide doğmuş hakkının devlete karşı muhafaza edilmesi

1. Yürütme organının hak yaratıcı işlemi

Tablo 14: Hak Yaratıcı İşlem

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Yürütme Organı	**Üniversiteye sınavsız girme hakkı veren işlem**	**Meslek lisesi mezunu**
(yetki)		**(tabiyet)**

Sınav öncesinde üniversite öğrencisi statüsüne sahip olmayan birey açısından birincil ilişki şöyledir:

Tablo 15: Hakkın Doğmaması Hali

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Yürütme Organı	**Eğitim Alamamak**	**Meslek lisesi mezunu**
(alacak)		**(borç)**

Kazanılmış hakkın varlığından bahsetmek için ikincil ilişkideki değişiklik tek başına yeterli değildir. Bu ikincil işlemin doğal sonucu, birincil ilişkideki şu dönüşümdür:

Tablo 16: Kullanılabilecek Hak

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Yürütme organı	**Mezunun üniversiteye başvurması**	**Meslek lisesi mezunu**
(alacaksızlık)		**(serbestlik)**

2. Bireyin söz konusu işlemle yaratılan hakkı kullanması

Burada, birey, sahip olduğu üniversiteye kayıt için başvurma hakkını kullanarak üniversite ile arasındaki hukuki ilişkiye yeni bir nitelik kazandırmaktadır. Daha önceki örneklerden farklı olarak burada yetki derken kast edilen devletin birey üzerindeki iktidarından doğan yetki değil kişilerin medeni haklarını kullanma imkanıdır. Dolayısıyla, fiil ehliyetidir.[1]

Tablo 17: Hakkın Kullanılması

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Meslek lisesi mezunu	**Üniversite öğrencisi statüsü edinmek**	**Yürütme Organı**
(yetki)		**(tabiyet)**

Bu ikincil ilişkinin öğrenci ile yürütme (üniversite) arasındaki birincil ilişkide yarattığı pek çok sonuç vardır. Derslere katılma yükümlüğü, eğitim alma hakkı vs. Bunu da şöyle ifade edebiliriz:

Tablo 18: Kazanılmış Hakkın Doğumu

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Meslek lisesi mezunu	**Eğitim Almak**	**Yürütme Organı**
(serbestlik)		**(alacaksızlık)**

[1] Nitekim M. Tevfik Özcan Hohfeld'in 'power' kavramını birel hakların söz konusu olduğu özel işlemler bağlamında Türkçeye 'ehliyet' şeklinde tercüme etmiştir.

Tablo 19: Kazanılmış Hakkın Alacak Niteliği

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Yürütme Organı	**Eğitim Almak**	**Meslek lisesi mezunu**
(alacak)		**(borç)**

3. Yürütme organının hak yaratıcı işlem üzerinde değişiklik yapması

Burada tekrar bir ikincil ilişki söz konusudur ve kazanılmış hak anlayışı gereği ikili bir ayrım doğuracaktır:

Tablo 20: Normatif Tasarruf

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Yürütme Organı	**Üniversiteye Giriş İçin sınav şartı getirmek**	**Üniversite öğrencisi statüsünde olmayanlar**
(yetki)		**(tabiyet)**

4. Bireyin birincil ilişkide doğmuş hakkının devlete karşı muhafaza edilmesi

Tablo 21: Kazanılmış Hak Sahibinin Muafiyeti

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Yürütme Organı	**Üniversiteye Giriş İçin sınav şartı getirmek**	**Üniversite öğrencisi statüsünde olanlar**
(yetkisizlik)		**(muafiyet)**

Tüm bu aşamaları bir bütün olarak değerlendirdiğimizde kazanılmış hak kavramını mantıksal önerme şablonuna uygun hale gelecek şekilde tarif edebiliriz:

Hak yaratıcı işlemden önce belli bireylerin devlet karşısındaki bazı davranışlardan kaçınma borcu vardır. Hak yaratıcı işlem bireylere bu ilişkiyi değiştirmek yönünde bir serbestlik tanır. Eğer birey bu serbestliği kullanarak düzenlemenin kendisine tanıdığı hakkı birel işlemle kullanırsa aynı zamanda kendisiyle idare arasındaki ilişkinin de niteliğini değiştirmiş olmakta, bir yetkisini kullanmış olmaktadır. Kamu yararı, açık hukuki hata gibi istisnai bir durum olmadığı takdirde artık idare, bireyin serbestlik çerçevesinde kullandığı yetkiyle şekillendirdiği birincil ilişkide değişiklik yapamayacaktır. Söz konusu bireyin edindiği statüde olmayanlar idarenin o birincil ilişkiyi değiştirici yetkisi karşısında tabiyet konumunda olacakken bireyin kendisi bu tür ikincil işlemlerine karşı muafiyet konumunda olacaktır. İdarenin ikincil ilişkilerdeki konumundaki bu ikiliğe ilgili kamusal hakkın kazanılmış hak niteliğinde olması ya da olmaması adını veriyoruz.

5. Kazanılmış Hakla Özdeşleştirilen Hakların Hukuk Felsefesi Açısından Temellendirilmesi

a. Genel

Yukarıda kazanılmış haklarla benzer kavramlar arasındaki farkı semiyolojiye başvurmaksızın yaptığımız tanımlarla ve bazen de pozitif hukuka dayanarak açıklamıştık. Bu çalışma bağlamında aradaki farkı netleştirmek adına bu farkı Hohfeld usulü hak analiziyle örneklersek, kavramların hukuk felsefesi açısından aralarında ne fark olduğu daha net anlaşılacaktır.

b. Eski (Özel Hukuk Anlamında) Kazanılmış Hak

Roma hukukunda temelleri atılmış olan ve günümüzde halen ticaret hukuku gibi alanlarda kullanılmakta olduğuna[2] dair örneklerini verdiğimiz kazanılmış hak kavramı Hohfeld terminolojisinde 'alacak' niteliğindedir çünkü kimse, bu anlamdaki bir kazanılmış hakkından başka bir özel kişinin hukuki tasarrufu sonucu mahrum bırakılamaz. Bu çerçeve özel hukuk anlamındaki kazanılmış hakkı kapsamakla birlikte 'ağyarını mani' değildir; net bir çerçeve çizmek için bunu biraz daha daraltacak bir ölçüt gereklidir. O ölçüt de hukuk sistemi tarafından korunma ölçütüdür. Özel hukuk anlamındaki kazanılmış hak, Hohfeld usulü analiz itibarı ile "Hukuk sistemi tarafından korunan her bir 'alacak'tır".[3] Bu itibarla, özellikle mülkiyet hakkı derken kast edilenin tam anlamıyla bir hak ("alacak") olmadığı sonucuna varan hukukçular olmuştur çünkü mülkiyet hakkından kast edilen, Hohfeld terminolojisindeki ifadeyle bir alacakla bir yetkinin birleşimidir.[4]

Bir alacak ilişkisinin söz konusu olup söz konusu olmamasıyla o alacak ilişkisinin hukuk sistemi tarafından korunup korunmaması farklı ayrımlardır ve hak kavramını tanımlamaya çalışan hukuk felsefesi müellifleri arasındaki irade teorisi-

[2] Günümüzde mülga bulunan 29 Haziran 1956 tarihli ve 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nda Kazanılmış Haklar ile ilgili, "Müktesep Haklar" yani Kazanılmış Haklar başlıklı 385 madde lafzı şöyledir:

"Aksine esas mukavelede hüküm olmadığı takdirde umumi heyet aşağıdaki maddelerde bildirilen şartlar dairesinde esas mukavelenin bütün hükümlerini değiştirebilir. Şu kadar ki; münferit pay sahiplerinin bu sıfatla haiz oldukları müktesep haklarda rızaları olmaksızın hiçbir değişiklik yapılamaz.

Müktesep haklar; kanun veya esas mukavele hükümlerine göre umumi heyet ve idare meclisi kararlarına tabi olmıyan yahut umumi heyetin toplantılarına iştirak hakkından doğan, hususiyle azalık, rey kullanmak, iptal davası açmak, kar payı almak ve tasfiye neticesine iştirak etmek gibi haklardır"

Bu mevzuata rağmen Kazanılmış Hakların yapı itibarı ile pozitif hukuk yoluyla nitelendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Nitekim doktrinde, Kazanılmış Haklar ile ilgili bu pozitif düzenlemenin bir tanımlama değil sadece örnekleme olduğu ifade edilmektedir: "TTK m. 385 müktesep haklardan sözetmekle beraber, bunları tanımlamamış sadece bazı hakları müktesep haklar olarak saymıştır. Örneğin, oy kullanmak, iptal davası açmak, kâr payı almak gibi" (Oğuz İmregün, **Ticaret Hukuku**, 3. bası, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2006, s. 226).

[3] Eric Engle, "Taking The Right Seriously; Hohfeldian Semiotics And Rights Discourse", **Crit**, Cilt 3, Sayı 1, 2010, s. 93.

[4] James L. Kainen, "Property And Contract Rights", **Cornell Law Review**, Cilt 79, 1993, s. 113.

menfaat teorisi çatışmasının bir yönünü de bir alacak ilişkisinin söz konusu olup söz konusu olmaması ayrımıyla bir alacak ilişkisinin hukuk sistemi tarafından korunup korunmaması ayrımı arasındaki fark oluşturmaktadır.

Hohfeld hak kavramını tanımlarken bir alacağın hukuk tarafından korunup korunmaması meselesini ikincil ilişki çerçevesinde incelemiş, birincil çerçevedeki hak (alacak) nitelemesinde hukuk sistemi tarafından korunma şartını değil sadece ilişkinin iki öznesinin konumunu göz önüne almıştır.

Dolayısıyla A ile B arasında eski anlamıyla kazanılmış hak olmasını Hohfeld terminolojisinde şu iki önermeyi birleştirerek ifade edebiliriz: 1- A B'ye karşı alacaklı (dolayısıyla B de A'ya karşı borçlu) konumdadır, 2- A ile B arasındaki ilişkinin varlığı için A'nın ya da B'nin belli bir davranışı şart koşulmamıştır; bu ilişki sadece devlet tüzel kişiliği tarafından değiştirilebilir. Bu ilişkiler zincirini şöyle şematize edebiliriz:

Tablo 22: Özel Hukukta Alacak İlişkisi

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
A	**Para ödemek**	**B**
(alacak)		**(borç)**

Tablo 23: Özel Hukukta Hak Talebi

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
A	**B'ye eda davası açmak**	**Devlet**
Serbestlik		**Alacaksızlık**

Tablo 24: İkincil İlişki Olarak İstihkak

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Devlet	**B'ye icra işlemi yürütmek**	**B**
Yetki		**Tabiyet**

Yukarıdaki üç ilişkinin üçünün birden mevcut olduğu halde eski anlamda kazanılmış hak mevcuttur. Eğer hakkın icraya konabileceği kesin değilse ona muhtemel hak ya da müstakbel hak[5] denebilir ama eski anlamda kazanılmış hak denemez.

Tablo 25: Özel Hukukta Kazanılmış Hak

	Kamusal Kazanılmış Hak	**Eski Anlamda Kazanılmış Hak**	
Etken Konum öznesi	**Devlet**	**A**	**Devlet**
Etken Konum	**Yetkisizlik**	**Serbestlik**	**Yetki**
Edilgen Konum öznesi	**Kanundan ya da düzenleyici işlemden hakkı doğan birey**	**B**	**B**
Edilgen Konum	**Muafiyet**	**Alacaksızlık**	**Tabiyet**
Davranış	**Devletin bireye tanıdığı statü hakkını bireyden geri alması**	**A'nin B'ye eda davası açması**	**A'nın alacağının devlet tarafından B'den tahsil edilmesi**

[5] John Austin bu tabiri ("Future Right" ya da "Contingent Right") kullanmaktadır. Bkz.John Austin, **Lectures**, s. 886

c. Meşru Beklenti (Beklenen Hak)

Kazanılmış haktan ayrılması gereken bir diğer kavram beklenen hak, diğer adıyla haklı/meşru beklenti kavramıdır. Meşru beklenti aslında hukuk tarafından korunan bir hak değildir. Nitekim Kazanılmış Hak teriminin aksine bu hakkın Kazanılmamış Hak diye nitelendirildiği de olur.[6] Beklenen Hak adı da verilen Meşru Beklenti bir hak değil, iyi niyetli bir beklenti boşa çıktığı için devletin ödeyeceği tazminatın gerekçesidir. Kazanılmış Hak kavramı Meşru Beklenti kavramını kapsamaz. Dolayısıyla biz burada söz konusu tazminatın mağdur tarafından talep edildiği ve devlet tarafından ödendiği ilişkiyi Hohfeld terminolojisiyle konumlandıracağız.

Meşru beklenti[7] Anayasa Mahkemesi tarafından şöyle tanımlanmaktadır: "".....eski yasa zamanında henüz tüm sonuçlarıyla doğmamış bulunan fakat doğması olasılık içinde olan haktır.""[8] Bir kanun yürürlükteyken bir hakkın doğması ihtimali/imkanı varsa fakat henüz o imkan/ihtimal gerçekleşmeden o kanun değişerek bu hakkın doğmasını imkan/ihtimal dışı hale getirmişse ve ilgili kişiler bu kanuna güvenerek iyi niyetli bir şekilde para, zaman, emek gibi yatırımı yaptığı halde bu yatırımları boşa çıkmışsa burada bir meşru beklentinin varlığı kabul edilir ve kişiler bu zararlarının telafi edilmesini devletten talep edebilir.

[6] Cahit Tutum, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 21. Dönem 4. Yasama Yılı 27. Birleşim 28 Kasım 2001 Çarşamba, s. 1

[7] Karardaki ifadeyle beklenen hak. Bu tabir için eski Türk hukuk terminolojisinde Muntazar Hak ya da Müntezar Hak tabirinin de kullanılmıştır; dilde sadeleşme hareketinin öncesine ve sonrasına ait olmak dışında aralarında hiçbir fark yoktur; Haklı Beklenti, Beklenen Hak ve Muntazar Hak, üçü de eşanlamlıdır (Bkz. Ali Volkan Özgüven, **Türk Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi**, Yüksek Lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Vergi Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2006, s. 58.

Medeni Hukuk eserlerinde bu hakka 'Beklemece Hak' adını veren otoriteler de vardır (Bkz. Mustafa Fadıl Yıldırım, 'Miras Hakkından İvazsız Feragat Halinde Feragat Eden Mirasçının Alacaklılarının Feragatin İptalini İsteme Sorunu', **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4, s. 73).

[8] Anayasa Mahkemesi Esas no.2006/76, Karar no. 2008/142, Karar Tarihi 18.9.2008, Resmi Gazete'de yayınlandığı tarih ve sayı: 23.12.200827089.

Hohfeld terminolojisinde ilk başta var olan durum ilgili kişi açısından bir alacaksızlık halidir. Devlet söz konusu hakkı tanıma imkanına sahip olsa da henüz tanımamıştır ve bu yüzden kişinin bir hak talep etme imkanı yoktur. Bu aşamada kişinin bu hakkı elde edeceğine güvenerek beklentiye girmiş olması, yatırım yapmış olması gerekmektedir. Bunun üzerine devlet yetki sahibi olarak ilgili kanunu değiştirmekte, böylelikle söz konusu serbestliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu durumda ilgili kişi tazminat alma serbestliğine kavuşmaktadır. Meşru beklentinin ele alındığı ve kazanılmış hak ile arasındaki farkın vurgulandığı bir Anayasa Mahkemesi kararı üzerinden meseleyi ele almak mümkündür.

"Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekmektedir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar, kazanılmış hak niteliği taşımamaktadır."[9]

Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında emniyet mensupları hakkındaki düzenlemede yapılan değişikliğin sonuçları tartışılmaktadır. Eski düzenlemede emniyet mensuplarının memurluktan önce askerlik vazifesinde geçen süresi görev süresinin hesaplanmasında göz önüne alınmazken emniyet mensubu olduktan sonra askerlik görevini yerine getirenlerin askerlikte geçen süresi memurluk görev süresinin hesaplanmasında kıdeme esas alınmaktadır. Bu ayrım Anayasa Mahkemesi önüne Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla gelmiştir ve Anayasa mahkemesi bu ayrımı iptal etmiştir. Askerlik görevinin memuriyetten önce yapılmasıyla memuriyetten sonra yapılması arasında bir fark olmaması gerektiğine hükmetmiştir. Meseleyi daha da geniş alarak askerliğin bir vatan vazifesi olduğuna, hiçbir vatandaş için mesleğinde kıdem sayılmazken emniyet mensuplarının görevlerinde kıdeme esas alınmasının eşitliğine

[9] Anayasa Mahkemesi Esas no. 2005/51, Karar no.: 2007/12, Karar Tarihi 31.1.2007, Resmi Gazete'de yayınlandığı tarih ve sayı: 27.04.2007-26505.

aykırı olduğuna hükmedilmiş ve ilgili madde Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu için iptal edilmiştir. Bu durum, söz konusu hüküm iptal edilmeden önce emniyet mensubu olmasından sonra askerlik yaptığı için terfi almış bazı emniyet mensuplarının, başka bir düzenleme gereği emsallerinin seviyesine dönmesini söz konusu etmiştir. Bu vakada Anayasa mahkemesi söz konusu hüküm yürürlükteyken terfi almış olanların terfilerinin kazanılmış hak niteliğinde olduğunu fakat terfi almaya yaklaştığı halde henüz terfisini almayanlarınkinin sadece beklenen hak niteliğinde olduğunu tespit etmiştir. Dolayısıyla mahkeme eski düzenleme çerçevesinde haklı, meşru bir biçimde terfi beklentisine girmiş olanların kazanılmış hakkının doğmadığını çünkü henüz söz konusu hakkın tüm sonuçlarıyla ilgili birey yönünden kesinleşmediğini fakat burada meşru beklentinin söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Buna dayanarak halihazırda terfi etmiş olanların terfilerinin geri alınamayacağına ama henüz terfi almamış olanların artık o hükümden yararlanamayacağına karar vermiştir. Hohfeld'in terminolojisini bu vakaya uyarlarsak kazanılmış hak ile meşru beklentiyi aşağıdaki gibi ayırabiliriz.

Emniyet mensubuyken askerlik görevini yapmış olması sayesinde terfi almış olanların kazanılmış hakkı:

Tablo 26: Memur Hukukunda Kazanılmış Hak Örneği

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Devlet	**Terfi hakkının düzenlemek**	**Emniyet mensubu**
Yetkisizlik		**Muafiyet**

Emniyet mensubuyken askerlik görevini yapmış olduğu halde henüz bunu terfisine yansıtamamış olanların haklı beklentisi:

Tablo 27: Haklı Beklentide Yetki-Tabiyet İlişkisi

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Devlet	**Terfi hakkını düzenlemek**	**Emniyet mensubu**
Yetki		**Tabiyet**

Yukarıdaki beklenen hak, ilgili emniyet mensubuna tazminat talep etme imkanı tanımaktadır fakat bu davayı açıp açmamak onun tercihine bağlıdır. Dolayısıyla haklı beklentiden doğan tazminat davası açma hakkı bir alacak değil bir serbestliktir.

Tablo 28: Haklı Beklentide Hak Talebi

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Devlet	**Tazminat Davası Açmak**	**Emniyet mensubu**
Alacaksızlık		**Serbestlik**

Tazminat davasını açıp da kazanması halinde artık tazminat, ilgili emniyet mensubu için bir alacak haline gelmiştir ki bu alacak hukuk sistemi tarafından güvence altında olan bir alacak olduğuna göre bunun eski anlamıyla bir kazanılmış hak olduğunu da söylemek mümkündür.

Tablo 29: Haklı Beklentiden Doğan Alacak İlişkisi

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Emniyet Mensubu	**Emniyet Mensubuna Tazminat Ödenmesi**	**Devlet**
Alacak		**Borç**

Kazanılmış hak ile meşru beklenti arasındaki farkı Hohfeld usulü analizde şöyle şematize etmek mümkündür:

Tablo 30: Hohfeld Analizinde Haklı Beklenti

	Kazanılmış Hak	**Meşru Beklenti (dava öncesi)**	**Meşru Beklenti (dava sonrası)(tazminat)**
Etken Konum öznesi	**Devlet**	**Devlet**	**Birey**
Etken Konum	**Yetkisizlik**	**Alacaksızlık**	**Alacak**
Edilgen Konum öznesi	**Kanundan ya da düzenleyici işlemden hakkı doğan birey**	**Kanundan ya da düzenleyici işlemden hakkı doğacak birey**	**Devlet**
Edilgen Konum	**Muafiyet**	**Serbestlik**	**Borç**
Davranış	**Devletin bireye tanıdığı statü hakkını bireyden geri alması**	**Bireyin boşa giden iyi niyetli yatırımının tazminini devletten talep etmesi**	**Bireyin boşa giden iyi niyetli yatırımının devlet tarafından ödenmesi**

d. Müesses Durum

Müesses durumlar kazanılmış hak niteliğinde olmadıkları halde gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında kazanılmış hak kavramı üzerinden ele alınmaktadırlar.[10] Müesses durum kavramını kazanılmış hak kavramından ayırmak için şu tanıma başvurmak mümkündür: "Yokluk ve idarenin açık hatası ve kişinin gerçek dışı beyanı ile hilesi olmaksızın kurulan hukuka aykırı idari işlemin iptal davası açma süresi geçtikten sonra geri alınması halinde, kişi yararına doğan özel hukuki durum".

Kazanılmış hak ile müesses durum arasındaki temel farklılık şudur: kazanılmış hakta kişi yararına doğan özel hukuki durum bir düzenleyici işlemde öngörülen değişikliğe rağmen hukukun bir gereği olarak muhafaza edilmektedir; müesses durumda ise kişi yararına doğmuş olan özel hukuki durum sürdürülmeyecektir ama o hukuki durumun tanınmasından iptaline kadar temin edilmiş olan menfaatler geri alınmamaktadır. Bunun için ilgili kişinin gerçek dışı beyanı, hilesi olmamalı, değişiklik idarenin olayda açık hatasından kaynaklanmalıdır. Kazanılmış hak ile müesses durumu birbirinden ayıran bir Danıştay Kararında[11] şöyle denmektedir:

"Kanunsuz bir terfi işleminin bundan yararlanan memur lehine müktesep[12] bir hak doğurmayacağı aşıkar olmakla beraber bu terfiin de şahsi, supjektif bazı netice ve tesirler hâsıl ettiğinden şüphe edilemez. Böyle olunca kanunsuz bir terfiin idarece her zaman geri alınabileceğini kabul etmek, terfiin kanunsuzluğu dolayisile bunun tesir ve neticelerini tehdit eden kararsızlığın hudutsuz bir şekilde devamına

[10] Fatih GÖKYURT, **İdare Hukukunda Kazanılmış Hak ve Müesses Durum**, yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim dalı, İstanbul, 2007, s. 12.
[11] Danıştay Birinci Dairesi Esas no. 1988/336, Karar no. 1988/355, Karar Tarihi 19.12.1988.
[12] Müktesep kelimesinin kazanılmış kelimesiyle eşanlamlı kullanıldığına II. bölümde değinmiştik.

yol açmak olur ki bu hal idare hukuku sahasında da tatbik yeri bulan istikrar esası ile telif edilemez".

Alıntılanan kararda da belirtildiği üzere, iptal edilecek bir işlemden elde edilmiş menfaatin, kazanılmış hak da meydana gelmediği halde korunmasının nedeni idare hukukunda geçerli olan istikrar ilkesidir. Temin edilmiş bu menfaatin geri alınmaması Hohfeld terminolojisinde devlet açısından yetkisizlik ve ilgili kişi (örnek vakadaki memur) açısından ise bir muafiyettir.

Müesses durum:

Tablo 31: İdarenin İşlemini Geri Alması

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Devlet	**Devletin, iptal edilen işlem çerçevesinde temin ettiği menfaatleri geri alması**	**Memur**
Yetkisizlik		**Muafiyet**

Zira idare, yaptığı hatalı işlemi geri alma yetkisine sahip olduğu halde o işlem çerçevesinde temin ettiği menfaati geri alamamaktadır. Bu izahat, kazanılmış hak ile müesses durum arasındaki farkı Hohfeldci gözle tarif etmek için yeterli değildir çünkü zaten kazanılmış hakkı da son tahlilde devletin bireyi mahrum bırakamayacağı (yetkisizlik) bir statü hakkı olarak tarif etmiştir.

Tablo 32: Kazanılmış Hak-Müesses Durum Mukayesesi

	Kazanılmış Hak	**Müesses Durum**
Etken Konum öznesi	**Devlet**	**Devlet**
Etken Konum	**Yetkisizlik**	**Yetkisizlik**

Tablo 33: Kazanılmış Hak-Müesses Durum Birel İlişki Mukayesesi

Edilgen Konum öznesi	**Kanundan ya da düzenleyici işlemden hakkı doğan birey**	**Kanundan ya da düzenleyici işlemden hakkı doğan birey**
Edilgen Konum	**Muafiyet**	**Muafiyet**
Davranış	**Devletin bireye tanıdığı statü hakkını bireyden geri alması**	**Devletin bireye tanıdığı statü hakkı çerçevesinde temin edilen menfaatin geri alınması**

Müesses durum ile kazanılmış hakkın hem etken konum hem edilgen konum hem de ilişki nitelemesi açısından aynıdır. Aralarında tek esaslı fark davranış içeriğinde saklıdır. Kazanılmış Hak söz konusu olduğunda devletin yetkisiz olduğu ve ilgili bireyin muaf olduğu davranış bir statü hakkının geri alınması iken müesses durum söz konusu olduğunda devletin yetkisiz olduğu ve ilgili bireyin muaf olduğu davranış bir statü hakkının geri alınması değildir, aksine statü hakkından mahrumiyet vardır. Müesses durumda devletin yetkisiz olduğu ve ilgili bireyin muaf olduğu davranış, o statü hakkı geri alınana dek temin edilmiş olan menfaattir. Mesela ödenmiş olan ücrettir.

Dolayısıyla kazanılmış hak söz konusu olduğunda etken konumdakiyle edilgen konumdaki arasında çekişmeli olan davranış ilgili düzenleme değiştikten sonrasını ilgilendirir; çünkü statü hakkı ileri dönük kazanımları içerir. Müesses durum söz konusu olduğunda ise etken konumdakiyle edilgen konumdaki arasında çekişmeli olan davranış ilgili düzenlemenin uygulanmasından iptal edilmesine kadar geçen süreyi ilgilendirir çünkü davranışın konusu sadece o işlem çerçevesine sağlanmış olan menfaattir.

e. Kazanılmış Avantaj

Bir Toplu İş Sözleşmeleri içeriği kararlaştırılırken o sözleşme çerçevesinde tarafların varlığını kabul ettiği bir hakkın o sözleşme sona erdikten sonra yapılacak sözleşmelerde de mevcudiyetini koruması yönünde hüküm getirilebilir. Sözleşme serbestliği çerçevesinde bu mümkündür ama bu kayıt sayesinde muhafaza edilen menfaatin 'kazanılmış hak' olarak nitelenmesinde eleştirilen hususu ele almak suretiyle bu iki hak kavramını Hohfeld usulü analizde doğru yerleştirmek mümkün olacaktır:

"Bir hak "kazanılmış" ise bunun daha sonra kabul edilen bir kuralla saklı olduğunu belirtmek, ona bu şekilde geçerlik tanımak "kazanılmış hak" kavramının tanımıyla çelişmiş olacağından, toplu iş sözleşmesi düzeni bakımından böyle bir kayıtla geçerlik tanınan bir hukuki durumun kazanılmış hak olarak nitelenmesi uygun düşmez. Çünkü bu durumda "kazanılmış" olarak nitelenen hakkın varlığı ve geçerliliği, bir başka ifadeyle talep edilebilir oluşu toplu iş sözleşmesine dercedilen bir hükme dayanmış olmaktadır. Bu itibarla Mukayeseli Hukukta önceki toplu iş sözleşmesi ile tanınmış işçi yararına düzenlenen yeni sözleşmenin bir hükmü ile

geçerli kılınması halinde "kazanılmış hak"dan değil de yerinde bir terimle "kazanılmış avantaj"dan bahsedilmektedir".[13]

Her şeyden önce kazanılmış avantaj bir anayasal terim değil özel hukuk terimidir. Oysa kazanılmış hak bir anayasal terimdir. Kazanılmış avantajda taraflardan biri devlet değildir. İş hukukunun muhakkak kamu hukuku yönü vardır ve bu nedenle karma hukuk dalı olarak sınıflandırılmaktadır ama kazanılmış avantaj kavramının bu anlamda anayasal bir yönü olmadığı, taraflar arasındaki hüküm ifade ettiği anlaşılmaktadır.

Hohfeld usulü analize göre kazanılmış avantajı şöyle tarif edebiliriz: Toplu iş sözleşmesinde işveren tarafın sözleşme görüşmelerinde bir önceki sözleşmede işçi lehine düzenlenen belli bir hükümden geri adım atılmasını sözleşme serbestisi çerçevesinde talep etmesi[14] ve bu talep karşılanmadığı takdirde sözleşmeyi kabul etmeyebilir. Fakat yine sözleşme serbestliği çerçevesinde bu hakkından, önceden feragat edebilir. İşte işveren tarafın bir toplu iş sözleşmesi imzalanırken bir sonraki sözleşmenin pazarlıklarında sözleşme özgürlüğünden doğan bu talepret imkanından peşinen feragat etmesine kazanılmış avantaj adını veriyoruz. Dolayısıyla burada işveren taraf Hohfeldci tabirle belli bir "serbestlik"ten feragat etme "yetki"sini kullanarak onu "alacaksızlık" haline getirmektedir.

[13] Hamdi Mollamahmutoğlu, "Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde 'Kazanılmış Hak", "Kazanılmış Avantaj" Kavramları", **Esener'e Armağan**, Ankara 2000, s. 570.
[14] Toplu sözleşme pazarlığının aşamasına bağlı olarak bu talep, özel hukuk terminolojisinde öneri ya da öneriye davet olarak nitelenebilir.

Tablo 34: Kazanılmış Avantajda İkincil İlişki

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
İşveren	**Yeni sözleşme kurarken işçi haklarında gerileme talep etme hakkından feragat**	**İşçiler**
Yetki		**Tabiyet**

Bu yetki kullanımının sonucunda:

Tablo 35: Kazanılmış Avantajda Birincil İlişki

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
İşveren	**Sözleşme görüşmesinde sözleşme hükmünü reddetmek**	**İşçiler**
Alacaksızlık		**Serbestlik**

Görüldüğü gibi burada etken konumun öznesi dahi devlet değildir ve bir statü hakkı söz konusu değildir. O nedenle kazanılmış avantajın Hohfeld usulü tarifi kazanılmış hakkın Hohfeld usulü tarifinden epey farklıdır.

f. Usuli Kazanılmış Hak

Kazanılmış Hak kavramının kendisinden farklı olarak Usuli Kazanılmış Hak ya da diğer adıyla Usule İlişkin Kazanılmış Hak kavramı, Türk hukuk uygulaması tarafından yaratılan[15] ve Türk hukuk doktrini tarafından da desteklenerek[16] yerleşik hale gelmiş bir kavramdır.

[15] Yargıtay'ın 9 Mayıs 1960 tarih ve 1960/21-9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.
[16] Tanverdi, **Usuli Kazanılmış Haklar**, s. 15-16.

Bu kavram hukuk yargılamasında ortaya konmuş, zamanla ceza yargılama usulünde ve idari yargılama usulünde de kabul görmüştür. İki aşaması vardır: 1- Alt derece mahkemesi kararının temyiz edilmeyen kısmının kesinleşerek lehtar taraf için usuli kazanılmış hak haline gelmesi 2- Temyiz Mercii'nin (Yargıtay, Danıştay vbg.)[17] mahkeme kararında onadığı hususların kesinleşerek lehtar taraf için usuli kazanılmış hak haline gelmesi.

Öncelikle usul hukuku sürecini hem adli hem idari mahkemeleri kapsayacak kadar genel hatlarıyla özetleyelim. Yerel mahkeme kararı taraflardan hangisi aleyhine çıkarsa o tarafın belli bir süre içinde yerel mahkeme kararını temyiz incelemesine götürme hakkı vardır. Bir karar her iki tarafın birden aleyhine çıkabilir. O zaman her ikisi de temyize başvurma hakkına sahip olur.

Temyiz mercii, temyiz incelemesini taraflarca itiraz edilen hususlarla sınırlı yapmakla yükümlüdür. Aleyhine karar çıkmış dava tarafının temyizen itiraz etmediği bir hususu temyiz mercii re'sen ele alamaz, ilgili kararı o yönden bozamaz. İlgili dava tarafı da temyiz başvurusunda kullanmadığı bu haktan sonraki aşamalarda mahrum kalacağı için temyizen itiraz etmediği o husus artık tartışmasız hale gelir. Bu husus, hangi tarafın lehineyse onun için bir Usuli Kazanılmış Hak teşkil eder.

Temyiz mercii, alt derece mahkemesinin kararının temyizen itiraz edilen kısmını onarsa o konuda da artık tartışma kalmaz. O hususta artık ne alt derece mahkemesi artık farklı bir hüküm verebilir ne de aleyhine hüküm verilmiş olan dava tarafı tekrar temyizen itirazda bulunabilir. Lehtar olan taraf için söz konusu husus, Usuli Kazanılmış Hak teşkil eder.

[17] Şu günlerde İstinaf mahkemeleri kurularak yargılama usulünün algoritmasına eklemeler yapılmaktadır. İdari yargıda da Bölge İdare Mahkemeleri benzer şekilde ne tam anlamıyla yerel mahkeme ne de tam anlamıyla temyiz merci işlevi görmektedir. Bu yüzden çalışmamızda yerel mahkeme derken elindeki dosyayı esastan inceleyen ve verdiği kararın temyizi kabil olan yargı birimini, temyiz mercii derken de alt derece mahkemesinin kararı üzerinde temyiz incelemesi yapma yetkisi olan mahkemeyi kast edeceğiz. Dolayısıyla Bölge İdare Mahkemeleri ve İstinaf Mahkemeleri burada organik değiş işlevsel yönüyle anılmaktadır.

Bu benzetmede anlatılan, yargılama usulünde kesinleşen hususlarda geriye dönülmezlik öngören bu mekanizmanın bir maddi hukuk terimi olan Kazanılmış Hak'a benzerilmesi kanaatimizce isabetlidir. Zira her ikisi de belli bir hak türünü değil içine her türden hak sokulabilen bir hak kategorisini ifade etmektedir ve bu hak kategorisinin özelliği hukuk alemindeki tasarruflarda geri dönüşlerin önüne geçerek hukuki güvenliğini sağlamaktır.

Usuli Kazanılmış Hak kavramını Hohfeld usulü analiz etmek gerekirse bunun Yargı erki açısından bir Yetkisizlik ve ilgili birey açısından bir Muafiyet olduğunu söyleyebiliriz. Yargı erki artık dava tarafları arasındaki ilişkinin niteliğini değiştirecek bir tasarrufta bulunacak güce sahip olmamaktadır ve bireyin yargılama süreci zarfında elde ettiği hak artık koruma altına alınmaktadır. Bu durum şöyle şematize edilebilir:

Tablo 36: Usul Açısından Kazanılmış Hak

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Devlet (Yargı Erki)	**Mahkeme kararının temyizen itiraz edilmeyen ve onanan kısımlarından doğan ilişkiyi değiştirmek**	**Kesinleşen kısmın lehtarı olan dava tarafı**
Yetkisizlik		**Muafiyet**

g. Sonuç

Hohfeldci terminolojiyi kullanarak tanımlamak gerekirse: devletin Yetki'sini kullanarak muhafaza etmeyi vaat ettiği, muhafaza edeceği Alacak'lar ve Serbestlik'ler objektif hak kategorisi olarak birer Kazanılmış hak'tır. Bir başka deyişle, Etken ve Edilgen özneleri soyut olup, devlet yetkisiyle korunan Alacak ve Serbestlik ilişkilerine felsefi anlamda Kazanılmış Hak denir.

Kazanılmış hak kavramı sadece varlığını hukuk devletine borçlu olan bir kavram değildir. Somut bir olaydaki varlığının teşhisi konusunda da hukuk devleti kavramının niteliklerine bağımlıdır. Bu nedenle asla özel hukuk hakları gibi pozitif bir düzenlemeyle sınırları çizilemez. Kazanılmış hak kavramı diğer anayasal haklardan da farklıdır çünkü kazanılmış hak, evrensel bir çerçeve çizilecek bir doğal hak değil, hukuk devleti anlayışına endeksli bir hak kategorisidir. Fakat kazanılmış hak tartışmasına konu olan hakkı bir davranış kalıbı olarak tespit edecek olursak ve kazanılmış hak iddiasındaki bireyi Hohfeld analiz yönteminde doğru konumlandırırsak somut bir olayda belli bir hakkın kazanılmış hak niteliğinde olup olmadığını mantık parametrelerinden ibaret bir yöntemle pozitif bir biçimde tespit etmemiz mümkün olacaktır.

B. Örnek Vaka Bazında Kazanılmış Hak Analizleri

1. Anayasa Mahkemesi'ndeki Özel Hukuk Uyuşmazlığının Hohfeld Usulü Analizi

2014/162 esas sayılı ve 2015/47 karar sayılı, 13.5.2015 tarihli ve 2.6.2015 tarihinde 29374 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Anayasa Mahkemesi kararına konu olayın özeti:

Miras nedeniyle iki kardeş bir zeytin bahçesi üzerinde elbirliği ile mülkiyet sahibidir. Kardeşlerden biri öbürüne haber vermeden bahçedeki zeytinleri toplamıştır. Öbür kardeş, zeytinleri toplayan kardeş hakkında hırsızlık iddiasıyla şikayetçi olmuştur. Ceza davasına bakan mahkeme şunu tespit etmiştir: hırsızlık suçunun oluşması için aranan şartlardan biri, eyleme konu olan eşya üzerinde failin mülkiyetinin olmamasıdır. Elbirliğiyle mülkiyet halinde bu şartın gerçekleşip gerçekleşmemiş olduğu meselesi daha önceki Yargıtay 11. Ve 6. Ceza Dairelerinde görüşülmüş ve bu hallerin de hırsızlık kapsamına gireceği tespit edilmiştir.

Davaya bakan yerel mahkeme ise önündeki vakada hırsızlık suçuyla mahkumiyetin anayasaya aykırı olacağını çünkü kanunilik ilkesine göre Ceza Kanunu'ndaki bu belirsizliğin Eşya Hukuku'na kıyas yaparak giderilmesinin kıyas yasağına aykırı olduğunu tespit etmiş ve daha önceki Yargıtay Ceza Daire içtihatlarının da aleyhine, ilgili Ceza Kanunu maddesini Anayasa Mahkemesi'ne götürmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nde çoğunluk görüşü burada hırsızlık suçu tespitinin Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde çıkmıştır. İki hakim muhalefet şerhi koyarak bu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunu savunmuştur. Biz özel hukuk bağlamında sadece mülkiyet hakkı ihlali olup olmadığını inceleyeceğiz.

Hohfeld'in analiz yöntemiyle vakayı incelersek öncelikle birel hak ve çoklu hak ayrımına girerek elbirliğiyle mülkiyet hakkını atomize etmemiz gerekir.

Elbirliğiyle mülkiyet hakkında maliklerden başka kimse söz konusu mülk üzerinde tasarruf yetkisine, içeriğini açarsak: satmak, hibe etmek, zeytinleri toplamak ve sair yetkilere sahip değildir. Burada çoklu hak söz konusudur. Maliklerden başka kimsenin zeytinleri toplama hakkına sahip olmamasını şöyle şematize edebiliriz:

Tablo 37: Çoklu Edilgenli Borç İlişkisi

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Malikler	**Zeytinleri toplamamak**	**Diğer kişiler**
(alacak)		**(borç)**

Esas karmaşık olan elbirliğiyle mülkiyet halinde bulunan maliklerin kendi aralarındaki ilişkidir. Bunlar birlikte hareket ettikleri takdirde gayrimenkul üzerinde

tasarruf edebilirler. Mesela birlikte hareket ederek ağaçlardaki zeytinleri toplama hakkına sahiptirler. Bunu Hohfeld analizinde şöyle ifade edebiliriz:

Tablo 38: Çoklu Alacaksızlık-Serbestlik İlişkisi

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Diğer kişiler	**Zeytinleri toplamak**	**Maliklerin bütünü**
(alacaksızlık)		**(serbestlik)**

Malikler taşınmaz üzerinde kolektif olarak tasarrufta bulunma hakkına ("serbestliğine") sahiptirler fakat münferiden böyle bir hakları, daha terimsel ifadeyle serbestlikleri yoktur. Çünkü miras henüz paylaşılmamıştır ve elbirliğiyle mülkiyette maliklerden hiçbiri diğerinin rızası olmadan mülk üzerinde tasarrufta bulunamaz. Dolayısıyla maliklerden hiçbiri diğer maliklerin rızası olmadan zeytinleri toplama hakkına sahip değildir.

Tablo 39: Çoklu Etkenli Alacak İlişkisi

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Diğer malikler	**Zeytinleri toplamamak**	**Maliklerin her biri**
(alacak)		**(borç)**

Burada görüldüğü üzere maliklerin her birinin diğer maliklere karşı sahip olduğu konumla üçüncü kişilerin maliklerin bütününe karşı sahip olduğu konum aynıdır; zeytinleri toplamama borcu altındadırlar.

Birincil ilişki aynıdır: borç-alacak ilişkisi. Davranış da aynıdır: zeytinleri toplamamak. Fakat Etken konumdakilerle edilgen konumdakiler farklıdır. Üçüncü kişilere karşı çoklu hakkın sahibi maliklerin bütünü iken maliklerin her birine karşı

çoklu hakkın sahibi diğer maliklerdir. Dolayısıyla burada, hakkın öznesinde değişiklik olmakla birlikte ve çoklu değil edilgen taraf itibar ile tekil bir hak söz konusu olmakla birlikte bir mülkiyet ihlali vardır.

Söz konusu mülkiyet ihlalinin cezalandırılmasının anayasal kıyas yasağına aykırı olup olmadığı, kamusal hakların Hohfeld usulü analizinde ele alınacaktır çünkü hakimin verdiği mahkumiyet kişiyi özgürlük hakkından mahrum edecek (hapis cezası) ya da mülkiyet hakkından mahrum edecek (para cezası) bir yetki gerektirmektedir ve hakimle sanık arasındaki bu yetki/yetkisizlik ilişkisi kamusal bir ilişkidir.

2. Statü Haklarına İlişkin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Karar İncelemeleri

Kazanılmış Hak-Meşru Beklenti Konulu Anayasa Mahkemesi Kararı: Anayasa Mahkemesi'nin 2005/38E-2008/53K sayılı ve 7 Şubat 2008 tarihli kararına konu olan uyuşmazlık şöyle özetlenebilir: Eski düzenleme, (B) grubu polis amiri olarak görev yapan, 4 yıllık yükseköğretim kurumu mezunu memurların en az 6 aylık komiser yardımcılığı kursunu bitirmeleri halinde (A) grubu polis amiri olarak atanmalarını öngörmektedir. Eski düzenleme yürürlükte iken bu düzenlemeye güvenerek komiser yardımcılığı kursuna başlayan memurlar olmuştur. Ancak bu kişiler kursu tamamlamadan, ilgili düzenleme değişmiş ve söz konusu kursu tamamlayanların (A) grubu polis amiri olarak atanmalarını öngören hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Davacı polisler, Anayasa'nın 2. Maddesindeki Hukuk Devleti ilkesine dayanarak eski düzenleme çerçevesinde kazanılmış hakları olduğunu ve kursu tamamlayıp (A) grubu polis amiri olarak atanma hakkından mahrum edilemeyeceklerini, idare hukukundaki istikrar ilkesi gereği bu haklarının geri alınamayacağını savunmuşlardır. Mahkeme söz konusu olayda kazanılmış hakkın mı, meşru beklentinin mi yoksa kazanılmış avantajın mı söz konusu

olduğunu tartışmıştır. Biz de bu meseleyi Hohfeld'in analiz yöntemiyle kavramsal yönden aydınlatmaya çalışacağız.

Eski düzenlemeye göre 4 yıllık yükseköğretim mezunu (B) grubu polis amirlerinin en az 6 aylık bir kursu bitirdiklerinde (A) grubu polis amiri olarak atanması onların alacağı, devletin borcu niteliğinde bir hak ilişkisidir.

Tablo 40: Alacak İlişkisi Olarak Atanma Hakkı

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Memur	**Memurun (a) grubu polis amiri olarak atanması**	**İdare**
(alacak)		**(borç)**

Eğer bu alacak hakkı sonradan yapılan düzenlemeyle ortadan kaldırılmış olsaydı o zaman kazanılmış hak söz konusu olurdu çünkü yukarıda da izah ettiğimiz üzere, kazanılmış hak birey lehine devlet tarafından tanınmış alacaklarda söz konusu olur. Oysa davayı açan memurların durumu farklıdır. Onlar bir beklentiyle kursa başlamış fakat henüz kendi adlarına bir alacak, idare adına bir borç hasıl olmamıştır.

Bu olayda, (A) grubu polis amiri olarak atanmak yönünde bir alacak hakkı yoktur ama idare hukukunun istikrar ilkesi gereği boşa çıkarılmaması gereken bir beklenti vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararında bu durumun hukuki güvenliğine aykırı olacağı ifade edilmiştir.[18] Devlet, henüz doğmamış bir hak ilişkisinin yapısını değiştirmiştir. Bu da yetki-tabiyet ilişkisi çerçevesinde ikincil düzeyde bir hak ilişkisine işaret eder:

[18] Anayasa Mahkemesi kararının Esasın İncelenmesi başlıklı VI. bölümün İtiraz Konusu Kuralın Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu başlıklı C fıkrasında bu durum şöyle ifade edilmektedir: "Bu durumda, komiser yardımcılığı kursu devam etmekte iken çıkarılan 4638 sayılı Yasa ile Emniyet Teşkilatı Kanunu'na eklenen geçici 20. maddede, bu Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenlerin (A) grubunda değerlendirileceği yolundaki düzenlemenin kapsamına anılan Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursuna devam edenlerin alınmamış olması, hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır".

Tablo 41: Atama Düzenlemesinin İkincil İlişki Niteliği

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Devlet	**(A) Grubu polis amiri atanma şartlarını değiştirmek**	**Memur**
Yetki		**Tabiyet**

Bu durumda mağdur olduğuna inanan memurların meşru beklenti nedeniyle tazminat talep etme imkanı (serbestlik) ortaya çıkmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi üyesi Fulya Kantarcıoğlu karşıoy gerekçesinde bunun bir kazanılmış hak değil meşru beklenti olduğunu belirtmiştir[19] ve meşru beklentinin, hukuki güvenliğine aykırı olmakla birlikte düzenlemeyi değiştirmek için gerekçe oluşturmadığını savunmuştur, ki kararın kendisi de bu yöndedir.[20]

Yukarıdaki Meşru Beklenti bahsinde de belirttiğimiz üzere, meşru beklenti halinde doğan borç, mağdurun tazminat açma hakkını (serbestliğini) kullanması halinde devletin ona zararını ödeme yükümlülüğü altına girmesinden ibarettir.

Tablo 42: Meşru Beklentinin Alacak Niteliği

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
Memur	**Kursa başlayanların hukuki güvenliği hilafına uğradığı zararın ödenmesi**	**Devlet**
Alacak		**Borç**

[19] "Kazanılmış hak, kişinin yeni bir yasal düzenleme yapılmadan önce, bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş, bütün sonuçlarıyla öznel hale gelmiş olan haktır. Kişisel hak haline dönüşmemiş, belli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak ileride elde edilmesi olası beklenen haklar ise, "kazanılmış hak" kapsamı içinde değerlendirilemez".

[20] "4638 sayılı Yasa'dan önce polis memurlarının, komiser yardımcılığı kursuna başladıkları tarihte yürürlükte bulunan 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uyarınca (A) grubu polis amiri olmaları mümkün bulunmadığından, idarenin böyle bir kurs açarak bazı beklentilere yol açmasının, hukuki güvenliği sarstığı kabul edilerek yasa koyucunun bu yönde düzenleme yapmaya zorlanmasının Anayasal dayanağının olmadığı açıktır".

Kararda olayın Kazanılmış Avantaj oluşturduğuna da değinilmiş ama bu ayrım ayrıntılı tartışılmamıştır. Kazanılmış Avantaj bahsinde belirttiğimiz üzere kazanılmış avantaj bir özel hukuk kavramıdır ve sözleşme serbestisi çerçevesinde taraflardan birinin öneri-kabul etkileşimindeki pazarlık hakkından peşinen feragat etmesidir:

Tablo 43: Kazanılmış Avantaj Yaratma Yetkisi

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
İşveren	**Yeni sözleşme kurarken işçi haklarında gerileme talep etme hakkından feragat**	**İşçiler**
Yetki		**Tabiyet**

Bu yetki kullanımının sonucunda:

Tablo 44: Serbestlik İlişkisi Olarak Kazanılmış Avantaj

Etken konum	**Davranış**	**Edilgen konum**
İşveren	**Sözleşme görüşmesinde sözleşme hükmünü reddetmek**	**İşçiler**
Alacaksızlık		**Serbestlik**

Eğer bu olayda Kazanılmış Avantaj söz konusu olsaydı devletin idari hizmet sözleşmesi çerçevesindeki hakkından feragat etmesinden söz etmemiz gerekirdi. Oysa idare hukukunda bu tür mali hakların geriye gitmemesi Kazanılmış Hak ilkesinin doğal bir sonucudur; İşveren konumundaki devletin bundan feragat edip etmemek gibi bir hakkı (serbestliği) zaten yoktur. Hukuk Devleti ve idari istikrar ilkeleri buna engeldir. Bu nedenle buradaki hak ilişkisinin Kazanılmış Avantaj olduğu da söylenemez.

SONUÇ

Kazanılmış Hak kavramı hukuka mal olmuş bir kavramdır. “Hukukun en muğlak kavramlarından biri” sayılmasının sebebi ise hukukun çok sayıda disiplininde farklı nüanslarla kullanılmasından ibaret değildir. Kavramın muğlak olmasının da her disiplinde farklı nüansla ele alınmasının da sebebi bu kavramın aslında bir felsefe kavramı olmasıdır.

En yaygın kullanıldığı alan olan İdare Hukuku'nda Kazanılmış Hak kavramı bireylerin devletin normatif tasaruflarıyla tanınan haklarının geri alınamayanlarına verilen addır. Bu konudaki uyuşmazlıklar en çok memurluk ve imar hukukunda ortaya çıktığı için bu mesele İdare Hukuku meselesi olarak görülmektedir. Fakat hak doğuran normatif tasarruflara yasalar da dahil olduğu için bunu bir Anayasa Hukuku meselesi olarak görmek de mümkündür. Anayasa Mahkemesi'nin ve özellikle Danıştay'ın istikrar kazanmış içtihatları ışığında bu ölçütler ne olarak tespit edilebilmektedir ve bu çalışmada da tek tek ele alınmışlardır. Anayasa Hukuku'ndaki Kazanılmış Hak kavramının en ayırt edici özellik olarak şu göze çarpmaktadır: Kazanılmış Hak kavramının, onu uygulayan hukuk sistemindeki Kamu Yararı kavramından daha az esnek olması mümkün değildir. Dolayısıyla Kamu Hukuku anlamındaki Kazanılmış Hak her ne kadar Etken konumda özel hukuk kişisi Edilgen konumda ise bir kamu hukuku tüzel kişiliğinin bulunduğu Alacak ya da Serbestlik ilişkisinin normatif tasarrufla değiştirilememesini ifade etse de devletin söz konusu Yetkisizliği mutlak olmayıp Kamu Yararı başta olmak üzere anayasal değerlerle kayıt getirilebilmektedir.

Ceza Hukuku'nda Kazanılmış Hak kavramına yer olup olmadığı tartışmasına da girilmiştir. Ceza Hukuku'nda suç ve cezanın geriye yürümezliğinin ve lehe kanun ilkesinden Kazanılmış Hakkı andıran fakat onunla aynı niteliğe sahip olmayan iki kavram olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte Ceza Usul uygulamasında

Kazanılmış Hak kavramına başvurulduğu tespit edilmiştir. Bu mesele daha çok Usuli Kazanılmış Hak kavramını ilgilendirmektedir.

Türk adalet sisteminin özgün buluşu olan Usuli Kazanılmış Hak kavramı pek çok yönüyle Özel Hukuk'taki Kazanılmış Hak kavramına benzemektedir. Benzerliklerini ve farklılıklarını ortaya koyarak Usuli Kazanılmış Hak kavramı da Hohfeld terminolojisiyle tanımlanmıştır. Burada etkin konumda bulunan Temyiz Makamı, uyuşmazlığa dair hüküm kurma Yetkisine sahiptir ancak yerel mahkemenin ısrar etmek yerine onadığı hususları tekrar ele almak konusundaki konumu Yetkisizliktir ve yerel mahkemede temsil edilen taraflar, uyuşmazlık konusu ilişkileri itibariyle Muafiyet konumuna yükselirler.

Anayasa Hukuku'ndaki Kazanılmış Hak kavramının özel hukuktan geldiği, pek çok kaynak göstererek açıklandı. Bu konuda muhalif bir iddia da mevcut değildir. Özel Hukuk'taki anlamıyla Kazanılmış Hak kavramının, özellikle Mecelle yerine Medeni Kanun yürürlüğe girdikten sonraki yıllarda mahkemelerce uygulandığı açıklandı. Bu uygulama gayet nesnel ölçülere dayanmaktadır ve Hohfeld usulü analizle tanımlanmak için idealdir. Ne var ki Medeni Hukuk'ta artık Kazanılmış Hak İlkesi yerine Derhal Uygulama İlkesi'nin ağırlık kazandığını, bu alanda Kazanılmış Hak uygulamasının kadükleştiği açıklanmıştır.

Hohfeld terminolojiyisiyle yapılan formülasyonu hatırlamak gerekirse; Medeni Hukuk anlamındaki Kazanılmış Hak, Etken ve Edilgen konumdaki iki birel özel hukuk kişisi arasındaki Borç-Alacak ilişkisinin ya da Alacaksızlık-Serbestlik ilişkisinin o ilişkiyi düzenleyen ikincil norm bir normatif tasarrufla değiştiği takdirde söz konusu ilişki taraflarının normatif tasarrufta bulunan otoriteye karşı Muafiyet sahibi olarak ilişkilerini muhafaza etmeleri, sadece o normatif tasarruf yürürlüğe girdikten sonra kurulan ilişkilerde ilgili otoritenin Yetki sahibi olmasıdır. Evlilik-boşanma, sözleşme-tazminat gibi Medeni Hukuk ilişkilerinde borç-alacak ilişkileri

arasında zincirleme bağlantı olduğu için günümüzde bu formülasyon yerine Derhal Uygulama ilkesi tercih edilmektedir.

Devletler Özel Hukuku'ndaki Kazanılmış Hak Doktrini Medeni Hukuk'taki Kazanılmış Hak kavramının özel bir görünümüdür. Medeni Hukuk kavramı olarak Kazanılmış Hak bir devlet otoritesinin varlığı şartına bağlı iken Devlet Özel Hukuku'ndaki Kazanılmış Hak Doktrini bazı hakların belli bir devletin sınırını aşarak, evrensel ya da en azından Hukuki Güvenlik'i benimsemiş ülkeler açısından ulusalüstü nitelik kazandırmıştır. Bu kavramın Hohfeld terminolojisiyle analizi de Medeni Hukuk'taki Kazanılmış Hak kavramına analoji yapmak suretiyle, etken konumdaki Devlet yerine ilgili Devletleri getirmek suretiyle mümkün olmuştur. Hohfeld usulü formülasyonla ifade etmek gerekirse; bir özel hukuk kişisinin Etken olduğu ve devlet Yetkisiyle diğer özel hukuk kişilerine karşı korunan Alacak ve Serbestlik ilişkilerin Yetkili devlet değiştiği takdirde korunmaya devam etmesi, Devletler Özel Hukuku'ndaki Kazanılmış Hak Doktrini'nin bir gereğidir.

Kazanılmış Hak kavramının tüm bu farklı anlamlarının temelinde hukuk felsefesinin Hak tartışmaları ve özellikle Kant'ın yaptığı Hak kategorizasyonu vardır. Kant, doğuştan gelen fiil özgürlüğü dışındaki hakların hepsinin Kazanılmış Hak olarak nitelemektedir. Bu kategorizasyon, hukuk dallarındaki Kazanılmış Hak tanımlamalarının hiçbirine uymamakla birlikte bu kavramın etrafındaki tartışmaları aydınlatmakta kritik öneme sahiptir.

Bu kavramın farklı disiplinlerde farklı içeriği olmasına rağmen felsefi köklerinde ortak bir öz vardır. Onu da şöyle özetleyebiliriz: Hukukun öznesi insandır. Hukuk ancak insanın irade serbestliği tanındığı yerde gerçek anlamıyla hukuk olabilir. Bu niteliği gereği insana tanıdığı irade serbestliği dairesinde bir hak tanıdığı zaman bunu geri almak konusunda hukukun insan haysiyetini gözetmesi de insan iradesini gözetmenin bir gereğidir.

İnsanların hangi sınırlar içinde özgür iradeleriyle hareket edebileceğini tespit eden hukukun, tanımış olduğu bir hakkı geri almaya gücü yeteceği halde insan haysiyetini gözettiği için geri almadığı takdirde buna Kazanılmış Hak denir. Bu, bireyler arasında çekişmeli olan haklar için de bireylerle devlet arasında ve hatta ortak bir otoriteyi tanımış devletlerin kendi aralarında çekişmeli olan haklar için de geçerlidir. Bu yüzden Kazanılmış Hak, Özel Hukuk disiplininde, bir kişinin bir başka kişiye karşı kanundan doğan özel hakkının onu düzenleyen normatif tasarruf değiştikten sonra da korunması şeklinde anlaşılırken İdare Hukuku'nda bir kişinin idareye karşı doğmuş hakkının ilgili normatif tasarruf değiştikten sonra da varlığını sürdürmesi şeklinde anlaşılmakta ve diğer disiplinlerde de benzer kendine özgü yapı çerçevesinde farklı şekillerde ve farklı esnekliklerde tezahür etmektedir.

Kazanılmış Hak kavramının yukarıdaki gibi İrade Kuramı'na endeksli tarif edilmesi bir zorunluluk değildir. Hohfeld'in terminolojisini kullanarak bu kavramı hem Menfaat Kuramı'na hem de İrade Kuramı'na uygulanabilecek şekilde salt ilişkileri betimleyen önermelerle tarif etmek de mümkündür. Hohfeldci ağızdan konuşmak gerekirse: Tekli ya da çoklu öznenin sahip olduğu Etkin Konumu (alacak, serbestlik vs., kısaca "Hak") söz konusu ilişki üzerinde Yetki sahibi ("Otorite") tarafından, Tabiyet ilişkisi nedeniyle değil sırf Hukuki Güvenlik gözetildiği için korunuyorsa söz konusu Etkin Konum bir Kazanılmış Hak niteliğindedir. Bu etkin konum Özel Hukuk'ta Etkin Konum ile Edilgen Konum arasındaki birincil ilişkinin devlet otoritesi tarafından Hukuki Güvenlik gereği kusursuz tutarlılıkta korunması, Kamu Hukuku'nda ise Etkin Konum ile Edilgen Konumdaki Devlet arasındaki birincil ilişkinin Hukuki Güvenlik çerçevesinde devlet otoritesi tarafından İstikrar İlkesi çerçevesinde mümkün mertebe korunmasıdır.

Şunu da belirtmek gerekir ki bu çalışmanın amacı, hukuki uyuşmazlıklarda hangi irade/çıkar çatışmalarının Kazanılmış Hak olarak niteleneceğine dair hukukun tüm disiplinlerini ve hatta Doğal Hak doktrinini de kapsayan bir formül oluşturmaktır. Bu amaçla hem Kazanılmış Hak kavramının farklı hukuk dallarındaki

anlamını Hohfeld terminolojisiyle formüle ettik hem de Kazanılmış Hak kavramıyla benzeşen kavramları ayırt etmeye yarayacak lçütler koyarken aynı göstergebilimsel yöntemden yararlandık.

Kazanılmış Hak kavramına benzeyen Meşru Beklenti, Müesses Durum, Kazanılmış Avantaj gibi kavramlar Hohfeld terminolojisinde bazen alacak bazen serbestlik ve bazen muafiyet şeklinde formüle edilebilmekte ve Kazanılmış Hak ile aralarındaki fark bu açıdan tarif edilebilmektedir.

Yetki sahibinin hangi hallerde bunu gözetmesi gerektiği, hangi hallerde gözetmesi gerekmediği ise ilgili hukuk sisteminin Hukuki Güvenlik kavramının içeriğinin nasıl doldurulduğuyla ilgilidir. Bu konuda bir Hukuk Devleti'nin koyacağı ölçüt, Hukuki Güvenlik'ine ancak Kamu Düzeni adına istisna getirilebileceği ve bunun Demokratik Toplum Düzeni ve Ölçülülük gibi evrensel ilkelere aykırı olamayacağıdır. Bu sınırların her biri, hatta bu sınırların ölçütlerinin her biri, Kazanılmış Hak kavramından ayrı birer çalışma konusudur.

KAYNAKÇA

Abadan, Yavuz: **Grotius ve Tabii Hukuk** (Profesör Cemil Bilsel'e Armağan'dan Ayrı Bası), İstanbul, 1939.

Aksoylu, Özge: "Yargıcın Bakış Açısıyla İdare Hukukunda "Kazanılmış Hak" Kavramı", **Yıldızhan Yayla'ya Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

Alexy, Robert: **A Theory of Constitutional Rights**, Çev. Julian Rivers, 1. Bası, Oxford University Press, Cambridge, 2010.

Aune, Bruce: **Kant's Theory of Morals**, Princeton University Press, New Jersey, 1979.

Austin, John: **Lectures on Jurisprudence: Or, The Philosophy of Positive Law**, Londra, Cilt 2, 4. bası, 1873.

Baysal, Başak: "Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2004, s. 483-485.

Baysal, Başak: "Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 70, Sayı 1**, İstanbul, 2012.

Bentham, Jeremy: "Pannomial Fragments", **The Works of Jeremy Bentham Part IX**, Derleyen/Editör John Bowring, Edinburgh, 1839.

Birsen, Kemaleddin: **Medeni Hukuk Dersleri**, İstanbul, 1958.

Bodur, Şükrü: "Müktesep Hak", **Hukuk Sözlüğü**, Santral Yayınevi, 1963.

Borchard, Edwin M.: "Governmental Responsibility in Tort, VI", **Yale Law Journal**, Cilt XXXVI, Haziran 1927, Sayı 8.

Bostancı, Gülşah: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.

Broom, Herbert: **A Selection of Legal Maxims, Classified and Illustrated**, Philadelphia, 1882.

Bunnin, Nicholas, Jiyuan Yu: **The Blackwell Dictionary of Western Philosophy**, "right (Kant)", Blacwell Publishing, 2004.

Burke, Edmund Plunkett: **An Historical Essay on the Laws and the Government of Rome: Designed as an Introduction to the Study of Civil Law**, Cambridge, 1827.

Cais, Fernando Fontoura Da Silva: **Direito Processual Civil Intertemporals**, San Paulo Üniversitesi, doktora tezi, San Paulo, 2010.

Caygill, Howard: **A Kant Dictionary**, Blackwell Publishers, 1995.

Cevizci, Ahmet: "kazanılmış", **Paradigma Felsefe Sözlüğü**, İstanbul, 2000.

Cicero: **In Verrem, II. Söylev**.

Copleston, Frederick: "Hak Kavramı", **Felsefe Tarihi**, Cilt 7, Çağdaş Felsefe Bölüm 1c, Hegel.

Corbin, Arthur L.: "Rights and Duties", **The Yale Law Journal**, Cilt 33, Sayı 5, 1924, s. 501-527.

Demircioğlu, Huriye Reyhan: **Culpa In Contrahendo Sorumluluğu,** doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara, 2007

Duran, Lütfi: **İdare Hukuku 1972-73 Ders Yılı Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973.

Duran, Lütfi: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.

Emiroğlu, Haluk: **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, "Obligatio Naturalis Olarak Doğan Borçlar", C. 51, Sayı 4, 2002.

Engle, Eric: "Taking The Right Seriously; Hohfeldian Semiotics And Rights Discourse", Critical Studies Journal, Cilt 3, Sayı 1, 2010.

Erdem, Nuri: "6102 Sayılı "Yeni" TTK. ya Göre Anonim Ortaklık Pay Sahiplerinin "Müktesep" (Kazanılmış) Hakları", **Regesta**, Sayı 1, Cilt 2, 2012.

Erkut, Celal: **Hukuka Uygunluk Bloku**, Kavram Yayınları, 1996

Fine, John Van Antwerp: **The Ancient Greeks**: A Critical History, 1983, Harvard University Press.

Freund, Ernst: **The Police Power, Public Policy And Constitutional Rights**, 1904, Chicago.

Gagarin, Michael: "The Unity of Greek Law", **Cambridge Companion To Ancient Greek Law**, Cambridge University Press, 2005.

Gaius: **Instutiones**.

Gemalmaz, Burak: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

Gözler, Kemal: **İdare Hukuku**, İkinci Bası, Ekin Basın Dağıtım, Bursa, 2009.

Gökyurt, Fatih: **İdare Hukukunda Kazanılmış Hak ve Müesses Durum**, yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim dalı, İstanbul, 2007.

Gregor, Mary J.: **Laws of Freedom: A Study of Kant's Method of Applying the Categorical Imperative in the Metaphysik Der Sitten**, Barnes & Noble, New York, 1962.

Güven, Diler Tamer: **Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi**, Yüksek Lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 1987.

Haakonssen, Knud: **Natural Law and Moral Philosophy: From Grotius to the Scottish Enlightenment**, Cambridge University Press, 1996.

Halkerstone, Peter: **A Translation and Explanation of the Principal Technical Terms and Phrases Used**, Edinburgh, 2. bası, 1829.

Hançerlioğlu, Orhan: **Felsefe Ansiklopedisi – Kavramlar ve Akımlar**, Cilt 2 (E-İ), Remzi Kitabevi, 1977.

Hohfeld, Wesley Newcomb: "Some Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning", **Yale Law Journal**, Cilt 23, Sayı 1, Kasım 1913.

Hohfeld, Wesley Newcomb: "Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning", **Yale Law Journal**, 1 Ocak 1917.

Hohfeld, Wesley Newcombs: **The Philosophy of Law - An Encyclopedia**, Editör: Christopher Berry Gray, Garland Publishing Inc, 1999.

Hudson, Stephen D., Douglas N. Husak: "Legal Rights: How Useful Is Hohfeldian Analysis?", **Philosophical Studies - An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition**, Cilt 37, Sayı 1 (Ocak 1980), s. 45-53.

Işıktaç, Yasemin: "Dil Yorumlama ve Hukuk İlişkisi", **Hukuk Yazıları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

Işıktaç, Yasemin: "Hukuk Mantık İlişkisi", **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması**, 2. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

İmregün, Oğuz: **Ticaret Hukuku**, 3. bası, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2006.

Jhering, Rudolf von: **Der Kampf Um's Recht**, Viyana, 1872.

Juratowitch, Ben: **Retroactivity And The Common Law**, Hart Publishing, 2008.

Kaeckenbeeck, Georges: "The Protection of Vested Rights in International Law", **British Year Book of International Law**, Cilt 17, 1936.

Kainen, James L.: "Property And Contract Rights", **Cornell Law Review**, Cilt 79, 1993.

Kanadoğlu , O. Korkut: **Anayasa Mahkemesi**, 1. bası, Beta Yayınları, İstanbul, Nisan 2004.

Kant, Immanuel: **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**, editör: Johann Friedrich Hartknoch, Riga, 1786.

Kant, Immanuel: **The Metaphysics of Morals** [Ahlak Metafiziği] [Orijinal adı: Metaphysics Der Sitten], çeviren ve editör: Mary Gregor, Cambridge University Press, 1996.

Keser, Nimet: **Kant Ahlakında Hak**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Felsefe Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002.

Lerner, Max: "Vested Interest", **Encyclopedia of the Social Sciences**, C. 15, 15. bası, ed. Edwin R.A. Seligman, The Macmillan Company, New York, 1954.

Levend, Agah Sırrı: "Edebiyat-ı Cedide Döneminde Dilde Sadeleşme Meselesi", **Türk Dilinde Gelişme Ve Sadeleşme Evreleri**, 2. bası, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1960.

Lewis, George Cornewall, Wilson, Roland Knyvet: **Remarks on the use and abuse of some political terms**. J. Thornton, 1877.

McNair, Arnold: "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", **British Yearbook of International Law,** Cilt 33, 1957.

Miraglia, Luigi: **Modern Legal Philosophy Series III-Comperative Legal Philosopy**, İtalyancadan İngilizceye çeviren: John Lisle, The Boston Book Company, 1912.

Mollamahmutoğlu, Hamdi: "Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde 'Kazanılmış Hak", "Kazanılmış Avantaj" Kavramları", **Esener'e Armağan**, Ankara 2000.

Morric, Madeline: "Stucture of Entitlements", **Cornell L. Rev.**, Cilt 78, 1992.

Beysan, Nazime: **Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi**, 1. Baskı, İstanbul, Mayıs 2015.

O'Connell, Daniel Patrick: "Economic Concessions in the Law of State Succession", **British Year Book of International Law**, Cilt 27, 1950.

Oğurlu, Yücel: **Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, 2003 Mayıs, Seçkin Yayınları.

Oğuzman, Kemal: **Medeni Hukuk Dersleri**, İstanbul 1990.

Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukuku**, İstanbul, 1945.

Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 1, İstanbul, 1966.

O'Rourke, Allen Thomas: "Hukuk Biliminde Kuşkudan Kurtulmak: Anayasa Hukukunun Hohfeld Usulü Analizi" [Refuge From Jurisprudence of Doubt: Hohfeldian Analysis of Constitutional Law], Çeviren Burçin Aydoğdu, **Hukuk Kuramı**, C. 2, Sayı 3, s. 45-66, Mayıs-Haziran 2015, http://www.hukukkurami.net/editor/Sayi_9/09_05_orourke.pdf (Çevrimiçi) 11 Mart 2016.

Otto, Martin: **Law**, Çev. Andrew Smith, ed. Barbara Dölemeyer, Institute of European History (IEG), Mainz, 2011, (Çevrimiçi) http://www.ieg-ego.eu/ottom-2010-en 3 Ağustos 2016.

Önder, Ali Rıza: **Yasa Dili Sözlüğü**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1. bası, 1996.

Önkal, Güncel: "Hukuk Nasıl Düşünür? Sosyal Epistemolojinin Hukuksal Gerçekliğe Bakışı", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 26**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012.

Özcan, M. Tevfik: **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, 1. Bası, XII Levha, Temmuz 2008.

Özgüven, Ali Volkan: **Türk Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi**, Yüksek Lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Vergi Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2006.

Özyörük, Mukbil: **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara 1972-73 teksiri.

Pakalın, Mehmet Zeki: "Hukuk-ı Meksube", **Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü** I, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1946, s. 853.

Peari, Sagi: **Duke Journal of Comperative & International Law**, "The Choice-Based Perspective of Choice-of-Law", Cilt 23, Sayı 477, 2013, s. 495.

Perry, Thomas D.: "A Paradigm of Philosophy: Hohfeld On Legal Rights", **American Philosophical Quarterly**, Cilt 14, Sayı 1 (Ocak 1977), s. 41-50.

Platz, Jeppe von: "Absolute Freedom of Contract: Grotian Lessons For Libertarianism", **Critical Review**, Cilt 25 Sayı 1, Taylor & Francis Group, 1 Mart 2013.

Radin, Max: "A Restatement of Hohfeld", **Harvard Law Review**, Cilt 51, Sayı 7 (Mayıs, 1938), s. 1141-1164.

Routledge Encyclopedia of Philosophy, "Kantian Ethics", editör: Edward Craig, Routledge, 1998.

Russell, Bertrand: "The Philosophy of Logical Atomism", **The Monist**, Cilt 29, Sayı 3, Nisan 1919.

Salim, Hamdi: "Kefalet Akti ve Müktesep Hak", **Hukuki Bilgiler Mecmuası**, S. 10, İstanbul, 1927.

Saymen, Ferit H.: **Türk Medeni Hukuku, Umumi Prensipler**, C.1, İstanbul 1960.

Selçuk, Sami, Ali Rıza Çınar: **Yaptırımı (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştıramama Kuralı**, Ankara, 2014.

Sever, D. Çiğdem: **Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2006.

Shilton, Elizabeth Jean: **Gifts or Rights? A Legal History of Employment Pension Plans in Canada**, doktora Tezi, Toronto Üniversitesi, 2011.

Sohm, Rudolph: **The Institutes of Roman Law**, İngilizceye Çev. James Crawforf Ledlie, Londra, Oxford Press, 1892.

Tan, Turgut: **İdari İşlemin Geri Alınması**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

Tanverdi, Ayşe Banu Şavata: **Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Hak ve Özellikle Usuli Kazanılmış Haklar**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yüksek lisans tezi, İstanbul, 1993.

Tevfik, Rıza: **Kamus-ı Felsefe**, Editör: Recep Alpyağıl, Doğubatı, 2005.

Tinghir, Anton. B., Krikor Sinapyan: "Droit", **Dictionnaire Français-Turc Des Termes Techniques Des Sciences, Des Lettres Et Des Arts**, Imprimerie & Lithographie K. Bagdadlian, İstanbul, 1891.

Tolon, Kemal Doğu: "İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak", **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III,** Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1986.

Tuluay, Metin: "Usule İlişkin Kazanılmış Hak", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, s. 61-67, 1984.

Türk Dili Tetkik Cemiyeti: "Meksup", **Osmanlıcadan Türkçeye Söz Karşılıkları Tarama Dergisi**, 1. Cilt, İstanbul Devlet Matbaası, İstanbul, 1934.

Türk Hukuk Kurumu: **Türk Hukuk Lugatı**, "Müktesep Hak", Başbakanlık Basımevi, Ankara 1998.

Türk Hukuk Kurumu: **Türk Hukuk Lügatı**, "Müktesep Hak", Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1956.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı: 21. Dönem 4. Yasama Yılı 27. Birleşim, Çarşamba, 28 Kasım 2001.

Uluocak, Fazıl: "Alacak", **Türk Hukuk Ansiklopedisi**, Cilt I, editör Yaşar Kayserili, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1962.

Uluslararası Daimi Adalet Divanı: 12 Aralık 1934 tarihli kararı, Series A/B No. 6.

Ünal, Ahmet Cemil: **Anonim Şirketlerde Kâr Payı, Kâr Dağıtımı ve Yedek Akçe Ayrılması**, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı yüksek lisans tezi, 1995.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: **Türkçeleştirilmiş Metinleriyle Birlikte Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu**, 3. Cilt (Terim ve Sözcükler Kılavuzu), 1. bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1975.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: **Türk Medeni Hukuku**, Umumi Esaslar, 1959.

Vermeersch, Arthur, Joseph Creusen: **Epitome Iuris Canonici Cum Commentariis ad Scholas et ad Usum Privatum**, 1937.

Williams, Glanville: "The Concept of Legal Liberty", **Columbia Law Review**, Cilt 56, Sayı 8, Aralık 1956.

Wright, Quincy: "The End of a Period of Transition", **The American Journal of International Law**, Cilt 31, Sayı 4, Ekim 1937.

Yalçınöz, Ayşe: **Kant'ın Ebedi Barış Fikrinin Temellendirilmesi**, yüksek lisans tezi, Kırklareli Üniversitesi, 2014.

Yıldırım, Mustafa Fadıl: 'Miras Hakkından İvazsız Feragat Halinde Feragat Eden Mirasçının Alacaklılarının Feragatin İptalini İsteme Sorunu', **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4.

Yılmaz, Ejder: "Kazanılmış Hak", **Hukuk Sözlüğü**, 7. bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002.

Zabunoğlu, Yahya Kazım: **İdare Hukuku**, Cilt 1, 1. bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Zanobini, Guido: **İdare Hukuku, Birinci Cilt: Umumiyet İtibarile İdari Nizam**, Çeviren: Atıf Akgüç, Sahir Erman, İstanbul, 1945.

ÖZGEÇMİŞ

1978 yılı 31 Mart tarihinde İstanbul'da dünyaya geldim. Lise eğitimimi 1996 yılında Maslak'taki Özel Boğaziçi Lisesi'nde tamamladım. Lisans eğitimimi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tamamladıktan sonra İstanbul Bilgi Üniversitesi'nde yüksek lisansımı 2005 yılında tamamladım. Hukuk ve mütercimlik alanlarında serbest çalıştığım 7 yıl sonrasında 2013 Mart ayında Kırklareli Üniversitesi'nde hukuk dersleri vermek üzere Öğretim Görevlisi olarak çalışmaya başladım ve halen bu görevimi sürdürmekteyim. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı'na başladım.