

ISSN:1309-6826



T Ü R K İ Y E  
A D A L E T A K A D E M İ S İ

T Ü R K İ Y E A D A L E T A K A D E M İ S İ  
D E R G İ S İ

Temmuz 2016 - Sayı 27 - Yıl: 7

27

Üç ayda bir yayımlanan ulusal hakemli dergidir

[www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr)

2016



# TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

27

YIL:7, SAYI:27, TEMMUZ 2016

[www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr)

ISSN: 1309-6826

**SAHİBİ/OWNER**

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı  
Danıştay Üyesi

\*

**GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR**

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

\*

**EDİTÖR/EDITOR**

Aşkın GÜVEN

Hâkim

Dr. Veli KARATAŞ

Hâkim

**SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF**

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

\*

**YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD**

Mustafa ARTUÇ

Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

Ahmet ŞANSAL

İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanı

Prof. İbrahim AYDINLI

İş Hukuku Öğretim Üyesi

Prof. İlhan ÜZÜLMEZ

Ceza Hukuku Öğretim Üyesi

\*

**KAPAK TASARIM/COVER DESING**

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

\*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ**

**PUBLICATION MANAGENEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı

Çankaya/Ankara

**Tel:** 312 489 81 80 • **Faks:** 312 489 81 01

**E-posta:** bilimsel.dergi@taa.gov.tr

**Web:** www.taa.gov.tr

**BASKI**

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,  
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ/ANKARA

## YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin [www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr) adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 12, dipnotlar ise 9,5 punto yazılmalı, 1 satır aralığı ile "Times New Roman" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atf sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 1 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara iki adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna [www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr) adresinden ulaşılabilir.

#### DANIŞMA KURULU\*

Prof. Dr. Adem Sözüer  
Prof. Dr. Ahmet Gökçen  
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz  
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu  
Prof. Dr. Ali Güzel  
Prof. Dr. Anıl Çeçen  
Prof. Dr. Arzu Oğuz  
Prof. Dr. Atilla Özer  
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay  
Prof. Dr. Bahri Öztürk  
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz  
Prof. Dr. Bilge Öztan  
Prof. Dr. Cevdet Yavuz  
Prof. Dr. Cumhuri Şahin  
Prof. Dr. Ejder Yılmaz  
Prof. Dr. Emine Akyüz  
Prof. Dr. Ender Ethem Atay  
Prof. Dr. Enver Bozkurt  
Prof. Dr. Erdal Tercan  
Prof. Dr. Erkan Küçükğüngör  
Prof. Dr. Faruk Turhan  
Prof. Dr. Feridun Yenisey  
Prof. Dr. Fügen Sargın  
Prof. Dr. Gökhan Oral  
Prof. Dr. Hakan Hakeri  
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez  
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu  
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu  
Prof. Dr. Hasan Bacanlı  
Prof. Dr. Hasan Tunç  
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz  
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk  
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu  
Prof. Dr. İhsan Erdoğan  
Prof. Dr. İmdat Elmas  
Prof. Dr. İsmail Kayar  
Prof. Dr. İsmail Kırca  
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin  
Prof. Dr. Kayıhan İçel  
Prof. Dr. Kemal Gözler  
Prof. Dr. Kudret Güven  
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy  
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz  
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu  
Prof. Dr. Metin Günday  
Prof. Dr. Mithat Sancar  
Prof. Dr. Muhammet Özekes  
Prof. Dr. Muharrem Kılıç  
Prof. Dr. Mustafa Akkaya  
Prof. Dr. Mustafa Avcı  
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan  
Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım  
Prof. Dr. Mustafa Koçak  
Prof. Dr. Nadir Arıcan  
Prof. Dr. Nevzat Koç  
Prof. Dr. Nuray Ekşi  
Prof. Dr. Osman Doğru  
Prof. Dr. Osman Pehlivan  
Prof. Dr. Ömer Ulukapı  
Prof. Dr. Salih Cengiz  
Prof. Dr. Sami Selçuk  
Prof. Dr. Selçuk Öztekin  
Prof. Dr. Selma Çetiner  
Prof. Dr. Serap Yazıcı  
Prof. Dr. Sermet Koç  
Prof. Dr. Serpil Salaçın  
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi  
Prof. Dr. Şanal Görgün  
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı  
Prof. Dr. Şükrü Kızılot  
Prof. Dr. Tankut Centel  
Prof. Dr. Tayfun Akgüner  
Prof. Dr. Tevfik Odman  
Prof. Dr. Timur Demirbaş  
Prof. Dr. Turan Yıldırım  
Prof. Dr. Ümit Biçer  
Prof. Dr. Veli Özer Özbek  
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı  
Prof. Dr. Yavuz Atar  
Prof. Dr. Yener Ünver  
Prof. Dr. Yusuf Karakoç  
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

\* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır. Derginin hakemler kurulu [www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr) adresinde bulunmaktadır.

## İÇİNDEKİLER/CONTENENTS

- ◆ **Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI** ..... 1  
Vergi Kaçakçılık Suçunda Gönüllü Vazgeçme  
*Voluntary Abandonment in the Tax Evasion Crime*
- ◆ **Doç. Dr. Yakup Emre ÇORUHLU – Prof. Dr. Osman DEMİR**  
**Yrd. Doç. Dr. Okan YILDIZ**.....17  
Ayasofya Bilmecesi: Kilise, Cami, Müze, Hangisi?  
*Puzzle of the Hagia Sophia: Church, Mosque, Museum, Which One?*
- ◆ **Prof. Dr. Mustafa AVCI** .....33  
Mecelle’ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği  
*The Traits of a Judge and the Ethics of Judgment to the Mecelle*
- ◆ **Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA**.....59  
Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının  
Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine  
*Indirect Material Truth: On the Obligation of the Judicial Authorities  
Finding Truth by Evidences in Criminal Procedure*
- ◆ **Doç. Dr. Berrin AKBULUT** .....83  
Dış Beden Muayenesi  
*External Physical Examination*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Arif Barış ÖZBİLEN** .....125  
Tüketim Ödücü Sözleşmesinde Ödünç Alanın Ödeme Güçsüzlüğü ve  
Bu Güçsüzlüğün Yarattığı Hukukî Sonuçlar  
*Insolvency of the Borrower in Loan for Consumption and  
Legal Consequences of this Insolvency*

- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR**.....155  
 Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kullanımı Kiracıya Bırakılan Eşya  
*Object Left to the Use of the Tenant in Residence  
 and Roofed Work Place Rents*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Emir KAYA** .....181  
 Anayasa Mahkemesinin Muhafazakar – Liberal İkilemi  
*The Conservative – Liberal Paradox of the Constitutional Court of Turkey*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Gizem ERSEN PERÇİN**.....215  
 Kuzey Kıbrıs ve Türk Vatandaşlık Hukuklarına İlişkin Bir Karşılaştırmalı  
 Hukuk Çalışması  
*A Comparative Study About the Nationality Law of Republic of Turkey  
 and Turkish Republic of Northern Cyprus*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ**.....245  
 Spor Kulüplerinin Vergilendirilmesi  
*The Taxation of Sports Club*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Murat ERDEM – Arş. Gör. Samet İLDEŞ  
 Kerim BALKANOV** .....279  
 Türkmenistan Yargı Sistemi  
*Turkmenistan’s Judicial System*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU** .....307  
 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kuruluşu, Görevleri ve  
 Yargılama Usulü  
*Gründung, Zuständigkeiten und Verfahrensrecht des Europäischen  
 Gerichtshofs für Menschenrechte*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA** .....365  
 Ölümüne Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası  
*Reduction of Testamentary Disposition and Action for Reduction*

- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN**..... 409  
Türkiye ve İngiltere’de Radyo ve Televizyon Yayıncılığı Alanındaki  
Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar ve Bu Kurumlara Verilen Yeni Bir  
Görev: Medya Okuryazarlığının Geliştirilmesi  
*Turkish and British Independent Regulatory Agencies  
in the Area of Radio and Television Broadcasting and  
a New Duty for These Agencies: Promoting Media Literacy*
- ◆ **Kadir DELİGÖZ–Yrd. Doç. Dr. Dilşad GÜZEL**.....437  
Verimlilik Açısından Zaman Yönetimi ve Erzurum Adliyesi Uygulaması  
*Time Management With Regard to Productivity  
and Erzurum Courthouse Application*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Murat ORUÇ**.....451  
Evli Kadının Münhasıran Bekârlık Soyadını Kullanabilmesi  
*Exclusive Use of a Maiden Name of a Married Woman*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Elvan SÜTKEN**.....467  
Roma Mülkiyetinde Mancipatio’nun Yeri ve Önemi  
*The Importance and Place of Mancipatio in Roman Ownership*
- ◆ **Dr. Osman SARIASLAN**.....493  
Vergi Yargılamasında Harç Sorunu  
*The Problem of Legal Fees in Tax Jurisdiction*
- ◆ **Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ** .....515  
Taşınmazın Mülkiyetinin Tescilden Önce İktisap Hâllerinden Mahkeme  
Hükmüne Göre İktisap Eden Kişinin İhalenin Feshi Davası Açmaya Yetkisi  
Bulunup Bulunmadığı Üzerine Düşünce ve Tahliller  
*Allocation of Property Acquisitions Prior to Registration Court’s People  
from Acquisitions by from Provisions on a Case of Termination of the  
Tender and Analysis on the Power of Thought*



- ◆ **Dr. Mehmet ARSLAN** .....549  
Ceza Davasında Mahkûmiyet Hükümünün Gerekçesinin Yazılması  
Yeni CMK ve Eski CMUK Hükümleri ile Mevzu Kanununun Uygulanması  
Işığında  
*Drafting a reasoned Judgement of Conviction in Criminal Procedure  
In the Light of the new and old Turkish CPO and the originally from  
Turkey adopted German Criminal Procedure Order*
- ◆ **Dr. Hakan A. YAVUZ** .....609  
Yeni Bir Kolluk Tedbiri Olarak Önleyici Gözaltı: İç Güvenlik Paketi  
Kapsamında Düzenlenen Koruma Altına Alma ve Uzaklaştırma  
Tedbirleri Üzerine Bir İnceleme  
*Preventive Detention as a New Enforcement Measure: The Review on  
the Enforcement Measures of Protecting and Removing Legislated in  
Domestic Security Package*
- ◆ **Arş. Gör. Dr. Nafiye YÜCEDAĞ GÖZTEPE** .....667  
Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı  
*Consumer's Right to Withdrawal in Distance Selling Contracts*
- ◆ **Arş. Gör. İlyas ARSLAN**.....691  
Milletlerarası Ticari Tahkimde Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir  
ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi  
*Jurisdiction of Turkish Courts on Interim Injunction and  
Provisional Attachment Decisions Regarding Disputes Subject  
to International Arbitration*
- ◆ **Arş. Gör. Ayşenur NARİN** .....729  
Su Hakkı ve Bir Müdahale Aracı Olarak Suyun Özelleştirilmesi  
*The Right to Water and the Privatization of Water  
as a Way of Intervention*

- ◆ **Arş. Gör. Akif TÖGEL**.....757  
Dünya Anayasalarında Değiştirilemez Maddeler ve Türkiye'nin Yeni Anayasası İçin Öneriler  
*Unchangeable Articles in Constitutions Around the World and Suggestions for The New Constitution of Turkey*
- ◆ **Arş. Gör. Neslihan ÖZELER**.....793  
Siyasal Entegrasyon ve Avrupa Birliği Sürecinde Egemenliğin Dönüşümü  
*Political Integration and Transformation of Sovereignty in the Process of European Union*
- ◆ **Arş. Gör. İdris ERGUTEKİN** .....815  
Askeri Ceza Kanununda Düzenlenen Fer'i Cezalar  
*Subsidiary Punishment in Turkish Military Criminal Code*
- ◆ **Arş. Gör. Talha YILDIZ, LL.M.**.....845  
Mecelle ve Code Civil'deki Haksız Fiilin Mukayesesi  
*Comparison of Tort Law between the Mecelle and the Code Civil*
- ◆ **Arş. Gör. Raziye AKSU**.....861  
Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği  
*Elements and Legal Character of Attorney Agreement*



*Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;*



*Veri Tabanlarında Taranmaktadır.*



---

**MAKALELER / ARTICLES**

---



# VERGİ KAÇAKÇILIK SUÇUNDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

*Voluntary Abandonment in the Tax Evasion Crime*

**Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI<sup>1</sup>**

## ÖZET

Suçların özel görünüm hallerinden biri de “gönüllü vazgeçme”dir. Özel görünüm hallerinin çoğu hep suçların maddi unsuru üzerinde gerçekleşir. Suç yoluna girmiş olan failin suç hareketlerini gönüllü olarak tamamlamaması ya da hareketler tamamlanmış olmakla birlikte neticenin gerçekleşmemesini kendi isteği ile sağlamış olması gönüllü vazgeçme olarak isimlendirilmektedir.

Bu çalışmamızda Vergi Usul Kanunu (VUK) 359’uncu maddesinde düzenlenmiş olan “vergi kaçakçılık suçu”nda gönüllü vazgeçmenin uygulanıp uygulanmayacağı incelenecektir. Genel olarak neticesi harekete bitişik suç gibi algılanan kaçakçılık suçunda bazı fiillerde gönüllü vazgeçmenin mümkün olacağını tespit etmeye çalışacağız.

**Anahtar Kelimeler:** Vergi Kaçakçılık Suçu, Gönüllü Vazgeçme, Teşebbüs, İradi Vazgeçme, Faal Nedamet, Etkin Pişmanlık, Suçun Tamamlanması.

## ABSTRACT

One of the special forms of the criminal offenses is known as “voluntary abandonment”. Most of the special forms of cases commonly occur on the material element of the crime. That is known as voluntary abandonment of criminal offense, which is no attempt and no preparation exists when the offence has not been completed as a consequence of conditions that are dependent on the offender’s will.

The study has discussed the application of voluntary abandonment of criminal offense to “tax evasion crime” defined in Article 359 of Tax Procedure Law. In general, tax evasion crime is a type of instantaneous crimes as it is considered to be committed regardless of whether the offender has achieved with the result or not, because of that in this study we try to identify in some tax evasion criminal offenses, there would be able to give voluntary abandonment.

**Keywords:** Tax Evasion Crime, Voluntary Renunciation, Enterprise, Voluntary Abandonment, Contrite Active, Active Repentance, the Completion of the Crime.

◆◆◆◆

---

<sup>1</sup> Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. bayrakli@aku.edu.tr



## I. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME KAVRAMI, TANIMI VE ÖZELLİKLERİ

Gönüllü vazgeçme, ceza hukukunda suçun özel görünüş hallerinden olan kavramlarından biridir. Suçun unsurları içerisinde maddi unsur üzerinde meydana gelir. Suç için kullanılan genel görünüş, bir failin bir suç fiili ile kasten bir tek neticenin meydana gelmesi hali için kullanılır. Bu cümlede yer alan “birlerde” farklılık meydana gelmiş ise, suçun özel görünüş hallerinden söz edilebilir. Bir fail yerine birden fazla failin yer alması katılma (iştirak), bir suç fiili yerine birden fazla fiil veya netice meydana gelmiş ise birleşme (içtima), suç yoluna girdikten sonra hareket veya netice dıştan gelen bir etki ile yarım kalırsa teşebbüs, istekli olarak yarım kalırsa gönüllü vazgeçmeden söz edilir. İncelemeye çalıştığımız kavram olan gönüllü vazgeçme bu özel hallerden suç yoluna girmiş olan failin hareketleri tamamlamaması veya neticenin meydana gelmesinin içten gelen bir duygu ile gerçekleştirilmemesi gönüllü vazgeçme olarak nitelendirilmektedir.

Bu yaklaşım içerisinde gönüllü vazgeçme şöyle tanımlanabilir. **Gönüllü vazgeçme**, suç yoluna girmiş olan failin icra hareketlerine başladıktan sonra icra hareketlerine son vermesi veya hareket tamamlanmış olsa bile neticenin gerçekleşmesini içten gelen özgür bir irade ile engellemiş olması halidir.

Tanımdan hareketle gönüllü vazgeçmenin şu özellikleri taşıdığını görürüz:

i. Gönüllü vazgeçme suç yoluna girmiş fiiller için söz konusudur. Suç yolu suç işlemeyi kafasına koyan, düşünüp karar veren failin izlerini yok edemeyeceği bir şekilde suç hareketlerine başlamasıdır.

ii. Gönüllü vazgeçme icra hareketlerine başladıktan sonra içten gelen bir irade ile icra hareketlerine son vermedir.

iii. İcra hareketleri sona ermiş olsa bile failin özgür ve içten gelen bir istekle neticenin gerçekleşmesine engel olma şeklinde de olabilir.

iv. Suç tamamlanmadan icra hareketlerinin sonlandırılması veya neticenin gerçekleşmesine engel olunması içten gelen ve özgür bir iradenin eseri olmalıdır. İçten gelen istek, acıma, merhamet, Allah korkusu gibi failin iç dünyası ile ilgilidir<sup>2</sup>. Kimi hallerde de dıştan gelen bir dürtüde olabilir. Öten bir baykuşun uğursuzluk getireceği gibi bir düşünce de olabilir<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Erhan Günay, Öğreti ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 158.

<sup>3</sup> Murat Kayaççek, “Suça Teşebbüs”, [https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewiMnY8ztbMAhXKhywKHZbrA-PoQFg\\_gaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cezabb.adalet.gov.tr%2Fmakale%2F157-do](https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewiMnY8ztbMAhXKhywKHZbrA-PoQFg_gaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cezabb.adalet.gov.tr%2Fmakale%2F157-do)

Gönüllü vazgeçme Türk Ceza Kanununda (TCK) şöyle yer almıştır: *“Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır”* (TCK md 36). Buradaki *“...teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz...”* ifadesi teknik bir suç kavramı olan *“suça teşebbüs”* değil, suça girişmek olarak algılanmalıdır. Zira aşağıda anlatılacağı gibi gönüllü vazgeçme suça teşebbüsten farklı bir kavramdır. Özgür iradesi ile suç hareketlerine son veren fail suça teşebbüs etmiş olarak kabul edilemez. Madde gerekçesinde de bu durum ifade edilmiştir. Kanun koyucu madde gerekçesini şöyle beyan etmiştir. *“Gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Böylece suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hâlde gelmektedir. Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir. Gönüllü vazgeçme hâlinde kişiye ceza verilmemekte, ancak o ana kadar yapılan hareketler ayrıca bir suç oluşturuyorsa sadece o suçtan sorumlu tutulmaktadır”*.

## **II. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARINDAN FARKLILIĞI**

Suçun özel görünüm şekillerinden olan ve gönüllü vazgeçmeye benzeyen bazı kavramlar bulunmaktadır. Karışıklığa meydan vermemek için bu kavramlar arasındaki farklılığa değinilecektir.

### **A) TEŞEBBÜS**

Gönüllü vazgeçmenin en çok benzediği kavramlardan biri suça teşebbüs kavramıdır. TCK’ da suça teşebbüs şöyle yer almıştır: *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur”* (TCK md 35/1). Bu yaklaşım içerisinde suça teşebbüsü şöyle tanımlanabilir:

**Suçta teşebbüs**, suç failinin kasten işlenebilecek suçlarda suça elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamasına rağmen elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamamasıdır.

Gönüllü vazgeçmenin teşebbüs kavramı ile benzerlikleri her ikisinde de icra hareketleri bitirilememekte veya netice gerçekleşmemektedir. Ayrıldıkları nokta ise icra hareketlerinin bitirilmemesi veya neticenin gerçekleşmemesi teşebbüste dıştan gelen bir nedenle olurken, gönüllü vazgeçmede içten gelen bir iradeden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle ceza politikası açısından teşebbüs durumunda tamamlanmış suça göre indirimli ceza uygulanırken gönüllü vazgeçme de ceza verilmemektedir.

## B) PİŞMANLIK

Pişmanlık VUK' da özel olarak düzenlenmiş ceza kesilmesini engelleyen kurlardan birisidir. Beyana dayanan vergilerde vergi ziyayı cezasını gerektiren fiiller için düzenlenmiştir. Ancak kaçakçılık suçu fiillerinin yer aldığı VUK 359' uncu maddenin 2. fıkrasında şu hükme yer verilmiştir. “ 371 inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz”. Dolayısıyla bu atıf nedeniyle pişmanlığın düzenlendiği madde içerisinde kaçakçılık suçu yer almamasına karşılık 359' uncu maddedeki atıf nedeniyle kaçakçılık suçu için de uygulama alanı bulacaktır.

VUK' ta düzenlenmiş olan pişmanlık beyan esasına dayanan vergilerde söz konusudur. Vergi ziyayı cezasını gerektiren bir fiilin işlenilmesi durumunda mükellef nezdinde bir inceleme yapılmadan veya kabahatin bir muhbir tarafından ihbar edilmeden önce mükellef tarafından vergi dairesine bildirilmesi gerekir. Beyanname verilmemiş ise 15 gün içerisinde beyanname verilmesi ya da eksikliklerin giderilmesi ve pişmanlık zammı ödenmesi şartı ile ceza kesilmemesini içerir. Kaçakçılık fiili işlemiş olanlar da, muhbirin haber verme dilekçesinin kaçakçılık suçu teşkil eden fiillerin işlendiğinin tespitinden önce verilmemiş ve resmi kayıtlara geçmeden durumu vergi dairesine bildirmesi halinde ceza kesilmeyecektir.

Pişmanlık ile gönüllü vazgeçme arasındaki benzerlik her ikisinde de ceza kesilmemesidir. Ayrıldıkları noktalar ise şunlardır. Gönüllü vazgeçmede hareket sonlandırılmamış veya netice gerçekleşmemiş olmasına karşılık pişmanlıkta suç tamamlanmıştır. Gönüllü vazgeçmede bir bedel bulunmaz iken pişmanlıkta pişmanlık zammı söz konusudur. Ancak neticesi vergi kaybı olmayan kaçakçılık suçunda bunun ceza davası açılmasına engel olan etkin pişmanlık

gibi düşünülmesi gerekir. Bu konu başka bir çalışmanın konusunu oluşturacağı için üzerinde durmuyoruz<sup>4</sup>.

### C) ETKİN PİŞMALIK

Etkin pişmanlık TCK'da özel hükümler içerisinde düzenlenen bir kurumdur. Sadece kanunda etkin pişmanlık öngörülen suçlar için düzenlenmiştir. Fail suç işlerken sahip olmadığı pişmanlık duygusunu suç tamamlandıktan sonra neticenin etkilerini ortadan kaldırmaya, azaltmaya, eski hale getirmeye yönelik girişimleridir. Kimi zamanda suçun veya suç ortaklarının tespitine yönelik gönüllülük esaslı eylemleri içerir. Bu davranışları sonucu kanun koyucu fail hakkında cezalandırılmamasını, cezasından indirim yapılmasını, hakkında açılmış kamu davasının düşürülmesini, hükmedilmiş cezanın ortadan kaldırılmasını ya da cezada indirim yapılmasını öngören düzenlemeler yapmıştır. Etkin pişmanlık kanunda öngörülmüş suçlar için söz konusudur.

Gönüllü vazgeçme ise TCK'da genel hükümler içerisinde düzenlenmiş ve şartlarını taşıyan her suç için söz konusudur. Gönüllü vazgeçme icra hareketleri bitirilmeden veya hareket bitirilmiş olsa bile neticenin gerçekleşmesine engel olma şeklinde olabilir. Gönüllü vazgeçmede tamamlanmış bir suç bulunmaz iken etkin pişmanlıkta suç tamamlanmıştır. Gönüllü vazgeçmede ceza verilmez iken etkin pişmanlıkta ceza indirimli olarak verilebileceği gibi tamamen kaldırılabilir de.

Vergi kaçakçılık suçu için gönüllü vazgeçme uygulama alanı bulurken, etkin pişmanlık gibi sonuç doğuran pişmanlık müessesesi düzenlenmiştir. Yukarı başlıkta incelendiği için burada tekrar etmeyeceğiz.

### D) FAAL NEDAMET

Faal nedamet eski ceza kanunumuzda yer alan kurumlardan biridir. Yeni TCK' da düzenlenen gönüllü vazgeçme kurumunun bir bölümünü oluşturur. Faal nedamet suç failinin icra hareketlerini bitirdikten sonra içten gelen bir kararla neticenin gerçekleşmesine engel olması veya neticenin tesirlerinin ortadan kaldırılmasıdır<sup>5</sup>. Günümüzde bu durum gönüllü vazgeçme olarak nitelendirilmektedir. Eski kanunumuzdaki "ihtiyari ile vazgeçme" ve "faal nedamet"

---

<sup>4</sup> "Ancak vergi kaçakçılığı suçları aynı zamanda vergi zıyanını da doğurmuyorsa yalnızca kaçakçılık suçunu oluşturan fiiller için pişmanlıktan yararlanılmayacaktır". Yaklaşımını doğru bulmuyoruz. Bkz. Cavit Ekim, Vergi Kaçakçılığı Suçları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 59.

<sup>5</sup> Sahir Erman, "Türk Vergi Hukukunda Yer Alan Ceza Hukukuna Ait Prensipler", Maliye Enstitüsü Konferansları, XV. Seri- Sene 1968, İstanbul, 1968, s. 76.

yeni kanunda gönüllü vazgeçme olarak birleştirilmiştir. Bu nedenle üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

### III. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN SUÇ VE CEZA POLİTİKALARI AÇISINDAN ÖNEMİ

Kanun koyucunun ceza normları koyarken göz önünde tuttuğu amaç, toplumda suç işlenmesinin azalması veya olmaması, suç işleme düşüncesinde olanların da suç işlemekten vazgeçmesini sağlamaktır. Bir şekilde suç işlenmiş ise kamu düzenini sağlama adına suç faillerinin de cezalandırılmasıdır. Böylece hukuka olan güvenin de sağlanması amaçlanmaktadır.

Suç yolunda suç hareketlerini işlemeye başlamış kişinin kendi isteği ile hareketlerine son vermesi veya neticenin gerçekleşmemesi için girişimlerini teşvik etmesi gerekir. Bu yaklaşım içerisinde suç hareketlerine gönüllü olarak son veren veya hareketler tamamlanmakla beraber neticenin gerçekleşmesine engel olan kişi için ceza verilmemesini hüküm altına almıştır. Bu konuda kanun koyucunun yaklaşımının TCK' da suç failinin toplumla olumlu ilişki kurma isteği kanun koyucu tarafından da ceza verilmemesi şeklinde sonuçlanmıştır<sup>6</sup>.

Gönüllü vazgeçme suçların işlenmesinin önüne geçilmesi ve kişi veya toplumun uğrayacağı zararların ortadan kaldırılabilmesi açısından büyük öneme sahiptir. Vergi kaçakçılığı açısından doğuracağı olumlu sonuçlar ise hem devletin vergi düzeni bozulmamış olacak hem de olası vergi kayıplarının önüne geçilmiş olacaktır.

### IV. VERGİ KAÇAKÇILIK SUÇUNDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEYE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Vergi kaçakçılık suçunun düzenlendiği VUK ile TCK arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi bulunmaktadır. Kaçakçılık suçu ve verilecek hapis cezaları ceza hukuku anlamında suç ve cezalar olması nedeniyle TCK' da yer alan genel hükümler VUK için de uygulama alanı bulacaktır. *“(1) Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza Kanunları ve ceza içeren Kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır”* (TCK md 5). TCK'nın genel hükümleri 1-75 maddeler arasında yer alan hükümlerdir. Bunlardan biri de TCK 36'ncı maddede düzenlenmiş olan “Gönüllü Vazgeçme”dir. Gönüllü vazgeçme gibi bir konu VUK'da düzenlenmemiş olması nedeniyle TCK' da yer alan gönüllü vazgeçme kurumu vergi kaçakçılığı için de uygulama alanı bulacaktır.

---

<sup>6</sup> Hale Akdağ, “Gönüllü Vazgeçme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S 2,2013, s.94.

## V. KAÇAKÇILIK SUÇU FAİLLERİ

Kaçakçılık suçu failleri itibariyle vergi yükümlüsü veya sorumlusu gibi bir tanımlamaya uygun değildir. Çünkü seçimlik bağlı hareketlerden oluşan fiiller her bir bentte ayrı farklı özellikleri olan kişiler için düzenlenmiştir. Suçlar gerçek kişiler için söz konusu olduğuna göre aşağıda belirtilen görevleri yerine getirmek zorunda olan gerçek kişiler kaçakçılık fiilleri nedeniyle sorumlu tutulabilecektir. Suç failleri şöylece sıralanabilir:

### A) Vergi Usul Kanununa göre defter tutmakla yükümlü olan gerçek kişiler

- i. Ticaret ve sanat erbabı;
- ii. Ticaret şirketleri;
- iii. İktisadi kamu müesseseleri;
- iv. Dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler,
- v. Serbest meslek erbabı;
- vi. Çiftçilerdir.

Defter tutma mecburiyeti aşağıda yazılı gerçek kişiler hakkında uygulanmaz.

- i. Gelir vergisinden “muaf olan esnaf ve gerçek usulde vergiye tabi olmayan çiftçiler”;
- ii. Gelir Vergisi Kanununa göre kazançları basit usulde tespit edilenler.
- iii. Kurumlar vergisinden muaf olan:
  - a) İktisadi kamu müesseseleri;
  - b) Dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmelerdir.

### B) Vergi Kanunlarına Göre Defter, Belge Saklamak ve İbraz Etmek Zorunda Olanlar

VUK’a göre defter tutmak mecburiyetinde olanlar, tuttukları defterlerle defterde yer alan bilgileri ispata yarayacak VUK’da yer alan belgeleri saklamak ve istenildiğinde ibraz etmek zorundadır. Defter ve belgeler ait oldukları yılı takip eden takvim yılı başından başlayarak beş yıl süre ile saklamak ve korumak zorundadır (VUK md 253).

### **C) DEFTER, KAYIT VE BELGELERİ TAHRİF EDENLER**

Tahrif etme, sözlükte harflerle oynama, harflerin yerini değiştirme olarak ifade edilmektedir<sup>7</sup>. Bilim dilinde ise usulüne uygun olarak tutulmuş defter, belge ve kayıtlarda yazılı bilgi ve rakamları aslına uygun durumdan çıkarıcı her fiil tahriftir<sup>8</sup>. Tahrif etme fiili bizzat yükümlü tarafından yapılacağı gibi üçüncü kişiler tarafından da yapılabilir. Her ne kadar defterleri koruma görevi mükellefe ait ise de onun bilgisi dâhilinde veya bilgisi dışında üçüncü kişiler tarafından da yapılabilir.

### **D) DEFTER, KAYIT VE BELGELERİ GİZLEYENLER**

Defter ve belgeleri saklamak zorunda olanlar beş yıllık süre içerisinde yetkili makam veya memurlar tarafından istenilmesi durumunda bu defter ve belgeleri ibraz ve inceleme için arz etmek zorundadır (VUK md 256). Defter ve belgeleri gizleyen kişiler bu suçun faili olmaktadır.

### **E) MUHTEVİYATI İTİBARIYLA YANILTICI BELGE DÜZENLEYENLER VEYA BU BELGELERİ KULLANANLAR**

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir. Gerçek muamele, konu olduğu ekonomik veya hukuki işlemin gerçekleştiği işlemlerdir. Bu başlık altında suç faili olarak belge düzenleyenler yanında kullananlar da yer almaktadır.

### **F) VERGİ KANUNLARI UYARINCA TUTULAN VEYA DÜZENLENEN VE SAKLAMA VE İBRAZ MECBURİYETİ BULUNAN DEFTER, KAYIT VE BELGELERİ YOK EDENLER VEYA DEFTER SAHİFELERİNİ YOK EDEREK YERİNE BAŞKA YAPRAKLAR KOYANLAR VEYA HİÇ YAPRAK KOYMAYANLAR**

Bu bent içerisinde düzenlenen suç fiili mükellef veya sorumlu tarafından işlenebileceği gibi üçüncü kişiler tarafından da işlenebilir. Üçüncü kişi tarafından işlenmesi mükellefin koruma ödevini kaldırmaz. Mükellef gerekli koruma önlemlerini almaması nedeniyle sorumlu olur.

---

<sup>7</sup> Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Yenilenmiş B. 4, Ankara, 2011, s.717.

<sup>8</sup> Yılmaz Hızlı, Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu, Ankara, 1984, s.123.

### **G) BELGELERİN ASIL VEYA SURETLERİNİ TAMAMEN VEYA KISMEN SAHTE OLARAK DÜZENLEYENLER VEYA BU BELGELERİ KULLANANLAR**

Bu bentte iki ayrı fiil düzenlenmiştir:

- i. Sahte belge düzenleyen,
- ii. Sahte düzenlenmiş belgeyi kullananlardır.

Sahte belge, gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belgedir (VUK md 359/b).

### **H) VERGİ USUL KANUNUNA GÖRE ANLAŞMASI OLMADIĞI HALDE BELGE BASANLAR**

Vergi Usul Kanunu gereğince kullanılacak fatura, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu, gider pusulası, perakende satış vesikaları ile kanunda yer alan diğer belgelerin basım ve dağıtımını Bakanlık veya defterdarlık ile matbaa işletmecileri arasında yapılacak bir anlaşmayla sağlanır. Bakanlık veya defterdarlıkça yapılmış bir sözleşmesi olmadığı halde belge basan veya dağıtanlar kaçakçılık suçu faili olabilirler.

### **I) VERGİ USUL KANUNUNA GÖRE ANLAŞMASI OLMADIĞI HALDE BASILAN BELGELERİ BİLEREK KULLANANLAR**

Vergi Usul Kanunu gereğince kullanılacak belgelerin sözleşmesi olmayan matbaalar tarafından basıldığını bilen ve bu belgeleri muhasebe kayıtlarında kullanan kişiler kaçakçılık suçu faali olabilirler.

## **VI. KAÇAKÇILIK FİİLLERİ VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEYE UYGUNLUĞU**

Vergi kaçakçılık suçu fiillerinin gönüllü vazgeçmeye uygun olup olmadığı her bir fiil ayrı ayrı irdelenerek tespit edilmesi gerekir. Bu açıdan kanundaki gruplamaya uygun olarak cezalardan hareketle bir gruplama yapılarak suç fiillerinin gönüllü vazgeçmeye uygunluğu irdelenecektir.

### **A) CEZASI ONSEKİZ AYDAN ÜÇ YILA KADAR HAPİS CEZASI OLAN FİİLLER**

#### **1. Defter ve Kayıtlarda Hesap ve Muhasebe Hileleri Yapmak**

Defter, kayıt ve belgelerde muhasebe hileleri yapmak fiili kanunda sayılmamıştır. Doğrusu da budur. Sayılmış olsaydı sayılmayan ve yeni yeni keşfedilen hile fiilleri suç kapsamı dışında kalabilirdi. Bunu önleme adına sayılmamıştır. Hile, belgeler ve muhasebe kayıtları üzerinde bilinçli ve kasıtlı olarak yapılan, kendiliğinden ortaya çıkması ihtimali olmayan hukuka aykırı işlemlerdir.



Kaçakçılık suçu neticesi vergi kaybına dayalı olmaması nedeniyle vergi kaybı doğmadan vergi kaybını engellemek söz konusu olamazdı. Vergi kaybı doğduktan sonra bunu gidermeye yönelik hareket ise pişmanlık kapsamı içerisinde olabilirdi. Oysa pişmanlık ile gönüllü vazgeçme arasındaki yegâne farklılık gönüllü vazgeçmenin netice gerçekleşmeden önce neticenin gerçekleşmemesine yönelik tedbirlerin alınması olmalıdır. Bu ise uygulanabilirlik açısından söz konusu değildir. O halde gönüllü vazgeçme suç hareketleri bitirilmeden meydana gelmiş olmalıdır.

Muhasebe hileleri literatürde farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bunlar içerisinde en kapsayıcısında şöyle tanımlanmıştır: Muhasebe hilesi, muhasebe ile ilgili olayın oluşumu, belgelenmesi, kaydedilmesi ve işletme ile ilgili çıkar çevrelerine rapor edilmesi aşamasında kötü niyetle ve kasıtlı olarak ilgilileri yanıltan ve onlar zarar görebileceği şekilde basılı veya dijital ortamda ulusal veya uluslararası hukuk kurallarına aykırı davranmak suretiyle yapılan hareketlerdir<sup>9</sup>. Ulusal mevzuatta Maliye Bakanlığı VUK 175'inci madde kapsamında muhasebe ilkelerini standart hale getirmiş ve yayınladığı tebliğlerle yapılması gerekenleri belirterek muhasebe sistemine dâhil etmiştir<sup>10</sup>. Bu ilkelere aykırılıklar muhasebe hilesi olarak kabul edilecektir.

Gönüllü vazgeçmeye şöyle örnek verebiliriz. Bazı aktif kalemleri olduğundan fazla veya eksik gösteren kişinin sıkça yaptığı bu işlemi daha sonra her hangi bir incelemeden önce üzerlerini çizerek doğrularını yazması, yanlış ayırdığı amortismanları sonradan düzeltmesi, gelir ve giderleri ilgili olduğu yılda yazmayan kişinin daha sonra incelemeden önce düzeltmesi gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmelidir<sup>11</sup>.

## **2. Gerçek Olmayan veya Kayda Konu İşlemlerle İlgisi Bulunmayan Kişiler Adına Hesap Açmak**

Hesap, aynı nitelikteki işlemlerin artış ve azalışlarının izlendiği çizelgelere hesap denir<sup>12</sup>. Hesap açma ise, bir hesabın borç ya da alacak tarafına ilk kez kayıt yapılarak hesabın kullanılmaya başlanmasına hesap açma denir. Hesap, büyük defterin sayfaları üzerinde iki kısımdan oluşmaktadır. Her hesabın bir

---

<sup>9</sup> Hasan Hüseyin Bayraklı- Mehmet Erkan- Cemal Elitaş, Muhasebe ve Vergi Denetiminde Muhasebe Hata ve Hileleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012, s. 51.

<sup>10</sup> Süheyl Donay, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2008, s.129.

<sup>11</sup> Bayraklı –Erkan- Elitaş, s.53.

<sup>12</sup> <http://www.muhasebedersleri.com/genel-muhasebe-2/hesap-kavrami.html>, 12.05.2016.

ismi bulunur ve defterin üst tarafına yazılır<sup>13</sup>. Hesap açma fiili bölünebilir nitelikte olması nedeniyle gönüllü vazgeçmeye elverişlidir. Gerçekte var olmayan bir kişi için hesap açılmış ve kendisine borç verilmiş gibi kayda başlayan kişinin yazmaktan vazgeçerek üzerini çizmesi gönüllü vazgeçme olarak kabul edilme-lidir.

### **3. Defterlere Kaydı Gereken Hesap ve İşlemleri Vergi Matrahının Azalması Sonucunu Doğuracak Şekilde Tamamen veya Kısmen Başka Defter, Belge veya Diğer Kayıt Ortamlarına Kaydetmek**

Muhasebe defterlerine veya bilgisayar ortamında tutulan programlarda yazılması gereken hesapların başka defter ve programlara yazılması fiili bölünebilir niteliktedir. Satmış olduğu bir malın hesabını ayrı bir defter veya ajandada takip eden kişi bu suç fiilini işliyor demektir. Başka bir deftere yazdığı bir hesabı daha sonra silen veya üzerini karalayan kişi bu hesabı doğru deftere yazdıktan sonra inceleme sırasında tespit edilmiş olsa fiilinin gönüllü vazgeçme olarak nitelendirilmesi gerekir.

Bu fiil için vergi kaybı zorunlu değildir. Kaçakçılık suçu fiili neticesi vergi kaybı olmadığına göre, şayet başka deftere kaydettiği bilgileri silmemiş olsa ve o sırada yakalanmış olsa suç fiili tamamlanmış olacaktır. Burada fiilin vergi matrahını azaltacak şekilde bir fiil olması sorumluluk için yeterli olacak ve suç da tamamlanmış olacaktır.

### **4. Defter, Kayıt ve Belgeleri Tahrif Etmek**

Tahrif etmek, gerçeğe uygun olarak düzenlenmiş belge, defter ve kayıtlardaki rakam ve yazıların kimyasal bir madde ile silinmesi veya yerlerine başka rakamların yazılmasıdır<sup>14</sup>. Fatura üzerinde doğru yazdığı rakamı silmeye başlayan kişinin içsel bir dürtü ile hareketin vazgeçip tekrar eski haline getirmesi gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmelidir. Yevmiye defterine yazdığı satış miktarını değer olarak düşürmek isterken devlete bağlılık duygusunun yoğun gelmesi sonucu hareketinden vazgeçerek doğru olanı yazması gönüllü vazgeçmedir.

### **5. Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizlemek**

Defter, kayıt ve belgelerin varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle

---

<sup>13</sup> www.yuksekkayasmmm.com/sorucevap/haber\_oku.php?haber\_id=26, 12.05.2016.

<sup>14</sup> M. Kâmil Mutluer, Vergi Ceza Hukuku, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları No: 214, Eskişehir, 1979, s. 164.

sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere ibraz edilmemesi saf ihmali suçlardan olduğu kabul edilmektedir. Bu fiil bölünebilir nitelikli değildir. Dolayısıyla gönüllü vazgeçmeye elverişli değildir. Süresi içerisinde verilmeyen defter ve belgeler nedeniyle suç tamamlanmış olur.

## **6. Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenlemek**

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir. VUK'da yer alan belgeler kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak Maliye Bakanlığınca kullanma mecburiyeti getirilen belgelerdir. *“Bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanunun Maliye ve Gümrük Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır”* (VUK md 227/3).

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeden söz edebilmek için bu belgenin tamamlanmış olması gerekir. Dolayısıyla kanunda yer alan bilgilerden yoksun bir belge düzenlenebilmesi söz konusu değildir. Bütün bilgileri içeren ve içeriği itibariyle yanıltıcı olan belge düzenlenmiş ise artık suç tamamlanmıştır. Artık bu aşamadan sonra gönüllü vazgeçme değil pişmanlıktan söz edilebilir. Bu nedenle belge düzenleme fiilinde gönüllü vazgeçme söz konusu olamayacaktır.

## **7. Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belgeleri Kullanmak**

Vergi hukukunda belgenin kullanılması, vergi ile ilgili muhasebe defterlerine bu belgelerin içeriğinin yazılmasıdır. Bu belgeler gelir belgesi olabileceği gibi gider belgesi de olabilir.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olan belgeyi bunu kullanan kişi bilir. On bin liraya aldığı kömürün tekstil maddesi ve beş bin lira olarak yazılması durumunda bunu bilmemesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu belgeyi deftere yazan kişinin tam miktarı yazacağı sırada yakalanabileceği korkusu aklına gelip yazmaktan vazgeçmiş olması halinde henüz fiil tamamlanmadığı için gönüllü vazgeçmeden yararlanır.

## **B) CEZASI ÜÇ YILDAN BEŞ YILA KADAR HAPİS CEZASI OLAN FİİLLER**

### **1. Vergi Kanunları Uyarınca Tutulan veya Düzenlenen ve Saklama ve İbraz Mecburiyeti Bulunan Defter, Kayıt ve Belgeleri Yok Etmek**

VUK hükümlerine göre defter tutmak mecburiyetinde olanlar, tuttıkları defterlerle üçüncü kısımda yazılı vesikaları, ilgili buldukları yılı takip eden

takvim yılından başlayarak beş yıl süre ile muhafaza etmeye mecburdurlar. Bunları korumaları gerekir. Defteri yok etmek amacıyla geri dönüşüm kutusuna atan mükellefin bir müddet sonra gidip geri dönüşüm kutusundan alması gönüllü vazgeçme olarak kabul edilir.

## **2. Defter Sahifelerini Yok Ederek Yerine Başka Yapraklar Koymak**

Mükellefin ödevlerinden biri de defter ve belgeleri aslına uygun olarak korumak ve saklamaktır. Yevmiye defterinden veya büyük defterden bir yaprağı dikkatlice çıkararak kişinin yerine yeni yaprak yapıştırma aşamasında fiilden içsel bir duygu ile vazgeçerek tekrar aynı yaprağı itina ile yerleştirmesi halinde kaçakçılık suçu fiilden gönüllü vazgeçmiş olur.

## **3. Belgelerin Asıl veya Suretlerini Tamamen veya Kısmen Sahte Olarak Düzenlemek**

VUK'da yer alan belgeler kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak Maliye Bakanlığınca kullanma mecburiyeti getirilen belgelerdir. *“Bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanunun Maliye ve Gümrük Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır”* (VUK md 227/3). Dolayısıyla bazı bilgilerin yer almadığı belge VUK'da belirtilen belge olmayacaktır. Belgenin düzenlenmiş olması ile suç tamamlanacak ve hareket tamamlanmış olacağı için bundan vazgeçme de söz konusu olmayacaktır.

## **4. Sahte Belgeleri Kullanmak**

Sahte belge kullanma fiilinde hareket bölünebilir nitelikli olması nedeniyle gönüllü vazgeçmeye uygundur. Sahte olarak düzenlendiğini bildiği belgeyi deftere yazarken kişinin ismini yazdıktan sonra üzerini çizerek iptal etmiş olması gönüllü vazgeçme olarak kabul edilecektir.

## **C) Cezası İki Yıldan Beş Yıla Kadar Hapis Cezası Olan Fiiller**

### **1. Vergi Usul Kanunu Hükümlerine Göre Ancak Maliye Bakanlığı İle Anlaşması Bulunan Kişilerin Basabileceği Belgeleri, Bakanlık İle Anlaşması Olmadığı Halde Basmak**

Maliye Bakanlığı veya defterdarlıkla yapılmış bir sözleşmesi olmadığı halde belge basma işinde hareket parçalara ayrılabilir niteliktedir. Sözleşmesi olmayan bir matbaa belge basma konusunda bütün hazırlıklara başlamış ve

baskıya başlayacağı sırada içsel bir duygu ile basmaktan vazgeçmesi kaçakçılık suçunda gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmelidir.

## **2. Maliye Bakanlığı İle Anlaşması Bulunmayan Kişilerin Bastığı Belgeleri Bilerek Kullanmak**

Mükellef açısından belgeyi basan matbaanın yetkisi olup olmadığını her zaman bilebilmek kolay değildir. Bu nedenle bu suç fiilinde “bilme” şartı getirilmiştir. Yetkisi olmayan matbaanın bastığı belgeyi bilerek deftere işlemeye başlayan kişinin içten gelen bir duygu ile yazmaktan vazgeçerek o kaydı iptal etmiş olması gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmelidir.

## **VII. VERGİ KAÇAKÇILIK SUÇUNDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN SONUÇLARI**

Gönüllü vazgeçmenin ceza politikası açısından fiilin cezalandırılmamasıdır. O ana kadar işlenen fiiller bir başka suçun tamamlanması sonucunu doğurmakta ise tamamlanan fiil için ceza tayin edilecektir. Kanun koyucu burada “teşebbüsten” ibaresi kullanmış ise de bu “suça teşebbüs” gibi algılanmamalı, “suç fiilini işleme” şeklinde anlaşılmalıdır. Yoksa bilindiği gibi suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde indirimli bir ceza uygulanmaktadır.

## **SONUÇ**

Bu çalışmada vergi kaçakçılık suçunda gönüllü vazgeçmenin olup olmayacağı araştırılmıştır. Ulaşılan sonuçlara göre, kaçakçılık suçunda yukarıda sayılan hallerde gönüllü vazgeçme mümkündür. Bunun sağlayacağı fayda kişilerin suç fiilini tamamlamamak şekliyle kamu düzeninin bozulması önlenirken, olası vergi kayıpları nedeniyle de vergi ziyayı kabahatinin işlenmesi ve devletin vergi kaybı önlenmiş olacaktır.

İşlemiş olduğu vergi kaçakçılık suçundan gönüllü olarak vazgeçen kişiye de vergi cezası kesilmeyecektir.



### KAYNAKÇA

**Akdağ Hale**, “Gönüllü Vazgeçme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S 2, 2013.

**Bayraklı Hasan Hüseyin - Mehmet Erkan- Cemal Elitaş**, Muhasebe ve Vergi Denetiminde Muhasebe Hata ve Hileleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012.

**Donay Süheyl**, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2008.

**Ekim Cavit**, Vergi Kaçakçılığı Suçları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.

**Erman Sahir**, “Türk Vergi Hukukunda Yer Alan Ceza Hukukuna Ait Prensipler”, Maliye Enstitüsü Konferansları, XV. Seri- Sene 1968, İstanbul, 1968.

**Günay Erhan**, Öğreti ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

**Hızlı Yılmaz**, Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu, Ankara, 1984.

**Kayanççek Murat**, “Suça Teşebbüs”, [https://www.google.com.tr/url?sa=t&rc=ct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=&ved=0ahUKEwiMnY8ztbMAhXKhywKHZbrAPoQFggMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cezabb.adalet.gov.tr%2Fmakale%2F157.doc&usg=AFQjCNElywZky\\_zuRLIEHsd2A-ExrRYw&bvm=bv.122129774,d.bGg](https://www.google.com.tr/url?sa=t&rc=ct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=&ved=0ahUKEwiMnY8ztbMAhXKhywKHZbrAPoQFggMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cezabb.adalet.gov.tr%2Fmakale%2F157.doc&usg=AFQjCNElywZky_zuRLIEHsd2A-ExrRYw&bvm=bv.122129774,d.bGg), 13.05.2016.

**Mutluer M. Kâmil**, Vergi Ceza Hukuku, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları No: 214, Eskişehir, 1979.

**Yılmaz Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Yenilenmiş B. 4, Ankara, 2011.



## AYASOFYA BİLMECESİ: KİLİSE, CAMİ, MÜZE, HANGİSİ?

*Puzzle of the Hagia Sophia: Church, Mosque, Museum, Which One?*

**Doç. Dr. Yakup Emre ÇORUHLU\*** – **Prof. Dr. Osman DEMİR\*\***  
**Yrd. Doç. Dr. Okan YILDIZ\*\*\***

### ÖZET

Çalışmada, müze olarak kullanılan Ayasofya'nın ne şekilde kullanılması gerektiği mülkiyet hakkı kavramı ile ele alınmıştır. Uluslar arası sözleşme, anayasa, medeni kanun, vakıflar kanunu ve kültür ve tabiat varlıkları kanunu ile eser arasındaki bağlar araştırılmıştır. Mülkiyet hakkı uyarınca Ayasofyanın kullanım şeklinin mevcut kullanımın uygun olup olmadığı analiz edilmiş ve elde edilen sonuçlar bilimsel gerekçeleriyle verilmiştir. 5737 sayılı Vakıflar Kanununa göre, mazbut vakıfların mülkiyetindeki hayrat niteliğindeki taşınmaz kültür varlıklarına öncelikli olarak vakfiyeleri doğrultusunda işlev vermek zorunludur. Ayasofya için, bu işlev vakfiye ve tapu sicilinde belirtilen cami fonksiyonudur. Bu noktada, vakfiyet ve tapu siciline uygun kullanım olan cami fonksiyonunun Ayasofya'ya bir an önce verilmesi gerektiği anlaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Ayasofya, Camii, Müze, Vakıf, Hayrat.

### ABSTRACT

Hagia Sophia has been used as a museum since 1934. It is discussed what kind of usage should be acquired in the light of property right in this study. The links between "International conventions", "Turkish Constitution", "Turkish Civil Law", "Foundation Law" and "the Law of Cultural and Natural Heritage" and the heritage was investigated. Sophia's were analyzed in terms of current usage in accordance with the term of property right. And the results obtained are described on scientific grounds. According to Foundations Law numbered 5737, if cultural heritage is a foundational immovable property at the same time foundation is a charity foundation, it is absolutely necessary to be used the immovable with suitable function according to foundation charter. For Hagia Sophia, this function is specified in the Foundation Charter and land registry as mosque. At this point, it is understood that Hagia Sophia should be transformed from the current usage

---

\* Karadeniz Teknik Üniversitesi Müh. Fak. Harita Mühendisliği Bölümü Öğretim Üyesi, Trabzon. yecoruhlu@ktu.edu.tr

\*\* Karadeniz Teknik Üniversitesi Müh. Fak. Harita Mühendisliği Bölüm Başkan Yardımcısı, Trabzon. osmand@ktu.edu.tr

\*\*\* Karadeniz Teknik Üniversitesi Müh. Fak. Harita Mühendisliği Bölümü Öğretim Üyesi, Trabzon. okan.yildiz@ktu.edu.tr



to mosque in harmony with its legal documents which are land registry and foundation charter as soon as possible.

**Keywords:** Hagia Sophia, Mosque, Museum, Foundation, Charity.



## GİRİŞ

Mülkiyeti mazbut “Ebul Fetih Sultan Mehmet Vakfı” na yönetim ve temsili 5737 sayılı Vakıflar Kanunu uyarınca Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne ait İstanbul İli Fatih İlçesi Cankurtaran Mahallesi 57 ada 7 parsel sayılı “*türbe akaret ve muvakkithane ve medreseyi müştemil Ayasofya’ı Kebir Camii*” vasıflı 26.644,00 m2 miktarlı taşınmaz bilinen adı ile Ayasofya Camii/Müzesi olarak anılmaktadır. Bu eser günümüzde Kültür ve Turizm Bakanlığınca müze olarak kullanılmakta ve ülkemize ciddi sayıda turist çekmektedir. Yaklaşık 58 milyon parselin olduğu ve 99.000 adet taşınmaz kültür varlığına sahip ülkemizde, 2014 yılı verilerine göre turistler tarafından en çok ziyaret edilen taşınmazın 3.574.043 ziyaret ile<sup>1</sup> Ayasofya olduğu görülmektedir. Bu taşınmaz Vakıflar Kanunu uyarınca hayrat vasıflı olup, tapu sicili yanında Vakıflar Genel Müdürlüğü Vakıf Taşınmaz Mallar sicillerinde de kayıtlıdır<sup>2</sup>. Aynı zamanda 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu uyarınca “*korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı*” olarak tescilli olup 1. derece arkeolojik sit alanında bulunmaktadır<sup>3</sup>. Taşınmazı VII. Osmanlı Padişahı Fatih Sultan Mehmet’in İstanbul’u 1453 yılında fethetmesi ile kendi kurduğu vakfına alarak camiye dönüştürüp vakfettiği bilinmektedir. Vakıf kültür varlığı olan bu taşınmaz fetihden sonra cami vasfı ile uzun yıllar kullanılmıştır<sup>4</sup>. Cumhuriyetin ilanından sonra, 24 Kasım 1934 tarihli Bakanlar Kurulu Kararına (BKK) dayandırılarak müze olarak kullanılan bu eserin vakıf hukukuna uygun olarak tekrar cami vasfında kullanımı son yıllarda sıkça gündeme gelmiştir<sup>5</sup>. Atatürk, 1 Mart 1922’de Meclis açılışında vakıflar ve vakıf eserlerinin önemi ile ilgili yaptığı konuşmada bu konuyla ilgili olarak “*Vakıflarla ilgili konulara gelince; bilinmektedir ki vakıflar memleketimizin mühim bir servetini teşkil eder. Bu servetten millet ve memle-*

---

<sup>1</sup> <http://ayasofyamuzesi.gov.tr/tr/content/istatistikler>, 09.11.2015

<sup>2</sup> Resmi Gazete, (2008). “Vakıflar Kanunu (26800), 27.02.2008.

<sup>3</sup> Resmi Gazete, (1983a). “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (18113), 23.07.1983.

<sup>4</sup> <http://ayasofyamuzesi.gov.tr/tr/content/tarih%C3%A7e>, 04.11.2015

<sup>5</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=SBt7HR76gkQ>, 04.11.2015

*ketin gerektiği şekilde istifade edebilmesi için Şer'iyeye Vekâletıyla beraber bütün Bakanlar Kurulunun ve hatta Yüce Meclisin bu hususu ehemmiyetle tetkik ile bu büyük müessesenin haraplıktan korunmasını ve memlekete faydalı bir hale konulmasını temenni eylerim. Efendiler; Vakıfların varoluş esprisi göz önüne alınınca; bunun dinî müesseseler ile beraber hizmet ve sosyal dayanışmayı hedeflediği ortaya çıkar. Vakıfların imarethaneler, bîmarhâneler, hastahaneler, kütüphaneler, kervansaraylar, hamamlar, çeşmeler, mektepler, medreseler, ve diğer irfan müesseselerini kapsamış olması, vakıflara ait konuların çözümünde uyulması zorunlu olan esasları göstermektedir.” ifadelerini kullanmıştır<sup>6</sup>. Osmanlı döneminde son derece önemli olan bir Bakanlık düzeyinde temsil edilen vakıf teşkilatı cumhuriyet döneminde de varlığını sürdürmeli ve bu da hukuki bir zeminde kanunla şekillenmelidir. Bu düşünceden hareketle, Cumhuriyetten sonra 1935 yılında şu an mülga olan 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, Atatürk'ün himayesinde şekillenmiş ve yasalaştırılmıştır. Bu noktada 1934 tarihli BKK uygulanmaya başlandığında, Vakıflar Kanunu henüz mevcut değildi. 2762 sayılı kanunda vakıfların hayrat niteliğinde olan taşınmazları ile ilgili kullanımını düzenleyen hüküm 10. maddede “Tahsis edildikleri maksada göre kullanılmaları kanuna veya amme intizamına uygun olmayan veyahut işe yaramaz bir hale gelen hayrat vakıflar, idare meclisinin teklifi ve Bakanlar Heyetinin kararı ile mümkün mertebe gayece aynı olan diğer hayrata tahsis edilebileceği gibi bu kabil hayrat ayın veya para ile değiştirilerek elde edilecek ayın veya para dahi aynı suretle diğer hayrata tahsis olunabilir. Mimari ve tarihi değeri olan eserler satılamaz.” şeklinde ifade edilmiştir<sup>7</sup>.*

Bu noktada Bakanlar Kuruluna vakıfların hayrat vasfında olan taşınmazları ile ilgili olarak Vakıflar Meclisinden (mülga kanunda İdare Meclisi) gelecek teklif ile bir tasarrufta bulunma yetkisi aralanıyor, yorumu yapılabilir. Bu çalışma kapsamında Cumhuriyet'ten sonra, taşınmazın mülkiyet hakkı kavramı çerçevesindeki, hukukî durumu ülkemizin de tanıdığı uluslararası beyanname, sözleşme ve protokoller ile Anayasa, Medeni Kanun, Vakıflar Kanunu, Kadastro Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu çerçevesinde irdelenerek, taşınmaz özelinde değerlendirmeler yapılacaktır.

<sup>6</sup> <http://www.vgm.gov.tr/sayfa.aspx?Id=3>, 02.11.2015

<sup>7</sup> Resmi Gazete, (1935). “(mülga)Vakıflar Kanunu” (3027), 05.06.1935.

Vakıf kelime olarak; durma, durdurma, hareketten alıkoyma, hapsedme ve dinlendirme anlamlarına gelen bir kelime olup, çoğulu evkâftır. Arapça bir sözcük olan ‘vakf’; sözlük anlamı ile durdurma, hareketten alıkoyma, hareketsiz bırakma manalarına gelir. Ayrıca “tamamen verme, büsbütün verme” anlamını da içerir.<sup>8</sup>Vakıf en yaygın tanımıyla kullanım hakkını şahsî mülkiyetten çıkartarak ebediyen kamu menfaatine tahsis etmek olarak tanımlanabilir<sup>9</sup> <sup>10</sup>. Çoruhlu, 2013’ün aktardığına göre; vakıf, özellikle Osmanlılar zamanında Türk kültür sistemi içerisinde son derece önemli rol oynayan müesseselerden birisidir. Geçmiş dönemlerde çok çeşitli toplumlarda farklı formatlarda vakıf kavramı altında değerlendirilebilecek yapıların varlığı bilinmektedir. Eski Babil’de, Eski Mısır’da, Eski Yunan’da vakıflara benzer kurumların olduğu, erbabının malumudur. Ayrıca İslam Öncesi Türklerde, Roma Hukukunda vakfa benzer yapılar bulunmakta idi. Vakıf olgusunun menşeinin Bizans Hukukundan alındığı yönünde görüşler varsa da bunlara karşı yönde görüşlerin varlığı da bilinmektedir. Toplumsal hizmeti öngören bu anlayış; Hıristiyanlık Sonrası Batıda, Mezopotamya ve İslam’dan Önceki Arap Topluluklarında da varlık göstermiştir. Özellikle İslamiyet’le birlikte vakıf olgusu tamamen oturmuş ve sosyal ve iktisadî hayatta etkili bir rol oynamıştır. Buradan Osmanlı Devletinin kurulmasına gelindiğinde vakıf kavramı ve olgusu altın çağını yaşamış ve Osmanlı Devletinin büyümesiyle de vakıflar yaygınlaşmıştır. Devletin iç ve dış güvenlik hizmetleri ile yönetimi dışında hemen her iş vakıflar aracılığı ile yürütülmüştür. Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne geçişten itibaren vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğü’nce (VGM) idare ve temsil edilmekte, bu kurumun yönetim ve denetimi altında bulunmaktadır. 2008 yılında yürürlüğe konulan 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile mülga hale gelen 2762 sayılı Vakıflar Kanunu devre dışı kalmıştır<sup>11</sup>. Yeni kanun vakıfların iş ve işlemlerinin yapılmasında büyük kolaylıklar sağlamış ve VGM’nin son derece etkin ve aktif bir şekilde vakıfları ve

---

<sup>8</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5639b069020ea0.24063608](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5639b069020ea0.24063608),

<sup>9</sup> Vakıflar Genel Müdürlüğü, (2012). “Bir Medeniyetin İzdüşümü Vakıflar”, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları: 101, ISBN 978-975-19-5292-9, İstanbul.

<sup>10</sup> Çoruhlu, Y.E., (2013). Vakıf Taşınmazların Korunma ve Geliştirilmesinde Yönetim Sorunları ve Çözüm Yaklaşımları, Doktora Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Trabzon.

<sup>11</sup> Resmi Gazete, (2008). “Vakıflar Kanunu (26800), 27.02.2008.

taşınmazlarını yönetmesinde etkili olmuştur.<sup>12;13;14;15;16;17.</sup>

## TARİHÇE

Çalışma temelinde arazi yönetimi konularından olan mülkiyet hakkı kavramı çerçevesinde değerlendirme ve tespitler yapılacaktır. Bu noktada taşınmazın tarihçesi hakkında çok detaylı olmamakla birlikte bazı bilgilerin verilmesi de faydalı olacaktır.

Ayasofya Doğu Roma İmparatorluğu'nun İstanbul'da yapmış olduğu en büyük kilise olup aynı yerde üç kez inşa edilmiştir. İlk yapıldığında Megale Ekklesia (Büyük Kilise) olarak adlandırılmış, 5. yüzyıldan itibaren ise Ayasofya (Kutsal Bilgelik) olarak tanımlanmıştır. Ayasofya Bizans İmparatorluğu boyunca hükümdarların taç giydiği, başkentin en büyük kilisesi olarak katedral işlevi görmüştür. Birinci kilise, İmparator Konstantios (337-361) tarafından 360 yılında yapılmıştır. Günümüzde ilk kiliseye ait herhangi bir kalıntı bulunmamakla birlikte, müze deposunda bulunan Megale Ekklesia damgalı tuğlaların bu yapıya ait olduğu düşünülmektedir. İkinci Kilise, İmparator II. Theodosios (408-450) tarafından 415 yılında yeniden inşa ettirilmiştir. Bu yapının, beş nefli, ahşap çatı ile örtülü ve anıtsal bir girişe sahip bazilikal planda olduğu bilinmektedir. Kilise, İmparator Justinianos'un (527-565) 5. saltanat yılında, aristokrat kesimi temsil eden maviler ile esnaf ve tüccar kesimi temsil eden yeşillerin İmparatorluğa karşı birleşmesi sonucunda çıkan ve tarihte "Nika İsyanı" olarak geçen, büyük halk ayaklanması sırasında 13 Ocak 532 yılında yıkılmıştır. Günümüz Ayasofya'sı İmparator Justinianos (527-565) tarafından dönemin iki önemli mimarı olan Miletos'lu (Milet) İsidoros ile Tralles'li (Aydın) Anthemios'a yaptırılmıştır. Tarihçi Prokopios'un aktardığına göre, 23 Şubat 532 yılında başlayan inşa, 5 yıl gibi kısa bir sürede tamamlanmış ve kilise 27 Aralık 537 yılında törenle ibadete açılmıştır.

<sup>12</sup> Çoruhlu, Y.E., (2013). Vakıf Taşınmazların Korunma ve Geliştirilmesinde Yönetim Sorunları ve Çözüm Yaklaşımları, Doktora Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Trabzon.

<sup>13</sup> Çoruhlu Y.E., Demir O., (2014a). "Trabzon Ayasofya Camii'Nin "Mülkiyet Hakkı" Üzerine İnceleme", Vakıflar Dergisi, cilt.42, ss.89-98, 2014.

<sup>14</sup> Çoruhlu Y.E., Demir O., (2014b). "Vakıflarda Kamulaştırma Süreçlerinin Araştırılması", Ankara Barosu Dergisi, cilt.72, ss.20-54, 2014.

<sup>15</sup> Çoruhlu Y.E., Demir O., (2014c). "Vakıf Taşınmazların Yönetim Sorunlarının Tespit Edilmesine Yönelik Bir Durum Tespiti Çalışması", Gümüşhane Üniversitesi Fen Bilimleri Dergisi, cilt.4, ss.94-106, 2014.

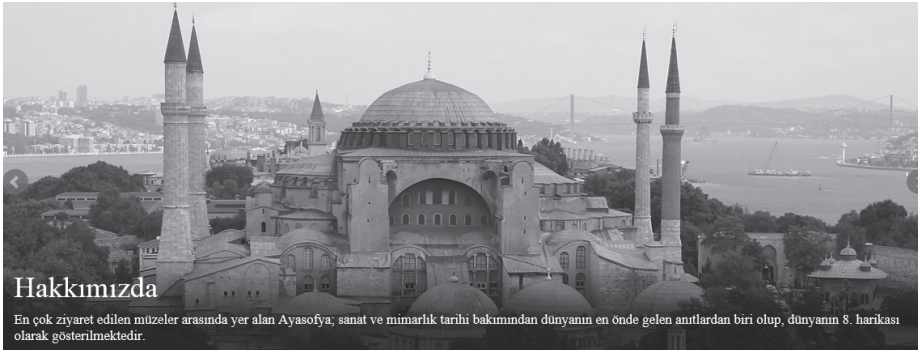
<sup>16</sup> Çoruhlu Y.E., Demir O., (2014d). "Vakıf Taşınmazların Geliştirilmesinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Yaklaşımları" Sigma Mühendislik ve Fen Bilimleri Dergisi, cilt.32, ss.423-432.

<sup>17</sup> Çoruhlu Y.E., (2016). "Registration of foundation properties – cultural asset on behalf of their own fused foundations", Survey Review, vol.48, pp.110-120.

IV. Haçlı Seferi sırasında İstanbul Latinler tarafından 1204- 1261 yılları arasında işgal edilmiş, bu dönemde gerek kent, gerekse Ayasofya yağmalanmıştır. 1261 yılında Doğu Roma kenti tekrar ele geçirdiğinde, Ayasofya'nın oldukça harap durumda olduğu bilinmektedir. Ayasofya, Fatih Sultan Mehmed'in (1451-1481) 1453'te İstanbul'u fethetmesiyle camiye çevrilmiştir. Fetihden hemen sonra yapı güçlendirilerek en iyi şekilde korunmuş ve Osmanlı Dönemi ilaveleri ile birlikte cami olarak varlığını sürdürmüştür.<sup>18</sup>

### MEVCUT DURUM ANALİZİ

Bakanlar Kurulu Kararı ile camiye dönüştürülme tarihi olan 24.11.1934 tarihinden sonra yapılan tesis kadastrosu çalışmalarında yukarıda bilgileri verilen vakfiyet uyarınca, 19.11.1936 tarihinde "türbe akaret ve muvakkithane ve medreseyi müstemil Ayasofya'ı Kebir Camii" nevi ile mazbut Fatih Sultan Mehmet Vakfı adına tescil edilmiştir. Çalışma konusu olan Ayasofya Camii iç ve dış mekan görüntüleri ile birlikte şekil 1'de verilmiştir.



Şekil 1. Ayasofya Camii'nin MEGSİS ekran görüntüsü<sup>19</sup>

<sup>18</sup> <http://ayasofyamuzesi.gov.tr/tr/content/tarih%C3%A7e>, 04.11.2015

<sup>19</sup> <http://ayasofyamuzesi.gov.tr/>, 04.11.2015

Taşınmazın TKGM’de mevcut kadastro dayanak evrakı çalışma kapsamında öncelik durumu itibarı ile sunulmamıştır. TKGM verilerine göre, taşınmazın 1936 tarihinde belirlenen cinsi, aynen geçerliliğini korumakta ve tapu bilgileri ile kadastro bilgilerini içeren ekran görüntüsü şekil 2 ile aşağıda sunulmaktadır. Görüleceği üzere taşınmazın google-earth üzerine aktarılmış mülkiyet sınırları cami ve müştemilatını içine alacak şekilde mavi renkli olarak göze çarpmaktadır.



Şekil 2. Ayasofya Camii’nin MEGSİS ekran görüntüsü<sup>20</sup>

1936 yılındaki kadastro çalışmalarında Ayasofya ya belgeli tespit ile ya da belgesiz tespit olarak bilinen tespit ile sınırlandırılarak tapu siciline tescil edilmesi gerekirdi. Belgeye dayalı tespitte geçmiş mülkiyet ve vakfiyet haklarına ilişkin belgeler dayanak kanıtlar olarak sunulmuş bunların zemine uygulanması ile tespit ve tescil işlemi tamamlanır. Bu durumda mevcut Ayasofya Vakfiyesi zemine uygulanarak tespit ve tescil işlemiyle mülkiyet tesisi yapılmalıdır. Ancak bu tip bir taşınmazın tescili için ikinci yol olan senetsiz tescil için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira, hakkında bunca belge bulunan bir vakıf taşınmazın, bilirkişi beyanına göre senetsizden tescil edilmiş olması mevzuat açısından uygun olmayıp hatalı mülkiyet tesisi olarak tespit edilmiştir. Tesis kadastrosu tarihinden sonra anılan taşınmazla ilgili olarak tescile konu ne bir kadastro uygulaması ne de bir imar uygulaması yapılmıştır. Mülkiyetin VGM açısından tescili ise İstanbul Merkez Mazbut Hayrat Vakıf Taşınmaz Mallar Kütüklerinde 139. sıraya yapılmıştır. Yani, taşınmaz hayrat vasfında olan vakıf taşınmazları arasına tescil edilmiştir. Taşınmaz mevcut hali ile Kültür ve Turizm Bakanlığına tahsis edilmiş ve Bakanlıkça Ayasofya Müzesi olarak kullanılmaktadır.

<sup>20</sup> <http://parselsorgu.tkgm.gov.tr/>, 04.11.2015

## YASAL DÜZENLEMELER

Malik olunan şeyin taşınabilme özelliğine göre mülkiyet taşınır ve taşınmaz mülkiyeti olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>21</sup>. Taşınır mülkiyetinin konusu; nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeylerle, edinmeye elverişli olup taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen şeylerdir. Taşınmaz mülkiyetinin konusunu ise; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler oluşturmaktadır. Arazi mülkiyeti, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsar. Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer<sup>22;23</sup>.

Mülkiyet; elinde bulunduranın özelliğine göre özel ve kamu mülkiyeti olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Özel mülkiyet, şirketler veya ortaklıklar gibi tüzel kişiler de dâhil olmak üzere özel şahısların; kamu mülkiyeti ise devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin elinde bulundurduğu mülkiyet şeklidir<sup>24</sup>.

Mülkiyet hakkı, uluslararası beyanname ve sözleşmelerle garanti altına alınmış bir haktır. 10 Aralık 1948’de Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından kabul ve ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB)’nin 17. maddesinde; “Herkes kendi başına veya başkalarıyla birlikte mülkiyet edinme hakkına sahiptir. Hiç kimse mülkiyetinden keyfi olarak mahrum bırakılamaz.” ifadesi yer almaktadır<sup>25</sup>.

İnsan haklarının ve temel özgürlüklerin korunmasına ilişkin 4 Kasım 1950’de Roma’da imzalanan ve ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nin 1. protokolünün 1. maddesinde mülkiyet hakkı, “Her gerçek veya tüzel kişi, mülkiyeti üzerinde barışçıl tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı ve yasadaki öngörülen koşullar ile uluslararası hukukun genel ilkeleri dışında, mülkiyet hakkından yoksun bırakılamaz.” düzenlemesiyle taahhüt altına alınmıştır<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> Bruce, J. W. (1998). “Tenure Brief, Review of Tenure Terminology”, Land Tenure Center, An Institute for Research and Education on Social Structure, Rural Institutions, Resource Use, and Development, University of Wisconsin, 8 pages, Madison.

<sup>22</sup> Dale, P. F. ve McLaughlin, J. D. (1999). “Land Administration”, Oxford University Press, New York, ISBN: 0-19-823390-6, 169 pages.

<sup>23</sup> Resmi Gazete, (2001). “Türk Medeni Kanunu (24607), 08.12.2001.

<sup>24</sup> Bruce, J. W. (1998). “Tenure Brief, Review of Tenure Terminology”, Land Tenure Center, An Institute for Research and Education on Social Structure, Rural Institutions, Resource Use, and Development, University of Wisconsin, 8 pages, Madison.

<sup>25</sup> Universal Declaration of Human Rights (1948). All Human Rights for All, Fiftieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights (1948-1998), <http://www.un.org>.

<sup>26</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council

Mülkiyet Hakkı, ülkemizde de anayasal güvence altına alınmıştır. 18.10.1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 35. Maddesine göre; "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."<sup>27</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde ise; "Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir." hükmü yer almaktadır<sup>28</sup>.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 3. maddesinde "Mazbut vakıf: Bu Kanun uyarınca Genel Müdürlükçe yönetilecek ve temsil edilecek vakıfları; Hayrat: Mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları ile yeni vakıfların, doğrudan toplumun istifadesine bedelsiz olarak sundukları mal veya hizmetleri ifade eder", 6. maddesinde "Mazbut vakıflar, Genel Müdürlük tarafından yönetilir ve temsil edilir." 30. maddesinde "Vakıf yoluyla meydana gelip de her ne suretle olursa olsun Hazine, belediye, özel idarelerin veya köy tüzel kişiliğinin mülkiyetine geçmiş vakıf kültür varlıkları mazbut vakfına devrolunur" hükümleri yer almaktadır<sup>29</sup>.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanununun 1. maddesinin 2. bendinde "Mabetler kiraya verilemez ve ibadethane haricinde hiçbir iş için de kullanılamaz." hükmü yer almaktadır<sup>30</sup>. Ancak bu kanun 01.07.2012 tarihide yürürlüğe giren 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>31</sup>

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu 10. maddesinde "Her kimin mülkiyetinde veya idaresinde olursa olsun, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, aldırarak ve bunların her türlü denetimini yapmak veya kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve valiliklere yaptırmak, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na aittir. " 11. maddesinin 2. bendinde de "Malikler bu varlıkların üzerindeki mülkiyet hak-

---

of Europe, Registry of the European Court of Human Rights, Rome, 33. Sayfa. [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/CONVENTION\\_ENG\\_WEB.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/CONVENTION_ENG_WEB.pdf) (30.01.2012).

<sup>27</sup> Resmi Gazete, (1982). "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (17863 mükerrer), 09.11.1982.

<sup>28</sup> Resmi Gazete, (2001). "Türk Medeni Kanunu (24607), 08.12.2001.

<sup>29</sup> Resmi Gazete, (2008). "Vakıflar Kanunu (26800), 27.02.2008.

<sup>30</sup> Resmi Gazete, (1955). "(mülga) Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun" (9013), 27.05.1935.

<sup>31</sup> Resmi Gazete, (2011). "Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun" (27836), 04.02.2011.



larının tabii icabı olan ve bu Kanunun hükümlerine aykırı bulunmayan bütün yetkilerini kullanabilirler.” hükmü yer almaktadır<sup>32</sup>.

## BULGULAR VE İRDELEME

Taşınmazın cami mi yoksa müze olarak mı kullanılması gerektiği yönünde uzun yıllardır süregelen değerlendirmeler yapılmış ve yapılmaktadır. Bu çalışmada ele alınan metodoloji ile mülkiyet hakkı ve vakıf hukuku açısından yeni değerlendirmeler yapılacaktır. Bu anlamda öncelikli olarak konunun farklı disiplinlerce ele alınış biçimini ortaya koyarak, çalışmaya farklı bir bakış açısı getirmek faydalı olacaktır. Vakfiyede geçen bir ifade şu şekildedir “Kim ki bâtlı gerekçelerle bu vakfın şartlarından birini değiştirirse veya vakfın değiştirilmesi ve iptali için gayret gösterirse, vakfın ortadan kalkmasına veya maksat ve gayesinden başka bir gayeye çevrilmesine kast ederse Allah’ın, meleklerin ve bütün insanların laneti üzerlerine olsun.”<sup>33</sup>. Konuyla ilgili olarak yapılan diğer bir görüş ise 24 Kasım 1934 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile ilgili şu ifadede bulunulmuştur. “Maarif Vekilliği’nden yazılan tezkerede (...) Ayasofya Camii’nin müzeye çevrilmesi bütün Şark âlemini sevindireceği ve insanlığa yeni bir ilim müessesesi kazandıracığı cihetle müzeye çevrilmesi istenmiş...” üstelik kararnamede Ayasofya’nın müzeye çevrileceği ifade edilirken, ibadete kapatılacağından söz edilmemiştir. Kararnameye bir sıra numarası verilmemiş olması gariptir. Daha da garibi, Resmi Gazete’de yayınlanmamıştır. Kararnamelerin bulunduğu resmi dairede aslı bulunmadığı gibi resmi kanun kitaplarında da mevcut değildir<sup>34</sup>.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nde Ayasofya ile ilgili Fatih Sultan Mehmet’e ait bir vakfiye bulunduğu ve vakfiyede, vakfiye belgesinde Ayasofya’nın bir cami olduğu belirtilmektedir<sup>35</sup>.

Çok önceleri başka milletler tarafından inşa edilen ve savaşlarla değişen ülke sınırları netiesinde bu tip eserlerin kullanımı ile alakalı ne tür kısıtlılıklar olabilir. Müslümanların fethettikleri topraklarda kiliseleri camiye çevirmeleri, Hristiyanların da ele geçirdikleri topraklardaki camileri kiliseye çevirmeleri fetih adetlerindedir. Örneğin, Kanuni Sultan Süleyman tarafın-

---

<sup>32</sup> Resmi Gazete, (1983a). “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (18113), 23.07.1983.

<sup>33</sup> Akgündüz A., Öztürk S., Baş Y., (2006).“Kiliseden Müzeye Ayasofya”, OSAV: 2006 ISBN: 9757268372, s527. 141-2.

<sup>34</sup> <http://www.mustafaarmagan.com.tr/ayasofya-kime-satildi>, 01.10.2015

<sup>35</sup> <http://www.sabah.com.tr/yasam/2013/11/24/ayasofya-kararindaki-ataturk-imzasi-sahte>, 01.10.2015

dan 1528 yılında Sofya’da Mimar Sinan’a yaptırılan Kara Camii, 1903 yılında kiliseye çevrilmiştir. Günümüzde, Sveti Sedmochislenitsi Kilisesi olarak tanınır. Osmanlı döneminde camiinin hemen yanına defnedilen cami hocaları ve imamlarının bulunduğu kabristan ise bugün otopark olarak kullanılmaktadır. Rodos Adası’nda, Osmanlı döneminden kalma Muradiye Camii, Avrupa Birliği’nden alınan fonlarla kiliseye çevrilmiştir. İspanya’da Endülüs’te, 13 ncü yüzyılda Müslümanlar bölgeden kovulduktan sonra, bütün camiler kiliseye çevrilmiş; Bir mimari şaheser sayılan Kurtuba Camii de aynı yıllarda Katedral’e dönüştürülmüştür. Bilindiği gibi buna irredentizm, kısacası fetihçilik denir<sup>36</sup>.

Bir gazetecinin İstanbul’daki Ayasofya Camisi’nin durumunu Vakıflar Genel Müdürlüğü Genel Müdürüne sorması üzerine alınan bilgi şu şekilde olmuştur. “İstanbul’daki Ayasofya Camisi vakfiyesine göre camidir”<sup>37</sup>.

Ayasofya’nın mülkiyeti, mazbut Fatih Sultan Mehmet Vakfı’na, yönetim ve temsili 5737 sayılı Vakıflar Kanunu uyarınca Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne aittir. Bu eser, vakıf siciline tescili bakımından hayrat niteliğinde bir vakıf taşınmazdır. Ancak yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatılan süreçlerden anlaşıldığı üzere taşınmaz, vakfiye belgesinde ve tapusunda kayıtlı olan cami vasfından tamamen farklı bir vasıfta kullanılmaktadır. Olayın iki yönü vardır. Bunlardan birisi eserin uluslar arası sözleşme ve protokollerdeki mülkiyet hakkı kavramına uygun şekilde kullanımudur. Diğeri ise iç mevzuat ve başlangıcında Anayasa’nın 35. maddesinde tanımlanan mülkiyet hakkı kavramıdır. Konunun diğer boyutunda ise taşınmazın tescilli cinsi olan cami kullanımının dışında müze olarak kullanımudur. Burada da yine mülkiyet ve kullanma hakkını kısıtlayıcı bir durum söz konusudur. Oysa Türk Medeni Kanununda mülkiyet hakkının tescil ile başlayacağı belirtilmiştir. Kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanılarak bu tip özel mülkiyetteki taşınmazlara 10 yıl geçtikten sonra dava açılmayacağı Kadastro Kanunu 12. maddesinde belirtilmiştir. Kadastro kanununda tanımlanan bu 10 yıllık süreye hak düşürücü süre denilir. Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 1.maddesi uyarınca “Mabetler kiraya verilemez ve ibadethane haricinde hiçbir iş için de kullanılamaz” hükmü bulunduğundan bu taşınmazın cami dışında tahsis edilmesi ve cami dışında kullanılması bu kanuna da aykırıdır. Her ne kadar taşınmazın müze olarak kullanımı 6101 sayılı yasa ile 6570 sayılı yasanın yürürlükten kaldırılması sonucu mümkün gözükse de 5737 sayılı yasanın 16. maddesi hayrat

<sup>36</sup> <http://www.ahmetakyol.net/ayasofya-muze-mi-degil-mi/>, 01.10.2015

<sup>37</sup> <http://www.mustafaarmagan.com.tr/ayasofya-kime-satildi/>, 01.10.2015

taşınmazlarda vakfiye dışı kullanımını tamamen yasaklamaktadır<sup>38;39</sup>.

Bu taşınmazın Kültür ve Turizm Bakanlığı ya da diğer bir kamu kurumunca Kamulaştırma Kanunu uyarınca kamulaştırılması ile eserin kullanımı mevzuata uygun hale getiriliri mi sorusu da tartışılmalıdır<sup>40</sup>. Bu noktada 5737 sayılı yasanın 30. maddesi devreye girecektir. Şöyle ki; bu madde vakıf kültür varlıkları mazbut vakıfları dışında kamu eline geçmişse bile bunların vakıfları adına tescilini emreden bir maddedir. Bunun pratikteki anlamı ise bu tip bir vakıf taşınmazın kamulaştırılması veya satılması durumunda bile 30. maddedeki “her ne suretle olursa olsun” hükmü uyarınca taşınmaz mülkiyetinin tekrar kurucu mazbut vakfı adına tescil edilmesi imkânını doğuracaktır<sup>41; 42</sup>.

Bunun yanında özel kanunlar arasında yeni tarihli olanın uygulanacağı ilkesi de göz önünde alınmalıdır. Söz konusu olaydaki özel kanun Vakıflar Kanunu’dur ve bu kanundaki 16. maddedir. 1934 tarihli BKK ile 2008 tarihli Vakıflar Kanunu ve yukarıda yazılı mülkiyet hakkı kapsamındaki diğer kanunların ilgili hükümlerinin hepsi birden ele alındığında, daha yeni tarihli ve normlar hiyerarşisinde daha yukarıda olmalarından dolayı bunların uygulanacağı aşikardır.

Tüm bunlar, Ayasofya’nın tek bir şekilde kullanımını zorunlu, hukuki ve yasal kılmaktadır. Mevcut şekildeki kullanım adeta taşınmazın kuru mülkiyetinin dışında bir hak tanımlanmaktadır. Bu durum sanki, Kültür ve Turizm Bakanlığı lehine intifa hakkı veya süknâ hakkı gibi bir hak algısı düşündürmektedir. Hâlbuki bu tarz bir durumun tesisi ancak ve ancak tapu siciline tescille mümkün olabilir, ancak, böyle bir hak tescilinin olmadığı da bilinmektedir. Mevcut kullanım, taşınmazı fethederek kurduğu vakfına dahil eden ve nasıl kullanılacağına da vakfiyesinde açıklatan Fatih Sultan Mehmed Han’ın asırlar öncesinde belirttiği üzere cami şeklinde olmalıdır<sup>43</sup>. Trabzon Ayasofya artık, cami olarak kullanılmakta, ancak müze fonksiyonu halen daha korunmaktadır. Gerek yerli ve gerekse de yabancı turistler diledikleri gibi gelip eseri ve bahçesini gezebilmektedirler.

---

<sup>38</sup> Resmi Gazete, (2008). “Vakıflar Kanunu (26800), 27.02.2008.

<sup>39</sup> Çoruhlu Y.E., Demir O., (2014a). “Trabzon Ayasofya Camii’Nin “Mülkiyet Hakkı” Üzerine İnceleme”, Vakıflar Dergisi, cilt.42, ss.89-98, 2014.

<sup>40</sup> Resmi Gazete, (1983b). “Kamulaştırma Kanunu, (18215), 08.11.1983b.

<sup>41</sup> Çoruhlu Y.E., (2016). “Registration of foundation properties – cultural asset on behalf of their own fused foundations”, Survey Review, vol.48, pp.110-120.

<sup>42</sup> Çoruhlu Y.E., Demir O., Yildiz O., Yılmaz H., (2016). “Kültür Varlığı Tescilli Taşınmazların, Kurucu Vakıfları Adına Tescili: Vakıflar Kanunu 30.Madde Uygulaması”, İstanbul Barosu Dergisi, cilt.90, ss.35-58.

<sup>43</sup> Çoruhlu Y.E., Demir O., (2014a). “Trabzon Ayasofya Camii’Nin “Mülkiyet Hakkı” Üzerine İnceleme”, Vakıflar Dergisi, cilt.42, ss.89-98, 2014.

İstanbuldaki Ayasofya'nın bir bölümünün 1991 yılında cami olarak kullanıma açıldığı ve bugün dahi bu kullanımın devam ettiği bilinmektedir. Ancak bu kullanım eserin tamamını veya büyük bir bölümünü ihtiva etmemekte bu alanda Topkapı Sarayı tarafından yaya yolu üzerinden erişim sağlanmaktadır. Yukarıda izah edilen hususlar eserin tümü ile ilgili topyekün bir kullanımı açıklamakta ve daha bütüncül bir yaklaşım sunmaktadır. Daha da ziyade mülkiyet hakkının sınırlarını çizerek esere bu hak doğrultusunda bakılması gerektiğini izah etmiştir.

### **SONUÇ VE ÖNERİLER**

Bu çalışma kapsamında mülkiyeti mazbut Fatih Sultan Mehmet Vakfı'na yönetim ve temsili 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile VGM'ne ait Ayasofya'nın, mülkiyet hakkı ve vakıf hukuku temelinde mevcut durumu araştırılmıştır. Taşınmazın 1934 tarihli BKK ile müze olarak kullanımı incelenmiştir. Ayasofya'nın müze kullanımının İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin 17. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. protokolünün 1. Maddesi, Anayasa'nın 35. maddesi, Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesi, Vakıflar Kanunu'nun 3, 6, 16 ve 30. maddesi ve Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu 10. ve 11/2. maddesine aykırı olduğu belirlenmiştir. Tüm bu hukuksal çerçeveye rağmen yukarıda açıklanan Bakanlar Kurulu Kararına dayandırılan müze kullanımının, normlar hiyerarşisi ve özel kanunlar arasında yeni tarihli olanın uygulanacağı hukuk ilkesine aykırı olduğu da açıktır. Yani 1934 tarihli BKK, günümüz hukuk normları içinde uygulanabilir değildir. Zira, bu karar mazbut vakfın günümüzde de halen geçerli olan vakfiyesi doğrultusundaki irade beyanını engellemektedir. Mülkiyet hakkını kısıtlamakla da kalmayıp ortadan kaldırmaktadır. Eserin, kamulaştırma veya başka bir kurum tarafından satın alınması da yasal görünmemektedir. Ancak bu durumda dahi Vakıflar Kanunu 30.madde ile eser tekrar mazbut Vakfı adına tescil olunacaktır. Diğer bir durumda, Kültür ve Turizm Bakanlığına taşınmazın tahsis edilmesi veya kiralanmasıdır. Bu da yine Vakıflar kanunu 16. maddesi ile çelişmektedir. Zira 16.madde vakfiyette belirtilen fonksiyon ile kullanımı emretmektedir. Bunun sağlanamaması diğer bir kurumun taşınmazı para vererek kullanması ile sorunun ortadan kalkabileceği fikrini akıllara getirebilir. Ancak bu da yukarıda izah edilen mevzuat hükümlerine göre hukuki ve yasal değildir. Zira bu ve diğer sair gerekçelerle Trabzon Ayasofya'da işgalci konumda olan Kültür ve Turizm Bakanlığı müze olarak kullandığı taşınmazdan, VGM'nin talebi uyarınca yargı kararı ile çıkartılmış ve eser VGM tarafından aslına uygun şekilde camiye dönüştürülmüştür. İstanbul'da bulunan Ayasofya'nın da yukarıda maddeleri

verilen yasal çerçeve içinde kullanımının sağlanması durumunda ihlal edilen mülkiyet hakkı kavramı yeniden, mazbut vakfın kurucusu olan Fatih Sultan Mehmed'in irade beyanına uygun şekilde tesis edilebilecektir. Eserin mülkiyet hakkı kavramı temelinde geçmişten günümüze değin kullanımı; mevzuat, vakfiye ve tapu sicili açısından irdelenmiştir. Bunlara dayanarak, vakıf ve tapu sicilinde belirtildiği üzere cami olarak kullanımının sağlanması gereğinden hareket edilmiştir.

Vakfiye gereği zorunlu olan cami kullanımının sağlanmasının ötesinde, Ayasofya'nın müze olarak da kullanımının VGM'ce devam ettirilmesinde hukuki bir sakınca varmıdır? Ya da bir engel var mıdır? Bu sorunun da ayrı bir çalışma konusu olarak ele alınması gerekmektedir. Zira, Ayasofya Türkiye'de 2014 ve 2015 yılları içinde en çok turisti çeken mekan olmuştur. Böylesine önemli bir eserde vakfiye doğrultusunda cami kullanımı yanında, eserin ruhuna uygun diğer kullanımların da araştırılması ve varsa bu konuda öneriler geliştirilmesi konu ile ilgili araştırma yapmak isteyen araştırmacılara önerilmektedir.



#### KAYNAKÇA

Akgündüz A., Öztürk S., Baş Y., (2006). "Kiliseden Müzeye Ayasofya", OSAV: 2006 ISBN:9757268372, s527. 141-2.

Bruce, J. W. (1998). "Tenure Brief, Review of Tenure Terminology", Land Tenure Center, An Institute for Research and Education on Social Structure, Rural Institutions, Resource Use, and Development, University of Wisconsin, 8 pages, Madison.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, Registry of the European Court of Human Rights, Rome, 33. Sayfa. [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/CONVENTION\\_ENG\\_WEB.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/CONVENTION_ENG_WEB.pdf)(30.01.2012).

Çoruhlu, Y.E., (2013). Vakıf Taşınmazların Korunma ve Geliştirilmesinde Yönetim Sorunları ve Çözüm Yaklaşımları, Doktora Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Trabzon.

Çoruhlu Y.E., (2016). "Registration of foundation properties – cultural asset on behalf of their own fused foundations", Survey Review, vol.48, pp.110-120.

Çoruhlu Y.E., Demir O., (2014a). "Trabzon Ayasofya Camii'Nin "Mülkiyet Hakkı" Üzerine İnceleme", Vakıflar Dergisi, cilt.42, ss.89-98, 2014.

Çoruhlu Y.E., Demir O., (2014b). “Vakiflarda Kamulaştırma Süreçlerinin Araştırılması”, Ankara Barosu Dergisi, cilt.72, ss.20-54, 2014.

Çoruhlu Y.E., Demir O., (2014c). “Vakıf Taşınmazların Yönetim Sorunlarının Tespit Edilmesine Yönelik Bir Durum Tespiti Çalışması”, Gümüşhane Üniversitesi Fen Bilimleri Dergisi, cilt.4, ss.94-106, 2014.

Çoruhlu Y.E., Demir O., (2014d). “Vakıf Taşınmazların Geliştirilmesinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Yaklaşımları”, Sigma Mühendislik ve Fen Bilimleri Dergisi, cilt.32, ss.423-432.

Çoruhlu Y.E., Demir O., Yıldız O., Yılmaz H., (2016). “Kültür Varlığı Tescilli Taşınmazların, Kurucu Vakıfları Adına Tescili: Vakıflar Kanunu 30.Madde Uygulaması”, İstanbul Barosu Dergisi, cilt.90, ss.35-58.

Dale, P. F. ve McLaughlin, J. D. (1999). “Land Administration”, Oxford University Press, New York, ISBN: 0-19-823390-6, 169 pages.

(<http://ayasofyamuzesi.gov.tr/tr/content/istatistikler>, 09.11.2015)

(<http://ayasofyamuzesi.gov.tr/tr/content/tarih%C3%A7e>, 04.11.2015)

(<https://www.youtube.com/watch?v=SBt7HR76gkQ>, 04.11.2015)

([http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5639b069020ea0.24063608](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5639b069020ea0.24063608), 04.11.2015)

(<http://www.vgm.gov.tr/sayfa.aspx?Id=3>, 02.11.2015)

(<http://ayasofyamuzesi.gov.tr/>, 04.11.2015)

(<http://parselsorgu.tkgm.gov.tr/>, 04.11.2015)

(<http://www.mustafaarmagan.com.tr/ayasofya-kime-satildi/>, 01.10.2015)

(<http://www.sabah.com.tr/yasam/2013/11/24/ayasofya-kararindaki-ata-turk-imzasi-sahte>, 01.10.2015)

(<http://www.ahmetakyol.net/ayasofya-muze-mi-degil-mi/>, 01.10.2015)

Resmi Gazete, (1983a). “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (18113), 23.07.1983.

Resmi Gazete, (1983b). “Kamulaştırma Kanunu, (18215), 08.11.1983b.

Resmi Gazete, (1982). “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (17863 mükerrer), 09.11.1982.

Resmi Gazete, (2001). “Türk Medeni Kanunu (24607), 08.12.2001.

Resmi Gazete, (2008). “Vakıflar Kanunu (26800), 27.02.2008.

Resmi Gazete, (1955). “(mülga) Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun” (9013), 27.05.1935.

Resmi Gazete, (1935). “(mülga)Vakıflar Kanunu” (3027), 05.06.1935.

Resmi Gazete, (2011). “Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun” (27836), 04.02.2011.

Universal Declaration of Human Rights (1948). All Human Rights for All, Fiftieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights (1948-1998), <http://www.un.org>.

Vakıflar Genel Müdürlüğü, (2012). “Bir Medeniyetin İzdüşümü Vakıflar”, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları: 101, ISBN 978-975-19-5292-9, İstanbul.

# MECELLE'YE GÖRE HÂKİMİN NİTELİKLERİ VE YARGILAMA ETİĞİ

*The Traits of a Judge and the Ethics of Judgment to the Mecelle*

**Prof. Dr. Mustafa AVCİ\***

## ÖZET

Yargı gücü, tarihin ilk dönemlerinden beri önemli bir devlet erki olagelmıştır. Bu erk, peygamberler ve din adamları da dahil olmak üzere toplumun ileri gelenleri ve devlet başkanları tarafından kullanılmıştır.

Türk tarihinde de hakanlar bu erki kullanmıştır ve hâkimlik her zaman itibarlı mesleklerden olmuştur. Osmanlıda en önemli kamu görevlisi hâkimdir (kadı). İlçelere, hatta nahiyelere kadar merkezi idareyi hem yargı hem yürütme erkine sahip olan hâkimler temsil etmiştir. Yine yürütme erkini temsil eden ehl-i örfün hukuk sınırları içinde tutulması da hâkimlerin (ehl-i Şer') görevi sayılmıştır.

Meslek etiği kuralları modern dünyada son zamanlarda derlenmeye başlanmıştır. Hâkimlik meslek etiği kuralları ise 2001 Şubat'ında Hindistan'ın Bangalor şehrinde gerçekleştirilen ikinci toplantıda, taslak olarak kabul edilmiştir.

Osmanlı hukuk metinlerinde yer alan hâkimin nitelikleri ve yargı etiği, kanunlaştırma hareketleri ile birlikte Mecelle'de belirgin bir şekilde formüle edilmiştir.

Bu çalışmada Mecelle'nin 1792. maddesinde sayılan hâkimin nitelikleri açıklanmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Yargı, Etik, Hakim, Yargı Bağımsızlığı, Hakimin Tarafsızlığı.

## ABSTRACT

The judiciary has always been an important power of states since the first period of history. This power has been used by all outstanding persons in societies and head of states including prophets and priests.

Sultans have used this power in Turkish history and judgeship has always been prestigious professions. The judge (kadi) has most important public authority in Ottoman Empire. The judges have represented central administration in towns and boroughs having judiciary and executive powers. However, keeping military officers in legal norms was regarded as duties of judges.

Rules of professional ethics has been started to be compiled recently in the modern world. On the other hand, rules of professional ethics of judges has been adopted as a draft in February 2001 at the second meeting held in India 's Bangalore,

\* Konya Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölüm Başkanı.  
avcim@selcuk.edu.tr



Judge qualifications and judicial ethics in the Ottoman legal texts has been clearly formulated in Mecelle (Ottoman code of civil law) through codification movements.

In this paper Judge's qualifications are going to be explained written in the article 1792 of Mecelle.

**Keywords:** Judiciary, Ethics, Judge, Judicial Independence, Impartiality of Judge.



## I. GİRİŞ

Devletlerin yükseliş ve çöküşlerinde hukukçuların rolü büyüktür. Osmanlı tarihini inceleyenler, yargı görevi almış olanların seviyeleriyle devletin yükselme ve çöküşü arasında bir paralellik görürler.

Adalet, insan eliyle gerçekleşir. Dolayısıyla hukukçuların nitelikli olması adaletin tecellisinde çok önemlidir.<sup>1</sup> Tersine başta hakim olmak üzere hukukçular nitelikli olmazsa toplum huzur bulamaz. Bu husus büyük Türk hukukçu Serahsi tarafından şöyle ifade edilmiştir: “Âlim sürçerse, âlem sürçer.”<sup>2</sup> Bu ifadeyi “hakim sürçerse dünya sarsılır” şeklinde anlayabiliriz.

İyi, yetişkin, bilgili ve faziletli hukukçu yetiştirmek günümüzde dünyanın her ülkesinde bir numaralı problemdir. İyi hukukçu olmak da fevkalâde güç bir şeydir.

İyi hukukçu, hukuk ilkelerini, dağınık ve pek çok sayıdaki mevzuatı zihninde tutabilecek bir hafızaya, bunların anlam ve kaynaklarına nüfuz, gerekçe ve aralarındaki ahengi idrak edebilecek bir kavrayış yeteneğine, mukayese melekesine, süzölmüş bir tecrit ve muhakeme maharetine sahip olan, sosyal çevrenin gereklerini ve zaruretlerini bilen, içinde yaşadığı toplumu iyi ve kötü taraflarıyla tahlil ederek halkın sosyal psikolojisine vakıf olan ve hayatın her türlü tezahürüne karşı araştırma merakı taşıyan kimsedir.

Bir hukukçunun sosyolog olduğu kadar psikolog ve psikolog olduğu kadar da mantıqçı ve riyazi muhakeme ilkelerine aşina bir kimse olması gerekir.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Hz. Aişe'nin şöyle dediği rivayet edilir: Ömer anılınca adalet, adalet anılınca Allah anılmış olur. Allah anılınca da rahmet iner.” “Meclislerinizi Ömer'i anarak süsleyin!” KETTANİ, Muhammed Abdülhay, et-Teratibü'l-İdariyye Hz. Peygamber'in Yönetiminde Sosyal Hayat ve Kurumlar, (Çev: Ahmet Özel), İst.1991, III/178.

<sup>2</sup> SERAHSİ, Ebubekir Muhammed b. Ahmed (ö.1090), el-Mebsût, Beyrut, 1986, XVI/62.

<sup>3</sup> DÖNMEZER, Sulhi, “Hukuk ve Hayat” <http://istanbul-universitesi.dergipark.gov.tr/download/article-file/96419> (E.T. 02.05.2016)

## II. KAVRAMLAR VE TARİHÇE

### A. YARGI KAVRAMI VE ÖNEMİ

İnsan topluluklarının korunmaya, düzene ve adalete ihtiyaçları vardır; devlet de bu ihtiyaçlardan doğmuştur. Adaletin gerçekleşmesinde hukuk kuralları kadar hatta daha fazla onları uygulayanların rolü vardır. İslâmî öğretilerde adaleti temin, imandan sonra en faziletli ibadet, yargı görevi de kutsal sayılmıştır.<sup>4</sup> Adaletin gerçekleşmesinde yargılama ve karar verme mevkiinde bulunanlar önemli bir role sahiptir. Bunlardan insanlar arasında hükmederken adaletli ve hakkaniyetli davranmaları istenmiştir (Nisâ 4/58, 135; Mâide 5/8, 42, 49).

Yargılama, sadece hukuk normunun bilinmesi değil; aynı zamanda normun maddi vakiya uygulanmasıdır. Hakim hem normu bilmeli, hem de maddi vakiyi iyi kavramalı, normu vakiya doğru uygulamalıdır.

### B. HÂKİM KAVRAMI

Hakim kelimesi Arapça h-k-m kökenli olup sözlükte “iyileştirmek amacıyla engel olmak, karar vermek; yargı, hikmet, adalet” anlamlarına gelir. Terim olarak Devletin egemenlik yetkisini kullanmak, ihtilafları çözmek ve adaletle hüküm vermek anlamlarını içerir.<sup>5</sup> Hakim, hüküm (kural) koyan, hükmeden (hükümet eden: kuralı uygulayan), hüküm veren (ihtilafları çözen) anlamlarını içerir, kadıları ve idari otoriteleri de kapsar.<sup>6</sup> Fıkıh literatüründe hüküm kelimesinin sözlükteki anlamlarıyla ilişki kurularak kadıya -zulme engel olup hakkı sahibine iade ettiği için- hâkim denilmiştir.<sup>7</sup>

Hâkim kelimesinin çoğulu olan “hukkâm” ifadesi Kur’an’da bir yerde (Bakara 2/188) “uhdesinde yargı yetkisi de bulunan yöneticiler” anlamında kullanılmıştır.

Hadislerde hâkimle, kamu adına görev yaparak idarî, malî, kazâî vb. hususlarda yönetme ve karar verme yetkisine sahip yöneticilerle<sup>8</sup> naslardan hüküm çıkarabilme gücüne sahip âlimler, kadı kelimesiyle de görev unvanı kadı olsun

---

<sup>4</sup> SERAHSÎ, XVI/72.

<sup>5</sup> İBN HACER, Ahmed b. Ali (ö.1449), Fethu’l-Bârî bi Şerh-i Sahîhi’l-Buhârî, T.y. XIII/95, HAMİDULLAH, Muhammed, İslâm Peygamberi (Çev. S. Tuğ) İst.1980, II/970, KASİMİ, Zâfir, Nizamü’l-Hukm, Beyrut, 1992, II/37.

<sup>6</sup> BİLMEN, Ö. Nasuhi (ö.1971), Hukuk-ı İslâmiyye ve Istihlâhât-ı Fikhiyye Kamusu, İst.1975, VIII/204.

<sup>7</sup> İBN FERHUN Burhâneddîn Ebü’l-Vefâ İbrâhîm (ö.1397): Tabsiratü’l-Hukkâm fî Usûli’l-Akdiyyeti ve Menâhici’l-Ahkâm, Beyrut, 1995, I/12.

<sup>8</sup> Hz. Peygamber’in görevlendirdiği emirler, yönetim, yargı ve vergi tahsili yetkilerine sahipti. KETTANİ, II/1.

veya olmasın insanlar arasında meydana gelen davalara bakıp karara bağlayan kimseler kastedilmiştir.

Fıkıh literatüründe hâkim tekil olarak kullanıldığında bununla halife (devlet başkanı), hukkâm şeklinde çoğul olarak kullanıldığında ise yine halife ile vali, komutan gibi kamu adına görev yapan ve alanlarıyla ilgili konularda hüküm verme ve uygulama gücüne sahip bulunan üst yöneticiler kastedilir.<sup>9</sup>

Osmanlı'nın klasik döneminde adlî teşkilâtın başı olan kadı, sade bir hâkim olmaktan öte aynı zamanda soruşturma ile görevlidir.<sup>10</sup> Osmanlı kadısı devletin hukukçular sınıfını şahsında temsil eden meslek adamıdır. Gerçekten kadı bugünkü savcı ve sorgu hâkiminin görevini de yüklenmiştir.<sup>11</sup>

Mecelle'de kadı yerine "hâkim" kelimesi tercih edilmiştir. Mecelle m.1792-1794 hakimnin nitelikleri, m.1795-1799 hakimnin adabı (yargılama etiği) düzenlenmiştir.

### C. TARİHÇE

İnsanlık tarihinin ilk zamanlarından beri yargı erkini kullananlar (hakimler), başta peygamberler olmak üzere rahipler, devlet başkanları ve toplumun ileri gelenleri olmuştur.

Devlet öncesi ilkel dönemde kabilenin ileri gelen akıllı kimseleri onların hükümdarı ve hâkimleri idiler.<sup>12</sup>

Eski Hint'te yargılama yetkisi asıl olarak kralındı.<sup>13</sup> Kral isterse bu yetkilerini kendi atadığı hâkimlere devredebilirdi.<sup>14</sup>

Eski Çin'de hâkimler ayrıca bir hukuk eğitimi görmemekle beraber edebiyat bilgisi olanlar arasından seçilmekteydi.<sup>15</sup>

Eski Mısır'da da yargı fonksiyonunun başında kral (firavun) bulunuyor,<sup>16</sup> diğer yargı görevlileri kral adına yargılama yapıyorlardı. Kral bazen bu yargılama yetkisini bizzat da kullanabiliyordu.<sup>17</sup>

---

<sup>9</sup> ATAR, Fahrettin "Kadı", *DİA*, C:24, s.66.

<sup>10</sup> BOA, 35 numaralı Mühimme Defteri, Hüküm no: 23.

<sup>11</sup> ORTAYLI, İlber, "Kadı", *DİA*, C:24, s.72.

<sup>12</sup> ERGİN, Osman Nuri, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, İst.1995, I/249.

<sup>13</sup> OKANDAN, Recai Galip, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İst.1952, s.70.

<sup>14</sup> ARSAL, Sadri Maksudi, *Umumi Hukuk Tarihi*, İst.1948, s.37.

<sup>15</sup> EKİNCİ, Ekrem Buğra, *Hukukun Serüveni*, İst.2010, s.110.

<sup>16</sup> EKİNCİ, s.39.

<sup>17</sup> OKANDAN, s.97.

Sümerlerde hâkimler genellikle ruhban sınıfından seçiliyordu.<sup>18</sup>

Babillilerde, Hammurabi'den önce yargılama işini rahipler yürütür,<sup>19</sup> duruşmalar da tapınaklarda yapılırdı.<sup>20</sup> Hammurabi döneminde sadece hüküm verme faaliyetiyle uğraşacak Dayanu adı verilen hâkim meslek grupları oluşturuldu.<sup>21</sup>

Asurlularda yargı erkinin başında kral bulunuyor, kral ülkenin her yerinde uyuşmazlıklara bakamayacağı için onun adına yetkili hâkimler hüküm veriyordu.<sup>22</sup>

İbranilerde hahamlar yargıç, mabetler de mahkeme statüsündeydi.<sup>23</sup> Yani mabetlerde hem ibadet, hem de adalet faaliyetleri icra ediliyordu.

Etilerde, sosyal yapının en önemli dayanağı adalet olduğu için hür insanların hayatı söz konusu ise davayı bizzat kral görürdü. Yine yargı yetkisini kullanan yüksek memurların çözmekte güçlük çektikleri davalara da kral bakıyordu.<sup>24</sup>

Roma'da ilk zamanlarda hakim, rahipler arasından seçilirdi. Daha sonra rahip olmayanlar, şövalyeler ve her yıl imparator veya yetkili organlarca hazırlanan listeden seçilmeye başlandı. Hakim olmak için Roma vatandaşı olmak yeterli idi. Taraflar listenin dışında ve Roma vatandaşı olmayanları da hakem olarak seçebiliyor, fakat bu seçimi magistranın onaylaması gerekiyordu.<sup>25</sup> Roma'da hâkimlik şerefli, ücretsiz; ancak sorumluluk gerektiren bir işti. Seçilen kişi davaya bakmaktan kaçınabilirdi.<sup>26</sup>

İranlılarda da yargılama fonksiyonunun başı ve asıl yetkilisi kraldı. Kral, bu yetkisini hâkimler eliyle kullanıyor, önemli davalarda bizzat hüküm veriyordu.<sup>27</sup> Hâkim ruhanilerden olurdu. Her nahiyede bir hâkim vardı, hatta köy muhtarları (dehkan) dahi küçük davalara bakabilirdi.<sup>28</sup>

---

<sup>18</sup> EKİNCİ, s.45.

<sup>19</sup> EKİNCİ, s.53.

<sup>20</sup> KOZAK, İbrahim Erol, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Ank.2011, s.108.

<sup>21</sup> AKGÜNDÜZ, Ahmet, Umumi Hukuk Tarihi Ders Notları, Konya, 1991, s.41.

<sup>22</sup> OKANDAN, s.166.

<sup>23</sup> KOZAK, s.346. Kur'an'da Hz. Davud mabette iken duvarı aşarak aniden gelen iki kişiden irkildiği, onların arasındaki ihtilafı çözdüğü anlatılmaktadır (Sad, 38/21-23). Bu iki kişinin Hz. Davud'u uyarmaya gelen iki melek olduğuna dair görüş için bkz. KARAMAN-ÇAĞRICI-DÖNMEZ-GÜMÜŞ, Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir, DİB Yayını, Ank.2003-2004, IV/503.

<sup>24</sup> ALP, Sedat, "Hitit Kanunu Hakkında", *AÜDTCFD*, C:V, S:5, Ank.1947, s.481-482.

<sup>25</sup> UMUR, Ziya, Roma Hukuku, İst.1970, s.203, 205-208, 232-233, 274, 278, 281, 297-298, 303, 306, 314.

<sup>26</sup> ERDOĞMUŞ-TAHIROĞLU, Roma Usul Hukuku (Özet) İst.1980, s.10vd.

<sup>27</sup> ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.71.

<sup>28</sup> ARSAL, S. Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, İst.1944, s.81.

Eski Mısır hukukuna göre hâkimler halk tarafından zenginler arasından seçilirdi.<sup>29</sup>

İslâm öncesi Cahiliye Araplarında adli işleri hakemler yürütüyor.<sup>30</sup> Devlet olmadığı için seçimle veya atama yoluyla iş başına gelen resmi görevli hâkimler bulunmuyordu.<sup>31</sup> Hakem ya bir kabile reisi, ya anlayış ve idrak sahibi biri<sup>32</sup> veya kahinlerden<sup>33</sup> seçiliyordu. Kadınlar da hakem olabiliyordu.<sup>34</sup>

İslâmiyet öncesi Türklerde hakan, devlet başkanı olarak ülkeyi yönetir, yargu denen yüksek devlet mahkemesine başkanlık eder, davalara bakmak üzere hâkimler atardı. Şahsına ve devlete karşı suç işleyenleri (örneğin suikast teşebbüsü) hakan bizzat yargılar, ölüm dahil çeşitli cezalar verebilirdi.

Türk kağanları, asayiş temin ve adaleti tesis etmek için kendilerinin ve toplumun yüksek değerlere sahip vasıflarla bezenmiş olmasına önem verir, bu değerlerin bozulmaması için caydırıcı cezalar uygulardı.<sup>35</sup> Yargılamayı yargucular (siyasi olmayan davalarda hakan adına töreyi uygulayan<sup>36</sup> uzmanlaşmış hâkimler) yapardı, hâkimlik itibarlı mesleklerdendi.<sup>37</sup>

Asr-ı Saadet<sup>38</sup> ve Dört Raşit halife devrinde devlet başkanı merkezde bizzat yargılama faaliyeti yapmış, taşrada ise görevlendirdikleri vali-hakimler hem yürütme erkini temsil etmişler, hem de yargılama yapmışlardır.<sup>39</sup>

<sup>29</sup> SEYDİŞEHİRİ, Mahmud Esad (ö.1918), Tarih-i İlm-i Hukuk (Haz: Fethi Gedikli ve Diğerleri), Ank.2012, s.50-51.

<sup>30</sup> BARDAKOĞLU, "Toplum-Hukuk İlişkisi Açısından Cahiliye Hukuku Örneği", in: *Zihniyet Değişiklikleri ve Çağdaşlaşma Problemleri Sempozyumu Bildirileri*, Bursa, 1990, s.101. Hakemlik fonksiyonu "hükûme" olarak adlandırılıyordu. ÇAĞATAY, Neşet, İslâm Öncesi Arap Tarihi ve Cahiliye Çağı, Ank.1982, s.117,123.

<sup>31</sup> ATAR, Fahrettin, İslâm'da Adliye Teşkilatı, Ank.1991, s.24.

<sup>32</sup> Hz. Peygamberin nübüvvetten, Hz. Ömer'in de Müslüman olmadan önce hakemlik yaptığı olaylar vardır. KASİMİ, II/31.

<sup>33</sup> İlkel toplumlarda din adamı olan kahinlerin saygınlığı ve otoritesi vardı. KASİMİ, II/16.

<sup>34</sup> KASİMİ, II/12. Mekkelilerin hâkimiyeti altındaki Ukaz Panayırında iki hakem bulunuyor, biri ticari ihtilafları çözmek için, diğeri de istinaf makamı olarak iş görüyordu. HAMİDULLAH, II/915.

<sup>35</sup> TUTAR, Adem, İslam Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı" Türkler, Ank.2002, C:II, s.871.

<sup>36</sup> KAFESOĞLU, İbrahim, Türk Milli Kültürü, 3. bası, İst.1984, s.280.

<sup>37</sup> ARSAL, s.206.

<sup>38</sup> "Eğer sana gelirlerse ister aralarında hüküm ver, ister onlardan yüz çevir. Onlardan yüz çevirecek olursan sana asla hiçbir zarar veremezler. Eğer hükmedecek olursan aralarında adaletle hükmet. Çünkü Allah, âdil davrananları sever." (Maide, 5/42)

<sup>39</sup> Hz. Peygamber ve Ebubekir dönemlerinde ve Hz. Ömer döneminin başlarında valilik ve yargı görevinin aynı kişiye tevdi edildiği, daha sonra yargı görevinin ayrıldığına ilişkin olarak bkz. BERKİ, Ali Himmet, İslâm Şeriatında Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi,

Emevi Devleti'nin ilk halifesi Muaviye, başkent Şam'da yargı yetkisini atadığı kadiya devretmiş ve yargı işleriyle hiç meşgul olmamış, taşrada valiler de yargı yetkilerini atadıkları kadılara devretmiş, böylece yargı erki yürütme erkinden ayrılmaya başlamıştır.<sup>40</sup>

Abbasîlerin ilk dönemlerinde kadıları bizzat halifeler atamışlarsa da şehirlerin nüfusu artınca büyük şehirlere birden fazla kadı tayinine ihtiyaç duyuldu ve ülke çapında kadıların sayısı arttı. Bunun üzerine Harun Reşit, önce şehirlere atanacak kadıların seçiminde kendisine yardımcı olması için Hanefî mezhebinin meşhur hukukçusu Ebu Yusuf'u kâdilkudât olarak atadı. Kâdilkudâtların daha sonra kadıların tayin, terfi ve azli konusundaki yetkileri tedricî biçimde arttı.

### III. HÂKİM OLMA ŞARTLARI

Adalet, dinî literatürde üzerine en çok vurgu yapılan temel kavramlardan biri olduğu, toplumun barış ve huzur içinde yaşamasının da ön şartı olarak görüldüğü için<sup>41</sup> onun gerçekleşmesinde büyük rolü bulunan hakimlik kutsal bir meslek sayılmış, bu göreve getirilecek kimselerde aranan niteliklere de bunun için ayrı bir önem verilmiştir.<sup>42</sup>

Kur'an'da yargılama işiyle görevlendirilecek kişinin adalet, ilim ve hikmet vasıflarını taşıması gerektiği belirtilmiştir (Mâide 5/95; Enbiyâ 21/74, 79).

Hz. Peygamber, yargı görevini üstlenecek sahâbîlerin buna uygun meziyetlere sahip olmasını istemiş, yeterli şartları haiz olmayanların hakimlik ve kamu görevi taleplerini de geri çevirmiştir.<sup>43</sup>

Fakihler, toplumda mümkün olduğu ölçüde en vasıflı kimselerin hakimlik görevini üstlenmesini gerektiğini söylemişlerdir. Hakim olarak atanacak kimselerin derin hukuk bilgisine, vücut bütünlüğüne, sosyal ilişkilerin gereklerini,

---

Ankara 1962, s.11.

<sup>40</sup> Kuvvetler ayrılığı ilkesinin amacı, gücün kötüye kullanılmasını önlemek, otoriteye karşı bireyi korumaksa, bunu sağlamanın en etkili yolu, yasama ve özellikle yürütmeden gelebilecek kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı düzenlemeleri engellemek amacıyla yargıyı gerçek anlamda bağımsız ve tarafsız kılmaktır... yargı bağımsızlığı, hakime verilmiş bir lütuf ya da hak değil, bireyin özgürlüğünü korumaya yönelik bir tedbir; hakime yüklenmiş bağımsız düşünme ve davranma sorumluluğudur. ÖZKORKUT, Nevin Ünal, "Yargı Bağımsızlığı" <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf>

<sup>41</sup> Adli hatalar adalete olan güveni sarsar. KOŞUM, Adnan, İslam Hukuk Doktrininde Yargı Hataları Önleyici Tedbirler ve Hatalardan Doğan Sorumluluk, Isparta, 2004, s.15.

<sup>42</sup> ATAR, "Kadı", s.67.

<sup>43</sup> Ebu Davud, *Akdiye*, 2-3; Nesâî, *Âdâbü'l-ğudât*, 4.

halkın ihtiyaçlarını, örf ve âdetlerini kavramaya elverişli kültüre, dış etkilere karşı koyacak derecede ahlâk, karakter ve seciyeye sahip olmaları, dinî emir ve yasaklara aykırı davranışlarda bulunmamaları gerektiğini ifade ederler.

## A. OLUMLU ŞARTLAR

### 1. İlmî yeterlilik

Yargılama yapacak ve adaleti tesis edecek olan hakimde öncelikle ilmî yeterlilik aranır. Dolayısıyla hakimin öncelikle müçtehit seviyesinde hukukçu olması gerektiği belirtilmiştir. Çünkü yargılama, bir içtihat faaliyetidir.<sup>44</sup>

Şafilere göre hakim müçtehit olmalıdır.<sup>45</sup> Müçtehit varken müçtehit olmayan biri hakim olarak atansa bile hükmü nazif olmaz.<sup>46</sup> Müçtehit olmayan biri (mukallid) hakim olarak atanırsa tabii olduğu müçtehidin mezhebine uygun kararları zarurete mebnî nazif olur.

Malikilere göre hakim, mevcutsa mutlak müçtehit olmalıdır, müçtehit varken mukallidin hakimliği üstlenmesi caiz değildir. Müçtehit yoksa, hukuk bilgisi (fakihü'n-nefs) olmak kaydıyla mukallit de hakimliğe atanabilir.

Hanbelilere göre hakimin varsa mutlak müçtehit; yoksa en azından mezhepte müçtehit olması gerekir. Bazılarına göre her zaman ve her yerde bu şartları taşıyan hukukçuları bulmak mümkün olmayacağından mukallidin hakim olarak atanması caizdir.<sup>47</sup>

Hanefilere göre hakimin müçtehit olması cevaz değil; evleviyet (öncelik) şartıdır.<sup>48</sup> Hanefilerle bazı Zeydiyye fakihleri, her zaman ve her yerde içtihat şartlarını taşıyan kişileri bulmakta güçlük çekileceğini, dolayısıyla içtihat derecesine ulaşmamış hukukçuların da herhangi bir mezhebin görüşlerini veya

<sup>44</sup> Hadislerde içtihat, "hakim ve yöneticinin doğru hükme ulaşmak için elinden gelen gayreti göstermesi" anlamında da kullanılmıştır. Buhârî, İ'tisâm, 13, 21; Müslim, *Akdiye*, 15; Ebû Dâvûd, *Akdiye*, 11; Tirmizî, *Ahkâm*, 3.

<sup>45</sup> Hakimin müçtehit olmasını şart koşanlar, ihtilafın Allah'a (Kur'an'a) ve Resulüne (Sünnete) götürülmesi emrini (Nisa, 4/105) gerekçe gösterirler. İBN AŞUR, M. Tahir, İslâm Hukuk Felsefesi (Çev: V. Akyüz-M. Erdoğan), İst.1988, s.283.

Maverdî'ye göre hakim olarak atanacak kişinin Kur'an bilgisi (nasih-mensuh, muhkem-müteşabih, umum-husus, mücmel-müfesser), kavli ve fiili Sünnet ile icma ve kıyas bilgisi olmasıdır. KASİMİ, II/109.

<sup>46</sup> ALİ HAYDAR, Hoca Emin Efendizade (ö.1915): *Dürrü'l-Hukkâm Şerh-i Mecelleti'l-Ahkâm*, İst.1319, 1330, IV/430.

<sup>47</sup> BİLMEN, VIII/215-217, No:36

<sup>48</sup> MERGINANİ, Ebû'l-Hasen Ali b. Ebîbekr (ö.1197): *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, İst.1986, III/101, MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Feramuz (ö.1480), *Dürrü'l-Hukkâm fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm*, İst.1978, II/405, HALEBİ, Haşiyeli Multeka, s.286.

herhangi bir müçtehidin belirli bir görüşünü uygulamak üzere hakim olarak atanabileceğini savunurlar. Sonraki devirlerde yaşayan fakihlerin hemen hemen tamamı Hanefilerin bu görüşüne katılmıştır.<sup>49</sup>

Hakim her olaya uygulanacak bir nas bulamayabilir. Nasların manasını anlamak için de içtihada (yorum) ihtiyaç vardır. Hakim, mevcut ise mutlak müçtehit olmalıdır. Böyle bir müçtehit bulundukça mukallidin hakimliği üstlenmesi sahih olmaz. Böyle bir müçtehit bulunmayınca mukallitler içinden hakimliğe layık, hukuk bilgisi olanın atanması gerekir. Böyle bir hakim, taklit ettiği müçtehidin meşhur olan kavliyle, fetvasıyla hükmetmelidir. Buna aykırı hüküm vermesi caiz değildir.<sup>50</sup>

Hakim hem fihri (hukuku) hem de halkın âdetlerini bilmelidir, çünkü ahkâmın çoğu insanların âdeti üzerine bina edilir.

Büsbütün cahil olan hakim olamaz.<sup>51</sup> Ehil olmayan kimsenin hakimliği üstlenmesi meselâ cahil birinin hakimliği kabul etmesi, atama yetkisi olan makamın da böyle birini hakimliğe ataması haramdır. Çünkü onun cehaleti kendisini üzerinde ittifak edilen hususlara aykırı karar vermeye sevk edebilir. Adil cahile ve zalim alime kadılık vermek layık değildir.<sup>52</sup> Zira Hz. Peygamber: “Kadılar üç gruptur, iki grup (bilgisizliği sebebiyle ya da bilmesine rağmen haksız karar verenler) cehennemlik, hakkı bilen hakla hükmeden ise cennetliktir.” buyurmuştur. Yine hâkimin adaletten sapmadığı müddetçe Allah’ın onunla birlikte olduğunu ve cennete; gerçeği bildiği halde haksızlık edenlerin cehenneme gireceklerini haber vermiştir.<sup>53</sup>

Mecelle, m.1793’e göre: “*Hakim, mesail-i şer’iyye ve fihriyyeye ve usul-i muhakemeye vakıf ve deavi-yi vakıayı onlara tatbikan fasl ve hasma muktedir ve müteverri ve mütedeyyin olmalıdır.*” Bu maddede fihri meseleleri bilme,

<sup>49</sup> ATAR, “Kadı”, s.67-68. “Hâkimin içtihat ehliyetine sahip olması arzulanan, hatta kural olarak gerekli görülen bir husus olsa da tâbiî döneminden itibaren bu şartın gerçekleşmesi çok defa mümkün olmamış, bunun için de içtihat derecesine ulaşmayan hâkimlerin tayin edilmeye başlandığı ileri dönemlerde hukukî istikrar ve emniyeti sağlamak amacıyla kendilerinden kabul görmüş içtihatların dışına çıkmamaları istenmiştir.” APAYDIN, Yunus, “İctihad” *DİA*, C:21, s.432-445.

<sup>50</sup> BİLMEN, VIII/215-216, No:36. Müçtehit olmanın şartları, ahkâm ayetleri ve hadislerini, bunlardan hüküm çıkarma yollarını, icmaî ve kıyasî bilmektir. Kimilerine göre Serahsi’nin el-Mebcut adlı kitabını ezberlemek, nasihi ve mensuhu, muhkem ve müevveli bilmek gerekir. Bazılarına göre müçtehidin örfü taniyacak kadar keskin zekâyâ sahip olması gerekir. Şeyh Bedreddin, Şeyh Bedreddin, Camiu’l-Fusuleyn (Ed: H. Yunus Apaydın) Ank.2012, s.42, s.42-43.

<sup>51</sup> BİLMEN, VIII/214, No:33.

<sup>52</sup> ALİ HAYDAR, IV/429.

<sup>53</sup> İbn Mâce, *Ahkâm*, 3; Tirmizî, *Ahkâm*, 1, BİLMEN, VIII/212, No:31.



muhakeme usulüne vakıf olma ve normu vakıya uygulama (uyuşmazlığı çözüme) yeteneği yeterli görülmüştür.

Bilgi, kuvvet ve feraset sahibi hâkim, objektif delillere bağlı kalarak yargı faaliyetinde bulunmalıdır. Hakka isabet edemese bile kararından sorumlu tutulamaz.

## 2. Karakter bütünlüğü

Hâkimin tayininde karakter bütünlüğü onun sahip olduğu bilgi yığınının; tarafsızlığı da zeki olmasından daha önemlidir.<sup>54</sup> Hanefi hukukçularına göre hâkimin müctehit seviyesinde âlim olması şart değildir, asgari hukuk bilgisi olan hakim bilmediği hususlarda bilirkişi raporu veya uzman mütalaası ile hüküm verir. "Müttaki cahil, hâkimliğe fasık<sup>55</sup> âlimden evladır."<sup>56</sup> Bu ifadedeki cahil müctehit seviyesinde alim olmayan; ancak asgari hukuk bilgisi olan, fasık alim ise ilmi seviyesi diğerine göre daha fazla olsa da karakter yönünden zaafı buluna demektir.

Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî fakihlerine göre fâsık, hakim olarak atanamaz. Hanefîlere göre ise ihtiyaç dolayısıyla atanmışsa verdiği kararlar geçerli olur, ancak fasığın hakimliğe atanmaması daha uygundur.<sup>57</sup>

Nizâmülmülk'e göre kadılar âlim, zahit, adil, Allah'tan korkan, din işlerinde müşfik, kin gütmeyen, zulme karşı olan ve namuslu kişiler arasından seçilmeli, bu vasıfları taşımayanlar azledilmelidir.<sup>58</sup>

## B. OLUMSUZ ŞARTLAR

### 1. Bedeni yeterlik:

Mecelle m.1794'e göre temyiz gücü olmayan küçük, bunak, kör ve tarafların sözlerini duyamayacak kadar sağır olan hakim olamaz. Görevde iken kör veya sağır-dilsiz olan hâkimin doğru olan hükmü nafizdir. Fakat böyle bir hâkimin azli gerekir. Çünkü hakkıyla hüküm verme imkanı kalmamış demektir.

<sup>54</sup> HAMİDULLAH, II/985, No:1563, ASLAN, Nasi, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, Ank.2005, s.45.

<sup>55</sup> İslâm hukukunda fasık, adalet vasfını taşımayan, büyük günahlar işleyen, küçük günahlarda ısrar veya farzları terk eden, kötü davranışları iyi davranışlarından daha çok olandır. YAVUZ, Yusuf Şevki, "Fasık" DİA, C:12, s.204.

<sup>56</sup> ALİ HAYDAR, IV/428, BİLMEN, VIII/214, No:33.

<sup>57</sup> YAVUZ, "Fasık", s.205.

<sup>58</sup> Nizâmülmülk, Siyâsetnâme (Haz.: Mehmet Altay KÖYMEN), Türk Tarih Kurumu Yay. Ank. 1999, s.29.

## 2. Sabıkalı olmamak

Hâkim, sabıkalı olmamalı, töhmete sebep olacak kötü hallerden sakınmalıdır.<sup>59</sup> Rüşvet vererek hakimliğe atanan biri hakim sıfatını kazanamaz, hukuka uygun hüküm verse bile geçersizdir.<sup>60</sup> Mesleğini icra ederken atanma şartlarını yitiren veya rüşvet alan hakim üç mezhebe göre kendiliğinden azledilmiş olur; Hanefilere göre azledilmesi gerekir.<sup>61</sup> İmameyne göre fasık ve rüşvet veren hakim olarak atanamaz, atansa bile hakimlik yapamaz. Hakim olduktan sonra fasık veya rüşvet alanlar da kendiliğinden azledilmiş (münazil) olur. Hanefilerden Hassaf, Kerhi ve Tahavi de bu görüştedir.<sup>62</sup>

Hâkim, nesebi belli olmalıdır ki, insanlar onun hakkında kötü düşünmesinler.

Hakimlik şartlarını yalnız bir kişi haiz bulunursa veya kendisi hakimliği kabul etmediği takdirde fitne zuhurundan veya hakkın zayi olmasından korkulursa o zatın hakimliği kabul ve talep etmesi gerekir. Kabul etmezse, -hapsen tazyikle olsa- kabule zorlanır. Fakat böyle bir sebep bulunmayınca hakimliği kabulden imtina caizdir. Çünkü hakimlik, her ne kadar bir farz-ı kifâye ise de hakimlik sorumluluğu ağır, tehlikesi çok olan bir meslektir.

### A. Hakimliğe Atanma Şartları

Kur'an'da hakimleri ehliyetli kişilerden seçilmesi ve adalete uygun hüküm verilmesi emredilmektedir (Nisa, 4/58).

Hz. Peygamber'den itibaren Abbasîlerin ilk dönemlerine kadar kadılar müçtehitler arasından seçiliyor, hakimler, ehil olanlar arasından imtihan edilerek atanıyordu.<sup>63</sup> Onlar da naslardan hüküm çıkararak, nasların bulunmadığı

<sup>59</sup> Akıl noksanlığı olan ve şerden kaçınmayan kişilerin hakimliğe atanmaması gerekir. Hakimin salih olması gerekir. "Salih", istikamet ehli, her bakımdan mükemmel, en az kusur işleyen, suç işleyerek şahsiyetini zedelemeyen ve şüpheleri üzerinde toplamayan, alkollü içki kullanmayan, kullananların sohbetinde bulunmayan, afif insanları itham etmeyen, yalan söylemeyen demektir. ALİ HAYDAR, IV/429.

<sup>60</sup> MOLLA HÜSREV, II/404, BİLMEN, VIII/215-216, No:36, MUMCU, Ahmet, Osmanlı Devletinde Rüşvet –Özellikle Yargıda Rüşvet-, Ank.2005, s.191.

"Zeyd-i kadı, gayrıya akça verip vesâteti ile veya bir kimse şefaati ile Padişah'tan kadılık alsın, şer'an hükmü nafiz olur mu? Cevap: Rüşvetle alınca nafiz olmaz, kavli müftâbih budur. Kadı olmaz, mazûl-i mahzûd. Şefaitle almak gerçi haramdır, amma şer'a muvafık hükmü döndürülmez." Ebusuud, No:622.

"Zeyd-i kâdînin rüşvet yediği şer'le sabit ve zahir olsa, şer'an hükmü nafiz olur mu? Cevap: Olmaz, rüşvetle hüküm şer'a muvafık olsa dahi nafiz olmaz." Ebusuud, No:622.

<sup>61</sup> MERGINANI, III/101, Şeyh Bedreddin, Letaifü'l-İşarat fi Beyanı'l-Mesaili'l-Hilafiyat (Fıkıh Ekolleri Arasındaki Tartışmalı Konuların İncelikleri) Ed: H. Yunus Apaydın, İst.2012, s.599.

<sup>62</sup> BİLMEN, VIII/214, No:35.

<sup>63</sup> KOŞUM, s.40.

konularda içtihat ederek davaları karara bağlıyordu. İçtihatlarında tamamıyla serbest idiler. İlk dönem Maliki, Şafii ve Hanbelî hukukçuları, özellikle yargı alanındaki bu uygulamadan hareketle müçtehitlik şartlarını taşımayan kişilerin herhangi bir görüşe ve mezhebe göre davaları karara bağlamak üzere kadı tayin edilemeyeceğini söylemişlerdir.

Osmanlıda Fatih'in Sahn-ı Semân medreselerini kurmasıyla kadı olmak için gereken tahsil derecesi disiplin altına alınmış, XVI. yy. sonunda, Anadolu ve Rumeli'de taşra medreselerinden icazet veya tezkire alanların -eğer eskiden o medreseye verilmiş böyle bir imtiyaz yoksa- hakim olamayacağı karara bağlanmıştır.

Osmanlıda tahsil şartı aranan kamu görevi kadılıktır. Kadı, müderris ve müftü aynı eğitimi alır, bu meslekler arasında geçişler de olabilirdi. Medrese eğitimi tamamlayanlar kaza kadısı, fıkıh ihtisası (hukuk doktorası) yapanlar ise eyalet kadısı olabilirdi.

1838 tarihli Tarik-i İlmîyeye Dair Ceza Kanunnamesinde hakimlerin Şeyhülislamlıkta oluşturulacak bir heyet tarafından imtihan edilmesi, bu imtihanda fıkıh metinleri ve Türkçeye çevrilmiş fetva kitaplarından soru sorulması, Türkçe sureti anlayabiliyorsa edna, Arapçasını nakle muktedirse evsat (orta), meseleyi Arapça metinlerden çıkarabiliyorsa karib-i a'la (iyi) ve bunların hepsine muktedir olduktan başka meseleyi fıkıh usulü kaidelerine göre istinbat edebiliyorsa âlâ (pekiyi) derece ile kendisine belge verilir. Belge alanlardan maksatlarını ifade edecek şekilde yazı yazabilenlerin kazalara hakim olarak atanabilecekleri belirtilmiştir.<sup>64</sup>

1854'te Şeyhülislâm Meşrepzâde Mehmed Ârif Efendi zamanında kurulan Muallimhâne-i Nüvvâb (sonraki isimleri Mekteb-i Nüvvâb, Medresetü'l-kudât) düzenli eğitim ve programla hukukçu zümresini yetiştirmiştir. Mecelle'nin yürürlükte olduğu dönemde bile müçtehit seviyesinde fıkıh alimi mevcut olmadığından, Medresetü'l-Kuzat'tan mezun olanlar kadı olabilmıştır.<sup>65</sup> 30 Temmuz 1914 tarihinde yayınlanan, kadılara ait kanunda; "Bir kimsenin kadı olabilmesi için 25 yaşını bitirmiş olması, kanuni özür dışında adi suçlardan dolayı bir haftadan çok hapis cezasına mahkûm olmamış bulunması, Mecelle'nin 1792 ve 1793. maddelerinde belirlenen vasıfları taşıması ve Medresetü'l-Kudât'tan (hukuk fakültesi) mezun bulunması" şart olarak belirlenmiştir.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Kanun zeyli için bkz. ÇADIRCI, Musa, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli Tarik-i İlmîyeye Dair Ceza Kanunnamesi" *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C:XIV, S:25 (1982), s.161.

<sup>65</sup> ALİ HAYDAR, IV/429.

<sup>66</sup> ORTAYLI, "Kadı" s.72.

## B. TAYİN VE AZİL

### 1. Hakimlik sınavı (mülakat)

Hz. Peygamber Muaz'ı Yemen'e vali/hakim olarak gönderirken ne ile hükme-deceksin? diye sormuş, "Allah'ın kitabı ile" cevabını vermiş, Allah'ın kitabında bu-lamazsan? sorusunu "Resulünün Sünneti ile" diye cevaplamış, "Hükümünü Kur'an ve Sünnette bulamadığın meseleleri nasıl çözeceksin?" sorusuna ise: "İçtihat ederek" cevabını vermiş bu cevap Hz. Peygamberi memnun etmiştir.<sup>67</sup> Bu örnek, hakimlik görevine atanacak kişinin sınava tabi tutulmasının gerekli olduğunu gös-terir.<sup>68</sup>

### 2. Atama yetkisi

Devlet başkanı kadıları bizzat tayin edebileceği gibi bu husustaki yetkisini baş-kalarına da devredebilir. Nitekim Hulefâ-yı Râşidîn döneminden itibaren valilere, Harun Reşit'ten itibaren de kâdilkudâtlara bu konuda yetki verildiği ve bazı kadıla-ra yardımcı kadı tayin etme yetkisi tanındığı bilinmektedir.

*"Hâkim eğer naibin nasb ve azline mezun ise diğer kimseyi kendisine naib nasb ve onu azledebilir; değilse edemez ve kendisinin mazûl olması veya ölmesi ile naibi münazil olmaz..."* (MAA 1805).

### 3. Azil

Kadıların görevlerine son verilmesi tayinindeki usulle olur. Fakihler, azle yetkili makamın bu yetkisini makul ölçüler içerisinde ve maslahat ilkesine uygun olarak kullanması gerektiğine, soruşturma yapılmadan ve geçerli bir sebep olmadan ha-kimin görevine son verilemeyeceğine işaretle yetinirler. Azil sebepleri olarak da kadının adalet vasfını kaybettirecek bir suç işlemesi, görevini kötüye kullanması, sağlık açısından görevini sürdüremez hale gelmesi gibi hususlar zikredilir.<sup>69</sup>

## IV. HÂKİMİN NİTELİKLERİ

Hakimin nitelikleri fıkıh kitaplarının "Edebü'l-Kâdî"<sup>70</sup> bölümlerinde işlenmiş,

<sup>67</sup> Tirmizi, *Ahkâm*, 3; Ebu Davud, *Akdiye*, 11.

<sup>68</sup> SERAHSÎ, XVI/70.

<sup>69</sup> ŞİRBÎNÎ, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (ö.1570), Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâ-zî'l-Minhâc, Mısır, 1958, IV/380-381.

<sup>70</sup> Edebü'l-kâdî tamlaması dar anlamda hâkimin uyması gereken kuralları, hâkimden beklenen güzel davranışları ifade etmekle birlikte İslâm hukuk literatüründe giderek kadı, yargılama usulü ve adliye teşkilâtıyla ilgili konuların ele alındığı özel bir ilim dalının adı olmuştur... ede-bü'l-kâdî kitapları veya bölümlerinde hâkimin kişiliği, insanlarla ilişkileri, söz ve davranışları, giyim ve kuşamı da dahil olmak üzere özel hayatı, beşerî münasebetleri ve resmî göreviyle ilgili hususlar yol gösterici ve düzenleyici bir şekilde ele alınmıştır. Çünkü hâkimin kişiliğinin

hatta bu adla müstakil kitaplar yazılmıştır. İdeal hakimin profili oluşturulurken daima itidal çizgisi esas alınmıştır. Mesela: hakim güçlü olmalı; ancak sert ve kaba olmamalıdır. Heybeti zalimi korkutmalı; ancak despot ve dayatmacı olmamalıdır. Yine hakim yumuşak olmalı; ancak zafiyet sergilememelidir.<sup>71</sup>

Hakim, Hz. Peygamber'in halefi sayılır. Dolayısıyla hakim dini duyarlılık,<sup>72</sup> akli meleke sahibi, anlayış kabiliyeti, Sünnet ve eser bilgisi olan, fıkıh usulüne vakıf, itimada şayan biri olmalı; asık suratlı, katı kalpli, haksızlık yapan ve hatasında ısrar eden (inatçı) olmamalıdır.<sup>73</sup>

Mecelle'de hâkimin nitelikleri sıralanırken onun hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olması, fıkıh meselelerine ve yargılama usulüne vâkıf ve davaları onlara uygulayarak sonuçlandırmaya muktedir bulunması şartı aranmış, böylece kadılığın bilgi, sanat ve yüksek bir karakter işi olduğu belirtilmiştir (m.1792-1794).

Mecelle, m.1792'ye göre: "*Hâkim; hakîm (bilgin), fehîm (zeki), müstakîm (doğru), emîn (güvenilir), mekîn (temkinli) ve metîn (dayanıklı) olmalıdır.*" Bunlar hem hakimin niteliklerini, hem de yargılama etiğini ifade etmektedir. Şimdi sırayla ve özetle bu kavramları açıklayalım:

A. Hâkim, hakîm; yani adil olmalı;<sup>74</sup> zalim olmamalıdır.<sup>75</sup> Hakim, müttaki (sahih) olmalı;<sup>76</sup> fasık olmamalıdır.<sup>77</sup> Akıllı olmalı; ahmak olmamalıdır.<sup>78</sup> Hakîm ke-

---

ve özel hayatının, yargılamanın başarısı ve verilen hükmün saygınlığı ile yakın ilişkisi vardır. ÖĞÜT, Salim, "Edebü'l-Kadı", *DİA*, C:10, s.409.

<sup>71</sup> ASLAN, s.44.

<sup>72</sup> Adil, doğru sözlü, güvenilir, haram, günah ve şüphelilerden sakınan, rıza ve gazap halinde itidalini koruyan, işlerini yaparken karakterini kaybetmeyen kimseye denir. MAVERDİ, Edebü'l-Kadı, I/634.

<sup>73</sup> Şeyh Bedreddin, Letaifü'l-İşarat, s.599, HALEBİ, İbrahim b. Muhammed (ö.1549), Haşiyeli Multeka, Dersaadet, 1316, s.285.

<sup>74</sup> Kasani'ye göre adalet hâkimlik görevine atanmada cevaz şartı değil; kemal şartıdır. İlke olarak fasıkın şahitliği caiz olduğu gibi hâkimliğe atanması da caizdir. KASANİ, Alaeddin Ebubekir b. Mes'ud (ö.1191), Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerai', Mısır, 1327, VII/3. Kazaya ehliyet için kadı, âdil olmalıdır. Ancak hakim atanmasında adalet her yönden şart koşulsa idi kadı bulmak imkansız olurdu. BİLMEN, VIII/214, No:36.

<sup>75</sup> Adl/adâlet, kıst ve insaf kavramları zulmün karşıtıdır, zulüm ise yirmiyi aşkın ayette "beşerî ilişkilerde haksızlığa sapma" anlamında kullanılmıştır. ÇAĞRICI, Mustafa, "Zulüm", *DİA*, C:44, s.507.

<sup>76</sup> Hz. Ömer, amillerine şöyle yazdı: "Hakim olarak salih insanları atayın ve kendilerine yetecek kadar maaş bağlayın. KETTANİ, II/20.

<sup>77</sup> Hanefilere göre fasıkın hakim olarak atanması caizdir; diğer üç mezhebe göre cahil ve fasık hakim olarak atanamaz. Şeyh Bedreddin, Letaifü'l-İşarat, s.599. Bir görüşe göre atanırken hakim adil olmalıdır. Sonradan fasık olsa kendiliğinden mazûl olmaz; ancak azledilmesi gerekir. Şeyh Bedreddin, Camiu'l-Fusuleyn, s.45.

<sup>78</sup> ALİ HAYDAR, IV/426-427.

limesi hem “işleri gereği gibi sağlam ve kusursuz yapan” hem de “âlim ve ilmî hüküm sahibi” manalarına gelir.<sup>79</sup>

Gerçeği bulmak ve adaleti tesis etmeyi amaçlayan bir hâkim, bir hâdisenin hükmü hakkında tereddüt ederse bu hususta ilim ehli ile istişare etmelidir. Çünkü bu durum işini kolaylaştırır ve kendisini doğru hükme kavuşturur.

B. **Fehîm**; anlayışlı, tez anlayan demektir.<sup>80</sup> Hakimin fetanet<sup>81</sup> sıfatı Mecelle’de fehim olarak yer almıştır.<sup>82</sup>

Hakim fetanetli olmalı, iki tarafın taleplerini iyi anlamalıdır. Hz. Peygamber, hâkimlerin aşırı açlık, susuzluk ve öfke gibi sağlıklı düşünmeyi engelleyen durumlarda hüküm vermelerini yasaklamıştır.<sup>83</sup> Hz. Ömer, Ebu Musa’ya yazdığı mektupta “zihnini boşalt ki, senden istenen şeyi anlayabilesin!” demiştir. Mecelle m.1812’de “sıhhat-i tefekküre mani avarızla hakimin zihni meşgulken hükmetmemelidir.” denilmesi buna binaendir.<sup>84</sup>

Hakim, fatîh olmalıdır. Tarafların delillerini değerlendiremeyen, hilelerini göremeyecek derecede fetanetten mahrum olan bir kimse hakim olamaz. Bazı hukukçular az bilgi ile derin anlayış, çok bilgiyle az anlayıştan daha faydalıdır demişlerdir.<sup>85</sup> Bununla birlikte, hakimin fevkalâde deha sahibi olması matlup değildir. Çünkü aşırı deha ve özgüven, sahibini sadece kendi düşüncesine göre hükme sevk ederek onu ahkâm-ı şer’iyeye muhalefet tehlikesine düşürür.<sup>86</sup>

Hukuk bilgisi uygulanacak normda yanılmaktan, adalet sıfatı haksızlık yap-

<sup>79</sup> KUTLUER, İlhan, “Hikmet” *DİA*, C:17, s.503.

<sup>80</sup> KASİMİ, II/113-114. Fehim, anlayışlı, fetanetli, fıkıh ve Sünnet bilgisi olan, örf ve âdetlere vâkıf olan demektir. BİLMEN, VIII/213, No:32.

<sup>81</sup> Feraset, hâkimin ipuçlarını, delil ve maddî bulguları dikkatlice inceleyip olaylar arasında bağ kurması sonucunda gerçeği sezinlemesidir. Fetanet (feraset), şer’i hükmün (hukuk normunun) maddî vakıya uygulanmasıdır. İBN KAYYİM el-Cevziye Ebu Abdullah Şemseddin (ö.1350), et-Turuku’l-Hukmiyye, Kahire, 1977, s.5.

<sup>82</sup> ALİ HAYDAR, IV/665-667, KOŞUM, s.40-41.

<sup>83</sup> Müslim, *Aşkîye*, 16; İbn Mâce, *Zühd*, 1.

<sup>84</sup> Hz. Peygamber: “Hakim, kızgınlık halinde hüküm vermesin!” buyurmuştur.

Hâkim gam ve gussa (keder), açlık ve galebe-i nevm (uykusuzluk) gibi sıhhat-ı tefekküre engel olabilecek bir arıza ile zihni müşevveş (karışık) olduğu halde hüküm vermemelidir. MAA, 1812.

Çünkü üzüntü, keder, açlık ve şiddetli uyku halleri, kızgınlık gibi sağlıklı karar vermeyi engelleyebilir. Mahmud Es’ad, *Telhîsu Usûli’l-Fıkh*, İzmir 1313, s.12.

Hâkim açken, öfkeli, uykusuz ve yorgunken yargılama yapmamalı, duruşmaya çıkmadan bütün ihtiyaçlarını gidermelidir. Şeyh Bedreddin, *Letaifü’l-İşarat*, s.603, MUMCU, *Rüşvet*, s.188.

<sup>85</sup> KOŞUM, s.41.

<sup>86</sup> BİLMEN, VIII/215-216, No:36.

maktan, fetanet sıfatı maddi vakayı yanlış anlama sonucu hatalı hüküm verilmesini engeller. Fehim olan kimse alim (müçtehit) olmasa bile hüküm verilebilir. Maksat hakkı sahibine ulaştırmaktır. Bu ise uzman mütalaası ile amel ederek de olur (MAA m.1811).

**C. Hakim, müstakîm;** yani doğru,<sup>87</sup> dürüst ve mutedil, şiddete kaçmadan otoriter, zaafa düşmeden yumuşak ve mütevazı olmalı; asık surat, katı kalpli, kötü huylu, kaba, kibirli ve inatçı olmamalıdır.<sup>88</sup> Çünkü hakimlik önemli bir görevdir. Daha çok bilen, daha kudretli olan, daha heybetli ve insanlar arasında daha çok tanınan, insanların kaba davranışlarına karşı daha sabırlı olanlar, hâkim olmaya daha layıktır. Çünkü hâkim, bir bakıma Peygamber makamında oturan, onun adına onun getirdiği hükümleri uygulayan kişidir.<sup>89</sup>

**D. Emîn:** Hâkimin her hususta kendisine güvenilir, haksızlık ve hainlik yapmayan,<sup>90</sup> afif (iffetli) ve günahlardan sakınan bir kişi olması, kişiliğini zedeleyen küçük düşürücü hadiselerden sakınması gerekir. "Emin"den maksat her bakımdan mükemmel, akli başında, kâmil, ehliyetli biri olması demektir. Bir görüşe göre de emin, hevasına uymayan, korku ve ümitle karar vermeyen demektir.<sup>91</sup>

Hakim yardımcı personelini iyi seçmeli, onları sürekli denetlemelidir.

**E. Mekîn;** vakarlı, temkinli, oturaklı ve sakin olmalı; hafifmeşrep<sup>92</sup> veya ve aşağılık kimselerden olmamalıdır. Hâkime saygısızlık edenler (mahkemenin saygınlığını bozacak davranışta bulunanlar) hariç taraflara yumuşak davranmalıdır.

**F. Metîn;** metanet sahibi, güçlü, etki altında kalmayan, mehabetli, sabırlı olan demektir.<sup>93</sup>

Hakim, iş yükünden şikayet edemez, bıkkınlık gösteremez, taraflara yüzünü ekşitemez.<sup>94</sup>

Ömer b. Abdilazîz'e göre hakim, anlayışlı, halim, (haramdan el çeken) iffet-

<sup>87</sup> Müstakim, doğru sözlü olan, inatçı olmayan, rüşvet ve hediye almayan demektir. BİLMEN, VIII/213, No:32.

<sup>88</sup> ALİ HAYDAR, IV/428.

<sup>89</sup> MOLLA HÜSREV, II/405.

<sup>90</sup> BİLMEN, VIII/213, No:32.

<sup>91</sup> KASİMİ, II/113-114. "İnsanları adalet ve hakkaniyetle yönet, sakın heva ve hevesine uyma; yoksa seni Allah yolundan saptırır!" Sad, 38/26.

<sup>92</sup> Behcetü'Fetava, No:2249.

<sup>93</sup> ALİ HAYDAR, IV/426-429, BİLMEN, VIII/213, No:32.

<sup>94</sup> SERAHSİ, XVI/64.

li, çok sağlam ve salâbetli, şer'î ilimleri (hukuku) iyi bilen, çok soran ve araştıran olmalıdır.<sup>95</sup>

Hâkim, harama düşmekten korkarak şüphelileri terk etmelidir. Tamahtan beri, kemali mürüvvetle muttasıf olmalı, rezil, aşağılık ve heva ehli kişilerle muâşeretten kaçınmalıdır. Hak ne ise onu yerine getirmeğe sa'y edip bu hususta onun bunun kınamasına aldırış etmemelidir.

Hâkim zengin olmalıdır ki, insanları malına meyletmesin, suizanlara maruz olmasın. Zenginlik, dindar olan zat için büyük bir fazilettir, onların ziyade hayırda, fazlu ihsanda bulunmalarına bir sebeptir. Özellikle nefsinin insanları maslahatlarına adayan bir zat için zenginliğe ihtiyaç vardır. Borç ise hâkimin mertebesini tenzil eder.

Hakimlik görevini haksız kazanç teminine araç yapmamalı, hakim mümkünse tok gözlü olanlardan atanmalıdır.

## V. YARGILAMA ETİĞİ

Yargılama etiği denince ilk akla gelenler, yargı bağımsızlığı ve hakim tarafsızlığıdır.

### A. YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Bağımsızlık, emir almama ve özgür olma demektir. Bağımsız olmayan bir hakimden tarafsız bir karar vermesi beklenemez. Hakim bağımsızlığı, muhakeme dışı hiçbir etki altında kalmamakla elde edilir.<sup>96</sup> Yargı fonksiyonunun en temel unsuru hâkimdir. Ancak hakim yargılama faaliyetinin efendisi değil; hizmetçisidir. Dolayısıyla bağımsızlık hakime keyfi davranma serbestisi vermez.<sup>97</sup> Hakim hüküm verirken etki altında kalmamalı (bağımsızlık), adaletli olmalı ve hükmü geciktirmemelidir.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> Buhari, *Ahkam*, 16.

<sup>96</sup> CENTEL, Nur, Hakim Tarafsızlığı, İst.1996, s.5-6. "Aralarında, Allah'ın indirdiği ile hükmet. Onların arzularına uyma ve Allah'ın sana indirdiğinin bir kısmından (Kur'an'ın bazı hükümlerinden) seni şaşkınlıklarından sakın..." Maide, 5/49.

Rivayete göre yahudilerin ileri gelenlerinden bir grup Hz. Peygamber'i yanıltmak ve ona yanlış hüküm verdirmek maksadıyla şöyle demişlerdi: "Ey Muhammed! Bilirsin ki biz yahudilerin bilginleri ve eşrafıyız. Biz sana tâbi olursak bütün yahudiler sana tâbi olur. Şimdi bizimle hasımlarımız arasında bir dava var, davayı sana getirelim, sen de bizim lehimize hüküm ver. Böyle yaparsan sana iman eder ve seni tasdik ederiz." Hz. Peygamber ahlâka aykırı olan bu teklifi reddetmiş, olay üzerine bu ayet inmiştir. Kur'an Yolu, II/230-231. Ayet yargı bağımsızlığı ile ilgilidir. ASLAN, s.118vd.

<sup>97</sup> CENTEL, s.13.

<sup>98</sup> İBN AŞUR, s.308-323.



İslam hukukunda, adalete büyük önem verildiği için, hakime yargı işlevini yerine getirirken müdahale edilemeyeceği kabul edilmiştir. Devlet başkanları hakimlerin kararlarına müdahale etmemiş; aleyhlerinde açılan davalarda da ayırım gözetilmeksizin herkes gibi yargılanmışlardır.<sup>99</sup> Hakim, kendisini atayan devlet başkanını da yargılar. Örneğin Ebu Yusuf, Harun Reşid ile bir hristiyan arasındaki davayı görmüş ve halife aleyhine hüküm vermiştir.<sup>100</sup>

Yargı bağımsızlığı hakim için önemli bir güvencedir, fakat ona keyfi davranma hakkı vermez. Hakim, etik kurallara uygun davranmalıdır. Yargının bağımsız olması, sınırsız ve ölçüsüz olması demek değildir, şüphesiz yargı bağımsızlığının da “hukuka bağlı olmak” gibi bir sınırı olmalıdır ve hakim de denetlenmelidir. Ancak denetim, yargı bağımsızlığına zarar vermeyecek şekilde olmalı ve bağımsız ve tarafsız organlar eliyle gerçekleştirilmelidir.<sup>101</sup>

Osmanlı kadısı hükümlerinde tamamen serbest ve vicdanına göre hareket ederdi.<sup>102</sup> Padişahlar bile onların tarafsızlığına gölge düşürecek bir davranışta bulunamazlardı. Bursa Kadısı Molla Fenarî, cemaatle namaza devam etmeyen Sultan Yıldırım Bayezid'in şahitliğini Allah hukukuna riayet etmeyen kimse-nin kul hakkının gözetilmesi gereken yerlerde de dikkatsiz davranabileceğini düşüncesiyle bir davada kabul etmemiş,<sup>103</sup> Fatih, kadı Hızır Bey önünde yargılanmıştır.

1876 tarihli Kanun-ı Esasi m.86'da yargı bağımsızlığı şöyle ifade edilmiştir: “Mahkemeler her türlü müdahelâttan azadedir.”<sup>104</sup>

<sup>99</sup> ÖZKORKUT, “Yargı Bağımsızlığı”, s.231, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf>

<sup>100</sup> İBN ABİDİN, (Tercüme) XII/155.

<sup>101</sup> ÖZKORKUT, “Yargı Bağımsızlığı”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf>

<sup>102</sup> Vicdan, insanın içinde bulunan ahlâkî otorite, ahlâkî değerler ve eylemler hakkında hüküm verme ve yargılama yeteneğidir... Kur'an'a göre nefis, vicdanî boyutu sayesinde kendini denetleme ve buna göre ödül veya ceza verme yetkisine sahiptir (Enbiya 21/64; Neml 27/14). (Âl-i İmran 3/159) ayetindeki “galîzu'l-kalb” (katı kalpli) ifadesi Türkçeye “acımasız, vicdansız” şeklinde çevrilebilir.

Güzel işlerin kalbe huzur verdiğini, kötü davranışların onu rahatsız ettiğini bildiren hadisler (Müsned, IV/182, 227, 228; Müslim, *Birr*, 14-15) insanın fitraten temiz bir vicdana sahip olduğuna işaret eder. DEMİR, Osman, “Vicdan” *DİA*, C:43, s.101.

<sup>103</sup> Taşköprülüzâde İsmâeddin Ahmed Efendi, eş-Şekaiku'n-Numaniyye, Beyrut 1975, s.19.

<sup>104</sup> Mecelle m.1800: “Hakim, taraf-ı Sultanî'den icra-yı muhakeme ve hükme vekildir.” hükmüne göre hakimin bağımsız olmadığı iddia edilmiştir. ÖZEN, Muharrem, Hakimin Cezai Sorumluluğu, Ank.2004, s.52. Ancak bu madde hakimin atanmasıyla ilgili olup bağımsızlığı ile ilgili değildir. Hakimin sultanın vekili olması onun lehine veya aleyhine hüküm vermesine mani değildir. Nitekim Kadı Şüreyh, Hz. Ali ile bir yahudi arasındaki davayı Hz. Ali'nin, Ebu Yusuf da Harun Reşid ile bir hristiyan arasındaki davayı Harun Reşid'in aleyhine sonuçlandırmıştır. ALİ HAYDAR, IV/440.

Yine Kanun-ı Esasi m.81'e göre, padişah berati ile atanan hakimler azledilemez, meslekte yükselme, meslek değiştirme veya emeklilik yahut ceza mahkumiyeti gibi meslekten çıkarılmaları hususları kanunla düzenlenir.

5 Haziran 1878 (1295) tarihli Teşkilat-ı Mehakim Kanunu m.48'e göre hakimlerin istekleri dışında bir göreve atanamayacakları ve görevlerine son verilemeyeceği belirtilmiştir.

## B. HÂKİMİN TARAFSIZLIĞI

### 1. Kavram:

Tarafsızlık, objektiflik demek olup taraf tutmama, kişiliğinden sıyrılmadığı (önyargılı olmama). Müslümanlar nezdinde hakimin gördüğü iş çok önemli olduğundan, hakim tayininde onun sahip olduğu malumat yığınından ziyade, karakter bütünlüğü ve ruh inceliğinin nazar-ı itibara alınması gerekir. Hakimin tarafsızlığı ferasetinden daha önemlidir.<sup>105</sup>

Hz. Ali'ye göre hakim, iffetli ve yumuşak huylu olmalı, kendinden önce olup bitenleri bilmeli, görüş sahibi alimlerle istişare etmeli, Allah rızasını gözetmeli, bu hususta hiç kimsenin kınamasından korkmamalı, tehditlere boyun eğmemelidir.<sup>106</sup> Hz. Ali, Eşten Nahai'ye yazdığı mektupta, hakimin halkın en değerlisi olması, işten sıkılmaması, sinirli ve inatçı olmaması, hatasında ısrar etmemesi, tamahkar olmaması, meselenin künhüne vakıf olmadan acele hüküm vermemesi, delillere dayalı hüküm vermesi, övgüyle şımarmaması, menfaat için eğilip bükülmemesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>107</sup>

Hakimlerin tam bir tarafsızlık içinde olmaları, davacı ve davalıların menfaatlerini eşit bir şekilde gözetmeleri gerekir (Mecelle, m.1799). Kur'an'da şahitlik örneğinde, kişilerin en yakınları ve sevdikleri lehine de olsa adaletten sapmaları yasaklanmıştır:

*“Ey iman edenler! Kendiniz, ana babanız ve en yakınlarınızın aleyhine de olsa Allah için şahitlik yaparak adaleti titizlikle ayakta tutan kimseler olun.”* (Nisa, 4/135)

Nefret sebebiyle taraf tutmayı yasaklayan ayet şöyledir: *“Ey iman edenler! Allah için hakkı titizlikle ayakta tutan, adalet ile şahitlik eden kimseler olun. Bir zümreye yönelik öfke ve nefretiniz adaletsiz davranmanıza yol açmasın!”* (Maide, 5/8).

---

<sup>105</sup> HAMİDULLAH, II, No:1563.

<sup>106</sup> BEYHAKİ, Sünen, X/110, akt. ASLAN, s.44.

<sup>107</sup> SAVA PAŞA, I/222.

Korku da adaletten ayrılma sebebi olamaz: “İnsanlardan korkmayın; benden korkun! Ayetlerimi basit dünya menfaatlerine feda etmeyin!” (Maide, 5/44)

Merhamet duygusunun bile adaleti engellemesi istenmemiştir: “Şahitlik konusunda insanların zengin veya fakir olmasını dikkate alarak adalet ve hakaniyetten sapmayın! (zenginin gözüne girmek, fakire merhamet uğruna hak ve hakikati söylemekten kaçınmayın). *Arzu ve isteklerinize uyup adaletten ayrılmayın!*” (Nisa, 4/135)

## 2. Tarafsızlığın teminatları

a) Mecelle m.1808’de hakimin usul, furu, eş, ortak, özel işçi ve yardımıyla geçinen kişi hakkında hüküm veremeyeceği belirtilerek görev yasağı kavramı ortaya konulmuştur.

b) Hakimin duruşmada şakalaşması ve alış veriş yapması yasaktır (Mecelle, m.1795). Çünkü bu tür şakalar onun heybetini giderebilir, kişilerin gözünde onu küçültebilir.

c) Hakim, duruşmada uzman danışman bulundurabilir; ancak taraflar önünde onunla istişare edemez.<sup>108</sup>

d) Hakim görgüye dayalı bilgisiyle hüküm veremez. Birisi, Kadı Şureyh’ten şahsen bildiği bir konu hakkında hüküm vermesini istedi, Şureyh ona: Emîre (Hz. Ömer’e) git, ben senin için onun huzurunda şahitlik yapayım, dedi (de kendi bilgisiyle hüküm vermedi).

Hz. Ömer, Abdurrahman b. Avf’a: “Emir olduğun hâlde, birini zina yahut hırsızlık ederken görsen, o kimseye kendi bilgin ile had cezası uygular mısın?” diye sordu. Abdurrahman: “Hayır, benden başka birileri de benimle şahitlik ederse” dedi. Bunun üzerine Ömer: “Senin şahitliğın, herhangi birinin şahitliği gibidir” dedi. Abdurrahman: “Evet, doğru söyledin”, dedi.<sup>109</sup>

e) Hakime verilen hediyeler lehinde hüküm verme veya ona bir fayda temin etmesi için verildiği için hakim, taraflardan hediye alamaz (Mecelle, m.1796). Bir malı değerinin altında satın alamaz.<sup>110</sup>

Hediye, insanlar arasında sevgi ve dostluk nişanesi olarak veya muaşeret kaidesi uyarınca karşılıksız verilen şey olup Mecelle’de: “Bir kimseye ikrâmen

---

<sup>108</sup> BİLMEN, VIII/220, No:37.

<sup>109</sup> Buhari, *Ahkam*, 21.

<sup>110</sup> BİLMEN, VIII/220.

götürülen veya gönderilen mal” şeklinde tanımlanır (m.834). İnsan, kendisine hediye verene meyleder. Bu durum, hikmet nurunu söndürür. Ancak babası, kardeşi, halası gibi yakınlarının hediyelerini kabul edebilir.<sup>111</sup> Hakim olmazdan önce aralarında hediyeleşme adeti olan kişinin, eski adet üzere getirmiş olduğu hediyeleri alabilir.<sup>112</sup> Eskiye oranla daha çok getiriliyorsa, yakınının veya aralarında hediyeleşme adeti olan kişinin davası yoksa kabul edebilir. Davaları olduğu takdirde veya eski hediye den fazla getirmeye başladıkları takdirde, hediye alamaz.<sup>113</sup>

Osmanlıda hâkimler, kendilerini atamaya yetkili olan kazasker ve şeyhülislamdan gelen hediyeyi kabul edebilirdi.<sup>114</sup>

1838 tarihli Tarik-i İlimiye Dair Ceza Kanunnamesi zeylinde para, mücevher ve kıymetli eşyaların hediye olarak alınması kesinlikle yasaklanmış,<sup>115</sup> akraba içinde verilmesi uygun görülen yağ, bal, köle, cariye, beygir, koyun, kuzu gibi malların ise hediye olarak alınıp verilebileceği belirtilmiştir.<sup>116</sup>

f) Tarafların ziyafetine gidemez (Mecelle, m.1797): Hakim, yakın akrabası veya aralarında eskiden davete gelip gitme adeti olan kişiler tarafından da olsa, özel davetlere gidemez. Davanın tarafı olmayanların cenazesine ve hasta ziyaretine gidebilir.<sup>117</sup>

g) Hakim, taraflardan yalnız birini evine kabul etmek, duruşma salonu veya başka bir yerde taraflardan biriyle baş başa kalmak, taraflardan birine el, göz veya başıyla işaret etmek, onlardan birine gizlice yahut diğerini bilmediği bir lisan ile bir şey söylemek gibi töhmet ve suizanna sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır (Mecelle, m.1798).<sup>118</sup>

<sup>111</sup> MERGINANİ, III/103, BİLMEN, VIII/215-216, No:36.

<sup>112</sup> Mahremi olan birinden veya hakim olmadan önce de hediyeleştiği bir kimseden hediye kabul edebilir. Emin Şerif Paşa, Kuduri-i Şerif Tercümesi, Dersaadet, 1314, s.296.

<sup>113</sup> İBN ABİDİN, V/372vd. Hz. Ömer, devlet memurlarından gelen hediyeleri kabul etmez; devlet hazinesine gönderirdi. ALİ HAYDAR, IV/433. Ömer b. Abdülaziz ise kamu görevlilerine görevleri dolayısıyla verilen hediyelerin devlet hazinesine gönderilmesini emrederdi. BAR-DAKOĞLU, “Hediye”, s.152.

<sup>114</sup> ALİ HAYDAR, IV/433-434.

<sup>115</sup> Kanun metni için bkz. ÇADIRCI, s.153.

<sup>116</sup> VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, “Kanunlaştırma Hareketi ve Tanzimat”, Tanzimat I, MEB, İstanbul, 1999, s.171-172; KELEŞ, s. 262.

<sup>117</sup> Kuduri Tercümesi, s.296.

<sup>118</sup> BİLMEN, VIII/220, No:40. Tarafsızlık ilkesinin gereğinin sonucu olarak hâkimin taraflarla veya tarafların vekilleriyle mahkeme salonu dışında iletişim kurmaması gerekir. İNCEOĞLU, Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, İst.2008, s.84. Hâkimin bilgisi dışında taraflardan birinin hâkimle görüşmeye çalışması durumunda ise hâkimin bu isteği dışında yapılan görüşme hususunda karşı taraf bilgilendirilmelidir. Commen-

h) Mahkemede hasımların arasında eşit davranması hakimin önemli görevlerinden biridir. Tarafları eşit yerlere oturtur, onlara hitap ederken aynı şekilde hitap eder.<sup>119</sup> İşaret ederken, onlara bakarken eşit davranmayı kendisine ilke edinmelidir.

Hz. Peygamber: *"Sizden biriniz yargı görevini üstlenince oturtmak, bakmak, işaret etmek hususlarında taraflara eşit davransın. Sesini iki hasımdan sadece birine karşı yükseltmesin!"*<sup>120</sup> buyurmuş, yargılamanın tarafsızlığı ve verilen kararın adaletli olması kadar davada tarafların yargı organına güvenlerinin korunmasının da önemli olduğuna işaret etmiştir.

Hakim, taraflarla dava konusu dışında sohbet etmemeli, hal-hatır sormamalıdır.<sup>121</sup>

Taraflardan sadece birine kızması, sesini yükseltmesi veya birinin yüzüne gülüp diğerine surat asması da yasaktır. Biri içeriye girince ayağa kalkamaz. Taraflardan sadece birine iltifatta ve ikramda bulunamaz.

Taraflara delil telkin edemez,<sup>122</sup> bu durum hakimin tarafsızlığı konusunda şüphe oluşturabilir. Hâkimin, şahide "şöyle mi demek istedin?" diye soramaz. Ebu Yusuf'a göre, kanaat getirmek için açıklayıcı sorular sorabilir; ancak şahidi yönlendiremez.<sup>123</sup>

i) İhsas-ı rey yasağı: *"Hakim, kable'l-hüküm ne veçhile hükmedileceğini ifşa etmez."* (Mecelle, m.1815). Çünkü ihsas-ı rey (görüş bildirme), hakimi töhmet altında bırakır.<sup>124</sup>

j) Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanmasında Osmanlının klasik döneminde şuhûdü'l-hal uygulaması yardımcı bir mekanizma olarak dikkat çekicidir.<sup>125</sup> Genellikle, bir yerin ileri gelenlerinden oluşan böyle bir heyetin varlığı, yargılamaya farklı odaklardan gelebilecek müdahalelere karşı korunma duvarı

---

tary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.62, m.64.

ABD'de devam etmekte olan bir davada hâkimin tarafların birisinden habersiz olarak diğer tarafla görüşmesinin, iletişim içinde olmasının ve hâkimin dava sonunda verdiği hükmün bu görüşme sonrasında şekillenmesi durumunda hâkimin meslekten çıkarmaya kadar varan disiplin cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir. İNCEOĞLU, s.84.

<sup>119</sup> Bu husus 1838 tarihli Tarik-i İmiyeye Dair Ceza Kanununda da vurgulanmıştır. Metin için bkz. ÇADIRCI, s.153.

<sup>120</sup> DÂREKUTNÎ, IV/205.

<sup>121</sup> İBN ABİDİN, XII/165.

<sup>122</sup> Kuduri Tercümesi, s.296.

<sup>123</sup> MOLA HÜSREV, II/406-407, ALİ HAYDAR, IV/438.

<sup>124</sup> ALİ HAYDAR, IV/461.

<sup>125</sup> ASLAN, s.135-145.

oluşturmakta ve aynı zamanda hakimin tarafsızlığını denetleyiciliği işlevi de görmektedir. Bu heyetin kadı tarafından tayin edilmesi ve dürüst ve güvenilir kişilerden oluşmasının zorunlu olması da, bağımsızlık ve tarafsızlık açısından şühûdü'l-hali önemli kılmaktadır.<sup>126</sup>

1838 tarihli Tarik-i İlimiye Dair Ceza Kanunnamesinde, hakimlerin duruşmada fakir-zengin, Müslüman-zimmi-müste'men, hür-köle "tarafeyni seyyan tutup hükmünde asla bir tarafa meyletmeyip..." şeklinde hakimin tarafsız olma yükümlülüğü de vurgulanmıştır.<sup>127</sup>

## VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Mecelle, 1868-1876 yılları arasında İslam hukukuna dayalı olarak hazırlanan ve daha çok borçlar, eşya ve yargılama hukuku esaslarını içeren eksik bir Osmanlı Medeni Kanunudur.

Hazırlandığı dönemde nizamiye mahkemelerinin yararlanacakları muhakeme usulüne dair kanun olmadığı için Mecelle'ye bu hükümler eklenmiştir.

Mecelle'nin "Kitabü'l-Kaza" başlığını taşıyan On altıncı Kitabı, muhakeme hukuku ile ilgilidir (m.1784vd.) Bu kitabın Birinci Babı hakimlerle ilgili olup 1792-1794. maddeleri hakimin nitelikleri, 1795-1799. maddeleri ise hakim etiği ile ilgilidir.

İnceleme konumuz olan hakimin nitelikleri ve yargılama etiği, Mecelle'de toplam sekiz maddede özetlenmiştir. Hakimin görevlerini düzenleyen 1800vd. maddeleri arasında da görev yasağını düzenleyen m.1808, sağlıklı düşünmeye engel bir hal varken duruşma yapılmasını yasaklayan m.1812 ve ihsas-ı reyi (görüş bildirmeyi) yasaklayan m.1815 gibi yargılama etiği ile ilgili maddeler de mevcuttur.

Bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu hükümler, İslam hukuku ve ahlaki kitaplarında mevcut bilgilerin kanun formatında ifadesini bulan özeti mahiyetindedir. Modern hakim, savcı ve avukatlık etiği ile ilgili düzenlemelerden eksik yanı yoktur.



---

<sup>126</sup> ASLAN, s.72, ÖZKORKUT, "Yargı Bağımsızlığı", s.234, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf>

<sup>127</sup> Kanun metni için bkz. ÇADIRCI, s.153.

### KAYNAKÇA

- AKGÜNDÜZ, Ahmet, Umumi Hukuk Tarihi Ders Notları, Konya, 1991.
- ALİ HAYDAR, Hoca Emin Efendizade (ö.1915): Dürerü'l-Hukkâm Şerh-i Mecelleti'l-Ahkâm, İst.1319, 1330.
- ALP, Sedat, "Hitit Kanunu Hakkında", *AÜDTCFD*, C:V, S:5, Ank.1947, s.481-482.
- APAYDIN, Yunus, "İctihad" *DİA*, C:21, s.432-445.
- ARSAL, S. Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, İst.1944, 1948.
- ASLAN, Nasi, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, Ank.2005.
- ATAR, Fahrettin "Kadı", *DİA*, C:24, s.66.
- ATAR, Fahrettin, İslâm'da Adliye Teşkilatı, Ank.1991, s.24.
- BARDAKOĞLU, Ali, "Hediye", *DİA*, s.152.
- BARDAKOĞLU, "Toplum-Hukuk İlişkisi Açısından Cahiliye Hukuku Örneği", in: *Zihniyet Değişikleri ve Çağdaşlaşma Problemleri Sempozyumu Bildirileri*, Bursa, 1990, s.101.
- Behcetü'Fetava, No:2249.
- BERKİ, Ali Himmet, İslâm Şeriatında Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi, Ankara 1962.
- BİLMEN, Ö. Nasuhi (ö.1971), Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahât-ı Fikhiyye Kamusu, İst.1975.
- BOA, 35 numaralı Mühimme Defteri, Hüküm no: 23.
- CENTEL, Nur, Hakimin Tarafsızlığı, İst.1996.
- ÇADIRCI, Musa, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli Tarik-i İlmîyeye Dair Ceza Kanunnamesi" *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C:XIV, S:25 (1982), s.161.
- ÇAĞATAY, Neşet, İslâm Öncesi Arap Tarihi ve Cahiliye Çağı, Ank.1982.
- ÇAĞRICI, Mustafa, "Zulüm", *DİA*, C:44, s.507.
- DÖNMEZER, Sulhi, "Hukuk ve Hayat" <http://istanbul-universitesi.dergipark.gov.tr/download/article-file/96419> (E.T. 02.05.2016)
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, Hukukun Serüveni, İst.2010.
- Emin Şerif Paşa, Kuduri-i Şerif Tercümesi, Dersaadet, 1314.

- ERDOĞMUŞ-TAHIROĞLU, Roma Usul Hukuku (Özet) İst.1980.
- ERGİN, Osman Nuri, Mecelle-i Umur-ı Belediye, İst.1995, I/249.
- HALEBİ, İbrahim b. Muhammed (ö.1549), Haşiyeli Multeka, Dersaadet, 1316.
- HAMİDULLAH, Muhammed, İslâm Peygamberi (Çev. S. Tuğ) İst.1980, II/970,
- İBN AŞUR, M. Tahir, İslâm Hukuk Felsefesi (Çev: V. Akyüz-M. Erdoğan), İst.1988.
- İBN FERHUN Burhâneddîn Ebü'l-Vefâ İbrâhîm (ö.1397): Tabsiratü'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdiyeti ve Menâhici'l-Ahkâm, Beyrut, 1995.
- İBN HACER, Ahmed b. Ali (ö.1449), Fethu'l-Bârî bi Şerh-i Sahîhi'l-Buhârî, T.y.
- İBN KAYYİM el-Cevziye Ebu Abdullah Şemseddin (ö.1350), et-Turuku'l-Hukmiyye, Kahire, 1977.
- İNCEOĞLU, Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, İst.2008.
- KAFESOĞLU, İbrahim, Türk Milli Kültürü, 3. bası, İst.1984.
- KARAMAN-ÇAĞRICI-DÖNMEZ-GÜMÜŞ, Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir, DİB Yayını, Ank.2003-2004.
- KASANİ, Alaeddin Ebubekir b. Mes'ud (ö.1191), Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerai', Mısır, 1327.
- KASİMİ, Zâfir, Nizamü'l-Hukm, Beyrut, 1992.
- KETTANİ, Muhammed Abdülhay, et-Teratibü'l-İdariyye Hz. Peygamber'in Yönetiminde Sosyal Hayat ve Kurumlar, (Çev: Ahmet Özel), İst.1991.
- KOŞUM, Adnan, İslam Hukuk Doktrininde Yargı Hataları Önleyici Tedbirler ve Hatalardan Doğan Sorumluluk, Isparta, 2004.
- KOZAK, İbrahim Erol, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Ank.2011.
- KUTLUER, İlhan, "Hikmet" DİA, C:17, s.503.
- Mahmud Es'ad, Telhîsu Usûli'l-Fıkh, İzmir 1313.
- MERGINANİ, Ebü'l-Hasen Ali b. Ebîbekr (ö.1197): el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî, İst.1986.
- MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Feramuz (ö.1480), Dürerü'l-Hukkâm fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm, İst.1978.
- MUMCU, Ahmet, Osmanlı Devletinde Rüşvet –Özellikle Yargıda Rüşvet-, Ank.2005.



Nizâmülmülk, Siyâsetnâme (Haz.: Mehmet Altay KÖYMEN), Türk Tarih Kurumu Yay. Ank.1999.

OKANDAN, Recai Galip, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İst.1952.

ORTAYLI, İlber, "Kadı", *DİA*, C:24, s.72.

ÖĞÜT, Salim, "Edebü'l-Kadı", *DİA*, C:10, s.409.

ÖZEN, Muharrem, Hakimin Cezai Sorumluluğu, Ank.2004.

ÖZKORKUT, Nevin Ünal, "Yargı Bağımsızlığı" <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf>

SERAHSİ, Ebubekir Muhammed b. Ahmed (ö.1090), el-Mebsût, Beyrut, 1986.

SEYDİŞEHRİ, Mahmud Esad (ö.1918), Tarih-i İlm-i Hukuk (Haz: Fethi Gedikli ve Diğerleri), Ank.2012.

Şeyh Bedreddin, Letaifü'l-İşarat fi Beyanı'l-Mesaili'l-Hilafiyat (Fıkıh Ekolleri Arasındaki Tartışmalı Konuların İncelikleri) Ed: H. Yunus Apaydın, İst.2012.

**Şeyh Bedreddin**, Şeyh Bedreddin, Camiu'l-Fusuleyn (Ed: H. Yunus Apaydın) Ank.2012.

ŞİRBÎNÎ, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (ö.1570), Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc, Mısır, 1958.

Taşköprülüzâde İsameddin Ahmed Efendi, eş-Şekaiku'n-Numaniyye, Beyrut 1975.

TUTAR, Adem, "İslam Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı" Türkler, Ank.2002, C:II, s.871.

UMUR, Ziya, Roma Hukuku, İst.1970.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, "Kanunlaştırma Hareketi ve Tanzimat", Tanzimat I, MEB, İstanbul, 1999, s.171-172;

YAVUZ, Yusuf Şevki, "Fasık" *DİA*, C:12, s.204.

**DOLAYLI MADDİ GERÇEK:  
CEZA MUHALEMESİNDE YARGILAMA MAKAMININ MADDİ GERÇEĞE  
DELİLLER ARACILIĞIYLA ULAŞMA ZORUNLULUĞU ÜZERİNE\***

*Indirect Material Truth: On the Obligation  
of the Judicial Authorities Finding Truth by Evidences in Criminal Procedure*

**Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA\*\***

**ÖZET**

Ceza muhakemesinde en önemli problemlerden birisi uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğinin ortaya konulmasıdır. Bu muhakeme dalının konusunu oluşturan uyuşmazlıklar, her zaman için geçmişte yaşanmış ve sona ermiş olaylara ilişkindir. Bu nedenle ceza muhakemesinde uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğinin tespiti, ancak olayı yansıtan delillerin yardımıyla faydalanmakla mümkün olabilmektedir. Maddi gerçek, ceza muhakemesinde uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğinin deliller vasıtasıyla ortaya konmuş halini ifade eder. Bu nedenle hakim kendi kişisel bilgisiyle maddi gerçeğe ulaşamaz. Maddi gerçeği deliller vasıtasıyla, bir başka deyişle dolaylı bir şekilde bulmalıdır.

Modern ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmanın kıstasını vicdani kanaat, yöntemini ise çelişmeli muhakeme yöntemi oluşturmaktadır. Gerçekten de insanlık uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğinin tespitine yönelik birçok farklı yöntem kullandıktan sonra, modern dönemle birlikte bunun en iyi yolunun eşit silahlanmış tarafların karşılıklı çelişmesini sağlamak olduğunu kabul etmiştir. Nitekim böylelikle her iki taraf da kendi tezini destekleyecek delilleri ve argümanları ileri sürecek, böylelikle de maddi gerçek en doğru haliyle ortaya çıkacaktır. Maddi gerçeğin bulunmasındaki kıstas olan vicdani kanaat ise ceza muhakemesinde gündelik hayattakinden çok daha farklı bir anlam içermektedir. Nitekim bu kavram muhakeme hukukundaki teknik anlamıyla gayet rasyonel bir içeriğe sahiptir.

**Anahtar Kelimeler:** Maddi Gerçek, Dolaylı Maddi Gerçek, Çelişmeli Muhakeme İlkesi, Vicdani Kanaat, Ceza Muhakemesinde İspat.

**ABSTRACT**

One of the most important problems in the criminal procedure is to find how occur the dispute event. The dispute event in criminal procedure occurred always in the past. So, the unique way of the determining the dispute event in procedure is to use the evidence

---

\* Bu çalışma Anadolu Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Komisyonunca kabul edilen 1505E441 nolu proje kapsamında desteklenmiştir.

\*\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi. hkarakehya@anadolu.edu.tr

regarding event. Material truth in criminal procedure is constituted by evidences. Therefore judges cannot reach the material truth with their personal information. They must find the truth by evidences. In other words, judges must reach the truth in an indirect way.

The method of the finding material truth in criminal procedure is to use adversarial system and the criteria of the finding the material truth is conscientious conviction. The mankind in modern times accept the adversarial method as the best way to arrive the truth in criminal procedure. Equal part of the trial in procedure fight each other with their evidences in trial hall and the truth is found in best form in this way. The conscientious conviction as the basic criteria to find the truth in criminal procedure has a very different meaning from the everyday life in the law literature. This concept in criminal procedure has a very rational content.

**Keywords:** Material Truth, Indirect Material Truth, Principle of Adversarial Process, Conscientious Conviction, Proof in Criminal Procedure.



## GİRİŞ

Ceza muhakemesinin konusunu cezai uyuşmazlıklar oluşturmaktadır.<sup>1</sup> Bu bağlamda ceza muhakemesine ilişkin bir tanım vermek gerekirse; ceza muhakemesi, cezai uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için gerçekleştirilen faaliyetler bütünüdür. Ceza muhakemesi hukuku ise, bu faaliyetleri düzenleyen kurallardan oluşur.<sup>2</sup> Ceza muhakemesini, idari ve medeni muhakeme gibi diğer muhakeme hukuku dallarından ayıran en belirleyici özellik,

---

<sup>1</sup> Cezai uyuşmazlıklar ise bir ceza normunun ihlal edildiğine, bir başka deyişle bir suçun işlendiğine ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklardır. Ceza normu, kural ve yaptırım olmak üzere iki temel kısımdan oluşur. Kural kısmında suça ilişkin tanım ve buna uyulmasına dair emir yer alırken; yaptırım kısmında ise kuralın ihlal edilmesi halinde uygulanacak yaptırım türü yer alır. Ceza normunu diğer hukuk kurallarından ayıran husus, normun yaptırım kısmında saklıdır. Dolayısıyla bir hukuk kuralının ceza normu olup olmadığı, ancak onun yaptırım kısmına bakılarak tespit edilebilir. Nevzat TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s.32 vd. TCK'ya göre, suç karşılığında söz konusu olabilecek yaptırımlar, ceza ve/veya güvenlik tedbidir. Cezalar ise adli para cezası veya hapis cezası olabilir (TCK m.45). Bu bağlamda TCK'ya iki izli yaptırım sistemi hakimdir. bkz. Mahmut KOCA-İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.467 vd. Bu bağlamda bir hukuk kuralına uymamanın karşılığı olarak adli para cezası ve/veya hapis cezası ya da emniyet tedbiri öngörülmüşse, o kural bir suç düzenlemektedir. İşte cezai uyuşmazlıklar, yaptırım kısmında adli para cezası ve/veya hapis cezası ya da emniyet tedbiri öngörülen, yani bir suç tipini düzenleyen hukuk kurallarının ihlal edilip edilmediği konusunda ortaya çıkar. Cezai nitelikteki bu hukuk kuralları, mutlaka ceza kanununda düzenlenmiş kurallar da değildir. TOROSLU, Genel Kısım (2005) s.46; Diğer kanunlarda da (Ör. Orman Kanunu, Kaçakçılık Kanunu, vb) cezai yaptırıma bağlanmış kurallar varsa bunlar da ceza normudurlar.

<sup>2</sup> Ceza muhakemesi, ceza hukukunun ihlal edildiği iddiasının doğruluğunun araştırılması faaliyetidir. Cumhuriyet ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.19

onun cezai uyuşmazlıkların çözümüne yönelik faaliyetlerden oluşmasıdır.

Ceza muhakemesi hukuku, tıpkı diğer hukuk dalları gibi, bir ülkedeki anayasal düzeni ve genel politik durumu yansıtır. Bu muhakeme dalında birbiriyle uyuşması zor, iki karşıt menfaatin çatışması söz konusudur. Bunlardan bir tanesi kişisel özgürlüğe ilişkin bireysel menfaat; diğeri ise kamunun genel güvenliğine ilişkin toplumsal menfaattir. Bu bağlamda modern ceza muhakemesi kuralları, muhakeme taraflarının menfaatleri arasında bir değerlendirme yapar ve anayasal ilkeler doğrultusunda, bir taraftan iddia makamına maddi gerçeği bulmak için gerekli imkanları tanırken, diğer taraftan da sanığın minimum haklarını garanti altına alır.<sup>3</sup> Devletlerin yargılama sistemleri içerisinde ceza muhakemesinin özel bir önemi bulunmaktadır. Nitekim bu faaliyetin konusunu oluşturan uyuşmazlıkların çoğu kez toplumsal düzeni ciddi şekilde ihlal eden fiillere ilişkin olmasının yanında, bu faaliyet sırasında ve sonunda temel hak ve özgürlüklere önemli derecede müdahale teşkil eden tedbir ve yaptırımların uygulanması da söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda ceza muhakemesi gerek toplumsal düzen gerekse de bireysel özgürlükler bakımından büyük önem arz etmektedir.

Ceza muhakemesi faaliyetinin temel amaçlarından birisini ise maddi gerçeğin bulunması oluşturmaktadır. Nitekim cezai uyuşmazlığın çözümü için uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiği tespit edilmelidir. Bununla birlikte ceza mahkemesi maddi gerçeğe dolaylı olarak, bir başka deyişle delilleri kullanarak ulaşmalıdır. Yargılama makamının doğrudan kendi kişisel algılamaları ya da bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olaya ilişkin kanaate varması birçok sakıncalı durum ortaya çıkarmaktadır. Bir şey hakkında doğrudan bilgi sahibi olan kimsenin yerine, dolaylı bilgi sahibi olan kimsenin cezai uyuşmazlığı çözüme kavuşturmasının tercih edilmesi ilk başta garipsenebilir. Bu bağlamda biz bu çalışmada maddi gerçeğe dolaylı şekilde ulaşılmasının hukuki dayanaklarını ve gerekçelerini analiz etmeye çalışacağız. Doktrinde genel eserlerde bu konu özlü şekilde ele alınmasına rağmen, doğrudan bu alana ilişkin ayrıntılı bir çalışma olmaması nedeniyle, çalışmanın literatüre de katkı sağlayacağını umut ediyoruz. Farklı görüşlerden faydalanılmak suretiyle kendi görüşlerimizin neden-sonuç ilişkisi içerisinde ortaya konulması ise, çalışmada kullandığımız temel yöntemi oluşturmaktadır.

## 1. GENEL OLARAK CEZA MUHAKEMESİNİN ÖNEMİ VE AMACI

Ceza muhakemesi, devletlerin yargılama sistemleri içerisindeki belki de

---

<sup>3</sup> Bernd HEINRICH, "Rechtstaatliche Mindestgarantien im Strafverfahren", **JURA**, 2003/3, s.167.

en önemli bölümdür. Nitekim ceza muhakemesine ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkların konusunu oluşturan fiillerin büyük bir bölümü, toplumsal düzeni önemli ölçüde tehdit eder niteliktedir.<sup>4</sup> Bu nedenle günümüzde, özellikle Kıta Avrupasında, ceza davasının açılmasına ilişkin olarak *ceza davasının kamusalılığı ilkesi* geçerlidir. Bu ilkeye göre, kural olarak ceza davasını bir devlet organı olan savcı açar ve kovuşturma boyunca iddia makamını kamu adına o işgal eder.<sup>5</sup> Ayrıca kanunkoyucu, cezai fiiller için, toplumsal düzeni önemli ölçüde tehdit etmeleri dolayısıyla çoğu kez ağır yaptırımlar öngördüğünden, bu muhakeme faaliyeti sonunda bireyler bakımından onların hayatlarını derinden etkileyecek hürriyeti bağlayıcı cezalar da söz konusu olabilir. Bununla birlikte muhakeme faaliyeti sırasında isnat altında bulunan kimseler bakımından tutuklama gibi ağır bir takım koruma tedbirleri de uygulama alanı bulabilir. Bu bağlamda ceza muhakemesi hukuku toplumsal düzeni ve bireysel menfaatleri yakından ilgilendiren bir muhakeme hukuku dalıdır.<sup>6</sup>

Modern ceza muhakemesinde hem maddi hukuk bakımından doğru hem de adil bir karar verilmesi amaçlanır. Gerçeğe ulaşmak ve hak ettiği cezayı faile vermek ceza muhakemesinin iki önemli prensibidir. Failin adil bir ceza ile cezalandırılabilmesi için de fonksiyonel ve etkili bir ceza muhakemesine ihtiyaç vardır.<sup>7</sup>

Hukukun eski dönemlerinde faili cezalandırmak mağdura veya mağdurun bağlı olduğu gruba ait bir ödevken, günümüzde faili cezalandırma ödevi sadece devlete aittir. Nitekim cezalandırma tekeli de içinde barındıran şiddet tekeli, modern devletlerin en önemli özelliği ve egemenlik göstergesidir.<sup>8</sup> Bu itibarla, suçtan zarar gören kimsenin bu haksızlığın failini bizzat cezalandırmasına izin verilmediğinden, faili cezalandırmak devlete tanınmış bir hak değil; bilakis ona yüklenmiş bir ödevdir.<sup>9</sup> Kanunkoyucu, ceza muhakemesi faaliyetlerini düzenlemek amacıyla muhakeme kurallarını belirlerken, bir taraftan sanığın ve muhakemeye katılan diğer bireylerin temel haklarını korumalı diğer taraftan da

---

<sup>4</sup> Hakan KARAKEHYA, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılama Hakları) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s.1

<sup>5</sup> Nur CENTEL-Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.446

<sup>6</sup> KARAKEHYA, Duruşma (2008), s.1

<sup>7</sup> Werner BEULKE, **Strafprozessrecht**, C.F. Müller, Heidelberg 2005, s.3

<sup>8</sup> Weber, devlet tanımını yaparken şiddet tekeli elinde bulundurmaya belirleyici unsur olarak kullanmıştır. Bu bağlamda en kısa tanımıyla devlet; belli bir arazi içinde fiziksel şiddetin meşru kullanımını tekelinde bulunduran insan topluluğudur. Tanım ve şiddet tekeli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Christopher PIERSON, **Modern Devlet**, Çev. Dilek Hattatoğlu, Çivi Yazıları, İstanbul 2000, s.24 vd.

<sup>9</sup> BEULKE, (2005) s.3

sanık hakkında etkili bir takibat yapılmasını mümkün kılmalıdır.<sup>10</sup> Bu nedenle devlet tekelindeki cezalandırma yetkisinin kullanılması, hukuk devleti ilkesi ile dengelenmesi gereken bir faaliyettir.<sup>11</sup> Modern ceza muhakemesinde sanık, hüküm kesinleşinceye kadar suçsuzdur ve onun hakları ancak muhakemenin yapılabilmesi bakımından zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Devlet otoritesinin ceza muhakemesinin gerçekleştirilebilmesi için onun temel haklarına yapacağı müdahaleler de, her zaman orantılılık ilkesine uygun olmalıdır.<sup>12</sup>

Bireylerin yaşamını ve toplu yaşamı yakından ilgilendiren bir kamusal faaliyet alanı olan ceza muhakemesinin amaçlarının tespit edilmesi, bir devletteki gerek ceza muhakemesi sisteminin karakterini belirlemede<sup>13</sup> gerekse bu muhakeme dalına ilişkin normların yorumlanmasında yol gösterici olacaktır.<sup>14</sup> Belirtmek gerekir ki, modern ceza muhakemesi birden fazla amacı bünyesinde barındırmaktadır. Bu nedenle, bu muhakeme dalının amaçlarını net bir şekilde ortaya koymak zordur.<sup>15</sup> Nitekim amaçların oluşturduğu bütünün karmaşık bir yapısı vardır ve amaçlar bazen bir olayda birbirleriyle çatışabilmektedirler. Bu çatışmanın ortaya çıktığı durumlarda, amaçlar arasında bir denge sağlanmalı

---

<sup>10</sup> Erol CİHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1963/3-4, s.710-711

<sup>11</sup> Otfried RANFT, **Strafprozessrecht**, Boorberg Verlag, Stuttgart, München... 1995, s.2-3

<sup>12</sup> **RANFT**, (1995) s.3

<sup>13</sup> Bir ülkedeki siyasal yapı ile ceza muhakemesi arasında oldukça sıkı bir ilişki vardır. Eğer siyasal rejimin amacı bireyi korumak olursa, sadece soyut olarak bu amacı ortaya koymak yeterli olmaz. Aynı zamanda devleti de buna göre organize etmek gerekir. Nitekim devlet, bir toprak parçası üzerinde egemen olan ve elinde büyük güç bulunduran bir siyasal yapıdır. Bu bağlamda devletin öyle organize edilmesi gereklidir ki, bireyi devlet karşısında koruyacak mekanizmalar oluşturulsun. İşte kuvvetler ayrılığının kabul edilmesinin, devlet gücünün kendi içerisinde ayrılarak, birbirini dengeler ve kontrol eder şekilde yapılandırılmasının nedeni budur. Doğan SOYASLAN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yekın Yayınevi, Ankara 2006, s.41

<sup>14</sup> Ceza muhakemesi hukuku bir bilim olarak nazara alınınca, bu düzenli bilginin de öncelikle gayesini belirlemek gerekir. Nitekim ceza muhakemesi hukukunda birçok koruma tedbirleri vardır ki, bunlar muhakemeye katılanların hürriyetlerini kısar ve bir süre için kaldırır. Bu noktada gaye tespit edilmez ve bunlara başvurulmasının nedenleri mantıken ortaya konulmazsa ceza muhakemesi hukukundaki koruma tedbirleri kör bir kaba kuvvet olarak görülebilecektir. CİHAN, **Ceza Muhakemesinin Gayesi** (1963), s.702

<sup>15</sup> “Varolan hukukun amacının ne olduğunu anlayabilmek için, daha önceki hukukun amacının ne olduğunu bilmek gerekir. Belli bir amaca ulaşmak için yaratılan hukuk normu, çoğu defa, kanunkoyucunun kafasında bir anda ortaya çıkmaz. Mevcut hukuk normları, çoğunlukla, daha önce var olan normların değişik veya günün ihtiyaçlarına uydurulmuş şekli ibarettir. Aynı şekilde bir muhakeme müessesesi de, çoğunlukla, daha önceki bir müessesenin değişik veya günün gereklerine uydurulmuş şekli başka bir şey değildir. Bu itibarla toplumun ceza muhakemesi hukuku ile o toplumun uygarlık düzeyi arasında tam bir paralellik vardır.” Nevzat TOROSLU-Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s.5 vd.

ve gerektiği ölçüde bu amaçların birinden feragat edilmelidir.<sup>16</sup>

Günümüz ceza muhakemesinin amacı; genel olarak muhakemeye katılan bireylerin temel haklarına<sup>17</sup> zarar vermeksizin *maddi gerçeği* bulmak ve buna bağlı olarak cezai uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktır.<sup>18</sup> Ancak konu biraz daha ayrıntılı ele alındığında, ceza muhakemesinin üç temel amacı olduğu görülmektedir. Bunlar; *maddi gerçeği bulmak, adaleti sağlamak ve hukuki barışı korumaktır*.<sup>19</sup>

Maddi gerçeğe ilişkin hususlar çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alınacağından burada sadece diğer amaçlara ilişkin kısa açıklamalar yapmayı uygun buluyoruz.

En genel anlamıyla adalet, hak<sup>20</sup> ve hukukun gerçekleşmesi, yerini bulması olarak tarif edilebilir.<sup>21</sup> Ceza muhakemesi hukuku da, hukukun diğer dalları gibi, kendi alanına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından, adaletin sağlanması ve toplum düzeninin korunmasına hizmet etmektedir. Hukuk devleti ilkesi temelinde ortaya çıkan modern ceza muhakemesi, hukukun çizdiği sınırlar içerisinde, bireylerin temel haklarına saygı göstererek maddi gerçeği aramalı; maddi gerçeği bulduktan sonra da, hukukun öngördüğü şekilde cezai uyuşmazlığı çözüme kavuşturmalıdır.<sup>22</sup> Bu bağlamda modern ceza muhakemesinin adaleti sağlama

---

<sup>16</sup> **BEULKE**, (2005) s.2

<sup>17</sup> İnsan haklarını, insanlığın belirli bir gelişme çağında teorik olarak bütün insanlara tanınması gereken ideal değerler listesi olarak tanımlayacak olursak; *temel haklar* terimi, insan hakları denilen ideal listenin devlet tarafından tanınmış bölümünü ifade eder. Metin FEYZİOĞLU, **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, US-A Yayıncılık, Ankara 1998, s.4

<sup>18</sup> Maddi gerçeğin araştırılması sonucunda, geçmişteki olay, onu temsil eden deliller vasıtasıyla ortaya konulacak, bu şekilde sanığın suçlu olup olmadığı tespit edilecek, sanık suçlu ise cezalandırılacak, suçsuz ise de beraat ettirilecektir. Bu itibarla ceza muhakemesi hukukunun amacının sanığın suçlu olup olmadığını araştırmak, suçluysa cezalandırmak, masumsa beraat ettirmek olduğu söylenebilir. **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU**, (2006) s.24; Denilebilir ki ceza yargılaması karmaşık bir amaçlar topluluğuna ulaşmak üzere kurgulanmıştır. Bu süreçte bir yandan suçluların cezalandırılması amaçlanırken, öte yandan suçsuzun korunması, yargılamanın yargılama kurallarına ve özellikle adil yargılama hakkına uygun cereyan etmesi istenmektedir. Erdener YURTCAN, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s.5

<sup>19</sup> Klaus VOLK, **Grundkurs StPO**, C.H. Beck Verlag, München 2005, s.4; Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.61

<sup>20</sup> Hak, *hukuken bir şeyi yapmaya yetkili olmak ya da bir şeyi talep edebilmektir*. Bu tanımdaki hakkın varlığını belirleyen hukuk ise, yürürlükte olan pozitif hukuktur. Yoksa ne olduğu tam olarak belli olmayan ve kişiden kişiye kapsamı kuralları değişen doğal hukuk kavramının burada bahsettiğimiz şekilde hakkın varlığına ilişkin herhangi bir etkisi yoktur. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan KARAKEHYA, "Hak Kavramı", **Eskişehir Barosu Dergisi**, Şubat 2006, s.133 vd.

<sup>21</sup> Anıl ÇEÇEN, **Adalet Kavramı**, Gündoğan Yayınları, Ankara 1993, s.17

<sup>22</sup> Joel SAMAHA, **Criminal Procedure**, 9. Edition, Cengage Learning, Stamford 2015, s.9

amacı, hem muhakeme sürecinin hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini hem de muhakeme sonucunda uyuşmazlığın, mevcut hukuk kurallarına göre doğru bir şekilde çözüme kavuşturulmasını ifade etmektedir.<sup>23</sup>

Ceza muhakemesi, sosyal düzeni bozan bir takım sorunları gidermek ve

---

<sup>23</sup> Bu noktada adaletten ve dolayısıyla hak ve hukukun yerini bulmasından ne anlaşılması gerektiği de tartışma konusu yapılabılır. Adalet kavramına ilişkin mantki olarak kabul edilebilecek iki görüş olabilir: Birincisi, adaleti tamamen ahlaka ilişkin bir değer olarak kabul etmek ve bu subjektif değeri, hukuka ilişkin kavram ve kurumları tanımlamakta kullanmamak şeklinde olabilir. Adalet kavramı bu şekilde ele alındığında, mahkemeleri ve yargı organlarını ifade ederken, “adalet mekanizmaları”, hukuk sistemini ifade ederken “adalet sistemi” gibi terimler kullanmamak gerekir. Aksi takdirde bu mekanizmalar “hangi adaleti”, “kime göre adaleti” gerçekleştiriyor? şeklinde sorularla karşı karşıya kalınabilir. İkincisi, adaleti tamamen hukuka ilişkin bir kavram olarak ele almak ve ona hukuk dışı bir takım subjektif değerler atfetmemek şeklinde olabilir. Her iki şekilde de savunulan görüşler kendi içinde tutarlıdır ve normatif bir alan olan hukuka zarar vermemekte, onun saflığını bozmamaktadır. Bizim katılmadığımız ve karşısında olduğumuz adalet anlayışı ise, doğal hukukçularda olduğu gibi, adaleti subjektif bir değer olarak ele alıp, aynı zamanda hukuka ilişkin bazı kavram ve kurumları bu değer üzerinden tanımlama çabasında olmaya ilişkindir. **KARAKEHYA**, *Hak Kavramı* (2006), s.142 vd. Herkesin kendi ahlaki değerlerine ve hayat görüşüne göre şekillenebilen bir adalet kavramının kabulü, kanunlar çerçevesinde uygar yaşama güvenliğini tamamen tahrip edecek, genel bir anarşi tehdidi ortaya çıkartacaktır. Kemal GÖZLER, *Hukuka Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa 1998, s.311

Biz, adaleti hukuka ilişkin bir değer olarak ele almayı ve bu bağlamda hukuki kavram ve kurumları ifade etmekte kullanmayı uygun buluyoruz. Adaleti böyle hukuki bir değer olarak kabul etmemiz şüphesiz, “hukuken emredilenin yerine getirilmesini, sırf emredilmiş olduğu için adil saydığımız”, “adaleti hukuki geçerliliğe indirgediğimiz”, “adaletin gerçekleşmesini egemenin, bir başka deyişle en güçlü olanın iradesine indirgediğimiz” için eleştirilecektir. Ancak bizim söylediğimiz, hukuken emredilenin her zaman iyi kabul edilmesi gerekliliği ya da hukuken geçerli olanın her zaman iyi olduğu değildir. Eğer bir tercih olarak, günlük hayatta genelde kullanıldığı üzere, adaletli olanı her zaman iyi olan olarak kabul ederseniz, bu kavramı ahlaki açıdan ele alıyorsunuz demektir ve bu terimi hukuka ilişkin açıklamalarda kullanmadığınız, böylece hukuki belirsizliğe yol açmadığınız sürece, söyleyecek hiçbir sözümüz yoktur. Bu bağlamda hukuku adil olmamakla (sizin ahlak anlayışınıza uygun olmamakla) eleştirebilir, mahkemenin verdiği bir kararın adalete uygun olmadığını (hukuka değil, sizin ahlak anlayışınıza uygun olmadığını) ileri sürebilirsiniz. Ancak biz bu terimi, hukuki hayatta süregelen kullanımına bağlı olarak hukuki kavram ve kurumları açıklamakta kullanmayı tercih ediyoruz. Bu bağlamda adil olanın her zaman iyi olan olmak zorunda olmadığını ileri sürüyor, bunu da toplu yaşamın en büyük tehditlerinden birisi olarak gördüğümüz hukuki belirsizliğe yol açmamak için yapıyoruz. (Aşırı pozitivizm olarak nitelendirilen paylaştığımız görüşe yönelik eleştiriler konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Zeki HAFIZOĞULLARI, *Ceza Normu*, US-A Yayıncılık, Ankara 1996, s.51 vd. 46. dipnot; Ayrıca adalet kavramının ahlaki-hukuki şeklinde çifte karakterli bir kavram olduğu görüşü ve farklı bir tanım için bkz. ÖZTÜRK-ERDEM, (2006) s.156 vd.)

Bununla birlikte hukuk devleti ve demokrasi ilkelerini kendilerine rehber edinmiş devletlerin, hukuk sistemlerini oluştururken bir takım kriterler ışığında hareket etmeleri zorunluluğu da yadsınamaz bir gerçektir. Aksi takdirde hukuk devletinden söz edilemeyecektir. Bu itibarla hukuk devletlerinde uluslararası sözleşmelerde düzenlenen insan hakları, temel birer hak olarak güvence altına alınır ve ceza muhakemesi kuralları oluşturulurken de bu haklara saygı öncelikli olarak göz önünde bulundurulur.



ceza normlarının geçerliliğini korumak suretiyle, hukuki barışın sağlanmasına ve korunmasına da hizmet eder. Muhakeme sonunda verilen hüküm cezai sorunu çözmeli ve en azından sükunet ortamını sağlamalıdır. Ancak bir taraftan verilen bu kararın yeniden gözden geçirilmesinin mümkün kılınması gerekirken, diğer taraftan da bunun sonsuz bir şekilde sürüp gitmesine izin verilmemelidir.<sup>24</sup>

Sosyal hayatta hukuki barışa (Rechtsfrieden) ihtiyaç vardır. Bu nedenle ceza muhakemesinde maddi gerçeği aramak için gerçekleştirilen faaliyetlerin bir yerde sona erdirilmesi gerekir.<sup>25</sup> Her ne kadar ideal olan, doğru karara varma çabasının sonsuz olması şeklinde görünse de; bu durum, eski hüküm hakkında ortaya çıkan her şüphe halinde, çözüme kavuşturulmuş meselelerin tekrardan kurcalanmasına neden olacaktır. Eğer mahkeme kararları sürekli başka bir kararla ortadan kaldırılma ihtimaline maruz bırakılırsa; verilecek kararlar ne kadar adil olursa olsun hukuka karşı güvensizlik doğar. Ayrıca uzun bir zaman sonra elde edilecek kararın daha doğru bir karar olacağı da şüphelidir. Bu nedenlerle her davanın belirli bir süre sonra sona ermesi düşüncesi yerindedir. Aksi takdirde hukuki güvenlik kalmayacaktır.<sup>26</sup>

Muhakeme hukuku, kesinleşme kurumunu içinde barındırır ve bu kurum sayesinde daha henüz huzur ortamı sağlanamamış olsa da, en azından sükuneti sağlamaya çalışır. Kesinleşme kurumu, kamunun menfaatine olduğu kadar aynı zamanda sanığın da menfaatindedir. Kesin hüküm ile kamu açısından sorun kesin bir kararla ortadan kaldırılmış olacak, sanık da sonu belirsiz şekilde uzayıp giden bir sürece girmiş olmaktan kurtulacaktır. Bu bağlamda kesinleşme kurumunun ceza muhakemesinde büyük önemi vardır. Bununla birlikte kesinleşmiş kararlarda ısrar etmenin ekstrem şekilde vicdan yaraladığı durumlarda hukuki kesinliğin ortadan kaldırılmasına imkan tanınmıştır. Bu fonksiyonu ceza muhakemesi hukukunda yerine getiren en önemli vasıtalardan birisi de, muhakemenin yenilenmesi kurumudur. Son kararın dokunulmazlığı ve daimiliği ilkesi kural olmakla birlikte, kanunkoyucu böyle bir düzenlemeyle bu ilkeye istisna getirmiştir.<sup>27</sup> Hem sanığın lehine hem de aleyhine olmak üzere başvurulabilen bu yol, kanunkoyucunun kanaatine göre, verilen kesin hükme rağmen sonradan öğrenilen belirli vakia ve delillerin, ekstrem şekilde maddi gerçeğin

---

<sup>24</sup> VOLK, (2005) s.4

<sup>25</sup> Erdener YURTCAN, **Kesin Hükümün Ceza Muhakemesini Önleme Etkisi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1973, s.11

<sup>26</sup> Eralp ÖZGEN, **Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1968, s.4

<sup>27</sup> BEULKE, (2005) s.4

araştırılması ihtiyacını doğurduğu hallere münhasır olarak kabul edilmiştir.<sup>28</sup>

## 2. MADDİ GERÇEK KAVRAMI

Ceza muhakemesinde öncelikle maddi gerçek bulunmalı ve maddi ceza hukuku açısından önemli olan tüm hususların tek tek ispatna çalışılmalıdır.<sup>29</sup> Geçmişte olup biten bir olayın, onu temsil eden vasıtalar, yani deliller aracılığıyla bugün ortaya konulmuş haline, maddi gerçek denir.<sup>30</sup> Maddi gerçeğin doğruluğundan, bir başka deyişle mutlak gerçeğe uygunluğundan şüphe et-

---

<sup>28</sup> İncelediğimiz üzere birden fazla amacı bünyesinde barındırması nedeniyle ceza muhakemesinin amaçları bazen birbiriyle çatışır ve amaçlardan birisini gerçekleştirmeye çalışırken diğerlerinden bir miktar feragat edilmesi gerekebilir. Bu durum, amaçlar arasında bir dengenin sağlanması zorunluluğunu ortaya çıkardığından, ceza muhakemesinin, farklı menfaatleri uzlaştırıcı ve karmaşık bir hukuk dalı olarak ortaya çıkmasına neden olmaktadır. **BEULKE**, (2005) s.2; Ceza muhakemesinde hüküm, maddi gerçek, adaletin sağlanması ve hukuki barışın korunması unsurlarını ihtiva eder bir dengede olmalıdır. Bu dengenin sabit, stabil bir denge olmadansa hareket halinde kararsız bir denge olması daha iyi sonuçlar verir. Bu nedenle bazen gerçeğin araştırılmasından, bazen hukuki barıştan bazen de adaletten ödün verilmesi gerekebilir. Örneğin uzlaşmanın kabul edildiği hukuk sistemlerinde, uzlaşma ile sonuçlandırılan cezai uyuşmazlıklarda gerek adli devlet organları gerekse uyuşmazlığın tarafları sonuçtan memnun kalırlar. Devlet organlarının işi azalırken; taraflar da, menfaatlerini korudukları hissine sahip olmanın yanında, uzun sürecek muhakeme prosedüründen de kurtulmuş olurlar. Uzlaşma sonucunda hem adil hem de hukuki barışı koruyan bir sonuç ortaya çıkmış olur. Ancak burada maddi gerçekten bir miktar feragat edilmiştir. Çünkü uzlaşma olmasaydı yargılama sonucunda nasıl bir durumla karşılaşılacağını önceden tahmin etmek tam olarak mümkün değildir. Ancak yine de tam olarak maddi gerçeğe uygun olmayan bu durumda, adalet ve hukuki barışın sağlanması önemli ve yeterli ölçüde gerçekleştirilmiş olur. Muhakemenin yenilenmesi bakımından, sanık aleyhine yeni delil ortaya çıkmasının, yenileme sebebi olarak kabul edilmemesi ise hukuki barışı korumaya yönelik bir düzenlemedir. Böylelikle muhakemenin belirsiz uzaşıp gitmesi ve kesin hükümden sonra sanığın psikolojik olarak rahat etmesi sağlanmış olur. Ancak bu durumda maddi gerçeğe ilişkin olarak, ortaya çıkan aleyhe delille birlikte beliren şüphenin değerlendirmesi yapılmaz ve maddi gerçeğin farklı şekilde ortaya çıkma ihtimali hukuki barış adına değerlendirme dışı bırakılır. Muhakeme bir süreçtir ve önceden belirlenen şekilde belirli kurallara göre ilerler. Bu bağlamda amaçların çatıştığı durumlarda ne şekilde hareket edileceği kanunkoyucu tarafından önceden net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Muhakemenin böyle önceden belirlenmiş kurallara göre yapılması şekilcilik değil; bilakis hukuk devleti tarafından gözetilmesi gereken menfaatleri bir tür koruma mekanizması oluşturulmasıdır. Bu koruma mekanizması cezai takibatın hızını sıklıkla frenler, ancak bu frenleme hiçbir zaman takibati durduracak derecede olmamalıdır. Çünkü cezai korumanın etkinliği de, temel hakların korunması kadar önemlidir ve hukuk devletine ait gereklerden birini ifade etmektedir. **VOLK**, (2005) s.4 vd.

<sup>29</sup> **VOLK**, (2005) s.6

<sup>30</sup> Bu şekilde tanımlandığında maddi gerçeğin iki temel unsuru olduğu ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, maddi gerçeğin geçmişte olup bitmiş bir olaya ilişkin olması; ikincisi ise, bu olayın oluş biçiminin delil vasıtalarıyla ortaya konulmasıdır. Bu unsurların açıklaması için bkz. Hakan KARAKEHYA, "Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek", **Eskişehir Barosu Dergisi**, Haziran 2006, s.96 vd.

mek için akla ve mantığa uygun bir gerekçe gösterilemez.<sup>31</sup> Buna rağmen maddi gerçeğe ilişkin karar, her zaman hata yapma rizikosunu beraberinde taşır.

Ceza muhakemesinde araştırılan uyuşmazlık konusu olayın geçmişte ne şekilde gerçekleştiğine ilişkin gerçekliğin “maddi gerçek” terimi ile ifade edilmesinin sebebi, bunun somut verilere dayalı olarak ve duyulara hitap eder şekilde ortaya konulması zorunluluğundur. Nitekim ancak somut olarak algılanan ve duyulara hitap eden gerçekliğin modern ceza muhakemesinde bir yeri olabilir. Maddi gerçeklik, somut verilere dayanmayan ve rasyonel olmayan bir takım sezgilerle ya da metafiziksel yöntemlerle elde edilemez. Bu bağlamda, “somut, duyulara hitap eden” anlamını içeren “maddi” sözcüğü “gerçek” ifadesinin sıfatı olarak kullanılmış ve böyle bir terim oluşturulmuştur. Bu kullanım gerek doktrinimizde gerekse de Alman hukuk doktrini gibi birçok başka ülke hukuk doktrinde yaygınlık kazanmıştır (Bkz. materielle Wahrheit).<sup>32</sup>

Ceza yargılaması sonucunda verilen kararın doğruluğu, her şeyden önce mahkemenin yargılama sırasında ne kadar doğru bir yol izlediğine bağlıdır.<sup>33</sup> Ayrıca mahkeme gerektiği şekilde hareket etmiş olsa bile, muhakeme sonunda bulunan maddi gerçeğin, mutlak gerçeğe uygun olup olmadığının tam bir kesinlik içerisinde bilinebilmesi mümkün değildir. Çünkü maddi gerçek, o konuda ulaşılabilecek en doğru bilgilere dayanmakla birlikte, tasavvur edilebilecek her türlü şüphelyi bertaraf etmemektedir.<sup>34</sup>

Kesin bilgiye ulaşılması, mutlak gerçeğin ortaya çıkartılması demektir. Mutlak gerçek, artık aksinin kabulü hiçbir şekilde mümkün olmayan, her türlü değişik ihtimalin bertaraf edildiği gerçektir. Bu bağlamda tasavvuru mümkün her türlü şüphenin yenilmesi mümkün olmadığından, yargılama makamında vicdani kanaat, mutlak değil; maddi gerçeğe ilişkin olarak oluşacaktır.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.72

<sup>32</sup> Bkz. Andreas EICKER, **Die Prinzipien der materiellen Wahrheit und der freien Beweiswürdigung im Strafprozess**, Centaurus Verlag, Deutschland (Herbolzheim) 2001, s.8 vd

<sup>33</sup> VOLK, (2005) s.6

<sup>34</sup> FEYZİOĞLU, Vicdani Kanaat (2002), s.72-73; Ceza muhakemesinde hem bireylerin hem de toplumun menfaatlerini korumak, gerçeğe uygunluk demek olan hakikatin araştırılması ile mümkün olur. Ancak bir yandan gerçeğin tam olan tespit edilmesindeki maddi imkansızlıklar, diğer yandan uyuşmazlıkları kesin hükümle sona erdirmeye zorunluluğu objektif ve mutlak denilen belirlilikten vazgeçilip, nispi belirlilikle yetinilmesine neden olmuştur. KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, (2006) s.23

<sup>35</sup> Muhakeme sonucunda mutlak gerçeğe ulaşılmasının mümkün olmaması nedeniyle, ölüm cezası gibi telafisi mümkün olmayan cezaların kabul edilmesi eleştirilmekte; bu tür cezaların vicdani kanaat sisteminin özüne aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. FEYZİOĞLU, Vicdani Kanaat (2002), s.87 vd.

### 3. MADDİ GERÇEĞE ULAŞMANIN KISTASI VE YÖNTEMİ

Ceza muhakemesinde yargılama makamı, cezai uyuşmazlığın maddi kısmını çözerken vicdani kanaatine göre karar verir.<sup>36</sup> Dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşmanın kistası vicdani kanaattir. Vicdani kanaat; maddi uyuşmazlığı çözmeye yetkili makamın, duruşmada yapılan muhakeme faaliyeti sonucunda ve ortaya konan deliller ışığında, aklını ve bilimi rehber yaparak, hukukun koyduğu sınırlar içerisinde kalarak, maddi olayın oluş biçimine dair ulaştığı, gerekçeye dayanan ve kendi açısından duyduğu şüpheyi bertaraf eden bir kanaattir.<sup>37</sup> Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere vicdani kanaat terimi, hukuki anlamda, gündelik hayattaki anlamından çok daha farklı bir içeriğe sahiptir. Hukuki anlamda vicdani kanaat, rasyonel olmayan bir takım hislere değil; bilakis son derece rasyonel verilere dayanmalıdır. Maddi gerçeği bulacak olan merci, aklını rehber yaparak uyuşmazlık konusu olayı aydınlatmalıdır. Bununla birlikte vicdani kanaat hukukun çizdiği sınırlar içerisinde oluşmalıdır. Dolayısıyla hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş deliller kural olarak vicdani kanaatin oluşumunda dikkate alınmamalıdır.

Maddi gerçek ancak onu yansıtan delillerin yardımıyla bulunabilir. Zamanı geri döndürmek mümkün olmadığına göre, ceza hukukunu ve dolayısıyla ceza muhakemesini ilgilendiren olayın nasıl gerçekleştiğinin ortaya konulabilmesinin tek yolu, olaydan arta kalan izlerin, olayla ilgili belge ve tanıkların yardımıyla faydalanmaktan geçmektedir.<sup>38</sup> Eğer hakim, deliller yardımıyla, cezai uyuşmazlığa konu olan olaya ilişkin olarak, gerekçeye dayanan şüpheyi yenmişse, vicdani kanaate ulaşmış ve dolayısıyla maddi gerçeği bulmuş demektir. Buna göre, sanık, uyuşmazlık konusu fiili gerçekleştirmiş ise, o fiilin ceza kanununun hangi normunu ihlal ettiği yargılama makamı tarafından tespit edilir ve sanık o normda öngörülen ceza ile cezalandırılır. Eğer sanık uyuşmazlık konusu fiili işlememiş ise, hakkında beraat kararı verilir. Ancak bazı durumlarda hakimde, duruşma sırasında ikame edilen delillere bağlı olarak uyuşmazlık konusu fiilin nasıl gerçekleştiğine ilişkin bir vicdani kanaat oluşmaz. Bu durumda

---

<sup>36</sup> CMK'da mahkemenin delilleri takdir yetkisini düzenleyen hükme, hakim delilleri vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edeceği ifadesi de eklenmiştir (CMK m.217/1). Böylelikle vicdani kanaat kavramı CMK'da açıkça vurgulanmıştır. Cumhuriyet ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.62

<sup>37</sup> Benzer şekilde bkz. **FEYZİOĞLU**, Vicdani Kanaat (2002), s.109

<sup>38</sup> **KARAKEHYA**, Maddi Gerçek (2006), s.97; Delil, yargılamanın konusu olan olayı temsil eden, olayın mahkeme önünde canlandırılmasına yarayan araçtır. Geçmişte yaşanan olay bir yap-boz resmi gibi düşünülürse, deliller yap-boz resmini oluşturan parçalara benzetilebilirler. Bu itibarla ceza muhakemesi faaliyetinin, yap-boz parçalarını (delilleri) bir araya getirerek, resmi yeniden oluşturma faaliyeti olduğunu söylemek mümkündür. **CENTEL-ZAFER**, (2011) s.204

ceza muhakemesinde geçerli olan şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince, sanık hakkında yine beraat kararı verilir.<sup>39</sup>

Bu bağlamda mahkemenin mahkumiyet hükmünü verirken sanığın suçluluğuna ilişkin vicdani kanaate ulaşmış olması zorunludur. Beraat kararı ise vicdani kanaate ulaşılarak verilebileceği gibi, vicdani kanaate ulaşılamayan uyuşmazlıklarda “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” gereğince de verebilir. Bununla birlikte kural olarak mahkemenin ara kararlarını verirken vicdani kanaate ulaşmış olması gerekmez. Örneğin tutuklama kararı verilirken, diğer koşullarla birlikte, kuvvetli şüphenin varlığı bu kararın verilebilmesi için yeterli olacaktır. Şüphenin olduğu yerde ise vicdani kanaatten bahsedilemeyeceğinden, tutuklama kararının vicdani kanaate dayanması gerekmez. Aynı şey arama ve elkoyma gibi diğer tedbirlere ilişkin kararlar bakımından da geçerlidir. Benzer şekilde savcının ve kolluk görevlilerinin de bir takım muhakeme işlemleri yaparken kural olarak vicdani kanaate dayanmaları gerekmez. Örneğin CMK m.170/2’ye göre savcının iddianameyi mahkemeye vermesi için yeterli şüphenin varlığı yeterlidir. Dolayısıyla savcı vicdani kanaate ulaşmaksızın, yeterli şüphe üzerine de iddianame düzenleyebilecektir.

Modern ceza muhakemesinde, maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılırken iddia, savunma ve yargılama makamları arasında kolektif bir faaliyet yürütülür. Kolektif hüküm vermenin metodu ise, muhakeme faaliyetine katılacak olanların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirebilmelerini, böylelikle süjelerin birbirlerinin düşüncelerini öğrenebilmelerini ve birlikte düşünebilmelerini ifade eden çelişme yöntemidir.<sup>40</sup> Çelişme, karşılıklı görüşlerin iki veya daha fazla kişilerce ortaya konulmasıdır.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> KARAKEHYA, Maddi Gerçek (2006), s.99

<sup>40</sup> Çelişmeli muhakeme *ilkesinin* temelleri, antik dönemde gerçekleştirilen düello muhakemesine dayanmaktadır. Bu itibarla antik dönem common-law sistemindeki düello usulüyle günümüzdeki muhakeme usulü benzerlikler göstermektedir. Hatta ahlaki olarak aydınlanmış günümüz ceza muhakemesinin neticede düellonun yerini aldığı söylenebilir. Bugünkü ceza adaleti sistemi de (özellikle Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde), gerçeğin, mahkemenin tarafları arasındaki kıyasıya mücadeleden daha doğru bir şekilde ortaya çıkacağı varsayımına dayanmaktadır. Bu mücadelenin eşit koşullarda gerçekleştirilebilmesi için de, mahkemenin tarafları kural olarak, eşit yetki ve imkanlarla donatılmaktadırlar. Nitekim tarafların eşit silah ve zırhlara sahip olması düellonun da en önemli özelliklerinden biriydi. Jay Sterling SILVER, “Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right”, **Wisconsin Law Review.**, 1990, s.1007 vd.

<sup>41</sup> KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, (2006) s.39 vd.; Selahattin KEYMAN, **Ceza Muhakemesinde Savcılık**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s.25;  
Bu itibarla ceza muhakemesinde çelişme iddia, savunma ve yargılama makamlarını işgal eden süjeler arasında ortaya çıkmaktadır. İddia makamı, ceza davasında tezi oluşturan is-nadi ortaya koyar, savunma makamı savunmasını yapmak suretiyle antitezi oluşturur, yargı-

Gerek Kıta Avrupası gerekse Anglo-Sakson hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde, maddi gerçeğe ulaşmada kullanılan temel yöntem çelişme yöntemidir.<sup>42</sup> Ancak bu temel yöntem, her iki sistemde de tarafların ve yargılama makamının muhakemedeki rollerine bağlı olarak farklı şekillerde yapılandırılmıştır.<sup>43</sup>

Tarafların kendi delillerini muhakemede rahatlıkla ileri sürebilmeleri, kendilerini ilgilendiren hususlarda bilgilendirilmeleri, karşı tarafın tanıklarına da soru yöneltebilmeleri gibi çelişmeyi gerçekleştirecek hususlar bakımından Kıta Avrupası hukuk sistemiyle Anglo-Sakson hukuk sistemi arasında bir ayrılık vardır. Buna karşın Kıta Avrupasındaki anlayıştan farklı olarak, Amerikan sisteminde hakimin mümkün olduğunca bir hakem pozisyonuna itilmesi<sup>44</sup> ve

---

lama makamı ise bu tez ve antitezin çarpışmasından senteze, bir başka deyişle gerçeğe ve hükme ulaşır. **TOROSLU-FEYZİÖĞLU**, (2015) s.21

<sup>42</sup> Bu iki sistem zaman içerisinde birbirinden oldukça etkilenmiştir. Özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemi engizisyon sisteminden karma sisteme doğru bir geçiş gerçekleştirirken Anglo-Sakson sisteminden büyük oranda etkilenmiştir. 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren birçok Alman akademisyen, Alman ceza muhakemesini yeniden şekillendirmek için Anglo-Sakson ceza muhakemesini gerek teorik gerekse gözlemsel olarak araştırmaya başlamışlardır. Bu çalışmalardan çok daha sonra aynı ülkenin önde gelen akademisyenlerinden Herrmann tekrardan Alman ceza muhakemesinin Anglo-Sakson çizgisinde reforme edilmesini önermiştir. Anglo-Sakson modeli Almanya dışında diğer Kıta Avrupası ülkelerini de etkilemiştir.1882’de muhakeme sistemine çapraz sorguyu sokan ilk Kıta Avrupası ülkesi İspanya olmuştur. Norveç, Danimarka ve İsveç yeni muhakeme kanunlarını İngiliz hukukundan ilham alarak değiştirmişlerdir. Kıta Avrupası dışında Japonya da, 2. Dünya Savaşından sonra Amerikan Ceza Muhakemesinin unsurlarını yeni muhakeme kanununa alarak yasalastırılmıştır. Thomas VOLKMANN-SCHLUCK, “Continental European Criminal Procedures: True or Illusive Model”, **American Journal of Criminal Law**, 1981/1, s.1

<sup>43</sup> Amerikan çelişmeli muhakeme sistemi, muhakemenin tarafları arasında uyumsuzluk konusu olayı anlatma rekabeti ve bu anlatılanların belirli kurallara bağlı olarak yorumlanması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Taraflar, uyumsuzluk konusu olaya ilişkin görüşlerini tarafsız ve pasif durumda bulunan dinleyici kitlesine sunar. Bu dinleyici kitlesi aynı zamanda olaya ilişkin anlatılanlar temelinde cezai sorumluluk açısından bir değerlendirme yapmak suretiyle karar merci olarak hareket etmektedir. Sistemin genel özellikleri şu şekildedir: Maddi gerçek diyalektik olarak karmaşık bir ikna süreci sonucunda ortaya çıkartılır. Dava, ortak bilgilerin karşılıklı ve çelişik iki farklı yorumuyla şekillenen heyecanlı bir rekabet şeklinde ilerler. Karar merci, örneğin hukuki eğitim almamış kişilerden oluşturulan jüri, her iki taraftan anlatıldığı şekliyle olayı dinler ve cezai sorumluluk bakımından değerlendirir. Neredeyse daima avukatlar (attorneys) tarafından yönlendirilen taraflar, delillerin sunumunu kontrol eder ve yönetirler. Taraflar ve avukatlar fikri ve ahlaki olarak maddi gerçeği ortaya koymak veya diğer taraf bakımından da adaleti gerçekleştirmekten daha ziyade rekabeti kazanma yükümlülüğü altındadırlar. Gary GOODPASTER, “On the Theory of American Adversary Criminal Trial”, **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Vol. 78, No:1, 1987, s.120

<sup>44</sup> John H. LANGBEIN, **The Origins Of Adversary Criminal Trial**, Oxford University Press, New York 2010, s.258

tarafaların arasındaki çelişmeye herhangi bir müdahalesinin olmaması, tarafların her birinin kendi tanığını kendisinin öncelikli olarak sorgulaması ve onu yönlendirebilmesi çelişmeli muhakemenin en önemli gerekleri olarak kabul edilmektedir.<sup>45</sup> Bu itibarla Anglo-Sakson ceza muhakemesindeki çelişme yöntemi bir taraf muhakemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise taraflar arasındaki çelişmeye imkan tanınmakla birlikte, kullanılan bu yöntem hiçbir şekilde muhakemeyi bir “taraf” muhakemesine dönüştürmemektedir.<sup>46</sup> Dolayısıyla Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde yer alan Türk ceza muhakemesinde hakim, maddi gerçeğe ulaşma amacıyla tarafların ikame ettiği deliller haricinde re’sen delil araştırması yapabilir ve tüm delilleri serbestçe değerlendirir.<sup>47</sup>

Şunu da ayrıca vurgulamak gerekir ki; çelişmeli muhakemenin istenilen şekilde gerçekleşebilmesi ve maddi gerçeğin en doğru haliyle ortaya konulabilmesi için muhakeme sırasında taraflar arasında bir eşitliğin söz konusu olması gereklidir. Nitekim muhakeme sırasında taraflardan birinin diğerine karşı avantajlı duruma geldiği hallerde, gerçek anlamda bir çelişme gerçekleşmeyecek, bu da çoğu kez hem yargılama sürecinin hem de hükmün adil olmasına olumsuz yönde etki edecektir.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Bu konuda bkz. **VOLK**, (2005) s.95; **KEYMAN**, (1970) s.33 vd.; Claus **ROXIN**, **Strafverfahrensrecht**, C.H. Beck, München 1998, s.114 vd.

<sup>46</sup> **ROXIN**, (1998) s.116

<sup>47</sup> Yener **ÜNVER-Hakan HAKERİ**, **Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.70; Bununla birlikte CMUK’ta yer alan ve mahkemeye re’sen maddi gerçeği araştırma görevi veren 214. maddedeki düzenlemenin CMK’ya alınmamış olması, yeni sistemde mahkemenin re’sen delil araştırması yapıp yapamayacağı konusunda doktrinsel tereddütlere yol açmıştır. Bu bağlamda bazı yazarlar artık mahkemelerin re’sen delil araştırması yapamayacağı kanaatindedirler. Bu görüş için bkz. Mahmut **KOCA**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, **Ceza Hukuku Dergisi**, 2006/2, s.210 vd.

Kanımızca CMK’da yeterli delil toplanmaması nedeniyle iddianamenin iade edilebileceğinin öngörülmüş olması, CMUK m.214’ün sağladığı sonuçları sağlamaya elverişli değildir. Bu nedenle re’sen araştırmanın kanunda açıkça vurgulanması uygun olurdu. Ya da sistem değişikliği yapılacak idiyse de bunun kanunda “mahkemece re’sen delil araştırması yapılamaz” şeklinde açıkça vurgulanması gerekirdi. Ancak mevcut düzenlemelere baktığımız zaman anlaşılan şudur ki; kanun koyucu CMUK’taki gibi açıkça olmasa bile, CMK’da da mahkemeye re’sen delil araştırma yetkisini dağıtık düzenlemelerle vermiştir. Örneğin mahkeme CMK m.61’e göre re’sen tanık çağırabilir, m.61/1’e göre re’sen bilirkişiye başvurabilir, m.181/2’ye göre re’sen yeniden keşif ve muayene işlemlerine karar verebilir. Aynı yönde bkz. **CEN-TEL-ZAFER**, (2011) s.639

<sup>48</sup> Çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerinin içeriği ve tarihsel gelişimleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan **KARAKEHYA**, “AİHM Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Çelişmeli Muhakeme ve Silahların Eşitliği” **Güncel Hukuk Dergisi**, Kasım 2007, s.48 vd.

#### 4. MADDİ GERÇEĞE DOLAYLI ŞEKİLDE ULAŞMA ZORUNLULUĞU

Yargılama makamı uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğine ilişkin sorunu çözerken, deliller üzerinden hareket etmek zorundadır. Bu bağlamda geçmişte yaşanmış olayı, ondan artan kalan deliller vasıtasıyla ortaya koymalı, tabiri caizse delilleri birlikte değerlendirerek geçmişte yaşanmış olayın simülasyonunu duruşma salonunda oluşturmaya çalışmalıdır.<sup>49</sup> Bu demektir ki, yargılama makamı geçmişte yaşanmış olaya ilişkin gerçekliğe dolaylı bir şekilde ulaşmalıdır.

Peki, yargılama makamı bu gerçekliğin bilgisine doğrudan sahip olmasının bir önemi var mıdır? Örneğin yargılamayı yapan hakim aynı zamanda olayı görmüşse, olayı deliller vasıtasıyla dolaylı olarak kurgulamasına gerek kalmaksızın, doğrudan maddi gerçeğin bilgisine sahip olmuşsa ne olacaktır. Olayı daha da somutlaştırırsak, hakim Aylin pazarda alış-veriş yaparken tezgahda duran satıcı Berrin ile müşteri Ayhan arasındaki tartışma sonucu, Berrin'in Ayhan'ın kafasına sopayla vurmak suretiyle onu yaraladığını doğrudan görmüştür. Daha sonra görev yaptığı asliye ceza mahkemesine bu olaya ilişkin dava geldiğinde, hakim Aylin'in bu mahkemede görev yapması adaletin sağlanabilmesi bakımından bir şans mıdır yoksa handikap mıdır?

İlk bakışta, dolaylı yoldan öğrenilen bilginin doğrudan olana nazaran çok daha az güvenilir olduğu düşünülebilir. Sadece ceza yargılaması bağlamında değil; bilakis bununla birlikte diğer alanlarda da, bir konuda karar verecek kimse, o konuya ilişkin olarak doğrudan bilgi sahibi olması durumunda, dolaylı yollardan bilgi sahibi olması ihtimaline nazaran çok daha doğru karar vereceği kabul edilir. Dolayısıyla olayı doğrudan görmüş ve duymuş olan hakim, böylesine doğrudan bilgisi olmayıp, olayı gören başkalarının beyanından, olaydan arta kalan izlerden ve belgelerden hareketle karar verecek olana nazaran daha fazla güven telkin edebilir.

Ancak yukarıda da açıkladığımız üzere ceza muhakemesinin yegane amacı hukuka uygun ve doğru bir karar vermek değildir.<sup>50</sup> Bununla birlikte ceza muhakemesinin adaleti sağlama ve hukuki barışı koruma gibi başka amaçları da vardır.<sup>51</sup> Bu nedenle adaletin sadece gerçekleştirilmesi yetmez; bununla birlikte aynı adaletin zamanda gerçekleştirildiğinin de görülmesi gerekir.<sup>52</sup> Bir başka

---

<sup>49</sup> KARAKEHYA, Maddi Gerçek (2006), s.97

<sup>50</sup> BEULKE, (2005) s.2

<sup>51</sup> VOLK, (2005) s.4

<sup>52</sup> Campell ve Fell / Birleşik Krallık; Robert ESSER, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht*, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2002, s.400



deyişle kamuoyuda yapılan yargılama sürecinin adil olduğunu, ortaya konulan deliller ışığında rasyonel ve hukuka uygun bir karar verildiğinin bilgisine sahip olabilmelidir. Yargılamanın aleni yapılması ve verilen kararların gerekçeli olması zorunluluğu, taraflarla birlikte kamuoyuna da verilen kararların akla ve hukuka uygun olduğunu denetleme imkanı verir. Böylelikle duruşmaları izleyip ortaya konulan delillerden ve yargılama sürecinden haberdar olabilen kamuoyu, hukuka uygun bir yargılama süreci izlenip izlenmediğini ve ortaya konulan delillere bağlı olarak hukuka ve akla uygun bir karar verilip verilmediğini test edebilecektir. Aynı zamanda verilen hükmün gerekçesine bakarak hükmün hukuka uygunluğunun yanında deliller arasında nasıl bir neden-sonuç ilişkisi kurulduğunu tespit edebilecektir.<sup>53</sup> Eğer bu imkanlar taraflara ve kamuoyuna tanınmazsa; verilen kararlar hukuka ve akla uygun, doğru kararlar olsa bile, buna dair kamuoyu güveni kazanılamayacaktır. Nitekim adaletin tesis edildiği toplum tarafından görülememiştir. Bu nedenle ceza muhakemesinde sadece akla ve hukuka uygun, doğru bir karar verilmesi değil; buna yönelik kamuoyu güveninin sağlanması da amaçlanır.

Bu bağlamda hakim sadece kendi kişisel bilgisine dayanarak karar verdiğinde, bu kişisel bilgiyi duruşmada ortaya koyamayacağından –nitekim kendisini tanık olarak dinlemesi mümkün değildir- kamuoyu onun kişisel bilgisini öğrenmeden ve o bilginin ne kadar sağlıklı olduğunu denetleme imkanı bulamadan uyuşmazlık sonlandırılmış olacaktır. Ayrıca böyle durumlarda hakim, ortaya konulan deliller ne kadar aksi yönde olursa olsun, kendi kişisel algısı yönünde hüküm kurması muhtemeldir. Bu halde ise duruşmada ortaya konulamaması nedeniyle kamuoyunun ve tarafların bilemediği, üzerinde tartışılmayan bir veriye bağlı olarak hüküm kurulmuş olacaktır. Kamuoyu ve taraflar duruşmada ortaya konulan delillere baktıklarında suçu ispatlayan ve şüpheyi bertaraf eden bir delil bulunmasa da, mahkumiyet kararı verildiğini göreceklerdir. Çünkü olaya bizatihi şahit olan hakim, kendi görgüsü ve algısıyla karar vermiştir. Bu durumda ise toplumda verilen kararın adil olmadığı kanaatinin oluşması kaçınılmaz olacaktır.

Bu açıkladığımız nedenlerle uyuşmazlık konusu olaya ilişkin doğrudan bilgisi olan hakim, dava önüne geldiğinde çekilmeli ve başka bir hakim bakacağı söz konusu davada tanık olarak beyanda bulunmalıdır.<sup>54</sup> Nitekim bu tür zorunlu hallerde hakimlik görevinin başka bir hakim tarafından yerine getirilmesi makuldür. Ancak tanıklık ikame edilebilecek bir görev değildir. Bu durumun delillerin müş-

---

<sup>53</sup> FEYZİOĞLU, Vicdani Kanaat (2002) s.109 vd.

<sup>54</sup> TOROSLU-FEYZİOĞLU, (2015) s.175

terekliği ve çelişmeli muhakeme ilkeleri bakımından ortaya çıkartacağı olumsuz sonuçlar da bulunmaktadır. Bu hususlar aşağıda ayrıca inceleneceğinden burada sadece bu belirlemeyi yapmakla yetinmeyi uygun buluyoruz.

Bununla birlikte şu hususu da belirtmek gerekir; velev ki çok dirayetli bir hakim, önüne gelen dava konusu olaya tanık olmasına rağmen, bunun hiç etkisinde kalmaksızın (neredeyse imkansız ama öyle kabul edelim...) deliller ışığında olayı çöze bile, onun olaya tanık olduğunu bilen kamuoyunun ve tarafların hakimin kişisel algısıyla hareket etmediğı konusunda güveni sağlamamayacaktır. Bu durumda hakim, üzerinde tartışılmamış kişisel algısıyla maddi gerçeğı tespit etmiş, tarafsız olamayan bir hakim olma şüphesi altında kalacaktır. Bu nedenle kişisel algılamalarından etkilenmeyecek insan üstü hakimlere sahip olursa bile, olayın tanığı olan hakimin uyuşmazlığı çözüme kavuşturmasına izin verilmemelidir.<sup>55</sup>

Kanunkoyucu da uyuşmazlık konusu olayın tanığı olan ve olaya ilişkin doğrudan algılaması bulunan hakimin, tanık olarak dinlenmesi halinde hakimlik yapmaktan yasaklı olacağını hükme bağlamıştır. Hakimin tarafsızlığını sağlamaya yönelik olarak öngörülen davaya bakmasının yasaklı olduğu haller CMK m.22 ve 23'de düzenleme altına alınmış ve sınırlı sayıda belirlenmiştir.<sup>56</sup> Genel kural hakimin önüne gelen davaya bakması olduğundan, istisnai nitelikteki bu düzenlemelerin kıyas yoluyla genişletilmesi söz konusu olamaz.<sup>57</sup> CMK'nın "*hakimin davaya bakamayacağı haller*" başlıklı 22/1/h maddesine göre; *hakim...aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, hakimlik görevini yapamaz. Burada dikkat edilecek husus hakimin yasaklı sayılması için muhakeme sırasında tanık sıfatıyla dinlenmiş olması gerekliliğidir. Örneğın soruşturma sırasında savcı tarafından tanık olarak çağırılıp dinlenen hakimin, kovuşturma aşamasında aynı olayla ilgili davada hakimlik yapması yasaktır. Olaya tanık olmakla birlikte, bu sıfatla dinlenmemiş hakimin yasaklılığı söz konusu olmaz. Ancak aşağıda inceleyeceğimiz üzere, bu durumda tarafsızlığından şüpheye düşüren sebebin varlığı söz konusu olabilecektir.*

---

<sup>55</sup> Nitekim AİHM'nin değişik kararlarında sıklıkla ifade ettiği üzere "Adalet sadece gerçekleştirilmeli, aynı zamanda da gerçekleştirildiğı görülmelidir /Justice must not only be done, it must also be seen to be done" **ESSER**, (2002) 109 vd.

<sup>56</sup> ŞAHİN, Ceza Muhakemesi-I (2012) s.79

<sup>57</sup> Hakim kural olarak önüne getirilen ve yetkisi dahilinde olan davalara bakmamazlık edemez. Ancak objektif olamayacağı durumlarda hakimi yargılama yapmaya zorlamak sakıncalıdır. Kanunlar bu sakıncaları önlemek ve hakimlerin objektif yargılama yapmalarını sağlamak amacıyla bazı önlemler almışlardır. CMK. m.22 ve devamındaki düzenlemeler bu önlemleri oluşturur. **TOROSLU-FEYZİOĞLU**, (2015) s.107; Benzer şekilde bkz. **CENTEL-ZAFER**, (2011) s.646

Kanunkoyucu CMK m.22 ve 23'te öngörülen yasaklılık hallerinde, hakim tarafsız davranamayacağını davransa bile kamuoyunda adil bir yargılama yapıldığına ilişkin inancın sağlanamayacağını kabul etmiştir. Dolayısıyla bu hallerde sadece böyle bir durumun var olup olmadığının tespiti yapılır. Eğer hakim yasaklı olduğu bir hal varsa, ayrıca bu durumun hakim tarafsızlığını etkileyip etkilemeyeceği araştırılmaz. Bu hallerde hakim görev yapamaz. Görev yasaklarına uymamak, kesin hukuka aykırılık halidir (CMK m.289/1/b).<sup>58</sup> Dolayısıyla muhakemede tanık sıfatıyla dinlenmiş olan kimsenin de hakimlik yapması, herhangi bir araştırma gerektirmeksizin yasaktır.

Hakimin davaya bakmasının yasak olduğu haller dışında, tarafsızlığını şüpheye düşürecek hallerin de ortaya çıkabileceğini öngörmüştür. Ancak kanunkoyucu, davaya bakmasının yasak olduğu haller gibi bunları tek tek, tahdidi olarak saymamış; sadece genel bir ifade kullanmayı tercih etmiştir.<sup>59</sup> Bu bağlamda CMK'nın 24. maddesinde *"Hakimin davaya bakamayacağı hallerde reddi istenebileceği gibi, tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı da reddi istenebilir."* denilmek suretiyle, yasaklı olduğu haller dışında başkaca sebeplerle de tarafsızlığının tehlikeye düşebileceği kabul edilmiş; ancak bu sebepler sayılmamıştır. Hakimin yasaklı olduğu sebeplerden farklı olarak tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebepler bakımından iki aşamalı bir denetim yapılır. Birinci olarak hakim tarafsızlığını tehlikeye düşürecek ileri sürülen sebebin varlığı tespit edilir. İkinci olarak ise bu sebep var ise hakim tarafsızlığını etkileyip etkilemeyeceğine bakılır. Yani burada ileri sürülen sebebin varlığı, otomatik olarak hakim tarafsız davranamayacağı hususunda bir karine oluşturmaz. Bu bağlamda örneğin sanığın hakim eski iş ortağı olması, en iyi arkadaşı olması, uzaktan akrabası olması, vs. gibi haller, hakim yasaklı olduğu bir sebep oluşturmamakla birlikte; tarafsızlığından şüpheye düşüren bir sebep olabilecektir. Bu bağlamda kanaatimizce olayın tanığı olan hakim, muhakemede daha önce tanık olarak dinlenmemiş olsa bile, yukarıda açıkladığımız nedenlerle, CMK m.24/1 hükmüne dayanarak davadan çekinmelidir.<sup>60</sup>

## 5. DOLAYLI MADDİ GERÇEK, DELİLLERİN MÜŞTEREKLIĞİ VE ÇELİŞMELİ MUHAKEME

Delillerin müşterekliği ilkesi, yargılama sırasında değerlendirmeye alınan ve hükme esas teşkil eden tüm delillerin içeriğinin tarafların ve yargılama ma-

---

<sup>58</sup> ŞAHİN, Ceza Muhakemesi-I (2012) s.79

<sup>59</sup> CENTEL-ZAFER, (2011) s.648

<sup>60</sup> Aynı yönde bkz. TOROSLU-FEYZİOĞLU, (2015) s.175

kamının ortak bilgisine sunulmasının zorunluluğunu ifade eder.<sup>61</sup> Bu bağlamda ceza muhakemesinde yargılama makamının maddi gerçeğe dolaylı olarak, bir başka ifade ile deliller vasıtasıyla ulaşması zorunluluğu, aynı zamanda delillerin müşterekliği ilkesinin de bir gereğidir. Nitekim hakim uyuşmazlık konusu olaya ilişkin doğrudan kendi kişisel algısı ve bilgisiyle hareket ederse, o zaman kendi doğrudan algılamalarını maddi gerçeği bulmada kullanmış olacaktır. Bu durumda olayı aydınlatan delil hakimın kişisel algısıdır; ancak bu algı duruşmada ortaya konulmamış, kamuoyu ve taraflarla paylaşılmamış, üzerinde tartışılmamıştır.<sup>62</sup>

Bu noktada hakim yürüttüğü duruşma sırasında, uyuşmazlık konusu olaya ilişkin kendi doğrudan algısını –örneğin tanıklığını- taraflarla ve kamuoyu ile paylaşsa ne tür sakıncalar doğabilir? sorusu akla gelebilir. Ancak bu durumda hakimın yargılama makamını işgal ettiği bir davada “şimdi kendimi tanık olarak dinliyorum” ya da “şimdi tanık olarak doğrudan bilgi sahibi olduğum hususları sizinle paylaşıyorum” demek suretiyle bunları duruşmada paylaşması halinde 1)bu sırada yargılama makamının boş kalacaktır. Çünkü kendisi o sırada tanık olarak beyanda bulunuyor olacaktır. 2)Açıklamaları yaptığı anda hakim olarak olaya ilişkin rengini belli edecek, açıkça ihsas-ı reyde bulunacaktır. 3) Hakimın beyanı üzerinde tarafların tartışması ve sonuçta beyanı üzerinde tartışılan kişinin kararı verecek olması gibi hukuk mantığının kabul etmeyeceği, garip bir durum ortaya çıkacaktır. Bu nedenle uyuşmazlık konusu olayın tanığı olan hakimın kendi kişisel bilgisiyle hareket etmesi ama bu bilgisini taraflarla ve kamuoyuyla paylaşmaması delillerin müşterekliği ilkesini ihlal edecektir.

---

<sup>61</sup> Belge delilinin duruşma sırasında okunmasının zorunlu olması (CMK m.209) delillerin müşterekliği ilkesinin bir sonucudur. Bu ilkeye göre duruşmada ortaya konulan delillerin içeriğine kural olarak hem yargılama makamının hem de tarafların vakıf olabilmesi gerekir. Dolayısıyla mahkeme bir belge delilini sadece kendisi sessizce okuyarak değerlendirmeye alamaz. Aksi takdirde özellikle savunma bakımından önemli dezavantajlar ortaya çıkabilecektir. Eğer söz konusu belge delili sanığın suçluluğuna ilişkin ise, sanık içeriğini bilemediği için bu delile karşı anlamlı bir savunma yapamayacaktır. Aynı şekilde savunmanın lehine olan bir delil bakımından, iddia makamı da delilin doğruluğunu test etme imkanına sahip olamayacaktır. Dolayısıyla belge delillerinin tartışılabilmesi bakımından bunların duruşmada okunması çelişmeli muhakeme ilkesinin de getirdiği bir zorunluluktur. Son olarak belge delillerinin duruşmada okunması aynı zamanda aleniyet ilkesinin de anlam kazanabilmesi bakımından önemlidir. Nitekim duruşma salonundaki izleyiciler, ortaya konulan delillerin içeriğini bilemezlerse, orada bulunmalarının önemi kalmayacaktır. Belge delilleri bakımından izleyicilerin içeriği öğrenmesi ise ancak belgenin okunması suretiyle söz konusu olabilecektir. Hakan KARAKEHYA, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s.241

<sup>62</sup> Nitekim delillerin müşterekliği ilkesine göre, delillerin içeriğinin sadece hakim tarafından bilinmesi yetmez; bunu tarafların da öğrenmesi sağlanmalıdır. **TOROSLU-FEYZİOĞLU**, (2015) s.175

Maddi gerçeğe ulaşmanın yönteminin çelişmeli muhakeme yöntemi olduğunu yukarıda ayrıntılı olarak ifade etmiştik. Bu ilkenin temel gereği ise tarafları delillerin içeriğini öğrenip bunlar üzerinde tartışma imkanına sahip olmasıdır.<sup>63</sup> Hakimin olayın şahidi olduğu ve doğrudan duruşmada ortaya konulamayan kendi kişisel algısı üzerinden karar verdiği durumlarda, hükme esas teşkil eden bir delilin ortaya konulamaması, tarafların ve kamuoyunun bilgisine sunulmaması, en önemlisi de tarafların bunun üzerinde tartışmaması çelişmeli muhakeme ilkesinin ihlalini oluşturur. AİHM'nin değişik içtihatlarında ortaya koyduğu üzere adil yargılanma hakkının kapsamında yer alan en önemli alt haklardan birisi olan çelişmeli muhakeme ilkesine ilişkin hakkın ihlali ise aynı zamanda adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilmelidir.<sup>64</sup> Olayın tanığı bir hakim bile olsa onun algılamasının üzerinde tartışılmaksızın, algılamasının doğru olup olmadığının tarafların sorularıyla test edilmeksizin hüküm kurulması adaletin tecellisi bakımından ciddi bir tehdit oluşturacaktır.

Nitekim insanlık uyumsuzluk konusu olayın ne şekilde tespit edilmesi gerektiğine ilişkin birçok farklı yöntem denedikten sonra, bunun en iyi yolunun eşit silahlanmış tarafların duruşma salonunda kendilerinin lehine olan hususları ileri sürmek suretiyle çelişmesi olduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>65</sup> Bu yöntemde her bir taraf kendisinin en lehine olan hususları ileri sürmek suretiyle çelişmeye katılacak, maddi gerçek de en doğru haliyle bu şekilde ortaya çıkacaktır. Kendi bilgisini ortaya koymaksızın, ona dayanarak karar veren hakim ise, hükmün temel dayanağı olan delil (kendi beyanı) üzerinde tartışılmasına olanak vermeden hükmünü kurmuş olacaktır. Bu nedenle olayın tanığı olan hakim, bu olaya ilişkin dava önüne geldiğinde, davadan çekilmeli ve tanıklık yapmalıdır.

## SONUÇ

Maddi gerçek uyumsuzluk konusu olayın deliller vasıtasıyla ortaya konmuş halini ifade etmektedir. Bu bağlamda maddi gerçeğin bulunması, ceza muhakemesi faaliyetinin temel amaçlarından birisini oluşturmaktadır. Nitekim cezai uyumsuzluğun çözümü için uyumsuzluk konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğinin, cezaya etkili tüm hususlar bakımından deliller aracılığıyla, şüpheye mahal bırakmayacak şekilde tespit edilmesi zorunludur. Maddi gerçeğe ulaşmanın kıstası yargılama makamının vicdani kanaati, yöntemi ise çelişmeli muhakemedir.

---

<sup>63</sup> İNCEOĞLU, (2002) s.247 vd.

<sup>64</sup> KARAKEHYA, Duruşma (2008) s.220 vd.

<sup>65</sup> Bu konuda bkz. SILVER, s.1007 vd

Ceza mahkemesi maddi gerçeğe dolaylı olarak, bir başka deyişle delilleri kullanarak yapmalıdır. Yargılama makamının doğrudan kendi kişisel algılamaları ya da bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olaya ilişkin kanaate varması birçok sakıncalı durum ortaya çıkarmaktadır. Bir şey hakkında doğrudan bilgi sahibi olan kimsenin yerine, dolaylı bilgi sahibi olan kimsenin cezai uyuşmazlığı çözüme kavuşturmasının tercih edilmesi ilk başta garipsenebilir. Nitekim adaletin sadece gerçekleştirilmesi yetmez; bununla birlikte, adaletin gerçekleştirildiğinin kamuoyu tarafından görülmesi de gerekir. Adaletin tesis edildiğinin toplum tarafından görülemediği ve test edilemediği durumlarda etkin bir adalet sisteminin varlığından söz edilemez. Bu nedenle ceza muhakemesinde sadece akla ve hukuka uygun, doğru bir karar verilmesi değil; buna yönelik kamuoyu güveninin sağlanması da amaçlanır. Bu bağlamda hakim sadece kendi kişisel bilgisine dayanarak karar verdiğinde, hakimin, ortaya konulan deliller ne kadar aksi yönde olursa olsun, kendi kişisel algısı yönünde hüküm kurması muhtemeldir. Bu halde ise duruşmada ortaya konulmayan, kamuoyunun ve tarafların bilmediği, üzerinde tartışılmayan bir veriye bağlı olarak hüküm kurulmuş olacaktır.

Bununla birlikte insan üstü bir hakim, olayın tanığı olmasına rağmen bu kişisel algılamasından etkilenmeksizin hüküm kursa bile, onun olaya tanık olduğunu bilen kamuoyunun ve tarafların hakimin kişisel algısıyla hareket etmediği konusunda güveni sağlanamayacaktır. Bu durumda hakim, çoğu kez tarafsızlığını kaybetmiş olma şüphesi altında kalacaktır. Bu nedenlerle uyuşmazlık konusu olaya ilişkin doğrudan bilgisi olan hakim, dava önüne geldiğinde çekilmeli ve başka bir hakimin bakacağı söz konusu davada tanık olarak beyanda bulunmalıdır. Nitekim bu tür zorunlu hallerde hakimlik görevi başka bir hakim tarafından ikame edilebilecekken, tanıklığın ikamesi çoğu kez mümkün değildir.

Yargılama makamının maddi gerçeğe dolaylı olarak, bir başka ifade ile deliller vasıtasıyla ulaşması zorunluluğu, aynı zamanda delillerin müşterekliği ve çelişmeli muhakeme ilkelerinin de bir gereğidir. Nitekim hakim uyuşmazlık konusu olaya ilişkin doğrudan kendi kişisel algısı ve bilgisiyle hareket ederse, o zaman kendi doğrudan algılamalarını maddi gerçeği bulmada kullanmış olacaktır. Bu durumda olayı aydınlatan delil hakimin kişisel algısıdır; ancak bu algı duruşmada ortaya konulmamış, kamuoyu ve taraflarla paylaşılmamıştır ve üzerinde tartışılmamıştır. Bu nedenle olayın tanığı olan hakim, bu olaya ilişkin dava önüne geldiğinde, davadan çekilmeli ve tanıklık yapmalıdır. Kanunkoyucu da uyuşmazlık konusu olayın tanığı olan ve bu sıfatla dinlenen kimsenin, o olayda hakimlik yapmasını yasaklamıştır (CMK m.22). Bununla birlikte olayın

tanığı olan hakim, tanık sıfatıyla dinlenmemiş olsa bile (yasaklılık hali olmasa da ) CMK m.24 uyarınca tarafsızlığından şüpheye düşüren nedene dayanarak davadan çekilmelidir.

◆◆◆◆

### KAYNAKÇA

- BEULKE, Werner. **Strafprozessrecht**, C.F. Müller, Heidelberg 2005
- CENDEL, Nur-Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2011
- CİHAN, Erol. “Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1963/3–4
- ÇEÇEN, Anıl. **Adalet Kavramı**, Gündoğan Yayınları, Ankara 1993
- EICKER, Andreas. **Die Prinzipien der materiellen Wahrheit und der freien Beweiswürdigung im Strafprozess**, Centaurus Verlag, Deutschland (Herbolzheim) 2001
- ESSER, Robert. **Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht**, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2002
- FEYZİOĞLU, Metin. **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002
- FEYZİOĞLU, Metin. **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, US-A Yayıncılık, Ankara 1998
- GOODPASTER, Gary. “On the Theory of American Adversary Criminal Trial”, **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Vol. 78, No:1, 1987
- GÖZLER, Kemal. **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınevi, Bursa 1998
- HAFIZOĞULLARI, Zeki. **Ceza Normu**, US-A Yayıncılık, Ankara 1996
- HEINRICH, Bernd. “Rechtstaatliche Mindestgarantien im Strafverfahren”, **JURA**, 2003/3
- KARAKEHYA, Hakan. “AİHM Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Çelişmeli Muhakeme ve Silahların Eşitliği” **Güncel Hukuk Dergisi**, Kasım 2007
- KARAKEHYA, Hakan. “Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Haziran 2006
- KARAKEHYA, Hakan. “Hak Kavramı”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Şubat 2006

KARAKEHYA, Hakan. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008

KARAKEHYA, Hakan. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2015

KEYMAN, Selahattin. **Ceza Muhakemesinde Savcılık**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970

KOCA, Mahmut. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", **Ceza Hukuku Dergisi**, 2006/2

KOCA, Mahmut-İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012

LANGBEIN, John H. **The Origins Of Adversary Criminal Trial**, Oxford University Press, New York 2010

ÖZGEN, Eralp. **Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1968

ÖZTÜRK, Bahri-Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

PIERSON, Christopher. **Modern Devlet**, Çev. Dilek Hattatoğlu, Çivi Yazıları, İstanbul 2000

RANFT, Otfried. **Strafprozessrecht**, Boorberg Verlag, Deutschland (Stuttgart, München...) 1995

ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht**, C.H. Beck, München 1998

SAMAHA, Joel. **Criminal Procedure**, 9. Edition, Cengage Learning, Stamford 2015

SILVER, Jay Sterling. "Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right", **Wisconsin Law Review.**, 1990

SOYASLAN, Doğan. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yekin Yayınevi, Ankara 2006

ŞAHİN, Cumhur. **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012

ŞAHİN, Cumhur. **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005

TOROSLU, Nevzat. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005

TOROSLU Nevzat-Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2015



ÜNVER, Yener-Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012

VOLK, Klaus. **Grundkurs StPO**, C.H. Beck Verlag, München 2005

VOLKMANN-SCHLUCK, Thomas. "Continental European Criminal Procedures: True or Illusive Model", **American Journal of Criminal Law**, 1981/1

YURTCAN, Erdener. **Ceza Yargılaması Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005

YURTCAN, Erdener. **Kesin Hükmün Ceza Muhakemesini Önleme Etkisi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1973

## DIŞ BEDEN MUAYENESİ

*External Physical Examination*

**Doç. Dr. Berrin AKBULUT\***

### ÖZET

Dış beden muayenesi, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fiziki Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemede dış beden muayenesinin soruŐtırma ve kovuŐtırma organları tarafından değil tabip tarafından yapılacağı hükme bağlanmıştır. Dış beden muayenesi, beden muayenesi ayrımlarından biridir. Beden muayenesinin diğer Şekli ise iç beden muayenesidir. Dış beden muayenesine delil elde etmek amacıyla başvurulmaktadır. Sadece Şüpheli veya sanık hakkında değil, diğer kişiler için de dış beden muayenesi yaptırılabilmesi mümkündür. Ancak diğer kişilerin dış beden muayenesi Şüpheli veya sanıktan farklı olarak Ceza Muhakemesi Kanunumuzda (m. 76) düzenlenmiştir. Diğer kişilerin dış beden muayenesi, iç beden muayenesi ve vücuttan örnek almayla aynı Şekilde hüküm altına alınmıştır. Dış beden muayenesi için herhangi bir suçun varlığı yeterli kabul edilmiştir. Hapis cezasının süresiyle ilgili sınırlama öngörölmemiŐtir. Dış beden muayenesinin yapılabilmesi için talep veya karar gerekmektedir. Şüpheli veya sanık için talep, diğer kişiler içinse karar aranmaktadır. Kolluk görevlileri de Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin yapılmasını doktordan talep edebilmektedir. Dış beden muayenesinin yapılabilmesi için kişinin rızasının bulunması Şart değildir. Rıza gösterilmese de dış beden muayenesi yapılabilir.

**Anahtar Kelimeler:** Dış Beden Muayenesi, İç Beden Muayenesi, Şüpheli, Sanık, Diğer Kişiler, Talep Veya Karar, Rıza.

### ABSTRACT

External physical examination is regulated in the fifth article of *the Regulations on Physical Examination, Molecular Genetic Examinations and Physical Identification*. In this regulations it is resolved that external physical examination should not be made by investigation and proceeding organs but rather by physicians. External physical examination is one of the two parts of physical examination. Internal examination is the other part. External examination is applied to obtain evidences and it can be performed not only on suspects or accused people but also on other people. However, differently from suspects or accused people, external examination of other people is regulated in our Criminal Procedure Code (art. 76). External examination of other people is legislated in the same way as internal body examination and taking samples

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. E-mail: bakbulut@selcuk.edu.tr.

from body. Presence of any crime is sufficient to perform an external examination and there is no prescribed limit on the term of imprisonment. Additionally either a request or a decision is required for external examination. There should be a request for suspects or accused people and a decision for other people. Also law enforcement agents can request external examination of suspects or accused people from a physician. There is no need for the consent of the person concerned to be able to perform external examination. Even without, external examination can be performed.

**Keywords:** External Physical Examination, Internal Physical Examination, Suspect, Accused Person, Other People, Request Or Decision, Consent.



## GİRİŞ

Ceza muhakemesi, suç işlendiği şüphesinin öğrenilmesiyle başlayan ve hükmün kesinleşmesine kadar olan süreci ifade etmektedir. Bu süreç içinde işlenen suçla ilgili maddi gerçeğin tespit edilebilmesi ve hüküm kurulabilmesi için delillere ihtiyaç duyulmaktadır. Bunun için de bir takım yollara başvurulmaktadır. Delil elde etmek için başvuru olan bu yollardan biri de dış beden muayenesidir.

Dış beden muayenesi, kural olarak tabip tarafından tıbbi araçlar kullanılarak kısmen veya tamamen çıplak vücudun elle ve gözle incelenmesini ifade etmektedir. Yaşayan insanlar üzerinde yapılan incelemedir. Beden muayenesi, Ceza Muhakemesi Kanunumuzda gözlem altına alınma, keşif ve otopsiyle aynı bölümde (şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi yönetmelikte) düzenlenmekle beraber otopside, adli muayeneden, gözlem altına alınmadan farklıdır. Temel hakka müdahale ettiği için koruma tedbiri niteliğine de bulunmaktadır. Bununla beraber üst aramasından, gözaltına alınan kişinin sağlık kontrolünden geçirilmesinden de farklıdır. Dış beden muayenesine şüpheli sanık dışında tanık, mağdur, çocuk ve diğer üçüncü kişiler de maruz kalabilmektedir. Ancak muayene edilecek kişinin kadın olmasına ilişkin özel belirleme yapılmış ve kadının istemi halinde dış beden muayenesinin kadın hekim tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. Bunun için olanakların elvermesi gerekir.

Dış beden muayenesi, ceza muhakemesinin tartışılan konularından birini oluşturmaktadır. Bu hem düzenlemenin yapılma yeri hem de içerik itibarıyla yaşanmaktadır. Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesine ilişkin düzenlemenin Kanunda değil de Yönetmelikte yapılması eleştirilen konuların başında gelmektedir. Bunun dışında iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi ayrımı ve ayırmada kullanılan ölçütler de doktrinde eleştirilen konulardan bir diğerini oluşturmaktadır. Ayrıca düzenlemede yer verilen kadının muayenesi-

ne ilişkin hüküm, tanıklıktan çekinmeye ilişkin belirlemeler de tartışılan hususlardandır. Bu çalışmada doktrinde yaşanan bu eleştiriler ve tartışmalar, beden muayenesinde yapılan ayrımlar, dış beden muayenesinin neyi ifade ettiği, iç beden muayenesinden ve aramadan farkı, dış beden muayenesinin şartları incelenecektir.

## I. BEDEN MUAYENESİ

### A. Genel Olarak

Beden muayenesi, Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 75, 76 ve 77. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik ve bu Yönetmelikte de konuya ilişkin hükümler bulunmaktadır<sup>1</sup>. Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanununun 66. maddesinde (son fıkrasında) herhangi bir kişi belirlemesi yapılmaksızın, hazırlık soruşturmasında muayeneleri icap eden kimselerin muayenelerinin, cumhuriyet savcılarının talebi ile yapılacağı düzenlenmişti<sup>2</sup>. Düzenleme ayrıntılı olmadığı gibi, maddi gerçeğe ulaşılması ve şüpheli ve sanığın insan hakları açısından yeterli nitelik taşımamaktaydı<sup>3</sup>. Eksikliği karşılamak için beden muayenesinin geniş bir şekilde düzenlenmesi uygun görülmüştür (75. madde gerekçesi)<sup>4</sup>. Ancak Ceza Muhakemesi Kanunumuzda yapılan düzenleme iç beden muayenesi açısından olmuştur. Aslında kanunun kabul edilen ilk şeklinde (04.12.2004 tarihinde) bedenın tıbbi muayenesi ifadesi kullanılmıştır. Bedenin tıbbi muayenesi yalnızca muayeneye maruz kalacak kişiler yönünden ayrılmış, şüpheli veya sanığın beden muayenesi 75. maddede, diğer kişilerin beden muayenesi ise 76. maddede hüküm altı-

---

<sup>1</sup> Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik daha sonra yapılacak belirlemelerde yalnızca Beden Muayenesi Yönetmeliği olarak ifade edilecektir.

<sup>2</sup> Kapsamı ve koşulları belirtilmemiştir. Dolayısıyla da doktrinde isimlendirilmesi ve hangi kapsamda olduğu tartışmalıydı. Arama kapsamında olup olmadığı, araştırma niteliğinde olup olmadığı, bağımsız bir koruma tedbiri olup olmadığı tartışmalıydı. Kullanılan isim de farklıydı: Ayrıntılı bilgi için bkz.: Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2015, s. 288, 289. Örneğin bazı yazarlar vücudun incelenmesi kavramı kullanıp, aramadan farklı olduğunu belirtmekteydiler: Yenisey, Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, Ankara 1995, s. 79.

<sup>3</sup> Bu dönemde Alman hukukunda yapılan değişiklikler belirtilerek hukukumuzda da benzer düzenlemelere gidilmesinin faydalı olacağı ifade edilmiştir: Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü, Onikinci Bası, İstanbul 2003, s. 753-755; Yenisey, s. 80-83.

<sup>4</sup> CMUK m. 66'ya yönelik eleştiri için bkz.: Centel, Nur, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 505.

na alınmıştır. Beden muayenesi bunun dışında bir ayrıma tabi tutulmamıştır<sup>5</sup>. 25.05.2005 tarihinde 5353 sayılı Kanunla CMK'nun 75. ve 76. maddelerinde değişiklik yapılarak, bedenın tıbbi muayenesi ibaresi yerine şüpheli veya sanık açısından iç beden muayenesi kavramı kullanılmış, diğer kişiler yönünden ise bedenın tıbbi muayenesi düzenlemesi yerine iç veya dış beden muayenesi ifadesine yer verilmiş, böylece iç beden muayenesi-dış beden muayenesi ayrımı hukukumuzda girmiştir. Ancak CMK'da iç beden muayenesi düzenlenirken şüpheli veya sanığın dış beden muayenesine ilişkin hükme yer verilmemiştir. Bu eksiklik 01.06.2005 tarihli Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fiziki Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesiyle giderilmeye çalışılmıştır. Bazı temel hak ve hürriyetlere (vücut bütünlüğüne, özel hayata) müdahale niteliği taşıyan bu işlemin kanun yerine yönetmelikte düzenlenmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve kanunilik ilkesine aykırı olduğu, Anayasanın 13. maddesini ihlal ettiği belirtilmiştir<sup>6</sup>.

Kişi üzerinde yapılan muayene, tıbbi bir işlemi ifade etmektedir. Tıbbi olarak beden muayenesi, tabip tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeleri ifade etmektedir (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 3). Ceza muhakemesi açısından beden muayenesi ise, delil elde etmek için şüpheli, sanık ve diğer kişiler üzerinde vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi ile kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini ifade etmektedir (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 3).

Beden muayenesi, hukukumuzda farklı ayrımlara tabidir. Ayrımlardan bir tanesi muayeneye maruz kalan kişiler yönünden söz konusu olmaktadır. Bu ayrıma göre beden muayenesi şüpheli veya sanığın beden muayenesi ile diğer kişilerin beden muayenesi olarak ikiye ayrılmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunumuz, 75. maddede şüpheli veya sanığın beden muayenesini, 76. maddede ise diğer kişilerin beden muayenesini düzenlenmiştir. Beden muayenesinin diğer ayrımı, dış beden muayenesi ve iç beden muayenesi olarak karşımıza

---

<sup>5</sup> Düzenlemenin sorunlu olduğuna ilişkin olarak bkz.: Dülger, İbrahim/Akbulut, Berrin/Cin, Onursal/Aydın Murat, "Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Beden Muayenesi, Genetik-Moleküler İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti", 11. Ceza Hukuku Günleri, 11.Strafrechtstage, 11th Criminal Law Days, Koruma Tedbirleri ve Türk Anayasaları ile Yeni Anayasa Önerilerinde Koruma Tedbirlerine İlişkin Düzenlemeler (1-3 Haziran 2016), Editör Adem Sözüer, İstanbul 2016, s. 359.

<sup>6</sup> CentelZafer, s. 292; Mahmutoğlu, Fatih Selami, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>, s. 3; Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2015, s. 286.

çıkılmaktadır. Bu ayırım Ceza Muhakemesi Kanunumuzda şüpheli veya sanığın beden muayenesi yönünden açıkça ifade edilmese de (iç beden muayenesinin kabul edilmesinden dış beden muayenesinin de bulunduğu anlaşılmaktadır), diğer kişilerin beden muayenesine ilişkin 76. maddesinde bedenin iç ve dış muayenesi kavramı kullanılarak açıkça belirtilmiştir. Yönetmeliğin 4 ve 5. maddelerinde ise, şüpheli veya sanık açısından iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi ayrı ayrı hükme bağlanmış, diğer kişilerin beden muayenesine ilişkin düzenlemede ise 76. maddedeki gibi bedenin iç ve dış muayenesi kavramı kullanılmıştır. Dış beden muayenesi-iç beden muayenesi ayrımı, incelemenin yapıldığı vücut kısımlarına göre ifade edilmektedir. Kanun koyucu 77. maddede ayrıca kadının muayenesine ilişkin bir hükme yer vermiştir. Kadının muayenesi farklı bir ayırım oluşturmamakla birlikte cinsiyeti nedeniyle 77. maddede yalnızca muayeneyi yapacak hekim açısından ayrıca düzenlemeye gidilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunumuzda beden muayenesi düzenleyen 75. ve 76. maddelerde beden muayenesiyle birlikte vücuttan örnek alınması da düzenlenmiştir<sup>7</sup>. Beden muayenesine ilişkin yönetmelikte ise, vücuttan örnek alınması beden muayenesinden ayrı olarak düzenlenmiş, şüpheli veya sanığın vücutundan örnek alınması ve diğer kişilerin vücutundan örnek alınması olmak üzere ikili ayırım şeklinde hükme bağlanmıştır. Yani beden muayenesindeki gibi işlemin muhatabına göre ayırma tabii tutulmuştur. Ancak vücuttan örnek alınmanın beden muayenesinden ayrı bir işlem mi yoksa beden muayenesi içinde mi olduğu belirlemesinin yapılması sonucunu doğurmuştur. Doktrinde bazı yazarlar, madde başlığından iki ayrı tedbirin düzenlendiği izlenimi ortaya çıksa da vücuttan örnek alınmanın aslında muayeneyi gerektirdiğinden örnek alınmanın da muayene içinde değerlendirilebileceğini<sup>8</sup>, muayenenin kapsamına girdiğini<sup>9</sup> ifade etmektedirler. Bazı yazarlar ise vücuttan örnek alınmanın beden muayenesiyle birlikte bedene müdahale teşkil ettiğini (bedene müdahalenin iki şeklini oluşturduklarını), ancak vücuttan örnek alınmanın beden muayenesi

---

<sup>7</sup> Doktrinde muayene için beden, örnek alma için vücut kavramlarının kullanılmasının yerinde olmadığı, terimlerin rastgele seçildiği izlenimi verdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz.: Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015, s. 521. Ancak doktrinde bazı yazarlar beden ile vücut aynı anlama gelmekle beraber kanun koyucunun muayene ile örnek almayı birbirinden ayırmak için böyle bir tercihte bulunduğunu belirtmektedirler: Turhan, Faruk, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AIHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 1028.

<sup>8</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 523.

<sup>9</sup> Turhan, Beden Muayenesi, s. 1033.

kapsamında görülmeyip (kanun koyucu tarafından) ayrıca düzenlediğini<sup>10</sup>, ayrı bir işlem olduğunu<sup>11</sup>, her iki işleme aynı anda başvurulacağı gibi farklı zamanda da söz konusu olabileceğini belirtmektedirler<sup>12</sup>. Vücuttan örnek alınması, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ile diğer kişilerin iç ve dış beden muayenesiyle aynı şartlara (ayrıca ifade edilen bir iki belirleme dışında) tabi tutulmuş olsa da ayrı bir işlemdir. Bedene müdahale teşkil eden, vücutta bulunan biyolojik ve diğer materyallerin alınması sonucunu doğuran bir işlemdir. Beden muayenesine bağlı olarak yapılsa da aynı anlama gelmemektedir. Yönetmelik düzenlemesi de gerek tanımlara ilişkin belirlemelerinden (m. 3) gerekse işlemlere ilişkin ayrı hükümler koymasından bu sonucu ortaya çıkarmaktadır.

## **B. Beden Muayenesinin Hukuki Niteliği**

Beden muayenesi, Ceza Muhakemesi Kanununun Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif başlığının taşıyan Üçüncü Kısımın Gözlem Altına Alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi adını taşıyan Üçüncü Bölümde düzenlenmiştir. Bölüm itibarıyla farklı yerde düzenlenmekle beraber, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği göstermekte, koruma tedbirlerinin özelliklerini taşımakta ve beden muayenesine ilişkin maddelerde (şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi dışında) koruma tedbirlerinde söz konusu olan belirlemelere (karar verecek kişi, onaylanma gibi) yer verilmektedir. Ancak beden muayenesine ilişkin hükümlerde aynı zamanda beden muayenesini yapacak kişinin tabip olması kabul edilmiş ve bu kişinin şüpheli veya sanık ile diğer kişilerin vücudunu incelemesi düzenlenmiştir. Tüm bu nedenler işlemin niteliğinin ne olduğu sorusunu gündeme getirmiştir. Beden muayenesinin yukarıda belirtilen özelliklere sahip olması nedeniyle çoğunluk yazar tarafından söz konusu muayenenin karma nitelikte bir kurum olduğu kabul edilmiştir. Bu görüşü savunan bazı yazarlar hem koruma tedbiri hem de bilirkişi incelemesi niteliğinde olduğunu<sup>13</sup>, bazı yazarlar hem koruma tedbiri hem de soruşturma aracı olma özel-

---

<sup>10</sup> Centel/Zafer, s. 290, 291, 292.

<sup>11</sup> Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin F./Özaydın, Özdem/Alan Akcan, Esra/Erden, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Dres Kitabı, 9. Baskı, Ankara 2015, s. 517; Apış, Özge, Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması", MÜHF – HAD, C. 18, S. 1, s. 270.

<sup>12</sup> Aksoy İpekçioğlu, Pervin, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu", <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/5000001567/5000000645>, s. 1159.

<sup>13</sup> Mahmutoğlu, s. 2; Turhan, Beden Muayenesi, s. 1026; Aksoy İpekçioğlu, Pervin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", İÜHFH, 2012, C. LXX, S. 1, s. 22; Aksoy İpekçioğlu, Vücuttan Örnek Alma, s. 1164

liklerini taşıdığı<sup>14</sup>, bazı yazarlar ise hem bilirkişi incelemesi, hem keşif hem de koruma tedbiri niteliğinin bulunduğunu<sup>15</sup> ifade etmişlerdir. Koruma tedbiri niteliğinde olduğunu kabul eden yazarlar da bulunmaktadır<sup>16</sup>. Keşif, kural olarak hakim tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan ve delillerin değerlendirilmesini sağlayan bir işlem olduğundan, beden muayenesinin bir keşif niteliğinde olduğunu kabul etmemekteyiz. Beden muayenesinin delil elde etmek amacıyla yapılması, muayenenin tıbbi bilgiler kullanılarak hekim tarafından yapılması ve koruma tedbirlerine ilişkin özellikleri taşıması nedeniyle hem koruma tedbiri hem de bilirkişi incelemesi niteliğinde olduğunu, dolayısıyla karma nitelikli bir kurum olduğunu biz de benimsemekteyiz.

## II. DIŞ BEDEN MUAYENESİ

### A. Genel Olarak

Dış beden muayenesi, şüpheli veya sanık açısından ve diğer kişiler yönünden söz konusu olmaktadır. Ancak Ceza Muhakemesi Kanunumuzda, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi düzenlenmemiş, yalnızca diğer kişilere ilişkin olarak hükme bağlanmıştır. Diğer kişilerin dış beden muayenesi ise farklı olarak belirtilmemiş, iç beden muayenesi ve vücuttan örnek almayla aynı şartlara tabi tutulmuştur (m. 76). Diğer kişiler suç işleme şüphesi altında olmadığından kanun koyucu onlar için daha sıkı güvenceler getirmiş ve iç beden muayenesiyle aynı şartlara tabi tutmuştur. Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ise, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fiziki Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde düzenlenmiş ve tabip tarafından yapılacağı hükme bağlanmıştır. Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin CMK'da düzenlenmemesinin gerekçesi, dış beden muayenesi için karar alınmasına gerek bulunmadığı, soruşturma ve kovuşturma makamlarının bu işlemi kendilerinin yapabileceği şeklinde ifade edilmiş<sup>17</sup> ve bu nedenle doktrindeki bazı yazarlar tarafından dış beden muayenesine ilişkin Yönetmelik düzenlemesinin yanlış bir hüküm olduğu belirtilmiştir<sup>18</sup>. Doktrinde

---

<sup>14</sup> Centel/Zafer, s. 289.

<sup>15</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 524; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 518, 519; Apiş, Özge, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi Ve Vücutundan Örnek Alınması", MÜHF – HAD, 2012, C. 18, S. 1, s. 272.

<sup>16</sup> Kılıç, Ümmügülsüm, "Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi", file:///C:/Users/drakbulut/Downloads/273566.pdf, s. 105.

<sup>17</sup> Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 239.

<sup>18</sup> Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 5. Bası, Ankara 2016, s. 61.



bazı yazarlar ise şüpheli veya sanığın dış beden muayenesine ilişkin kanunda hüküm bulunmamasının, kanun koyucunun iradesinin aramaya ilişkin hükümlerin uygulanması yönünde olduğunu gösterdiği şeklinde yorumlanmıştır<sup>19</sup>. Buna karşılık bazı yazarlar, kanun koyucunun CMK’da hüküm getirmemesini, düzenlemenin yönetmeliğe bırakıldığı şeklinde anlamak gerektiğini, Yönetmelik ile düzenlenmiş olmasının da temel hak ve özgürlükler açısından bir güvence teşkil ettiğini, temelde kanuna aykırı bir durumun olmadığını, Yönetmelik yapılırken soruşturma ve kovuşturma makamlarının bu işlemi kendilerinin yapabileceğine ilişkin düzenleme gerekçesinin dikkate alınmadığını belirtmektedirler<sup>20</sup>. Beden muayenesi, temel hak ve hürriyetlere, bu anlamda vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşıyan, bu özelliği nedeniyle koruma tedbiri niteliği de olan bir işlemdir. Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”. Yine Anayasanın 13. maddesine göre, “temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir”. Dolayısıyla bu düzenlemeler gereğince dış beden muayenesine ilişkin düzenlemenin kanunda yapılması gerekirdi. Yönetmelikle düzenlenmesi temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasa düzenlemesiyle çelişki oluşturmaktadır. Eğer arama kapsamında değerlendirilecek idiyse yönetmelik düzenlemesinin bulunmaması gerekirdi. Yönetmelikle düzenleme tercihinin her iki açıdan da doğru olmadığı ortadadır. Ancak beden muayenesinin aramayla eş anlama gelmediği de belirtilmelidir<sup>21</sup>. Daha sonra da ifade edileceği gibi beden muayenesinde, beden incelenmesi, bedene dokunulması, bu işlem sırasında tıbbi yöntemlerin kullanılması ve tıbbi değerlendirmelerde bulunulması söz konusudur. Aramada vücutta elbiseler yokken vücuda dokunulması, tıbbi yöntemlerin kullanılması söz konusu olmayıp, gizli olan bir şeyin ortaya çıkarılması için gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla aramadan farklı olarak CMK’da düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir. Doktrinde düzenleme yapılmaması nedeniyle dış muayeneden elde edilen delillerin hukuka uygunluğunun tartışmalı hale geldiği de belirtilmektedir<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, İkinci Baskı, İstanbul 2014, s. 800; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 520.

<sup>20</sup> Turhan, Beden Muayenesi, s. 1031.

<sup>21</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 520 dipnot 258.

<sup>22</sup> Ünver/Hakeri, s. 286

## B. Tanım

Beden Muayenesi Yönetmeliği dış beden muayenesini tanımlamıştır. Yönetmeliğe göre (m. 3), “vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgele-  
rinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi” dış beden muayenesini  
oluşturmaktadır. Bu belirlemeyle vücudun fiziki muayenesi dış beden mua-  
yenesi olarak ifade edilmiştir. Kulak, burun, ağız bölgesinin incelenmesi de  
fiziki muayene olmakla birlikte iç beden muayenesinde ifade edilen boşluk-  
lardan ayırmak için ayrıca ifade edilmiştir. Ancak yalnızca elle ve gözle yapılan  
muayene dış beden muayenesi olarak kabul edilmiştir. Örneğin dinleyerek de  
muayene yapılabilir veya koklayarak vücut kokularının değerlendirilmesi söz  
konusu olabilir. Bu yönden eksik bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Cinsel  
organlar ve anüs bölgesinde yapılan incelemeler de aslında dış beden mua-  
yenesi kapsamındadır. Ancak muayene yapılan yerin kişi bakımından önemini  
göz önüne alınarak iç beden muayenesi kapsamında düzenlendiği benimsen-  
mektedir<sup>23</sup>. İç beden muayenesi ile dış beden muayenesi ayrımı, tıbbi açıdan  
kabul edilen bir ayrım değildir. Hukuki bir kavram niteliği de taşımamaktadır<sup>24</sup>.  
Ancak ceza muhakemesi hukukumuzda tercih edilmiştir. Ayrım tıbbi ölçütlere  
göre yapılmadığı için muayeneyi yapacak kişiler açısından doğru belirleme ni-  
teliği taşımamaktadır. Talep edecek veya karar verecek yetkili kişi ve makam-  
lar, taleplerinde veya kararlarında hangi işlemi istediklerini belirteceklerinden  
ayrımı yapmaları gerekecektir. Ayrıca iç beden muayenesine başvurmak için  
daha sıkı şartlar arandığından (kural hakim ve mahkeme kararı, gecikmesinde  
sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı) ve belirli miktarın üzerin-  
de hapis cezası gerektiren suçlar için başvurulabildiğinden iç beden muaye-  
nesi mi dış beden muayenesi mi olduğunun belirlenmesi önem taşımaktadır.  
Yapılan ayrım bu nedenler gereğince eleştirilebilir. Ayrıca aşağıda belirtilecek  
arama açısından da sorun doğuracak niteliktedir.

Kişinin fiziki muayenesinde dış görünümü, fiziki yapısı, reaksiyonları, ce-

---

<sup>23</sup> Mahmutoğlu, s. 12.

<sup>24</sup> Doktrinde de ayrımın tıbbi ve hukuki kavram olduğunun tartışılabileceği, kaynak Alman ka-  
nununda olduğu gibi vücuda tıbbi müdahalenin söz konusu olup olmamasına göre ayrım  
yapılmasının daha doğru olduğu belirtilmektedir: Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku,  
Ankara 2006, s. 290. Alman Ceza Muhakemesi Kanununda dış beden iç beden ayrımı bulun-  
mayıp, basit beden muayenesi ve vücuda yapılan diğer müdahaleler ayrımı bulunmaktadır.  
Ayrım, müdahale sırasında vücuda acı veren tıbbi araç ve gereçlerin kullanılması değil, vü-  
cutta yaralanmayı beraberinde getirmesidir. Vücuttan örnek alınması veya vücuda madde  
verilmesi ya da deri ile kaplı bedenine içine müdahale edilmesi diğer müdahaleler olarak  
nitelendirilmektedir. Tabi vücut boşluklarında yapılan araştırmalar basit vücut muayenesi  
olarak nitelendirilmektedir: Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 290, dipnot 572.

vapları, yürüyüş, oturuş durumu, cilt görünümü, rengi, yapısı, tırnak ve kılları gibi cilt eklentileri, vücudun sıcaklığı, nemi, tansiyon, nabız, psikolojik durumu gibi hususlar incelenir. Beden muayenesi esnasında ise delil elde etmek için kişinin muayenesi yapılır. Örneğin mağdurun beden muayenesi yapılırken vücudunda ekimoz, çöküntü, kabarıklık olup olmadığı, vücutta olağan olmayan değişikliklerin hastalıkla mı yoksa darbeye bağlı olarak mı meydana geldiği, yaranın veya çiziklerin neyle gerçekleştirildiği, vücutta olan izlerin kişi tarafından mı yoksa bir başkası tarafından mı gerçekleştirildiği, şüpheli veya sanığın görme durumu gibi hususlar değerlendirilir. Derinin ve maddede belirtilen organların genel görüntüsü, rengi, bu vücut bölgelerindeki sıyrık ve çiziklerin konumu, yönü, derinliği, yaklaşık uzunluğu gibi bulgular, tabip tarafından dış beden muayenesi sonucunda değerlendirilebilecek sonuçlardır<sup>25</sup>.

Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de bedeninin dış muayenesi olarak kabul edilmektedir (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 5). Girişimsel tıbbi görüntüleme, görüntüleme sistemleri rehberliğinde tanı konması veya çoğunlukla direkt tedavi edici işlemlerin özel aletler kullanılarak uygulanmasını ifade etmektedir. Girişimsel radyolojide tüm görüntüleme yöntemleri (sintigrafi hariç) kullanılabilir. Ultrasonografi (USG), Bilgisayarlı Tomografi (BT), floroskopi ve özel üretilmiş MR cihazları girişim amacı kılavuz yöntem olarak kullanılmaktadır<sup>26</sup>. Bu yöntemde damarlardan veya ciltten girilerek, görüntüleme kılavuzluğunda (Dijital Substraksiyon Anjiyografi, Floroskopi, Ultrason, Bilgisayarlı Tomografi) tanı veya tedaviye ilişkin işlemler gerçekleştirilir. Örneğin anjiyografi, stentleme bu niteliktedir<sup>27</sup>. Dolayısıyla girişimsel yöntemde damardan veya ciltten girilmesi söz konusu olduğundan, kişiye herhangi bir müdahalede bulunulmadan yalnızca görüntüleme yöntemlerinin kullanılması durumunda dış beden muayenesinden bahsedilecektir. Floroskopi, Ultrason, ekokardiyografi, MR, tomografi gibi araçlarla yapılan işlemler dış beden muayenesi olarak nitelendirilecektir. Görüntüleme için vücuda çeşitli maddelerin verilmesi halinde ise dış beden muayenesi değil, iç beden muayenesi söz konusu olacaktır. Örneğin ilaçlı MR, tomografi çekilmesi iç beden muayenesi olarak değerlendirilecektir. Yine vücuda girilmek suretiyle yapılan işlemlerde de dış beden muayenesi değil, iç beden muayenesinin yapılması

---

<sup>25</sup> Güngör, Devrim/Bakşı, Okan, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler", [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_1115.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1115.htm) (E.T.18.04.2016).

<sup>26</sup> "Girişimsel Radyoloji", [http://www.hisarhospital.com/tr/saglik\\_rehberi/girisimsel-radyoloji-425](http://www.hisarhospital.com/tr/saglik_rehberi/girisimsel-radyoloji-425) (E.T.18.04.2016).

<sup>27</sup> Bkz.: "Girişimsel Radyoloji Nedir?", <http://www.tgrd.org.tr/Sayfalar/Girisimsel-Radyoloji-Nedir/140> (E.T.18.04.2016).

söz konusudur. Örneğin endoskopi, retroskopi, kolonoskopi gibi işlemler iç beden muayenesi niteliğindedir<sup>28</sup>. Göz dibi muayenesi, stetoskop kullanılması da dış beden muayenesidir.

### C. Dış Beden Muayenesi ve Üst Araması

Ceza Muhakemesi Kanunumuza göre, arama şekillerinden biri de üst aramasıdır (m. 116). Üst araması, “kişinin üzerindeki elbise içinde veya altında, kişinin vücudu üzerinde ve doğal boşluklarında tıbbi araçlar kullanılmaksızın gözle ve elle yapılan delil araştırmasıdır”<sup>29</sup>. Üst aramasının ne şekilde yapılacağı ise Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 28. maddesinde düzenlenmiştir. Arama, kural olarak kişinin elbiseler üzerindeyken elle ve gözle delil araştırılmasıdır. Aramada ağız, kulak ve burun boşluklarında saklanmış şeylerin bulunması da söz olabilir<sup>30</sup>. Ağız, koltukaltı gibi beden boşlukları ile ayak, kol, saç arası gibi vücut bölgelerine tıbbi araç veya yöntemler kullanılmaksızın bakılması arama hükümlerine tabidir<sup>31</sup>. Örneğin kişinin ağzına bakılıp, ağzındaki uyuşturucunun çıkarılması, jilet saklanıp saklanmadığının kontrol edilmesi arama hükümleri çerçevesinde yapılacaktır. Yine kolunda iğne izinin bulunup bulunmadığının kontrol edilmesi arama kapsamındadır<sup>32</sup>. Ama koldaki iğne izi mi yoksa başka bir nedenden mi kaynaklandığı beden muayenesinin konusudur. Arama esnasında tıbbi araç kullanılması söz konusu olmaması gerekir. Elbiseler çıkarılmak, bedene bakılmak suretiyle de arama mümkündür. Ancak vücudun elbiseler çıkarılarak bakılmak suretiyle aranması bazı kurallara ve sınırlamalara tabidir. Arama Yönetmeliğinin 28. maddesine göre, kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması hâlinde, üst arama giysiler çıkarılmak suretiyle de icra edilebilmektedir. Görüldüğü gibi Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğine göre giysiler çıkarılmak suretiyle vücudun aranması ancak kişinin üzerinde kanunlara göre izin verilmeyen bir şeyin taşıdığından şüphe edilmesi durumunda ve aramanın amacına başka türlü ulaşılmaması halinde söz konusu olabilecektir. Örneğin kişi, uyuşturucu veya silah taşıyorsa çıplak vücut araması mümkün olacaktır. Bu şekildeki aramada

---

<sup>28</sup> Turhan, Beden Muayenesi, s. 1030.

<sup>29</sup> Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 6. Bası, Ankara 2015, s. 322.

<sup>30</sup> Doktrinde ayırım yapılmadan, bu bölgelerde yapılan muayenenin iç beden muayenesi sayılmayacağı, soruşturma ve kovuşturma organlarının bu işlemleri kendilerinin yapabileceği, bu bölgelerde tabibe yetki verilmesinin doğru olmadığı belirtilerek eleştirilmektedir: Şahin/Göktürk, s. 61, dipnot 52.

<sup>31</sup> 19. CD, 05.11.2015, E. 2015/17157, K. 2015/6698, www.kazanci.com.tr (E.T.20.04.2016).

<sup>32</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 800.

önce bedenın üst kısmındaki giysiler çıkarttırılır, bedenın alt kısmındaki giysiler, üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkarttırılır. Bu giysilerin de mutlaka aranması gerekir. Ancak üst aramasının elbiselerin çıkarılması suretiyle icrası sırasında, vücuda dokunulmaması, yalnızca bakılması gerekir. Dolayısıyla her tür delil elde etmek için çıplak vücudun gözle aranması kabul edilmemiştir. Yalnızca kanunen taşınması yasak olan şeyler için elbiselerin çıkarılarak arama yapılması yönetmelik hükmü gereğince mümkündür. Cinsel organlar ve anüs bölgesinde bulunan şeylerle ilgili arama yapıp yapılamayacağını da belirlenmesi gerekir. Kanunen izin verilmeyen şeyler dışında delil elde etmek için bedenın çıplak aranması, cinsel organlar ve anüs bölgesine bakılması Yönetmelik hükmü gereğince söz konusu değildir.

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü'nün 46. maddesinde, hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğuna dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve kurum en üst amirinin gerekli görmesi hâlinde, çıplak olarak veya beden çukurlarında arama yapılabilecektir. Çıplak arama sırasında "aranan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğuna dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde öncelikle, hükümlüden madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması istenir, aksi hâlde bunun zor kullanılarak gerçekleştirileceği bildirilir. Beden çukurlarındaki arama, cezaevi tabibi tarafından yerine getirilir" hükmü yer almaktadır. Düzenlemeye bakıldığında sorunlar taşıdığı görülmektedir. Her şeyden önce kendisinden çıkarmasının istenmesine ilişkin belirlemenin zorlayıcı şekilde olması nedeniyle Anayasanın 38. maddesinde yer alan, "hiç kimse kendini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" hükmüne aykırı nitelik taşımaktadır. Bunun dışında çıplak aramanın görevliler tarafından kendiliğinden yapılması engellenmek istenip, temel hakkın daha güvenceli hale getirilmesi hedefleniyorsa kurum üst amirine ilişkin belirlemenin Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda yapılması daha doğru olurdu. Bu şekildeki bir düzenleme her ne kadar İnfaz Kanununa (m. 36) aykırı nitelik taşımamaktaysa da özel belirleme yapılmak isteniyorsa bunun Kanunda olması gerekirdi. Tüzüğü'nün 46. maddesine göre, vücudun gözle aranması sırasında gözle görülmeyen, ancak cinsel organlar bölgesinde bir şeyin bulunduğuna dair makul şüphe söz konusuysa bunların elle aranması ve çıkarılması söz konusu değildir. Ancak tabip tarafından iç beden muayenesi çerçevesinde muayene edilmesi söz konusu olacaktır. Tüzükte tabip tarafından arama dense de buradaki işlem iç beden muayenesidir. İç beden muayenesi açısından düzenleme değerlendirildiğinde ise CMK'yla farklılık arz etmektedir.

CMK'da (m. 75) iç beden muayenesi hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısının kararıyla mümkün olabilirken, Tüzükte kurum en üst amiri tarafından gerekli görülürse yapılabilir. Kurum üst amiri ise Tüzüğün 19. maddesine göre müdürdür. Bu şekildeki düzenleme CMK'ya aykırı nitelik taşımaktadır. Eğer CMK'dan farklı düzenleme getirilmek isteniyorsa bunun Tüzükte değil Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda yapılması gerekirdi. Cinsel organda yapılandırılmış olan ve gözle görünen şeylerin, örneğin uyuşturucu maddenin çekip alınması üst araması kapsamında yerine getirilecektir<sup>33</sup>. Üst araması kolluk amirinin yazılı emriyle de yapılabildiğinden, doktrinde bazı yazarlar, kolluğun yazılı emriyle şüpheli veya sanığın çırılçıplak soyularak anüs ve cinsel organlarının görülmesinin söz konusu olmadığı, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla kişinin muayene edilebileceğini belirtmektedirler<sup>34</sup>. Ancak CMK'da buna ilişkin bir sınırlamanın bulunmadığı belirtilmelidir.

Üst araması, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri yapılabilir. Arama kolluk görevlileri tarafından yapılmaktadır (CMK m. 119).

Dış beden muayenesi ise, kural olarak tabip tarafından tıbbi araçlar kullanılarak kısmen veya tamamen çıplak vücudun elle ve gözle incelenmesidir. Vücutta delil elde etmek için elle ve gözle yapılan muayenedir. Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayıldığından, bu tür incelemeler tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından da yapılabilir. Beden muayenesinde çıplak vücuda elle dokunmak, incelemeler yapmak söz konusudur. Yalnızca bakılmak suretiyle icra edilmesi gerekmemektedir. Çıplak vücutta arama yalnızca kanunen izin verilmeyen şeyin bulunması için mümkün olabilirken, beden muayenesi vücudun elle ve gözle incelenmek, tıbbi bilgilerden yararlanarak değerlendirme yapmak, tıbbi araçlar kullanılmak suretiyle delil elde etmek için yapılmaktadır. Şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı, emrindeki adlî kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir. Diğer kişiler üzerindeki dış beden muayenesi ise Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı kararıyla mümkündür.

---

<sup>33</sup> Turhan, *Beden Muayenesi*, s. 1036.

<sup>34</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 502.

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 23. maddesinde, dış beden muayenesinin kapsamını sınırlandıran bir hükme yer verilmiştir<sup>35</sup>. Bu hükme göre, “kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinden başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilecektir. Bu düzenlemeyle söz konusu işlemler olay yeri incelemesi olarak nitelendirilerek, olay yeri inceleme görevlilerinin dış beden muayenesi ve örnek alma şartlarına tabi olmadan delil toplayabilmeleri kabul edilmiştir. 23. madde hükmüyle, hâkim veya savcı kararı aranmadan kolluk görevlilerinin talebiyle hekim veya diğer bir sağlık mesleği mensubu tarafından yapılacak dış beden muayenesi kapsamına giren bazı işlemlerinin kolluk görevlileri tarafından yapılması sağlanmıştır<sup>36</sup>. Ancak dış beden muayenesi kapsamında nitelendirilecek bazı işlemler olay yeri inceleme kapsamına alındığından, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 9. maddesi gereğince bu işlemlerin yapılabilmesi için bu sefer de yazılı emir gerekmektedir. 9. maddeye göre, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlar dışındaki yerlerde olay yeri inceleme işlemleri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emri gerçekleştirilebilmektedir. Bir taraftan hekim yerine kolluk görevlileri kabul edilerek işlemin kolaylaştırılması sağlanmak istenirken diğer taraftan yazılı emir aranmak suretiyle hedeflenen amaç sınırlandırılmıştır. Yönetmeliğin 23. maddesinin amacı, işlemlerin bir karara ihtiyaç duymaksızın kolluk görevlileri tarafından yapılabilmesi amacını taşıırken, getirilen düzenleme ulaşılmak istenen amacı bir hayli sınırlandırmıştır<sup>37</sup>. Bu nedenle doktrinde 23. madde düzenlemesi yapılırken Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 9. madde hükmünün göz önünde bulundurulmadığı belirtilmiştir<sup>38</sup>.

## **D. Dış Beden Muayenesinin Şartları**

### **1. Bir Suça İlişkin Delil Etmek Amacıyla Yapılmalıdır**

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 5. maddesinde, dış beden muayenesinin bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla yapılabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla dış beden muayenesine başvurabilmek için yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturma konusu uyuşmazlıkla ilgili delil elde etmek amacı bulunmalıdır.

---

<sup>35</sup> Turhan, *Beden Muayenesi*, s. 1031, 1032; Mahmutoğlu, s. 14;

<sup>36</sup> Yasa ile düzenlenmeyen bu hususun Yönetmelikle düzenlenmesinin yerinde olmadığına ilişkin olarak Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 524.

<sup>37</sup> Şahin, *Gazi Şerhi*, s. 241.

<sup>38</sup> Turhan, *Beden Muayenesi*, s. 1032.

Şüpheli veya sanık veya diğer kişilerin beden muayenesi, işlenen suçla ilgili son derece önemli delil elde edilmesini sağlayabilmektedir. Suç izlerinin vücut üzerinde kalması doğal olduğundan beden muayenesinden delil elde etmek de ceza muhakemesi açısından kaçınılmaz bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>39</sup>.

Beden muayenesi, Anayasa gereğince tıbbi zorunluluklarla ve kanunda yazılı hallerle yapılabilmektedir. Mevzuatımızda da beden muayenesine ilişkin hükümler bulunmaktadır (1219 sayılı Kanun, 2238 sayılı Kanun gibi). Ancak bu düzenlemeler delil elde etmek için yapılmadığı için beden muayenesi kapsamına girmemektedir<sup>40</sup>. Yine gözaltına alınan kişinin sağlık kontrolünden geçirilmesi, gözlem altına alma işlemi beden muayenesi niteliğinde değildir. Gözaltına alınan kişinin sağlık kontrolünden geçirilmesi CMK m. 99 ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 9 gereğince yapılmaktadır. Bu düzenlemelerin amacı, yakalanan kişinin gözaltına alınmadan önce sağlık durumunun belirlenerek, yakalama esnasında zor kullanmanın sınırının aşılmış olmadığı, gözaltı işlemi süresince herhangi bir işkence veya kötü muameleye maruz kalıp kalmadığının tespit edilmesine yöneliktir<sup>41</sup>. Ayrıca gözaltına alınan kişi devletin koruma ve gözetimi altında bulunduğu için gözaltında yaşanacak sağlık sorunlarının tespit edilerek müdahale ve tedavilerinin yapılmasını sağlamaktır. Dolayısıyla delil elde etme amacı olmadığı için beden muayenesi kapsamında nitelendirilmesi ve beden muayenesi hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. Ancak hekim muayene esnasında Ceza Kanunumuzun 94. maddesinde belirtilen işkence, 95. maddesinde belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence ve 96. maddesinde belirtilen eziyet suçlarının işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlarsa, durumu derhâl Cumhuriyet savcısına bildirmesi gerekmektedir. Bu durumda Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 7 ve 8. maddesine göre işlem yapılacaktır (Yakalama, İfade Alma ve Gözaltına Alma Yönetmeliği m. 9/9). Gözlem altına alma ise, şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için veya yargılama esnasında akıl hastası olduğu iddia edilen kişinin bu durumun yargılama engeli oluşturup oluşturmadığının tespiti için başvurulmuş bir tedbirdir. Bu işlemde de delil elde etme amacı olmadığı için

---

<sup>39</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 798.

<sup>40</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 799.

<sup>41</sup> Turhan, Beden Muayenesi, s. 1037.



beden muayenesi hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir<sup>42</sup>.

## 2. Şüpheli veya Sanık Olmak veya Diğer Kişiler Kapsamında Bulunmak

Dış beden muayenesi, şüpheli, sanık veya diğer kişiler için kabul edilmiştir.

Şüpheli soruşturma aşamasında suç şüphesi altında bulunan kişiyi, sanık ise kovuşturmanın başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade etmektedir (CMK m. 2). Dış beden muayenesinde, şüpheli veya sanık olarak bu işleme maruz kalabilmek için işlenen suçun faili veya ortağı olduğuna ilişkin somut tutanak noktalarının bulunması gerekir<sup>43</sup>. Somut bağlantı bulunduğu sürece potansiyel şüpheli olacak kişiler üzerinde de beden muayenesi yapılabilmesi mümkündür. Şüpheli sıfatı ilk defa beden muayenesi yapılmasıyla ortaya çıkabilir<sup>44</sup>. Şüpheli ve diğer kişiler olması başvuru şartları açısından fark yaratmaktadır.

Dış beden muayenesinin söz konusu olması için soruşturmanın başlamış olması gerekir. Kural olarak yürütülen bir soruşturmada beden muayenesine başvurulabilir. Ancak soruşturmanın beden muayenesi istemiyle başlaması da mümkündür. Bunun için soruşturmayı başlatmayı haklı gösterecek ölçüde suç şüphesi bulunmalıdır. Suç şüphesi beden muayenesi sonucunda çıkacak ise bu tedbire başvurulmaması gerekir. Çünkü beden muayenesine suç şüphesi yaratmak ve soruşturmayı başlatmak için başvurulamaz<sup>45</sup>. Nitekim Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 5. maddesinde, “suça ilişkin delil elde etme amacından” söz edilerek bu husus açıkça aranmıştır. Dolayısıyla da dış beden muayenesine ancak delil elde etmek için başvurulabilir, soruşturma başlatmak için başvurulması söz konusu değildir.

Şüpheli veya sanık, çocuk da olabileceğinden dış beden muayenesine maruz kalabilir. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin düzenlemesinde çocuklara ilişkin herhangi bir belirleme bulunmamaktadır. Ancak fiili işlediği esnada 12 yaşından küçük olanlar ile onbeş yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerin beden muayenesine maruz kalması söz konusu değildir. Bu kişiler, şüpheli ve haklarında soruşturma yapılması mümkün olmakla beraber hiçbir surette suç tespitinde kullanılmaları söz konusu olmadığından delil elde etmek için dış beden muayenesine maruz kalmaları da kabul edilemez (Yakalama, Gözaltına

---

<sup>42</sup> Beden muayenesi olmadığına ilişkin belirlemeler için ayrıca bkz.: Yenisey/Nuhoğlu, s. 799; Turhan, Beden Muayenesi, s. 1037-1039.

<sup>43</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 521.

<sup>44</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 809.

<sup>45</sup> Centel/Zafer, s. 293; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 521.

Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 19). Ancak bu yaş grubu dışındaki çocuklar, şüpheli veya sanık olduklarında delil elde etmek için haklarında dış beden muayenesine başvurulabilecektir.

Diğer kişiler ise, şüpheli veya sanık dışındaki kişilerdir. Mağdur, tanık ve tanık olmayan üçüncü kişiler diğer kişiler kapsamına girmektedir<sup>46</sup>. Diğer kişilerin muayenesine ilişkin CMK'nın 76. maddesinde başlık diğer kişiler olmasına rağmen, madde içeriğinde mağdurdan söz edilmiştir. Bu durum doktrinde eleştirilmiş<sup>47</sup> ve madde düzenlemesi gereğince yalnızca mağdurun beden muayenesinin yapılacağı ifade edilmiştir<sup>48</sup>. Ancak Beden Muayenesi Yönetmeliği (m. 7) gereğince şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin de beden muayenesine tabi olacağı doktrinde kabul edilmiştir<sup>49</sup>. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 7. maddesinde, mağdur ve diğer kişiler ifadesini kullanarak, mağdurun dışındaki kişilerin de beden muayenesine maruz kalacakları hükme başlanmıştır. Ancak burada kullanılan mağdur ve diğer kişiler ayrımı doğru olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira diğer kişiler kavramı, mağdur ve mağdurun dışındaki kişilerin hepsini kapsayan bir genişliktedir<sup>50</sup>. Ancak yanlış anlaşılmanın önüne geçmek için ayrıca mağdur kavramı da ifade edilmiştir. Diğer bir eleştiri de Yönetmeliğin, kanunun çizdiği sınırı aşmış olduğudur. Zira CMK'nın 76. maddesinde sadece mağdur ifade edilmişken, Beden Muayenesi Yönetmeliğinde (m. 7) mağdurun dışındaki kişiler de muayene edilecek kişiler arasında sayılmıştır. Üçüncü kişilerin beden muayenesinin kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir<sup>51</sup>. Yönetmelikte mağdur dışındaki kişilerin de beden muayenesine tabi tutulacağının belirtilmesi, diğer kişiler üzerinde de beden muayenesinin yapılmasının kabul edilmesi doğru olsa da, vücut dokunulmazlığını ihlal eden ve koruma tedbiri niteliğinde olan beden muayenesinin şüpheli veya sanık dışındaki diğer kişiler üzerinde de gerçekleştirilebilmesi için buna ilişkin belirlemenin kanunda yapılması gerekirdi.

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin tanımlar kısmında mağdur tanımını yapmıştır. Diğer kişilerin ne anlama geldiğini açıklamayan Yönetmelik, an-

---

<sup>46</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 526; Aksoy İpekçioğlu, Beden Muayenesi, s. 23, 24.

<sup>47</sup> Centel/Zafer, s. 298; Aksoy İpekçioğlu, Beden Muayenesi, s. 24.

<sup>48</sup> Mahmutoğlu, s. 17; Ünver/Hakeri, s. 291; Yenisey/Nuhoğlu, s. 814.

<sup>49</sup> Şahin/Göktürk, s. 63; Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 295; Mahmutoğlu, s. 17; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 526.

<sup>50</sup> Centel/Zafer, s. 298.

<sup>51</sup> Ünver/Hakeri, s. 291. Yazarlar kanunda düzenlenmediği için diğer kişilerin beden muayenesine maruz kalmalarının kanuna ve hukuka aykırı olduğunu, elde edilen delillerin de hukuka aykırı olacağını belirtmektedirler. Ünver/Hakeri, s. 292.

lamı bilinen mağduru tanımlamıştır. Yönetmeliğe göre, “suçtan veya haksız eylemden zarar gören kişi” mağdurdur. Tanımlama, suçtan zarar gören kişinin dışında, suç olmayan, ancak haksız fiil sayılan eyleme maruz kalan kişinin de mağdur olduğunu ifade etmektedir. Bu şekilde bir belirlemenin yapılması ceza muhakemesi açısından sorun doğuracak niteliktedir. Yönetmelik başlığı “Ceza Muhakemesinde” ifadesiyle başlamakta, amaç, suça ilişkin olarak bazı işlemlerin yapılması olarak belirtilmekte ve dayanak da CMK m. 82 olarak gösterilmektedir. Dolayısıyla Yönetmelik hükümleri suçla ilgili uygulanma niteliğine sahiptir. Kabahatlerle veya başka hukuk dallarıyla ilgili düzenleme niteliği taşımamaktadır. Ceza muhakemesi bir suçla bağlantılı olarak yürütüldüğüne göre, uyumsuzluk konusu suçtan mağdur olanların, mağdur sıfatıyla muayene işlemine maruz kalmaları gerekir. Zaten mağdur dışındaki kişiler, diğer kişiler olarak muayene edilebilecektir. Dolayısıyla suçun dışında haksız eyleme maruz kalan kişinin ceza muhakemesinde mağdur olarak nitelendirilmesi doğru olmamıştır. Suç da haksızlık oluşturmakla beraber, her haksız fiil suç olarak tanımlanmamıştır. Haksız fiil daha geniş bir kavramdır. Suçun dışında haksız eylem ifadesinin kullanılması suç olmayan haksız fiillere maruz kalan kişilerin de mağdur sıfatıyla beden muayenesine maruz kalacakları anlamını taşımaktadır ki, bu ceza muhakemesinde söz konusu değildir. Ayrıca düzenleme suçtan zarar göreni mağdur olarak kabul etmiştir. Mağdur suçtan zarar gören olmakla beraber bütün suçtan zarar görenler mağdur değildir. Suçtan zarar gören kavramı, mağduru da içine alan daha geniş bir kavramdır<sup>52</sup>. Dolayısıyla doktrinde tanımlamadan mağdur ve suçtan zarar görenin aynı kişi olabileceği gibi sonuç çıkması nedeniyle eleştirilmektedir<sup>53</sup>. Burada kanımızca mağdurun dışında zarar görenler değil, yalnızca mağdur olanlar ifade edilmek istenmiştir ve bu şekilde yorumlanmalıdır.

Diğer kişiler kapsamına çocuklar da dahildir. Dolayısıyla şüpheli veya sanık olmayan çocuklar diğer kişiler olarak dış beden muayenesine maruz kalabilir<sup>54</sup> (CMK m. 76/4). Bunun dışında soy bağı araştırılacak çocuk da beden muayenesinin konusunu oluşturabilmektedir (CMK m. 76/3).

Kanun koyucu, tanıklıktan çekinme sebepleri ile beden muayenesinden kaçınabilmeyi CMK’nın 76. maddesinin 4. fıkrasında düzenlemiştir. Beden Mu-

---

<sup>52</sup> Bkz.: Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 297.

<sup>53</sup> Nuhoğlu, Ayşe, “Beden Muayenesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - Özel Sayı, Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2006, C. III, S. 2, s. 331; Yenisey/Nuhoğlu, s. 814; Mahmutoğlu, s. 17, dipnot 35.

<sup>54</sup> Diğer kişilerin kapsamına soy bağı tespit edilecek çocukların dahil olduğuna ilişkin olarak bkz.: Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 526.

ayenesi Yönetmeliğinin ise 10. maddesinde, tanıklıktan çekinme sebeplerinin belirlenmesi hükmü dışında 76. madde düzenlemesiyle aynı şekilde kaleme alınmıştır. Şüpheli veya sanık için beden muayenesinden çekinme imkanı tanınmamıştır. CMK'nın 76. maddesinin 4. fıkrasına göre, "tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz". Düzenlemede tanıklıktan çekinme sebepleri arasında ayırım yapılmamıştır. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 10. maddesinde ise, tanıklıktan çekinme sebeplerinin belirlenmesi hususunda Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili hükümleri uygulanır denilerek, CMK'nın 45, 46, 47 ve 48. maddelerinde belirtilen nedenlerden biriyle kişinin dış beden muayenesinden çekinebileceği düzenlenmiştir. Beden muayenesinden çekinebileceğinin m. 45/3 ve 48. madde gereğince muayeneden önce kişiye bildirilmesi gerekmektedir. 18 yaşından küçüklerin (çocukların) ve akıl hastalarının beden muayenesinden çekinme noktasında yetkisi kabul edilmemiştir. Ancak tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olanların görüşünün alınması benimsenmiştir. Buradaki ifade beden muayenesinin veya örnek alınmasının hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olmak şeklinde anlaşılmalıdır<sup>55</sup>. Ayrıca hükümde beden muayenesinin önemini anlayabilecek, yani karar verebilecek durumda olan kişinin beden muayenesinden kendisinin çekinmesinin kabul edilmesi gerekmekteydi. Mevcut haliyle bu düzenleme CMK m. 45/2'de kabul edilen esasa uygun olmadığı gibi<sup>56</sup>, karar verme yeteneğinin kabul edildiği günümüz anlayışına da uygun değildir<sup>57</sup>. Bunu dışında Ceza Kanunumuz da bazı suçlarda 15 yaş sınırını esas almakta (TCK

---

<sup>55</sup> Vücuda müdahaleye izin vermenin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olma şeklinde anlaşılmasına ilişkin olarak bkz.: Centel/Zafer, s. 299.

<sup>56</sup> CMK'nın 45. madde düzenlemesiyle m. 76/4 düzenlemesinin birbirine uygun olmadığına ilişkin olarak bkz.: Akbulut, Berrin, "Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Yıl 2013, C. 19, S. 2, İstanbul 2013, s. 562, dipnot 75.

<sup>57</sup> Örneğin Biyotıp Sözleşmesi, tıbbi müdahale için karar verme yeteneğinden bahsetmektedir (m. 6). Yine Alman Ceza Muhakemesi m. 81 c karar verebilecek durumda olup olmamayı esas almaktadır.

m. 103), Yargıtay 15 yaşını bitirmiş kişilerin rızasını<sup>58</sup> kabul etmekte<sup>59</sup> ve bu kişilerin şikayet hakkını tek başına kullanabileceklerini benimsemektedir. Bu nedenle CMK m. 76/4'ün, Kanunun ve Yargıtay'ın bugüne kadar uygulamasıyla da tutarlı değildir. Sadece kanuni temsilcinin çekinme konusunda yetkili kılınması nedeniyle, kanuni temsilci muayeneye rıza göstermezse, 15 yaşını bitirmiş çocuk şikayetçi olsa bile beden muayenesi yapılamayacak, beraat kararının verilmesi söz konusu olabilecektir<sup>60</sup>. Ayrıca aile içi işlenen suçlarda kanuni temsilci çeşitli nedenlerle (örneğin suçun faili olan diğer çocuğunu korumak için) beden muayenesine rıza göstermeyebilir. Dolayısıyla bu konuda karar yetkisinin beden muayenesinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olan kişiye bırakılması gerekirdi. Bu nedenlerle beden muayenesinden çekinmeye ilişkin düzenlemede, tanıklıktan çekinmeye ilişkin m. 45/3'le paralellik sağlanmalıdır. Ayrıca kanuni temsilci karar veremeyecek durumda olan çocuklarla ilgili de çeşitli nedenlerle beden muayenesine izin vermeyebilir. Bu çocuğa karşı gerçekleştirilen fiille ilgili olarak da gerçeğin ortaya çıkarılması engellenebilir. Beden muayenesinden çekinmeye ilişkin düzenlemede bununla da ilgili belirleme gidilmesi uygun olacaktır. Doktrinde<sup>61</sup> diğer bir problem de kanunî temsilcinin şüpheli veya sanık olması, ancak daha sonra şüpheli veya sanık olmaktan çıkmış bulunması halinde, hakim kararıyla beden muayenesi yapılan ve bunun sonucunda elde edilen delillerin bu kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamamasına ilişkin düzenleme açısından gösterilmektedir. Aile içi işlenen suçlarda, özellikle cinsel suçlarda sorun yaşanacağı belirtilmektedir. Zira şüpheli veya sanık olmaktan çıkan kanuni temsilcinin delilin kullanılmasına izin vermediğinde adaletin yanıltılmasının söz

<sup>58</sup> Yargıtay kanunda yaşla ilgili belirleme yapılmayan hallerde rıza açıklama yeteneğiyle ilgili olarak 15 yaş sınırını esas almaktadır. "Sanığın suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip mağdurenin rızasıyla cinsel amaçlı olarak hürriyetten kısıtlama eylemi 109/1-3/f.5 maddesi kapsamında ise de, mağdurenin rızası 26/2 gereğince fiili suç olmaktan çıkarak hukuka uygun hale getirmektedir: CGK, 11.03.2008 gün ve 253-52, İlhan, Abdulkadir/Erel, Kemalettin/Fazla, Yüksel/Örer, Fatma Betül/Çakıl, Dursun/Köse, Mehmet/Halitoğlu, Coşkun/Bozoğlu, Süleyman/Kurşun, Ömer Faruk/Kır, Oğuzhan, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2015), Ankara 2015, s. 96.

<sup>59</sup> Rıza için rıza gösterenin hangi menfaatlardan ne oranda vazgeçtiğini, bu vazgeçmenin ne gibi sonuçları olacağını (artılarını, eksilerini, risklerini) algılayacak durumda olması gerektiği aranmaktadır. Gropp, Walter, (Çev.: Faruk Turhan), "Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri", Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s. 227; Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2015, s. 224.

<sup>60</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 818.

<sup>61</sup> Doktrinde, kanuni temsilciye yetki verilmesi nedeniyle aleyhine delillerin kullanılıp kullanılmayacağı noktasında da kanuni temsilcinin fikrinin alınması gerektiği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, eğer kanuni temsilci razi ise elde edilen deliller aleyhine kullanılabilir olmalıdır: Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2010, s. 259.

konusu olacağı veya baba şüpheliyse anneye baskı yapılarak delilin kullanılmasının engellenebileceği ya da kardeş şüpheli ise kanuni temsilcilerin delilin kullanılmasının engelleyebilecekleri veya çocuğun tanıklıktan çekinmesini sağlayabilecekleri belirtilmektedir. Bu nedenlerle 15 yaşını doldurmamış veya 15 yaşını doldurmuş olmakla birlikte karar verme yeteneği bulunmayan çocuklarda hakim veya mahkemenin yetkili olduğu düzenlemesinin yapılmasının daha yerinde olacağı ifade edilmektedir<sup>62</sup>.

Beden muayenesine ilişkin düzenlemelerde belirtilmemekle birlikte beden muayenesine başvurabilmek için delillerin şüpheli veya sanık üzerinde veya diğer kişiler üzerinde olduğuna ilişkin bazı olgular bulunmalıdır<sup>63</sup>.

Dış beden muayenesi, yaşayan insanlar üzerinde delil elde etmek için yapılan bir işlemdir. Beden muayenesine ilişkin (CMK ve Beden Muayenesi Yönetmeliğindeki) hükümlerden bu açıkça anlaşılmaktadır. Ölmüş kişiler üzerinde adli muayene, otopsi ve olay yeri incelemesi çerçevesinde incelemeler yapılabilir.

### **3. Herhangi Bir Suçun Varlığı Yeterlidir**

Ceza Muhakemesi Kanunumuzun diğer kişilerin beden muayenesine ilişkin 76. maddesinde ve Beden Muayenesi Yönetmeliğinin şüpheli veya sanığın dış beden muayenesine ilişkin 5. maddesinde dış beden muayenesi için suç yönünden herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla ceza miktarı önemli olmaksızın tüm suçlar için başvurulabilir. Suçun kasıtlı veya taksirli olması önemli değildir.

### **4. Talep veya Karar Bulunmalıdır**

Şüpheli veya sanık ile diğer kişilerin dış beden muayenesi ayrı düzenlenmiş olduğundan dış beden muayenesine başvuracak kişiler açısından da fark yaratılmıştır.

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi, Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 5. maddesine göre, Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir. Düzenlemeyle şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin yapılabilmesi için karar alınması gerekmeden kolluğun da bu konuda yetkili olduğu kabul edilmiştir. Kolluk görevlileri de dış beden muayenesini doktordan talep edebilecektir. Talep noktasında bir

---

<sup>62</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 818, 819. Ayrıca bkz.: Nuhoğlu, s. 333; Mahmutoğlu, s. 23.

<sup>63</sup> Turhan, Beden Muayenesi, s. 1042.

sıralama (Cumhuriyet savcısına ulaşılamaması gibi) ve şart (gecikmesinde sakınca bulunan hal gibi) aranmadığından bu konuda yetki tanınmış olan kolluk görevlileri dış beden muayenesi yapılmasını takdir yetkisi çerçevesinde (Cumhuriyet savcısına başvurmayıp kendileri) doktordan isteyebileceklerdir. Kolluk görevlilerinin başvurması için kolluk amirinin yazılı emri gerekmemektedir. Soruşturma evresinde cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileri, kovuşturma evresinde ise kovuşturma makamları talep noktasında yetkili kabul edilmiştir. Dış beden muayenesi kolluk görevlilerinin doğrudan karar verebilme yetkisine sahip olduğu ender koruma tedbirlerinden biridir<sup>64</sup>. Soruşturma evresinde hakim kararının alınmasına gerek görülmemiştir. Ancak Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 5. maddesinde talep ifade kullanılmakla birlikte aynı Yönetmeliğin 24. maddesinde, 5. madde gereğince alınacak hakim ve mahkeme kararlarına itiraz edilebileceği düzenlenerek, hakim ve mahkemenin işleminin karar niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Bu şekildeki bir belirleme, düzenlemeler arasında çelişki doğurmakta, özensiz düzenleme olduğu izlenimi vermektedir.

Dış beden muayenesinin, Yönetmelikte belirtilen kişilerin veya makamların istemiyle yapılması ifadesi, koruma tedbirlerinde söz konusu olan karar alınması kuralından ayrıldığını göstermektedir. Ancak Yönetmelikte dış beden muayenesini talep edecek kişilerin gösterilmesi iki yönden eleştirilmektedir. Birinci eleştiri bu belirlemenin Kanunda değil de Yönetmelikte yapılması nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğu yönündedir. Zira temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil ettiği için düzenlemenin kanunla yapılması gerekmektedir. İkinci eleştiri ise, söz konusu düzenlemenin dış beden muayenesine kimin karar vereceğini göstermediğinden belirsiz bir düzenleme olduğuna ilişkindir. Zira Yönetmelik düzenlemesi, talebe ilişkin belirleme yapmakta, karara yetkili makamı göstermemektedir. Söz konusu düzenleme ile Yönetmelikte belirtilen kişilerin karar vereceği amaçlanıyorsa düzenlemenin kanuna aykırı olmayacağı belirtilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu konuda iç beden muayenesine ilişkin düzenlemenin kıyasen uygulanabileceğinin söylenebileceği ileri sürülmektedir. Söz konusu görüşe göre, kaldı ki düzenlemenin kanunda yapılması gerekmektedir. Aksi durumda ülkemizin AIHM tarafından tazminata mahkum edilmesinin kaçınılmaz olacağı belirtilmektedir<sup>65</sup>. Her şeyden önce ifade edilmelidir ki düzenlemenin amacı kolluk görevlilerinin de karar almadan dış beden muayenesini yaptırabilmelerini sağlamaktır. Yoksa karar alınmasının sağlanmasına ilişkin talep edilmesini sağlamak değildir. Dış beden muayenesi, aramadan dışında şartlara tabi tutulmak isteniyorsa doğru olan

---

<sup>64</sup> Turhan, Beden Muayenesi, s. 1046, 1047; Mahmutoğlu, s. 13, 14.

<sup>65</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 525.

bunun Kanunda yapılması gerektiridir. Bu yönüyle düzenlemenin Anayasaya uygun olmadığı ortadadır.

Diğer kişilerin dış beden muayenesi ise, iç beden muayenesi ile vücuttan örnek alınmasıyla aynı şekilde düzenlenmiştir. Diğer kişilerle ilgili beden muayenesine hakim veya mahkeme, gecikme sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı karar verebilmektedir. Hakim veya mahkeme re'sen karar verebileceği gibi Cumhuriyet savcısının istemiyle de beden muayenesi yapılması konusunda karar verilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunması nedeniyle Cumhuriyet savcısının beden muayenesine karar vermesi halinde bu kararın yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulması gerekmektedir. Hâkim veya mahkemenin ise, yirmidört saat içinde kararını vermesi şarttır. Aksi durumda onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz (CMK m. 76). Gecikmesinde sakınca bulunan halin ne şekilde tespit edileceği ise, Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 3. maddesine göre belirlenecektir. Buna göre, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâlinde gecikmesinde sakınca bulunan hal söz konusudur.

### **5. Muayenenin Tabip veya Sağlık Mesleği Mensubu Diğer Bir Kişi Tarafından Yapılması Gerekir**

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 5. maddesinde, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin tabip tarafından yapılması aranmıştır. Ancak doktrinde, dış beden muayenesinin kanunda düzenlenmemesinin, bu işlemi soruşturma ve kovuşturma makamlarının yapabilmelerine imkan verilmesi amacıyla olduğunu belirten bazı yazarlar tarafından, Yönetmeliğin tabip tarafından muayenenin yapılacağına ilişkin düzenlemesinin bu nedenle yanlış olduğu ifade edilse de<sup>66</sup> diğer bazı yazarlar tarafından düzenlemenin yerinde olduğu<sup>67</sup>, amaca daha uygun olduğu kabul edilmektedir<sup>68</sup>. Çünkü muayene tıbbi bir işlem olup uzmanlığı gerektirmektedir. Bedenin dış muayenesinde vücudun ve organların yapısı, vücut üzerinde yabancı maddelerin bulunup bulunmadığı incelenmekte, şüpheli veya sanığın psikolojik durumu tespit edilmektedir<sup>69</sup>. Bunun da ancak bir tabip tarafından yapılması uygun olacaktır.

---

<sup>66</sup> Şahin/Göktürk, s. 61, dipnot 51.

<sup>67</sup> Mahmutoğlu, s. 14.

<sup>68</sup> Turhan, Beden Muayenesi, s. 1054.

<sup>69</sup> Turhan, Beden Muayenesi, s. 1054.



Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayıldığından ve bunların her zaman doktor tarafından yapılması söz konusu olmadığından 5. madde düzenlemede bu yöntem açısından sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi de yetkili sayılmıştır. Yönetmeliğin 5. maddesinin son fıkrasına göre, girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleriyle yapılan dış beden muayenesi işlemlerinin tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilecektir. Ancak düzenlemeden de anlaşıldığı gibi, sağlık mensubu diğer kişiler ancak tabip gözetiminde bu yöntemleri kullanabileceklerdir. Sağlık mensubu kişi kavramı Yönetmeliğin 3. maddesine göre, tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişileri ifade etmektedir. Dolayısıyla tabip dışındakiler sağlık mensubu diğer bir kişi olarak nitelendirilecektir.

Mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ise, ancak bir tabip tarafından yapılabilir. Sağlık mensubu diğer kişilerin yetkili olması kabul edilmemiştir (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 7). Ancak diğer kişilerin muayenesi açısından da girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin kullanılması söz konusu olacağından sağlık mesleği mensubunun da yetkili olmasına ilişkin belirleme yapılması uygun olurdu.

Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 77. maddesinde muayene edilecek kişinin kadın olmasına ilişkin özel belirleme yapılmıştır. 77. maddeye göre, kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır". Aynı düzenleme Yönetmeliğin 11. maddesinde de yer almaktadır. Bu düzenlemenin nedeni, ar, haya ve utanma duygusu olarak belirtilmektedir<sup>70</sup>. Ancak düzenlemenin kabul edilmesi nedeni içinde belirtilen nedenler etkiliyse de yalnızca bununla sınırlanmaması gerektiğini düşünüyörüz. Zira düzenlemede buna ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Belirleme yapılmaması yönündeki düzenleme tercihinin bu yönden doğru olduğunu düşünmekteyiz<sup>71</sup>. Ancak düzenlemenin yalnızca kadınlar açısından yapılması, erkekler açısından kabul edilmemesi eleştirilmesi gereken bir husustur. Utanma duygusu yalnızca kadına ait bir duygu değildir. Bir erkek de kadın doktora muayene olmaktan utanabilir. Düzenlemenin erkeği de içine alacak şekilde hükme bağlanması gerekir<sup>72</sup>. Ayrıca cinsel tercihi farklı kişiler de bulunabilir. Dolayısıyla yalnızca düzenlemenin kadınla sınırlanması doğru

---

<sup>70</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 525.

<sup>71</sup> Aksi düşünce ve bu şekilde yapılan bir düzenlemenin ahlak kavramı açısından ifade ettiği olumsuz anlam için bkz.: Aksoy İpekçioğlu, Beden Muayenesi, s. 33.

<sup>72</sup> Aksoy İpekçioğlu, Beden Muayenesi, s. 33. Düzenlemenin Anayasanın 10. maddesinde ifade edilen eşitlik ilkesine aykırı olduğuna ilişkin olarak bkz.: Apış, s. 288.

olmamıştır. Doktrinde düzenlemenin yalnızca kadınla ilgili yapılması nedeniyle erkeğin beden muayenesi açısından bu hükmün uygulanamayacağı, ancak mevcut belirlemenin erkek şüpheli, sanık veya mağdur muayenesinin talebi halinde erkek doktor tarafından yapılmasını da yasaklamadığı belirtilmektedir<sup>73</sup>. Alman CMK m. 81/d’de 2004 yılında yapılan değişiklikten sonra, muayenenin kişinin ar (utanma) duygusunu incitecekse aynı cinsten bir kişi, bir erkek veya bir kadın doktor tarafından yapılacağı düzenlenmektedir.

Kadının muayenesine ilişkin CMK’nın 77. maddesi ve Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 11. maddesi düzenlemeleri muayene ifadesi kullandığından dış beden muayenesi hakkında da uygulanacaktır. Ki kanun koyucu utanma duygusuyla ilgili bir sınırlama da yapmamıştır. Ancak doktrinde düzenlemenin iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin olduğu, dış beden muayenesinin hükmün kapsamına girmediği, bununla birlikte dış beden muayenesi açısından da evleviyetle uygulanması gerektiği belirtilmektedir<sup>74</sup>.

Kadının muayenesine ilişkin düzenleme nedeniyle, muayene edilecek kadına isteği halinde kadın tabip tarafından muayene edilebileceğinin bildirilmesi gerekmektedir. 77. maddeye göre, istemin yerine getirilebilmesi olanaklar elverdiği ölçüde mümkündür. Böyle bir belirlemeye yer verilmesi doğru olmamıştır. Kişiyi bazı yararlarının korunması için söz konusu imkan veriliyorsa bunun da hukuken garanti altına alınması gerekir. Kadının muayenesiyle ilgili Kanunda olmayan bir düzenlemeye Yönetmelikte yer verilmiştir. Bunun nedeni, Kanunda olanaklar elverdiği ifadesi kullanıldığından, olanaklar elvermediğinde ne yapılacağına açıklığa kavuşturulması ve hükmün kötüye kullanılmasının engellenmesidir. 11. maddenin 2. fıkrasına göre, “muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın tabibin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda; muayene sırasında tabip ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilir”. Belirlemenin sorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Zira hüküm, erkek doktora güvenilmediği izlenimi yaratmaktadır ki buna hukuken izin verilmesi düşünülemez. Şayet 77. maddede utanma duygusuyla ilgili kadın hekimin muayenesinin kabul edildiği söylenirse, Yönetmelik düzenlemesinin bu nedenle yapılmadığı ortadadır. Çünkü muayenede kadın sağlık görevlisinin bulunması kişinin utanma duygusunu ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca muayene tıbbi bir işlemdir ve isteğin dışında başka birinin muayene esnasında bulunması muayene edilecek kişi (hasta)-hekim ilişkisi açısından da sakıncalıdır. Muayene olacak her kişi açıdan

---

<sup>73</sup> Şahin/Göktürk, s. 65.

<sup>74</sup> Şahin/Göktürk, s. 64.

değişebilen bir tercih olacağından zorunlu şekilde kabul edilmesi de (her ne kadar özen gösterilir dense de) doğru değildir. 77. madde düzenlemesi gereğince muayene edilecek kişi, doktorun kadın olmasını istemekte, kadın sağlık görevlisine ilişkin talepte bulunmamaktadır. Bu nedenlerle 77. maddenin kadın veya erkek ayrımı yapılmadan isteği halinde kadın veya erkek doktor tarafından muayene edilecek şekilde hüküm altına alınması ve bu düzenlemede 11. maddenin 2. fıkrasındaki gibi belirlemeye yer verilmemesi gerekmektedir. Ancak muayene edilecek kişinin isteğine bağlı olarak doktorun muayenesi esnasında başka birinin yanında bulunmasına izin verilmesine ilişkin düzenlemeye gidilmesi daha yerinde olacaktır.

Kişinin rızasıyla beden muayenesinin yapılması halinde de, CMK'nın 77. madde hükümleri uygulanmalıdır.

Doktor tarafından dış beden muayenesi, tıbbi yöntemlere uygun olarak yapılmalıdır. Dış beden muayenesine ilişkin Yönetmeliğin 5. ve 7. madde düzenlemelerinde tıbbi yöntemlerin kullanılmasına ilişkin bir belirleme yoksa da, bedenin tıbbi muayenesine ilişkin tanımlamada (m. 3) tıbbi yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirme ifade edilmektedir. Beden muayenesi de tıbbi bir muayenedir. Tıbbi etik ilkelerine ve hekimlik mesleğinin gereklerine uygun yapılmalıdır. Muayene yapılırken tıp biliminin gerektirdiği kurallar çerçevesinde hareket edilmelidir. Tıp biliminin gerektirdiği kurallar; hekimlik uygulamasında tanımlanan standart muayene kuralları ve bu kuralların uygulanmasında uyulması beklenen etik ilkelerdir<sup>75</sup>. Yani muayene yapılırken, temel ilkelere riayet edilmesi ve fiziksel değerlendirme yöntemlerine uygun davranılması gerekir<sup>76</sup>.

## **6. Dış Beden Muayenesine Maruz Kalan Kişinin Rızanın Bulunması**

Muayene edilecek kişinin rızası iki açıdan inceleme konusu yapılmaktadır. Birincisi ilgilinin rızası üzerine karar veya istem olmaksızın beden muayenesinin yapılıp yapılamayacağı, ikincisi ise düzenlemede yer alan şartlara uygun olarak yapılacak beden muayenesine kişinin rıza göstermesinin gerekip gerekmediği noktasındadır. Birinci durum burada anlatılacak olup, diğeri beden muayenesinin icrası sırasında belirtilecektir.

---

<sup>75</sup> Fincancı, Şebnem Korur/Yorulmaz, Coşkun, "Beden Muayenesi", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyumu (02-03 Şubat 2006) Dizisi No: 48, Şubat 2006, s. 142 vd.

<sup>76</sup> Bkz.: Cin, Yasemin Güven, "Hasta Tanılamada Fiziksel Değerlendirme", [http://www.acibademhemsirelik.com/e-dergi/yeni\\_tasarim/files/yasemin.pdf](http://www.acibademhemsirelik.com/e-dergi/yeni_tasarim/files/yasemin.pdf) (E.T.20.04.2016).

Ceza Muhakemesi Kanunumuzda şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi düzenlenmediğinden rızası bulunan kişinin herhangi bir karar veya istem aranmaksızın muayene edilip edilmeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapılamamaktadır. Ancak Beden Muayenesi Yönetmeliğinin düzenlemesinden tespitite bulunulabilir. Bu tespitite Yönetmeliğin 5. maddesinden ve ilgilinin rızasına ilişkin 18. maddesinden yararlanılmalıdır. Yönetmeliğin 5. maddesi, dış beden muayenesinin kolluk görevlilerinin de istemiyle de yapılabileceğini öngördüğünden, karar alınmasına gerek olmadığından, rızanın bu noktada önemi bulunmamaktadır<sup>77</sup>. Kişi beden muayenesi yaptırmak istediğinde karar alınmadan şüphelinin beden muayenesi yaptırılacaktır. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18. madde düzenlemesi ise, bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir” hükmünü taşımaktadır. Düzenleme, soruşturma aşamasında rıza bulunsa bile Cumhuriyet savcısının istemini aradığından, kovuşturma aşamasında ise hakim veya mahkeme kararını kabul ettiğinden, buna karşılık şüphelinin veya sanığın dış beden muayenesi taleple yapılabildiğinden söz konusu belirleme şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi için uygulanma imkanına sahip değildir. Ancak iç beden muayenesi veya örnek alma için geçerli olma niteliği taşımaktadır<sup>78</sup>. Yönetmelik düzenlemesinden de anlaşıldığı gibi şüpheli veya sanık dış beden muayenesinin yapılmasını kendiliğinden isteyebilir ve bu sistemi savunma hakkı kapsamında nitelendirilebilir<sup>79</sup>.

Diğer kişiler bakımından ise bu kişilerin mağdur olup olmasına göre ayrı belirleme yapılmalıdır. CMK'nın 76. maddesinin 2. fıkrası, mağdur açısından özel belirleme yapmış ve mağdurun rızasının varlığı halinde, beden muayenesinin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek bulunmadığını kabul etmiştir. Dolayısıyla mağdur dış beden muayenesi yapılmasını istediğinde kolluk bu kişinin beden muayenesini yaptırabilecektir.

Mağdur dışındaki kişilerin rızasının bulunması durumunda karar alınıp alınmayacağına ilişkin belirleme ise yukarıda belirtilen Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18. maddesinde ifade edilmiştir. 76. maddede mağdura ilişkin belirleme yapıldığından, diğer kişilerin beden muayenesi mağdurla birlikte

---

<sup>77</sup> Turhan, Beden Muayenesi, s. 1057.

<sup>78</sup> Bazı yazarlar süresi ne olursa olsun kişinin rızasıyla bu işlemlerin yapılabileceğini belirtmektedirler. Bkz.: Soyaslan, s. 254, 255.

<sup>79</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 523.

Beden Muayenesi Yönetmeliğinde düzenlendiğinden, rızaya ilişkin belirleme de Yönetmelikte yapılmıştır. Yönetmeliğin 18. maddesinin 3. fıkrasına göre, bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilecektir. Düzenlemeye göre diğer kişilerin rızası varsa soruşturma aşamasında hakim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hal aranmadan Cumhuriyet savcısının istemiyle dış beden muayenesi yapılacaktır<sup>80</sup>. Kovuşturma aşamasında ise diğer kişiler kendiliğinden başvurarak rıza gösterdiklerinde mahkeme veya hakim karar vererek bu kişileri dış beden muayeneleri için ilgili kuruma göndereceklerdir<sup>81</sup>. Rızaya ilişkin düzenleme kişinin kendiliğinden başvurarak rıza göstermesine ilişkindir. Muayene için geldikten veya getirildikten sonra rıza göstermesine ilişkin değildir. Dolayısıyla bu durumda normal prosedürün işleyeceği anlaşılmaktadır. Söyleyeceğimiz belirleme çok tekrar edilmekle beraber yine ifade etmek istiyoruz ki, eğer beden muayenesinde rızaya anlam tanınacaksa bunun Kanunda yapılması daha uygun olurdu.

Rızanın söz konusu olduğu hallerde bu rızanın geçerli olması için serbest irade ürünü olması gerekir. Ayrıca muayene yapılacak kişiye dış beden muayenesinin yapılacağıyla ilgili bilgilendirme yapılmalıdır. Rıza göstermeme hakkının bulunduğu bildirilmelidir. Kişi rıza açıklama ehliyetine sahip değilse, kanuni temsilcisi rıza göstermelidir. İlgili kişinin rızasını her aşamada geri alması mümkündür<sup>82</sup>.

## **7. Muayenenin Kişinin Sağlığına Açıkça ve Öngörülebilir Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması gerekir**

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesini düzenleyen Yönetmeliğin 5. maddesine göre, dış beden muayenesinin yapılabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Düzenlemede, müdahalenin kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması aranmakla beraber, dış beden muayenesinin tanımından da anlaşıldığı gibi, bu tür muayenelerde tıbbi müdahalede bulunulması söz konusu değildir. Yalnızca vücudun elle ve gözle yapılan yü-

---

<sup>80</sup> Doktrinde bu durumda da sulh ceza hakiminin kararının gerektiğini belirten yazarlar bulunmaktadır: Apış, s. 282.

<sup>81</sup> Centel/Zafer, s. 299; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 522, 523.

<sup>82</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi, s. 296, 297; Mahmutoğlu, s. 19, 20.

zeysel incelemesi söz konusudur. Muayenenin verdiği acılar ve geçici rahatsızlıklar tek başlarına zarar verme tehlikesi kapsamında kabul edilmemektedir. Yine muayeneden korkmak ve muayenenin oluşturduğu ruhsal baskı da bu kapsamda nitelendirilmemektedir<sup>83</sup>. Tehlike açısından, kesine yakın bir olasılıkla sağlık bakımından tehlike yaratmaması aranmaktadır. Tehlike belirlemesi yapılırken şüpheli veya sanığın sağlık durumu esas alınmaktadır<sup>84</sup>. Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin dış beden muayenesinde kullanılması da sağlığa zarar verme tehlikesi kapsamında nitelendirilmemektedir. Tüm bu belirlemelerden sonra diyebiliriz ki, dış beden muayenesinin muayene yapılacak kişinin sağlığı açısından açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesi bulunmamaktadır<sup>85</sup>.

Diğer kişilerin dış beden muayenesinin de yukarıdaki belirlemeler nedeniyle sağlığa zarar verme tehlikesinin (CMK m. 76; Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 7) bulunmadığı belirtilmelidir.

Dış beden muayenesinin sağlığa zarar verme tehlikesi olmamakla birlikte doktorun taksirli davranışı sonucu kişinin sağlığına zarar verilmesi halinde, yapılan beden muayenesi hukuka aykırı nitelik taşımayacak ve elde edilen delil kullanılacaktır. Zira zarar, yapılan müdahalenin sonucu olarak değil dış bir etkenden (hekimin taksirli davranışından) kaynaklanmaktadır<sup>86</sup>.

## 8. Oranlilik (Ölçülülük) Bulunmalıdır

Dış beden muayenesi aynı zamanda koruma tedbiri olduğu için tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi dış beden muayenesinde de ölçülülük ilkesine uyulması gerekmektedir<sup>87</sup>. Oranlilik, araçla amacın, yöntemle hedefin dengeli olmasını ifade etmektedir. Beden muayenesine başvurmakla elde edilecek yarar ile temel hak ve özgürlüğe verilecek zarar arasında denge bulunması gerekir<sup>88</sup>. Her olayda, olayın özellikleri göz önüne alınmak suretiyle delil elde etmek için dış beden muayenesine başvurmak gerekliyse söz konusu bu tedbirin uygulanmasına gidilecektir. Çok sayıda kişinin şüpheli olduğu bir olayda (örneğin üniversite amfisinde işlenen bir suçta) tedbire kademeli olarak başvurulması yerinde olacaktır. Örneğin şüphelinin erkek olduğu tespit edilmişse,

---

<sup>83</sup> Bkz.: Turhan, Beden Muayenesi, s. 1049; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 523; Mahmutoglu, s. 8.

<sup>84</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 523.

<sup>85</sup> Turhan, Beden Muayenesi, s. 1049, 1048.

<sup>86</sup> Mahmutoglu, s. 8, 9.

<sup>87</sup> Mahmutoglu, s. 13.

<sup>88</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 275.

kız öğrencilerin beden muayenesinin yapılmaması gerekir. Şüphelinin boyu, saç rengi, yaşı gibi ayırt edici özellikleri dikkate alıp bu özelliklere sahip olmayan kişiler için tedbire müracaat edilmemelidir<sup>89</sup>. Dış beden muayenesini kolluk da yaptrabildiğinden diğer koruma tedbirlerine oranla daha hafif nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla delil, dış beden muayenesiyle elde edilecekse iç beden muayenesine veya gizli koruma tedbirlerine başvurulamayacaktır.

### **E. Dış Beden Muayenesinin Yerine Getirilmesi**

Dış beden muayenesi yapılacak kişi, kendi gelmişse muayenesi yaptırılır. Bunun dışında öncelikle çağırılması yoluna gidilir. Gelmezse gerekli önlemlerin alınması gerekir (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 18). Bu durumda kişi zorla yakalanarak doktor önüne getirilir ve vücut muayenesi yapılır<sup>90</sup>.

Hekim muayeneyi yaparken bilirkişi olarak zorunlu saydığı soruları sorabilir (CMK m. 66). Ancak şüpheli veya sanığın kendisine sorulan sorulara cevap verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Susma hakkı çerçevesinde bu hakkını kullanabilir<sup>91</sup>. İşkenceye ilişkin İstanbul Protokolünde de nedeni bildirmenin muayene olan kişinin seçimine bağlı olduğu belirtilmektedir. Protokolün 71. paragrafına göre, “yasal düzenlemeler hastanın muayene olmayı reddetmesine olanak vermeyebilir, ama herhangi bir yaranın nedenini bildirip bildirmeyeceği hastanın seçimidir. Ayrıca doktorlar, yanlış rapor vermemeli, raporlarını tarafsız kanıtlara dayandırmalıdır.

Ayrıca beden muayenesinden önce, niçin beden muayenesine gerek duyulduğu, ne yapılacağı, elde edilecek delilin işlenen suç açısından önemi kişiye açıklanmalıdır<sup>92</sup>. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18. maddesi de, “bu konuda aydınlatılmış olmaları” ifadesiyle bu hususu belirtmiştir. Bu aydınlatmayı muayeneyi gerçekleştirecek doktor yapacaktır. İşkenceye dair İstanbul Protokolüne göre çifte yükümlülüğü<sup>93</sup> olan doktorlar, bir başkası adına hareket ettikleri her durumda, hastaya durumu açıklama ve hastanın bu gerçeği anlamasını sağlamakla yükümlüdürler (p. 67). Muayeneyi yapan doktorlar, muayeneye başlamadan önce hastaya kendi rollerini açıklamalı ve tedavi ortamında tıbbi gizliliğin kendi görevlerinin bir parçası olmadığını açıkça ifade etmelidir (p. 71)

---

<sup>89</sup> Mahmutoglu, s. 10.

<sup>90</sup> Centel/Zafer, s. 300.

<sup>91</sup> CentelZafer, s. 300; Kılıç, s. 40.

<sup>92</sup> Turhan, Beden Muayenesi, s. 1052.

<sup>93</sup> Sağlık Çalışanları için çifte yükümlülük, hastanın yararını gözetmek gibi temel bir ödevin yanı sıra topluma karşı adaletin yerine getirilmesi ve insan hakları ihlallerinin engellenmesini sağlamak görevini ifade etmektedir.

Beden muayenesinde tartışılan sorun, şüpheli veya sanığın veya diğer kişilerin muayene olmak istememeleri halinde muayeneyi gerçekleştirmek için zor kullanılıp kullanılmayacağıdır. Zira beden muayenesi aynı zamanda tıbbi muayene niteliği de taşıdığı için rızası olmasa bile muayenenin yapılması yoluna gidilecek midir? Keza kişinin zorla muayene edilmesi, kendini suçlamaya zorlanamama (nemo tenetur) ilkesine de aykırılık teşkil edecek midir?

Tıbbi açıdan değerlendirme yapan bazı yazarlar, hastanın onam vermediği hallerde muayenenin yapılabilmesi için zor kullanılması kapsamında bazı araçların veya bilinci etkileyen ilaçların kullanılmasının etik ilkelere aykırı olduğunu belirtmekte ve aynı zamanda da uluslararası ve taraf olunan sözleşmelerde işkence olarak tanımlanan davranış teşkil edeceğini ifade etmektedirler<sup>94</sup>. Onam yönünden hukuki açıdan değerlendirme yapan bazı yazarlar ise, beden muayenesinin tıbbi müdahale olduğu bu nedenle de tıbbi müdahalenin genel şartlarına tabi olduğu, dolayısıyla rıza olmadan yapılan müdahalenin hukuka aykırı olacağını belirtmekle beraber, Anayasa gereğince kanunla getirilen istisnalar bundan hariç olduğundan CMK hükümleri gereğince rıza olmadan yapılan müdahaleler de hukuka aykırı olmayacaktır<sup>95</sup>. Bugün kanuni düzenlemeler ve belirli sınırlar içerisinde kalmak (işkence teşkil etmemek, insan onuruna aykırı olmamak, orantısız olmamak) şartıyla rıza olmadan da tıbbi muayenenin ve müdahalenin, bu anlamda da beden muayenesinin yapılacağı kabul edilmektedir. İstanbul Protokolü de yasal düzenlemeler gereğince hastanın muayene olmayı reddetmesinin olanaklı olmayabileceğini kabul etmektedir (p. 71). Dolayısıyla kişinin onamı olmasa bile beden muayenesi düzenlemelerde belirtilen esaslar çerçevesinde yapılabilecektir.

Soruna yasal düzenleme açısından bakıldığında, Ceza Muhakemesi Kanunumuzda muayene edilecek kişinin muayene edilmek istemediğinde muayene edilip edilemeyeceğine, muayenenin yapılabilmesi için zora başvurulup başvurulamayacağına ilişkin herhangi bir belirleme bulunmamaktadır. Yalnızca şüpheli ve sanık dışındaki kişilerin tanıklıktan çekinme sebepleriyle beden muayenesinden çekinebilecekleri düzenlenmiştir. Dolayısıyla beden muayenesinden çekinme yetkisi tanınan bu kişilere beden muayenesinin yapılabilmesi için zor kullanılması söz konusu olmayacaktır. Aksine uygulama yapılması, delilin hukuka aykırı olmasını sonuçlayacağı gibi ceza muhakemesinin esaslarına da aykırı olacaktır.

Ceza Muhakemesinde, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine

---

<sup>94</sup> Fincancı/Yorulmaz, s. 145.

<sup>95</sup> Ünver/Hakeri, s. 294; Aksoy İpekçioğlu, Beden Muayenesi, s. 30.



aktif olarak katılmak zorunda olmadığı, ancak pasif olarak katlanmak yükümlülüğü içerisinde bulunduğu kabul edilmektedir<sup>96</sup>. Arzusu dışında bazı tedbirlere başvurulmasının mümkün olduğu, zira sanığın devletin zorlayıcı işlemlerinin bir ölçüde konusu olduğu ifade edilmektedir. Bu kabulün kendini (veya belirli derecede yakınlarını) suçlamaya zorlanamama (nemo tenetur) ilkesine aykırılık oluşturmadığı belirtilmektedir. Bu ilke, şüpheli veya sanığın isterse pasif davranabilme hakkını, isterse de olayın aydınlatılmasına aktif olarak katılma hakkını içermektedir<sup>97</sup>. Bir başka ifadeyle ilke, bir taraftan susma hakkını, diğer taraftan da aktif savunma yoluyla kendi suçlamadan kurtarabilme hakkını ihtiva etmektedir<sup>98</sup>. Bu ilkeye göre, suç şüphesi altında bulunan kişi, olayın aydınlatılmasına aktif olarak katılabileceği gibi, pasif olarak da kalabilecektir. Aktif katılma hakkı olmasına rağmen kendisi istemedikçe buna zorlanamayacaktır<sup>99</sup>. Dolayısıyla bu ilke aynı zamanda kişinin kendi aleyhine delil vermeye zorlanamamasını da ifade etmektedir. Anayasanın 38. maddesi de, “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” düzenlemesiyle bu hususu ifade etmektedir. Bu ilke, kişinin delil göstermeye zorlanamayacağını ifade ettiği gibi, kanunda öngörülen bazı tedbirlerin uygulanmasına da engel teşkil etmeyecektir. Bazı tedbirlere katlanma görevinin bireylere yüklenmesi bu ilkeye aykırılık teşkil etmemekte ve insan hakkı ihlali olarak nitelendirilmemektedir<sup>100</sup>. Dolayısıyla şüpheli veya sanık, dış beden muayenesine pasif olarak katlanmak yükümlülüğü altında olup, dış beden muayenesine aktif bir katılıma zorlanamayacaktır. Şüpheli veya sanık, diz kapağını bükmeye, kollarını uzatmaya, parmak veya yürüyüş testine katılmaya, üfleme, girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemine katılmaya zorlanamayacaktır<sup>101</sup>.

Kendini suçlamaya zorlanamama ilkesi çerçevesinde şüpheli veya sanığın beden muayenesine aktif katılım yükümlülüğünün varlığını kabul eden görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, kendini suçlamaya zorlanamama sanığın beyanda bulunma hürriyeti açısından kabul edilmiştir. Susma hakkı da şüpheli veya sanığın iradesiyle ilgili olan hususlarda söz konusudur. İradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan, onun iradesiyle ilgisi olmadan var olan delil-

---

<sup>96</sup> Ceza muhakemesinde katlanma yükümlülüğüyle ilgili olarak bkz.: Ertuğrul, Hüseyin, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 687 vd.

<sup>97</sup> Şahin, Cumhuriyet Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s. 105.

<sup>98</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 152.

<sup>99</sup> Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 105.

<sup>100</sup> Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 105.

<sup>101</sup> Kılıç, s. 40.

lerin toplanması susma hakkının ve kendini suçlamaya zorlanamama ilkesinin ihlali anlamına gelmemektedir. Susma hakkı, kendisine ve isnat edilen fiile ilişkin olarak kabul edilmektedir. Kişinin iradesi zorlanarak kendi beyanıyla delil göstermeye zorlanması susma hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Bir isnatta bulunulup, açıklama beklenmesi susma hakkı çerçevesindedir. Susma hakkı, diğer emare türü delilleri kapsamamaktadır. Beden muayenesinde de isnatta bulunulup açıklama beklenmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla da tedbiri ve aktif katılımı kabulde zorunluluk bulunmaktadır<sup>102</sup>.

Buna karşılık doktrinde bir başka görüş, kişinin beden muayenesine zorlanmasının kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, kişinin ne aktif katılım yükümlülüğü ne de pasif katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır. Beden muayenesi için kişiye zor kullanılması, kişinin kendisi aleyhine ifade vermeye zorlanmasındaki gibi kendi aleyhine delil oluşturma anlamına gelmektedir. Üstelik de daha aleyhe durum yaratmaktadır. Kişinin kendi yaptığı açıklamalara göre beden muayenesi sonucu elde edilen deliller daha güçlüdür. Sanığın iradesinin ifade vermeye zorlanması ile bedenini iradesi dışında bir ispat vasıtası olarak kullanıma açmak zorunda olması arasında bir fark yoktur. Bu görüşe göre, beden muayenesine ilişkin hükümler, nemo tenetur ilkesinin ihlali anlamı taşıyan düzenlemelerdir<sup>103</sup>.

Ceza Muhakemesi Kanunumuzda muayeneyi kabul etmeyen kişiye zor kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin belirleme yoksa da<sup>104</sup>, Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18. maddesinde düzenleme bulunmaktadır. 18. maddenin 1. fıkrası, “mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır” hükmünü taşımaktadır. Ama düzenlemenin kanunda değil de Yönetmelikte yapılması doktrinde eleştirilmektedir. Bu görüşe göre düzenleme Anayasa’ya aykırı olduğu gibi, yürütmenin yasama organının yerine geçmesi sonucunu doğuracak niteliktedir<sup>105</sup>. Kanun koyucunun eksik düzenlediği veya gözden kaçırdığı düzenle-

---

<sup>102</sup> Centel/Zafer, s. 302; Kılıç, s. 46, 47.

<sup>103</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kılıç, 47-51.

<sup>104</sup> Bazı yabancı ülke mevzuatlarına göre vücuttan örnek alınmasının kabul edilmediğine ve suçluluk karinesi çıkarabildiğine ilişkin olarak bkz.: Özbilen, Arif Barış, “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi , Y. 12 S. 24, Güz 2013/2 s. 118.

<sup>105</sup> Centel/Zafer, s. 303; Aksoy İpekçioğlu, Beden Muayenesi, s. 30.

meleri Yönetmelikle yapmaya çalışması bu sonuçları doğurmaktadır. Beden muayenesi de koruma tedbiri olduğu için temel haklara müdahale teşkil eden tüm düzenlemelerin kanunda yapılması gerekir. Bu anlamda rıza olmasa bile beden muayenesinin yapılabileceğine ilişkin düzenlemenin de kanunda hükme bağlanması yoluna gidilmeliydi. Bu anlamda Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18. madde düzenlemesinin Anayasaya uygun olmadığı ortadadır. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin söz konusu düzenlemesi doktorlar tarafından da eleştirilmektedir. Zira Yönetmelikte ulusal sağlık mevzuatı ve tıbbi etik ilkeler ile çelişen tanımlamalara yer verilmektedir. Zira hekimi muayene yapmaya zorlayan, hasta onam vermediğinde dahi muayene ve örnek almayı zorunlu kılan, gerektiğinde C. Savcısı tarafından ihtiyaç duyulan tedbirlerin alınacağını ifade eden yönetmelik hükmü uygulama gerçekleri ile bağdaşmamaktadır. En az iki kişinin rol aldığı bir süreçte, yalnız bir tarafın yapması gerekenler tanımlandığında, sürecin akışında aksaklıkların çıkacağı ifade edilmektedir. Ayrıca uygulanacak yöntemler hem biyolojik anlamda hem de psikolojik anlamda iyilik halinin bozulmasına yol açabilecek davranışlar olduğundan reddedilebilecek niteliktedirler. Ayrıca kişinin onamına dayanmayan, zor kullanılarak yapılan muayene, hukuka aykırı delil kapsamında yargılama sürecinde yararlanabilir olmayacaktır<sup>106</sup>. Ancak her zor kullanmanın reddedilebilecek nitelikte olduğunu söylemek söz konusu değildir. Kişileri ciddi tehlikeye sokmayan, zarar verme tehlikesi olmayan, geçici nitelikte uygulamalar hekimin reddedebileceği davranışlar içerisine girmemektedir. İstanbul Protokolü de yasal düzenlemeler gereğince hastanın muayene olmayı reddetmesinin olanaklı olmayabileceğini kabul etmekte (p. 71), ancak hastaları ciddi tehlikeye maruz bırakmanın söz konusu olduğu durumlarda hastayı tehlikeye bırakmaktansa, hekimin hukuka ya da yasal düzenlemelere uymayı reddetmeleri gerektiğini düzenlemektedir (p. 68).

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18. maddesi, muayene için gerekli önlemler alınır demekte, zor kullanılır belirlemesi yapmamaktadır. Ancak gerekli önlemler alınır ifadesinin içine zor kullanma da girdiğinden beden muayenesinin yapılabilmesi için zor kullanılacaktır. Ancak gerekli tedbirler alınır ifadesi, her türlü tedbirin alınacağı anlamına da gelmemektedir. Adli ve Önleme Araştırmaları Yönetmeliği aramaya direnildiği takdirde aramanın orantılı güç kullanılarak gerçekleştirileceğini (m. 28), aramaya karşı çıkılması halinde durumun haklı kıldığı ölçüde güç kullanarak direncin ortadan kaldırılabilirliğini (m. 30) düzenlemektedir. Bu belirlemeler de kanunda yapılmamış, yönetmelik hük-

---

<sup>106</sup> Fincancı/Yorulmaz, s. 143, 145.

müyle mevzuatımıza dahil edilmiştir. Bu düzenlemelerden de anlaşıldığı gibi dış beden muayenesinin yapılabilmesini sağlayacak ölçüde zor kullanılabilir olacaktır. Zor kullanmanın onur kırıcı muamele eşiğine ulaşmaması gerekir<sup>107</sup>. Kişi zor kullanılarak muayenenin yapılacağı yere getirilebilir, zorla üstü çıkarılabilir, muayene masasına yatırılabilir ve elleri tutulabilir<sup>108</sup>. Ancak rızası dışında sakinleştirici iğne yapılması söz konusu değildir<sup>109</sup>.

AİHM de delil elde etmek için zora başvurulacağını kural olarak kabul etmektedir. Örneğin kan alınması için zor kullanılabilir<sup>110</sup>. Ancak Mahkeme, muayenenin yapış şeklini, sözleşmenin 3. maddesiyle ilgili içtihatlarında belirlemiş olduğu asgari düzeyin altında kalmasını aramaktadır. Zorlamanın onur kırıcı muamele eşiğine ulaşmaması gerekir<sup>111</sup>. Dış beden muayenesinin kabul edilenin dışında vücuda zarar verme tehlikesi bulunmadığı için zorlamak için yapılacak işlemler de kural olarak Sözleşmenin 3. maddesini ihlal etmeyecektir.

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18. maddesi, beden muayenesinin yapılmasına rıza göstermeyen ve muayenenin yapılması için gerekenler yapılacağı belirtilen kişiler arasında ayırım yapmamıştır. Şüpheli veya sanık veya diğer kişiler olması fark etmemektedir. Bu düzenlemenin mağdur bakımından doğru olduğu belirtildiği gibi<sup>112</sup>, diğer kişilerden mağdur yönünden doğru olmadığı da belirtilmektedir<sup>113</sup>. Ayırım yapılmasının daha doğru olduğunu belirtmek istiyoruz. Nasıl ki muayene açısından daha sıkı şartlar aranıyorsa, zor kullanılması için de şüpheli veya sanığa göre farklı belirlemeler yapılması gerekiyordu. Çünkü diğer kişiler suç işleme şüphesi altında bulunmayan, bu kişilerden biri de üstelik mağdur konumunda bulunan kişiler olduğundan, beden muayenesine maruz kalmaları için daha sıkı şartlar aranmalıdır.

Muayeneyi yapan doktor, raporları üç nüsha hâlinde düzenler. Raporu düzenleyen sağlık kuruluşunca iki nüshası kapalı ve mühürlü zarf içerisinde ilgili Cumhuriyet başsavcılığına, hâkimliğe veya mahkemeye en seri şekilde iletilir. Raporun bir nüshası raporu düzenleyen sağlık kuruluşunda kalır (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 20).

Muayene edilmesi amacıyla sevk edilen kişi dışında başka bir kişinin mu-

---

<sup>107</sup> Turhan, *Beden Muayenesi*, s. 1068.

<sup>108</sup> Centel/Zafer, s. 303.

<sup>109</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden, s. 525.

<sup>110</sup> Centel/Zafer, s. 302; Turhan, *Beden Muayenesi*, s. 1067.

<sup>111</sup> Turhan, *Beden Muayenesi*, s. 1068.

<sup>112</sup> Ünver/Hakeri, s. 294.

<sup>113</sup> Aksoy İpekçioğlu, *Beden Muayenesi*, s. 31.

ayene edilmemesi için Cumhuriyet başsavcılıklarınca gerekli önlemler alınır. Tabip veya diğer sağlık mesleği mensuplarınca, sevk edilen kişinin kimliği konusunda şüpheye düşülmesi hâlinde durumun derhâl Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi gerekmektedir (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 21).

### **F. Hukuka Aykırı Dış Beden Muayene ve Kanun Yolu**

Elde edilen delillerin kullanılabilmesi için hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmiş dış beden muayenesi sonucunda elde edilmemelidir. Çünkü CMK'nın 217/2. maddesine göre, yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Yönetmelik de hukuk kavramı içine girdiğinden Beden Muayenesi Yönetmeliğinin dış beden muayenesine ilişkin hükümlerine ve diğer kişilerin dış beden muayenesine ilişkin CMK ve Dış Beden Yönetmeliği hükümlerine aykırı olarak muayene yapılmışsa hukuka aykırı delil kabul edilecek ve değerlendirmeye alınmayacaktır. Örneğin diğer kişilere tanıklıktan çekinme nedenleriyle beden muayenesinden çekinebileceği bildirilmeden beden muayenesi yapılmışsa dış beden muayenesi sonucu elde edilen delil kullanılamayacaktır.

Dış beden muayenesine hukuka aykırı olarak başvurulmuş olması durumunda tazminat alınabilmesi mümkündür. Ancak beden muayenesi CMK 141/1. maddede yer alan tazminat nedenleri içerisinde yer almamaktadır. CMK m. 141. maddeye 18/6/2014 tarihinde 6545 sayılı Kanunla eklenen 3. fıkraya göre, "birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir". Dolayısıyla dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısının veya hakim talebiyle hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmişse kişi bu fıkraya göre devletten tazminat isteyebilecektir. Kolluğun işlemlerinden dolayı da kişinin genel hükümlere göre tazminat alması söz konusu olabilecektir.

Dış beden muayenesi CMK'da düzenlenmemekle ve başvurulabilmesi için karar alınması aranmamakla beraber, Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 24. maddesine göre, 5. maddeye göre alınan hakim ve mahkeme kararlarına itiraz edilebilecektir. 24. madde hükmüyle 5. madde hükmü arasında sorun bulunmaktadır. Kolluk ve Cumhuriyet savcısı talebine karşı gidilebilecek bir yol söz konusu değildir.

## SONUÇ

Dış beden muayenesi, CMK'da şüpheli veya sanık yönünden düzenlemeye alınmamıştır. Bu durumun dış beden muayenesi konusunda kanun koyucunun iradesinin aramaya ilişkin hükümlerin uygulanmasını gösterdiği belirtilmişse de, Yönetmeliğin 5. madde hükmü aramaya ilişkin hükümlerin uygulanmasının istenmediğini ortaya koymaktadır. Ancak temel hakka sınırlama getiren bu düzenlemenin kanun yerine yönetmelikte yapılması, temel hak ve hürriyetlere kanunla sınırlama getirilebileceğini öngören Anayasaya düzenlemesine aykırı nitelik taşımaktadır. Dış beden muayenesi diğer kişiler yönünden ise, Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 76. maddesinde hükme bağlanmış ve daha sıkı şartlara tabi kılınmıştır.

Beden muayenesi, iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi ayrımına tabidir. İç beden muayenesi ile dış beden muayenesi ayrımı, tıbbi açıdan kabul edilen bir ayrım değildir. Ayrım tıbbi ölçütlere göre yapılmadığı için muayeneyi yapacak kişiler ve karar verecek veya talep edecek kişiler açısından sorun doğuracak niteliktedir. Dolayısıyla ayrımın, hem muayeneyi yapan hem de muayeneyi talep eden veya muayeneye karar veren kişi açısından gözden geçirilmesi uygun olacaktır.

Diğer kişilerin muayenesine ilişkin CMK'nın 76. maddesinde başlık diğer kişiler olmasına rağmen, madde içeriğinde mağdurdan söz edilmiştir. Bu durum da sorun doğurmuşsa da Beden Muayenesi Yönetmeliği (m. 7) gereğince şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin de beden muayenesine tabi olacağı kabul edilmiştir. Ancak Yönetmeliğin mağdur tanımlaması doğru belirleme niteliği taşımamaktadır. Zira suçun dışında haksız eyleme maruz kalan kişinin ceza muhakemesinde mağdur olarak nitelendirilmesi yapılmıştır. Suç da haksızlık oluşturmakla beraber, her haksız fiil suç olarak tanımlanmamıştır. Haksız fiil daha geniş bir kavramdır. Suçun dışında haksız eylem ifadesinin kullanılması suç olmayan haksız fiillere maruz kalan kişilerin de mağdur sıfatıyla beden muayenesine maruz kalacakları anlamını taşımaktadır ki, bu ceza muhakemesinde söz konusu değildir. Bu nedenle mağdur tanımlamasının gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Dış beden muayenesine maruz kalan 18 yaşından küçüklerin (çocukların) ve akıl hastalarının beden muayenesinden çekinme noktasında yetkileri kabul edilmemiştir. Yalnızca tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olanların görüşünün alınması benimsenmiştir. Ancak beden muayenesinin önemini anlayabilecek, yani karar verebilecek durumda olan kişinin beden muayenesinden kendisinin çekinmesinin kabul edilmesi gerekmektedir. Mevcut

haliyle bu düzenleme CMK m. 45/2'de kabul edilen esasa uygun olmadığı gibi, karar verme yeteneğinin kabul edildiği günümüz anlayışına da uygun değildir. Bu noktada da düzenlemede değişikliğe gidilmesi gerekmektedir.

Kadının muayenesinin kadın tabip tarafından yapılacağına ilişkin düzenleme de doğru bir tercih olmamıştır. Düzenlemenin gerekçesini oluşturan nedenler (utanma gibi) yalnızca kadına ait nedenler değildir. Ayrıca olanakların elvermediği durumlarda; muayene sırasında tabip ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilir hükmü de (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 11/2) sorunludur. Zira hüküm, erkek doktora güvenilmediği izlenimi yaratmaktadır ki buna hukuken izin verilmesi düşünülemez. Ayrıca muayenede kadın sağlık görevlisinin bulunması kişinin utanma duygusunu ortadan kaldırmamaktadır. Muayene tıbbi bir işlemdir ve isteğin dışında başka birinin muayene esnasında bulunması muayene edilecek kişi (hasta)-hekim ilişkisi açısından da sakıncalıdır. Muayene olacak her kişi açıdan değişebilen bir tercih olacağından zorunlu şekilde kabul edilmesi de (her ne kadar özen gösterilir dense de) doğru değildir. Bunun dışında muayene edilecek kişi, doktorun kadın olmasını istemekte, kadın sağlık görevlisine ilişkin talepte bulunmamaktadır. Bu nedenlerle kadının muayenesine ilişkin düzenlemenin kadın veya erkek ayrımı yapılmadan kişinin isteği halinde kadın veya erkek doktor tarafından muayene edilecek şekilde hüküm altına alınması ve bu düzenlemede 11. maddenin 2. fıkrasındaki gibi belirlemeye yer verilmesi gerekmektedir. Ancak muayene edilecek kişinin isteğine bağlı olarak doktorun muayenesi esnasında başka birinin yanında bulunmasına izin verilmesine ilişkin düzenlemeye gidilmesi daha yerinde olacaktır.

Beden muayenesinin rıza olmasa bile yapılacağına ilişkin düzenlemenin (m. 18), Yönetmelik yerine kanunda hükme bağlanması gerekirdi. İstanbul Protokolü de yasal düzenlemeler gereğince hastanın muayene olmayı reddetmesinin olanaklı olmayabileceğini kabul etmektedir. Ayrıca Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18. maddesi, beden muayenesinin yapılmasına rıza göstermeyen ve muayenenin yapılması için gerekenler yapılacağı belirtilen kişiler arasında da ayırım yapmamıştır. Muayene edilecek kişinin şüpheli veya sanık veya diğer kişiler olması fark etmemektedir. Ancak ayırım yapılması yoluna gidilmeliydi. Nasıl ki muayene açısından diğer kişiler yönünden daha sıkı şartlar aranıyorsa, zor kullanılması için de şüpheli veya sanığa göre farklı belirlemeler yapılması gerekiyordu. Çünkü diğer kişiler suç işleme şüphesi altında bulunmayan, bu kişilerden biri de üstelik mağdur konumunda bulunan kişiler olduğundan, beden muayenesine maruz kalmaları noktasında daha sıkı şartların aranması yoluna gidilmeliydi.

Sonuç olarak şüpheli veya sanık yönünden Yönetmelik düzenlemesiyle çözüme kavuşturulmak istenen ve diğer konular açısından da genel olarak Yönetmelik hükmüyle sorunların giderilmesine çalışılan dış beden muayenesinin, tüm tereddütler ve eleştiriler göz önüne alınarak Ceza Muhakemesi Kanunumuzda düzenlenmesi ve var olan hükümlerde değişikliğe gidilmesi gerekmektedir.

◆◆◆◆

### KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2015.

Akbulut, Berrin, “Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Yıl 2013, C. 19, S. 2, İstanbul 2013, s. 541-586.

Aksoy İpekçioğlu, Pervin, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, İÜHF, 2012, C. LXX, S. 1, s. 19-38 (Beden Muayenesi).

Aksoy İpekçioğlu, Pervin, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/view-File/5000001567/5000000645>, s. 1157-1175 (Vücuttan Örnek Alma).

Apiş, Özge, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi Ve Vücutundan Örnek Alınması”, MÜHF – HAD, 2012, C. 18, S. 1, s. 267-296.

Centel, Nur, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 495-520.

Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2015.

Cin, Yasemin Güven, “Hasta Tanılamada Fiziksel Değerlendirme”

[http://www.acibademhemsirelik.com/e-dergi/yeni\\_tasarim/files/yasemin.pdf](http://www.acibademhemsirelik.com/e-dergi/yeni_tasarim/files/yasemin.pdf) (E.T.20.04.2016).

Dülger, İbrahim/Akbulut, Berrin/Cin, Onursal/Aydın Murat, “Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Beden Muayenesi, Genetik-Moleküler İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti”, 11. Ceza Hukuku Günleri, 11.Strafrechtstage, 11th Criminal Law Days, Koruma Tedbirleri ve Türk Anayasaları ile Yeni Anayasa Önerilerinde Koruma Tedbirlerine İlişkin Düzenlemeler (1-3 Haziran 2016), Editör Adem Sözüer, İstanbul 2016, s. 353-372.



Ertuğrul, Hüseyin, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 687-699.

Fincancı, Şebnem Korur/Yorulmaz, Coşkun, “Beden Muayenesi”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyumu (02-03 Şubat 2006) Dizisi No: 48, Şubat 2006, s. 142-146.

Gropp, Walter, (Çev.: Faruk Turhan), “Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s. 205-233.

Güngör, Devrim/Bakşi, Okan, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler”, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_1115.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1115.htm) (E.T.18.04.2016).

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2015.

İlhan, Abdulkadir/Erel, Kemalettin/Fazla, Yüksel/Örer, Fatma Betül/Çakıl, Dursun/Köse, Mehmet/Halitoğlu, Coşkun/Bozoğlu, Süleyman/Kurşun, Ömer Faruk/Kır, Oğuzhan, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2015), Ankara 2015.

Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü, Onikinci Bası, İstanbul 2003.

Mahmutoglu, Fatih Selami, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9c-df4656d7818071225.pdf>, s. 1-25.

Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015.

Özbilen, Arif Barış, “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi , Y. 12 S. 24, Güz 2013/2 s. 99-124.

Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2010.

Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005 (Gazi Şerhi).

Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 6. Bası, Ankara 2015 (Ceza Muhakemesi Hukuku).

Şahin, Cumhuri, Saniğin Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994 (Saniğin Kolluk Tarafından Sorgulanması).

Şahin, Cumhuri/Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 5. Bası, Ankara 2016.

Turhan, Faruk, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Saniğin Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 1025-1074 (Beden Muayenesi).

Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006 (Ceza Muhakemesi Hukuku).

Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2015, s. 286.

Yenisey, Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, Ankara 1995.

Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, İkinci Baskı, İstanbul 2014.

"Girişimsel Radyoloji", [http://www.hisarhospital.com/tr/saglik\\_rehberi/girisimsel-radyoloji-425](http://www.hisarhospital.com/tr/saglik_rehberi/girisimsel-radyoloji-425) (E.T.18.04.2016).

"Girişimsel Radyoloji Nedir?", <http://www.tgrd.org.tr/Sayfalar/Girisimsel-Radyoloji-Nedir/140> (E.T.18.04.2016).



# TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİNDE ÖDÜNÇ ALANIN ÖDEME GÜÇSÜZLÜĞÜ VE BU GÜÇSÜZLÜĞÜN YARATTIĞI HUKUKÎ SONUÇLAR

*Insolvency of the Borrower in Loan for Consumption and  
Legal Consequences of this Insolvency*

**Yrd. Doç. Dr. Arif Barış ÖZBİLEN\***

## ÖZET

Ödünç verenin, bir miktar paranın ya da misli bir eşyanın mülkiyetini ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktardaki para veya eşyayı ödünç verene geri vermeyi üstlendiği sözleşme şeklinde tanımlanabilecek olan tüketim ödünç sözleşmelerinde, ödünç alanın ödeme gücü ayrı bir öneme sahiptir. Öyle ki, Türk Borçlar Kanunu ödeme güçsüzlüğüne düşen ödünç alan karşısındaki ödünç verene, belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde sözleşme ile bağlı kalmaktan kurtulma imkânı tanımıştır. Bu çalışma ile, özellikle ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde olduğuna işaret eden özel durumların belirlenmesi ve ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesinin hukukî sonuçlarının ortaya konulması amaçlanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Tüketim Ödünç Sözleşmesi, Ödeme Güçsüzlüğü, İflas, Haczin Sonuçsuz Kalması.

## ABSTRACT

The solvency of the borrower has a special importance in terms of loan for consumption which can be defined as a contract whereby the lender undertakes to transfer the ownership of a sum of money or of other fungible goods to the borrower, who in return undertakes to return objects of the same quantity and quality to him. In fact, the Turkish Code of Obligations recognizes to the lender against the borrower who becomes insolvent, the opportunity of withdrawing from the contract in case of realization of certain conditions. This essay is aimed to present the circumstances indicating the insolvency of the borrower and also the legal consequences of this insolvency.

**Keywords:** Loan for Consumption, Insolvency, Bankruptcy, Execution Without Satisfaction.

◆◆◆◆

## I. Ana Hatlarıyla Tüketim Ödünç Sözleşmesi

Tüketim ödünç sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tü-

---

\* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.  
bozbilen@bilkent.edu.tr

ketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir. Bu tanım, Türk Borçlar Kanunu m. 386 hükmü ile öngörülmüştür. Önceki (818 sayılı) Borçlar Kanunu m. 306'da yapılan tanımda<sup>1</sup> ise, kanımızca daha isabetli bir biçimde, ödünç verenin ödünç konusu şeyin yalnızca zilyetliğini değil, onun mülkiyetini de ödünç alana devretmeyi borçlandığı hususu açıkça ortaya konulmaktaydı<sup>2</sup>. Mülkiyetin devrinin borçlanılması, tüketim öduncü sözleşmesini, kullanma öduncü (ariyet) ya da kira sözleşmesinden ayırmaktadır. Nitekim anılan sözleşmelerde, borçlu, sözleşme konusu şey üzerindeki mülkiyet hakkının devrini değil, sadece bunun kullandırılmasını sağlamak amacıyla zilyetliğinin devrini üstlenmektedir<sup>3</sup>. Tüketim öduncü sözleşmesinde ise, ödünç alanın kullanımına sunulan, ödünç konusu şeyin kendisi değil, onun değeridir<sup>4</sup>. Dolayısıyla ödünç veren, yalnızca tüketim öduncüne konu olan şeyin kullanılmasına değil, onun ödünç alan tarafından tüketilmesine de izin vermektedir<sup>5</sup>. Bu nedenle ödünç alan, ödünç konusunun kendisini değil, ödünç olarak devraldığı şeyle aynı nitelik ve miktardaki bir başka şeyi geri vererek ödünç verene karşı sahip olduğu iade borcundan kurtulabilecektir.

---

<sup>1</sup> eBK m. 306'da yapılan tanım şu şekildeydi: “*Karz, bir akittir ki onunla ödünç veren, bir miktar paranın yahut diğer bir misli şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimse dahi buna karşı miktar ve vasıfta müsavi aynı neviden şeyleri geri vermekle mükellef olur*”.

<sup>2</sup> Bkz. Mustafa Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Bası, İstanbul 2013, sh. 365. Keza « mülkiyetin devri » ifadesi, hükmün İsviçre Borçlar Kanunundaki karşılığını oluşturan 312. maddenin Fransızca ve Almanca metinlerinde de yer almaktadır: « Le prêt de consommation est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à transférer **la propriété d'une somme d'argent ou d'autres choses fongibles à l'emprunteur, à charge par ce dernier de lui en rendre autant de même espèce et qualité** ». Aynı şekilde: „Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des **Eigentums** an einer Summe Geldes oder an andern vertretbaren Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte“.

<sup>3</sup> Aydın ZEVKLİLER/Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara 2014, sh. 393; Halûk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Bası, İstanbul 2008, sh. 298 ; Murat AYDOĞDU/Nalan KAHVECİ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, sh. 635; Pierre ENGEL, Contrats de droit suisse, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2000, sh. 269 ; Christian BOVET/Alexandre RICH, Commentaire Romand (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), Code des Obligations I, 2<sup>e</sup> édition, Art. 305-318, Du prêt, Genève 2012, sh. 1946.

<sup>4</sup> Fikret EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, sh. 494, dn. 1; Pierre TERCIER/Pascal G. FAVRE/Hubert BUGNON, Les contrats spéciaux, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 29 - § 41, sh. 439; GÜMÜŞ, sh. 365; Heinz SCHÄRER/Benedikt MAURENBRECHER, Basler Kommentar (Hrsg.: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Obligationenrecht I, Art. 305-318, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 312 OR, No: 1; Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, sh. 298.

<sup>5</sup> ENGEL, Contrats, sh. 267; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 440.

Her ne kadar TBK m. 386 hükmünde yapılan tanımda açıkça ifade edilmiş olsa da, tüketim ödöncü sözleşmesinin konusunu, para ya da mislî eşya oluşturur. Bilindiği üzere mislî eşya, sayma, tartma ve ölçme suretiyle belirlenebilen ve yerine bir başkası konulabilen eşyayı tanımlamak üzere kullanılan bir kavramdır<sup>6</sup>. Her tür mislî eşya, tüketim ödöncü sözleşmesinin konusunu oluşturabilir<sup>7</sup>. Bu bakımdan, TBK m. 386 hükmünde yer alan ifadenin aksine, tüketilebilir şeylerin yanında niteliği itibariyle tüketilemeyen şeyler de bu sözleşmeye konu olabilir<sup>8</sup>. Bununla birlikte mislî olmayan eşyanın, örneğin bir heykeltıraş tarafından yaratılan belirli bir heykelin, tüketim ödöncü sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkün değildir. Bu tür eşya, kullanım ödöncü (ariyet) ya da kira sözleşmesine ise konu olabilir.

Sürekli bir borç ilişkisi niteliğinde olan<sup>9</sup> tüketim ödöncü sözleşmesi ivazlı olarak akdedebileceği gibi, bu sözleşmenin ivazsız olarak kararlaştırılması da mümkündür<sup>10</sup>. Özellikle sözleşmeye konu olan şeyin devri karşılığında, ödünç alanın ödünç verene faiz ödeyeceği kararlaştırılmışsa, sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşır<sup>11</sup>. Tüketim ödöncü sözleşmesinin faizsiz olarak yapıldığı hâllerde ise, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ile karşı karşıya kalınmaktadır<sup>12</sup>. Diğer taraftan TBK m. 387 hükmüne göre, ticarî

---

<sup>6</sup> Bkz. Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 11. Bası, İstanbul 2013, sh. 8; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015, sh. 111; Necip KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1), 4. Bası, İstanbul 2008, sh. 59; Selahâttin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Halûk BURCUOĞLU/ Atilla ALTOP, Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993, sh. 12; O. Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2015, sh. 55; Hüseyin HATEMİ/Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015, sh. 213; Peter GAUCH/Walter R. SCHLUEP/Jörg SCHMID/Susan EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 10. Aufl., Zürich 2014, sh. 26; Andreas von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım C: 1-2, (çev.: Cevat Edege), Ankara 1983, sh. 53-54.

<sup>7</sup> Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2014, sh. 736.

<sup>8</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, sh. 394 ; GÜMÜŞ, sh. 365; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 439.

<sup>9</sup> GÜMÜŞ, sh. 366; EREN, Özel Hükümler, sh. 495; Pınar ALTINOK ORMANCI, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011, sh. 61; Benedikt MAURENBRECHER, Das verzinliche Darlehen im schweizerischen Recht: Dogmatische Grundlagen und praktische Konsequenzen, Bern 1995, sh. 76; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 440 ; SCHÄRER/ MAURENBRECHER, Art. 312 OR, No: 3.

<sup>10</sup> GÜMÜŞ, sh. 366; Heinrich HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, sh. 260; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 440; SCHÄRER/ MAURENBRECHER, Art. 312 OR, No: 1; ENGEL, Contrats, sh. 267.

<sup>11</sup> MAURENBRECHER, sh. 60.

<sup>12</sup> Ödünç alanın, sözleşmenin sonunda ödünç konusu şey ile aynı nitelik ve miktardaki şeyi ödünç verene iade etme borcu, ödünç verenin ediminin karşılığını (sinallagmasını)

olmayan tüketim öduncü sözleşmelerinde faiz istenebilmesi için, bu hususun sözleşmede kararlaştırılmış olması gerekirken; ticarî tüketim öduncü sözleşmelerinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebileceği belirtilmiştir.

Tüketim öduncü sözleşmesinde ödünç veren, ödünç alana karşı ödünç konusu para veya mislî eşyanın mülkiyetini devir ve teslim borcu altına girmekle birlikte, ödünç konusu ile ilgili olarak ayıp ve zapttan da sorumludur<sup>13</sup>. Ödünç alanın ödünç verene karşı sahip olduğu borçlar ise, ödünç konusunu aynı miktar ve nitelikte geri verme, sözleşme yapma giderlerini ödeme ile faizli ödünç sözleşmeleri bakımından da bunlara ilâveten, faiz ödeme ve ödünç konusunu teslim alma şeklinde sıralanabilir<sup>14</sup>.

## II- Ödünç Alanın Ödeme Güçsüzlüğü

### 1) Genel olarak

TBK m. 390/f. 1 hükmü, ödünç alanın ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde, ödünç verenin, ödünç konusunu teslimden kaçınabileceği hususunu öngörmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu sonradan öğrenen ödünç verenin de aynı hakka sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

Görüldüğü gibi söz konusu hüküm, sözleşmede edimini ilk olarak yerine getirmesi gereken taraf olan ödünç verene, ödeme güçsüzlüğüne düşen ödünç alan karşısında kendini güvence altına alma hakkı tanıyarak, ödünç verenin, ödünç konusunu ve (kararlaştırılmışsa) faizini kaybetme riskini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Bu bakımdan TBK m. 390 hükmünün, ödünç verenin

---

oluşturmadığından, bu durumda eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme bulunmaktadır. Bkz. Claire HUGUENIN, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zurich 2008, sh. 86; EREN, *Özel Hükümler*, sh. 496. Kaldı ki, ödünç alanın iade borcundan bahsedilebilmesi için, ödünç verenin, ödünç alana karşı sözleşmeden doğan mülkiyeti devir ve teslim borcunu yerine getirmiş olması gerekmektedir. Bkz. TANDOĞAN, sh. 299; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, sh. 734.

<sup>13</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, sh. 752-753; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, sh. 407; TANDOĞAN, sh. 348; GÜMÜŞ, sh. 370-372; EREN, *Özel Hükümler*, sh. 510-513; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 442; ENGEL, *Contrats*, sh. 269; Alfred KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, Band 1*, Bern 2012, sh. 326; Markus MÜLLER-CHEN/Daniel GIRSBERGER/Andreas FURRER, *Obligationenrecht - Besonderer Teil*, Zürich 2011, sh. 175; HUGUENIN, sh. 87.

<sup>14</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, sh. 754-755; GÜMÜŞ, sh. 372-375; EREN, *Özel Hükümler*, sh. 513-515; TANDOĞAN, sh. 353; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, sh. 408-409; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 443; ENGEL, *Contrats*, sh. 271; HONSELL, sh. 259; KOLLER, sh. 326-327; HUGUENIN, sh. 87-88.

koruyucu bir düzenleme niteliğinde olduğu rahatlıkla söylenebilir<sup>15</sup>.

Özellikle ticaret hayatında ayrı bir öneme sahip olan, konusunu belli bir miktar paranın oluşturduğu tüketim ödünç sözleşmelerinde, borçlunun (ödünç alanın) ödeme gücü, ödünç veren açısından sözleşmenin kurulması noktasında belirleyici bir etken olarak yer almaktadır. Bu da, TBK m. 390 hükmünün uygulamadaki önemini daha da belirgin hâle getirmektedir.

Ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içerisine düşmesinin hukukî neticelerini ortaya koymadan evvel, hangi durumlarda ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde sayılabileceği hususuna değinilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

## **2) Ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunu gösteren hâller**

### **a) Ödünç alanın iflası**

Ödünç alan hakkında iflas kararı verilmiş olması, onun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu gösteren emarelerin başında gelmektedir<sup>16</sup>. İflas müessesesi, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 6'ncı, 7'nci ve 8'inci bablarında düzenlenmiş, bununla birlikte, iflasın tanımına söz konusu kanunda yer verilmemiştir. İflas, borcunu kendi rızası ile ifa etmeyen borçlunun tüm malvarlığının, bütün alacaklıları yararına tasfiyeye tâbi tutulması şeklinde açıklanabilir<sup>17</sup>. İflas, dışa karşı çoğu kez borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu yönünde bir görüntü yansıtmaktadır. Gerçekten, günlük kullanımı itibariyle iflas kavramının, acz içinde bulunma, borca batık olma, borçlarını ödeyememe gibi olgularla açıklandığı görülmektedir<sup>18</sup>. Her ne kadar TBK m. 390 hükmünde, iflasa ya da haciz işleminin sonuçsuz kalması gibi bir başka olguya, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünü ortaya koyan bir sebep olarak ayrıca ve özel olarak yer verilmemişse de; TBK m. 98/f. 1 hükmü, iflasın, ifa güçsüzlüğünü ortaya koyan sebeplerden biri olduğunu açıkça ifade etmektedir<sup>19</sup>. Hâlbuki ödeme güçsüzlüğünü, iflasın açılması bakımından olmazsa olmaz bir koşul olarak kabul etmemek gerekir. Nitekim malî bakımdan çok iyi durumda olan bir borçlu hakkında bile, kendisini iflas yoluyla takip eden alacaklısına karşı sahip olduğu borcunu ödemediği takdirde, pekâla iflas kararı verilebilecektir. Keza, malî du-

---

<sup>15</sup> Bkz. GÜMÜŞ, sh. 371.

<sup>16</sup> ENGEL, Contrats, sh. 270 ; TANDOĞAN, sh. 351.

<sup>17</sup> Bkz. Abdurrahim KARSLI, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014, sh. 459; Mehmet Kâmil YILDIRIM/Nevhis DEREN-YILDIRIM, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015, sh. 333.

<sup>18</sup> KARSLI, sh. 459.

<sup>19</sup> Bununla birlikte, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunun ispat edilebilmesi için ödünç alan hakkında mutlaka iflas davası açılmış olması gerekmez. Bkz. BOVET/RICHA, sh. 1958.



rumu çok kötü olan borçlu, şayet kendisine karşı iflas yoluyla takipte bulunan alacaklısına karşı sahip olduğu borcunu (örneğin kredi almak suretiyle) ödemeyi başarabilirse, iflastan kurtulacaktır<sup>20</sup>.

Bu çerçevede özellikle iflas yoluyla adi takip ile kambiyo senetleri (çek, poliçe ve bono) hakkındaki özel takip usullerine ilişkin hükümler dikkate alındığında, borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunmasının, bu alanlarda iflasın açılabilmesi için gerçekleşmesi gereken bir koşul olarak kabul edilmediği rahatlıkla görülebilecektir. Bu alanlarda iflas kararının verilmesi için bazı şekli koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>21</sup>. Bu koşullar, iflas yoluyla adi takip bakımından İİK m. 155-166 hükümleri, kambiyo senetlerine dayalı iflas yoluyla takip bakımından ise İİK m. 167 ile m. 171-176/b hükümleri vasıtasıyla ortaya konulmaktadır. Söz konusu hükümler uyarınca, borçlu hakkında iflas kararı verilebilmesi için mahkeme tarafından borçlunun malvarlığı üzerinde bir incelemede bulunulması ve malvarlığındaki aktiflerin, borçları karşılamaya yetip yetmediğinin araştırılması yönünde bir zorunluluk bulunmamaktadır<sup>22</sup>. Borçlunun -maddî durumu nasıl olursa olsun- vadesi gelmiş bir borcunu iflas davasına rağmen ödememesi ya da diğer bir ifade şekliyle, borçlunun ödemelerini tatil etmesi Türk-İsviçre hukukunda genel iflas sebebi olarak kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Bu olgu, öğretide şekli iflas sebebi olarak tanımlanmaktadır<sup>24</sup>.

Diğer taraftan, borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması, her ne kadar iflasın açılması bakımından zorunlu bir unsur olarak kabul edilmese de, İcra ve İflas Kanunu'nun "Doğrudan Doğruya İflas Hâlleri" başlığı altında düzenlenen kısmında, borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması ya da diğer bir anlatımla, ödeme güçsüzlüğüne delalet eden finansal zorlukların varlığı, iflas kararının verilmesinde önemli etkenler olarak yer almaktadır. Örneğin bu bağlamda, iflasa tâbi bir borçlunun, aciz hâlinde bulunduğunu bildirmek suretiyle yetkili ticaret mahkemesinden iflasını istemesi mümkündür. Yalnız, hakkında iflas kararı verilebilmesi için, borçlunun, bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren mal beyanını iflas talebine eklemesi

---

<sup>20</sup> Baki KURU, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, sh. 1084-1085.

<sup>21</sup> Örneğin, kambiyo senetlerine dayalı iflas yoluyla takibin söz konusu olduğu hâllerde, alacaklı, takip talebinde İİK m. 58 hükmünde öngörülen hususların dışında, iflasa tâbi borçlusuna aleyhine haciz ve iflas yollarından hangisini istediğini bildirmeye ve kambiyo senedinin aslı ile borçlu adedi kadar tasdikli örneğini takip talebine eklemeye mecbur tutulmuştur (İİK m. 167).

<sup>22</sup> Timuçin MUŞUL, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Cilt: 2, Ankara 2013, sh. 1402; KARSLI, sh. 469.

<sup>23</sup> KURU, sh. 1084; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 340.

<sup>24</sup> YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 340; MUŞUL, sh. 1402; KARSLI, sh. 469.

ve bu belgeyi mahkemeye ibraz etmesi zorunlu kılınmıştır<sup>25</sup> (İİK m. 178/f. 1). Mahkeme, kendisine sunulan belgeleri göz önünde bulundurarak iflasa tâbi olan borçlunun borçlarını ödemekten âciz olduğuna kanaat getirirse, onun hakkında iflas kararı verir. Keza sermaye şirketleri ile kooperatifler bakımından, borçlarının aktifinden fazla olduğunun (borca batık durumda olduğunun) tespit edilmesi, türk hukukunda zorunlu bir iflas sebebi olarak yer almaktadır<sup>26</sup>. İİK m. 179 hükmüne göre, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borçlarının aktifinden fazla olduğu hususu, idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kişiler tarafından veya şirket ya da kooperatifin tasfiye hâlinde olması hâlinde tasfiye memurları tarafından ya da bir alacaklı tarafından beyan edilir ve bu durum mahkemece tespit edilirse, önceden takibe gerek kalmaksızın, bunların doğrudan doğruya iflasına karar verilir. Son olarak, terekenin (İİK m. 180 hükmü uyarınca) doğrudan doğruya iflas hükümleri çerçevesinde tasfiye edilmesinde de benzer bir durum söz konusu olmaktadır. Özellikle, ölüm tarihi itibarıyla mirasbırakanın ödemeden aczinin açıkça belli olması veya bu durumun resmen tespit edilmiş olması hâlinde, miras reddedilmiş sayılacak (MK m. 605/f. 2) ve terekenin tasfiyesi doğrudan doğruya iflas hükümlerine göre yapılacaktır.

### **b) Ödünç alan hakkında iflasın ertelenmesine karar verilmesi**

Ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde olup olmadığının tespiti bakımından iflasın ertelenmesi kararının herhangi bir etki taşıyıp taşımadığına da bakılması icap eder. İflasın ertelenmesi, kısaca tanımlanacak olursa, borca batık hâlde (borçlarının aktifinden fazla) olduğu bildirilen ve mahkeme tarafından da tespit edilen sermaye (anonim ya da limited) şirketi veya kooperatifin iflasının yasa da öngörülen belirli şartların gerçekleşmesi durumunda geçici bir süreliğine ertelenmesidir<sup>27</sup>. TTK m. 377 hükmü uyarınca, bir anonim şirket hakkında iflasın ertelenmesine karar verilmesinin istenebilmesi için, şirket yönetim kurulu ya da herhangi bir alacaklı tarafından, yeni nakit sermaye konulması da dâhil olmak üzere, nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren bir iyileştirme projesi-

---

<sup>25</sup> Bu durumda, aciz hâlinde bulunan borçlu, kendi iflasını isteyip istememek konusunda serbest bırakılmıştır. Fakat kanunda, borçlunun kendisi hakkında iflas talebinde bulunmasının mecburî olduğu bir hâl de bulunmaktadır. İİK m. 178/f. 3 hükmüne göre, iflasa tâbi olan borçlu aleyhine alacaklılardan bir veya birkaçının haciz yolu ile takipte bulunması, bu takipler neticesinde yapılan haczin borçlunun yarı mevcudunun elinden çıkmasına sebep olması ve borçlunun kalan mevcudunun da borçlunun muaccel ve vadesi bir sene içinde gelecek olan diğer borçlarını ödemeye yetişmemesi hâlinde, borçlu derhâl aczini bildirerek iflasını istemeye mecburdur.

<sup>26</sup> YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 374.

<sup>27</sup> Bkz. Timuçin MUŞUL, İflasın Ertelenmesi, 2. Baskı, İstanbul 2010, sh. 20.

nin mahkemeye sunulması gerekmektedir. Bu kural, limited şirketler hakkında da uygulama alanı bulur (TTK m. 634). Keza 1163 sayı ve 24.4.1969 tarihli Kooperatifler Kanunu m. 63/f. 3 hükmüne göre de, malî durumun düzeltilmesinin mümkün görülmesi hâlinde, mahkeme, kooperatif yönetim kurulunun veya alacaklılardan birinin isteği üzerine iflasın açılmasını erteleyebilir. Bu durumda mahkeme, mevcutlar defterinin tutulması, yönetim memuru atanması gibi kooperatif varlığının korunmasına ve devamına yarayan tedbirleri alacaktır.

Sermaye şirketleri ile kooperatifler hakkında iflasın ertelenmesi kararının verilebilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar İcra ve İflas Kanunu m. 179, 179/a ve 179/b hükümlerinde belirtilmiştir<sup>28</sup>. Bu maddeler uyarınca, özetle, bir sermaye şirketi ya da kooperatifin borca batık durumda olduğunun kanunda öngörülen kişiler tarafından mahkemeye bildirilmiş ve mahkeme tarafından tespit edilmiş olması; iflasın ertelenmesinin talep edilmiş ve bu talebin ilan edilmiş olması; iyileştirme projesi ile iyileştirme ümidinin varlığını gösteren somut bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulmuş ve bunların mahkeme tarafından ciddi ve inandırıcı bulunmuş olması; fevkalâde mühletten yararlanılmamış olması ve gerekli masraflar ile kayyımın ücret avansının mahkeme veznesine yatırılmış olması gerekmektedir<sup>29</sup>.

Mahkeme tarafından erteleme kararının verilmesiyle birlikte, borçlu aleyhine 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış olan takipler de durur. Erteleme sırasında yalnızca taşınır, taşınmaz veya ticarî işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir. Fakat bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez (İİK m. 179/b).

---

<sup>28</sup> İcra ve İflas Kanununa göre, kendisine iflasın ertelenmesi konusunda istemde bulunulan mahkeme, envanter düzenlenmesi, yönetim kurulunun yerine geçmesi ya da yönetim kurulu kararlarının onaylanması için derhâl bir kayyım atar. Mahkeme ayrıca şirketin ve kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli diğer önlemleri alır. Kayyımın atanmasına ilişkin kararla birlikte kayyımın mahkemece belirlenmiş olan görevleri, kayyımın temsil yetkisi ile bunun sınırları ve iflasın ertelenmesine ilişkin talep, mahkeme tarafından ilan ve ticaret siciline tescil ettirilir. Bu arada mahkeme iflasın ertelenmesi talebini karara bağlar. İflas ertelenmişse kayyım her üç ayda bir şirketin projeye uygun olarak iyileştirme gösterip göstermediğini mahkemeye rapor eder, mahkeme bu rapor üzerine veya gerek gördüğünde alacağı bilirkişi raporuna göre erteleme istemini değerlendirir. Şayet iyileştirmenin mümkün olamayacağı kanaatine varırsa erteleme kararını kaldırır (İİK m. 179/a).

<sup>29</sup> Bu şartlar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. MUŞUL, İflasın Ertenilmesi, sh. 38 vd.; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 380 vd.

Konumuzla ilgili olarak şu soruya yanıt aranması gerekir: Acaba ödünç alan konumunda bir sermaye şirketinin ya da bir kooperatifin olması durumunda ve bunun hakkında mahkemece iflasın ertelenmesine karar verilmesi hâlinde, ödünç veren, TBK m. 390 hükmünden faydalanarak ödünç konusunu teslimden kaçınabilecek midir? Daha yalın bir şekilde sorulacak olursa, ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra ödünç alan hakkında mahkemece verilen iflasın ertelenmesi kararı, ödünç verenin kendi edimini yerine getirmekten kaçınması konusunda haklı bir sebep teşkil eder mi? Öğretideki bir görüş, bu soruya olumsuz yanıt vermektedir<sup>30</sup>: Bu görüşe göre, ödünç alan hakkında verilen iflasın ertelenmesi kararı, ödünç verenin TBK m. 390 hükmünden yararlanmasına cevaz vermeyeceği gibi, böyle bir durum karşısında TBK m. 98 hükmü de uygulama alanı bulmayacaktır. Zira burada borçlu şirket hakkında henüz kesin bir iflas kararı verilmiş değildir. Zaten, borçlu şirket sürekli bir ödeme güçsüzlüğü içinde bulunsaydı, onun lehine iflasın ertelenmesine karar verilmesi de mümkün olmayacaktı. Öte yandan, borçlu olan şirketin malî durumunun iyileştirilmesi için, onun yeterli derecede likiditeye kavuşturulması gerekir. Bu nedenle iflasın ertelenmesi kararı karşısında, ödünç verenin daha evvel akdedilmiş olan ödünç sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmek zorunda bırakılması, iflasın ertelenmesi müessesesi ile güdülen amaca daha uygun düşecektir.

Bu görüşe karşı çıkan diğer bir görüş ise, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından, iflasın ertelenmesi kararının ne borçlunun borca batıklık hâlini ne de sözleşmenin diğer tarafının alacağına tehlikeye düşmüş olduğu gerçeğini ortadan kaldırmadığı düşüncesinden hareket ederek özellikle TBK m. 98 hükmünün -malî durumun iyileştirildiğinin kesinlik kazandığı istisnaî durumlar haricinde- iflasın ertelenmesi süresi içinde de uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>31</sup>.

Kanımızca da, ödünç alan konumundaki borçlu şirket hakkında iflas yerine iflasın ertelenmesine karar verilmiş olması, borçlunun artık hiçbir şekilde iflas etme tehlikesi ile karşı karşıya kalmayacağı anlamına gelmez. Nitekim iflasın ertelenmesi kararı verilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar arasında, ser-

---

<sup>30</sup> Bkz. Selçuk ÖZTEK, İflasın Ertelenmesi, Bankacılar Dergisi, Sayı: 59, Yıl: 2006, sh. 42. Eser sözleşmeleri bakımından bu yönde bkz. Mustafa ÖZBEK, Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin İflâsının Ertelenmesiyle Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, Doç. Dr. Haluk Konuralp İçin Özel Sayı, 2008/1, sh. 33-34.

<sup>31</sup> Bkz. Oğuz ATALAY, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007, sh. 159, 177; Ahmet TÜRK, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukukî Sonuçları, Ankara 1999, sh. 345.

maye şirketi ya da kooperatifin borca batık durumda bulunmasının yanısıra, borca batıklığın mahkemece tespit edilmiş olması şartı da yer almaktadır<sup>32</sup>. Kaldı ki ödünç verenin TBK m. 390 hükmü ile sağlanan imkândan yararlanabilmesi için, ödünç alan hakkında iflas kararı verilmiş olması gerekmez. Maddede yalnızca ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünden bahsedilmektedir. İflasın ertelenmesinin şartları arasında yer alan iyileştirme ümidinin bulunması ise, kanaatimizce ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünü tamamen ortadan kaldıran bir sebep olarak değerlendirilemez. Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin iflaslarının engellenmeye ya da en azından ötelenmeye çalışılmasının gerek söz konusu şirketler, gerek bunların alacaklıları gerekse sosyal ve ekonomik düzenin korunması bakımından büyük faydaları olduğu muhakkaktır. Ancak, bu yükü olduğu gibi sözleşmenin bir tarafının (ödünç verenin) omuzlarına yüklemek ve onun, kanun tarafından kendi lehine getirilmiş olan bir imkândan yararlanamayacağını savunarak, ödünç vereni, belki de karşılığını hiç elde edemeyeceği ya da elde etmekte büyük güçlükler çekeceği<sup>33</sup> edimini yerine getirmeye zorlamak da, ödünç veren ile ödünç alan arasındaki menfaatler dengesini büyük ölçüde bozacaktır.

### **c) Ödünç alan hakkında yapılan haciz işleminin sonuçsuz kalması**

Ödünç alan aleyhine yapılan haciz işleminin sonuçsuz kalması ya da diğer bir ifadeyle haczin semeresiz kalması da, onun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunu gösteren emarelerden biri olarak kabul edilmektedir<sup>34</sup>. Bu husus her ne kadar TBK m. 390 hükmünde açıkça ifade edilmemişse de; TBK m. 98

---

<sup>32</sup> Bkz. bu yönde Yarg. 23. HD., 23.10.2015 tarih ve E. 2014/7858, K. 2015/6803 sayılı kararı: *"...her iki şirketin de borca batık olmadığı anlaşılmaktadır. İflas ertelemeye karar vermek için bilançonun borca batık olması şart olduğundan mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekir..."*. Ayrıca bkz. Yarg. 23. HD., 26.9.2014 tarih ve 1351/5963 sayılı; Yarg. 23. HD., 29.5.2012 tarih ve 1269/3742 sayılı kararı. Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 1.3.2016).

<sup>33</sup> Bilindiği gibi iflasın ertelenmesi kararı üzerine, erteleme süresi içinde borçlu aleyhine kural olarak hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış olan takipler de durur. Bu konuda bkz. Yarg. 12. HD., 28.2.2011 tarih ve 20801/1993 sayılı kararı: *"İflasın ertelenmesi kararı ile birlikte yürürlüğe giren takip yasağı bakımından, bu karardan (iflasın ertelenmesi kararından) önce doğan alacaklar için yapılacak takipler ile erteleme süresi içinde doğan alacaklar için yapılacak takipler arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Alacakları erteleme kararından sonra doğan ve muaccel hâle gelen alacaklılar da borcu şirkete karşı icra (veya) iflas yolu ile takip yapamazlar"*. Bkz. KURU, sh. 1178, dn. 111.

<sup>34</sup> Peter HIGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V/2b, Die Leihe, Art. 305-318 OR, 3. Aufl., Zürich 2003, Art. 316 OR, No: 15; Laurent BUTTICAZ, La notion d'insolvabilité en droit privé suisse, Genève 2011, sh. 71; TANDOĞAN, sh. 351; BOVET/RICHA, sh. 1958; ENGEL, Contrats, sh. 270.

hükmü, borçlu hakkında gerçekleştirilen haciz işleminin sonuçsuz kalmasını, borçlunun borcunu ifade güçsüzlüğe düştüğünün somut bir göstergesi olarak kabul etmiştir.

Ödünç alan aleyhine yapılan haczin semeresiz kalması, onun hakkında icra dairesi tarafından borç ödmeden aciz belgesi (vesikası) düzenlenmesi suretiyle ortaya konulmaktadır. Resmî belge niteliği taşıyan aciz belgesi, aleyhinde icra takibinde bulunan borçlunun mallarının paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen bedelin, alacaklının tüm alacağını karşılamaya yeterli olmadığını belgeleyerek alacaklının alacağının ödenmemiş olan tutarını belirtmektedir<sup>35</sup>.

İİK m. 143/f. 1 hükmü gereği, alacaklı alacağının tamamını alamamış ve aciz belgesi düzenlenmesi için gerekli şartlar da yerine gelmişse, icra dairesi kalan miktar için alacaklıya hemen bir aciz belgesi düzenler, bunun bir suretini de borçluya verir. Bu belgeler hiçbir harç ve vergiye tâbi değildir. Aciz belgesinin bir nüshası ise her il merkezinde Adalet Bakanlığınca tespit edilen icra dairesi tarafından tutulan özel sicile kaydedilmek üzere bu icra dairesine gönderilir<sup>36</sup>. Bu şekilde düzenlenen aciz belgesi, “kesin aciz belgesi” olarak da isimlendirilir<sup>37</sup>. Kesin aciz belgesi niteliğinde olan bir başka belge ise, borçlunun haciz sırasında haczedilebilir malının bulunmadığını tespit eden haciz tutanağıdır. Nitekim İİK m. 105/f. 1 hükmünde “*Haczi kâbil mal bulunmazsa haciz tutanağı 143’üncü maddedeki aciz vesikası hükmündedir*” ifadesi yer almaktadır. Borçlunun haczedilebilir hiçbir malının bulunmadığı, haciz tutanağı ile tespit edildiğinde, alacaklıya ayrıca bir aciz belgesi verilmesine gerek yoktur; zira haciz tutanağı borç ödmeden aciz belgesi yerine geçer<sup>38</sup>.

Diğer taraftan, haciz sırasında borçlunun haczedilebilir bir miktar malı olduğunun tespit edilmesine rağmen bu mallar için takdir edilen değer takip konusu alacağı yetmeyeceği anlaşılırsa, bu hususta düzenlenen haciz tutanağı da geçici aciz belgesi yerine geçer (İİK m. 105/f. 2)<sup>39</sup>. İcra memurunun bu durumda

---

<sup>35</sup> KARSLI, sh. 327; İlhan E. POSTACIOĞLU/Sümer ALTAY, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010, sh. 634; KURU, sh. 744; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 266.

<sup>36</sup> Borç ödmeden aciz belgesinin takip hukuku, maddî hukuk ve ceza hukuku bakımından sahip olduğu etkiler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, sh. 745-747; POSTACIOĞLU/ALTAY, sh. 635-639; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 267-269.

<sup>37</sup> KURU, sh. 748.

<sup>38</sup> KURU, sh. 749.

<sup>39</sup> Geçici aciz belgesi, kesin aciz belgesinden farklı olarak alacaklıya yalnızca İİK m. 277 uyarınca borçlunun belli tasarruflarına karşı iptal davası açabilme yetkisi vermektedir. Elinde geçici aciz belgesi bulunan alacaklının, kesin aciz belgesinin takip hukuku açısından doğuracağı diğer sonuçlardan yararlanma yetkisi ise bulunmamaktadır. Bkz. YILDIRIM/ DEREN-YILDIRIM, sh. 269; POSTACIOĞLU/ALTAY, sh. 635.

ayrıca geçici aciz belgesi adı altında bir belge düzenleme yetkisi yoktur<sup>40</sup>.

Haciz işleminin sonuçsuz kaldığını gösteren kesin aciz belgesi, TBK m. 98 hükmü anlamında borçlunun borcunu ifade güçsüzlüğe düştüğüne delalet ettiği gibi, TBK m. 390 çerçevesinde ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu da işaret eder<sup>41</sup>. Geçici aciz belgesi de, her ne kadar borçlunun haczedilebilir mallarına ilişkin olarak icra memuru tarafından takdir edilen (tahminî) bir değere göre düzenlense<sup>42</sup>, diğer bir deyişle borçlunun malî durumu ya da ödeme gücü hakkında kesin bir bilgiyi ortaya koyamasa da, öğretide bu belgenin de tıpkı kesin aciz belgesi gibi gerek TBK m. 98 gerekse TBK m. 390 hükmü kapsamında etki doğuracağı kabul edilmektedir<sup>43</sup>.

Bize göre de, borçlunun borcunu ifade güçsüzlüğe düştüğünü gösteren örneklerden biri olarak TBK m. 98 hükmünde açıkça zikredilen “*borçlu hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması*” hâlinin, TBK m. 390 hükmü bağlamında da aynı etkiye sahip olması ve ödünç verenin, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdeki diğer alacaklılarla eşit bir korumaya kavuşturulması gerekir. Bunun neticesinde, ödünç alan hakkında kesin ya da geçici nitelikte aciz belgesi düzenlenmiş olması, onun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu işaret eden olgular arasında kabul edilmeli ve böyle bir durum karşısında ödünç veren, ödünç alana karşı TBK m. 390 hükmünün kendisine sağladığı imkânlardan yararlanabilmelidir.

#### **d) Ödünç alanın konkordato istemiş olması**

Ödünç alanın konkordato teklifinde bulunmuş olması da, onun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu gösteren emarelerden biri olarak kabul edilmektedir<sup>44</sup>. Bilindiği üzere konkordato, malî durumu bozulmuş olan borçlunun, kanunda öngörülen şartlar dâhilinde alacaklılarının çoğunluğu ile yaptığı ve ticaret mahkemesinin tasdiki ile hüküm ifade eden cebrî bir anlaşma olarak

---

<sup>40</sup> Bkz. Yarg. 17. HD, 15.1.2008 tarih ve 22130/223 sayılı; Yarg. 12. HD, 2.12.2008 tarih ve 18203/21511 sayılı kararı.

<sup>41</sup> Bu görüşte bkz. KURU, sh. 747.

<sup>42</sup> İİK m. 87 hükmünde haczi yapan memurun, haczettiği malın kıymetini takdir edeceği ve gerektiğinde bu konuda bilirkişiyeye müracaat edebileceği hususları düzenlenmektedir. Haczi yapan memur tarafından düzenlenen haciz tutanağında, alacaklı ve borçlunun kimlikleri, alacağın miktarı, haczin hangi gün ve saatte yapıldığı, haczedilen mallar ile takdir edilen kıymetleri ve varsa üçüncü şahısların iddiaları yazılır ve haczi icra eden memur tarafından imza edilir (İİK m. 112).

<sup>43</sup> Aczin ispatı için ödünç alan hakkında kesin bir aciz belgesi alınmasının şart olmadığı, geçici aciz belgesinin de bu konuda yeterli olacağı görüşünde bkz. TANDOĞAN, sh. 351; BOVET/RICHA, sh. 1958; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 9; BUTTICAZ, sh. 17.

<sup>44</sup> TANDOĞAN, sh. 351; BOVET/RICHA, sh. 1958; BUTTICAZ, sh. 72.

nitelendirilmektedir<sup>45</sup>. Bu anlaşma neticesinde alacaklılar borçludan olan alacaklarının belirli bir yüzdesinden vazgeçmekte ve borçlu da borçlarının konkordato ile kararlaştırılan kısmını ödemek suretiyle borçlarının tamamından kurtulmuş sayılmaktadır<sup>46</sup>.

İİK m. 287/f. 1 hükmüne göre, konkordato hükümlerinden yararlanmak isteyen borçlu -ve hattâ iflas talebinde bulunabilecek herhangi bir alacaklı-tarafından yapılan konkordato teklifi, icra mahkemesince uygun bulunursa, mahkeme borçluya en fazla üç aylık bir mühlet verir. Ancak bu mühletin verilebilmesi için, konkordato talebinin ilanından itibaren on gün içinde alacaklılar tarafından konkordato mühleti verilmesini gerektiren bir hâl bulunmadığı yönünde bir itiraz ileri sürülmemiş olması ya da icra mahkemesinin bu itirazı reddetmiş olması gerekir. İcra mahkemesi, mühlet kararı ile birlikte bir veya birkaç konkordato komiseri de tayin eder (İİK m. 287/f. 1 ve 2).

Mahkeme tarafından verilen mühlet, borçlu bakımından olduğu kadar alacaklılar bakımından da önemli bir takım sonuçlar doğurmaktadır. Bu çerçevede konkordato mühleti içinde borçlu aleyhine 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz, evvelce başlamış olan takipler durur ve ihtiyatî haciz kararları da uygulanmaz (İİK m. 289/f. 1). Keza borçlu da, icra mahkemesinin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez, taşınmazları üzerinde sınırlı aynî hak tesis edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz (İİK m. 290/f. 2).

Görüldüğü gibi, konkordato mühleti kararı ile borçlunun malvarlığına yönelik olarak kanun tarafından getirilen tüm bu kısıtlamalar, onun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu dair önemli bir kanıt ortaya koymaktadır. Bu nedenle, bir ödünç sözleşmesi ilişkisi içerisinde, ödünç alan hakkında sözleşmenin kuruluşundan sonra konkordato mühleti verilmesine karar verilirse, ödünç verenin TBK m. 390 hükmü gereği ödünç konusunu teslimden kaçınabilmesi gerekir<sup>47</sup>. Bununla beraber, öğretilerdeki bazı yazarlara göre<sup>48</sup> ödünç verenin bu haktan yararlanabilmesi için, ödünç alan hakkında icra mahkemesi tarafından

---

<sup>45</sup> YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 504; KURU, sh. 1443; MUŞUL, sh. 1672; KARSLI, sh. 533.

<sup>46</sup> KURU, sh. 1443-1444.

<sup>47</sup> Marius SCHRANER, Obligationenrecht (Hrsg.: Peter Gauch/Jörg Schmid), Teilband V 1e, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000, Art. 83 OR, No: 13; Sylvain MARCHAND, Contrats et insolvabilité, Actualités du droit des contrats: Le contrat à la croisée des chemins (édit: Martina Braun), Lausanne 2008, sh. 18, 40.

<sup>48</sup> Bkz. bu görüşte Beat SCHÖNENBERGER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg.: Marc Amstutz/ve diğerleri), Zürich 2007, Art. 316, No: 3.



mutlaka bir konkordato mühleti kararı verilmesine dahi gerek yoktur, ödünç alanın mahkemeye gerekçeli bir konkordato dilekçesi ile müracaat ederek konkordato teklifinde bulunmuş olması, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu konusunda başlı başına yeterli bir delil teşkil etmektedir<sup>49</sup>.

### e) Ödünç alanın borca batık durumda olması

Ödünç alanın borca batık durumda olmasının, ödünç verene TBK m. 390 hükmünden yararlanma imkânı verip vermeyeceği de üzerinde ayrıca durulması gereken bir konudur<sup>50</sup>. Yukarıda da değindiğimiz gibi, aynı zamanda sermaye şirketleri ile kooperatifler bakımından zorunlu bir iflas sebebi olan borca batık olma hâli, anonim şirketlerle ilgili olarak TTK m. 376/f. 3 hükmünde “*aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi*” olarak ifade edilmiştir. İcra ve İflas Kanunu m. 179 hükmünde ise, sermaye şirketleri ile kooperatifler bakımından borca batıklığın “*borçların aktiften fazla olması*” şeklinde izah edildiği görülmektedir. Öğretiye bakıldığında da borca batık olma, “*pasifin aktiften fazla olması*” şeklinde açıklanabildiği<sup>51</sup> gibi, özellikle pasif ile borç kavramlarının birbirinden farklı anlamlar taşıdığına altını çizen diğer bir görüşün, borca batıklığı, “*borçların aktiften fazla olması*” ya da “*şirket mevcudunun (ve alacaklarının), borçlarını karşılamaya yetmemesi*” olarak tanımlamayı tercih ettiği<sup>52</sup> görülmektedir<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> İİK m. 285/f. 1 hükmü uyarınca borçlu, konkordato hükümlerinden yararlanabilmek için icra mahkemesine gerekçeli bir dilekçe ve bir konkordato projesi vermek zorundadır. Bu projeye ayrıca ayrıntılı bir bilanço ve gelir tablosu ile -şayet borçlu defter tutma zorunluluğu olan kişilerden ise- defterlerinin durumunu bildiren bir cetvel de eklenir.

<sup>50</sup> Ödünç alanın borca batık durumda olması hâlinde, ödünç verenin TBK m. 390 hükmünden yararlanabileceği görüşünde bkz. BOVET/RICHA, sh. 1958; BUTTICAZ, sh. 74; SCHÖNENBERGER, Art. 316 OR, No: 3; HIGI, Art. 316 OR, No: 15; SCHÄRER/ MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 9. Bkz. KURU, sh. 1159.

<sup>52</sup> Bkz. MUŞUL, sh. 1430. Yazara göre, pasif, borç kavramından daha geniş bir içeriğe sahip olup, malvarlığının pasif kısmında yer alan her kalem, şirketin borcu olarak nitelendirilemez. Pasifte yer almakla birlikte, borç olarak nitelendirilemeyecek olan esas sermaye (itibarî rakam olarak), yedek akçeler ile karşılıklar gibi kalemlerin ağırlığı nedeniyle, pasifin aktiften fazla olduğu ortaya çıkıyor ise şirketin borca batık olduğundan söz edilemeyecektir. Aynı şekilde bkz. MUŞUL, iflasın Ertelenmesi, sh. 41; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, sh. 380, KARSLI, sh. 497.

<sup>53</sup> Yargıtay'ın bu son görüşü benimsediğine işaret eden bir kararı için bkz. Yarg. 23. HD, 26.11.2015 tarih ve E. 2014/6695, K. 2015/7590 sayılı kararı: “*borca batıklık hesaplanırken, bilançodaki kaydı değerlere göre değil, şirketin tüm aktiflerinin rayiç değerleri (satış değerleri) esas alınarak hesaplama yapılması gerektiği, bunun için tüm aktif malvarlığı değerlerinin incelemenin yapıldığı tarihteki rayiç değerleri esas alınması gerektiği, ... şirketin 2011 yılı sonu itibariyle aktiflerinin 105.540,00 TL olarak hesaplandığı, dört icra dosyasında toplam borç 157.777,45 TL olarak kabul edildiğinde dahi davalı şirketin borca batık olduğu... gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir*”. Bununla birlikte aynı dairenin, borca batıklığın tespiti konusunda borç-aktif dengesine değil pasif-aktif dengesine itibar ettiği kararlarının

Nasıl tanımlanırsa tanımlansın, borca batıklığın ödeme güçsüzlüğü ile eşdeğerde olmadığı muhakkaktır. Öyle ki, borçlunun borca batık durumda olması, onun kesin olarak ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu anlamına gelmez. Borçlu, her ne kadar borca batık durumda olsa bile, en azından geçici bir süre için alacaklılarına karşı sahip olduğu muaccel borçlarını -meselâ kredi almak suretiyle- ödeme gücüne sahip olabilir<sup>54</sup>. Bununla birlikte, borca batıklığın süreklilik arz ettiği veya borç-aktif dengesinin büyük ölçüde aktif aleyhine bozulduğu durumlarda, borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu reddetme imkânı da ortadan kalkacaktır<sup>55</sup>.

Kanımızca ödünç veren, ödünç alanın borca batık hâle gelmesi ile birlikte TBK m. 390 hükmü ile öngörülen hukukî imkândan yararlanabilmelidir. Zira ödünç verenden, ödünç konusunun iadesine ve -varsa- faize ilişkin alacaklarını elde edememe riskini üstlenmesini bekleyerek, onu, aktifi borçlarını karşılamaya yetmeyen ödünç alan karşısında borcunu ifa etmeye zorlamak, söz konusu hükmün *ratio legis'*i ile de bağdaşmayacaktır.

#### **f) Ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğuna işaret edebilecek diğer durumlar**

Yukarıda, özel olarak üzerinde durduğumuz hâller dışında, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğuna delalet eden ve bu bakımdan ödünç verene TBK m. 390 hükmü kapsamında ödünç konusunu teslimden kaçınma imkânı veren durumlar da mevcuttur. Bu bağlamda, ödünç alan hakkında birçok icra takibi yapılmış olması<sup>56</sup>, ödünç alanın üçüncü kişilere yapacağı ödemeleri sürekli olarak erteleme yoluna gitmesi<sup>57</sup>, ödünç alanın senetlerinin protesto edilmiş olması<sup>58</sup> veya borçlarını ödeyebilmek için karşılıksız çek vermiş ve hatır bonolarına başvurmuş olması<sup>59</sup> öğretide ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünü yansıtan olgular olarak gösterilmektedir. Keza ödünç alanın işletmesini kapatarak alacaklılarından kaçmasının

---

da bulunduğu göze çarpmaktadır. Bu yöndeki bir kararı için bkz. Yarg. 23. HD, 9.11.2015 tarih ve E. 2014/9772, K. 2015/7165 sayılı kararı: "... gayrimenkulün değeri de davacı şirket aktifine eklendiğinde şirketin **borca batık olmadığı ve aktifinin pasifinden fazla olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir**".

<sup>54</sup> SCHRANER, Art. 83 OR, No: 14; BUTTICAZ, sh. 34.

<sup>55</sup> BUTTICAZ, sh. 34.

<sup>56</sup> TANDOĞAN, sh. 351.

<sup>57</sup> BOVET/RICHA, sh. 1958; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 9; HIGI, Art. 316 OR, No: 15.

<sup>58</sup> TANDOĞAN, sh. 351.

<sup>59</sup> TANDOĞAN, sh. 351; HIGI, Art. 316 OR, No: 15; BUTTICAZ, sh. 75.

da ödunc veren açısından aynı etkiyi doğuracağı savunulmaktadır<sup>60</sup>.

Buna karşılık, ödunc alanın ticarî faaliyetlerde bulunmak amacıyla yerleşim yerini yurtdışına taşıması nedeniyle ona karşı takip yapılmasının zorlaşması, ödunc alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu yönünde bir delil oluşturmadığı gibi, ödunc alanın ekonomik durumunun öncesine nazaran kötüye gitmesi de onu, tek başına, borçlarını ödemekten âciz hâle getirmez<sup>61</sup>.

### **III- Ödunc Alanın Ödeme Güçsüzlüğüne Düşmesinin Hukukî Sonuçları**

#### **1) Ödunc verenin sahip olduğu haklar ve ispat meselesi**

TBK m. 390/f. 1 hükmü, ödunc alanın ödunc sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, ödunc verenin ödunc konusunu teslimden kaçınabileceğini ortaya koymaktadır. Şayet ödunc veren, ödunc alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu sözleşmenin kurulmasından sonra öğrenirse de aynı hakka sahip olacaktır (f. 2). Görüldüğü üzere ödunc veren, TBK m. 390 hükmü kapsamında, ödunc konusunun tesliminden iki hâlde kaçınabilmektedir: Ödunc alanın, ödunc sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşmesi ya da ödunc alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olmasına rağmen, ödunc verenin bu durumu sonradan öğrenmesi.

İlk ihtimâl, ödunc alan bakımından söz konusu olan ödeme güçsüzlüğünün ödunc sözleşmesinin kuruluşundan sonraki bir zaman diliminde gerçekleşmiş olmasıdır. Bu olasılıkta, ödunc veren, karşı âkit ile ilgili olarak sözleşmenin kuruluşu ânında mevcut olmayıp, sonradan meydana gelen olumsuz bir durum karşısında, sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmekten kaçınmasına olanak sağlayacak bir hukukî korumaya kavuşturulmaktadır. Ödunc verenin TBK m. 390/f. 1 ile öngörülen bu imkândan yararlanabilmesi için, onun, ödunc sözleşmesinin kurulmasından sonra ödunc alanın ödeme güçsüzlüğüne düştüğünü ispat etmesi gerekmektedir. Nitekim MK m. 6 hükmü, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her birinin, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğunu belirtmektedir.

Ödunc alanın malî durumunda eskiye nazaran bir kötüleşme olduğuna yönelik bir takım şüphe ve endişelerin varlığı başlıbaşına onun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu ispatlamaya yetmese de<sup>62</sup>, ödunc verenin, ödunc ala-

---

<sup>60</sup> HİGİ, Art. 316 OR, No: 15.

<sup>61</sup> BUTTICAZ, sh. 74.

<sup>62</sup> Pierre ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 1997, sh. 659; TANDOĞAN, sh. 351.

nın içine düştüğü ödeme güçsüzlüğünü ispat edebilmesi için, bu güçsüzlüğün resmî belgelerle tespit edilmiş olması da zorunlu sayılmamalıdır. Şu hâlde, ödünç veren belirli sayıdaki makul ve uygun delili ortaya koymak suretiyle ödünç alanın içine düştüğü ödeme güçsüzlüğünü ispat edebilir<sup>63</sup>.

Ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü karşısında, ödünç verene, ödünç konusunu teslim etmekten kaçınma hakkı veren bir diğer imkân da TBK m. 390/f. 2 hükmü ile tanınmıştır. Bu hüküm uyarınca ödünç alan, ödünç sözleşmesinin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olsa dahi, şayet ödünç veren bu bilgiyi ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra öğrenmişse, tıpkı TBK m. 390/f. 1 hükmünde olduğu gibi ödünç konusunu teslimden kaçınabilecektir<sup>64</sup>. Dolayısıyla şayet ödünç veren, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu bilmesine rağmen ona ödünç

---

<sup>63</sup> Özellikle, ödünç verenin ödünç verme işini meslekî bir faaliyet olarak sürdürdüğü bazı durumlarda, ödünç alanın, kendi finansal durumuna ait bilgileri ortaya koyan hesap dökümlerini, muhasebe kayıtlarını, ticarî defterleri ve bu gibi belgeleri, belirli dönemlerde ve belirli aralıklarla ödünç verene sağlamak zorunda olduğu hususu, taraflar arasındaki ödünç sözleşmesinde kararlaştırılmış olabilir. Söz konusu belgeler, ödünç alanın içinde bulunduğu ödeme güçsüzlüğünün ispatı noktasında büyük önem arz etmektedir.

Öte yandan ödünç veren, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 219 vd. hükümleri uyarınca, ticarî defterler, hesap bilgileri ve muhasebe kayıtları gibi ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünün ispatını sağlayacak olan belgeleri ibraz etmesini mahkemeden talep edebilir.

<sup>64</sup> Bu nedenle öğretilerde söz konusu hükmün, irade sakatlığını düzenleyen hükümlerin bir tamamlayıcısı olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. BOVET/RICHA, sh. 1958; BUTTICAZ, sh. 75. Ödünç verenin böylesi bir durum karşısında, ister irade sakatlığı hakkındaki hükümlere, isterse TBK m. 390/f. 2 hükmüne başvurabileceği yönünde bkz. HIGI, Art. 316 OR, No: 6.

Tandoğan'a göre TBK m. 390/f. 2 hükmü olmasaydı, ödünç verenin, ödünç alanın ödeme gücüne sahip olduğu düşüncesindeki yanılması basit bir saikte yanılma olarak kabul edilecek ve sözleşmenin geçerliliği konusunda herhangi bir etkiye sahip olmayacaktı. Bkz. TANDOĞAN, sh. 352. Aynı yönde bkz. Hugo OSER/Wilhelm SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Art. 184-418 OR, vol. V/2, 2. Aufl., Zurich 1936, Art. 316 OR, No: 4. Bu yazarlara göre de, ödünç alanın ödeme gücü hakkındaki yanılma, TBK m. 32 anlamında esaslı sayılan saik yanılması (temel hatası) niteliğinde olmadığından, ödünç verene sözleşmeyi iptal hakkı vermez. Dolayısıyla, TBK m. 390/f. 2 hükmü, ödünç verene sağladığı edimini yerine getirmekten kaçınma imkânı nedeniyle ayrı bir önem kazanmaktadır.

Ödünç alanın ödeme gücüne sahip olduğu yönündeki düşüncede yanılmanın esaslı saik yanılması sayılması gerektiğini savunan farklı görüş için bkz. EREN, Özel Hükümler, sh. 512; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 443.

Ödünç sözleşmesinin kurulması sırasında malî durumunda meydana gelen kötüleşmeyi ödünç verenden gizleyen ödünç alan hakkında -hukuken "ödeme güçsüzlüğü" içinde sayılmaması nedeniyle- TBK m. 390/f. 2 hükmü uygulanamayacak olsa da, irade sakatlığını düzenleyen hükümler (özellikle TBK m. 36 hükmü) uygulama alanı bulabilir. Bkz. SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 6; Eugen BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zurich 1988, sh. 195.

vermeyi kabul etmişse, artık onun ödünç konusu şeyi teslimden kaçınma hakkı bulunmayacaktır<sup>65</sup>.

Görüldüğü gibi, ödünç verenin bu haktan faydalanabilmesi için, onun, ödünç sözleşmesinin kurulduğu sırada ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde olduğundan haberdar olmaması gerekmektedir. Öyle ki, ödünç verenin, sözleşme öncesinde ödünç alanın maddî durumunu araştırma yönünde herhangi bir yasal yükümlülüğü de bulunmamaktadır<sup>66</sup>. Ödünç verenin bu konuda iyiniyetli olduğu, diğer bir ifadeyle, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu bilmediği, karine olarak kabul edilmelidir<sup>67</sup>. Dolayısıyla bunun aksini iddia eden, iddiasını ispat etmek durumundadır. Ödünç verenin, sözleşme kurulurken ödünç alanın malî durumu hakkında bilgi sahibi olduğu ya da somut olaydaki şartlara göre onun ödeme güçsüzlüğünden haberdar olması gerektiği yönündeki hususlar, bunları iddia eden tarafça ispat edilmelidir<sup>68</sup>. Bu bağlamda, ödünç veren ile ödünç alan arasında uzun zamandan beri süregelen yakın iş ilişkilerinin varlığının ispatı ile, ödünç verenin, hayatın olağan akışına göre ödünç alanın maddî durumu hakkında bilgi sahibi olması gerektiği yönünde bir sonuca varılabilecektir<sup>69</sup>.

Bununla birlikte, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu resmen ortaya koyan şartların varlığı hâlinde ödünç verenin iyiniyetinden bahsedile-

---

<sup>65</sup> EREN, Özel Hükümler, sh. 513.

<sup>66</sup> İsviçre hukukunda ise, tüketici kredisi sözleşmeleri kapsamında kredi verene, kredi alanın finansal durumunu araştırma konusunda yasal bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu nedenle, İsviçre öğretisinde tüketici kredisi sözleşmeleri bakımından, ödünç verenin ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünden haberdar olmadığını ileri süremeyeceği savunulmaktadır. Bu yönde bkz. BUTTICAZ, sh. 77; HIGI, Art. 316 OR, No: 21. Gerçekten, 23.3.2001 tarihli Tüketici Kredisi Hakkındaki İsviçre Federal Yasasının (Loi fédérale sur le crédit à la consommation) 28'inci, 29'uncu ve 30'uncu maddeleri uyarınca, kredi veren ile finansal kiralama şirketleri, akdedilecek olan sözleşme öncesinde kredi alanın veya kiracının finansal durumu hakkında gerekli araştırmaları yapmak zorunda tutulmuşlardır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun dikkate alındığında ise, türk hukukunda kredi veren açısından bu yönde bir yükümlülüğe yer verilmediği görülmektedir.

<sup>67</sup> BUCHER, sh. 195; BUTTICAZ, sh. 77; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 5; HIGI, Art. 316 OR, No: 21. Tandoğan ise, karşı tarafın (ödünç alanın) ödeme güçsüzlüğünden haberdar olmadığı hakkındaki iddiayı, ödünç verenin ispat etmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak yazara göre, ödünç verenin, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunu bilmediği yönündeki iddiasını ispatlama konusunda çok da sıkı hareket edilmemesi gerekir. Şayet taraflar arasında yakın iş ilişkileri ya da kişisel bir bağ yoksa ödünç verenin, ödünç alanın malî durumundan haberdar olmadığına ilişkin iddiası doğru kabul edilmelidir. Bkz. TANDOĞAN, sh. 352.

<sup>68</sup> BOVET/RICHA, sh. 1958.

<sup>69</sup> Bkz. BUTTICAZ, sh. 78; HIGI, Art. 316 OR, No: 23.

memesi gerekir<sup>70</sup>. Örneğin, ödünç sözleşmesinin kuruluşundan evvel, ödünç alan hakkında İİK m. 219 hükmü uyarınca<sup>71</sup> iflasın açılmasının ya da İİK m. 288 hükmü gereği<sup>72</sup> konkordato mühleti verildiğine dair kararın ilan edilmiş olması durumunda, ödünç veren, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu bilmediğini iddia edemeyecektir. İflas dairesi veya icra mahkemesi tarafından ödünç alanla ilgili olarak bu konularda yapılan ilanlar, ödünç verenin, ödünç sözleşmesinin kurulması sırasındaki iyiniyet iddiasını ortadan kaldıracaktır<sup>73</sup>. Öyle ki, ödünç sözleşmesinin kuruluşundan önce ödünç alan hakkında iflasın açıldığına veya konkordato mühleti verildiğinin ilan edilmiş olmasına rağmen, ödünç veren bu bilgiyi sözleşmenin kuruluşundan sonra öğrense dahi, artık onun TBK m. 390/f. 2 hükmünden yararlanarak ödünç konusunu teslimden kaçınma hakkı olmayacaktır<sup>74</sup>.

## **2) Ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesinin ödünç sözleşmesine etkisi**

TBK m. 390 hükmünün verdiği yetki kapsamında ödünç verenin, sözleşmenin diğer tarafının ödeme güçsüzlüğü nedeniyle ödünç konusunu teslimden kaçınması, öğretide çoğunlukla dönme hakkı olarak nitelendirilmektedir<sup>75</sup>. Buna göre, ödünç veren TBK m. 390'da öngörülen bu hakkını kullandığı vakit, ödünç sözleşmesi geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) ortadan kalkacak, sanki söz-

---

<sup>70</sup> BOVET/RICHA, sh. 1958; HIGI, Art. 316 OR, No: 21; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 5.

<sup>71</sup> İflas dairesi İİK m. 166/f. 2 gereği, iflasın açıldığı bilgisini kendiliğinden ve derhâl tapuya, ticaret sicil memurluğuna, gümrük ve posta idarelerine, Türkiye Bankalar Birliği'ne, mahallî ticaret odalarına, sanayi odalarına, taşınır kıymet borsalarına, Sermaye Piyasası Kurulu'na ve diğer ilgililere bildirir. Daire, ayrıca iflas kararını karar tarihinde tirajı ellibinin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtım yapılan gazetelerden biri ile birlikte iflas edenin işlem merkezinin bulunduğu yerdeki bir gazetede ve Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan eder.

<sup>72</sup> Söz konusu hükme göre konkordato mühleti, icra mahkemesince karar tarihinde tirajı ellibinin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde ilan olunur ve icra dairesi ile tapu dairesine bildirilir. Borçlu bir tacir ise ticaret sicili memurluğuna ve deniz ticaretiyle meşgul ise ayrıca gemi sicil memurluğuna da haber verilir. Borçlunun gemisi sicile kayıtlı olduğu takdirde gemi sicil memuru, konkordato mehli hakkında sicile şerh verir. Mühlet kararı, ayrıca diğer ilgililere de bildirilir.

<sup>73</sup> Keza İİK m. 192 hükmüne göre de, iflasın açılmasından sonra müflise ödemede bulunan kimse müflisin alacaklılarına karşı ancak masaya giren para veya kıymet nispetinde borcundan kurtulacaktır. Fakat söz konusu hüküm ile, iflasın ilanından evvel müflise ödemede bulunan borçlunun iflastan haberi olmaması hâlinde, borcundan kurtulacağı öngörülmektedir.

<sup>74</sup> HIGI, Art. 316 OR, No: 23; BUTTICAZ, sh. 78-79. Aksi yönde bkz. SCHÄRER/ MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 5.

<sup>75</sup> Bkz. bu görüşte GÜMÜŞ, sh. 371; TANDOĞAN, sh. 351; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR No: 2, 11; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 316 OR, No: 3; CHRIST, § 37, I, No: 7; BUCHER, sh. 195.

leşme hiç kurulmamış gibi bir netice meydana gelecektir<sup>76</sup>.

Bazı yazarlar ise ödünç verenin sahip olduğu bu hakkı, dönme hakkı olarak nitelendirmek yerine, kanunda yer aldığı şekliyle, ödünç konusunu teslimden kaçınma hakkı olarak isimlendirmektedir<sup>77</sup>. Kanaatimizce bu hakkın, ödünç verene, ödeme güçsüzlüğü içinde bulunan ödünç alana karşı yalnızca süresiz bir teslimden kaçınma yetkisi verdiğini, bunun ödeme güçsüzlüğü sona erinceye dek kullanılabileceğini, bununla birlikte ödünç verenin bu sözleşmeden kurtulma imkânının bulunmadığını savunmak güçtür. Nitekim bazı durumlarda ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünden kurtulması hiçbir şekilde mümkün olmayabileceği gibi, onun yeniden ödeme gücüne kavuşmasını bekleyerek ödünç konusu para veya misli eşyayı bu süre zarfında elde tutmaya mecbur bırakılmak da ödünç veren açısından katlanılması zor bir durum yaratabilir. Bu nedenle biz de, TBK m. 390 hükmünde öngörülen şartlar dâhilinde, ödeme güçsüzlüğüne düşen ödünç alan karşısındaki ödünç verenin, sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerektiğini düşünüyörüz.

Öte yandan, ödünç sözleşmesinin konusunu birden fazla bölünebilir şeyin kısım kısım teslimi oluşturuyor ise, bu kısımlardan birkaçını, ödeme güçsüzlüğü içindeki ödünç alana teslim etmiş olan ödünç verenin, TBK m. 390'da öngörülen hakkını kullanmakla, ödünç sözleşmesini geçmişe etkili olarak değil, yalnızca ileriye etkili olacak biçimde (*ex nunc*) sona erdirdiğini kabul etmek, dolayısıyla bu hâllerde dönme hakkından değil, sözleşmenin feshinden bahsetmek gerekir<sup>78</sup>.

### **3) TBK m. 390 hükmünün uygulanabilirliği noktasında ödünç konusunun ödünç alana devredilmiş olması**

Ödünç verenin, TBK m. 390 hükmü ile sağlanan hukukî korumadan yararlanabilmesi için, ödünç sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmemiş olması, diğer bir ifadeyle, ödünç konusunu tamamıyla ödünç alana devretmiş olması gerekir. Ödünç konusu para veya misli eşyayı karşı tarafa tamamen devretmiş olan ödünç veren, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, artık TBK m. 390 hükmünden yararlanamaz. O ancak, ödünç alanın sözleşmeden doğan geri verme ve faiz borçlarını zamanında yerine getirmesi hâlinde, borçlu temerrüdünü düzenleyen TBK m. 123 vd. hükümlerine

---

<sup>76</sup> BOVET/RICHA, sh. 1958. MAURENBRECHER, sh. 188.

<sup>77</sup> ENGEL, Contrats, sh. 270; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 442.

<sup>78</sup> Bkz. bu görüşte BUTTICAZ, sh. 80; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR No: 11; CHRIST, § 37, I, No: 7; BOVET/RICHA, sh. 1959.

başvurabilir<sup>79</sup>. Bununla birlikte İsviçre öğretisinde, ivazlı (tam iki tarafa borç yükleyen) ödünç sözleşmeleri bakımından, ödünç verenin ödünç konusunu karşı tarafa (ödünç alana) teslim etmiş olması ve ödünç alanın da sonradan ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olması hâlinde, TBK m. 390 hükmü olmasa da, TBK m. 98/f. 2 hükmünün uygulanabileceği savunulmaktadır. Buna göre, sözleşmenin kuruluşu sırasında ödünç konusunun iadesine ve faizin ödenmesine ilişkin olarak herhangi bir teminatın istenmemiş olduğu durumlarda, sözleşmenin kuruluşundan sonra ödeme güçsüzlüğüne düşen ödünç alan, TBK m. 98/f. 2 hükmü gereği uygun bir süre içerisinde ödünç verene istediği güvenceyi sağlayamazsa, ödünç verenin ödünç sözleşmesinden dönebilmesi gerekir. Öte yandan, ödünç veren bu imkânla yalnızca, faizli ödünç sözleşmelerinde sahip olabilecektir. Nitekim TBK m. 98 hükmü, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde -ve dolayısıyla da faizsiz ödünç sözleşmelerinde- uygulanamaz<sup>80</sup>.

Bir diğer mesele de, ödünç verenin ödünç sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmeye başladıktan sonra -fakat tamamen yerine getirmeden evvel- TBK m. 390 hükmünden yararlanma imkânına sahip olup olmadığı ile ilgilidir. Özellikle ödünç sözleşmesinin birden fazla bağımsız kısmın devrini konu alması ve ödünç verenin bu kısımlardan bazılarını ödünç alana devretmeye başlamış olması durumunda, ödünç verenin, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünü gerekçe göstererek ödünç konusunu teslimden kaçınıp kaçınmayacağı hususunda öğretilerde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bazı yazarlara göre, ödünç veren sözleşmeden doğan borcun ifasına bir kere başlamışsa, artık onun TBK m. 390 hükmü ile öngörülen hukukî korumadan faydalanma imkânı kalmayacaktır<sup>81</sup>. Bizim de görüşlerine katıldığımız diğer bazı yazarlar ise, TBK m. 390 hükmü sayesinde, ödünç verenin sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmeye başlamış olmasına rağmen, ödeme güçsüzlüğüne düşen ödünç alana karşı, hiç olmazsa henüz devretmemiş olduğu kısımları teslimden kaçınma hakkına sa-

---

<sup>79</sup> Peter GAUCH/Viktor AEPLI/Hugo CASANOVA, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil mit Einschluss des Handels und Wertpapierrechts (Art. 184-1186), Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2. Aufl., Zürich 1990, sh. 179; Frédéric KRAUSKOPF, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, (Peter Gauch/Viktor Aepli/ Hubert Stöckli), 7. Aufl., Zürich 2009, sh. 315.

<sup>80</sup> Bkz. bu yönde HIGI, Art. 316 OR, No: 38-39; MARCHAND, sh. 18.

<sup>81</sup> HIGI, Art. 316 OR, No: 13, 36. Yazara göre, ödünç verenin ödünç sözleşmesinden doğan borcunu tamamen veya kısmen ifa etmesinden sonra ödünç alan ödeme güçsüzlüğüne düşerse, TBK m. 390 hükmü değil, ancak TBK m. 98/f. 2 hükmü uygulama alanı bulabilir. Ancak bunun için, ödünç sözleşmesinin faizli (ivazlı) olarak yapılmasına karar verilmiş olması şarttır. Faizsiz ödünç sözleşmelerinde ise TBK m. 98 hükmü uygulanamayacağından, ödünç veren, ödünç sözleşmesini ancak, ödünç alanın içine düştüğü ödeme güçsüzlüğünün, sözleşmenin feshi için haklı bir sebep teşkil etmesi hâlinde sona erdirebilecektir. Bkz. HIGI, Art. 316 OR, No: 38-39.



hip olacağını savunmaktadırlar<sup>82</sup>. Bununla birlikte ödünç veren, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düştüğünü ileri sürerek, ona daha önce devretmiş olduğu kısımların iadesini isteyemeyecektir<sup>83</sup>.

Konu, yukarıda bahsetmiş olduğumuz gibi, ödünç sözleşmesinin irade sakatlığına ilişkin hükümlere dayanılarak ödünç veren tarafından iptal edilebilirliği bakımından da önem taşımaktadır. Bu bağlamda, ödünç alanın ödünç sözleşmesinin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu sonradan öğrenen ödünç veren, ödünç konusu şeyi ödünç alana henüz tamamiyle devretmemişse, doğrudan doğruya TBK m. 390/f. 2 hükmünden faydalanabilecek; irade sakatlığına yönelik hükümlere başvurarak ödünç sözleşmesini iptal etmesine de gerek kalmayacaktır<sup>84</sup>. Bununla birlikte ödünç alan, sözleşmenin kurulmasından evvel ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olup; ödünç veren bu bilgiyi, ödünç konusu para veya mislî eşyayı ödünç alana teslim ettikten sonra öğrenmişse, onun başvurabileceği hukukî yol, temel yanılması ve aldatma hakkındaki TBK m. 32 ve m. 36 hükümlerine dayanarak sözleşmenin iptalini sağlamak olacaktır<sup>85</sup>.

#### **IV- TBK m. 390 Hükümü ile TBK m. 98 Hükümü Arasındaki İlişki**

TBK m. 390 hükümü ile ödünç veren lehine öngörülen hukukî korumanın, aslında temelini TBK m. 98 hükmünde düzenlenen ifa güçsüzlüğü konusundaki temel ilkedен aldığı söylenebilir<sup>86</sup>. Bilindiği üzere TBK m. 98 hükümü, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkının tehlikeye düşmesi durumunda, hakkı tehlikeye düşen tarafın, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabileceğini öngörmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir

---

<sup>82</sup> BOVET/RICHA, sh. 1959; CHRIST, § 37, I, No: 7; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 9.

<sup>83</sup> BOVET/RICHA, sh. 1959.

<sup>84</sup> Bkz. CHRIST, § 37, I, No: 7.

<sup>85</sup> Bkz. ENGEL, Contrats, sh. 270; CHRIST, § 37, I, No: 7. Higi'ye göre ise, ödeme güçsüzlüğünün sözleşmenin kurulmasından önce söz konusu olduğu hâllerde, ödünç konusu şey ödünç alana tamamen teslim edilmiş olsa bile, TBK m. 390/f. 2 hükümü kıyasen uygulanabilmeli ve ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu bilgisini sonradan öğrenen ödünç veren, ödünç sözleşmesini feshedebilmelidir. Yalnız, ödünç verenin bu (sözleşmeyi fesih) hakkını, irade sakatlıklarının ileri sürülmesi için kanunda (TBK m. 39) öngörülen süreler içinde kullanması gerekir. Bkz. bu görüşte HIGI, Art. 316 OR, No: 37.

<sup>86</sup> Bu konuda özellikle bkz. Gülçin ELÇİN GRASSINGER, BK m. 82 ile BK m. 310 Hükümlerinin Karşılaştırılması, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, sh. 221 vd.

sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönme hakkına da sahip olmaktadır.

TBK m. 390 ile TBK m. 98 hükümleri, uygulama alanları bakımından bir karşılaştırmaya tabi tutulacak olursa, herhâlde ilk olarak söylenmesi gereken TBK m. 98 hükmünün karşılıklı borç yükleyen tüm sözleşmeler bakımından ifa güçsüzlüğünü konu alıyor olmasıdır. Dolayısıyla bu hüküm, TBK m. 390 hükmüne göre genel nitelikte bir hüküm olmasına rağmen, yalnızca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından uygulama kabiliyetine sahiptir<sup>87</sup>. Oysa ki TBK m. 390, yalnızca tüketim ödünçü sözleşmelerindeki ödeme güçsüzlüğünü düzenleyen özel nitelikte<sup>88</sup> bir düzenlemedir<sup>89</sup>. Bununla beraber TBK m. 390 hükmü, ödünç sözleşmesinin faizsiz olarak kararlaştırılması durumunda da<sup>90</sup> (sözleşmenin eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşıması durumunda da) uygulama alanı bulacaktır<sup>91</sup>.

Söz konusu hükümlerle ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer fark da, ödeme güçsüzlüğünün gerçekleştiği zamana ilişkindir. Nitekim TBK m. 98 hük-

---

<sup>87</sup> Susan EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne außervertragliches Haftpflichtrecht (Hrsg.: Peter Gauch/Walter R. Schluop/Jörg Schmid), Band II, 9. Aufl., Zürich 2008, sh. 29; Urs LEU, Basler Kommentar (Hrsg.: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Obligationenrecht I, Art. 68-90, 6. Aufl., Basel 2015, sh. 538; ELÇİN GRASSINGER, sh. 224; MARCHAND, sh. 18; Ahmet M. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2014, sh. 607.

<sup>88</sup> Hizmet sözleşmeleri bakımından özel nitelikteki benzer bir düzenleme de TBK m. 436 hükmü ile getirilmiştir. Bu düzenleme ile işçi, ödeme güçsüzlüğüne düşen işveren karşısında hukukî bir koruma elde etmektedir. Söz konusu hükme göre, işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde işçi, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi derhâl feshedebilecektir.

<sup>89</sup> Yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız gibi, tüketim ödünçü sözleşmesi, bir kredi işlemi olduğu için ve ödünç alanın ödeme gücü bu sözleşme bakımından özel bir öneme sahip olduğu için, kanunkoyucu ödünç verenin menfaatlerinin korunmasına yönelik daha ileri düzeyde imkânlar ortaya koymuştur. Bkz. TANDOĞAN, sh. 350; ELÇİN GRASSINGER, sh. 230.

<sup>90</sup> Bilindiği gibi, faizsiz tüketim ödünçü sözleşmesinde tarafların borçları bakımından bir karşılıklılık söz konusu olmaz. Zira ödünç verenin ödünç konusunun mülkiyetini ve zilyetliğini devir borcu, sözleşmenin kurulması ile birlikte ortaya çıkmasına rağmen, ödünç alanın ödünç konusunu geri verme borcundan söz edilebilmesi için, onun, öncelikle ödünç konusunun mülkiyetini ve zilyetliğini kazanmış olması gerekir. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, sh. 734; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 440.

<sup>91</sup> TANDOĞAN, sh. 350; BOVET/RICHA, sh. 1957; ELÇİN GRASSINGER, sh. 230; OSER/ SCHÖNENBERGER, Art. 316 OR, No: 1; Nicolas JEANDIN, Les effets de la faillite sur le contrat de durée, Le contrat dans tous ses états: Publication de la société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125e anniversaire de la Semaine Judiciaire (éd.: François Bellanger/François Chaix/Christine Chappuis/Anne Héritier Lachat), Berne 2004, sh. 78-79; Ivan CHERPILLOD, La fin des contrats de durée, Lausanne 1988, sh. 44.

mü, taraflardan birinin sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada<sup>92</sup> borcunu ifade güçsüzlüğe düşmesi hususunu düzenlerken; TBK m. 390, ödeme güçsüzlüğünün gerek sözleşmenin kurulmasından sonra gerekse sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşmesi hâllerinde uygulanabilecek bir hüküm özelliği göstermektedir<sup>93</sup>. Gerçekten TBK m. 390/f. 2 hükmünde, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu sonradan öğrenen ödünç verenin de ödünç konusunu teslimden kaçınabileceği ifade edilmektedir.

Diğer taraftan, TBK m. 98 hükmüne göre bir kimsenin sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmekten kaçınabilmesi veya sözleşmeden dönebilmesi için, karşı âkidin borcunu ifade güçsüzlüğe düşmüş olması yetmez, bu durumun ayrıca kendi hakkını tehlikeye düşürmesi de gerekir. Borçlunun borcunu ifade güçsüzlüğe düşmüş olmasına rağmen kendi hakkı tehlike altında olmayan taraf, TBK m. 98 hükmü ile öngörülen bu imkânlardan faydalanamaz<sup>94</sup>. Buna karşılık TBK m. 390 hükmü uyarınca, ödünç verenin sözleşme konusunu ödünç alana teslimden kaçınabilmesi için, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesi yeterli olup, ayrıca bu durumun kendi hakkını (iadeye veya faize ilişkin alacaklarını) tehlikeye düşürmüş olması gerekmez<sup>95</sup>.

Keza TBK 98 hükmü, alacağı tehlikede bulunan tarafın sözleşmeden dönebilmesi için, öncelikle, borcunu ifade güçsüzlüğe düşen tarafa, teminat göstermesi için uygun bir süre vermesi gerektiğini; karşı taraf bu süre içerisinde bir güvence veremezse, alacağı tehlikeye düşen tarafın ancak bu durumda, diğer bir deyişle ikinci aşamada sözleşmeden dönme hakkına sahip olacağını belirtmektedir. Oysa TBK m. 390'da öngörüldüğü şekliyle, ödünç alanın ödeme

---

<sup>92</sup> Hemen belirtelim ki, sözleşmenin kurulması safhasında aslında ödeme güçsüzlüğü içinde bulunan fakat karşı tarafı sözleşme yapmaya iknâ edebilmek için maddî durumunu olduğundan farklı gösteren borçluya karşı, alacaklı, TBK m. 36/f. 1 hükmünden yararlanarak aldatma nedeniyle sözleşmenin iptalini sağlayabilecektir. Bkz. SCHRANER, Art. 83 OR, No: 16. Karşı âkidin ödeme gücünün varlığına ilişkin saikteki yanılmanın esaslı yanılma sayılıp sayılmadığı meselesi ise öğretide tartışmalıdır. Bkz. BUTTICAZ, sh. 82. Bu konudaki genel eğilim, sözleşme yapmaya karar verilirken karşı tarafın ödeme gücüne sahip olduğuna dair beklentinin boşa çıkmasının, yalnızca basit bir saik yanılması olarak nitelendirilebileceği ve bu husustaki yanılmanın, bu düşünceye dayanılarak kurulan sözleşmenin iptaline cevaz vermeyeceği yönündedir. Bkz. SCHRANER, Art. 83 OR, No: 16; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 316 OR, No: 4. Aksi yönde bkz. ENGEL, Traité, sh. 659.

<sup>93</sup> ELÇİN GRASSINGER, sh. 231; Ingeborg SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, sh. 447.

<sup>94</sup> KILIÇOĞLU, sh. 608.

<sup>95</sup> TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 442; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 316 OR, No: 10; HIGI, Art. 316 OR, No: 5; CHRIST, § 37, I, No: 7; GÜMÜŞ, sh. 371; ELÇİN GRASSINGER, sh. 231.

güçsüzlüğüne düştüğü ödünç sözleşmeleri bakımından, ödünç veren, teminat istemek, teminat gösterilmesi için uygun bir süre vermek veya herhangi bir sürenin dolmasını beklemek zorunda kalmaksızın doğrudan doğruya sözleşmeden dönebileceği gibi<sup>96</sup>; ödünç alanın veya üçüncü bir kişinin yeterli güvencesi vermesi hâlinde dahi dönme hakkını kullanabilir<sup>97</sup>.

Tüm bu farklar, bize ortada biri genel, diğeri ise özel nitelikte olan ve aynı konuyu değişik biçimde düzenleyen iki ayrı hükmün bulunduğu işaret etmektedir. Bu bakımdan öğretilerdeki bazı yazarlar<sup>98</sup> tarafından savunulduğu gibi, TBK m. 390 hükmünün, TBK m. 98 ile ortaya konulan genel ilkenin ödünç sözleşmeleri bakımından bir tekrarı, bir uygulama biçimi olduğunu kabul etmek bize mümkün görünmemektedir<sup>99</sup>. Kanaatimizce, ödünç sözleşmelerinde ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünü düzenleyen özel nitelikteki TBK m. 390 hükmünün varlığı, genel olarak ifa güçsüzlüğünü düzenleyen TBK m. 98'in uygulanabilirliğini ortadan kaldıracaktır. Bu bağlamda ödünç veren, ödeme güçsüzlüğü içindeki ödünç alana karşı ödünç sözleşmesinden doğan borcunu tamamıyla yerine getirmiş olmadıkça, henüz devretmemiş olduğu kısmın tesliminden TBK m. 390 hükmü gereği kaçınılabilecektir. Buna karşılık, ödünç konusunun tamamı ödünç alana devredilmişse, artık ne TBK m. 390 hükmüne ne de TBK m. 98 hükmüne dayanılması imkânı kalır. Böyle bir durum karşısında, ödünç veren, ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması nedeniyle örneğin faize ilişkin alacağını kendisine ödeyemeyen ödünç alana karşı bu hükümlere değil, TBK m. 123 vd. maddelerinde düzenlenen borçlu temerrüdü hakkındaki hükümlere başvurabilecektir<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> TANDOĞAN, sh. 351; GÜMÜŞ, sh. 371.

<sup>97</sup> GÜMÜŞ, sh. 371; TANDOĞAN, sh. 351; EREN, Özel Hükümler, sh. 512; ELÇİN GRASSINGER sh. 232; TERCIER/FAVRE/BUGNON, sh. 442; BOVET/RICHA, sh. 1957; OSER/ SCHÖNENBERGER, Art. 316 OR, No: 2.

<sup>98</sup> Bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 316 OR, No: 1; MAURENBRECHER, sh. 192. Bu görüş uyarınca, TBK m. 98 ile TBK m. 390 hükümleri arasında bir yarışma söz konusudur ve ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde ödünç veren, ödünç konusunu karşı tarafa devretmiş olmadıkça, ister TBK m. 390 hükmüne, isterse TBK m. 98 hükmüne dayanarak kendi edimini yerine getirmekten kaçınabilir. Şüphesiz, bu imkândan yararlanılabilmesi için, taraflar arasındaki sözleşmenin faizli ödünç sözleşmesi olması gerekir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi TBK m. 98, yalnızca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından uygulanabilir bir hüküm niteliğindedir.

<sup>99</sup> TBK m. 98'e göre özel hüküm niteliğinde olan TBK m. 390 hükmünün öncelikle uygulanması gerektiği yönünde bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, sh. 753 ; GÜMÜŞ, sh. 371 ; TANDOĞAN, sh. 350; BOVET/RICHA, sh. 1957.

<sup>100</sup> BUTTICAZ, sh. 85; EREN, Genel Hükümler, sh. 997-998; ELÇİN GRASSINGER, sh. 231; GAUCH/AEPLI/CASANOVA, sh. 179.

## SONUÇ

Birçok banka kredisi işleminin temel sözleşme ilişkisini oluşturan tüketim ödücü sözleşmelerinde ödünç alanın ödeme gücü ayrı bir önem taşımaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun tüketim ödücü sözleşmesini düzenleyen hükümlerine bakıldığında, akıllara, ödeme güçsüzlüğü içerisindeki ödünç alanın, ödeme güçsüzlüğüne düşen diğer borçlulara nazaran daha az himaye edildiği şeklinde bir düşünce gelebilir. Gerçekten, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi hâlinde uygulanacak genel nitelikteki TBK m. 98 hükmünde böyle bir imkân tanınmasına rağmen; TBK'nın tüketim ödücü sözleşmesine ilişkin hükümlerinde, ödeme güçsüzlüğüne düşen ödünç alanın, borcunu ifa edeceğine dair ödünç verene bir güvence vermesi hâlinde dahi, ödünç verenin sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu görülmektedir. Aynı şekilde, ifa güçsüzlüğüne düşen borçlu karşısında TBK m. 98'de öngörülen haklardan yararlanılması, ancak kendi hakkı tehlikeye düşen alacaklılar bakımından mümkün olurken; ödünç verenin ödeme güçsüzlüğü içinde bulunan ödünç alana karşı TBK m. 390 hükümünden yararlanabilmesi için, hakkının tehlikeye düşmüş olmasına dahi gerek bulunmamaktadır. Hattâ tüketim ödücü sözleşmeleri bakımından, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önceki safhada ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olmasının bile, ödünç verenin sözleşme ilişkisinden kurtulabilmesi konusunda ayrı bir etkiye sahip olduğu görülmektedir. Nitekim ödünç veren, sonradan öğrenmek koşuluyla, ödünç alanın sözleşmenin kuruluşu ânında ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunu gerekçe göstererek dahi tüketim ödücü sözleşmesinden dönebilecektir (TBK m. 390/f. 2).

Tüm bu hususlar, tüketim ödücü sözleşmelerinde borçlunun (ödünç alanın) ödeme gücünün, diğer sözleşmelerdekine nazaran çok daha önemli bir yere sahip olduğunu göstermektedir. Öte yandan TBK m. 390 hükmünün, ödeme güçsüzlüğü içinde bulunan borçlu karşısında, ödünç verene, diğer sözleşmelerdeki alacaklılara göre daha geniş imkânlar tanıması, söz konusu hüküm, TBK m. 98'de öngörülen genel ilkenin tüketim ödücü sözleşmeleri bakımından bir tekrarı niteliğinde olduğu yönündeki savı da zayıflatmaktadır. O hâlde, borçlunun ödeme güçsüzlüğü ile ilgili olarak Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bu iki hükmün, aynı konuyu farklı şekilde ortaya koyan biri genel, diğeri ise özel nitelikteki düzenlemeler olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır.



### KAYNAKÇA

**ALTINOK ORMANCI Pınar**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011

**ANTALYA O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2015

**ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012

**ATALAY Oğuz**, Borca Batıklık ve İflasın Ertenmesi, İzmir 2007

**AYDOĞDU Murat / KAHVECİ Nalan**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013

**BUCHER Eugen**, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zurich 1988

**BOVET Christian / RICHA Alexandre**, Commentaire Romand (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), Code des Obligations I, 2<sup>e</sup> édition, Art. 305-318, Du prêt, Genève 2012

**BUTTICAZ Laurent**, La notion d'insolvabilité en droit privé suisse, Genève 2011

**CHERPILLOD Ivan**, La fin des contrats de durée, Lausanne 1988

**CHRIST Bernhard**, Der Darlehensvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Band VII/2, Basel 1979

**ELÇİN GRASSINGER Gülçin**, BK m. 82 ile BK m. 310 Hükümlerinin Karşılaştırılması, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, sh. 221 vd.

**EMMENEGGER Susan**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne außervertragliches Haftpflichtrecht (Hrsg.: Peter Gauch / Walter R. Schlupep / Jörg Schmid), Band II, 9. Aufl., Zürich 2008

**ENGEL Pierre**, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 1997 (*Traité*)

**ENGEL Pierre**, Contrats de droit suisse, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2000 (*Contrats*)

**EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015 (*Genel Hükümler*)

**EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014 (*Özel Hükümler*)

**GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / SCHMID Jörg / EMMENEGGER Susan**,

Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 10. Aufl., Zürich 2014

**GAUCH Peter / AEPLI Viktor / CASANOVA Hugo**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil mit Einschluss des Handels und Wertpapierrechts (Art. 184-1186), Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2. Aufl., Zürich 1990

**GÜMÜŞ Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Bası, İstanbul 2013

**HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015

**HIGI Peter**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V/2b, Die Leihe, Art. 305-318 OR, 3. Aufl., Zürich 2003

**HONSELL Heinrich**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010

**HUGUENIN Claire**, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zurich 2008

**JEANDIN Nicolas**, Les effets de la faillite sur le contrat de durée, Le contrat dans tous ses états: Publication de la société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125<sup>e</sup> anniversaire de la Semaine Judiciaire (édit: François Bellanger / François Chaix / Christine Chappuis / Anne Héritier Lachat), Berne 2004, sh. 71 vd.

**KARSLI Abdurrahim**, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014

**KILIÇOĞLU Ahmet M.**, Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2014

**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip**, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1), 4. Bası, İstanbul 2008

**KOLLER Alfred**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, Band 1, Bern 2012.

**KRAUSKOPF Frédéric**, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, (Peter Gauch / Viktor Aepli / Hubert Stöckli), 7. Aufl., Zürich 2009

**KURU Baki**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013

**LEU Urs**, Basler Kommentar (Hrsg.: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand), Obligationenrecht I, Art. 68-90, 6. Aufl., Basel 2015

**MARCHAND Sylvain**, Contrats et insolvabilité, Actualités du droit des contrats: Le contrat à la croisée des chemins (édit: Martina Braun), Lausanne 2008, sh. 15 vd.

**MAURENBRECHER Benedikt**, Das verzinsliche Darlehen im schweizerischen Recht: Dogmatische Grundlagen und praktische Konsequenzen (Abhandlungen zum schweizerischen Recht), Bern 1995

**MUŞUL Timuçin**, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Cilt: 2, Ankara 2013

**MUŞUL Timuçin**, İflasın Ertelenmesi, 2. Baskı, İstanbul 2010 (İflasın Ertelenmesi)

**MÜLLER-CHEN Markus / GIRSBERGER Daniel / FURRER Andreas**, Obligationenrecht - Besonderer Teil, Zürich 2011

**OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 11. Bası, İstanbul 2013

**OSER Hugo / SCHÖNENBERGER Wilhelm**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Art. 184-418 OR, vol. V/2, 2. Aufl., Zürich 1936

**ÖZBEK Mustafa**, Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin İflâsının Ertelenmesiyle Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, Doç. Dr. Haluk Konuralp İçin Özel Sayı, 2008/1, sh. 19 vd.

**ÖZTEK Selçuk**, İflasın Ertelenmesi, Bankacılar Dergisi, Sayı: 59, Yıl: 2006, sh. 39 vd.

**POSTACIOĞLU İlhan E. / ALTAY Sümer**, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010

**SCHÄRER Heinz / MAURENBRECHER Benedikt**, Basler Kommentar (Hrsg.: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand), Obligationenrecht I, Art. 305-318, 5. Aufl., Basel 2011

**SCHÖNENBERGER Beat**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg.: Marc Amstutz / ve diğerleri), Art. 305-318 OR, Zürich 2007.

**SCHRANER Marius**, Obligationenrecht (Hrsg.: Peter Gauch / Jörg Schmid), Teilband V 1e, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000

**SCHWENZER Ingeborg**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009



**TANDOĞAN Halûk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Bası, İstanbul 2008

**TEKİNAY Selahâttin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ**, Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993

**TERCIER Pierre / FAVRE Pascal G. / BUGNON Hubert**, Les contrats spéciaux, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 29 - § 41.

**TÜRK Ahmet**, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukukî Sonuçları, Ankara 1999

**von TUHR Andreas**, Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı C: 1-2, (çev.: Cevat Edege), Ankara 1983

**YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak**, Türk Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2014

**YILDIRIM Mehmet Kâmil / DEREN-YILDIRIM Nevhis**, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015

**ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara 2014

## KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRALARINDA KULLANIMI KİRACIYA BIRAKILAN EŞYA

*Object Left to the Use of the Tenant in Residence  
and Roofed Work Place Rents*

**Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR\***

### ÖZET

Türk Borçlar Kanunu'nun Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları ayırımının ilk maddesi olan "Uygulama Alanı" kenar başlıklı 339. maddesinde, konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümlerin, bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Maddenin kaleme alınışı sırasında, kullanımı kiracıya bırakılan "eşya" teriminin tercih olunması, maddenin kapsamına taşınır ve taşınmaz tüm eşyaların dahil olduğu anlamına gelmektedir. Ancak kiracının kullanımına bırakılan bu eşyanın, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkili olması gerekir. Aksi halde kullanımı kiracıya bırakılan bu eşyalar, Türk Borçlar Kanunu'nun 340. maddesinde düzenlenen bağlantılı sözleşmeye ilişkin düzenlemeye aykırılık oluşturabilir. Kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın tesliminde gecikilmesi veya eşyanın ayıplı olması durumlarında, kira sözleşmesine aykırılık gerçekleşecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kira Sözleşmesi, Konut ve Çatılı İşyeri Kirası, Bağlantılı Sözleşme, Bütünleyici Parça, Eklenti.

### ABSTRACT

At the Article 339 titled "Field of Application" which is the first article of the division Residence and Roofed Work Place Rents of Turkish Code of Obligations, it is arranged that the provisions that are applied for rent related norms for residences and roofed work places are also to cover the objects left for the use of the tenant. That the word "object" is preferred during the coding of the article indicates that all objects movable or immovable are included within the scope of the article. However, the object left to the use of the tenant needs be directly related to its utilisation by the tenant. Otherwise, these objects left to the use of the tenant may create a conflict with the arrangement in Turkish Code of Obligations Article 340 regarding the interconnected contract. If there is a delay in the delivery of the objects left to the use of the tenant or if the material is defective, an exception to the rental contract would take place.

**Keywords:** Rental Contract, Residence and Roofed Work Place Rents, Interconnected Contract, Essential Component, Add-on.

---

\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi,  
badur@cankaya.edu.tr.

## GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK), 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, en çok etkilenen sözleşme tiplerinden biri de kira sözleşmesi olmuş ve o vakte kadar hem 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) hem de 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK) ile düzenlenen kira sözleşmesine ilişkin çift başlılık sona ermiştir. Yasa koyucu kira sözleşmesini TBK'nun 299-378. maddeleri arasında, "Genel Hükümler", "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları" ve "Ürün Kirası" olmak üzere üç ayrımda düzenlemiştir.

Bununla birlikte TBK'nun yürürlüğe girmesinden önce, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un kabulüyle birlikte, TBK'nun kira sözleşmesiyle ilgili bazı maddelerinin yürürlüğü beş yıl ertelenmiştir. Kira sözleşmesini ilgilendiren son yasama faaliyeti bu nokta da kalmamış ve 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 04.07.2012 tarihinde kabulüyle birlikte (TBK'nun yürürlüğe girmesinden üç gün sonra), 6217 sayılı Kanun'da değişiklik yapılarak bu kez bazı maddelerin yürürlüğü sekiz yıl ertelenmiştir.

6353 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle getirilen bu hüküm gereğince, kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, TBK'nun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354. maddeleri 01.07.2012 tarihinden itibaren sekiz yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak, sözleşme serbestisi gereği, kira sözleşmesi hükümleri ve kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

Uygulanması ertelenen hükümlere bakıldığında, çoğunun Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Ayrımına ait oldukları fark edilecektir. Ancak yürürlüğü ertelenen maddeler, sadece işyeri kiralarına ilişkin sözleşmeler açısından hüküm ve sonuç doğuracaktır. Yapılan erteleme sonucunda, konutlarla çatılı işyerleri arasında bir ayırım yapıldığı gibi; kiracı olan gerçek kişilerle tüzel kişiler arasında da bir ayırım yapılmıştır.

Bu açıklamalar ışığında, konut ve çatılı işyerleri hakkındaki kira sözleşmelerine hangi hukuk normlarının uygulanacağı meselesi, kiralananın konut veya işyeri vasfını taşımasına göre değiştiği gibi; kiracının da gerçek veya tüzel kişi olmasına göre farklılaşmaktadır. Üstelik kanun koyucu, yürürlüğü ertelenen maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak, kira sözleşmelerinde hüküm bulunmaması halinde, TBK'nun kira sözleşmelerine ilişkin Genel Hü-

kümlerinin (veya 6570 sayılı GKHK'un) değil, BK hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiştir. Bu da 818 sayılı Kanun'un, istisnai bazı hallerde olsa bile, 01.07.2020 tarihine kadar önemini koruduğu anlamına gelmektedir. Çalışma boyunca yapılacak açıklamalar, yukarıdaki erteleme hükmü dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Türk Borçlar Kanunu'nun konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin düzenlemelerinin ilki olan 339. maddesinde, konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümlerin uygulama alanının belirlenmesi amacıyla *"Konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümler, bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanır. Ancak bu hükümler, niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmalarında uygulanmaz./Kamu kurum ve kuruluşlarının, hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun yaptıkları bütün kira sözleşmelerine de bu hükümler uygulanır."* hükmü düzenlenmiştir. TBK'nun 339. maddesinin kaleme alınış tarzı, iki fıkranın da emredici olduğunun kabul edilmesini gerektirmektedir. Yani bu iki fıkra, tarafların aksini kararlaştırmaları mümkün olmayan normlardır.

Maddenin kaleme alınışı sırasında, konut veya çatılı işyeri tanımı yapılmamış olmakla birlikte; bu nitelikteki kira sözleşmeleriyle birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşyalar hakkında da konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlenmiş olması, bu kapsamdaki taşınır/taşınmaz eşyalara da TBK'nun 339-356. maddelerinin uygulanacağı anlamına gelmektedir. Yani bu eşyaların hukuki akıbeti, konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmesinin geleceğine bağlanmıştır.

Çalışma giriş kısmını izleyen dört ana bölümden oluşacaktır. İlk bölümde konut ve çatılı işyeri kiralalarıyla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya ve unsurlarının, ikinci bölümde bu eşyaların hukuki niteliklerinin ve üçüncü bölümde de türlerinin üzerinde durulduktan sonra; dördüncü ve son bölüm, kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya uygulanacak hükümlerin ele alınacağı kısma ayrılacaktır. Çalışma TBK'nun 339/1. maddesinde düzenlenen hükmün değerlendirildiği sonuç bölümüyle nihayetlenecektir.

## **I. KULLANIMI KİRACIYA BIRAKILAN EŞYA VE UNSURLARI**

TBK'nun Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Ayrımının ilk maddesi olan *"Uygulama Alanı"* kenar başlıklı 339/1. maddesinin ilk cümlesinde *"Konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümler, bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanır."* kuralına yer verilmiştir. Yürürlükten kaldırılan mevzuatta (818 sayılı BK ve 6570 sayılı GKHK'da) benzeri bulunmayan bu hü-

küm, TBK'nun kabulüyle kira hukukuna getirilen yeni kurallardan birisidir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) 253a maddesinde kaynağını bulan bu hükmün, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin düzenlemelerin neredeyse tamamında görülebilecek olan, kiracının korunmasına ilişkin kurallar çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. Normun kabul amacı hakkında, madde gerekçesinden doyurucu bir fikre sahip olmak mümkün olmasa da, konut ve çatılı işyeri kirası nedeniyle kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya, taşınır veya taşınmaz kiralarına (kira sözleşmesinin genel hükümleri) ilişkin hükümler yerine; konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulanacak olması, kiracının lehine bir sonuç doğuracaktır.<sup>1</sup>

Öncelikle yapılması gereken, kullanımı kiracıya bırakılan ve açık düzenleme gereği kendilerine TBK'nun 339-356. maddelerinin uygulanacağı bu eşyaların neler olabileceğinin açıklığa kavuşturulmasıdır. Erzurumluoğlu'na<sup>2</sup> göre, yasa koyucunun, kullanımı kiracıya bırakılan eşyalardan kastının ne olduğu açık değildir. Bu nedenle en başta bu eşyaların kapsamının belirlenebilmesi amacıyla unsurları incelenecektir.

Kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya TBK'nun 339/1. maddesi gereğince konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için gerçekleşmesi gereken üç unsur vardır. Bu unsurlar bir konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmesinin bulunması, eşyanın kullanımının konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmesi nedeniyle kiracıya bırakılması ve eşyanın kullanımının bırakılmasının bağlantılı sözleşme yasağı kapsamında değerlendirilmemesidir. Bu şartlar kümülatif olup; ancak hepsinin birden varlığı halinde, bu eşyalar hakkında konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler uygulanabilecektir.

### **A. Konut veya Çatılı İşyeri Kirası Sözleşmesinin Bulunması**

TBK'nun 339/1. maddesinde altı özellikle çizilmiş olmamakla birlikte, bu eşyalara ilişkin ilk unsur, ortada geçerli olarak kurulmuş bir konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmesinin bulunmasıdır. Yasa koyucu konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler ifadesinden sonra gelmek üzere, *"bunlarla birlikte"* kalıbını kullanmıştır. Demek ki kullanımı kiracıya bırakılan eşya, bir konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmesi vasıtasıyla kiracının zilyetliğine geçirilmelidir.

Taraflar arasındaki konut veya çatılı işyeri kirasına ilişkin sözleşmenin ke-

---

<sup>1</sup> "Böylelikle kira sözleşmesi ile hedeflenen kiracının edim yararının, başlangıçtaki kapsamı ile sürmesi sağlanmış olmaktadır." Yavuz, C. - Acar, F. - Özen, B.: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, B. 12, İstanbul 2013, s. 290.

<sup>2</sup> Erzurumluoğlu, E.: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), B. 5, Ankara 2015, s. 113.

sin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşması halinde, bu sözleşmeyle kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın akıbetinin ne olacağı da akla gelen bir diğer meseledir. Eğer kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkındaki hüküm, sözleşmenin bir şartı olarak düzenlenmişse ve bütün sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşıyorsa (tarafardan birinin ehliyetsizliği vb. sebeplerle); bu eşyaların da asıl eşyanın kaderine tabi olacakları şüphesizdir.

Bununla birlikte kesin hükümsüzlük sadece asıl eşyaya ilişkin hükümler açısından ortaya çıkıyorsa, kullanımı kiracıya bırakılan eşyalar açısından TBK'nun 27/2. maddesinde düzenlenen kısmi hükümsüzlük kuralına başvurulmalıdır. Yani tarafların konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin sözleşmenin geçersizliği halinde de, kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya ilişkin bir kira sözleşmesi yapacak olmaları durumunda, kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya ilişkin kısım geçerli kabul edilmelidir.

Bu durumda da geçerli olarak kurulmayan bir konut veya çatılı işyeri sözleşmesine ilişkin hükümlerin, kullanımı kiracıya bırakılan eşya için uygulanıp uygulanamayacağı meselesi gündeme gelmektedir. Bu konu incelenirken, kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın türüne göre bir ayırım yapılması gereklidir. Örneğin kullanımı kiracıya bırakılan eşya, depo vasfını taşıyan bir taşınmazsa ve işyeri olarak kullanılmaya uygunsa<sup>3</sup>, bu taşınmaza konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulanacağı açıktır. Kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın makina niteliğindeki bir eşya olması ve tarafların fabrika konusundaki sözleşmesi hükümsüz olsa bile, makinalara ilişkin kira sözleşmesini ayakta tutmayı istemeleri durumunda ise; makinalara ilişkin kira sözleşmesi, taşınır kirası hükümlerine tabi olacaktır.

Bazı durumlarda ise öncelikle kira sözleşmesine konu olan kiralananın, hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi<sup>4</sup> dava konusu yerin kira sözleşmesinde "*park içindeki kafeterya*" olarak nitelendiği bir uyuşmazlıkta, kiralananın TBK'nun 330. maddesinde düzenlenen taşınır kirası hükümlerine mi yoksa TBK'nun 339. vd. maddelerinde düzenlenen çatılı işyeri kirası hükümlerine mi tabi olduğunun dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmadığı gerekçesiyle; mahkemece öncelikle kiralanan yerin (park içindeki kafeterya) nitelik ve vasfının araştırılarak (gerektiğinde yerinde keşif yapılarak)

---

<sup>3</sup> Depo niteliğindeki taşınmazların ekonomik veya mesleki faaliyet nedeniyle kiralananmaları halinde, işyeri kirası niteliğinde olduklarına ilişkin olarak bkz. Gümüş, M. A.: Kira Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 25; Gökyayla, E.: "*Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m. 339)*", <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/6-Emre-GÖKYAYLA+.pdf> (E.T. 20.02.2016), s. 1220.

<sup>4</sup> Y. 6. H.D. E. 2013/11011, K. 2014/4128, T. 1.4.2014.

TBK'nun taşınır kirası hükümlerine mi yoksa çatılı işyeri kirası hükümlerine mi tabi bir yer olduğunun tespitinin gerekli olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay'ın önüne gelen başka bir davada<sup>5</sup> ise kiralananın vasfına göre kira sözleşmesinin genel hükümlerinin mi yoksa konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı tartışma konusu olmuştur. Beş ay süreli kira sözleşmesi ile arsa vasfındaki taşınmaz, üzerindeki kantar ve depo ile kiracıya kiralanmıştır. Kiralanan taşınmazın yaklaşık 1.100 m<sup>2</sup> olduğu, içinde iki katlı yaklaşık 60 m<sup>2</sup> binanın ve 400 m<sup>2</sup> kapalı alanın olduğu tespit edilmiştir. Eğer taşınmaz çatılı işyeri olarak nitelenecek olursa, arazinin geri kalanı için de (kullanımı kiracıya bırakılan eşyalar kapsamında) konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Yargıtay bu duruma dair görüşünü şu şekilde açıklamıştır: *“6098 sayılı TBK'nun 339. vd. maddeleri konut ve çatılı işyeri kiralarında uygulanabilecek hükümler olup konut ve çatılı işyeri kirası kapsamında kalmayan kiralanalar için Türk Borçlar Kanunu'nun 299. maddesinde tanımı yapılan genel hükümler (adi kira hükümleri) uygulanacağından mahkemece bu husus göz önünde bulundurularak kiralanan taşınmazın TBK'nun 339. ve devamı maddelerinde düzenlenen konut ve çatılı işyeri kapsamında kalıp kalmadığı konusunda araştırma yapılarak öncelikle hangi hükümlerin uygulanacağını saptanması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru değildir.”*

## **B. Eşyanın Kullanımının Konut veya Çatılı İşyeri Kirası Sözleşmesi Nedeniyle Kiracıya Bırakılması**

Eşyanın kullanımı, konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmesiyle birlikte veya bu sözleşme akdedildikten sonra ona yapılacak bir eklemeye (asıl sözleşmenin tadili yoluyla) kiracının kullanımına bırakılabilir.<sup>6</sup> Önemli olan konut veya çatılı işyeri (asıl eşya) kirası ile kullanımı kiracıya bırakılan eşya (yan eşya) kirası arasında bir bağlantının bulunmasıdır.<sup>7</sup> Böyle bir bağlantı olduktan sonra, yan eşyanın kullanımının, konut veya çatılı işyeri kirasına ilişkin sözleşmenin

---

<sup>5</sup> Y. 6. H.D. E. 2014/1859, K. 2014/2404, T. 3.3.2014.

<sup>6</sup> Erzurumluoğlu, maddenin kaleme alınışı nedeniyle, kullanımı kiracıya bırakılan eşyalar için de sanki ayrı bir kira sözleşmesinin yapılmasının gerektiği anlamının çıktığını belirtmektedir. Erzurumluoğlu, E., s. 113.

<sup>7</sup> Konut veya çatılı işyerine *“asıl eşya”*, kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya *“yan eşya”* adını veren Gümüş'e göre, normun uygulanması açısından zamansal unsurlar önem taşımaz, yani yan eşyanın kullanımının, asıl eşyadan önce veya sonra bırakılması mümkündür. Gümüş, M. A., s. 28. Aynı yönde bkz. İnceoğlu, M.: Kira Hukuku, C. II, İstanbul 2014, s. 25.

kurulmasından sonra, bağımsız olarak yapılacak başka bir sözleşmeyle de kiracıya bırakılması mümkündür.<sup>8</sup> Ancak bu noktada konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmesiyle, sonradan yapılan yan (taşınır veya taşınmaz) eşyaya ilişkin kira sözleşmesi arasında bağlantı kurulması zorunludur.

Örneğin bir alışveriş merkezinde (AVM) yer alan dükkana ilişkin olarak, taraflar arasında çatılı işyeri kirası sözleşmesi akdedildikten sonra; kiracının sonradan ortaya çıkan dolap gereksinimi nedeniyle, kiraya verenin bir dolabı da kendisine kiralaması durumunda, iki sözleşme arasında bağlantı olduğunu söylemek mümkündür. Yani dolaba ilişkin kira sözleşmesini, taraflar arasında yapılmış yeni ve bağımsız bir taşınır kirası sözleşmesi olarak nitelemek yerine; taraf iradelerinden de aksinin anlaşılmasında koşuluyla, ilk sözleşmeye yapılmış bir ek olarak kabul etmek daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Bu kabulün sonucunda dolap, çatılı işyeri kirası sözleşmesiyle kullanımı kiracıya bırakılan eşya kapsamında değerlendirilecek ve hakkında konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Gerçekleşme olasılığı düşük olmakla birlikte, önce taşınırın, sonra çatılı işyerinin kiralması durumunda da TBK'nun 339/1. maddesinde düzenlenen kuralın uygulanması gündeme gelebilir. Örneğin işini tasfiye etmek isteyen bir düğün salonu işletmecisinin, önce düğünlerde kullanılmak üzere masa ve sandalyeler hakkında bir organizasyon şirketiyle kira sözleşmesi yapması, sonra aynı kiraya veren tarafından düğün salonunun da işletilmesi için<sup>9</sup> aynı kiracıya verilmesi durumunda; bu iki sözleşme arasındaki bağlantının taraf iradelerinden anlaşılabilmesi koşuluyla, masa ve sandalyeler hakkında da konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olabilecektir.

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya ilişkin sözleşmeyle konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmesinin ayrı

---

<sup>8</sup> Higi, P.: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-569), Teilband V2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR, (Herausgeber Gauch, Peter), 3. Auflage, Zürich 1994, Art. 253a-253b, N. 50; SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008, Art. 253a, N. 12, 13; Giger, H.: Berner Kommentar, Grundsatzanalyse, Vorbemerkungen und Art. 253-255 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253-273c OR, Bern 2013, Art. 253a, N. 35; Heinrich, P.: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR, Zürich-Basel-Genf 2012, Art. 253a, N. 5.

<sup>9</sup> TBK'nun 339/1. maddesinde "*Ancak bu hükümler, niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralalanmalarında uygulanmaz.*" hükmü düzenlendiğinden, düğün salonunun bir gece için kiralması halinde değil; işletilmek üzere kiralması durumunda konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümler uygulanacaktır.



ayrı akdedilmeleri durumunda, taraflarının aynı olması; bu sözleşmelerin arasında bağlantı olduğu şeklinde yorumlanabilir.<sup>10</sup> Eren<sup>11</sup> ve İnceoğlu<sup>12</sup>, TBK'nun 339/1. maddesinin uygulanabilmesi için, Kanun'da açıkça düzenlenmemiş olsa da işin niteliği gereğince, sözleşmenin taraflarının, yani kiraya verenin ve kiracının aynı olması gerektiğini belirtmektedir.<sup>13</sup>

Gümüş<sup>14</sup> ise, konut veya çatılı işyeri ile kullanımı bırakılan eşya arasında bir bağlantı olmasını yeterli gördüğünden, bu bağlantının kişisel bir bağlılık yani sözleşme taraflarının özdeşliği olabileceği gibi; maddi nitelikte de olabileceğini vurgulamaktadır. Gerçekten de önemli olan, tarafların özdeş olmasından çok; konut veya çatılı işyeri ile kullanımı bırakılan eşya arasında tarafların iradelerinden özel bir bağlılık ilişkisinin bulunduğu anlaşılabilir.<sup>15</sup>

Böyle bir bağlılığın kabulü için konut ve çatılı işyeri kirasında, konut veya çatılı işyeriyle, kullanımı kiracıya bırakılan eşya için tek bir kira bedelinin belirlenmiş olması da şart değildir. Yani tarafların, konut veya çatılı işyeri kirası için ayrı, bu kirayla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya için ayrı kira bedeli belirlemelerinin önünde bir engel yoktur. Bununla birlikte uygulamada pek çok örnekte, tek bir kira bedelinin belirlendiği ve bu kira bedelinin hem konut veya çatılı işyerinin hem de kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın karşılığı olduğu görülmektedir.

Böyle bir bağlılığın gözlemlenebilmesi için, konut veya çatılı işyeriyle, kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın malikinin aynı kişi olmaları da şart değildir. İçindeki makinaların zilyetliğinin finansal kiralama sözleşmesiyle edinildiği bir fabrikanın kiralanması örneğinde benzeri bir durumla karşılaşılması mümkündür. 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun "*Zilyetliğin ve kiracılık sıfatının devri*" kenar başlıklı 26/2. maddesinde, finansal kiralama sözleşmesinde hüküm bulunması kaydıyla,

---

<sup>10</sup> SVIT - Kommentar, Art. 253a, N. 14. Ancak kiraya verenin, hükmün dolanılması amacıyla, çatılı işyeri kirasını bir kişiyle, içindeki tezgahların kirasını da bu kişinin eşyle (veya esas sözleşmenin kefilıyla) yapması gibi durumlarda, taraflar aynı olmakla birlikte, eşyanın kullanımının çatılı işyeri kirası nedeniyle bırakıldığının kabulü gerekir.

<sup>11</sup> Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 418.

<sup>12</sup> İnceoğlu, M., C. II, s. 25.

<sup>13</sup> İsviçre öğretisinde aynı yönde görüş için bkz. SVIT - Kommentar, Art. 253a, N. 12; Heinrich, P., CHK-Hand Handkomm., Art. 253a, N. 5.

<sup>14</sup> "*Özellikle asıl eşya ile yan eşyaya ilişkin tek bir sözleşme akdedilmişse veya bir eşyanın diğeri olmadan kiralanamayacağı tespit ediliyorsa, özel bağlılık var sayılır.*" Gümüş, M. A., s. 28.

<sup>15</sup> Eşyalar arasında belirgin bir fiziksel bağlılığın bulunduğu durumların bu kapsamda değerlendirilebileceği yönünde bkz. Higi, P., Art. 253a-253b, N. 54.

kiracının finansal kiralama konusu malın zilyetliğini bir başkasına devredebileceği düzenlenmiştir. Bu durumda fabrikayla içindeki makinaların mülkiyetleri ayrı kişilere ait olmakla birlikte, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler, makinalar hakkında da uygulanacaktır.

Benzer bir örneğin Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 728. maddesinde düzenlenen taşınır yapılar açısından da görülmesi mümkündür. Kiralananın (çatılı bir) lokanta, kira sözleşmesiyle kiracıya kullanımı bırakılan eşyanın ise, kiraya verenin değil üçüncü bir kişinin mülkiyetindeki çardak veya kamekiye vasfındaki taşınır yapı olması durumunda da çatılı işyeriyle, kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın malikleri ayrı olmakla birlikte, iki eşya da TBK'nun 339/1. maddesi çerçevesinde değerlendirilecektir.

### **C. Eşyanın Kullanımının Kiracıya Bırakılmasının Bağlantılı Sözleşme Yasağı Kapsamında Değerlendirilmemesi**

TBK'nun kabulüyle birlikte kira hukukuna dahil olan yeni kavramlardan biri de bağlantılı sözleşmedir. Kanun'un "*Bağlantılı Sözleşme*" kenar başlıklı 340. maddesinde, konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmenin kurulması ya da sürdürülmesinin, kiracının yararı olmaksızın, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkisi olmayan bir borç altına girmesine bağlanması durumunda, kirayla bağlantılı bu sözleşmelerin geçersiz olacağı düzenlemiştir.<sup>16</sup> Maddenin gerekçesinde, geçersizlik türünün kesin hükümsüzlük olduğu belirtildikten sonra, bağlantılı sözleşme örnekleri olarak kiracının kiralananı veya önceki kiracının bıraktığı eşyaları satın alma borcu altına girmesi ve kiralananla ilgili bir sigorta sözleşmesi yapmayı üstlenmesi gösterilmiştir.

Mehazı İBK'nun 254. maddesinde bağlantılı işlem yasağı olarak düzenlenen kuralda bulunan TBK'nun 340. maddesinin yaptırımına takılacak sözleşmelerin ilk unsuru, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilgili olmamasıdır. Bunun mefhumu muhalifinden çıkarılacak sonuç ise, kullanımı kiracıya bırakılacak eşyanın, bağlantılı sözleşme yasağı kapsamında değerlendirilmemesi için, kullanımının kiralananın kullanımıyla doğrudan ilgili olması gerektiğidir.

Eren<sup>17</sup>, konut veya çatılı işyeri ile kullanımı bu sözleşmeyle bırakılan eşya arasında işlevsel bir bağ bulunmasının, yani kullanımı bırakılan eşyanın konut

---

<sup>16</sup> Bağlantılı sözleşme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, F.: "*Kira Sözleşmesinde Bağlantılı İşlem ve Güvence*", Kazancı Dergisi, C. 9, S. 103-104, İstanbul 2013, s. 163-170; Inceoğlu, M. - Baş, E.: "*Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yapma Yasağı*", İÜHFİM, C. LXX, S. 2, İstanbul 2012, s. 165-182.

<sup>17</sup> Eren, F., Borçlar, s. 418.

veya çatılı işyerinin kullanılmasında ona bir yarar ve katkı sağlamasının gerekli olduğunun altını çizmekte<sup>18</sup>; özellikle bir ofis kirasında, iş merkezinde bir arşiv yeri, uydu çanağının konulacağı bir yer veya kapalı ya da açık garajda park yeri verilmesi gibi örneklerde bu katkının değer ve yararının açıkça gözlemlenmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Yavuz/Acar/Özen'e<sup>19</sup> göre, kullanımı bırakılan eşyalar, genellikle kira konusunun kullanımına hizmet eden, yardımcı rol oynayan eşyalar cinsindedirler.

Bağlantılı sözleşmenin (İBK'da yer verilmeyen) diğer bir unsuru, kiracının yararının olmamasıdır. Bu iki unsur oldukça belirsiz ve birbirine geçkin unsurlardır. Örneğin, kiralananın bir AVM veya iş merkezindeki çatılı işyeri olması ve işyeriyle birlikte otopark katındaki park yerinin de kiracıya bırakılması durumu, bağlantılı sözleşmenin unsurları açısından değerlendirilecek olursa; özellikle kiracının motorlu taşıtı olmaması nedeniyle, park yerinin kiracının yararına olmadığı söylenebilecek midir?

İnceoğlu/Baş<sup>20</sup> mevzuat gereği belirli sayıda otopark alanı ayırmak zorunda olan kiraya verenin, bu otoparkları da işyerleriyle birlikte kiralamak konusunda haklı menfaati olacağından bahisle, bu ve benzeri durumlarda kiracının gereksiniminin bulunup bulunmadığından bağımsız olarak; bağlantılı sözleşmenin kiralananın kullanımı ile ilgili olup olmadığının, objektif ölçütlerle tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedirler.

Yani kiracının somut örneklerde gereksinimi olmasa bile, bu sözleşmeler bağlantılı sözleşme olarak nitelenmemeli ve geçerli kabul edilmelidir. Aksi halde, sakinlerinin havuzu ve/veya spor salonunu ek bir ücret ödemediği kulanabildikleri sitelerdeki konut kiralarında da bu imkanlardan yararlanmak istemeyen kiracının, aidatın bir kısmını eksik ödeme talebiyle karşılaşılabilmesi mümkün olacaktır.<sup>21</sup> Benzer şekilde konutun ev eşyasıyla birlikte (möbleli)<sup>22</sup> veya son zamanlarda sıklıkla görüldüğü üzere ankastre mutfak eşyalarıyla birlikte kiralanması da bağlantılı sözleşme yasağı kapsamında değerlendirilmemelidir.

---

<sup>18</sup> Aynı yönde bkz. Aral, F. - Ayrancı, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 10, Ankara 2014, s. 241; Aydoğdu, M. - Kahveci, N.: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 2, Ankara 2014, s. 594; Gümüş, M. A., s. 28; İnceoğlu, M., C. II, s. 25.

<sup>19</sup> Yavuz, C. - Acar, F. - Özen, B., s. 290.

<sup>20</sup> İnceoğlu, M. - Baş, E., s. 170; İnceoğlu, M., C. II, s. 45.

<sup>21</sup> Acar, kiracının genel çamaşır makinasını kullanmasının ve giderlerine katılmasının, bağlantılı sözleşme olarak nitelenemeyeceğini belirtmiştir. Acar, F., Bağlantılı İşlem, s. 165.

<sup>22</sup> Gökyayla, E., s. 1227.

## II. KULLANIMI KİRACIYA BIRAKILAN EŞYANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın hukuki niteliğine ilişkin açıklamalara geçilmeden önce, çözüm aranması gereken ilk mesele, eşya olmadığı halde aynı hakkın konusu oluşturabilecek kavramların da madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir. Zira TBK'nun 339/1. maddesinde açıkça “eşya” terimi kullanılmış olmakla birlikte, lafzi yoruma bağlı kalınmamasıyla, maddede kullanılan eşya kavramının aynı hakkın konusunu oluşturabilecek diğer unsurları da kapsayacak şekilde genişletilmesi mümkün olabilir.

Eşya kavramının unsurlarından biri cismanilik (maddi varlık taşıma) olduğundan, bu unsuru karşılamayan enerjiler eşya olarak kabul edilmezler. Bununla birlikte TMK'nun 762. maddesinde “*edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler*” (özellikle elektrik ve atom enerjileri), taşınır mülkiyetinin konusu oluşturan kavramlar arasında sayılmışlardır. Bir enerjinin taşınır mülkiyetine tabi olabilmesi için, üzerinde hakimiyet kurulabilir olması ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamında değerlendirilememesi gereklidir.<sup>23</sup>

Konunun özellikle elektrik enerjisi açısından, konut ve çatılı işyeri kiralاریyla birlikte gündeme gelmesi mümkündür. Son yıllarda sıklıkla görülen ve konut kirasının bir çeşidi olarak değerlendirilebilecek rezidans kiralاریyla<sup>24</sup>, yine iş merkezleri içinde yer alan hazır ofislerin<sup>25</sup> kiralanmasında, kiraya veren kiracıya elektrik, doğalgaz ve kablosuz internet gibi bazı yan unsurların da (abonelik sözleşmeleri kiracının üzerine olmaksızın) kullanılmasını borçlanmaktadır.

Sayılan unsurların eşya olmadıkları tartışma götürmez olmakla birlikte;

---

<sup>23</sup> Yasa koyucunun normu düzenlemekteki amacının, enerjiler üzerinde kurulan hakka, mülkiyet hakkına benzer bir koruma sağlamak olduğu açık olmakla birlikte; enerji üzerinde mülkiyet hakkı tanınmanın, özellikle bunlar üzerinde rehin kurmanın veya istihkak davasıyla iadelerinin sağlanmasının mümkün olmaması karşısında, yerinde bir tercih olup olmadığı öğretilde tartışılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sirmen, L.: Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 529; Oğuzman, K. M. - Seliçi, Ö. - Oktay Özdemir, S.: Eşya Hukuku, B. 15, İstanbul 2012, s. 737; Eren, F.: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 481; Akipek, J. G. - Akıntürk, T.: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 580; Doğalgazı bu da kapsama dahil eden Serozan, R.: Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2002, 186.

<sup>24</sup> Rezidans kiralalarında, genellikle möbleli konutlar kiracıya bırakılmakta ve elektrik, internet gibi unsurların yanı sıra; temizlik ve güvenlik gibi ek hizmetler de kira akdinden kaynaklanan bir yan yükümlülük olarak kiracıya sunulmaktadır.

<sup>25</sup> Hazır ofis kiraları, genellikle iş merkezlerinde bulunan dekorasyonu yapılmış ofislerin, elektrik ve internet gibi unsurların yanı sıra; ısınma, temizlik ve güvenlik gibi ek hizmetlerle birlikte kiracıya sunulması suretiyle akdedilen kira sözleşmeleridir.

TBK'nun 339/1. maddesinin geniş yorumlanmasıyla, bu malların da kullanılması kiracıya bırakılan eşya kapsamında değerlendirilebilecekleri düşünülebilir. Ancak bu noktada karşılaşılan bir diğer sorun, anılan malların tüketilebilir nitelik taşımaları (başka bir ifadeyle, kiracının bunlardan faydalanmasının tüketmesi haricinde bir yolla mümkün olmaması) nedeniyle, kira sözleşmesinin son bulması halinde aynen iadelerinin mümkün olmamasıdır. Bu özellik söz konusu malların, kira sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelerini engellenecektir.

Kullanımı kiracıya bırakılan eşyaların, kira sözleşmesinin konusunu oluşturabilecek eşyalar olarak anlaşılması gereklidir. Tüketilebilir eşyaların kiralanmasına ilişkin bir yasak TBK'da düzenlenmemiş olmakla birlikte, eğer eşyadan yararlanılabilmesi sadece tüketilebilmesi yoluyla mümkün oluyorsa, bu tür eşyaların kira sözleşmelerine konu edilmeleri mümkün olmayacaktır. Eren<sup>26</sup> bir kasa Bodrum mandalinasının sergilenmek üzere, kiralanabileceğini belirtmişse de, konut ve çatılı işyeri kirasıyla kullanımı kiracıya bırakılacak eşya açısından, bu nitelikte bir ürünün bulunması kolay değildir.

Aslında eşya olup olmadıkları tartışmalı olduğu halde<sup>27</sup>, taşınır mülkiyetinin konusunu oluşturdukları için bu kapsamda değerlendirilebilecek bir kavram da hayvanlardır. Fabrika kirası sözleşmesi nedeniyle kullanımı kiracıya bırakılan beççi köpekleri de, hayvanların eşya olarak kabul edilmemesine ilişkin görüşün benimsenmesi ve TBK'nun 339/1. maddesinin dar yorumlanması sonucunda, maddenin kapsamı dışında kalacaklardır.

Ancak maddede kullanılan "eşya" teriminin bu kadar dar yorumlanmasının tek sonucu, bu hayvanlara ilişkin olarak konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin değil; taşınır kirası hükümlerinin uygulanması olacaktır. Zira TBK'nun ürün kirasına ilişkin hükümleri altında yer alan "Hayvan kirası" kenar başlıklı 376 vd. maddelerinde, sadece tarımsal bir taşınmazın kirasıyla bağlantılı olmayan geviş getirici hayvanlara ilişkin düzenleme getirilmiştir.

Kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın, eşya hukuku açısından incelenmesi gereken bir diğer niteliği de bütünleyici parça ve eklenti kavramları açısından ortaya çıkar. Bütünleyici parça TMK'nun 684/2. maddesinde, yerel adetlere göre asıl eşyanın temel unsuru olan ve o eşya yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan

---

<sup>26</sup> Eren, F., Borçlar, s. 340.

<sup>27</sup> Oğuzman, K. M. - Seliçi, Ö. - Oktay Özdemir, S., s. 9; Serozan, R., s. 68; Sirmen, L., s. 9; Ertaş, Ş. - Serdar, İ. - Cumalioğlu, E.: Eşya Hukuku, B. 12, İzmir 2015, s. 7; Ünal, M. - Başpınar, V.: Şekli Eşya Hukuku, B. 4, Ankara 2008, s. 68-69.

parça olarak tanımlanmış ve aynı hak tasarrufları açısından asıl eşyanın kade-rine tabi kılınmıştır.

Aynı haklara hakim olan ilkelerden biri olan belirlilik ilkesi gereğince, bütü-nün parçaları ayrı aynı haklara konu olamazlar. Bununla birlikte aynı ilke, nispi haklar açısından geçerli değildir. Yani kira konusu eşya, asıl eşya olabileceği gibi, asıl eşyanın bütünüleyici parçası da olabilir.<sup>28</sup> Özellikle taşınmazlar açınsından sıklıkla karşılaşılan bu durumun örnekleri, kat mülkiyetine tabi bir bağımsız bölümün bir kısmının (evin bir odasının) veya büyük bir arazi üzerinde yer alan konutun (arazi hariç tutularak) kira sözleşmesine konu edilmesi olabilir.<sup>29</sup>

TBK'nun 339/1. maddesinde düzenlenen kurala bu açıdan yaklaşıldığında, kullanımı kiracıya bırakılan eşya, bağımsız bir eşya olabileceği gibi, asıl eşyanın bütünüleyici parçası da olabilir.<sup>30</sup> Kat mülkiyetine tabi bir bağımsız bölümün konut kirasına konu olması halinde, kullanımı kiracıya bırakılan televizyon bağımsız bir eşya olarak; konutun ısınma gereksinimini karşılayan kalorifer tesisi<sup>31</sup>, klozet, lavabolar, bataryalar vb. ise bütünüleyici parça sıfatıyla TBK'nun 339/1. maddesinin uygulama alanına girecektir.

Hatta konut veya çatılı işyeri kirasıyla kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın, başka bir eşyanın bütünüleyici parçası olabilmesi de mümkündür. Bir bağ evinin butik otel olarak işletilmek üzere kiraya verilmesi ve kiracıya da komşu taşınmazda yer alan su kuyusu ve motorundan yararlanma hakkının bırakılması

<sup>28</sup> TBK'nun 366/1. maddesinde yer verilen *"Ancak kiracı, kiralanda bulunan bazı yerleri, kiraya veren için zarar doğuracak bir değişikliği gerektirmemek koşuluyla kiraya verebilir."* hükmünden de aynı sonuca ulaşılabilmesi mümkündür.

<sup>29</sup> Acar, F.: Kira Hukuku Şerhi, B. 2, İstanbul 2015, s. 84-85; İnceoğlu, M.: Kira Hukuku, C. I, İstanbul 2014, s. 10. Bir taşınmazın bütünüleyici parçasının kullanımının ivazlı olarak devredilmesinin (kasa kirası sözleşmesinde olduğu gibi) sui generis sözleşme olarak da nitelenebileceği konusunda bkz. Gümüş, M. A., s. 33. Taşınmazın sadece çatısının veya duvarının kiralanabileceği yönünde Yargıtay görüşü için bkz. Y. 6. H.D. E. 2011/1302, K. 2011/5774, T. 3.5.2011.

<sup>30</sup> Giger, Art. 253a, N. 35.

<sup>31</sup> Kalorifer tesisatının bütünüleyici parça olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönündeki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Saymen, F. H. - Elbir, H. K.: Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s. 219; Artukmaç, S.: Bizde Gayrimenkule Tecavüzün Def'i ve Zilyedlik, B. 2, Ankara 1959, s. 32; Ayiter, N.: Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı), Ankara 1987, s. 83; Ertaş, Ş. - Serdar, İ. - Cumalıoğlu, E., s. 220; Esener, T.: Eşya Hukuku, Ankara 1985, s. 84; Tekinay, S. S. - Akman, S. - Burcuoğlu, H. - Altop, A.: Eşya Hukuku, C. I, Zilyedlik-Tapu Sicili-Mülkiyet, B. 5, İstanbul 1989, s. 524; Belgesay, M. R.: Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Aynı Haklar, C. IV, İstanbul 1956, s. 15-16; Postacioğlu, İ. E.: *"Kiracı Tarafından Mecura Yerleştirilen Kalorifer Tesisatının Mütemmim Cüz Sayılıp Sayılmayacağı-Vekâlet Ücretinin Hesabı Hakkında Yargıtay Kararı"* İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XIII, S. 2, İstanbul 1947, s. 772-789; Eren, F., Mülkiyet, s. 61-62; Sirmen, L., s. 284.

durumunda, kullanımı kiracıya bırakılan eşya başka bir taşınmazın bütünüyle parçası niteliğini taşımaktadır.

Ayrıca bazı hallerde hem konut veya çatılı işyerinin hem de kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın asıl eşyanın bütünüyle parçaları olması durumuyla da karşılaşılabılır. Büyük bir arazi içinde yer alan konutun kiralanması ve bu konutun önünde yer alan yüzme havuzunun da kiracının kullanımına bırakılması; bununla birlikte kiraya verenin arazinin kalanının dolaysız zilyetliğini elinde bulundurması (yani kiracının kullanımına bırakmaması durumunda), hem konut hem de kullanımı kiracıya bırakılan eşya bütünüyle parça niteliğindedir.

Eklenti terimine hem TMK'nda hem de Kat Mülkiyeti Kanunu'nda (KMK) yer verilmiştir. TMK'nun 686/2. maddesi uyarınca eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel adetlere göre işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl eşyaya sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl eşyaya bağlı kılınan taşınır eşyadır.

Asıl eşyaya ilişkin tasarruflar, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça eklentiye de kapsar. Aynı haklar açısından bile taraflara tanınan aksini kararlaştırma hakkının, kira sözleşmesi açısından da geçerli olduğuna ilişkin bir şüphe bulunmamaktadır. TMK'nun 1012. maddesi gereğince, bir taşınmazın eklentileri, malikin istemi üzerine, tapu sicilinin beyanlar sütununa yazılır. TMK'nun 862/2. maddesinde makina ve otel döşeme eşyasının eklenti olabileceği vurgulanmıştır. Kanun'da yapılan tanım doğrultusunda, kiracıya kullanımı bırakılan eşyalardan sadece taşınırın eklenti olarak nitelenebilmesi mümkündür.

KMK'nun 2/a maddesinde ise bir bağımsız bölümün dışında olup, doğrudan doğruya o bölüme tahsis edilmiş olan yerlere eklenti denileceği düzenlenmiş; aynı Kanun'un 6/1. maddesinde kömürlük, su deposu, garaj, elektrik, havagazı veya su saati yuvaları, tuvalet gibi yerler de eklenti örneği olarak, sınırlı sayıda olmamak kaydıyla, sayılmıştır. KMK'nun 6/1. maddesinin devamında yasa koyucu eklentilerin bağımsız bölümün bütünüyle parçası olduğunu düzenlemek suretiyle, eklentileri bağımsız bölümlerin kaderine tabi kılmıştır.

Aynı maddenin (KMK md. 6) 4. ve son fıkrasında bağımsız bölümlerin başkasına devri veya kayıtlanmasının yanı sıra kiralanmasının da ortak yerler ve eklentiler açısından da kendiliğinden kapsayıcı nitelik taşıyacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte aynı haklar açısından aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmayacağı bu hükmün, kira sözleşmesi açısından emredici kabul edilmemesi ve tarafların aksini kararlaştırabilmelerinin geçerli olduğunun kabulü gerekir.

KMK'nun 6/4. maddesinde kullanılan “kendiliğinden” terimi, ortak yerlerin ve eklentilerin mülkiyetinin, eşyaya bağlı mülkiyet kuralları gereğince, bağımsız bölüm mülkiyetine bağlandığı göz önünde bulundurulduğunda, bunların mülkiyetinin devri veya sınırlı aynı hakla kayıtlanması için ayrı bir işlem yapılmasına gerek olmadığı şeklinde anlaşılmalıdır. Benzer şekilde tarafların bağımsız bölümü konu alan kira sözleşmesinde, eklenti açısından başka bir kararlaştırma yapmamış olmaları durumunda; eklentinin feri zilyetliğinin de (tarafların eklentinin zilyetliği konusunda ayrıca anlaşmalarına gerek olmaksızın) kendiliğinden kiracıya geçtiğinin kabulü gerekir.

Ancak bağımsız bölüme ilişkin kira sözleşmesinin, eklentiye kapsamayacağına taraflarca kararlaştırılmış olması durumunda, zilyetliğin devrine ilişkin etki ortaya çıkmayacaktır. Aksi halde bağımsız bölümün bir kısmını konu alan kira sözleşmesinin geçerliliği karşısında, eklentisini konu alan kira sözleşmesinin geçersizliği gibi istenmeyen bir tutarsızlıkla karşılaşılacaktır. Yani bağımsız bölüme özgülenmiş bir eklenti bulunsa bile, bağımsız bölümün konut veya çatılı işyeri olarak kiralanması halinde; taraflar bu kira sözleşmesinin eklentiye kapsamayacağını kararlaştırabilirler.

Hatta eklentinin bağımsız bölüm haricinde de (kullanım amacına aykırılık teşkil etmeyecek şekilde) kira sözleşmesine konu edilmesinin önünde bir engel yoktur. Üstelik bu kira sözleşmesinin çatılı işyeri kirası olarak nitelenebilmesi bile mümkündür. Bağımsız bölümün eklentisinin bir depo olması ve bu deponun ticari faaliyetle ilgili olarak kiralanması, bu duruma örnek teşkil edebilecektir.<sup>32</sup>

Kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın, TMK veya KMK kapsamında eklenti olarak nitelenebilmesi zorunlu bir unsur değilse de<sup>33</sup>, uygulamada sıklıkla bu niteliği haiz eşyalarla karşılaşılmaktadır.<sup>34</sup> Örneğin bir otelin çatılı işyeri olarak kiralanması ve otelle aynı adı taşıyan teknenin de kullanımının kiracıya bırakılması durumunda, tekneye eklenti niteliğini taşıyan bir taşınır olarak konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler uygulanacaktır.<sup>35</sup> Bir fabrikanın içindeki makinalarla birlikte kiraya verilmesi durumu da uygulamada sıklıkla rastlanan eklentinin (makinaların) kullanımının kiracıya bırakılması örneklerindedir.

KMK'da düzenlenen eklentinin de konut ve çatılı işyeri kiralari açısından

---

<sup>32</sup> Depo kirasıyla ilgili açıklamalar için bkz. 2 nolu dipnot.

<sup>33</sup> Inceoğlu, M., C. II, s. 25.

<sup>34</sup> Giger, Art. 253a, N. 35.

<sup>35</sup> Böyle bir durumda teknenin otelin eklentisi sayılması yönünde bkz. Eren, F., Mülkiyet, s. 74; Sirmen, L., s. 291.



önemi büyüktür. İster konut ister çatılı işyeri kirası söz konusu olsun, kullanımı kiracıya bırakılan (yeri ferden tayin edilmiş) park yeri, teras, depo ve benzeri eklentilerle karşılaşılması yüksek olasılıktır. Benzeri şekilde kat mülkiyetine tabi taşınmazlar açısından ortak otopark, genel su deposu, sığınak, havuz vb. ortak yerlerin de kullanımı kiracıya bırakılan eşya olarak uygulama örnekleri vardır.<sup>36</sup>

Kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın kullanımının sadece ve bireysel olarak kiracıya özgülenmesi gerekli değildir. Kiralananın bir iş merkezindeki hazır ofis olması durumunda, yine aynı iş merkezinde yer alan toplantı odasının da önceden haber verilmek veya randevu alınmak suretiyle kiracılar tarafından kullanılması; site içindeki konutun kirasıyla birlikte sitenin içinde yer alan havuzdan veya spor salonundan (ek bir üyelik sözleşmesi gerekmez) kiracının faydalanma hakkının olması gibi durumlarda da, kiracı eşyayı tek başına olmamakla birlikte kullanma hakkına sahip olduğundan, TBK'nun 339/1. maddesinin uygulanması gerekir.<sup>37</sup>

Kiracının kullanımına bırakılan eşyayı, kiraya verenle birlikte kullanması durumunda da maddenin uygulanmasının önünde bir engel olmadığı söylenebilir. Aynı bahçe içinde yer alan konutlardan birinde kiraya verenin diğerinde kiracının oturması ve bahçenin ikisi tarafından da kullanılması halinde; bahçeye, kullanımı kiracıya bırakılan eşya kapsamında konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür.

### III. KULLANIMI KİRACIYA BIRAKILAN EŞYANIN TÜRLERİ

Kira konusu asıl eşya konut veya çatılı işyeri olduğuna göre tekne, karavan veya taşınır yapı niteliği taşıyan ve konut olarak kullanılabilen konteynir/ baraka gibi istisnalar hariç, kiralanan asıl eşya taşınmaz olacaktır.<sup>38</sup> TBK'nun 339/1. maddesinin ikinci cümlesinde de yasa koyucu tarafından, niteliği geçici kullanıma özgülenmiş **taşınmazlardan** söz edilmiştir. Bununla birlikte asıl konu, konut veya çatılı işyeri niteliği taşıyan eşyanın değil; bu asıl eşyanın kirası nedeniyle kullanımı kiracıya bırakılan diğer eşyanın türünün belirlenmesidir.

Maddede tercih olunan terim, türler arasında bir ayırım gözetmeye izin

---

<sup>36</sup> Permann, R.: Mietrecht Kommentar Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, Zürich 2007, Art. 235a-253b, N. 13.

<sup>37</sup> Kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın, ortak alanda bulunan bir çamaşır makinası veya yangın söndürme tertibatı olması halinde, aynı durumun taşınır eşya açısından da gerçekleşebileceği görülür.

<sup>38</sup> Gümüş, M. A., s. 24; Gökyayla, E., s. 1215 vd.; İnceoğlu, M., C. II, s. 9-23.

vermeyen “eşya” kelimesi olduğuna göre; konut ve çatılı işyeri kirasıyla birlikte kullanımı kiracıya bırakılacak varlıklar taşınır ve taşınmaz eşya olabilirler. Hatta aynı konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmesiyle hem taşınır (mobilya vb.) hem de taşınmaz (garaj, depo vb.) eşyanın kullanımının kiracıya bırakılmış olması gündeme gelebilir. Aşağıda bu iki grup eşyaya ilişkin açıklama yapılmaktadır.

### A. Taşınır Eşya

Taşınır eşya en kısa tanımıyla, özüne zarar gelmeksizin kendi iç gücü veya dışardan gelen bir etkiyle bir yerden başka bir yere naklolabilen eşyadır. Konut ve çatılı işyeri kirası nedeniyle kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın taşınır eşya türünde olmasına ilişkin pek çok örnek verilebilir. Market kirasıyla bırakılan raflar ve manav tezgahı, fabrika kirasıyla bırakılan makineler, konut kirasıyla bırakılan ev eşyası ve ankastre beyaz eşyalar, yangın söndürme sistemleri (tüpler, kovalar, hortumlar vb.), çanak anten tertibatı, perde (jaluzi) ve stor düzenekleri, klima ve jeneratör<sup>39</sup> bu konuda en sık karşılaşılan taşınır örnekleridir.<sup>40</sup> Tüketilebilir eşyaların bu kapsama dahil olmadıkları açıktır.<sup>41</sup> Ayrıca kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın, TMK’nun 728. maddesi kapsamında taşınır yapı niteliği taşıyan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar olması da mümkündür.

### B. Taşınmaz Eşya

Taşınmaz eşya özüne zarar gelmeksizin bir yerden başka bir yere naklolması mümkün olmayan eşya olarak tanımlanabilir. TMK’nun 704. maddesinde arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümler taşınmaz olarak kabul edilmişlerdir. Kullanımı kiracıya bırakılan eşya, bir taşınmazın bütünleyici parçası<sup>42</sup> veya TMK ya da KMK kapsamında eklentisi olabilir.

Kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın taşınmaz, özellikle arazi olması durumunda, taraflar arasındaki temel kira sözleşmesinin niteliği dikkatle belir-

---

<sup>39</sup> Kira sözleşmesinin son bulması nedeniyle klima ve jeneratörün iadesi istemiyle ilgili olarak bkz. Y. 6. H.D. E. 2013/1455, K. 2013/13225, T. 30.9.2013.

<sup>40</sup> Masa, sandalye, halı, daktilo, bilgisayar, fotokopi makinasının da bu kapsamda değerlendirilebileceği hakkında bkz. Higi, P., Art. 253a-253b, N. 51; Permann, R., Art. 253a-253b, N. 13.

<sup>41</sup> “İşyerinde bulunan hammaddeler bu kapsamda sayılmaz.” Zevkililer, A. - Gökyayla, E.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 13, Ankara 2013, s. 198.

<sup>42</sup> Garaj ve bahçe örnekleri için bkz. Higi, P., Art. 253a-253b, N. 51; Permann, R., Art. 253a-253b, N. 13; Giger, Art. 253a, N. 35.

lenmelidir. Özellikle büyük araziler içinde yer alan, küçük konutlar ve çatılı işyerleri açısından durum özellik arz etmektedir. Zira taraflar arasındaki kira sözleşmesi konut veya çatılı işyeri kirası olarak kabul edilecek olursa, kullanımı kiracıya bırakılan (büyük) araziye de konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Buna karşılık kira konusunu oluşturan temel kavramın konut veya çatılı işyeri değil de arazinin kendisi olduğu (arazinin üstünde yer alan bu nitelikteki yapıların da zilyetliklerinin arazinin zilyetliğiyle birlikte devredildiği) taraf iradelerinden anlaşılıyorsa, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin kuralların uygulanması gündeme hiç gelmeyecek; taraflar arasındaki hukuki ilişkiye, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Örneğin benzin istasyonları, halı sahalar ve çay bahçelerinin kiralınmasında, taraf iradelerinin bu şekilde ortaya çıkması mümkündür.

Taraf iradelerinden hangi hükümlerin uygulanacağına dair bir açıklığa ulaşamaması durumunda, kiralanan şeyin baskın (galip) vasfının belirlenmesi gerekir.<sup>43</sup> Diğer bir deyişle, üstün yararlanma biçimi bakımından kiralanan çatılı işyeri olarak sayılabiliyorsa, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler uygulanacak ve arazinin kalanı kullanımı kiracıya bırakılan eşya niteliği taşıyacağından, o da bu hükümlere tabi olacaktır. Buna karşılık kiralananın baskın vasfının arazi olması durumunda, taraflar arasındaki sözleşme kira sözleşmesinin genel hükümlerine tabi olacaktır.

#### IV. KULLANIMI KİRACIYA BIRAKILAN EŞYAYA UYGULANACAK HÜKÜMLER

TBK'nun 339/1. maddesinin ilk cümlesinde yer alan kuralın kabulüyle, kullanımı kiracıya bırakılan eşyaların hukuki kaderi, konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmesinin kaderine tabi kılınmıştır.<sup>44</sup> Bunun anlamı kullanımı kiracıya bırakılan eşyalar hakkında da TBK'nun konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin 339-356. maddelerinin uygulanacağıdır. Bununla birlikte, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin arasında da konut ve çatılı işyeri kiralarıyla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin de kullanımı kiracıya bırakılan eşyalar hakkında uygulanabileceğine dair bir şüphe yoktur.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Akıncı, Ş.: "İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1498/16513.pdf> (E.T. 03.03.2016), s. 39-40; Özdoğan, M. - Oymak, T.: "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Kapsamı ve Uygulama Alanı", İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 2, İstanbul 2014, s. 58-60; Gökyayla, E., s. 1209-1211.

<sup>44</sup> İBK'nun 253a maddesine ilişkin aynı yönde görüş için bkz. SVIT - Kommentar, Art. 253a, N. 14.

<sup>45</sup> Erzurumluoğlu bu durumu, "Kanımızca burada ifade edilmek istenilen, kullanımı kiracıya

Kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler arasında kendine yer bulan konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin ilk hüküm, TBK'nun 301. maddesinde düzenlenen kiraya verenin teslim borcuna ilişkindir. Maddeye göre kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Hükümün devamında bu kuralın, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kiracı aleyhine değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Maddenin, kullanımı kiracıya bırakılan eşya açısından da bağlayıcı olduğu ve aksinin kiracı aleyhine kararlaştırılmayacağı açıktır.

TBK'nun 315. maddesi gereğince kiraya veren, kiralananın tesliminden sonra muaccel olan kira bedelini veya yan gideri ödeme borcunu kiracının ifa etmemesi halinde, kiracıya yazılı olarak konut ve çatılı işyeri kiralalarında en az 30 günlük bir süre verip, bu sürede de borcun ifa edilmemesi durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir. Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmesiyle, bu sözleşme nedeniyle kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya ilişkin sözleşmenin ayrı ayrı akdedilmiş olmaları durumunda, birbirlerinden bağımsız feshedilmelerinin mümkün olup olmadığına ilişkindir.

Öncelikle konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin feshin, kullanımı bu sözleşme nedeniyle kiracıya bırakılan eşyayı da kapsayacağını söylemek zor olmayacaktır. Zira yukarıda, unsurlara ilişkin açıklamalarda üzerinde ayrıntılı olarak durulduğu üzere, bu eşyaların kullanımının kiracıya bırakılmasının nedeni, konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmesidir. Bu sözleşme son bulduğuna göre, bu sözleşmenin varlığı nedeniyle ortaya konmuş kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya ilişkin taraf iradelerinin de bir anlamı kalmamıştır.

Ancak bunun tersinin, yani kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya ilişkin bir fesih sebebinin, her zaman konut veya çatılı işyeri kirasına ilişkin sözleşmenin de feshi anlamına geleceğinin söylenmesi o kadar kolay olmayacaktır.<sup>46</sup> Örneğin konut veya çatılı işyeri için ayrı, kullanımı kiracıya bırakılan eşya için ayrı kira sözleşmelerinin yapıldığı ve ayrı kira bedellerinin kararlaştırıldığı bir hukuki ilişkide kiracının konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin bedeli ödemede herhangi bir temerrüdü olmadan, sadece kullanımı kendisine bırakılan eşyaya

---

*bırakılan eşyadan kaynaklanan bir anlaşmazlık çıkar ya da bu anlaşmazlık kira sözleşmesi anlaşmazlığına dönüşürse, çözümü için kiraya ilişkin kuralların uygulanacağıdır.”* cümlesiyle açıklamaktadır. Erzurumluoğlu, E., s. 113.

<sup>46</sup> Kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya ilişkin kira sözleşmesinin tek başına feshinin caiz olmadığı yönünde bkz. Gümüş, M. A., s. 28; İnceoğlu, M., C. II, s. 26; Higi, P., Art. 253a-253b, N. 57; Heinrich, P., CHK-Handkomm., Art. 253a, N. 5.

ilişkin kira bedelini ödemede temerrüde düşmesi üzerine böyle bir durumla karşılaşılabilir. Açıklanan şartlarda kiraya veren, konut ve çatılı işyeri kiralarına dair düzenlenen fesih kurallarına uymak (en az 30 günlük süre vermek vb.) koşuluyla, sadece kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya dair kira sözleşmesini feshedebilmelidir. Ancak kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya ilişkin sözleşmenin feshi için verilecek süre, yukarıda açıklanan unsurların varlığı halinde, 30 günden az olmamalıdır.

Bu durum, TBK'nun 316. maddesinde düzenlenen kiracının özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcuna aykırılık halinde, maddenin ikinci fıkrasında yer alan 30 günlük süre açısından da geçerlidir. Kiracının kullanımı kendisine bırakılan eşyaya ilişkin özensiz kullanımının, sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilebileceği açıktır. Eğer taraflar arasında tek bir kira sözleşmesi varsa, bu sözleşme asıl eşyanın olduğu kadar kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın da özensiz kullanımı nedeniyle feshedilebilir. Buna karşılık kullanımı kiracıya bırakılan eşya için ayrı bir sözleşme yapılmışsa ve özensiz kullanım sadece bu eşya için gerçekleşmişse, sadece bu eşyaya ilişkin kira sözleşmesinin feshedilebileceğinin kabulü gerekir. Benzer şekilde kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın, ayıplı olması durumunda da TBK'nun 318. ve 319. maddeleri uygulanabilecektir.

TBK'nun 322/2. maddesinde konut ve çatılı işyeri kiralarında, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça, kiracının kiralanana başkasına kiralayamayacağı ve kullanım hakkını da devredemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hüküm, kullanımı kiracıya bırakılan eşya açısından da geçerlidir. Benzer şekilde TBK'nun 323. maddesiyle getirilen, kiracının kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemeyeceği kuralının istisnası olan; işyeri kiralarında kiraya verenin, haklı sebep olmadıkça, bu rızayı vermekten kaçınamayacağına ilişkin düzenleme de kullanımı kiracıya bırakılan eşya açısından uygulanacaktır.

Kiracının konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin sözleşmeden kaynaklanan güvence verme borcuna ilişkin olarak TBK'nun 342. maddesinde düzenlenen ve güvencenin üç aylık kira bedelini aşamayacağına ilişkin kural; kullanımı kiracıya bırakılan eşya için ayrı bir kira bedeli kararlaştırılmışsa, bu eşyaya ilişkin güvencenin de kira bedelinin üç katını aşacak şekilde belirlenemeyeceği olarak anlaşılmalıdır.<sup>47</sup>

Tarafların konut ve çatılı işyeri için ayrı, kullanımı kiracıya bırakılan eşya

---

<sup>47</sup> İnceoğlu, M., C. II, s. 26.

için ayrı kira bedeli belirlemelerine rağmen, toplam bir güvence parası kararlaştırmak istemeleri durumunda; bu güvence, iki kira bedelinin (konut veya çatılı işyeri kira bedeliyle, kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya ilişkin kira bedelinin) toplamının üç katını aşamayacaktır. Kira sözleşmesinde herhangi bir belirleme yapılmaksızın güvence kararlaştırılmış ise, bu güvence kullanımı kiracıya bırakılan eşya için de geçerli olacak şekilde yorumlanmalıdır.

TBK'nun 343. maddesinde, konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinde kira bedelinin belirlenmesi dışında, kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacağı düzenlenmiştir. Konut ve çatılı işyeri kirası sürerken, kiraya verenin kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın zilyetliğinin iadesini talep etmesi, bu kapsamda değerlendirilecektir. Konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmesi sona ermediği sürece, kullanımı kiracıya bırakılan eşyalara ilişkin kullanma hakkı sona erdirilemeyecektir.<sup>48</sup>

TBK'nun 344. maddesinde, konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin kira bedelinin tespitine dair hükümler, kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya ayrı bir kira bedeli belirlenmişse, bu kira bedelinin artışı hakkında da uygulanacaktır.<sup>49</sup> Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemeyeceği, özellikle kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmaların geçersiz olduklarına ilişkin TBK'nun 346. maddesi de kullanımı kiracıya bırakılan eşya açısından uygulanacak bir diğer hükümdür.

Konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin fesih sebeplerinden biri de kiraya verenin veya kiralananı sonradan edinen kişinin, kiralanan gereksinim duymasıdır. Acaba ister kiraya veren ister sonradan edinen kişi, konut ve çatılı işyerine değil de, kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya gereksinim duyuyorsa; TBK'nun 350. veya 351. maddelerine dayanarak, bu eşyanın iadesini sağlayabilecekler midir?

Gökyayla<sup>50</sup> soruyu olumsuz yanıtlamakta ve sadece kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın iadesine ilişkin bir çözümün kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Taraflar arasında tek bir kira sözleşmesi olması durumunda, yukarıdaki görüşe katılmamak mümkün olmasa da; konut veya çatılı işyeri için ayrı, kullanımı kiracıya bırakılan eşya için ayrı sözleşmelerin yapılmış olmaları durumunda, kiraya verenin veya yeni malikin sadece kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya duyduğu gereksinim nedeniyle, konut veya çatılı işyeri kirası

---

<sup>48</sup> Yavuz, C. - Acar, F. - Özen, B., s. 290.

<sup>49</sup> İnceoğlu, M., C. II, s. 26.

<sup>50</sup> Gökyayla, E., s. 1227.

sözleşmesinin de feshedilmesi gerektiğini kabul etmek, iki tarafın da menfaatine aykırı sonuçlar doğurabilir. Buna karşılık kiraya veren veya yeni malikin TBK'nun 350. ve 351. maddelerinde düzenlenen kurallara bağlı kalmak kaydıyla, sadece kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın iadesini sağlayabilmesinin önünde bir engel görülmemelidir.<sup>51</sup>

TBK'nun 352. maddesinde düzenlenen kiracıdan kaynaklanan sebeplerle konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmesinin sona ermesine ilişkin kuralların da kullanımı kiracıya bırakılan eşya açısından uygulama alanı bulması mümkündür. Örneğin kullanımı kiracıya bırakılan eşya için ayrı bir kira bedeli belirlenmiş ve kiracı, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde kira süresi içinde; bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde ise bir kira yılı veya bir kira yılını aşan süre içinde kira bedelini ödemediği için kendisine yazılı olarak iki haklı ihtarda bulunulmasına sebep olmuşsa, kiraya veren söz konusu maddeye dayanarak, kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın iadesi talebinde bulunabilecektir.

## SONUÇ

TBK'nun 339/1. maddesinde düzenlenen açık kural gereğince, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler, bu sözleşmelerle birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanır. Yasa koyucunun emredici nitelik taşıyan bu normu düzenlerken, kiracının konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin olarak sahip olduğu koruma mekanizmalarının, bu sözleşme nedeniyle kullanımı kiracıya bırakılan eşya açısından da geçerli olması fikrini benimsediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Anılan hükmün uygulanabilmesi için, bir konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmesinin bulunması, eşyanın kullanımının konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmesi nedeniyle kiracıya bırakılması ve eşyanın kullanımının bırakılmasının bağlantılı sözleşme yasağı kapsamında değerlendirilmemesi şartlarının kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekir. Şartlardan birinin sağlanamaması halinde, kullanımı kiracıya bırakılan eşyalara konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Kullanımı kiracıya bırakılan eşya, eşya hukuku anlamında bağımsız bir eşya olabileceği gibi; bu bağımsız eşyanın bütünleyici parçası veya eklentisi de olabilir. Bununla birlikte bu eşyanın konut veya çatılı işyerinin bütünleyici parçası

---

<sup>51</sup> Bu noktada akla gelen ilk mesele, kiracının konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin sözleşmeyi, kullanımı kendisine bırakılan eşya olmaksızın sürdürmek istememesidir. Böyle bir durumla karşılaşan kiracı, konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmesini, TBK'nun 331. maddesinde düzenlenen olağanüstü fesih hükmünce feshedebilir.

ya da TMK veya KMK kapsamında eklentisi niteliğini taşıması zorunlu bir unsur değildir. TBK'nun 339/1. maddesi kapsamında kullanımı kiracıya bırakılan eşya, münferiden ve sadece kiracının kullanımına bırakılabileceği gibi; kiraya veren ve/veya üçüncü kişilerle birlikte de kiracının kullanımına bırakılabilir.

TBK'nun 339/1. maddesinde kullanımı kiracıya bırakılan eşya açısından, eşya türlerine göre bir ayırım yapılmamıştır. Yani taşınır ve taşınmaz eşyaların madde kapsamında değerlendirilebilmeleri mümkündür. Bununla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan taşınmaz eşyalar belirlenirken, taraflar arasındaki temel kira sözleşmesine konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümlerin mi yoksa kira sözleşmesinin genel hükümlerinin mi uygulanacağına dikkat edilmelidir.

Kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya TBK'nun kira sözleşmesine ait düzenlemelerinin ikinci ayırımında yer alan 339-356. maddelerinin uygulanacağı tereddütsüz olmakla birlikte, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler ayırımında da konut ve çatılı işyeri kiralalarıyla ilgili düzenlemelere yer verildiği dikkatten kaçırılmamalıdır. TBK'nun güvenceye ve kira bedelinin artışına ilişkin hükümleri, tereddütsüz şekilde kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanacaktır.

Konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmesinin sona ermesi halinde, kullanımı kiracıya bırakılan eşyanın da iadesinin gerekeceği açıktır. Buna karşılık özellikle konut ve çatılı işyeri sözleşmesiyle, kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya ilişkin kira sözleşmesinin ayrı ayrı akdedildikleri durumlarda; fesih sebebinin sadece kullanımı kiracıya bırakılan eşya açısından ortaya çıkması halinde, konut ve çatılı işyeri sözleşmesi son bulmadan; kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya ilişkin kira sözleşmesinin feshinin mümkün görülmesinin söz konusu olabileceği düşünülmektedir.

◆◆◆◆

#### KAYNAKÇA

**Acar, F.:** Kira Hukuku Şerhi, B. 2, İstanbul 2015 (Anılış: Şerh).

**Acar, F.:** "Kira Sözleşmesinde Bağlantılı İşlem ve Güvence", Kazancı Dergisi, C. 9, S. 103-104, İstanbul 2013, s. 163-170 (Anılış: Bağlantılı İşlem).

**Akipek, J. G. - Akıntürk, T.:** Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

**Akıncı, Ş.:** "İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1498/16513.pdf> (E.T. 03.03.2016), s. 33-50.



- Aral, F. - Ayrancı, H.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 10, Ankara 2014.
- Artukmaç, S.:** Bizde Gayrimenkule Tecavüzün Def'i ve Zilyedlik, B. 2, Ankara 1959.
- Aydemir, E.:** Kira Hukuku, B. 4, Ankara 2016.
- Aydoğdu, M. - Kahveci, N.:** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 2, Ankara 2014.
- Ayiter, N.:** Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı), Ankara 1987.
- Belgesay, M. R.:** Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Ayni Haklar, C. IV, İstanbul 1956.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014 (Anılış: Borçlar).
- Eren, F.:** Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011 (Anılış: Mülkiyet).
- Ertaş, Ş. - Serdar, İ. - Cumalıoğlu, E.:** Eşya Hukuku, B. 12, İzmir 2015.
- Erzurumluoğlu, E.:** Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), B. 5, Ankara 2015.
- Esener, T.:** Eşya Hukuku, Ankara 1985.
- Giger, H.:** **Berner Kommentar, Grundsatzanalyse, Vorbemerkungen und Art. 253-255 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253-273c OR**, Bern 2013.
- Gümüş, M. A.:** Kira Sözleşmesi, İstanbul 2012.
- Gürsoy, K. T. - Eren, F. - Cansel, E.:** Türk Eşya Hukuku, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet-Sınırlı Ayni Haklar, B. 2, Ankara 1984.
- Gökyayla, E.:** "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m. 339)", <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/6-Emre-GÖKYAYLA+.pdf> (E.T. 20.02.2016), s. 1203-1251.
- Heinrich, P.:** **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR, Zürich-Basel-Genf 2012.**
- Higi, P.:** Zürcher Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-569), Teilband V2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR, (Herausgeber Gauch, Peter), 3. Auflage, Zürich 1994.
- İnceoğlu, M.:** Kira Hukuku, C. I, İstanbul 2014 (Anılış: C. I).
- İnceoğlu, M.:** Kira Hukuku, C. II, İstanbul 2014 (Anılış: C. II).

**İnceoğlu, M. - Baş, E.:** *“Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yapma Yasağı”*, İÜHFİM, C. LXX, S. 2, İstanbul 2012, s. 165-182.

**Oğuzman, K. M. - Seliçi, Ö. - Oktay Özdemir, S.:** Eşya Hukuku, B. 15, İstanbul 2012.

**Özdoğan, M. - Oymak, T.:** *“Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Kapsamı ve Uygulama Alanı, İstanbul Barosu Dergisi”*, C. 88, S. 2, İstanbul 2014, s. 54-65.

**Permann, R.:** **Mietrecht Kommentar Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, Zürich 2007.**

**Postacioğlu, İ. E.:** *“Kiracı Tarafından Mecura Yerleştirilen Kalorifer Tesisatının Mütemmim Cüz Sayılıp Sayılamayacağı-Vekâlet Ücretinin Hesabı Hakkında Yargıtay Kararı”* İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XIII, S. 2, İstanbul 1947, s. 772-789.

**Saymen, F. H. - Elbir, H. K.:** Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.

**Serozan, R.:** Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2002.

**Sirmen, L.:** Eşya Hukuku, Ankara 2013.

**SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008.**

**Tekinay, S. S. - Akman, S. - Burcuoğlu, H. - Altop, A.:** Eşya Hukuku, C. I, Zilyelik-Tapu Sicili-Mülkiyet, B. 5, İstanbul 1989.

**Ünal, M. - Başpınar, V.:** Şekli Eşya Hukuku, B. 4, Ankara 2008.

**Yavuz, C. - Acar, F. - Özen, B.:** Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, B. 12, İstanbul 2013.

**Zevkililer, A. - Gökyayla, E.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 13, Ankara 2013.



# ANAYASA MAHKEMESİNİN MUHAFAZAKAR – LİBERAL İKİLEMİ

*The Conservative – Liberal Paradox of the Constitutional Court of Turkey*

Yrd. Doç. Dr. Emir KAYA\*

## ÖZET

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (AYM), sergilediği kimlik ve vizyon muğlaklığıyla devletin ve toplumun bir özetidir. AYM'nin bir yüksek yargı organı olarak içinde bulunduğu kültür ve zihniyet açmazları, siyasetin ritmi karşısındaki doğrudan-dolaylı ikincil pozisyonu nedeniyle büsbütün aşikar olmaktadır. AYM; özgün, ilkesel, günceli aşan, yereli soğukkanlılıkla anlamlandıran bir söylem geliştirememiş, konjonktür baskısından kurtulamamıştır.

AYM'nin çelişkili tutumunun altında, kuruluşundan beri kurumun bir tür muhafazakarlık içinde konumlanması yatmaktadır. Toplumun çatışan taraflarının farklı muhtevaları muhafazakarca öne sürdüğü ve aslında bir bütün olarak siyasi alanın muhafazakarlıkla dolu olduğu düşünüldüğünde AYM'yi yönlendiren davranış psikolojisinin de aynı mahiyette olması doğaldır. Öte yandan AYM, toplumsal çeşitliliği ve uluslararası faktörleri dikkate alarak liberal görüntüler vermek zorundadır. Bu açmaz içinde AYM, tıkanıklıkları saklamaya matuf, derinliksiz ve istikrarsız bir liberalizme sürüklenmektedir.

İdeolojiler üstü muhafazakar reflekslerde birleşen mahkeme yetkilileri nedeniyle AYM'nin tarihi boyunca imaja ağırlık verdiği ve köklü hukuk sorunlarına çözüm getiremediği söylenebilir. Zühtü Arslan başkanlığındaki AYM de aynı kronik sorunla karşı karşıyadır. Tek farkla ki Arslan'ın mesleki birikimi ve liberal teoriye vukufu ona daha esaslı bir seçim yaptıracaktır: Arslan ya AYM'nin kimlik, kültür, söylem ve eylem ikilemlerini çözümlenmek yolunda cesur adımlar atacak ya da bu ikilemleri akademik donanımı ve farkındalığı sayesinde daha ustaca gizleyip derinleştirecektir.

Bu çalışmada, AYM'nin en belirleyici yargısal tutum problemi olarak gördüğümüz muhafazakar-liberal ikilemi anlamlandırılmakta ve bu problemi yakın gelecekte çözüme potansiyeli değerlendirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa Mahkemesi, Muhafazakar, Liberal, Realizm, Hukuk Politikası, Zühtü Arslan.

## ABSTRACT

The Constitutional Court of Turkey (CCT) stands out as a representative sample of state and society, with respect to perplexities pertaining to identity and mentality. Owing to its secondary position before politics, the intellectual and cultural paradoxes

\* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Anayasa Mahkemesi Eski Raporörü. 0136310@gmail.com.

of this vital organ of the higher judiciary become all the more evident. Not surprisingly, the CCT has never managed to develop authentic, disinterested, and principle-based approaches. On the contrary, its stance and decisions are predominantly shaped and re-shaped by temporary events and non-legal factors.

The unstable and conflictual nature of the CCT is mainly due to conservatism. Not only a particular type of conservatism, namely the Kemalist, formed the foundations of the CCT, but also due to clashing conservatisms of divergent social groups, conservative disposition is a common trend in political discourse in Turkey. It is thus not surprising that the CCT, too, perpetually displays conservative character. Against this tendency, however, arise forces of liberalism, thanks to domestic diversity and international actors such as the European Court of Human Rights. As a result, the CCT evolves into an institution with a superficial and erratic liberal attitude aimed at masking the deep conservative obsessions that constrain it.

Even though the CCT has always adopted a policy of denial in the face of serious legal problems in Turkey, and given rise to “image” as the prime concern, its undemocratic inward facet could not be hidden nonetheless, thanks to meagre legal reasoning in its decisions and public debates about the *modus operandi* of the CCT. Now, the new president Zühtü Arslan is challenged by the same old question of transparency and resolution between image and reality. Arslan, a former professor of constitutional law and an expert on human rights, is well-versed in liberal theory. Yet his biography suggests reasons for anticipating conservative attitudes from him such as quietism and conformism. He now has to choose between bravely addressing the CCT’s torn and unreliable culture or even more effectively concealing its contradictions by his intellectual strength.

This essay offers an in-depth analysis of the conservative-liberal paradox of the CCT, and attempts to evaluate the new administration’s potential to overcome it.

**Keywords:** Constitutional Court of Turkey, Conservatism, Liberalism, Realism, Legal Politics, Zühtü Arslan.



## Giriş

Anayasa Mahkemesine (AYM) Zühtü Arslan’ın başkan seçilmesiyle birlikte, yeni döneme nasıl bir kurumsal geleneğin aktarıldığı, siyasi ve hukuki aktörlerin AYM üzerinde bundan sonra nasıl etkiler yapabileceği ve AYM’nin iç dinamikleri açısından en öncelikli problemin ne olduğu; Türkiye’de anayasal adalet açısından önemli sorular olarak belirdi. Çalışmamızda, hukuki realist ve etnografik bir perspektifle AYM’nin muhafazakar geleneği irdelenmekte, liberal değerleri geliştirmeye ne kadar hazır olduğu sorgulanmaktadır.<sup>1</sup> Çalış-

---

<sup>1</sup> AYM’nin sosyo-kültürel dokusunun ve yargısal tutumunun kritiği olan önceki çalışmamız için bakınız: Emir Kaya, “Anayasa Mahkemesinin İnsan Hakları Zemini”, *Gazi Üniversitesi*

manın amacı, Arslan başkanlığındaki AYM'nin yakın gelecek projeksiyonunu netleştirmektir.

Makalenin ilk kısmında, başkan değişiminin neden incelenmeye değer bir konu olduğu açıklanmaktadır. İkinci kısımda, AYM'de ikilem kaynağı olan muhafazakar ve liberal refleksler arasındaki gerilim irdelenmektedir.<sup>2</sup> Son kısımda ise Arslan döneminde AYM'nin kurumsal kültür ve politika çelişkilerini aşım aşamayacağına dair öngörülere yer verilmektedir.

### I. Başkan Değişikliğinin Önemi ve İncelenmesinin Metodolojisi

AYM'yi dış dünyadan izole ya da tamamen başkana göre şekillenen bir kurum olarak düşünmek doğru olmaz. Bununla birlikte, AYM'nin kendisinin merkezi olduğu bir evrende işlediğini söylemek mümkündür. Başkanın kurumun karakter ve vizyonunda etkili olduğu da açıktır. Çalışmamızda AYM'ye kurumsal bir zihin atfedilmesi ve kurum zihniyetinin tebellür ettiği şahıs olarak başkanın kabul edilmesi metodolojik bir seçimdir. Burada sunulandan daha kompleks AYM realiteleri inkar edilmemekte, sadece kurumun kimliğinde bizce en belirleyici olan hususlar aydınlatılmaya çalışılmaktadır.

AYM'de başkan değişimi, en az iki nedenle incelenmeye değerdir.

Birincisi, yargıç ve yargısal tutum analizi çalışmaları açısından üyelerin ideolojik ve kişilik özelliklerinin incelenmesi, doğal bir akademik merak olduğu kadar üyelerin tutarlılık sorumluluğunu rasyonalize etmesine katkı sunabile-

---

*Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014(3-4): 573-605.

<sup>2</sup> Bu çalışmada, muhafazakar ve liberal kavramlarına fenomenolojik anlam yüklenmektedir. Bu kavramlardan kasıt, herhangi bir dini ya da seküler ideoloji olmayıp, insanın sosyal dünyayı okuyuşunda belirleyici olan mizacıdır. "Muhafazakar" yerine "tutucu", "liberal" yerine "özgürlükçü" kelimeleri seçilebilirdi. Fakat "tutucu" kelimesi felsefi derinlikten mahrum olduğundan "muhafazakar" kelimesindeki kısmen bilinçli düşünce sistematliğini karşılamaktan uzaktır. "Özgürlükçü" kelimesi ise hukukun özgürlükleri tanımlama potansiyelinden hareketle dar bir alana sıkışabilmektedir. Halbuki "liberal", hukuk anlayışı doğurma potansiyelini de barındıran bir felsefi duruş olarak daha güçlü bir kavramdır. Öte yandan, "muhafazakar"ın konservatizmden, "liberal"ın liberalizmden bağımsız ve saf anlamlar ifade etmesi zor olduğundan dolayı çalışmamızda yer yer kavram karmaşası oluşabileceğini öngörmekteyiz. Bu karmaşayı çözmek amacıyla yazı içerisinde geniş açıklamalar yapılmıştır. Bu açıklamalarda, "muhafazakarlık" ve "liberallik" sadece ideolojiyle izah edilemeyecek derin birer kişilik özü olarak tarif edilmiş, muhafazakarlık ve liberallik konusu olan itikadi ve içtimai dışavurumlar, birtakım mizaç köklerinin devamı olarak yorumlanmıştır. Elbette bu katmanda kompleks, hatta yer yer kendini nakzeden psikolojik formlar söz konusudur. Biz, "muhafazakar" ve "liberal" mizaç tasvirlerine, mükemmel olmayan genellemeler yoluyla ulaşmaya, buradan hareketle AYM özelinde siyasi ve hukuki olguları anlamlandırmaya çalışıyoruz. Özetle, "muhafazakar" ve "liberal", yazı boyunca açıklamaya çalıştığımız olgulara başarıyla karşılık gelme potansiyeli en yüksek olan iki kavram olduğu için seçilmiştir.

cek bir araçtır.<sup>3</sup> Lakin bu alandaki incelemeleri olgunlaştırmanın önünde ciddi engeller vardır. Kısaca sayarsak:

1) Yüksek mahkeme üyelerinin şahsen araştırma konusu yapılması, Türk yargı ve akademi camialarında alışılmış bir durum olmadığı gibi, böyle bir girişimin içeriğinden bağımsız olarak münasebetsizlik addedilmesi ihtimali vardır. Hukuk süjesi olarak görülen yargı mensuplarının araştırma objesi yapılması zihniyet kodlarına zıttır.<sup>4</sup> Yüksek tutuculuk ve düşük bilimsellik içeren, dokunulmazlarla dolu bir kültürde böylesi araştırmaların olgunlaşması, yargı ve akademi camialarında iltifat görmesine bağılıdır. Oysa bu yönde bir kıpırdanma yoktur.

Anglo-Sakson realizminin yargıçları hukuk yapıcı olarak gören öncüllerinin aksine ülkemizde Kıta Avrupası ekolünün de etkisiyle hala yargıçları hikmetli kanunların kişiliklerini aşabilen uygulayıcıları olarak görme romantizmi sürmektedir. Bu irrasyonel ısrar, yargıç analizini girilemez bir sahaya dönüştürmüştür.<sup>5</sup> Ülkenin en kritik yargı organı olan AYM'nin tarihindeki 128 üyenin herhangi biri hakkında objektif kaygılarla ve derinlemesine çalışma yapılmamış olması, ancak zihinsel bariyerlerle açıklanabilir. Zühtü Arslan akademisyenliğı döneminde bu zihinsel bariyerleri eleştiri konusu yapmış, Türkiye'de yargıçların "adeta kutsal insanlar" (*quasi-sacred human beings*) olarak algılanmasının sorun olduğunu, yargıçları kritik etmenin riskler getirdiğini, hatta cezai yaptırımlara yol açabileceğini dile getirmiştir.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi üyeleri üzerinde yapılmış bu tür çalışmalar pek çoktur. Örneğın, <http://mqscores.berkeley.edu/> ET: 21/2/2015; [http://faculty.georgetown.edu/baileyma/CourtPref\\_July2012.pdf](http://faculty.georgetown.edu/baileyma/CourtPref_July2012.pdf) ET: 21/2/2015; Michael A. Bailey and Forrest Maltzman, *The Constrained Court: Law, Politics and the Decisions Justices Make*, Princeton, Princeton University Press, 2011; Jeffrey Toobin, *The Nine: Inside the Secret World of the Supreme Court*, New York, Anchor Books, 2007.

<sup>4</sup> En kapsamlı örneğı Ünsal tarafından verilmiş olan yerli literatür bu nedenle gelişmemiştir. Artun Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, Ankara AÜSBF Yayınları, 1980.

<sup>5</sup> Aslında yargıç analizi Türkiye'de yargının sosyolojisinde ileri derecede mevcuttur. Hemen her yargı mensubu belli bir aidiyet ile anılmaktadır. 2014 yılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu seçimlerinde yaşanan rekabette başarılı olan Yargıda Birlik Platformunun siyasi eğilimleri bir araya toplayan yapışı bunun en iyi örneklerindendir. Türkiye'de yargı mensuplarının kimlik ve eğilimlerin açıkça konuşulması, kararlarına etkisinin dillendirilmesi hukuk bilimi açısından tabu haline getirilmiştir. Hukuk dışı alanda ve ancak çekişme tarzında gerçekteşmektedir. Bahsettiğimiz zihinsel bariyer nedeniyle bu önemli konu bilimsel bir zemine oturtulamamakta, tarafgir söylemlere kurban edilmektedir.

<sup>6</sup> Zühtü Arslan, "Reluctantly Sailing Towards Political Liberalism: The Political Role of the Judiciary in Turkey", *Fighting for Political Freedom: Comparative Studies of the Legal Complex and Political Change*, T.Halliday, L.Karpik, M.Feeley, (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 219.

2) Türkiye’de AYM üyelerinin ekseriyeti, seçilmeleri öncesinde kişilikleriyle ve fikirleriyle tanınan insanlar değildir. Kamuoyunun ilkesel tartışmalarının değil, meslek çevrelerindeki kulislerin sonucunda üye olmaktadırlar. Üyelik öncesine dair analiz konusu yapılabilecek fikir eserleri çok kısıtlıdır. Her ne kadar Arslan bu konuda ciddi bir istisna ise de bahsettiğimiz vakıa nedeniyle, yargı üyelerinin seçilmelerinden önce vermiş oldukları eserlerdeki fikirlerini üyelik performanslarına aktarmaları yönünde direkt ve güçlü bir beklentinin varlığı şüphelidir. Üyelik, kıymeti kendinden menkul bir meslek gibidir.

3) AYM kararları, çoğunlukla fikir kuvvetinden ve derinliğinden yoksun, pozitif hukuk tartışmasını öne çıkaran, adeta varılmış sonuca göre hukuki tevili üreten metinlerdir.<sup>7</sup> Bu metinlerden de yargıçların kişilik ve ideolojik özelliklerine dair çıkarımda bulunmak zordur. Şerhler bazı ipuçları verse bile şerhlerin de genellikle değer arayışını öne çıkarmadığı, yer yer ideoloji ama çoğunlukla teknik hukuk tartışması boyutunda kaldığı görülmektedir. Şerh uygulamasının büyük ölçüde prosedürel muhalefet notlarına sıkıştığı, nadiren olgunluk gösterdiği söylenebilir.<sup>8</sup>

4) Üyelerin medyadan uzak konumları ve AYM’nin kamuya açık ayrıntılı toplantı tutanakları tutmaması, elde yargıç analizine ışık tutacak çok kısıtlı malzeme kalması demektir.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> AYM kararlarındaki yöntembilimsel sorunlar için bakınız: Bertil Emrah Oder. *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma*, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.

<sup>8</sup> Şerh uygulaması hala o kadar olgunluktan uzaktır ki Türkiye Büyük Millet Meclisi Soruşturma Komisyonunun 17-25 Aralık 2013 yolsuzluk iddialarına ilişkin verdiği yayın yasağı hakkındaki 10/12/2014 tarih ve 2014/18803 sayılı bireysel başvuru kararında, AYM üyelerinin hangi karara vardıkları, şerh düşen üyelerin çoğunluğa hangi yönden ve hangi gerekçelerle katılmadıkları anlaşılammış, tartışma konusu olmuştur. AYM, 11/3/2015 tarihinde bu konuda basın açıklaması yapmak durumunda kalmıştır: <http://www.anayasa.gov.tr/Gundem/Detay/661/index.html> ET: 1/4/2015

<sup>9</sup> Amerikan Yüksek Mahkemesi, toplantı ses kayıtlarını Ulusal Arşivler ve Kayıtlar İdaresi (*National Archives and Records Administration*) kanalıyla kamuya açmaktadır: <http://fas.org/sgp/crs/secretary/RL33706.pdf> ET: 3/7/2015. Amerikan seçmenlerinin % 60’ından fazlası Yüksek Mahkeme müzakerelerinin televizyondan canlı yayınlanmasının demokrasiyi geliştireceğini düşünmektedir: <http://www.nationallawjournal.com/id=1202445906572> ET: 3/7/2015. Türkiye Büyük Millet Meclisi de oturumlarını canlı olarak yayınlamaktadır: [https://www.tbmm.gov.tr/tbmm\\_tv.htm](https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_tv.htm) ET: 3/7/2015. AYM’nin ise muhakemenin aleniliği ilkesi ile toplantılarının kapalılığını nasıl uzlaştırdığı bir muammadır. x/x/2014 tarih ve 2013/16xx sayılı bireysel başvuru kararında AYM, internette paylaşılan cinsel içerikli görüntüleri nedeniyle devlet memurluğundan çıkarılan ve özel yaşamının gizliliğinin ihlal edildiğinden şikayet eden başvurucunun ismini ifşa etmekten çekinmemiştir. Bu karar, AYM’nin muhakemenin aleniliğini yanlış anladığının, mahkemelerin hesap verme şeffaflığı şeklinde ve vatandaşlar lehine yorumlamadığının delilidir. Özetle, AYM’deki toplantıların kurumun arşivi için bile olsa kayıt altına alınmamasının



5) Üye analizi için düşünülebiyecek son kaynak, üyelerin sosyal geçmişleri ve çevreleridir. Lakin üyelerin sosyal ilişkilerini -Mahkeme karar ve süreçleri üzerinde etkili bile olsa- özel alanlarına dahil gördükleri, üstlenmiş oldukları yüksek kamusal sorumluluğun gerektirdiği açıklığa hazır olmadıkları, kendilerinden bahsedilmesini bile tezyif sayabildikleri gözlemlenmiştir. Üyelerin bu gibi temayülleri ile fikir eserlerinin azlığını birlikte dikkate aldığımızda, Türkiye'nin negatif kanun koyucuları olan AYM üyelerinin akademik bir sistematik içinde kritik edilmesi mümkün olmamaktadır.<sup>10</sup> Kapanıklık alışkanlığının olduğu gizem örtüsü, hukuk biliminin ve adil hukuk pratiğinin zorunlu koşulu olan şeffaflığa mani olmaktadır. Böylece hukuk ve yargı, önemli analiz verilerinden ve istikrarlı gelişme şansından mahrum bırakılmaktadır.

Saydığımız nedenler, AYM'de başkan değişimini incelemeye değer bulmanızın ikinci nedeninin de alt yapısını oluşturmaktadır. Şöyle ki:

1) Üyelerin nüfuz edilemez dünyası, AYM'nin kamusal sesi ve yüzü olan üyenin yani başkanın kişilik ve ideolojik analizini nispeten erişilebilir bir hedefe dönüştürmektedir. Bireysel üye analizi ihtiyacı, sunulan toplu Mahkeme imajı üzerinden yerini başkanın analizinin yapılabilirliğine bırakmaktadır.

2) Türkiye'de sosyo-kültürel eğilimler, zayıf çoğulculuk ve güçlü disiplin vurguları içermektedir. Bunun devamı olan bürokratik kodların tipik bir dışavurumu olarak pek çok kurum gibi AYM de başkanla özdeşleşmektedir. Gerek kamuoyunda gerekse üyeler arasında bu yönde algısal konsensüs oluşmuş gibidir. Dolayısıyla başkan analizi, kurum analizi sayılabilecek düzeyde önem kazanmaktadır. Kurumun kompleks iç dinamiklerinden dışarıya pek renk verilmemesi, AYM kişiliğinin çok boyutlu bir bakış açısıyla değil, tekil başkanlık makamı üzerinden okunmasını akademik olarak doğallaştırmaktadır.

3) Üyelerin doğrudan ve müstakil gözlem konusu yapılması,<sup>11</sup> AYM'deki irade kullanımı algısıyla çatışmaktadır. Üyeler, iradelerini başkanı seçerek göstermişlerdir. Başkanın icraat çizgisini, üyelerin başlangıçtaki seçim iradesinin açı-

---

bir muhafazakar alışkanlık olduğunu ve ciddi bir şeffaflık problemiyle sarmal halinde bulunduğunu söylemek yanlış olmaz. Kanaatimizce AYM, toplantılarını sesli-görüntülü kayda alarak ve bu kayıtları kamuya açarak kalitesini ve güvenilirliğini artırabilir.

<sup>10</sup> Anayasa'nın 153. maddesine göre "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez". Öyleyse 'negatif kanun koyucu' ibaresi ile resmi bir statüye işaret edilmemekte, AYM'nin etkisine vurgu yapılmaktadır.

<sup>11</sup> ABD'de yerel yargıçların bile ne derece gözlem ve kritik konusu edilebildiğini gösteren iki internet sitesi için bakınız: <http://www.robeprobe.com/> ET: 6/7/2015, <http://www.therobingroom.com/> ET: 6/7/2015.

lımı olarak yorumlama mecburiyeti doğmaktadır. Bu çerçevede analiz konusu edilen; başkanın izole kişiliği değil, üyelerinki başta olmak üzere beklentileri ne ölçüde karşıladığıdır.

4) Kamu görevlilerine dair medya organlarında sunulan görüşler; -medyanın doğası gereği- gündelik, derinliksiz, abartılı, yaftalayıcı olabilmektedir. Kamu görevlilerinin yoğun olarak medya aynasında kendisini seyretmesi, medyatik dürtülere tepkisellikler geliştirmelerine, medya zihnine sıkışmalarına yol açabilmektedir. Kurum içi ilişkiler de farklı bir kapalı devre içinde kısıtlayıcı olabilmektedir. Mütemediyen kurum dışından analizlerin yapılması hukukumuza katkı sayılmalıdır.

5) Son olarak, Arslan'ın tahlil edilebilecek yayınlarının varlığı, AYM'nin yeni dönemine ilişkin öngörülerini somut bir temele oturtmayı mümkün kılmaktadır.

Toparlamak gerekirse, Arslan başkanlığındaki AYM'ye dair öngörülerde bulunma düşüncemiz, zıt mülahazalara sarmal halindedir: Bir yandan; başkan analizini cüretkarlık olarak yorumlayacak, içerikten bağımsız olarak böylesi çabalara kapalı yahut kerhen açık kültürel kodların varlığı, analiz kapsamını genişletme iştiağını anlamsız kılmaktadır. Diğer yandan; aynı kültürün başkanı aşırı önemseten eğilimleri, başkan analizini zorunlu kılmaktadır. Bu tezatların arasından sıyrılmayı hedefleyen çalışmamız; kurumsal kültür ve metin okumalarından beslenen bir akademik problem tanımlama girişimidir.

Bu mahiyetteki çalışmaların Türkiye'de nadirattan olması nedeniyle yöntem hakkında açıklamada bulunmamız gerekmektedir. Açıkçası modernist ve pozitivist düşüncelerin daralttığı hukuk ve bilim algıları, neyin hukuk bilimine dahil olduğu noktasında ciddi obsesyonlar meydana getirmiştir. Benimsedikleri hukuk algısının ne kadar lokal, teknik, derinlemesine ideolojik ve kuvvetle sübjektif olduğunu fark etmeyen çoğu hukuk akademisyeni için Weber'in tabiriyle yorumcu ve katılımcı anlayış (*Verstehen*) sunan çalışmaların bilimsel, hatta akademik sayılmayacağına farkındayız. Zira hukukçular kurallara boğulmuş bir zihniyete (*Erklären*) adapte olmuştur; alıştıkları sınırların dışında hukuku da, bilimi de tanımakta zorlanmaktadırlar.<sup>12</sup> Bilimsel üretimi; otorite sayılan kurum ve kişilere verilen referanslar, atıf sayısı, atıfta sayfa numarası, yerleşik olduğu varsayılan görüş ve metotların tekrarı derecesine düşüren bu kısır mantığı uzun uzadıya eleştirmek bu yazının amacı değildir. Bilim, doğası gereği gerçeklikten başka otorite tanımazken; akademisyenliği teknikerliğine indirgeyen bu kısır mantık nedeniyle hukuk, muhteva ve metot dogmalarına

---

<sup>12</sup> Anthony O'Hear, *Verstehen and Humane Understanding*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

mahkum kılınmış, bilim dışı oldukça bilimsel sayılmıştır. Şunu söylemekle iktifa edelim: Gerçeklik ve gerçekçilik ufkunu açan çalışmalar ne kadar sübjektiflik içerse de hukukun kurgusallığını beslemekten başka dip fonksiyonu olmayan objektif görünümlü çalışmalardan daha bilimseldir. Bu anlamda, anayasa hukuku ve yargısı alanındaki bir eser, uygulama ortamlarının realitelerine dikkat çekmekle bilimsel olur; uygulamanın beşeriyetten ariymiş gibi sunulan mahsullerini şerh ve tekrar etmekle, yorumlamakla bilimsel olmaz. Konumuz hukuk akademisyenlerinin zihniyeti olmadığı için eleştirilerimizi burada keserek AYM'deki zihniyet ikilemine ilişkin incelememizin yöntemini biraz daha açalım.

Bilindiği üzere sosyal bilimlerde gözlem, temel araştırma metotlarındandır. Gözlemcinin gözlemediği ortamın içinde olması katılımlı, dışında olması katılımsız gözlem olarak adlandırılır. Sözsüz davranışların aktarılabilmesi, doğal ortamda ve uzunda zamanda gerçekleştirilebilmesi gözlem yönteminin avantajlardır. Kontrolün ve nicel verilerin azlığı, araştırma evreninin küçüklüğü, erişimin zorluğu, anonim olma baskısı ve hassas konuların gündeme gelmesi ise dezavantajları olarak sayılmıştır.<sup>13</sup> Bu çalışmada araştırma evreninin tamamı olan AYM'ye kurumdaki raportörlük görevimiz dolayısıyla erişim sağladığımız ve gözlem şartlarının doğallığı dikkate alınmalıdır. Yöntemimizin dezavantajı, anonim kalınması gereken noktalarda yeterince somut örneklerle savlarımızı destekleyemeyecek olmamızdır. Konuların hassasiyeti ise sosyal algı ve alışkanlıklarla ilgili bir durumdur. AYM'nin gözlemciler davet ederek yargısal ve idari kalitesini yükseltmesi akılcı bir tutum olur. Hal böyleyken, muhafazakarlık olarak adlandırdığımız duygusal hassasiyetleri -açık bir etik engel oluşmadığı sürece- sadece sorunlu saydığımızı belirtmeliyiz.

Gözlem metodununun takibinde formel mantığın keskin tümevarım (*induction*) ve tümdengelim (*deduction*) akıl yürütmelerinden ziyade, bileşenlerden kuralsız çıkarım yapma (*abduction*) metodu kullanılır. Bu metoda karşı “Kesin olmayan önermeler bilimsel değildir ve yararsızdır.” denemez. Eğer böyle derseniz, “Bir bütün olarak hukukun temeli de kesin bilgiler değildir; siyasi otoritelerin taraflı iradesidir.” denir ve bizzat hukuk yararsız ve bilim dışı bir uğraş olur. Gerçek şu ki, bağlayıcı kuralları bulunan hukuk sahasının pek çok serbest bileşeni vardır ve ancak nispeten serbest bir yöntemle söz konusu bileşenler anlamlandırılabilir. Nasıl ki soyut hukuk kuralları uygulayıcıların sübjektif filtrelerinden geçerek somutlaşıyorsa, somut sosyal olgular da ancak gözlemcilerin sübjektifliği üzerinden soyutlaştırılabilir.

---

<sup>13</sup> Kenneth D. Bailey, *Methods of Social Research*, New York, The Free Press, 1987, pp. 240-243.

AYM'nin yazılı olmayan serbest bileşenlerinin bir kısmını anlamlandırma çabamız kaçınılmaz olarak sübjektiflik içermektedir. Fakat bu durum, sübjektif yorumların objektif olgulara dayandığı gerçeğini değiştirmez. Mesela mevcut AYM üyelerinin tamamının erkek olması hem nicel hem nitel hem de objektif bir veridir. Aynı kesinlikte ispatlanabilir olmasa da kurum içindeki pek çok değişkenin varlığı da objektif bir olgudur. Örneğin personelin farklı etkenler altında performans sergilemesi, nitel olmakla birlikte yine objektif bir gerçektir. Gerek üyelerin erkek olmasının gerekse personelin performansına etki eden unsurların yorumlanmasında sübjektiflik kaçınılmazdır. Bu, Anayasa'yı yorumlayan AYM üyelerinin sübjektifliği kadar normaldir. Bir sosyal araştırmacının sübjektifliği bir hukuk uygulayıcısının sübjektifliği gibi mazurdur çünkü ikisi de gerçeklerin yorumu alanında hareket etmektedir. Hukuk uygulayıcısının cebir kuvvetini elinde bulundurması onun yorumlarını daha objektif ya da bilimsel yapmaz. Hukuk akademisyeninin cebir kuvvetinden mahrum olması da onun yorumlarını daha sübjektif ya da bilim dışı yapmaz.

Türkiye'de hukuk alanının, özellikle de hukuk aktörlerinin sosyo-kültürel ve psikolojik analizlere yeterince konu edilmediğini, bu yöndeki çalışmaların gerektirdiği metodolojik esnekliğin oluşmadığını görmekteyiz. Anayasa hukuğu gibi bir akademik disiplin, neredeyse tamamen kurguların alanı olarak görülmektedir. Normatif bir tasarımdan ibaret olan Anayasa'nın AYM realiteleri içindeki ağırlığını ölçen etnografik bir çalışma yoktur. Böylesi realist çalışmaları değerli bulacak yargıç ve akademisyen kadrosu da tam olarak yetişmemiştir. Bu durum, çalışmamızın aslında gayet normal olan sübjektifliğini kabul edilemez gösterebilir. Okuyucuların bir kısmının garipseyebileceği, bizimse dayanağımız olan anlayış sosyolojisinde gerçeklik modelleri oluşturabilmek için gereken şey, olgusal zemini irdeleyen maksimum sayıdaki sübjektif yorumsamayı birleştirmektir. Yani eğer sosyo-legal gerçeklik aranıyorsa daha az değil, daha fazla etnografik ve davranışsal çalışma yapılmalıdır. Böylece birbirinin sübjektifliğini onaran çalışmaların bütüncül hakikati aydınlatması mümkün olur. Bilimsellik iddiasıyla sübjektifliğe kapı kapatılması ise en derin sübjektiflik tezahürü olan hukukun siyasetin aygıtı olmasını perçinlemekten başka bir işe yaramaz. Kaldı ki modernist dönemde gerek bilimin gerekse hukukun ideolojisi olan pozitivizm bugün temelden sarsılmış, hiçbir konuda "mutlak doğrulamanın olmadığı" netleşmiştir.<sup>14</sup>

Elinizdeki makalenin modernist-pozitivist hukuk kalıpları içerisinden okunması, anlaşılması beklenmemektedir. Önemli ölçüde katılımlı gözlem ürünü

---

<sup>14</sup> Şafak Ural, *Pozitivist Felsefe*, İstanbul, Alfa, 2012, s. 164.

olan bu çalışmanın akademik metodoloji açısından muhafazakarca değil, liberal bir perspektifle değerlendirilmesi beklenmektedir.

## II. Muhafazakar – Liberal İkileminde Anayasa Mahkemesi

Türkiye Cumhuriyetini kuranların tecrübe ettiği en büyük zorluk, toplumun pek çok cephedeki muhafazakarlığı, daha doğrusu toplumu cahilce bir muhafazakarlık içinde görmeleri nedeniyledir. Ne var ki, çağdaşlaşma paralelinde yeni bir ulus yaratma çabalarının, toplumsal dirence tepkiyle makul seyrinden çıkıp ayrı bir muhafazakarlık konusu olması uzun sürmedi. O kadar ki Kemalizm adı altında devlet ideolojisi haline getirilen devrim muhafazırlığı, Cumhuriyet tarihi boyunca hukuki ve siyasi sayısız gerginliğin müsebbibi olmuştur. Bunun karşılığında, toplumun Cumhuriyetin ilk yıllarında ortaya koyduğu Müslüman direnç, gittikçe doğallıktan uzaklaşmış ve ideolojik bir İslamcı muhafazakarlığa dönüşmüştür.<sup>15</sup> Bugün Türkiye’de neyin gerçek bir değer, neyin gerçek bir değer, muharref ideolojisi olduğunu tespit etmek pek güçtür. Bu durum, ‘laik’ ve ‘çağdaş’ söylemlerin cephesinde de, ‘dindar’ ve ‘gelenekçi’ söylemlerin cephesinde de aynıdır. Tarafların münasebet kanalı olan demokrasi ve hukuk tartışmaları, aslında ideolojik ısrarların ürünü olan fakat bir değerler tartışması gibi görünen ve yürütülen muhtelif muhafazakarlıklara boğulmuş durumdadır. Bu nedenledir ki, muhafazakarlığı söylem ve muhteva cihetiyle değil, bir mizaç olarak tanımlamak gerekmektedir.

Türkiye’nin yönsüz ve derinliksiz çağdaşlaşma tıkanıklığı içindeki Kemalist muhafazakarlığına verilen iki tür tepkinin toplumsal karşılığı en yüksek ve kalıcı olmuştur. Bunlardan ilki, bahsettiğimiz, karşıt muhafazakar özellikler gösteren İslamcı hareketlerdir. Diğerisi ise bizatihi muhafazakar mizaca mesafeli duran liberal görüşlerdir. 1950’lerden beri Türkiye’de başarılı olmuş siyasi akımların bu iki tepkinin kombinasyonları olduğu ve kurucu ideolojiye nispetle daha dindar ve daha özgür bir vizyon ortaya koymaya çalıştığını söylemek yanlış olmaz. Nitekim bu iki eğilimi başarıyla mezceden Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti), on üç yıl tek başına iktidarda kalmıştır.

AK Parti, ilk yıllarında izlemiş olduğu sosyal, ekonomik ve uluslararası politikalarla Kemalist savları boşa düşürmeyi başarmış, hem dindar-muhafazakar hem de liberal beklentileri karşılayacağı ümidini diri tutmuştu. Ne var ki son yıllarda AK Partinin muhafazakar-liberal dengesinin muhafazakarlık lehine bozulduğu, gelenekçi referansların daha belirleyici olduğu gözlemlenmektedir.

---

<sup>15</sup> Muhafazakarlığın birbirine zıt tezahürleri için bakınız: Fırat Mollaer, *Muhafazakarlığın İki Yüzü*, İstanbul, Dergâh Yayınları, 2009.

AK Parti, bir yandan muhafazakar köklerini ihya etmekte, diğer yandan liberal çapını düşürmesinin etkisiyle içte ve dışta mücadele cepheleri açmaktadır. Denilebilir ki AK Partinin yaşamış olduğu bu kimlik gerilimi, sadece onun değil, aslında Türkiye'nin ve dolayısıyla AYM'nin ana sorunudur.

Gerçekten de AYM, Kemalist yapının etkisinin kırılmasıyla birlikte önce liberal bir çizgiye girer görünmüştür. Bunda, AYM'nin teşekkülünün siyasete paralel olmasının katkısı mutlaktr. AYM'nin Haşim Kılıç'ın başkanlığı döneminde liberal çıkışlara sahne olması üye profilinin özgürlükçü olduğu anlamına gelmemektedir. Söylemler, AYM'nin kurumsal yüzü olan başkanın imaj politikasından öte fikir vermediği gibi tam tersine üyelerin muhafazakar mizacı sayesinde ki başkan, kurumun mutabakatını aktarıyormuş görüntüsünü oluşturabilmiştir. Muhafazakar refleksler gösteren AYM mensupları; kurum başkanının otoritesine uyumu bireysel hak ve özgürlüklerden, "Kol kırılır, yen içinde kalır." konformizmini adaletin yerinde ve zamanında tecelli etmesinden önemli görmüşlerdir.

Bugün Türkiye'de Atatürk değerinin tahrifatlarına sözcülük eden Kemalizm ideolojisi bir daha toparlanamayacak derecede marjinalleşmiştir. Alternatiflerden ne muhafazakarlık ne de liberalizm tek başına yeterli bir vizyon sunabilmektedir. İkisinin dengesinin zorunlu olduğu görülmektedir. Lakin denge, iki tarafın adil orantı dinamizmi ile mümkündür. Türkiye'nin yargısal tutum ve politikalarına öncülük etme potansiyeli taşıyan AYM'nin muhafazakar-liberal dengesi açısından nasıl bir karakter taşıdığı, kurumun kanaatimizce belirleyici vasfıdır.

Liberal fikirlere dudak bükme, yaygın bir muhafazakar tepki olduğundan muhafazakar ve liberal kavramlarından kastımızı burada biraz daha açmamız yararlı olacaktır. Bu tepki, muhafazakar duygu ve düşünce dünyası kendi içinde çelişkisiz olsaydı kıymetli olabilirdi. Örneğin bir İslamcı, İslam'ın muhayyel saf haline referansla düşünebilseydi ve davranabilseydi, onun çeşitli felsefeleri reddi anlamlı olabilirdi. Fakat hakikat şudur ki, asıl felsefi tağşiş ve komplikasyonlar, din temalı ideolojiler kışkacındaki muhafazakar Müslümanın dünyasıdır.

Muhafazakar Müslüman, benimsediği ilke ve değerlere uzaklığına tepki veren insandır. O, henüz uymadığı ilkelerin toplumsal hayat üzerinden zamanla kendisine egemen olması ümidini taşır. Doğrudan kendisine egemen olmasına hazır değildir. Hazır olmayışının nedeni, duygu ve düşüncesine nüfuz etmiş kültür kodları ve gündelik yaşam felsefeleridir. Muhafazakarlık, onun insani çelişkilerini yaşayabildiği, birbiriyle uyumsuz beklentilerini diri tutabildiği, dünyevi

hedefleri için dini bağlamlar oluşturabildiği bir alandır. Bu sayede o, aynı anda hem dini hem ladini referanslara adapte olabilir. Ladini referansları, zihninde din boyasıyla renklendirdiği kültürüne mutabık sayma şansını sürdürür. İnanc temellerine yabancılaşmayı, yalancılaşma itirafında bulunmaksızın yaşar.

Uzun yıllar Kemalist muhafazakarlığın hastalıklı kalıplarına mahkum edilmiş olan ülkemiz, gittikçe İslamcı muhafazakarlığın aynı derecede kendisiyle çelişen, adaleti erteleyen, adamına göre muameleye cevaz veren, meşruiyeti kuvvette arayıp hakkı ihmal eden, riyakar ve tahammülsüz versiyonuna bürünmektedir. Bugün Türkiye'nin siyasi ve hukuki tıkanmışlıklarının başlıca nedenlerinden biri, muhtevası değişen fakat aynı tipolojideki insanların baki kıldığı muhafazakarlık olgusudur. Asıl sorunun, Müslümanlık olmadığı açıktır. Muhafazakar doz aşımı, Türkiye'deki muhtelif cephelerin müşterek sorunudur.

Muhafazakar tutum, muhafaza etmek istediği şeyi, her iyiliğin öncülü olarak kabul eder. O şeyle reel ya da düşünsel bağlantılı bulunduğu diğer şeyleri aynı muhayyile torbasına doldurarak bir mizaç geliştirir. Korunan bazen bir imajdır, bazen bir kurumdur, bazen bir kişidir, bazen bir dayanışmadır, bazen bir süreçtir, bazen bir hesaptır, bazen bir hatıradır, bazense bunların bir karmasıdır. Muhafazakar kişi ve kitleler, adaletin tesisinin şartlarını oluşturmaya yönelme iddialarının bir parçası olarak, adaletin gereklerini yok sayma, erteleme, tevil-lerle göz ardı etme gibi davranışlar sergilemenin rasyonalizmini kurarlar. Aynı rasyonalizm, insan kişiliğini zihnin siyaset kabuğuna hapseden, vicdan özünden uzaklaştıran bir tıkanıklığa yol açar. Böyle bir zihin, kusurlarını, hayalleriyle tevil ve teyit etmekten kurtulamaz. Muzır, haris, kompleksli, tekinsiz, kişi ve kitle menfaatıyla hareket eden muharipler vücuda gelir. Sonuç olarak muhafazakarın hedefi, metodu nedeniyle muhal bir hal alır. İstikbaldeki adalet için güncel adaleti askıya alanların adalet kabiliyetini yitirmesi sabit bir vakıa olur. Muhafazakarlar birer ideoloji çocuğudur ve dünya onların oyun sahasıdır. Tenakuz onların karakteri, eylemi ve icraatıdır.

Kemalist muhafazakarlıktan örnek vermek gerekirse, ölçü alınan Batı dünyası ulus devletten uzaklaştıkça Türkiye ulus devlete geçiş anını tarihi bir saplantıya dönüştürmüştür. Laiklik, Batıda yavaş da olsa dini çoğulculuğun garantörüne dönüşürken Türkiye'de din karşıtı baskıya dönüşmüştür. Bireyin özgürleşmesi ve değer kazanması hedefiyle yıkılan saltanatın yerine kurulan Cumhuriyet, birey odaklı politika geliştirilmesine müsaade etmeyen kitleci hukuk kodlarına mahpus kalmıştır.

Kemalizm yerine ikame edilen Müslüman muhafazakarlık da sayısız çelişkilerle doludur. İslam'ın ana kaynaklarından olan hadisler, sıhhat ve gelişimini

nakd-i rical adı verilen ravi kritiklerine borçludur. Yani dinin en makbul insanlar olarak saydığı Peygamber arkadaşlarının ve diğer zevatın hayatlarının her yönüyle gözlemlenmesine ve eleştirilmesine borçludur. Bugün Müslümanlara egemen olan muhafazakar refleksler ise toplumsal hayatın öncülerinin kritik edilmesine şu veya bu gerekçeyle karşı durmaktadır. Müslümanlık, doğrunun kimin lehinde ve aleyhinde olmasına bakmaksızın söylenmesini teşvik ederken, hakikatin ortak iyilik getireceğini vaaz etmekteyken muhafazakar kültür, sosyal hesapların stratejik darlığına sıkışmıştır. Müslümanlık, değerlerin ertelenmemesini esas almaktayken, muhafazakarlar tevile tehir yolunu seçmektedir. Tüm bu sapışları kolaylaştırıp normalleştirecek kültürel hava oluşturulmuştur. Bu kültürel hava içinde, ancak kısmi ve palyatif çözüm getirme yeteneği gelişmiştir. Bütüncül yaklaşma ve çözüm geliştirme iradesi, dokunulmaması (muhafaza edilmesi) gereken şeylerin çokluğu nedeniyle, kaybolmuştur. Sonuç olarak, Müslüman muhafazakarlık, Türkiye'nin düşünsel ve sosyal sorunlarının çözümünde en az Kemalist muhafazakarlık kadar sığ, sembolik, çelişkili ve yararsız bir hal almıştır.

Muhafazakarlığın Türkiye'deki pek çok sosyal ve ideolojik çevrenin ortak düşünsel ve davranışsal paydası olduğunu belirtmiştik. Doğal olarak, farklı muhafazakar muhtevalar sürekli mücadele halindedir. Aynı ideolojik çevrenin farklı fraksiyon ve frekansları arasında da rekabet vardır. Mücadele ve tutunma duyguları o kadar içselleştirilmiştir ki çoğu zaman muhayyel rakiplerin potansiyel tepkilerine öngörü ile davranış sergilenir. Aşırı temkinli, hesaplı, pazarlıklı, stratejik bir kültür vücuda gelir. Bu kültür, çok boyutlu incelemelere konu yapılabilir. Bizim ilgi alanımız, bu kültürün liberal teorinin pratiğe geçmesine ne kadar müsait olduğu, AYM'nin ondan ne kadar masun kalabileceğidir. Muhafazakarca etkileşimlerinin ürettiği kalıpların özgürlüklere tayin ettiği psikososyal ve kültürel sınırlardır. Bilhassa saklı muhafazakar mizacın daralttığı "realite algısı kapasitesi"nin muhafazakarlığı eve, liberalizmi otele dönüştürme potansiyelidir. Bu potansiyel, liberal teorinin bileşenlerini geçici bir meta ve kalıcı bir niza konusu kılabilir. Zira özgürlük, ancak ameli ve tecrübi olarak gerçeklik kazanır; nazari ve hayali boyutta dillendirilip pratikte (oto)sansürlendikçe ancak çelişki ve münazaa mecraları açar.

Her biri çeşitli yönlerden eleştirilebilirse de liberal kuramların ortak noktasının özgürleşme, buna bağlı olarak serbestleşme ve şeffaflaşma olduğu açıktır. Bu anlamda, liberallik ile muhafazakarlığı birbirinden ayıran en temel husus, bu ikisinin zıt reflekslerden kaynaklanan doğalarıdır. Muhafazakarlık; muhafaza edilmesi gerekeni mahfazaya alan, saklayan, sergilemeyen, açık tartışma ve pazarlık konusuna dönüştürmeyen bir doğaya sahiptir. İç cephe rekabet, dış



cephe imaj hesaplarıyla şekillenir. Muhafazakarlığın dünyanın her yerinde simge ve itham tartışmalarına sürüklenmesinin nedeni budur. Lakin muhafazakârın sakladığı şeye gösterdiği özen, o şeyin (imajın, kimliğin, değer, statünün, etkinin, gelişmenin...) gerçek anlamda sosyal testlere tabi tutulmasını engeller; doğal çizgisinden uzaklaşmasına, yapaylaşmasına, özsüzleşmesine ve kendine zarar verir bir duruma gelmesine neden olur. Muhafazakar, tabii refleksine dönüşmüş bu davranış kodlamasından çıkamadığı için, içine girdiği yolun absürtlüğünü, ancak sosyal bariyerlere şiddetle çarpınca fark eder. Bu noktaya varıncaya kadar muhafazakarlığın doğallaşmış patolojilerini fark etmez. Muhafazakarların tecrübe addettikleri kısıtlılık zihniyeti, değişimlerin köklü ve kuşatıcı olmasına engeldir. Güncel ve siyasi boyutta odaklandıkları yüzeysel verilerin değişmesi yahut değişmemesi onların başlıca ölçütüdür. Muhafazakarın dünyasında açıklık, tekinsizdir ve kuvvete eklenmiştir. Kuvvet kazanmak için güç siyaseti gütmek esastır. Böylece muhafaza konusu edilen değer, dıştan içe ve yukarıdan aşağı egemen kılınabilir. Muhafazakar; esaslı, bütüncül, içsel, uzun vadeli, özgüvenli, açık düşünce ve politikalar geliştiremez. Bir komplekse ya da komplikasyona vücut vermekten kurtulamaz.

Liberal refleks ise özgürlüğü esas alan, tercihleri önemseyen, sosyal uyumu saplantıya dönüştürmeyen, şeffaflığı şahsiyet tezahürü sayan, kriz olarak duyumsanan açıklık pratiklerinin uzun vadeli geri dönüşlerinin olumlu olacağını kabul eden, bir sosyal zorunluluk engelini varlığı ispat edilmedikçe irade dışı durumlarını teşvik eden, tekil otorite odağını genele yayan ve yumuşatan bir doğaya sahiptir. Liberal refleks, muhafazakarın kodlarına zıttır, muarızdır. Liberal; muhafazakarın, değerlerini açıkça yaşamasını ve savunmasını, hatta dilerse egemen kılmaya çalışmasını umar. Onun kuytularda işleyen zihnini, sosyal barış ve gelişme açısından sakıncalı görür. Muhafazakar ise liberal refleksin açıklık ısrarını; bir tür düzensizlik, densesizlik, naiflik, başına buyruklu, sabitesizlik ve öngörülemezlik alameti sayar. Liberal, muhafazakarın sosyal uyum ve sınırlılık şartlanmalarıyla dolu hayat felsefesini, siyasetini küçümsemektedir. Muhafazakar ise farklı sosyal cephelerin aşırı önemseydiği şeylerin liberal tarafından aynı sıradanlık içinde yorumlanmasını omurgasızlığa yorabilir. Halbuki liberal kavramı özgürlükçü ve açılımcı refleks olarak tanımlanırsa muhafazakarın değerler örgüsüne liberal refleksin daha uygun olabilmesi ihtimali kolayca anlaşılır. Aynı şekilde, muhafazakar refleksin, muhafazakarlık konusu değer algılarını aşındırması vakaları anlaşılır.

Muhafazakar refleks, antagonistik doğası nedeniyle, siyaset alanları açar, politiktir. Zayıflarda sakıncalara takılır ve çekingendir; güçlülerde ise başkalarının özgürlüğüne ve ihlallere karşı duyarsızdır. Muhafazakar refleks derin

bir tepkisellik içindedir ve *a posteriori* kaygılar taşır. Liberal refleks ise bir tür sosyal *tabula rasa* kurgusuna dayandığından *a priori* duruluğun rahatlığı ve özgüveni içindedir. Bu nedenle liberal hareket noktası, hukuk arayışına daha müsaittir.

Liberal, bizatihi özgürlüğü muhafaza etmek, fikriyatta ve fiiliyatta genişletmek amacındadır. Muhafazakar ise muhafaza etmek istediği şeyi, diğer şeyler karşısında daha korunaklı ve özgür kılabilmek amacındadır. Liberal, için dışa zuhur etmesini yani açıklığı özgürlüğün bir türü ve gereği olarak görür. Muhafazakar ise açıklığı, açıklığın mahfuz kılınan şeye tesirine bakarak kabul ya da reddeder. Eğer açıklık, mahfuz kılınanın alanını genişletiyorsa makbuldür, daraltıyorsa merduttur. Özgürlükçü refleks, hukuktan hududadır ve egaliteryan ilkesellik zemininde işler. Korumacı refleks ise hududdan hukukadır ve hiyerarşik işler. Liberalizm, kişi ve kurumları *laissez faire* kutbuna sevk eder; muhafazakarlıkta tabi olmaya sevk eder. Liberal, müdahaleye mesafelidir; muhafazakar, farklılığa mesafelidir. Liberal, uyumsuzluk ve kaos karşısında tolerans geliştirmeyi önemser, çoğulcudur. Muhafazakar, benimsediği şeyin tekilleşmesini ve ona uyumu önemser. Özetle, liberalizmden kastımız, insan hayatının her boyut ve katmanında, düşünce ve davranışta maksimum açılımcı refleks verebilmektir. Muhafazakarlıktan kastımız ise maksimum açılıma karşı rasyonel görünümü irrasyonel direnç göstermektir.

Tartışmamızı AYM'ye bağlayacak olursak; AYM'nin tutumu nasıl olmalıdır? Kanaatimizce AYM, istisnasız her anlam ve referans boyutunda kimlik ve politika geliştirmek için liberal olmak zorunda değildir. Kemalist dönem AYM'sinde olduğu gibi, pekala muhafazakar iç-dış tutarlılığı ile hareket edebilir. Bu tutarlılığın insan haklarına, demokrasiye, adalete, sosyal beklentilere ne kadar uygun olduğu ayrı bir tartışma konusudur. Kemalist dönem AYM'si, bir boyutta rejim bekçiliği görevini deruhte, deklare ve icra etmiştir. Pek çok hukuki açıdan başarısız bulunabilecek AYM, bu noktada iç-dış tutarlılığı açısından başarılıdır.

Post-Kemalist AYM'nin ise gün geçtikçe Müslümanlık katkılı muhafazakar bir profilin etkisine girdiği gözlemlenmektedir. Kanaatimizce, ister dini ister seküler olsun, isterse bir tür meleze hayat versin, herhangi bir değerler örgüsünün çelişkisiz ortaya konması başarı için zorunludur. Sadece AYM'de değil, gittikçe din referanslı şahsiyet etkisine açılan devletin tamamında ne ölçüde sahipsiz Müslümanlıkla ve ne ölçüde muhafazakar dejenerasyonla karşı karşıya olduğumuz açıklığa kavuşmalıdır. AYM'nin entelektüel sınavının ilk boyutu bu sorudur: AYM mensuplarının Müslümanlık-muhafazakarlık etkileşimlerindeki konumu nedir?

İkinci boyutta ise AYM üzerindeki liberalist baskı göze çarpmaktadır. Bunun nedenleri muhtelifdir. İlk olarak; insan hakları, demokrasi ve Avrupa'yla entegrasyon gibi liberal fikirler, Müslüman muhafazakarların Kemalist badireleri aşma bahanesi olarak işlevsel önem taşımaktadır.<sup>16</sup> Lakin muhafazakarların özgürlükçü söylemlerinin samimiyeti ancak yeni yeni test edilmektedir. Liberalizm, muhafazakarların sabık Kemalist muhafazakarlık baskısından kurtulma yolunda kendilerini revize etme aynası mıydı yoksa yararlandıkları bir kamufraj mıydı? Yakın zamanlarda ülke siyasetinde Müslüman muhafazakarların önce kuşatıcı ve özgürlükçü, sonra taraflı ve muharip atıflarının yoğunluğu artarken AYM'nin bu süreçte istikrarla dini söylemlerden sakınmasını, onun yerine laikliği liberalleştiriyor görüntüsü vermesini iyi okumak gerekir. Acaba AYM'nin kurumsal kodları, bir muhafazakarlıktan öbürüne geçişi erken teşhis etme becerisini mi haizdir? Yoksa derinlerde başka bir tıkanıklık mı söz konusudur?

İkinci olarak, bireysel başvuru, niyet ve akıbet ne olursa olsun, AYM'nin eski devletçi muhafazakarlıktan çıkmasının en etkili aygıtıdır. Bu aygıt, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) sunduğu liberal takviye ile anlamlıdır. Ancak liberalleşme sağlanırsa AİHM'in beklentileri karşılanabilecek ve ancak AİHM'in beklentileri karşılanabilirse AYM Kemalizm sonrası yeni bir meşruiyet zemini oluşturabilecektir. Uluslararası kamuoyu, Türkiye'nin farklı bir muhafazakarlaşma değil, liberalleşme süreci yaşamasını desteklemektedir. Bu bağlamda AYM de liberal tutum almak zorundadır.

Üçüncüsü, genel siyasetin kutuplu ve toplumun çoğul yapısı, AYM gibi tarafsızlık misyonu yüklenen bir yargı organını liberal dünya görüşüne kaçınılmaz olarak yaklaştıracaktır. Nitekim AYM, bu sosyal kuvvetin farkındadır, tek taraflı muhafazakar bir dil kullanmaktan sakınmak durumundadır.

Dördüncüsü, AYM'nin ölçü normu olan Anayasa, sadece muhafazakar değil, liberal referansları da olan bir metindir. Anayasa'nın liberal referanslarını göz ardı etmek mümkün değildir.

Yukarıdaki faktörler, AYM'nin en azından liberal görüntüler vermesini zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede AYM, bireyi devlet karşısında güçlendiren,

---

<sup>16</sup> Bu durum, 1940'larda aynen vaki olmuştur. O günün koşullarında Müslüman temalı siyasi fikirler, yeterince şeffaf bir şekilde söylem konusu yapılamadığından milliyetçilik ambalajıyla takdim edilmekteydi. Örneğin, 1908-1966 yılları arasında yayınlanan Sebilürreşad mecmuası, muhafazakar söylemin o dönemdeki politik adaptasyonunu başarıyla yansıtmaktadır. Genel olarak Türkiye'de dini muhafazakarlığın Cumhuriyetin ilk yıllarından bu yana göz ardı edilemeyecek bir takviye kültürü geliştirdiği söylenebilir. Muhafazakarların siyasi hamlelerinin ardındaki bu davranış kalıbı, ahlaki ve hukuki tekasüllerinin müsebbibidir. Muhafazakarların liberalizmle son yıllardaki koalisyonu, bu sosyo-politik geçmiş ışığında yorumlanmalıdır.

temel hak ve özgürlükleri savunan, düşünce ve ifade özgürlüğünü genişletip koruyan, kurum ve makamlara eklenmiş muhafazakar takıntılar karşısında insan onurunu yücelten söylemlere muhtaçtır. Daha demokratik, daha çok sesli, daha özgür, daha tabusuz, daha rahat, daha barışçıl, daha eşit ve statüsüz, daha sosyal adaletli, daha insancıl bir kurum kültürü geliştirmek ve ortaya koymak durumundadır.

Kendi içinde tutarlı görünen bu mantık silsilesi, sosyal planda en büyük sınavını yukarıda özetlediğimiz muhafazakarlık olgusu karşısında vermektedir. AYM üzerindeki liberal beklentiler, AYM'nin eskiden beri süregelen muhafazakar yoğunluklu kurumsal kültür engeline takılmaktadır. AYM'de gerçekten liberal refleksi olan, eleştiri sınırları geniş, her boyutta şeffaflığa ve hesap verebilirliğe hazır, statü ve imaj ayarlı düşünmeyen, insana insan olduğu için hukuku layık gören bir kadro var mıdır? Diğer bir deyişle, başta üyeler olmak üzere AYM mensupları özgürlük açılımlarına ne kadar hazırdır? Bu sorunun altında, liberalizm kutsaması yoktur; AYM personelinin ne ölçüde bilinç bütünlüğü ve tutarlılık taşıdığını anlama arzusu vardır.

Elbette ki AYM'nin tek gerilim hattı muhafazakar-liberal kutuplar arasında değildir. Yargı mesleğinin dar ve şekilci kalıpları ile akademik metodolojinin soyut ve genişletici doğası arasında da gerilim vardır. AYM'nin iş yükünün kahir ekseriyeti yargı mensuplarının yaklaşım hatalarını incelemeyi gerektiren aynı yargı organlarının ve meslek kültürünün mümessillerinin AYM'de -kendilerinde de fazlasıyla bulunan- köklü konumlanma ve koşullanma hatalarını yakalayabilmesi, sorun olarak görebilmesi hayatın akışına ters bir beklentidir. Bu sorun, yargı mensuplarının, derin kod ve reflekslerini, yüzeysel malumat ilaveleri ve jargon rötuşları ile aşabilecekleri kadar basit değildir. Aynı nedenlerle, dış dünyaya açık ve serbest refleksiyonların fayda getirmesi, yargısal ve bürokratik muhafazakarlığın vadetmediği ölçüde sabır gerektirmektedir ve zordur.

Benzer şekilde, AYM'de akılcılık ile duygusallık arasında da gerilim vardır. Hukuk dahil olmak üzere sosyal ve diğer bilimlerde ne kadar yüksek bir mevzuları mercek altına alma, aydınlatma, detaylandırma, konuşma, tartışma, çözümlenme iradesi gerekmezse duygusallık gölgesindeki ortamlarda mevzuları sezgilerde saklama, setretme, sergilememe, mahsus mahallerde çözümlenme yani ilmi ve hukuki analiz donelerinden mahrum bırakma alışkanlığı o kadar fazladır. AYM'de duygusallıktan arınmış, serbest ve somut muhakemelerin ne kadar etkili olabileceği sorusu önemlidir.

AYM'de kültürden beslenen hiyerarşik pratikler ile insan hakları teorisinin eşitlikçi doğası arasında da gerilim vardır. AYM'de müstakil insan varlığı; mev-

kii yüksek diğler şahıslar karşısında, dahası bizzat AYM ve kamu tüzel kişilikleri karşısında küçüktür, otosansüre itilmektedir. Makam ve kurum kutsayıcılığı; insana patolojisiz, serbest bir gelişme ve kendini ifade etme alanı açmamaktadır. Kısıtlanmış ve yeterince hakkaniyet hassasiyeti geliştirememiş insanlar, hak ve özgürlük garantörü rolünü oynamaya itilmektedir. Dolayısıyla AYM’de ciddi bir doğallık-yapaylık gerilimi vardır. Doğal olursa, insan hakları korunamaz. Yapay olursa, insan hakları riyakarlık ve tesadüf konusuna dönüşür.<sup>17</sup>

AYM’de adalet-siyaset gerilimi de vardır. Bu gerilim, hem kurum çalışanlarının bireysel dünyasında hem de kurumun kamuoyuna açık tüzel karakterinde vardır. Adalet boyutu, ikincil kaygılardan azade bir şekilde hakkaniyetin gereklerinin tespitini, iyileşme doğrultusunda her türlü önerinin yapılabilmesini ve tartışılabilmesini içerir. Siyaset boyutu ise kişi ve kurumların görüntülerini, pozisyonlarını, etkinliklerini sürdürülebilmesini içerir. Diğer tüm gerilimlerde olduğu gibi burada da bir denge ve öncelik belirleme sorunu yaşanmaktadır. Siyaset alışkanlıkları, kurumun gayesi olması gereken adaletin ufkunu daraltabilmekte, içini boşaltabilmektedir. Bireysel boyutta ise kendine yabancılaşmaya yol açmaktadır.

AYM’de insanın sosyal tanımı ile hukuki tanımı arasında da gerilim vardır. AYM’nin kültür ortamında insan; sosyal bağları, uyumu, imajı ile değerlendirme konusudur, müstakil bir varoluş çabası olarak değerlendirilmez. Bu durum, AYM mensuplarının psikolojisini, hukuktan çok sosyolojinin ilgi alanına sokmaktadır. İnsana dair net, sınırları ve adımları belli bir düşünüş geliştirilememekte ve muhakemeye aktarılamamaktadır. Onun yerine sosyal yargılama mekanizmaları öne çıkmakta, sosyal kabul-ret eğilimleri hukuk uygulamasına aktarılmaktadır. Sosyal olanla hukuki olan arasındaki gerilim, aydınlatılmamış bir sorun olarak kurumun gerek sosyal gerekse hukuki performansını düşürmektedir.

Her ne kadar bu gerilim hatlarının sayısı arttırılabilirse de tüm bunların genel bir muhafazakarlık-liberallik ikilemiyle ilişkili olduğu söylenebilir. Muhafazakarlıktan kasıt kontrolcülükle mahdut bir düşünce tarzı, liberallikten kasıt ise sosyolegal açılımları hedefleyen bir düşünce tarzıdır. Yani ikilem, bilinçli dünya görüşlerinden ziyade, bilinçaltından kaynakayan refleksler arasındadır.

Kanaatimizce, bireysel başvuru sayesinde AİHM ve Batı ile ilişkileri yoğun-

---

<sup>17</sup> Bu husus, büyük ölçüde AYM’nin çalışan profiliyle ilgilidir. Nitekim Arslan’ın muhafazakar-liberal ayrımında nerede durduğunun göstergesi, onun döneminde AYM’de çalışan başta raportörler olmak üzere personelin gizli muhafazakarlar mı yoksa sahici özgürlükçüler mi olduğu olacaktır. Personel seçimi, mizacın dışavurumudur.

laşan AYM, iç dinamiklerle desteklenmeyen bir liberalleşme havası estirmektedir. Bu, kurumun çelişkilerinin, senkronizasyon sorunlarının, yüzeyselliğinin ve başarısızlık riskinin başlıca nedenidir. Zira herhangi bir ortamda bir tenakuzun sürdürülebilir olması, başka pek çok tenakuzun normalleştirilmesine yol açar. Kılıç döneminde AYM, iç dokusundaki muhafazakar edilgenlikten güç alarak, dışa ısrarla yanıltıcı -ve ikna edici olmayan- liberal imajlar sunmaya yeltenmiştir. Arslan'ın en büyük sınavı, kurumun bu gibi iç-dış tutarsızlıklarını çözümlenme noktasında olacaktır. Arslan, AYM'de, reaktif ve proaktif ideolojilerce muharref, örtük muhafazakar Müslümanlık ile işlevselliği kadar başvuru alanı kat içselleştirilmeyen, buna rağmen hedefmiş gibi gösterilen, dıştan takviyeli liberal beklentiler arasından bir yol açabilecek midir?

### III. Zühtü Arslan'ın Pozisyonu

1964 doğumlu olan Zühtü Arslan, 1983 yılında Sorgun İmam-Hatip Lisesinden mezun oldu. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümünde lisans, Leicester Üniversitesi Hukuk Fakültesinde insan hakları alanında yüksek lisans ve anayasa hukuku alanında doktora derecelerini aldı. 2003-2009 yılları arasında Başkent Üniversitesinde hukuk ve siyaset dersleri verdi. Akademik çalışmaları AYM'nin yetki ve sorumluluk kapsamıyla birebir örtüşen Arslan'ın, 2009-2012 yılları arasında Polis Akademisi başkanı olarak yöneticilik tecrübesi de edinmiş olması, AYM başkanlığı için -objektif kriterler açısından- biçilmiş kaftan olduğunu düşündürmektedir. AYM üyelerinin çoğunluğunun bu yöndeki kanaati, kendisini AYM tarihinin en genç ve ilk akademisyen başkanı olmasına fırsat vermiştir.

Yaşı, Arslan'ın tereddüde değil, övgüye layık bir özelliğidir. Kendisinden önceki on yedi başkanın çoğu, emeklilik yaşı olan 65'e birkaç yıl kala başkan olmuşlardır. Halbuki nüfusunun yarısından fazlası 30 yaşın altında olan bir ülkede AYM başkanının genç olması, ancak onun sosyal realitelere yakınlığı ümidini uyandırmalıdır.<sup>18</sup> Bununla beraber, neredeyse tüm üyeler gibi Arslan'ın da X jenerasyonundan olması Türkiye bağlamında özel bir dezavantaj olabilir mi?<sup>19</sup> Şöyle ki, 1980 ihtilaline şahit olmuş, hukuk adı altında devletin topluma radikal müdahalelerini tecrübe etmiş, hukuk dışılık vakıalarıyla birlikte yaşama becerisi geliştirmiş, hesap çatışmaları karşısında hakkaniyet aşınması yaşamış bu jenerasyonun çoğu ferdinin, Y jenerasyonunun yüksek beklentiler taşıyan, kaderini eline alma arzusu gösteren, hakkını arayan, daha bireyci ve özgürlük-

---

<sup>18</sup> AYM üyelerinin 2016 yılı itibarıyla yaş ortalaması 55'tir.

<sup>19</sup> X ve Y nesilleri hakkında bakınız: Joshua Fredenburg, *Visions: the answer to Generations X and Y*, Bloomington, AuthorHouse, 2004.

çü doğasını tatmin etmesi kolay olmayabilir. Arslan, devletin kurucu laik ideolojiyi kontrollü bir dini toleransla güçlendirmeye çalıştığı,<sup>20</sup> kamusal alanda melez muhafazakarlığı teşvik ettiği yıllarda yetişmiştir. Burada anahtar kelime “kontrol”dür zira bu kavram devlet/toplum kesişim alanındaki genel ve ortak muhafazakarlık olgularına ışık tutmaktadır. Söz konusu muhafazakar *zeitgeist*'in (zamanın ruhu) Arslan'daki aksülameli nasıldır? Arslan'da baskın bir din ya da devlet muhafazakarlığı, kurum ya da kimlik muhafazakarlığı, düşünce ya da davranış muhafazakarlığı var mıdır?<sup>21</sup>

Homojene yakın ortamlarda yaşayıp bir tür muhafazakar kompleks geliştirmemek pek zordur. Arslan, Anadolu'nun dindar vilayetlerinden biri olarak bilinen Yozgat'ta yetişmiş, liseyi imam-hatipte okumuştur. Üniversite yıllarında da mütedeyyin bir çevresi olan Arslan'ın, aynı dönemde Kemalist ve sol görüşlerle tanıştığı, Siyasal Bilgiler Fakültesinin kozmopolit yapısı içinde liberal sosyal düzen fikrine ısınmaya başladığı söylenebilir. İngiltere'deki lisansüstü öğrenim yılları ise seküler kavrayışını olgunlaştırıp dini temelleriyle ahenk haline getirmeye çalıştığı bir süreçtir. Din temelli olmayan fakat Türkiye'dekinden daha iyi işleyen bir siyasal düzeni tecrübe etmesi, Arslan'ın tipik bir sağcı muhafazakar olmasının önünde engeldir. Yurda dönüş sonrasında kamu hizmeti yapması dolayısıyla doğrudan ve sürekli yüzleşmek zorunda kaldığı teorik bilgi – pratik realite ayrımı ise Arslan'ın romantik liberal olmasının önünde engeldir.

Peki Arslan'ın muhafazakarlık ve liberallik arasında adil bir orantı sistematiği tutturduğunu söylemek mümkün müdür? Arslan'ın başkanlık performansı tam da bu soruya bir cevap mahiyetinde olacaktır. Şu aşamada bu hususta ancak öngörülerde bulunulabilir. Bizce kesin olan bir husus, Arslan'ının muhafazakar ve liberal farkındalığıdır. Hangisinin Arslan'ın dünyasında daha derin olduğu ve performansı üzerinde daha belirleyici olacağı netleşmemiştir.

Arslan, AK Parti döneminde Polis Akademisi başkanlığına ve AYM üyeliğine atanmıştır. Öğretim üyeliği süresince, AK Partinin yargıya ilişkin argümanlarına paralel bir çizgi benimsemiş, hatta AK Partinin genel hukuk politikasına katkı sunan isimlerden biri olmuştur. AK Partinin 2007 yılında Anayasa taslağı

---

<sup>20</sup> 1982 Anayasası ile din dersinin zorunlu kılınması (md. 24) gibi düzenlemeler kastedilmektedir.

<sup>21</sup> Arslan hakkında biyografik bir çalışma yoktur. Arslan'ın başkan seçilmesi üzerine yapılan kişilik analizleri için bakınız: <http://www.brookings.edu/research/opinions/2015/03/09-glimmer-of-hope-future-turkish-democracy-cengiz-kirisci> ET: 6/7/2015, <http://www.sabah.com.tr/yazarlar/kutahyali/2015/02/11/liberaldemokrat-entelektuel-zuhtu-arslan> ET: 6/7/2015, <http://www.herkulhaber.net/yazarlar/onder-aytac/anayasa-mahkemesi-baskani-zuhtu-arslan-neler-yapamayacak/28/> ET: 6/7/2015.

hazırlamak üzere kurduğu altı kişilik ekipte yer almıştır.<sup>22</sup> AYM'nin, 2007 Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde büyük tartışmalara yol açmış Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı yeter sayısı hakkındaki 367 kararını en çok eleştiren isimlerden biri olmuştur.<sup>23</sup> AYM'nin 2008 yılında AK Partinin kapatılmasına ilişkin davayı<sup>24</sup> kabul etmesini, yargı darbesi olarak eleştirmiştir.<sup>25</sup> Başta 2008 yılında verilen başörtüsü hakkındaki karar<sup>26</sup> olmak üzere çeşitli kararlar üzerinden, AYM'nin kendisini milletin üstünde gördüğünü, Anayasa'yı açıkça ihlal ettiğini, ısrarla ideolojik davrandığını, durumdan vazife çıkartarak yetkisini genişlettiğini ve özgürlükleri daralttığını, özgürlüklerin temel felsefesini anlamadığını, totalitarizme yöneldiğini, bilimselliğe aykırı ve korkularla hareket ettiğini, kararlarının gerekçesiz ve açıklamasız olduğunu, elastiki ve istismara müsait kavramların soyut yorumlarına sığındığını, AK Parti "iktidar[ın] temel haklara yönelik yasak ve sınırlamaları kaldırma amacını güden eylemlerini etkisiz kıl[dığını]", "[b]ir yandan çağdaş demokrasilerin 'mutlak hakikat iddialarını' reddettiğini söylemek, diğer yandan da 19. yüzyıldan kalma katı pozitivist anlayışa yaslanan bir laikliği mutlak hakikat olarak sunmak" çelişkisi içinde olduğunu, bir vesayet kurumu olduğunu ve toplumsal meseleleri çözmenin yolunun serbest tartışma ortamlarının kurulması olduğunu fark etmediğini iddia etmiştir.<sup>27</sup>

Prensipite tamamen katıldığımız bu eleştirileri, bugün şu sorularla karşılamak mümkündür: Arslan, AYM'nin vesayetçi özelliğini, muayyen bir ideolojik geçmiş gölgesinde mi yoksa -bizim önerdiğimiz gibi- genel bir muhafazakar kültür atmosferi içinde mi yorumlamaktadır? Bu sorunun cevabı ise şu soruyla bağlantılıdır: Arslan'ın o günkü koşullarda AK Partinin duruşuyla birebir örtüşen eleştirileri, AK Parti ile dindar ve muhafazakar mahiyetteki mutabakatının ürünü müdür yoksa çok seslilik ve özgürlük yanlısı bir mizacın ürünü müdür?

İktidarının ilk on yılında demokrat vurgularla öne çıkan AK Partinin söylem ve eylemlerindeki muhafazakar reflekslerin son zamanlarda arttığı, hatta sistematik bir devrimin alt yapısı haline geldiği gözlemlenmektedir. Bu devrim süreci, din temelli muhafazakar tepkiselliğin ötesine geçmekte, kitle mobilizasyonunu ve güç konsolidasyonunu da gerektirmektedir. Merkezîyetçi, muktedir, tekil bir

---

<sup>22</sup> <http://www.bianet.org/bianet/siyaset/101746-akp-nin-anayasa-taslaginin-tam-metni> ET: 6/7/2015.

<sup>23</sup> [http://www.radikal.com.tr/turkiye/anayasa\\_mahemesinin\\_yeni\\_baskani\\_belli\\_oldu-1290141](http://www.radikal.com.tr/turkiye/anayasa_mahemesinin_yeni_baskani_belli_oldu-1290141) ET: 6/7/2015.

<sup>24</sup> 30/7/2008 tarih ve E.2008/1, K.2008/2 sayılı siyasi parti kapatma davası kararı.

<sup>25</sup> <http://www.haberturk.com/gundem/haber/1041369-yeni-baskanin-7-yil-onceki-yorumu-aym-yargi-darbesi-yapti> ET: 6/7/2015.

<sup>26</sup> 5/6/2008 tarih ve E.2008/16, K. 2008/116 sayılı karar.

<sup>27</sup> <http://arsiv.setav.org/Ups/dosya/7052.pdf> ET: 6/7/2015.



siyaset düzeni ve bu düzene uyumlu bir geçiş dönemi hukuku öngörülmektedir. Diğer bir deyişle AK Parti, yürüttüğü devrimsel süreçte, eşitlikçi ve özgürlükçü adalet anlayışını askıya alma zorunluluğu hisseder görünmektedir. Acaba Arslan, söz konusu süreci nasıl yorumlamaktadır? Siyasetin ritmini faal özgürlük ve adalet katkılarıyla dengelemeyi mi yoksa siyasetin hesaplarına uyum güdü-süyle adaletin koşullarını sınırlı algılamayı mı tercih edecektir? Özetle Arslan, yakın zamana kadar koalisyon halinde görünen din dolgulu muhafazakar kül-tür ile seküler liberal teori arasındaki kopuşta hangi tarafta kalmıştır? Yahut üçüncü bir seçenek ortaya koyabilir mi?

Arslan'ın liberal farkındalığını eserlerinden kolayca anlayabilmekteyiz. Bil-hassa *“Reluctantly Sailing Towards Political Liberalism: The Political Role of the Judiciary in Turkey”* (İsteksizce Siyasi Liberalizme Doğru Sürüklenmek: Tür-kiye’de Yargının Siyasi Rolü) başlıklı çalışmasında Arslan, Türkiye’nin gönülsüz bir şekilde liberalizme doğru yol aldığını, bu değişim karşısında yargının fren-leyici ve ikircikli tutumunu başarıyla açıklamıştır. Bu eserinde Arslan, yargının liberalizm karşısındaki negatif tutumuna (*a negative approach to political libe-ralism*), bireysel hak ve özgürlükleri dert edinmeyen bir devlet koruyuculuğunu misyon edindiğine (*self-declared mission*), Türkiye’de yargının siyasallaştığına (*the politicisation of the judiciary*) ve siyasetin yargısallaştığına (*the judiciali-sation of politics*), hukuk evreninin muhafazakar doğasına (*[t]he conservative nature of the legal complex*), barolar gibi diğer hukuk aktörlerinin de muha-fazakar tutum aldıklarına, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye’de hu-kukun gelişimine katkı potansiyeline, Türkiye’de yargının yeni liberal düzene adapte edilmesi gerektiğine, bu adaptasyon için Türkiye’de yargının alışkanlık ve korkularını terk etmesi gerektiğine değinmiştir.<sup>28</sup>

Bir paragrafta özetlemeye çalıştığımız bu makale, Arslan'ın bir akademis-yen ve teorisyen olarak Türkiye’de yargının zihniyet sorunu hakkındaki farkın-dalığının delilidir. Arslan kritiklerinde referans alınabilecek bu önemli çalışma, uyandırdığı ümidin ötesinde şu iki hususu aydınlatmamaktadır. Birincisi, Arslan'ın liberalizminin bir tür karşıt muhafazakarlık kaynağından nebean edip et-mediyidir. İkincisi ise bununla bağlantılı olarak Arslan'ın eriştiği teorik kalitenin henüz pratikte test edilmemiş olmasıdır.

Arslan'ın liberalizmi yüzeysel bir teslimiyet ve kapılmışlık duygusuyla be-nimsemediği nettir. Nitekim o, bir makalesinde postmodernist diskurun insan hakları sabitesinden uzaklaşmaması çelişkisini uzun uzadıya eleştirmiştir.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Arslan, 2007.

<sup>29</sup> Zühtü Arslan, “Taking Rights Less Seriously: Postmodernism and Human Rights” *Res Publica*

Söz konusu çelişki, radikal liberalizme gebe postmodernizmin muhafazakar bir kancaya asılı kaldığını gözler önüne sermektedir. Aynı çerçevede liberalizmin de saf ve sorunsuz bir dünya görüşü olarak yorumlanamayacağı açıktır. Nitekim Arslan'ın holistik bir hayat görüşü olarak liberalizmdense bir yönetim metodu olarak politik liberalizmi savunduğu söylenebilir. Arslan, liberalizme *grundnorm* statüsü atfetmeden önem vermektedir:

*Serbest piyasa, insan hakları ve özellikle ifade, örgütlenme ve inanç özgürlükleri, hukuk devlet, özgür ve özerk birey, çoğunluğun sınırlı iktidarı, demokratik (sivil) otoritenin üstünlüğü, siyasal tarafsızlık, hoşgörü, çoğulculuk, çokkültürlülük gibi ilkelere dayanan liberal anayasacılık, sadece Batı'nın siyasal/hukusal modeli olmaktan çıkarak, globalleşmenin de etkisiyle "iyi yönetim" in hakim modeli olarak evrensel bir "sivil din" haline gelmiştir.*

*Bu evrensel "sivil din" in ilkelerinin metafizik temellendirmeler yoluyla haklaştırılmaya çalışılması ya da "metafizik tuzak" lardan uzak durarak rasyonel, pragmatik yollarla savunulması, sözkonusu ilkelerin gerekliliğini ve normatif değerini çok fazla etkilememektedir. Daha da önemlisi, liberal anayasacılığın temel değerlerine karşı çıkanlar, bu değerlerden ziyade onların temellendirilmesine karşı çıkmaktadırlar.<sup>30</sup>*

Arslan'ın özgürlükçü yaklaşıma liberalizmin gücünden ilhamla yeşil ışık yakması, onun da liberalizmi öncelikle pragmatik bir değer olarak görüp görmediğini düşündürmektedir. Arslan'ın çatışan muhafazakarlıklar arasından liberalizme yanaşmasının ardındaki realist ve pragmatist motivasyonu yine kendi ifadelerinden çıkartabilmekteyiz:

*Liberal tarafsızlığın en azından anayasal düzeyde gerçekleştirilmesi demokratik bir siyasal yapı için kaçınılmaz görünüyor. Aksi takdirde, devletin belli "iyi" anlayışlarını dışlaması ve sürekli "öteki" yaratması toplumsal ve siyasal barışı negatif yönde etkileyecektir. Dahası, taraflı devlet, toplumun bir kesiminin güvenini kaybederek meşruluk krizine yol açabilir. Dolayısıyla, anayasal tarafsızlık, siyasal iktidarların karabasanı olan meşruiyet krizini önleme ve çözüme noktasında önemli bir araçsal fırsat sunmaktadır.<sup>31</sup>*

Arslan'ın liberalizmin çağın entelektüel ve sistemsel kaçınılmazı olarak görmesi, aslında liberalizmi onda daha derin bir realizm temelinin bir par-

---

1999(5:2): 195-205.

<sup>30</sup> Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008: 41-42.

<sup>31</sup> Arslan, 2008: 94

çasına dönüştürmektedir. Şüphesiz bu, ne teorik ne de pratik olarak mutlak bir kusurdur. Lakin ilk etapta net bir şekilde ayrılabilir liberal ve muhafazakar söylemler, realizm tabanında birbirine karışabilir ve bulanıklaşabilir. Yani 'realite' algısının muhafazakar şekillenişinden sorunu kaynaklanabilir. Bu, şüphesiz alışılmış olandan daha örtük, derin ve güçlü bir muhafazakarlıktır. Bu bağlamda sorulması gereken soru şudur: Acaba Arslan'ın entelektüel pozisyonu, liberalizmi muhafazakar menşeli bir realizm temelinde meşru ve yararlı görmek şeklinde midir? Yoksa ideolojik yüklerinden arınmış hakkaniyetli liberal muhtevayı realiteye dönüştürebilmek için muhafazakarlık realitesini de kabul eden esnek bir idealizm üzerine mi kurulmuştur? Diğer bir deyişle, Arslan'ın realite algısına ve bununla bağlantılı psikososyal okuyuşlarına yön veren idealizminin mahiyeti nedir? Arslan'ın, AYM'nin ideale seyrinin odağına koyduğu motivasyonun kökeninde muhafazakar mizaç mı, liberal mizaç mı vardır? Kanımca Arslan'ın başkanlık performansına ilişkin hayati soru budur. Ve soru hangi şekilde cevaplanırsa cevaplansın, pratiğin bir tür realizm olarak savunulacağı öngörülebilir.

AYM'nin tek boyutlu bir muhafazakar-liberal ikilemi yaşamadığını, bu ikilime düğümlenmiş bir realizm-idealizm ikilemi de yaşadığını açıklamış olduk. Realite-ideal tartışımı birinci ikilemde hangi tutumun ağırlık kazandığından, muhafazakar-liberal dışavurumlar ise ikinci ikilemde neyin öne çıktığından etkilenmektedir. Bu bağlamda, realizm gerekçeli kaygıların temel hak ve özgürlüklerle çatıştığı noktada liberal tutumun askıya alınıp muhafazakarlık sergilenmesi pek kolay olacaktır. Zira liberalizm realizm gereği makbul sayıldığında realiteler liberalizmden daha geniş ve güçlü algılanacaktır. Dolayısıyla Arslan'ın liberalist yönünün aslında derin bir realist zemininin olması, realizm hesaplarına uymayan özgürlük dışavurumlarına sıcak bakmayabileceği, realite okuyuşunu şekillendiren ve mahdut realizm dayatmaları yapan köklü ve kuvvetli muhafazakarlıkların, dış kaynaklı dahi olsa, onda her an baskın çıkabileceği şüphesini uyandırmaktadır. Eğer böyle olursa Arslan'ın AYM'ye ciddi ve derin bir katkısının olmayacağını, tam tersine yüzeyde elde edilecek imaj ve organizasyon başarılarının altında kurumun hak ve özgürlük fikriyle çatışan muhafazakar geleneğinin daha da kökleşeceğini söyleyebiliriz. Lakin bu şüphenin haklılığı ancak pratikte test edilebilir.

Bu analizlerimiz ışığında Zühtü Arslan başkanlığındaki AYM'nin önündeki seçenekleri şu şekilde açıklayabiliriz:

AYM'nin ekstrem bir seküler liberalizm fikrini ufkuna yerleştirmesi hayali bir seçenektir. Adeta bir etik agnostisizme dayanan, arayışın kendisinden baş-

ka değer tanımayan ve sabitelerden tamamen soyutlanmış bir AYM, gerçekçi bir hedef olmadığı gibi, sosyolojik olarak da ideal olmaz. Zira bu, AYM'nin devlet ve halk kesimlerinden tamamen kopuk olması demektir.

AYM'nin yeni yeni pasifize etmeye başladığı Kemalist muhafazakarlığın yerine yenilenen kadrolarında meknuz bulunan dindar muhafazakarlığı açıkça koyması mümkün müdür? Kanaatimizce bu seçenek de gerçekçi değildir. Şöyle ki, Türkiye'de dindar muhafazakar kesimin, tam da muhafazakar davranış kodları nedeniyle, fikriyatı hamdır. Sosyal örtüler altında kalmış, kuytularda ve tepkisellikle şekillenmiş muhafazakar kültür; bagajsız hakikat ve gerçeklik arayışına, rövanş ve fütuhât güdülerinden arınmışlığa, objektif makro çözümlere, dinamik sistemler yaklaşımına, derin dönüşümlere müsaade edecek bir entelektüel potansiyel barındırmamaktadır. Bir bilinç ve refleks karmaşası sergilemektedir. Dolayısıyla en fazla Müslümanlığa da yabancılaşmış bir tür İslamist mutasyon ortaya koyabilir. Aciz ve mütecaviz davranışlar arasında sâlinir. Halbuki günün sonunda rejim bile değişse İslamizm, gerek yerel popülasyonun çekimserliği, gerek uluslararası faktörlerin uygunsuzluğu, gerekse aşırı determinist sistemlerin iticiliği nedeniyle başarısızlığa mahkum olacaktır. Muhafazakar histerilere vücut veren ideolojik ve muharref bir İslamist devrimin, siyaseten ve hukuken sürdürülebilir olmadığı açıktır.

Arslan başkanlığındaki AYM'nin, hatta bir bütün olarak Türkiye'nin önünde gerçekleşmesi mümkün iki seçenek vardır. İlk seçenek, çelişki yönetiminde ustalaşmaktır. Böylece özgürlük fikrini özümsemeyenler özgürlük savunucusu, tekil hedeflere koşanlar çoğulcu, disiplin kutsayıcıları müsamahakar, sosyal uyum saplantısı olanlar fikir sahibi, devletçiler bireyci, yükümlülük dayatıcıları hak dağıtıcısı, toptancı eğilimleri olanlar demokrat, farklılıklardan hoşlanmayanlar açık görüşlü, değişimlerden hoşlanmayanlar reformcu, oyalayıcılar siyasetçi, statülerini odaklananlar hukukçu görünmeye devam edebilirler. Herkes bu çelişkileri yaşattıkça sorun olmaz. Bir noktada kaybeden başka noktada kazanır ve yine başka bir noktada kaybeder. Toplumsal hayat, hukuk-altı normların egemen olduğu bir oyun olarak kalır. Oyun kurallarının ve ortamının, bu ortam içinde birilerinin galibiyet hesaplarının sürdürülmesi, ortak muhafazakar eğilimler sayesinde mümkün olur. Derinleşme ve hakikat arayışına girme, aksaklıklara ve çelişkilere işaret etme oyunbozanlık olarak görülür.

AYM eğer bu tür bir muhafazakar refleksle teslim olursa kişisel kaygıların ve basit hesapların etkinliğine büyük boşluklar bırakmış olur. Her aktör, bütüncül bir adalet sistematığının kurulmayışı karşısında gemisini kurtaran kaptan rolüne bürünmek zorunda kalır. Yaratılmaya çalışılan ve çelişkileri örtmeye yara-

yan imajlara hanel getirmediğe bireysel beklentileri adalet gereklerinin önüne koymak sosyal meşruiyet kazanır ve hukuki meşruiyet kaygısını bertaraf eder. Muhafazakar refleks, AYM için kolay seçenektir zira zihin kodları zaten buna alışıktır. İmaj perdeleri oluşturmak ve bu perdeler ardında iletişimsel mutabakatları sürdürmek için ekstra gayret gerekmemektedir. Etkileşimsel zekanın onayını aramak, neyin dokunulur neyin dokunulmaz olduğunu sezme, ona göre irade kullanmak yeterlidir. Hukukun araçsallaştırılması ve statülerin rantlaşması olağandır. Otorite unsurlarına, bilhassa başkanın şahsına tabi oluş, öngörülebilirlik ölçütüdür; değerler, ölçüt ve öngörü kaynağı değildir.

Muhafazakar refleksin baskın çıkması halinde Arslan'ın AYM başkanlığı, çelişkilerin görünür dallarının budandığı fakat görünmez köklerinin korunduğu bir dönem olabilir. Arslan'ın anayasa ve liberalizm teorileri hakkındaki bilgisi, güncel siyasete mesafeli duruşu, otokontrolü; kurum içinde ve dışında daha sakin ve dingin makyajlar yapılmasına yarayabilir. Fakat esaslı bir dönüşümün yaşanmaması; aktif hukuksuzluktan pasif hukuksuzluğa yani adaletsizlik ifasından adaletsizliğe göz yumuşa doğru silik iyileşmeler anlamına gelebilir. Bu iyileşmeler sayesinde eskiye nazaran başarılı imajlar oluşturulabilmesi, AYM'nin toplam hukuki kalitesini istikrarla arttırdığı, gerekli özgürlük açılımlarını gerçekleştirdiği ve sağlam bir değerler örgüsü kurduğu anlamına gelmez. Gelecek nesillerin ihtiyaçlarını karşılamayan, ne ölümcül zararlı ne de fevkalade yararlı, düşük frekanslı bir hukuk sürüncemesi yaşanabilir. Özetle, muhafazakarlığın sürmesi halinde AYM'de Arslan yılları, mevcut paradigmalara uyarak yüzeysel gelişmelerin kaydedilmeye çalışıldığı bir sönük dönem olabilir.

Açıkkası AYM'nin kurumsal genetiğinin şeffaflaşmaya, dokunulabilir ve tahlil edilebilir olmaya, kritik edilmeye, hesap vermeye, hukuk arayışını rasyonelleştirmeye ve kamuoyunun takdirine sunmaya ne kadar uygun olduğu ciddi şüphe konusudur. Kurumda bu gibi beklentilerin anlamlı ve önemli bulunup bulunmadığı da şüphelidir. Toplumun genel muhafazakarlığının meydana getirdiği hakkını arayamama, kurumlardan yüksek beklentiler içine girmeme, itirazı gelişmenin itici gücü olarak görmeme gibi alışkanlıklar; AYM'nin kendi dar kaygılar dünyasına hapsolmasını ve konformist tutum almasını kolaylaştırmaktadır. Bir nüans seviyesine düşen hak ve özgürlükler konusu ise arada bir yapılacak imaj toparlama ve yaratma hamlelerine havale edilmektedir. Hesap öncelmesiyle yaşamaya alışmış, hak ve adaletin genele nüfuzunu değil, bireysel etkilerini önemseyen kitlelerin bu durumdan muhtemelen rahatsızlığı olmayacaktır. Reel ve derin çözümler aramayan, arama kabiliyetinin gelişmesini engelleyen muhafazakar insan tipi, Kemalizmden İslamizme doğru yaşanan evrimin sembolik dünyasından teselliler üretebilecektir. Eskinin zihniyet

ve davranış stoku yeni vitrinlerle donatılmış olacak ve bu, hak ve özgürlükler alanında ilerleme olarak takdim edilebilecektir. Refleks dönüşümü yaşanmadığından, istikrarlı ve ilkeli bir hukuk anlayışı geliştirilmemiş olacaktır.

AYM'nin çelişkileri sürdürmekten -ve muhtemelen daha derinlere gizlemekten- daha zor ve ulvi olan seçeneği ise çelişkileri çözümlenektir. Arslan'ın büyük sınavı tam da bu alandadır. Bu seçenek, muhafazakarlık konusu muhtelif değerlerin karşılıklı rafine edilmesi, anlamlandırılması, tepkisellikten arınmış bir güven duygusu içinde yeniden ve açıkça üretilmesi demektir. Kemalizm, muhafazakar tıkanıklıklarını aşamadığı için kültleşme sürecine girmiş, sosyo-legal etkinliğini ve toplumsal moderatörlük rolünü kaybetmiştir. Şimdi Müslüman muhafazakarlık aynı sınavı vermektedir. İdeolojik zincirlerden kurtulmuş yalın ve özlü bir Müslüman etik; muhafazakarlığın örtük, sinsisi, aciz ve mütecaviz komplikasyonlarından kurtulup, özgüvenli bir değerler kurgusuna dönüşebilir mi? Açık olan toplumsal moderatörlük pozisyonunu doldurabilir mi? Böylece ülkenin özgürlükler konferansında her görüş sahibinin eşit, şeffaf ve olgun birer katılımcı olmasını teşvik edebilir mi?

Şu anki AYM mensuplarının ekseriyeti, uzun yıllar devlete egemen olan ve AYM'nin kuruluş felsefesini tayin eden ideolojik sahanın haricinde olmakla birlikte, o sahanın yan ürünü sayılabilecek muhafazakarlık olgusunun dahilindedir. Kabaca Kemalist ve İslamist muhafazakarlık olarak tanımladığımız iki tutum arasında benzerlikler ve farklılıklar vardır. Dini, Batıyı, tarihi, gelişmeyi yorumlayış ile referans mevkiindeki jargon ve simgeler ayrışma noktalarıdır. Fertten ziyade devlete, adaletten ziyade siyasete, özgürlükten ziyade sınırlılığa, felsefi ideallerden ziyade sosyolojik kuvvetlere yakın duruş ise iki muhafazakarlığın ortak noktasıdır. Yani ayrışmanın altında ciddi bir benzeşme söz konusudur. Genel olarak şeffaflığa karşı mesafeli duruş, her iki muhafazakarlığı da insan hakları hukukunun aksiyomlarına vücut veren şeref ve hürriyet ısrarından uzaklaştırmaktadır. Oysa AYM, yakın zamanda, bilhassa bireysel başvuru uygulamasında, bilerek ya da bilmeden muhafazakar kramplardan liberal rahatlamaya geçişi taahhüt etmiş olmaktadır. Bu geçişin gerçekçi bir temele oturabilmesi için muhafazakarlığa boğulan değerler ile insan iradesine saygılı liberal kabuller mutlaka doğal bir şekilde uzlaştırılmalıdır. AYM, bu ihtiyacı ne kadar derinden algılamaktadır, giderebilecek donanımda mıdır?

Arslan'ın muhafazakar ve liberal farkındalığı, bu ihtiyacın en azından başkan nezdinde algılandığı varsayımına izin vermektedir. Arslan; dini ve seküler, muhafazakar ve liberal telkinleri adalete ulaştırma gayesini, AYM'nin vizyonuna dönüştürebilecek midir? Dipten gelen muhafazakar dalgalar ile dıştan

gelen liberal dalgalar arasında sahih ve cesur çözümler geliştirebilecek midir? Özgürlüğün asıl olması fikrini ve çeşitli dışavurumlarını, muhafazakarların anlam dünyasını kah esneterek kah zenginleştirerek, kurumsal kültürün bir parçası haline getirebilecek midir? Yoksa özgürlüğü, muhafazakar refleksin sosyal labirentlerine tabi kalarak yorumlayıp onaya muhtaç ve kısır pozisyonunda mı tutacaktır? Arslan'ın gayreti öncelikle imaj boyutunda mı, hakikat boyutunda mı olacaktır? Eğer bu hususta bir determinizm varsa; Arslan'ın bilinçaltı hangi eğilimin daha fazla etkisindedir?

Kanaatimizce Arslan'ın, AYM'de derin bir refleks dönüşümünü gerçekleştirmeyi başarması; sosyal ve iletişimsel mayınlar arasında operatif manipülasyonlara mecbur kalan, çelişkileri örterken derinleştiren imaj prodüksiyonu dışındaki tek seçeneğidir. Bu refleks dönüşümü sayesinde pek çok tenakuz ve tıkanıklık aşılabilir. Gizli fakat etkili yönelimler, açık ve makul ifadelere evrilebilir. Sayısız hesabın adaletle küçük bir alan bırakması olgusu zayıflayıp, adalet hedefinin ortak menfaat olmasını güçlendirebilir. Özgürlüğün ve insanın saygınlığının temel alınması sayesinde personelin mesleki inancı, motivasyonu ve tatmini artırılabilir. Böylece daha tutarlı, kaliteli ve ikna edici kararların çıkması sağlanabilir. Oluşturulan ilkesel kurum felsefesi, diğer yargı organlarıyla ve kamuoyuyla paylaşılabilir. Bu sayede AYM, hukukumuzda esaslı katkılar sunmuş ve görevini layıkıyla yerine getirmiş olur.

Peki Arslan bu iki seçenektan hangisine daha yakındır? Okumalarımıza ve gözlemimize göre Arslan, özgürlükçü hukuk ve toplum anlayışını, entelektüel boyutta herhangi bir muhafazakar ısrardan daha makul bulur. Bununla birlikte, Arslan'ın gerçekçilik anlayışının, muhafazakarlığın etkilerini AYM üzerinde daha baskın ve belirleyici kılması ihtimali vardır. Şöyle ki, Arslan'ın sosyal ve siyasi çevreyi okuyuşu ve bu çevrenin güçlü muhafazakar kodları, onu; gerçekçilik adı altında bir tür rasyonelleştirilmiş teslimiyete, bu teslimiyet metodolojik boyutta bile kalsa esas planında etkinlik kaybına, özgürlük ilkelerinin doğasına aykırı tabi oluşları zımnen onaylamaya ve hukuku stratejiler karşısında zedelemeye sürükleyebilir. Bu durumda Arslan, şahsi sınırları içinde kurduğu fikir ahenginin gerisine düşerek, AYM için bir makyaj sanatçısı haline gelebilir. Yani Arslan, çelişkilere çözüm getirmek yerine gönüllü-gönülsüz paravan olmak başarısı başarısızlığını gösterebilir. "Muhafazakar mizaç sahiplerinin özgürlük garantörü rolünü oynaması" çekirdeğinden doğan bu çelişkiler ve sayısız diğer patolojiler farklı formlarda devam eder. Bu ihtimalin gerçekleşmesi, Arslan'ın realizmini de şekillendiren muhafazakar reflekslerinin liberal reflekslerinden daha köklü ve kuvvetli olduğu çıkarımına yol açacaktır.

İyi ihtimal ise Arslan'ın, hukuki ilkeleri ve özgürlük fikrini olgunlaştırmayı ve istikrara bağlamayı, en öncelikli kurumsal politika konusu haline getirmesidir. Bunun için Arslan'ın, irrasyonel ve duygusal kısıtlama eğilimlerindeki sakıncaları gösterebilmesi, açıklığı bir değere dönüştürebilmesi, bu alanlarda kavrayışı doğal ve güçlü olan insanları AYM'ye kazandırabilmesi gerekir. Bu sayede Arslan, muhtelif muhafazakarlık muhtevalarının terk edilmesi şöyle dursun, daha dürüst ve tutarlı bir şekilde ortaya konmasını sağlayacaktır. Zıt fikirlerin tartılması, felsefi ve sosyolojik olarak sınanması, olgunlaşması ve ortak iyiliğe dönüşmesi mümkün olacaktır. Bu ihtimalin gerçekleşmesi ise Arslan'ın özgürlük kavrayışının doğallığının, derinliğinin ve sağlamlığının ispatı olacaktır.

Şu aşamada, söz konusu iki davranışsal çizgi ve kurumsal vizyon arasında Arslan'ın nasıl bir temayül geliştireceğini kestirememekteyiz. Lakin Arslan'ın başkanlık sürecinin bu iki ana yoldan biri üzerinde işleyeceğini çekinmeden belirtebiliriz. Birinci yol, yargının strateji kuytularını sıkışması; ikinci yol ise bireysel hak hassasiyetinde vücut bulan vicdaniliğin her işe ışık tutmasıdır. Birinci yol, ülkemizde hemen her alanda alışık olduğumuz, hikmetinden sual olunamayan mevki sahiplerinin çalışır görünüp zaman geçirme politikası; ikinci yol ise AYM gibi önemli bir kurumun sorumluluklarının farkında olarak derin sosyo-legal problemlerin tedavisini amaçlamasıdır. Seçim, AYM başkanı olarak seçilen Arslan'ındır.

## Sonuç

AYM'de başkan değişikliği, Türkiye'de yargı açısından çok önemli bir olaydır. Başkan değişikliğinin aşırı önemli olması eleştiri konusu yapılabilir. Demokratik kültürün zayıflığına yorulabilir. Başkan odaklı kurumsal havanın barındıracağı hukuki sakıncalara dikkat çekilebilir. AYM'nin kurumsallaşamamış, profesyonelleşememiş olduğuna delil sayılabilir. Bu tür idealist eleştiriler, başkana aktarılan iradenin yoğunluğu realitesini değiştirmemektedir.

Yüksek mahkeme üyeliği ve başkanlığı gayet kritik makamlar olduğu halde bu makamları işgal eden kişiler, ülkemizde akademik araştırmalara neredeyse hiç konu edilmemektedir. Yüksek yargı organlarının yargısal tutumu ve başkanlarının yönetsel eğilimleri, hukuktan ve bilimsellikten uzak bir kendinden meşruiyet kabulüne terk edilmektedir. Bu durum, kritik pozisyonların patolojik bir şekilde önemsenmesinden ve amaçlarının fevkinde dokunulmaz kılınmasından kaynaklanmaktadır. Kutsayıcılık; kurumların ve makamların geri beslenmelerden mahrum kalmasına, tıkanmasına, sorumluluklarıyla alakasız zihniyetler geliştirmesine, içlerinin boşalmasına ve özden ziyade imaj hesaplarına odaklanmasına yol açmaktadır. Tam da bu nedenle imaj ve realite mukayesesi



sunabilecek akademik çalışmalar yapılamamakta, yapısal sorunlara esaslı çözümler sunulamamaktadır.

Bu mahiyetteki bir tutuculuk nedeniyle derinlemesine incelenememiş ve iç işleyişi büyük ölçüde muamma olan AYM, yarım asrı geçen tarihi boyunca Türkiye’de muhafazakarlığın farklı boyutlarda sayısız örneğini sergilemiştir. Denilebilir ki AYM’nin geçmişten bugüne devraldığı en önemli miras, muhafazakar mizacıdır. İdeolojisi, muhtevası, vurguları, sunumu zaman zaman değişen muhafazakarlığın, AYM’nin temel refleksi olduğu gerçeği bakidir. Aksi refleks taşıyanların kurumsal politika ve kimlik üzerindeki etkisi cılız kalmaktadır. Modernizmden liberalizme, laisizmden plüralizme doğru evrilen söylemler; muhafazakar vesayetın el değiştirmesine aracılık etmek bakımından işlevsel olmuş, bir muhafazakar paradigma yerini diğerine bırakmıştır. Bahusus Kemalist muhafazakarlığın mütecevaz dışavurumu kaybolmuş, halen aciz sayılabilecek İslamist muhafazakarlığın nüveleri görölmeye başlamıştır. Hala özgürlük fikrinin dini-seküler dayanakları anlaşılmmakta, liberal jargon ve formüllerin araçsallığı ile yetinilmektedir. Ve hala AYM, birtakım esas değerlerin yol göstericiliğine çelişkisiz tercüman oluşuyla değil, araçsallığıyla önemli görölmektedir.

Haşım Kılıç’ın başkanlığı döneminde Kemalizm ve İslamizm arasında melezleşmeye başlayan AYM’nin duruşu; mesleki ve iletişimsel muhafazakarlıklarla takviye edilmiş, personel tutumuyla içeriden desteklenmiş, imaj hamleleriyle dışarıdan setredilmiş, böylece kurumsal kültür haline gelmiştir. AYM’nin hak ve özgürlükleri korumaktan ziyade kullanması, adeta normalleştirilmiştir. Gerek sosyo-ekonomik kalkınma için toplumsal tabanın muhtaç olduğu gerekse normatif boyutta bağlayıcılığı bulunan temel hak ve özgürlükler, istikrarlı ve tutarlı bir anlam ve uygulama zeminine kavuşturulmamıştır. AYM’nin hangi ilke ve önceliklerle hareket ettiği anlaşılmmamıştır. AYM’nin gizem perdeleri ardında çalışması; hak ve özgürlük ideallerinin şeffaflık unsurunu marjinalleştirilmiş, kurumun muhafazakar kodlarının baskın özelliği olmuştur.

Zühtü Arslan’ın AYM başkanlığı performansı, tasvir etmeye çalıştığımız tabloyu nasıl yorumladığıyla ilgili olacaktır. Biz, AYM’nin kuruluşundan bugüne devam eden sorunlarını, bir refleks seçkisi halinde işleyen, muhteva ve iddialardan bağımsız bir gizli mizaç olarak tanımladığımız muhafazakarlık tutumu ile ilişkilendirmekteyiz. Jargonun, sunumların, vurguların değişmesi ile AYM’nin hak ve özgürlükler alanında esaslı bir iyileşme sürecine girmesi mümkün değildir. AYM’nin sosyal ve siyasi yönlerden makbul bulunması, AYM’nin garantisi altında bulunan hukuk ve özgürlük ideallerini yakalamaya yetmez. Bir araçsal-

laştırma, başka bir araçsallaştırmaya dönüşebilir. Zira sorunların ana kaynağı olan muhafazakarlık, davranışsal bir gelenek olarak sürmektedir. Arslan'ın sorunları sadece ideoloji ve organizasyon katmanlarında görmesi, onun zahiren geçmişten farklı fakat batının geçmişe benzer yaklaşımlar sergilemesine yol açabilir. Bu durumda, Arslan'ın akademik geçmişi ve özgürlük bilinci gibi olumlu özelliklerinin etkinliği azalır.

Sonuç olarak, Zühtü Arslan başkanlığındaki AYM'nin büyük sınavının muhafazakar-liberal refleks polarizasyonu olduğunu söyleyebiliriz. Bu sınavı AYM, makro ve mikro boyutlarda sürekli yaşayacaktır. Kurumun özündeki muhafazakar refleksin galip gelmesi durumunda AYM, görüntülerde liberal olma hedefini kovalarken, çift kutuplu kurumsal kişilik bozukluğunu derinleştirecektir. Kalıcı ve esaslı hukuki yararlar sağlayamayacaktır. Her hususta özgürlük refleksinin birincil ve doğal kılınması durumunda ise hukuki ve sosyal açılımlar gerçekleştirilebilir, net bir kurumsal kimlik içinde tutarlılığa, yetki kuvvetinden bağımsız gerçek saygınlığa erişilebilir.



#### KAYNAKÇA

Anayasa Mahkemesi (20/3/2015) Duyuru <http://www.anayasa.gov.tr/Gundem/Detay/663/index.html> ET: 3/7/2015.

Anayasa Mahkemesi (11/3/2015) Basın Açıklaması <http://www.anayasa.gov.tr/Gundem/Detay/661/index.html> ET: 1/4/2015.

Anayasa Mahkemesinin 2/4/2014 tarih ve 2014/3986 sayılı bireysel başvuru kararı.

Anayasa Mahkemesinin 30/7/2008 tarih ve E.2008/1, K.2008/2 sayılı siyasi parti kapatma davası kararı.

Anayasa Mahkemesinin 5/6/2008 tarih ve E.2008/16, K. 2008/116 sayılı kararı.

Arslan, Zühtü (2009) Başörtüsü, AK Parti ve Laiklik: Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gerekçe <http://arsiv.setav.org/Ups/dosya/7052.pdf> ET: 6/7/2015.

Arslan, Zühtü (2008) Anayasa Teorisi (Seçkin Yayınları, Ankara).

Arslan, Zühtü (2007) "Reluctantly Sailing Towards Political Liberalism: The Political Role of the Judiciary in Turkey" T.Halliday, L.Karpik, M.Feeley (ed.) Fighting for Political Freedom: Comparative Studies of the Legal Complex and Political Change (Hart Publishing, Oxford): 219-245.

Arslan, Zühtü (1999) “Taking Rights Less Seriously: Postmodernism and Human Rights” *Res Publica* (5:2): 195-205.

Aytaç, Önder (2015) Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan neler yapamayacak? <http://www.herkulhaber.net/yazarlar/onder-aytac/anayasa-mahkemesi-baskani-zuhtu-arslan-neler-yapamayacak/28/> ET: 6/7/2015.

Bailey, Kenneth D (1987) *Methods of Social Research* (The Free Press, New York).

Bailey, Michael A (2012) *Measuring Court Preferences, 1950-2011: Agendas, Polarity and Heterogeneity* [http://faculty.georgetown.edu/baileyma/CourtP-ref\\_July2012.pdf](http://faculty.georgetown.edu/baileyma/CourtP-ref_July2012.pdf) ET: 21/2/2015.

Bailey, Michael A and Maltzman, Forrest (2011) *The Constrained Court: Law, Politics and the Decisions Justices Make* (Princeton University Press, Princeton).

Bianet (13/9/2007) AKP'nin Anayasa Taslağının Tam Metni <http://www.bianet.org/bianet/siyaset/101746-akp-nin-anayasa-taslaginin-tam-metni> ET: 6/7/2015.

Çoban, Ali R; Gülener, Serdar; Sağlam, Musa ve Ekinci, Hüseyin (ed.) (2015) *Haşim Kılıç'a Armağan* (AYM Yayınları, Ankara).

Fredenburg, Joshua (2004) *Visions: the answer to Generations X and Y* (AuthorHouse, Bloomington IN).

Gülener, Serdar (2015) “Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında Anayasa Mahkemesinin Dönüşümünün İzlerini Sürmek” A.R.Çoban, S.Gülener, M.Sağlam ve H.Ekinci (ed.) *Haşim Kılıç'a Armağan* (AYM Yayınları, Ankara).

Habertürk (14/3/2015) Eski AYM Başkanı Haşim Kılıç: Siyasete devam ediyoruz <http://www.haberturk.com/gundem/haber/1053520-eski-anayasa-mahkemesi-baskani-hasim-kilic-siyasete-devam-ediyoruz> ET: 3/7/2015.

Habertürk (10/2/2015) Yeni başkanın 7 yıl önceki yorumu: AYM yargı darbesi yaptı <http://www.haberturk.com/gundem/haber/1041369-yeni-baskanin-7-yil-onceki-yorumu-aym-yargi-darbesi-yapti> ET: 6/7/2015.

Kaya, Emir (2014) “Anayasa Mahkemesinin İnsan Hakları Zemini” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (3-4): 573-605.

Kaya, Emir (2014) “İlm-i Siyaset ve Adalet Üzerine” *Akademik Teklif* (2): 36-48.

Kirişçi, Kemal and Cengiz, Melis (2015) A glimmer of hope for the futu-

re of Turkish democracy? <http://www.brookings.edu/research/opinions/2015/03/09-glimmer-of-hope-future-turkish-democracy-cengiz-kirisci> ET: 6/7/2015.

Kütahyalı, Rasim O (2015) Liberal-demokrat entelektüel Zühtü Arslan <http://www.sabah.com.tr/yazarlar/kutahyali/2015/02/11/liberaldemokrat-entelektuel-zuhtu-arslan> ET: 6/7/2015.

Martin-Quinn Scores <http://mqscores.berkeley.edu/> ET: 21/2/2015.

Mauro, Tony (2010) Voters strongly favor televising Supreme Court, but might not watch <http://www.nationallawjournal.com/id=1202445906572> ET: 3/7/2015.

Mollaer, Fırat (2009) Muhafazakarlığın İki Yüzü (Dergâh Yayınları, İstanbul).

National Archives and Records Administration (2006) Televising Supreme Court and Other Federal Court Proceedings: Legislation and Issues <http://fas.org/sgp/crs/secrecy/RL33706.pdf> ET: 3/7/2015.

Oda TV (14/7/2014) Hükümet Haşim Kılıç'la barıştı mı <http://odatv.com/hukümet-hasim-kilicla-baristi-mi-1407141200.html> ET: 6/9/2015.

Oder, Bertil E (2010) Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma (Beta Yayınları, İstanbul).

O'Hear, Anthony (1996) Verstehen and Humane Understanding (Cambridge University Press, Cambridge).

Radikal (10/2/2015) Anayasa Mahkemesi'nin yeni başkanı Zühtü Arslan [http://www.radikal.com.tr/turkiye/anayasa\\_mahemesinin\\_yeni\\_baskani\\_belli\\_oldu-1290141](http://www.radikal.com.tr/turkiye/anayasa_mahemesinin_yeni_baskani_belli_oldu-1290141) ET: 6/7/2015.

Robe Probe <http://www.robeprobe.com/> ET: 6/7/2015.

Sabah (2/10/2014) Kılıç'tan 'voleybol' cezası... <http://www.sabah.com.tr/gundem/2014/10/02/kilictan-voleybol-cezasi> ET: 15/9/2015.

The Robing Room <http://www.therobingroom.com/> ET: 6/7/2015.

Toobin, Jeffrey (2007) The Nine: Inside the Secret World of the Supreme Court (Anchor Books, New York).

Topçu, Nurettin (2011) İsyân Ahlâkı (Dergâh Yayınları, İstanbul).

Turabi, Selami (2014) "Anayasa Mahkemesinin Yapısal Sorunlarına Çözüm Önerileri" Akademik Teklif (2): 8-35.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Televizyonu [https://www.tbmm.gov.tr/tbmm\\_tv.htm](https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_tv.htm) ET: 3/7/2015.

Ural, Şafak (2012) Pozitivist Felsefe (Alfa, İstanbul).

Ünsal, Artun (1980) Siyaset ve Anayasa Mahkemesi (AÜSBF Yayınları, Ankara).

# KUZEY KIBRIS VE TÜRK VATANDAŞLIK HUKUKLARINA İLİŞKİN BİR KARŞILAŞTIRMALI HUKUK ÇALIŞMASI

*A Comparative Study About the Nationality Law of Republic of Turkey  
and Turkish Republic of Northern Cyprus*

**Yrd. Doç. Dr. Gizem ERSEN PERÇİN<sup>1</sup>**

## ÖZET

Söz konusu çalışmanın temel amacı Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) ve Türkiye Cumhuriyeti'nde yürürlükte olan vatandaşlık hukuku hükümlerini kıyaslamak ve bu doğrultuda benzerlik ve farklılıkları tespit etmektir. Bunun için öncelikle "giriş" kısmında vatandaşlık kavramına kısaca değinilerek Kuzey Kıbrıs ve Türk vatandaşlık hukuklarında günümüzde yürürlükte olan mevzuat tespit edilecektir. Daha sonra ise her iki ülkenin anayasalarında yer alan vatandaşlığa ilişkin hükümler karşılaştırılarak vatandaşlık konusundaki temel ilkeler tespit edilmeye çalışılacaktır. Vatandaşlığın kazanılması ve kaybı konularında ise Türk Hukuk sisteminde yer alan ayrımlar baz alınarak, KKTC Hukuku'na ilişkin düzenlemeler bu ayrımlar doğrultusunda açıklanacaktır. Son olarak vatandaşlığın ispatı ve vatandaşlığa ilişkin idari kararlara karşı başvurulacak yargı yolu üzerinde durulacaktır. Bütün bu başlıklar altında gerekli açıklamalar yapılırken yeri geldikçe KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'na da değinilecek ve bir takım tespit ve önerilerde bulunulmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC), Türkiye Cumhuriyeti, Vatandaşlığın Kazanılması, Vatandaşlığın Kaybı, Vatandaşlığın İspatı.

## ABSTRACT

The main purpose of this study is to compare and contrast the provisions of Nationality Law in force both in Republics of Turkey and Northern Cyprus and determine similarities and differences accordingly. Therefore, in the introduction part, the term "nationality" is briefly mentioned and then the regulations in force will be determined. Afterwards, the main principles of nationality will be determined by means of comparing the constitutional provisions regarding nationality of both states. In acquisition and loss of nationality parts, TRNC Law will be mentioned in detail, based on the distinctions of Turkish Nationality Law System. Finally, proof of nationality and taking a legal action against administrative decisions about nationality will be discussed. While all the above mentioned titles are explained in detail, there will be given some explanations about the Draft of TRNC Nationality Code and according to the determinations some suggestions will try to be offered.

---

<sup>1</sup> T.C. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. gizemersen@yahoo.com

**Keywords:** Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC), Republic of Turkey, Acquisition of Nationality, Loss of Nationality, Proof of Nationality

◆◆◆

## 1-) GİRİŞ

Geçmişten günümüze evrilirken niteliği çokça değişen<sup>2</sup> “vatandaşlık” kavramının bütün devletler tarafından kabul edilen tek bir tanımını vermek mümkün değildir<sup>3</sup>. Ancak yine de günümüzde uluslararası doktrinde vatandaşlığın niteliğine ilişkin en çok kabul gören görüş, vatandaşlığın bir kişi ile belirli bir devlet arasında kurulan “hukuki bir bağ” olduğudur<sup>4</sup>. Dolayısıyla günümüz modern hukuk sistemlerinde vatandaşlığın tespiti yapılırken kural olarak sadece bu “hukuki bağ” (legal bond) dikkate alınır. Kişinin kendini sosyolojik, psikolojik, ekonomik vs. sebeplerle bir devlete yakın hissetmesinin, o devletle arasında vatandaşlık adı altında kurulan bu hukuki bağ olmadığı sürece, tek başına herhangi bir hukuki etkisi olmayacaktır. Ancak kişinin birden fazla devletle arasında vatandaşlık bağı bulunması durumunda, bu sosyolojik, psikolojik, ekonomik vs. yakınlık devreye girecek ve üçüncü devletlerin bu kişinin vatandaşlıklarından hangisinin “gerçek vatandaşlık” (effective nationality) olduğunu tespit ederken dikkate almaları gereken kriterler olacaktır<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Roma İmparatorluğu döneminden, Batı Avrupa feodalitesine, yine bu topraklardaki mutlak monarşi döneminden, 1789 Fransız Devrimi’ne kadar geçen süreçte vatandaşlık kavramının niteliğinde yaşanan değişimlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Gülin, Güngör, Tabiiyet Hukuku- Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler- Şeyler, Yetkin Yayınları, 3. Bası, Ankara, 2015, s.3-5. Ayrıca sömürgeciliğin vatandaşlık kavramı üzerindeki etkileri için bkz. Rona Aybay/ Nimet Özbek, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 4. Bası, İstanbul, 2015, s. 10-11 dn. 18.

<sup>3</sup> Ergin, Nomer, Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, 21. Bası, İstanbul, 2015, s. 19.

<sup>4</sup> Rainer Bauböck/ Eva Ersboll/ Kees Groenendijk/ Harald Waldrauch, Introduction, Acquisition and Loss of Nationality, C.1 (Comparative Analysis), Amsterdam 2006, s. 15, Nomer, a.g.e., s. 19, Güngör, a.g.e., s.1-2, Aybay/Özbek, a.g.e., s. 6, B. Bahadır Erdem, Türk Vatandaşlık Hukuku, s.7 Beta Yayınları, 4. Bası, İstanbul, 2014, s.7. Vatandaşlığın kişi ile devlet arasındaki hukuki bir bağ olmasının yanı sıra siyasi bir bağ da olduğuna ilişkin görüşler için bkz. Vahit Doğan, Türk Vatandaşlık Hukuku, Savaş Yayınevi, 12. Bası, Ankara, 2015, s. 5. Kay Hailbronner, Nationality in Public International Law and European Law, Acquisition and Loss of Nationality, C.1 (Comparative Analysis), Amsterdam 2006, s. 35 ve Felicitia Medved, Interaction Between Nationality and Integrity, 2nd European Conference on Nationality, Challenges to National and International Law on Nationality at the Beginning of the New Millenium, Strasbourg 8-9 Ekim 2001, s. 26.

<sup>5</sup> “Gerçek vatandaşlık” kavramının tartışıldığı Uluslararası Adalet Divanı’nın Nottebohm Kararı için bkz. International Court of Justice , Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Nottebohm Case, Second Phase, Judgement of April 6th Reports 1955, s.4 vd, (www.icj-cij.org ). Doğan, a.g.e., s. 13, Güngör, a.g.e. s. 11, Aybay/Özbek, a.g.e., s. 5 vd., Nomer, a.g.e., s. 38 vd.

Türk hukukunda, vatandaşlığı, etnik ve dini unsurlardan arındırılmış bir şekilde<sup>6</sup>, kişi ile belirli bir devlet arasında kurulan hukuki bir bağ olarak tanımlayan ilk düzenleme 1869 tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi (TOK) olmuştur. Bu kanunnamenin yürürlüğü, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşunun ardından hazırlanan 27.11.1928 tarihli ve 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun<sup>7</sup> (TVK) yürürlüğe girmesiyle son bulmuştur. 1312 sayılı TVK ise 11.02. 1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun<sup>8</sup> (TVK) yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

403 sayılı TVK'nın yürürlüğüne son veren günümüzde yürürlükte olan TVK ise, 29.05.2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'dur<sup>9</sup>. Ayrıca 5901 sayılı TVK'nın uygulanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu'nun 11.02.2010 tarihli 2010/139 karar sayılı kararı uyarınca çıkarılan Türk Vatandaşlık Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik<sup>10</sup> de (TVK Uygulama Yönetmeliği) günümüz Türk Vatandaşlık Hukuku'nun temel kaynaklarından biridir. Bunun dışında, 19.09.2006 tarihli ve 5543 sayılı İskan Kanunu'nda<sup>11</sup> da, Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin bazı özel hükümler mevcuttur. Ayrıca sırasıyla, 1924 ve 1961 Anayasaları ile günümüzde yürürlükte olan 1982 Anayasası'nda vatandaşlığın tanımına ve Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybına ilişkin genel ilkelere yer verilmiştir.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde vatandaşlık hukukuna ilişkin temel mevzuatı tespit etmeden önce Kıbrıs adasında yaşanan siyasi çalkantıların vatandaşlık hukuku üzerindeki etkilerine değinmekte fayda vardır. Kıbrıs adasının İngiliz kontrolünde olduğu dönemde, adada yaşayan Türklerin vatandaşlığı meselesi 1923 tarihli Lozan Antlaşması'nın 21. maddesiyle çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca, İngiltere'nin adayı ilhak ettiği tarih olan 05.11.1914 tarihinde adada yerleşmiş bulunan Kıbrıs Türklerinin İngiliz vatandaşlığına geçmiş sayılacakları kabul edilmiştir<sup>12</sup>. Ancak söz konusu Kıbrıs Türklerine bir seçme hakkı tanınmış ve kendilerinin dilerlerse bu antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde Türk vatandaşlığına

---

<sup>6</sup> Güngör, a.g.e.,s. 6.

<sup>7</sup> 1312 sayılı TVK 04.06.1928 tarihli ve 904 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>8</sup> 403 sayılı TVK 22.02.1964 tarihli ve 11638 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>9</sup> 5901 sayılı TVK 12.06.2009 tarihli ve 27256 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>10</sup> TVK Uygulama Yönetmeliği 06.04.2010 tarihli ve 27544 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>11</sup> 5543 sayılı İskan Kanunu 29.09.2006 tarihli ve 26301 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>12</sup> Kıbrıs ile Lozan Antlaşması ve diğer uluslararası sözleşmelerde belirtilen ülkelerde ikamet eden Türklerin vatandaşlığı meselesi için bkz. Nomer, a.g.e., s. 185 vd., Güngör, a.g.e., s. 191 vd.



geçebilecekleri belirtilmiştir. Türk vatandaşlığını seçen Türklerin on iki ay içerisinde adayı terk etmeleri gerektiği kararlaştırılmıştır<sup>13</sup>. Adada bağımsız bir Kıbrıs Cumhuriyeti kurulmasına yönelik imzalanan 1958 Zürih, 1959 Londra ve 1960 Lefkoşa Antlaşmalar dizisinde, vatandaşlık ile ilgili sorunların, 1960 tarihli Kıbrıs Cumhuriyeti Kuruluş Antlaşması'nın 6. maddesi uyarınca, bu antlaşmanın D ekinde düzenlenen vatandaşlıkla ilgili hükümlere tabi kılınması kararlaştırılmıştır<sup>14</sup>. Söz konusu hükümler, Kıbrıs Cumhuriyeti'nde düzenlenen 28.07.1967 tarihli ve 43 sayılı Kıbrıs Yurttaşlık Yasası yürürlüğe girene kadar uygulanmaya devam etmiştir.

Ancak adada yaşanan çatışmalar sonucunda Kıbrıs Türkleri 28.12.1967 tarihinde Kıbrıs Geçici Türk Yönetimi'ni ilan etmiş bu yönetim ise 03.09.1974 tarihli ve 5549 sayılı kararıyla Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi'ne dönüşmüştür. Bu gelişmeler nedeniyle Kıbrıs Türkleri tarafından kabul edilmeyen 43 sayılı Kıbrıs Yurttaşlık Yasası yerine, 3/1975 sayılı Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi Yurttaşlık Kanunu yürürlüğe girmiştir<sup>15</sup>. 3/1975 sayılı kanun 13.02.1975 tarihinde ilan edilen Kıbrıs Türk Federe Devleti döneminde de yürürlükte kalmıştır.

15.11.1983 tarihinde Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin (KKTC) kurulmasının ardından ise KKTC Anayasası 07.05.1985 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

---

<sup>13</sup> Detaylı bilgi için bkz. Nihal Uluocak, Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi Yurttaşlık Kanunu'na İlişkin Kritik İnceleme, Kıbrıs Türk Federe Devletinin Milletlerarası Hukuka İlişkin Bazı Sorunları Sempozyumu, 6-7.05.1982, İstanbul, 1982, s. 69-70. O dönemde (1923-1938) Kıbrıs'tan Türkiye'ye yapılan göçler, Kıbrıs Türk Basınına da ikili bir ayrıma tabi kılınmıştır. "Hakikat" ve "Söz" gazeteleri adadan Türkiye'ye göç edilmesini savunurken, "Birlik", "Ses" ve "Doğru-yol" gazeteleri ise Türk nüfusun adada varlığını devam ettirmesi gerektiğini savunmaktaydı. Başlangıçta kendisine göçü destekleyen Türkiye ise daha sonra bu siyasetten vazgeçerek Kıbrıs'ta Türk varlığının sürdürülmesi gerektiğini ileri sürmüştür. İngiltere de başlangıçta Türkiye'ye göçü desteklemiş ancak daha sonra adada Rum nüfusunun baskın hale gelmesinin, adanın Yunanistan'a ilhakına neden olabileceği düşüncesiyle, görüşünü değiştirmiştir. Fahriye Emgili, Kıbrıs'tan Türkiye'ye Yapılan Göçlerin Kıbrıs Türk Basınına Yansımaları (1923-1938), Karadeniz Araştırmaları Dergisi, Sayı 39, Güz 2013, s. 111-136.

<sup>14</sup> Turgut Turhan, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yurttaşlık Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2002, s.6 vd. Bu kitabın incelemesi için bkz. Işıl Özkan, Kitap İncelemesi- Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yurttaşlık Hukuku, Turgut Turhan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Yıl 2003, Sayı 23, s. 919-925.

<sup>15</sup> 3/1975 sayılı Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi Yurttaşlık Kanunu, 43 sayılı Kıbrıs Yurttaşlık Yasası'nın, gerekli çok küçük değişiklikler yapılarak Türkçeye çevrilmesi sonucu hazırlanmıştır. Bunun nedeni ise, Otonom Türk İdaresi'nin, Rum İdaresi'nin 43 sayılı Kıbrıs Yurttaşlık Yasası'nı uygulamak suretiyle gerçekleştirdiği işlemlere ancak bu yasayı eskiye dönük olarak kendi meclisinden geçirmek suretiyle meşruiyet kazandırabileceği düşüncesidir. Uluocak, a.g.m., s. 71 ve sempozyum tartışmaları kısmında Kıbrıs Türk Federe Devleti Meclis Başkanı Nejat Konuk'un açıklamaları için s. 102-103 ve Turhan, a.g.e., s. 7.

lanarak yürürlüğe girmiştir<sup>16</sup>. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin günümüzde yürürlükte bulunan vatandaşlık hukukuna ilişkin temel mevzuatı, KKTC Anayasası'nda yer alan ilgili hüküm ve 25/1993 sayılı Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yurttaşlık Yasası'ndan (KKTC Yurttaşlık Yasası)<sup>17</sup> oluşmaktadır. Ayrıca, KKTC Yurttaşlık Yasası'nın uygulanmasına ilişkin 329 sayılı Tüzük de (KKTC Uygulama Tüzüğü)<sup>18</sup> mevcuttur. Ancak söz konusu tüzüğün 3. maddesinde de belirtildiği üzere, bu tüzüğün amacı sadece, *"...(KKTC) yurttaşlığının kazanılması ve kaybedilmesinde kullanılacak başvuru formu resmi belge ve buna benzer evrakın şeklinin tespiti ile kişilerle ilgili soruşturma ve ihbar yönteminin tespiti"*ne ilişkin düzenlemeler getirmektir. Bu yönüyle de söz konusu uygulama tüzüğünün TVK Uygulama Yönetmeliği'nin kapsamıyla kıyaslandığında çok daha dar bir alanı düzenlediği açıktır. Bunlara ek olarak günümüzde yeni bir KKTC Yurttaşlık Yasası hazırlanması yönündeki çalışmalar sonucunda tamamlanan KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı mevcuttur.

Bu çalışma kapsamında, günümüzde yürürlükte bulunan Türk Vatandaşlık Hukuku mevzuatı ile Kuzey Kıbrıs Türk Vatandaşlık Hukuku mevzuatı karşılaştırılmaya çalışılacaktır. Öncelikle söz konusu ülkelerin anayasalarında vatandaşlıkla ilgili hükümler kıyaslanacak daha sonra ise 5901 sayılı TVK'daki sistematik baz alınarak, sırasıyla vatandaşlığın kazanılması, kaybı, ispatı ve vatandaşlığa ilişkin idari kararlara karşı yargı yoluna ilişkin iki ülke kanunlarındaki hükümler irdelenecektir. Yeri geldikçe TVK Uygulama Yönetmeliği ve 329 sayılı Tüzüğü değinilecek ve KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nda konunun ne şekilde ele alındığından bahsedilerek çeşitli tespit ve önerilerde bulunulmaya çalışılacaktır.

## II-) ANAYASAL DÜZENLEMELERDE VATANDAŞLIK

Gerek cumhuriyetin ilanından sonra düzenlenen ilk anayasa olan 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda, gerekse 1961 Anayasası'nda Türk vatandaşlığının tanımına ve vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin temel ilkelere yer verilmiştir<sup>19</sup>. 1961 Anayasası'nda, 1924 Anayasası'ndan farklı olarak, ilk defa, vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili idarenin verdiği kararlara ve yaptığı işlemlere

---

<sup>16</sup> KKTC Anayasası 07.05.1985 tarihli (KKTC) Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>17</sup> 25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası 27.05.1993 tarihli ve 52 sayılı (KKTC) Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>18</sup> 329 sayılı KKTC Uygulama Tüzüğü 15.07.1993 tarihli ve 70 sayılı (KKTC) Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>19</sup> 1876 Kanun-i Esasi'de de hem kimlerin Osmanlı tebaası olduğu belirtilmiş hem de bu sıfatın kanunda açıkça belirlenen koşullara göre kazanılıp kaybedileceğine ilişkin genel ilke düzenlenmiştir. 1921 Anayasası'nda ise vatandaşlığa ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

karşı yargı yolunun açık olacağına dair özel bir hüküm<sup>20</sup> getirilmiştir.

Günümüzde yürürlükte olan 1982 Anayasası'nda vatandaşlığa ilişkin hüküm, anayasanın dördüncü bölümünde yer alan "Siyasi Haklar ve Ödevler" başlığı altındaki 66. maddede yer almaktadır. "Türk vatandaşlığı" başlığını taşıyan hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır;

*"Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür.*

*Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür.*

*Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir.*

*Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz.*

*Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılamaz."*

İlk fıkrasında vatandaşlığın tanımının yapıldığı hükmün devamında vatandaşlığın kazanılmasında ve kaybında benimsenen temel ilkelere yer verilmiştir. Bu ilkeler doğrultusunda Türk vatandaşlık hukukunda vatandaşlığın doğum yoluyla kazanılması bakımından "kan bağı esası"nın (jus sanguinis)<sup>21</sup> benimsendiği açıktır. Vatandaşlıktan çıkarılmanın da sınırları anayasal düzlemde çizilmiş ve bu yöndeki idari kararların yargısal denetime tabi olacağı açıkça düzenlenmiştir. Böylece vatandaşlıktan çıkarılma konusunda idarenin keyfi uygulamalarda bulunmasının önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin söz konusu temel ilkelerin belirlenmesinden sonraki detaylı düzenlemelerin ilgili kanunlarda yer alacağı da açıkça belirtilmiştir.

05.05.1985 tarihinde halkoylamasına sunulup kabul edilen Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası'nda da vatandaşlığa ilişkin hüküm, 1982 Anayasası'nda olduğu gibi anayasanın dördüncü bölümünde yer alan "Siyasal Haklar Ve Ödevler" başlığı altındaki, "Yurttaşlık" başlıklı 67. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır;

---

<sup>20</sup> 1982 Anayasası'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında "idarenin her türlü eylem ve işleme karşı yargı yolunun açık olduğuna" ilişkin genel bir hükme de yer verilmiştir. Yine de vatandaşlıktan çıkarma (yoksun bırakma) hallerine ilişkin yargı denetimi konusunda özel bir hükmün yer almasının bu konuya verilen önemi vurgulaması bakımından yerinde olduğuna ilişkin bkz. Aybay/Özbek, a.g.e., s. 67.

<sup>21</sup> Jus sanguinis ilkesi, bir kişinin soybağı ile bağlandığı annesinin veya babasının vatandaşlığını almasını öngörür. Aybay/Özbek, a.g.e. s. 22, Doğan, a.g.e., s. 31, Nomer, a.g.e., s. 11, Güngör, a.g.e., s. 54, Erdem, a.g.e., s. 91

*“(1) (a) 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Kuruluş Andlaşmasına bağlı “D” eki uyarınca Kıbrıs Cumhuriyeti yurttaşlığını kazanan ve 15 Kasım 1983 tarihinde Kuzey Kıbrıs’ta yerleşik bulunan; ve*

*(b) 15 Kasım 1983 tarihinden önce Kıbrıs Türk Federe Devleti yurttaşlığına kabul edilen herkes, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşdır.*

*(2) 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Kuruluş Andlaşmasına bağlı “D” Eki uyarınca Kıbrıs Cumhuriyeti yurttaşı olma hakkına sahip olup 15 Kasım 1983 tarihinde Kuzey Kıbrıs’ta yerleşik olmayan Türk asıllı Kıbrıslı’ların, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığını kazanma hakları saklıdır.*

*(3)(a) Yurttaşlığa hak kazandığı halde bu hakkını kullanmadan ölen bir baba veya ananın çocukları ile bu gibi kişilerin dul eşleri, başvuru yoluyla Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığını alabilirler.*

*(b) Babası veya anası Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşı olan ve 15 Kasım 1983 tarihinden sonra Kuzey Kıbrıs’ta doğan çocuk, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşdır.*

*(c) 15 Kasım 1983 tarihinden sonra Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşı olmayan ana veya babanın, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde doğan çocuklarının yurttaşlığa alınmaları, uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak yasa ile düzenlenir.*

*(4) Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşı veya Kıbrıs’lı Türk baba veya anadan doğum yoluyla kazanılan yurttaşlıktan kimse çıkarılamaz.*

*(5) Yurttaşlık, bu maddenin yukarıdaki kuralları saklı kalmak koşuluyla, yasanın gösterdiği koşullarla kazanılır ve ancak yasada belirtilen durumlarda kaybedilir. Yasal koşullarla bu Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar kazanılmış olan yurttaşlık hakkı saklıdır.”*

1982 Anayasası’ndaki düzenlemeden farklı olarak KKTC Anayasası’nda vatandaşlığın tanımına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Daha çok kimlerin KKTC vatandaşı olarak kabul edileceğini belirlemeye odaklanan ve bu noktada detaylı<sup>22</sup> düzenlemelere yer veren söz konusu hükmün temelinde Kıbrıs Cumhuriyeti’nden KKTC’nin kuruluşuna dek süren çalkantılı siyasal gelişmeler olduğu açıktır. Özellikle 67. maddenin birinci ve ikinci fıkrası, söz konusu siyasal çalkantıların doğal bir sonucu olarak devletlerin ardıllığı meselesi

---

<sup>22</sup> Turhan, söz konusu “ayrıntılı ve zor anlaşılan” hükümlerin KKTC Anayasası’nda yer almasını eleştirerek, vatandaşlığın kazanılması konusunda detaylı düzenlemelerin ilgili kanunlarda yer alması gerektiğini dile getirmektedir. Turhan, a.g.e., s. 13.

dikkate alınarak düzenlenmiştir. Çünkü devletler arasında ardıllık durumunun ortaya çıktığı hallerden biri de “var olan bir devletin egemenliği altında bulunan ülkenin bölünmesi yoluyla iki ya da daha çok sayıda devletin oluşmasıdır”<sup>23</sup>. Kıbrıs adasında da söz konusu hal yaşanmış ve Kıbrıs Cumhuriyeti’nin egemenliğinin bir kısmı KKTC tarafından kullanılabilir hale gelmiştir. Bu noktada da KKTC, “önceki egemen devletin vatandaşlığındaki kişilerin artık kendi vatandaşlığına geçmiş sayılacağına”<sup>24</sup> ilişkin hükümler getirmiştir.

Vatandaşlığın doğum yoluyla kazanılması konusunda ise, 1982 Anayasası’nda olduğu gibi, KKTC Anayasası’nda da temel ilke olarak “kan bağı esası”nın (jus sanguinis) tercih edildiği görülmektedir. 67. maddenin üçüncü fıkrasının b bendi kan bağı esasına göre doğum yoluyla vatandaşlık kazanılmasını düzenlemektedir. Ancak aynı fıkranın c bendinde 1982 Anayasası’ndan farklı olarak, “toprak esası”na (jus soli)<sup>25</sup> ilişkin de bir hüküm yer almaktadır. Söz konusu hükümde, toprak esasına göre doğum yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının, kan bağı esasına göre ikincil bir ilke olduğu, bu ilkeye göre vatandaşlık kazanılmasının ancak uluslararası hukuka uygun olarak kanunlarda yer alan düzenlemelere göre mümkün olacağına belirtilmiş olmasından anlaşılmaktadır<sup>26</sup>.

Vatandaşlıktan çıkarılma konusunda, KKTC Anayasası’nda da, 1982 Anayasası’nda olduğu gibi, idarenin keyfi uygulamalarının önüne geçmek adına bir sınır çizildiği görülmektedir. Ancak sınırın kapsamı konusunda iki ülke hukuklarında farklılık mevcuttur. 1982 Anayasası, vatandaşın, “*vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadığı*” sürece vatandaşlıktan çıkarılamayacağını hüküm altına alırken KKTC Anayasası “*kan bağı esasına göre doğum yoluyla vatandaşlık kazanmış*” kişilerin vatandaşlıktan çıkarılamayacağını belirtmiştir (f.4). Ayrıca, KKTC Anayasası’nda, yine 1982 Anayasası’ndan farklı olarak, vatandaşlıktan çıkarılma konusunda, idarenin verdiği kararlara karşı yargı yolunun açık olduğuna ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. 1982 Anayasası’nın 125. maddesinin 1. fıkrasında olduğu gibi, KKTC Anayasası’nın 152.

---

<sup>23</sup> Devletlerin ardıllığı sonucunu doğuran diğer haller ise; “iki ya da daha çok sayıda devletin birleştirilmesi yoluyla yeni bir devletin oluşturulması” veya “bir devletin egemenliği altındaki bir ülke parçasının, başka bir devlete geçmesi”dir. Detaylı bilgi için bkz. Aybay/Özbek, a.g.e., s. 263.

<sup>24</sup> Bu durum devletlerin ardıllığının doğal bir sonucudur. Bkz. Aybay/Özbek, a.g.e., s. 264.

<sup>25</sup> Jus soli ilkesi, bir kişinin doğduğu ülke hangi devletin egemenliği altındaysa, kişinin o devletin vatandaşı olmasını öngörür. Aybay/Özbek, a.g.e. s. 22, Doğan, a.g.e., s. 31, Nomer, a.g.e., s. 11, Güngör, a.g.e., s. 54, Erdem, a.g.e., s. 91

<sup>26</sup> KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı’nda toprak esasına göre doğumla vatandaşlık kazanılmasına ilişkin bir hüküm bulunmadığı konusunda bkz. “Toprak Esasına Göre Vatandaşlık Kazanılması” başlığı.

maddesinin 1. fıkrasında da, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olacağı sonucunun çıkarılacağı genel nitelikli bir hüküm yer almaktadır. Ancak vatandaşlıktan çıkarılma kararlarının önemi karşısında bu konuda hakkında, KKTC Anayasası'nın vatandaşlığı düzenleyen 67. maddesinde özel bir hüküm yer almasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Böyle bir özel hükmün, KKTC Anayasası'nın başlangıç kısmında yer alan hukuk devleti ilkesini de pekiştireceği açıktır.

Kanunilik ilkesi gereği vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin detaylı düzenlemelerin ilgili kanunlarda yer alacağı konusunda ise, 1982 Anayasası'nda olduğu gibi, KKTC Anayasası'nda da hüküm mevcuttur (f.5).

### III-) VATANDAŞLIĞIN KAZANILMASI

Türk Hukukunda vatandaşlığın kazanılması “doğumla” ve “sonradan” olmak üzere ikili bir ayrıma tabi kılınmıştır. Türk vatandaşlığının doğumla kazanılması konusunda ise genel ilke “kan bağı esası” (jus sanguinis) olmuştur. Kanun koyucu istisnai olarak “toprak esası”ndan (jus soli) hareketle vatandaşlık tesis edilmesini de öngörmektedir. Türk vatandaşlığının sonradan kazanılması ise, “yetkili makam kararıyla” ve “seçme hakkı yoluyla” mümkündür. Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılması ise kendi içerisinde 1-) Telsik 2-) Olağanüstü Telsik 3-) Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması 4-) Evlenme ve 5-) Evlat Edinme<sup>27</sup> yoluyla kazanma şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur.

25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası'nda da, sistematik olarak bire bir örtüşmemekle beraber, vatandaşlık kazanma yolları bakımından 5901 sayılı TVK ile ciddi benzerlikler mevcuttur. Şimdi aşağıda “doğumla” ve “sonradan” vatandaşlık kazanma yolları bakımından iki ülke hukuklarını karşılaştırmaya çalışalım.

#### A-) VATANDAŞLIĞIN DOĞUMLA KAZANILMASI

##### i-) KAN BAĞI ESASINA GÖRE VATANDAŞLIK KAZANILMASI

Kan bağı esasına göre vatandaşlık kazanılması 5901 sayılı TVK'nın 7. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, Türk vatandaşı anne veya ba-

---

<sup>27</sup> Güngör, evlat edinme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasını “yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanılması” halleri içerisinde saymayarak üçüncü bir yol olarak kabul etmektedir. Güngör, a.g.e., s. 133-137. Erdem ise, sadece telsik ve olağanüstü telsik yöntemlerini yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılması hallerinden saymakta, bunun dışındaki yöntemlerin her birini bağımsız bir vatandaşlık kazanma yolu olarak nitelendirmektedir. Erdem, a.g.e., s. 111 vd.

banın evlilik birliği içinde doğan çocuğu ister Türkiye içinde ister dışında doğmuş olsun doğduğu andan itibaren Türk vatandaşı olmaktadır. Evlilik birliği dışında doğan çocuklar ise, Türk anneden doğdukları anda Türk vatandaşlığını kazanmakta, Türk babadan ise (anne yabancıysa) aralarındaki soybağının kurulmasıyla<sup>28</sup> geriye etkili olarak doğum anı itibarıyla Türk vatandaşlığını kazanmaktadır.

25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası'nın 4. maddesinde de kan bağı esasına göre vatandaşlık kazanılması yolu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede de kan bağı esasına göre vatandaşlık kazanmak için annenin veya babanın KKTC vatandaşı olması koşulu aranmaktadır. Ancak 25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası'nın 2. maddesinde yer alan "çocuk" tanımı dikkate alındığında, 4. maddede uyarınca kan bağı esasına göre vatandaşlık kazanacak çocukların sadece evlilik birliği içinde doğan çocuklar olduğu ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu KKTC vatandaşı anne veya babadan evlilik birliği dışında doğan çocuğun vatandaşlığı konusunda herhangi bir düzenleme getirmemektedir. Bu konuda bir yasa boşluğu mevcuttur ve söz konusu boşluk KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nda da giderilmemiştir.

Ayrıca 25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası'nın kan bağı esasına göre vatandaşlık kazanmayı düzenleyen söz konusu 4. maddesinde, KKTC sınırları dışında doğan ve kan bağı esasına göre doğumla vatandaşlık kazanan çocuklara, daimi olarak KKTC'de ikamet etmeme şartıyla 18 yaşını doldurmalarını takip eden 3 yıl içerisinde seçme hakkını kullanarak vatandaşlıktan çıkma imkanı tanınmıştır. Söz konusu düzenleme kanunun sistematığı bakımından bulunduğu yer itibarıyla doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir<sup>29</sup>. Yine aynı maddenin devamında "KKTC Anayasası'nın 67. maddesine bağlı olarak Kıbrıs Cumhuriyeti yurttaşlığını kazanan ve 15 Kasım 1983 tarihinde Kuzey Kıbrıs'ta yerleşik olanlar, KKTC yurttaşdır" ifadesine yer verilmiştir. Bu düzenleme de hem anayasadaki hükmün bir tekrarıdır ibaret olması hem de ayrı bir hüküm olmak yerine kan bağı esasına göre doğumla vatandaşlık kazanmanın düzenlendiği bir hükümde yer alması nedeniyle doktrinde eleştirilmiştir<sup>30</sup>. Söz konusu her iki düzenlemeye yapılan eleştiriler dikkate alınmış olacak ki, KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nın kan bağı esasına göre doğumla vatandaşlık kazanılmasını düzenleyen ilgili hükümünde bu düzenlemelere yer verilmemiştir.

---

<sup>28</sup> Söz konusu soybağının kurulması ise 5718 sayılı MÖHUK hükümlerine tabidir (TVK Uygulama Yönetmeliği m.7).

<sup>29</sup> Turhan, a.g.e., s. 19-20.

<sup>30</sup> Turhan, a.g.e., s. 24-25.

## ii-) TOPRAK ESASINA GÖRE VATANDAŞLIK KAZANILMASI

Türk hukuku bakımından doğumla vatandaşlık kazanılmasının istisnai bir yolu olan toprak esasına göre vatandaşlık kazanılması 5901 sayılı TVK'nın 8. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, Türkiye'de doğan ve yabancı anne ve babasından dolayı herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan<sup>31</sup> çocuk doğumdan itibaren Türk vatandaşı olacaktır. Türkiye'de bulunmuş çocuklar da, karine olarak Türkiye'de doğmuş kabul edilecektir. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi yapmaktaki temel amacı hiç şüphesiz ki, uluslararası hukuk bakımından istenmeyen bir durum olan "vatansızlık" hallerinin azaltılmasını sağlamaktır<sup>32</sup>.

25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası'nın 6. maddesinde de toprak esasına göre vatandaşlık kazanılması düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, yabancı anne babadan olan ve KKTC'de doğan çocuklar, "*ilgili ülkeler arasındaki mütekalibiyet esasları çerçevesinde*" doğumlarından itibaren KKTC vatandaşı sayılırlar. 5901 sayılı TVK'daki düzenlemeden farklı olarak KKTC kanun koyucusu, KKTC'de doğan çocuğa vatandaşlık vermek için bu çocuğun yabancı anne babasından vatandaşlık alamayarak "vatansız" konuma düşmüş olmasını aramamaktadır. Diğer bir deyişle, toprak esasına göre KKTC vatandaşlığını kazanmak için burada doğmuş olmak yeterlidir. Bu yönüyle toprak esasının, Türk hukukundaki gibi kan bağı esasına göre istisnai bir yol olduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir. KKTC'de toprak esasına, kan bağı esasına kadar önem verildiği açıktır. Bunun temel sebebi de "adaların genel olarak göç veren coğrafi birimler olması ve KKTC'nin adadaki nüfusunun azalmasını engelleme"<sup>33</sup> saiki olsa gerektir.

Ancak tam da bu noktada kanun koyucu, toprak esasına göre vatandaşlık kazandırırken, "mütekalibiyet" gibi siyasi nitelikteki bir koşulu ileri sürerek, bu esasa dayalı vatandaşlık kazanılmasını neredeyse imkansız hale getirmiştir. Çünkü, KKTC'nin, Türkiye dışındaki devletler bakımından tanınmıyor olması, söz konusu mütekalibiyet koşulunu sadece Türkiye'nin yerine getirebilmesi anlamına gelecektir ki bu da, toprak esasına göre vatandaşlık kazanılmasına ilişkin hükümden ancak Türk vatandaşı anne ve babanın KKTC'de doğan çocuklarının yararlanabileceği anlamına gelmektedir. Doktrinde, mütekalibiyet koşulunun aranmasının temel sebebinin "KKTC'nin tanınmasının vatandaşlık

---

<sup>31</sup> Çocuk, anne babasının belli olmaması veya vatansız olmaları ya da milli hukuklarına göre çocuğuna vatandaşlık verememeleri gibi sebeplerle, anne babalarından dolayı herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayabilir (TVK Uygulama Yönetmeliği m.11).

<sup>32</sup> Aybay/Özbek, a.g.e., s.52, Nomer, a.g.e., s. 42, Doğan, a.g.e., s. 27, Erdem, a.g.e., s. 13, Güngör, a.g.e., s. 21.

<sup>33</sup> Turhan, a.g.e., s. 33-34.



hukuku kurallarıyla elde edilmesi” olabileceği belirtilerek kanun koyucunun bu düşüncesinin yanlışlığı dile getirilmiştir<sup>34</sup>.

25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası'nın 6. maddesinin 2. fıkrasında ise, 5901 sayılı TVK'da olduğu gibi, ülkede bulunmuş sahipsiz çocuklarla ilgili bir karine yer almaktadır. Bu karineye göre, söz konusu çocuklar aksi sabit oluncaya kadar KKTC'de doğmuş sayılırlar. Bu çocukların toprak esasına göre vatandaşlık kazanabilmeleri için de “mütekabiliyet” koşulunun aranıp aranmayacağı konusunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Ancak bu çocukların sahipsiz olmaları nedeniyle anne ve babalarının vatandaşlığını tespit etmek imkansız olduğundan, mütekabiliyet koşulunun aranması da mümkün olmayacaktır.

KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nda ise, toprak esasına göre vatandaşlık kazanılmasına ilişkin hüküm 11. maddede yer almaktadır. Ancak söz konusu hükmün “doğumla” vatandaşlık kazanılması yollarından biri olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Zira bu hüküm uyarınca KKTC'de doğan yabancı, kanunun aradığı koşulları taşıması halinde, “*reşit olduktan sonra iki yıl içinde başvurusu*” halinde KKTC vatandaşlığını alabilecektir. Kanun aradığı koşullar ise, “doğduğu tarihten 17 yaşını dolduruncaya kadar KKTC'de yaşamak”, “anne babasının üç yıl KKTC'de yasal olarak ikamet etmesi”, “milli güvenlik”, “genel sağlık” “iyi ahlak” gibi mülahazalardır. Söz konusu düzenleme bu haliyle “doğumla” değil “sonradan” vatandaşlık kazanılmasına ilişkin bir düzenlemedir. Bu ise, toprak esasına göre vatandaşlık kazanılması ilkesinin mantığına aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü toprak esas, “doğumla vatandaşlık kazanma” yöntemi olarak uluslararası hukukta benimsenmiş bir ilkedir. Dolayısıyla, bu haliyle tasarıda, toprak esasına göre “doğumla” vatandaşlık kazanılmasına ilişkin bir hükmün yer aldığı söylemek mümkün değildir.

## **B-) VATANDAŞLIĞIN SONRADAN KAZANILMASI**

### **i-) YETKİLİ MAKAM KARARIYLA VATANDAŞLIK KAZANILMASI**

Yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanma yöntemlerinde, vatandaşlık başvurusunda bulunan kişi, vatandaşlık kanunlarında öngörülen bütün koşulları taşıyor olsa dahi, yetkili makam tarafından vatandaşlığa kabul edilmeyebilir. Diğer bir deyişle, yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanma yöntemlerinde, “idarenin takdir yetkisi”<sup>35</sup> mevcuttur. İdare başvuru koşullarını taşıyan kişileri vatandaşlığa kabul edip etmemekte serbesttir.

---

<sup>34</sup> Turhan, a.g.e., s. 34.

<sup>35</sup> Güngör, a.g.e., s. 72, Nomer, a.g.e., s. 76, Aybay/Özbek, a.g.e., s. 106, Erdem, a.g.e., s. 110, Doğan, a.g.e., s. 61.

5901 sayılı TVK'da ve TVK Uygulama Yönetmeliği'nde yetkili makam kararıyla sonradan vatandaşlık kazanma yolları şöyle sıralanmıştır; 1-) olağan telsik (TVK m.11, TVK Uygulama Yönetmeliği m. 15-19), 2-) olağanüstü telsik (TVK m.12, TVK Uygulama Yönetmeliği m.20) 3-) Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması (TVK m.13, TVK Uygulama Yönetmeliği m. 22-24), 4-) Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması (TVK m.16, TVK Uygulama Yönetmeliği m. 25-31) 5-) Türk vatandaşlığının evlat edinilme yoluyla kazanılması (TVK m.17, TVK Uygulama Yönetmeliği m.32-33).

25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası'nda ise yetkili makam kararı ile sonradan vatandaşlık kazanma yolları şöyle sıralanmıştır. 1-) olağan telsik (genel olarak yurttaşlığa alınma) ( KKTC Yurttaşlık Yasası m.8), 2-) olağanüstü telsik (istisnai olarak yurttaşlığa alınma) (KKTC Yurttaşlık Yasası m. 9).

Olağan telsik yoluyla vatandaşlık kazanılmasında KKTC Hukuku'nda aranan koşulların tamamı Türk Hukuku'nda da aranmaktadır. Bunlar, başvurunun milli hukukunu göre reşit olması<sup>36</sup>, başvuru tarihinden geriye doğru kesintisiz 5 yıl başvuruda bulunduğu ülkede ikamet etmiş olması, başvuruda bulunduğu ülkede yerleşmeye karar verdiğini davranışlarıyla teyit etmiş olması, iyi ahlak sahibi olması, genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden hastalığının bulunmaması, kendisinin ve geçimi ile yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire ve işe sahip olmasıdır. Bunlar dışında Türk Hukuku'nda başvurunun, "toplumsal yaşama uyum sağlayabilecek düzeyde"<sup>37</sup> Türkçe konuşabilmesi ile milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunmaması koşulları aranmaktadır. Söz konusu koşullar, Türk Hukuku'nda, KKTC Hukuku'na göre olağan telsik yoluyla vatandaşlık kazanılmasını zorlaştırmaktadır.

Olağanüstü telsik yoluyla vatandaşlık kazanılmasında, Türk Hukuku'nda sadece "milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak" önkoşulu aranırken, KKTC Hukuku'nda bunun yerine, "reşit olmak", "iyi ahlak sahibi olmak", "genel sağlık bakımından tehlike teşkil edecek hastalığı bulunmamak" ve "geçimini sağlayacak gelir ve işe sahip olmak" önkoşulları aranmaktadır. Ayrıca KKTC Hukuku'nda, KKTC'nin varlık mücadelesinin bir izdüşümü olarak "*1974 Barış Harekatına katılanlar ile eş ve çocukları, şehit düşenlerin dul eş ve çocukları ile ana ve babaları*" ve "*1 Ağustos 1958 tarihinden sonra Türk Mukavemet Teşkilatı saflarında Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde hizmet ifa eden kişiler*" ile bu kişilerin eş ve reşit olmayan çocukları (f.2)

---

<sup>36</sup> Vatansızsa, vatandaşlık başvurusunda bulunduğu ülke hukukuna göre reşit olması aranır.

<sup>37</sup> TVK Uygulama Yönetmeliği m. 15 e bendi.

olağanüstü telsik yoluyla KKTC vatandaşlığı kazanabilmektedir. Bu iki koşulda yer alan yabancıların, Türk vatandaşı oldukları açıktır. Dolayısıyla KKTC Hukuku'nda, Kıbrıslı Türklerin varlık mücadelesi verdiği dönemlerde yanlarında yer alan Türk vatandaşlarına, olağan telsik yoluna göre daha kolay vatandaşlık kazanılmasını sağlayan olağanüstü telsik yoluyla vatandaşlık kazanılması imkanı tanınmaktadır.

Vatandaşlığın yeniden kazanılması meselesi ise Türk Hukuku'nda "ikamet şartı aranmaksızın" yeniden kazanma ve "ikamet şartına bağlı olarak" yeniden kazanma şeklinde ikili bir ayrıma tabidir. Oysa KKTC Hukuku'nda "vatandaşlığın yeniden kazanılması" başlığı altında özel bir vatandaşlık kazanma yolu düzenlenmemiştir. Dolayısıyla KKTC Hukuku bakımından, KKTC vatandaşlığını yeniden kazanmak isteyen kişilerin, olağan telsik yoluyla vatandaşlık kazanmak için başvuruda bulunmaları gerekmektedir.

Evlenme yoluyla vatandaşlık kazanılmasına ilişkin Türk Hukuku'nda yer alan düzenlemelere göre, başvuru tarihinde başvurucunun, bir Türk vatandaşı ile "en az üç yıldan beri evli olması" ve "evlilik birliğinin devam etmesi" gerekmektedir. Ayrıca başvurucu "aile birliği içinde yaşama" "evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama" ve "milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama" koşullarını yerine getirmiş olmalıdır. Evliliğin butlanına karar verilmesi durumunda, başvurucu eş iyi niyetli ise, Türk vatandaşlığını muhafaza etmeye devam edecektir<sup>38</sup>. Butlanına karar verilen evlilikte doğan çocuklar ise anne babalarının iyiniyetli olup olmadıklarına bakılmaksızın Türk vatandaşlığını muhafaza edecektir<sup>39</sup>. KKTC Hukuku'nda ise, evlenme yoluyla vatandaşlık kazanılması, Türk Hukuku'ndan farklı olarak "kanun yoluyla vatandaşlık kazanılması" yöntemi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla KKTC vatandaşı ile evlenen yabancı eş, kanunda belirtilen diğer koşulları yerine getirmesi halinde, kanun gereği KKTC vatandaşlığını kazanacaktır. Diğer bir deyişle bu kişinin KKTC vatandaşlığını kazanması konusunda idarenin herhangi bir takdir yetkisi söz konusu değildir. Ayrıca her iki ülke hukukunda evlenme yoluyla vatandaşlık kazanılması konusunda aranan koşullar bakımından bazı farklılıklar mevcuttur. Örneğin KKTC Hukuku'nda evlilik konusunda daha kısa bir süre öngörülmüştür. KKTC Yurttaşlık Yasası m. 7 uyarınca başvurucunun, başvuru tarihi itibarıyla "en az bir yıldır" KKTC vatandaşı ile evli olması ve "birlikte yaşamasi" yeterlidir. Bunun dışında herhangi bir koşul aranmamaktadır. Yine Türk Hukuku'nda olduğu gibi KKTC Hukuku'nda

---

<sup>38</sup> TVK Uygulama Yönetmeliği m. 31 f.1.

<sup>39</sup> TVK Uygulama Yönetmeliği m. 31 f.2.

da, evliliğin geçersizliği halinde iyiniyetli eşin KKTC vatandaşlığı korunmakta ve bu evlilikten doğan çocuklar da anne babalarının iyiniyetli olup olmadıklarına bakılmaksızın KKTC vatandaşlıklarını korumaktadır. Ayrıca aynı hükümdede, KKTC Hukuku'nda evlenmekle eski vatandaşlığını kaybeden veya evlendiği anda vatansız olan eşe de KKTC vatandaşlığının verileceği belirtilmiştir<sup>40</sup>. KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nda da evlenme yoluyla vatandaşlık kazanılması "kanun yoluyla" vatandaşlık kazanılması yöntemi olarak düzenlenmektedir. Ancak aranan koşullar bakımından ciddi farklılıklar mevcuttur. Tasarının 10. maddesinde yer alan söz konusu düzenlemeye göre, başvurudan itibaren en az üç yıl süre geçmiş olması gerekmektedir. Evlilik süresi uzadıkça söz konusu bekleme süresi iki yıl ve bir yıl olmak üzere terditli olarak azalmaktadır. Ayrıca KKTC vatandaşlığını evlenme yoluyla kazanan eş, vatandaşlığı kazandığı tarihten itibaren 3 yıl içerisinde eşinden boşanırsa, vatandaşlığı Bakanlar Kurulu kararı ile iptal edilecektir. Söz konusu koşulları, vatandaşlık hukukunun uluslararası hukukça kabul edilmiş genel ilkeleri ile bağdaştırmakta ciddi sıkıntılar yaşamaktayız. Örneğin kanun koyucunun başvuruyu sonuçlandırmak için, başvuru tarihinden itibaren neden belirli bir bekleme süresi öngördüğü anlaşılamaaktadır. Vatandaşlık başvurularında belirli sürelerin öngörülmesi vatandaşlık hukukuna ait uluslararası hukuk ilkelerinde de mevcuttur ancak bu süreler, ikamet süreleri gibi başvuru öncesinde geçirilmesi gereken ve başvurucunun vatandaşlığını talep ettiği toplumla düzenli ve sürekli bağlar kurmasını öngören sürelerdir. Oysa söz konusu tasarıda böyle bir amacın güdülmeyeceği açık olan bir "başvuru sonrası bekleme süresi" öngörülmektedir. Diğer bir koşul olan vatandaşlık kazanıldıktan sonra üç yıl içinde boşananların vatandaşlığının iptal edilmesi ise uluslararası sözleşmelerde düzenlenen evlenme hakkının bir parçası olan "boşanma hakkının"<sup>41</sup> ihlali niteliğindedir. Hiçbir kişi vatandaşlığını koruyabilmek için evliliğini bir süre daha devam ettirme yükümlülüğü altına sokulamaz. Böyle bir düzenleme getirilmesindeki amacın paravan evliliklerin önlenmesi olduğu düşünülse dahi, bu saik söz konusu düzenlemeyi haklı çıkarmaktan uzak olacaktır. Çünkü paravan evliliklerin önlenmesi için yapılması gerekenin eşlerin "birlikte yaşama" hallerinin tespitinde daha titiz bir soruş-

---

<sup>40</sup> 403 sayılı TVK döneminde de 2003 yılında gerçekleştirilen değişiklikten önce, Türk vatandaşı erkekle evlenen yabancı kadına, evlenmekle eski vatandaşlığını kaybetmesi veya vatansız olması durumunda, başvurusu üzerine kendiliğinden Türk vatandaşlığını kazanacağı hüküm altına alınmıştı. Kanun yoluyla vatandaşlık kazanılmasına örnek teşkil eden söz konusu hüküm kadın erkek eşitliğine aykırı olması sebebiyle doktrinde eleştirilmekteydi. Eleştiriler ve sonraki değişiklik ve düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Aybay/Özbek, a.g.e., s. 131 vd.

<sup>41</sup> Gizem Ersen, Yabancıların Evlenme Hakkı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 45 vd.

turmanın yürütülmesinden ibaret olduğu düşüncesindeyiz.

Evlad edinilme yoluyla vatandaşlık kazanılması konusunda 5901 sayılı TVK'da yer alan düzenlemeden ancak evlat edinilme sırasında ergin olmayan kişiler yani küçükler yararlanabilmektedir. Söz konusu küçükler, "milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından bir engel teşkil edecek halleri bulunmamak" koşuluyla, "evlat edinme kararının"<sup>42</sup> verildiği tarihten itibaren Türk vatandaşlığını kazanabileceklerdir. Ergin bir yabancıdan bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilmesi durumunda ise söz konusu yabancı olağan telsik yoluna başvurarak Türk vatandaşlığını kazanabilecektir<sup>43</sup>. KKTC Hukuku'nda da evlat edinilme yoluyla vatandaşlık kazanılması sadece evlat edinilen yabancıdan küçük olması durumunda söz konusu olabilmektedir. Ancak aranan tek koşul bu değildir. Söz konusu küçükün vatanlız olması veya anne babasının olmaması ya da anne babasının nerede olduğunun bilinmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla KKTC Hukuku'nda ancak bu özelliklerden birine sahip küçükler evlat edinilmekle KKTC vatandaşlığı kazanacaklardır. Kanun koyucunun böyle bir sınırlandırma getirmesinin temel sebebi ise, söz konusu vatandaşlık kazanma yönteminin "yetkili makam kararıyla" değil "kanun yoluyla" vatandaşlık kazanma yöntemi olmasıdır. Dolayısıyla vatandaşlığın kazanılması bakımından idarenin herhangi bir takdir yetkisi söz konusu değildir. Koşulların varlığı halinde yabancı küçük KKTC vatandaşı kişi tarafından evlat edinilmekle vatandaşlık kazanmış sayılacaktır. KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nda da evlat edinme yoluyla vatandaşlık kazanılması kanun yoluyla vatandaşlık kazanılması yöntemi olarak düzenlenmiştir.

Ayrıca KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nda, "devlet himayesine verilen çocukların KKTC yurttaşlığına alınması" bir kanun yoluyla vatandaşlık kazanılması yöntemi olarak ve "küçük yaşta ülkeye gelen yabancıların KKTC Yurttaşlığına alınması" "çalışma veya iş kurma izni ile ikamet eden yabancıların yurttaşlığa alınması" ile "yasa yürürlüğe girmeden önce daimi ikamet izni sahiplerinin yurttaşlığa alınması" ise yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanılması yöntemleri olarak düzenlenmiştir. Daha çok uygulamada gerçekleştirilen başvuruların idarece tasnifinden esinlenilerek yapıldığına inandığımız söz konusu düzenlemeler hem vatandaşlık hukukuna ilişkin uluslararası hukukça benim-

---

<sup>42</sup> İlgili hükümde "karar tarihi" ifadesi yer almaktadır. Bu kararın vatandaşlığa kabul kararı mı olduğu yoksa evlatlık ilişkisinin kurulduğu mahkeme kararı mı olduğu açık değildir. İlgili hükmü TVK Uygulama Yönetmeliği'ndeki ilgili hükümle birlikte değerlendirerek, söz konusu kararın İçişleri Bakanlığı'nın kararı olduğunu savunan görüş için bkz. Doğan, a.g.e., s. 106, Güngör, a.g.e., s. 132, Erdem, a.g.e., s. 163. Aksi görüş için bkz. Nomer, a.g.e., s. 108.

<sup>43</sup> TVK Uygulama Yönetmeliği m. 32 f.3.

senmiş genel tasnifleri alt üst edişi hem de karmaşık ve yoruma muhtaç ifadeleri nedeniyle eleştirilere açıktır.

## ii-) SEÇME HAKKI YOLUYLA VATANDAŞLIK KAZANILMASI

Seçme hakkı yoluyla vatandaşlık kazanılması yönteminde, idarenin takdir yetkisi söz konusu değildir<sup>44</sup>. Gerekli koşulları taşıyan her yabancı, başvurusu halinde vatandaşlık kazanacaktır. Diğer bir deyişle, seçme hakkı ile vatandaşlık kazanılmasında idare, sadece başvurucunun gerekli koşulları taşıyıp taşımadığını denetler. Taşınması halinde ise, başvuruyu kabul ederek kişiye vatandaşlık kazandırır.

Türk Hukuku'nda seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kazanabilecek yabancıları iki<sup>45</sup> kategoriye ayırarak incelemek mümkündür. Bunlardan ilki, Türk vatandaşlığından çıkma izni alarak çıkan anne babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını yitiren çocuklardır (TVK m.21). Bu çocuklar, ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığını kazanacaktır. İkinci kategori ise, doğumla KKTC vatandaşlığını kazanmış kişilerdir<sup>46</sup> (TVK m.42). Aslında doğumla KKTC vatandaşlığını kazanmış kişilerin seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını elde edebilmeleri, ilk defa, 2003 yılında yayımlanan 4862 sayılı kanunla<sup>47</sup> 403 sayılı TVK'ya bu konuda bir hüküm eklenmesiyle mümkün olmuştur. Ancak söz konusu hükümde, 5901 sayılı TVK'dan farklı olarak ister doğumla ister sonradan kazanmış olsun bütün KKTC vatandaşlarının seçme hakkı yoluyla Türk vatandaşlığını kazanabileceği belirtiliyordu. Oysa 5901 sayılı TVK uyarınca günümüzde sadece doğumla

---

<sup>44</sup> Nomer, a.g.e., s. 97, Erdem, a.g.e., s. 189. Aybay/Özbek, a.g.e., Doğan, a.g.e., s. 116, Güngör, a.g.e., s. 137.

<sup>45</sup> Doktrinde, Türk vatandaşlığı ile ilişkisi, seçme hakkını kullanarak ayrılmış anne babalarına bağlı olarak kesilmiş kişilerin de üçüncü bir kategoriye oluşturduğu dile getirilmiştir. Aybay/Özbek, a.g.e., s. 145, Rifat Erten, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığını Kazanılmasına İlişkin Hükümleri, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, 2008, s. 59.

<sup>46</sup> 5901 sayılı TVK m.42'nin ifade tarzının "seçme hakkı" yoluyla vatandaşlık kazanılmasından ziyade "kanun yoluyla" vatandaşlık kazanılması yöntemini işaret ettiği yönünde görüş için bkz. Nomer, a.g.e., s. 112. Güngör de, Türk vatandaşı olmak için başvuruda bulunan doğumla KKTC vatandaşı olan kişilerin, seçme hakkı yoluyla vatandaşlık kazanılması yönteminde aranan koşullardan biri olan "küçükken anne babasına bağlı olarak Türk vatandaşlığını yitirmiş olma" koşuluna uymamaları nedeniyle, bu yöntemi "seçme hakkı yoluyla sonradan vatandaşlık kazanılması" içerisinde değerlendirmemektedir. Güngör, a.g.e., s. 142 İdarenin burada bağlı yetkisinin bulunduğu bu sebeple koşulları taşıyan her KKTC vatandaşına Türk vatandaşlığını vereceği yönünde görüş için bkz. Doğan, a.g.e., s. 115

<sup>47</sup> 4862 sayılı Kanun 03.06.2003 tarihli ve 25127 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

KKTC vatandaşı olanlar bu imkandan yararlanabilecektir<sup>48</sup> <sup>49</sup>. 5901 sayılı TVK gerekçesinde bu ayırımın sebebi; “Türk vatandaşlığını kazanma koşullarını taşımayan yabancıların Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşlığını kazanarak kolay yoldan Türk vatandaşı olmalarının engellenmesi” olarak açıklanmıştır.

KKTC Hukuku’nda ise seçme hakkı yoluyla vatandaşlık kazanılması yöntemi mevcut değildir.

#### **IV-) VATANDAŞLIĞIN KAYBI**

##### **A-) YETKİLİ MAKAM KARARIYLA VATANDAŞLIĞIN KAYBI**

Türk Hukuku’nda yetkili makam kararıyla vatandaşlık kaybı halleri şöyle sıralanmıştır; 1-) Çıkma (TVK m. 25- 28, TVK Uygulama Yönetmeliği m.42-55 2-) Kaybettirme (TVK m. 29-30, TVK Uygulama Yönetmeliği m. 56) 3-) Vatandaşlığa Alınmanın İptali (TVK m. 31-33, TVK Uygulama Yönetmeliği m. 57-58)

KKTC Hukuku’nda ise yetkili makam kararıyla vatandaşlık kaybı halleri şöyledir; 1-) Çıkma (25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası m. 13-15) 2-) Kaybettirme (25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası m. 17) 3-) Vatandaşlığa Alınmanın İptali (25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası m. 16) 4-) Çıkarma (25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası m. 18)

Çıkma yoluyla vatandaşlık kaybı yönteminden yararlanmak isteyen Türk vatandaşının, 1-) *ergin ve ayırt etme gücüne sahip olması* 2-) *yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olması veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunması* 3-) *herhangi bir suç veya askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmaması* ve 4-) *hakkında herhangi bir mali ve cezai tahdit bulunmaması* gerekmektedir. KKTC Hukuku’nda da 25/1993 sayılı Yurttaşlık Yasası’nın 13. ve

---

<sup>48</sup> Söz konusu hükmün, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’nde vatandaşlığın kazanılması ve kaybında ayrımcılık yapılmamasını öngören hükme aykırı olduğu yönündeki görüş için bkz. Erten, a.g.m., s. 59. Söz konusu düzenlemenin KKTC vatandaşları arasında ayırım yapması sebebiyle “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İki Ülke Vatandaşlarına İlave Kolaylıklar Tanınmasına İlişkin Antlaşma” hükümlerine aykırılık teşkil ettiği yönündeki görüş için bkz. Güngör, a.g.e., s. 144. Benzer yönde görüş için bkz. Faruk Kerem Giray, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Hakkında Değerlendirme, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, 2011, s. 385-386. Türkiye’nin böyle bir düzenleme yapmasının “KKTC’deki özel durumlar” sebebiyle bütünüyle haksız sayılmaması yönündeki görüş için bkz. Aybay/Özbek, a.g.e., s. 148 dn. 120.

<sup>49</sup> Doğumla KKTC vatandaşı olan kişinin başvuru anında küçük olan çocuklarının kişiye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanıp kazanmayacağı konusunda TVK’da herhangi bir hüküm mevcut değildir. Doktrinde söz konusu kanun boşluğunun 5901 sayılı TVK m.12/ 1-b (olağanüstü telsik- vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler) hükmünün uygulanması ile doldurulması gerektiği dile getirilmektedir. Bkz. Güngör, a.g.e., s. 143.

15. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde benzer koşullar öngörüldüğü tespit edilmektedir. Sadece KKTC Hukuku'nda "*hakkında herhangi bir mali ve cezai tahdit bulunmamak ve herhangi bir suç nedeniyle aranan kişilerden olmamak*" koşulu yer almamaktadır. Çıkma konusunda iki ülke hukukunda yer alan önemli bir fark ise, "çıkma izin belgesine" ilişkindir. Türk Hukuku'nda yabancı devlet vatandaşlığını henüz kazanmamış kişiler için, iki yıl süreyle geçerli olmak üzere "çıkma izin belgesi" düzenlenmektedir (TVK m.26). KKTC Hukuku'nda ise böyle bir belge mevcut değildir. KKTC vatandaşlığından çıkmak isteyen kişilere, yabancı devlet vatandaşı olduklarını kanıtladıkları anda doğrudan "çıkma belgesi" verilmektedir. Yine çıkma konusunda var olan başka bir temel fark, vatandaşlıktan çıkanların statüsüne ilişkindir. KKTC Hukuku'nda vatandaşlıktan çıkanlar, çıkma belgesinin kendilerine verilmesi anından itibaren "yabancı" statüsüne tabi olurlar ve ikamet, taşınmaz mal edinme ve devretme, miras ve çalışma gibi konularda klasik bir yabancı gibi muamele görürler (25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası m.20 f.1) . Türk Hukuku'nda ise, çıkma yoluyla Türk vatandaşlığını kaybedenlerden doğumla Türk vatandaşı olmuş olanlar, adeta "ayrıcılık bir yabancı"<sup>50</sup> olarak kabul edilirler ve seçme ve seçilme, muafin araç ve ev eşyası ithal etme hakları, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ve kamu hizmetinde kadrolu olarak çalışma hakkı dışındaki Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler (TVK m.28). Çıkma konusunda, Türk Hukuku'nda KKTC Hukuku'ndan farklı düzenlemeler yer almasının temel sebebi, Türkiye'nin 1970'li yıllardan itibaren Avrupa'ya ve özellikle de Almanya'ya çalışmak için gönderdiği Türk vatandaşlarının gittikleri ülkenin vatandaşlığını almak için Türk vatandaşlığından çıkmak durumunda kalmalarıdır<sup>51</sup>. Gittikleri ülkelerin çifte vatandaşlığa izin vermemesi<sup>52</sup> nedeniyle Türk vatandaşlığından çıkmak durumunda kalan bu kişilere bu düzenlemeler sayesinde birçok ayrıcalık tanınmıştır. KKTC de göç veren bir ülke olmasına karşın, KKTC Hukuku'nda böyle bir ayrıcalıklı yabancı statüsü oluşturulmamıştır.

Yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kaybına ilişkin bir diğer yöntem kaybettirmedir. Kaybettirme yönteminde kişinin herhangi bir talebi söz konusu

---

<sup>50</sup> Aybay, a.g.e.,s. 185, Güngör, a.g.e., s. 153 Erdem,a.g.e., s. 224, Nomer, a.g.e., s. 133, Doğan, a.g.e., s. 126. İlk defa 1995 yılında 403 sayılı TVK'ya eklenen ve doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni alarak vatandaşlıktan çıkanlara tanınan ayrıcalıkları düzenleyen 28. madde hükmü hakkında detaylı bilgi için bkz. Turgut Turhan, Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK m.29 üzerine bir inceleme), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997, Sayı1-4, s. 41-65.

<sup>51</sup> Erdem, a.g.e., s. 224-225.

<sup>52</sup> Bu durum 403 sayılı TVK m.28 gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir.



değildir. Kanunun aradığı koşulların varlığı halinde Bakanlar Kurulu<sup>53</sup> tarafından kaybettirme kararı verilebilmektedir. Türk Hukuku'nda, 1-) *yabancı devletin Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunup da bu görevi bırakmaları kendilerine bildirilmesine rağmen üç aydan az olmamak üzere verilecek uygun sürede kendi istekleri ile bu görevi bırakmayanlar* 2-) *Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde Bakanlar Kurulu'nun izni olmaksızın kendi istekleriyle çalışmaya devam edenler ve* 3-) *izin olmaksızın yabancı bir devlet hizmetinde gönüllü olarak askerlik yapanlar*"<sup>54</sup> hakkında kaybettirme kararı verilebileceği düzenlenmiştir. KKTC Hukuku'nda da kaybettirme yöntemi bir vatandaşlık kaybı yöntemi olarak düzenlenmiştir. Ancak Türk Hukuku'ndan farklı olarak bu yöntemde idarenin takdir yetkisi yoktur. Dolayısıyla söz konusu koşulların taşıyan kişiler hakkında Bakanlar Kurulu kaybettirme kararı vermek zorundadır. Ayrıca KKTC Hukuku'nda kan bağı esasına uygun olarak doğum yoluyla vatandaşlık kazananlar hakkında "kaybettirme kararı" verilemeyeceği düzenlenmiştir (25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası m.17 f.3)<sup>54</sup>. Kaybettirme kararının verilebilmesi için gereken koşullar bakımından iki ülke hukuku benzerlik göstermektedir. KKTC Hukuku'nda da Türk Hukuku'nda yer alan ilk iki koşul aynen korunmuştur. Ancak KKTC Hukuku'nda Türk Hukuku'ndaki üçüncü koşul yerine " *yurt dışında bulunup da mükellef askerlik ödevini yerine getirmek veya savaş ilanı üzerine yurt dışında bulunup da yurt savunmasına katılmak için yetkili kılınmış makamlar tarafından usulen yapılacak çağrıya özürsüz olarak üç ay içinde uymayanlar*"ın hakkında kaybettirme kararı verileceğine ilişkin hüküm eklenmiştir<sup>55</sup>.

Türk Hukuku'nda, Türk vatandaşlığına alınma kararının, " *ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucunda*" verilmiş ise iptal edileceği düzenlenmiştir. Söz konusu iptal kararına ilişkin idarenin takdir yetkisi mevcut değildir. Hakkında iptal kararı verilen kişiye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan eş ve çocuklar da iptal kararıyla vatandaşlıklarını yitirirler. İptal kararı karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder<sup>56</sup>. Bu tarihten itibaren kişi "yabancı" statüsünde olur. Vatandaşlığa alınma kararının iptali, KKTC Hukuku'nda da Türk Hukuku'nda olduğu gibi, sadece sonradan vatandaşlık kazananlar için uygulanabilecek bir vatandaşlığın kaybı

---

<sup>53</sup> "Kişinin talebi olmadan verilen ve maddi -manevi bakımdan ciddi sonuçları olan kaybettirme kararlarında son sözün Bakanlar Kurulu'na bırakılmasının yerinde olduğuna" ilişkin bkz. Aybay/Özbek, a.g.e., s. 198.

<sup>54</sup> Bu düzenlemenin anlaşılmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. Turhan, a.g.e., s. 107.

<sup>55</sup> Söz konusu koşul 403 sayılı TVK'da da yer almaktaydı.

<sup>56</sup> İptal kararının geçmişe etkili olarak vatandaşlığa alınma kararının verildiği andan itibaren hüküm ifade etmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Nomer, a.g.e., s. 144

yöntemidir. Aranan koşullar bakımından da iki ülke hukukunda herhangi bir farklılık yoktur. İptal kararının hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği konusunda ise KKTC Hukuku'nda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Söz konusu kanuni boşluğun bir an önce doldurulması yerinde olacaktır<sup>57</sup>. İptal kararının eş ve çocuklara etkisi konusunda da iki ülke arasında bir farklılık söz konusu değildir. Ancak haktan iptal kararı verilen kişinin statüsü konusunda iki ülke hukuku arasında ciddi bir farklılık mevcuttur. Yukarıda belirtildiği gibi Türk Hukuku'nda kişi "yabancı" statüsünde kabul edilirken, KKTC Hukuku'nda kişinin "yabancılara tanınan haklardan yararlanamayacağı" belirtilmiştir (25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası m.20 f.2). Söz konusu düzenlemenin, temel hak ve özgürlüklerden yararlanmak bakımından yabancı ve vatandaşı eşit gören ve yabancıların haklarının ancak milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini düzenleyen KKTC Anayasası'nın 13. maddesine aykırılık teşkil ettiği açıktır<sup>58</sup>. İnsan hakları bakımından ciddi eleştirilere tabi tutulması gereken söz konusu hükmün acilen yürürlüğüne son verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Zaten KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nın 24. maddesinde de bu doğrultuda bir düzenlemeye yer verilerek vatandaşlığa alınma kararı iptal edilenlerin "yabancı" statüsünde kabul edileceği belirtilmiştir.

Son olarak KKTC Hukuku'nda "çıkarma" yöntemi bir vatandaşlığın kaybı yöntemi olarak düzenlenmektedir. Oysa Türk Hukuku'nda 5901 sayılı TVK'da, mülga yasalardan farklı olarak söz konusu yöntem yer verilmemiştir. Bunun temel sebebi olarak da, Türk kanun koyucunun Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve diğer uluslararası sözleşmelerde kabul edilen, "irade dışı vatandaşlığın kaybı hallerinin cezai müeyyide olarak düzenlenmesinden kaçınılması"<sup>59</sup> ilkesi doğrultusunda hareket etme çabası gösterilebilir. KKTC Hukuku'nda "çıkarma" müessesesi 25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası'nın 18. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca belirtilen koşulları taşıyan ve KKTC vatandaşlığını sonradan kazanmış kişiler hakkında Bakanlar Kurulu çıkarma kararı verebilmektedir. İdarenin takdir yetkisi olan çıkarma yoluyla vatandaşlık kaybı hallerinde de, yukarıda değinilen insan haklarına aykırı hüküm gereği, kişinin "yabancılara tanınan haklardan yararlanamayacağı" belirtilmiştir (25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası m. 20 f.2) Söz konusu hüküm için yaptığımız eleştiri burada da yineleniyor. KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nın 22. maddesinde de "çıkarma" müessesesi varlığını korumaya devam

---

<sup>57</sup> Söz konusu boşluğun TVK hükümleri ile doldurulması gerektiği yönündeki görüş için bkz., Turhan, a.g.e., s. 106.

<sup>58</sup> Turhan, a.g.e., s. 100.

<sup>59</sup> Doğan, a.g.e., s. 150.

etmiştir. Ancak artık vatandaşlıktan çıkarılan kişi “yabancı statüsünde” kabul edilecektir.

### **B-) SEÇME HAKKI YOLUYLA VATANDAŞLIĞIN KAYBI**

Türk Hukukunda seçme hakkı yoluyla vatandaşlığın kaybı halleri 5901 sayılı TVK m. 34-35 ile TVK Uygulama Yönetmeliği m.59-61’de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, 1-) kan bağı esasına göre Türk vatandaşı olanlardan, yabancı anne veya babanın vatandaşlığını doğumla veya sonradan kazananlar 2-) kan bağı esasına göre Türk vatandaşı olanlardan, toprak esasına göre yabancı bir devlet vatandaşlığı kazananlar 3-) evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığı kazananlar 4-) toprak esasına göre Türk vatandaşı olanlardan sonradan yabancı anne veya babanın vatandaşlığını kazananlar 5-) herhangi bir şekilde Türk vatandaşlığını kazanmış anne veya babaya bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazananlar, Türk vatandaşlığının kaybı ile vatansız kalmayacaklar ise seçme hakkını kullanarak vatandaşlıktan çıkabilirler.

KKTC Hukuku’nda ise, seçme hakkı yoluyla vatandaşlığın kaybı 25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası’nın 4. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; KKTC sınırları dışında doğan ve daimi olarak KKTC’de ikamet etmeyen KKTC vatandaşı küçükler, 18 yaşını doldurdıkları andan itibaren 3 yıl içerisinde seçme haklarını kullanarak vatandaşlıktan çıkabilmektedir.

### **V-) VATANDAŞLIĞIN İSPATI VE YARGI YOLU**

Her iki ülkenin hukukunda da vatandaşlığın ispatı ve idarenin vatandaşlığa ilişkin verdiği kararlara karşı yargı yoluna başvurulması meseleleri düzenlenmiştir. Şimdi bu konular hakkındaki düzenlemeleri sırasıyla açıklamaya çalışalım.

#### **A-) VATANDAŞLIĞIN İSPATI**

Türk vatandaşlığının ispatı 5901 sayılı TVK m. 36 ve TVK Uygulama Yönetmeliği m.62’de düzenlenmektedir. Her iki düzenlemede de Türk vatandaşlığının ispatının herhangi bir şekilde tabi olmadığı genel ilkesi kabul edilmiştir. Vatandaşlığın ispatına yarayan ve bu yönde karine teşkil eden belgeler örnek kabilinden sayılmış, bu belgelere benzer belgelerle de ispatın mümkün olacağı açıkça ifade edilmiştir. Vatandaşlığın ispatında benimsenen söz konusu “esnek uygulamanın insan hakları bakımından da yerinde” olduğu açıktır<sup>60</sup>. 5901 sayılı TVK’da vatandaşlığın ispatında örnek teşkil eden belgeler olarak, nüfus

---

<sup>60</sup> Aybay/Özbek, a.g.e., s. 240.

kayıtları, nüfus cüzdanları ve pasaport ve pasaport yerine geçen belgeler sayılmıştır. TVK Uygulama Yönetmeliği'nde, bu belgelere ek olarak, uluslararası aile cüzdanı da belirtilmiştir. Ayrıca kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı konusunda tereddüt yaşanması halinde, durumun İçişleri Bakanlığı'na sorulacağı düzenlenmiştir.

25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası'nda da vatandaşlığın ispatı konusunda esnek bir uygulama öngörülmüştür. Dolayısıyla kişinin vatandaş olduğuna ilişkin karine teşkil eden belgeler bu hukukta da örnek kabilindedir. Bu belgelerin neler olduğu 25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası'nın 21. maddesinde belirtilmiştir<sup>61</sup>. Buna göre, KKTC vatandaşlığı, doğum belgesi, KKTC kimlik kartı, pasaport ve pasaport yerine geçen belgeler ve KKTC elçilik, konsolosluk ve dış temsilciliklerince verilen resmi belgeler gibi belgelerle ispat edilebilecektir. Kişinin KKTC vatandaşı olup olmamasına ilişkin herhangi bir tereddüt oluşması durumunda ise bu husus İçişleri ve Çalışma Bakanlığı'ndan sorulacaktır.

Vatandaşlığın ispatı meselesi KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nın 26. maddesinde düzenlenmiştir. Mevcut düzenleme gibi tasarıda da sadece örnek belgelerin sayıldığı esnek bir uygulama tercih edilmiştir. Ancak mevcut düzenlemeye farklı olarak örnek kabilinden sayılan belgelerin çeşidinde bir azalmaya gidilmiş ve sadece KKTC kimlik kartı ile pasaport ve pasaport yerine geçen belgeler sıralanmıştır. Bu belgelerin tahdidi (numerus clauses) olmaması sebebiyle tasarıda sadece iki çeşit belgenin belirtilmiş olmasının pratik bakımdan herhangi bir önemi olmayacaktır. Ancak tasarıda, kişinin vatandaşlığının tespiti konusunda herhangi bir tereddüt oluşması durumunda nereye başvurulacağına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Gerek Türk Hukukunda gerekse mevcut KKTC Yurttaşlık Yasası'nda var olan söz konusu hükmün tasarıda yer almama sebebini anlamak pek mümkün görünmemektedir.

## **B-) YARGI YOLU**

5901 sayılı TVK'da vatandaşlığın kazanılması veya kaybına ilişkin verilen idari kararlara karşı yargı yolunun açık olacağına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır<sup>62</sup>. Ancak bundan idarenin vatandaşlığa ilişkin kararlarının yargı denetiminden muaf olduğu sonucunu çıkarmanın mümkün olmadığı, yukarıda "anayasal düzenlemelerde vatandaşlık" başlığı altında Türk Hukuku ile ilgili yapılan açıklamalar doğrultusunda açıktır. Dolayısıyla idarenin vatandaşlığın

---

<sup>61</sup> KKTC Uygulama Tüzüğü'nde konuya ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir.

<sup>62</sup> Mülga 403 sayılı TVK'da 40. maddesinde vatandaşlığa ilişkin verilen idari kararlar aleyhine Danıştay'a başvurulabileceği açıkça düzenlenmiştir.

gerek kazanılmasına gerekse kaybına ilişkin her türlü kararına karşı, idari yargı yoluna başvurulabileceği kesindir. Bu anlamda, Türk İdari Yargı Sistemi'nde ikili bir ayırım benimsenmiş ve Bakanlar Kurulu'nun vatandaşlığa ilişkin aldığı kararlara karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da (2575 sayılı Danıştay Kanunu<sup>63</sup> m. 24 a bendi), İçişleri Bakanlığı'nın vatandaşlığa ilişkin aldığı kararlara karşı ilk derece mahkemesi olarak Ankara İdare Mahkemesi'nde (2576 sayılı Kanun<sup>64</sup> m.5 d bendi) dava açılacağı kararlaştırılmıştır.

Her ne kadar KKTC Anayasası'nda özel bir hüküm bulunmasa da, bu hukuk sisteminde de vatandaşlığa ilişkin idari işlemler yargısal denetime tabidir. Bu ilke, 25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası'nın 22. maddesinde açıkça düzenlenmiştir<sup>65</sup>. Söz konusu düzenlemeye göre, *"Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yurttaşlığı hakkında idari makamlarca verilen kararlara karşı bu kararlardan etkilenen kişiler, yargı yoluna başvurma hakkına sahiptir"*. KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nda da, 28. maddede aynı hüküm yer almaktadır<sup>66</sup>. Peki bu idari kararlara karşı ilk derece mahkemesi olarak hangi mahkemede dava açılacaktır? Bu soruya cevap verebilmek için öncelikle, KKTC Mahkeme Teşkilatı'ndan kısaca söz etmek gerekmektedir. KKTC Yargı Sistemi, İngiliz Yargı Sistemi ile Türk Yargı Sistemi'nin bir karmasından oluşmaktadır<sup>67</sup>. 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'na<sup>68</sup> göre, mahkemeler alt mahkemeler ve yüksek mahkeme olmak üzere ikiye ayrılmaktadır ve aralarında hiyerarşik bir ilişki mevcuttur. Alt mahkemeler, kaza mahkemeleri (hukuk ve ceza), ağır ceza mahkemeleri ve aile mahkemeleridir. Yüksek Mahkeme ise Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Yüksek İdare Mahkemesi, Yüce Divan ve Askeri Yargıtay sıfatıyla görev yapmaktadır. Yüksek Mahkemenin, *"Yüksek İdare Mahkemesi"* olarak görevini yerine getirebilmesi için, bir başkan ve iki veya üç yargıçla toplanması gerekir<sup>69</sup>. Adada Kıbrıs

---

<sup>63</sup> 2575 sayılı Danıştay Kanunu 20.01.1982 tarihli ve 17580 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>64</sup> 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun 20.01.1982 tarihli ve 17580 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>65</sup> Söz konusu ilke KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nın 28. maddesinde de düzenlenmektedir.

<sup>66</sup> Sadece KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nda, KKTC Yurttaşlık Yasası'ndan farklı olarak *"karardan etkilenen kişiler"* yerine *"karardan etkilenen herkes"* ifadesine yer verilmiştir. Söz konusu ifade değişikliğinin, hakkından vatandaşlığa ilişkin karar verilen kişinin yanı sıra bu karardan etkilenen bütün kişilerin de karar aleyhine dava açma imkanları olduğunu daha güçlü vurgulamak adına yapıldığı açıktır.

<sup>67</sup> Atilla Özer, Türk Cumhuriyetlerinin Hukuki Yapısı (Yasama-Yürütme-Yargı) Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 133-134.

<sup>68</sup> 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası, 18.04.1976 tarihli ve 25 sayılı (KKTC) Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>69</sup> Özer, a.g.e., s.141.

Cumhuriyeti Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana idarenin yargısal denetimi kaza mahkemeleri dışındaki yargı mercileri tarafından yerine getirilmektedir<sup>70</sup>. Kıbrıs Cumhuriyeti döneminde bu görev Anayasa Mahkemesi tarafından yerine getirilirken, Kıbrıs Türk Federe Devleti ve KKTC Anayasaları döneminde "Yüksek İdare Mahkemesi" tarafından üstlenilmiştir<sup>71</sup>. İşte bu sebeple, KKTC'de vatandaşlığa ilişkin her türlü idari karara karşı ilk derece mahkemesi olarak "Yüksek İdare Mahkemesi'nde" dava açılabilir.

## VI-) SONUÇ

Anayasal düzenlemeler temelinde yapılan karşılaştırmada, KKTC Anayasası'nın, vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin temel ilkeleri belirlemenin ötesinde kimlerin KKTC vatandaşı sayılacağına ilişkin çok detaylı bir düzenlemeye gittiği tespit edilmiştir. Devletlerin ardılığı durumunda, vatandaşlık konusunda ki bu tarz detaylı düzenlemelere anayasalarda sıklıkla yer verildiği bir gerçek olmakla beraber, KKTC'nin kuruluşunun üzerinden otuz üç yıl gibi uzun bir süre geçtiğini dikkate aldığımızda, artık mevcut düzenlemedeki, kimlerin KKTC vatandaşı sayılacağına ilişkin kısmın sadece ilgili vatandaşlık kanununda düzenlenmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Bunun aksine, vatandaşlığa ilişkin idari kararlara karşı yargı yolunun açık olduğuna ilişkin genel ilkenin ise KKTC Yurttaşlık Yasası'nın ötesinde anayasal bir ilke olarak KKTC Anayasası'nda yer almasının hukukun üstünlüğü ilkesinin pekiştirilmesi bakımından daha yerinde olacağı açıktır.

Vatandaşlığın doğum yoluyla kazanılmasındaki temel ilkelerden olan "kan bağı esasına" göre vatandaşlık kazanılması konusunda KKTC Vatandaşlık Hukukunda, evlilik birliği dışında doğan çocukların vatandaşlıklarına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konudaki kanun boşluğunun giderilmesi gerekmektedir.

Vatandaşlığın toprak esasına göre kazanılması meselesinde ise, KKTC Vatandaşlık Hukuku'nda benimsenen "mütekabiliyet" koşulu, ülkenin sadece Türkiye tarafından tanınması gerçeği karşısında, sadece Türk anne babanın KKTC'de doğan çocuğu bakımından uygulanma imkanı bulmaktadır. Söz konusu koşulun KKTC'nin uluslararası arenada tanınması için vatandaşlık hukuku düzenlemeleri içerisine yerleştirilmesi hukuki olmaktan ziyade siyasi bir tutum

---

<sup>70</sup> Tufan Erhürman, KKTC İdari Yargılama Hukuku, Işık Kitabevi, Kıbrıs, 2012, s. 40-41 ve Taner Erginel, KKTC Yargısının Sorunları ve Örnek Yargı Oluşturma Çabaları, KKTC Barolar Birliği Yayınları, Lefkoşa, 2011, s. 68.

<sup>71</sup> Erhürman, a.g.e., s. 41.

olmakta ve hükümden beklenen sonucun gerçekleşmesini engellemektedir. Dolayısıyla hükümden “mütekabiliyet” koşulunun kaldırılması gerekmektedir. KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı’nda ise toprak esasına ilişkin düzenleme çok detaylı olarak düzenlenmiş ve sonradan vatandaşlık kazanılması yöntemlerinde aranan koşulların birçoğu burada da aranmıştır. Üstelik bu yoldan vatandaşlık alacak kişilerin ancak reşit olduktan sonra iki yıl içerisinde başvuruda bulunabilecekleri düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu haliyle tasarıda toprak esasına göre “doğumla” vatandaşlık kazanılmasını düzenleyen bir hükmün yer aldığını söylemek mümkün değildir.

Yetkili makam kararıyla sonradan vatandaşlık kazanılması yollarından biri olan olağan telsikte, KKTC Hukuku’ndan farklı olarak, Türk Hukuku’nda, başvurucunun, toplumsal yaşama uyum sağlayabilecek düzeyde Türkçe konuşabilmesi ile milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunmaması koşulları aranmaktadır. Söz konusu koşullar, Türk Hukuku’nda, KKTC Hukuku’na göre olağan telsik yoluyla vatandaşlık kazanılmasını zorlaştırmaktadır.

Olağanüstü telsik yoluyla vatandaşlık kazanılması meselesinde ise, KKTC Hukuku’nda, Kıbrıslı Türklerin varlık mücadelesi verdiği dönemlerde yanlarında yer alan Türk vatandaşlarına, olağan telsik yoluna göre daha kolay vatandaşlık kazanılmasını sağlayan olağanüstü telsik yoluyla vatandaşlık kazanılması imkanı tanınmaktadır.

Türk Hukuku’ndan farklı olarak, KKTC Hukuku’nda vatandaşlığın yeniden kazanılmasına ilişkin özel bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla, KKTC vatandaşlığını yeniden kazanmak isteyen kişilerin, olağan telsik yoluyla vatandaşlık kazanmak için başvuruda bulunmaları gerekmektedir.

Evlenme yoluyla vatandaşlık kazanılması konusunda KKTC Hukuku ile Türk Hukuku arasında yöntem farkı mevcuttur. Türk Hukuku’nda evlenme yoluyla vatandaşlık kazanılması, yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanma yöntemlerinden biri olarak, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu bir yöntemdir. Oysa KKTC Hukuku’nda, evlenme yoluyla vatandaşlık kazanılması, bir kanun yoluyla vatandaşlık kazanma yöntemi olarak düzenlenmiş ve bu sebeple idareye takdir yetkisi tanınmamıştır. Ayrıca, KKTC Hukuku’nda Türk Hukuku’na kıyasla daha kolay koşullar öngörülmüştür. Örneğin KKTC Hukuku’na göre başvurucunun başvuru tarihinde bir KKTC vatandaşı ile en az bir yıldır evli olması ve evlilik birliği içinde yaşaması yeterlidir. Oysa Türk Hukuku’nda bu süre üç yıldır. Ayrıca Türk Hukuku’nda “aile birliği içinde yaşama” “evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama” ve “milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından

engel teşkil edecek bir hali bulunmama” koşullarına da yer verilmiştir. KKTC Hukuku’nda, evlenmekle eski vatandaşlığını kaybeden veya evlendiği tarihte vatansız olan eşin, vatandaşlık kazanacağına ilişkin bir hüküm de yer almaktadır. KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı’nda da evlenme yoluyla vatandaşlık kazanılması kanun yoluyla vatandaşlık kazanılması yöntemi olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede yer alan, başvurudan sonraki üç yıllık bekleme süresi ve vatandaşlığın kazanılması anından itibaren üç yıl içinde boşananların vatandaşlığının iptal edileceğine ilişkin koşullar, vatandaşlık hukukunun genel ilkeleri kapsamında ciddi eleştirilere açıktır.

Evlat edinilme yoluyla vatandaşlık kazanılması konusunda, her iki ülke hukukunda da ancak evlat edinilen yabancıнын evlat edinilme anında küçük olması halinde bu yola başvurulabileceği kabul edilmiştir. Fakat KKTC Hukuku’nda aynı zamanda söz konusu küçüğün vatansız olması veya anne babasının olmaması ya da anne babasının nerede olduğunun bilinmemesi koşulu aranmaktadır. Bunun temel sebebi ise, KKTC Hukuku’nda evlat edinilme yoluyla vatandaşlık kazanılmasının bir “kanun yoluyla” vatandaşlık kazanılması yöntemi olmasıdır.

Seçme hakkı yoluyla vatandaşlık kazanılması konusunda Türk Hukuku’nda KKTC vatandaşları lehine bir düzenleme mevcuttur. Söz konusu düzenleme uyarınca doğumla KKTC vatandaşı olanlar seçme hakkını kullanarak kolaylıkla Türk vatandaşlığını kazanabilmektedirler. Bu kişilerin Türk vatandaşlığını kazanabilmeleri için başvuru yapmaları yeterlidir. İdarenin herhangi bir takdir yetkisi söz konusu değildir. Oysa KKTC Hukuku’nda seçme hakkı yoluyla vatandaşlık kazanılması yöntemi düzenlenmemiştir. Dolayısıyla KKTC vatandaşlığı kazanmak isteyen Türk vatandaşlarının böylesine kolay bir yöntemle KKTC vatandaşlığı kazanabilmeleri mümkün değildir. KKTC sadece Rumlarla savaştığı dönemde kendisinin yanında yer alan Türk vatandaşları ve bunların ailelerine olağanüstü telsik yoluyla vatandaşlık vermektedir. Bu yöntemin de seçme hakkı yöntemiyle kıyaslandığında, daha zor bir yöntem olduğu açıktır. Diğer Türk vatandaşları ise, bu ayrıcalığa bile sahip değildir. Onlar, diğer bütün yabancılar gibi olağan telsik yöntemiyle KKTC vatandaşlığını kazanabilmektedir.

Ayrıca KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı’nda, “devlet himayesine verilen çocukların KKTC yurttaşlığına alınması” bir kanun yoluyla vatandaşlık kazanılması yöntemi olarak ve “küçük yaşta ülkeye gelen yabancıların KKTC Yurttaşlığına alınması” “çalışma veya iş kurma izni ile ikamet eden yabancıların yurttaşlığa alınması” ile “yasa yürürlüğe girmeden önce daimi ikamet izni sahipleri olanların yurttaşlığa alınması” ise yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanılması



yöntemleri olarak düzenlenmiştir. Daha çok uygulamada gerçekleştirilen başvuruların idarece tasnifinden esinlenilerek yapıldığına inandığımız söz konusu düzenlemeler hem vatandaşlık hukukuna ilişkin uluslararası hukukça benimsenmiş genel tasnifleri alt üst edişi hem de karmaşık ve yoruma muhtaç ifadeleri nedeniyle eleştirilere açıktır.

Yetkili makam kararıyla vatandaşlık kaybı yöntemlerinden biri olan “çıkma” konusunda iki ülke hukukunda da benzer koşullar aranmaktadır. Ancak vatandaşlıktan çıkan kişilerin tabi olacakları statü bakımından iki ülke hukukunda oldukça farklı düzenlemeler yer almaktadır. KKTC Hukuku’nda bu kişiler klasik bir “yabancı” olarak muamele görürken Türk Hukuku’nda doğumla Türk vatandaşı olup da sonradan çıkma izni alarak vatandaşlıktan çıkanlar adeta “ayrıcıklı bir yabancı” olarak kabul edilerek, birçok hak bakımından Türk vatandaşları ile bir tutulmaktadır.

Kaybettirme yoluyla vatandaşlığın kaybı konusunda ise, idarenin takdir yetkisi konusunda iki ülke hukuku arasında farklılık söz konusudur. Türk Hukuku’nda kaybettirme kararı vermek konusunda Bakanlar Kurulu’nun takdir yetkisi mevcutken, KKTC Hukuku’nda Bakanlar Kurulu gerekli koşulların varlığı halinde kaybettirme kararı vermek zorundadır. Ayrıca KKTC Hukuku’nda hakkında kaybettirme kararı verilebilecek kişiler konusunda da bir sınırlandırmaya gidilmiş ve kan bağı esasına göre doğumla vatandaşlık kazanan kişiler hakkında kaybettirme kararı verilemeyeceği belirtilmiştir.

Vatandaşlığa alınma kararının iptali yoluyla vatandaşlığın kaybı konusunda da gerek aranan koşullar gerek kararı veren merci gerekse idarenin takdir yetkisinin olmaması konusunda iki ülke hukukları benzerlik göstermektedir. Ancak iptal kararının hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği konusunda KKTC Hukuku’nda kanuni boşluk mevcuttur ve bu boşluğun bir an önce giderilmesi gerekmektedir. Ayrıca hakkında iptal kararı verilen kişilerin “yabancılara tanıyan haklardan yararlanamayacağını” düzenleyen insan haklarına aykırı hükümün bir an önce yürürlükten kaldırılması gerekmektedir. KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı’nda da bu doğrultuda hareket edilmiş ve vatandaşlığı iptal edilenlerin “yabancı statüsünde” olacağı açıkça düzenlenmiştir.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve diğer uluslararası sözleşmelerde kabul edilen, “irade dışı vatandaşlığın kaybı hallerinin cezai müeyyide olarak düzenlenmesinden kaçınılması” ilkesi doğrultusunda günümüzde Türk Hukuku’nda “çıkarma” müessesesi mevcut değildir. Ancak KKTC Hukuku’nda söz konusu müessese varlığını devam ettirmektedir. Sadece sonradan KKTC vatandaşlığını kazananlar için uygulanabilecek çıkarma yöntemi, sonuçları bakımından, tıpkı

vatandaşlığa alınma kararının iptalinde olduğu gibi, kişinin yabancılara tanınan haklardan yararlanamamasını öngörmektedir. Dolayısıyla günümüz modern vatandaşlık hukuku anlayışı çerçevesinde kanundaki varlığının bile eleştiriye açık olduğu bu yöntemin, sonuçları bakımından insan haklarına aykırılık teşkil ettiği de açıktır. KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nda da "çıkarma" müessesesi varlığını korumaya devam etmiş ancak en azından vatandaşlıktan çıkarılan kişilerin "yabancı statüsünde" kabul edileceği belirtilmiştir.

KKTC Hukuku'nda vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin düzenlemelerin aksine, vatandaşlığın kaybında seçme hakkı yoluna yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca, KKTC'de doğmayan ve daimi olarak ikamet etmeyen KKTC vatandaşı küçükler, 18 yaşını doldurmalarından itibaren 3 yıl içerisinde seçme hakkını kullanarak KKTC vatandaşlığından çıkabilmektedir.

Vatandaşlığın tespiti konusunda herhangi bir tereddüt oluşması durumunda hangi makama başvurulacağı konusunda KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nda herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Söz konusu eksikliğin tasarının kanunlaşma aşamasında mutlaka giderilmesi gerekmektedir.

Türk Hukuku'nda Bakanlar Kurulu'nun vatandaşlığa ilişkin her türlü karara karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da, İçişleri Bakanlığı'nın vatandaşlığa ilişkin her türlü kararına karşı ilk derece mahkemesi olarak Ankara İdare Mahkemesi'nde dava açılacaktır. KKTC'de ise, vatandaşlığa ilişkin her türlü idari karara karşı ilk derece mahkemesi olarak "Yüksek İdare Mahkemesi'nde" dava açılacaktır.

◆◆◆◆

### KAYNAKÇA

Atilla Özer, Türk Cumhuriyetlerinin Hukuki Yapısı (Yasama-Yürütme-Yargı) Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

B. Bahadır Erdem, Türk Vatandaşlık Hukuku, s.7 Beta Yayınları, 4. Bası, İstanbul, 2014.

Ergin, Nomer, Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, 21. Bası, İstanbul, 2015,

Fahriye Emgili, Kıbrıs'tan Türkiye'ye Yapılan Göçlerin Kıbrıs Türk Basınına Yansımaları (1923-1938), Karadeniz Araştırmaları Dergisi, Sayı 39, Güz 2013, s. 111-136.

Faruk Kerem Giray, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Hakkında Değerlendirme, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, 2011, s.381-402.

Felicita Medved, Interaction Between Nationality and Integrity, 2nd European Conference on Nationality, Challenges to National and International Law on Nationality at the Beginning of the New Millenium, Strasbourg 8-9 Ekim 2001.

Gizem Ersen, Yabancıların Evlenme Hakkı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.

Gülin, Güngör, Tabiiyet Hukuku- Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler- Şeyler, Yetkin Yayınları, 3. Bası, Ankara, 2015.

Işıl Özkan, Kitap İncelemesi- Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yurttaşlık Hukuku, Turgut Turhan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Yıl 2003, Sayı 23, s. 919-925.

Kay Hailbronner, Nationality in Public International Law and European Law, Acquisition and Loss of Nationality, C.1 (Comparative Analysis), Amsterdam 2006.

Nihal Uluocak, Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi Yurttaşlık Kanunu'na İlişkin Kritik İnceleme, Kıbrıs Türk Federe Devletinin Milletlerarası Hukuka İlişkin Bazı Sorunları Sempozyumu, 6-7.05.1982, İstanbul, 1982.

Rainer Bauböck/ Eva Ersboll/ Kees Groenendijk/ Harald Waldrauch, Introduction, Acquisition and Loss of Nationality, C.1 (Comparative Analysis), Amsterdam 2006.

Rıfat Erten, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, 2008, s. 36-61.

Rona Aybay/ Nimet Özbek, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 4. Bası, İstanbul, 2015.

Taner Erginel, KKTC Yargısının Sorunları ve Örnek Yargı Oluşturma Çabaları, KKTC Barolar Birliği Yayınları, Lefkoşa, 2011.

Tufan Erhürman, KKTC İdari Yargılama Hukuku, Işık Kitabevi, Kıbrıs, 2012.

Turgut Turhan, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yurttaşlık Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2002.

Turgut Turhan, Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK m.29 üzerine bir inceleme), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997, Sayı1-4, s. 41-65.

Vahit Doğan, Türk Vatandaşlık Hukuku, Savaş Yayınevi, 12. Bası, Ankara, 2015.

# SPOR KULÜPLERİNİN VERGİLENDİRİLMESİ

*The Taxation of Sports Club*

**Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ\***

## ÖZET

Spor kulüpleri dernek veya anonim şirket şeklinde faaliyetlerini yerine getirmektedirler. Bu şekilde farklı hukuki yapılarla sahip olmalarından dolayı da vergi mevzuatı karşısında farklı şekilde değerlendirmeye karşı karşıya kalabilmektedirler. Buna rağmen, spor faaliyetlerinin geliştirilmesi amacıyla kanun koyucu Kurumlar Vergisi Kanununda hem anonim şirket hem de dernek şeklinde faaliyet gösteren spor kulüpleri için belirli şartlar dâhilinde vergiden muafiyet imkanı tanımıştır. Bu şekilde ortak uygulamalar olmakla birlikte transfer ücretleri ile ilgili olarak spor kulüpleri dernek veya anonim şirket olmalarına göre katma değer vergisi uygulamalarında farklı değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu makalemizde, öncelikle hukuki yapıları açıklandıktan sonra spor kulüplerinin kurumlar vergisi ve katma değer vergisi karşısındaki durumları açıklanacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Spor Kulüpleri, Transfer Ücreti, Vergileendirme, Fesih Tazminatı, Katma Değer Vergisi.

## ABSTRACT

Sports clubs perform their activities as an association or as a joint-stock company. Because of having such a different legal structures they might be faced with different implementations before tax regulations. Nevertheless, to improve sport activities lawmaker granted tax exemptions to both kinds of sports clubs performing as associations or joint-stock companies within certain conditions in the Corporate Tax Law. Although there are such a common advantageous applications, applications of value added tax relating to transfer fee is being evaluated differently between sports clubs established as an association and as a joint-stock company. In this article, after explaining legal structures of sports clubs, status of sports club against corporate tax and value added tax will be explained.

**Keywords:** Sports Clubs, Transfer Fee, Taxation, Termination İndemnity, Value Added Tax.

◆◆◆◆

---

\* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, neslihankaratas@hotmail.com

## GİRİŞ

Türk hukuk sisteminde spora verilen önem yasa koyucu tarafından Anayasanın 59. maddesindeki düzenleme ile açık ve net olarak düzenlenmiştir. Buna göre “Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder. Devlet başarılı sporcuyla korur.” Bu ifadeden toplumu oluşturan bireylerin beden ve ruh sağlığı için sporun gerekli olduğu, sporun geliştirilmesi, sporcuların korunması yükümlülüğünün de devlette olduğu anlaşılmaktadır. Devletin bu görevini yerine getirmesinde spor kulüpleri önemli bir rol oynamaktadır, çünkü spor faaliyetleri bu kulüpler vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir.

Spor kulüplerinin asli görevlerinden biri spor ve sporcunun güçlendirilmesi ve kaliteli sporcu yetiştirilmesidir. Bu çerçevede kulüpler, sporcuların çalışabilmesi için ortam sağlamak, kurslar düzenlemek vs. gibi faaliyetler yapmaktadırlar. Bu makale kapsamında incelenecek olan husus kulüplerin yapmış oldukları faaliyetler sonucu elde etmiş oldukları gelirlerin nasıl nitelendirileceğidir. Bu gelir ticari bir aktivite karşılığında elde edilen ticari bir kazanç mıdır yoksa spor ve idman faaliyeti kapsamında elde edilmiş bir gelir midir? Bununla birlikte kulüp nasıl yapılandırılmıştır? Diğer bir anlatım ile spor kulübü dernek olarak mı yoksa anonim şirket olarak mı faaliyetlerini yürütmektedir? Kamuya yararlı dernek bünyesinde faaliyet gösteren spor kulüplerinin vergi hukuku karşısındaki durumları nelerdir? Bu soruların cevapları kulüplerin hangi verginin mükellefi olduğunun veya hangi vergiden muaf olduğunun veyahut da elde edilen gelirin istisna kapsamında olup olmadığının tespitini sağlamaktadır.

Spor amatör veya profesyonel olarak yapılabilir. Bu ayrımın esaslı unsurunu sporun gelir elde etmek amacıyla yapılıp yapılmadığı oluşturmaktadır.<sup>1</sup>Eğer bir spor para veya belirli bir menfaat elde etmek için sürekli olarak yapılıyorsa profesyonel spordan; spor, yapılan masraflar dışında gelir elde edilmeksizin yapılıyorsa amatör spordan bahsedilmektedir. Bu ayrım da karşımıza vergilendirme rejiminin ne olacağı ile ilgili bir soru çıkmaktadır. Türk vergi hukukunda amatör/profesyonel ayrımına göre vergilendirme rejiminin farklı olduğu en önemli durum katma değer vergisi uygulamasındadır. Katma Değer Vergisi Kanununun (KDVK)1/3-c maddesi ile KDVK'nın uygulanmasına yönelik 1 No'lu Genel Tebliğin I-B Vergiye tabi işlemler<sup>2</sup> alt başlığında profesyonellik

---

<sup>1</sup> Yatkın, Cüneyt (2006) Türkiye’de Sporcuların Vergilendirilmesi, Ankara, Atılım Üniversitesi Yayınları. No:23, s.1.

<sup>2</sup> Profesyonel sanatçıların yer aldığı gösteriler ve konserler ile profesyonel sporcuların katıldığı sportif faaliyetler karşılaşmalar, yarışlar ve yarışmalar tertiplenmesi ve gösterilmesi Katma Değer Vergisi’ne (K.D.V.) tabidir. Madde hükmünden anlaşılacağı üzere, amatör nitelikli

kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmaktadır. Bu düzenlemeye göre faaliyeti karşılığında herhangi bir gelir ya da menfaat elde eden bir kişi profesyonel olarak nitelendirilmekte ve elde etmiş oldukları gelirler KDV ye tabi olmaktadır.

Bu makalemizde sporun amatör veya profesyonel olarak yapılmasının dışında özellikle spor faaliyetlerinde bulunmak amacıyla kurulan kulüplerin kurumlar vergisi kanunu (II) ve katma değer vergisi kanunu hükümleri(III) karşısındaki durumları incelenecektir. Ancak bu açıklamaları yapmadan önce spor kulüplerinin hukuku yapısının tespit edilmesi(I) vergiyle ilgili yükümlülüklerinde değişikliklere sebep olabileceği için önem arz etmektedir.

### I- SPOR KULÜPLERİNİN HUKUKİ YAPISI

“Spor kulüpleri, toplumsal çevreden bir takım girdileri alıp işleyerek enerjiye dönüştüren ve sonuçta yine çevreye veren açık sistemlerdir<sup>3</sup>.” Spor kulüplerinin kuruluş amaçları açısından diğer sivil toplum kuruluşları (STK) ile aralarında farklılıklar olmakla birlikte, kuruluş aşamasında ve faaliyetlerini yerine getirmelerindeki süreçte diğer STK’lar gibi uymaları gereken kanunlar, yönetmelikler, tüzükler vs. gibi mevzuat hükümleri mevcuttur.

Spor kulüplerinin amacı nedir diye bakılacak olursa şunları söylemek mümkündür. En başta, spor kulüpleri tüm topluma yönelik bir hizmet sunmakta olup, sporun sevilmesi ve yaygınlaşmasına aracılık etmektedirler. Böylece toplumda sporun yayılmasını sağlayarak sosyalleşmeyi sağlamak ve kişilere spor eğitimleri de vererek sporcu yetiştirilmesinde asli unsur konumunda ol-

---

faaliyetler vergi dışında tutulmaktadır. Amatör profesyonel ayırımının, sanatçı veya sporcunun bu faaliyetleri karşılığında gelir elde edip etmemesine göre yapılması gerekir. Profesyonel terimi, bir kişinin mesleğini amatör gibi zevk için veya heves dolayısıyla değil de, kazanç sağlamak ve geçimini temin etmek amacıyla yapmasını, konser kavramı ise, genel veya özel bir toplantıda herhangi bir müzik türünde ve herhangi bir çalgıyla veya sesle veya her ikisi birlikte yapılan müzik icrasını ifade eder. Eğer sporcu ve sanatçı söz konusu faaliyetleri nedeniyle gelir elde ediyorsa profesyoneldir. Yani bu faaliyetini belli bir menfaat karşılığında yapmaktadır. Dolayısıyla amatör, profesyonel ayırımı yapılırken sporcu ve sanatçıların katıldıkları gösteri konser, karşılaşma, yarış ve benzeri organizasyonlar nedeniyle ferdi olarak veya bağlı bulunduğu kurum, kuruluş, organizasyon, kulüp veya benzeri teşebbüsler aracılığı ile belli bir gelir elde edip etmediğine bakılmalıdır. Ayrıca ticari bir organizasyon için yapılan faaliyetlerin tamamı gelir sağlayıcı nitelikte olacağından bu tür faaliyetler herhangi bir ayırım yapılmaksızın Kanun’un 1/1.’inci maddesindeki genel hükme göre vergilendirilecektir. Bu tür faaliyetlerin vergi dışı kalması için, söz konusu faaliyetlerde profesyonel sanatçı ve sporcuların hiç yer almaması gerekir.

<sup>3</sup> Devecioğlu, Sebahattin & Çoban, Bilal & Karakaya, Yunus Emre(2011), “Spor Kulüplerinin Yönetim Modellerinin Değerlendirilmesi”, Kütahya, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.31, s.53.

maktadırlar. Bunun için de spor tesislerinin ve sahalarının yapılmasında diğer kamu kurum ve kuruluşları ile birlikte etkin rol oynamaktadırlar.

Türk hukukunda spor kulüpleri iki ayrı şekilde faaliyetlerini yürütebilmektedirler. İlk olarak Dernekler Kanunu hükümlerine göre kurulan dernek statüsündeki kulüpler ve diğeri de Türk Ticaret Kanunu(TTK) hükümlerine göre kurulan şirket şeklinde faaliyetlerine devam eden spor kulüpleridir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, spor kulüplerinin öncelikle dernek şeklinde kurulmaları daha sonra profesyonel takımlarını şirketlere devredebilmeleri veya kiralayabilmeleridir<sup>4</sup>. Bu iki yapılanma arasındaki esas farklılık ise derneklerin herhangi bir kazanç paylaşma amacının olmamasına karşılık, şirketlerin ana amacının kazanç elde etmek ve bunu da üyelerine dağıtmak olmasıdır<sup>5</sup>. Her ne kadar hukuken birbirinden ayrı iki tüzel kişilik olsa da uygulamada bu iki tüzel kişiliğin hem hukuki bağı (şirkette ortak olma şeklinde) hem de manevi bağı (spor kulübünün ve sporun gelişmesi vs. gibi) bulunmaktadır.

5253 sayılı Dernekler Kanununun 2. maddesinde derneğin “kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarını ifade ettiği” belirtilmiştir. Spor kulüplerinin büyük bir kısmı da bu kanuna göre kurulmuş dernekler şeklinde faaliyetlerini yerine getirmektedirler. İlgili kanunun 14. maddesine göre derneklerin spor faaliyetini gerçekleştirenlerine spor kulübü denileceği ve bu kulüplerin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne tutulacak kütüğe kayıt ve tescil edileceği belirtilmiştir. Bu kulüplerin organları, bu organların görev ve yetkileri, kulüplerin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne de denetlenmesi ve bunlara yapılacak yardımların şekil ve şartları, üst kuruluş oluşturmada uyulacak esas ve usuller, gençlik ve spor faaliyetlerini yürüteceklerin nitelikleri ve bunlara uygulanacak disiplin işlemleri, kulüplerin kayıt ve tesciline ilişkin esaslar İçişleri Bakanlığının uygun görüşü üzerine Spor Genel Müdürlüğüne<sup>6</sup> bağlı olduğu Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulacak yönetme-

---

<sup>4</sup> Bu durumda spor kulübü dernek statüsünde kalmakta ancak profesyonel takımını anonim şirkete devretmektedir. İki ayrı tüzel kişilik ortaya çıkmaktadır. Ancak “profesyonel takımlarını anonim şirkete devreden/kiralayan spor kulüpleri” ifadesi çok uzun olduğundan dolayı makalemizde “anonim şirket şeklinde yapılanan ya da faaliyetlerini gösteren spor kulüpleri” ifadesi kullanılacaktır.

<sup>5</sup> Küçükgüngör, Erkan (1998) “Türk Hukukunda sporcuların Hukuki Durumu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, S.1-2, s.164.

<sup>6</sup> 03.06.2011 tarihli ve 638 sayılı KHK'nin 31 inci maddesinin birinci fıkrasıyla Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ibaresi Spor Genel Müdürlüğü olarak değiştirilmiştir.

likte<sup>7</sup> düzenlenmektedir. Kulüpler bünyesinde bulunması gerekli olan organlar ve bunların oluşumu ve çalışması ile ilgili düzenlemeler Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği'nin 6 ve devamı maddelerinde açıklanmaktadır.

Derneklerin her ne kadar kazanç paylaşma gibi bir amacı olmasa da yapmış olduğu faaliyet ve gelirleri ile ilgili olarak uyması gereken bir takım düzenlemeler vardır. Dernekler yıl sonunda gelir ve giderlerine yönelik işlemlerini 5283 sayılı Kanunun 19. ve Dernekler Yönetmeliğinin 83. maddelerine göre beyanname ile bildirmek zorundadırlar. Aynı yönetmeliğin 31 ve devamı maddelerinde de derneklerin tutması gereken defter ve kayıtlar ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Dernek statüsünde yapılmış olan spor kulüpleri de ilgili kanun ve yönetmelikteki bu düzenlemelere uygun olarak faaliyetlerini gerçekleştirmek zorundadırlar.

Spor kulüplerinin yapılanmasındaki diğer şekil de anonim şirkettir. 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 24. maddesinin 3. fıkrasına göre "*spor kulüpleri, profesyonel takımlarını, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kuracakları veya kurulmuş olan şirketlere devredebilirler veya profesyonel futbol takımlarını kiraya verebilirler.*" 55 No'lu KDV Genel Tebliğinde de "...kulüpler, profesyonel takımlarını Türk Ticaret Kanununa göre kuracakları veya kurulmuş anonim şirketlere devredebilirler" hükmü yer almaktadır.

Spor kulüplerinin dernek şeklinde faaliyetlerine devam ederken profesyonel futbol takımlarını anonim şirketlere devretmelerindeki amaçlarından biri de, bir taraftan dernek şeklinde yapılmış olmaktan kaynaklanan bir takım vergisel avantajlardan yararlanmak, diğer taraftan şirket olmanın getirdiği kurumsallaşma, profesyonelleşme ve yeni gelir kaynaklarını yaratmaktır<sup>8</sup>. Ancak burada şuna da dikkat çekmek gerekmektedir. Anonim şirket şeklinde faaliyetlerine devam eden bir spor kulübünün futbol takımı ligten düşerse, ilgili şirketin gelirlerinde otomatik olarak bir azalma olacağından dolayı şirketin tasfiyesi edilmesi gibi durumlar ile karşılaşabilmektedir<sup>9</sup>. Bunun yanında spor kulübü kendisinin ortak olduğu farklı şirketler kurma<sup>10</sup> yoluna da gidebilmektedir. Bu şirketlerin amaçları idman ve spor faaliyetleri dışında reklam, spor malzemesi satışı, tur organizasyonu, vs. olabilmektedir. Bu durumda da bunların TTK'ya tabi olduğu açık ve nettir.

---

<sup>7</sup> Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği 08.07.2005 tarih ve 25869 nolu Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>8</sup> Devecioğlu, Sebahattin & Çoban, Bilal & Karakaya, Yunus Emre & Karataş, Özgür (2012) 'Türkiye'de spor kulüplerinin şirketleşmeye yönelimlerinin değerlendirilmesi' SPORMETRE Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi, 2012, X (2), s.35.

<sup>9</sup> Malatyaspor futbol şubesini anonim şirkete (Malatyaspor A.Ş) devreden ilk kulüp olmasına rağmen, Malatyaspor'un 1. Ligten düşmesinden dolayı ilgili şirket tasfiye edilmiştir.

<sup>10</sup> Beşiktaş Spor Kulübü gibi. Detaylı bilgi için bkz. Devecioğlu, & Çoban & Karakaya & Karataş, s. 38-40.



Ancak vergisel açıdan olaya bakıldığında, anonim şirket şeklinde faaliyette bulunan spor kulüplerinin bazı durumlarda kanunun açık hükmü gereğince vergisel açıdan farklı uygulamalar ile karşılaşmaları mümkündür. Özellikle transfer bedellerinin KDV'ye tabi olup olmaması halinde bu durum karşımıza çıkmaktadır. Bununla ilgili açıklamalara makalemizin ilerleyen bölümlerinde yer verilecektir. Anonim şirket şeklindeki yapılanmalarda her ne kadar spor kulübü olmanın gereklerinden olan sporun yaygınlaştırılması, sporcuların korunması vs. gibi amaçlar olsa da ticari amaç da önemli bir yere sahiptir çünkü anonim şirketler ekonomik amaç için kurulurlar (TTK m. 331).

Bu açıklamalar çerçevesinde 2015-2016 sezonunda Spor Toto Süper Lig ve PTT 1. Lig'de yer alan spor kulüplerinin hukuki yapılarına ilişkin tablo aşağıda yer almaktadır.<sup>11</sup> Aşağıdaki tablodan da açıkça görüleceği gibi, anonim şirket şeklinde yapılan kulüp sayısı Süper Lig'de 7, PTT 1. Ligde de 3 olmasına karşılık dernek şeklindeki kulüp sayısı Süper Lig'de 11, PTT 1. Lig de 15'tir.

#### SPOR TOTO SÜPER LİG

DERNEK	ANONİM ŞİRKET
Akhisar Belediye Gençlik ve Spor	Antalyaspor A.Ş.
Bursaspor	Beşiktaş A.Ş.
Eskişehirspor	Çaykur Rizespor A.Ş.
Gaziantepspor	Fenerbahçe A.Ş.
Gençlerbirliği	Galatasaray A.Ş.
Kayserispor	Kasımpaşa A.Ş.
Medicana Sivasspor	Trabzonspor A.Ş.
Medipol Başakşehir FK	
Mersin İdmanyurdu	
Osmanlıspor Futbol Kulübü	
Torku Konyaspor	

#### PTT 1. LİG

DERNEK	ANONİM ŞİRKET
1461 Trabzon	Adanaspor A.Ş.
Adana Demirspor	Altınordu A.Ş.
Alima Yeni Malatyaspor	Göztepe A.Ş.
Balıkesir spor	
Bolu spor	
Denizlispor	
Gaziantep B.Ş. Bld. Spor	
Giresun spor	
Kardemir Karabükspor	
Karşıyaka	
Kayseri Erciyesspor	
Multi group Alanyaspor	
Samsunspor	
Şanlıurfaspor	
Vartaş Elazığspor	

<sup>11</sup> Bu tablo <http://www.tff.org/Default.aspx?pageID=119> den yararlanılarak hazırlanmıştır. Kulüpler alfabetik sıra esas alınarak listelenmiştir.

## II- SPOR KULÜPLERİNİN KURUMLAR VERGİSİ KARŞISINDAKİ DURUMU

Kurumlar vergisi mükelleflerinin kim olduğu Kurumlar Vergisi Kanununun (KVK) 1. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmeler ve iş ortaklıkları kurumlar vergisine tabidirler.

Sermaye şirketi olan anonim şirket şeklinde yapılanmış olan spor kulüplerinin, ticari bir amaç etrafında hareket ettiği de göz önüne alındığında, kurumlar vergisine tabi oldukları açık ve nettir. Burada dikkat edilmesi gereken husus bu kulüplere diğer anonim şirketlerden ayrı olarak farklı vergisel uygulamaların olup olmadığıdır.

Dernek şeklinde yapılanmış olan kulüpler açısından da önem arz eden konu ise vergi mükellefiyetinin doğup doğmadığıdır. Çünkü dernekler kural olarak kurumlar vergisi mükellefi değildirler. “Spor kulüpleri, 5520 sayılı KVK karşısında kurumlar vergisi mükellefi olarak kabul edilmediğinden doğrudan vergi kanunlarına tabiiyetinden bahsedilemez<sup>12</sup>.” Ancak dernek bünyesinde bulunan bir iktisadi işletme var ise ve bunun aracılığıyla gelir elde ediliyorsa bu gelirlerinden dolayı derneğin KVK karşısında mükellefiyeti doğmaktadır, çünkü kanun koyucu dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmenin kurumlar vergisi mükellefi olduğunu açıkça belirtmiştir. İktisadi işletmeden neyin kastedildiği, vergisel yükümlülüğün nasıl olacağı ile ilgili açıklamalar aşağıda detaylıca yapılacaktır.

Kurumlar Vergisi Kanununun 4/1-j. maddesinde kimlerin vergiden muaf olduğuna ilişkin düzenlemeler de mevcuttur. Buna göre “Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk spor federasyonlarına tescil edilmiş spor kulüplerinin idman ve spor faaliyetlerinde bulunan iktisadi işletmeleri ile sadece idman ve spor faaliyetlerinde bulunan anonim şirketler kurumlar vergisinden muaftırlar.” Burada spor kulüplerinin yapılanma şekline göre bir ayırım yapılmıştır: idman ve spor faaliyetinde bulunan dernekler veya anonim şirketler.

### A. ANONİM ŞİRKET ŞEKLİNDEKİ SPOR KULÜPLERİ

Anonim şirket şeklinde yapılanmış spor kulüpleri Ticaret Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu hükümleri gereğince diğer anonim şirketlerin uymaları gereken bütün kural ve esaslara uymakla yükümlüdürler. Ancak yasa koyucu, sporun ve sporcunun desteklenmesi, sporun topluma yayılması amacıyla bu hukuki yapı altında faaliyette bulunan spor kulüplerine bir takım vergisel avantajlar sağla-

---

<sup>12</sup> Ağar, Serkan (2012), “Sporun Vergilendirilmesi”, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. Atilla Elmas Armağanı, s.59.

maktadır. Bunlardan biri kurumlar vergisi muafiyeti tanınması ile ilgilidir.

Anonim şirket şeklinde faaliyet gösteren bir spor kulübünün KVK m. 4/1-j hükmünden yararlanabilmesi için sadece idman ve spor faaliyetinde bulunuyor olması gerekmektedir. Burada da idman ve spor faaliyetinin kapsamının ve hangi gelirlerin bu faaliyetler kapsamında elde edildiğinin tespiti önem taşımaktadır. Neler idman ve spor faaliyetidir? Bu sorunun cevabı net olarak ortaya konamamaktadır. 1 No'lu KVK Genel Tebliğinde idman ve spor faaliyeti kapsamında sayılan gelirler Tebliğin 4.12 numaralı kısmında tahdidi olarak sıralanmamaktadır. Genel Tebliğde sıralananlara benzer nitelikte veya onlar kapsamında değerlendirilecek gelirler de muafiyet kapsamına girebilmektedir. Tebliğde açıkça “maç bileti satışları, sporcuların formalarına aldıkları reklamlar, maç yayın hakkının satılması gibi faaliyetler idman ve spor faaliyeti kapsamında değerlendirilecektir” denilmiştir. Transfer ve bonservis gelirleri ile saha reklam gelirlerinin de idman ve spor faaliyeti olarak değerlendirilmesi gerektiği de belirtilmiştir.

Bu düzenlemeye karşılık, eğer kulüp bu tür faaliyetlerin yanı sıra spor malzemelerinin satışı, kafeterya işletmeciliği, benzin işletmeciliği vs. gibi faaliyetler kapsamında gelir elde ediyorsa bunlar idman ve spor faaliyeti olarak değerlendirilmeyecek olup muafiyet kapsamında olmayacaktır şeklindeki ifadeyle, muafiyetin bir anlamda sınırı çizilmiştir. Kulüp, bu tür faaliyetlerden dolayı gelir elde ederse, bu gelirlerinden dolayı kurumlar vergisi ödemekle yükümlüdür. Bu durum Antalya Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından verilen özalgede<sup>13</sup> açıkça belirtilmiştir. Buna göre, “sadece idman ve spor faaliyetinde bulunmak kaydıyla şirketiniz kurumlar vergisinden muaf olabilecek olup idman ve spor faaliyeti dışında ticari bir faaliyette bulunmanız halinde, söz konusu muafiyetten yararlanabilmeniz mümkün bulunmamaktadır” görüşüne yer verilmiştir.

Herhangi bir durumda anonim şirket şeklindeki bir spor kulübünün gelirleri hem muafiyet kapsamındaki faaliyetlerden hem de muafiyet dışı faaliyetlerden oluşuyorsa ise bu durumda kulüp muafiyet kapsamında olmayan gelirler sebebiyle kurumlar vergisi mükellefi olacaktır.

## **B. DERNEK ŞEKLİNDEKİ SPOR KULÜPLERİ**

### **1. İktisadi işletme**

Dernekler tüzel kişilikleri itibarıyla kurumlar vergisinin mükellefi değildir-

---

<sup>13</sup> Antalya Vergi Dairesi Başkanlığı, 09.06.2011 tarih ve B.07.1.GİB.4.07.16.01-KVK.2010.68-150 sayılı özelge.

ler. Dernek bünyesinde yer alan iktisadi işletmeler KVK'nın 1. maddesinin 1. fıkrasının ç bendi (1/1-ç) gereğince kurumlar vergisine tabidirler. İktisadi işletmelerden neyin kastedildiği de KVK'nın 2. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre "dernek veya vakıflara ait veya bağlı olup faaliyetleri devamlı bulunan ve sermaye şirketleri ile kooperatifler dışında kalan ticari, sınai ve zirai işletmeler ile benzer nitelikteki yabancı işletmeler, dernek veya vakıfların iktisadi işletmeleridir."

Bu durumda, dernek bünyesinde gerçekleştirilen bir faaliyetten dolayı gelir elde edildiğinde bu gelir sebebiyle kurumlar vergisi mükellefiyetinin doğup doğmadığının tespitinde KVK'nın 2. maddesinin 5. fıkrası hükmüne bakmak gerekmektedir. Çünkü dernekler kar elde etmek amacıyla hareket etmeyen tüzel kişiliklerdir. Ancak, bünyesinde gerçekleşen bir faaliyetten dolayı gelir elde ediyorsa, bu faaliyet süreklilik arz ediyorsa ve son olarak da ticari bir organizasyon şeklinde ise, dernek bu faaliyet sebebiyle vergi ödemek durumunda kalmaktadır.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde derneğe bağlı iktisadi işletmeden söz edilebilmesi için iktisadi işletmenin;

- Sermaye veya yönetim bakımından derneğe bağlı olması,
- Sermaye şirketi ve kooperatif şeklinde olmaması,
- Ticari, sınai veya zirai nitelikte devamlı şekilde faaliyette bulunması gerekmektedir.

Bu sayılan üç kriterden ilk ikisinin tespiti zor olmamakla birlikte uygulamada bu durumlar sebebiyle de problemler ile karşılaşılabilir. Ancak devamlılık veya süreklilik unsurunun tespiti üzerinde özellikle durulmalıdır. İktisadi işletmenin varlığının tespitinde, hangi faaliyetler devamlı sayılır, ne olursa devamlılık unsuru gerçekleşir veya gerçekleşmez sorularının cevabını vermek önemlidir. Bu soruların cevabını vermeye yönelik bilgiler 1 No'lu KVK Genel Tebliğinin 2.4 numaralı bölümünde bulunmaktadır. Buna göre devamlılık unsuru, bir hesap dönemi içinde aynı veya ayrı faaliyet alanlarında ticari mahiyet arz eden işlemlerin birden fazla yapılmasını ifade etmektedir. Aynı hesap döneminde tek işlem nedeniyle ticari faaliyetin devamlılık unsurunun oluştuğunu kabul etmek mümkün olmamakla birlikte, faaliyetin organizasyon gerektirmesi veya amacının ticari olması durumunda devamlılık unsurunun varlığı kabul edilmektedir.

Ticari organizasyonun oluşumu için gerekli olan sermaye tahsisi, personel istihdamı, işyeri açılması ve ticaret siciline kayıt gibi bir takım işlemlerin yapıl-

ması halinde devamlılık unsurunun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, yıl içinde bir veya iki defa işlem yapılmış olsa dahi ticari organizasyon çatısı altında ticari kazanç elde edilmiş sayılmakta ve buna göre vergilendirilme yapılmaktadır. Dernek bünyesindeki faaliyetin ticari bir organizasyon şeklinde teşekkül etmesi ve yılda bir defa faaliyet yapılması veya her yıl tekrarlanan şekilde yılın belirli zamanlarında faaliyetin gerçekleştirilmesi devamlılık unsurunun oluşmasına engel değildir. Bu durumda da dernek bu faaliyeti dolayısıyla KVK'ya tabi olur. Örneğin, dernek bünyesindeki bir spor kulübü her yaz ücretli yüzme kursları düzenliyor ve bundan da gelir elde ediyor ise veya periyodik bir organizasyon şeklinde kermes, yemek, gibi organizasyonlar düzenliyor ise bu kulüp elde ettiği bu gelirlerinden dolayı kurumlar vergisi mükellefi olacaktır. Muğla Vergi Dairesi Başkanlığının<sup>14</sup> vermiş olduğu özalgede Türkiye Tenis Federasyonunun tescilli üyesi olan dernek şeklindeki spor kulübünün isteyen kişilere ücretli tenis sporu yaptırıyor olmasından dolayı muafiyet kapsamında değerlendirilemeyeceği ve dolayısıyla elde edilen gelirin kurum kazancı sayılarak vergiye tabi tutulması gerektiği şeklinde görüş bildirilmiştir.

Devamlılık unsurunun tespiti olaydan olaya değişmekle birlikte 1 No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinde bazı durumlar örnek mahiyetinde sayılmaktadır. Bunlardan biri de derneğin, üyelerinden aidat veya bağış adı altında topladığı ve/veya üyelerin değerlendirilmek üzere verdikleri paralarla müstakil bir eleman istihdamını gerektirecek boyutta menkul kıymet alım-satım faaliyetinde bulunması ve münhasıran bu faaliyet için eleman istihdam edilmesinin ticari organizasyonun oluştuğu anlamına gelmesidir. Bir diğer örnek de, bir dernek tarafından (telif ve yayın hakkı elinde bulundurulmak suretiyle) bir kitabın yayınlanarak satışa sunulması halinde, bir defada yapılmış olsa dahi piyasaya sunularak birden fazla kişiye pazarlanması nedeniyle devamlılık unsuru gerçekleşmiş olmasıdır. Bu örnekler ile birebir aynı durumda olmasalar dahi işin mahiyeti gereğince devamlılık arz ettiği tespit edilen durumlarda, dernek bünyesinde ticari bir organizasyon gerçekleşmiştir ve bu iktisadi bir işletmedir denilebilmektedir. Buna göre de, bu iktisadi işletme bünyesindeki gelirler vergiye tabi olacaktır.

---

<sup>14</sup> Muğla Vergi Dairesi Başkanlığı, 09.06.2012 tarih ve 96620903-48.15.01/1-91 sayılı özalgesi : "Türkiye Tenis Federasyonuna spor kulübü olarak tescil edilmiş olan spor kulüplerinin sadece idman ve spor faaliyetlerinden ibaret bulunan iktisadi işletmeleri kurumlar vergisinden muaf olacağından iktisadi işletmenizin belirtilen şartlar çerçevesinde tenis idman ve sporu ile ilgili faaliyetlerinin kurumlar vergisinden muaf tutulması gerekecektir. Ancak, iktisadi işletmeniz tarafından ücret mukabili verilen kurs hizmetleri muafiyet kapsamı dışında olup bu şekilde elde edilen gelirlerin iktisadi işletme açısından kurumlar vergisi beyannamesinde kurum kazancı olarak dikkate alınması gerekmektedir."

Derneğin yapmış olduğu faaliyetin ticari bir organizasyon kapsamında olması diğer bir deyişle faaliyetin ticari mahiyet taşıması gerekmektedir. Yapılan faaliyetin dönemsel veya mevsimlik olması hali devamlılık unsurunun gerçekleşmesine zarar vermez.

Dernek bünyesinde gerçekleştirilen iktisadi işletme kendi gelir ve giderleri kapsamında vergiye tabi olmaktadır. Diğer bir anlatımla kurumlar vergisinin muhatabı bu iktisadi işletmelerdir. Dernek bünyesinde birden fazla iktisadi işletmenin bulunması ya da bunlar yanında spor tesisleri içerisinde kafeterya işletmeciliği yapmaları da söz konusu olabilir. Bu durumda her bir iktisadi işletme ayrı ayrı değerlendirilerek vergiye tabi tutulmaktadır<sup>15</sup>. Bununla birlikte vergilendirme işlemi sırasında spor kulübünün bir işletmesi muafiyet kapsamında olurken bir diğer işletmesi de vergiye tabi olabilir. Bu durumda da vergi dairesi tarafından sadece vergiye tabi olan gelirleri üzerinden işlem tesis edilir.

Yukarıda saydığımız ticari işletmeye ilişkin kriterlerden sermaye şirketi veya kooperatif şeklinde olmaması durumu da ayrı bir önem taşımaktadır. Çünkü derneğin bir sermaye şirketi veya kooperatif kurarak iktisadi faaliyette bulunması halinde vergilendirme derneğin iktisadi işletmesi olarak değil müstakil olarak sermaye şirketi veya kooperatif adına yapılır.

Sonuç olarak dernek kapsamında faaliyet gösteren bir iktisadi işletme olması durumunda, bu işletmenin satmış olduğu mal veya hizmet karşılığında aldığı bedelin sadece maliyetleri karşılıyor olması veya kar elde edilmemesi veyahut da karın kuruluş amacına tahsis edilmiş olması bu yapıların iktisadi işletme olma vasfını değiştirmez. Diğer bir deyişle, dernek olarak faaliyette bulunan bir spor kulübü kar elde etme amacı olmasa dahi yapısı itibarıyla iktisadi işletmenin tüm şartlarını yerine getiriyor ise yine vergiye tabidir. Ancak spor kulübü bir takım faaliyetlerde bulunuyor ve bunu ücretsiz olarak gerçekleştiriyor ise bundan dolayı bir vergisel yükümlülük doğmamaktadır, çünkü bu yapılanma bir iktisadi işletme özelliği taşımamaktadır. Örneğin, dernek bünyesindeki bir spor kulübünün amacının spor yapma imkanı olmayan yetenekli çocuklara ücretsiz eğitim vermek olması halinde bu yapılanmanın iktisadi işletme şeklinde olduğunu söyleyemeyiz, çünkü spor kulübü hiçbir ücret almamaktadır. Ancak bu kulüp belirli bir ücret karşılığı eğitim verecek olursa hukuki statüsü değişmekte ve derneğe bağlı iktisadi işletme olarak nitelendirilerek vergiye tabi olmaktadır.

---

<sup>15</sup> 1 Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğ 4.12 numaralı kısmı.

## 2. Muafiyet

KVK m. 4/1-j hükmüne göre dernek bünyesinde bulunan iktisadi işletmeler kurumlar vergisinden muaftırlar. Bu maddeye göre muaf olabilmek için,

- İktisadi işletmenin gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ve/veya özerk spor federasyonlarına tescil edilmiş olan spor kulüplerine ait olması,
- Faaliyetlerinin sadece idman ve spor faaliyetlerinden ibaret olması, gerekmektedir.

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi dernek bünyesindeki spor kulüpleri hem idman ve spor faaliyetlerinde bulunabilir hem de başka ticari faaliyetlerde bulunabilir. Bu durumda nelerin idman ve spor faaliyeti olduğunun tespiti önem taşımaktadır. Anonim şirket şeklindeki spor kulüpleri için yapmış olduğumuz açıklamalar dernekler şeklindeki spor kulüpleri için de geçerlidir. Diğer bir anlatımla 1 No'lu KVK Genel Tebliğinde idman ve spor faaliyeti kapsamında sayılan gelirler, Genel Tebliğin 4.12 numaralı kısmında açıklandığı üzere, maç bileti satışları, sporcuların formalarına aldıkları reklamlar, maç yayın hakkının satılması, transfer ve bonservis gelirleri ile saha reklam gelirleri idman ve spor faaliyeti olarak değerlendirilmektedir.

Dernek bünyesindeki spor kulübü, idman ve spor faaliyetlerinin yanı sıra forma, ayakkabı satışı veya kafeterya ya da restoran işletmeciliği yapması durumunda bu faaliyetler ayrı bir iktisadi işletme olarak değerlendirilerek kurumlar vergisine tabi tutulur<sup>16</sup>. Örneğin; Türkiye Futbol Federasyonuna tescil edilmiş bir spor kulübünün, idman ve spor faaliyetlerine bağlı olarak maç bileti satışları, sporcuların formalarına aldıkları reklamlar, maç yayın hakkının satılması gibi faaliyetleri muafiyet kapsamında değerlendirilmektedir. Buna karşılık, kulübün forma, ayakkabı ve diğer malzeme satışı, benzin istasyonu, restoran, otel ve plaj işletmeciliği yapması durumunda bunlar idman ve spor faaliyetleri dışındaki faaliyetler olarak kabul edilmekte ve bu faaliyetler ayrı bir iktisadi işletme olarak kurumlar vergisine tabi tutulmaktadır. Bu konuda idare de aynı yönde görüş bildirmektedir. Ankara Vergi Dairesi Başkanlığınca verilen özeldede<sup>17</sup>, dernek bünyesinde faaliyette bulunan bir spor kulübünün idman ve spor faaliyetleri yanında kulüp binası üzerine bedel karşılığı reklam alması halinde bunun idman ve spor faaliyeti çerçevesinde değerlendirilmeyeceği, bu yüzden de kulübün KVK m.4/-j'ye göre muafiyetten yararlanamayacağı belirtilmiştir. Yine aynı özeldede,

---

<sup>16</sup> Bakmaz, Zübeyir (2015), "Futbol Kulüplerimizin Yabancı Spor Kulüplerinden Futbolcu Transferindeki Vergisel Sorumlulukları", Vergi Raporu, S.185, s.59.

<sup>17</sup> Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı 12.09.2012 tarih ve 38418978-2011-KVK-2-1-922 sayılı özelge.

dernek bünyesinde bir iktisadi işletme vasıtasıyla bu gelir elde edildiye, bu gelirlerin ilgili iktisadi işletmenin ilgili hesap dönemine ait kurumlar vergisi beyanamesi ile birlikte beyan edilmesi gerektiği; ancak, iktisadi işletme teşekkül ettirilmeksizin gelir elde edildiye, söz konusu kira ödemelerinden yapılan tevkifatın nihai vergilendirme olacağı belirtilmektedir.

Dernek bünyesinde faaliyette bulunan bir iktisadi işletmenin vergisel yükümlüğü ne derneğin kanun ile kurulması ile ne de derneğin kamuya yararlı dernek statüsünde olması halinde ortadan kalkar. Diğer bir anlatımla, dernek kanun ile kurulmuş olsa ya da Bakanlar Kurulunca kamuya yararlı dernek statüsüne dahil edilip vergisel açıdan muaf olsa dahi, bu dernek bünyesinde idman ve spor faaliyetleri dışında başka bir faaliyetten dolayı gelir elde edilmesi durumunda, elde edilmiş olunan gelirler kurumlar vergisine tabi olacaktır.

Dernek bünyesinde faaliyet gösteren spor kulüpleri ve iktisadi işletme ile ilgili açıklamalarımız yabancı dernek bünyesinde yer alan iktisadi işletme niteliğindeki kulüpler için de geçerlidir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, KVK m.4/1-j'ye göre muafiyet hükmünden yararlanabilmek için ya Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne tescil edilmiş olunması ya da anonim şirket şeklinde faaliyetlere devam edilmesi gerektiğidir. Bu ifadeden de açıkça anlaşılacağı üzere, muafiyet hükmünden sadece tam mükellef kurumlar yararlanabilmektedir. 1 No'lu KVK Genel tebliğinde bu durum açıkça ifade edilmiştir. Spor kulüpleri açısından bu durum önemlidir, çünkü yabancı kulüplerin bir kısmı da kendi ülke mevzuatı imkân verdiği ölçüde dernek şeklinde yapılanma imkânına sahiptirler ve sporcu transferi, maç bileti satışı, formalara reklam alınması, forma veya ayakkabı satışı, vs. gibi birçok faaliyette bulunabilmektedirler. Ancak her ne kadar dernek statüsünde bir yabancı spor kulübü olsa dahi bu kulüplerin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne tescil edilmesi gibi bir durum söz konusu olmadığında dolayı bunlar, genellikle, dar mükellef kurum şeklinde vergiye tabi olmaktadır. Çünkü KVK m. 3. maddesinin 2. fıkrasına göre bu kulüplerin kanuni ve iş merkezlerinin her ikisi de Türkiye bulunmamaktadır. Bundan dolayı da sadece Türkiye'de elde ettikleri gelirleri üzerinden vergi ödemek durumundadırlar. Türk vergi hukuku açısından bu kulüplerin vergilendirilmelerinde en önemli husus transfer faaliyetlerinden kaynaklanmaktadır. Bu konuda öncelikle transfer, transfer ücreti nedir, hangi durumlarda hangi ödeme transfer ücreti olarak nitelendirilir ona bakmak gerekmektedir? Bununla ilgili açıklamalar da makalemizin ilerleyen kısımlarında yapılacaktır.

### **C. KULÜPLERİN TEVKİFAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Kurumlar vergisine tabi olan spor kulüplerinin KVK m.15'in açık hükmü



gereğince tevkifat yükümlüğü bulunmaktadır. Bu maddeye göre dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadî işletmeleri,; kurumlara avanslar da dahil olmak üzere nakden veya hesaben yaptıkları aşağıdaki ödemeler üzerinden istihkak sahiplerinin kurumlar vergisine mahsuben 2009/14594 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen oranlar uyarınca kesinti yapmak zorundadırlar:

a) Gelir Vergisi Kanununda belirtilen esaslara göre birden fazla takvim yılına yaygın inşaat ve onarım işleri ile uğraşan kurumlara bu işleri ile ilgili olarak yapılan hak ediş ödemeleri.

b) Kooperatiflere ait taşınmazların kiralanması karşılığında bunlara yapılan kira ödemeleri.

c) Özetle, kurum kazancından dağıtılan kar payı ödemeleri.

Spor kulüpleri tarafından istihkak sahiplerine yapılan bu ödemeler üzerinden sorumlu sıfatıyla yapılan kurumlar vergisi kesintilerinin, kesintinin (stopajın) yapıldığı ayın muhtasar beyannamesi ile beyan edilmesi gerekmektedir<sup>18</sup>.

Bunun dışında, spor kulüplerinin yurt dışından menajerlik hizmeti almaları durumunda da tevkifat yapmak zorunluluğu vardır. Çünkü hizmet almış olduğu kişinin kanuni ve iş merkezlerinin her ikisi de Türkiye’de bulunmadığı için bunlar KVK’nın 3. maddesinin 2. fıkrası gereğince dar mükelleftirler ve Türkiye’de elde ettikleri bu gelir serbest meslek kazancıdır. KVK’nın 30’uncu maddesinin 1 numaralı fıkrasında da, dar mükellefiyete tabi kurumların bu fıkra da bentler halinde sayılan kazanç ve iratları üzerinde, bu kazanç ve iratları ödeyen veya tahakkuk ettirenler tarafından %20 oranında kurumlar vergisi kesintisi yapılacağı hükme bağlanmıştır. Bu durum Bursa Vergi Dairesi Başkanlığının vermiş olduğu özeldede<sup>19</sup> de detaylıca açıklanmıştır.

Bu tevkifat yükümlüğü sadece menajerlik hizmeti alımında değil futbolcu transferi sebebiyle yapılan ödemelerde de geçerlidir. KVK’nın 30’uncu maddesinin 2. fıkrasında “ticarî veya ziraî kazançta dâhil olup olmadığına bakılmaksızın telif, imtiyaz, ihtira, işletme, ticaret unvanı, marka ve benzeri gayri maddi hak-

---

<sup>18</sup> Ağar, s.70.

<sup>19</sup> Bursa Vergi Dairesi Başkanlığının 16.08.2012 tarih ve 17192610-125[ÖZG.12-21]-341 nolu özeldesi: “Yurt dışından alınan menajerlik hizmeti karşılığında yapılan ödemelerin serbest meslek kazancı olarak değerlendirilmesi ve özeldge talep formunda belirtilen Merkezi Li-massol/Cyprus, Merkezi Portekiz, Merkezi Bratislava/Slovakya, Merkezi Argentina mu-kimi şirketlere bu hizmetler karşılığı nakden veya hesaben yapılacak ödemelerden 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 30’ncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca (2009/14593 sayılı B.K.K.)’na istinaden %20 oranında kurumlar vergisi tevkifatı yapılması gerekmektedir.”

ların satışı, devir ve temlik karşılığında dar mükellef kurumlara nakden veya hesaben ödenen veya tahakkuk ettirilen bedeller üzerinden kurumlar vergisi kesintisi yapılacağı” hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda futbolcuların belirli bir kulüpte oynatılabilmesi hakkının devri niteliğindeki transfer işlemleri sebebiyle yapılan ödemeler gayri maddi hak bedeli olarak değerlendirilebilmekte ve bunlarla ilgili olarak da dar mükellef kurumlara yapılacak ödemeler üzerinden Türkiye’deki futbol kulübü tarafından %20 oranında tevkifat yapılması gerekmektedir.<sup>20,21</sup> Bu zorunluluk spor kulüplerinin hukuki yapısına göre değişmektedir. Diğer bir ifadeyle, hem dernek hem de anonim şirket şeklindeki spor kulüpleri yurt dışındaki bir kulübe veya menajerlik şirketine/kişisine yapacağı ödemeler üzerinde tevkifat yapmak zorundadırlar.

Bu konuda dikkat çekilmesi gereken diğer hususlardan birincisi, Türkiye’deki kulübün kurumlar vergisinden muaf olmasının tevkifat yapma ve buna ilişkin muhtasar beyannameyi verme yükümlülüğüne engel olmadığıdır. İkincisi ise, Türkiye ile yabancı spor kulübünü mukimi olduğu ülke arasında imzalanmış çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasının bulunması halinde, bu anlaşmada tevkifat ile ilgili daha farklı bir oran belirlenmiş ise bu oranın dikkate alınacağıdır. Bunlarla ilgili detaylı açıklama yapılmayacak olup, her olayın durumuna göre ilgili ülke ile yapılmış anlaşmalara bakılması gerekmektedir.

### III- SPOR KULÜPLERİNİN KATMA DEĞER VERGİSİ KARŞISINDAKİ DURUMU

Toplam vergi hasılatında büyük bir yere sahip olan harcama vergileri içinde en önemli yer katma değer vergisine aittir. Katma değer vergisi üretimden tüketime kadar olan süreçte yapılan her türlü iktisadi işlemi her aşamada vergilendiren genel ve yayılı bir iktisadi muamele vergisidir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun (KDVK) 1. maddesinden de anlaşıldığı gibi bu verginin konusunu ticari, sınai, zirai veya mesleki faaliyetler çerçevesinde temelde mal teslimi veya hizmet ifası, mal hizmet ithali ile diğer teslimler biçiminde olan iktisadi muameleler oluşturmaktadır. Ticari, sınai, zirai veya mesleki faaliyetleri kapsamında mal teslim eden veya hizmet ifa edenler bu tür iktisadi muameleler nedeniyle kendilerine yapılan ödeme içinde KDV’yi kendilerine mal teslim edip, hizmet ifa ettikleri, işlemin diğer tarafını oluşturan kişilerden tahsil edip hazineye yükümlü sıfatı ile yatırmak zorundadırlar.

---

<sup>20</sup> Bakmaz, Zübeyir (2015), “Futbol Kulüplerimizin Yabancı Spor Kulüplerinden Futbolcu Transferindeki Vergisel Sorumlulukları” Vergi Raporu Dergisi, S.185, s.64.

<sup>21</sup> İdarenin görüşü için bkz. Samsun Vergi Dairesi Başkanlığı, 24.04.2014 Tarih ve 13649056-125[30/2013-Öze-05]-42 Sayılı Özelgesi.

KDVK'nın 1. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendinde diğer hizmet ve teslimlere ilişkin faaliyetler sebebiyle KDV'ye tabi olunan durumlar düzenlenmiştir. Bunlar içerisinde de 3-g bendinde, "genel ve katma bütçeli idarelere, il özel idarelerine, belediyeler ve köyler ile bunların teşkil ettikleri birliklere, üniversitelere, *dernek* ve vakıflara, her türlü mesleki kuruluşlara ait veya tabi olan veyahut bunlar tarafından kurulan veya işletilen müesseseler ile döner sermayeli kuruluşların veya bunlara ait veya tabi diğer müesseselerin ticari, sınai, zirai ve mesleki nitelikteki teslim ve hizmetleri"nin de KDV'ye tabi olduğu belirtilmiştir.

Makalemizin bu kısmında, spor kulüplerinin, dernek veya anonim şirket şeklinde yapılanmalarına göre katma değer vergisi düzenlemeleri karşısındaki mükellefiyet durumları, aralarındaki farklılıklar, amatör - profesyonel spor faaliyetlerinin KDV karşısındaki durumu, kulüplerin muafiyete ilişkin düzenlemelerden yararlanabilmesi, Kurumlar Vergisi Kanununa göre vergiden muaf olanların KDV'ye tabiiyeti, transfer ücretlerinin KDV karşısındaki durumu ve hangi faaliyetler sebebiyle spor kulüplerinin KDV'ye tabi olacakları gibi konulara ışık tutmaya çalışacağız. Bununla birlikte açıklamalarımızı daha çok gününüzde büyük bir endüstri sektörü haline gelmiş olan ve Türkiye'deki hukuki anlamda tek profesyonel spor dalı olan futbol üzerinden yapacağız.

KDV'de esas olan, işlemi yapan kişinin hukuki kişiliği değil, yapılan işlemin özelliğidir. Bu açıdan bakıldığında dernek veya anonim şirket şeklinde yapılanmış olan spor kulüpleri açısından mükellefiyet oluşmasında hiçbir farklılık bulunmamaktadır. KDVK m.1'de sayılan işlemleri gerçekleştiren herkesin bu vergiyi ödemek ile yükümlü olması genel kuraldır.

KDVK'nın 1. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendinde (KDVK m.1/3-g) tada-di olarak sayılan diğer hizmet ve teslimlerin KDV'ye tabi olduğu da açık ve bellidir. Ancak KDV Genel Uygulama Tebliği'nin I.A.1.3 bölümünde de açıkça belirtildiği üzere " ilgili kanunun 1/3 üncü maddesinde sayılan işlemler ((g) bendi hariç), ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılmasalar bile verginin konusuna girerler". Fakat, KDVK m.1/3-g için yapılan *faaliyetin KDV'ye tabi olup olmadığının tespitinde en esaslı nokta faaliyetin ticari niteliğinin olup olmadığıdır.*

KDVK m.1/3-g madde hükmünden de anlaşıldığı gibi bu derneklerin her türlü faaliyeti KDVK kapsamına alınmamıştır. Dernekler bünyesindeki işletmelerin yukarıda sayılan türde teslim ve hizmetleri KDVK'ya tabi tutulmuştur. Örneğin, dernek şeklindeki bir spor kulübünün bünyesinde bulunan çay ocağı, büfe ve lokal işletme faaliyetinden dolayı, KDV mükellefiyetinin tesis edilmesi

gerekmektedir. Gelirler Genel Müdürlüğü'nün Amasya Valiliğine göndermiş olduğu özeldgede de bu durum açıklanmaktadır<sup>22</sup>.

Bu bent hükmü dernek şeklinde faaliyet gösteren spor kulüpleri açısından önem arz etmektedir. Yukarıda da detaylı olarak açıklandığı gibi dernek bünyesinde yer alan iktisadi işletmeler yapmış oldukları faaliyet türlerine göre kurumlar vergisine tabi olmaktadır. Bunun yanında eğer bu yapıda bir spor kulübü ticari nitelikte mal veya hizmet tesliminde bulunursa yaptığı işlemler KDV'nin konusuna girmektedir. Ancak nelerin teslim ve hizmet sayıldığı, nelerin bu kapsam dışında kaldığı ile ilgili açıklamalar makalemizin ilerleyen kısmında yapılacaktır.

Anonim şirket şeklinde faaliyetlerini devam ettiren spor kulüplerinin bütün teslim ve hizmetlerinin katma değer vergisine tabi olduğu açıktır.

Katma Değer Vergisi Kanunundaki mükellefiyet ile ilgili genel açıklamalardan sonra biraz daha özel nitelikteki diğer konular üzerinde durmakta fayda vardır.

#### **A. AMATÖR VEYA PROFESYONEL SPOR DALI AYRIMINDA KDV UYGULAMASI**

Katma Değer Vergisi Kanununda spor faaliyetinin amatör veya profesyonel olup olmamasına göre de bir ayırım yapılmaktadır. KDV Genel Uygulama Tebliği'nin 12.1 Spor Kulüpleri başlıklı kısmında da açıklandığı üzere, spor kulüpleri amatör ve profesyonel spor faaliyetleri yanında çeşitli alanlarda faaliyet gösteren müesseselere sahip olabilirler.

3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanununda bulunan iki madde profesyonellik ve amatörlük ayırımında yol gösterici niteliktedir. Bunlardan ilki 18. madde<sup>23</sup> olup hangi spor dallarının amatör veya profesyonel olacağıyla ilgili tespit usulüne ilişkin düzenlemeler içermektedir. Diğeri ise 24. madde<sup>24</sup> olup profesyonel spor dalların teşkili ve idaresi ile

---

<sup>22</sup> Gelirler Genel Müdürlüğü, 27.06.2000 tarih ve B.07.0.GEL.0.54/5417-1740/31047 sayılı özeldgesi.

<sup>23</sup> Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanunun, m. 18: "Bir veya daha fazla spor dalı, teknik ve idari bakımdan birer federasyona bağlanır. Amatör federasyonların adedi ile profesyonel dallar, Merkez Danışma Kurulunun da görüşünü almak suretiyle Spor Genel Müdürünün teklifi üzerine Gençlik ve Spor Bakanı tarafından tespit olunur. Amatör ve profesyonel futbol faaliyetleri Türkiye Futbol Federasyonuna bağlı iki ayrı kurul tarafından yürütülür."

<sup>24</sup> Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun m. 24: "Profesyonel dallar, Spor Genel Müdürünün, Merkez Danışma Kurulunun da görüşünü almak suretiyle yapacağı teklif üzerine, Gençlik ve Spor Bakanı tarafından tespit olunur."

ilgili düzenlemeler içermektedir. Bu maddelerden de anlaşıldığı gibi bir spor dalının profesyonel olarak nitelendirilebilmesi için bir takım prosedürlerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Ancak günümüze kadar bu alanda profesyonel olan tek spor dalı futbol olmuştur ve futbolun yönetimi ile ilgili olarak da 17.06.1992 tarih ve 3813 sayılı Kanun ile Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) kurulmuştur. Bu Kanun ile TFF özerk hale gelmiştir. Futbolun yarattığı parasal değerlerin giderek büyümesinden ve ilginin giderek artmasından dolayı böyle bir yapılanmanın olması zorunlu hale gelmiştir<sup>25</sup>.

55 No’lu KDV Genel Tebliğ hükmüne göre spor kulübü dernekleri amatör ve profesyonel spor faaliyetlerinde bulunabilmektedirler. Profesyonel futbol şubeleri de iktisadi işletme niteliğindedir ve bunların yapmış oldukları sosyal tesis, lokal, otopark, spor okulları ve kursları, spor sahaları vs. gibi faaliyetler de KDV’nin konusuna girmektedir.

KDV Genel Uygulama Tebliği’nin 12.1. Spor Kulüpleri başlıklı kısmında da açıklandığı üzere, bir iktisadi işletme niteliğinde olan **profesyonel futbol şubeleri** ile sosyal tesis, lokal, otopark, spor okulları ve kursları, spor sahaları, sağlık merkezleri, plaj tesisleri ve benzeri iktisadi işletmelerin teslim ve hizmetleri yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde KDV’nin konusuna girmektedirler. Bu kapsamda ilgili uygulama tebliğinde nelerin KDVK m.1/3-g’ye göre KDV kapsamında değerlendirilen teslim ve hizmetler olduğu da belirtilmiştir. Buna göre, maç hasılatları, spor toto-loto ve iddia isim hakkı gelirleri, spor malzemesi ve hediyelik eşya satışı, yayın hakkı gelirleri, reklam gelirleri ve diğer gelirler KDV’nin konusuna girmektedir. Ancak bu tür faaliyetler amatör spor kulüplerince gerçekleştirildiğinde KDV mükellefiyeti doğmayabilmektedir. Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı’nın vermiş olduğu özeldede<sup>26</sup> bu durum açıklanmaktadır.

---

Profesyonel spor dallarının teşkili, ilgili federasyonları ile bağlantıları, idaresi tüzükle düzenlenir. Spor kulüpleri, profesyonel takımlarını, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kuracakları veya kurulmuş olan şirketlere devredebilirler veya profesyonel futbol takımlarını kiraya verebilirler.”  
< <http://www.tff.org/default.aspx?pageID=297> > s.e.t.19.02.2016.

<sup>25</sup> Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı, 27.08.2012 tarih ve B.07.1.GİB.4.06.18.02-32229-7761-862 sayılı özge : “spor kulübü olarak faaliyet gösteren Derneğinizin, dernek gelirlerini artırmak ve spor faaliyetlerini geliştirmek için Başbakanlık Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesindeki iddia oyunlarından alacağı “isim hakkı” için amatör spor kulübü sayılması hasebiyle 55 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği’ne göre değerlendirildiğinde adına katma değer vergisi mükellefiyeti tesis ettirilmesine gerek bulunmamaktadır. Diğer taraftan isim hakkı gelirleri 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 1 inci maddesine göre katma değer vergisine tabi olup, Derneğinizin amatör spor kulübü olması nedeniyle bu gelirlerinden dolayı mükellefiyet tesis edilmeyeceğinden bahse konu vergilerin aynı Kanunun 9 uncu maddesinin sorumluluk uygulaması kapsamında Spor Toto Teşkilatı tarafından beyan edilmesi gerekmektedir.”

Bu sayılanlar dışında faaliyetin zorunlu bir unsuru olarak yapılmakta olan futbolcu transferleri ile kiralamaları karşılığı kulüplerce elde edilen bedeller KDVK m. 1/3-g kapsamında sayılamayacağından dolayı KDV'nin konusuna girmemektedir. Bu hüküm sadece dernek statüsündeki spor kulüpleri için geçerli olup, tebliğin devamında anonim şirket statüsünde sportif faaliyette bulunan kuruluşların bütün teslim ve hizmetlerinin KDVK m.1/1 hükmü gereğince vergiye tabi olduğu belirtilmiştir.

Bağlayıcı bir hukuk kaynağı konumundaki KDV Genel Uygulama Tebliği'nin yukarıda yer verilen açık hükümleri gereği anonim şirket statüsünde sportif faaliyetlerde bulunan spor kulübünün diğer bir kulübe yaptığı bir teslim veya hizmet söz konusu ise bu işlem nedeniyle yapılan harcama (ödeme) 3065 sayılı Kanunun (1/1) inci maddesi gereğince katma değer vergisine tabi tutulacaktır.

## **B. TRANSFER VE TRANSFER ÜCRETİ ÖDEMESİNDE KDV UYGULAMASI**

Sporcu, Lisans Tescil ve Transfer Yönetmeliğinin 4. maddesine göre transfer bir sporcunun kulüp değiştirmesini ifade etmektedir. Bir spor kulübünden ilişiksiz belgesi ile il müdürlüğünden taahhüname almak şartıyla bir sezonda bir defa transfer yapılması normal transfer olarak adlandırılmaktadır. Bunun yanında, tescil sürelerini tamamlamış ve yaş sınırını bitirmiş veya yirmi dört yaşını bitiren sporcuların bu şartlardan birisini taşıması halinde durumlarını il müdürlüklerinden alacakları bir yazı ile belgeleyerek lisanslı oldukları kulübün iznine bakılmaksızın federasyonca belirlenecek olan ilişiksiz belgesi bedelini kulübüne yatırmak şartıyla başka bir kulübe transfer olması ise serbest transfer işlemi olarak nitelendirilmektedir.

Sporcu, Lisans Tescil ve Transfer Yönetmeliğindeki transfer tanımı birçok spor branşında<sup>27</sup> aynı olmakla birlikte futbol için ayrı bir tanımlama yapılmıştır. Türkiye Futbol Federasyonunun 2009 tarihli Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatının 2. maddesine göre transfer, futbolcunun ilk kez profesyonel sözleşme imzalamasını, mevcut kulübünden başka bir kulüp ile sözleşme imzalamasını veya geçici olarak kulüp değiştirmesini ifade etmektedir.

Transfer ücreti ile ilgili olarak talimatlarda ya da yönetmeliklerde açık bir tanımlama yapılmamıştır. Ancak yürürlükteki mevzuatların yorumlanmasından şöyle bir tanımlama yapmamız mümkündür: Bir sporcunun bağlı olduğu kulüp ile sözleşmesi devam ederken başka bir kulübe gitmek için, kulüpler arası anlaşmanın sağlanması halinde, eski kulüple olan sözleşmesinin feshedile-

---

<sup>27</sup> Basketbol, voleybol, hentbol gibi.

rek sporcunun oyun hakkının yeni kulübe geçmesi karşılığında yeni kulübün eski kulübe yapmış olduğu bir ödemedir. Bu bedel konusunda taraflar yani kulüpler konuşup anlaşarak bir sonuca varmaktadır.

2013 yılında Limoge Üniversitesinin Spor Ekonomisi ve Hukuk Merkezi<sup>28</sup>'nin hazırladığı kapsamlı bir rapora göre transfer ücreti<sup>29</sup> genellikle futbolcunun sözleşmesinin haklı sebep olmaksızın feshini içeren transfer operasyonuna ilişkin olarak kulüpler arasında yapılan ödeme (yetiştirme tazminatı hariç) şeklinde tanımlanmıştır. Yine aynı raporda sözleşmenin feshi yoluyla gerçekleşen transferlere<sup>30</sup> ilişkin olarak da, transfer, futbolcu, futbolcunun ayrıldığı kulüp (transfer edilen kulüp) ve katıldığı kulüp (transfer eden kulüp) arasında yapılan bir sözleşmedir ki;

i) transfer edilen kulüp oyuncuyla yapmış olduğu belirli süreli iş sözleşmesini erken feshetmeyi kabul etmekte,

ii) transfer eden kulüp sözleşmenin bu şekilde erken feshedilmesinden dolayı tazminat olarak transfer ücreti ödemeyi kabul etmekte,

iii) transfer eden kulüp futbolcunun eğitilmesine ve çalıştırılmasına katkı sağlayan kulüplere dayanışma ve/veya yetiştirme tazminatı ödemek zorunda olmakta, ve

iv) futbolcu transfer edilen kulüpten transfer eden kulüp için ayrılmayı kabul etmektedir.

Transfer ücreti sporcunun sözleşmesi devam ederken yapılan bir ödeme niteliğindedir. Diğer bir anlatımla sporcu bağlı olduğu kulüp ile belirli bir süreliğine sözleşme yapmaktadır. Bu süre zarfında da ilgili kulüpte oynama zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak sözleşmede belirtilen süre bitmeden sporcunun başka bir kulübe gidecek olması halinde, taraflar arasında yapılan sözleşmedeki hükümlere göre, sporcunun bağlı olduğu kulübe, transfer eden kulüp tarafından bir ödeme yapılması gerekmektedir. Uygulamada bunun için transfer ücreti veya bonservis bedeli ifadeleri kullanılmaktadır. Ancak FIFA ve TFF talimatları ve yönergeleri incelendiğinde bu ödeme her zaman transfer ödemesi niteliğinde olmayabilmekte, fesih tazminatı niteliğinde de olabilmektedir. Bununla ilgili açıklamalar makalemizin ilerleyen kısımlarında yapılacaktır.

---

<sup>28</sup> Université de Limoge, Centre de Droit et d'Économie du Sport (CDES), < www.cdes.fr > s.e.t 18.02.2016

<sup>29</sup> The Economic and Legal Aspects of Transfers of Players, January 2013, s. 13. <http://ec.europa.eu/sport/library/documents/cons-study-transfers-final-rpt.pdf > s.e.t. 18.02.2016

<sup>30</sup> İdem, s.21.

Futbolcu transfer ücretlerinin KDV'ye tabi olması ile ilgili olarak farklı görüşler bulunmaktadır. Futbolcunun transfer edilmesi halinde, transferin futbolcunun oynama hakkının devri niteliğinde olduğundan dolayı bunun bir gayri maddi hak niteliğinde olduğunu ve bu hakkın da Katma Değer Vergisine tabi olan yayın hakkı gelirlerinden ayrı olarak düşünülmemeyeceğinden dolayı KDV'nin uygulanması gerektiğini savunanlar<sup>31</sup> olabildiği gibi aynı şekilde futbolcu transferi ve kiralamalarının ticari faaliyet kapsamında değerlendirilmesi ve bundan dolayı da KDV'nin uygulanması gerektiğini savunanlar<sup>32</sup> da mevcuttur. Ancak olaya iki ayrı yapılanma türü, dernek ve A.Ş olan kulüpler açısından bakmak gerekmektedir.

Dernek olarak faaliyet gösteren bir spor kulübünün KVK'dan dolayı vergiye tabi veya muaf olması ve KDV'ye tabi olması ayrı birer durumdur. Diğer bir deyişle, spor kulübü kurumlar vergisinden muaf olmakla birlikte yapmış olduğu faaliyetler sebebiyle katma değer vergisi mükellefi olabilmektedir. Bundan dolayı olayı ilgili mevzuat hükümleri kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

KDV Genel Uygulama Tebliğinin 12.1 Spor Kulüpleri başlıklı kısmında nelelerin KDV kapsamına giren teslim ve hizmetler olduğu açıkça sıralanmıştır. Bunun yanında futbolcu transferleri ile kiralamalarının faaliyetin zorunlu unsuru olmasından dolayı KDV konusu dışında olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte 55 No'lu KDV Genel Tebliğinde de "Ticari nitelikten ziyade faaliyetin zorunlu bir unsuru olarak yapılan futbolcu transferleri ile kiralamaları karşılığı kulüplerce elde edilen bedeller KDVK'nın 1/3-g maddesi kapsamında sayılamaya çağından verginin konusuna girmemektedir." denilmektedir. Bu düzenlemeler dernek şeklinde faaliyette bulunan kulüpler açısından bir anlam ifade etmektedir. Dernek şeklindeki spor kulüplerinin yapmış oldukları transferler veya kiralamalar ticari nitelik taşımamaktadır ve yapılan faaliyetin zorunlu bir parçasıdır, bundan dolayı da bu işlemler KDV'nin konusuna girmemektedir.

Makalemizin I. bölümünde de açıklandığı gibi Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 24. maddesi ve 55 No'lu KDV Genel Tebliği düzenlemelerine göre, dernek şeklinde faaliyette bulunan kulüpler profesyonel takımlarını TTK'ya göre kuracakları veya kurulmuş olan anonim şirketlere devredebilecekler ve böylece profesyonel futbol faaliyeti anonim

---

<sup>31</sup> Başaran, Murat <<http://www.futbolekonomi.com/index.php/haberler-makaleler/hukuk/172-murat-baaran/2567-profesyonel-sporcu-oyunama-haklarinin-devrnde-yapilan-oedemeler-ve-vergileme-ii.html>> s.e.t. 19.02.2016

<sup>32</sup> Hakan, Boztaş (2008), "Profesyonel futbolcu transferlerinin vergisel boyutu-I" Yaklaşım Dergisi, Ocak 2008, S. 181, s.108-113.< <http://huseyinust.com/konu-spor-kuluplerinin-a-s-olmasi.html>> s.e.t. 20.02.2016



şirket statüsündeki kuruluşlarca da yapılabilecektir. Böyle bir durumda anonim şirket olarak faaliyette bulunan spor kulüpleri dernek statüsündeki spor kulüplerine transfer ücretleriyle ilgili olarak sağlanan KDV avantajından yararlanamamaktadırlar. Bunların transfer ve kiralama işlemleri KDV m. 1/ 1 hükmü gereğince KDV'ye tabidir. Bu durum KDV Genel Uygulama Tebliğinde de açıkça belirtilmiştir. Buna ilişkin olarak Bursa Vergi Dairesi Başkanlığı'nın futbolcu transferinden elde edilen gelirin KDV'ye tabi olup olmadığı ile ilgili olarak vermiş olduğu özeldede<sup>33</sup> belirtmiş olduğumuz bu tebliğ ve genel tebliğlere atıfta bulunularak "anonim şirket statüsünde sportif faaliyetlerde bulunan şirketiniz tarafından yapılan futbolcu transferlerinden elde edilen bedeller, KDV Kanununun 1/1. maddesi kapsamında KDV'ye tabi olacaktır." şeklinde görüş bildirilmiştir. Bu durumda da yapılan futbolcu transfer ve kiralama işlemleri KDV'ye tabi olmaktadır. Sonuç olarak, anonim şirket şeklinde faaliyet gösteren spor kulüplerinden transfer bedeli (ücreti) ödeyerek futbolcu satın alan veya kiralayan futbol kulüpleri, transfer ve kiralama bedellerine ilave olarak ayrıca % 18 oranında KDV ödeyeceklerdir.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus vardır. Sözleşme yapılırken transfer bedeli olarak kararlaştırılan miktara KDV'nin dâhil mi hariç mi olduğunu açıkça belirlemek gerekmektedir. Örneğin, X kulünden Y kulübe geçecek olan futbolcu A için 3 milyon TL + KDV transfer ücreti ödenecektir diye açıkça yazılması gerekmektedir. KDV'nin dâhil olup olmadığı açıkça yazılmamış ise KDV'nin belirlenen bedelin içinde olduğu kabul edilmektedir. Bu konu Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarıyla<sup>34</sup> da sabit olarak kabul edilmiştir. Bundan dolayı

---

<sup>33</sup> Gelir İdaresi Başkanlığı Bursa Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Gelir Grup Müdürlüğü'nün 20.10.2012 tarihli B.07.1.GİB.4.16.16.02-300.10.151-30 sayılı özeldesi.

<sup>34</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T: 25.12.1997, E:1997/9517, K:1997/10777 "satış bedeli için yapılan pazarlıkta KDV'nin söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Kural olarak KDV'nin sorumlusu alıcı ise de, satış sözleşmesinde ve satış bedelinin pazarlığı sırasında bu konu gündeme getirilmemiş ise KDV'nin satış bedeli içinde olduğu kabul edilir. Bu nedenle satış sırasında KDV gösterilmediği için davacının satıştan sonra KDV ödediğini ileri sürerek alıcıdan bunu talep etmeye hakkı yoktur". Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T:14.04.2003, E:2002/15363, K:2003/4430 "tarafklar arası sözleşmede KDV'nin alıcıya ait olduğuna dair bir açıklık bulunmayan durumda, alıcının satış bedelinin satıcıya ödenmesinden ve satıcı tarafından Hazineye yatırılmasından sonra, satıcının bu vergiyi alıcıdan talep edemeyeceğine, vergi idaresine yatırılan tutarın satıcının kendi borcu olduğuna". Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, T:11.01.2005, E:2004/3035, K:2005/61 "somut olayda işin bedeli sözleşmede götürü olarak kararlaştırıldığından ve KDV'nin hariç tutulduğuna ilişkin olarak sözleşmede bir hüküm yer almadığından dairemizin yerleşik içtihatlarına göre götürü ücret içinde KDV'nin de mevcut olduğunun kabulü ve davacının götürü bedel dışında ayrıca KDV isteğinin reddedilmesi gerektiğine". Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T:13.10.2004, E: 2004/19-456, K: 2004/531 "tarafklar arasında düzenlenen kira sözleşmesinde katma değer vergisinin kiracı tarafından ödeneceğine dair bir hüküm bulunmadığı" gerekçesi ile "katma değer vergisinden davacı sorumludur. Katma

ileride herhangi bir şekilde ihtilaf çıkmasına meydan vermemek için sözleşmelerde “KDV hariç” veya “KDV dâhil” şeklinde, bedelin katma değer vergisini içerip içermediğinin vurgulanmasında yarar vardır<sup>35</sup>.

### 1. Bosman Kuralı

Yukarıdaki açıklamalarımız dışında, transfer ücreti ödenmeden yapılan transferler de bulunmaktadır. Detaylarını burada açıklayacağımız bu kural sayesinde sözleşmesi biten sporcunun serbestçe kulüp değiştirmesi mümkün hale gelmiştir.

Sporcunun bağlı olduğu kulübü ile sözleşmesi bittikten sonra sporcunun başka kulübe gitmesi için eski kulübe herhangi bir ödemenin yapılmaması kuralıdır. Bosman Kuralı<sup>36</sup> olarak nitelendirilen bu kural, kulübüyle sözleşmesi biten futbolcuların istedikleri kulüp ile bonservis bedeli gibi herhangi bir kısıtlamaya maruz kalmadan sözleşme yapma serbestine sahip olmasını ifade etmektedir. Avrupa Adalet Divanı (AAD) bu kuralın kaynağı olan olayda “bonservis bedelinin ödenmemesi gibi bir sebeple transferin engellenmesinin hiçbir hukuki yanı yoktur” sonucuna varmıştır. Bosman Kararı gereği, bu kural Avrupa Birliği Üyesi ülkelerindeki futbol kulüplerinin oyuncu transferine uygulanmaktaydı. Birlik dışındaki ülkeler açısından herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Ancak bu olaydan sonra 2001 yılında Birlik üyesi olmayan bir ülkenin vatandaşı olan Tibor Balog’un Belçika’nın RSC Charleroi kulübünden Fransa’nın AS Nancy Kulübüne transferinde Bosman kurallarının uygulanmamasından hareket ile yüksek bedelle transfer ücreti talep edilmesi üzerine anlaşmazlık çıktı. Belçika kulübünün yerelde davayı kaybetmesi üzerine dava Avrupa Adalet Divanı’na (AAD) taşındı. Bunun üzerine AAD ve FİFA uzlaşmak

---

değer vergisi kira parasının içindedir. Mahkemece katma değer vergisine yönelik istemin reddine karar verilmesi gerekir”.

<sup>35</sup> Doğrusöz, A.Bumin (2006), “Sözleşmelerde Tutarın KDV’yi İçerip İçermediğinin Belirtilmemesi”, Yaklaşım, S.162.< [http://www.muhasibetr.com/ozelbolum/021/Ozel\\_Bolum\\_021.doc](http://www.muhasibetr.com/ozelbolum/021/Ozel_Bolum_021.doc).> s.e.t. 19.02.2016

<sup>36</sup> Jean Marc Bosman, Belçikan’ın FC Liege takımında oynar iken, sözleşmesi bitmiş olmasına rağmen 400 bin euro ile Fransa’nın Dunkerque takımına transfer edilmek istenilmesi karşısında, Fransız takımının kiralamak istemesi, FC Liege’in Bosman’ın sözleşmesini fesh etmesi ve daha sonra da Fransız kulübe gitmesinin de engellenmesi üzerine Bosman tarafından başlatılmış bir hukuk mücadelesidir. Avrupa Adalet Divanı’nın 15 Aralık 1995’te aldığı karar sonucunda, tek başına verdiği hukuk mücadelesinden galip çıkmayı başaran Jean Marc Bosman’ın futbol dünyasına kazandırmış olduğu reform nitelikte bir karardır. “Yabancılar serbest dolaşım hakkı”nın sağlanmış olması açısından da çok önemli bir karardır. Karar için bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61993CJ0415> > s.e.t. 18.02.2016.

durumunda kaldılar ve FİFA geçiş serbestliğini kabul etmek durumunda kaldı. Böylece oyuncular sözleşmelerinin sonunda, eğitim tazminatı ile ilgili koşulların gereği yerine getirilmek şartıyla serbestçe kulüp değiştirebilecek hale geldiler<sup>37</sup>.

Bosman kuralının uygulamasının kabul edilmesi konusunda ülkeler serbesttirler. Türkiye’de de uygulanmakta olan bu kural ile ilgili olarak bazı aksaklıkların olduğunu da gözden kaçırmamak gerekmektedir. Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatının 19. maddesinin 6. fıkrasında “Mevcut kulübüyle sözleşmesi devam eden profesyonel bir futbolcuyla sözleşme imzalama niyetinde olan kulüp, futbolcuyla görüşmelere başlamadan önce futbolcunun sözleşmesel ilişkisi devam eden kulübünün iznini yazılı olarak almak zorundadır. Yazılı izin almaksızın görüşmelere başlayan kulüp, futbolcu, futbolcu temsilcisi ve diğer kişiler hakkında Futbol Disiplin Talimatı hükümleri uygulanır.” denmektedir.

Türkiye’deki futbol kulüpleri Talimatın 19. maddesinin 6. fıkrasına uymakla yükümlüdür aksi halde cezai müeyyideler ile karşı karşıya kalabilmektedirler. Sözleşmesi bittikten sonra serbest kalacak olmasına rağmen, futbolcunun sözleşmesinin bitmesinden önceki son transfer döneminden sonra, futbolcu ile görüşmeye başlamak için yine de bağlı olduğu kulüpten izin alma zorunluluğu getirilmesi Bosman kuralının tam uygulanmasını engellemektedir. Bağlı olunan kulübün izin vermiyorum demesi ile uygulamada karşılaşılabilecek ama hukukta her ihtimal göz önüne alınarak düzenlemelerin yapılması adaleti ve hakkaniyeti sağlamak açısından önemli bir durumdur. Çünkü izin vermem denilmesi halinde mağdur durumda olacak olan futbolcular olabilmektedir. Bundan dolayı Talimatta “izin” yerine “bildirim” veya “bilgi verme” gibi ifadeler kullanılmış olsaydı daha uygun olabilirdi.

## 2. Fesih Tazminatı ve Cezai Şart

Profesyonel futbolcu sözleşmelerinin haklı bir sebep olmaksızın fesih edilecek olması halinde Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatının (PFSTT) 30. maddesine göre tazminat yükümlülüğü<sup>38</sup> doğabilmektedir. Her ne kadar bu madde PFSTT’nin Sportif Cezalar başlıklı bölümünde düzenlenmiş olsa dahi, bu tazminatın sportif bir ceza özelliği bulunmamaktadır<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Vargılı, Sedat (2007), “Bosman ve Balog Kararları”, <<http://blog.milliyet.com.tr/bosman-ve-balog-kararlari/Blog/?BlogNo=38180>>, s.e.t.18.02.2016

<sup>38</sup> PFSTT m.30/5 “Koruma dönemi içerisinde futbolcuyla feshe yönelten veya sözleşmenin fesihine neden olan kulüplere fesih tazminatı ödeme yükümlülüğünün yanı sıra ...”

<sup>39</sup> Aydos, Oğuz Sadık (2013), “Sporcu Sözleşmesinin Feshi”, AÜHFİD, S.3, C.62, s.669 (643-689).

PFSTT'nin 30. maddesinin 5. fıkrasına göre fesih tazminatı olarak adlandırılan bu uygulamada tazminatı ödemek ile yükümlü olan taraf sporcuyla kendi kulübüne almak isteyen spor kulübüdür. Bu tazminat bedelinin tespiti sözleşmede yer alan ücretler ve diğer haklar göz önüne alınarak duruma göre değerlendirilecektir. Her olayın özelliğine göre ayrı ayrı hesaplanması gerekmektedir. Bu ödeme bonservis bedeli veya transfer ücreti değildir ve bu kapsamda da değerlendirilemez.

Ancak, bu düzenlemenin dışında bir sporcu ile sözleşme imzalayan kulüp, sporcunun sözleşmeyi tek taraflı olarak feshederek başka kulübe geçmek istemesi halinde, sporcuyu almak isteyen kulübün belli bir meblağı (tazminat veya sözleşmeden cayma cezası) ödemesi karşılığında sporcunun transferine izin vermeyi kabul edeceğine dair hükmü sözleşmeye ekleyebilir. Böyle bir hüküm koymak zorunlu olmayıp tamamen tarafların iradelerine bırakılmış bir durumdur. Bu şekildeki bir uygulama sözleşmeye **ceza şart** maddesi olarak eklenebilecek bir durumdur. Böyle bir hüküm Türkiye Futbol Federasyonunun hazırladığı profesyonel futbolcu model sözleşmesinin 3. maddesindeki ödemeler ve özel hükümler kısmına eklenebilir.

Ceza şart maddesinin uygulanması karşılığında ödenen bedel uygulamada bonservis bedeli veya transfer ücreti ile karıştırılmaktadır. Ancak futbolcuyla alacak olan kulübün ödemiş olduğu bu bedel transfer ücreti değil **sözleşme fesih bedelidir** ve **tazminat niteliğindedir**. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin erken sonlandırılması sebebiyle futbolcuyla transfer etmek isteyen kulüp tarafından futbolcunun mevcut kulübünün uğradığı /uğrayacağı zararların yeni kulüpe karşılanması kapsamında ödenen bir tazminattır. Örneğin, A spor kulübü ile futbolcu X arasında yapılan sözleşmede "Bu sözleşme devam ederken 2015-2016 sezonu ve sonraki sezonlar için bir başka kulübün futbolcuyla transfer etmek amacıyla net 2.000.000,00 Euro tazminat ödemeyi ve futbolcunun bir sonraki transferinden de net %15 pay vermeyi taahhüt etmesi durumunda kulüp futbolcunun da rızasını alarak işbu transferi gerçekleştirmeyi kabul ve beyan eder" şeklinde bir ifade olması halinde bu ifade ceza şart hükmündedir ve sözleşmenin haklı sebep olmaksızın futbolcu tarafından feshedilmesi halinde uygulanmaktadır. Bu sözleşmeyi imzalayan her ne kadar futbolcu X olsa da, ödeme yapacak olan X'i transfer etmek isteyecek olan kulüptür. Ancak bu ödeme transfer ücreti değil, tazminat niteliğindedir.

Bu konuda önemli olan, böyle bir ödemenin olması halinde bu miktara KDV'nin uygulanıp uygulanmayacağını tespit edilmesidir. Bu ödeme transfer ücreti değil, futbolcuların futbol hayatlarına devam ettikleri kulüplerden, bu

kulüplerle olan sözleşme sürelerinin dolmasını beklemeden başka bir kulübe transfer olmak veya transfer edilmek istenmeleri halinde, mevcut sözleşmelerde yer alan **bir tazminat** veya **sözleşmeden cayma cezası** niteliğindedir. Bu tazminat tutarının gerçekleştirilmiş bir mal teslimi veya hizmet ifasının karşılığını oluşturmadığı açık ve net olduğundan dolayı Katma Değer Vergisinin konusuna girmemektedir. Bunun sonucu olarak da bu ödeme üzerinden herhangi bir şekilde katma değer vergisi hesaplanması gibi bir durum söz konusu değildir.

Bu konuda Maliye Bakanlığı'nın 08.08.2011 tarih ve KDVK-60/2011-1 sayılı 60 No'lu Katma Değer Vergisi Sirkülerinin tazminatlar başlıklı 1.2. maddesinde "herhangi bir teslim veya hizmetin karşılığı olarak ortaya çıkmayan tazminat ve benzeri ödemelerin prensip olarak KDV'nin konusuna girmemektedir, bu kapsamda işin sözleşme şartlarına uygun yapılmaması, işin verilen süre içerisinde tamamlanmaması, sözleşmenin feshedilmesi gibi nedenlerle tazminat, cayma bedeli vb. adlarla yapılan cezai şart mahiyetindeki ödemeler herhangi bir teslim veya hizmetin karşılığı olmadığından KDV'nin konusuna girmemektedir" denilmektedir. Bu durumun aksi savunulmakla birlikte<sup>40</sup>, mevcut mevzuat hükümleri de göz önüne alındığında yukarıda anlatıldığı gibi sözleşmenin feshedilmesi gibi sebeplerle ödenen tazminat bedelleri KDV'ye tabi olmayacaktır.

Bu konuda diğer ülkelerde (örneğin İspanya) farklı uygulamalar olmakla birlikte Türk hukukunda yürürlükteki mevcut mevzuat hükümlerini incelendiğinde farklı bir yorum yapılması mümkün görülmemektedir. Bu durumda anonim şirket şeklindeki kulüplerin transfer ücreti üzerinden KDV ödememek için futbolcular ile yapacakları bir sözleşmeye bu şekilde bir cezai şart koyarak KDV ödemekten kaçınma yönetimini seçebilmeleri mümkündür.

### 3. Yurt dışına ödenen transfer ve menajerlik hizmet bedelleri

Katma Değer Vergisi Kanununun 9. maddesinin 1. fıkrasında kamu alacağının güvence altına alınması amacıyla KDV mükellefinin Türkiye içinde ikametgâhının, işyerinin, kanunî merkezi ve iş merkezinin bulunmaması hallerinde ödemeyi yapanlarca KDV tevkifatı yapılması zorunluluğu düzenlenmiştir. Kurumlar vergisi tevkifatında olduğu gibi bu durumda da ödemeyi yapacak olan kulübün hukuki statüsünün (dernek veya anonim şirket) bu yükümlüğü yerine getirmede hiçbir önemi bulunmamaktadır.

---

<sup>40</sup> Başaran, Murat (2013), Profesyonel sporcu oynama haklarının devrinde yapılan ödemeler ve vergileme-II, <<http://www.futbolekonomi.com/index.php/haberler-makaleler/hukuk/172-murat-baaran/2567-profesyonel-sporcu-oynama-haklarinin-devrinde-yapilan-odemeler-ve-vergileme-ii.html>>, s.e.t.19.02.2016

Yurt dışından yapılan transfer işlemi veya menajerlik hizmet alımı işlemlerinden Türkiye’de yararlandığı için transfer veya hizmet Türkiye’de ifa edilmiş sayılmaktadır. KVK’nın 6. maddesinde hangi hallerde hizmetlerin Türkiye’de yapıldığına ilişkin olarak yapılan düzenlemede “hizmetin Türkiye’de yapılması veya hizmetten Türkiye’de yararlanması” denilmektedir. Bu durumda ikametgâhı, işyeri, kanuni merkezi ve iş merkezi Türkiye’de bulunmayanların Türkiye’de yaptığı hizmetler ile bunların yurt dışında yaptığı ancak Türkiye’de faydalanılan hizmetler KDV’ye tabi olacaktır. Bu bağlamda yabancı spor kulübünce yurt dışında ifa edilen bu hizmetten Türkiye’de faydalandığında da işlem Türkiye’de yapılmış sayılacağına bu hizmet KDV’nin konusuna girmektedir.

Bu durumda KDV’nin mükellefi yurt dışındaki spor kulübü veya menajerlik hizmetini veren kişi olmasına rağmen, bunların Türkiye’de ikametgâhı, işyeri, kanuni merkezi ve iş merkezi bulunmadığı için, Türkiye’de ilgili hizmetlerden yararlanan spor kulübü sorumlu sıfatıyla %18 oranında KDV tevkifatı yapmak zorundadır.

15 seri No’lu KDV Genel Tebliğ’in Yurt Dışından Sağlanan Hizmetler başlıklı bölümünde yurt dışındaki bir firmadan alınan hizmetlerin bu vergiye tabi olacağı; bu hizmet ifalarında mükellefin esasında yurt dışındaki firma olduğu ancak bu firmanın Türkiye’de ikametgahı, işyeri, kanuni merkezi ve iş merkezinin bulunmaması halinde ilgili kanunun 9. maddesi gereğince hizmetten faydalananın Türkiye’de bulunması sebebiyle bu kişinin bağlı bulunduğu vergi dairesine sorumlu sıfatıyla ilgili vergiyi beyan edip ödemesi gereklidir, denilmektedir.

Öte yandan, 117 Seri No’lu KDV Genel Tebliği ile 15 Seri No’lu KDV Genel Tebliğinin ilgili bölümü yürürlükten kaldırılmış, 01.05.2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Tebliğin 2.1. nolu bölümünde konuyla ilgili gerekli açıklamalara yer verilmiştir. Bütün bu açıklamalar kapsamında da yurt dışındaki bir kişiden alınan menajerlik veya transfer hizmeti için ödenen bedel üzerinden hesaplanan KDV’nin mükellefi yurt dışındaki spor kulübü veya menajerlik hizmetini veren kişi olmasına rağmen, bunların Türkiye’de ikametgah, işyeri, kanuni merkezi ve iş merkezi bulunmadığı için, Türkiye’de ilgili hizmetlerden yararlanan spor kulübü sorumlu sıfatıyla %18 oranında KDV tevkifatı yapmak zorundadır. Bu durum Bursa Vergi Dairesi Başkanlığının 16.08.2012 tarihli özelgesinde<sup>41</sup> de detaylıca açıklanmıştır.

---

<sup>41</sup> Bursa Vergi Dairesi Başkanlığı, 16.08.2012 tarih ve 17192610-125[ÖZG.12-21]-341 sayılı özelge: “yurt dışında yerleşik firmalardan alınan menajerlik hizmetinden Türkiye’de yararlandığından, menajerlik hizmeti için ödenen bedel üzerinden sorumlu sıfatıyla KDV hesaplanması gerekmekte olup, hesaplanan bu verginin ... Kulübü Derneği tarafından 2 no.lu KDV Beyannamesi ile beyan edilmesi ve aynı dönemde 1 nolu KDV beyannamesi ile de indirim konusu yapılması gerekmektedir.”

KDV tevkifatı yükümlülüğü, yurt dışından yapılacak sporcu kiralamalarında da transferdeki gibi aynı şekildedir.

### C. DİĞER DURUMLAR

Bu başlık altında spor kulüplerinin yapmış oldukları bazı faaliyetler sebebiyle katma değer vergisi mükellefiyetinin doğup doğmadığı hususunda açıklamalar yapılacaktır. Bu kapsamda öncelikle kamu yarına çalışan dernek bünyesindeki spor kulüplerinin KDV karşısındaki durumundan bahsettikten sonra, sporculara verilen nakdi ödüller ile kulüp bünyesinde verilen kursların KDV'ye tabi olup olmayacağı üzerinde durulacaktır.

#### 1. Kamu Yararına Derneklerin KDV Karşısındaki Durumu

Kanundaki şartları yerine getiren derneklere Bakanlar Kurulu Kararıyla kamu yararına dernek statüsü verilebilmektedir. Bu yapıdaki dernekler kapsamında da spor kulübü bulunması mümkündür. "Derneklerin kamuya yararlı derneklere sayılması veya vakıflara Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınmış olması, bunlara bağlı iktisadi işletmelerin vergilendirilmesine engel teşkil etmemektedir"<sup>42</sup>.

Bu konuda KDVK'nın 17. maddesinin 1. fıkrasında, kamu menfaatine yararlı dernekler, ilim, fen ve güzel sanatları, tarımı yaymak, ıslah ve teşvik etmek amacıyla yaptıkları teslim ve hizmetler ile tiyatro, konser salonu, kütüphane, sergi, okuma ve konferans salonları ile spor tesisleri işletmek veya yönetmek suretiyle ifa ettikleri kültür ve eğitim faaliyetlerine ilişkin teslim ve hizmetlerinin KDV den istisna olduğu ve 2. fıkrasının (b) bendinde de 1. fıkrada sayılan kurum ve kuruluşların bedelsiz olarak yapmış oldukları teslim ve hizmetlerin KDV den istisna olduğu hüküm altına alınmıştır.

Bu durumda kamu menfaatine yararlı dernek statüsünde bulunan spor kulüplerinin bedelsiz olarak yaptıkları teslim ve hizmetler KDVK m. 17/2-b hükmüne göre KDV den istisna olacaktır. Ancak, bedel karşılığında yapılacak mal teslimleri ve hizmet ifaları genel hükümler çerçevesinde KDV ye tabi tutulacaktır. Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı'nın vermiş olduğu 08.02.2013 tarihli özgede<sup>43</sup> bu durum net olarak belirtilmiştir.

---

<sup>42</sup> Erdağ, Nevzat, "Spor Faaliyeti İle Uğraşan Dernekler, Kulüplerde Vergi" <<http://www.nevzaterdag.com/spor-faaliyeti-ile-ugrasan-dernekler-vakiflar-ve-kuluplerinin-kurumlar-vergisi-kanunu-cercevesinde-degerlendirilmesi/> > s.e.t.20.02.2016

<sup>43</sup> Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı, 08.02.2013 tarih ve 90792880-140[59-2012-28]-106 sayılı özelge : kamu menfaatine yararlı dernek statüsünde bulunan Derneğinize bedelsiz olarak yapılan teslim ve hizmetler Kanununun (17/2-b) maddesine göre KDV den istisna olacaktır.

## 2. Sporculara Verilen Daire Şeklindeki Ödüllerin KDV Karşısındaki Durumu

KDV kanuna göre hangi işlemlerin bu kanun kapsamında vergiye tabi olduğu kanunun 1. maddesinde belirtilmiştir. Aynı kanunun 27. maddesinde bedeli bulunmayan veya bilinmeyen mal, hizmet veya menfaat gibi, paradan başka bir değer verilmesi halinde vergiye tabi miktarın tespitinde VUK hükümlerine göre hareket edileceği ve emsal bedel ya da emsal ücret belirleneceği açıklanmaktadır. Yine aynı kanunun 29. maddesinde de hesaplanarak düzenlenen faturalardaki KDV'nin fatura ve benzeri belgelerde gösterilmesi gerektiği ve gösterilen KDV'nin indirilebileceği açıklanmıştır.

Bu maddeler kapsamında bir spor kulübü sporcularına ödül olarak bir daire verir ise bu dairenin teslimi KDV'ye tabidir. Eğer bu dairesinin bedeli biliniyorsa bu bedel üzerinden yoksa emsal bedel üzerinden KDV hesaplanır<sup>44</sup>. Eğer kulüp bu gayrimenkulü başkasından almış ise bu sırada ödenen veya kulüp tarafından inşa edilmesi halinde de maliyetleri içerisindeki KDV oranları indirim konusu yapılabilir. İlgili kulüp tarafından inşa edilen dairelerde maliyet içerisindeki KDV, Kanunun 29 ile 34. maddelerindeki hükümler çerçevesinde indirim konusu yapılabilecektir. Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı'nın vermiş olduğu 06.04.2012 tarihli özelgede<sup>45</sup> bu konu 2010 Dünya Basketbol Şampiyonasında dünya ikincisi olan basketbol milli takım sporcuları, teknik adam ve yardımcı kadrolarına verilmesi kararlaştırılan daire ödülleri ile ilgili olarak açıklanmıştır.

## 3. Spor Kulübü Bünyesinde Açılacak Kurslarda KDV Durumu

Spor kulüpleri kendi bünyelerinde çeşitli spor dallarına yönelik kurslar düzenleyebilmektedirler. Bu kursların belli bir ücret karşılığı yapılıp yapılmamasına göre KDV karşısındaki durumu değişmektedir.

---

Ancak, Derneğimize bedeli mukabilinde yapılacak mal teslimleri ve hizmet ifaları genel hükümler çerçevesinde KDV ye tabi tutulacaktır. Bu durumda; Derneğiniz tarafından sosyal tesis binasının yapılması veya firmalara ihale edilerek yaptırılması ya da piyasadan satın alınması işlemi genel hükümler çerçevesinde KDV ye tabi olacaktır. Diğer taraftan, Derneğiniz tarafından düzenlenen seminerler nedeniyle Derneğiniz bünyesinde iktisadi işletme oluşması halinde bu iktisadi işletmenin işlemleri Kanunun (1/3-g) maddesine göre KDV ye tabi olacaktır. Ancak, kamu menfaatine yararlı Derneğinizin seminer düzenlemek suretiyle gerçekleştirdiği sosyal ve eğitim amaçlı teslim ve hizmetler Kanunun (17/1) maddesi kapsamında KDV den istisna olacaktır. <[http://dguder.org/Webkontrol/IcerikYonetimi/Dosyalar/kamu-menfaatine-yararli-dernegin-vergisel-durumu-hk-rty\\_ozelge\\_g674\\_NSI8xtmy.pdf](http://dguder.org/Webkontrol/IcerikYonetimi/Dosyalar/kamu-menfaatine-yararli-dernegin-vergisel-durumu-hk-rty_ozelge_g674_NSI8xtmy.pdf) > s.e.t. 20.02.2016

<sup>44</sup> 150m2 den küçükse %1, büyük ise normal KDV oranında vergilendirilir.

<sup>45</sup> GİB- Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı, 06.04.2012 tarih ve B.07.1.Gİ-B.4.99.16.02-KVK-6-95 sayılı özelge.



Dernek şeklindeki spor kulüplerinin kendi bünyelerinde ücretsiz olarak kurs düzenlemesi durumunda KDV'nin konusuna giren herhangi bir durum bulunmamaktadır. Ancak ücretli olarak kurs verilmesi halinde alınan ücret KDV'ye tabidir. Çünkü KDV m. 1'de ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde Türkiye'de yapılan teslim ve hizmetlerin vergiye tabi olduğu hükme bağlanmış olmakla birlikte, aynı kanunun 3-g maddesinde de dernekler tarafından kurulan veya işletilen müesseselerin ticari, sınai, zirai ve mesleki nitelikteki işlemlerinin KDV'ye tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bununla ilgili olarak Ankara Vergi İdaresi Başkanlığı<sup>46</sup> ile Muğla Vergi Dairesi Başkanlığı'nın<sup>47</sup> verdikleri özetlerde bu durum dayanak maddeleriyle birlikte detaylıca açıklanmıştır.

## SONUÇ

Spor kulüpleri genel olarak dernek şeklinde faaliyetlerine devam etmekle birlikte Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 24. maddesine göre bu kulüpler profesyonel takımlarını anonim şirketlere devredebilmektedirler.

Spor kulüplerinin ortak özelliği sporun geliştirilmesi, yaygınlaştırılması ve kaliteli sporcu yetiştirilmesine aracılık etmektir. Bunun gerçekleştirilmesinden öncelikle Devlet Anayasasının 59. maddesi gereğince sorumludur. Bu sorumluluğun yerine getirilmesinde spor kulüplerinin önemli bir rolü bulunmaktadır. Bu doğrultuda, ister dernek ister anonim şirket şeklinde yapılmış olsun spor kulüpleri, kulüp olmanın gereği olarak sporun ve sporcunun geliştirilmesi amacıyla hareket etmektedirler. Anonim şirket şeklindeki kulüplerde asli amaçlardan birinin ticari kazanç elde etme olması kulüp olmanın gereklerini yerine getirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.

Normal şartlarda, derneklerin kurumlar vergisi mükellefiyeti bulunmamasına rağmen, dernekler bünyesindeki iktisadi işletmelerin bu mükellefiyetinin olduğu KVK m. 1'de açıkça belirtilmiştir. Ancak bu iktisadi işletmeler idman ve spor faaliyetleri gerçekleştiriyorlar ise kurumlar vergisinden muaftır. Muafiyetin kapsamını belirlerken de yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre hareket edilmektedir.

Sermaye şirketi niteliğinde olan anonim şirket şeklinde spor kulüplerinin kurumlar vergisi mükellefiyetinin olduğu açık ve net bir şekilde ortadadır. An-

---

<sup>46</sup> Ankara Vergi İdaresi Başkanlığı, 18.07.2011 tarih ve B.07.1.GİB.4.06.17.01-K DV-3/2010-14001-35-542 sayılı özelgesi.

<sup>47</sup> Muğla Vergi Dairesi Başkanlığı, 09.06.2012 tarih ve 96620903-48.15.01/1-91 sayılı özelgesi.

cak bu kulüpler sadece idman ve spor faaliyeti gerçekleştiriyor ise bu durumda muafiyet hükümlerinden de yararlanılabilmektedir.

Spor kulüpleri KVK'ya göre muafiyet kapsamında olsalar dahi bunların KVK ve KDV'den kaynaklanan tevkifat yükümlüğü devam etmektedir. Aynı zamanda KVK'ya göre muaf olan kulüplerin KDV karşısındaki mükellefiyetleri devam edebilmektedir.

Sonuç olarak bu makalede dikkat çekilmek istenilen önemli bir konu vardır ki o da transfer ücretlerinin KDV'ye tabi olup olmamasıyla ilgili mevcut düzenlemelerin vergide eşitlik prensibine ters olduğudur. Dernek ve anonim şirket statüsündeki kulüplerin farklı uygulamalara tabi olduğu ortadadır<sup>48</sup>. Daha önce de belirttiğimiz gibi futbol günümüzde ekonomik anlamda büyük bir endüstri haline gelmiş bir spor dalı konumuna gelmiştir. Spor kulüplerini büyük bir bölümü de bu faaliyetlerini dernek çatısı altında devam ettirmektedirler. Bu sayede de transfer ettikleri sporcular için ödenen bedeller hiçbir şekilde KDV'nin konusuna girmemektedir. Bunun altında yatan gerekçe ise, derneklerin kar paylaşımı için kurulmadığı, ticari bir amaç taşımadığıdır<sup>49</sup>. Ancak bu kulüpler de sektördeki anonim şirket şeklinde faaliyet gösteren diğer kulüpler ile aynı kulvarda koşmaktadırlar. Diğer bir deyişle, bir müsabakada eşit şartlarda karşılaşabilen iki kulüp, vergi idaresi karşısında eşit olarak değerlendirilmektedir. Bundan dolayı mevcut mevzuatta gerekli düzenlemelerin yapılarak kulüpler arasındaki bu eşitsizliğin giderilmesi vergi adaleti ve eşitliği ilkelerinin gereğini yerine getirmek açısından önemlidir.

Sporun ve sporcunun desteklenmesi ve teşvik edilmesi prensiplerinden ayrılmadan mevzuattaki farklı uygulamalar da göz önüne alınarak vergisel anlamda eşitliğin sağlanacağı bir düzenlemenin yapılması hem sporcular hem de kulüpler açısından tercih edilen bir durum olacaktır. Ancak yapılacak olan düzenlemelerde sadece futbol branşından hareket edilmemelidir. Her ne kadar büyük bir ekonomik sektör haline gelmiş olsa da yapılacak olan düzenlemelerde diğer spor dallarını da göz önüne alarak hareket etmek gerekmektedir.



---

<sup>48</sup> Karabalık, Abdullahi & Bayram, Muhammet(2015), "Futbolcu Transferlerinde KDV Uygulaması", MDERGI/8787A.028, S.142. < [http://www.lebibyalkin.com.tr/mevzuat/makaleler/lebib-yalkin-mevzuat-dergisi\\_mdergi\\_/2015-ekim-sayi-142\\_mdergi\\_8787a-00\\_/futbolcu-transferlerinde-kdv.html](http://www.lebibyalkin.com.tr/mevzuat/makaleler/lebib-yalkin-mevzuat-dergisi_mdergi_/2015-ekim-sayi-142_mdergi_8787a-00_/futbolcu-transferlerinde-kdv.html) > s.e.t.20.02.2016

<sup>49</sup> Aksi görüş için bkz. Boztaş,Hakan (2008), "Profesyonel Futbolcu Transferlerinin Vergisel Boyutu-I" Yaklaşım, S.181, <<http://huseyinust.com/konu-spor-kuluplerinin-a-s-olmasi.html>> s.e.t.10.02.2016

### KAYNAKÇA

Ağar, Serkan (2012), “Sporun Vergilendirilmesi”, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. Atilla Elmas Armağanı.

Aydos, Oğuz Sadık (2013), “Sporcu Sözleşmesinin Feshi”, AÜHFĐ, S.3, C.62, s.669 (643-689).

Bakmaz, Zübeyir (2015), “Futbol Kulüplerimizin Yabancı Spor Kulüplerinden Futbolcu Transferindeki Vergisel Sorumlulukları”, Vergi Raporu, S.185.

Başaran, Murat (2013), Profesyonel Sporcu Oynama Haklarının Devrinde Yapılan Ödemeler ve Vergileme-II, <<http://www.futbolekonomi.com/index.php/haberler-makaleler/hukuk/172-murat-baaran/2567-profesyonel-sporcu-oynama-haklarinin-devrinde-yapilan-oedemeler-ve-vergileme-ii.html>>, s.e.t.19.02.2016.

Boztaş, Hakan (2008), “Profesyonel Futbolcu Transferlerinin Vergisel Boyutu-I” Yaklaşım, S.181, s.108-113. <<http://huseyinust.com/konu-spor-kuluplerinin-a-s-olmasi.html>> s.e.t.10.02.2016.

Devecioğlu, Sebahattin & Çoban, Bilal & Karakaya, Yunus Emre (2011), “Spor Kulüplerinin Yönetim Modellerinin Değerlendirilmesi”, Kütahya, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.31.

Devecioğlu, Sebahattin & Çoban, Bilal & Karakaya, Yunus Emre & Karataş, Özgür (2012) ‘Türkiye’de spor kulüplerinin şirketleşmeye yönelimlerinin değerlendirilmesi’ SPORMETRE Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi, 2012, X (2) 35-42.

Doğrusöz, A. Bumin (2006), “Sözleşmelerde Tutarın KDV’yi İçerip İçermediğinin Belirtilmemesi”, Yaklaşım, S.162.

<[http://www.muhasibetr.com/ozelbolum/021/Ozel\\_Bolum\\_021.doc](http://www.muhasibetr.com/ozelbolum/021/Ozel_Bolum_021.doc)> s.e.t. 19.02.2016.

Erdağ, Nevzat, “Spor Faaliyeti İle Uğraşan Dernekler, Kulüplerde Vergi” <<http://www.nevzaterdag.com/spor-faaliyeti-ile-ugrasan-dernekler-vakiflar-ve-kuluplerinin-kurumlar-vergisi-kanunu-cercevesinde-degerlendirilmesi/>> s.e.t.20.02.2016.

Karabalık, Abdullatif & Bayram, Muhammet (2015), “Futbolcu Transferlerinde KDV Uygulaması”, MDERGI/8787A.028, S.142. <[http://www.lebibyalkin.com.tr/mevzuat/makaleler/lebib-yalkin-mevzuat-dergisi\\_mdergi\\_/2015-e-](http://www.lebibyalkin.com.tr/mevzuat/makaleler/lebib-yalkin-mevzuat-dergisi_mdergi_/2015-e-)

kim-sayi-142\_mdergi\_8787a-00\_/futbolcu-transferlerinde-kdv.html>  
s.e.t.20.02.2016.

Küçükgüngör, Erkan (1998) “Türk Hukukunda sporcuların Hukuki Durumu”,  
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, S.1-2, s.164.

The Economic and Legal Aspects of Transfers of Players, January 2013, s. 13.  
<<http://ec.europa.eu/sport/library/documents/cons-study-transfers-final-rpt.pdf>> s.e.t. 18.02.2016.

Vargılı, Sedat (2007), “Bosman ve Balog Kararları”, <<http://blog.milliyet.com.tr/bosman-ve-balog-kararlari/Blog/?BlogNo=38180>>, s.e.t.18.02.2016.

Yatkın, Cüneyt (2006), Türkiye’de Sporcuların Vergilendirilmesi, Ankara, Atılım  
Üniversitesi Yayınları. No:23.

## ÖZELGELER

Gelirler Genel Müdürlüğü, 27.06.2000 tarih ve B.07.0.GEL.0.54/ 5417-  
1740/31047 sayılı özelgesi.

Antalya Vergi Dairesi Başkanlığı, 09.06.2011 tarih ve B.07.1.GİB.4.07.16.01-  
KVK.2010.68-150 sayılı özelge.

Ankara Vergi İdaresi Başkanlığı, 18.07.2011 tarih ve B.07.1.GİB.4.06.17.01-K  
DV-3/2010-14001-35-542 sayılı özelgesi.

GİB- Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı, 06.04.2012 tarih ve B.07.1.Gİ-  
B.4.99.16.02-KVK-6-95 sayılı özelge.

Muğla Vergi Dairesi Başkanlığı, 09.06.2012 tarih ve 96620903-48.15.01/1-91  
sayılı özelgesi.

Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı 12.09.2012 tarih ve 38418978-2011-KVK-2-1-  
922 sayılı özelge.

Bursa Vergi Dairesi Başkanlığının 16.08.2012 tarih ve 17192610-125[ÖZG.12-  
21]-341 nolu özelgesi,

Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı, 27.08.2012 tarih ve B.07.1.GİB.4.06.18.02-  
32229-7761-862 sayılı özelge.

Gelir İdaresi Başkanlığı Bursa Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Gelir  
Grup Müdürlüğü’nün 20.10.2012 tarihli B.07.1.GİB.4.16.16.02-300.10.151-30  
sayılı özelgesi.

Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı, 08.02.2013 tarih ve 90792880-140[59-2012-28]-106 sayılı Özelge.

Samsun Vergi Dairesi Başkanlığı, 24.04.2014 Tarih ve 13649056-125[30/2013-Öze-05]-42 Sayılı Özelgesi.

### **MAHKEME KARARLARI**

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T: 25.12.1997, E:1997/9517, K:1997/10777.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T:14.04.2003, E:2002/15363, K:2003/4430.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T:13.10.2004, E: 2004/19-456, K: 2004/531.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, T:11.01.2005, E:2004/3035, K:2005/61.

# TÜRKMENİSTAN YARGI SİSTEMİ

*Turkmenistan's Judicial System*

**Yrd. Doç Dr. Murat ERDEM\* – Arş. Gör. Samet İLDEŞ\*\*  
Kerim BALKANOV\*\*\***

## ÖZET

Bu çalışmada ülkemiz ile kültürel ve tarihsel ortak mirasa sahip Türkmenistan'ın yargı sistemi, Türkmenistan Anayasası ve ilgili kanun-kodeksler çerçevesinde incelenmiştir. Çalışmamızda yargı teşkilatı ve yargılamaya dahil olan kişiler, yargılamaya dair ilkeler ışığında analiz edilmiştir. Böylece ülkemiz ve Türkmenistan yargı sistemleri arasında bir mukayese imkanı da doğmuş olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Türkmenistan Yargı Sistemi, Türkmenistan Hukuk Sistemi, Türkmenistan Hukuku.

## ABSTRACT

In this study, Turkmenistan's judicial system will be examined in the framework of the Turkmenistan Constitution and other related laws. Such that Turkmenistan has a common cultural and historical heritage with our country. In our study, issues about judicial organization and persons who involved in the judgement will be analyzed in the light of the principles concerning to judgement. By this way, the possibility of a comparison between the judicial systems of Turkey and Turkmenistan will be emerged.

**Keywords:** Turkmenistan Judicial System, Turkmenistan Legal System, Turkmenistan Laws.

◆◆◆◆

## I. TÜRKMENİSTAN YARGI SİSTEMİNE İLİŞKİN GENEL İLKE VE ESASLAR

Türkmenistan yargı sistemine ilişkin genel ilke ve esaslara Türkmenistan Anayasası'nda yer verildiği gibi bu ilkelere diğer kanunlarda da rastlanmaktadır. Aşağıda öncelikle bu bahsi geçen ortak ilkelere yer verilecek daha sonra ise her bir kanundaki hususi ilkeler ele alınacaktır.

\* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (muraterdem@sakarya.edu.tr)

\*\* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (sildes@sakarya.edu.tr)

\*\*\* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Yüksek Lisans Programı Öğrencisi (kerimbalkanov@gmail.com)

## A. Doğal Hakim İlkesi

Türkmenistan Anayasası'nın<sup>1</sup> 99. maddesine göre, yargılama yetkisi mahkemelere tevdi edilmiştir. Anayasada doğal hakim ilkesine de açık bir şekilde yer verilmiş olduğu görülmektedir<sup>2</sup>.

### 1. Yargılama Hakkında Kanun'a göre Doğal Hakim İlkesi

Yargılama Hakkında Kanun'da ("Kazyýet hakynda" başlığı taşıyan 134-V sayılı 8 Kasım 2014 tarihli Kanun) hukuk, ceza ve idari dava ayrımı yapılmaksızın yargılamaya ilişkin temel ilkelere yer verilmektedir.

Bu kanunun 1. maddesi, yargı yetkisinin Türkmenistan Yüksek Mahkemesi'nce ve diğer mahkemeler tarafından kullanılacağını açık bir şekilde belirtmiştir. Olağanüstü mahkemeler veya mahkemelere münhasır yetkiler üstlenen kurumların kurulması yasaklanmıştır.

### 2. Özel Hukuk Davalarında Doğal Hakim İlkesi

260-V sayılı ve 18.08.2015 tarihli Türkmenistan Medeni Yargılama Usulü Kodeksi'nde (MYUK-Türkmenistanyň Raýat iş ýörediş kodeksi) özel hukuk uyuşmazlıklarında yargılama yetkisinin sadece mahkemeler tarafından kullanılabileceğini ifade etmiştir. Mahkemelerin yetkileri ancak kanunla belirlenir, bu yetki devredilemez, olağanüstü bir mahkeme yahut bu yetkileri kullanmak isteyen kurumlar ihdas edilemez<sup>3</sup>.

Yargılama yetkisine sahip mahkemeler, kanunların belirlediği çerçevenin dışına çıkar ise hukuka aykırı olacak ve kanun yolu aşamasında denetimi söz konusu olacaktır<sup>4</sup>.

### 3. Ceza Davalarında Doğal Hakim İlkesi

28-IV sayılı ve 18 Nisan 2009 tarihli Türkmenistan Ceza Yargılaması Usulü Kodeksi'ne göre (CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi); ceza yargılaması ancak mahkemeler tarafından yapılabilir, herhangi bir kişi veya kurum bu görevi üstlenemez. Mahkemelerin görev ve yetki kapsamı kanunla belir-

---

<sup>1</sup> 26 Eylül 2008 tarihli Türkmenistan Anayasası (Türkmenistanyň konstitusiyasy) Aşkatat. [http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc\\_view.php?doc\\_id=8124](http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=8124) (Erişim Tarihi : 23.03.2016). Bkz. T.C Any. m. 37.

<sup>2</sup> Türkmenistan Anayasası (Türkmenistanyň konstitusiyasy) md.100. Doğal hakim ilkesi ile ilgili Ayrıntılı bilgi için bkz. TANRIVER, Süha, Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı, TBB Dergisi, S.104, 2013.

<sup>3</sup> MYUK (Türkmenistanyň Raýat iş ýörediş kodeksi), md. 8.

<sup>4</sup> MYUK (Türkmenistanyň Raýat iş ýörediş kodeksi), md 8/3 ve 4 fıkra.

lenir ve ancak kanunla değiştirilebilir. Her ne sebeple olursa olsun olağanüstü mahkemelerin ve yargı yetkisi taşıyan diğer kurumların kurulması yasaktır<sup>5</sup>. Mahkemeler de kendi yetkilerini aşacak olursa, bu işlemler geçersiz olarak kabul edilerek geri alınacaktır. Mahkemelerin verdikleri hükümler de yine bu kanuna göre denetlenebilecektir<sup>6</sup>.

## **B. Hakimlerin Bağımsızlığı**

Bu konuda Türkmenistan Anayasa'sında hâkimlerin Türkmenistan Devlet Başkanı tarafından atanmasına ilişkin 102. madde hükmü dikkat çekmektedir. Hâkim olabilmek için belirli şartlar getirilmiş ve hâkimlerin atamasının Devlet Başkanı tarafından yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasa'da, hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile hâkimlik teminatına da yer verilmektedir<sup>7</sup>.

### **1. Özel Hukuk Davalarında Hakimlerin Bağımsızlığı**

Özel hukuk davalarında yargılamanın sevk ve idaresinden bağımsız ve tarafsız olması gereken hâkimler sorumludur. Hâkimler kararlarını kanun ve vicdani kanaatlerine göre verirler<sup>8</sup>. Bunu temin etmek için hâkimler aralarında yaptıkları müzakereleri gizli bir şekilde yürütmelidirler<sup>9</sup>.

### **2. Ceza Davalarında Hakimlerin Bağımsızlığı**

Ceza yargılamasını yürüten hakimler bağımsızdır. Kararlarını, kanun ve vicdani kanaatlerine göre verebilirler<sup>10</sup>.

## **C. Yargılamanın Aleniliği**

Türkmen Anayasası'nın 105. maddesi, yargılamanın aleniliği ilkesine yer vermektedir. Aynı zamanda yargılamaların resmi dilde yapılması gerektiğine ilişkin açık bir hükme de yer verilmektedir<sup>11</sup>.

---

<sup>5</sup> ÖZTÜRK, Bahri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6.bs., Seçkin yay., Temmuz 2013, s. 157.

<sup>6</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 10/1,3,4,5.

<sup>7</sup> Türkmenistan Anayasası (Türkmenistanyň konstitusiyasy) md.101 ila 104. Bkz. T.C. Any. m. 138,139.

<sup>8</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHBAZ, İbrahim, "AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", Anayasa Yargısı, S.25, 2008, s. 229 vd.

<sup>9</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md. 4.

<sup>10</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 21.

<sup>11</sup> Türkmenistan Anayasası (Türkmenistanyň konstitusiyasy) md.105. Bkz. T.C. Any. m. 141/1, HMK. m. 28/1.



## 1. Yargılama Hakkında Kanun'a göre Yargılamanın Aleniliği

Yargılamalar aleni<sup>12</sup> olarak ve resmi dilde yapılır. Bazı özel yargılamaların gizli bir şekilde yürütülmesine ve resmi dilde konuşamayanların veya resmi dil dışında bir dille yargılamaya katılmak isteyenlerin tercüman hizmetinden yararlanabilmeleri mümkündür<sup>13</sup>.

## 2. Ceza Davalarında Yargılamanın Aleniliği

Türkmenistan ceza yargılamasında; yargılamalar bazı özel kanunlarda öngörülen istisnalar haricinde, aleni bir şekilde yürütülmektedir. Bununla birlikte mahkemeler de yargılama esnasında gizlilik kararı vermeye yetkilidirler<sup>14</sup>.

## D. Adil Yargılanma İlkesi ve Tarafların Eşitliği İlkesi

Türkmenistan Anayasa'sının 107. maddesi, adil yargılanma ve tarafların eşitliği ilkelerini birlikte ele almış ve düzenlemiştir. Bunun nasıl sağlanacağı ise kanunlara bırakılmıştır.

### 1. Yargılama Hakkında Kanun'a göre Adil Yargılanma ve Tarafların Eşitliği İlkesi

Herkes hak ve özgürlükler temelinde milliyet, renk, cinsiyet, ırk, sosyal konum, çevre, dil, inanç, siyasi görüş, parti üyeliği ayrımı gözetilmeksizin yargılama önünde eşittir. Kanun aynı zamanda yargılamanın taraflarının rekabet şartlarının eşit bir şekilde sağlanması gerektiği vurgulanmıştır. Bu bağlamda silahların eşitliği prensibine özellikle yer verilmiştir<sup>15</sup>.

Kanun, adil yargılanma hakkını<sup>16</sup> da düzenlemektedir. Buna göre, Türkme-

---

<sup>12</sup> KURT KONCA, Nesibe, " Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 5 vd.; YILMAZ, Halil, "Alenilik", Ankara Barosu Dergisi, 1988, s.235; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, "Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı", 3. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 335; KURU, Baki, " Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı" Legal Yayınevi, İstanbul 2015 s. 31; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/AYVAZ TAŞPINAR, Sema Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 155.

<sup>13</sup> Yarg. H.K. (Kazyyet hakkında) md. 9 ve md. 10.

<sup>14</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenayät iş ýörediş kodeksi), md. 27. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SEVÜK, H. Yokuş, "Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi", Prof. Dr. Çetin Özek Armağan'ı, İstanbul 1999, s.765.

<sup>15</sup> Yarg. H.K. (Kazyyet hakkında) md. 5. Ayrıntılı bilgi için bkz. DİNÇ, Güney, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Silahların Eşitliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 57, 2005, s. 283 vd.

<sup>16</sup> TÜRMEEN, Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı", Sempozyum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 39; ÖZEKES, Muhammet, "Oyun Teorisi-Hukuk Uygulaması ve Adil Yargılanma Hakkı", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 14. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, s. 82; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.317.

nistan vatandaşları resmi kurumlar, kamu kuruluşları ve kamu görevlilerinin kanuna aykırı eylem ve işlemleri neticesinde namus, onur, vücut bütünlüğü, sağlık ve diğer hak ve özgürlüklerine yöneltilen saldırılara karşı mahkeme önünde korunma hakkına sahiptirler. Yabancılar ve vatansızlar da aynı korumadan yararlanabilirler. Yabancıların bu haktan yararlanmaları konusunda uluslararası anlaşma hükümlerine de dikkat çekilmiştir<sup>17</sup>. Anlaşıldığı üzere yabancılara da tanınan adil yargılanma hakkı sadece karşılıklılık esasına dayandırılmamış fakat sınırsız da değildir.

## 2. Özel Hukuk Davalarında Adil Yargılanma ve Tarafların Eşitliği İlkesi

Türkmenistan Medeni Yargılama Usulü Kodeksi'nin 11. maddesinde, Türkmenistan Anayasası'nda da ifadesini bulan eşitlik ilkesine tekrar yer verilmektedir. Buna göre, herkes her hangi bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın kanun ve mahkeme önünde eşittir. Ayrıca tüzel kişilerin de gerçek kişilere bir üstünlüğü bulunmamaktadır.

Ayrıca Kanun'un 15. maddesine göre, taraflar usuli hakları kullanmakta eşittirler ve aynı usuli yükümlülüklerle tabidirler<sup>18</sup>.

## 3. Ceza Davalarında Adil Yargılanma ve Tarafların Eşitliği İlkesi

Ceza davalarında da kişiler hak ve özgürlüklerinin mahkeme aracılığıyla korunması hakkına sahiptirler<sup>19</sup>.

Bu korumanın tesis edilmesi amacıyla ceza yargılamasında iddia görevi, devlet adına savcılık<sup>20</sup> tarafından yürütülür. Müdafaa makamında sanığın kendisi ve müdafii bulunur. Müdafii müvekkilini savunmak için kanunda gösterilen tüm araç ve usullere başvurabilmek yetkisine sahiptir. Yargılama ise mahkemenin yetkisindedir.

Yargılamanın yürütülmesi esnasında taraflar (iddia ve savunma) eşit şartlarda bulunmalıdır. Mahkeme bu konuda taraflara yardımcı olmakla mükelleftir<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md. 5 ve md. 6. Ayrıntılı bilgi için bkz. ALTIPARMAK, Cüneyd, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 63, 2006, s. 244 vd.

<sup>18</sup> MYUK (Türkmenistanyň Raýat iş ýörediş kodeksi), md. 15/1.

<sup>19</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 11.

<sup>20</sup> Türk hukukunda savcılık, adli ve idari görevleri olan bir makamdır. Cumhuriyet savcılığının katıldığımız görüşe göre, hukuki niteliği adlidir. Bkz. Görüş ve bilgi için SALDIRIM, Mustafa, "Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri", Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 5, 23.

<sup>21</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 22.

Yargılamada şüpheli/sanık kendini savunma ve bir temsilciye temsil ettirebilme hakkına sahiptir. Kişilerin bu hususta adli yardım talep etme hakları da saklıdır<sup>22</sup>.

Herkesin adil yargılanma hakkı mevcuttur. Hiçbir kimse ayrımcılık yapılmak suretiyle bu haktan mahrum bırakılamaz<sup>23</sup>.

#### **4. İdari Davalarda Adil Yargılanma ve Tarafların Eşitliği İlkesi**

İdari davaların yürütülmesine ilişkin temel kuralların düzenlendiği Türkmenistan idari yargılama usulüne dair 422-IV sayılı ve 29 Ağustos 2013 tarihli “Türkmenistanyň Administratiw hukuk bozulmalary hakynda kodeks” (Türkmen İdari Yargılama Usul Kanunu (TİYUK)<sup>24</sup> herkesin idari yargı mercileri huzurunda eşit olduğu vurgulanmıştır<sup>25</sup>.

#### **E. Kişi Hak ve Özgürlüklerinin Korunması İlkesi**

##### **1. Özel Hukuk Davalarında Kişi Hak ve Özgürlüklerinin Korunması İlkesi**

Kişiler, ihlal edilen haklarının ve menfaatlerinin korunması ve ilgili oldukları uyuşmazlıkların çözümü için mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. Bu noktada idari kurumlar da kişiler lehine başvuru hakkına sahiptir. Savcı da bazı yönlerden başvuru haklarını kullanamayan kimseler lehine yetkili kılınmıştır.

Kanun, kişisel ve ailevi sırların korunmasına ve dahi her türlü iletişim araçlarıyla haberleşmenin gizliliğine dikkat çekmiştir. Malvarlığı değerlerine ve yatırımlarına dair fiziki bilgilerin, telefon, posta, telgraf, internet ve diğer her türlü iletişim araçlarıyla yapılan görüşmelerin gizliliğinin korunması gerektiği, bu müdahalelerin ancak kanunla düzenlenebileceği vurgulanmıştır<sup>26</sup>.

##### **2. Ceza Davalarında Kişi Hak ve Özgürlüklerinin Korunması İlkesi**

Ceza yargılamasında hiç kimse usulüne uygun karar verilmedikçe özgürlüğü bağlayıcı bir tedbire maruz bırakılamaz<sup>27</sup>. Bir kimsenin hukuka aykırı olarak tutuklandığı yahut kanunda gösterilen sürelerden fazla bir süre özgürlüğünden

---

<sup>22</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 25 ve 26.

<sup>23</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 20.

<sup>24</sup> [http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc\\_view.php?doc\\_id=8367](http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=8367)(Erişim Tarihi : 23.03.2016)

<sup>25</sup> TİYUK (Türkmenistanyň Administratiw hukuk bozulmalary hakynda kodeks) md.5. İdari yargılama usulünde tarafların eşitliği prensibi hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. ZABUNOĞLU, Yahya K., Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı, Yargı Reformu Sempozyumu, İzmir 2000, s.314-320.

<sup>26</sup> MYUK (Türkmenistanyň Raýat iş ýörediş kodeksi), md. 10.

<sup>27</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 13/1.

mahrum bırakıldığı anlaşıldığında derhal tahliye edilmelidir<sup>28</sup>.

Yakalanan veya gözaltına alınan kimselerin hakları kendilerine bildirilmelidir<sup>29</sup>.

Hiç kimse ceza yargılaması esnasında zor kullanmaya ve aşağılayıcı muameleyle maruz bırakılamaz. Hiç kimseden yaşam ve sağlığını tehlikeye düşürecek işlemlere katlanması talep edilemez. Böyle bir muameleyle maruz kalınırsa ortaya çıkan zararlar tazmin edilmelidir<sup>30</sup>.

Kişiler kendilerine insana yaraşır şekilde muamele edilmesini, kişisel bilgilerinin korunmasını, zarara uğrama durumunda tazminat talep edebilme haklarına sahiptirler<sup>31</sup>.

Kişilerin özel ve aile hayatlarına ilişkin bilgiler gizlidir. İletişimlerine, kanuna uygun değilse müdahale etmek yasaktır<sup>32</sup>.

Kişilerin konutları ve mülkiyetleri dokunulmazdır<sup>33</sup>.

### **3. İdari Davalarda Kişi Hak ve Özgürlüklerinin Korunması İlkesi**

İdari işlemlerin tesisinde kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale edilmeli, bu yüzden ortaya çıkan zararlar tazmin edilmelidir<sup>34</sup>.

Kişi varlığı hakları, şahsi hayatın gizliliği ve mülkiyet hakkı kutsaldır<sup>35</sup>.

## **II. TÜRKMENİSTAN ÖZEL HUKUK, CEZA VE İDARİ DAVALARINA İLİŞKİN ÖZEL İLKELER**

Türkmenistan yargılama hukukunda yargı kollarının çeşitlendirilmesinden mümkün olduğunca imtina edilmiştir. Genel itibariyle hukuk, ceza ve idari yargılama ayrımı benimsense de bunlar kendi içinde ayrıma tabi tutulmamıştır. Örneğin, Türkmenistan hukukunda askeri, idari yahut askeri ceza yargısı mevcut değildir. Keza mahkemeler arasında görevlerine göre özel bir iş paylaşımı

---

<sup>28</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 13/3.

<sup>29</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 13/2.

<sup>30</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 13/4 ila 7. Ayrıca CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md.14.

<sup>31</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 11 ve 12.

<sup>32</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 15.

<sup>33</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md 16 ve 17. Bu başlıklar Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 21 ve 35. maddelerinde de teminat altına alınmıştır.

<sup>34</sup> TİYUK (Türkmenistanyň Administratiw hukuk bozulmalary hakynda kodeks) md.8. Ayrıca bkz. KALABALIK, Halil, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, 4.bs., Sayram Yay., Konya, 2011, s.22.

<sup>35</sup> TİYUK (Türkmenistanyň Administratiw hukuk bozulmalary hakynda kodeks) md. 9 ila 11.

da mevcut değildir. Kadastro, aile, iş vb. ihtisas (özel) mahkemeler bulunmaktadır. Aynı tespiti ceza ve idare mahkemeleri için de yapmak mümkündür.

Bu yargı kollarına göre ayrı usul yasaları mer’i bulunmaktadır. Yargı sisteminin anlaşılabilmesi için bu kanunlardaki yargılamaya ilişkin ilkeleri incelemek faydalı olacaktır.

## **A. Özel Hukuk Davalarına İlişkin Özel İlkeler**

Medeni Yargılama Usulü Kodeksi’nde, yargılama usulüne ilişkin ilkelere yer verilmiş ise de bu ilkelerin birçoğunun Kıta Avrupa’sı hukuk sistemlerinden ve ülkemiz Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndan aşına olduğumuz ilkeler gibi olmadığı müşahede edilmektedir. Keza bu kanunda yer verilen ilkeler diğer yargılama usulü kanunlarında da büyük oranda tekrarlanmaktadır. Bu yönüyle sayılan bazı ilkelerin tüm yargılama usulleri açısından ortak hükümler olduklarını belirtebiliriz.

### **1. Kanunilik İlkesi**

Kanunilik ilkesinin karşıladığı anlam her bir yargılama usulüne göre farklılık arz etmektedir. Türkmenistan Medeni Yargılama Usulü Kodeksi’nin 7. maddesinde düzenlenen bu ilkeye göre, yargılamaların görüldüğü esnada mahkemelerin, Türkmenistan Anayasası ve ilgili kanunlarla bağlı olduğu vurgulanmıştır. Şayet mahkeme olaya uygulayacak bir hüküm bulamazsa kaynak olarak emsal mahkeme kararlarına başvurmalıdır. Bu yönüyle Türkmen yargılamasında içtihat başlıca kaynaklardan birisini teşkil etmektedir.

Hâkim ne kanunda ne de içtihatlarda olaya uygulanacak hüküm bulamazsa kanunun düzenlenme amacından ve anlamından yola çıkarak uyuşmazlığı çözebilir<sup>36</sup>. Böylece hâkim amaçsal yorum yapmak suretiyle hüküm çıkarabilecektir. Görüldüğü üzere hâkimin başvurabileceği son kaynak faaliyeti, yorum yoluyla hüküm çıkarmaktır. Kanuna göre örf ve adet hukukuna bir kaynak olarak başvurulmamaktadır<sup>37</sup>.

### **2. Taraflarca Getirilme İlkesi**

Medeni Yargılama Usulü Kodeksi’nin 15. maddesinin 2. fıkrasında mahke-

---

<sup>36</sup> Davanın adil bir biçimde karara bağlanabilmesi için dürüstlük kuralına başvurulması zorunludur. Bu konuda bkz. ARSLAN, Ramazan, “Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı”, S Yayınları, Ankara 1989, s. 53.

<sup>37</sup> MYUK (Türkmenistanyň Raýat iş ýörediş kodeksi), md. 7. TMK. m. 1’de ise, kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hakim, örf ve adet hukukuna göre karar verebilecektir.

me kendiliğinden delil toplayamayacaktır. Fakat mahkeme, tarafların yazılı talepleri doğrultusunda bazı zorunlu delilleri isteyebilme konusunda yetkilidir<sup>38</sup>. Yargılama sadece bu şekillerde elde edilen deliller üzerine bina edilebilir<sup>39</sup>.

### 3. Hakimin Tarafları Aydınlatma Ödevi

Uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkeme tarafların yargılamaya dair haklarını kullanabilmeleri için gerekli imkanları sunar, uyuşmazlığın taraflarına sahip oldukları hakları ve tabi oldukları yükümlülükleri hatırlatır<sup>40</sup>. Yargılamaya dair işlemlerin sonuçları ve etkileri konusunda tarafları bilgilendirir. İcab ettiği noktada tarafların haklarını kullanabilmeleri için yardım da eder<sup>41</sup>.

## B. Ceza Davalarına İlişkin Özel İlkeler

Türkmen ceza yargılamasına ilişkin Ceza Yargısı Usul Kodeksi'nde ceza yargılamasına ilişkin bir takım temel ilkelere yer verilmektedir.

### 1. Kanunilik İlkesi

Soruşturma ve kovuşturma aşaması makamları, yargılamanın yürütülmesi esnasında bu usul kodeksiyle bağlıdır. Şayet kanuna aykırı işlem yapılırsa hem şahıslar hakkında yaptırım uygulanacak hem de yapılan işlem geçersiz olacaktır<sup>42</sup>.

### 3. Masumiyet Karinesi

Yargılama Hakkında Kanun'da da rastladığımız masumiyet karinesine<sup>43</sup> göre, bir suçu işlediği iddiası ile yargılanan kimsenin suçluluğu usule ve yasaya uygun şekilde ispat edilmedikçe o kişi masum olarak kabul edilmelidir<sup>44</sup>. Kişi kendisinin masum olduğunu ispat etmekle yükümlü değildir ve hatta sadece

---

<sup>38</sup> Karş. KARAASLAN, Varol, Medeni Usul Hukuku'nda Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 1.bs., Seçkin Yay., Ankara, Ekim 2013, s.91-101. ULUKAPI, Ömer, Medeni Usul Hukuku, 2.bs., Mimosza Yay., Konya, 2014, s.114 vd. ARSLAN, Ramazan / TANRIVER, Süha, Yargı Örgütü Hukuku, 2. bs., Yetkin Yay., Ankara, 2001, s. 179. KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3.bs., Alternatif Yay., İstanbul 2012, s. 300. Türk hukukunda taraflarca getirilme ilkesi için bkz. HMK. m. 25.

<sup>39</sup> MYUK (Türkmenistanyň Raýat iş ýörediş kodeksi), md. 15/2 ve 3.

<sup>40</sup> Tarafları aydınlatma ödevi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.KARAASLAN, a.g.e., s. 38-43.

<sup>41</sup> MYUK (Türkmenistanyň Raýat iş ýörediş kodeksi), md. 15/4.

<sup>42</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 9/1,2.

<sup>43</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.11.

<sup>44</sup> ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.I, 8.bs., Adalet Yay., Ankara 2013,s.30.

ikrar da suçun işlendiğine ilişkin sübuta erişmek için yeterli değildir<sup>45</sup>.

#### **4. Şüpheden Sanık/Şüpheli Yararlanır İlkesi**

Bir kimse hakkında suç isnadı var fakat suçluluğu konusunda halen kesinlik mevcut değilse bu durum sanığın lehine yorumlanmalıdır. Sadece hüküm değil her türlü işlem ve ara kararda da şüpheden sanık yararlandırılmalıdır<sup>46</sup>.

#### **5. Kanuni Delil İlkesi**

Mahkeme; kararını , tahminler veya varsayımlar üzerine kuramaz. Karar yeteri kadar bol ve somut delillere dayandırılmalıdır<sup>47</sup>. Fakat hukuka aykırı bir şekilde elde edilen veya nereden kaynaklandığı belli olmayan deliller, yargılamada kullanılamaz ve değerlendirmeye tabi tutulamaz<sup>48</sup>.

#### **6. Bir Suçtan Dolayı Birden Fazla Yargılama Olmaz İlkesi (Ne Bis In Idem Prensibi)**

Kanunda gösterilen nedenler dışında hiç kimse aynı suç ile ilgili olarak yeniden yargılanamaz<sup>49</sup>.

#### **C. İdari Davalara İlişkin Özel İlkeler**

Daha önce incelediğimiz ilkelerden başka Türkmenistan idari yargılama usulüne dair Türkmenistan İdari Yargılama Usul Kodeksi'nde idari davaların yürütülmesine ilişkin bazı özel ilkelere de yer verilmiştir.

##### **1. Kanunilik İlkesi**

İdare hukukuna ait ihlaller ve bu ihlallere uygulanacak yaptırımlar kanunla belirlenir. Bu konuda kıyas yapmak yasaktır. Mahkeme ve idare, işlemlerin kanuna uygun bir şekilde tesis edilmesini temin etmekle yükümlüdür<sup>50</sup>.

##### **2. Hakkaniyet İlkesi**

Kişiler hakkında uygulanacak idari para cezaları hakkaniyete uygun olmalı-

---

<sup>45</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 18/1,3.

<sup>46</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 18/2.

<sup>47</sup> Bkz. ALACAKAPTAN, Uğur, “Delil Yasakları”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu 5-8 Nisan, İzmir 2000, s.519.

<sup>48</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 18/3,4.

<sup>49</sup> CYUK (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), md. 19. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, Mustafa, “Non Bis in Idem ( Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, Y.2010, S.1, s.391- 395.

<sup>50</sup> TİYUK (Türkmenistanyň Administratiw hukuk bozulmalary hakynda kodeks) md. 4.

dir. Yapıtırım, idari ihlalin niteliğine uygun olmalı yasaya uygun bir şekilde tespit edilmelidir. Bir kimse aynı ihlal için iki kez (mükerrer) yapıtırıma tabi tutulmamalıdır<sup>51</sup>.

### 3. İdari İhlallerin Bildirilmesi İlkesi

Tüm resmi kurumlar, sendikalar idari ihlalleri bildirmeye, ihlallerin gerçekleşmesini kolaylaştıran sebeplerin ve şartların ortadan kaldırılması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdürler. Bu konuda koordinasyon **görevi**, ilgili yerleşim yerindeki yerel idarelere aittir<sup>52</sup>.

### 4. İdari Yapıtırımların Uygulanmasında Masumiyet Karinesi

Yargılamanın kesinleşmesine kadar idari yapıtırım sözkonusu olamaz. Hiç kimse, idare tarafından aynı idari suçtan dolayı iki defa yapıtırıma tabi tutulamaz<sup>53</sup>.

## III. TÜRKMENİSTAN YARGI TEŞKİLATI

### A. Genel Olarak

Türkmen Anayasası açık bir şekilde mahkemelerin teşkilatlanmasına ilişkin hususları Yargılama Hakkında Kanun'a bırakmıştır. Bu kanun, sadece bir mahkemeler teşkilatı olmaktan öte, tüm yargı erkiyle ilgili genel bir düzenlemedir. Türkmen Anayasa'sının 100. maddesi ve Yargılama Hakkında Kanun'un açık hükümleri göstermektedir ki Türkmenistan'da yargı birliği esası benimsenmiştir. Yargı birliği<sup>54</sup> sistemlerinde yüksek mahkeme bir tanedir ve tüm yargı yollarının yüksek mahkemesi olarak görev yapar. Yargılama usulü genel itibarıyla farklılık arz etmez ve ilk derece mahkemeleri sadece coğrafi bazda teşkilatlanır. Türkmenistan'da bu anlamda;

- Türkmenistan Yüksek Mahkemesi,
- Türkmenistan Yüksek Ticaret Mahkemesi,
- İl Mahkemeleri,
- İl Statüsünde Şehir Mahkemeleri,

---

<sup>51</sup> TİYUK (Türkmenistanyň Administratiw hukuk bozulmaları hakynda kodeks) md. 7.

<sup>52</sup> TİYUK (Türkmenistanyň Administratiw hukuk bozulmaları hakynda kodeks) md.12.

<sup>53</sup> TİYUK (Türkmenistanyň Administratiw hukuk bozulmaları hakynda kodeks) md. 7.

<sup>54</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. TEZİÇ. Erdoğan, Anayasa Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s.471. KALABALIK, Halil/ ERDEM, Murat, Temel Hukuk Bilgisi, 8.bs., Seçkin Yay., Ankara, Şubat 2016, s. 454.



-İlçe Mahkemeleri,

-İlçe Statüsünde Şehir Mahkemeleri bulunmaktadır<sup>55</sup>.

İlk derece mahkemelerinden Türkmenistan Yüksek Mahkemesi'ne kadar her aşamada tüm yargı yollarına ilişkin yargılamalar aynı mahkemede görülür. Bu tercihe uygun olarak Türkmenistan'da yargı yolları bazlı bir ayrıma<sup>56</sup> değil daha çok coğrafi nitelikli bir görev paylaşımına yer verildiğini görmekteyiz. Bu ilk derece mahkemeleri; özel hukuk, ceza hukuku ve idari yargılamada ilk derece mahkemeleri olarak görev yapmaktadır.

### 1. İlçe ve İlçe Statüsünde Şehir Mahkemeleri

Bunlardan ilçe ve ilçe statülü şehir mahkemeleri her yerleşim yeri için bir adet kurulur<sup>57</sup>. Bu mahkemeler heyet halinde çalışmaktadırlar. Ayrıca hakimler heyetine ek olarak jüri de mahkemelerde yer almaktadır. Bu mahkemeler kurulu buldukları yerleşim birimlerinde ceza davalarına doğrudan bakabilirler. Ceza davalarına ek olarak özel hukuk davaları, idari davalar açısından da ilk derece mahkemesidirler<sup>58</sup>.

Mahkeme başkanı bir hakimdir. Mahkemede görülen duruşmalara başkanlık eder ve diğer üye hakimler arasındaki iş paylaşımını yapmaya yetkilidir<sup>59</sup>. Ayrıca jürinin çalışmalarını denetlemek de başkanın görevlerindedir<sup>60</sup>. Başvurular doğrudan başkanlığa hitaben yapılır; başkanlık vatandaşlar tarafından yapılan başvuruları kabul etmekle görevlidir<sup>61</sup>.

Türkmenistan yargı sisteminde yargının işleyişine etki etmesi, yargısal işleyişin alenileştirilmesi ve istatistiki veri sunulması açısından her seviyede mahkemelere bazı görevler verilmiştir. İlçe veya ilçe statülü şehir mahkemeleri başkanları da yapılan işlerin yayınlanması ve istatistik tutmakla görevlendirilmiştir<sup>62</sup>. Yargılamaya konu uyuşmazlık ile ilgili devlet idareleri, sivil toplum kuruluşları, kamu görevlileri, ve diğer özel hukuk tüzel kişileri ile istişarelerde bulunur<sup>63</sup>.

---

<sup>55</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md. 14. [http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc\\_view.php?doc\\_id=15030](http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=15030) (Erişim Tarihi: 22.03.2016)

<sup>56</sup> ATAY, Cevdet, Türk Yargı Sistemi, 2.bs., Ekin Yay., Bursa, 2013, s.3.

<sup>57</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md. 16.

<sup>58</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.18.

<sup>59</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.19/1-1.

<sup>60</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md 19/1-2.

<sup>61</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.19/1-3.

<sup>62</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md. 19/1-4.

<sup>63</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md. 19/1-5.

Mahkeme başkanları, jürinin ve mahkeme idari personelinin hukuki bilgi yeterliliğini kontrol etmekle de yükümlüdür. Ayrıca kararların yerine getirilmesi amacıyla icrai yetkileri de mevcuttur<sup>64</sup>. Mahkeme başkanı heyetten bazı hakimleri vekil-yardımcı olarak tayin edebilir. İhtiyaç halinde bu vekillerden mevcut değilse hakimlerden birisine yetki devri yapabilir. Şayet görevlendirilecek hakim de yoksa mahkemenin 25 yaşını doldurmuş idari görevlilerinden birisini de görevlendirebilir<sup>65</sup>. Bir ilçe veya ilçe statülü şehir mahkemesi hakim yokluğundan dolayı teşekkül etmeyecek olursa il veya il statülü şehir mahkemesi başka bir ilçe veya ilçe statülü şehir mahkemesini yetkili ve görevli kılabilir<sup>66</sup>.

## 2. İl veya İl Statüsünde Şehir Mahkemeleri

Türkmenistan yargı teşkilatının önemli bir unsuru da il veya il statülü şehir mahkemeleridir. Bu mahkemeler Başkan, Başkan Vekilleri ve Jürilerden oluşur. Mahkeme; Başkanlık Kurulu, Hukuk Davaları Kurulu, Aşkabat şehri hariç olmak üzere Ticari Davalar Kurulu, İdari Davalar Kurulu, Ceza Davaları Kurulundan oluşur<sup>67</sup>.

İl veya il statülü şehir mahkemeleri temelde ikinci derece mahkemesi olarak ilçe veya ilçe statülü şehir mahkemeleri üzerinde denetleyici olarak çalışır fakat kanun, bazı davalara ilk derece mahkemesi olarak bakabileceğini düzenlemiştir<sup>68</sup>.

Mahkeme başkanlık kurulu, başkan, başkan vekili ve belli sayıda hakimlerden oluşur. Bu hakimler Türkmenistan Devlet Başkanı tarafından atanır. Kurula savcının iştiraki de zorunludur. Bu kurul mahkemenin yetki sınırları içinde bulunan mahkemelerin işlerinin koordinasyonu ve kararlarının yerine getirilmesini gözetler<sup>69</sup>.

Mahkeme başkanı, mahkeme dava kurullarının işleyişine ilişkin koordinasyondan sorumludur. Vatandaşların teklif ve talepleri de mahkeme başkanı tarafından kabul edilir. Mahkeme görevlilerinin idari amirliği vazifesi başkana aittir<sup>70</sup>.

İl ve il statülü şehir mahkemelerinin dava kurulları ilgili yargı koluyla ilgili yargılamaların yürütüldüğü kurullardır. Kurullara bir hakim başkanlık eder.

---

<sup>64</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md. 19/1- 6,8 ve 9.

<sup>65</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md. 21/1-2.

<sup>66</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md. 21/3.

<sup>67</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.23.

<sup>68</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.24.

<sup>69</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.26.

<sup>70</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.30.

Mahkeme başkanı kurul başkanının yerine bir diğer hakimi atayabilme yetkisine sahiptir<sup>71</sup>.

### 3. Türkmenistan Yüksek Ticaret Mahkemesi (YTM)

Yüksek ticaret mahkemeleri ticari-hukuki nitelikteki hukuki uyuşmazlıkların çözülmesinden sorumlu ilk derece mahkemeleridir. Mahkeme başkanı ve diğer hakimlerden oluşur<sup>72</sup>.

YTM, tüzel kişi ve gerçek kişi tacirlerin iflası hakkındaki davalara da bakar. Bununla birlikte ticari nitelikteki hükümlerin uygulanmasına ve geliştirilmesine ilişkin teklif ve istatistiklerin tutulması da YTM'nin görevleri arasındadır. Ayrıca YTM uluslararası antlaşmalardan doğan uyuşmazlıkların da çözüm merciidir<sup>73</sup>.

Mahkemenin işlerini düzenlenmesinden, personelinin atanmasından ve görevden alınmasından, mahkemenin iş istatistiğinin tutulmasından ve kanunda gösterilen diğer işlerin yapılmasından YTM başkanı sorumludur<sup>74</sup>.

### 4. Türkmenistan Yüksek Mahkemesi

Türkmen Yüksek Mahkemesi (TYM) Türkmenistan'ın en yüksek yargı organıdır. Tüm mahkemelerin kararlarının temyiz inceleyen kanun yolu mercii ve aynı zamanda mevzuatın kendisine verdiği görevlerde ilk derece mahkemesidir.

TYM başkan, başkan vekili, hakim ve jürilerden oluşur. TYM şu organlardan müteşekkildir<sup>75</sup>:

- Yüksek Meclis
- Başkanlık Meclisi
- Medeni Yargı Davalar Kurulu
- Ticari Davalar Kurulu
- İdari Davalar Kurulu
- Ceza Davaları Kurulu

---

<sup>71</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md. 27 ila 29.

<sup>72</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.32 ve 33.

<sup>73</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.34.

<sup>74</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.35.

<sup>75</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.37.

### **a. Türkmenistan Yüksek Mahkemesi'nin Genel Olarak Görevleri<sup>76</sup>**

TYM kanunda gösterilen hallerde ilk derece mahkemesi olarak bazı davalara bakmakla birlikte temel olarak ilk derece mahkemelerinin kararlarının kanun yolu incelemesinin yapıldığı mahkemelerdir. Ayrıca mahkeme yüksek meclisi marifetiyle tüm ülke mahkemelerinde uygulanacak “uygulama kuraları” ihdas edilmektedir.

Yargı erkinin işleyişine ilişkin bilgileri ve teklifleri Türkmenistan Devlet Başkanı'na sunmak yetkisi de TYM'dedir. Bununla birlikte hakim adaylarının seçilmesi ve mesleğe hazırlanması da temel olarak TYM'nin görevidir.

### **b. TYM Yüksek Meclisi'nin Görevleri**

Yüksek meclis başkan, başkan vekilleri ve yüksek mahkeme hakimlerinden oluşur. Ayrıca Türkmenistan Başsavcısı da yüksek meclise iştirak etmelidir<sup>77</sup>.

Yüksek meclis, her altı ayda bir en az bir kere, üye tam sayısının 2/3 siyle toplanır. Toplantı gündemi toplantıdan en az 15 gün önce üyelere ve başsavcıya ulaştırılır. Alınan kararlar metin halinde toplantıdan sonra 10 gün içinde tüm üyelere ve başsavcıya dağıtılır. Kararlar salt çoğunluk ve açık oylamayla alınır. Alınan kararlar başkan ve sekreter tarafından imzalanır<sup>78</sup>.

Mahkemenin ilk derece mahkemelerinden gelen raporların değerlendirilmesi, dava dairelerinin kurulması ve görev alanlarının belirlenmesi, başkanlığın teklifi üzerine yüksek mahkeme bilimsel danışma kurulunun oluşturulması, yüksek mahkeme hakimleri yetkinlik kurulu başkan ve yardımcısının seçilmesi, başkanlık kurulu ve davalar kurulları başkanlarının raporlarını değerlendirmek gibi görevleri mevcuttur<sup>79</sup>.

### **c. TYM Başkanlık Kurulu'nun Görevleri**

Başkanlık kurulu, başkan, başkan yardımcıları ve Türkmenistan Devlet Başkanı tarafından sayıları belirlenen ve atanan yüksek yargı üyelerinden seçilir. Toplantılarına Türkmenistan Başsavcısı da katılmaktadır. Kararlarını, toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile alırlar<sup>80</sup>.

Başkanlık kurulu, Yüksek Mahkeme'nin kararlarına ilişkin talep ve şikayetleri

---

<sup>76</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md. 38.

<sup>77</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.39.

<sup>78</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.42.

<sup>79</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.40.

<sup>80</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.43.

kabul eder. Kendi görev alanındaki ceza, idari, medeni ve ticari davalara bakar. Mahkemeye gelen işlerin dairelere tevziinden başkanlık kurulu sorumludur<sup>81</sup>.

#### **d. Dava Daireleri**

Mahkeme Yüksek Meclisi'nce Yüksek Mahkeme hakimlerinin tümünden bütün dava türlerine ait daireler kurulur. Bu dairelerin başkanları Yüksek Mahkeme başkan yardımcısı sıfatına sahiptir<sup>82</sup>.

Dava daireleri ilk derece mahkemelerinin kararlarının temyizen incelendiği mercilerdir. İlk derece mahkemelerinin kararlarını bu yolla denetleyebildikleri gibi genel bir denetleme mekanizması olarak da çalışmaktadırlar. Kendilerine göre daha alt derece olan mahkemelerin kararlarını denetleme yetkisi bulunan mahkemelerin bu denetleme kararlarına karşı yapılacak başvuruları incelemek yüksek mahkeme dava dairelerinin görevlerindedir. İlk derece mahkemelerinin denetlenmesi savcı başvurusuyla da yapılabilir. Yabancılık niteliği bulunan davalarda uygulanacak usule ilişkin belirleme de dava dairelerinde yapılmaktadır<sup>83</sup>.

#### **e. Yüksek Mahkeme Başkanı'nın Görevleri**

Yüksek Mahkeme başkanı bir hakimdir. Tüm yargı erkinin başıdır. Tüm yargılamalara, temyiz incelemelerine dahil olabilir. Mahkeme kararlarının gereklerinin yerine getirilip getirilmediğinden öncelikle sorumludur. Türkmenistan Devlet Başkanı'na hakim atanmasına veya görevden alınmasına ilişkin teklifleri sunar. Yüksek Meclise başkanlık eder. Mahkemenin işleyişi ve görevlerini denetlemek ve kontrol mekanizmasıdır. Başkan vekilleri arasında iş paylaşımını gerçekleştirir.

Mahkeme kararlarının usule uygun yürütülmesi ve kararlarının hızlı ve etkili bir şekilde uygulanmasını kontrol eder. Vatandaşların başvurularını kabul etmek başkanın görevlerindedir<sup>84</sup>.

### **IV. TÜRKMENİSTAN YARGI SİSTEMİNDE YARGILAMADA YER ALAN KİŞİLER**

Bu bölümde Türkmenistan yargı sisteminde görev yapan kişilerin belirlenmesi, yetki ve görevlerine yer verilecektir. Bu bağlamda hakimlik, savcılık, jüri-ler, avukatlar ve bilirkişiler hakkında bilgilere yer verilecektir.

---

<sup>81</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.44.

<sup>82</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.45.

<sup>83</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.46.

<sup>84</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.47.

## A. Hakimler

Hakimler öncelikle ilçe veya ilçe statülü şehir mahkemelerine atanırlar. Türkmen vatandaşları arasından 25 yaşını doldurmuş<sup>85</sup>, yüksek hukuk tahsilini tamamlamış ve en az 2 yıl hukuk mesleği ile meşgul olan kişiler hakim olabilir<sup>86</sup>. Bunun için öncelikle açılan hakimlik sınavında başarılı olmak gerekmektedir<sup>87</sup>.

Üst derece mahkemelerine hakim olarak atanabilmek için ise 30 yaşını doldurmak, hakimlik mesleğinde en az 2 yıl kıdemli olmak ve uzmanlık sınavını kazanmış olmak şartı vardır<sup>88</sup>.

Bu bahsedilen şartları tamamlamış olan hakimler göreve 5 yıllığına atanırlar. Bu 5 yılın sonunda yeniden atama yapılması gereklidir. Fakat görev süresi bitse dahi, yürütmekle görevli olduğu davanın yargılamasının sonuna kadar görevi devam eder<sup>89</sup>.

İlçe ve ilçe statülü şehir, il ve il statülü şehir mahkemelerinin hakim adaylarının seçilmesi mahkeme başkanlarının teklifi üzerine ve Yetkinlik Komisyonunun raporuna binaen Türkmenistan Yüksek Mahkemesi'nce yapılır. Atamalar ise Türkmenistan Yüksek Mahkemesi Başkanı'nın teklifi üzerine Türkmenistan Devlet Başkanı tarafından yapılmaktadır. Yüksek Mahkeme Başkanı ise Türkmenistan Meclisi'nin izni ile Türkmenistan Devlet Başkanı tarafından atanır<sup>90</sup>.

Hakimler uzmanlık derecelerine göre sınıflandırılmaktadır. Buna göre, bir yüksek uzmanlık derecesi haricinde 5 uzmanlık derecesi mevcuttur<sup>91</sup>. Bunlardan yüksek uzmanlık derecesine, 1. uzmanlık derecesine ve 2. uzmanlık derecesine sahip olan hakimler Türkmenistan Yüksek Mahkemesi hakimliğine, 1., 2. ve 3. uzmanlık derecesine sahip hakimler Yüksek Ticaret Mahkemesi Hakimliği'ne, 2., 3., ve 4. uzmanlık derecesine sahip hakimler il ve il statüsünde şehir mahkemeleri hakimliklerine, 4., ve 5. uzmanlık derecesine sahip hakimler ise ilçe ve ilçe statülü şehir mahkemeleri hakimliklerine ve infaz hakimliklerine

---

<sup>85</sup> Türk hukukunda hakimlik mesleğine kabul yaşı; HSK m. 8/b gereği; " Giriş sınavının yapıldığı yılın ocak ayının birinci günü itibarıyla otuzbeş yaşını doldurmamış olmak" şeklindedir.

<sup>86</sup> Türk hukuk sisteminde, hakim olabilmek için mesleki deneyim şartı aranmamaktadır. İstisna olarak HSK. m. 8/k; " Avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenler için; ... mesleklerinde fiilen en az üç yıl çalışmış, giriş sınavının yapıldığı yılın ocak ayının birinci günü itibarıyla kırkbeş yaşını doldurmamış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavında ve mülâkatta başarılı olmak

<sup>87</sup> Yarg. H.K. (Kazyet hakkında) md.59. Aynı şekilde Türk hukuku için bkz. HSK m. 8/I

<sup>88</sup> Yarg. H.K. (Kazyet hakkında) md.59.

<sup>89</sup> Yarg. H.K. (Kazyet hakkında) md.54.

<sup>90</sup> Yarg. H.K. (Kazyet hakkında) md.60 ve 61.

<sup>91</sup> Türk hukukunda hakimlik ve savcılık mesleği 4 sınıfa ayrılır. Bkz. HSK. m. 15.

atanırlar. Uzmanlık derecesinin verilmesi Türkmenistan Yüksek Mahkemesi'nin teklifine binaen Türkmenistan Devlet Başkanı'na ait bir yetkidir. Birinci uzmanlık derecesinde ve yüksek uzmanlık derecesinde geçirilmesi gereken herhangi bir süre mevcut değilken, 2. uzmanlık derecesinde 5 yıl, 3. uzmanlık derecesinde 5 yıl, 4. uzmanlık derecesinde 5 yıl ve 5. uzmanlık derecesinde 3 yıl görev yapmak gerekmektedir<sup>92</sup>.

Derece geçişleri arasında yapılan uzmanlık sınavlarını Yetkinlik Komisyonu gerçekleştirmektedir<sup>93</sup>. Türkmenistan Yüksek Mahkemesi'nin yetkinlik komisyonu Yüksek Mahkeme hakimleri arasından seçilir. Alt dereceli mahkemelerde ise yine kendi hakimleri arasından seçilmektedir. Yetkinlik komisyonlarının görevi 5 yıldır. Heyetler 5 kişiden az olmayacak şekilde belirlenir<sup>94</sup>.

Hakimlerin görevlerinin sona ermesi şu sebeplerle gerçekleşebilir<sup>95</sup>;

- Görev süresinin tamamlanması;
- Sağlık durumunun görevin devamına izin vermemesi;
- Başka bir işle iştigal etmeleri yahut bu hususta talepte bulunmaları;
- Türkmenistan vatandaşlığından çıkarılma;
- Hakimlik göreviyle bağdaşmayan işlerle iştigal etme;
- Hakimin suç işlediğine yahut kısıtlandığına dair mahkeme kararının bulunması;
- Hakimin temyiz kudretini yitirmesi;
- Hakimin ölmesi yahut öldüğüne ilişkin mahkeme kararının bulunması.

Kanun'da ayrıca hakimlerin görevlerinden mahrum edilmesi ve görev sürelerinden önce azledilmelerine ilişkin hükümler de sevk edilmiş bulunmaktadır. Buna göre şayet hakimler, yasal yükümlülüklerinin ihlali yahut görevleriyle bağdaşmayacak şekilde küçük düşürücü eylemlerde bulunurlarsa, haklarında verilen disiplin cezası kararıyla görev süresinden önce görevlerinden azledilebilir. Bununla birlikte sağlık durumları veya başka bir işe geçmelerinden dolayı ve dahi talepleri doğrultusunda görev süresinden önce azledilebilirler. Bu kararın alınması Yetkinlik Komisyonu'nun mütalaası üzerine Türkmenistan

---

<sup>92</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.72.

<sup>93</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.71.

<sup>94</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.60 ve 61.

<sup>95</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.56.

Devlet Başkanı'nı yetkisindedir<sup>96</sup>. Türkmenistan Yüksek Mahkemesi Başkanı da yine Türkmenistan Devlet Başkanı tarafından görevden alınabilir<sup>97</sup>.

## B. Jüriler

Türkmen yargı sisteminde jüri kurumu mevcuttur. Mahkeme jüri üyeliğine 25 yaşını dolduran Türkmen vatandaşları atanabilir<sup>98</sup>. İlçe veya ilçe statülü şehir mahkemelerine jüriler, yerel idarenin koordinasyonunda yapılan seçimle halk tarafından seçilirler. Seçime katılan vatandaşlardan salt çoğunluğun oyunu alanlar jüri heyetine seçilmiş olurlar. İl veya il statülü şehir mahkemelerinin jüri üyeleri ise doğrudan yerel idare başkanı tarafından atanırlar. Yüksek mahkemeler jürilerinin atanması ise Türkmenistan Devlet Başkanı'nın yetkisindedir<sup>99</sup>.

Jürilerin görev süreleri 5 yıldır. Yılda ikiden fazla olmamak kaydıyla nöbetçi jüri olarak görevlendirilirler. Jürilerin görevden ayrılmalarına ilişkin hususlar hakimlerle ilgili hükümlere tabidir<sup>100</sup>.

## C. Savcılar

Türkmenistan Anayasası; kanunların, Devlet Başkanı'nın kararlarının, Bakanlar Kurulu kararlarının, Türkmenistan Meclisi kararlarının uygulanması yetkisini münhasıran Türkmenistan Başsavcısı ve emrindeki savcılara vermektedir. Savcı bu yönüyle kamusal iddia makamı olarak yargılamaya dahil olmaktadır<sup>101</sup>.

Savcılık kurumu; Türkmenistan Başsavcısı, il ve il statüsünde şehir mahkemesi savcıları, ilçe ve ilçe statüsünde şehir mahkemesi savcıları, askeri savcılardan oluşmaktadır<sup>102</sup>. Türkmenistan Başsavcısı, Türkmen Meclisi'nin onayı ile Türkmenistan Devlet Başkanı tarafından atanır ve görevinden alınabilir. Keza Türkmenistan Başsavcısı görev süresi tamamlanırsa, görevi ile bağdaşmayacak bir iş yaparsa, sağlık durumu görevine devam etmeye elverişli değilse, başka bir işe geçmişse veya kendisi talep etmişse görevinden alınabilir<sup>103</sup>.

---

<sup>96</sup> Türk hukukunda hakimlik ve savcılık mesleğinde çıkarma cezası Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna aittir. Bkz. HSK. m. 62 vd.

<sup>97</sup> Yarg. H.K. (Kazyet hakynda) md.73.

<sup>98</sup> Yarg. H.K. (Kazyet hakynda) md.59.

<sup>99</sup> Yarg. H.K. (Kazyet hakynda) md.62. Mahkeme jüri üyeliği, Türk hukukunda bulunmamaktadır.

<sup>100</sup> Yarg. H.K. (Kazyet hakynda) md.62 vd.

<sup>101</sup> Türkmenistan Savcılık Kanunu (Sav. Kan.) (Türkmenistanyň prokuraturasy hakynda kanun), md.1. [http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc\\_view.php?doc\\_id=15071](http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=15071). (Erişim Tarihi : 23.03.2016)

<sup>102</sup> Sav. Kan., (Türkmenistanyň prokuraturasy hakynda kanun), md.14

<sup>103</sup> Sav. Kan., (Türkmenistanyň prokuraturasy hakynda kanun), md.15.



Diğer savcılar ise, Türkmenistan Başsavcısının talebi üzerine Türkmenistan Devlet Başkanı tarafından atanır veya görevden alınabilirler. Diğer savcılar ise, Türkmenistan Başsavcısının teklifi ile Türkmenistan Devlet Başkanı tarafından atanır ve azledilirler<sup>104</sup>.

Savcılarının görev süresi 5 yıldır. Vekil savcılar arasındaki iş bölümü Başsavcı tarafından gerçekleştirilir<sup>105</sup>. Savcılar kendi personeliyle görev yürütmektedirler<sup>106</sup>.

#### D. Bilirkişiler

Yargılamada uzmanlık gerektiren bir alanda uzman bilirkişilerin görevlendirilmesi söz konusu olabilir<sup>107</sup>. Bilirkişilik yargılamaya esas teşkil eden bilimsel verilerin mahkeme huzuruna getirilmesi için başvuru bir usuldür<sup>108</sup>.

Bilirkişiler kanunda öngörülüş usul ve ilkelere uygun bir şekilde bilimsel veriler ışığında rapor hazırlamakla yükümlüdürler<sup>109</sup>. Bilirkişiler uzmanlık alanlarında en az 3 yıl tecrübeli kişiler<sup>110</sup> arasından seçilir ve sertifika aldıktan sonra bilirkişilik yapabilmektedirler<sup>111</sup>. Bilirkişiler uzmanlık sınavlarında başarılı olduğu takdirde uzmanlık derecesi kazanmaktadır<sup>112</sup>. Bilirkişiler şahsi rapor hazırlayabilecekleri gibi heyet halinde de çalışabilirler<sup>113</sup>. Özellikle tıbbi konularda ve psikolojik değerlendirmelerde öncelikle resmi bilirkişiler görevlendirilir<sup>114</sup>.

Bilirkişiler uzmanlık incelemelerini yaparken mahkemedan yargılamaya ilişkin bilgi almak, gerekirse davanın taraflarıyla istişare etmek, davayla ilgili konularda teknik araştırmalar ve incelemeler yapmak hakkına sahiptirler.

---

<sup>104</sup> Sav. Kan., (Türkmenistanyň prokuraturasy hakynda kanun), md.16. Türk hukukunda Savcılık mesleğine atama ve çıkarma yetkisi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna aittir (Bkz. HSK. m. 13). Ancak T.C. Any. m. 104 gereği, Cumhurbaşkanı, Yargıtay C. Başsavcısını ve Başsavcivekilini seçer.

<sup>105</sup> Sav. Kan., (Türkmenistanyň prokuraturasy hakynda kanun), md.17.

<sup>106</sup> Sav. Kan., (Türkmenistanyň prokuraturasy hakynda kanun), md.21.

<sup>107</sup> Bilirkişilik Kanunu, (Kazyýet-bilermenlik işi hakynda kanun), [http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc\\_view.php?doc\\_id=15032](http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=15032), md. 2,3. (Erişim Tarihi : 23.03.2016); Türk hukuku için bkz. TANRIVER, Süha, “ Medeni Yargıda Bilirkişilik” ,Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 39 vd. Türk hukukunda bilirkişilik için bkz. HMK. m. 266 vd.

<sup>108</sup> Bilirkişilik Kanunu, (Kazyýet-bilermenlik işi hakynda kanun), md.4.

<sup>109</sup> Bilirkişilik Kanunu, (Kazyýet-bilermenlik işi hakynda kanun), md.5.

<sup>110</sup> Türk hukukundaki benzer düzenleme için bkz. Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonları Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik m. 7/b.

<sup>111</sup> Bilirkişilik Kanunu, (Kazyýet-bilermenlik işi hakynda kanun), md.13,14.

<sup>112</sup> Bilirkişilik Kanunu, (Kazyýet-bilermenlik işi hakynda kanun), md.13,14. Türk hukukunda bilirkişi olabilmek için mevzuat gereği bir sınav uygulaması ve sertifika verilmesi sözkonusu değildir.

<sup>113</sup> Bilirkişilik Kanunu, (Kazyýet-bilermenlik işi hakynda kanun), md.25.

<sup>114</sup> Bilirkişilik Kanunu, (Kazyýet-bilermenlik işi hakynda kanun), md.33,34,36,37.

Mahkeme bilirkişinin raporuna ilişkin bilgi, belge ve delillere ulaşabilmesi için gerekli tedbirleri almalıdır<sup>115</sup>.

Mahkemeler bilirkişileri göreve çağırdıklarında bu çağrıya uymak zorundadırlar. Bilirkişi incelemesinin sonucunu bir rapor ile sunmalıdır. İncelemesini yaptığı esnada ulaştığı ve inceleme esnasında kullandığı materyalleri de mahkemeye mühürlü bir şekilde teslim etmelidir<sup>116</sup>. Mahkemenin talebi halinde mahkeme huzurunda açıklayıcı sunum yapmaktan kaçınmazlar<sup>117</sup>. Bilirkişi raporunun sunulmasına ilişkin süre mahkeme başkanı tarafından belirlenmektedir<sup>118</sup>.

### E. Avukatlar

10 Mayıs 2010 tarih ve 105-IV sayılı Avukatlık Kanunu (Türkmenistanda Adwokatura we Adwokatlyk İşi Hakynda Kanuny) avukatlık mesleğinin yürütülmesine ilişkin temel hususların düzenlendiği mevzuattır<sup>119</sup>.

Bu kanuna göre, avukatlık mesleği insan hak ve özgürlüklerini, gerçek ve tüzel kişilerin yasal menfaatlerini korumak, hukuka saygı bilincinin yerleştirilmesi amacıyla yönelik profesyonel bir hukuki yardım olarak görülmektedir. Avukatlık ticari bir faaliyet olarak görülmemekte aldığı ücret hizmet bedeli niteliğindedir<sup>120</sup>. Barolar ise merkezi idareden bağımsız bir meslek kuruluşudur<sup>121</sup>.

Avukatlık mesleği bağımsızlık, eşitlik, anayasal hakların kullanılması, tarafların eşitliği, eşit rekabet, erişilebilirlik, gizlilik ve etik kurallara uygunluk ilkeleleri çerçevesinde icra edilmesi gereken bir meslektir<sup>122</sup>.

Yüksek hukuk tahsilini tamamlamış, hukuk mesleklerinde en az iki yıl aralıksız çalışmış olan ve Türkmenistan'da daimi ikamet eden Türkmen vatandaşları avukatlık mesleğini icra edebilirler<sup>123</sup>. Avukatların mesleki eğitimleriyle barolar görevlendirilmiştir<sup>124</sup>. Avukatlık stajı avukatlık mesleğinde en az 5 yıl kıdemi

---

<sup>115</sup> Bilirkişilik Kanunu, (Kazyýet-bilermenlik işi hakynda kanun), md.12,28.

<sup>116</sup> Bilirkişilik Kanunu, (Kazyýet-bilermenlik işi hakynda kanun), md.26.

<sup>117</sup> Bilirkişilik Kanunu, (Kazyýet-bilermenlik işi hakynda kanun), md.19.

<sup>118</sup> Bilirkişilik Kanunu, (Kazyýet-bilermenlik işi hakynda kanun), md.19.

<sup>119</sup> [http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc\\_view.php?doc\\_id=7111](http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=7111). (Erişim Tarihi: 22.03.2016)

<sup>120</sup> Avukatlık Kanunu (Türkmenistanda Adwokatura we Adwokatlyk İşi Hakynda Kanuny), md.1.

<sup>121</sup> Avukatlık Kanunu (Türkmenistanda Adwokatura we Adwokatlyk İşi Hakynda Kanuny), md.1.

<sup>122</sup> Avukatlık Kanunu (Türkmenistanda Adwokatura we Adwokatlyk İşi Hakynda Kanuny), md.1.

<sup>123</sup> Avukatlık Kanunu (Türkmenistanda Adwokatura we Adwokatlyk İşi Hakynda Kanuny), md.8 ve 9; Türk hukukunda Avukatlık mesleğine kabul şartları içerisinde çalışma süre ve yaş sınırı bulunmamaktadır ( Bkz. Av. K. m. 3).

<sup>124</sup> Avukatlık Kanunu (Türkmenistanda Adwokatura we Adwokatlyk İşi Hakynda Kanuny), md.9.

olan avukatlar yanında 6 ay ile 1 yıl arasında bir süre devam eder<sup>125</sup>.

Avukatların akademik faaliyetler dışında resmi kurumlarda ve diğer ücretli işlerde çalışmaları yasaklanmıştır. Disiplin suçları dolayısıyla hukuk mesleklerinden ihraç edilmiş bulunan kimseler 1 yıl süreyle, kanunda belirtilen bazı suçları işlemiş bulunan ve cezası infaz edilmiş bulunan kişiler, ayırt etme gücüne sahip olmayan ya da kısıtlanan kişiler, barodan ihraç edilen ya da lisansları iptal edilen kişiler süresiz bir şekilde avukatlık yapamazlar<sup>126</sup>.

## F. Diğer Mahkeme Görevlileri

Türkmenistan yargı sisteminde yargılama faaliyetine mahkeme teşkilatının diğer görevlileri de katılmaktadır. Personelin seçilmesi ve görevlendirilmesi mahkeme başkanlarına ait bir görevdir. Mahkeme çalışanları, kararların icrasını sağlayan müdürlükler, müdürlüklerin başkanları, danışmanları, mahkeme icra memurları, uzmanları ve hakim yardımcılarında oluşmaktadır<sup>127</sup>.

Türkmenistan Yüksek Mahkemesi'nin faaliyetlerini organize eden müdürlük, tüm ülke mahkemelerinin organizasyonunu da inceler ve geliştirmekle ilgili önerileri hazırlar. Mahkeme görevlilerinin ihtiyaçlarının belirlenmesi, hakimlerin seçilmesi ve adaylık süreçlerinin yürütülmesi, tüm personel hakkında istatistiksel kayıtların tutulması müdürlüğün görevlerindedir. Temel itibariyle mahkemelerin ofis ve arşiv işleri müdürlüğün yetkisi altındadır<sup>128</sup>.

İcra memurları da mahkeme teşkilatı altında görevlendirilmektedir. Mahkemece verilmiş kararların yerine getirilmesi mahkeme icra memurları tarafından gerçekleştirilmektedir. Türkmenistan Yüksek Mahkemesi, Türkmenistan Yüksek Ticaret Mahkemesi, İl ve İl statülü şehir mahkemeleri icra memurları, Yüksek Mahkeme icra işleri müdürlüğünün talep yazısına binaen Türkmenistan Yüksek Mahkemesi Başkanı tarafından atanır. İlçe ve ilçe statülü şehir mahkemeleri hakimleri ise ilgili mahkemelerin başkanlarının taleplerine binaen İl ve İl statülü şehir mahkemeleri başkanları tarafından atanırlar<sup>129</sup>.

Mahkemelerde görevli personellerden bir diğeri olan mübaşirler, hakimın şahsi yardımcısı olarak görevlendirilmektedir<sup>130</sup>. Keza davalara katibin iştiraki de aranır<sup>131</sup>.

---

<sup>125</sup> Avukatlık Kanunu (Türkmenistanda Adwokatura we Adwokatlyk işi Hakynda Kanuny), md.12.

<sup>126</sup> Avukatlık Kanunu (Türkmenistanda Adwokatura we Adwokatlyk işi Hakynda Kanuny), md.8.

<sup>127</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.89,90.

<sup>128</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.91.

<sup>129</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.94.

<sup>130</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.95.

<sup>131</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.97.

Mahkeme personeli eğitimlerine göre sınıf rütbesi kazanırlar ve maaşları buna göre belirlenir. Bu maaşların miktarları Türkmenistan Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmektedir<sup>132</sup>.

## SONUÇ

Türkmenistan'da mahkeme teşkilatlanması ve yargılama usulleri yargı birliği sistemi tercihi etrafında şekillenmiştir. Anayasa'da temellerini bulan ve diğer kanun ve kodekslerdeki ilkelerin de çoğunluk itibarıyla benzerlik göstermesi bu yönelişin bir etkisidir.

Yargı teşkilatının yüksek mahkeme olarak örgütlenmesi yargı birliği sistemlerinde karakteristik bir özellik olmakla beraber Türkmenistan'da mahkeme personelinin idari yönden de Yüksek Mahkeme'ye bağlı olması dikkat çekici bir özelliktir. Bununla birlikte hakimler yürütmenin başı olan Devlet Başkanı tarafından atanmaktadır. Hakimlerin 5 yıllık periyotlarla atanmaları ve görevlerine devam edebilmeleri için her 5 yılda yeniden atanmalarına ilişkin gereklilik, hakimlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına hizmet etmektedir. Ayrıca hakimlerin uzmanlık derecelerine göre sınıflandırılmaları ve bu sınıflara göre görevlendirilmeleri sözkonusudur. Böylece kıdeme yahut tecrübeye göre değil de bilimsel yetkinliğe göre atama ve yükselme kriteri geliştirilmiştir.

Yargılama teşkilatında özellik arz eden bir diğer kurum savcılık kurumudur. Ülkedeki tüm savcılar Türkmenistan Başsavcısı nezdinde görevlendirilmiştir. Türkmenistan Başsavcısı anayasal bir kurumdur. Hem kazai hem de icrai bir takım görevleri mevcuttur.

Mahkemelerde sadece coğrafi açıdan görev paylaşımı mevcuttur ve ihtisas (özel-uzmanlık) mahkemelerine yer verilmemiştir. Her türlü uyuşmazlık ilk derece mahkemelerinde hukuk, ceza, idari dava ayrımı yapılmaksızın çözüme kavuşturulmaktadır. Dava çeşitlerinde içtihatlar, kanundan sonraki en önemli kaynaktır.

Mahkemede yargılamanın esasına ilişkin kararı jüri heyeti vermekte, mahkeme başkanları sadece yargılamanın sevk ve idaresini üstlenmektedir. Avukatların rolü kanunda kesin bir şekilde belirtilmiş, vekil olmaktan daha çok hukuki yardımcılık sıfatı ile tanımlanmıştır.



---

<sup>132</sup> Yarg. H.K. (Kazyýet hakynda) md.96.

### KAYNAKÇA

ALACAKAPTAN, Uğur, “Delil Yasakları”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu 5-8 Nisan, İzmir 2000.

ALTIPARMAK, Cüneyd, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 63, 2006.

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/AYVAZ TAŞPINAR, Sema Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.

ARSLAN, Ramazan / TANRIVER, Süha, Yargı Örgütü Hukuku, 2. bs., Yetkin Yay., Ankara, 2001.

ATAY, Cevdet, Türk Yargı Sistemi, 2.bs., Ekin Yay., Bursa, 2013.

DİNÇ, Güney, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Silahların Eşitliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 57, 2005.

KALABALIK, Halil/ ERDEM, Murat, Temel Hukuk Bilgisi, 8.bs., Seçkin Yay., Ankara, Şubat 2016.

KALABALIK, Halil, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, 4.bs., Sayram Yay., Konya, 2011.

KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3.bs., Alternatif Yay., İstanbul 2012.

KARAASLAN, Varol, Medeni Usul Hukuku’nda Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 1.bs., Seçkin Yay., Ankara, Ekim 2013.

KURT KONCA, Nesibe, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal Yayınevi, İstanbul 2015.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015.

ÖZEKES, Muhammet, “Oyun Teorisi-Hukuk Uygulaması ve Adil Yargılanma Hakkı”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 14. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005.

ÖZEN, Mustafa, “Non Bis in Idem ( Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, C. XIV, Y.2010, S.1.

ÖZTÜRK, Bahri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6.bs., Seçkin yay., Temmuz 2013.

SEVÜK, H. Yokuş, “Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağan’ı, İstanbul 1999.

ŞAHBAZ, İbrahim, “AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Anayasa Yargısı, S.25, 2008.

TANRIVER, Süha, Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı, TBB Dergisi, S.104,2013.

TANRIVER, Süha, Medeni Yargıda Bilirkişilik ,Yetkin Yayınları, Ankara 2016

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.

TÜRMEEN, Rıza, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı”, Sempozyum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004.

ULUKAPI, Ömer, Medeni Usul Hukuku, 2.bs., Mimoza Yay., Konya, 2014.

ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.I, 8.bs., Adalet Yay., Ankara 2013.

YILMAZ, Halil, “Alenilik”, Ankara Barosu Dergisi, 1988.

ZABUNOĞLU, Yahya K., Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı, Yargı Reformu Sempozyumu, İzmir 2000.

#### **İNTERNET KAYNAKLARI:**

- Avukatlık Kanunu (Türkmenistanda Adwokatura we Adwokatlyk İşı Hakynda Kanuny) [http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc\\_view.php?doc\\_id=7111](http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=7111).(Erişim Tarihi: 22.03.2016)

- Türkmenistan Anayasası (Türkmenistanyň konstitusiyasy) Aşkabat. [http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc\\_view.php?doc\\_id=8124](http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=8124) (Erişim Tarihi : 23.03.2016)

- Türkmenistan İdari Yargılama Usulü Kodeksi (Türkmenistanyň Administratiw hukuk bozulmalary hakynda kodeksi) [http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc\\_view.php?doc\\_id=8367](http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=8367)(Erişim Tarihi : 23.03.2016)

- Türkmenistan Yargılama Hakkında Kanun (Kazyýet hakynda kanun) [http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc\\_view.php?doc\\_id=15030](http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=15030) (Erişim Tarihi: 22.03.2016)

- Türkmenistan Savcılık Kanunu (Türkmenistanyň prokuraturasy hakynda kanun), [http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc\\_view.php?doc\\_id=15071](http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=15071). (Erişim Tarihi : 23.03.2016)
- Bilirkişilik Kanunu Kazyýet-bilermenlik işi hakynda kanun, [http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc\\_view.php?doc\\_id=15032](http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=15032), md. 2,3. (Erişim Tarihi : 23.03.2016)
- Medeni Yargılama Usulü Kodeksi (Türkmenistanyň Raýat iş ýörediş kodeksi), [http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc\\_view.php?doc\\_id=15067](http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=15067) (Erişim Tarihi : 23.03.2016)
- Ceza Yargılaması Usulü Kodeksi (Türkmenistanyň Jenaýat iş ýörediş kodeksi), [http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc\\_view.php?doc\\_id=8332](http://minjust.gov.tm/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=8332) (Erişim Tarihi : 23.03.2016)

#### **KISALTMALAR CETVELİ**

a.g.e.	adı geçen eser
Av. K.	Avukatlık Kanunu
bkz.	bakınız
bs.	bası
C.	Cilt
CYUK	Ceza Yargılama Usulü Kodeksi
HMK.	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSK.	Hakimler ve Savcılar Kanunu
Karş.	Karşılaştırma
md.	madde
MYUK	Medeni Yargılama Usulü Kodeksi
s.	sayfa
S.	Sayı
Sav. Kan.	Türkmenistan Savcılık Kanunu
TBB	Dergisi Türkiye Barolar Birliği Dergisi
T.C.	Any. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
TMK	Türk Medeni Kanunu

TİYUK	Türkmenistan İdari Yargılama Usulü Kodeksi
TYM	Türkmenistan Yüksek Mahkemesi
vb.	ve benzeri/ ve benzerleri
vd.	ve devamı
Y.	Yıl
Yarg. H.K.	Yargılama Hakkında Kanun
yay.	yayıncılık/yayınevi/yayınları
YTM	Yüksek Ticaret Mahkemesi





# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN KURULUŞU, GÖREVLERİ VE YARGILAMA USULÜ

*Gründung, Zuständigkeiten und Verfahrensrecht des Europäischen  
Gerichtshofs für Menschenrechte*

**Yrd. Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU\***

## ÖZET

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa Konseyince hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme daha sonraki tarihlerde protokoller yoluyla değiştirilmiş ve güncellenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti Sözleşmeyi ve protokollerden önemli bir kısmını imzalamış ve yürürlüğe koymuştur. Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan bu düzenlemeler Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca kanun hükmünde olup, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Ayrıca bunlar kanunlara göre öncelikli olarak uygulanma özelliğine sahiptir. Anayasa'nın bu hükmü nedeniyle Sözleşme hukukumuzda çok önemli bir yere sahiptir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde temel hak ve hürriyetlerin yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kuruluşu ve görevleri ile yargılama usulü hakkında da düzenlemeler mevcuttur. Kişiler veya sözleşmeciler devletler Sözleşmede öngörülen usuller dahilinde Mahkemeye başvurup, haklarının korunması veya diğer sözleşmeciler devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmeleri talebinde bulunabilirler. Sözleşme ile öngörülen yargısal mekanizmanın işleyebilmesi ve temel hak ve hürriyetlerin uluslararası alanda korunabilmesi için, Mahkemenin kuruluş ve işleyişine ilişkin bu düzenlemelerin dikkate alınması ve bunlara uygun hareket edilmesi gerekir. Bu nedenle Sözleşmede yer alan temel haklara ilişkin hükümlerin yanında bu hakların ne şekilde ve hangi usuller dairesinde korunabileceğine ilişkin hükümlerin incelenmesi de son derece önemlidir.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Görev, Kabul Edilebilirlik Koşulları, Yargılama Usulü.

## ZUSAMMENFASSUNG

Die Europäische Menschenrechtskonvention, die nach dem Zweiten Weltkrieg vom Europarat vorbereitet wurde, wurde am 4. November 1950 unterzeichnet und ist am 3. September 1953 in Kraft getreten. Nach ihrem Inkrafttreten wurde die Konvention durch Protokolle geändert und aktualisiert. Die Türkische Republik

---

\* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, tahirmuratoglu@yahoo.com.

hat die Konvention und einen wesentlichen Teil der Protokolle unterzeichnet und in Kraft gesetzt. Gemäß Art. 90 Abs. 5 der türkischen Verfassung haben diese verfahrensgemäß in Kraft gesetzten Regelungen Gesetzeskraft. Gegen sie kann das Verfassungsgericht mit der Behauptung der Verfassungswidrigkeit nicht angerufen werden. Außerdem haben diese Regelungen Anwendungsvorrang gegenüber nationalen Gesetzen. Aufgrund Art. 90 Abs. 5 der türkischen Verfassung hat die Konvention eine bedeutende Rolle im türkischen Recht.

In der Europäischen Menschenrechtskonvention sind neben Rechten und Freiheiten auch Regelungen über die Gründung, Zuständigkeiten und Arbeitsweise des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte enthalten. Personen oder Vertragsstaaten können im Rahmen der in der Konvention vorgesehenen Regelungen den Gerichtshof anrufen und verlangen, dass ihre Rechte geschützt werden oder andere Vertragsparteien ihren Verpflichtungen nachkommen. Damit das gerichtliche System, das von der Konvention vorgesehen wird, funktionieren kann und die Menschenrechte im internationalen Raum geschützt werden können, müssen die prozessrechtlichen Regelungen der Konvention beachtet werden. Deshalb sind neben Rechten und Freiheiten der Konvention auch die Regelungen darüber, wie und nach welchen Regeln diese Rechte geschützt werden, von äußerster Bedeutung.

**Stichwörter:** Die Europäische Menschenrechtskonvention, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, Zuständigkeit, Zulässigkeitsvoraussetzungen, Gerichtsverfahren.



## I. Giriş

Kişilere kamu gücü karşısında hukuki koruma sağlayan normlar Anayasa ve kanunlarla sınırlı olmayıp, uluslararası sözleşmeler de bu konuda etkin bir rol oynayabilmektedir. Avrupa ülkeleri ve ülkemiz açısından bu konuda en önemli uluslararası sözleşme şüphesiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir (AİHS). Sözleşmenin iç hukukumuzda sahip olduğu yeri gösteren temel düzenleme Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasıdır. Bu hüküm Sözleşmenin kanun hükmünde olduğunu, Sözleşme hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini ve Sözleşmenin aynı konuda kanunlardan farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Sözleşme hükümlerinin esas alınacağını öngörmektedir.<sup>1</sup> Yargılama usulüne ilişkin kanunlarımızda da Sözleşmeye atıfta bulunulmakta, Sözleşme ile kurulan yargı merciince tesis edilen mahkumiyet kararlarının yargılamanın yenilenmesi ile sonuçlanabileceği hüküm altına alınmaktadır.<sup>2</sup> Bu düzenlemeler Sözleşmenin ulusal mahkemelerce yü-

---

<sup>1</sup> Konu hakkında bkz. Salihpaşaoğlu, AİHM ve Türkiye, s. 263 vd.

<sup>2</sup> Bkz. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, m. 53/1-ı; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m. 375/1-j; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 311/1-f.

rütülen yargısal faaliyetler üzerindeki etkisini göstermesi açısından önemlidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin en belirgin özelliği bir Mahkeme teşkilatına yer vermesi, kişileri Sözleşmede yer alan haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Mahkemeye başvurma yetkisiyle donatması ve böylece Sözleşmeye taraf devletlerin uluslararası bir mahkeme tarafından yargılanmasına imkan tanımasıdır.<sup>3</sup> Sözleşme ile oluşturulan hukuki koruma sisteminin iyi anlaşılabilmesi ve Sözleşmenin sunduğu hak arama hürriyetinin etkin bir şekilde kullanılabilmesi için, Mahkemenin yapısı ve işleyişi hakkında yeterli bilgiye sahip olunması şarttır. Bu durum dikkate alınarak aşağıda öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ortaya çıkışı ve gelişim süreci hakkında kısa bir bilgi verilecek, ardından da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kuruluş ve görevleri ile yargılama usulüne ilişkin temel bazı konulara yer verilecektir.

## II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ortaya Çıkış ve Gelişim Süreci

İkinci Dünya Savaşı'nın arkasında bıraktığı yıkım ve hak ihlalleri nedeniyle savaşın sona ermesinden hemen sonra temel insan haklarını garanti altına alma amacına yönelik olarak birtakım çalışmalar yapılmaya başlandı.<sup>4</sup> Bu bağlamda 12 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (*The Universal Declaration of Human Rights*) kabul ve ilan edildi.<sup>5</sup> Beyannamenin ilanından hemen önce 1948 yılının Mayıs ayında Hollanda'nın Lahey (*The Hague / Den Haag*) kentinde toplanan Avrupa Kongresinde Avrupa'da bir birlik kurulması ve bu birliğe temel teşkil etmek üzere bir Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hazırlanması kararı alındı.<sup>6</sup> Kongrede alınan bu karar doğrultusunda 5 Mayıs 1949 tarihinde Avrupa Konseyi (*Council of Europe*) kuruldu.<sup>7</sup> Merkezi Fransa'nın Strazburg (*Strasbourg*) kentinde olan Konsey de Birleşmiş Milletler gibi insan haklarının korunması amacına yönelik olarak birtakım faaliyetlerde bulunmaya başladı.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> Bkz. Turabi, Bireysel Başvuru, s. 25 vd.; Karaaslan, AİHM'nin Yapısı, s. 108 vd.

<sup>4</sup> Tezcan / Erdem / Sancakdar / Önok, İnsan Hakları, s. 31 vd.

<sup>5</sup> Bkz. <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html> (Erişim Tarihi: 23.05.2016); 27.05.1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete (RG); Turabi, Bireysel Başvuru, s. 25.

<sup>6</sup> Partsch, Die Entstehung, s. 633 vd.; Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 1; Mayer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Einleitung, Rn. 1 vd.

<sup>7</sup> Türkiye Avrupa Konseyine 13.04.1950 tarihinde üye olmuştur. Bkz. <http://www.coe.int/en/web/portal/turkey> (Erişim Tarihi: 23.05.2016). Avrupa Konseyi Statüsü'nün kabulü hakkında bkz. 12.12.1949 tarih ve 5456 sayılı Avrupa Konseyinin Kurulması Hakkında İmzalanmış Olan Statünün Onanmasına Dair Kanun, 17.12.1949 tarih ve 7382 sayılı RG.

<sup>8</sup> Bkz. Meyer-Ladewig, EMRK, Einleitung, Rn. 1; Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 1 vd.

Avrupa Konseyi Statüsü'ne (*Statute of the Council of Europe*)<sup>9</sup> göre, Avrupa Konseyinin amacı Konsey üyeleri arasında daha yakın bir işbirliğini gerçekleştirmek, böylece Konsey üyelerinin ortak mirası olan gaye ve esasları korumak ve desteklemek, ayrıca Konsey üyelerinin ekonomik ve sosyal yönden ilerlemelerine katkı sunmaktır (m. 1/a). Bu amaca ulaşabilmek için Avrupa Konseyi organları tarafından kullanılabilir araçlardan biri de insan haklarının ve temel hürriyetlerin korunması ve geliştirilmesidir (m. 1/b). Statüye göre Avrupa Konseyine üye olan her devlet hukukun üstünlüğü ilkesi ile kendi yargılama yetkisine tabi olan tüm kişilerin insan haklarından ve temel hürriyetlerden faydalanması gerektiği ilkesini kabul eder. Üye devletlerden her biri Statünün birinci bölümünde, yani ilk maddesinde ifade edilen amaca ulaşabilmek için samimi ve aktif bir şekilde işbirliğinde bulunmayı taahhüt eder (m. 3). Avrupa Konseyinin Bakanlar Komitesi (*the Committee of Ministers*) ve Parlamenterler Meclisi (*Parliamentary Assembly*)<sup>10</sup> adlarında iki organı bulunmaktadır (m. 10).<sup>11</sup> Bakanlar Komitesi üye devletlerin dışişleri bakanlarından veya dışişleri bakanlarının temsilcilerinden oluşmaktadır. Bakanlar Komitesinde Avrupa Konseyine üye her devletin bir temsilcisi vardır ve her temsilci bir oy hakkına sahiptir (m. 14). Avrupa Konseyinin danışma organı olan Parlamenterler Meclisi ise Konseye üye devletlerin temsilcilerinden oluşur. Bu temsilciler kural olarak üye devlet parlamentoları tarafından seçilir veya atanır. Bakanlar Komitesinden farklı olarak üye devletlerin Parlamenterler Meclisine göndereceği temsilci sayısı ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir (m. 25 vd.).<sup>12</sup>

Avrupa Konseyi kurulduğu tarihten hemen sonra çalışmalarına başlamış ve Avrupa Konseyi Sözleşmeleri olarak da adlandırılan birçok uluslararası sözleşmenin imzalanmasını sağlamıştır.<sup>13</sup> Bu sözleşmelerden en önemlisi

<sup>9</sup> Bkz. <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list> (Erişim Tarihi: 23.05.2016); 17.12.1949 tarih ve 7382 sayılı RG.

<sup>10</sup> Bu organ 1994 yılına kadar Danışma Meclisi (*the Consultative Assembly*) olarak adlandırılmaktaydı. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 1994 yılının Şubat ayında aldığı bir karara istinaden bundan böyle tüm Avrupa Konseyi belgelerinde *Danışma Meclisi* ifadesi yerine *Parlamenterler Meclisi* ifadesi kullanılmaya başlandı.

<sup>11</sup> Avrupa Konseyi Konsey Statüsü'nde ifade edilen bu organlardan başka birtakım kurumlara daha sahiptir. Bunlardan en önemlisi aşağıda incelenecek olan ve AİHS ile düzenlenen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresidir (*Congress of Local and Regional Authorities*). Bu ikinci kurum hakkında bkz. Muratoğlu, Özerklik Şartı, s. 739 vd.

<sup>12</sup> Örneğin Almanya, Fransa, İtalya ve Rusya gibi ülkelerin Parlamenterler Meclisinde 18 temsilcisi bulunurken, Türkiye, İspanya ve Polonya'nın 12 temsilcisi bulunmaktadır. Avrupa Konseyine üye olan küçük devletlerden San Marino, Monako ve Lichtenstein ise Parlamenterler Meclisinde 2 üye ile temsil edilmektedir.

<sup>13</sup> Bu sözleşmelerden bazıları şunlardır: Avrupa Sosyal Şartı (*European Social Charter*),

şüphesiz İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Sözleşme (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) veya daha kısa ve bilinen adıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir (*European Convention on Human Rights*). Sözleşme 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmış ve Sözleşmenin on devlet tarafından iç hukukta onaylanıp onay belgelerinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edilmesinin ardından 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>14</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 57. maddesine göre<sup>15</sup> devletler Sözleşmenin imzalandığı veya onay belgelerinin sunulduğu sırada kendi egemenlikleri altında bulunan yerlerde yürürlükte bulunan bir kanuni düzenlemenin Sözleşmenin belirli hükümlerine uygun olmadığı ölçüde Sözleşmenin ilgili hükümlerine ihtirazi kayıt koyabilirler. Ancak Sözleşmeye genel nitelikte çekince konamaz. Sözleşmenin 58. maddesine göre<sup>16</sup> Sözleşmeye taraf olan devletlerin Sözleşmeyi feshetmeleri mümkündür. Aynı maddeye göre Avrupa Konseyi üyeliği sona eren devletler de Sözleşmeye taraf olmaktan çıkar.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi imzalanıp yürürlüğe girdikten sonra bir taraftan Sözleşmeye bazı eklemeler yapılmış, diğer taraftan da Sözleşme güncellenmiştir. Bu ekleme ve güncellemeler protokoller yoluyla olmuştur. Protokollerden bazıları Sözleşmede yer alan haklara ilaveten yeni birtakım haklara yer verdiğiinden, bunlar Sözleşmenin yanında ayrı bir varlığa sahiptir.<sup>17</sup> Buna karşın protokollerden bazıları sadece mevcut Sözleşmenin hükümlerine ilişkin birtakım değişiklikler içermektedir.<sup>18</sup> Son olarak AİHS'nin bazı hükümlerinde değişiklik yapan 14 No'lu Protokol yürürlüğe girmiştir. Sözleşmede ve Sözleş-

---

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı (*European Charter of Local Self-Government*), Avrupa Kültürel Varlıkların Korunması Sözleşmesi (*European Cultural Convention*). Avrupa Konseyi sözleşmelerinin listesi için bkz. <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>; sözleşmelerin Türkçe listesi için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/ak.html> (Erişim Tarihleri: 23.05.2016).

<sup>14</sup> Sözleşmenin tarihi gelişimi hakkında bkz. Partsch, *Die Entstehung*, s. 631 vd.; Frowein / Peukert, *EMRK, Einführung*, Rn. 1 vd.; Grabenwarter / Pabel, *Europäische*, s. 1 vd.

<sup>15</sup> Bu hüküm Sözleşmenin ilk halinin 64. maddesine tekabül etmektedir.

<sup>16</sup> Bu hüküm Sözleşmenin ilk halinin 65. maddesine tekabül etmektedir.

<sup>17</sup> Bu tür protokoller AİHS Ek Protokolü ile 4, 6, 7, 12, 13 ve 16 no'lu protokollerdir. AİHS 2 No'lu Protokol de esasen bu nitelikte iken, 11 No'lu Protokol ile kaldırılmıştır.

<sup>18</sup> Bunlar 3, 5, 8, 9, 10, 11, 14, 14bis ve 15 no'lu protokollerdir. Bunlardan 10 No'lu Protokol yürürlüğe girmemiş, 11 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesi ile anlamını yitirmiş ve konusuz kalmıştır. Bkz. Gözlügül / Poyraz, *AİHS Uygulamasında*, s. 66. 14bis No'lu Protokol 14 No'lu Protokol'den sonra ve henüz 14 No'lu Protokol yürürlüğe girmeden, 14 No'lu Protokol'ün usule ilişkin bazı hükümlerinin bir an önce yürürlüğe girmesi amacıyla yapılmış geçici nitelikte bir protokoldür. 14bis No'lu Protokol 01.10.2009 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 14 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girdiği 01.06.2010 tarihinde yürürlükten kalkmıştır. Bkz. <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list> (Erişim Tarihi: 23.05.2016).

me ile kurulan sistemde birtakım değişiklikler öngören 15 ve 16 no'lu protokoller ise imzaya açılmış, ancak henüz yürürlüğe girmemişlerdir.<sup>19</sup>

Türkiye Cumhuriyeti Devleti AİHS'yi 4 Kasım 1950 tarihinde, Ek Protokol'ü de (1 No'lu Protokol) 20 Mart 1952 tarihinde imzalamış, her iki metni de 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun ile onaylamıştır.<sup>20</sup> AİHS'nin 59. maddesinin 4. fıkrası<sup>21</sup> uyarınca AİHS ve Ek Protokol Türkiye açısından onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edildiği gün olan 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>22</sup> Türkiye AİHS'nin ana metnine herhangi bir çekince koymamış, ancak AİHS Ek Protokolü'nün 2. maddesinde yer alan eğitim hakkına 3 Mart 1924 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu'nu gerekçe göstererek çekince koymuştur.<sup>23</sup> Türkiye daha sonraki yıllarda 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13 ve 14 no'lu protokolleri imzalamış,<sup>24</sup> bunlardan 2, 3, 5, 6, 8, 11, 13 ve 14 no'lu protokolleri onaylamış ve yürürlüğe koymuştur. 4 No'lu Protokol 23 Şubat 1994 tarih ve 3975 sayılı Kanunla onaylamış,<sup>25</sup> ancak onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edilmemesi nedeniyle AİHS'nin 59. maddesinin 4. fıkrası uyarınca bu protokol Türkiye açısından henüz yürürlüğe girmemiştir.<sup>26</sup> 7, 9 ve 12 no'lu protokoller

<sup>19</sup> 15 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesi halinde getireceği en önemli değişiklik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde dava açma süresinin iç hukuk yollarının tüketildiği tarihten sonraki 4 ayla sınırlandırılması olacaktır (15 No'lu Protokol, m. 4) Başka bir değişiklik için bkz. aşağıda dipnot 40 ve 138. dipnotun bulunduğu yer. 16 No'lu Protokol ise, Sözleşmeye taraf devletlerin yüksek mahkemelerine Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerle ilgili konularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden görüş isteme imkanı tanımaktadır. Bkz. <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list> (Erişim Tarihi: 23.05.2016). Konu hakkında bkz. Gözlügül / Poyraz, AİHS Uygulamasında, s. 70 vd.

<sup>20</sup> 19.03.1954 tarih ve 8662 sayılı RG.

<sup>21</sup> Bu hüküm Sözleşmenin ilk halinin 66. maddesinin 3. fıkrasına tekabül etmektedir.

<sup>22</sup> Bkz. <http://www.coe.int/en/web/conventions/> (Erişim Tarihi: 23.05.2016); Salihpaşaoğlu, AİHM ve Türkiye, s. 262; Karaaslan, AİHM'nin Yapısı, s. 108.

<sup>23</sup> Bkz. 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun, m. 2 ve 3: 19.03.1954 tarih ve 8662 sayılı RG. Ayrıca bkz. <http://www.coe.int/en/web/conventions/> (Erişim Tarihi: 23.05.2016).

<sup>24</sup> 10 No'lu Protokol hakkında bkz. yukarıda dipnot 18.

<sup>25</sup> Bkz. 26.02.1994 tarih ve 21861 sayılı RG; 14.07.1994 tarih ve 21990 sayılı RG.

<sup>26</sup> Anayasa'nın 90. maddesinin 1. fıkrasına göre uluslararası sözleşmelerin onaylanması, bunların TBMM tarafından bir kanunla uygun bulunması şartına bağlıdır. Bu hüküm Anayasa'nın 90. maddesinin 2. ve 3. fıkraları kapsamında kalmayan uluslararası sözleşmelerin yürürlüğe girebilmesi için gerekli asgari koşula yer vermektedir. AİHS'nin 59. maddesinin 4. fıkrası hükmünden de anlaşılacağı gibi, bu koşulun gerçekleşmesi her zaman uluslararası bir sözleşmenin yürürlüğe girmesi için yeterli olmayabilir. Bu noktada kanunun gereğinin uzun yıllar yerine getirilmemesi nedeniyle yürütme organının ve dolayısıyla devletin sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağı sorusu ile karşılaşılabılır. Burada bu konudaki tartışmalara girilmeyecektir.

ise henüz onaylanmamıştır. Bunlardan 9 No'lu Protokol onaylanmamış olsa da, daha sonra yürürlüğe giren 11 No'lu Protokol bu Protokolü de kapsadığından, 9 No'lu Protokol'ün onaylanmamasının herhangi bir hukuki sonucu olmamıştır. Sonuç olarak AİHS Ek Protokolü'nün 2. maddesi ile 4, 7 ve 12 no'lu protokoller hariç olmak üzere AİHS ve Sözleşmeye ek protokoller Türkiye tarafından onaylanmış ve yürürlüğe girmiştir.<sup>27</sup>

### III. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kuruluş ve Gelişim Süreci

1948 yılının Mayıs ayında Lahey'de toplanan ve Avrupa Konseyinin kurulmasına önyak olan Avrupa Kongresinde temel hak ve hürriyetlerin ihlal edildiği yönündeki iddialara bakacak bir mahkemenin kurulması talep edilmişti.<sup>28</sup> İşte Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren AİHS'nin 19. maddesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (*European Court of Human Rights*) kurulmasını öngörüyordu. Gerçi bu hüküm henüz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) fiili olarak kurulduğu anlamına gelmiyordu. Zira Sözleşmenin ilk halinin 46. maddesine göre Sözleşmeye taraf devletler Sözleşmenin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin tüm konularda AİHM'nin yargılama yetkisini tanıyacaktı. Yani AİHM'nin yargılama yetkisinin tanınması Sözleşmeye taraf devletlerin bu konudaki açık ve Sözleşmenin kabulüne ilişkin iradeden ayrı bir irade beyanlarına bağlıydı. Sözleşmenin eski 56. maddesinin ilk fıkrasına göre AİHM'ye ilk üye seçimi Sözleşmeye taraf sekiz devletin Mahkemenin yargılama yetkisini tanıdıklarına ilişkin beyanda bulunmalarından sonra yapılacaktı. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre üye seçimi yapılmayana kadar hiçbir uyuşmazlık Mahkemenin önüne taşınamayacaktı. Sözleşmeye taraf sekiz devletin Mahkemenin yargılama yetkisini tanınması uzun zaman alınca, Mahkeme üyelerinin seçimi ancak 21 Ocak 1959 tarihinde gerçekleşti. Böylece Mahkemenin

---

<sup>27</sup> AİHS ve buna ek protokollerin onay işlemleri için bkz. AİHS ve Ek Protokol: Bkz. dipnot 20; 2 No'lu Protokol: 13.07.1967 tarih ve 900 sayılı Kanun: 24.07.1967 tarih ve 12655 sayılı RG, 06.02.1968 tarih ve 12819 sayılı RG; 3 No'lu Protokol: 13.07.1967 tarih ve 901 sayılı Kanun: 24.07.1967 tarih ve 12655 sayılı RG, 05.02.1968 tarih ve 12818 sayılı RG; 4 No'lu Protokol: Bkz. dipnot 25; 5 No'lu Protokol: 30.11.1971 tarih ve 14028 sayılı RG; 6 No'lu Protokol: 26.06.2003 tarih ve 4913 sayılı Kanun: 01.07.2003 tarih ve 25155 sayılı RG, 17.09.2003 tarih ve 25232 sayılı RG; 8 No'lu Protokol: 12.04.1989 tarih ve 3526 sayılı Kanun: 20.04.1989 tarih ve 20145 sayılı RG, 29.08.1989 tarih ve 20267 sayılı RG; 11 No'lu Protokol: 14.05.1997 tarih ve 4255 sayılı Kanun: 22.05.1997 tarih ve 22996 sayılı RG, 20.06.1997 tarih ve 23025 sayılı RG; 13 No'lu Protokol: 06.10.2005 tarih ve 5409 sayılı Kanun: 12.10.2005 tarih ve 25964 sayılı RG, 13.12.2005 tarih ve 26022 sayılı RG; 14 No'lu Protokol: 01.06.2006 tarih ve 5512 sayılı Kanun: 06.06.2006 tarih ve 26190 sayılı RG, 08.08.2006 tarih ve 26253 sayılı RG. Ayrıca bkz. <http://www.coe.int/en/web/conventions/> (Erişim Tarihi: 23.05.2016).

<sup>28</sup> Partsch, Die Entstehung, s. 633 vd.; Meyer-Ladewig, EMRK, Einleitung, Rn. 9.



yargılama faaliyetlerine başlaması mümkün olabilirdi.<sup>29</sup> Türkiye AİHM'nin yargılama yetkisini 25 Eylül 1989 tarih ve 89/14563 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla tanımıştır.<sup>30</sup>

AİHM'nin yargılama faaliyetlerine yeni başladığı dönemlerde temel hak ve hürriyetlere ilişkin hukuki koruma mekanizması bugünkünden çok farklı bir şekilde işliyordu. O dönemde AİHM'nin bir ihlal iddiasını doğrudan inceleme imkanı bulunmuyordu. AİHS'de yer alan temel hak ve hürriyetlerin korunması için AİHM'nin dışında bir de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (*European Commission of Human Rights*) oluşturulmuştu ve ihlal iddiaları için Mahkemeye değil, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri vasıtasıyla Komisyona başvurmak gerekiyordu (eski m. 24). Ancak Sözleşmeye taraf olan bir devlet aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna (AİHK) başvurulabilmesi için, ilgili devletin Komisyonun bu konudaki yetkisini tanımış olması gerekiyordu. Komisyonun ihlal iddialarına ilişkin başvuruları kabul edebilmesi ve AİHS kapsamındaki yetkilerini kullanabilmesi için, Sözleşmeye taraf en az altı devletin Komisyonun bu yetkisini tanımış olması şarttı (eski m. 25). 5 Temmuz 1955 tarihinde Sözleşmeye taraf altı devlet Komisyonun bu konudaki yetkisini tanıyınca Komisyonun faaliyetlerine başlaması mümkün olabilirdi.<sup>31</sup> Türkiye Komisyona kişisel başvuru hakkını 28 Ocak 1987 tarihinde kabul etti.<sup>32</sup>

AİHK'ya gerçek kişiler, hükümet dışı organizasyonlar ve kişi grupları başvurabiliyordu (eski m. 25). Ancak bir başvurunun AİHK tarafından dikkate alınabilmesi için, ilgili başvurunun iç hukuk yollarının tüketildiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmış olması şarttı (eski m. 26). AİHK bir başvuruyu kabul edilemez bulduğunda, başvuruyu reddederdi ve bu karar başvuru sürecinin daha baştan bitmesi anlamına geliyordu. Ancak Komisyon başvuruyu kabul ederse, bir alt komisyon aracılığıyla (eski m. 29) başvuruya sebebiyet veren olayların tespiti için tarafların temsilcileri ile birlikte konuyu inceler ve gerekli görürse konu hakkında bir araştırma yapardı. Ayrıca alt komisyon konunun dostane çözüme kavuşturulabilmesi için gerekli çabayı göstermek durumundaydı (eski m. 28). Alt komisyon uyuşmazlığın dostane çözüme bağlanması konusunda başarılı olursa, bu konuda bir rapor düzenlenip ilgili mercilere gönderilirdi (eski m. 30). Dostane çözümün mümkün olmaması halinde ise, AİHK başvuru konusu olay hakkında bir rapor tanzim eder ve raporda ilgili devletin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal edip etmediği konusundaki

---

<sup>29</sup> Mayer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Einleitung, Rn. 21.

<sup>30</sup> 27.09.1989 tarih ve 20295 sayılı RG. Ayrıca bkz. Turabi, Bireysel Başvuru, s. 27.

<sup>31</sup> Frowein / Peukert, EMRK, Einführung, Rn. 4.

<sup>32</sup> 21.04.1987 tarih ve 19438 sayılı RG; 21.05.1992 tarih ve 21234 sayılı RG.

görüşüne de yer verirdi. Rapor Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ile ilgili devletlere sunulur, böylece AİHK nezdinde başlatılan süreç tamamlanmış olurdu (eski m. 31). Görüldüğü üzere AİHK'nın kendisine yapılan bir başvuruyu esaslan karara bağlama yetkisi bulunmamaktaydı. Başvurunun esasları daha sonraki aşamalarda karara bağlanıyordu.<sup>33</sup>

AİHK başvuruyu Bakanlar Komitesine havale ettikten sonra başvurunun iki şekilde karara bağlanması mümkün olabiliyordu. Konunun Bakanlar Komitesine intikal ettiği tarihten itibaren üç ay içinde AİHM'ye müracaat edilebiliyordu (eski m. 32). Mahkemenin bir ihlal iddiasını inceleyebilmesi için, konunun dostane çözüme bağlanması yönündeki çabaların sonuç vermediğinin AİHK tarafından tespit altına alınmasından sonra ve konunun Bakanlar Komitesine intikal ettiği tarihten sonraki üç aylık süre sona ermeden önce Mahkemeye başvurulmuş olması şarttı (eski m. 47). Mahkemeye başvurma yetkisi sadece Komisyona, hak ihlaline maruz kalan kişinin tabi olduğu sözleşmecî devlete, konuyu Komisyona taşıyan sözleşmecî devlete ve aleyhine başvuru yapılan sözleşmecî devlete aitti (eski m. 48). Başka bir ifadeyle AİHM tarafından yürütülen yargısal faaliyetlere sadece sözleşmecî devletler ile AİHK taraf olabiliyordu (eski m. 44), bunlar dışındaki gerçek veya tüzel kişilerin Mahkemeye başvurma ehliyetleri yoktu. Mahkemece yapılan yargılama sonucu verilen kararlar kesindi (eski m. 52) ve sözleşmecî devletler Mahkeme kararlarına uygun hareket etmekle yükümlüydü (eski m. 53). AİHM sözleşmecî bir devletin yargı organları veya bunlar dışında kalan başka makam ve mercileri tarafından tesis edilen karar veya işlemlerin Sözleşmeye aykırı olduğunu hüküm altına alır ve ilgili devletin iç mevzuatı bu aykırılığın tüm olumsuz sonuçlarını telafi etmeye elverişli değilse, Mahkeme hak ihlaline uğrayan tarafa duruma göre hakkaniyete uygun bir tazminat ödenmesine karar verebilirdi (eski m. 50).

AİHM tarafından alınan kararlar Bakanlar Komitesine gönderilir ve Komite bu kararların uygulanmasını gözetirdi (eski m. 54). AİHK'ya yapılan bir başvuru Bakanlar Komitesine intikal ettirildikten sonra üç ay içinde AİHM'ye taşınmazsa, AİHM'nin bu konuyu inceleyemeyeceğine az önce değinildi. İşte süresi içinde AİHM'ye taşınmayan uyuşmazlıklar Bakanlar Komitesi tarafından karara bağlanırdı. Bakanlar Komitesi AİHK'nın sunduğu rapora istinaden üyelerinin üçte iki çoğunluğu ile ilgili devletin Sözleşmeye aykırı hareket edip etmediği konusunda bir karar alırdı. Alınan bu karar ihlalin varlığı yönünde ise, Bakanlar Komitesi ilgili devlete Komite kararında öngörülen tedbirlerin alınması için bir süre tayin ederdi. İlgili devletin bu süre içinde de gerekli tedbirleri almaması

---

<sup>33</sup> Konu hakkında bkz. Meyer-Ladewig, EMRK, Einleitung, Rn. 8.

durumunda, Bakanlar Komitesi yine üçte iki çoğunlukla ilk kararının ne şekilde icra edilmesi gerektiği konusunda bir karar alır ve raporu yayınlardı. Sözleşmeciler devletler Bakanlar Komitesince alınan bu kararlara uymakla yükümlüydü (eski m. 32).<sup>34</sup>

AİHS'nin değişik protokollerle güncellendiğine ve kapsamının genişletildiğine yukarıda değinildi. Sözleşmeye ek protokollerle AİHM'nin hukuki koruma mekanizması da zamanla önemli ölçüde değişti. 2 No'lu Protokol ile AİHM'ye istisari mütalaa verme yetkisi tanındı. 3 No'lu Protokol ile AİHK'ya bağlı olarak faaliyetlerde bulunan alt komisyon kaldırıldı. 5 No'lu Protokol ile AİHK ve AİHM üyelerinin seçimi, 8 No'lu Protokol ile de AİHK ve AİHM'nin yapısı ve çalışma şekli konusunda birtakım değişiklikler yapıldı. 9 No'lu Protokol ile gerçek kişilere, hükümet dışı organizasyonlara ve kişi gruplarına AİHM'ye başvurma ve AİHM nezdinde yürütülen yargılamalara taraf olabilmeye yetkisi tanındı. 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No'lu Protokol AİHS'nin hukuki koruma sistemini köklü bir şekilde değiştirdi. Bu değişikliklerle AİHK kaldırıldı ve Bakanlar Komitesinin ihlal iddialarını karar bağlama yetkisine son verildi. Bu şekilde AİHM AİHS'nin ihlal edildiği iddiasını içeren başvuruları kabul etmeye ve bunları incelemeye yetkili tek makam olarak ön plana çıkmış oldu. Bu protokol ile AİHM'ye bireysel başvuru yolu açıldı ve bir sözleşmeciler devlet aleyhine Mahkemeye başvuruda bulunabilmek için ilgili devletin Mahkemenin yargılama yetkisini ayrıca kabul etmesi şartı kaldırıldı. Böylece AİHM'nin yargılama yetkisinin tanınması sözleşmeciler devletlerin özgür iradesine bağlı olmaktan çıktı ve Sözleşmeye taraf olan her devletin Mahkemenin yargılama yetkisini de zorunlu olarak kabul ettiği hüküm altına alındı. 11 No'lu Protokol ile ayrıca AİHM daimi bir mahkeme sıfatını kazandı. 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe giren 14 No'lu Protokol ile Mahkemenin ağır iş yükünün hafifletilmesi amacıyla Mahkemenin yapısına ve işleyişine ilişkin birtakım yenilikler getirildi. Bu kapsamda Mahkemenin bazı konuları tek hakimle de karara bağlayabileceği hüküm altına alındı ve üç hakimden oluşan komiteler bazı başvuruları esastan karara bağlama yetkisi ile donatıldı. Ayrıca Mahkemeye başvuran bir kişinin zararının "önemli" bir zarar olmadığı kanaatine ulaşıldığı ve Sözleşmedeki diğer şartların da mevcut olduğu hallerde, Mahkemenin bu başvuruyu reddedebileceği hüküm altına alındı. Böylece AİHM tarafından yapılacak yargılamaların önemli insan hakları ihlallerine hasredilmesinin yolu açıldı. Yine 14 No'lu Protokol ile Avrupa Birliği'nin AİHS'ye taraf olabileceği kabul edildi.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Sözleşmenin ilk halinin Türkçe çevirisi için bkz. 19.03.1954 tarih ve 8662 sayılı RG.

<sup>35</sup> Sözleşme ve ek protokoller için bkz. <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list> (Erişim Tarihi: 23.05.2016). Bu metinlerin Türkçeye resmi çevirileri için bkz. yukarıda 27.

#### IV. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı ve Örgütlenmesi

AİHS'nin 14 No'lu Protokol ile değişik son haline göre AİHM Sözleşmeye taraf devlet sayısı kadar hakimden oluşur (m. 20).<sup>36</sup> Hakimler sözleşmeci devletlerin önerecekleri üç kişi arasından Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından oy çokluğuyla seçilir (m. 22). AİHM kendisine yapılan başvuruları farklı organlar vasıtasıyla karara bağlar. Bunlar tek hakim (*single-judge formation*), üç hakimden oluşan komiteler (*committees*), kural olarak yedi hakimden oluşan daireler (*Chambers*) ve 17 hakimden oluşan büyük dairedir (*Grand Chamber*). AİHM'ye yapılan bireysel başvurular hakkında herhangi bir ek incelemenin gerekli olmadığı hallerde, başvurular üye hakimlerden biri, yani tek hakim tarafından incelenir. Hakim başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verebilir. Bu tür kararlar kesindir. Ancak başvurunun kabul edilemez olduğu sonucuna ulaşılmadığı hallerde, ilgili başvuru hakim tarafından bir komiteye veya daireye gönderilir (m. 27).<sup>37</sup>

Tek hakim tarafından kabul edilemez olduğuna karar verilmeyen bireysel başvurulardan komitelere gelen başvurular iki şekilde karara bağlanabilir. Herhangi bir ek incelemeye gerek duyulmaksızın bireysel başvurunun kabul edilemez olduğu sonucuna ulaşılması mümkün ise, ilgili başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı alınabilir. Bireysel başvurunun kabul edilemez olduğu yönünde bir karar alınmadığı ve başvuruya konu uyuşmazlığa ilişkin olarak AİHM'nin yerleşik bir içtihadının mevcut olduğu durumlarda ise, komite ilgili başvuruyu kabul edilebilir bir başvuru olarak nitelendirebilir ve aynı zamanda davanın esasını da karara bağlayabilir. Bu kararlar ancak oybirliği ile alınabilir ve kesindir (m. 28).<sup>38</sup>

AİHM'ye yapılan bireysel başvuruların tek hakim veya komite tarafından kesin bir şekilde kabul edilemez bulunmadığı veya başvurunun esasının komite tarafından kesin bir şekilde hükme bağlanmadığı,<sup>39</sup> ayrıca Sözleşmenin 33. maddesi kapsamında bir devlet başvurusunun söz konusu olduğu hallerde ilgili başvuru daireler tarafından incelenir. Daireler kendilerine gelen başvuruların hem kabul edilebilirliği konusunda bir karar almakla hem de başvurula-

---

dipnotta yer alan kaynaklar.

<sup>36</sup> Sözleşmeye halen 47 devlet taraftır. Bkz. <http://www.coe.int/en/web/portal/47-members-states> (Erişim Tarihi: 23.05.2016).

<sup>37</sup> Konu hakkında bkz. Keser, AİHM, s. 60 vd.

<sup>38</sup> Bkz. Keser, AİHM, s. 63 vd.

<sup>39</sup> AİHM'ye yapılan bir bireysel başvurunun mutlaka ya bir hakime ya da bir komiteye yönlendirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bireysel başvuruların doğrudan bir daireye gönderilmesi de mümkündür. Bkz. Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 42, 51.

rın esasını hükme bağlamakla görevlidirler (m. 29). Bir daire tarafından görül-  
mekte olan bir uyuşmazlık Sözleşme veya ek protokollerin yorumu konusunda  
ciddi sorunlar doğuruyorsa ya da ilgili dairenin vereceği karar Mahkemenin  
daha önceki bir içtihadından farklı yönde olabileceks ve taraflardan biri de  
bu duruma itiraz etmiyorsa, başvuru hakkında henüz bir karar verilmeden  
başvuru dosyası büyük daireye gönderilebilir (m. 30).<sup>40</sup>

Büyük daire kimi hallerde daireler tarafından verilen kararları da yeniden  
inceleme yetkisi ile donatılmıştır. Sözleşmenin 43. maddesine göre taraflar is-  
tisnai hallerde bir başvurunun esasına ilişkin olarak dairelerce bir hüküm tesis  
edildiği tarihten itibaren üç ay içinde konunun büyük daireye sevk edilmesini  
isteyebilirler. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, dairelerin bir başvuru-  
runun kabul edilebilirliği konusunda aldığı kararlar kesindir. Üç aylık sürenin  
başlangıcı ilgili hükmün ilan veya ilgili tarafa tebliğ edildiği tarih değil, hük-  
mün tesis edildiği tarihtir. Taraflarca yapılacak başvuru üzerine konunun bü-  
yük daire tarafından yeniden incelenebilmesi için, daha önce karara bağlanan  
uyuşmazlığın Sözleşmenin veya Sözleşmeye ek protokollerin yorumlanması  
veya uygulanması bağlamında veyahut da genel olarak ciddi bir sorun içere-  
mesi gerekir (m. 43/2). Uyuşmazlığın büyük daire tarafından yeniden ince-  
lenebilmesi için gerekli şartların mevcut olup olmadığı büyük daire nezdinde  
beş hakimden oluşan bir kurul tarafından değerlendirilir. Kurulun bu konuda  
verdiği kararlar kesindir ve herhangi bir denetime tabi değildir (m. 43/3 ve  
44/2-c).<sup>41</sup> Büyük daire ayrıca Bakanlar Komitesinin Sözleşmenin 46. maddesi  
uyarınca kendisine yaptığı başvuruları ve Sözleşmenin 47. maddesi uyarınca  
yapılan istişari mütalaa taleplerini de karara bağlar (m. 31).

## V. Mahkemenin Görev Alanı

Sözleşmenin 32. maddesinin ilk fıkrası uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mah-  
kemesinin görev alanı Sözleşmenin 33., 34., 46. ve 47. maddelerinde yer alan  
ve Sözleşme ile ek protokollerin uygulanmasına ve yorumlanmasına ilişkin ko-  
nuları kapsar.<sup>42</sup> Sözleşmenin 32. maddesinin 2. fıkrasına göre Mahkemenin

---

<sup>40</sup> AİHS m. 30'a göre bir dairenin kendisine gelen bir başvuruyu bu şekilde büyük daireye  
gönderebilmesi için tarafların bu duruma itiraz etmemesi şarttır. Bununla birlikte imzaya  
açılan, ancak henüz yürürlüğe girmeyen 15 No'lu Protokol'ün 3. maddesi ile bu şart  
kaldırılmaktadır. 15 No'lu Protokol için bkz. [http://www.coe.int/en/web/conventions/full-  
list](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list) (Erişim Tarihi: 23.05.2016).

<sup>41</sup> Konu hakkında bkz. Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 43, Rn. 1 vd.; Frowein / Peukert, EMRK,  
Art. 43, Rn. 1.

<sup>42</sup> 16 No'lu Protokol ile Mahkemenin görev alanı genişletilmektedir. Konu hakkında bkz.  
yukarıda dipnot 19; Gözlügül / Poyraz, AİHS Uygulamasında, s. 76 vd.

görev ve yetkisi ile ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar yine Mahkeme tarafından karara bağlanır. Aşağıda Mahkemenin Sözleşmeyle öngörülen farklı görevleri sırasıyla ele alınacaktır.

### **A. Devlet Başvurularını Karara Bağlamak**

AİHS'nin 33. maddesine göre sözleşmeciler devletlerden her biri Sözleşme veya ek protokollerin ihlal edildiği iddiasıyla başka bir sözleşmeciler devlet aleyhine AİHM'ye başvurabilir. Devlet başvuruları mahiyetleri itibariyle iki türden oluşmaktadır. Bir devlet ya kendi vatandaşlarının menfaatlerini korumak amacıyla vatandaşlarının uğradığı hak ihlallerini gerekçe göstererek başka bir sözleşmeciler devlet aleyhine Mahkemeye başvurabilir. Böyle bir başvuru aşağıda değinilecek olan bireysel başvurunun işlevini üstlenir. İkinci olarak bir devlet kendi vatandaşlarına yönelik herhangi bir hak ihlali iddiasında bulunmaksızın sözleşmeciler bir devletin Sözleşme veya ekleri hükümlerine aykırı hareket ettiği iddiasıyla da Mahkemeye başvurabilir. Sözleşmeciler bir devletin Mahkemeye bu şekilde bir başvuruda bulunabilmesi için, başvuru devleti veya bu devletin vatandaşlarının aleyhine başvuruda bulunulan devlet veya devletlerin faaliyetlerinden herhangi bir şekilde olumsuz yönde etkilenmiş olmaları gerekir değildir.<sup>43</sup>

Başvurunun yapıldığı sırada hem AİHM'ye başvuran hem de aleyhine başvuruda bulunulan devlet veya devletlerin Sözleşmeye taraf olmaları gerekir. Bir devletin Mahkemeye başvurabilmesi için, bu devletin ihlal edildiğini öne sürdüğü bir Sözleşme hükmüne çekince koymamış olması veya Sözleşmeye ek bir protokolün ilgili hükmünü onaylamış olması gerekmezken, aleyhine başvuruda bulunulan devletin ihlal iddiasına konu olayın yaşandığı sırada bu hükümleri kabul etmiş olması şarttır.<sup>44</sup> Devlet başvuruları pratikte çok önemli bir yer işgal etmemektedir. Zira bunlar AİHM'ye yapılan başvuruların çok küçük ve sınırlı bir kısmını oluşturmaktadır.<sup>45</sup>

### **B. Bireysel Başvuruları Karara Bağlamak**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruların büyük çoğunlu-

---

<sup>43</sup> Grabenwarter / Pabel, *Europäische*, s. 46 vd.; Karpenstein / Johann, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 33, Rn. 1.

<sup>44</sup> Karpenstein / Johann, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 33, Rn. 3 vd.; Frowein / Peukert, EMRK, Art. 33, Rn. 5 vd.

<sup>45</sup> *Grabenwarter* ve *Pabel* AİHM'ye şu ana kadar 22 devlet başvurusunun yapıldığını nakletmektedirler. Bkz. Grabenwarter / Pabel, *Europäische*, s. 46 vd. Mahkemeye yapılan devlet başvuruları hakkında özet bilgi için bkz. Frowein / Peukert, EMRK, Art. 33, Rn. 2; Kılınc, AİHM Kararlarının İnfazı, s. 191.

ğu bireysel başvurulardan oluşmaktadır. Bireylerin kendilerine yönelik bir hak ihlaline karşı iç hukuk yollarını tükettikten sonra doğrudan AİHM'ye başvurabilmesi ve başvuru sonucunda bireysel hakların uluslararası alanda sözleşmecî devletlere karşı güvence altına alınabilmesi AİHS'nin oluşturduğu hukuki koruma sisteminin en belirgin özelliğidir.<sup>46</sup> Sözleşmenin 34. maddesi uyarınca sözleşmecî devletler bireysel başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını engellememekle yükümlüdürler. Aynı maddeye göre bireysel başvuruda bulunma yetkisi gerçek kişilere, hükümet dışı örgütlenmelere, daha açık ve yaygın bir ifadeyle sivil toplum kuruluşlarına ve son olarak da kişi gruplarına aittir. Gerçek kişilerin bireysel başvuruda bulunma hakkı herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir. Kural olarak gerçek kişilerin yaşına,<sup>47</sup> tabiiyetine, medeni hakları kullanma ehliyetine veya başka herhangi bir kriterle bakılmaksızın bunların Sözleşme ve ek protokollerde yer alan tüm haklara sahip oldukları kabul edilmektedir.<sup>48</sup>

Bireysel başvuruda bulunma hakkına sahip ikinci grubu oluşturan "hükümet dışı örgütlenme" veya "sivil toplum kuruluşları" (*nongovernmental organisation*) ifadesi ile hükümet, devlet veya kamu gücü tarafından değil de, özel bazı girişimler sonucunda kurulan ve bireylerden veya bireylerin bir araya gelerek oluşturduğu gruplardan oluşan örgütlenmeler kastedilmektedir.<sup>49</sup> Sözleşmenin 34. maddesinde geçen hükümet dışı örgütlenmeler ifadesi geniş yorumla tabi tutulmakta ve bunların iç hukukta hak ve borç ehliyetine veya tüzel kişiliğe sahip olup olmadıklarına bakılmamaktadır.<sup>50</sup> Bu bağlamda özel hukuk tüzel kişilerinin, partilerin, sendikaların, dini müesseselerin, şirketlerin, derneklerin ve diğer örgütlenmelerin bu kapsamda kaldığı kabul edilmektedir.<sup>51</sup> Hükümet dışı örgütlenmelerin bireysel başvuruda bulunabilmesi için, bunların kural olarak kendi haklarının ihlal edildiği iddiasında bulunmaları ve dolayısıyla başvurularını kendi üyelerinin haklarının ihlal edildiği gerekçesine hasretmemeleri gerekir.<sup>52</sup> Zira Sözleşmenin 34. maddesine göre Mahkeme-

---

<sup>46</sup> Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 44.

<sup>47</sup> Ancak Sözleşmenin 12. maddesi bu maddede düzenlenen haktan faydalanmayı yaş şartına bağlamaktadır.

<sup>48</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 34, Rn. 33; Frowein / Peukert, EMRK, Art. 34, Rn. 13.

<sup>49</sup> Terim hakkında bkz. Frantz / Martens, Nichtregierungsorganisationen, s. 23 vd.

<sup>50</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 34, Rn. 39.

<sup>51</sup> Bkz. Çınar, AİHM'nin Yargı Yetkisi, s. 203 vd.; Frowein / Peukert, EMRK, Art. 34, Rn. 18; Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 34, Rn. 42 vd.; Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 34, Rn. 10.

<sup>52</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 34, Rn. 12; Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 34, Rn. 40.

ye başvurabilmek için başvuruda bulunan kişi veya örgütlenmenin Sözleşme veya ek protokollerde yer alan bir hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunması şarttır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu kuralın dışına çıkıldığı haller de vardır. Sözelimi bir kilise veya dini cemaat tarafından yapılan ve bunların üyelerinin Sözleşmenin 9. maddesinde yer alan haklarının ihlal edildiği iddiasını içeren başvurulara Mahkemece bakılmıştır.<sup>53</sup> Bu tür hallerde ilgili örgütlenmenin üyelerini yargı mercileri önünde temsil etme yetkisine sahip olması gerekir.<sup>54</sup> Hükümet dışı kuruluşların bireysel başvuruda bulunabilmesi için, ayrıca ihlal edildiği ileri sürülen hak veya hakların mahiyetleri itibarıyla bunların lehine bazı sonuçlar doğurabilecek nitelikte olması gerekir. Bu nedenle hükümet dışı örgütlenmelerin yaşam hakkı, işkence yasağı, evlenme hakkı gibi sadece gerçek kişiler lehine düzenlemeler içeren Sözleşme hükümlerine dayanarak bireysel başvuruda bulunmaları doğal olarak mümkün değildir.<sup>55</sup>

Bireysel başvuruda bulunma hakkına sahip üçüncü grup olan “kişi grupları” ile ayrı bir örgütlenmeye veya tüzel kişiliğe sahip olmayan ve kural olarak ortak bir hedefe ulaşmak amacıyla bir araya gelen gerçek kişiler kastedilmektedir. Bu şekilde aynı hak ihlaline uğradığı iddiasında bulunan kişilerin ayrı ayrı bireysel başvuruda bulunmaları yerine AİHM’ye birlikte başvuru yapmalarına imkan tanınmıştır. Kişi grupları tarafından yapılan bireysel başvurularda gruba dahil olan her kişinin kendisine yönelik hak ihlali iddiasını dile getirmesi ve bu iddia bağlamında bireysel başvuru için gerekli kabul edilebilirlik koşullarının sağlanmış olması şarttır. Ayrıca bu tür başvurular ilgili grubun tüm üyeleri tarafından imzalanmış olmalıdır.<sup>56</sup>

Sözleşmenin 34. maddesi bireysel başvuruda bulunabilecek kişi, kuruluş veya grupları sayarken kamu tüzel kişilerine yer vermemiştir. Kamu tüzel kişileri kural olarak Sözleşmede yer alan hak ve hürriyetlerin muhatabı değil, bu hak ve hürriyetleri garanti altına almakla yükümlü olan kişilerdir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak da normal şartlarda kamu tüzel kişilerinin AİHM’ye bireysel başvuruda bulunma yetkileri bulunmamaktadır.<sup>57</sup> Bu noktada bir kamu tüzel kişisinin faaliyetlerinin kamu hukuku veya özel hukuk alanında kalmasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bununla birlikte her zaman bu genel kuralın geçerliliğinden söz etmek mümkün değildir. Az önce de ifade

---

<sup>53</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 34, Rn. 13.

<sup>54</sup> Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 55.

<sup>55</sup> Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 55, 114; Peters / Altwicker, Europäische, s. 267.

<sup>56</sup> Frowein / Peukert, EMRK, Art. 34, Rn. 17; Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 34, Rn. 48; Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 57.

<sup>57</sup> Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 56; Röben, Grundrechtsberechtigter, s. 240.



edildiği gibi, Sözleşmenin 34. maddesinde geçen “hükümet dışı kuruluşlar” ifadesi geniş yorumlanmakta, böyle bir yorum bağlamında devlet dışındaki kimi kamu tüzel kişileri de AİHM tarafından hükümet dışı kuruluş olarak kabul edilebilmektedir. Bir kamu tüzel kişinin bir kamusal kuruluş olarak hareket etmediği, yani kamu gücü kullanmadığı,<sup>58</sup> kamu gücü ile arasında belli bir mesafenin bulunduğu<sup>59</sup> veya Sözleşme ve ek protokollerde garanti altına alınan hak ve hürriyetlerle ilgili konularda faaliyetlerde bulunduğu<sup>60</sup> durumlarda, bu kamu tüzel kişisi Sözleşmenin 34. maddesi bağlamında bir hükümet dışı kuruluş olarak kabul edilebilmekte ve bu kişinin Mahkemeye yaptığı bireysel başvuruya bakılabilmektedir. Kamu tüzel kişiliğine sahip radyo ve televizyon kuruluşları, kilise ve dini birlikler ile üniversiteler açısından bu durum genel olarak kabul görmektedir.<sup>61</sup> Ancak mahalli idareler açısından durum biraz daha farklıdır. AİHM’nin yerleşik içtihatlarına göre mahalli idareler bireysel başvuruda bulunma ehliyetine sahip değillerdir.<sup>62</sup>

Bireysel başvuruda bulunma ehliyeti konusunda ayrıca şu hususa işaret etmek gerekir ki, Sözleşmenin 34. maddesi kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamayacağını değil, hükümet dışı kuruluşların bireysel başvuruda bulunabileceklerini hüküm altına almıştır. Bu durumun ortaya çıkardığı sonuç, bireysel başvuruda bulunma ehliyetinin kamu tüzel kişiliğine değil, bir kuruluş veya grubun hükümet dışı veya sivil bir kuruluş veya grup olup olmadığı kriterine bağlanmış olmasıdır. Bu bağlamda tümüyle devlete ait olan bir özel

<sup>58</sup> Bkz. Grabenwarter / Pabel, *Europäische*, s. 56; Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, *EMRK*, Art. 34, Rn. 41; Frowein / Peukert, *EMRK*, Art. 34, Rn. 18.

<sup>59</sup> Grabenwarter / Pabel, *Europäische*, s. 113.

<sup>60</sup> Röben, *Grundrechtsberechtigte*, s. 240.

<sup>61</sup> Bkz. AİHM (2. Daire), *Radio France ve Diğerleri / Fransa Davası*’na ilişkin 30.03.2004 tarih ve 53984/00 başvuru numaralı karar; AİHM (1. Daire), *Österreichischer Rundfunk / Avusturya Davası*’na ilişkin 07.12.2006 tarih ve 35841/02 başvuru numaralı karar, Nr. 46 vd.; Ehlers, *Allgemeine Lehren der EMRK*, s. 46; Grabenwarter / Pabel, *Europäische*, s. 113; Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, *EMRK*, Art. 34, Rn. 47; Röben, *Grundrechtsberechtigte*, s. 240; Gözübüyük / Gölçüklü, *AİHS*, s. 37, 39; Muratoğlu, *Özerklik Şartı*, s. 773 vd.

<sup>62</sup> AİHM (2. Daire), *Döşemealtı Belediyesi / Türkiye Davası*’na ilişkin 23.03.2010 ve 50108/06 başvuru numaralı karar, kararın Almanca metni için bkz. NVwZ 2011, s. 479 vd.; AİHM (2. Daire), *Abdullah Demirbaş ve Diğerleri / Türkiye Davası*’na ilişkin 09.11.2010 tarih ve 1093/08, 301/08, 303/08, 306/08, 309/08, 378/08, 382/08, 410/08, 421/08, 773/08, 883/08, 1023/08, 1024/08, 1036/08, 1260/08, 1353/08, 1391/08, 1403/08, ve 2278/08 başvuru numaralı karar; Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, *EMRK*, Art. 34, Rn. 46; Ehlers, *Allgemeine Lehren der EMRK*, s. 46. Kanaatimce mahalli idarelerin kamu gücü kullanmadığı, buna karşın bir kamu gücüne maruz kaldığı hallerde, onlara da bireysel başvuru imkanının tanınması daha doğru olacaktır. Bkz. Muratoğlu, *Özerklik Şartı*, s. 773 vd. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru bağlamında Türk hukukundaki durum için bkz. Turabi, *Bireysel Başvuru*, s. 86 vd.

hukuk tüzel kişinin de bireysel başvuruda bulunma ehliyeti bulunmamaktadır. Buna karşın karma yapılı veya tümüyle özel kişilere ait bir tüzel kişinin bireysel başvuru ehliyeti kabul edilmektedir. Bu durum sonuçları bakımından az önce zikredilen ve bazı kamu tüzel kişilerinin de bireysel başvuruda bulunabilecekleri yönündeki uygulama ile örtüşmektedir. Zira AİHM'ye başvuru ehliyeti açısından asıl önemli nokta, bir tüzel kişinin kamu gücü karşısındaki konumu ve tüzel kişi ile kamu gücü arasındaki mesafedir. Bu nedenle bir kamu tüzel kişinin kamu gücü kullanmadığı, buna karşın kamu gücüne maruz kaldığı ve AİHS'de yer alan bir hakkının ihlal edildiği durumlarda ilgili kamu tüzel kişisine hukuki koruma tanınmasının Sözleşmenin 34. maddesi ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır.<sup>63</sup>

### **C. Mahkeme Kararların İcrası İle İlgili Uyuşmazlıkları Karara Bağlamak**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tesis edilen bir karara ilgili devlet tarafından uyulup uyulmadığı konusunda yapılacak bir denetim Sözleşme ile hüküm altına alınan hakların korunması açısından son derece önemlidir. Denetim mekanizmasına yer verilmemesi Mahkeme kararlarının icrası üzerinde olumsuz bir etki doğurabilecek ve Sözleşme ile oluşturulan sistemin etkinliğine ve işlerliğine zarar verebilecektir. Sözleşmenin 46. maddesi bu durumu göz önüne alarak birtakım düzenlemelere yer vermiştir. 46. maddenin 2. fıkrasına göre Mahkemenin kesinleşen hükümleri Bakanlar Komitesine gönderilir ve Komite bu hükümlerin icrasını denetler. Aynı maddenin devam eden fıkralarında yer alan düzenlemeler Komiteyi kesinleşen hükümlerin icrası bağlamında Mahkemeye başvurma yetkisi ile donatmakta, bu şekilde Mahkemenin görev alanını genişletmektedir. Sözleşmenin 46. maddesi ile düzenlenen bu görev 14 No'lu Protokol'ün getirdiği yeniliklerdendir.<sup>64</sup>

Mahkeme kararlarının icrası bağlamında Mahkemeye tanınan ilk yetki Sözleşmenin 46. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, kesinleşmiş Mahkeme hükümlerinin yorumu hakkında karar verme yetkisidir. Esasen 14 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesinden önce de hükümlerin yorumlanması talebiyle Mahkemeye başvurulabiliyordu. Sözleşmede bu konuda açık bir düzenleme yer almamış olsa da, AİHM İçtüzüğü'nün (*Rules of Court*)<sup>65</sup> 79. maddesi hükmün açıklanmasından itibaren bir yıl içinde tarafların hükmün yorumlanması talebinde bulunabileceklerini öngörmekteydi. İçtüzüğün bu hükmü halen

---

<sup>63</sup> Bkz. Grabenwarter / Pabel, *Europäische*, s. 113.

<sup>64</sup> Bkz. Meyer-Ladewig, *EMRK*, Art. 46, Rn. 43 vd.; Breuer, in: *Karpenstein / Mayer, EMRK*, Art. 46, Rn. 75 vd.; Akay, *Etkili Bir İnsan Hakları*, s. 124 vd., 127 vd.

<sup>65</sup> İçtüzüğe <http://echr.coe.int/> adresinden ulaşılabilir (Erişim Tarihi: 23.05.2016).

yürürlükte olup tarafların bu hakları varlığını devam ettirmektedir. 14 No'lu Protokol ile getirilen yenilik ise, taraflardan ayrı olarak Bakanlar Komitesine de kesinleşmiş bir Mahkeme hükmünün yorumlanması talebiyle Mahkemeye başvurma yetkisi tanınması olmuştur. Taraflarca yapılacak bir başvurudan farklı olarak Komitenin başvurusu herhangi bir süre sınırlamasına tabi tutulmamıştır. Sözleşmenin 46. maddesinin 3. fıkrasına göre Bakanlar Komitesi kesinleşen bir hükmün icrasının denetlenmesinin söz konusu hükmün yorumundan kaynaklanan bir zorluk nedeniyle engellendiği kanaatinde ise, hükmün yorumu konusunda bir karar vermesi için Mahkemeye başvurabilir. Mahkemeye başvurma kararı Komite toplantılarına katılma hakkına sahip temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınır. Başvuru ve yargılama usulü İçtüzüğü'nün 91. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre yorum talebi talebe konu olan hükmü tesis eden büyük daire, daire veya komite tarafından incelenir (m. 92/1) ve inceleme üzerine verilen karar kesindir (m. 93).<sup>66</sup>

Mahkeme kararlarının icrası bağlamında Mahkemeye tanınan diğer bir yargılama yetkisi de Sözleşmenin 46. maddesinin 4. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre Bakanlar Komitesi sözleşmeci bir devletin bu devletin tarafı olduğu bir davada tesis edilen kesin bir hükme uymayı reddettiği görüşünde ise, ilgili devlete ihtarda bulunduktan sonra Komite toplantılarına katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınacak bir kararla ilgili devletin kesinleşmiş Mahkeme hükümlerine uygun hareket etme yükümlülüğüne uyup uymadığı konusunu Mahkemeye intikal ettirebilir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere Bakanlar Komitesinin bu fıkra kapsamında Mahkemeye başvurabilmesi için şu üç şartın gerçekleşmesi gerekir: İlk olarak bir devlet kesinleşmiş bir Mahkeme hükmüne uymayı reddetmiş olmalıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, Mahkemece tesis edilen hükümlere uyulmayacağına açık bir şekilde ifade edilmiş olması gerekli olmayıp, devletlerin tutum ve davranışlarından da böyle bir sonuca ulaşmak mümkündür.<sup>67</sup> Ayrıca aleyhine Mahkemeye başvurulacak devletin Komite tarafından uyarılmış ve Mahkemeye başvurma kararının üçte iki oy çokluğu ile alınmış olması gerekir. Sözleşmenin 46. maddesinin 4. fıkrası bağlamında yapılacak başvuruları karara bağlama yetkisi büyük daireye aittir.<sup>68</sup> Başvuru ile başvuruların karara bağlanması usulü AİHM İçtüzüğü'nün 94 ila 99. maddelerinde düzenlenmiştir. Yapılan yargılama sonucunda ilgili devletin kesinleşmiş Mahkeme hükümlerine uyma yükümlülüğüne aykırı ha-

---

<sup>66</sup> Bkz. Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 46, Rn. 51 vd.; Breuer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 46, Rn. 85 vd.

<sup>67</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 46, Rn. 53.

<sup>68</sup> Bkz. AİHS, m. 31/b; AİHM İçtüzüğü, m. 96.

reket ettiği sonucuna ulaşırsa, gerekli tedbirlerin değerlendirilmesi için konu Bakanlar Komitesine havale edilir. Yargılama sonucunda herhangi bir ihlal olmadığı sonucuna ulaşılmaması halinde de durum Komiteye bildirilir. Bildirim üzerine ilgili devlet hakkındaki incelemeye son verilir (m. 46/5).

#### **D. Danışma Görüşü Vermek**

Sözleşmenin 47. maddesi Mahkemeye yukarıda sayılanlardan farklı bir yetki daha tanımıştır. Bu yetki yargısal bir faaliyet olmayan danışma görüşü verme yetkisidir. 47. maddenin ilk fıkrasına göre Mahkeme Bakanlar Komitesinin istemi üzerine Sözleşme ve protokollerinin yorumlanması ile ilgili hukuki meseleler konusunda danışma görüşleri verebilir. Bakanlar Komitesinin görüş talebinde bulunabilmesi için, talebin Komite toplantılarına katılma yetkisine sahip temsilcilerin çoğunluğu tarafından alınmış bir karara dayanması şarttır. Sözleşmenin 47. maddesinin 2. fıkrası Mahkemenin görüş verme yetkisine konu açısından önemli bazı sınırlamalar getirmektedir. Buna göre Sözleşme ve ek protokollerde yer alan hak ve özgürlüklerin içerik veya kapsamıyla ilgili konular ile Mahkeme veya Bakanlar Komitesinin Sözleşme hükümleri uyarınca karara bağlayabilecekleri konular hakkında görüş verilemez. Bu hükümle Mahkemenin bir konuda henüz herhangi bir yargılama yapmadan, danışma görüşü adı altında yargılama hakkında önceden bir beyanda bulunmasının önüne geçilmektedir. Uygulamada Mahkemenin danışma görüşü verme yetkisini çok sınırlı bazı hallerde kullandığı görülmektedir. Danışma görüşü verme yetkisine sahip olsa da, Mahkeme bu yetkinin kullanılıp kullanılmayacağı konusunda takdir yetkisine sahip olduğu izlenimi bırakacak bir tutum sergilemektedir.<sup>69</sup>

#### **VI. Başvuruların Kabul Edilebilirlik Yönünden İncelenmesi**

AİHM'ye yapılan bir başvurunun esastan incelenip karara bağlanabilmesi için başvurunun birtakım koşulları haiz olması gerekir. Bunlara kabul edilebilirlik koşulları denmektedir. Kabul edilebilirlik koşulları genel olarak Sözleşmenin 35. maddesinde düzenlenmektedir. Bu hüküm incelendiğinde 35. maddenin 2. ve 3. fıkralarında yer alan kabul edilebilirlik koşullarının bireysel başvurular bağlamında düzenlendiği görülecektir. Ancak aşağıda da görüleceği gibi aynı maddenin ilk fıkrasında yer alan koşullar duruma göre devlet başvuruları açısından da geçerli olabilmektedir. Mahkemenin Sözleşmenin 46. ve 47. maddeleri bağlamında bir karar verebilmesi için gerekli kabul edile-

---

<sup>69</sup> Thienel, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 47, Rn. 1 vd.

bilirlik koşulları ise bu maddelerde belirlenmiştir ve yukarıda incelenmiştir. Bu nedenle Sözleşmenin 46. ve 47. maddeleri kapsamında kalan konular tekrar edilmeyecek, burada konu yalnızca bireysel başvurular ile devlet başvuruları açısından ele alınacaktır.

Sözleşmenin 35. maddesinin 4. fıkrasına göre kabul edilebilirlik koşullarını taşımayan başvurular Mahkemece reddedilir. Ret kararı yargılamanın her aşamasında alınabilir. Bir başvurunun tümden veya kısmen kabul edilemez bulunması mümkündür. Mahkemeye yapılan bir başvurunun kabul edilemezlik gerekçesiyle reddine ilişkin kararlar kesindir ve bu kararlara karşı herhangi bir başvuru yolu mevcut değildir. Ancak bir başvurunun kabul edilebilir bulunarak işin esasına geçilmesi, başvuru hakkında daha sonra kabul edilemezlik kararı verilemeyeceği anlamına gelmez. Başka bir ifadeyle kabul edilebilirlik kararları Mahkeme açısından bağlayıcı değildir.<sup>70</sup>

Kabul edilebilirlik koşullarının hangi sıralamaya göre yapılacağı konusunda Sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Uygulamada da farklı koşullar arasında katı bir hiyerarşi ilişkisine yer verilmediği, Mahkemenin sıklıkla usul ekonomisi ilkesini de göz önünde bulundurarak en açık olan ve en kolay bir şekilde gerekçelendirilebilecek kabul edilebilirlik koşuluna dayanarak başvuruları reddettiği aktarılmaktadır.<sup>71</sup> Aşağıda Sözleşmenin 35. maddesinde yer alan kabul edilebilirlik koşulları Sözleşmede yer alan sıralamaya bağlı kalınarak incelenecektir.

## A. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi

Bu başlık altında öncelikle genel olarak iç hukuk yollarının tüketilmesi konusu ele alınacak, ardından da Türk hukuku açısından önem arz eden bazı hususlara değinilecektir.

### 1. Genel Olarak

AİHS'nin 35. maddesinin ilk fıkrasına göre Mahkemeye ancak uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvurulabilir. Dolayısıyla iç hukuk yollarının tüketilmesi önemli bir kabul edilebilirlik şartı olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak bu şartın

---

<sup>70</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 156, 160 vd.

<sup>71</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 3. Benzer ifadeler için bkz. Öncü, Bireysel Başvuruların, s. 377 vd. Buna karşın *Durmaz* kabul edilebilirlik incelemesinin bir hiyerarşi doğrultusunda yapıldığını ifade etmektedir. Bkz. *Durmaz*, AİHM'de Başvuruların Ayırıştırılması, s. 58.

Mahkemenin görev alanında kalan tüm konular için geçerli olacağını söylemek mümkün değildir. İç hukuk yollarının tüketilmesi şartı devlet başvuruları bakımından kısmi bir şekilde uygulama alanı bulur. Bir devlet bireysel hakların ihlal edildiği gerekçesiyle Mahkemeye başvurmak isterse, böyle bir başvurudan önce iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekir. Ancak somut bir bireysel hak ihlali gösterilmeden AİHM'ye başvuruda bulunulması durumunda, başvuruda bulunan devlet, aleyhine başvuruda bulunulan devlete ait iç hukuk yollarını tüketmek zorunda değildir.<sup>72</sup> Sözleşmenin 46. ve 47. maddeleri uyarınca Bakanlar Komitesi tarafından Mahkemeye yapılacak başvurularda da bu koşul aranmaz. İç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu mahiyeti itibarıyla Mahkemenin bu tür faaliyetleri hakkında uygulanabilme kabiliyetine sahip değildir. İç hukuk yollarının tüketilmesi özellikle bireysel başvurular açısından önemli bir kabul edilebilirlik koşuludur.

Mahkemenin bir konuda yargılama yapabilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartının aranması Mahkeme tarafından sağlanan hukuki korumanın ikincil veya tali nitelikte bir koruma olduğunu göstermektedir. Buna göre Sözleşmede yer alan bir hakkın ihlal edilip edilmediği konusunun öncelikle ilgili devlet organları tarafından değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu ile Sözleşmeye aykırılık yoluyla gerçekleşen hak ihlallerinin ilgili devletin bizzat kendisi tarafından giderilmesine imkan tanınmaktadır. Sözleşmenin iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğine ilişkin hükmü Sözleşmenin 13. maddesinde yer alan etkili başvuru hakkının mevcut olduğu varsayımına dayanmaktadır.<sup>73</sup>

İç hukuk yollarının tüketilmiş sayılabilmesi için başvuran kişinin aynı anda iki koşulu sağlamış olması gerekir. Bunlar dikey ve yatay açıdan, başka bir ifadeyle şekil veya öz yönünden iç hukuk yollarının tüketilmesidir. Dikey açıdan tüketilme ile kural olarak yargısal ve yargısal olmayan tüm başvuru yol ve imkanlarının fiili olarak kullanılmış olması kastedilmektedir.<sup>74</sup> Sözgelimi hak ihlali sebebiyet veren eylem veya işleme karşı varsa öncelikle idari başvuru yolları tüketilmeli, buradan bir sonuç alınamaz veya böyle bir yol mevcut değilse, hukuk düzenince öngörülen yargısal yollara başvurulmalı, başvuru sonucunda ilgili yargı merciince tesis edilen kararlara karşı varsa istinaf ve temyiz gibi mevcut olan tüm kanun yollarına gidilmeli, ayrıca başvuru şartlarının mevcut

---

<sup>72</sup> Bkz. AİHM İçtüzüğü, m. 46/d; Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 35, Rn. 17; Karpenstein / Johann, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 33, Rn. 6 vd.; Peters / Altwicker, Europäische, s. 283 vd.

<sup>73</sup> İkinci, Kabul Edilebilirlik Kriterleri, s. 114 vd.; Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 9; Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 61.

<sup>74</sup> Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 63.

olduğu hallerde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda da bulunulmalıdır. Buna karşın olağan bir kanun yolu olmayan yargılamanın yenilenmesi ile kanun yararına temyiz yolunu tüketmiş olmak AİHM'ye başvuru için gerekli bir önkoşul değildir.<sup>75</sup> Aynı şekilde etkili bir başvuru mekanizması olmayan ombudsmana başvurmak da gerekli değildir.<sup>76</sup>

Aynı konuda biri diğerine engel olmayan birden çok başvuru mekanizmasının bulunması halinde, bunların tümünün tüketilmesi zorunlu değildir. Kişilerin bu başvuru yollarından kendileri için en uygun olanını seçip bu yolu tüketmeleri AİHM'ye başvurabilmek için yeterlidir.<sup>77</sup> Burada kastedilen durum istinaf, temyiz ve şartları varsa bireysel başvuru gibi aralarında bir basamak ilişkisi bulunan başvuru mekanizmaları değildir. Bu yolların açık olması halinde, ilgili kişiler bu yolların tümünü tüketmek zorundadır. Ancak hukuk düzeni bir konuda bir kişiye iki farklı başvuru imkanı tanımış ise, kişinin bunlardan yalnız birini kullanması AİHM'ye başvuru için yeterlidir. Sözgelimi hukuka aykırı tutuklama nedeniyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin (1/a) bendi uyarınca tazminat talebinde bulunulabileceği gibi, hukuka aykırı tutuklamanın farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesinin (1/c) bendi uyarınca da tazminat davası açılabilir. Burada kişinin bir tercih hakkı söz konusudur.<sup>78</sup>

İç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğunun söz konusu olabilmesi için, bu yolların bazı nitelikleri haiz olması gerekir. Mahkeme bu nitelikleri uygun (*adequate*), erişilebilir (*available*), etkili (*effective*) ve yeterli (*sufficient*) gibi ifadeler kullanmak suretiyle tarif etmektedir. Dolayısıyla uygun ve ulaşılabilir olmayan, ihlalin ya da ihlalin sonuçlarının önlenmesi bağlamında etkili olmayan veya bu konuda herhangi bir fayda sağlamayan hukuk yollarının tüketilmesinin Mahkemeye başvuru için bir önşart olmadığı, bu hallerde AİHM'ye doğrudan başvuruda bulunulabileceği kabul edilmektedir.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Gözübüyük / Gölcüklü, AİHS, s. 65 vd.; Turabi, Bireysel Başvuru, s. 125 vd.; Peters / Altwicker, Europäische, s. 272.

<sup>76</sup> AİHM (4. Daire), Denizci ve Diğerleri / Kıbrıs Davası'na ilişkin 23.08.2001 tarih ve 25316-25321/94 ve 27207/95 başvuru numaralı karar. Ayrıca bkz. Gözübüyük / Gölcüklü, AİHS, s. 65.

<sup>77</sup> Gözübüyük / Gölcüklü, AİHS, s. 69; Keser, AİHM, s. 83; Öncü, Bireysel Başvuruların, s. 387; Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 30; Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 66.

<sup>78</sup> Muratoğlu, Devletin, s. 458.

<sup>79</sup> Bkz. AİHM (Büyük Daire), Akdivar ve Diğerleri / Türkiye Davası'na ilişkin 16.09.1996 tarih ve 21893/93 başvuru numaralı karar; AİHM (Genel Kurul), Englert / Almanya Davası'na ilişkin 25.08.1987 tarih ve 10282/83 başvuru numaralı karar. Konu hakkında ayrıca bkz. Ekinci,

AİHM'ye başvuru için tüm iç hukuk yollarının şekli anlamda tüketilmiş olması tek başına yeterli olmayıp, ilgili devletin bu konuda görevli makam veya mercilerine yapılan başvurularda AİHM'ye taşınan insan hakları ihlallerinin de dile getirilmiş olması gerekir. Bu durum iç hukuk yollarının yatay açıdan veya özü itibarıyla tüketilmesi olarak adlandırılmaktadır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, başvurularda AİHS'nin ilgili hükümlerinin açık bir şekilde gösterilmesi zorunlu olmayıp, bu hükümlerin mahiyeti itibarıyla belirtilmesi veya bunlara dayanılmış olması yeterlidir. Başvuran tarafın ilgili devlete ait olup da AİHS hükümleri ile örtüşen hukuki düzenlemelerine atıfta bulunmuş olması da bu şartın varlığı için yeterli kabul edilmektedir. Sözleşme hükümlerinin sözleşmeciler devletlere ait mahkemelerce re'sen gözetilmesi ve bu bağlamda ulusal mahkemelerin önlerindeki uyuşmazlıkları karara bağlarken AİHS'nin ihlal edilip edilmediğini de dikkate almaları zorunluluğu başvuran kişiler lehine bir sonuç doğurmaz ve bu kişilerin yükümlülüklerinde herhangi bir azalmaya sebebiyet vermez.<sup>80</sup>

Sözleşme veya ek protokollerde yer alan bir hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvuran tarafın ilgili devletin usule ilişkin düzenlemelerine uygun hareket etmiş olması da gerekir. Sürenin aşılması, gerekli harcın yatırılmaması veya dilekçede yer alması gereken bilgilerde eksiklik bulunması gibi nedenlerle bir başvurunun reddedilmesi halinde iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı gerçekleşmemiş olduğundan, AİHM'ye başvuru hakkı da kural olarak kaybedilecektir. Ancak usule ilişkin kuralların Sözleşmeye aykırı olduğu veya bu kuralların kötüye kullanılması suretiyle bir başvurunun engellendiği hallerde aynı sonuç geçerli olmayacak, kişinin başvurusu AİHM tarafından ele alınıp incelenebilecektir.<sup>81</sup> Ulusal bir mahkeme kendisine gelen bir başvuruyu usule ilişkin sebeplerle reddederken işin esası hakkında da görüş belirtmiş ve başvurunun esas yönünden de kabul edilemez olduğu sonucuna ulaşmış ise, bu halde iç hukuk yollarının tüketildiği kabul edilir.<sup>82</sup>

İç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediği Mahkeme tarafından başvurunun ilgili devlete tebliğ edilmesinden önce re'sen denetlenir. İç hukuk yollarının tüketildiği hususunun kural olarak Mahkemeye başvuran tarafça ispat edilmesi gerekir. Bilgisizlik veya hatalı yönlendirilme gibi başvuran kişinin

---

Kabul Edilebilirlik Kriterleri, s. 118 vd.

<sup>80</sup> Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 69.

<sup>81</sup> AİHM (3. Daire), Fáber / Çek Cumhuriyeti Davası'na ilişkin 17.05.2005 tarih ve 35883/02 başvuru numaralı karar; Frowein / Peukert, EMRK, Art. 35, Rn. 22. Ayrıca bkz. İkinci, Kabul Edilebilirlik Kriterleri, s. 116.

<sup>82</sup> Frowein / Peukert, EMRK, Art. 35, Rn. 22; Peters / Altwicker, Europäische, s. 272.



şahsından kaynaklanan sebepler iç hukuk yollarının tüketilmemesini haklı çıkarmaz. Mahkemeye yapılan bir başvurunun şikayet edilen devlete tebliği halinde, ilgili devlet iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazında bulunabilir. Bu konuda herhangi bir itirazda bulunulmaması kural olarak itirazdan vazgeçildiği anlamına gelir. İç hukuk yollarının tüketilmediği itirazında bulunulması halinde, bu durumu ispat külfeti ilgili devlete geçer. Aleyhine başvuruda bulunulan devletin başvurulabilecek bir iç hukuk yolunun mevcut olduğunu ve bu yolun erişilebilir ve etkili olduğunu ispat etmesi halinde ise ispat külfeti yine ters dönecektir. Yani itirazın yerinde olmadığı, sözgelimi hak ihlaline karşı erişilebilir ve etkili bir başvuru imkanının bulunmadığı veya somut olay bağlamında böyle bir başvurunun gerekli olmadığı başvuran tarafça ispat edilmelidir.<sup>83</sup>

İç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediği konusunda yapılacak denetimde kural olarak Mahkemeye başvuru tarihi esas alınır. Ancak başvuru esnasında iç hukuk yollarının tüketildiğini gösteren nihai bir karar henüz mevcut olmasa bile, başvurunun kabul edilebilirliğinin karara bağlandığı sırada böyle bir kararın alınmış olması iç hukuk yollarının tüketildiğinin kabulü için yeterlidir. Bu durum usul ekonomisi ilkesi ile de uyum içindedir.<sup>84</sup> Ayrıca istisnai bazı hallerde Mahkemeye başvuru tarihinde mevcut olmayan, yani daha sonraki bir tarihte ihdas edilen iç hukuk yollarının da başvurunun esastan incelenmesine engel olabileceği kabul edilmektedir. Hemen aşağıda incelenecek olan 6384 sayılı Kanunla öngörülen başvuru yolu hakkında da Mahkeme bu durumdan hareket etmiştir.<sup>85</sup>

## 2. Türk Hukukunda İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi

Türk hukuku açısından konuya bakıldığında Mahkemeye başvuru için mevcut olan tüm hukuki ve yargısal yolların, bu arada varsa istinaf<sup>86</sup> ve temyiz kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir.<sup>87</sup> Az önce de ifade edildiği gibi, olağanüstü kanun yollarının tüketilmesi zorunlu değildir. Zira bunlar normal şartlarda başvurulabilecek yollardan değildir. AİHM'ye başvurabilmek için ay-

---

<sup>83</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 13 vd.; Peters / Altwicker, Europäische, s. 275; Ekinci, Kabul Edilebilirlik Kriterleri, s. 122.

<sup>84</sup> Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 62 vd.; Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 18.

<sup>85</sup> AİHM (2. Daire), Müdür Turgut ve Diğerleri / Türkiye Davası'na ilişkin 26.03.2013 tarih ve 4860/09 başvuru numaralı karar, Nr. 43 vd.

<sup>86</sup> İstinaf kanun yolunun yürürlüğe gireceği tarih 20.07.2016 olarak belirlenmiştir. Bkz. 07.11.2015 tarih ve 29525 sayılı RG.

<sup>87</sup> Kararın düzeltilmesi kanun yolunun tüketilmesinin zorunlu olup olmadığı hakkında bkz. Gözübüyük / Gölcüklü, AİHS, s. 66 vd.; Turabi, Bireysel Başvuru, s. 121 vd.

rica şartları mevcutsa 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe giren<sup>88</sup> Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun da tüketilmiş olması gerekir.<sup>89</sup> İç hukuk yollarının tüketilmesi açısından Türk hukukunda önem arz eden bir husus da 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun'un<sup>90</sup> uygulanması ile ilgilidir. Bu Kanun 23.09.2012<sup>91</sup> tarihi itibarıyla AİHM nezdinde kaydedilmiş olan bazı başvuruların tazminat ödenmek suretiyle çözümü amacıyla yeni bir başvuru mekanizması oluşturmuştur. Dolayısıyla AİHM'ye yapılan bireysel başvurulardan 6384 sayılı Kanun kapsamında kalanların esastan karara bağlanabilmesi için bu Kanunla getirilen başvuru sürecinin de tüketilmesi gerekir.

6384 sayılı Kanunla öngörülen başvuru mekanizması AİHM tarafından yeni bir "iç hukuk yolu" olarak kabul edilmiş ise de,<sup>92</sup> Devlet aleyhine AİHM'ye yapılan başvuruların esastan incelenmesinin önüne geçmeyi amaçlayan bu Kanunun pratik ve kapsamlı bir sistem oluşturmadığını söylemek gerekir. Bu durumu birkaç sebeple açıklamak mümkündür. Her şeyden önce 6384 sayılı Kanun AİHM'ye yapılmış tüm başvurular hakkında değil, Kanunun 2. maddesiyle ve bu maddenin 2. fıkrası uyarınca Bakanlar Kurulunca belirlenen konulardaki başvurular hakkında uygulama alanı bulur.<sup>93</sup> Ayrıca Kanunla öngörülen başvuru mekanizması ancak Kanunun 9. maddesi uyarınca belirlenen tarihten önce AİHM'ye taşınmış başvurular hakkında işletilebilir. Dolayısıyla 6384 sayılı Kanun dışında kalan tüm iç hukuk yollarını tüketen bir kişinin doğrudan doğruya bu Kanun uyarınca kurulan Komisyona başvurup tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Hak ihlaline uğradığını iddia eden kişinin Komisyona

---

<sup>88</sup> Bkz. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, m. 76/1-a.

<sup>89</sup> AİHM (2. Daire), Ümmühan Kaplan / Türkiye Davası'na ilişkin 20.03.2012 tarih ve 24240/07 başvuru numaralı karar, Nr. 27; Hamdemir, Bireysel Başvuru, s. 387 vd.

<sup>90</sup> 19.01.2013 tarih ve 28533 sayılı RG.

<sup>91</sup> Bu tarih aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları kabul etmeye başladığı tarih olup, bilinçli olarak belirlenmiştir. Bkz. Yıldırım, 6384 Sayılı, s. 1744. 6384 sayılı Kanunun 9. maddesinin ilk fıkrasında 23.09.2012 olarak belirlenen bu tarih, aynı maddenin ikinci fıkrasının verdiği yetki üzerine Bakanlar Kurulunca altı ay uzatılarak 23.03.2013 olarak yeniden belirlenmiştir. Bkz. 16.03.2014 tarih ve 28943 sayılı RG.

<sup>92</sup> Konu hakkında bkz. AİHM (2. Daire), Ümmühan Kaplan / Türkiye Davası'na ilişkin 20.03.2012 tarih ve 24240/07 başvuru numaralı karar; AİHM (2. Daire), Müdür Turgut ve Diğerleri / Türkiye Davası'na ilişkin 26.03.2013 tarih ve 4860/09 başvuru numaralı karar, Nr. 41 vd., 47 vd., 55 vd.; AİHM (2. Daire), Abdurrahman Demiroğlu ve Diğerleri / Türkiye Davası'na ilişkin 04.06.2013 tarih ve 56125/10 başvuru numaralı karar; Tezcan / Erdem / Sancakdar / Önok, İnsan Hakları, s. 589 vd.

<sup>93</sup> Kanunun kapsamı Kanunun 2. maddesi ile belirlenmiş, ancak 10.02.2014 ve 25.01.2016 tarihli Bakanlar Kurulu kararlarıyla Kanunun kapsamı genişletilmiştir. Bkz. 16.03.2014 tarih ve 28943 sayılı RG; 09.03.2016 tarih ve 29648 sayılı RG.

başvurabilmesi için daha önce AİHM'ye başvurmuş olması, AİHM'ye başvuru tarihinin de Kanunun 9. maddesine göre belirlenen veya bundan önceki bir tarih olması gerekir. Bu nedenle Kanunla öngörülen tarihten sonra AİHM'ye başvuran veya AİHM'ye başvuru hakkını kullanmayan kişiler Kanunla getirilen sistemden faydalanamazlar.

Kanunla veya Kanunun verdiği yetkiye istinaden Bakanlar Kurulunca belirlenen tarihten sonra AİHM'ye başvuranlar hakkında 6384 sayılı Kanunun öngördüğü iç hukuk yolunun tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı verilemeyeceğinden, bu kişilerin herhangi bir hak kaybına maruz kalması söz konusu değildir. Hak ihlalinin AİHM'ce hüküm altına alınması halinde, başvuru lehine tazminata hükmedilebilecektir. Ancak aynı şeyi AİHM'ye başvuru hakkını kullanmayan kişiler için söylemek bu kadar kolay değildir. Gerçi bu kişilerin AİHM'ye başvuru haklarından feragat ettikleri, dolayısıyla bu kişilerin 6384 sayılı Kanun kapsamına alınmamasının ve bunlara tazminat ödenmemesinin makul bir sebebe dayandığı düşünülebilir. Ancak yine de AİHM'ye başvurmayan kişilerin Kanunun kapsamı dışında tutulması aynı hak ihlaline maruz kalan kişilerin farklı muameleye tabi tutulması anlamına gelecektir. Ayrıca özellikle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunu tükettikten sonra AİHM'ye başvuruda bulunan kişiler bağlamında konuya bakıldığında, bu kişilere 6384 sayılı Kanun kapsamında tazminat yolu açılması adalete güven hissinin zedelenmesiyle sonuçlanabilir. Anayasa Mahkemesince kabul edilmeyen bir hak ihlali iddiası dolayısıyla ilgili kişilere 6384 sayılı Kanun kapsamında tazminat ödenmesi Anayasa Mahkemesinin saygınlığına zarar verecektir.

6384 sayılı Kanunla oluşturulan sistemin Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurular bağlamında da birtakım sorunlara sebebiyet vermesi mümkündür. Az önce de ifade edildiği gibi, Türk hukukunda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu 23.09.2012 tarihi itibarıyla açılmıştır. Dolayısıyla bu tarihten sonra AİHM'ye başvurabilmek için kural olarak bu yolun da tüketilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulduktan sonra AİHM'ye başvurulması ve bu başvurunun 6384 sayılı Kanun gerekçe gösterilerek kabul edilemez bulunması halinde, kişi bu kez Komisyona, Komisyonca verilen karara karşı da Kanunun 7. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Ankara Bölge İdare Mahkemesine başvurabilir. Ankara Bölge İdare Mahkemesince verilen karar kesin olduğundan, bu süreçten de umduğunu bulamaması durumunda ilgili kişi yeniden AİHM'ye bireysel başvuruda bulunabilir. Bu konuda herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak bu noktada AİHM'ye yapılacak yeni bir başvuru için kişinin yeniden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak zorunda

olup olmadığı sorusuyla karşılaşılabılır. Kanaatimce bu konuda ikili bir ayırım yapmak ve soruyu buna göre cevaplandırmak gerekir.

Kişinin yeni başvuruya konu yapmak istediği uyuşmazlık Anayasa Mahkemesi tarafından daha önce zaten karara bağlanmış ise, kesin hüküm ilkesi uyarınca Anayasa Mahkemesine yeni bir başvuruda bulunulamayacak, iç hukuk yolları tüketilmiş olduğundan, doğrudan doğruya AİHM'ye başvurulabilecektir. Sözgelimi idari yargı mercilerinde açılan bir davanın makul sürenin aşılması suretiyle karara bağlandığı iddiasıyla yapılan bireysel başvuru Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiş, ret kararı üzerine AİHM'ye yapılan başvuru da 6384 sayılı Kanunla öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle reddedilmiş olsun. Başvuran kişinin AİHM kararı doğrultusunda 6384 sayılı Kanun uyarınca kurulan Komisyona başvurması, Komisyon kararına karşı Ankara Bölge İdare Mahkemesine itirazda bulunması ve bu süreçten de beklediği sonucu alamaması halinde, kişi idari yargıdaki asıl davanın makul sürenin aşılması suretiyle karara bağlandığı iddiasıyla yeniden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunamayacaktır.<sup>94</sup>

Komisyona yapılan başvuru üzerine işleyen süreçte kişinin daha önce Anayasa Mahkemesine ve AİHM'ye taşınandan daha farklı bir hakkı da ihlal edilmiş olabilir. Sözgelimi bu aşamada mahkemenin bağımsızlığı veya tarafsızlığı ilkesinin ihlal edildiği ya da Komisyonca yürütülen faaliyetler ile Komisyon kararı üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesince yürütülen yargılamanın da makul sürenin aşılması suretiyle sonuçlandığı iddia ediliyorsa, bu iddialar hakkında daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından herhangi bir inceleme yapılmadığı ve karar alınmadığı için, kesin hüküm ilkesi böyle bir başvuruya engel değildir. Kişinin yeni bir iddiayla AİHM'ye başvurabilmesi için öncelikle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunarak iç hukuk yollarını tüketmesi gerekir.<sup>95</sup> 6384 sayılı Kanunla öngörülen süreç tamamlandıktan sonra AİHM'ye başvurabilmek için her somut olayda öncelikle Anayasa Mahkeme-

---

<sup>94</sup> Erol, 6384 Sayılı Yasanın Kapsamı, s. 136. AİHM Ankara Bölge İdare Mahkemesi kararlarına karşı herkesin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabileceğini ifade etmiş olsa da (bkz. aşağıda 95. dipnottaki Mahkeme kararları), kanaatimce bu durum bireysel başvuru yolunun yürürlüğe girmesinden önce AİHM'ye başvurup başvurusu 6384 sayılı Kanun gerekçe gösterilerek reddedilen kişiler hakkında geçerlidir. Bu kişilerin 6384 sayılı Kanunla öngörülen süreçlerden sonra AİHM'ye başvurabilmesi için yeni oluşturulan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunu da tüketmeleri gerekir. Bu kişilerin iddiaları hakkında Anayasa Mahkemesince daha önce herhangi bir inceleme yapılmadığından, böyle bir başvurunun kesin hüküm ilkesi ile çelişen bir yönü yoktur.

<sup>95</sup> AİHM (2. Daire), Müdür Turgut ve Diğerleri / Türkiye Davası'na ilişkin 26.03.2013 tarih ve 4860/09 başvuru numaralı karar, Nr. 53, 55; AİHM (2. Daire), Abdurrahman Demiroğlu ve Diğerleri / Türkiye Davası'na ilişkin 04.06.2013 tarih ve 56125/10 başvuru numaralı karar.

sine bireysel başvuru yolunun tüketilmesinin zorunlu olup olmadığı konusunda isabetli bir karar vermek her zaman kolay olmayabilir ve bu durum kişiler açısından birtakım sorunlara sebebiyet verebilir. 6384 sayılı Kanunun en geç 23.03.2013 tarihinde AİHM nezdinde kaydedilmiş başvurular hakkında uygulama alanı bulması ve bugüne kadar bu konuda herhangi bir sorunla karşılaşmamış olması, bundan sonra da bu tür sorunlarla karşılaşılmayacağı anlamına gelmez. Zira Kanunun 9. maddesine istinaden Bakanlar Kurulunun bu süreyi uzatması ihtimal dahilindedir.

6384 sayılı Kanunla getirilen sistemin AİHM nezdinde görülmekte olan Türkiye aleyhindeki başvuruların sayısının kısa yoldan azaltılması şeklinde bir faydası olsa da, zikredilen sebeplerle bu sistem önemli bazı sakıncalara da sebebiyet verebilir. Kanaatimce bu durum dikkate alınarak kişilerin maruz kaldığı hak ihlallerinin belli bir zamanla ve de yalnızca AİHM'ye başvuruda bulunmuş kişilerle sınırlı olarak telafi edilmesi yerine aynı konumdaki tüm kişileri kapsayan bir mekanizmanın oluşturulması veya bu amaçla gerekli tedbirlerin alınması daha isabetli olacaktır. Ayrıca 6384 sayılı Kanun kapsamında kalan konulara bakmak üzere ayrı bir komisyon ve ayrı bir başvuru mekanizması oluşturulması yerine Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla bu tür uyumsuzlukları AİHM içtihatları doğrultusunda karara bağlayabilmesi için gerekli yasal düzenlemeleri yapmak yeni sürecin olumsuz yönlerinin giderilmesi bağlamında daha faydalı bir tercih olacaktır.

## B. Süre

Sözleşmenin 35. maddesinin ilk fıkrasına göre Mahkemeye iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir.<sup>96</sup> Sürenin aşılması suretiyle yapılan başvurular Mahkeme tarafından aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca kabul edilemezlik gerekçesiyle reddedilir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, Mahkemeye başvurulabilmesi için öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmesi ve bunun için de bazı şartların mevcut olması gerekir. Bu bağlamda iç hukuktaki etkili olmayan başvuru yollarına gidilmesinin süre üzerinde herhangi bir etkisi olmadığı kabul edilmekte,<sup>97</sup> aksi halde Mahkemeye başvuru süresinin başlangıç tarihinin kişilerin serbest iradeleri ile sürekli bir şekilde ertelenebileceği ifade edilmektedir.<sup>98</sup> Başvuru süresinin aşılmadığı ko-

---

<sup>96</sup> Bu sürenin 4 aya düşürülmesi planlanmaktadır. Konu hakkında bkz. yukarıda dipnot 19.

<sup>97</sup> AİHM (5. Daire), Hizb Ut-Tahrir ve Diğerleri / Almanya Davası'na ilişkin 12.06.2012 tarih ve 31098/08 başvuru numaralı karar, Nr. 58; AİHM (3. Daire), Beiere / Letonya Davası'na ilişkin 29.11.2011 tarih ve 30954/05 başvuru numaralı karar, Nr. 38.

<sup>98</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 53.

nusundaki ispat külfeti kural olarak başvuruca aittir.<sup>99</sup> Aleyhine başvuruda bulunulan devletin konu hakkında herhangi bir beyanı olmasa bile, Mahkeme başvurunun süre aşımına uğrayıp uğramadığını re'sen inceler ve gözetir.<sup>100</sup> Mahkemeye yapılan devlet başvuruları da bireysel başvurular gibi altı aylık süreye tabidir. Bu sürenin geçmesi ile birlikte Mahkeme nezdinde Sözleşme hükümlerinin ihlal edildiği iddiasında bulunulması ihtimali ortadan kalkar.<sup>101</sup>

Altı aylık sürenin başlangıç tarihi kural olarak tüketilmesi gereken son başvuru mekanizması sonucunda tesis edilen nihai ve kesin karardan ilgili kişi veya kişilerin haberdar olması ile başlar. Bu da kural olarak ilgili kararın tebliğ edilmesi ile gerçekleşir. Ancak kararların tebliğ edilmesinin zorunlu olmadığı hallerde sürenin başlangıç tarihi ilgili kararın yazılı olarak düzenlendiği, böylece tarafların kararın içeriğine muttali olabildikleri tarih olarak kabul edilir.<sup>102</sup> Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin ihlali sonucunu doğuran bir eylem veya işleme karşı sözleşmecı bir devletin herhangi bir başvuru mekanizmasına yer vermemiş olması halinde, ilgili eylem veya işlem Sözleşmenin 35. maddesinin ilk fıkrası anlamındaki kesin kararın yerini alır. Bu tür hallerde altı aylık süre duruma göre ilgili eylem veya işlemin öğrenildiği, yapıldığı veya kişi hakkında sonuç doğurduğu tarihte işlemeye başlayacaktır.<sup>103</sup> Sürenin son günü ise, sürenin işlemeye başladığı tarihe bu tarihten sonraki altıncı ayda karşılık gelen gündür. Bu günün hafta sonuna veya resmi tatil gününe denk gelmesi de sürenin bir sonraki çalışma gününe kadar uzaması sonucunu doğurmaz. Sözgelimi süre 17.03.2016 tarihinde başlamış ise, AİHM'ye başvurulabilecek son gün de 17.09.2016 tarihi olacaktır ve bu günün Cumartesi gününe denk gelmesi sürenin 19.09.2016 Pazartesi gününe kadar uzaması anlamına gelmeyecektir.<sup>104</sup> AİHM İçtüzüğü'nün 46. maddesinin 6. fıkrasına göre Mahkemeye başvuru tarihi başvuru evrakının Mahkemeye ulaştığı tarih değil, kural olarak evrakların gönderildiği tarihtir. Gönderim tarihi ise posta damgasındaki tarih-

---

<sup>99</sup> Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 70.

<sup>100</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 35, Rn. 26; Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 66.

<sup>101</sup> AİHM İçtüzüğü, m. 46/d; Karpenstein / Johann, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 33, Rn. 9.

<sup>102</sup> AİHM (Büyük Daire), Papachelas / Yunanistan Davası'na ilişkin 25.03.1999 tarih ve 31423/96 başvuru numaralı karar, Nr. 30; AİHM (2. Daire), Haralambidis ve Diğerleri / Yunanistan Davası'na ilişkin 29.03.2001 tarih ve 36706/97 başvuru numaralı karar, Nr. 38.

<sup>103</sup> Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 71 vd.; İkinci, Kabul Edilebilirlik Kriterleri, s. 137 vd.

<sup>104</sup> Somut bir örnek için bkz. AİHM (5. Daire), Otto / Almanya Davası'na ilişkin 10.11.2009 tarih ve 21425/06 başvuru numaralı karar. Konu hakkında ayrıca bkz. İkinci, Kabul Edilebilirlik Kriterleri, s. 146 vd.; Öncü, Bireysel Başvuruların, s. 389 vd.; Peters / Altwicker, Europäische, s. 276. Sürenin işlemeye başladığı günün karşılığının bu günü takip eden altıncı ayda bulunmaması halinde, kanaatimce sürenin son günü ilgili ayın son günü olacaktır.

tir. Süresinde yapılan bir başvurudan söz edilebilmesi için başvuru dilekçelerinin İttüzüğün 45. ve devamı maddelerine göre hazırlanmış olması gerekir.<sup>105</sup>

İşlemeye başlayan başvuru süresi istisnai bazı şartların gerçekleşmesi halinde durur. Tutuklu bulunan kişinin başvurusunun cezaevi idaresi tarafından engellenmesi nedeniyle altı aylık süre aşıldıktan sonra yapılan bir başvuru Mahkeme tarafından reddedilmemiştir.<sup>106</sup> Ancak başvurunun geçici bir şekilde engellenmesi ve engelin ortadan kalkmasından sonra da Mahkemeye başvuru için makul bir sürenin bulunması halinde, bu engelin süre hesabı üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.<sup>107</sup> Tutukluluk nedeniyle başvuru süresinin başlamasına sebebiyet veren karardan haberdar olunamadığı hallerde altı aylık sürenin durduğu, buna karşın başvurucunun içinde bulunduğu olumsuz sağlık koşullarının kural olarak sürenin durması sonucunu doğurmadığı kabul edilmektedir.<sup>108</sup>

### **C. Başvuruda Bulunanın Kimlik Bilgilerine Yer Verilmesi**

Sözleşmenin 35. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendine göre başvuruda bulunanın kimlik bilgilerine yer vermeyen bireysel başvurular dikkate alınmaz. Ancak Mahkeme İttüzüğü'nün 47. maddesinin 4 numaralı fıkrasına göre kimliklerinin kamuya açıklanmasını istemeyen başvurucular Mahkemeye bu konuda bir talepte bulunabilirler. Mahkeme de gerek başvuru üzerine gerekse re'sen bu yönde bir karar alabilir. Belirtmek gerekir ki, kimlik bilgilerine yer verilmesi koşulunun pratikte neredeyse hiçbir önemi ve işlevi bulunmamaktadır. Zira İttüzüğün 47. maddesinde başvuru dilekçelerinin içermesi gereken hususlar ayrıntılı olarak belirtilmiş olup, bu hususlardan biri de başvurana ait kimlik bilgileridir. Başvuru formunda bu konuda bir eksiklik olması halinde geçerli bir başvuru yapılmamış olacak, bu nedenle başvuru işleme alınmayacaktır.<sup>109</sup>

### **D. Başvurunun Daha Önce İncelenmemiş Olması**

Sözleşmenin 35. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendine göre Mahkeme tarafından daha önce incelenen bir başvuru ile önemli ölçüde aynı olan ve yeni

---

<sup>105</sup> Başvuru dilekçesinin sahip olması gereken özellikler de esasen kabul edilebilirlik koşulları içinde yer alır. Ancak bu koşullar Sözleşme ile değil de İttüzükle belirlendiği için, bunlara burada yer verilmemiştir.

<sup>106</sup> AİHM (1. Daire), *Poleshchuk / Rusya Davası*'na ilişkin 07.10.2004 tarih ve 60776/00 başvuru numaralı karar, Nr. 35.

<sup>107</sup> Frowein / Peukert, EMRK, Art. 35, Rn. 46; Grabenwarter / Pabel, *Europäische*, s. 72.

<sup>108</sup> Schäfer, in: *Karpenstein / Mayer*, EMRK, Art. 35, Rn. 60.

<sup>109</sup> Schäfer, in: *Karpenstein / Mayer*, EMRK, Art. 35, Rn. 67; Tezcan / Erdem / Sancakdar / Önok, *İnsan Hakları*, s. 591; Öncü, *Bireysel Başvuruların*, s. 374 vd.

birtakım vakıalar içermeyen bireysel başvurular dikkate alınmaz. Bu hükümle kesin hüküm ilkesinin korunması ve aynı konuda birden çok yargılama yapılmasının önüne geçilmek istenmektedir.<sup>110</sup> AİHM'ye yapılan bir başvurunun bu sebeple reddedilebilmesi için farklı başvuruların tarafları ile konusu ve sebebinin aynı olması gerekir. Başvurunun bu gerekçeyle reddedilebilmesi için, ayrıca önceki başvurunun esastan incelenmiş ya da açıkça dayanaktan yoksunluk veya konu yönünden yetkisizlik nedenleriyle henüz ilk inceleme aşamasında reddedilmiş olması gerekir. Bunların dışında kalan usuli sebeplerle kabul edilemez bulunan başvuruların eksiklikler giderilmek suretiyle yenilenmesi mümkündür. Aynı şekilde aynı kişinin yeni vakıalar ileri sürerek yeni bir başvuruda bulunması da mümkündür. Ancak başvurunun yeni hukuki delillerle güçlendirilmiş olması tek başına yeterli değildir.<sup>111</sup>

### **E. Başvurunun Başka Bir Uluslararası Merciyeye Sunulmamış Olması**

Sözleşmenin 35. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendine göre, daha önce başka bir uluslararası soruşturma veya çözüm merciiine yapılan başvuru ile aynı olan ve yeni birtakım vakıalar içermeyen bireysel başvurular dikkate alınmaz. Burada da farklı başvuruların tarafları, konusu ve sebebi aynı olmalıdır. Bireysel başvurunun bu sebeple reddedilebilmesi için başka bir uluslararası merciyeye yapılan başvurunun derdest veya karara bağlanmış olması arasında herhangi bir fark yoktur.<sup>112</sup> Kişilerin uluslararası bir merciyeye başvurmuş olmaları durumunda, bu mercinin Sözleşmenin 35. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi bağlamında bir merci olup olmadığı Mahkeme tarafından somut olayın özellikleri dikkate alınarak karara bağlanmaktadır. Bu bağlamda ilgili mercinin nasıl bir denetim yaptığına, hangi usulleri takip etmek suretiyle çalıştığına ve kararlarının doğurduğu hukuki sonuçlara bakılmaktadır.<sup>113</sup>

Başka bir uluslararası merciyeye yapılan başvurunun bireysel başvuruya engel olabilmesi için, ilgili mercinin devletlerarası ilişkide Sözleşme ile kurulan sisteme benzeyen ve yargısal veya yargısal benzeri faaliyetler yürüten bir merci olması gerekir. Bu tür uluslararası mercilere Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (*United Nations Human Rights Committee*) ile Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu (*Working Group on Arbitrary Detention*) örnek gösterilebilir. Buna karşın Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (*United Nations High Commissioner for Human Rights*) ile Avrupa

---

<sup>110</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 70.

<sup>111</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 35, Rn. 37 vd.

<sup>112</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 81.

<sup>113</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 84.



Komisyonu (*European Commission*) bu tür uluslararası mercilerden sayılmaktadır. Aynı şekilde Avrupa Birliği yargı mercileri nezdinde yapılan yargılamalar da Mahkemenin yargılama yetkisine engel teşkil etmez. Gerçi adından da anlaşılacağı üzere bu merciler yargısal faaliyetler yürütmektedir. Ancak bunların yaptığı yargılamaların iç hukuk yollarının tüketilmesi kapsamında kaldığı kabul edilmektedir. Sözleşmenin 59. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Avrupa Birliği'nin Sözleşmeye taraf olabilmesi de bu kabulü desteklemektedir.<sup>114</sup>

## F. Başvurunun Sözleşmeye Uygunluğu

Sözleşmenin 35. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendine göre Sözleşme hükümleriyle bağdaşmayan bireysel başvurular kabul edilemez, yani bunlar ilk inceleme aşamasında reddedilir. Bireysel başvuruların Sözleşme hükümleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı dört alt başlık altında incelenmektedir. Bunlar Mahkemenin kişi (*ratione personae*), yer (*ratione loci*), zaman (*ratione temporis*) ve konu (*ratione materiae*) yönünden yetkisine ilişkin olup aşağıda sırasıyla incelenecektir. Mahkeme başvurunun bu yönlerden Sözleşmeye uygunluğu konusunu yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alır.<sup>115</sup>

### 1. Kişi Yönünden Yetki

Mahkemenin bir yargılama yapabilmesi için aktif ve pasif başvuru ehliyetinin mevcut olması, başka bir ifadeyle Mahkemeye başvuruda bulunan ile aleyhine başvuruda bulunulan tarafların bu konuda gerekli ehliyet koşuluna sahip olmaları gerekir. Şikayet edilen devletin Sözleşmeye veya ilgili ek protokole taraf olmadığı, başvurunun Sözleşmeye taraf olmayan kişi veya örgütlenmelere yöneltildiği veya başvuruya konu teşkil eden eylem veya işlemin sözleşmeci bir devlete mal edilemediği hallerde aleyhine başvuruda bulunulan taraf açısından yetkisizlik söz konusudur. Bu şartlardan birinin mevcudiyeti halinde Mahkeme pasif başvuru ehliyeti yokluğu gerekçesiyle başvuruyu henüz ilk inceleme aşamasında reddeder.<sup>116</sup>

Başvuruda bulunanın gerek taraf gerekse başvuru, yani yargılamayı yürüt-

---

<sup>114</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 84, 86 vd.; Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 35, Rn. 40; Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 83 vd.; Peters / Altwicker, Europäische, s. 276 vd.; Tezcan / Erdem / Sancakdar / Önok, İnsan Hakları, s. 592; Öncü, Bireysel Başvuruların, s. 381. Konu hakkında ayrıca bkz. AİHM, 02.06.2004 tarihli Mahkemenin Danışma Görüşü Verme Yetkisine İlişkin Karar (*Decision on the Competence of the Court to Give an Advisory Opinion*), Nr. 29 vd.

<sup>115</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 91.

<sup>116</sup> Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 76; Gözübüyük / Gölcüklü, AİHS, s. 44 vd.; Çınar, AİHM'nin Yargı Yetkisi, s. 168 vd.

me ehliyetine sahip olması gerekir. Mahkemeye başvurma yetkisine sahip olmayan kişilerce yapılan başvurular Mahkemece dikkate alınmaz ve reddedilir. Yukarıda Mahkemenin görev alanına giren konular incelenirken Mahkemeye başvurma ehliyeti ile ilgili olarak da gerekli açıklamalar yapıldığından, bu konu tekrar edilmeyecektir. Ancak burada bireysel başvuru ehliyeti ile ilgili Sözleşmenin 34. maddesinde yer alan hükme değinmek gerekir. Buna göre bireysel başvuruda bulunabilmek için başvuran tarafın Sözleşmede yer alan haklarından birinin sözleşmecî devletlerce ihlal edildiği iddiasında bulunması gerekir. Bu hükümle soyut başvurulara (*actio popularis*), yani ilgili ilgisiz herkesin bireysel başvuruda bulunabilmesine engel olunmak istenmiştir. Bu husus Mahkemece re'sen dikkate alınır. Başvurucunun böyle bir iddiaya yer vermemesi durumunda, Mahkeme kişi yönünden yetkisizlik gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulur. Bu aşamada başvurucunun zararını ispat etmesi gerekli değildir. Zararın varlığı veya boyutu ilk inceleme aşamasında değil, başvurunun esası incelenirken dikkate alınacak ve tazminata hükmedilmesi konusunda belirleyici olacaktır.<sup>117</sup>

Sözleşmenin 34. maddesinde yer alan ehliyet koşulunun sağlanabilmesi için, başvurucunun kural olarak şahsi bir hakkının doğrudan doğruya ihlal edildiği iddiasında bulunması gerekir. Ancak istisnai hallerde ihlalden dolayı bir şekilde etkilenenler de haklarının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunabilirler. Bunun için başvuru ile ihlalden doğrudan doğruya etkilenen kişi arasında belli bir yakınlık ilişkisinin bulunması, ayrıca Sözleşmenin 2. ve 3. maddelerinin ihlal edildiği hallerde olduğu gibi, ağır bir insan hakkı ihlalinin mevcut olması gerekir. Bu duruma ihlalden doğrudan doğruya etkilenen kişinin öldüğü veya bireysel başvuru yoluna başvurmadığı hallerde bu kişinin aile üyelerince yapılan bireysel başvurular örnek gösterilebilir.<sup>118</sup>

## 2. Yer Yönünden Yetki

Sözleşmenin 1. maddesine göre yüksek sözleşmecî taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını garanti altına alırlar. Bu hüküm uyarınca sözleşmecî devletlerin sorumlulukları kendi egemenlikleri altındaki yerlerle sınırlı olmayıp, devletler ülke topraklarının dışında hüküm ve sonuç doğuran eylem ve işlemlerden dolayı da sorumludurlar. Ancak Sözleşmenin 56. maddesinin ilk fıkrası

---

<sup>117</sup> Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 57, 76; Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 34, Rn. 61 vd.; Kılıç, AİHM Kararlarının İnfazı, s. 193 vd.

<sup>118</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 34, Rn. 73 vd.; Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 60; Çınar, AİHM'nin Yargı Yetkisi, s. 211; Keser, AİHM, s. 79 vd.

uyarınca devletler Sözleşmenin uluslararası ilişkilerinden sorumlu oldukları bütün ülke topraklarında veya bunların bir kısmında uygulanacağını belirleme yetkisine sahiptirler. Sözleşmeci bir devletin bu hüküm uyarınca Sözleşmenin uygulama alanında kısıtlamaya gittiği hallerde, kısıtlama beyanına konu olan yerlerde gerçekleşen eylem veya işlemler nedeniyle ilgili devlet aleyhine yapılan başvurular yer yönünden yetkisizlik gerekçesiyle henüz ilk inceleme aşamasında reddedilecektir.<sup>119</sup>

### 3. Zaman Yönünden Yetki

Mahkemenin zaman yönünden yetkisi Sözleşmenin yürürlüğe girmesi ile başlar ve yürürlükten kalkması ile son bulur. Dolayısıyla Sözleşmenin veya ilgili protokolün yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen eylem ve işlemler nedeniyle Mahkemeye yapılan başvurular zaman yönünden yetkisizlik gerekçesiyle reddedilir. Aynı şekilde Sözleşmenin 58. madde uyarınca feshedilmesi üzerine, fesih tarihinden sonra gerçekleşen ihlaller nedeniyle de Mahkemeye başvurulamaz. Bununla birlikte Sözleşmenin yürürlükten kalkmasından önceki eylem ve işlemler nedeniyle yürürlüğün sona erdiği tarihten sonra da devletlerin sorumluluğu devam eder. Yine süreklilik arz eden ihlallerde ihlale sebebiyet veren eylem veya işlem Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce başlamış olsa bile, Sözleşmenin yürürlüğünden sonra ihlal iddiasıyla ilgili devlet aleyhine başvuruda bulunulması mümkündür. Bu noktada ihlalin hüküm ve sonuçları ile ihlalin sürekliliği arasında ayırım yapılmakta, ilk halde Mahkemenin zaman yönünden yetkisi reddedilirken, ikincisinde Mahkemenin yetkili olduğu kabul edilmektedir. Sözgelimi Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce mülkiyet hakkına son veren bir işlem gerçekleşmişse, Sözleşmenin yürürlüğünden sonra ilgili kişiye mülkiyet hakkı iade edilmemiş olsa bile, devletin sorumluluğu söz konusu olmaz. Buna karşın mülkiyet hakkının kullanılmasını engelleyen tutum ve davranışlar Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce başlamış olsa bile, bu davranışların Sözleşmenin yürürlüğünden sonra da devam ettiği hallerde, ilgili devlet aleyhine Mahkemeye başvurulabilir ve diğer koşulların da varlığı şartıyla başvuru esastan incelenir.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> Çınar, AİHM'nin Yargı Yetkisi, s. 171 vd.; Gözübüyük / Gölçüklü, AİHS, s. 52 vd.; Kılınc, AİHM Kararlarının İnfazı, s. 185 vd.; Öncü, Bireysel Başvuruların, s. 383 vd.; Turabi, Bireysel Başvuru, s. 37; Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 99 vd.; Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 77.

<sup>120</sup> Gözübüyük / Gölçüklü, AİHS, s. 54 vd.; Keser, AİHM, s. 72 vd.; Çınar, AİHM'nin Yargı Yetkisi, s. 173 vd.; Kılınc, AİHM Kararlarının İnfazı, s. 188 vd.; Peters / Altwicker, Europäische, s. 261 vd.

#### 4. Konu Yönünden Yetki

Mahkemenin konu yönünden yetkisi ihlal edildiği öne sürülen bir hakkın Sözleşme veya ek protokoller ile garanti altına alınıp alınmadığı ile ilgilidir. Başvuruda dile getirilen ihlal iddiası Sözleşme kapsamında kalmıyorsa, Mahkeme için esasına girmeyecek, başvuruyu kabul edilemezlik gerekçesiyle reddedecektir. Başvurunun bu şekilde reddedilebilmesi için, başvuran tarafın dayandığı hakkın Sözleşmede yer almaması, Sözleşmede yer almakla birlikte somut olay hakkında uygulama alanı bulmaması ya da ilgili hakka aleyhine başvuruda bulunulan devletçe Sözleşmenin 57. maddesi uyarınca çekince konulmuş olması şartlarından en az birinin mevcut olması gerekir. Mahkemenin konu yönünden yetkisine ilişkin bu denetim kimi zaman aynı anda konunun esası hakkında yapılan bir inceleme mahiyetini alır. Yapılan incelemede Mahkemenin yetkisizliği açık ise başvuru ilk inceleme aşamasında reddedilecek, buna karşın yetkisizlik açık değil ve konu karmaşık ise ilk inceleme aşamasında başvuru reddedilmeyecek, yetki sorunu için esası ile birlikte görülüp karara bağlanacaktır.<sup>121</sup>

Sözleşmenin 35. maddesinin 3. fıkrası başvurunun Sözleşmeye uygunluğunu bireysel başvurular bağlamında ele almıştır. Ancak konuya daha geniş bir perspektiften bakıldığında, Mahkemenin konu yönünden yetkisinin aynı zamanda Mahkemenin görev alanı ile de ilgili olduğu görülecektir ki, Mahkemenin görev alanına yukarıda değinilmiştir ve bu kapsamda kalmayan başvurular doğal olarak esasa girilmeden reddedilecektir. Mahkemeye yapılan bir başvurunun esastan incelenebilmesi için, Mahkemenin ilgili konuda bir karar verme yetkisine sahip olması gerekir. Mahkemenin görev alanı yukarıda incelendiğinden, aynı hususlar burada da tekrar edilmeyecektir. Şu kadarını belirtmekle yetinelim ki, Mahkemenin görevli olmadığı konularda bir yargılama yapılması veya bir karar verilmesi talebiyle yapılan başvurular görevsizlik, başka bir ifadeyle konu yönünden yetkisizlik gerekçesiyle reddedilecektir.

#### G. Başvurunun Açıkça Dayanaktan Yoksun Olması

Sözleşmenin 35. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendine göre dayanaktan açıkça yoksun olan bireysel başvuruların kabul edilemez olduğu karara bağlanır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere başvurunun dayanaktan açıkça yoksun olup olmaması için esasına ilişkin bir husustur. Bununla birlikte başvuru hak-

---

<sup>121</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 104 vd.; Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 77 vd.; Gözübüyük / Gölçüklü, AİHS, s. 49 vd.; Çınar, AİHM'nin Yargı Yetkisi, s. 177 vd.; Kılınc, AİHM Kararlarının İnfazı, s. 194 vd.

kinda henüz esastan bir inceleme yapılmadan önce bu konuda bir değerlendirme yapılır ve şartlar mevcutsa henüz ilk inceleme aşamasında başvurunun reddine karar verilir. Başvurunun bu sebeple reddedilebilmesi için eksikliğin ilk bakışta göze çarpan bir eksiklik olmasına gerek yoktur. Mahkeme başvurunun esasına geçtikten sonra da bu gerekçeyle ret kararı verebilir. Ancak başvurunun maddi ve hukuki yönden karmaşık bir konuya ilişkin olduğu hallerde başvurunun bu sebeple reddine karar verilmez.<sup>122</sup>

Açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle bir başvurunun reddedildiği hallere şu örnekler gösterilebilir: Başvuru konusu olayda Sözleşmede yer alan bir hakkın ne şekilde ihlal edildiğine ilişkin yeterli açıklama yapılmaması, başvuruda yer alan vakıaların gerçekte örtüşmediğinin açık olması veya bu vakıaların ispatının mümkün olmaması, başvuruda Sözleşmede yer alan bir hakkın ihlal edildiği iddiası yerine sözleşmecî devletlere ait mahkemelerin ilgili devlete ait hukuk kurallarını hukuka aykırı bir şekilde uyguladığı iddiasına yer verilmesi<sup>123</sup> ve Sözleşmede yer alan bir hakkın ihlal edilmediğinin açık olması.<sup>124</sup>

## H. Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması

Sözleşmenin 35. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendine göre bireysel başvuru hakkının kötüye kullanıldığı hallerde ilgili başvuru henüz ilk inceleme aşamasında reddedilir. Mahkemeye göre hakkın kötüye kullanılması kavramı hak sahibinin bir hakkını bu hak için öngörülen amaç dışında ve zarar verici bir tarzda kullanması halini ifade etmektedir. Mahkeme bu kavramdan hareketle özellikle iki durumu hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirmektedir. Bunlardan ilki Mahkemenin yanıltılması amacıyla bireysel başvurunun bilinçli bir şekilde gerçeğe aykırı vakıalara dayandırılması halidir. Bu tür hallerde Mahkemeye sunulan belgelerde sahtecilik yapılması, başvuru sırasında

---

<sup>122</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 115, 119; Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 78 vd.

<sup>123</sup> Bu türden iddialar içeren başvurulara “dördüncü derece şikayetleri” (*fourth instance complaint*) adı verilmektedir. Dördüncü derece şikayetleri hakkında bkz. Öncü, Bireysel Başvuruların, s. 398 vd.; Durmaz, Esasa İlişkin, s. 228 vd. AİHM bu kapsamda yapılan başvuruları yalnızca adil yargılama ilkesinin ihlal edilip edilmediği veya ilgili yargı kararının keyfi olup olmadığı yönlerinden incelemektedir. Bir yargı kararının keyfiliği ile ilgili kararın hiçbir hukuki gerekçeye dayanmaması ve konuyla ilgili olmayan düşüncelerden hareketle tesis edilmiş olması kastedilmektedir. Bkz. Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 129; Öncü, Bireysel Başvuruların, s. 402.

<sup>124</sup> Bkz. Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 114 vd.; Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 79; Peters / Altwicker, Europäische, s. 277; Durmaz, Esasa İlişkin, s. 225 vd.; Öncü, Bireysel Başvuruların, s. 391 vd.; Turabi, Bireysel Başvuru, s. 151 vd.

yargılama açısından önemli bir konu hakkında Mahkemeye bilgi verilmemesi ve yargılama sırasında ortaya çıkan önemli bazı gelişmelerden Mahkemenin haberdar edilmemesi, böylece Mahkemenin yeterli bilgiye sahip bir şekilde konu hakkında bir karar vermesine engel olunması örnek gösterilebilir. Tüm bu hallerde hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle başvurunun reddedilebilmesi için, başvurucaunun Mahkemeyi yanıltma kastıyla hareket etmiş olması gerekir.<sup>125</sup>

Hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilen ikinci önemli durum, bireysel başvuruda bulunan kişinin Mahkeme ile olan yazışmalarında hakaret içeren, incitici, tehditkar veya tahrik edici bir dil kullanmasıdır. Başvurucaunun bu tutumunun Mahkemeye, Mahkeme çalışanlarına, aleyhine başvuruda bulunulan devlete veya bu devletin farklı organ veya kurumlarına yönelmesi arasında herhangi bir fark yoktur. İlgilinin kullandığı dilin polemik içeren veya alaycı bir dil olması tek başına başvurunun reddedilebilmesi için yeterli olmayıp, ayrıca medeni ve haklı bir eleştiri sınırlarını da aşması gerekir. Yargılama sürecinde yapılan uyarı üzerine başvurucaunun tartışma konusu ifadelerini geri alması veya bunlar nedeniyle özür dilemesi halinde hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle başvurunun reddine karar verilmez.<sup>126</sup>

Hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilen haller genel olarak yukarıdaki gibi olsa da, bunlarla sınırlı değildir. Kural olarak başvuruda bulunan tarafın Sözleşmenin bireysel başvuruya ilişkin hükümlerine açıkça aykırı olan ve Mahkemenin gereği gibi çalışmasına veya yargılamanın düzenli bir şekilde yürütülmesine zarar veren tüm davranışları hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Ayrıca aşağıda da değinileceği gibi, Sözleşmenin 39. maddesinin 2. fıkrası ile Mahkeme İçtüzüğü'nün 62. maddesinin 2 numaralı fıkrası uyarınca dostane çözüm amacıyla yapılan işlemlerin gizli olması gerekir. Başvurucaunun bu yükümlülüğünü kasıtlı bir şekilde ihlal etmesi de hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilir ve başvurunun reddiyle sonuçlanabilir.<sup>127</sup>

14 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesinden önce önemsiz nitelikteki başvurular Mahkeme tarafından başvuru hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesiyle reddedilebiliyordu. Sözelimi aylık 4500 euronun üzerinde bir gelire sahip

---

<sup>125</sup> AİHM (3. Daire), Mirolubovs ve Diğerleri / Letonya Davası'na ilişkin 15.09.2009 tarih ve 798/05 başvuru numaralı karar, Nr. 62 vd. Kararın Almanca metni için bkz. NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht) 2010, s. 1541 vd.

<sup>126</sup> AİHM (3. Daire), Mirolubovs ve Diğerleri / Letonya Davası'na ilişkin 15.09.2009 tarih ve 798/05 başvuru numaralı karar, Nr. 64.

<sup>127</sup> AİHM (3. Daire), Mirolubovs ve Diğerleri / Letonya Davası'na ilişkin 15.09.2009 tarih ve 798/05 başvuru numaralı karar, Nr. 65 vd.

olan bir memur 7,99 euroluk ilaç katılım payının ödenmesi talebiyle idareye başvurmuştur. Talebin idare tarafından reddedilmesi üzerine idare mahkemesi nezdinde açılan dava da aynı şekilde reddedilmiş, bunun üzerine ilgili memur yargılamanın makul bir sürede sonuçlanmadığı gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme uyuşmazlık konusu miktarın değersiz olması ve yargı mercilerinin iş yükünün artırıldığı gerekçeleriyle başvuru hakkının kötüye kullanıldığına karar vermiş ve başvuruyu reddetmiştir.<sup>128</sup> Hemen aşağıda da görüleceği gibi 14 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesi ile birlikte bu tür davalar bundan böyle hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle değil, başvurucunun önemli bir zarar görmemiş olduğu gerekçesiyle reddedilebilecektir.<sup>129</sup>

### I. Başvurucunun Önemli Bir Zarar Görmemiş Olması

Sözleşmenin 35. maddesinin (3/b) fıkrasına göre başvurucunun önemli bir zarar görmemiş olması halinde, ilgili bireysel başvuru henüz ilk inceleme aşamasında reddedilir. Ancak bu fıkra hükmüne göre Mahkemece önemli olarak telakki edilmeyen bireysel başvuruların kabul edilemez olarak nitelendirilebilmesi ve reddedilebilmesi için şu iki şartın aynı anda mevcut olması gerekir: İlk olarak Sözleşme ve ek protokollerle güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesi başvurunun esasın incelenmesini gerektirmemelidir. İkinci olarak başvuruya konu olan hukuki uyuşmazlık bir ulusal mahkeme tarafından gereği gibi incelenmiş olmalıdır. Bu iki şarttan en az birinin mevcut olmadığı hallerde, başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı gerekçesiyle bireysel başvurunun AİHM tarafından reddedilmesi mümkün değildir. Bireysel başvuruların esasın incelenebilmesi için Sözleşmenin 35. maddesinin (3/b) fıkrasında yer alan şartların mevcut olup olmadığı Mahkeme tarafından re'sen dikkate alınır.<sup>130</sup> Bu fıkra hükmünde yer alan kabul edilebilirlik koşulunun amacı Mahkemenin önemli insan hakları ihlallerine ilişkin uyuşmazlıklara yoğunlaşmasını sağlamaktır.<sup>131</sup>

Başvurucunun önemli bir zarara uğrayıp uğramadığı uyuşmazlık konusu miktara veya konunun başvuru açısından sahip olduğu öneme göre belirlenir. Bu konuda bir değerlendirme yapılırken somut olayın özellikleri ile başvuru-

<sup>128</sup> AİHM (5. Daire), Bock / Almanya Davası'na ilişkin 19.01.2010 tarih ve 22051/07 başvuru numaralı karar.

<sup>129</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 35, Rn. 52.

<sup>130</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 35, Rn. 53; Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 146.

<sup>131</sup> Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 80; Bilir, AİHM'nin Yapısı, s. 145 vd.

rucu ve kamu menfaatleri arasındaki ilişki dikkate alınır. Bu noktada başvuru-  
cunun sübjektif değerlendirmeleri de önemlidir, ancak bu değerlendirmelerin  
aynı zamanda objektif olarak da haklı görülebilir olması gerekir. Aksi takdirde  
herkes uğradığı hak ihlalinin önemli olduğunu iddia edecek, böylece Sözleş-  
menin ilgili hükmünün bir anlamı kalmayacaktır. Başvurunun yalnızca maddi  
zarar iddiasına dayandırıldığı hallerde başvuru ile ilgili devletin ekonomik  
durumları dikkate alınır ve az bir maddi kayıp sebebiyle yapılan başvurular  
reddedilir.<sup>132</sup> Mahkemenin bu konudaki uygulamasına bakıldığında, genel  
olarak başvuru-  
cunun maddi kayıplarının 500 euronun üzerine çıkmadığı hal-  
lerde, başvuru-  
cunun reddedildiği görülmektedir.<sup>133</sup> Ancak maddi bir kaybın söz  
konusu olmadığı veya az bir maddi kaybın mevcut olduğu hallerde de başvuru-  
cunun önemli bir hak ihlaline maruz kalmış olması mümkündür. Bu ihtimal  
Mahkeme tarafından ayrıca değerlendirilir ve duruma göre her iki yönde bir  
sonuca da ulaşılabilir.<sup>134</sup>

Başvuru-  
cunun önemli bir zarar gördüğü hallerde başvuru-  
cunun esasına geçi-  
lebilmesi için madde metninde yer alan diğer iki şartın mevcut olup olmadığını  
incelemeye gerek yoktur. Ancak önemli bir zararın söz konusu olmadığı sonu-  
cuna ulaşıldığı hallerde bu şartların da incelenmesi gerekir. Bu bağlamda ince-  
lenmesi gereken ilk husus insan haklarına saygı ilkesinin başvuru-  
cunun esasına  
girilmesini zorunlu kılıp kılmadığıdır. Dikkat edilirse insan haklarına saygı ilke-  
sine vurgu yapan bu ifadeler Sözleşmenin 37. maddesinin 1. fıkrasının 2. cüm-  
lesi ile 39. maddesinin ilk fıkrası hükümlerinde de mevcuttur ve bu hükümler  
başvuru-  
cunun kayıttan düşürülmesi için gerekli şartların mevcudiyetine veya  
dostane çözüme rağmen Mahkemenin başvuruyu incelemeye devam etmesi  
gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır. Bu bağlamda Sözleşmeye uyulup uyul-  
madığına ilişkin genel konuları ilgilendiren başvuruların incelenmesinin ge-  
rekli olduğu kabul edilmektedir. Sözleşmeci devletlerin Sözleşmeden kaynak-  
lanan yükümlülüklerinin açıklığa kavuşturulmasının veya aleyhine başvuruda  
bulunulan devletin başvuru-  
cunun aynı konumda olan kişileri ilgilendiren yapı-  
sal bir eksikliği gidermesinin zorunlu olduğu hallerde durum böyledir. Buna  
karşın Mahkemenin benzer bir konuyu daha önce inceleyip karara bağladığı  
ve sözleşmeci devletlerin yükümlülükleri hakkında görüş ifade ettiği hallerde

---

<sup>132</sup> AİHM (1. Daire), Korolev / Rusya Davası'na ilişkin 01.07.2010 tarih ve 25551/05 başvuru  
numaralı karar; Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 35, Rn. 55 vd.

<sup>133</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 150.

<sup>134</sup> AİHM (1. Daire), Korolev / Rusya Davası'na ilişkin 01.07.2010 tarih ve 25551/05 başvuru  
numaralı karar; Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 35, Rn. 56. Örnekler için bkz. Schäfer, in:  
Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 150a vd.



insan haklarına saygı ilkesi başvurunun esastan incelenmesini gerektirmez.<sup>135</sup> Sözleşmenin 35. maddesinin (3/b) fıkrasında yer alan bu şart ile başvurucu açısından önemsiz olsa bile Sözleşmenin uygulanması veya yorumlanması ya da ilgili devlet hukuku açısından önem arz eden konuların Mahkemeye taşınabilmesine imkan tanınmıştır.<sup>136</sup>

Sözleşmenin 35. maddesinin (3/b) fıkrası uyarınca bireysel başvuruların kabul edilemezlik gerekçesiyle reddedilebilmesi için mevcut olması gereken ikinci ve son şart başvuru konusu uyuşmazlığın ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmiş olmasıdır. Bu şekilde önemsiz bir konuya ilişkin olsa bile tüm uyuşmazlıkların yargı denetimine tabi tutulması garanti altına alınmak istenmiştir.<sup>137</sup> Bu hüküm Sözleşme ile kurulan sistemin taliliği ilkesi (*principle of subsidiarity*) ile de uyum içindedir. İmzaya açılan, ancak henüz yürürlüğe girmeyen 24.06.2013 tarihli 15 No'lu Protokol'ün 5. maddesi ile Sözleşmenin 35. maddesinin (3/b) fıkrasının değiştirilmesi ve bu şartın Sözleşmeden çıkarılması öngörülmektedir.<sup>138</sup>

Mahkemeye göre ulusal bir yargı mercii tarafından gereği gibi incelenmiş olması gereken konu AİHM'ye taşınan uyuşmazlık değil, asıl uyuşmazlıktır.<sup>139</sup> İç hukukta ilgili kişilerin başvurabileceği bir yargı yolunun bulunmadığı hallerde, uyuşmazlığın incelenmemiş olduğu açıktır ve bu konuda başka bir değerlendirmeye ihtiyaç da yoktur.<sup>140</sup> Başvurulabilecek bir yargı merciinin bulduğu hallerde ise, ilgili yargılamanın Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan tüm standartları karşılaması gerekmez. Ancak yargılamanın keyfi bir şekilde yürütüldüğü veya kişinin hakkına ulaşmasının engellendiği hallerde, ilgili uyuşmazlığın gereği gibi incelenmediği kabul edilir.<sup>141</sup> Ulusal yargı mercilerinin önlerindeki davaları usul kurallarına aykırılık gerekçesiyle henüz ilk inceleme aşamasında reddettikleri hallerde de kural olarak konunun ulusal mahkemeler tarafından gereği gibi incelendiği varsayılır. Mahkemeye göre başvurucu üst derece yar-

<sup>135</sup> AİHM (1. Daire), Korolev / Rusya Davası'na ilişkin 01.07.2010 tarih ve 25551/05 başvuru numaralı karar.

<sup>136</sup> Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 80.

<sup>137</sup> AİHM (1. Daire), Korolev / Rusya Davası'na ilişkin 01.07.2010 tarih ve 25551/05 başvuru numaralı karar.

<sup>138</sup> Bkz. <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list> (Erişim Tarihi: 23.05.2016).

<sup>139</sup> AİHM (1. Daire), Korolev / Rusya Davası'na ilişkin 01.07.2010 tarih ve 25551/05 başvuru numaralı karar; Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 154.

<sup>140</sup> AİHM (5. Daire), Dudek / Almanya Davası'na ilişkin 23.11.2010 tarih ve 12977/09, 15856/09, 15890/09 ve 15892/09 başvuru numaralı karar. Kararın Almanca çevirisi için bkz. NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2011, s. 3145 vd.

<sup>141</sup> Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 155a; Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 35, Rn. 59.

gı mercii kararlarının yeniden incelenmesi hakkına sahip değildir. Bu nedenle bazı yargı mercilerinin kararlarına karşı başka bir başvuru imkanı bulunmaması Sözleşmenin 35. maddesinin (3/b) fıkrası hükümlerinin uygulanmasına engel değildir. Aksi takdirde iç hukuktaki nihai kararı tesis eden yargı mercilerinin Sözleşme hükümlerini ihlal ettiği iddiasına dayandırılan başvuruların elenmesi, bunlar önemsiz olsa bile, mümkün olmayacak ve bu durum ilgili hükmün amacına ters düşecektir.<sup>142</sup>

## VII. Yargılama Usulüne İlişkin Bazı Hususlar

Mahkemece yürütülen yargılamalar Sözleşme ve İÇtüzük ile hüküm altına alınan usuller dahilinde gerçekleştirilmektedir. Burada yargılama usullerinin tümüne değil, önemli görülen bazılarına değinilecektir.

### A. Tarafların Temsili

Sözleşmede tarafların temsiline ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakta, bu konu Mahkeme İÇtüzüğü'nün 35. ve 36. maddeleri ile düzenlenmektedir. İÇtüzüğün 35. maddesi sözleşmecı devletlerin avukat ve danışman yardımı alabilen kişilerce temsil edileceğini hükmüne bağlamışken, asıl önemli konu olan başvurucunun temsili konusuna 36. maddede yer verilmiştir. Buna göre Mahkemeye başvuru bizzat veya bir temsilci aracılığıyla yapılabilir. Ancak daire başkanınca aksi yönde bir karar alınmadığı müddetçe, başvurunun şikayet edilen devlete tebliğinden sonra başvuran tarafın temsil edilmesi zorunludur. Temsilci sözleşmecı devletlerden birinde çalışmaya yetkili olan ve bu devletlerin egemenliği altında bulunan yerlerde ikamet eden bir avukat olmalıdır. Ancak daire başkanının uygun görmesi halinde bunlar dışındaki kişilerin de başvuran tarafı temsil etmesi mümkündür. İstisnai hallerde daire başkanı temsilcinin temsil yetkisini kaldırıp başvuranın yeni bir temsilci bulması gerektiğine karar verebilir. Temsilci veya kendini bizzat savunmak isteyen taraf Mahkemenin resmi dillerinden birinde kendini ifade etme yeteneğine sahip değilse, Mahkeme başkanı sözleşmecı devletlerin resmi dillerinden birinin kullanılmasına izin verebilir. Ancak buna rağmen ilgili kişilerin Mahkemenin resmi dillerinden birini yeterli derecede anlıyor olması şarttır.

Mahkemenin resmi dillerinden kasıt İngilizce ve Fransızcadır. Bu husus Sözleşme ve ek protokollerin sonuna eklenen ifadelerden anlaşıldığı gibi, İÇ-

---

<sup>142</sup> AİHM (1. Daire), Korolev / Rusya Davası'na ilişkin 01.07.2010 tarih ve 25551/05 başvuru numaralı karar; AİHM (1. Daire), Galović / Hırvatistan Davası'na ilişkin 05.03.2013 tarih ve 54388/09 başvuru numaralı karar, Nr. 77; Schäfer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 35, Rn. 154a.

tüzüğün 34. maddesinin ilk fıkrası ile de açıkça hüküm altına alınmıştır. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, İtüzüğün “Usul” isimli (II) numaralı başlığı altındaki ilk madde olan 31. madde bu başlık altındaki hükümlerin her zaman bağlayıcı olmayabileceğini ifade etmektedir. İtüzüğün 31. maddesi şu şekildedir: “Bu başlık altındaki hükümler belli bir olayda, gerektiğinde tarafların görüşüne başvurulduktan sonra Mahkemenin bu hükümlerden ayrılmasına engel değildir.”<sup>143</sup> Dolayısıyla temsil ve temsilcilerde aranan şartlar bağlamında Mahkemenin İtüzüğün 36. maddesi hükmünden ayrılması mümkündür.

## B. Geçici Tedbirler

Yargılama sırasında Mahkemenin başvurabileceği geçici tedbirler konusunda da Sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmamakta, ancak bu konuda İtüzüğün 39. maddesinde bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre daire veya gerekli hallerde bölüm başkanları ile bu konuda görevlendirilmiş hakimler re’sen veya talep üzerine tarafların menfaatleri doğrultusunda veya yargılamanın gereği gibi yürütülebilmesi için alınması gerekli olan geçici tedbirleri (*interim measure*) taraflara bildirebilir. Böylece aleyhine başvuruda bulunulan devletlerden yargılama bir karara bağlanıncaya kadar başvuru konusu işlemi icra etmemeleri talep edilmektedir.<sup>144</sup> Geçici tedbirler başvuru hakkının anlamını yitirmesine engel olma amacına hizmet etmektedir. Sözleşmeciler devletler yargılama sonucunda tesis edilecek kararları olumsuz yönde etkileyebilecek davranışlarda bulunmamakla ve geçici tedbirlere uygun hareket etmekle yükümlüdür. Tedbirlere uyulmaması halinde Mahkeme Sözleşmenin bireysel başvuruyu düzenleyen 34. maddesinin ihlal edildiğini tespit altına alabilir.<sup>145</sup>

Geçici tedbirler konusunun ele alındığı önemli bir dava Mamatkulov ve Askarov / Türkiye Davası’dır. Bu davada Özbekistan’da bir muhalefet partisinin üyeleri olan iki kişi 11 ve 22 Mart 1999 tarihlerinde Türkiye aleyhine bireysel başvuruda bulunmuşlardır. AİHM’nin ilgili dairesinin başkanı 18 Mart 1999 tarihinde aldığı kararla İtüzüğün 39. maddesine istinaden başvuranların Özbekistan’a geri verilmemesinin daha iyi olacağını Türk hükümetine açıklamaya karar vermiştir. Ancak Türkiye Mahkemece belirlenen geçici tedbire uymayıp 27 Mart 1999 tarihinde başvuranları Özbekistan’a iade etmiştir. Mahkeme bunun üzerine verdiği kararda Türkiye’nin bildirimine uymamasının Mahke-

---

<sup>143</sup> Maddenin İngilizce metni şu şekildedir: “Rule 31 – Possibility of particular derogations: The provisions of this Title shall not prevent the Court from derogating from them for the consideration of a particular case after having consulted the parties where appropriate.”

<sup>144</sup> Grabenwarter / Pabel, *Europäische*, s. 48.

<sup>145</sup> Peters / Altwicker, *Europäische*, s. 280 vd.

menin normal usuli işlemleri izlemesini engellediğini, başvuranların AİHS’de öngörülen hakları için sağlanabilecek koruma seviyesinin iade işlemi ile geri dönülemez bir şekilde zarar gördüğünü, geçici tedbire uyulmamasının başvuranların Sözleşmenin 34. maddesiyle düzenlenen bireysel başvuru hakkında yararlanmalarını engellediğini hükme bağlamış ve sonuç olarak Türkiye’nin Sözleşmenin 34. maddesinde yer alan yükümlülüklerini yerine getirmediğine karar vermiştir.<sup>146</sup>

### C. Üçüncü Kişilerin Davaya Katılımı

Sözleşmenin 36. maddesine göre üçüncü kişilerin Mahkeme önündeki bazı yargılamalara katılması mümkündür. Bu hüküm davaya katılımı Mahkemenin bu konuda takdir yetkisi bulunup bulunmadığına göre iki farklı şekilde düzenlemiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre başvuru yapan vatandaşın olduğu sözleşmeciler devlet, daire veya büyük daire nezdinde görülmekte olan bütün davalarda yazılı görüş sunma veya duruşmalara katılma hakkına sahiptir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri büyük daire veya daireler nezdinde görülmekte olan bütün davalarda yazılı görüş sunabilir ve duruşmalara katılabilir. Bu iki fıkrada ilgili devlet veya insan hakları komiserinin davaya katılabilmesi konusunda Mahkemeye herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır.

Sözleşmenin 36. maddesinin ikinci fıkrası hem davaya katılabilecek kişilerin listesini oldukça genişletmiş hem de davaya katılımı Mahkemenin takdirine bırakmıştır. Buna göre Mahkeme başkanı yargılamanın gereği gibi yürütülebilmesi amacıyla yargılamaya taraf olmayan her sözleşmeciler devleti veya başvuru dışında kalan her ilgili kişiyi yazılı görüş sunmaya ya da duruşmalara katılmaya davet edebilir. Mahkeme bu konuda talep üzerine harekete geçebileceği gibi, re’sen de ilgili kişileri davaya katılmaya davet edebilir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, bu hüküm uyarınca davaya katılabilmek için ilgili devlet veya kişilerin bu yöndeki talepleri yeterli olmayıp, Mahkeme başkanının bu konudaki olumlu tutumu şarttır.<sup>147</sup>

### D. Re’sen Araştırma İlkesi

Sözleşmenin “*Davanın İncelenmesi*” (*Examination of the case*) başlıklı 38. maddesine göre Mahkeme davayı tarafların temsilcileri ile birlikte inceler ve

---

<sup>146</sup> AİHM (Büyük Daire), Mamatkulov ve Askarov / Türkiye Davası’na ilişkin 04.02.2005 tarih ve 46827/99 ve 46951/99 başvuru numaralı karar.

<sup>147</sup> Konu hakkında bkz. Bilir, AİHM’nin Yapısı, s. 148 vd.

gerekli görürse bir soruşturma yapar. Yüksek sözleşmeci taraflar soruşturmanın etkin bir şekilde yürütülebilmesi için gerekli tüm kolaylıkları sağlar. Bu hüküm gerekli görürse Mahkemenin bir soruşturma yapacağını hükme bağlamakla re'sen araştırma ilkesini de kabul etmiş olmaktadır. Mahkeme yargılamaya konu olan uyuşmazlığı incelerken tarafların beyanları veya gösterdiği ispat araçları ile bağlı değildir. Ulusal bir yargılamanın mevcut olduğu hallerde, Mahkeme yargılamayı kural olarak ulusal yargı mercileri tarafından tespit altına alınan hususlardan hareketle yapar. Ancak Mahkeme bu tespitlerle bağlı olmayıp, önemli sebeplerin varlığı halinde bunlardan ayrılabilir. Davanın yeterince aydınlatılmamış olduğu hallerde Mahkeme taraflardan yeni bilgi ve delil talebinde bulunabilir. Taraflar Mahkemenin talebi doğrultusunda hareket etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün makul bir sebep olmaksızın aleyhine başvuruda bulunulan devlet tarafından yerine getirilmemesi halinde, Mahkeme Sözleşmenin 38. maddesinin ihlal edildiğini tespit altına alabilir. Yükümlülüğün başvuran tarafça ihlal edilmesi halinde ise, Sözleşmenin 37. maddesinin (1/c) fıkrası uyarınca başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verilebilir. Mahkeme taraflardan yardım talebinde bulunabileceği gibi, ihtiyaç duyarsa gerekli araştırmayı kendisi de yapabilir. Bu bağlamda Mahkemenin bilirkişi görevlendirmesi, keşif yapması veya tanık dinlemesi mümkündür.<sup>148</sup>

### E. İspat Külfeti

Sözleşmeci devletlerin Sözleşmede yer alan bir hakkı ihlal ettiklerini ispat külfeti kural olarak başvuran tarafa, buna karşın ihlalin haklı bir sebebe dayandığını ispat külfeti ise ilgili devlete aittir. Ancak başvuran tarafın iddialarının doğruluğunun tespit altına alınabilmesi için gerekli olan bilgi ve belgelere yalnızca ilgili devlet tarafından ulaşılabildiği hallerde, Mahkeme başvuran tarafın lehine olarak ispat yükünü tersine çevirebilmektedir. Sözleşmeci devletlerin herhangi bir makul sebep bulunmaksızın Mahkemece talep edilen bilgi ve belgeleri sunmaması durumunda, az önce de zikredildiği üzere 38. maddenin ihlal edildiği tespit altına alınabileceği gibi, ilgili devletin bu tavrına bazı sonuçlar da bağlanabilir ve başvurusunun iddialarının doğruluğundan hareket edilebilir.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> Wenzel, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 38, Rn. 1, 4 vd.; Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 38, Rn. 2 vd.

<sup>149</sup> Bkz. AİHM (1. Daire), Orhan / Türkiye Davası'na ilişkin 18.06.2002 tarih ve 25656/94 başvuru numaralı karar, Nr. 266; AİHM (3. Daire), Aktaş / Türkiye Davası'na ilişkin 24.04.2003 tarih ve 24351/94 başvuru numaralı karar, Nr. 272; AİHM (2. Daire), Süheyla Aydın / Türkiye Davası'na ilişkin 24.05.2005 tarih ve 25660/94 başvuru numaralı karar, Nr. 143 vd.

İspat yükünün ters dönmesi yargılamanın esasını ilgilendiren konulara ilişkin olabileceği gibi, ilk inceleme konularına ilişkin de olabilir. Sözgelimi sağlıklı bir şekilde gözaltına alınan kişinin gözaltında yaralanması veya ölmesi halinde yaralama veya ölüm olayı ile ilgili olarak Sözleşmenin ihlalinin söz konusu olmadığını ispat külfeti ilgili devlete aittir.<sup>150</sup> Aynı şekilde ilk inceleme aşamasında iç hukuk yollarının tüketildiği hususunun kural olarak başvuran tarafça ispat edilmesi gerekir. Ancak ilgili devletin başvurucunun bu yöndeki iddialarına itiraz etmesi halinde, ispat külfeti ters dönmektedir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, devlet başvuran tarafça tüketilmeyen etkin bir iç hukuk yolunun varlığını ispat etmekle yükümlü tutulmaktadır.<sup>151</sup>

### **F. Duruşmanın ve Yargılamanın Aleniyeti İlkesi**

Sözleşmenin 40. maddesinin ilk fıkrasına göre Mahkeme istisnai hallerde aksi yönde karar vermedikçe duruşmalar kamuya açıktır. Bu hüküm uyarınca herkesin, bu arada basının duruşma salonuna girmesi serbesttir. Ancak İçtüzüğün 63. maddesine göre demokratik bir toplumda ahlakın, kamu düzeninin veya ulusal güvenliğin gerektirdiği, gençlerin yararının veya tarafların özel yaşamlarının korunmasının gerekli olduğu ya da aleniyetin adalete zarar verebileceği özel hallerde duruşmaların tamamı veya bir kısmı basına veya diğer kişiler kapatılabilir. Bu karar Mahkemece re'sen veya taraflar ile diğer kişilerin talepleri üzerine alınabilir.

Sözleşmenin 40. maddesinin ikinci fıkrasına göre Mahkeme başkanı aksi yönde bir karar vermedikçe Mahkemeye sunulan evraklar da kamu erişimine açıktır. Ancak Sözleşmenin 39. maddesinde bu konuda özel bir hüküm vardır. Buna göre dostane çözüm bağlamında sunulan belgeler aleni olmayıp, gizlidir. İçtüzüğün 33. maddesi aleniyetin kısmen veya tamamen kaldırılabilirliği halleri İçtüzüğün 63. maddesine benzer bir şekilde düzenlemiştir. Aleniyetin kaldırılmasına re'sen veya talep üzerine karar verilebilir.

### **VIII. Yargılamayı Sona Erdiren İşlemler**

Mahkemenin görev alanına giren konularda usulüne uygun bir şekilde yapılan başvuru üzerine Mahkeme gerekli inceleme ve yargılama faaliyetlerine başlar. Mahkemece başlatılan bu süreç farklı şekillerde son bulabilir. Aşağıda Sözleşmenin 33. ve 34. maddeleri kapsamında yapılan devlet başvuruları ile

---

<sup>150</sup> Konu hakkında ayrıntılı örnekler için bkz. Wenzel, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 38, Rn. 12 vd.; Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 38, Rn. 20 vd.

<sup>151</sup> Bkz. yukarıda 83. dipnotun bulunduğu yer; Wenzel, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 38, Rn. 14.

bireysel başvurular üzerine başlatılan yargılamalara son veren işlemlere değinilecektir.

### **A. Başvuruların İlk İnceleme Üzerine Reddi**

Mahkemeye yapılan başvuruların esastan incelenebilmesi için gerekli olan kabul edilebilirlik koşullarına yukarıda değinildi. Bu koşullardan birinin mevcut olmadığı hallerde Mahkeme başvuruyu reddeder. Ret kararı ile birlikte Mahkeme dosyadan elini çeker ve başkaca bir inceleme yapmaz. Başvuru ilk inceleme aşamasında reddedildikten sonra Mahkeme kararında zikredilen eksikliğin giderilmesi mümkün ise, bu eksikliğin giderilmesi suretiyle yeni bir başvuruda bulunulmasının önünde herhangi bir engel yoktur.<sup>152</sup> Sözgelimi başvuru iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle reddedilmişse, iç hukuk yolları tüketilebilir ve ardından yeni bir başvuru yapılabilir. Ancak bunun için işin esasına girilmesini engelleyen başka bir sebebin bulunmaması gerekir. Zikredilen örnekte iç hukuk yolları tüketilmiş, ancak bu kez de hakkın kötüye kullanılması söz konusu ise, bu durumda yeni başvurunun da esasına girilmeyecek, başvuru ilk inceleme aşamasında reddedilecektir. Kimi hallerde kabul edilebilirlik koşullarındaki eksikliğin telafisi imkan dahilinde değildir. Bu tür durumlarda aynı konunun yeniden Mahkemeye taşınması mümkün olmaz. Başvurunun süre aşımı nedeniyle reddedildiği hallerde durum böyledir.

### **B. Başvuruların Kayıttan Düşürülmesi**

Başvuruların kayıttan düşürülmesi ile ilgili olarak Sözleşmede iki farklı hüküm bulunmaktadır. Bunlardan biri özel hüküm niteliğinde olan Sözleşmenin dostane çözüme ilişkin 39. maddesi, diğeri ise bu konudaki genel hüküm olan Sözleşmenin 37. maddesidir. Aşağıda öncelikle genel hüküm, ardından da dostane çözüme ilişkin özel hüküm incelenecektir.

#### **1. Sözleşmenin 37. Maddesi Kapsamında Kayıttan Düşürme**

Sözleşmenin 37. maddesinin ilk fıkrası Mahkemeyi başvuruları kayıttan düşürme yetkisi ile donatmaktadır. Bu hükme göre başvuruların kayıttan düşürülmesi üç halde mümkündür. Bunlardan ilki 37. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde düzenlenen başvuru sahibinin başvurusunu takip etme niyetinde olmaması halidir. Başvurunun geri alındığı hallerde başvurunun takip edilmek istenmediği açıktır.<sup>153</sup> Ancak başvurunun açıkça geri alınmadığı hallerde de du-

---

<sup>152</sup> Tezcan / Erdem / Sancakdar / Önok, İnsan Hakları, s. 594.

<sup>153</sup> AİHM (3. Daire), Fazilet Partisi ve Kutan / Türkiye Davası'na ilişkin 27.04.2006 tarih ve 1444/02 başvuru numaralı karar.

ruma göre aynı sonuca ulaşılabilir. Sözgelimi başvuranın Mahkemece belirlenen süre içinde Mahkemenin yazılarına cevap vermemesi halinde, Mahkeme öncelikle Sözleşmenin ilgili maddesine atıfta bulunarak başvurunun kayıttan düşürülebileceğini başvurana bildirir. Başvuran buna rağmen cevap vermezse, Mahkeme bu durumdan başvurunun takip edilmek istenmediği sonucunu çıkarabilir ve başvuruyu kayıttan düşürebilir.<sup>154</sup> İhtüzüğün 43. maddesinin 2. fıkrasına göre devlet başvurularında başvuran devletin başvuruyu takip etme niyetinde olmadığını bildirmesi üzerine başvurunun kayıttan düşürülebilmesi için, ilgili diğer sözleşmeciler devlet veya devletlerin de bu durumu kabul etmeleri gerekir.

Başvuruların kayıttan düşürülebileceği ikinci hal, başvurunun temelinde yatan uyuşmazlığın çözümlenmesidir. Bu hüküm Sözleşmenin 37. maddesinin ilk fıkrasının (b) bendinde yer almaktadır. Uyuşmazlığın çözümü ile sonuçlanan yaygın bir uygulama başvuran ile ilgili devlet arasında yapılan bir sulh mahiyetindeki dostane çözümdür ki, bu konu Sözleşmenin 39. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir ve aşağıda ayrıca incelenecektir. Bunun dışında kalan hallerde de uyuşmazlığın çözümü gerekçesiyle başvurunun kayıttan düşürülmesi mümkündür. Bunun için başvuruya sebebiyet veren olayların ortadan kalkması ve bu durumun sebebiyet verdiği zararların telafi edilmesi gerekir. Bu bağlamda bir devletin kanuni bir düzenleme yoluyla başvuru konusu uyuşmazlığı çözüme kavuşturması ve başvurana Sözleşmeye uygun bir tazminat imkanı tanınması başvurunun kayıttan düşürülmesine sebep teşkil edebilir.<sup>155</sup>

Sözleşmenin 37. maddesinin ilk fıkrasının (c) bendine göre başvurunun kayıttan düşürülebileceği son hal, Mahkemece tespit altına alınan başka bir sebepten dolayı başvurunun incelenmesine devam edilmesinin herhangi bir haklı nedene dayanmamasıdır. Bu düzenleme ile Mahkemeye geniş bir takdir yetkisi tanınmakta ve 37. maddenin ilk fıkrasının ilk iki bendi kapsamına girmeyen hallerde de başvuruların kayıttan düşürülmesine imkan tanınmaktadır. Bu bent hükmü kapsamında en yaygın olarak karşılaşılan durum başvuru sahibinin ölmesidir. Ancak ölenin yakınları veya mirasçıları gibi yargılamayı devam ettirme yetkisine sahip olan kişilerin bu yetkilerini kullanmak istemeleri halinde, başvuru kayıttan düşürülmez. Aynı durum tüzel kişiler için de geçerlidir.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> AİHM (1. Daire), Yakan / Türkiye Davası'na ilişkin 19.09.2000 tarih ve 43362/98 başvuru numaralı karar; AİHM (1. Daire), Michalis Artemi ve Panos Gregory / Kıbrıs ve Diğerleri Davası'na ilişkin 30.09.2010 tarih ve 35524/06 başvuru numaralı karar.

<sup>155</sup> Wenzel, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 37, Rn. 5 vd.

<sup>156</sup> Wenzel, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 37, Rn. 8 vd.; Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 37, Rn. 7.



Aleyhine başvuruda bulunulan devletin tek taraflı olarak hak ihlalini ve başvurucuya tazminat ödemeyi kabul ettiği hallerde de başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verilebilmektedir. Başvurucunun yargılamayı devam ettirmek istemesi de böyle bir karar alınmasına engel olarak görülmemektedir.<sup>157</sup>

Başvuruların kayıttan düşürülmesine Sözleşmenin 37. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesi ile önemli bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre Sözleşme ve ek protokollerle belirlenen insan haklarına saygının gerekli kıldığı hallerde Mahkeme başvuruyu incelemeye devam eder. AİHM içtihatlarına göre Sözleşmenin temel amacı bireylere hukuki koruma sağlanması olsa da, önemli konuları karara bağlamak ve insan haklarının korunması alanında genel standartlar geliştirmek de Sözleşme ile getirilen sistemin amaçları arasında yer almaktadır. Bu bağlamda kamuyu ilgilendiren önemli bir konunun ele alındığı hallerde, başvurunun ölmesi ve yargılamayı devam ettirme yetkisine sahip başka bir kişinin bulunmaması dahi Mahkemenin yargılamaya devam etmesine engel değildir.<sup>158</sup>

Sözleşmenin 37. maddesinin 2. fıkrasına göre Mahkeme koşulların bunu haklı kıldığı kanısında ise, bir başvurunun yeniden kayda alınmasına karar verilebilir. Burada önemli olan insan haklarına saygı ilkesinin başvurunun yeniden kayda alınmasını gerektirip gerektirmediğidir.<sup>159</sup> Başvurunun Sözleşmenin 37. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine göre kayıttan düşürülmesine rağmen başvuranın aslında davasını takip etmek istediği, ancak buna imkan bulamadığı hallerde durum böyledir.<sup>160</sup> Bir devletin tek taraflı olarak hak ihlalini ve tazminat ödemeyi kabul etmesi üzerine başvurunun kayıttan düşürülmesinden sonra, ilgili devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde de 37. maddenin 2. fıkrasına göre yargılamaya yeniden başlanabilir.<sup>161</sup> Aynı durum hemen aşağıda incelenecek olan dostane çözüm üzerine kayıttan düşürülen başvurular için de geçerlidir.<sup>162</sup>

---

<sup>157</sup> AİHM (Büyük Daire), Tahsin Acar / Türkiye Davası'na ilişkin 06.05.2003 tarih ve 26307/95 başvuru numaralı karar, Nr. 75. Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. Wenzel, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 37, Rn. 13 vd.

<sup>158</sup> Bkz. AİHM (1. Daire), Karner / Avusturya Davası'na ilişkin 24.07.2003 tarih ve 40016/98 başvuru numaralı karar, Nr. 25 vd.; Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 37, Rn. 9; Wenzel, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 37, Rn. 21.

<sup>159</sup> Cremer, Entscheidung und Entscheidungswirkung, s. 1717 vd.

<sup>160</sup> AİHM (2. Daire), Joseph Nehru / Hollanda Davası'na ilişkin 27.08.2002 tarih ve 52676/99 başvuru numaralı karar; Wenzel, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 37, Rn. 31.

<sup>161</sup> AİHM (Büyük Daire), Tahsin Acar / Türkiye Davası'na ilişkin 06.05.2003 tarih ve 26307/95 başvuru numaralı karar, Nr. 76; Wenzel, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 37, Rn. 31.

<sup>162</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 39, Rn. 10.

## 2. Dostane Çözüm Kapsamında Kayıttan Düşürme

Sözleşmenin 39. maddesi başvuru konusu uyuşmazlığın tarafların kendi aralarında anlaşması yoluyla sonlandırılabilceğini hüküm altına almaktadır. Dostane çözüm sulh müessesesine benzese de, bazı yönlerden sulh sözleşmesinden ayrılmaktadır. Sulh sözleşmesi ilgili bulunduğu davayı sona erdirirken,<sup>163</sup> dostane çözüm tek başına bu sonucu doğurmaz. Dostane çözümde taraflar arasındaki anlaşmanın Mahkeme tarafından da incelenmesi gerekir. Yapılan incelemede tarafların üzerinde anlaştığı çözümün insan haklarına saygı ilkesi ile uyum içinde olduğunun görülmesi halinde başvuru kayıttan düşürülebilir. Dolayısıyla yargılamaya son veren işlem dostane çözümün kendisi değil, bu çözüm üzerine Mahkemece alınan karardır.<sup>164</sup> Zira Sözleşmenin 39. maddesinin birinci fıkrası dostane çözümün insan haklarına saygı ilkesine dayanması gerektiğini, üçüncü fıkrası ise dostane çözüm durumunda olayların ve üzerinde uzlaşılan çözümün kısa bir özetini içeren bir kararla başvurunun Mahkemece kayıttan düşürüleceğini hüküm altına almaktadır.

Dostane çözüm ile kural olarak ilgili devletin Sözleşmeye aykırı bir eylem veya işlemde bulunduğu değil, yalnızca devletin başvurucuya belli bir edimde bulunacağı hüküm altına alınmaktadır. Bu edim çoğu zaman belli bir miktar paranın başvurucuya ödenmesinden ibarettir. Ancak dostane çözüm ile bir malın iadesinin, cezanın infazından vazgeçilmesinin, cezanın tümünden veya kısmen affedilmesinin ya da bir konudaki mevzuatın değiştirilmesini öngören yükümlülüğün hüküm altına alınması da mümkündür.<sup>165</sup> Sözleşme dostane çözümün içeriğine ve şekline ilişkin herhangi bir hükme yer vermemektedir. Ancak demin de söylendiği gibi, ulaşılan çözümün insan haklarına saygı ilkesi ile uyum içinde olması şarttır. Aksi takdirde tarafların anlaşması yargılamanın sona ermesi ile sonuçlanmaz ve Mahkeme başvuruyu incelemeye devam eder.<sup>166</sup>

Sözleşmenin 39. maddesinin 2. fıkrasına göre yargılamanın dostane çözümle sonuçlanması amacıyla yapılan işlemler gizlidir. Dolayısıyla tarafların müzakereler sırasında yapılan açıklamalar hakkında üçüncü kişilere bilgi verme yetkileri bulunmamaktadır. İhtüzüğün 62. maddesinin 2. fıkrasına göre dostane çözüm görüşmeleri tarafların çekişmeli yargıdaki iddia ve savunma-

---

<sup>163</sup> Bkz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m. 315.

<sup>164</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 39, Rn. 11; Bilir, AİHM'nin Yapısı, s. 151.

<sup>165</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 39, Rn. 3; Wenzel, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 39, Rn. 8.

<sup>166</sup> Wenzel, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 39, Rn. 9.

larını etkilemez. Yargılamada dostane çözüm görüşmeleri sırasında yapılan yazılı veya sözlü bildirimler ile öneri veya kabuller zikredilemez ve bunlara dayanılmaz. Bu hükümlere aykırı hareket edilmesi halinde, Mahkeme başvuru hakkının kötüye kullanıldığını tespit altına alabilir.<sup>167</sup>

Sözleşmenin 39. maddesinin ilk fıkrası Mahkemenin yargılamanın her aşamasında başvurunun dostane çözüm ile sonuçlanmasını sağlamak üzere taraflara yardımcı olabileceğini hüküm altına almaktadır. İhtüzüğün 62. maddesi ise Mahkemeyi bu amaçla taraflarla bağlantıya geçmekle ve dostane çözümü kolaylaştırmak için uygun görülen tedbirleri almakla görevlendirmektedir. Yapılan görüşmeler sonucunda dostane çözümün sağlanması ve diğer şartların da mevcut olması halinde, Mahkeme başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verir ve Sözleşmenin 39. maddesinin 4. fıkrası uyarınca bu karar dostane çözümün icrasını denetlemekle görevli makam olan Bakanlar Komitesine gönderilir. Görüşmelerin herhangi bir sebeple başarıya ulaşmaması kural olarak yargılamanın devam etmesi sonucunu doğursa da, ilgili devlet Sözleşmenin 37. maddesinin ilk fıkrasının (c) bendi uyarınca yargılamanın sona ermesini sağlamak amacıyla tek taraflı beyanda bulunabilir. İhtüzüğün 62/A maddesi ile düzenlenen bu duruma yukarıda değinilmiştir.<sup>168</sup>

### **C. Başvurunun Esastan Karara Bağlanması**

Mahkemeye yapılan başvuruların ilk inceleme aşamasında reddedilmesini veya başvurunun kayıttan düşürülmesini gerektiren bir sebebin bulunmaması durumunda Mahkeme başvuru hakkının iddiaları hakkında gerekli yargılamayı yapar ve bir karar verir. Bu kararın iki yönde olması mümkündür. Mahkeme başvuru hakkının aksine ilgili devletin Sözleşme hükümlerini ihlal etmediği kanaatinde ise, bu durumu tespit altına alarak başvuruyu reddeder. Buna karşın Mahkeme ihlal iddiasının doğru olduğu kanaatine varırsa, Sözleşmenin ilgili maddesinin ihlal edildiğini hüküm altına almak suretiyle başvuruyu kabul eder. İhlal iddialarının kısmen kabulü ve kısmen reddi de mümkündür.

Başvurunun esastan kabulü durumunda başvuru lehine tazminat ödenmesine de karar verilebilir. Sözleşmenin 41. maddesi uyarınca Sözleşme veya protokollerin ihlal edildiği karar altına alınır ve ilgili sözleşmecinin devleti iç hukuku ihlalin olumsuz sonuçlarını tam olarak ortadan kaldıramıyorsa, Mah-

---

<sup>167</sup> Bkz. yukarıda 127. dipnotun bulunduğu yer. Ayrıca bkz. Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 39, Rn. 8.

<sup>168</sup> Bkz. yukarıda 157. ve 161. dipnotların bulunduğu yer. Konu hakkında bkz. Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 39, Rn. 9.

kemece gerekli görülmesi halinde, hak ihlaline uğrayan tarafa uygun bir tazminat ödenmesi hüküm altına alınabilir. Bu hüküm uyarınca başvuru tazminat ödenmesine karar verilebilmesi için bazı şartların mevcut olması gerekir. Bunlardan bir kısmı sorumluluk hukukunun genel şartlarından oluşmaktadır ki, bu şartlar bir hak ihlalinin varlığı, zarar ve illiyet bağından oluşmaktadır. Sözleşmenin 41. maddesine göre bu genel şartların dışında ayrıca bazı özel şartların da mevcut olması gerekir. Bunlardan ilki kişinin maruz kaldığı zararın ilgili devlet hukukuna göre karşılanamaması veya eksik karşılanmasıdır. Mahkemeye başvurulabilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmesi şart olduğundan, kural olarak bu şartın mevcudiyetinden hareket edilir.

Hak ihlaline uğrayan kişi lehine tazminata hükmedilebilmesi için mevcut olması gereken diğer bir özel şart da tazminatın Mahkemece gerekli görülmesidir. Sözleşmenin 41. maddesinde yer alan “gerekli ise” (*if necessary*) ifadeyle başvuran tarafın tazminatın hüküm altına alınması konusunda herhangi bir hakka sahip olmadığı, buna karşın Mahkemenin bu konuda takdir yetkisine sahip olduğu ifade edilmek istenmektedir. Başka bir ifadeyle hak ihlali ile sorumluluk için gerekli şartlar mevcut olsa bile Mahkeme gerekli görmezse ilgili kişiler lehine tazminata hükmetmeyebilir. Tazminata hükmedip hükmetme konusunda takdir yetkisine sahip olan Mahkeme aynı yetkiye tazminatın miktarını belirleme konusunda da sahiptir. Yani Mahkeme zararın tümü yerine bir kısmının tazminine de karar verebilir.<sup>169</sup>

Başvurunun esastan kabul edilmesi halinde hüküm altına alınabilecek tazminat hem maddi hem de manevi zarar dikkate alınarak hesaplanabilir. Tüzel kişiler ve tüzel kişiliği haiz olmayan kişi toplulukları lehine de manevi tazminata hükmedilebilir.<sup>170</sup> Maddi ve manevi zararın dışında hak ihlaline uğrayan kişi lehine yargılama giderlerine de hükmedilebilir. Gerçi Sözleşmenin 50. maddesine göre Mahkemenin yargılama giderleri Avrupa Konseyi tarafından karşılanır. Ancak buna rağmen başvuran kişinin AİHM önündeki yargılama dolayısıyla birtakım giderlerle karşı karşıya kalması mümkündür. Bu tür giderlere vekalet masrafları ile tercüme giderleri örnek gösterilebilir.<sup>171</sup> Bu giderler ile bunların dışında kalan ve ulusal yargı mercileri tarafından yapılan yargılama-

---

<sup>169</sup> Wenzel, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 41, Rn. 18 vd.

<sup>170</sup> AİHM (Büyük Daire), Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP) / Türkiye Davası'na ilişkin 08.12.1999 tarih ve 23885/94 başvuru numaralı karar, Nr. 55 vd.; AİHM (5. Daire), Bulgaristan Holy Synod Ortodoks Kilisesi / Bulgaristan Davası'na ilişkin 16.09.2010 tarih ve 412/03 ve 35677/04 başvuru numaralı karar, Nr. 34 vd.; Wenzel, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 41, Rn. 14; Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 99.

<sup>171</sup> Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 100.

lar dolayısıyla meydana gelen giderlerin de Sözleşmenin 41. maddesi kapsamında tazmin edilmesi mümkündür.<sup>172</sup> Tazminata hükmedilebilmesi için kural olarak ilgili kişinin bu yönde bir talepte bulunmuş olması gerekir.<sup>173</sup> Lehine tazminata hükmedilecek olan kişi hak ihlaline uğrayan kişidir ki, bu da kural olarak başvuran kişidir. Kişilerin maruz kaldığı bir hak ihlalinin Sözleşmenin 33. maddesi kapsamında bir devlet başvurusuna konu yapılması halinde, hak ihlaline uğramakla birlikte başvuran sıfatına sahip olmayan kişiler lehine de tazminata hükmedilebilir.<sup>174</sup>

Mahkeme tarafından tesis edilen kesin kararlar şekli ve maddi anlamda kesin hüküm<sup>175</sup> teşkil ederler. Yani bunların yeniden denetime tabi tutulması veya değiştirilmesi talep edilemez,<sup>176</sup> bu kararlarla hüküm altına alınan hususlar bağlayıcıdır. Mahkeme kararları kural olarak yalnızca taraflar açısından bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Sözleşmenin 46. maddesinin ilk fıkrası da bu duruma işaret etmektedir. Ancak konu hakkındaki genel kurallar uyarınca Sözleşmenin 36. maddesi kapsamında davaya katılan devlet veya kişilerin de kararla bağlı oldukları kabul edilmektedir. Ayrıca pilot kararların<sup>177</sup> söz konusu olduğu hallerde Mahkeme kararları daha geniş kitleler hakkında hüküm ve sonuç doğurabilmektedir.<sup>178</sup>

Mahkeme kararları ile yalnızca Sözleşmeye aykırılığın tespiti ve şartları mevcutsa tazminat ödenmesi hüküm altına alınabilir. Mahkeme sözleşmeci devletlerin yasama, yürütme veya yargı organlarına ait düzenleme, işlem veya kararlarını kaldırma veya bozma yetkisine sahip değildir. Dolayısıyla Mahkemece tesis edilen bir mahkumiyet kararı ilgili devlete ait bir yasal düzenlemenin, idari işlem veya eylemin ya da yargı kararının Sözleşmeye aykırı olduğunu hüküm altına almış olsa bile, bunlar kendiliğinden hükümsüz kalmaz ve hukuk dünyasından silinmez. Ancak Sözleşmenin 46. maddesinin ilk fıkrası uyarınca sözleşmeci devletler kesinleşmiş Mahkeme kararlarına uymayı taahhüt ettik-

<sup>172</sup> Peters / Altwicker, Europäische, s. 288.

<sup>173</sup> Wenzel, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 41, Rn. 20.

<sup>174</sup> AİHM (Büyük Daire), Kıbrıs / Türkiye Davası'na ilişkin 12.05.2014 tarih ve 25781/94 başvuru numaralı karar, Nr. 42 vd.

<sup>175</sup> Kesin hüküm ilkesi hakkında bkz. Muratoğlu, Devletin, s. 191 vd.

<sup>176</sup> Sözleşmede yer almamakla birlikte İhtüdüğün 80. maddesi AİHM tarafından tesis edilen yargı kararlarının düzeltilmesi talebinde bulunabileceğini hüküm altına almaktadır. Madde başlığında "bir hükmün düzeltilmesi" (*revision of a judgment*) ifadesi kullanılsa da burada hüküm altına alınan husus mahiyeti itibarıyla yargılamanın yenilenmesi müessesidir. Konu hakkında bkz. Gözübüyük / Gölcüklü, AİHS, s. 122.

<sup>177</sup> Konu hakkında bkz. Baysal, Başvuruların İncelenme Süreci, s. 40 vd.; Yıldırım, 6384 Sayılı, s. 1733 vd.; Hamdemir, Bireysel Başvuru, s. 370 vd.

<sup>178</sup> Breuer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 46, Rn. 31.

lerinden, Sözleşmeye aykırılığın ilgili devletçe giderilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Sözleşmeye aykırılığın ne şekilde giderileceği ise kural olarak Sözleşmeciler devletlerin takdirindedir.<sup>179</sup>

Mahkeme kararlarının ve dolayısıyla Sözleşme hükümlerinin uygulanması amacıyla Sözleşmeciler devletlerin farklı şekillerde hareket etmesi mümkündür. Sözleşmeye aykırılığın yasal bir düzenlemeden kaynaklanması halinde, ilgili yasal düzenlemenin değiştirilmesi, kaldırılması veya Sözleşmeye uygun yorum yoluyla Sözleşmeye aykırılığın giderilmesi mümkündür. Sözleşmeye aykırılığın sebebi bir idari işlem ise, bu işlem kaldırılabilir veya geri alınabilir. Buna karşın Sözleşmeye aykırılık bir yargı kararına dayanıyorsa, yargı bağımsızlığı ve yargı kararlarının sahip olduğu özellikler nedeniyle bir devletin ilgili yargı kararının kesin hüküm özelliğini ortadan kaldırması kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte sözleşmeciler devletler Sözleşmeye aykırılığı hüküm altına alınmış yargı kararlarına karşı iadei muhakeme yolunu açabilir veya Sözleşmeye aykırı yargılama usullerine ilişkin yasal düzenlemelerde gerekli uyarlamaları yapabilirler. Devletlerin bu şekilde hareket etmeleri kimi zaman Sözleşmeden kaynaklanan bir zorunluluk olarak da ortaya çıkabilir.<sup>180</sup>

## IX. Sonuç

İkinci Dünya Savaşı sonrasında insan hakları alanında ortaya çıkan en önemli gelişme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin imza altına alınması olmuştur. Sözleşmenin temel özelliği bir Mahkeme teşkilatına yer vermesi ve bireylerin sözleşmeciler devletlere karşı Mahkeme nezdinde hak iddiasında bulunmasına imkan tanımasıdır. Sözleşme ile hüküm altına alınan bir hakkın sözleşmeciler devletlerce ihlal edildiğinin Mahkemece hüküm altına alınması halinde, ilgili devlet ihlalden kaynaklanan hak kaybını telafi etmekle yükümlü tutulabilmekte, bu şekilde temel hak ve hürriyetler uluslararası alanda koruma altına alınmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti Sözleşmeyi ve Sözleşmeye ek protokollerden önemli bir kısmını imzalamış ve yürürlüğe koymuştur. Onaylanması kanunla uygun bulunan bu düzenlemeler Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca kanunlar karşısında uygulanma önceliğine sahip olup, bunların Anayasa Mahkemesince iptali talebinde bulunulması

---

<sup>179</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 46, Rn. 22 vd.; Breuer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 46, Rn. 34 vd.; Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 102 vd.; Karaaslan, AİHM'nin Yapısı, s. 124 vd.; Bilir, AİHM'nin Yapısı, s. 153.

<sup>180</sup> Bkz. Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 46, Rn. 27 vd.; Breuer, in: Karpenstein / Mayer, EMRK, Art. 46, Rn. 34 vd.; Grabenwarter / Pabel, Europäische, s. 104; Kılınc, AİHM Kararlarının İnfazı, s. 251 vd., 259 vd.

mümkün değildir. Bu nedenle Sözleşme hukukumuzun önemli kaynaklarından biridir. Sözleşme ve ek protokollerle hüküm altına alınan hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince karara bağlanmaktadır. Mahkemenin kuruluşu, görevleri ve çalışma usulü gibi hususlar esasen Sözleşme ile belirlenmekle birlikte, bu konularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtüzüğü'nde de düzenlemeler mevcuttur. Sözleşmenin amacına ulaşabilmesi ve Sözleşme ile garanti altına alınan haklardan faydalanılabilmesi bu tür konuların da titizlikle incelenmesini ve dikkate alınmasını gerektirir. Unutulmamalıdır ki, Sözleşmeyle tanınan haklar ancak usulü dairesinde kullanılabilir ve usul hükümlerine önem verilmemesi esasın kaybedilmesi ile sonuçlanabilir.

◆◆◆

#### KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı: Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 23.05.2016).

Akay, Seda: Etkili Bir İnsan Hakları Mekanizması İçin: AİHS Sisteminde Hükümlerin İcrasının Denetimi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 16, Güz: 2009, s. 117 - 134.

Baysal, Mustafa: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Başvuruların İncelenme Süreci ve Sürecin Etkin Kılınmasına Yönelik Uygulamalar: Sağlam, Mustafa (Editör), Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013, s. 19 - 46.

Bilir, Faruk: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Yıl: 2006, Sayı: 1, s. 135 - 156.

Breuer, Marten: Kommentierung zu Art. 46 EMRK, in: Karpenstein, Ulrich / Mayer, Franz C.: EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2015.

Council of Europe: <http://www.coe.int/> (Erişim Tarihi: 23.05.2016).

Cremer, Hans-Joachim: Entscheidung und Entscheidungswirkung, in: Grote, Rainer / Marauhn, Thilo (Hrsg.), EMRK / GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Mohr Siebeck, Tübingen 2006, Kapitel 32: s. 1704 - 1771.

Çınar, İbrahim: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü: Sağlam, Mustafa (Editör), Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013, s. 165 - 224.

Durmaz, Cüneyt: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Başvuruların Ayırıştırılması ve Tek Hakim Formasyonu: Sağlam, Mustafa (Editör), Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013, s. 47 - 69.

Durmaz, Cüneyt: Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Nedenleri: Sağlam, Mustafa (Editör), Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013, s. 225 - 246.

Ehlers, Dirk: Allgemeine Lehren der EMRK, in: Ehlers, Dirk (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2009, s. 25 - 80.

Ekinci, Hüseyin: Kabul Edilebilirlik Kriterleri: Sağlam, Mustafa (Editör), Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013, s. 109 - 164.

Erol, Ahmet: Örnek Bir Karar Işığında 6384 Sayılı Yasanın Kapsamı ve Etkin Sonuç Sağlayıp Sağlayamayacağı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım - Aralık 2013, Yıl: 26, Sayı: 109, s. 129 - 140.

European Court of Human Rights: <http://echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 23.05.2016).

Frantz, Christiane / Martens, Kerstin: Nichtregierungsorganisationen (NGOs), VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2006.

Frowein, Jochen Abr. / Peukert, Wolfgang: Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Auflage, N. P. Engel Verlag, Kehl am Rhein 2009.

Gözlügül, Said Vakkas / Poyraz, Yasin: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında 15 ve 16 Nolu Ek Protokollerle Öngörülen Reform, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Ocak 2015, Yıl: 6, Sayı: 20, s. 59 - 86.



Gözübüyük, A. Şeref / Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 8. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2009.

Grabenwarter, Christoph / Pabel, Katharina: Europäische Menschenrechtskonvention; Ein Studienbuch, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München; Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel; Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2012.

Hamdemir, Berkan: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

HUDOC – European Court of Human Rights: İlgili dipnot metninde farklı bir kaynak gösterilmeyen AİHM kararları Mahkeme kararlarının yayımlandığı <http://hudoc.echr.coe.int/> internet adresinden alınmıştır (Erişim Tarihi: 23.05.2016).

Karaaslan, Erol: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve Yargılama Yöntemi, Ankara Barosu Dergisi, 2004/3, s. 107 - 130.

Karpenstein, Ulrich / Johann, Christian: Kommentierung zu Art. 33 EMRK, in: Karpenstein, Ulrich / Mayer, Franz C.: EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2015.

Keser, Hayri: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Devletin Pozitif Sorumlulukları, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Kılınç, Bahadır: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Mayer, Franz C.: Einleitung, in: Karpenstein, Ulrich / Mayer, Franz C.: EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2015.

Meyer-Ladewig, Jens: EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2011.

Muratoğlu, Tahir: Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ve Türk Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM) 2011, Cilt: LXIX, Sayı: 1 - 2, Prof. Dr. İl Han Özyay'a Armağan, s. 735 - 773.

Muratoğlu, Tahir: Devletin Yargısal Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Öncü, Mehmet: Bireysel Başvuruların AİHM Tarafından Usulden İncelenmesi ve Dördüncü Derece Türünden Şikâyetler, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Editörler: Altan, Alparslan / Yıldırım, Engin / Tercan, Erdal / Tülen, Hikmet / Çoban, Ali Rıza, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2012, s. 373 - 407.

Partsch, Karl Josef: Die Entstehung der europäischen Menschenrechtskonvention, ZaöRV (Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht) 15 (1954), s. 631 - 660.

Peters, Anne / Altwicker, Tilmann: Europäische Menschenrechtskonvention; mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschem Grundgesetz, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012.

Röben, Volker: Grundrechtsberechtigte und -verpflichtete, in: Grote, Rainer / Marauhn, Thilo (Hrsg.), EMRK / GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Mohr Siebeck, Tübingen 2006, Kapitel 5: s. 231 - 265.

Salihpaşaoğlu, Yaşar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIII, Yıl: 2009, Sayı: 1-2, s. 253 - 281.

Schäfer, Patrick: Kommentierung zu Art. 34 und 35 EMRK, in: Karpenstein, Ulrich / Mayer, Franz C.: EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2015.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz / Önok, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Thienel, Tobias: Kommentierung zu Art. 47 EMRK, in: Karpenstein, Ulrich / Mayer, Franz C.: EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2015.

Turabi, Selami: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

United Nations: <http://www.un.org/> (Erişim Tarihi: 23.05.2016).

Wenzel, Nicola: Kommentierung zu Art. 37, 38, 39 und 41 EMRK, in: Karpenstein, Ulrich / Mayer, Franz C.: EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2015.

Yıldırım, Zeki: 6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Yıl: 2013, Sayı: 1-2, s. 1725 - 1756.

# ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN TENKİSİ VE TENKİS DAVASI

*Reduction of Testamentary Disposition and Action for Reduction*

**Yrd. Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA\***

## ÖZET

Mirasbırakan, terekesinin, mirasçılarının saklı payları dışında kalan kısmında dilediği gibi tasarruflarda bulunabilir. Ancak mirasbırakan yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar veya ölüme bağlı tasarruflar ile serbest tasarruf oranını aşarak saklı payları ihlal etmiş ise, mirasçılar saklı paylarını elde edebilmek için tenkis davası açabilirler. Tenkise tabi hem sağlararası kazandırma hem ölüme bağlı tasarruf var ise, öncelikle ölüme bağlı tasarruflar tenkise tabi olur. Eğer ölüme bağlı tasarrufların tenkisi neticesinde ihlal olunan saklı paylar karşılanamaz ise, bu defa kanunda tenkise tabi olduğu düzenlenen türden sağlararası karşılıksız kazandırmalar, en yeni tarihlisinden başlanarak tenkise tabi tutulur. Mirasbırakanın tenkise tabi birden fazla ölüme bağlı tasarrufu var ise, bunlar orantılı olarak tenkise tabi olur.

**Anahtar Kelimeler:** Tenkis, Ölüme Bağlı Tasarruf, Saklı Pay, Mirasçı, Tereke.

## ABSTRACT

The legator is entitled to make any reservation he likes on the heritage, excluding its sections setting out the reserved portions of the legatees. However, in the event that the legator's inter vivo dispositions or the testamentary dispositions have exceeded the free right of disposition and violated the reserved portions, the legatees are entitled to lodge a lawsuit for reduction in order to obtain their reserved portions. If the action for reduction comprises both inter vivo dispositions and the testamentary dispositions, firstly the testamentary dispositions shall be settled through action for reduction. In the event that the outcome of the reduction made at the end of the action concerning the testamentary disposition does not cover the reserved portions, uncovered inter vivo dispositions subject to reduction proceeding shall be reduced, starting with the one having the latest date. If the legator has more than one testamentary disposition subject to the action for reduction, they are reduced proportionally.

**Keywords:** Action For Reduction, Testamentary Disposition, Reserved Portion, Legatee, Heritage.

◆◆◆◆

---

\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, gamzeturan@cankaya.edu.tr.

## GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 514/I. maddesine göre, mirasbırakan, tasarruf serbestisinin sınırları içinde kalmak koşuluyla, mal varlığının tamamında veya bir kısmında vasiyetname ya da miras sözleşmesiyle tasarrufta bulunabilir. Mirasbırakanın tasarruf serbestisi sınırını saklı paylı mirasçılarının saklı pay oranları belirler. Başka bir anlatımla, mirasbırakan, terekesinin mirasçılarının saklı payları dışında kalan kısmında dilediği gibi tasarruf etme imkanına sahiptir. İşte mirasbırakanın serbestçe tasarruf edebileceği bu kısım, serbest tasarruf oranı şeklinde ifade edilmektedir.

Serbest tasarruf oranının tespit edilebilmesi için, terekenin değeri ile saklı paylar toplamının bilinmesi gerekir. Tereke değeri ile saklı paylar toplamı arasındaki fark, mirasbırakanın serbest tasarruf oranına karşılık gelmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, tasarruf oranının hesaplanmasına esas olan tereke, mirasbırakanın ölümünde bıraktığı aktif değerlerden ibaret değildir. Kanun koyucu mirasbırakanın sağlığında mal varlığı üzerinde dilediği gibi tasarruf edebileceğini öngörmüş ise de, bu tasarruf nedeniyle saklı paylı mirasçılarının saklı paylarının ihlal edilmesini arzu etmemiştir. Bu sebeple mirasbırakanın sağlığında yaptığı tasarrufların bir kısmının, tasarruf oranının hesaplanması için, ölümünde terekeye kağıt üzerinde değer itibariyle eklenmesi öngörülmüştür. Aksi takdirde saklı pay müessesesi işlevsiz hale gelirdi. Şu halde mirasbırakanın ölümü günündeki terekenin toplam parasal değerinden, kağıt üzerinde bazı değerler çıkarılarak (mirasbırakanın ölümü anındaki borçları, cenaze giderleri, terekenin mühürlenmesi ve yazımı giderleri, mirasbırakan ile birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık geçim giderleri (TMK m. 507/II), ana baba veya büyük ana babayla yaşayan, emeğini aileye özgüleyen ergin çocuklara ve toruna verilecek tazminat (TMK m. 641/II), sağ kalan eşin katkı ve katılma alacağı) ve bazı değerler eklenerek<sup>1</sup> (tenkise tabi sağlararası karşılıksız kazandırmalar (TMK m. 565), sigorta alacakları (TMK m. 509, 567), denkleştirmeye tabi kazandırmalar (TMK m. 669 vd.)) tasarruf oranının hesaplanmasında esas alınacak tereke değeri tespit edilir.

Mirasbırakan, yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar veya ölüme bağlı tasarruflar ile serbest tasarruf oranını aşarak saklı payları ihlal etmiş ise, bu durumda saklı paylarının karşılığını elde edemeyen mirasçılar mirasbırakanın

---

<sup>1</sup> Ölüme bağlı tasarruflar terekenin aktifinde yer aldığından eklenecek değerlere dahil değildirler.

serbest tasarruf oranını aşan kazandırmalarının tenkisini talep ve dava edebilirler (TMK m. 560/I).

Tenkise tabi tasarruflar öncelikle ölüme bağlı tasarruflar ve bunu takiben sağlararası karşılıksız kazanadırmalardır. Mirasbırakanın saklı payı ihlal eden ölüme bağlı tasarrufu birden fazla ise, tenkisin nasıl yapılacağı TMK'nun 563/I. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, mirasbırakanın arzusunun başka yönde olduğu anlaşılmadıkça, tenkis, ölüme bağlı tasarrufla elde edilen kazandırmaların tamamı üzerinden orantılı olarak yapılır. Tenkise tabi ölüme bağlı kazandırma saklı paylı mirasçı lehine yapılmışsa, o takdirde kazandırma ancak ilgili mirasçının saklı payını aşan miktarıyla orantılı olarak tenkise tabi tutulur.

Kanun koyucu TMK'nun 563/I. maddesinde ölüme bağlı tasarrufların tenkisine ilişkin genel kuralı koyduktan sonra, devamı maddelerinde tenkisi özellik taşıyan bazı ölüme bağlı kazandırmalar için özel düzenlemelere (TMK m. 563/II, 564, 566/II, 568, 569) yer vermiştir.

Tenkis davası mirasbırakanın ölümü üzerine açılabilir. Zira saklı payın ve tasarruf edilebilir kısmın miktarı, terekenin mirasbırakanın ölümü günündeki durumuna göre hesaplanacak ve saklı paylı mirasçıların kimler olacağı yine mirasbırakanın ölümü tarihinde belli olacaktır.

Tenkis, kural olarak saklı paylı mirasçılar, istisnaen saklı paylı mirasçıların alacaklıları veya iflas masası tarafından talep edilir. Kural, saklı paylı mirasçının saklı payı ihlal edildiği ölçüde tenkis talebinde bulunabileceği şeklinde ise de, kanun koyucu belirli şartlar altında vasiyet alacaklısına (TMK m. 563/II) ve ivazlı miras sözleşmesinin karşı tarafına (TMK m. 566/II) tenkis talep yetkisi tanımak suretiyle bu kuraldan ayrılmıştır. Tenkis davasında davalı taraf, lehine saklı payı ihlal eden tasarruf yapılan kişilerdir.

Saklı payı ihlal edilen birden fazla saklı paylı mirasçı varsa, tenkis davasını tek başlarına açabilecekleri gibi, birlikte de açabilirler. Saklı payı ihlal edilmiş mirasçılardan tenkis davasına katılmayanlar tenkis kararından yararlanamazlar. Mahkemenin verdiği tenkis kararı kişisel etkili olup, yalnızca taraflar bakımından hüküm ve sonuç doğurur.

Kanun koyucu tenkis davasının açılmasına ilişkin olarak bir ve on yıllık hak düşürücü süreler öngörmüştür. Bunun dışında tenkis iddiası def'i yoluyla her zaman ileri sürülebilir. Tenkis davası sonucunda verilen karar geçmişe etkili olup, mirasın açıldığı andan itibaren hüküm doğurur.

Çalışmanın konusu ölüme bağlı tasarrufların tenkisi ve tenkis davası olup,

bu kapsamda öncelikle ölüme bağlı tasarrufların tenkisi hususu incelenmiştir. Daha sonra tenkisi özellik arz eden bazı ölüme bağlı tasarruflar üzerinde durulmuştur. Son olarak tenkis davasının hukuki niteliği, şartları, tenkis davasında usuli meseleler ve davalının iade borcunun kapsamı ele alınarak, çalışma tamamlanmıştır.

## Ş. 1. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN TENKİSİ

Tenkis, mirasbırakanın saklı payı ihlal eden tasarruflarının, bu ihlal oranında indirilmesi ve indirilen kısmın saklı paylı mirasçıya tahsis edilmesidir<sup>2</sup>. Tenkise tabi tasarruflardan ilk sırada ölüme bağlı tasarruflar yer alır<sup>3</sup>. Tenkise tabi

<sup>2</sup> İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, 8. bs., İstanbul, 2011, s. 246; TÜFEK, K.Gültekin, Miras Hukukundan Tenkis ve İade Davaları, Ankara, 1977, s. 102; İMRE, Zahit, Miras Hukuku, 4. bs., İstanbul, 1978, s. 398; FANKHAUSER, Roland, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 2. Auflage, Zürich, 2012, Vorbem. zu ZGB 522-533, N. 1; TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich, 2010, s. 664; HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie, Praxis Kommentar, Erbrecht, Basel, 2007, Vorbem. zu Art. 522 ff., N. 2.

<sup>3</sup> İsviçre öğretisinde bir görüş, kanunda hiçbir yerde zikredilmiş olmamakla birlikte, tenkise tabi tasarruflar sıralamasında ilk sırada yasal miras payının yer alması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, mirasçılardan birisinin yasal miras payını alması diğer mirasçıların saklı payının ihlali sonucunu doğuruyorsa, o takdirde ihlal edilen saklı payı karşılamak için yasal miras payından tenkise gidilmelidir. Zira yasal miras payı hakkı tamamlayıcı nitelik taşıırken, saklı pay hakkı emredici nitelik taşımaktadır (PIOTET, Paul, Schweizerisches Privatrecht, Band IV: Das Erbrecht, 1. Halbband, Basel und Stuttgart, 1978, s. 496 vd.; HAUSHEER, Heinz/REUSSER, Ruth/GEISER, Thomas, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung.: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Urteiband: Allgemeine Vorschriften, Kommentar zu Art. 181 – 195a ZGB, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Kommentar zu Art. 196 – 220 ZGB, Bern, 1992, Art. 216, N. 46; RUMO-JUNGO, Alexandra, "Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen", successio 2007, Heft 3, s. 165, Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2010, s. 124; PORTMANN, Wolfgang, "Pflichtteilsschutz bei Errungenschaftsbeteiligung – Schnittstelle zwischen Erbrecht und Eherecht", recht 1997, Heft 1, s 9, 11; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 665. Farklı yönde görüş için bkz. WEIMAR, Peter, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung.: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, (Art. 457 – 516 ZGB), Bern, 2009, Vorbem. zu Art. 470, N. 13). Örneğin, mirasbırakan ölümünden önce arkasına 40.000 TL. bağışlamıştır. Mirasbırakan öldüğünde mevcut malvarlığı 80.000 TL. olup, yasal mirasçıları eşi ve çocuğu hayattadır. Bu durumda eşi mevcut malvarlığından 20.000 TL., çocuğu 60.000 TL. yasal miras payı elde edecektir. Ancak çocuk mevcut malvarlığından yasal miras payı olan 60.000 TL. yi aldığında eş, saklı payı olan 30.000 TL. 'yi (120.000/4) elde edemeyecektir. Eş, mevcut malvarlığından yalnızca 20.000 TL. alabilecek ve saklı payı 10.000 TL. oranında ihlal edilmiş olacaktır. Bu durumda eşin ihlal edilen saklı payı karşılanıncaya kadar çocuğun yasal miras payında (saklı pay oranı korunarak) tenkise gidilmeli ve mevcut malvarlığından eşe 30.000

birden fazla ölüme bağlı tasarrufun varlığı halinde, saklı paylı mirasçılar lehine yapılanlar saklı payı aşan kısmı ile saklı paylı olmayan kimseler lehine yapılanlar tamamı üzerinden orantılı olarak tenkis edilirler.

Kanun koyucu ölüme bağlı tasarrufların tenkisine ilişkin genel kuralı öngördükten sonra, tenkisi özellik arz eden bazı ölüme bağlı tasarruflar için özel düzenlemelere (TMK. m 563/II, 564, 566/II, 568, 569) yer vermiştir.

## I. GENEL OLARAK

Mirasbırakan yapmış olduğu sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflar ile, mirasçılarının saklı paylarını ihlal etmiş olabilir. Böyle bir durumda saklı payını elde edemeyen mirasçılara, mirasbırakanın ölümünden sonra bu türden tasarrufların tenkisini talep etme hakkı tanınmıştır. Tenkis talebi ölüme bağlı tasarruflara karşı ileri sürülebileceği gibi, bazı şartlar altında sağlararası kazandırmalara karşı da ileri sürülmesi mümkündür.

Tenkis davasının konusu TMK'nun 560. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, saklı payını elde edemeyen mirasçılar, mirasbırakanın tasarruf edebileceği miktarı aşan ve saklı payı ihlal eden tasarruflarının tenkisi yoluyla saklı payının değer olarak karşılığını talep edebilirler. Hükümden anlaşıldığı üzere, tenkis, saklı payın yaptırımıdır<sup>4</sup>.

Mirasbırakanın birden fazla tasarrufunun olması halinde tenkisin hangi sıraya göre yapılacağı TMK'nun 570. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, tenkise tabi tasarruflar öncelikle ölüme bağlı tasarruflardır. Mirasbırakanın tenkise tabi birden fazla ölüme bağlı tasarrufu varsa, bunlar orantılı olarak tenkis edilir (TMK m. 563/I).

Mirasçı ataması, mal vasiyeti, vakıf kurulması vb. gibi saklı payı ihlal eden ölüme bağlı tasarrufların hepsi, tenkise tabidir. Bunların vasiyetname veya miras sözleşmesi ile yapılmış olmalarının tenkis bakımından bir önemi bulunmayıp, saklı payı ihlal etmiş olmak koşulu ile, tenkise tabi olurlar<sup>5</sup>.

---

TL., çocuğa ise geriye kalan 50.000 TL. verilmelidir. Böylece sağlararası kazandırmaların tenkisine gidilmeden önce yasal miras payı tenkise tabi tutulmuş olmaktadır.

<sup>4</sup> GENÇCAN, Ömer Uğur, Miras Hukuku, 2. bs. Ankara, 2011, s. 536; Tüfek, s. 101; İmre/Erman, s. 246; Piotet, s. 475; Fankhauser, Handkomm., Art. 525, N. 1; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Vorbem. zu Art. 522 ff., N. 2; BREITSCHMID, Peter/EITEL, Paul/FANKHAUSER, Roland/GEISER, Thomas/RUMO-JUNGO, Alexandra, Erbrecht, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2012, s. 137; BGE 115 II 211, 212; BGE 110 II 228, 233.

<sup>5</sup> İNAN, Ali Naim/Ertas, Şeref/ALBAŞ, Hakan, Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 8.bs., İzmir, 2012, s. 392; Tüfek, s. 134-135; HATEMİ, Hüseyin, Miras Hukuku, 4. bs., İstanbul, 2004, s. 46; GÖNENSAY, Samim/Birsen, Kemaleddin, Miras Hukuku, 2. bs., İstanbul, 1963,



Mevcut ölüme bağlı tasarrufların tenkisi neticesinde ihlal olunan saklı paylar tamamlanamaz ise, bu defa kanunda tenkise tabi olduğu düzenlenen türden sağlararası karşılıksız kazandırmalar, en yeni tarihlisinden en eskisine doğru geriye gidilmek üzere tenkise tabi olurlar (TMK m. 570/I).

Ölüme bağlı tasarruflar ile sağlararası tasarruflar arasında tenkisin hangi sıraya göre yapılacağını düzenleyen TMK'nun 570. maddesi emredici nitelikte olup, mirasbırakan aksine bir düzenleme yapamaz<sup>6</sup>.

Ölüme bağlı tasarrufların tamamı tenkise tabi iken, sağlararası karşılıksız kazandırmalardan tenkise tabi olanlar TMK'nun 565. maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. Bunlara bir de TMK'nun 567. maddesinde belirtilmiş olan sağlararası kazandırmayı ekleyebiliriz.

Tenkise tabi sağlararası kazandırmalar gibi, ölüme bağlı tasarruflar da kural olarak karşılıksızdır<sup>7</sup>. Ancak TMK'nun 566/II. maddesinde yer alan *“miras sözleşmesiyle elde ettiği kazandırma tenkise tabi tutulan kimse, bu kazandırma için mirasbırakana verdiği karşılığın tenkis oranında geri verilmesini isteyebilir”* hükmünden hareketle, istisnaen mirasbırakanın karşılığını almak suretiyle yaptığı ölüme bağlı tasarrufların da tenkise tabi olabileceği sonucuna varılmaktadır<sup>8</sup>.

TMK'nun 570/II. maddesinde yürürlükten kalkan Medeni Kanun'da olmayan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, mirasbırakanın kamu tüzel kişileri ve kamuya yararlı dernekler ve vakıflar lehine yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası kazandırmalar son sırada tenkise tabi tutulur.

---

s. 93; İmre/Erman, s. 254; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 522, N. 4., Art. 525, N. 5, Art. 532, N. 3, 5; ESCHER, Arnold, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Erbrecht, 1. Abteilung. Die Erben (Art. 457-538 ZGB), 3. Auflage, Zürich, 1959, Art. 525, N. 1; FORNI, Rolando/PIATTI, Giorgio, Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB) 4. Auflage, Basel, 2011 Art. 525, N. 3; TUOR, Peter, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457 – 536 ZGB), Bern, 2009, Art. 532, N. 5.

<sup>6</sup> Piotet, SPR IV/1, s. s. 492; Fankhauser, Handkomm., Art. 532, N. 2. Hrubesch-Millauer, söz konusu hükmün emredici nitelikte olmadığını ve mirasbırakanın tenkisin hangi sıraya göre yapılacağına ilişkin düzenleme yapabileceğini ileri sürmektedir (Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 532, N. 2).

<sup>7</sup> İnan/Ertuş/Albaş, s. 391; İmre/Erman, s. 253; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Vorbem. zu Art. 522 ff., N. 2.

<sup>8</sup> İnan/Ertuş/Albaş, s. 392; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Vorbem. zu Art. 522 ff., N. 2, Art. 522, N. 4.

## II. ALELADE ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN VE KAMUYA YARARLI ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN TENKİSİ

Yukarıda da ifade edildiği üzere, öncelikle mirasbırakanın kamuya yararlı olmayan alelade ölüme bağlı tasarrufları tenkise tabi tutulur. En son sırada ise, kamuya yararlı ölüme bağlı tasarruflar tenkis edilir. Bu itibarla öncelikle mirasbırakanın mirasçıları lehine yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufların üzerinde durulacak, bunu takiben kamuya yararlı ölüme bağlı tasarrufların tenkisi incelenecektir.

### A. ALELADE ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN TENKİSİ

Mirasbırakanın saklı payı ihlal eden alelade ölüme bağlı tasarrufu bir tane ise, saklı payı ihlal ettiği oranda tenkise tabi tutulur. Saklı payı ihlal eden ölüme bağlı tasarruf birden fazla ise, tenkisin nasıl yapılacağı TMK'nun 563/1. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre, mirasbırakanın arzusunun başka yönde olduğu anlaşılmadıkça, ölüme bağlı tasarrufların tenkisi orantılı olarak yapılır. Hükümden anlaşıldığı üzere, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufların tenkisinde sırayı ve oranı tayin ve tespit edebilir. Başka bir ifadeyle, mirasbırakan yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufların saklı payları ihlal edebileceği ve dolayısıyla tenkise tabi olabileceği ihtimalini dikkate alarak, hangi ölüme bağlı tasarrufun ne oranda tenkis edileceğini belirtmiş olabilir. TMK 563/1. maddesinde yer alan "*tasarruftan aksi anlaşılmadıkça*" ifadesinden anlaşıldığı üzere, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufların tenkisinde sırayı ve oranı düzenleyen iradesini ölüme bağlı tasarruf yoluyla açıklamış olması gerekir. Ancak mirasbırakanın bu yöndeki iradesinin mutlaka tenkisi gereken kazandırmayı ihtiva eden ölüme bağlı tasarrufun içinde açıklanmış olması gerekmeyp, daha sonra yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla da düzenleyebilir<sup>9</sup>. Ayrıca mirasbırakanın bu yöndeki iradesini açıkça beyan etmiş olması gerekmeyp, yorum yoluyla tespit edilir olması yeterlidir<sup>10</sup>.

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarında sırayı ve oranı düzenleyen böyle bir irade açıklaması var ise, mirasbırakanın bu yöndeki arzusu dikkate alınacak ve tenkis onun tayin ettiği sırada ve oranda gerçekleştirilecektir. Şayet mi-

<sup>9</sup> EREN, Fikret, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara, 1973, s. 154; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3. bs., İstanbul, 1987, s. 421; AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, 5. bs., Konya, 2009, s. 182. Ancak tenkise ilişkin düzenleme, bir miras sözleşmesinde mirasbırakan ve sözleşmenin diğer tarafı arasında kararlaştırılmış ise, daha sonra bundan ayrılan bir düzenleme yine taraflar arasında bir miras sözleşmesiyle yapılabilir (Piotet, SPR IV/1, s. 491; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 525, N. 4).

<sup>10</sup> Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., PraxisKomm., Art. 525, N. 4; Escher, ZK, Art. 525, N. 2.

rasbırakanın bu yönde bir irade açıklaması mevcut değilse, o takdirde ölüme bağlı tasarruflar, yapıldıkları tarihe bakılmaksızın orantılı olarak tenkise tabi olurlar<sup>11</sup>. Ölüme bağlı tasarruflar farklı tarihlerde yapılmış olsalar dahi, mirasbırakanın ölümü anında muaccel olacağı için, tenkis, ölüme bağlı tasarruf yoluyla elde edilen kazandırmaların tamamı üzerinden orantılı olarak yapılır<sup>12</sup>.

TMK'nun 527/II. maddesine göre, mirasbırakanın miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına itiraz edilebilir. Bu hükümden hareketle, miras sözleşmesindeki yükümlülüklerin vasiyetnameden daha öncelikli olduğu, bu sebeple miras sözleşmesinin vasiyetnameden sonra tenkise tabi tutulması gerektiği sonucuna varılabilir<sup>13</sup>.

Bu kapsamda üzerinde durulması gereken bir diğer husus, sağ kalan eşin artık değere katılma esasını düzenleyen mal rejimi sözleşmesinin tenkisine ilişkindir. TMK'nun 237/I. maddesinde eşlere, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde artık değer paylaşılması hususunda, mal rejimi sözleşmesiyle kanunun öngördüğü çözümden başka bir çözüm kararlaştırma imkanı verilmiştir. Ancak TMK'nun 237/I. maddesi kapsamında yapılacak anlaşmalar terekenin azalması sonucu doğurabileceğinden, bu yolla diğer eş lehine tasarrufta bulunan eşin mirasçılarının saklı paylarının ihlal edilmesi muhtemeldir. Bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu TMK'nun 237/II. maddesinde, artık değere katılmaya ilişkin olarak yasal düzenlemeden farklı bir kural öngören mal rejimi anlaşmalarının, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı payını zedeleyemeyeceğini düzenlemiştir. Şu halde artık değere katılmaya ilişkin mal rejimi sözleşmeleri, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı payını ihlal ettiği ölçüde tenkise tabi olacaktır.

Burada tartışma konusu olan husus, artık değere katılmaya ilişkin mal rejimi

<sup>11</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Miras Hukuku*, 4. bs., Ankara, 2012, s. 210; İnan/Ertas/Albaş, s. 395-396; AYİTER, Nüşin/KILIÇOĞLU, Ahmet, *Miras Hukuku*, 2.bs., Ankara, 1991, s. 194; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlky, *Miras Hukuku*, 4. bs., Ankara, 2014, s. 244; Gönensay/Birsens, s. 81, 93; Fankhauser, Handkomm., Art. 525, N. 2, Art. 532, N. 1; Forni/Piatti, BSK, Art. 525, N. 3; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 666; Hrubesch-Millauer, Praxiskomm., Art. 525, N. 1., 5, Art. 532, N. 1, 5; Piotet, SPR IV/1, s. 487; Escher, ZK, Art. 525, N.1.

<sup>12</sup> ÖZTAN, Bilge, *Miras Hukuku*, 6. bs., Ankara, 2014, s. 131; Kılıçoğlu, s. 211; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 194; Hatemi, s. 46; Gönensay/Birsens, s. 93; İnan/Ertas/Albaş, s. 396; Fankhauser, Handkomm., Art. 525, N. 2; Forni/Piatti, BSK, Art. 525, N. 3; Hrubesch-Millauer, Praxiskomm., Art. 532, N. 1.

<sup>13</sup> Piotet, SPR IV/1, s. 487-488; Fankhauser, Handkomm., Art. 532, N. 1. *Rumo-Jungo*, herhangi bir gerekçeye yer vermemekle birlikte, miras sözleşmesinin vasiyetnameden daha sonra tenkise tabi tutulacağını belirtmiştir (Rumo-Jungo, Erbrecht, s. 111).

mi sözleşmelerinin hangi hükümlere göre tenkise tabi tutulacağına ilişkindir<sup>14</sup>. Öğretide ileri sürülen bir görüş<sup>15</sup>, sağ kalan eş lehine yapılan artık değere katılmaya ilişkin mal rejimi sözleşmesini ölüme bağlı kazandırma olarak nitelendirmekte ve ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tabi olacağını kabul etmektedir. Zira sağ kalan eş lehine yapılan artık değer özgülemesi, mirasbırakanın ölümlüyle birlikte hüküm ve sonuç doğuracaktır.

Öğretideki diğer bir görüşe<sup>16</sup> göre ise, sağ kalan eş lehine yapılan artık de-

<sup>14</sup> Bu konudaki tartışmalar için ayrıntılı olarak bkz. ŞENOCAK, Zarife, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, AÜHFD, C. 58, Sy. 2, 2009, s. 396 vd.

<sup>15</sup> ŞIPKA, Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul, 2011, s. 282- 283; SARI, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2007, s. 240; ZEYTİN, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara, 2005, s. 216; ŞIPKA, Şükran/Hasan Ali Kaplan, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı İle İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoya Etkisi”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, s. 273; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul, 2005, s. 398; GÜMÜŞ, Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul, 2008, s. 385; Öztan, s. 184; Hausheer/Reusser/Geiser, BK, Art. 216, N. 34, 36, 47; HAUSHEER, Heinz/AEBI – MÜLLER, Regina E., Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456, 4. Auflage, Basel, 2010, Art. 216, N. 28 vd.; HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI – MÜLLER, Regina E, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschließung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Vormundschaftsrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, 4. Auflage, Bern, 2010, § 12, N. 12.196; STECK, Daniel, FammKomm Scheidung Band I: ZGB, 2. Auflage, Bern, 2011, Art. 216, N. 18; DRUEY, Jean Nicolas, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern, 2002, § 6, N. 72; AEBI-MÜLLER, Regina E., Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, unter Berücksichtigung des Steuerrechts 2. Auflage, Bern, 2007, N. 06.23; Portmann, s. 9 vd., 13; Fankhauser, Handkomm., Art. 532, N.1; Hrubesch-Millauer, Praxiskomm., Art. 532, N. 4. Bu görüşe göre, mal rejimi sözleşmesiyle artık değer özgülemesi, sağ kalan eş lehine değil de, mal rejiminin ölüm dışında bir sona erme hali (boşanma, mahkeme kararı gibi) için uygulanacak şekilde eşlerden biri lehine yapılmışsa, mal rejimi sözleşmesi kazandırmada bulunan eşin sağlığında hüküm ve sonuç doğuracağından, sağlararası bir kazandırma niteliğindedir (Sarı, s. 240; Zeytin, s. 217; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 398; Şıpka, s. 281; Hausheer/Aebi – Müller, BSK, Art. 216, N. 29; Aebi – Müller, N. 06.22; Portmann, s. 12; Hausheer/Reusser/Geiser, BK, Art. 216, N. 39).

<sup>16</sup> WEIMAR, Peter, “Zur Herabsetzung ehevertraglicher Vorschlagszuweisungen. Zugleich eine Besprechung von BGE 127 III 314”, Festschrift für Heinz Rey, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Zürich-Basel-Genf, 2003, s. 597 vd., BK, Art. 474, N. 31; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 666; Alexandra, RUMO-JUNGO, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Art. 1-456 ZGB), 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2012, Art. 216, N. 12, successio 2007, s. 159, 163, 165; WOLF, Stephan, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten: mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Bern, 1996, s. 114 vd., 122 vd.; Şenocak, s. 402 vd.

ğere katılmaya ilişkin mal rejimi sözleşmeleri sağlararası bir hukuki işlem niteliğindedir<sup>17</sup>. Zira mal rejiminin tasfiyesi, mirasbırakanın terekesinin tespiti açısından, mirasın tasfiyesinden önce gerçekleşmesi gereken bir işlemdir. Mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde her ne kadar artık değere katılmaya ilişkin mal rejimi sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurması ile mirasın geçişi zamansal olarak aynı anda (mirasbırakanın ölümü anında) gerçekleşse bile, artık değer özgülemesi, mantıksal olarak da olsa, mirasın geçişinden önce gerçekleşmektedir. Şöyle ki, öncelikle mal rejimi, artık değere katılmaya ilişkin mal rejimi sözleşmesi de dikkate alınarak tasfiye edilir ve böylece ölen eşe ait artık değere katılma alacağı tespit edilir, ardından mirasçılara intikal edecek tereke belirlenir. Bu açıdan bakıldığında, artık değere katılmaya ilişkin anlaşmayla sağ kalan eş lehine yapılan kazandırma, ölenin terekesinden değil, terekenin oluşumundan önce gerçekleşmektedir<sup>18</sup>.

Evliliğin ölümle sona ermesi şartına bağlı olarak, sağ kalan eş lehine yapılan artık değere katılma oranına ilişkin mal rejimi sözleşmesinin, yerine getirilmesi eşin ölümüne bağlı bir tasarruf olduğu göz önünde bulundurularak, ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tabi tutulacağı sonucuna varmak isabetli olacaktır. İşin mahiyeti gereği, mal rejiminin tasfiyesi ve buna bağlı olarak artık değerlerin sağ kalan eşe özgülenmesi, mirasın tasfiyesinden önce gerçekleşse bile, evliliğin ölümle sona ermesi şartına bağlı olarak yapılan artık değere katılmaya ilişkin mal rejimi sözleşmesi her halde mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğuracaktır.

Ölüme bağlı tasarruflar, sadece saklı payı olmayan kişilere veya saklı paylı mirasçılara ya da hem saklı paylı mirasçılara, hem de saklı payı olmayan kişilere birlikte yapılmış olabilir. Bu üç ihtimalde de tenkise tabi niktar farklı şekilde hesaplanır.

## **1. SAKLI PAYI OLMAYAN KİŞİ LEHİNE YAPILAN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN TENKİSİ**

TMK'nun 563/1. maddesi uyarınca, mirasbırakanın arzusunun başka yönde olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça, saklı payı olmayan kimse lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflar, tamamı üzerinden orantılı olarak tenkise tabi olurlar<sup>19</sup>. Burada tenkisin ölüme bağlı tasarrufların tamamı üzerinden yapılması-

<sup>17</sup> İsviçre Federal Mahkemesi de 1976 yılında verdiği bir kararında (Nobel kararı) sağ kalan eş lehine yapılan ve artık değere katılmayı düzenleyen mal rejimi sözleşmelerini sağlararası bir hukuki işlem olarak ele almıştır (BGE 102 II 303, 313 vd.).

<sup>18</sup> Şenocak, s. 403.

<sup>19</sup> ÖZÜĞÜR, Ali İhsan, Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları, 3. bs., Ankara, 2011,

nın sebebi, mirasbırakanın bu kimselere mirasından kanun gereği bir şey bırakmak zorunda olmamasıdır<sup>20</sup>.

TMK'nun 563/l. maddesi, lafzından da anlaşılacağı üzere, tamamlayıcı nitelikte bir hukuk kuralı olup, mirasbırakan tenkis usulüne ilişkin farklı bir düzenleme yapabilir. Ancak mirasbırakan tenkis usulüne ilişkin düzenlemeyi miras sözleşmesiyle yapmış ise, daha sonra bu tenkis usulünü tek taraflı olarak değiştiremez<sup>21</sup>.

Yukarıda yapılan açıklamaları bir örnekle açıklığa kavuşturmak gerekirse: mirasbırakan yaptığı vasiyetname ile, 90.000 TL.'lik terekesinden 60.000 TL. arkadaşı (A)'ya, 30.000 TL. (B)'ye vasiyet etmiş, buna karşılık tek çocuğu olan (C)'ye hiçbir şey bırakmamıştır. Bu durumda mirasbırakan (A) ve (B) lehine yaptığı ölüme bağlı tasarruflarla çocuğu (C)'nin saklı payını tamamen ihlal etmiş olduğundan, (C)'nin, saklı payı olan 45.000 TL.'yi elde edebilmesi için (A) ve (B) lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufların bütünü üzerinden orantılı olarak tenkise gidilir. Burada yapılacak hesaplamada uygulanacak formül<sup>22</sup>:

$$\begin{aligned} T & : \text{Yapılacak tenkis miktarı} \\ Ba & : \text{Tenkise tabi münferit ölüme bağlı tasarruf} \\ Sp & : \text{Saklı payın tamamlanması için gereken miktar} \\ TT & : \text{Tenkise tabi ölüme bağlı tasarrufların toplamı} \\ T & = \frac{Ba \times Sp}{TT} \end{aligned}$$

Yukarıdaki örneği formüle uygulayacak olursak:

$$\begin{aligned} & \text{(A)'ya yapılan kazandırmadan tenkis edilecek miktar} \\ & = \frac{60.000 \times 45.000}{90.000} = 30.000 \text{ TL.} \end{aligned}$$

---

s. 70; ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku, 6. bs., Ankara, 2014, s. 131; Kılıçoğlu, s. 206; İmre/Erman, s. 275; Ayan, s. 183; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 196; Eren, s. 152; Rumo-Jungo, Erbrecht, s. 113; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 666; Fankhauser, Handkomm., Art. 523, N. 1, Art. 525, N.1; Forni/Piatti, BSK, Art. 525, N. 3.

<sup>20</sup> Eren, s. 152.

<sup>21</sup> Fankhauser, Handkomm., Art. 525, N. 1; Escher, ZK, Art. 525, N. 3; Breitschmid/Eitel/Fankhauser/Geiser/Rumo-Jungo, s. 146; Piotet, SPR IV/1, s. 491; Forni/Piatti, BSK, Art. 525, N. 2.

<sup>22</sup> İmre/Erman, s. 275; Öztan, s. 132; İmre, s. 442; Eren, s. 153.

(B)'ye yapılan kazandırmadan tenkis edilecek miktar

$$= \frac{30.000 \times 45.000}{90.000} = 15.000 \text{ TL.}$$

olarak tespit edilir.

## 2. SAKLI PAYLI MİRASÇI LEHİNE YAPILAN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN TENKİSİ

Mirasbırakanın birden fazla saklı paylı mirasçısı lehine ölüme bağlı tasarruf yapmış olması halinde de tenkis, orantılı olarak yapılır. Ancak burada tenkisi, yukarıda olduğu gibi ölüme bağlı tasarruf yoluyla yapılan kazandırmaların tamamı üzerinden değil, ilgili mirasçılardan saklı paylarını aşan miktarıyla orantılı olarak gerçekleştirilir (TMK m. 561). Esasında kanun koyucunun buradaki hareket noktası, saklı paylı mirasçının saklı payını muhafaza etmesidir. Dolayısıyla saklı paylı mirasçıya ölüme bağlı tasarruf yoluyla yapılan kazandırma, ancak onun saklı payını aşan miktarıyla orantılı olarak tenkise tabi olur<sup>23</sup>. Yargıtay kararlarında<sup>24</sup> saklı paylı mirasçıya ölüme bağlı tasarruf yoluyla yapılan kazandırmaların orantılı olarak tenkisi “*mahfuz hisseden fazla olarak alınana sorumluluk ilkesi*” olarak ifade edilmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamaları bir örnekle somutlaştırmak gerekirse: tereke mevcudu 90.000 TL. olan mirasbırakan, yaptığı vasiyetname ile, üç çocuğundan (A)'ya 60.000 TL. (B)'ye, 30.000 TL. bırakmış; (C)'ye ise hiçbir şey bırakmamıştır. Her çocuğun saklı payı 15.000 TL.dir. Bu durumda (C) saklı payı olan 15.000 TL'yi elde edinceye kadar (B) ve (C) lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufun tenkisine gidilecektir. Ancak tenkis, (B) ve (C)'nin saklı payı çıkarıldıktan sonra kendilerine bırakılan miktar üzerinden orantılı olarak yapılır. Bu durumda (C), (A)'ya yapılan kazandırmanın 45.000 TL.'si, (B)'ye yapılan kazandırma-

<sup>23</sup> OĞUZMAN, Kemal, Miras Hukuku, 6. bs., İstanbul, 1995, s. 237, DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku, 5. bs., İstanbul, 2011, s. 287; ANTALYA, O. Gökhan, Miras Hukuku, 2. bs., İstanbul, 2009, s. 308; Kılıçoğlu, s. 205; İmre, s. 445; Gençcan, s. 539; Eren, s. 156; Öztan, s. 133; Ayan, s. 182; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 195; Gönensay/Birsen, s. 77-78; ŞENER, Esat, Miras Hukuku, Ankara, 1977, s. 577; Serozan/Engin, s. 246; İmre/Erman, s. 278; Rumo-Jungo, Erbrecht, s. 112; Fankhauser, Handkomm., Art. 523, N. 1; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 667; Hrubesch-Millaue, PraxisKomm., Art. 523, N. 3, 9. YHGK., 07.07.2010 T., 1-360 E., 372 K.; Y. 2. HD., 26.05.2008 T., 7776 E., 7286 K.; Y. 2. HD., 12.10.2009 T., 3955 E., 17089 K.; Y. 2. HD., 28.12.2006 T., 10293 E., 18540 K.; Y. 1. HD., 15.04.2013 T., 1628 E., 5486 K.; Y. 1. HD., 16.12.2013 T., 15346 E., 18108 K.; Y. 16. HD., 06.02.2012 T., 276 E., 788 K.

<sup>24</sup> YHGK., 07.07.2010 T., 1-360 E., 372 K.; Y. 1. HD., 31.10.2013 T., 631 E., 16540 K.; Y. 1. HD., 18.09.2013 T., 9287 E., 12892 K..

nın 15.000 TL.'si üzerinden orantılı olarak tenkis talep edebilecektir.

Burada yapılacak hesaplamada uygulanacak formül<sup>25</sup>:

T : Yapılacak tenkis miktarı

Bs : Saklı paylı mirasçı lehine yapılan kazandırmada, onun saklı payı indirildikten sonra kalan kısım

Sp : Saklı payın tamamlanması için gereken miktar

TBs : Saklı paylar çıkarıldıktan sonra geriye kalan kazandırmaların toplamı

$$T = \frac{Bs \times Sp}{TBs}$$

Yukarıdaki örneği formüle uygulayacak olursak:

(B)'ye yapılan kazandırmadan tenkis edilecek miktar

$$= \frac{45.000 \times 15.000}{60.000} = 11.250 \text{ TL.}$$

(C)'ye yapılan kazandırmadan tenkis edilecek miktar

$$= \frac{15.000 \times 15.000}{60.000} = 3.750 \text{ TL.}$$

olarak tespit edilir.

TMK'nun 563. maddesindeki hükmün tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğinde olduğu ve mirasbırakanın tenkis usulüne ilişkin farklı düzenleme yapabileceği belirtilmiş olmakla birlikte, 561. maddede böyle bir açıklamaya yer verilmemiştir. Öğretide<sup>26</sup>, her ne kadar 561. maddede bu konuda açık bir düzenlemeye yer verilmemişse de, burada da mirasbırakana aynı hakkı tanımanın yerinde olduğu ve mirasbırakanın 561. maddede gösterilen tenkis usulünden farklı bir şekilde tenkis yapılmasını öngörebileceği kabul edilmektedir. Şu halde mirasbırakan, saklı paylı mirasçılardan bazılarına yaptığı ölüme bağlı tasarrufları tenkisten muaf tutarken, diğer saklı paylı mirasçılara yaptığı ölüme bağlı tasarrufları tenkisle yükümlü tutabilir. Ancak tenkis, yalnızca saklı paylı mirasçılar lehine yapılan tasarruflardan yapılacak ise, bu defa bu mirasçıların saklı paylarının ihlal edilmemiş olması gerekir<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> İmre/Erman, s. 279; Öztan, s. 134; İmre, s. 446; Eren, s. 157; Hrubesch-Millauer, Praxis-Komm., Art. 523, N. 7; Escher, ZK, Art. 523, N. 6; Tuor, BK, Art. 523, N. 8 vd.

<sup>26</sup> Eren, s. 157-158; İmre/Erman, s. 280; Fankhauser, Handkomm., Art. 523, N. 2; Forni/Piatti, BSK, Art. 523, N. 4; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 523, N. 5; Escher, ZK, Art. 523, N. 8.

<sup>27</sup> Eren, s. 158.



### 3. HEM SAKLI PAYLI MİRASÇI HEM SAKLI PAYI OLMAYAN KİŞİ LEHİNE YAPILAN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN TENKİSİ

Mirasbırakanın saklı paylı mirasçılarının yanında, saklı payı bulunmayan veya mirasçı olmayan bir ya da birden fazla kişi lehine ölüme bağlı tasarruf yapmış olması halinde, bu tasarrufların hangi oranda tenkise tabi tutulacağı hususunda TMK'nun 561. maddesinde yürürlükten kalkan Medeni Kanun'da bulunmayan bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, ölüme bağlı tasarrufların kısmen saklı pay sahibi mirasçıya kısmen de saklı payı olmayan kişi yararına yapılmış olması halinde, saklı payı bulunmayan kişi lehine yapılan kazandırmalar tamamı üzerinden, saklı paylı mirasçı lehine kazandırmalar ise, mirasçının saklı payını aşan kısmı üzerinden orantılı olarak tenkise tabi tutulur (TMK m. 561). Netice itibariyle bu durumda tenkise tabi miktar, saklı payı bulunmayan kişiler lehine yapılan kazandırmalarla, saklı paylı mirasçı lehine yapılan kazandırmanın onun saklı payını aşan miktarının toplamıdır<sup>28</sup>.

Yukarıda açıklanan durumu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse: Tereke mevcudu 80.000 TL. olan mirasbırakan, yaptığı vasiyetnameyle, arkadaşı (A)'ya 30.000 TL., çocuğu (B)'ye 50.000 TL. bırakmıştır. Diğer çocuğu (C)'ye ise hiçbir şey bırakmamıştır. Bu durumda (B) ve (C)'nin saklı payları 20.000 TL.'dir. (B)'ye 50.000 TL. bırakıldığına göre, tenkise tabi miktar saklı payını aşan kısmı olacaktır. Yani 30.000 TL. tenkise tabidir. (A) saklı paylı mirasçı olmadığına göre, ona yapılan kazandırmanın tamamı, yani 30.000 TL. tenkise tabi olacaktır. Bu durumda tenkise tabi toplam miktar 60.000 TL.'dir.

(B)'ye yapılan kazandırmadan tenkis edilecek miktar

$$= \frac{30.000 \times 20.000}{60.000} = 10.000 \text{ TL}$$

(C)'ye yapılan kazandırmadan tenkis edilecek miktar

$$= \frac{30.000 \times 20.000}{60.000} = 10.000 \text{ TL}$$

olarak tespit edilir.

### B. KAMUYA YARARLI ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN TENKİSİ

TMK'nun 570/II. maddesinde yürürlükten kalkan Medeni Kanun'da bulunmayan bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, kamu

<sup>28</sup> İmre/Erman, s. 280; Eren, s. 159; Dural/Öz, s. 289; Kılıçoğlu, s. 206; Gençcan, s. 541; Ayan, s. 183; Öztan, s. 134; Şener, s. 577, 581; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 523, N. 6.

tüzel kişileri ile kamuya yararlı dernek ve vakıflar lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası kazandırmalar en son sırada tenkise tabi tutulur. İlgili maddenin gerekçesinden, kanun koyucunun bu hükümlerle kamu yararına kazandırmaları özendirmek istediği anlaşılmaktadır.

TMK'nun 570/II. maddesinde öngörülen kuraldan hareketle, kamuya yararlı kazandırmaların tenkisine gidilmeden önce tüm ölüme bağlı tasarruflar ve daha sonra sağlararası kazandırmalar tenkise tabi tutulur. Bunların tenkisine rağmen saklı paylı mirasçılar saklı payını elde edemezse, bu defa kamuya yararlı kazandırmaların tenkisine gidilir. Bu durumda öncelikle kamuya yararlı ölüme bağlı tasarrufların tenkisi yapılır. Bu kazandırmaların tenkisi ihlal edilen saklı payları karşılamazsa, sağlararası kamuya yararlı kazandırmaların tenkisine geçilir<sup>29</sup>.

Kamuya yararlı kazandırmaların tenkisine ilişkin hüküm incelendiğinde, mirasbırakanın tenkiste sıra ve hangi kazandırmadan hangi oranda tenkis yapılacağını serbestçe belirleyebilme yetkisinin olup olmadığı hususunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hükümün amacının mirasbırakanı kamu yararına kazandırma yapmaya teşvik etmek olduğu göz önüne alındığında, alelade tenkise tabi kazandırmalar için öngörülen kuralların kamu yararına yapılan kazandırmalar için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Yani kamuya yararlı ölüme bağlı tasarrufların tenkisinde, mirasbırakan kanunda öngörülen farklı bir tenkis usulü düzenleyerek, sırayı değiştirebilir<sup>30</sup>. Şu halde öncelikle mirasbırakanın tenkis usulünü belirleyen bir düzenlemesi olup olmadığına bakılır. Eğer mirasbırakanın bu yönde bir arzusu bulunmamakta ise, o takdirde kamuya yararlı ölüme bağlı tasarrufların, alelade ölüme bağlı tasarruflardan sonra ancak aynı kurallara tabi olarak tenkisinin yapılması gerekir<sup>31</sup>.

## Ş. 2. TENKİSİ ÖZELLİK TAŞIYAN BAZI ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLAR

Ölüme bağlı tasarrufların tenkisine ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklama-

---

<sup>29</sup> İmre/Erman, s. 274; Kocayusufpaşaoğlu, s. 424; Ayan, s. 188; Dural/Öz, s. 292; Serozan/Engin, s. 248; Özüğür, s. 83; Kılıçoğlu, s. 213; Öztan, s. 135. İnan/Ertay/Albaş, kamuya yararlı kazandırmaların tenkisinde farklı bir sıra kabul etmektedir. Adı geçen yazarlara göre, ilk önce sağlararası alelade ölüme bağlı tasarruflar orantılı olarak tenkise tabi tutulur; bu yetmezse, kamuya yararlı ölüme bağlı tasarruflar orantılı olarak tenkis edilir; eğer ölüme bağlı tasarrufların toplamı ihlal edilen saklı payı karşılamıyorsa, bu durumda ihlal edilen saklı pay karşılanıncaya kadar en yeni tarihisinden başlanarak alelade sağlararası kazandırmalar tenkise tabi tutulur; bu da yetmezse en yeni tarihisinden başlanarak kamuya yararına yapılmış olan sağlararası kazandırmaların tenkisine gidilir (İnan/Ertay/Albaş, s. 395).

<sup>30</sup> İmre/Erman, s. 274; İnan/Ertay/Albaş, s. 395.

<sup>31</sup> İnan/Ertay/Albaş, s. 405.

maların yanı sıra, bazı ölüme bağlı tasarrufların tenkisinin özellik arz etmesi münasebetiyle bunların tek tek ele alınması faydalı olacaktır. Kanun koyucu, ölüme bağlı tasarruf lehtarının bir vasiyet borcu veya yüklenme ile yükümlü tutulması (TMK m. 563/II); ölüme bağlı tasarrufun konusunun değerinde azalma olmaksızın bölünmesine olanak bulunmaması (TMK m. 564); saklı payı aşan ölüme bağlı tasarrufla üçüncü şahıs lehine intifa veya irat kazandırmaları öngörülmesi (TMK m. 568) ve ön mirasçının saklı payı üzerinde art mirasçı ataması halinde, söz konusu ölüme bağlı tasarrufların tenkisine ilişkin olarak özel düzenlemeler öngörmüştür.

### **I. DEĞERİNDE AZALMA OLMAKSIZIN BÖLÜNMESİNE OLANAK BULUNMAYAN BELİRLİ MAL VASİYETİNİN TENKİSİ (TMK m. 564)**

Kanun koyucu belirli mal vasiyetinin tenkisine ilişkin olarak TMK'nun 564/1. maddesinde özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Vasiyet konusu olan mal bölünebiliyorsa, tenkisi basit olup, tenkisi gereken kısım alınarak saklı paylı mirasçıların saklı payına karşılık olmak üzere onlara tahsis edilir, geriye kalan vasiyet alacaklısına bırakılır<sup>32</sup>.

Buna karşılık, vasiyetnamenin konusunu oluşturan malın değerinde azalma<sup>33</sup> olmaksızın bölünmesi mümkün değilse, bu takdirde TMK'nun 564/1. maddesinde vasiyet alacaklısına bir seçimlik hak tanınmıştır<sup>34</sup>. Buna göre, vasiyet alacaklısı dilerse tenkisi gereken kısmın değerini ödeyerek vasiyet edilen şeyi muhafaza eder, dilerse vasiyet edilen malı geri vererek tasarruf edilebilir kısmın, yani saklı paylar alındıktan sonra geriye kalan kısmın değerinin para olarak kendisine ödenmesini talep eder.

Vasiyet alacaklısına tanınmış olan seçimlik hak, niteliği itibarıyla yenilik doğuran haklardan olup, tek taraflı irade açıklaması ile kullanılır. Bu seçimlik hakkın kullanılması herhangi bir şekilde tabi değildir<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> İmre, s. 423; Dural/Öz, s. 296; İmre/Erman, s. 269; AKBIYIK, Cem, "11.11.1994 Tarih ve 4/4 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına Göre Ölüme Bağlı ve Sağlararası Kazandırmaların Tenkisi", Bülent Davran'a Armağan, İstanbul, 1998, s. 105; Escher, ZK, Art. 526, N. 5; Tuor, BK, Art. 526, N. 8.

<sup>33</sup> Buradaki değer azalmasının önemli miktarda olması gerekmiyep, ispat edilebilir bir değer azalması olması yeterlidir (Eren, s. 168; Akbiyık, s. 106; Forni/Piatti, BSK, Art. 526, N.1; Fankhauser, Handkomm., Art. 526, N. 2; Escher, ZK, Art. 526, N. 3; Tuor, BK, Art. 526, N. 6; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 526, N. 4).

<sup>34</sup> Yargıtay'ın belirttiği üzere, kazandırma konusu malın tenkis hükmü kapsamında bölünmezliği tespit edildiği takdirde, TMK'nun 564. maddesindeki (EMK m. 506) seçim hakkı gündeme gelir. Davalının seçim hakkı doğmadan bir seçim yapmasından söz edilemez (Y. 2. HD., 10.01.1996 T., 13616 E., 137 K.; Y. 2. HD., 3.11.1995 T., 9918 E., 11562 K.

<sup>35</sup> Eren, s. 167, Antalya, s. 309; Akbiyık, s. 105, dn. 13.

Söz konusu maddede öngörülen seçim hakkının kullanılabilmesi için, belirli bir eşyanın vasiyet konusu olması gerekir. Bu eşya, taşınmaz veya otomobil gibi tek bir eşya olabileceği gibi, kolleksiyon, altın takı seti gibi eşya topluluğu da olabilir<sup>36</sup>.

İlgili maddenin lafzı dikkate alındığında, yalnızca belirli mal vasiyetleri hakkında uygulama alanı bulabileceği sonucuna varılmaktadır. Ancak bazı hallerde bu maddenin mirasçı atama şeklindeki tasarruflara da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin, atanmış mirasçıya isabet eden pay, belirli bir maldan ibaretse ve bu mal değerinde azalma olmaksızın aynen paylaşılabilirse, bu takdirde TMK'nun 564/1. maddesinin uygulanmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>37</sup>.

Kanunda vasiyet alacaklısına tanınmış olan seçimlik hakkın hangi süre içinde kullanılacağı belirtilmemiştir. Ancak vasiyet alacaklısının seçim hakkını kullanmayıp işi sürüncemede bırakması mümkündür. Bu itibarla vasiyet alacaklısının seçim hakkını kullanmaması halinde, saklı paylı mirasçının kendisine ihtarda bulunarak, belirli bir süre tayin etmesi veya bu süreyi hakime tayin ettirmesi gerekir. Şayet vasiyet alacaklısı bu süre içinde seçim hakkını kullanmazsa, bu hakkın saklı paylı mirasçıya geçeceği kabul edilmektedir<sup>38</sup>.

Aynen bölünmesi mümkün olmayan belirli bir malın vasiyet alacaklısında veya saklı paylı mirasçıda bırakılması durumunda, bu kişilerin diğer tarafa ödeyecekleri miktarın, tasarruf konusu malın hangi andaki değeri üzerinden hesaplanacağı konusunda TMK'nun 564/II. maddesinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, tasarruf konusu malın vasiyet alacaklısında kalması ha-

<sup>36</sup> Eren, s. 168; Akbıyık, s. 106; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 526, N. 2; Escher, ZK, Art. 526, N. 3; Tuor, BK, Art. 526, N. 8; Piotet, SPR IV/1, s. 508 vd.; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 667; Fankhauser, Handkomm., Art. 526, N. 2; Forni/Piatti, BSK, Art. 526, N. 4

<sup>37</sup> Eren, s. 168; İmre, s. 435; Özüğür, s. 88; İnan/Ertas/Albaş, s. 398; Erman, s. 330. *Gökçe'ye göre ise, TMK'nun 564/1. maddesinde mirasçı atanmasına yer verilmediğinden, mirasçı atanmasında seçimlik hak kullanılmayacaktır. Bu takdirde mirasçı atanana kişiye vasiyet edilen malların verilmesine karşılık saklı payı ortadan kaldıran kişiye vasiyet konusu mallarda saklı payı kadar pay verilecektir (GÖKÇE, Erdoğan, "Medeni Kanunda Yer Alan Vasiyet-name Çeşitleri ile Bunların Tenkis Davasında Karşılaştığı Farklı Sonuçlar Çözüm Yolu Nedir?", İstanbul Barosu Dergisi C. 88, Sy. 4, 2014, s. 260). Yargıtay da TMK'nun 564. maddesinin sadece mal vasiyetlerinde uygulanacağı, mirasçı atamasında uygulanamayacağı görüşündedir (YHGK, 11.02. 1998 T., 2-36 E., 74 K.; Y. 2. HD., 18.05.1995 T., 4699 E., 5842 K.; Y. 2. HD., 03.11.1995 T., 9918 E., 11562 K.; Y. 2. HD., 07.01.1997 T., 13306 E., 15 K.)*

<sup>38</sup> İmre/Erman, s. 271; Dural/Öz, s. 298; Gençcan, s. 549; İmre, s. 435; Ayan, s. 188; Özüğür, s. 54, 90; Antalya, s. 313; Şener, s. 597; Gökçe, s. 262; Eren, s. 169. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. 2. HD., 02.05.2006 T., 186 E., 6703 K.

linde malın tenkis sebebiyle vasiyet borçlusuna verilmesi gereken değerinin; aksi halde tasarruf oranı içinde kalan kısmının karar günündeki değerinin para olarak ödenmesine karar verilir. Burada tereke, miras payları, saklı paylar ve tenkisi gereken miktar yine TMK'nun 507/1. maddesinden hareketle mirasbırakanın ölümü tarihi itibarıyla hesaplanacaktır<sup>39</sup>. Bu hesaplama neticesinde tenkisi gereken bir miktar ortaya çıkarsa, bu miktarın vasiyet konusu malın yine mirasbırakanın ölümü tarihindeki değerine oranı bulunur. Böylece "sabit tenkis oranı" tespit edilmiş olunur. Daha sonra, vasiyet konusu malın kararın verileceği tarihe en yakın tarihteki değeri<sup>40</sup> yeniden belirlenir ve daha önce tespit edilmiş olan sabit tenkis oranı bu değere uygulanarak tenkis sonucu para olarak ödenmesi gereken miktar hesaplanır<sup>41</sup>.

Yukarıdaki açıklamaları bir örnek üzerinde uygulayacak olursak: Tek mirasçısı çocuğu (A) olan mirasbırakan, yaptığı vasiyetname ile evini (B)'ye bırakmıştır. Mirasbırakan öldüğünde vasiyet ettiği ev dışında 30.000 TL. değerinde mal varlığı bulunmaktadır. Evin, mirasbırakanın ölümü tarihindeki değeri 60.000 TL.'dir. Bu durumda mirasbırakanın terekesi 90.000 TL.'dir. Çocuğu (A)'nın saklı payı 45.000 TL olup, terekeden ancak 30.000 TL. alabileceğinden, saklı payı 15.000 TL. ihlal edilmiştir. Tenkise tabi miktarın, vasiyet konusu taşınmazın mirasbırakanın ölümü tarihindeki değerine oranı 15.000/60.000, yani ¼'tür. Bu oran sabit tenkis oranıdır. Dava sonunda evin değeri 100.000 TL.'ye çıkmış ise, tenkis edilecek miktar  $100.000 \times \frac{1}{4} = 25.000$  TL.'dir. Böyle bir durumda vasiyet alacaklısı (Ü), ya 25.000 TL.'yi terekeye verip, evi muhafaza eder ya da evi verip, kendisine 75.000 TL.'nin verilmesini talep eder.

TMK'nun 564. maddesinde yer alan hüküm emredici bir hukuk kuralı niteliğinde değildir. Mirasbırakan dilerse, ölüme bağlı tasarrufu ile bunun aksini düzenleyebilir. Örneğin, mirasbırakan, seçim hakkını ortadan kaldırarak, vasiyet alacaklısının vasiyet konusu malı muhafaza ederek, tenkisi gereken kısmın

<sup>39</sup> Y. 16. HD., 07.05.2010 T., 3165 E., 3592 K.; Y. 2. HD., 28.04.2004 T., 4605 E., 5439 K.; Y. 1. HD., 08.05.2013 T., 3476 E., 7085 K.; Y. 1. HD., 31.10.2013 T., 631 E., 16540 K.; Y. 8. HD., 18.02.2014 T., 20552 E., 2588 K.

<sup>40</sup> Y. 2. HD., 19.03.2009 T., 17715 E., 5061 K.; Y. 2. HD., 18.10.2007 T., 18502 E., 13791 K.; Y. 2. HD., 03.11.2003 T., 13875 E., 14811 K.; Y. 1. HD., 11.02.2014 T., 16718 E., 1898 K.; Y. 3. HD., 18.02.2013 T., 18524 E., 18195 K.

<sup>41</sup> Öztan, s. 143; Dural/Öz, s. 297; İmre/Erman, s. 270; Özüğür, s. 55; Ayan, s. 189; Akbıyık, s. 112; Antalya, s. 309; İnan/Ertaş/Albaş, s. 399; ERMAN, Hasan, "Tenkis Davalarında Medeni Kanun'un 564. (Eski MK. 506.) Maddesi Uyarınca Ödenecek Bedel", Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, 2004, s. 331. YİBK, 11. 11. 1994 T., 4 E., 4 K.; Y. 2. HD., 29.11.2010 T., 19001 E., 19763 K.; Y. 2. HD., 09.10.2007 T., 19342 E., 13627 K.; Y. 2. HD., 23.11.2004 T., 12265 E., 13745 K.; Y. 2. HD., 29.11.2005 T., 13585 E., 16522 K.; Y. 1. HD., 25.06.2013 T., 12738 E., 10534 K.; Y. 1. HD., 11.02.2014 T., 16718 E., 1898 K.

değerini nakden vermesini öngörebilir. Aynı şekilde mirasbırakanın vasiyet alacaklısına tanınmış olan seçim hakkını, saklı paylı mirasçıya bırakması da mümkündür<sup>42</sup>.

## II. ÖLÜME BAĞLI KAZANDIRMA LEHTARININ BİR VASİYET BORCU VEYA YÜKLEME İLE YÜKÜMLÜ TUTULMASI DURUMUNDA TENKİS (TMK m. 563/II)

TMK'nun 563/II. maddesinde özel bir tenkis kuralına yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, ölüme bağlı tasarrufla kazandırma elde eden kimse<sup>43</sup>, bazı vasiyetleri yerine getirmekle yükümlü kılınmışsa, kendisine yapılan kazandırmanın tenkise tabi olması halinde, mirasbırakan aksini kararlaştırmamışsa, kendi yükümlülüğünün de aynı oranda tenkis edilmesini talep edebilir.

Sözü edilen hükümden anlaşıldığı üzere, belirli şeyleri teslim yükümlülüğü ile yapılan bir ölüme bağlı tasarrufun tenkisi halinde, mirasbırakan aksini öngörmemişse, lehine ölüme bağlı tasarruf yapılan kimse kendi yükümlülüğünün de aynı oranda indirilmesini isteyebilir. Örneğin, tereke mevcudu 20.000 TL. olan mirasbırakan, (A)'ya 20.000 TL. vasiyet etmiş ve bunun 10.000 TL.'sini (B)'ye vermesini istemiştir. Mirasbırakan öldüğünde mirasçıları olarak tek çocuğu (C) hayattadır. Bu arada (C)'nin saklı payı 10.000 TL.'dir. (C) saklı payını alabilmek için (A)'ya yapılan 20.000 TL. değerindeki vasiyetin 10.000 TL.'sinin tenkisini isteyecektir. Dolayısıyla (A)'ya yapılan 20.000 TL. değerindeki vasiyet ½ oranında azalacaktır. Bu durumda (A), TMK'nun 563/II. maddesi gereğince, kendisinin yükümlülüğünün de ½ oranında tenkisini talep edebilir. Buna göre, (B)'ye verilecek 10.000 TL.'nin 5.000 TL.'lik kısmı tenkis edilir.

Tenkis davasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla burada da uygulanır. Tenkis davasında öngörülen bir yıllık süre kendisine yapılan kazandırmanın tenkise tabi olduğunun öğrenilmesiyle birlikte başlar<sup>44</sup>.

Tenkis davasına maruz kalan vasiyet alacaklısı, kendisine yüklenen borç veya yüklemenin aynı oranda indirilmesini bir dava ile talep edebileceği gibi, bu borç veya yüklemenin ifası istendiğinde def'i yoluyla da ileri sürebilir<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Eren, s. 169; İmre/Erman, s. 271; Akbıyık, s. 106; Forni/Piatti, BSK, Art. 526, N. 4; Piotet, SPR IV/1, s. 509; Fankhauser, Handkomm., Art. 526, N. 1; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 526, N. 5; Escher, ZK, Art. 526, N. 4; Tuor, BK, Art. 526, N. 7.

<sup>43</sup> Burada lehine kazandırma yapılan kimse vasiyet alacaklısı olabileceği gibi atanmış mirasçı da olabilir (Escher, ZK, Art. 525, N.7; Tuor, BK, Art. 525, N. 10; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 664; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 525, N. 12).

<sup>44</sup> Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 525, N. 13.

<sup>45</sup> Dural/Öz, s. 303; Kocayusufpaşaoğlu, s. 432; Antalya, s. 308.

### III. İNTİFA VEYA İRAT KAZANDIRMALARININ TENKİSİ (TMK m. 568)

Mirasbırakan yaptığı ölüme bağlı tasarrufla üçüncü şahıs lehine öngördüğü intifa veya irat kazandırmaları ile saklı payları ihlal etmiş olabilir. Bu takdirde TMK'nun 568. maddesinde saklı paylı mirasçıya bir seçimlik hak tanımıştır. Buna göre, mirasbırakan tarafından tesis edilmiş olan intifa veya irat kazandırmasının tasarruf oranını aştığı tespit edildiği takdirde, saklı paylı mirasçı, dilerse intifa veya irat kazandırmalarının tenkisini, dilerse tasarruf edilebilir miktarı nakden ödeyerek, tasarrufun beraberinde getirdiği intifaya veya irada ilişkin yükümlülüğün kaldırılmasını talep edebilir. TMK'nun 564. maddesinden farklı olarak seçim hakkı ölüme bağlı tasarrufun lehdarına değil, saklı paylı mirasçıya tanınmıştır.

Kanun sınırlı aynı haklardan yalnızca intifa hakkına yer vermiş ise de, mirasbırakan yaptığı ölüme bağlı tasarrufla saklı paylı mirasçının saklı payını, oturma hakkı ve diğer irtifak hakları yoluyla ihlal etmesi halinde de 568. maddenin uygulama alanı bulacağını kabul etmek gerekir<sup>46</sup>.

Burada yapılan kazandırmanın saklı payı ihlal edip etmediğinin tespiti için, öncelikle intifa veya iradın muhtemel devam sürelerine göre sermaye olarak ifade ettiği değer<sup>47</sup> belirlenmesi gerekir. Eğer belirlenen sermaye değeri, saklı payı ihlal ediyorsa, saklı paylı mirasçı 568. maddede kendisine tanınan seçimlik hakkı kullanabilir<sup>48</sup>. Seçimlik hakkın kullanımı herhangi bir şekle tabi olmayıp, saklı paylı mirasçı bu hakkı tenkis davası sırasında kullanabilir<sup>49</sup>.

Saklı paylı mirasçı tenkis yolunu seçmişse, tenkis neticesinde intifa ve irat kazandırmaları tasarruf oranı dahilinde indirilmiş miktarları üzerinden ifa olunur.

<sup>46</sup> Eren, s. 170; Özüğür, s. 92; Öztan, s. 145; Fankhauser, Handkomm., Art. 530, N. 3; Rumo-Jungo, Erbrecht, s. 122.

<sup>47</sup> İntifa hakkının veya iradın sermaye değeri, yürürlükteki ortalama faiz oranı ile intifa ve iradın muhtemel devam süresi dikkate alınarak hesaplanır. İntifa hakkının veya iradın muhtemel devam süresi, yani tasarruftan yararlananın muhtemel yaşam süresi, dahil olduğu yaş grubundakilerin ortalama yaşam süresi, ciniyeti, sağlık durumu gibi subjektif bir takım unsurlar göz önünde bulundurularak hesaplanır (Kocayusufpaşaoğlu, s. 431; Eren, s. 170; Serozan/Engin, s. 257; İmre, s. 437; Dural/Öz, s. 299; İnan/Ertaş/Albaş, s. 401; Tüfek, s. 163; Şener, s. 553; Antalya, s. 317; Gençcan, s. 564; KAYIKET, Hasan, "İntifa ve İratlar Üzerinde Tenkis", TBBD, Sy. 72, 2007, s. 330; Tuor, BK, Art. 530, N. 12; Breitschmid/Eitel/Fankhauser/Geiser/Rumo-Jungo, s. 141).

<sup>48</sup> Öztan, s. 145; Eren, s. 170; Kocayusufpaşaoğlu, s. 431; Oğuzman, s. 256; Serozan/Engin, s. 257; Tüfek, s. 163; Şener, s. 553; İnan/Ertaş/Albaş, s. 401; Escher, ZK, Art. 530, N. 10, 12; Hrubesch-Millauer, Praxiskomm., Art. 530, N. 4; Tuor, BK, Art. 530, N. 1, 14; Fankhauser, Handkomm., Art. 530, N. 1. BGE 135 II 97, 100.

<sup>49</sup> Dural/Öz, s. 300; Öztan, s. 144; Forni/Piatti, BSK, Art. 530, N. 2; Hrubesch-Millauer, Praxiskomm., Art. 530, N. 6; Tuor, BK, Art. 530, N. 15; Fankhauser, Handkomm., Art. 530, N. 2.

Örneğin, mirasbırakan tek mirasçısı olan (A)'ya bıraktığı 50.000 TL.'ye karşılık (B)'ye yaşadığı sürece her yıl 2000 TL. irat ödemesini vasiyet etmiştir. (A) tenkis yolunu seçecek olursa, her yıl ödenecek iradın miktarı tasarruf oranı dahilinde indirilerek ödenir. Olayda (B)'nin ortalama yaşama süresi 25 yıl olarak hesap edilmiş olsa, bu süre tasarruf oranına karşılık gelen 25.000 TL.'ye oranlanır ve neticede elde edilen 1000 TL. her yıl (B)'ye ödenir. Böylece (A), (B)'ye 25 yıl boyunca 2000 TL. yerine, tenkis neticesinde sadece 1000 TL. öder<sup>50</sup>.

Buna karşılık saklı paylı mirasçı tasarruf edilebilir miktarı vererek intifa ve irat yükünden kurtulmak yolunu tercih ettiği takdirde, bu miktar oranında bir parayı lehtara ödemek zorundadır<sup>51</sup>. Örneğin, mirasbırakan sahip olduğu evi üzerinde (A) lehine intifa hakkı kurulmasını vasiyet etmiştir. Mirasbırakan öldüğünde mirasçısı olarak (B) hayattadır. Mirasbırakanın terekesi 20.000 TL. olup, ev üzerindeki intifa hakkının sermaye olarak değeri 12.000 TL. olarak hesaplanmıştır. (B)'nin saklı payı 10.000 TL. olup, mirasbırakan 12.000 TL. değerindeki tasarruf ile serbest tasarruf oranını 2.000 TL. aştığı anlaşılmaktadır. Bu durumda (B) tenkis davasında (A)'dan sahip olduğu intifa hakkı karşılığında sadece 2.000 TL. isteyebilecektir. (B), bu kadar az para karşılığında babasından kalan evde (A)'nın ömür boyu intifa hakkına sahip olmasını istemiyorsa, seçim hakkını kullanarak, (A)'ya serbest tasarruf oranı olan 10.000 TL.'nin tamamını ödeyerek ev üzerindeki intifa hakkını kaldırabilir<sup>52</sup>.

#### **IV. ÖN MİRASÇININ SAKLI PAYI ÜZERİNDE ART MİRASÇI ATANMASI HALİNDE TENKİS (TMK m. 569)**

Art mirasçı tayini, ön mirasçının saklı payı üzerinde kurulamaz. Saklı pay her türlü kayıt ve şarttan bağımsız olarak mirasçıya intikal etmelidir. Bu ilkeyi dikkate alan kanun koyucu, TMK'nun 569. maddesinde ön mirasçının saklı payını korumaya yönelik bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre, ön mirasçı saklı paylı mirasçı olup, mirası art mirasçıya geçirme yükümlülüğüyle saklı payı ihlal edilmişse, devretmekle yükümlü olduğu mirasın saklı payı ihlal ettiği oranda tenkisini talep edebilir. Bu durumda art mirasçı tayini geçerliliğini korur. Ancak ön mirasçı, saklı payı oranında mirası art mirasçıya devretme yükümlülüğünden kurtulur<sup>53</sup>. Örneğin, tereke mevcudu 100.000 TL. olan mi-

<sup>50</sup> Eren, s. 172.

<sup>51</sup> Eren, s. 172.

<sup>52</sup> Dural/Öz, s. 300.

<sup>53</sup> Öztan, s. 149; Dural/Öz, s. 304; Gençcan, s. 566; Ayan, s. 189; İnan/Ertaş/Albaş, s. 401; Antalya, s. 317; Kocayusufpaşaoğlu, s. 431; İmre/Erman, s. 142. Fankhauser, Handkomm., Art. 531, N. 2; Forni/Piatti, BSK, Art. 531, N. 1, 3; Piotet, SPR IV/1, s. 515; Rumo-Jungo, Erbrecht, s. 123; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 664; Hrubesch-Millaue, Praxiskomm., Art.



rasbırakan, tek yasal mirasçısı kızı (A) lehine yaptığı vasiyetname ile 60.000 TL. bırakmış ve on yıl sonra bu parayı arkadaşı (B)'ye vermesini istemiştir. Bu durumda (A)'nın saklı payı 50.000 TL. olduğuna göre, (B)'ye devretmekle yükümlü olduğu mirasın saklı payını ihlal eden kısmının tenkisini isteyebilir ve (B)'ye sadece 10.000 TL.'yi verir.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus, ön mirasçının yasal mirasçılarının art mirasçıya karşı tenkis talebinde bulunup bulunamayacağına ilişkindir. İsviçre Federal Mahkemesi içtihadına göre<sup>54</sup>, saklı pay hakkı mirasçılara intikal edeceğinden, ön mirasçının mirasçıları da, art mirasçıya karşı, ön mirasçının saklı payı oranında tenkis talebinde bulunabilirler.

Federal Mahkeme'nin kararına<sup>55</sup> konu olan bir olayda, mirasbırakan (E), (V) ile evli olup çocukları bulunmamaktadır. E yapmış olduğu vasiyetname ile, bütün mal varlığını eşi (V)'ye bırakmış, onun ölümü halinde mal varlığının yasal mirasçılar olan üç kardeşine geçmesini istemiştir. (V), 2007 tarihinde ölmüş ve ölümünden önce yaptığı vasiyetnameyle bütün mal varlığını tek mirasçısı olarak kayıtlı hayat arkadaşı (L)'ye bırakmıştır. Federal Mahkeme söz konusu somut olaya ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede, art mirasçı tayiniyle, ön mirasçının saklı payı ihlal edilmişse, saklı payı oranında miras art mirasçıya devretme yükümlülüğünden kurtulacağına işaret etmiştir<sup>56</sup>. Diğer taraftan Federal Mahkeme'ye göre, ön mirasçının saklı pay hakkı mirasçılara intikal edeceğinden<sup>57</sup>, somut olayda ön mirasçı (V)'nin yasal mirasçısı olan (L), art mirasçılar olan (V)'nin kardeşlerine karşı tenkis talebinde bulunabilir.

## **V. MİRAS SÖZLEŞMESİYLE ELDE ETTİĞİ KAZANDIRMA TENKİSE TABİ TUTULAN KİMSENİN BU KAZANDIRMA İÇİN MİRASBIRAKANA VERDİĞİ KARŞILIĞIN TENKİSİ (TMK m. 566/II)**

TMK'nun 566/II. maddesine göre, ivazlı bir miras sözleşmesiyle kendisine ölüme bağlı kazandırma yapılan kimse, bu kazandırmanın tenkisi halinde, kendisinin bu kazandırma için verdiği ivazın tenkis oranında geri verilmesini talep

---

531, N. 1, 2; Escher, ZK, Art. 531, N. 2. BGE 133 III 309, 310 vd.; BGE 108 II 288, 291; BGE 75 II 190, 195; BGE 51 II 49, 55.

<sup>54</sup> BGE 108 II 288, 291; 133 III 309,310; 5A\_330/2013, 4.3. İsviçre öğretisinde aynı yönde görüş için bkz. Fankhauser, Handkomm., Art. 531, N. 1; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 664; Hrubesch-Millauer, Praxiskomm., Art. 531, N. 2.

<sup>55</sup> BGer 5A\_330/2013. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ABT, Daniel, "Gerichtliche Einforderung der Erbschaft durch die Nacherben versus (angebliche) Pflichtteilsansprüche des Vorerben bzw. seines Erben", dRSK-Weblaw, 2014, E.T: 25.03.2016.

<sup>56</sup> BGer 5A\_330/2013, 4.1.

<sup>57</sup> BGer 5A\_330/2013, 4.3.

edebilir<sup>58</sup>. Örneğin, mirasbırakan tek mal varlığı olan 80.000 TL. değerindeki evini, arkadaşı (A) ile yaptığı miras sözleşmesi ile ona bırakmış ve (A) da bunun karşılığında mirasbırakana 20.000 TL. ödemiştir. Mirasbırakanın yasal mirasçısı olarak oğlu (B) hayattadır. Burada (B)'nin saklı payı 40.000 TL. olup, saklı payı, (A)'ya yapılan tasarrufla ihlal edilmiştir. Bu durumda (A) aleyhine 40.000 TL.'lik tenkis davası açabilir. (A) da kendisinin karşı edim olarak verdiği 20.000 TL.'nin tenkis oranında, yani ½ oranında geri verilmesini isteyebilir. (B)'nin (A)'ya 10.000 TL. vermesi gerekir<sup>59</sup>.

Mirasbırakan terekesinin tamamını ivazlı miras sözleşmesiyle sözleşmenin karşı tarafına bırakmış olup, terekenin tamamının, yani miras sözleşmesinin konusu olan mal varlığının, mirasbırakanın ölümü anındaki değeri, lehine miras sözleşmesiyle kazandırma yapılan kimsenin, bu kazandırma için verdiği ivazdan daha az ise, bu durumda saklı paylı ihlal edilen mirasçı tenkisi talep ettiği gibi, saklı payını alamayacağı gibi, bilakis saklı payının üzerinde bir miktarı lehine ivazlı miras sözleşmesi yapılan tarafa ödemek zorunda kalacaktır. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, saklı paylı mirasçı tenkis davası açmaktan vazgeçmelidir<sup>60</sup>.

### Ş. 3. TENKİS DAVASI

Mirasbırakanın tasarruf serbestisinin sınırlarını aşarak saklı payı ihlal eden ölüme bağlı veya sağlararası kazandırmalarının tasarruf serbestisi miktarına indirilmesi talebiyle açılan davaya tenkis davası adı verilir<sup>61</sup>. Tenkis davası, TMK'nun 560-571. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu başlık altında TMK'nun ilgili hükümlerinden hareketle, tenkis davasının hukuki niteliği, şartları, tarafları, tenkis davasında hak düşürücü süreler ve davalının geri verme borcunun kapsamı ele alınacaktır.

---

<sup>58</sup> Öztan, s. 146; Dural/Öz, s. 302; Antalya, s. 317; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 668; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 528, N. 8; Tuor, BK, Art. 528, N. 23 vd.; Escher, ZK, Art. 528, N. 12 vd.

<sup>59</sup> İnan/Ertaş/Albaş'a göre, miras sözleşmesiyle yapılan kazandırma için verilen ivazdan iade edilmesi gereken miktar tenkis talep eden saklı paylı mirasçının saklı payından indirilir ve mirasçı geriye kalan miktarı terekeden alır (İnan/Ertaş/Albaş, s. 403, 435. İsviçre öğretisinde aynı yönde görüş için bkz. Piotet, SPR IV/1, s. 516-517). Yukarıdaki örnekte (B)'nin (A)'ya geri vermesi gereken 10.000 TL., (B)'nin saklı payından indirilir ve (B) terekeden 30.000 TL., (A) 50.000 TL. alır.

<sup>60</sup> Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 528, N. 11; Piotet, SPR IV/1, s. 517.

<sup>61</sup> Eren, s. 17; Kocayusufpaşaoğlu, s. 411-412; Kılıçoğlu, s. 229; Oğuzman, s. 246; Dural/Öz, s. 267; İnan/Ertaş/Albaş, s. 377; İmre, s. 399; Gençcan, s. 536; Tüfek, s. 102; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 190; Ayan, s. 174; Fankhauser, Handkomm., Vorbem. zu ZGB 522- 533, N. 1.

## I. TENKİS DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Tenkis davası, hukuki niteliği itibariyle yenilik doğuran (inşai) bir dava niteliğinde olduğu kabul edilmektedir<sup>62</sup>. Tenkis davası sonucunda verilen karar geçmişe etkili olup, mirasın açıldığı andan itibaren hüküm doğurur<sup>63</sup>. Tenkis kararının hükümlerinin mirasın açıldığı ana kadar geriye yürümesi, bu kararın yenilik doğurucu niteliğine aykırı düşmez. Zira yenilik doğuran kararların hükümlerinin geleceğe etkili sonuç doğurması kuralı mutlak olmayıp istisnaları vardır ki, tenkis kararı da bu istisnalardan biridir<sup>64</sup>.

Tenkis davası, yalnızca saklı payı ihlal eden ölüme bağlı tasarrufların veya sağlararası kazandırmaların tasarruf serbestisi miktarına indirilmesi; başka bir ifadeyle, mirasbırakan tarafından yapılan tasarrufların değiştirilmesi veya bazen tamamen ortadan kalkması amacı güttüğünden bir eda davası niteliğinde olduğu söylenemez. Bu itibarla saklı paylı mirasçının mahkemenin tenkis kararına dayanarak, davalının zilyetliğinde bulunan kazandırmanın saklı payına ilişkin bulunan kısmının kendisine verilmesinin temini için ayrıca bir eda davası açması gerekir. Bu eda davası, tenkise konu kazandırmanın türüne göre, miras sebebiyle istihkak davası<sup>65</sup>, paylaşma

<sup>62</sup> Dural/Öz, s.267; İmre, s. 399; Oğuzman, s. 246; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 190; Kocayusufpaşaoğlu, s. 411; İnan/Ertas/Albaş, s. 377; Öztan, s. 121; Kılıçoğlu, s. 229; Tüfek, s. 103; Şener, s. 533; Hatemi, s. 46; İmre/Erman, s. 246; Özüğür, s. 44; Ayan, s. 174; Serozan/Engin, s. 258; Gençcan, s. 532; Fankhauser, Handkomm., Vorbem. zu ZGB 522- 533, N. 5; Tuor, BK, Vorbem. zu Art. 522-533, N. 8,10, Forni/Piatti, BSK, Vorbem. zu ZGB 522-533, N. 15; Piotet, SPR IV/1, s. 378, 474; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 663; Hrubesch-Millauer, Praxis-Komm., Vorbem. zu Art. 522 ff., N. 10; BRÜCKNER, Christian/WEIBEL, Thomas, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Auflage, Basel, 2012, N. 83. Yargıtay da tenkis davasını yenilik doğurucu (inşai) bir dava olarak nitelendirmektedir (YHGK, 07.07.2010 T., 1-360 E., 372 K.; Y. 16. HD., 10.10.2011 T., 6923E., 5361 K.). Aynı şekilde İsviçre Federal Mahkemesi de, tenkis davasının yenilik doğurucu bir dava niteliğinde olduğunu kabul etmektedir (BGE 102 II 329, 333).

<sup>63</sup> Dural/Öz, s. 267; Eren, s. 148; Oğuzman, s. 246; Özüğür, s. 43; Kocayusufpaşaoğlu, s. 412; Öztan, s. 121; Antalya, s. 305; Ayan, s. 174; Escher, ZK, Vorbem. zu Art. 522-533, N. 14; Fankhauser, Handkomm., Vorbem. zu ZGB 522- 533, N. 7; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Vorbem. zu Art. 522 ff., N. 10; Tuor, BK., Vorbem. zu Art. 522-533, N. 10; Piotet, SPR IV/1, s. 378, 474; Forni/Piatti, BSK, Vorbem zu ZGB 522-533, N. 15. BGE 102 II 329, 332.

<sup>64</sup> Eren, s. 148.

<sup>65</sup> Ölüme bağlı tasarruflar esasında miras açıldıktan sonra ifa edileceğinden, henüz terekeden çıkmamıştır. Ancak miras açıldıktan sonra fakat tenkis davası açılmadan önce ifa edilen ölüme bağlı tasarrufun konusunu teşkil eden mal veya kıymetin iadesi istihkak davası yoluyla sağlanır. Aynı şekilde herhangi bir suretle ölüme bağlı tasarrufun konusunu teşkil eden mal veya kıymeti elinde bulunduran kimse aleyhine de miras sebebiyle istihkak davası açılarak iade talep edilebilir. Nitekim TMK'nun 637 vd. maddelerinde terekeyi veya terekenin bazı mallarını elinde bulunduran kimseye karşı açılacak davanın miras sebebiyle istihkak davası olduğu hükme bağlanmıştır (İnan/Ertas/Albaş, s. 434; Eren, s. 176; Özüğür, s. 98; Tuor, BK, Vorbem. zu Art. 522-533, N. 13; Escher, ZK, Einl. zu Art. 522-533, N. 15).

davası<sup>66</sup> veya tenkis kararına dayanan özel nitelikte bir şahsi dava<sup>67</sup> olup, tenkis davası ile birlikte veya ondan bağımsız olarak açılabilir<sup>68</sup>. Yargıtay ise, tenkis davasının zımnen eda talebini de kapsadığına hükmetmiştir<sup>69</sup>. Eğer tenkis davası sağlararası bir kazandırmanın tenkisi veya ifa edilen bir mal vasiyetinin tenkisine yönelikse, tenkis davasının ifa talebini de kapsayabileceği kabul edilmektedir<sup>70</sup>.

Tenkis davası bir eda davası olmadığı gibi, bir tespit davası da değildir. Zira tenkis davasıyla mevcut bir hukuki durumun tespiti değil, bilakis mirasbırakanın tasarruf serbestisini aşan kazandırmasının tasarruf serbestisi miktarına indirilmesi, yani söz konusu kazandırmanın hüküm ve sonuçlarının değiştirilmesi söz konusu olmaktadır<sup>71</sup>.

Tenkis davası mirasbırakanın ölümü üzerine açılabilir. Zira saklı payın ve tasarruf edilebilir kısmın miktarı, terekenin mirasbırakanın ölümü günündeki durumuna göre hesaplanacak ve saklı paylı mirasçılardan kimler olacağı yine mirasbırakanın ölümü tarihinde belli olacaktır<sup>72</sup>.

## II. TENKİS DAVASININ ŞARTLARI

TMK'nun 560. maddesine göre tenkis davasının açılabilmesi için iki şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlardan ilki mirasbırakanın sağlararası veya ölüme bağlı kazandırmaları ile serbest tasarruf oranını aşmış olması; ikincisi

---

<sup>66</sup> Tenkise konu kazandırma ölüme bağlı tasarruf olup, bu ölüme bağlı tasarrufla kazandırmaya sahip olan kişi aynı zamanda miras ortaklığına dahil mirasçı (birlikte mirasçı) ise, ona karşı açılacak dava, paylaşma davası olacaktır. Henüz paylaşma gerçekleştirilip elbirliği ortaklığına son verilmeden, mirasçılardan birbirlerine karşı istihkak davası açmaları söz konusu olmaz (Serozan/Engin, s. 603; Öztan, s. 458). Çünkü onlar mallara zaten elbirliğiyle sahiptirler. Bu aşamda mirasçılardan birbirlerine karşı açacakları dava olsa olsa paylaşma davası olabilir. (İnan/Ertaş/Albaş, s. 434; Serozan/Engin, s. 603; Özüğür, s. 99; Kocayusufpaşaoğlu, s. 662; Eren, s. 180; Piotet, SPR IV/1, s. 777; Tuor, BK, Art. 598, N. 12).

<sup>67</sup> Sağlararası kazandırmaları alan kişiler aleyhine geri verme özel nitelikte bir şahsi dava ile sağlanabilir (İnan/Ertaş/Albaş, s. 434; Eren, s. 179).

<sup>68</sup> Öztan, s. 121; Eren, s. 21, 148; Kocayusufpaşaoğlu, s. 412; Serozan/Engin, s. 259; Oğuzman, s. 246; İmre, s. 428; İnan/Ertaş/Albaş, s. 377; Özüğür, s. 43-44; İmre/Erman, s. 266; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Vorbem. zu Art. 522 ff., N. 10; Tuor, BK, Vorbem. zu Art. 522-533, N. 13; Escher, ZK, Art. 528, N.1. BGE 102 II 329, 333.

<sup>69</sup> YHGK, 29.05.1996 T., 2-296 E., 424 K.; YHGK, 22.12.2010 T., 2- 648 E., 684 K.; Y.2. HD., 02.06.1972 T., 2794 E., 3528 K..

<sup>70</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 377-378; Gençcan, s. 532; Brückner/Weibel, N. 97.

<sup>71</sup> Eren, s. 20-21, 147.

<sup>72</sup> Öztan, s. 122; İnan/Ertaş/Albaş, s. 378; Kocayusufpaşaoğlu, s. 412; İmre, s. 407; Gençcan, s. 538; Eren, s. 142. YHGK, 13.04. 1966 T., 551/2 E., 102 K.; Y. 2. HD., 18.06.1963 T., 2910 E., 3800 K.; Y. 2. HD., 15.05.1964 T., 2694 E., 2536 K.; Y. 1. HD. 20.05.2013 T., 5848 E., 8120 K.

mirasçının saklı payının ihlal edilmiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle mirasbırakan yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf veya sağlararası kazandırmalarla serbest tasarruf oranını aşmış ve bu aşma neticesinde saklı paylı mirasçının saklı payının ihlal edilmiş olması gerekir.

Belirtmek gerekir ki, serbest tasarruf oranının aşılması ile saklı payın ihlal edilmiş olması farklı kavramlardır. Serbest tasarruf oranının aşılması daima saklı payın ihlali sonucunu doğurmakla birlikte, bütün saklı paylı mirasçıların saklı paylarının ihlal edildiği sonucuna varılamaz. Serbest tasarruf oranını aşan tasarruf bazı mirasçıların saklı payını ihlal ederken, diğer mirasçıların saklı payına dokunmamış olabilir. Bu itibarla tenkis talebi hakkı, saklı paylarını alamayan mirasçılara aittir<sup>73</sup>.

#### **A. MİRASBIRAKANIN SERBEST TASARRUF ORANINI AŞMIŞ OLMASI**

Tenkis davasının açılabilmesi için mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarruflarla veya sağlararası kazandırmalarla serbest tasarruf oranını aşmış olması gerekir<sup>74</sup>. Mirasbırakan, ölümü anındaki tereke durumuna ve saklı paylı mirasçıların yakınlık derecesine göre, kanunun öngördüğü tasarruf serbestisi miktarından daha fazla miktarda sağlararası kazandırma veya ölüme bağlı tasarruf yapmış ise, serbest tasarruf miktarını aşmış olur<sup>75</sup>.

Mirasbırakanın tasarruf oranı, terekeden saklı payların hesaplanıp çıkarılması ile bulunur. Mirasbırakanın yapmış olduğu tasarrufların serbest tasarruf oranı içinde kalıp kalmadığını belirleyebilmek için öncelikle terekenin mirasbırakanın ölümü tarihindeki toplam parasal değerini tespit etmek gerekir<sup>76</sup>. Mirasbırakanın ölümü günündeki terekenin toplam parasal değerine, bazı değerler eklenerek (tenkise tabi sağlararası karşılıksız kazandırmalar (TMK m. 565), sigorta alacakları (TMK m. 509, 567), denkleştirmeye tabi kazandırmalar (TMK m. 669 vd.)) ve bazı değerler çıkarılarak (mirasbırakanın ölümü anındaki borçları, cenaze giderleri, terekenin mühürlenmesi ve yazımı giderleri, mirasbırakan ile birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık geçim giderleri (TMK m. 507/II), ana baba veya büyük ana babayla yaşayan emeğini aileye özgülleyen ergin çocuklara ve toruna verilecek tazminat (TMK

<sup>73</sup> İmre/Erman, s. 247; Eren, s. 43; İnan/Ertaş/Albaş, s. 379; İmre, s. 400-401; Fankhauser, Handkomm., Vorbem. zu ZGB 522- 533, N. 3; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 522, N. 1.

<sup>74</sup> Y. 2. HD., 27.12.2004 T., 14199 E., 15688 K.; Y. 16. HD., 03.07.2012 T., 4965 E., 5895 K.

<sup>75</sup> Eren, s. 25; İnan/Ertaş/Albaş, s. 378; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 522, N. 1.

<sup>76</sup> Y. 2. HD., 10.04.2006 T., 20077 E., 5071 K.; Y. 2. HD., 17.06.2003 T., 5672 E., 8996 K.; Y. 16. HD., 08.11.2010 T., 8018 E., 6486 K.; Y. 1. HD., 14.01.2014 T., 14424 E., 172 K.; Y. 1. HD., 16.01.2014 T., 15778 E., 503 K.

m. 641/II), sağ kalan eşin katkı ve katılma alacağı) tasarruf oranının hesaplanmasına esas olacak tereke değeri tespit edilir. Belirtmek gerekir ki, bütün bu eklemeler ve çıkarmalar farazi olup, yalnızca kağıt üzerinde yapılır<sup>77</sup>.

Terekenin tespitinde, gerek mevcut mal ve haklar gerek eklenecek ve çıkarılacak unsurlar, mirasbırakanın ölümü (mirasın açılma) tarihindeki sürüm değeriyle hesaba katılırlar. Bu itibarla terekeye dahil mal veya haklarda mirasbırakanın ölümünden sonra ortaya çıkan kıymet değişiklikleri dikkate alınmaz<sup>78</sup>.

## B. SAKLI PAYIN İHLAL EDİLMİŞ OLMASI

Tenkis davası açılabilmesi için ikinci şart, mirasbırakanın ölüme bağlı ve sağlararası tasarrufları ile serbest tasarruf oranını aşmış olması sebebiyle davacı mirasçının saklı payının ihlal edilmiş olması gerekir<sup>79</sup>. Başka bir ifadeyle, davacı mirasçının saklı payını elde edememiş olması, mirasbırakanın tasarruf oranını aşmış olmasının bir sonucu olmalıdır. Tasarruf oranın aşılması ile saklı payın ihlali arasında böyle bir illiyet bağı yoksa, yani mirasçının saklı payını alamamış olması başka bir sebepten kaynaklanıyorsa, tenkis davası açılmaz. Örneğin, üçüncü bir kişinin veya birlikte mirasçıların terekeye dahil bir malı gasp etmesi veya iade etmekten kaçınması sebebiyle saklı paylı mirasçı saklı payını elde edemiyorsa tenkis davası yoluna başvuramaz. Böyle bir durumda istihkak veya paylaşma davası açılabilir<sup>80</sup>.

Belirtmek gerekir ki, tasarruf serbestisi miktarının aşılmış olması her zaman bütün mirasçıların saklı paylarının ihlali sonucunu doğurmayabilir. Örneğin, tasarruf oranını aşan ölüme bağlı kazandırmanın saklı paylı mirasçı lehine yapılmışsa, diğer saklı paylı mirasçıların saklı payları zedelenmişken, kazandırma lehdarı olan saklı paylı mirasçının saklı payı ihlal edilmemiştir. Bu itibarla tenkis talebi hakkı saklı paylarını alamayan mirasçılara aittir. Diğer taraftan sağlararası kazandırmalarla veya ölüme bağlı tasarruf yoluyla saklı payına karşılık gelen bir değeri elde etmiş olan mirasçılar da tenkis davası açamazlar<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Öztan, s. 102, 103; Eren, s. 26 vd.; İnan/Ertaş/Albaş, s. 328 vd.; Özüğür, s. 49; Hatemi, s. 55; İmre/Erman, s. 225 vd. BAYGIN, Cem, "Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması", EÜHFD, C. XII, Sy. 3-4, 2008, s. 141 vd.

<sup>78</sup> Dural/Öz, s. 244; Serozan/Engin, s. 223; Baygın, s. 138.

<sup>79</sup> Y. 3. HD., 06.07.2010 T., 11063 E., 12129 K.; Y. 2. HD., 21.01.2009 T., 14186 E., 393 K.; Y. 1. HD., 19.02.2014 T., 17559 E, 3527 K.; Y. 1. HD., 20.01.2014 T., 20987 E., 703 K.

<sup>80</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 379; Eren, s. 43.

<sup>81</sup> Fankhauser, Handkomm., Komm. ZGB 522, N. 1, Art. 525, N. 3; Druey, § 6, N. 70; Pietet, SPR IV/1, s. 378, 485, 503; Furni/Piatti, BSK, Art. 525, N. 6; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 650; Weimar, BK, Vorbem. zu 470, N. 19 vd., 22; Tuor, BK, Art. 522, N. 5 vd.; Hrubesch-Millauer, Praxiskomm., Vorbem. zu Art. 522 ff., N. 7, Art. 522, N. 2. Yargıtay da, temlik

Zira saklı paylı mirasçının payını mutlaka yasal mirasçılık yoluyla elde etmesi şart değildir. Burada mirasçı saklı payını yasal mirasçılık dışında, ölüme bağlı tasarruf veya sağlararası kazandırma ile elde etmiş olmaktadır<sup>82</sup>. Örneğin, sağlararası kazandırmaları ile serbest tasarruf oranını aşan mirasbırakan, bazı mirasçıların saklı payını ihlal etmiş olmakla birlikte, ihlal edilen saklı pay oranına karşılık gelen miktarı mal vasiyeti yoluyla saklı paylı mirasçılara bırakmış ise, böyle bir durumda mirasçı saklı payını mal vasiyeti yoluyla elde etmiş olur. Bu halde saklı paylı mirasçının mirasçılık sıfatı sona ermeyip, bilakis hem mirasçı hem de vasiyet alacaklısıdır. Mirasçı dilerse mirası reddederek, mal vasiyetini kabul edebilir. Buna karşılık mirasbırakandan ölüme bağlı bir tasarruf alan mirasçı bunu saklı payına mahsup etmek zorunda olup, mal vasiyetini reddederek, saklı payını elde edebilmek için tenkis davası açamaz<sup>83</sup>.

### III. TENKİS DAVASINDA USULİ MESELELER

Tenkis davasına ilişkin usuli meselelerden özellikle bu davanın tarafları, tenkis talebine ilişkin hak düşürücü süreler ve davalının geri verme borcunun kapsamı ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Tenkis davasının davacısı ve davalısının kimler olduğuna ilişkin TMK'nda özel bir hüküm olmamakla birlikte 560/l. ve 562. maddelerden hareketle bu davanın taraflarının kimler olduğu tespit edilebilmektedir.

Kanun koyucu tenkis davasının açılmasına ilişkin süreleri yürürlükten kalkan Medeni Kanun'dan farklı olarak zamanaşımı süresi olarak değil, hak düşürücü süre olarak düzenlemiştir (TMK m. 571). İlgili maddenin hem kenar başlığında hem içeriğinde söz konusu sürelerin hak düşürücü süre olduğu vurgulanmıştır. Yenilik doğuran haklar zamanaşımı değil, hak düşürücü süreye tabi olduğundan, yenilik doğuran bir dava hakkı olan tenkis davası açılmasına ilişkin sürelerin hak düşürücü süre olarak düzenlenmesi yerinde olmuştur.

---

dışı terekeden davacının saklı payı tamamen karşılanıyorsa tenkis davasının reddedileceğine hükmetmiştir (Y. 2. HD., 18.04.2002 T., 4906 E., 5429 K.; Y 16. HD. 15.10.2010 T., 6984 E., 5983 K.). Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 115 II 211; BGE 125 III 35, 40; BGer 5C.81/2003, 5.2.

<sup>82</sup> Öztan, s. 128; İmre/Erman, s. 247; İnan/Ertay/Albaş, s. 379; Dural/Öz, s. 269; İmre, s. 401; Ayan, s. 176; Eren, s. 43 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 413; Serozan/Engin, s. 261; Gönensay/Birsan, s. 76; Oğuzman, s. 248; ÖZTÜRKLER, Cemal, Mirasta Denkleştirme İade ve Tenkis Davalarında Hesap Teknikleri, Ankara, 2004, s. 154.

<sup>83</sup> Öztan, s. 128; İmre/Erman, s. 248; Dural/Öz, s. 269; Eren, s. 48; İmre, s. 401; Kocayusufpaşaoğlu, s. 413; Oğuzman, s. 248-249.

## A. TENKİS DAVASININ TARAFLARI

Saklı pay hakkı tanınan mirasçılardan bu hakkını korumaya yönelik olan tenkis davası, kural olarak mirasbırakanın ölümü anında mirasçılık sıfatını kazanmış saklı paylı mirasçılar tarafından, tenkise tabi ölüme bağlı veya sağlararası kazandırmanın lehdarına karşı açılabilir.

### 1. Davacı

Tenkis davası açabilecek olanlar TMK'nun 560/I. ve 562. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, tenkis davasını, saklı payı ihlal edilen mirasçılar ve istisnai bazı hallerde onların alacaklıları veya iflas masası açabilir. TMK'nun 560/I. ve 562. maddesinde tasarruf serbestisi oranının aşılması halinde tenkis davası açabilecek kişileri belirtmektedir. Bunun yanında TMK'nun 519/I. maddesinde tereke mevcudunu aşan veya tasarrufu yerine getirme yükümlüsüne yapılan kazandırmanın (alt vasiyette üst vasiyet alacaklısına yapılan tasarruf miktarını aşan alt vasiyet borcunun) tenkisinin istenebileceği hükme bağlanmıştır. Yine TMK'nun 527/II. maddesinde miras sözleşmesindeki yükümlülükleri ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edileceği düzenlenmiş olup, bu hükümde geçen itirazın da tenkis davası niteliğinde olabileceği kabul edilmektedir<sup>84</sup>. Bahsi geçen hükümlerde tenkis talep edebilecek kişiler olarak belirtilenlerin saklı paylı mirasçı olması gerekmediği anlaşılmaktadır<sup>85</sup>. Aşağıda tenkis davasının davacısı olarak saklı paylı mirasçılar ve onların alacaklıları ve iflas masası incelenecektir.

### a. Saklı paylı mirasçılar

TMK'nun 560/I. maddesi uyarınca, tenkis davası, serbest tasarruf oranını aşan sağlararası kazandırmanın veya ölüme bağlı tasarrufun varlığı sebebiyle saklı payı ihlal edilen mirasçı tarafından açılabilir. Burada saklı paylı mirasçının tenkis davası açabilmesi için, mirasbırakanın ölümü anında mirasçılık sıfatına sahip olması gerekir<sup>86</sup>. Örneğin, mirasbırakan öldüğünde ana babası ve çocuğu sağ ise, ana baba saklı paylı mirasçı olmasına rağmen, mirasbırakanın alt-soyu varken tenkis davası açamaz. Zira zümre sistemi gereği yakın zümredeki mirasçılar uzak zümredeki mirasçılarını miras dışı bırakır<sup>87</sup>. Dolayısıyla ana baba

---

<sup>84</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 257.

<sup>85</sup> Özüğur, s. 104; İnan/Ertaş/Albaş, s. 380.

<sup>86</sup> Dural/Öz, s. 269; İnan/Ertaş/Albaş, s. 380; Ayan, s. 176; Gençcan, s. 655; Eren, s. 119; Tüfek s. 118; Serozan/Engin, s. 260; Öztürkler, s. 154; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Vorbem. zu Art. 522 ff., N. 5.

<sup>87</sup> İmre/Erman, s. 18; İnan/Ertaş/Albaş, s. 380.



mirasbırakanın ölümünde mirasçılık sıfatı kazanamayacağından tenkis davası açamaz<sup>88</sup>.

Saklı paylı mirasçı, mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarılma, mirası red veya mirastan feragat dolayısıyla mirasçılık sıfatını kaybetmişse, tenkis talebi hakkı yoktur<sup>89</sup>.

Saklı paylı mirasçının tenkis davası açamayacağı bir diğer hal TMK'nun 560/II. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre, mirasbırakan ölüme bağlı bir tasarrufla terekeye dahil mallardan hangilerinin mirasçılara ait olacağını bildirmişse, mirasbırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça, bir paylaşırma kuralı olarak kabul edilerek, mirasçılara bu paylaşırma kuralları uygulanacaktır. Mirasbırakan vasiyetnamesinde hangi malın hangi mirasçılara verileceğini belirtmiş ise, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, mirasçıların yasal miras paylarını değiştirmeden, sadece kimin hangi mal malvarlığı değerini alacağını düzenlemiş olacaktır. Bu halde payından daha az miktar elde eden saklı paylı mirasçının tenkis talebi hakkı olmayıp, aradaki fark, payından fazla miktar elde etmiş olan mirasçı tarafından ona ödenir<sup>90</sup>. Örneğin, mirasbırakan vasiyetnamesinde Çankaya'daki evini kızı (A)'nın, Ulus'taki evini oğlu (B)'nin alacağını belirtmiştir. Çankaya'daki ev 350.000 TL., Ulus'taki ev 100.000 TL. değerinde ise de, burada tenkise tabi bir tasarruf bulunmayıp, sadece mirasbırakan tarafından bir paylaşırma kuralı getirilmiştir. Böyle bir durumda (A)'nın (B)'ye değer farkından dolayı, 125.000 TL. denkleştirme bedelini ödemesi gerekir. Ancak burada mirasbırakan değer farkından dolayı (A)'nın herhangi bir ödeme yapmayacağı ifade edilmişse, (A)'ya alacağı dairesinin değer farkı (250.000 TL.) kadar ölüme bağlı kazandırmada bulunduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda ölüme bağlı tasarrufun (B)'nin saklı payını ihlal edip etmediği tespit edilecek ve saklı payı ihlal ettiği oranda tenkise tabi olacaktır. Olayda tereke 450.000 TL. olup, (B)'nin saklı payı 112.500 TL.'dir. (B), saklı payını elde edebilmek için (A)'ya karşı 12.500 TL. değerinde tenkis talebinde bulunacaktır<sup>91</sup>.

Ancak belirtmek gerekir ki, kanun koyucu söz konusu hükümde bir kanuni

---

<sup>88</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 380; Eren, s. 119.

<sup>89</sup> İmre/Erman, s. 248; Eren, s. 119; Ayan, s. 176; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 191; Gençcan, s. 655; İmre, s. 403; Kılıçoğlu, s. 235; İnan/Ertas/Albaş, s. 380. Yargıtay da, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin mirastan pay alamayacağı gibi, tenkis davası da açamayacağına hükmetmiştir (Y 3. HD. 04.07.2012 T., 3661 E., 16811 K.).

<sup>90</sup> Dural/Öz, s. 270; İnan/Ertas/Albaş, s. 381; Ayan, s. 176; Öztürkler, s. 154; Kocayusufpaşaoğlu, s. 415; Fankhauser, Handkomm., Komm. ZGB 522, N. 12; BGE 103 II 88, 92.

<sup>91</sup> Dural/Öz, s. 270.

karine öngörmüş olup, ölüme bağlı tasarruftan mirasbırakanın arzusunun başka yönde olduğu anlaşılıyorsa, karinenin aksinin ispatı mümkündür.<sup>92</sup>

Saklı payı ihlal edilen birden fazla saklı paylı mirasçı varsa, tenkis davasını tek başlarına açabilecekleri gibi, birlikte de açabilirler<sup>93</sup>. Saklı paylı mirasçılardan birinin tenkis davası açması halinde, tüm saklı paylar göz önünde tutulur ve tenkise tabi toplam miktardan davayı açan saklı paylı mirasçının saklı payını karşılayacak miktar saklı paylı mirasçıya verilir. Saklı payı ihlal edilmiş olan diğer mirasçılar davaya katılmamış iseler, tenkis kararından yararlanamazlar. Mahkemenin verdiği tenkis hükmü kişisel etkili olup, yalnızca taraflar bakımından hüküm ve sonuç doğurur<sup>94</sup>.

Saklı payı talep hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu için devredilemez. Bu sebeple tenkis davası açma hakkı da kural olarak sadece saklı paylı mirasçıya aittir. Ancak saklı paylı mirasçı tenkis davası açtıktan sonra ölmüşse, mirasçıları saklı pay sahibi olmasalar da, açılmış olan davaya devam edebilecekleri kabul edilmektedir<sup>95</sup>. Öğretide bir görüş<sup>96</sup>, tenkis davası açma yetkisine sahip saklı paylı mirasçı, bu hakkını kullanmadan ölmüş ise ve henüz dava açma süresi sona ermemişse, dava hakkının halefiyet yolu ile mirasçı olan kişiye (saklı paylı mirasçı olmasa bile) geçeceğini kabul etmektedir. Zira dava açma hakkı, kendisinin mirasçısı olduğu mirasbırakanın terekesinin aktifinde bir değer olarak yer almakta olup, bu hak mirasın açılması ile kendisine geçecektir<sup>97</sup>.

Saklı paylı mirasçı, tenkis talebinden feragat edebilir. Saklı pay talep hakkı ve buna bağlı olarak tenkis davası açma hakkı, mirasbırakanın ölümünden sonra doğacağı için, tenkis talebinden feragat ancak mirasbırakanın ölümünden sonra yapılabilir<sup>98</sup>.

---

<sup>92</sup> Fankhauser, Handkomm., Komm. ZGB 522, N. 12; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 522, N. 7. BGE 100 II 440, 446.

<sup>93</sup> Y. 2. HD., 25.04.2005 T., 3954 E., 6619 K.; Y. 2. HD., 23.10.2003 T., 12019 E., 14215 K.

<sup>94</sup> İmre, s. 404; Eren, s. 122; İnan/Ertas/Albaş, s. 381; Oğuzman, s. 247, 253; Ayan, s. 177; Kocayusufpaşaoğlu, s. 415; İmre/Erman, s. 249; Öztürkler, s. 154; Gönensay/Birsen, s. 76; Öztan, s. 123; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Vorbem. zu Art. 522 ff., N. 5; Brückner/Weibel, N. 70.

<sup>95</sup> İmre/Erman, s. 249; Eren, s. 123; Gençcan, s. 658; Ayan, s. 177; Serozan/Engin, s. 260; Şener, s. 617; Öztürkler, s. 154; İmre, s. 403; Piotet, SPR IV/1, s. 503; Tuor, BK, Vorbem. zu Art. 522-533, N. 22; Escher, ZK, Einl. zu Art. 522-533, N. 5.

<sup>96</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 382; Öztan, s. 123; Kılıçoğlu, s. 235; Ayan, s. 177; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 191; Kocayusufpaşaoğlu, s. 416; Öztürkler, s. 155; Antalya, s. 306; Şener, s. 617; Eren, s. 122. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. 2. HD., 19.01.2009 T., 15406 E., 261 K.; Y. 1. HD., 21.03.2013 T., 14777 E., 4058 K.

<sup>97</sup> Öztürkler, s. 154; Şener, s. 617; Ayan, s. 177.

<sup>98</sup> Öztan, s. 122; Eren, s. 127; İnan/Ertas/Albaş, s. 381; Escher, ZK, Einl. zu Art. 522-533, N. 7,

Kanun koyucu belirli şartlar altında saklı paylı mirasçılar dışında, vasiyet alacaklısına (TMK m. 563/II)<sup>99</sup> ve ivazlı miras sözleşmesinin karşı tarafına (TMK m. 566/II)<sup>100</sup> tenkis talep yetkisi tanımıştır.

Kural, mirasbırakanın saklı payı ihlal edilen her bir saklı paylı mirasçısının tenkis talep edebileceği yönünde ise de, TMK'nun 237/II. maddesinde öngörülen düzenlemede eşlerin edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değere katılmaya ilişkin olarak yaptıkları anlaşmalara karşı, saklı pay koruması, sadece eşlerin ortak olmayan çocukları ve bunların altsoyu için sağlanmış, ortak çocuklar ve bunların altsoyu ile diğer saklı paylı mirasçılar bu korumanın dışında bırakılmıştır. Şu halde terekenin tamamı edinilmiş mallardan oluşsa ve artık değerler toplamı eşlerden birine özgülenmiş olsa dahi, ortak altsoy veya diğer saklı paylı mirasçılar tenkis talep edemeyecektir<sup>101</sup>. Bu düzenlemenin altında yatan düşünce, ortak çocukların nihayetinde her iki eşe de mirasçı olacağı, dolayısıyla eşler arasındaki bu türden düzenlemelerin onların haklarını önemli ölçüde etkilemeyeceğidir<sup>102</sup>.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi ve miras ortaklığına atanan temsilci saklı paylı mirasçı olmadığı için tenkis davası açamaz<sup>103</sup>.

## **b. Saklı paylı mirasçılarının alacaklıları ve iflas idaresi**

TMK'nun 562. maddesinde iflas veya borçlarını ödemekten aciz halinde bulunan mirasçının alacaklılarına ve iflas idaresine belirli şartlar altında tenkis davası açmak yetkisi verilmektedir. Saklı paylı mirasçının alacaklılarının veya iflas idaresinin tenkis davası açma hakkına sahip olabilmesi için:

---

Art. 533, N. 8; Tuor, BK, Vorbem. zu Art. 522-533, N. 18; Hrubesch-Millaue, PraxisKomm., Art. 533, N. 2. BGE 135 III 97.

<sup>99</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. § 2., II.

<sup>100</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. § 2., V.

<sup>101</sup> Şıpka, s. 278, 283; Şıpka/Kaplan, s. 271; Sarı, s. 241; Şenocak, s. 14; Steck, FamKomm, Art. 216, N. 16; Hausheer/Aebi – Müller, BSK, Art. 216, Art. 36; Rumo-Jungo, Handkomm., Art. 216, N. 10, successio 2007, s. 164 vd.; NÄF-HOFMANN, Marlies/ NÄF-HOFMANN, Heinz, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Zürich, 1998, N. 1856-1857.

<sup>102</sup> Hausheer/Reusser/Geiser, BK, Art. 216, N. 22; Rumo-Jungo, Handkomm., Art. 216, N. 10; Näf-Hofmann, N. 1857; Sarı, s. 241; Şıpka, s. 278; Şıpka/Kaplan, s. 272; Şenocak, s. 393, 396.

<sup>103</sup> Öztan, s. 124; Dural/Öz, s. 269; Eren, s. 125; Gençcan, s. 661; Kocayusufpaşaoğlu, s. 416; Oğuzman, s. 247; Özüğür, s. 106; Serozan/Engin, İnan/Ertaş/Albaş, s. 382; Fankhauser, Handkomm., Vorbem. zu ZGB 522- 533, N. 3; Hrubesch-Millaue, PraxisKomm., Vorbem. zu Art. 522 ff., N. 8; Rumo-Jungo, Erbrecht, s. 105, dn. 1.Yargıtay (Y. 2. HD., 26.04.1979 T., 377 E., 3455 K.) ve İsviçre Federal Mahkemesi de (BGE 90 II 376, 386; BGE 85 II 597, 600) vasiyeti yerine getirme görevlisinin tenkis davası açamayacağını kabul etmektedir.

- Saklı paylı mirasçının alacaklılarının veya iflas idaresinin tenkis davası açabilmeleri için, mirasın geçtiği tarih itibarıyla borç ödemedi aciz belgesine veya iflas kararına sahip olması gerekir.

- Alacaklıların veya iflas idaresinin tenkis davası açmasını saklı paylı mirasçıya ihtar etmiş olmaları ve bunun için makul bir süre tanınmaları gerekir. Buradaki ihtarın geçerliliği şekle tabi değildir. Ancak ispat kolaylığı açısından yazılı veya resmi şekilde yapılması yerinde olur<sup>104</sup>.

- Saklı paylı mirasçıya yapılan ihtara rağmen tenkisi talep ve dava etmemiş olması gerekir.

Bu şartlar gerçekleşmişse alacaklılar veya iflas idaresi kendi adına tenkis davası açma hakkına sahip olur. Burada esasında tenkis talebi hakkının yasal olarak devri söz konusudur<sup>105</sup>. Ancak alacaklının tenkis talebi, alacak miktarını geçemez<sup>106</sup>. Birden fazla alacaklı tenkis davası açmış ise, tenkisten elde edilen bedel, alacaklarıyla orantılı olarak paylaşılır<sup>107</sup>. Alacaklıların ve iflas idaresinin dava açma süresi mirasçılardan dava açma süresidir<sup>108</sup>.

TMK'nun 562/II. maddesinde mirasçılıktan çıkarılanın<sup>109</sup> çıkarma tasarrufuna itiraz etmemesi halinde de, iflas idaresi veya alacaklılarının aynı koşullar altında tenkis davası açma hakkına sahip olacakları düzenlenmiştir.

İlgili hükümden anlaşıldığı üzere kanun koyucu iflas idaresine veya alacaklılara tenkis davası açabilme hakkı tanıyarak, saklı paylı mirasçının keyfi olarak miras payını talep etmemesine karşı alacaklıları korumuştur<sup>110</sup>.

---

<sup>104</sup> Öztürkler, s. 155; Gönensay/Birsen, s. 80; Şener, s. 601; Ayan, s. 177; Escher, ZK, Art. 524, N. 5.4; Fankhauser, Handkomm., Art. 524, N. 2.

<sup>105</sup> Fankhauser, Handkomm., Art. 524, N. 1; Forni/Piatti, BSK, Art. 524, N. 1.

<sup>106</sup> İnan/Ertuş/Albaş, s. 383; Dural/Öz, s. 272; Oğuzman, s. 249; Kocayusufpaşaoğlu, s. 416; Ayan, s. 178; Gençcan, s. 659; Öztürkler, s. 155; Gönensay/Birsen, s. 80; Öztan, s. 126; Rumo-Jungo, Erbrecht, s. 114; Fankhauser, Handkomm., Art. 524, N. 3; Piotet, SPR IV/1, s. 504; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 524, N. 6.

<sup>107</sup> Fankhauser, Handkomm., Art. 524, N. 3; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 524, N. 6; Forni/Piatti, BSK, Art. 524, N. 4.

<sup>108</sup> Öztan, s. 126; Dural/Öz, s. 272; Kılıçoğlu, s. 236; Oğuzman, s. 249; Ayan, s. 178; Öztürkler, s. 155; Gençcan, s. 659; Şener, s. 601; Kocayusufpaşaoğlu, s. 416. Y 2. HD., 14.01.2010 T., 20501 E., 500 K.

<sup>109</sup> Öztan, burada mirasçının haksız yere (mirasbırakanın hatası nedeniyle) mirasçılıktan çıkarılması halinde de alacaklılarının tenkis davası açma hakkına sahip olacağını belirtmiştir (Öztan, s. 124).

<sup>110</sup> İmre/Erman, s. 249; Dural/Öz, s. 272; İmre, s. 405; Öztan, s. 124; Fankhauser, Handkomm., Art. 524, N. 1; Druey, § 14, N. 79.

## 2. Davalı

Tenkis davasında amaç, serbest tasarruf oranının aşılması dolayısıyla saklı payı ihlal eden sağlararası kazandırmanın veya ölüme bağlı tasarrufun kanunun öngördüğü sınırlara indirilmesi olduğundan, bu davada davalı taraf, lehine saklı payı ihlal eden sağlararası kazandırma veya ölüme bağlı tasarruf yapılan kişilerdir. Burada davalı, mirasçı olmayan üçüncü kişi olabileceği gibi, yasal veya atanmış mirasçı da olabilir<sup>111</sup>.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi ve miras ortaklığına atanan temsilci tenkis talebinde bulunamadığı gibi bunlara karşı tenkis talebinde de bulunulamaz<sup>112</sup>.

## B. TENKİS DAVASINDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

TMK'nun 576/II. maddesi gereğince, tenkis davasında yetkili mahkeme mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesidir.

HMK'nun 2/I. maddesine göre, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın mal varlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Söz konusu hükümden hareketle, mal varlığı hakkına ilişkin bir dava niteliğinde olan tenkis davasında görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu sonucuna varılmaktadır<sup>113</sup>.

## C. TENKİS DAVASINDA SÜRELER

TMK'nun 571. maddesinde tenkis davasının açılmasına ilişkin olarak bir yıllık ve on yıllık olmak üzere iki ayrı hak düşürücü süre öngörülmüştür. Bunun dışında tenkis iddiasının def'i yoluyla her zaman ileri sürülebileceği düzenlenmiştir (TMK m. 571/III).

Tenkis davasına ilişkin süreler hak düşürücü süre niteliğinde olduğundan,

---

<sup>111</sup> İmre, s. 4056-407; Eren, s. 138; İnan/Ertas/Albaş, s. 383; Dural/Öz, s. 273; Oğuzman, s. 249; Kocayusufpaşaoğlu, s. 416; İmre/Erman, s. 250; Serozan/Engin, s. 262; Şener, s. 619; Gençcan, s. 663; Özüğür, s. 107; Öztürkler, s. 155; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 192; Ayan, s. 178; Öztan, s. 127; Fankhauser, Handkomm., Vorbem. zu ZGB 522- 533, N. 4; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 664; Breitschmid/Eitel/Fankhauser/Geiser/Rumo-Jungo, s. 139; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Vorbem. zu Art. 522 ff., N. 8. Y 2. HD., 13.06.2007 T.,16512 E., 10134 K.

<sup>112</sup> Öztan, s. 124; 30; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Vorbem. zu Art. 522 ff., N. 9; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 665; Piotet, SPR IV/1, s. 165; Rumo-Jungo, Erbrecht, s. 105, dn. 1. BGE 85 II 597, 601; BGE 86 II 340, 342; BGE 111 II 16, 19.

<sup>113</sup> İmre/Erman, s. 250; Öztan, s. 128; Özüğür, s. 103; İnan/Ertas/Albaş, s. 384.

süre hakim tarafından re'sen dikkate alınır. Ayrıca davanın her aşamasında, sürenin geçtiği ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir<sup>114</sup>.

### 1. Bir Yıllık Süre

Nispi süre olarak anılan bir yıllık süre, TMK'nun 571/l. maddesine göre, mirasçının saklı payının ihlal edilmiş olduğunu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Bu sürenin işlemeye başlaması için, mirasçının hem mirasbırakanın ölümünü hem de onun saklı payını ihlal eden bir kazandırmanın mevcut olduğunu bilmesi gerekir<sup>115</sup>. Burada saklı payın ihlal edildiğinin kesin olarak bilinmesi gerekmesede, en azından ihlal edildiği kuvvetle muhtemel olmalıdır<sup>116</sup>.

Muhtemel mirasçı saklı payının ihlal edildiğini mirasbırakanın sağlığında öğrenmişse, bu takdirde bir yıllık sürenin yine öğrenmeden itibaren mi başlayacağı sorusu akla gelmektedir. Belirtmek gerekir ki, tenkis talebi ancak mirasbırakanın ölümünden sonra ileri sürülebilir<sup>117</sup>. Zira kimin mirasçı ve saklı pay sahibi olacağı en erken mirasbırakanın ölümü tarihi itibarıyla belli olacaktır. Mirasbırakanın sağlığında henüz miras hakkı ve saklı pay hakkı doğmamıştır. Dolayısıyla saklı pay sahibi olup olmadığı kesin olmayan muhtemel mirasçı, mirasbırakanın tasarruf serbestisi miktarını aştığını mirasbırakanın sağlığında öğrenmiş olsa da, bu mirasçı için dava açma süresinin başlangıcı en erken mirasbırakanın ölümü (mirasın açılması) tarihidir<sup>118</sup>. Örneğin, iki çocuğu olan mirasbırakan, sağlığında bütün mal varlığını bir çocuğuna devretmişse, bu durumda diğer çocuğun muhtemel saklı payının ihlal edildiği açıktır. Ancak miras hakkı ve saklı pay hakkı ancak mirasbırakanın ölümü ile doğacağından, bir yıllık süre en erken mirasbırakanın ölümü tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

---

<sup>114</sup> Dural/Öz, s. 277- 278; Kılıçoğlu, s. 238; İnan/Ertas/Albaş, s. 388.

<sup>115</sup> Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 663; Piotet, SPR IV/1, s. 506. BGE 108 II 288, 293; BGE 78 II 11, 12; BGE 70 II 142, 146.

<sup>116</sup> Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 533, N. 4; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 663; Piotet, SPR IV/1, s. 506; Escher, ZK, Art. 533, N. 2. BGE 121 III 249, 250.

<sup>117</sup> İmre/Erman, s. 251; Dural/Öz, s. 276; Oğuzman, s. 235; İmre, s. 407-408; Gönensay/Birsen, s. 75; Öztürkler, s. 164; İnan/Ertas/Albaş, s. 388.

<sup>118</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 388; Gençcan, s. 643; Özüğür, s. 116; Serozan/Engin, s. 265; Gönensay/Birsen, s. 75; Kılıçoğlu, s. 238; Tüfek, s. 126; Ayan, s. 179; Dural/Öz, s. 276; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 533, N. 4; Druey, § 6, N. 90; Tuor, BK, Art. 533, N. 5. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. YHGK., 20.06.1951 T., 2/114 E., 65 K.; Y. 2. HD., 31. 10.1955 T., 4588 E., 5238 K.; Y. 2. HD., 20.04.1962 T., 2330 E., 2441 K.; Y. 1. HD., 24.01.1978 T., 8412 E., 406 K.; İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 121 III 249, 250; BGE 108 II 288, 293.

## 2. On Yıllık Süre

TMK'nun 571/I. maddesinde tenkis davası açma hakkının en çok on yıllık hak düşürücü süreye tabi olduğu düzenlenmiştir. Mutlak süre olarak ifade edilen bu süre, vasiyetnamelerde vasiyetnamenin açıldığı tarihten, miras sözleşmesi veya sağlararası kazandırmalarda mirasın açıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar. En geç bu on yıllık süre içinde tenkis davası açılmaz ise, dava açma hakkı düşer.

## 3. Önceki Tasarrufu Ortadan Kaldıran Sonraki Tasarrufun İptaline Karar Verilmesi Halinde Süre

TMK'nun 571/II. maddesine uyarınca, bir tasarrufun iptali, bir öncekine geçerlilik kazandırıyor, tenkis davası süreleri, iptal kararının kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlar. Bu hükme göre, mirasbırakanın önceden yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufu ortadan kaldıran sonraki tarihli tasarrufunun iptal edilmesi halinde, önceki tarihli tasarruf tekrar hüküm ifade eder. Bu tasarruf saklı payı ihlal ediyorsa, söz konusu tasarruf için açılacak tenkis davasının tabi olduğu bir ve on yıllık hak düşürücü süreler iptal kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Bir yıllık sürenin başlangıcı için ayrıca mirasçının iptal kararı sonucunda saklı payının ihlal edildiğini de öğrenmesi gerekir<sup>119</sup>.

Söz konusu hükmün ifadesinden her iki sürenin de iptal kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı sonucuna varılıyorsa da, bir yıllık sürenin işlemeye başlaması bakımından bu sonuç hükmün amacına uygun düşmemektedir. Saklı paylı mirasçı saklı payının ihlal edildiğini daha sonra öğrenecek olursa, bir yıllık sürenin bu tarihten itibaren işlemeye başlaması gerekir<sup>120</sup>.

## 4. Tenkisin Def'i Yolu İle Sürülmesi

Kanun koyucu, mirasbırakanın serbest tasarruf oranını aşması nedeniyle saklı payları ihlal edilen saklı paylı mirasçıların haklarını korumaya yönelik olarak tenkis davasının yanı sıra tenkis def'ini düzenlemiştir.

Tenkis def'i niteliği itibarıyla, serbest tasarruf oranının aşılması halinde, saklı paylı mirasçıya kendisine yöneltilen terekeye ilişkin hak taleplerini yerine getirmekten kaçınılabilme imkanını veren bir haktır.

---

<sup>119</sup> İmre/Erman, s. 252; Kocayusufpaşaoğlu, s. 419; ; Dural/Öz, s. 277; Özüğür, s. 117; Oğuzman, s. 253; İnan/Ertas/Albaş, s. 389.

<sup>120</sup> Serozan/Engin, s. 265; Kocayusufpaşaoğlu, s. 419; Oğuzman, s. 253; Tuor, BK, Art. 533, N. 7; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 533, N. 7.

TMK'nun 571/III. maddesi uyarınca, tereke malına zilyet olan mirasçı, kendisine yönelik taleplere karşı tenkis iddiasını her zaman ileri sürebilir. Tenkis def'i, henüz ifa edilmemiş olan tasarruflar hakkında kullanılır<sup>121</sup>. Mirasbırakan yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf ile mirasçının saklı payını ihlal etmişse, mirasçı, söz konusu ölüme bağlı tasarrufun ifası için aleyhine açılan davada, tenkis def'ini ileri sürerek, her zaman saklı payını ihlal eden miktarı vermektен kaçınabilir<sup>122</sup>. Saklı payın ihlali mirasçı atama yoluyla gerçekleşmişse, saklı paylı mirasçı tenkis def'ini, atanın mirasçı tarafından açılan mirasın paylaşılması davasında ileri sürebilecektir<sup>123</sup>.

Tenkis def'i, her def'i gibi, hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınmayıp, saklı paylı mirasçıya karşı açılan davada bu mirasçı tarafından açıkça ileri sürülmesi gerekir. Mirasbırakan tarafından yapılan kazandırma birden fazla saklı paylı mirasçının saklı payını ihlal ediyorsa, kazandırma lehtarından açılan davada, hangi saklı paylı mirasçı bu def'i ileri sürmüştü, def'i sadece onun saklı payı kadar ve onun lehine sonuç doğuracaktır<sup>124</sup>.

#### IV. TENKİS DAVASINDA DAVALININ GERİ VERME BORCUNUN KAPSAMI

Tenkise tabi ölüme bağlı kazandırmalar, esasında ifa edilmeyi beklediğinden henüz terekeden çıkmamıştır. Bununla birlikte ölüme bağlı tasarruf mirasın açılmasından sonra fakat tenkis davası açılmadan önce ifa edilmiş olabilir. Bu durumda somut olayın özelliklerine göre, söz konusu ifanın tenkis davası açma hakkından feragat anlamına geldiği sonucuna varılabilir<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> Öztan, s. 129; Dural/Öz, s. 279; İnan/Ertay/Albaş, s. 389; Eren, s. 145; Fankhauser, Handkomm., Vorbem. zu ZGB 522- 533, N. 4, Art. 533, N. 4; Forni/Piatti, BSK, Vorbem. zu 522-533, N. 7; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 662; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 533, N. 10; Brückner/Weibel, N. 79. BGE 135 III 97, 100; BGE 98 II 176, 177.

<sup>122</sup> Öztan, s. 129; İnan/Ertay/Albaş, s. 389; Kocayusufpaşaoğlu, s. 419; İmre, s. 410; Dural/Öz, s. 278; Eren, s. 145; Özüğür, s. 117; Şener, s. 607; Kılıçoğlu, s. 239; Ayan, s. 180; Serozan/Engin, s. 266; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 193; Tüfek, s. 133; İmre/Erman, s. 253; ALBAŞ, Hakan, "Miras Hukukunda İptal ve Tenkis Def'i", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, Sy. 3, 2012, s. 157-158; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 662, 663; Piotet, SPR IV/1, s. 475, 506; Hrubesch-Millauer, PraxisKomm., Art. 533, N. 9. BGE 86 II 451, 462 vd.; BGE 116 II 243, 244.

<sup>123</sup> Dural/Öz, s. 278; Piotet, SPR IV/1, s. 475. *Albaş'a* göre ise, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile yapmış olduğu mirasçı atama tasarruflarında tenkis def'inin kullanılması, kural olarak mümkün görülmemektedir. Çünkü atanın mirasçı, yasa gereği miras ortaklığının bir üyesi sıfatına sahip olacaktır. Külli halefiyet ilkesine göre hak sahibi olan atanmış mirasçının diğer yasal mirasçılara karşı yönelteceği bir talep olmadığı sürece, def'i hakkının kullanımı gündeme gelemez (Albaş, s. 158).

<sup>124</sup> Dural/Öz, s. 279; Fankhauser, Handkomm., Art. 533, N. 4. BGE 120 II 417, 419.

<sup>125</sup> Oğuzman, s. 254, dn. 682; Serozan/Engin, s. 264, dn. 52.



Ancak tenkis edilebileceği bilinmeden ifa edilmiş ölüme bağlı tasarruflar için tenkis talep edilebilir. Bu durumda tenkise tabi ölüme bağlı tasarrufun konusunu teşkil eden mal veya kıymetin iadesi miras sebebiyle istihkak davası yoluyla sağlanacağından<sup>126</sup>, miras sebebiyle istihkak davasında geri verme borcunun kapsamını belirleyen TMK'nun 638/l. maddesinde yapılan yollama nedeniyle zilyetliğe ilişkin hükümlerden (TMK m. 993-995) hareketle tenkis davasında davalının geri verme borcunun kapsamının belirlenmesi gerekir<sup>127</sup>.

Şu halde ölüme bağlı tasarruf konusu mal veya kıymet her nasılsa önceden eline geçen davalı iyiniyetli ve kötünietli olmasına göre, zilyedin sorumluluğunu düzenleyen hükümlere göre, tenkis edilen mal veya kıymeti davacıya geri vermek zorundadır. Buna göre, iyiniyetli<sup>128</sup> davalı, tenkis konusu malı veya kıymeti elinde bulunduruyorsa, onu mirasın açıldığı gündeki haliyle, yani elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür. İyiniyetli davalı, kazandırmanın yok olması, hasara uğramasından dolayı bir tazminat ödemekle yükümlü olmakla birlikte, bunların yerine bir tazminat almışsa yine mirasbırakanın ölümü anında bu tazminattan elinde kalanı mirasçıya geri vermek zorundadır (TMK m. 993-994). Lehine yapılan tasarruf ile saklı payların ihlal edildiğini bilen veya bilmesi gereken kötünietli davalı, yalnızca mirasın açıldığı anda elinde kalanı değil, tasarruf konusu mal veya kıymetin tamamını, yani tenkisi gereken miktarın tamamını geri vermekle yükümlüdür. Ayrıca tenkis konusu mal veya kıymet kötünietli davalının kusuru ile hasara uğramışsa, bunu tazmin etmekle yükümlüdür (TMK m. 995).

Davalı aynı zamanda miras ortaklığına dahil mirasçı (birlikte mirasçı) ise, ona karşı açılacak ifa davasında geri verme borcunun kapsamı, mirasın paylaşılması davasını düzenleyen TMK'nun 642 vd. maddelerine göre belirlenir<sup>129</sup>.

## SONUÇ

Mirasbırakan yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar veya ölüme bağlı tasarruflar ile serbest tasarruf oranını aşarak saklı payları ihlal etmiş ise, mirasçılar saklı paylarını alabilmek için tenkis davası açabilirler. Tenkise tabi

---

<sup>126</sup> TMK'nun 637/l. maddesine göre, yasal veya atanmış mirasçı, terekeyi veya bazı tereke mallarını elinde bulunduran kişiye karşı mirasçılıktaki üstün haklarını ileri sürerek miras sebebiyle istihkak davası açabilir.

<sup>127</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 434; Ayan, s. 190; Özüğür, s. 100; Serozan/Engin, s. 264, dn. 52; Kocayusufpaşaoğlu, s. 418; Dural/Öz, s. 304; Escher, ZK, Art.528, N. 1.

<sup>128</sup> Burada iyiniyetten anlaşılması gereken, ölüme bağlı tasarrufun lehdarının, söz konusu tasarrufun saklı payı ihlal ettiğini bilmemesi veya bilebilecek durumda olmamasıdır.

<sup>129</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 434; Ayan, s. 190; Özüğür, s. 99; Tuor, BK, Vorbem. zu Art. 522-533, N. 13, 28; Escher, ZK, Einl. zu Art. 522-533, N. 15, 16.

tasarruflar öncelikle ölüme bağlı tasarruflar ve bunu takiben sağlararası karşılıksız kazandırmalardır. Mirasbırakanın kamu tüzel kişileri ve kamuya yararlı dernekler ve vakıflar lehine yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası kazandırmalar ise son sırada tenkise tabi olurlar.

Tenkise tabi birden fazla ölüme bağlı tasarruf var ise, mirasbırakanın arzusunun başka yönde olduğu ölüme bağlı tasarruftan anlaşılmadıkça, bunlar orantılı olarak tenkis edilir. Ölüme bağlı tasarruflar farklı tarihlerde yapılmış olsalar dahi, mirasbırakanın ölümü anında muaccel olacağı için, tenkis, ölüme bağlı tasarruf yoluyla elde edilen kazandırmaların tamamı üzerinden orantılı olarak yapılır. Ancak tenkise tabi ölüme bağlı kazandırma saklı paylı mirasçı lehine yapılmışsa, o takdirde kazandırma ancak ilgili mirasçının saklı payını aşan miktarıyla orantılı olarak tenkise tabi olur.

TMK'nun 560. maddesi uyarınca tenkis davasının açılabilmesi için mirasbırakanın sağlararası veya ölüme bağlı kazandırmaları ile serbest tasarruf oranını aşmış ve bu aşma neticesinde saklı paylı mirasçının saklı payının ihlal edilmiş olması gerekir. Tasarruf serbestisi miktarının aşılmış olması her zaman bütün mirasçılarının saklı paylarının ihlali sonucunu doğurmayabilir. Bu itibarla tenkis talebi hakkı saklı paylarını alamayan mirasçılara aittir. Buna karşılık, sağlararası kazandırmalarla veya ölüme bağlı tasarruf yoluyla saklı payına karşılık gelen bir değeri elde etmiş olan mirasçılar tenkis davası açamazlar.

Tenkis, kural olarak saklı paylı mirasçılar, istisnaen saklı paylı mirasçılarının alacaklıları veya iflas masası tarafından talep edilir. Burada saklı paylı mirasçının tenkis davası açabilmesi için, mirasbırakanın ölümü anında mirasçılık sıfatına sahip olması gerekir. Tenkis davasında davalı taraf, saklı payı ihlal eden tasarrufun lehdarıdır. Vasiyeti yerine getirme görevlisi ve terekeye tayin edilen temsilci tenkis davası açamaz ve bunlara karşı tenkis davası açamaz.

Kanun koyucu tenkis davasının açılmasına ilişkin olarak bir ve on yıllık hak düşürücü süreler öngörmüştür. Bunun dışında tenkis iddiası def'i yoluyla her zaman ileri sürülebilir. Tenkis davası yenilik doğurucu (inşai) bir dava niteliğindedir. Bu dava sonucunda verilen karar geçmişe etkili olup, mirasın açıldığı andan itibaren hüküm doğurur. Mahkemenin verdiği tenkis kararı kişisel etkili olup, yalnızca taraflar bakımından hüküm ve sonuç doğurur.

Tenkise tabi ölüme bağlı kazandırmalar, mirasbırakanın ölümü anında henüz terekeden çıkmamıştır. Bununla birlikte ölüme bağlı tasarruf mirasın açılmasından sonra fakat tenkis davası açılmadan önce ifa edilmiş olabilir. Bu durumda tenkis edilebileceği bilinmeden ifa edilmiş ölüme bağlı tasarruflar için tenkis talep edilebilir. Böyle bir ihtimalde tenkise tabi ölüme bağlı tasarrufun

konusunu teşkil eden mal veya kıymetin iadesi miras sebebiyle istihkak davası yoluyla sağlanacağından, miras sebebiyle istihkak davasında geri verme borcunun kapsamını belirleyen TMK'nun 638/l. maddesinde yapılan yollama nedeniyle zilyetliğe ilişkin hükümlerden (TMK m. 993-995) hareketle tenkis davasında davalının geri verme borcunun kapsamı belirlenmelidir.

◆◆◆◆

#### KAYNAKÇA

ABT, Daniel, *“Gerichtliche Einforderung der Erbschaft durch die Nacherben versus (angebliche) Pflichtteilsansprüche des Vorerben bzw. seines Erben”*, dRSK-Weblaw, 2014, E.T: 25.03.2016.

AEBI-MÜLLER, Regina E., *Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, unter Berücksichtigung des Steuerrechts* 2. Auflage, Bern, 2007.

AKBIYIK, Cem, *“11.11.1994 Tarih ve 4/4 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına Göre Ölüme Bağlı ve Sağlararası Kazandırmaların Tenkisi”*, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul, 1998, s. 103-121.

ALBAŞ, Hakan, *“Miras Hukukunda İptal ve Tenkis Def'i”*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, Sy. 3, 2012, s. 143-163.

ANTALYA, O. Gökhan, *Miras Hukuku*, 2. bs., İstanbul, 2009.

AYAN, Mehmet, *Miras Hukuku*, 5. bs., Konya, 2009.

AYİTER, Nûşin/KILIÇOĞLU, Ahmet, *Miras Hukuku*, 2.bs., Ankara, 1991.

BAYGIN, Cem, *“Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması”*, EÜHFD, C. XII, Sy. 3-4, 2008, s. 137-179.

BREITSCHMID, Peter/EITEL, Paul/FANKHAUSER, Roland/GEISER, Thomas/RUMO-JUNGO, Alexandra, *Erbrecht*, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2012.

BRÜCKNER, Christian/WEIBEL, Thomas, *Die erbrechtlichen Klagen*, 3. Auflage, Basel, 2012.

DRUEY, Jean Nicolas, *Grundriss des Erbrechts*, 5. Auflage, Bern, 2002.

DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, *Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku*, 5. bs., İstanbul, 2011.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, İstanbul, 2005.

- EREN, Fikret, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara, 1973.
- ERMAN, Hasan, "Tenkis Davalarında Medeni Kanun'un 564. (Eski MK. 506.) Maddesi Uyarınca Ödenecek Bedel", Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, 2004, s. 329-337.
- ESCHER, Arnold, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Erbrecht, 1. Abteilung. Die Erben (Art. 457-538 ZGB), 3. Auflage, Zürich, 1959. (ZK)
- FANKHAUSER, Roland, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB (Herausgegeben von Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo), 2. Auflage, Zürich, 2012. (Handkomm.)
- FORNI, Rolando/PIATTI, Giorgio, Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB), (Herausgegeben von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser), 4. Auflage, Basel, 2011. (BSK)
- GENÇCAN, Ömer Uğur, Miras Hukuku, 2. bs. Ankara, 2011.
- GÖKÇE, Erdoğan, "Medeni Kanunda Yer Alan Vasiyetname Çeşitleri ile Bunların Tenkis Davasında Karşılaştığı Farklı Sonuçlar Çözüm Yolu Nedir?", İstanbul Barosu Dergisi C. 88, Sy. 4, 2014, s. 258-265.
- GÖNENSAY, Samim/Birsen, Kemaleddin, Miras Hukuku, 2. bs., İstanbul, 1963.
- GÜMÜŞ, Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul, 2008.
- HATEMİ, Hüseyin, Miras Hukuku, 4. bs., İstanbul, 2004.
- HAUSHEER, Heinz/AEBI – MÜLLER, Regina E., Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I (Art. 1 – 456 ZGB), (Herausgegeben von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser), 4. Auflage, Basel, 2010. (BSK)
- HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI – MÜLLER, Regina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Vormundschaftsrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, 4. Auflage, Bern, 2010.
- HAUSHEER, Heinz/REUSSER, Ruth/GEISER, Thomas, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung.: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Urteilband: Allgemeine Vorschriften, Kommentar zu Art. 181 – 195a ZGB, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Kommentar zu Art. 196 – 220 ZGB, Bern, 1992. (BK)

HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie, Praxis Kommentar, Erbrecht, (Herausgegeben von Daniel Abt, Thomas Weibel) Basel, 2007. (*PraxisKomm.*)

İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, 8. bs., İstanbul, 2011.

İMRE, Zahit, Miras Hukuku, 4. bs., İstanbul, 1978.

İNAN, Ali Naim/Ertas, Şeref/ALBAŞ, Hakan, Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 8.bs., İzmir, 2012.

KAYIKET, Hasan, "İntifa ve İratlar Üzerinde Tenkis", TBBD, Sy. 72, 2007, s. 327-338.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Miras Hukuku, 4. bs., Ankara, 2012.

KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3. bs., İstanbul, 1987.

NÄF-HOFMANN, Marlies/ NÄF-HOFMANN, Heinz, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Zürich, 1998.

OĞUZMAN, Kemal, Miras Hukuku, 6. bs., İstanbul, 1995.

ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku, 6.bs., Ankara, 2014.

ÖZTÜRKLER, Cemal, Mirasta Denkleştirme İade ve Tenkis Davalarında Hesap Teknikleri, Ankara, 2004.

ÖZUĞUR, Ali İhsan, Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları, 3. bs., Ankara, 2011.

PIOTET, Paul, Schweizerisches Privatrecht, , Band IV Das Erbrecht, 1. Halbband, Basel und Stuttgart, 1978. (*SPR IV/1*)

PORTMANN, Wolfgang, "Pflichtteilsschutz bei Errungenschaftsbeteiligung – Schnittstelle zwischen Erbrecht und Ehe recht", recht 1997, Heft 1, s. 9- 15.

RUMO-JUNGO, Alexandra, "Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen", successio 2007, Heft 3, s. 158-167. (*successio 2007*)

RUMO-JUNGO, Alexandra, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Art. 1-456 ZGB), (Herausgegeben von Peter Breiyschmid, Alexandra Rumo-Jungo), 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2012. (*Handkomm.*)

RUMO-JUNGO, Alexandra, Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2010. (*Erbrecht*)

SARI, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2007.

- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkey, Miras Hukuku, 4. bs., Ankara, 2014.
- STECK, Daniel, FamKomm Scheidung Band I: ZGB, 2. Auflage, Bern, 2011 (*FamKomm*).
- ŞENER, Esat, Miras Hukuku, Ankara, 1977.
- ŞENOCAK, Zarife, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, AÜHFD, C. 58, Sy. 2, 2009, s. 378-411.
- ŞIPKA, Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul, 2011.
- ŞIPKA, Şükran/Hasan Ali Kaplan, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı İle İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoya Etkisi”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004.
- TUOR, Peter, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457 – 536 ZGB), Bern, 2009. (*BK*)
- TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich, 2010.
- TÜFEK, K.Gültekin, Miras Hukukundan Tenkis ve İade Davaları, Ankara, 1977.
- WEIMAR, Peter, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, (Art. 457 – 516 ZGB), Bern, 2009. (*BK*)
- WEIMAR, Peter, “Zur Herabsetzung ehevertraglicher Vorschlagszuweisungen. Zugleich eine Besprechung von BGE 127 III 314”, Festschrift für Heinz Rey, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Zürich-Basel-Genf, 2003, s. 597-606.
- WOLF, Stephan, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten: mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Bern, 1996.
- ZEYTİN, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara, 2005.



# TÜRKİYE VE İNGİLTERE'DE RADYO VE TELEVİZYON YAYINCILIĞI ALANINDAKİ DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLAR VE BU KURUMLARA VERİLEN YENİ BİR GÖREV: MEDYA OKURYAZARLIĞININ GELİŞTİRİLMESİ

*Turkish and British Independent Regulatory Agencies  
in the Area of Radio and Television Broadcasting and a New Duty for These  
Agencies: Promoting Media Literacy*

**Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN\***

## ÖZET

İdare hukuku ve kitle iletişim hukukunun kesiştiği konularından birisi düzenleyici ve denetleyici kurumlardır. Nitekim ülkemizde kurulan ilk düzenleyici ve denetleyici kurumlardan birisi kitle iletişim alanında 1994 yılında kurulmuş olan Radyo ve Televizyon Üst Kuruludur (RTÜK). İngiltere diğer Avrupa ülkelerine göre radyo ve televizyon yayıncılığına daha önce başlamıştır. Dolayısıyla kitle iletişim alanının düzenlenmesi ve denetlenmesi ihtiyacı da ilk olarak İngiltere’de ortaya çıkmıştır. 2003 yılına kadar bu ihtiyaca cevap veren çok sayıda düzenleyici kurumlar mevcut iken bu çeşitliliği ortadan kaldırmak ve bu alanı tek elden düzenlemek ve denetlemek üzere 2003 yılında İletişim Ofisi (*Office of Communications*-OFCOM) kurulmuştur. Hem RTÜK’ün hem de OFCOM’un bağımsızlığı, görev ve yetkileri, uygulayacakları yaptırımlar ile bu yaptırımlara karşı başvurulacak yollar Türk ve İngiliz idare hukukunun doğrudan ilgilendiği meselelerdir. Ancak kitle iletişim alanındaki düzenleyici ve denetleyici kurumlara hem ülkemizde hem de İngiltere’de yeni bir görev verildiği de gözlemlenmektedir ki, bu görev medya okuryazarlığının geliştirilmesidir. Bu çalışmamızda RTÜK ve OFCOM’un kitle iletişim alanındaki düzenleyici ve denetleyici kurum olarak görev ve yetkilerinin yanı sıra, medya okuryazarlığının geliştirilmesi görevi ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), İletişim Ofisi (*Office of Communications* (OFCOM)), Medya Okuryazarlığı.

## ABSTRACT

The concept of independent regulatory agencies is one of the common issues for both administrative law and the law of mass communication. In this regard, one of the independent regulatory agencies for radio and television broadcasting in Turkey

\* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, esaygin@ybu.edu.tr Bu makalenin RTÜK ile ilgili kısmı, Medya Okuryazarlığı (Edt. Yrd. Doç. Dr. Elif Küçük Durur, İmge Yayınevi, 2016) isimli kitapta yer alan “Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun Medya Okuryazarlığı Alanındaki Rolü” isimli çalışmamızın özetidir.



is the Radio and Television Supreme Council (RTUK) established in 1994. The Office of Communications (OFCOM), established in 2003, is the independent regulatory body that replaced the existing regulators in England where radio and television broadcasting has begun before other European countries. The independence of both RTUK and OFCOM, duties and powers of these regulators, sanctions and legal remedies for these sanctions have already been dealt with by Turkish and English administrative law in detail. However, a new duty has also given to the Turkish and English independent regulatory bodies, which is to promote media literacy. In this paper, the duties and powers of RTUK and OFCOM as a regulatory body in mass communication will be explained. Afterwards, the new duty of RTUK and OFCOM in promoting media literacy will be addressed.

**Keywords:** Independent Regulatory Agencies, Radio and Television Broadcasting Supreme Council (RTUK), Office of Communications (OFCOM), Media Literacy.



## GİRİŞ

İdare hukuku ve kitle iletişim hukuku ilgi alanları farklı olan iki farklı hukuk dalıdır. Buna rağmen idare hukuku ve kitle iletişim hukukunun pek çok alanda kesiştiği de görülebilmektedir. Bu alanlardan bir tanesi düzenleyici ve denetleyici kurumlardır. Nitekim ülkemizde kurulan ilk düzenleyici ve denetleyici kurumlardan birisi kitle iletişim alanında 1994 yılında kurulmuş olan Radyo ve Televizyon Üst Kuruludur (RTÜK)<sup>1</sup>. RTÜK’ü kuran Kanun, 1994 tarihinden itibaren yapılan yaklaşık yirmi değişiklikle günün şartlarına uyarlanmak istenmişse de, yayın teknolojisindeki hızlı değişim ve Anayasa Mahkemesi’nin bazı maddeleri iptal etmesi gibi nedenlerle bu amaca ulaşılamamış ve 2011 yılında radyo ve televizyon alanındaki yasal çerçevenin yeniden düzenlenmesi zorunlu hale gelmiştir<sup>2</sup>. Bu nedenle 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanun ile pek çok konunun yanı sıra<sup>3</sup> RTÜK’ün kuruluşu, teşkilatı, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasları yeniden belirlenmiştir.

İngiltere’de ilk radyo yayını 14 Kasım 1922’de BBC (*British Broadcasting Company*) tarafından gerçekleştirilirken, ilk ticari düzenli televizyon yayını

---

<sup>1</sup> 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, TBMM tarafından 13/04/1994 tarihinde kabul edilmiş ve 20/04/1994 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>2</sup> www.rtuk.org.tr, erişim tarihi: 01/05/2016.

<sup>3</sup> Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi, ifade ve haber alma özgürlüğünün sağlanması, medya hizmet sağlayıcılarının idari, mali ve teknik yapıları ve yükümlülükleri gibi konular da 6112 sayılı Kanunla düzenlenmiştir.

yine BBC tarafından Kasım 1936'da gerçekleştirilmiştir<sup>4</sup>. Diğer Avrupa ülkelerine göre radyo ve televizyon yayıncılığına daha önce başlayan İngiltere'de 2003 yılına kadar kitle iletişim alanında düzenleyici ve denetleyici kurumların sayısı fazla idi. Bu kurumlar Yayın İlkeleri Komisyonu (*The Broadcasting Standards Commission*), Bağımsız Televizyon Komisyonu (*The Independent Television Commission*), Telekomünikasyon Ofisi (*The Office of Telecommunications/OFTEL*), Radyo Otoritesi (*The Radio Authority*) ve Telsiz Bürosu'dur (*The Radiocommunications Agency*). 2003 yılında yapılan düzenleme ile tüm bu kurumların görevi İletişim Ofisi (*Office of Communications-OFCOM*) adındaki tek bir kuruma devredilmek suretiyle bu çeşitlilik ortadan kaldırılmıştır<sup>5</sup>.

Hem RTÜK hem de OFCOM kitle iletişim alanında görev yapan birer düzenleyici ve denetleyici kurum oldukları için, bu kurumların bağımsızlığı, görev ve yetkileri, uygulayacakları yaptırımlar ile bu yaptırımlara karşı başvurulacak yollar idare hukukunun doğrudan ilgilendiği meselelerdir. Ancak radyo ve televizyon yayıncılığı alanındaki düzenleyici kurumlara hem ülkemizde hem de İngiltere'de yeni bir görev verildiği de gözlenmektedir ki, bu görev medya okuryazarlığının geliştirilmesidir. Bu çalışmamızda ülkemizde ve İngiltere'de kitle iletişim alanındaki düzenleyici ve denetleyici kurumlara (RTÜK ve OFCOM) verilen medya okuryazarlığının geliştirilmesi konusu ele alınacaktır. Bu amaçla öncelikle düzenleyici ve denetleyici kurumların tanımına ve bu kurumların ortak özelliklerine değinilecektir. Daha sonra RTÜK ve OFCOM'un birer düzenleyici ve denetleyici kurum olarak görev ve yetkileri ele alınacaktır. Son bölümde ise, RTÜK ve OFCOM'un medya okuryazarlığı alanındaki görev ve bu görev kapsamındaki faaliyetleri incelenecektir.

## 1. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLAR

### 1.1. Kavram ve Tanım

İlk olarak 1930'larda Amerika Birleşik Devletleri'nde kurulan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, Avrupa'da özellikle 1980'lerden itibaren hızla yayılmaya başlamıştır<sup>6</sup>. Amerika'da genel olarak "Bağımsız Düzenleyici Birimler" (*Independent Regulatory Agencies*) olarak adlandırılan bu kurumlar, İngiltere'de "Yarı-Özerk Hükümet Dışı Örgütler" (*Quasi-Autonomous Non Governmental*

---

<sup>4</sup> RADYO VE TELEVİZYON YAYINCILIĞI SEKTÖR RAPORU (2014). Ankara, Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı, s. 7 ve s.14.

<sup>5</sup> www.ofcom.org.uk, erişim tarihi: 01/05/2016.

<sup>6</sup> Azrak, Ü. (2001). "Dünyada ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar", Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara, Rekabret Kurumu Yayını, s. 19.

*Organizations*), Fransa’da ise “Bağımsız İdari Otoriteler” (*Autorités Administratives Indépendantes*) olarak isimlendirilmektedir<sup>7</sup>. İdare hukuku öğretisinde daha çok bağımsız idari otoriteler olarak da adlandırılan bu kurumlar için yasa koyucu düzenleyici ve denetleyici kurum kavramını benimsemiştir<sup>8</sup>. Ülkemizde bazı istisnalar dışında, asli karar organı olan Kurul ve ona yardımcı olmak ve kararlarını uygulamak üzere, Kurul Başkanı ve yardımcı personelden oluşan Kurum adıyla yapılanmıştır<sup>9</sup>.

Öğretide, düzenleyici ve denetleyici kurumları ortaya çıkaran nedenler şu şekilde özetlenmektedir<sup>10</sup>:

*“a) Ekonomik alandaki teknik ve karmaşık sorunların çözümü uzmanlık gerektirmektedir ve klasik bakanlık yapısı bu sorunları çözmeye yetersiz kalabilmektedir.*

*b) Zaman zaman devletin piyasada hem hakem hem de oyuncu olması durumunda, alınacak kamusal kararların haklılığının ve tarafsızlığının şaibeli hale gelmemesi için kararların bağımsız ve tarafsız kurumlarca alınması tercih edilmektedir.*

*c) Bu bağımsız kurumlar siyasi etkilerden uzak olma durumları ile siyasi iktidarların siyasal nedenlerle alamayacakları, almaktan çekinecekleri veya erteleyecekleri kararların alınmasını kolaylaştıracaklardır.*

*d) Kriz dönemlerinde krizin bedelinin kendilerine yüklenmesini istemeyen siyasi iktidarlar da bu tür kurumların oluşturulmasında istekli olmaktadır.”*

Düzenleyici ve denetleyici kurumların tanımı ULUSOY tarafından “toplumsal yaşam için özel bir önem ve duyarlılık taşıyan, temel hak ve özgürlükler ile ekonomik ve sosyal sektörlerde veya alanlarda düzenleme, denetleme ve yönlendirme (regülasyon) faaliyetinde bulunan, kararları üzerinde hiçbir makam ve merciin etkisinin olmadığı, karar organları özel güvencelere sahip, mali özerkliği haiz, özerk bütçeli kamu tüzel kişileri” olarak yapılmaktadır<sup>11</sup>.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar “karar organlarının şekli”, “regülasyon

---

<sup>7</sup> Atay, E. (2000). “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO’LAR): Rekabet Konseyi”, Perşembe Konferansları, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, s. 53 vd.

<sup>8</sup> Atay, E. (2006). “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi c. X, s.1,2, s. 263. Bu iki kavram yanında “üst kurul”, “yüksek kurul” ve “regülasyon” gibi kavramlar da bu kurumları tanımlamak üzere kullanılmaktadır.

<sup>9</sup> Ulusoy, A. (2003). Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara, Turhan, s. 1.

<sup>10</sup> Tan, T. (2002). “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 35 Sayı 2, s. 14.

<sup>11</sup> Ulusoy, A. (2003), s. 1.

özelliği” ve “faaliyet alanlarının niteliği”<sup>12</sup> gibi ölçütler kullanılmak suretiyle bir takım sınıflandırmalara tabi tutulmuşlarsa da, radyo ve televizyon alanında faaliyette bulunanlar dışında diğerleri piyasa ekonomisinin düzenlenmesine yönelik faaliyette bulunmaktadır<sup>13</sup>. Bu nedenle, iletişim alanında faaliyette bulunan düzenleyici ve denetleyici kurumlar özel bir öneme ve ayrıksı bir yere sahiptirler.

## 1.2. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Özellikleri

Her ne kadar düzenleyici ve denetleyici kurumların tamamının tabi olduğu tek bir hukuki rejim olmasa da bu kurumların ortak özellikleri konusunda Türk ve İngiliz öğretisinde görüş birliği bulunmaktadır: Bunlar; sermaye piyasası, rekabet, radyo ve televizyon yayıncılığı, bankacılık gibi kamusal yaşamın hassas alanlarında düzenleme ve denetleme görevlerini yerine getiren, devlet adına icrai karar alma yetkisine sahip bağımsız nitelikteki kuruluşlardır<sup>14</sup>.

### 1.2.1. Bağımsızlık

Bağımsızlık “toplumun, toplumsal bir kümenin ya da bireyin; başka bir toplumun, toplumsal kümenin ya da bireyin etkisi, güdümü, yönetimi ve belirlenimi altında bulunmaması” olarak tanımlanabilir<sup>15</sup>. Bir kurumun bağımsız olması yürütme organının ve öteki idari mercilerin bu kurum üzerinde herhangi bir idari yetkiye ve denetime sahip olmamasını ifade eder ki, bu kurumların bağımsızlığı hem organik hem de işlevsel anlamda bağımsızlık olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>16</sup>. Düzenleyici ve denetleyici kurumların organik anlamda bağımsız sayılabilmeleri için şu özelliklere sahip olmaları gerekir<sup>17</sup>:

a) Düzenleyici ve denetleyici kurumların görev ve yetkileri, bakanlıkların kontrolü dışında, kanunla düzenlenmelidir.

b) Kurul üyelerinin atanmasında mesleki standartlar öngörölmelidir.

c) Kurul üyelerinin görev süreleri, genel siyasi seçimlerle çakışmayacak şe-

---

<sup>12</sup> Ulusoy, A. (2003), s. 11, 12 ve 13.

<sup>13</sup> Tan, T. (2002), s. 14. 7 Nisan 2016 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile kurulan Kişisel Verilerin Korunması Kurumunun da, RTÜK gibi, piyasa ekonomisinin düzenlenmesine yönelik faaliyette bulunan diğer düzenleyici kurumlardan ayrıldığı da not edilmelidir.

<sup>14</sup> Gözler, K. (2009). İdare Hukuku, Bursa, Ekin, s. 582.

<sup>15</sup> Akıncı, M. (1999). Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, İstanbul, Beta, s. 100.

<sup>16</sup> Günday, M. (2013). İdare Hukuku, Ankara, İmaj, s. 470.

<sup>17</sup> TÜSiAD (2002). Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, İstanbul, TÜSiAD Yayınları, s. 165.

kilde belirlenmeli ve kurul üyelerinin bireysel görev süreleri, diğer üyelerin değişim süresinden ayrılmalıdır.

d) Kurullara, düzenleme yapmak ve uygulamayı yönlendirme yetkisi verilmelidir.

e) Kurulların özel bütçeleri olmalıdır.

f) Personel ücretleri iyileştirilmelidir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların işlevsel bağımsızlığı ise kendilerine herhangi bir organ, makam, merci ya da kişi tarafından görevleri ile ilgili emir ve talimat verilememesinin, tavsiye ya da telkinde bulunulamamasının sağlanması ile olur ki, bu da ancak bu kurumların işlem ve eylemlerinin yürütme organının hiyerarşi ya da vesayet denetimi biçimindeki denetimine tabi olması ile sağlanabilmektedir<sup>18</sup>.

### **1.2.2. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yetkileri**

Her biri birer kamu tüzel kişisi olan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, icrai karar alma yetkileri ile danışma organı olmaktan çıkmaktadırlar.

#### **1.2.2.1. Düzenleme Yetkisi**

Düzenleyici ve denetleyici kurumların en önemli ayırt edici özelliği regülasyon işlevi görmeleridir. Regülasyon görevini üstlenmiş düzenleyici ve denetleyici kurumlar, kamusal hayatın hassas alanı denilen alanlarda kamu hizmetlerini yürütmek ve işletmekten ziyade bu alanlarda “oyunun kurallarını” belirler, diğer bir ifadeyle o alanı organize ederler<sup>19</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri’nde düzenleyici ve denetleyici kurumları devletin dördüncü gücü konumuna getiren değer bu kurumların düzenleyicilik misyonudur<sup>20</sup>. 1982 Anayasası’na göre kamu tüzel kişileri kendi görev alanlarını ilgilendiren kanun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabildiği için, düzenleyici ve denetleyici kurullar da öncelikle yönetmelikler aracılığıyla bu düzenleme misyonunu yerine getirirler. Ayrıca karar, tebliğ, tamim, sirküler, bildiri vb. işlemler adı altında yayınladıkları ve idarenin adsız düzenleyici işlemleri denilen işlemlerle de düzenleme fonksiyonunu yerine getirirler. Ancak, düzenleme yetkisi yasa-

---

<sup>18</sup> Günday, M. (2013), s. 470.

<sup>19</sup> Ulusoy, A. (2003), s. 21; Gözler, K. (2009), s. 583.

<sup>20</sup> Akıncı, M. (1999), s. 133.

lar çerçevesinde yerine getirilen ikincil bir yetki olduğu için bu kurumların bu yetkisini kullanarak yapacağı işlemlerle yasal düzenlemenin kapsamı daraltılmaz veya genişletilemez<sup>21</sup>.

### 1.2.2.2. İnceleme ve Denetleme Yetkisi

Kamusal hayatın hassas alanında faaliyette bulunan aktörlerin yasalara ve kendi düzenlemeleri ile getirilen kurallara ne derecede uyduğunu kontrol etmek amacıyla, düzenleyici ve denetleyici kurumlar gerekli gördüğü bilgi ve belgeleri ilgililerden istemek, onların bilgilerine başvurmak, gerektiğinde yerinde inceleme yapmak yetkilerini haizdir<sup>22</sup>.

### 1.2.2.3. Yapırım Uygulama Yetkisi

Düzenleyici ve denetleyici kurumların yaptırım uygulama yetkisi, faaliyette buldukları alanda düzenleme ve denetleme yetkilerinin bir uzantısı olarak kabul edilmektedir ve bu yaptırımlar “idari müeyyide” niteliğindedir<sup>23</sup>. Ülkemizde Rekabet Kurumu gibi bazı düzenleyici ve denetleyici kurumlar uyguladıkları yüksek para cezalarıyla ön plana çıkarken, diğerleri ilgili kanunlarında kendilerine verilen ruhsatın iptali, uyarı, kapatma, askıya alma gibi değişik idari yaptırımlara başvurmaktadır<sup>24</sup>.

## 2. RADYO VE TELEVİZYON ÜST KURULU

Radyo ve televizyon yayıncılığı, uzunca bir süre hemen hemen her ülkede olduğu gibi ülkemizde de devlet tekeline bırakılan bir alan olmuştur. Nitekim 1982 Anayasası 133’üncü maddesinde “*Radyo ve televizyon idareleri ancak devlet eliyle kurulur ve idareleri tarafsız bir kamu tüzel kişiliği halinde düzenlenir*” ifadesiyle bunu anayasal bir ilke olarak belirlemiştir. Ancak çok sayıda radyo ve televizyon yayın faaliyetinde bulunmaya başlamış ve yasama organı bu fiili durumu hukuki bir zemine dayandırmak için 1993 yılında, 1982 Anayasası’nın 133’üncü maddesini “*Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir*” şeklinde değiştirmiştir.

Kamu tüzel kişiliğine haiz RTÜK’ü kuran ve radyo-televizyon yayıncılığını düzenleyen 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında

---

<sup>21</sup> Gözübüyük, T., Tan, T. (2010). İdare Hukuku, Ankara, Turhan, s. 395.

<sup>22</sup> Gözübüyük, T., Tan, T. (2010), s. 397.

<sup>23</sup> Gözübüyük, T., Tan, T. (2010), s. 398-399; Gözler, K. (2009), s. 589.

<sup>24</sup> Gözübüyük, T., Tan, T. (2010), s. 398-399; Gözler, K. (2009), s. 589.

Kanun, TBMM tarafından 13/04/1994 tarihinde kabul edilmiş ve 20/04/1994 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 2005 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile *“Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan RTÜK dokuz üyeden oluşur. Üyeler, siyasî parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasî parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir.”* hükmüne yer verilmek suretiyle RTÜK’e üye seçimi değiştirilmiştir.

Avrupa Birliği müktesebatına uyum çerçevesinde Avrupa Birliği Sınırötesi Televizyon Direktifi’ni değiştiren Avrupa Birliği Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi hükümleri esas alınarak yürütülen yeni kanun çalışmaları neticesinde 15/02/2011 tarihinde TBMM’de kabul edilen 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluşu ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun 03/03/2011 tarihinde 27863 numaralı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>25</sup>. Böylece ülkemizde radyo ve televizyon yayınlarının hukuki rejimi 2011 yılında çıkarılan 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun çerçevesinde şekillenmiştir.

### 2.1. RTÜK’ün Özerkliği ve Bağımsızlığı

Anayasa’nın 133’üncü maddesine 2005 yılında eklenen 2’nci fıkra ile paralel bir düzenleme olarak 6112 sayılı Kanun’un *“Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleri sektörünü düzenlemek ve denetlemek amacıyla, idarî ve malî özerkliğe sahip, tarafsız bir kamu tüzel kişiliği niteliğinde Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kurulmuştur”* ifadesiyle RTÜK’ün hem idari ve mali özerkliğine vurgu yapılmış hem de tarafsız bir kamu tüzel kişiliği olduğu belirtilmiştir<sup>26</sup>. Aynı maddenin 2’nci fıkrasında RTÜK’ün bağımsızlığına şu ifadelerle vurgu yapılmıştır: *“Üst Kurul, bu Kanun ve mevzuatta kendisine verilen görev ve yetkileri kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getirir ve kullanır.”*

RTÜK, 6112 sayılı Kanun’da ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nda belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde kendisine tahsis edilen mali kaynakları görev ve yetkilerinin gerektirdiği ölçüde, kendi bütçesinde belirlenen usul ve esaslar dâhilinde serbestçe kullanır. RTÜK’ün malları Devlet malı hükmündedir, haczedilemez<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> www.rtuk.org.tr, erişim tarihi: 01/05/2016.

<sup>26</sup> 6112 sayılı Kanun, madde 34/1.

<sup>27</sup> 6112 sayılı Kanun, madde 34/2.

RTÜK hükümet ile olan ilişkilerini Başbakan veya onun görevlendireceği bir bakan aracılığıyla yürütmektedir<sup>28</sup>.

RTÜK, en az dört yıllık yüksek öğrenim görmüş, meslekleriyle ilgili konular-  
da kamu kurum ve kuruluşları veya özel kuruluşlarda en az on yıl süreyle gö-  
rev yapmış, meslekî açıdan yeterli bilgiye, deneyime ve Devlet memuru olma  
niteliğine sahip, otuz yaşını doldurmuş kişiler arasından Türkiye Büyük Millet  
Meclisince seçilen dokuz üyeden oluşur<sup>29</sup>. Seçim için, siyasî parti gruplarının  
üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı aday gösterilir ve Üst  
Kurul üyeleri bu adaylar arasından her siyasî parti grubuna düşen üye sayısı  
esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir.  
Ancak, siyasî parti gruplarında, Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak se-  
çimlerde kime oy kullanılacağına dair görüşme yapılamaz ve karar alınamaz<sup>30</sup>.

RTÜK üyelerinin görev süresi altı yıldır. Üyelerin üçte biri iki yılda bir yenile-  
nir. Üyelerin görev sürelerinin bitiminden iki ay önce; üyeliklerde herhangi bir  
sebeple boşalma olması hâlinde, boşalma tarihinden veya boşalma tarihinde  
Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise tatilin bitiminden itibaren bir ay içinde  
aynı usulle seçim yapılır. Bu seçimlerde, boşalan üyeliklerin siyasî parti grupla-  
rına dağılımı, ilk seçimde siyasî parti grupları kontenjanından seçilen üye sayısı  
ve siyasî parti gruplarının hâlihazırdaki oranı dikkate alınmak suretiyle yapılır.  
Üyeliklerdeki boşalma sebebiyle yapılan seçimlerde seçilen üyeler, yerlerine  
seçildikleri üyelerin görev süresini tamamlar<sup>31</sup>.

## **2.2. RTÜK'ün Görev ve Yetkileri**

### **2.2.1. Düzenleme Yetkisi**

RTÜK'ün düzenleme yapma yetkisinin kaynağını öncelikle Anayasa'nın  
124'üncü maddesi oluşturur. Buna göre Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tü-  
zel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygu-  
lanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler  
çıkarmaktadır. Dolayısıyla bir kamu tüzel kişisi olan RTÜK'ün görev alanla-  
rıyla ilgili yönetmelik çıkarma yetkisi bulunmaktadır.

6112 sayılı Kanun'da RTÜK'e görsel işitsel iletişim alanını düzenleme ko-  
nusunda geniş yetkiler verildiği görülmektedir. Örneğin, 6112 sayılı Kanun'un  
34'üncü maddesinin ilk fıkrasında radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hiz-

---

<sup>28</sup> 6112 sayılı Kanun, madde 34/4.

<sup>29</sup> 6112 sayılı Kanun, madde 35/1.

<sup>30</sup> 6112 sayılı Kanun, madde 35/2.

<sup>31</sup> 6112 sayılı Kanun, madde 35/5.



metleri sektörünü düzenlemek ve denetlemek amacıyla RTÜK’ün kurulduğu belirtildiğine göre düzenleme yetkisi açıktır. Ayrıca, Kanun’un “Yeniden İletim” başlıklı 4’üncü maddesinde yeniden iletimin serbest olduğu belirtilirken, maddenin son fıkrasında yeniden iletimin usul ve esaslarının RTÜK tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Aynı şekilde Kanun’un 5’inci maddesine göre yayın hizmetlerinin Türkçe yapılması esas olmakla birlikte Türkçe dışındaki dil ve lehçelerde de yayın yapılabilir. Bu yayınlara ilişkin usul ve esaslar RTÜK tarafından hazırlanan yönetmelikle belirlenir. Kanun’un 10’uncu maddesinde radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde reklam ve tele-alışveriş ele alınmış, televizyon ve radyoda yayınlanacak reklam ve tele-alışverişe ilişkin diğer hususların RTÜK tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Kanun’un 27’nci maddesinde RTÜK’e verilen düzenleme yetkilerinden biri de frekans planlarının uygulanmasına, karasal sayısal yayına geçiş ve sıralama ihalesine ilişkin usul ve esasların RTÜK tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu sayılan hususlar dışında bazı mali konular ve personel rejimine ilişkin bazı konularda 6112 sayılı Kanun ile RTÜK’e açıkça düzenleme yetkisi verilmiştir.

### 2.2.2. İzin Yetkisi

6112 sayılı Kanun’da RTÜK’e görsel işitsel iletişim alanında geniş izin verme yetkileri verildiği görülmektedir. Kanun’un 37’nci maddesinin (c) bendine göre “*Medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yayın lisansı talebinde bulunabilmeleri için gerekli idarî, malî ve teknik şartları belirlemek ve bu kuruluşlardan şartları sağlayanlara yayın lisansı vermek, denetlemek ve gerektiğinde iptal etmek*” görevi RTÜK’e verilmiştir. Kanun’un 32’nci maddesinin 5, 6, 7’nci fıkralarında RTÜK’ten yayın izni alan kuruluşların hangi şartlarda yayın izinlerinin iptal edileceği düzenlenmektedir. Buna göre Kanun’un “Yayın Hizmeti İlkeleri” başlıklı 8’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki ilkelere bir yıl içinde tekraren aykırı yayın yapılması halinde medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınının on güne kadar durdurulmasına; ikinci tekrarı halinde ise, yayın lisansının iptaline karar verilir.”

### 2.2.3. Denetleme Yetkisi

6112 sayılı Kanun’un 34’üncü maddesinin ilk fıkrasında da belirtildiği üzere RTÜK, temel olarak radyo ve televizyon yayınlarını düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulmuş bir kurumdur. Kanun’un 37’nci maddesinde ise RTÜK’ün görev ve yetkileri sayılır iken şu denetleme yetkilerinden bahsedilmektedir:

- Türkiye Cumhuriyeti topraklarında yerleşik medya hizmet sağlayıcılarının

yayın hizmetlerini, bu Kanun hükümlerine ve Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası antlaşmalara uygunluğu açısından izlemek ve denetlemek.

- Türkiye Cumhuriyeti topraklarında yerleşik olmayan, ancak Türkiye Cumhuriyeti yargı yetkisi altında bulunan medya hizmet sağlayıcılarının yayın hizmetlerinin bu Kanun hükümlerine ve Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası antlaşmalara uygunluğunu gözetmek, gerekli hâllerde diğer devletlerin yetkili kurum ve kuruluşlarıyla işbirliği yapmak.

- Medya hizmet sağlayıcılardan görevleri kapsamında her türlü bilgi, belge ve kayıtları almak, medya hizmet sağlayıcıları yerinde denetlemek ve lisans şartlarına uymayan cihazları mühürleyerek kapatmak.

RTÜK'ün içerik denetimi ile ilgili yukarıda sayılan görevlerini yerine getirme görevi, halen yürürlükte olan RTÜK Teşkilatı Kuruluş ve Görev Yönetmeliği'nin 7'nci maddesinde belirtildiği üzere, İzleme ve Değerlendirme Dairesi Başkanlığı'na verilmiştir.

#### **2.2.4. Yaptırım Yetkisi**

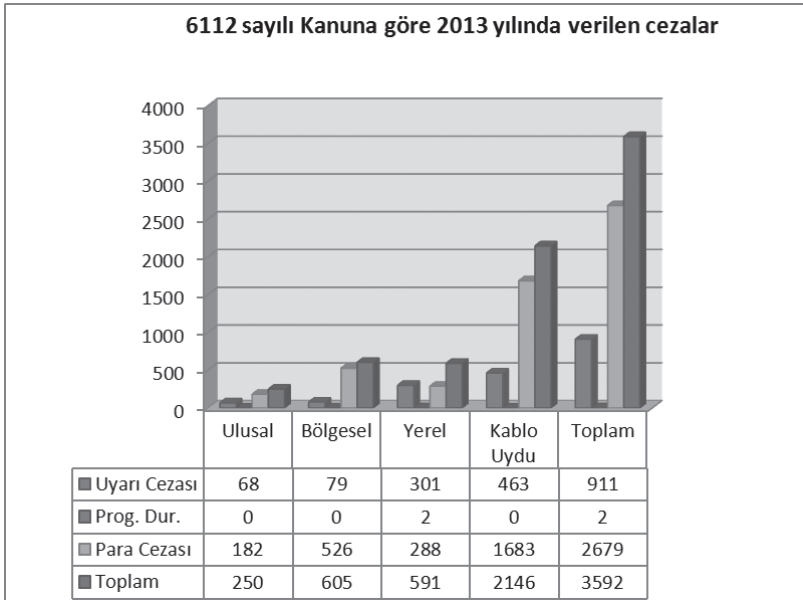
6112 sayılı Kanun'un 32'nci maddesinde RTÜK'ün uygulayabileceği idari yaptırımlara yer verilmiştir. Bu yaptırımlardan nispeten daha hafif nitelikte sayılabilecek uyarma yaptırımı 32'nci maddenin 2'nci fıkrasında sayılan Yayın Hizmeti İlkelerine ve kanunun diğer maddelerinde belirlenen ilke, yükümlülük veya yasaklara aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara uygulanacaktır. İhlalin tekrarı halinde ise medya hizmet sağlayıcıya ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinün yüzde birinden üçüne kadar idari para cezası verileceği de öngörülmek suretiyle kademeli bir yaptırım tercih edilmiştir.

Kanun'un 32'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında idari tedbir olarak öngörülen program durdurma cezasının nasıl uygulanacağı da düzenlenmiştir. 32'nci maddesinin 5'inci fıkrasına göre, Kanun'un 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki ilkeleri bir yıl içinde tekraren ihlal eden yayıncı kuruluşlara çok daha ağır müeyyideler öngörülmüştür. Şöyle ki "8'inci maddenin 1'inci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki ilkelere aykırı yayın yapılmasını müteakip verilecek yaptırım kararının tebliğinden itibaren bir yıl içinde aynı ihlalin tekrarı halinde, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınının on güne kadar durdurulmasına; ikinci tekrarı halinde ise, yayın lisansının iptaline karar verilir."

Kanun’un 33’üncü maddesinin ilk fıkrasında; “Üst Kuruldan yayın lisansı almadan veya yayınları Üst Kurul tarafından geçici olarak durdurulmasına ya da yayın lisansı iptal edilmesine rağmen yayın yapan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürü,” hakkında bazı adli yaptırımlar da öngörülmüştür. Şöyle ki, bu kişiler “bir yıldan iki yıla kadar hapis ve bin günden beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (...) İzensiz olarak faaliyetine devam eden yayın cihaz ve tesisleri Üst Kurulca mühürlenerek kapatılır.”

Sonuç olarak 6112 sayılı Kanun’un idari yaptırımın türü, miktarı ve süresine ilişkin ulusal düzenlemeleri;

- idari para cezaları,
- program durdurma, katalogdan çıkarma yaptırımı,
- yayın durdurma,
- yayın iletiminin durdurulması,
- yayın lisansının veya iletim yetki belgesinin iptalinden oluşmaktadır<sup>32</sup>.



Kaynak: RTÜK Sektör Raporu, 2014.

<sup>32</sup> Darendereli, A. V. (2013). İdari Ceza Hukuku Açısından Görsel-İşitsel Medya Alanındaki İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara, Yetkin, s. 163.

### 3. İLETİŞİM OFİSİ (OFFICE OF COMMUNICATION)

İngiltere, diğer Avrupa ülkelerine göre radyo ve televizyon yayıncılığına daha önce başlamıştır. İngiltere’de ilk radyo yayını 14 Kasım 1922’de BBC (*British Broadcasting Company*) tarafından gerçekleştirilirken, ilk ticari düzenli televizyon yayınları yine BBC tarafından Kasım 1936’da gerçekleştirilmiştir<sup>33</sup>. 1922-1980 yılları arasında İngiltere’de telekomünikasyon alanı rekabetin olmadığı, tamamen devlete ait bir alan idi<sup>34</sup>. Bu dönemdeki tek reform Genel Posta İdaresinin (GPO) bir devlet kurumu olmaktan çıkarılarak bir kamu kuruluşuna dönüştürülmesidir<sup>35</sup>. 1981 yılında Telekomünikasyon Kanunu ile Genel Posta İdaresinin üstlenmiş olduğu posta hizmetleri kendi bünyesinde bırakılırken, telekomünikasyon hizmetleri daha sonra 1984 yılında özelleştirilecek olan Britanya Telekomünikasyon (*British Telecommunications*) idaresine devredilmiştir<sup>36</sup>. BT İdaresinin özelleştirilmesi sürecinde Hükümet, telekomünikasyon endüstrisindeki yapılanmadan ziyade, bu alanın regülasyonu üzerine odaklanmıştır ve bağımsız bir düzenleyici otorite olan Telekomünikasyon Ofisini (*Office of Telecommunication (OFTEL)*) kurmuştur<sup>37</sup>.

İngiltere’de özel radyo ve televizyon yayıncılığı 2003 yılına kadar aralarında OFTEL’in de bulunduğu çeşitli kurumlar ile düzenlenmiştir. 2003 yılında iletişim sektörünü düzenleyen İletişim Ofisi (*Office of Communication*), kısa adıyla OFCOM kurulmuştur ve OFCOM, daha önce kurulan beş düzenleyici kurumun görevini devralmıştır. Bu düzenleyici kurumlar Yayın İlkeleri Komisyonu (*The Broadcasting Standards Commission*), Bağımsız Televizyon Komisyonu (*The Independent Television Commission*), Telekomünikasyon Ofisi (*The Office of Telecommunications/OFTEL*), Radyo Otoritesi (*The Radio Authority*) ve Telsiz Bürosu’dur (*The Radiocommunications Agency*).

---

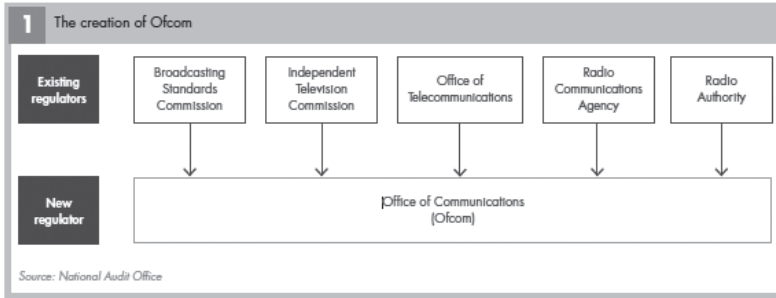
<sup>33</sup> Radyo ve Televizyon Yayıncılığı Sektör Raporu (2014). Ankara, Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı, s. 7 ve s.14.

<sup>34</sup> Geradin D., Kerf M. (2003). *Controlling Market Power in Telecommunications: Anti-trust vs. Sector-specific Regulation*, Oxford, Oxford University Press, s. 164.

<sup>35</sup> Geradin D., Kerf M. (2003), s. 164.

<sup>36</sup> Geradin D., Kerf M. (2003), s. 164.

<sup>37</sup> Geradin D., Kerf M. (2003), s. 164.



Tablo İngiliz Sayıştay'ının (National Audit Office) "The creation of Ofcom: Wider lessons for public sector mergers of regulatory agencies" isimli raporundan alınmıştır.

### 3.1. OFCOM'un Bağımsızlığı

İngiliz öğretisinde OFCOM gibi düzenleyici ve denetleyici kurumların bağımsızlığını etkileyen unsurların bağımsız yönetim ve karar alım, kamuoyuna hesap verebilirlik, bağımsız bütçe ve bütçe kontrolü gibi üç temel başlık altında incelendiği görülmektedir<sup>38</sup>. Ancak bu ilkelerin yanı sıra ilgili kanunda düzenleme yetkisinin açıkça ifade edilmesi, sürecin şeffaf olması, erişebilirlik, gerçek inceleme yetkileri ile etkili yaptırım yetkilerinin de bağımsızlığı etkileyen unsurlar olduğu belirtilmektedir.

#### 3.1.1. Bağımsız Yönetim ve Karar Alma

Bağımsız yönetim ve karar almak, kararların hem sektörden hem de siyasi etkilerden uzak ve iyi yönetim kurallarına bağlı olarak alınmasını ifade etmektedir<sup>39</sup>. 2001 tarihli OFCOM Kanunu (*The Office of Communication Act 2001*) ve 2003 tarihli İletişim Kanunu (*The Communications Act 2003*) OFCOM'un bağımsız karar alım süresine vurgu yapan düzenleme bulunmaktaysa da bu düzenlemelerin tamamı 1984 tarihli Telekomünikasyon Kanunu'nda (*Telecommunications Act 1984*) mevcut idi.

OFCOM Yönetim Kurulunun nasıl teşekkül edeceği 2002 tarihli İletişim Ofisi Kanunu'nda düzenlenmiştir. OFCOM Yönetim Kurulu 9 üyeden ve bir Başkan'dan oluşmaktadır. Kurul üyelerinden 6'sı yarı-zamanlı üyedir ve Kültür,

<sup>38</sup> Salomon, E. (2008). Guidelines for Broadcasting Regulation, Commonwealth Broadcasting Association, London, s. 17.

<sup>39</sup> SUBMISSION TO THE LEVESON INQUIRY ON THE FUTURE OF PRESS REGULATION: A RESPONSE TO LORD JUSTICE LEVESON'S REQUEST, <http://media.ofcom.org.uk/files/2012/04/Ofcom-Submission-to-the-Leveson-Inquiry-April-2012.pdf>, s. 5, erişim tarihi: 01/05/2016.

Medya ve Spor Bakanlığınca atanır iken aralarında Genel Müdürün de olduğu sayısı 3'ü bulan üyeler tam zamanlı üyedir.

OFCOM'un Yönetim Kurulu Başkanının ve icrai olmayan üyelerinin atanması Devlet Sekreterliği (*Secretary of State*) tarafından yapılırsa da, bağımsızlığı sağlayacak korumalar da getirilmiştir. Örneğin, OFCOM Başkanı 5 yıllığına atanır. Atama süreci rekabete açıktır ve Parlamentonun onayına tabidir. Başkanın görevden alınması özellikle Çerçeve Direktifin 3'üncü maddesine uygun olacak şekilde Avrupa Birliği Hukuku tarafından getirilen güvencelere tabidir<sup>40</sup>.

Yönetim Kurulu, OFCOM'un en üst karar merciidir ve kurumun tüm işlemlerinden sorumluluk ona ait iken OFCOM Genel Müdürü Yönetim Kuruluna karşı sorumludur ve kurumun rutin işlemlerinin yürütülmesinden sorumludur.

### 3.1.2. Hesap Verebilirlik

Hesap verebilirlik kamu yararı dışındaki işlemlerinden dolayı düzenleyici ve denetleyici otoritenin sorumlu tutulabilmesini sağlamaktadır. Bu ise ancak düzenleyici ve denetleyici kurumların düzenli aralıklarla bağımsız denetim kurumlarınca denetlenmesi ve bu denetimlerin sonuçlarının erişilebilir olması ile mümkündür.

OFCOM İngiliz Parlamentosuna karşı sorumludur ve hazırlamış olduğu yıllık faaliyet raporlarını Parlamento'ya sunmaktadır. Bunun dışında Parlamento'daki komisyonlarda da zaman zaman hazır bulunmaktadır. Örneğin OFCOM yılda bir kez Kültür, Medya ve Spor Komitesinde bulunmaktadır<sup>41</sup>. Bütün bu bulunmaların amacı geçmiş mali yılda OFCOM'un faaliyetlerinin incelenmesidir.

Bunun dışında OFCOM kamu kurumlarının soru önergelerine verilecek cevaplar konusunda danışmanlık yaptığı gibi parlamenterlerden doğrudan gelen soruları da yanıtlamaktadır<sup>42</sup>.

OFCOM İngiliz Sayıştay'ına da (*National Audit Office*) denetlenmektedir ki burada Sayıştay Parlamento adına kamu harcamalarını denetim rolünü üst-

---

<sup>40</sup> OFCOM RESPONSE TO EUROPEAN COMMISSION CONSULTATION ON THE INDEPENDENCE OF AUDIOVISUAL REGULATORY BODIES, [http://ec.europa.eu/information\\_society/news-room/cf/dae/document.cfm?doc\\_id=2463](http://ec.europa.eu/information_society/news-room/cf/dae/document.cfm?doc_id=2463), erişim tarihi: 01/05/2016.

<sup>41</sup> OFCOM RESPONSE TO EUROPEAN COMMISSION CONSULTATION ON THE INDEPENDENCE OF AUDIOVISUAL REGULATORY BODIES.

<sup>42</sup> OFCOM RESPONSE TO EUROPEAN COMMISSION CONSULTATION ON THE INDEPENDENCE OF AUDIOVISUAL REGULATORY BODIES.

lenmekte ve böylece vergi veren vatandaşların menfaatini korumaktadır<sup>43</sup>.

### 3.1.3. Bağımsız Bütçe

OFCOM’un bütçesi devletten aldığı yardım ile yayıncılık ve iletişim ağlarının düzenlenmesinde firmalardan almış olduğu ücretlerden oluşur. OFCOM’un devletten almış olduğu yardım OFCOM’un radyo frekanslarının düzenlenmesi ile ilgili görevlerini yerine getirirken ihtiyaç duyduğu parayı kapsamaktadır. Yayıncılık görevlerinin yerine getirilmesi için ortaya çıkan idari masraflar devletten alınan yardımlarla karşılanmamakta, yayıncılık lisans ücretlerinden karşılanmaktadır<sup>44</sup>.

### 3.2. OFCOM’un Görev ve Yetkileri

İngiltere’de OFCOM’un görevleri 2003 yılında çıkarılan İletişim Kanunu ile düzenlenmiştir. OFCOM’un İngiliz radyo ve televizyon yayıncılığı alanındaki görevleri şöyledir;

- a) Birleşik Krallığın geniş bir elektronik haberleşme ağına sahip olmasını sağlamak;
- b) Geniş bir yüksek kalitede televizyon ve radyo programlarının sunulmasını sağlamak;
- c) Televizyon ve radyo hizmetlerinin çok çeşitli organizasyonlar tarafından verilmesini sağlamak;
- d) Televizyon izleyen ve radyo dinleyen kişilerin zararlı ve müteceviz materyallerden korunmasını sağlamak ve
- e) Kişilerin televizyon ve radyo programlarında özel hayatlarına müdahale edilmesinin engellenmesini ve haksız muamele görmelerinden korunmasını sağlamak.

2003 tarihli İletişim Kanunu’nun yanına sonra Girişimcilik Kanunu (*Enterprise Act*), Yayıncılık Kanunu (*Broadcasting Act*), Rekabet Kanunu (*Competition Act*), Kablosuz Telegraf Kanunu (*Wireless Telegraph Act*) ve Dijital Ekonomi Kanunu (*Digital Economy Act*) gibi çok çeşitli kanunlar da OFCOM’a görevler vermektedir<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> OFCOM RESPONSE TO EUROPEAN COMMISSION CONSULTATION ON THE INDEPENDENCE OF AUDIOVISUAL REGULATORY BODIES.

<sup>44</sup> OFCOM RESPONSE TO EUROPEAN COMMISSION CONSULTATION ON THE INDEPENDENCE OF AUDIOVISUAL REGULATORY BODIES.

<sup>45</sup> OFCOM: THE EFFECTIVENESS OF CONVERGED REGULATION, REPORT BY THE COMPTROL-

2003 tarihli İletişim Kanunu'na göre radyo ve televizyon hizmetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesinde şu yetkilere sahiptir:

a) OFCOM görevleri ile ilgili herhangi bir konuda araştırma yapmaya ve geliştirme faaliyetinde bulunmaya yetkilidir;

b) Başkaları tarafından yürütülen araştırmaları ve gelişim faaliyetlerini desteklemeye ve başkalarına bu konularda araştırma yaptırmaya yetkilidir;

c) İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda'da OFCOM'un görevleri ile ilgili bir suç işlendiğinde, suç duyurusunda bulunmak ve takibini yapmaya yetkilidir;

d) Görevlerinin yerine getirilmesi sırasında zarar görenlere hukuki sorumluluğun olmadığı durumlarda takdiren ödeme yapmaya yetkilidir.

2003 tarihli İletişim Kanunu'na 319'uncu maddesinde "Radyo ve televizyon yayınlarını da içeren programların içerikleri ile ilgili standartlar oluşturma ve zaman içerisinde bu standartları gözden geçirme ve değiştirme OFCOM'un yükümlülüğündedir". 325'inci maddede ise OFCOM'un getirmiş olduğu bu standartlara uyulup uyulmadığını denetlemenin de yine OFCOM'un yükümlülüğünde olduğu belirtilmiştir.

OFCOM Kanunu'na 319'uncu maddesine yer alan standartlara aykırılık tespit ederse, yaptırım uygulama yetkisine de sahiptir<sup>46</sup>:

a) Programın ya da reklamın tekrarının yasaklanmasına karar vermek;

b) OFCOM'un belirleyeceği saatte ve programda bir düzeltmenin veya bir bildirinin yayınlanmasına karar vermek;

c) Para cezasına karar vermek;

d) Verilmiş olan lisans süresini kısaltmak veya (belli bazı durumlarda) lisansı askıya almak;

e) Lisansı iptal etmek (BBC, S4C ve Channel 4'e uygulanmamaktadır).

OFCOM yapmış olduğu incelemelerinin sonuçlarını "*Broadcast and On Demand Bulletin*" isimli bülteninde yayınlamaktadır<sup>47</sup>. OFCOM idari para cezalarına ilişkin ise ayrıca veri yayınlamaktadır. Örneğin 01/04/2015-31/03/2016

---

LER AND AUDITOR GENERAL HC 490 SESSION 2010–2011, NOVEMBER 2010.

<sup>46</sup> PROCEDURES FOR THE CONSIDERATION OF STATUTORY SANCTIONS IN BREACHES OF BROADCAST LICENCES, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/broadcasting/procedures/procedures--sanctions/>, erişim tarihi: 01/05/2016.

<sup>47</sup> <http://stakeholders.ofcom.org.uk/enforcement/broadcast-bulletins/> erişim tarihi: 01/05/2016.



tarihleri arasında 7 farklı inceleme sonucunda 1.240.850 sterlin idari para cezası uygulamıştır<sup>48</sup>.

Şirket	Miktar	Tarih
ITCE	20.000£	17/12/2015
Leith Community Mediaworks	850£	27/01/2015
DM Global	25.000£	23/03/2013
XS Remarketing	150.000£	24/08/2015
Universial Utilities	200.000£	29/07/2015
Asia TV	25.000£	29/07/2015
EE Limited	1.000.000£	03/07/2015

## 4. MEDYA OKURYAZARLIĞI

### 4.1. Kavram ve Tanım

Medya okuryazarlığı kavramı hem dünyada hem de ülkemizde çok çeşitli disiplin dalları tarafından kullanılmaktadır ki, bu durumun karışıklığa yol açabildiği iddia edilmektedir<sup>49</sup>. Kavram karışıklığının diğer bir nedeni, “media literacy”den dilimize çevrilen medya okuryazarlığı kavramı yanısıra Avrupa’da; “information literacy” (enformasyon/bilgi okuryazarlığı), “digital literacy” (dijital/sayısal okuryazarlık), “computer literacy” (bilgisayar okuryazarlığı), “electronic literacy” (elektronik okuryazarlık), “electronic information literacy” (elektronik enformasyon/bilgi okuryazarlığı) gibi kavramların kullanılıyor olmasıdır<sup>50</sup>. Bu kavramsal karışıklığa rağmen medya okuryazarlığı kavramının hem İngiltere’de hem de ülkemizde özellikle iletişim alanındaki çalışmalarda tanımlandığı ve bu tanımların yaygın olarak kabul gördüğü söylenebilmektedir.

Yabancı literatür incelendiğinde, Thoman’ın medya okuryazarlığını, “her gün televizyon, radyo, bilgisayar, gazete ve dergilerden ve hatta reklamlardan alınan binlerce sözlü ve görsel sembolü yorumlama ve kişisel anlam verme yeteneği” olarak tanımladığı görülmektedir<sup>51</sup>. Livingstone’a göre ise medya

<sup>48</sup> [http://www.ofcom.org.uk/content/about/annual-reports-plans/financial-penalties/988\\_Financial\\_penalties\\_imposed\\_for\\_the\\_period\\_01-04-2015\\_to\\_31-03-2016.pdf](http://www.ofcom.org.uk/content/about/annual-reports-plans/financial-penalties/988_Financial_penalties_imposed_for_the_period_01-04-2015_to_31-03-2016.pdf), erişim tarihi: 01/05/2016.

<sup>49</sup> Livingstone, S. (2004). “Media Literacy and the Challenge of New Information and Communication Technologies”, *Communication Review*, 1 (7), sayfa 3-145, s. 5.

<sup>50</sup> Pekman, C. (2006). “Avrupa Birliği’nde Medya Okuryazarlığı”, *Medya Okuryazarlığı*, Editör: Nurçay Türkoğlu, İstanbul: Marmara Üniversitesi İletişim Fakültesi Yayınları, S. 2, s. 17.

<sup>51</sup> Thoman, E. (1999). “Skills and Strategies for Media Education”; *Educational Leadership*,

okuryazarlığı, çeşitli şekillerdeki mesajlara ulaşma, onları analiz etme, değerlendirme ve mesajlar oluşturma yeteneği olarak tanımlanmaktadır<sup>52</sup>. Son olarak OFCOM medya okuryazarlığını “çeşitli biçimlerde *medya ve iletişimi kullanabilmek, anlayabilmek ve medya içeriklerini oluşturabilmek*” olarak tanımlamaktadır<sup>53</sup>.

Ülkemizde radyo ve televizyon yayıncılığı uzun yıllar TRT'nin tekelinde sürdürüldüğünden, medya okuryazarlığı kavramı ancak 1990'lı yıllarda özel radyo ve televizyonlar yayına geçtikten sonra tartışılmaya başlanabilmiştir<sup>54</sup>. Bu nedenle, medya okuryazarlığı kavramı üzerinde ağırlıklı olarak RTÜK durmuştur. RTÜK medya okuryazarlığını, “*yazılı ve yazılı olmayan, büyük çeşitlilik gösteren formatlardaki mesajlara ulaşma, bunları çözümlenme, değerlendirme ve iletilme yeteneği olarak*” tanımlamaktadır. Yine RTÜK tarafından hazırlanan İlköğretim Medya Okuryazarlığı Dersi Öğretmen El Kitabında medya okuryazarlığı, toplumu denetleyen ve bu amaçla tüm dikkatini sosyal yaşama yöneltmiş medyaya karşı, “*toplumun da onu denetlemesi ve dikkatini medyanın işleyiş mekanizmasına yöneltmesi*” olarak adlandırılmaktadır<sup>55</sup>.

Kutoğlu ise medya okuryazarlığını, medya ile karşı karşıya kalındığında medya mesajlarını daha iyi anlayabilmek için kullanılan perspektif olarak tanımlamaktadır<sup>56</sup>.

Tüm bu tanımlar birlikte ele alındığında medya okuryazarlığı kavramının iki temele dayandığı görülmektedir: Birincisi, kişinin medyadan gelen mesajları eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirebilme ve süzöbilme yetisiyle, bilgisiy-le donanması anlamındaki medya okuryazarlığı; ikincisi ise, kendi mesajlarını oluşturacak biçimde medyayı, özellikle de yeni medyayı tanımak ve kullanmak yetisine ve bilgisine işaret eden medya okuryazarlığı<sup>57</sup>.

## 4.2. RTÜK ve Medya Okuryazarlığı

6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki

---

Feb99, Vol. 56 Issue 5, s. 50.

<sup>52</sup> Livingstone, S. (2004), s. 5.

<sup>53</sup> <http://stakeholders.ofcom.org.uk/market-data-research/other/media-literacy/>, erişim tarihi: 01/05/2016.

<sup>54</sup> Avşar, Z. (2014), “Medya Okuryazarlığı”, İletişim ve Diplomasi, Sayı 2, <http://www.iletisimvediplomasi.com>, erişim tarihi: 01/05/2016.

<sup>55</sup> RTÜK İLKÖĞRETİM MEDYA OKURYAZARLIĞI DERSİ ÖĞRETMEN EL KİTABI (2007), s.34.

<sup>56</sup> Kutoğlu, Ü. (2006). “Medya Okuryazarlığı ve Çocuk Eğitimi”, I. Uluslararası Medya Okuryazarlığı Konferansı, 23-25 Mayıs, İstanbul, s. 64.

<sup>57</sup> Pekman, C. (2006), s. 17.

Kanun’un 37’nci maddesinin (r) bendine göre, **“medya okuryazarlığının toplumun tüm kesimlerini içerecek şekilde yaygınlaştırılması amacıyla, başta Milli Eğitim Bakanlığı olmak üzere diğer kamu kurumları ile işbirliği yapma”** görev ve sorumluluğu RTÜK’e verilmiştir. Medya okuryazarlığının ne anlama geldiği Kanun’un tanımlar kenar başlıklı 3’üncü maddesinde belirtilmemiştir. Bu nedenle Kanunun uygulanmasında da, medya okuryazarlığının ne anlama geldiğini iletişim alanında yapılmış çalışmalardan tesbit etmek gerekmektedir.

Kanun’un ifade biçiminden de anlaşılacağı üzere, RTÜK’ün doğrudan doğruya ve tek başına medya okuryazarlığını yaygınlaştırma gibi bir görevi bulunmamaktadır. RTÜK medya okuryazarlığının yaygınlaştırılması için başta Milli Eğitim Bakanlığı olmak üzere kamu kurumları ile işbirliği yapmakla görevlendirilmiştir. RTÜK’ün medya okuryazarlığı alanındaki çalışmalarına bakıldığında büyük kısmını Milli Eğitim Bakanlığı ile yürüttüğü medya okuryazarlığı dersi oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra RTÜK’ün medya okuryazarlığı alanındaki faaliyetleri olarak akıllı işaretler adıyla koruyucu semboller sistemi ve medya okuryazarlığı alan adlı internet sayfası yer almaktadır.

#### **4.2.1. RTÜK ve Milli Eğitim Bakanlığı İşbirliği ile Yürütülen Medya Okuryazarlığı Dersi Projesi**

6112 sayılı Kanun’un 37’nci maddesinin (r) bendi uyarınca RTÜK, Milli Eğitim Bakanlığı ile işbirliğini temel olarak medya okuryazarlığı dersleri üzerinden yürütmeyi tercih etmiştir. Bunun temel nedenlerinden birisi, çocuklarda giderek artan şiddet eğilimli davranışların, televizyon yayınlarında ve internette yer alan şiddet içerikli unsurlardan kaynaklandığına dair görüşlerin ortaya konulmaya başlanmasıdır. 2004 yılında Devlet Bakanlığı bünyesinde kurulmuş olan ve Türkiye’nin önde gelen kamu kurumlarının, sivil toplum örgütlerinin ve üniversitelerinin temsil edildiği Şiddeti Önleme Platformu’nda, ilk kez ilköğretim okullarında medya okuryazarlığı derslerinin okutulmasına dair bir öneride bulunulmuştur<sup>58</sup>.

RTÜK gençlerin ve çocukların eğitilmesi amacıyla medya okuryazarlığı dersinin ders programlarına konulması yönünde karar almış (22 Eylül 2004 tarihli ve 70 No’lu toplantı ve 19 Sayılı Karar) ve bu kararı Milli Eğitim Bakanlığı ile resmi temaslara başlanması konusundaki kararı izlemiştir. Bu kararlar neticesinde 25 Ekim 2004 tarihinde de anılan Bakanlıkla RTÜK arasında bir protokol zaptı imzalanmıştır<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> www.rtuk.org.tr, erişim tarihi: 01/05/2016.

<sup>59</sup> Avşar, Z. (2014).

Medya okuryazarlığı konusundaki çalışmalarını yürütmek üzere; RTÜK Uzmanları ile Ankara Üniversitesi, Gazi Üniversitesi ve Selçuk Üniversitesinden akademisyenlerin katılımıyla bir komisyon oluşturulmuştur. Bu komisyon çalışmalarında, özellikle ABD ve Avrupa'daki örnekler incelenmiş, konuya ilişkin yurtiçi ve yurtdışı kaynaklı makaleler ve diğer çalışmalar detaylı bir biçimde değerlendirilmiştir<sup>60</sup>.

RTÜK ile Millî Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu arasında imzalanan "Medya Okuryazarlığı Eğitim Projesi" kapsamında Medya Okuryazarlığı Dersi Öğretim Programı ve Öğretmen Kılavuzu hazırlanmıştır<sup>61</sup>. Bu çalışmaların neticesinde, "İlköğretim Seçmeli Medya Okuryazarlığı Dersi Öğretim Programı" 2006 yılında MEB Talim ve Terbiye Kurulunda görüşülerek kabul edilmiştir.

RTÜK ve Milli Eğitim Bakanlığı arasında işbirliği protokolünün imzalanmasının ardından Bakanlık tarafından belirlenen beş okulda 2006-2007 Eğitim ve Öğretim yılında medya okuryazarlığı eğitimine başlanılmıştır. 2007-2008 Eğitim-Öğretim yılından itibaren ise yaygınlaştırılarak tüm ilköğretim kurumlarında 7'nci Sınıf seçmeli dersi olarak uygulanması planlanmıştır. Medya okuryazarlığı dersini yaygınlaştırmak için RTÜK;

1. Her eğitim ve öğretim yılına hazırlık sürecinde yapılan İl Millî Eğitim Müdürleri toplantısında, RTÜK Başkanı ve Milli Eğitim Bakanının medya okuryazarlığı dersi konusundaki görüş ve düşüncelerini Milli Eğitim Müdürleri ile paylaşmaları,

2. Eğitim ve öğretim yılı başında ve dönemlerinde yapılacak olan zümre ve oryantasyon çalışmalarında öğrencilerin, öğretmen ve velilerin konuya ilişkin bilgilendirilmeleri,

3. Medya okuryazarlığı dersinin ilköğretim okullarında olduğu gibi okul öncesi, ortaöğretim, açık ilköğretim ve yaygın eğitim kurumlarında da okutulması hususunun değerlendirilmesi,

4. Özel okullarda medya okuryazarlığı dersine gerekli ilginin gösterilmesi,

5. Radyo ve televizyonlarda yayınlanan medya okuryazarlığı dersi tanıtım filmlerinin okul ortamlarında öğretmen, öğrenci ve velilerin bilgilendirilmesi amaçlı kullanılması,

6. RTÜK, Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı ve İlköğretim Genel Müdürlü-

---

<sup>60</sup> www.rtuk.org.tr, erişim tarihi: 01/05/2016.

<sup>61</sup> www.rtuk.org.tr, erişim tarihi: 01/05/2016.

ğü’nün ortaklaşa düzenleyeceği, öğretmenler için “Medya Okuryazarlığı Dersi Hizmet İçi Eğitim Seminerleri” yapılması,

7. Medya Okuryazarlığı Dersi Öğretmen Kılavuzu Kitabının zamanında okullara ulaştırılması,

8. Medya Okuryazarlığı Dersi Öğrenci Kitabının hazırlanması,

9. Hazırlanacak medya okuryazarlığı dersini tanıtıcı broşürlerin ders kitapları ile birlikte öğrenci, öğretmen ve ailelere ulaştırılması gibi hususlara önem verilmesi istenmiştir<sup>62</sup>.

#### 4.2.2. RTÜK’ün Medya Okuryazarlığı ile İlgili Diğer Çalışmaları

RTÜK’ün Milli Eğitim Bakanlığı ile işbirliği dışında medya okuryazarlığı ile ilgili iki temel faaliyeti bulunmaktadır. Bu faaliyetlerden birisi akıllı işaretler sistemidir. Diğer faaliyet ise medya okuryazarlığı resmi adı ile sahip olduğu internet sayfasıdır.

6112 Sayılı Kanun’un Özel Medya Hizmet Sağlayıcı Kuruluşlar başlığı adı altında bulunan 24’üncü maddesine göre “**medya hizmet sağlayıcılar, koruyucu sembol sistemi kullanarak, izleyicileri program hizmetlerinin içeriği hakkında sesli veya yazılı olarak bilgilendirir**”. Bu düzenlemenin bir gereği olarak RTÜK, 2006 yılında 17 Nisan 2003 tarihli Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik’te öngörülen (m.41) “Akıllı İşaretler” adıyla “Koruyucu Sembol Sistemi”ni getirmiştir.

Çocukların ve gençlerin televizyon yayınlarının zararlı etkilerinden korunmaları amacıyla RTÜK tarafından geliştirilen ve televizyon kuruluşları tarafından desteklenen Akıllı İşaretler Sembol Sistemi, 23 Nisan 2006 tarihinde uygulanmaya başlanmıştır<sup>63</sup>.

Akıllı işaretler, televizyon yayınlarının içeriğiyle ilgili bilgilendirici bir sınıflandırma sistemidir. Bu sistem, televizyon yayıncılarının, anne babaların ve genelde toplumun, çocukları ve gençleri televizyon yayınlarının olası zararlı etkilerinden koruma sorumluluğunu yerine getirmelerinde onlara yardımcı olmak üzere tasarlanmış ve geliştirilmiş olan görsel-ışitsel uyarı sistemidir<sup>64</sup>.

Bağımsız uzmanlar tarafından geliştirilen karma bir sistem olan akıllı işaret-

---

<sup>62</sup> RADYO VE TELEVİZYON YAYINCILIĞI SEKTÖR RAPORU (2014). Ankara, Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı, s. 68.

<sup>63</sup> RADYO VE TELEVİZYON YAYINCILIĞI SEKTÖR RAPORU, s. 43.

<sup>64</sup> RADYO VE TELEVİZYON YAYINCILIĞI SEKTÖR RAPORU, s. 43.

ler sistemi, iki konuda bilgi vermek üzere geliştirilmiştir. Bunlardan ilki programın içeriği, ikincisi ise programın hangi yaş grubuna uygun olduğunun bilgisidir. Zararlı içerik kategorisi üç kısımdan oluşmaktadır. Bunlar; fiziksel ve sözel şiddet, cinsellik ve örnek alınabilecek olumsuz davranışlar (kötü dil kullanımı, ırk-din ve cinsiyet ayrımı, kumar, alkol ve madde bağımlılığına özendirme, in-tihar vb.) olarak belirlenmiştir<sup>65</sup>.

Akıllı işaretler, yasaklayıcı ya da denetleyici değil; esas olarak yayıncı kuruluşların çocukları ve gençleri televizyonun olası zararlı etkilerinden koruma sorumluluğuna işlerlik kazandıran bir özenetim mekanizmasıdır<sup>66</sup>. RTÜK Akıllı İşaretler Kodlayıcı Uygulama Rehberinde bu sistemin uygulanması açısından medya hizmet sağlayıcılarının, sembol sisteminin uygulanmasından sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda, medya hizmet sağlayıcıları, tercihen bünyesindeki denetim birimlerinden, lise ve üzeri eğitime sahip, bilgisayar işletmenliği bilgisini haiz en az iki kodlayıcının kimlik bilgilerini RTÜK'e iletmekle ve RTÜK'ün eğitim programına katılmalarını sağlamakla yükümlüdürler. Bu programa katılanlara, RTÜK tarafından Kodlayıcı Sertifikası verilmektedir. RTÜK tarafından gerekli görüldüğünde, Kodlayıcı Uygulama Rehberinde ve Koruyucu Sembol Sisteminde güncellemeler yapılmaktadır ve bu güncellemeler RTÜK web sayfasında ([www.rtuk.org.tr](http://www.rtuk.org.tr)) yer alan "Kodlayıcı Uygulama Rehberi" bölümünde medya hizmet sağlayıcılarına duyurulmaktadır. Medya hizmet sağlayıcıları, Kodlayıcı Uygulama Rehberi'nde yer alan "Uygulama Esas ve İlkelerini" bilmek ve sınıflandırma işlemini buna uygun olarak yapmakla sorumludurlar.

Medya okuryazarlığına ilişkin ülkemizde faaliyet gösteren en önemli internet siteleri RTÜK tarafından hazırlanmıştır. Medya okuryazarlığı dersine yönelik yükselen toplumsal beklentiyi karşılamak amacı ile medya kültürü edinmede öğrenciler, öğretmenler, medya çalışanları ve diğer yetişkinleri surece katmak için [www.medyaokuryazarligi.org.tr](http://www.medyaokuryazarligi.org.tr) adresinden ulaşılabilen bir internet sitesini hizmete sunmuştur. Bu sayfada daha çok medya okuryazarlığı dersine ait materyallere yer verilmektedir. Bu web sayfasında "Medya Okuryazarlığı" başlığı altında medya okuryazarlığı tarihçesi hakkında; "Araştırmalar" başlığı altında RTÜK tarafından gerçekleştirilen çeşitli kamuoyu araştırmaları hakkında ve "Yayınlar" isimli başlığın altında medya okuryazarlığı ve medya hakkında düzenlenmiş olan yayınlar hakkında bilgi yer almaktadır.

---

<sup>65</sup> Öktem, F., Sayıl, M. ve Özen, S.Ç. (2006). "Çocukların ve Gençlerin Televizyon Programlarındaki Zararlı İçerikten Korunması: "Akıllı İşaretler Sınıflandırma Sistemi" Akademik Çalışma Altyapısı", Ankara, s. 10.

<sup>66</sup> RADYO VE TELEVİZYON YAYINCILIĞI SEKTÖR RAPORU, s. 43.

### 4.3. OFCOM ve Medya Okuryazarlığı

OFCOM, 2003 tarihli İletişim Kanunu’nun 11’inci bölümüne göre medya okuryazarlığının geliştirilmesi görevi açıkça düzenlenmiştir. Bu görevin yerine getirilmesi için yapılması gerekenler ana hatları ile Kanun’da şu şekilde belirlenmiştir:

1) Elektronik medya vasıtalarıyla yayınlanan materyallerin özelliklerinin ve niteliklerinin kamuoyu tarafından daha iyi anlaşılmasını sağlamak;

2) Bu tür materyallerin yayınlanmak üzere seçimi ya da erişilebilirliği sürecinin kamuoyu tarafından daha iyi anlaşılmasını veya bu konudaki farkındalığın artırılmasını sağlamak;

3) Erişilebilir sistemlerde erişimin nasıl yayınlandığına ilişkin ve elektronik medyanın düzenlenmesine ilişkin kamuoyu tarafından farkındalığının geliştirilmesini sağlamak

4) Erişilebilir sistemlerde bu materyallere erişen kimseler için materyallerin kontrolünün nasıl sağlandığına ilişkin kamuoyu tarafından farkındalığının geliştirilmesini sağlamak ve

5) Bu materyallere erişimin düzenlendiği teknoloji ve sistemlerin gelişimini ve kullanımını desteklemek.

OFCOM’un Kanunun kendisine verdiği medya okuryazarlığını geliştirmekle ilgili görevine dair üç temel stratejisinin olduğu görülmektedir:

a) Katılım olanaklarının (paydaşlarla birlikte) artırılması,

b) Müşterilerin zararlı etkilerden korunması ve

c) Parlamento tarafından tanımlanan kamu politikalarının uygulanmasıdır.

OFCOM, medya okuryazarlığının geliştirilmesi amacıyla üç farklı başlık altında faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetlerden ilki, paydaşlar (stakeholders) başlığı altında hükümet, akademisyenler, öğretmenler, kamu ve özel sektör paydaşları ile medya okuryazarlığı ile ilgili olarak farkındalığın artırılması faaliyetleridir. Bu amaçla OFCOM, BBC, Eğitim Bakanlığı gibi paydaş kuruluşlarla birlikte medya okuryazarlığı ile ilgili vatandaş/müşteri rehberinin geliştirilmesi ve yayınlanması, toplantılar, konferanslar ve çok geniş tabanlı araştırmalar düzenlemekte veya düzenlenmiş toplantılara katılmak-

tadır<sup>67</sup>. Bu kapsamda en son Mayıs 2015 tarihinde Yetişkinlerin Medya Kullanımı ve Davranışı başlıklı bir rapor yayınlamıştır<sup>68</sup>.

OFCOM, medya okuryazarlığı alanında gerek kendisi gerekse diğer kurum ve kuruluşlar tarafından yapılan faaliyetler ve çalışmalar hakkında bilgiler veren bültenler yayınlamaktadır<sup>69</sup>.

İngiltere’de kamu yayıncılığı yapan BBC de medya okuryazarlığına ilişkin çalışmalarda bulunmaktadır<sup>70</sup>.

## SONUÇ

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, kamusal hayatın hassas alanları denilen sermaye piyasası, rekabet, bankacılık ile radyo ve televizyon yayıncılığı alanında faaliyette bulunan aktörlerin uyacakları kuralları belirlemekte ve bu kurallara uymayanlara yaptırım uygulamaktadırlar. Bu alanlar arasında radyo ve televizyon yayıncılığı, doğrudan piyasa ekonomisinin düzenlenmesi ile ilgili olmayıp, radyo ve televizyon yayınlarının bir kamu hizmeti olması noktasında ayrıksı bir yere ve öneme sahiptir.

Hem ülkemizde hem de İngiltere’de başlangıçta radyo ve televizyon yayıncılığı devlet tekelinde kalmış bir alan idi. Ancak daha sonra yayın teknolojisindeki hızlı değişim neticesinde bu alanda faaliyette bulunan özel hukuk kişilerinin sayısının hızla artması sonucunda bu alanın düzenlenmesi ihtiyacı doğmuştur. Ülkemizde kitle iletişim alanındaki düzenleyici ve denetleyici kurum olan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu 1994 tarihli 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ile kurulmuştur. Ancak Kanun’un günün koşullarına cevap verememesi ve Anayasa Mahkemesi’nin Kanun’un çeşitli maddelerini anayasaya aykırı bularak iptal etmesi gibi nedenlerle 15/02/2011 tarihinde TBMM’de kabul edilen 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluşu ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun 03/03/2011 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylece ülkemizde radyo ve televizyon yayınlarının hukuki rejimi 2011 yılında çıkarılan 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun çerçevesinde şekillenmiştir.

---

<sup>67</sup> <http://stakeholders.ofcom.org.uk/market-data-research/latest/>, erişim tarihi: 01/05/2016.

<sup>68</sup> [http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/research/media-literacy/media-lit-10years/2015\\_Adults\\_media\\_use\\_and\\_attitudes\\_report.pdf](http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/research/media-literacy/media-lit-10years/2015_Adults_media_use_and_attitudes_report.pdf), erişim tarihi: 01/05/2016.

<sup>69</sup> <http://stakeholders.ofcom.org.uk/market-data-research/other/media-literacy/bulletins/>, erişim tarihi: 01/05/2016.

<sup>70</sup> [www.bbc.co.uk/learning/overview/about/assets/bbc\\_media\\_literacy\\_strategy\\_may2013.pdf](http://www.bbc.co.uk/learning/overview/about/assets/bbc_media_literacy_strategy_may2013.pdf), erişim tarihi: 01/05/2016.



İngiltere’de de 1930’larda başlayan televizyon yayıncılığı başlangıçta devlet tekelinde iken, zamanla bu alanda faaliyette bulunan özel sektör kuruluşlarının artması neticesinde Hükümet, bu alanda kamu hizmetini kendisinin vermesinden ziyade bu alanın düzenlenmesini tercih etmiştir. Bu amaçla 1984 tarihinde Telekomünikasyon Ofisini (*Office of Telecommunication*) kurmak suretiyle telekomünikasyon alanını düzenlemeye başlamıştır. Daha sonra Yayın İlkeleri Komisyonu (*The Broadcasting Standards Commission*), Bağımsız Televizyon Komisyonu (*The Independent Television Commission*), Radyo Otoritesi (*The Radio Authority*) ve Telsiz Bürosu (*The Radiocommunications Agency*) gibi isimlerle kurulan kurumlar eliyle radyo ve televizyon yayıncılığı denetlenmekte idi. Ancak bu çeşitlilik 2003 yılında İletişim Ofisinin (*Office of Communication*) kurulup, bu beş kurumun görevlerini devralmasıyla ortadan kalmıştır.

Hem RTÜK’ün hem de OFCOM’un birer düzenleyici ve denetleyici kurum olarak bağımsızlığı ilgili kanunlarında açıkça ifade edilmiştir. Her iki kurum için de bağımsızlığı sağlamak üzere kurum üyeleri Parlamento tarafından atanmaktadır. Atanan üyeler görev süresi boyunca güvenceye sahip kılınmıştır ve kurumun mali özerkliği de sağlanmak istenmiştir.

RTÜK ve OFCOM radyo ve televizyon alanında faaliyette bulunmak isteyenlere lisans vermek ve faaliyette bulunanların ise uymak zorunda oldukları kuralları belirlemek görev ve yetkisini haizdir. Bu kurallara uymayanlara ise para cezası, lisansın askıya alınması, lisansın iptali gibi yaptırımlar uygulanmaktadır.

RTÜK ve OFCOM’u kuran kanunlar, bu görevlerin yanı sıra bu kurumlara medya okuryazarlığının geliştirilmesi görevi de vermiştir. “*Yazılı ve yazılı olmayan, büyük çeşitlilik gösteren formatlardaki mesajlara ulaşma, bunları çözme, değerlendirme ve iletme yeteneği olarak*” tanımlanan medya okuryazarlığını RTÜK ve OFCOM farklı stratejik yaklaşımlarla geliştirmeye çalışmaktadır.

RTÜK’ün medya okuryazarlığını geliştirme görevinin temelini, Kanun’un açık ifadesine uygun olarak Milli Eğitim Bakanlığı ile yürüttüğü medya okuryazarlığı dersi oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra RTÜK’ün medya okuryazarlığı alanındaki faaliyetleri olarak akıllı işaretler adıyla koruyucu semboller sistemi ve medya okuryazarlığı alan adlı internet sayfası yer almaktadır.

OFCOM ise BBC ve Eğitim Bakanlığı gibi paydaş kuruluşlarla birlikte medya okuryazarlığı ile ilgili vatandaş/müşteri rehberinin geliştirilmesi ve yayınlanması, toplantılar, konferanslar ve çok geniş tabanlı araştırmalar düzenlemekte veya düzenlenmiş toplantılara katılmakla medya okuryazarlığının geliştirilmesine çalışmaktadır.



## KAYNAKÇA

- Akıncı, M. (1999). *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, İstanbul, Beta.
- Atay, E. (2000). “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO’LAR): Rekabet Konseyi”, Perşembe Konferansları, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını.
- Atay, E. (2006). “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi c. X, s.1,2.
- Avşar, Z. (2014), “Medya Okuryazarlığı”, İletişim ve Diplomasi, Sayı 2.
- Azrak, Ü. (2001). “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını.
- Darendere, A. V. (2013). *İdari Ceza Hukuku Açısından Görsel-İşitsel Medya Alanındaki İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Ankara, Yetkin.
- Geradin D., Kerf M. (2003). *Controlling Market Power in Telecommunications: Anti-trust vs. Sector-specific Regulation*, Oxford, Oxford University Press.
- Günday, M. (2013). *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj.
- Gözler, K. (2009). *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin.
- Gözübüyük, T., Tan, T. (2010). *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan.
- Kutoğlu, Ü. (2006). “Medya Okuryazarlığı ve Çocuk Eğitimi”, I. Uluslararası Medya Okuryazarlığı Konferansı, 23-25 Mayıs, İstanbul.
- Livingstone, S. (2004). “Media Literacy and the Challenge of New Information and Communication Technologies”, *Communication Review*, 1 (7), sayfa 3-145, s. 5.
- OFCOM: THE EFFECTIVENESS OF CONVERGED REGULATION, REPORT BY THE COMPTROLLER AND AUDITOR GENERAL HC 490 SESSION 2010–2011, NOVEMBER 2010.
- OFCOM RESPONSE TO EUROPEAN COMMISSION CONSULTATION ON THE INDEPENDENCE OF AUDIOVISUAL REGULATORY BODIES
- Öktem, F., Sayıl, M. ve Özen, S.Ç. (2006). “Çocukların ve Gençlerin Televizyon Programlarındaki Zararlı İçerikten Korunması: “Akıllı İşaretler Sınıflandırma Sistemi” Akademik Çalışma Altyapısı”.
- Pekman, C. (2006). “Avrupa Birliği’nde Medya Okuryazarlığı”, *Medya*

*Okuryazarlığı*, Editör: Nurçay Türkoğlu, İstanbul: Marmara Üniversitesi İletişim Fakültesi Yayınları, S. 2.

PROCEDURES FOR THE CONSIDERATION OF STATUTORY SANCTIONS IN BREACHES OF BROADCAST LICENCES.

RADYO VE TELEVİZYON YAYINCILIĞI SEKTÖR RAPORU (2014). Ankara, Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı.

RTÜK İLKÖĞRETİM MEDYA OKURYAZARLIĞI DERSİ ÖĞRETMEN EL KİTABI, 2007.

Salomon, E. (2008). Guidelines for Broadcasting Regulation, Commonwealth Broadcasting Association, London.

SUBMISSION TO THE LEVESON INQUIRY ON THE FUTURE OF PRESS REGULATION: A RESPONSE TO LORD JUSTICE LEVESON’S REQUEST

Tan, T. (2002). “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 35 Sayı 2.

Thoman, E. (1999). “Skills and Strategies for Media Education”; *Educational Leadership*, Feb99, Vol. 56 Issue 5.

TÜSİAD (2002). Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, İstanbul, TÜSİAD Yayınları, s. 165.

Ulusoy, A. (2003). Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara, Turhan.

### **Mevzuat ve İnternet**

1982 Anayasası

2003 tarihli İletişim Ofisi Kanunu (Office of Communication Act 2003)

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluşu ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun

2003 tarihli İletişim Ofisi Kanunu

Avrupa Birliği <http://ec.europa.eu>

Office of Communications <http://www.ofcom.org.uk>

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu [www.rtuk.org.tr](http://www.rtuk.org.tr)

# VERİMLİLİK AÇISINDAN ZAMAN YÖNETİMİ VE ERZURUM ADLİYESİ UYGULAMASI

*Time Management With Regard to Productivity  
and Erzurum Courthouse Application*

**Kadir DELİGÖZ<sup>1</sup> – Yrd. Doç. Dr. Dilşad GÜZEL<sup>2</sup>**

## ÖZET

Toplumların amaçlarına ulaşabilmeleri için ilk olarak yapmaları gereken zaman kavramını etkin ve verimli kullanmaktır. Günümüzde çoğu kaynak yenilenebilir veya satın alınabilir. Fakat zaman diğer kavramlardan farklı olarak satın alınamaz ya da yenilemezdir. En önemlisi geri döndürülemezdir. Bu nedenle yaşamın en kıymetli kaynağı olan zaman dikkatli yönetilmelidir. Zaman yönetimi, zaman faktörünün göz önünde bulundurularak kaynağın etkin ve verimli kullanılmasıdır. Başarıyı hedefleyen toplumların yapması gereken en önemli şey zamanı etkili kullanmaktır. Toplumlar etkili zaman yönetimi sayesinde başarıya ulaşırlar. Günümüzde özel sektörün yanı sıra kamu kurum ve kuruluşlarında da zaman yönetiminin önemi büyüktür. Bu nedenle özellikle adaletin tecil etmesinde önemli yer tutan zaman kavramının yargı camiası içerisinde de etkin kullanılmalıdır. Etkili bir zaman yönetimi uygulaması ile verimlilikte sağlanabilir. Bu nedenle zaman yönetimi ile verimlilik kavramları karşılıklı etkileşim içerisinde olan iki önemli kavramdır. Çalışmada, yargılamada zaman yönetimi kullanılmasının önemi belirtilmiş ve pilot adliye olan Erzurum adliyesinde uygulaması araştırılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Zaman Yönetimi, Erzurum Adliyesi, Yargı.

## ABSTRACT

The first thing to be done that communities have to do to reach their goals is to use time notion in effective ve efficient way. Today, many resources are renewable or can be bought but time can not be bought or renewed as being different from other notions . Most important thing is that it can not be taken back. Thus time which is most valuable sources in life should be managed carefully. Time management is that source is used efficiently and effectively when time factor is considered. The most important thing to aim for success in society is to use time effectively. Thanks to effective time management, communities reach to success. Today, the importance of time management is great also on public institutions and organisations besides

---

<sup>1</sup> Erzurum Cumhuriyet Başsavcılığında Zabıt Katibi olarak görev yapar. Erzurum Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Üretim Yönetimi ve Pazarlama Bilim Dalı doktora öğrencisi. kadir.deligoz@adalet.gov.tr

<sup>2</sup> Erzurum Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Üretim Yönetimi ve Pazarlama Bilim Dalı Öğretim Üyesi. dguzel@atauni.edu.tr

private sector. Thus , time notion which has got important place especially in reprieve of justice should be used efficiently in judgement community. The efficiency can be achieved with an effective time management application. Therefore, the concept of efficiency and time management are two important concepts that are in interaction. In the study, the importance of using time management and Erzurum Courthouse stated that the court pilot application were investigated.

**Keywords:** Time Management, Erzurum Courthouse, Judgement.



## A. Zaman Yönetimi

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğüne göre zaman, bir işin, bir oluşun içinde geçtiği, geçeceği veya geçmekte olduğu süre, vakit olarak tanımlanmıştır.<sup>3</sup>Zaman matematiksel olarak tüm insanlar için eşit süre kavramıdır. Bu nedenle zamanı bireyler için belli bir süreçte ya da sürecin tamamında gerçekleşen eylemin toplam süresidir diye tanımlanabilir.<sup>4</sup> Zaman kaynağı diğer kaynaklardan farklı bazı özellikler taşımaktadır. Zaman, tasarruf edilemeyen, ödünç alınamayan, kiralanamayan, satın alınamayan, çoğaltılamayan, sadece kullanılan ve kaybedilen aktifimiz veya varlığımızdır.<sup>5</sup> Zaman, dinamik bir süreci ifade eder. Bir başka deyişle eylem yoksa zaman da yoktur. Bir an için yeryüzünde ve evrende hareket halinde olan her şeyin durduğu düşünülürse, böyle statik ortamda zaman olgusundan söz edilemez.<sup>6</sup> Sahip olduğumuz kaynaklar arasında zaman en az anlaşılan ve en kötü kullanılan kaynaktır. Herkes için eşit bir zaman dilimi olmasına rağmen kime sorulursa sorulsun zaman konusunda herkes şikayet etmektedir.<sup>7</sup>

Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere zaman depolanamayan ve geri döndürülemeyen bir kavramdır ve bu nedenle bu kavramın etkin ve verimli yönetilmesi gerekmektedir. Zaman kavramının etkin ve verimli yönetilmesi ile toplumlar ya da kurumlar istenilen başarıya ulaşabilmektedir. Zaman yönetimi, herkes için aynı olan belli zaman dilimlerinde kişinin veya kurumun kendini zaman içerisinde yönetmesidir.<sup>8</sup> Bu tanımdan yola çıkarak zaman yönetiminin sadece kişileri değil kurumları da ilgilendiren bir yönetim konusu olduğu ortaya çıkmaktadır. Zaman yönetiminin ana faaliyet alanı bireylerin özel ha-

---

<sup>3</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük: <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 20.03.2016)

<sup>4</sup> Ünker, Ümit, "Etkili Zaman Yönetimi", [umitunker.com](http://umitunker.com), 2013 (Erişim Tarihi: 17.03.2016)

<sup>5</sup> Eren Erol, *Yönetim ve Organizasyon*, İstanbul, 2003, s.147

<sup>6</sup> Sabuncuoğlu, Zeyyat, Vergiliel Tüz Melek, *Örgütsel Psikoloji*, Bursa, 2005, s.270

<sup>7</sup> Scott, Martin, *Zaman Yönetimi*. (Çev. Çelik, Cingil Aslı), İstanbul: Rota Yayınları, 2001

<sup>8</sup> Yaman, Ertuğrul, "Kamu Yönetiminde İletişim ve Yönetişim", İzmir, 2012, s.517

yatı ve üst düzey yöneticilerden alt düzey çalışanlara kadar tüm yöneticilerle ilişkilidir. Zaman yönetiminin bu kapsamda amacı, bireylerin ve özellikle de yöneticilerin zamanlarını verimli ve etkin bir şekilde kullanmalarını sağlayabilmektir.<sup>9</sup> Şimşek, zaman yönetimini başta insan unsuru olmak üzere tüm üretim faktörlerinin planlama aşamasında belirlenen hedefler doğrultusunda etkin ve verimli şekilde kullanılması olarak açıklamıştır.<sup>10</sup> Zaman yönetimi esaslarının kişilerce anlaşılması ve uygulanması bireylerin problemlerini çözmektedir; fakat bireylerin etkili çözümlere ve sonuçlara ulaşmasına yardımcı olmaktadır.<sup>11</sup>

Zaman ve zaman yönetimi konularının bu doğrultuda sadece bireyler için değil kurum veya kuruluşlar için de önem arz etmektedir. Özellikle yargılama aşamasında vatandaşların uzun yargılama süreleri ile ilgili söylemleri hem Avrupa ülkelerinde ve hem de ülkemizde karşı karşıya kalınan önemli bir sorundur.

## B. Adil Yargılanma Hakkı

Yargılamanın uzun sürmesi ile ilgili yapılan söylemler karşısında adil yargılanma hakkı hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve hem de Anayasamız tarafından güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde bu konu “*adil yargılanma hakkı*” başlığı altında şu şekilde ele alınmıştır.

### “Adil Yargılanma Hakkı (Madde 6)

“Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının *makul bir süre içinde*, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. ...”

Mahkeme açısından önemli olan adil yargılanma koşullarının yerine getirilmesidir. Bu kural hem hukuk davalarında ve hem de ceza davalarında tüm taraflar açısından ele alınmıştır. Bu madde ile hedeflenen amaç, davaların mümkün olduğunca erken karara bağlanmasıdır. Ancak bu konuda Cumhuriyet Başsavcılığının veya mahkemelerinin şu anda kesin bir ölçütleri bulunmamaktadır.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Akatay Ayten, Çelik Adnan, “Örgütlerde Zaman Yönetimi” *Zaman Yönetimi ve Yönetmelik Zamanında Etkinlik*, Ankara, 2009, s. 30

<sup>10</sup> Şimşek, M, *Yönetim ve Organizasyon*, Konya, 1997, s.8

<sup>11</sup> Alay, Sema, Koçak Settar, “Validity and Reliability Of Time Management Questionnaire”, *Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, 2002, 22, s.9-13

<sup>12</sup> AİHM, <http://www.aihmbasvuru.com/78-basliklar/89-avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-al>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yanı sıra adil ve makul sürede yargılama faaliyetleri Anayasa’da da güvence altına alınmıştır. Anayasa’nın 141/son maddesinde, “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir*” fırcasına karşın, adalete başvuru açısından önemli bir farkın belirmesi için yargılama giderleri ile gecikmenin ne kadar indirilmesi gerektiği de sorunsallığını korumaktadır.<sup>13</sup>

1970’li yıllara kadar yargıdaki gecikmeler genelde iş yükü fazlalığı ile personel azlığı olan zayıf mahkeme yönetimine bağlanırken şimdilerde uzun bekle-yişlerin sistemdeki avukatlar gibi asli aktörlerin iradi eylemlerine indirildiği görülmektedir. Evrensel nitelikteki bu olgu nedeniyle bazı sanıklar mahkûmiyet süresinden fazla cezaevinde tutuklu kalmaktadırlar. Bu durum yargılama hızını daha da artırmak üzere harcama olanağı olan zengin ülkeler için de geçerliliğini korumaktadır.<sup>14</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa’da yer aldığı üzere makul süreye yargılama yapmak olağanlaşmış ise de bu standart (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne uyum ve ihlali arasındaki sınır çizgisini belirleyen) aşağı bir sınırdır ve sağlandığında da her zaman için yeterli bir sonuç olarak düşünülmemelidir. Adil ve makul sürede yargılama hedefindeki amaç yargılama sürecinin, gereksiz gecikmeler olmaksızın, zamanlıca gerçekleşmesi olmalıdır. Bu doğrultuda makul süre kavramı yerine optimum ve ön görülebilir zamanlar kavramı ikame edilmiştir.<sup>15</sup>

Şu an için yargılama süresinin aşırı uzun olması yüzünden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesinin ihlali halen Avrupa ülkelerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nce mahkûm edilmesinin birinci nedenidir. Üye devletler, sözleşmede yer alan temel ilkelere uymaları ve iş akışı ve duruşma sürelerini yönetmelerini izleme doğrultusunda, mahkemelerinin faaliyetlerine ilişkin daha ayrıntılı bilgi sağlama konusundaki gayretlerini sürdürmektedir. Artık daha fazla sayıda üye ülke, yargı prosedürlerinin sürelerinin analiz edilmesi konusundaki gerekli bilgileri toplayabilmektedir. CEPEJ, üye ülkeleri, bu yönde çalışmalarına devam etmek ve özellikle de CEPEJ’in “Gojust Rehberi”nde ifade edilen tavsiyelerini uygulamak konusunda teşvik etmektedir. Doğrusu mahkemelerin performansının iyileştirilmesi için öncelikle mahkemelerin faaliyetlerinin daha iyi anlaşılması gereklidir. Avrupa gözlemevini ku-

---

tinci-madde.html (Erişim Tarihi: 15.03.2016)

<sup>13</sup> TBMM Resmi Ağı [https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa\\_2011.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf), (Erişim Tarihi: 15.03.2016)

<sup>14</sup> Yücel, T, Mustafa., “Adli Yargıda Makul Süre Felsefesi ve Matematiği”, 2015, s. 38.

<sup>15</sup> Yücel, 2015, s. 40.

ran CEPEJ'in SATURN Merkezi davaların uzunluğuna ilişkin sorunların daha iyi anlaşılması için çalışmaktadır.<sup>16</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin ihlalini önlemek amacıyla, yargılama sürelerini kısaltmaya yönelik ilkelerdir. Saturn merkezinin belirlemiş olduğu 63 ilke arasından ülkemiz için başlangıç olarak 15 ilke seçilmiştir. Bu rehber ilkeler öncelikle dört aşamaya ayrılmıştır. Bu aşamalar şunlardır;

- Birinci aşama; Zaman planlaması yapılması
- İkinci aşama: Takip ve tespit
- Üçüncü aşama: Destek
- Dördüncü aşama: Denetimdir. Bu dört aşama doğrultusunda belirlenen rehber ilkeler şu şekildedir;

### **Planlama ve Bilgi Toplama**

#### **Rehber İlke 1**

Yargılamada (soruşturmada) işlemlerinin ne kadar zaman alacağı hem genel düzeyde (belirli dava türlerinin standart/ortalama süresinin veya belirli mahkeme türlerinin yürüttüğü işlemlerin standart/ortalama süresinin planlanması) hem de somut işlemler düzeyinde planlanmalıdır.

#### **Rehber İlke 2**

Yargılama (soruşturma) sürecinin zaman yönetimi ile tarihlerin belirlenmesi veya usule ilişkin olarak atılması planlanan tüm adımların zamanlamasının hesaplanması konusunda adliye kullanıcıları ile irtibat kurulmalıdır.

### **Müdahale**

#### **Rehber İlke 3**

Adli zaman çizelgelerine ilişkin standartlar veya hedeflerden sapmalar olduğunun fark edilmesi veya sapmalar olacağına öngörülmesi halinde, bu sapmaların nedenlerini ortadan kaldırmak adına derhal harekete geçilmelidir.

#### **Rehber İlke 4**

Toplam yargılama (soruşturma) süresi nedeniyle kişilerin makul bir zaman zarfında yargılanma haklarının ihlal edilmesine yol açabilecek davalara özel ihtimam gösterilmelidir.

---

<sup>16</sup> Avrupa Yargı Sistemleri, Cepej Çalışmaları No:18, 2012, s. 420.



#### Rehber İlke 5

Yargılama (soruşturma) esnasında herhangi bir faaliyetin gerçekleştirilmediği sürelerin (bekleme zamanı) çok uzun olmasını önlemek adına izleme yapılmalı ve bu tür uzun sürelerin söz konusu olması halinde işlemlerin hızlandırılması ve gecikmenin telafi edilmesi için özel çaba gösterilmelidir.

#### **Bilgilerin Toplanması**

#### Rehber İlke 6

Mahkemeler, yargılamanın önemli basamaklarına ilişkin bilgileri toplamalı ve bu basamaklar arasında geçen süreyi kayıt altına almalıdır. İzlenen bu basamaklar çerçevesinde Zaman Yönetim Kontrol Listesinin Dördüncü Göstergesi işlenmelidir.

#### Rehber İlke 7

Toplanan bilgiler, çalışmalarında kullanmak üzere mahkemelere (Cumhuriyet Savcılıklarına), hâkimlere (Cumhuriyet Savcılarına) ve adaletin yönetiminden sorumlu olan merkezi makamlara temin edilmelidir. Bilgiler uygun formatta olmak kaydıyla taraflar ve kamuoyuyla da paylaşılmalıdır.

#### **Sürekli Analiz**

#### Rehber İlke 8

Toplanan tüm bilgiler sürekli olarak analiz edilmeli ve performansın izlenmesi ve geliştirilmesi alanında kullanılmalıdır.

#### Rehber İlke 9

Analizlerin sonuçlarına ilişkin en az yılda bir kez olmak kaydıyla periyodik raporlar hazırlanmalı ve bu raporlarda uygun tavsiyelere yer verilmelidir.

#### **Saptanan Hedefler**

#### Rehber İlke 10

Daha üst düzeyde (ulusal, bölgesel) belirlenen standart ve hedeflerin yanı sıra, bireysel olarak mahkemeler düzeyinde de özel hedefler belirlenmelidir. Bu hedeflerin belirlenmesi sürecine aktif şekilde önderlik etmeleri veya katılmaları adına, mahkemelere gereken yetki ve bağımsızlık tanınmalıdır.

#### Rehber İlke 11

Hedefler amaçların açık tanımını içermeli ve ulaşılabilir olmalıdır. Hedefler

yayımlanmalı ve periyodik olarak yeniden değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır.

#### **Rehber İlke 12**

Hedefler, mahkemenin (Cumhuriyet Savcılığının) performansının değerlendirilmesinde de kullanılabilir. Hedeflere ulaşılamaması halinde, durumun telafi edilmesi adına somut adımlar atılmalı ve eylemler gerçekleştirilmez.

#### **Kriz Yönetimi**

#### **Rehber İlke 13**

Mahkeme (Cumhuriyet Savcılığı) düzeyinde belirlenmiş olan hedeflerden önemli derecede sapma olması halinde, sorunun nedeninin hızlı ve yeterli şekilde ele alınmasına yönelik özel araçlar mevcut olmalıdır.

#### **Taraflar ve Avukatlarla Zamanlama Konusunda Anlaşılması**

#### **Rehber İlke 14**

Mümkünse hâkim (Cumhuriyet Savcısı) , usule ilişkin takvim konusunda tüm taraflarla anlaşmaya varmaya çalışmalıdır. Bu çerçevede, kendisine gereken nitelikteki adli personel (kâtip) ve bilgi teknolojileri temin edilmelidir.

#### **Rehber İlke 15**

Üzerinde anlaşmaya varılan takvime mümkün mertebe sadık kalınmalı ve sapmalar önemli gerekçesi olan nedenlerle sınırlı kalmalıdır. Esasen önceden belirlenmiş olan sürenin uzatılması yalnızca tüm tarafların kabul etmesi veya adaletin menfaatinin gerektirmesi halinde mümkün olmalıdır.<sup>17</sup>

#### **C. Yargılamada Gecikme Nedenleri**

Günümüzde yargılama faaliyetlerinin gecikmesi ile ilgili birçok neden sıralanabilir. Fakat bu nedenlerin belli faktörler altında toplanması ile gecikme sebebinin kaynağına ulaşmak daha kolay olabilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin unsurlarından olan makul sürede yargılanma hakkının soruşturma işlemlerine uyarlanması halinde;

A-Soruşturmanın Karmaşıklığı

B-Tarafların Tutum ve Davranışları

C-İdari Makamların Tutum ve Davranışları

---

<sup>17</sup> CEPEJ, Strasbourg, 2011, s. 4-5.

D-Adli Makamların Tutum ve Davranışları yapılan sınıflandırmada ana başlık olarak belirlenebilir.

Bu tespitler çerçevesinde:

*A-) Soruşturmanın Karmaşıklığından Kaynaklanan Gecikme Sebepleri*

1-Bazı basit suçlar ile bir kısım nitelikli suçlarda taraf sayısının ve suç sayısının fazlalığı,

2-Uzmanlık gerektiren karmaşık yapıları bazı suçlar için yeterli nitelik ve nicelikte Cumhuriyet savcısı ve adli kolluk görevlilerinin istihdam edilememesi (örneğin ekonomik suçlar, bilişim sistemlerinden kaynaklanan suçlar),

3-Tarafların tümünün aynı Cumhuriyet savcılığı yargı alanında bulunamamaları,

*B-)Tarafların Tutum ve Davranışlarından Kaynaklanan Gecikme Sebepleri*

1-Tarafların ikamet adreslerinin değişmesi ve yenisinin belirlenememesi karşısında kayıtsız kalmaları,

2-Şüphelilerin kaçması,

3-Yabancı uyruklu şüphelilerin adres ve kimlik bilgilerinin kimlik tespiti sırasında teyit edilememesi ve daha sonra bulunmalarının zorlaşması,

4-Şüpheli ve şikâyetçilerin soruşturma aşamasında ihtiyaç bulunması halinde bulunamamalarından dolayı bazı işlemlerin (örneğin imzalarının alınması, imza örneklerinin temini, ek bilgi alınması) sürüncemede kalması,

5-Yapılan şikâyetlere esas teşkil eden verilerin tümünün şikâyet ile birlikte soruşturma makamlarına ibraz edilmemesi ve daha sonra taraflara ulaşmada güçlük çekilmesi,

6-Tarafların araştırılmasını istedikleri bazı hususların ve dinlenilmeleri istedikleri bazı tanıkların soruşturmanın konusu ile ilgisiz olduğunun sonradan anlaşılması,

*C-)Yargı Dışı Kamu Otoritelerinin Tutum ve Davranışlarından Kaynaklanan Gecikme Sebepleri*

1-Kolluğa yazılan yazı cevaplarının gecikmesi,

2-Soruşturma evrakının kolluk mercilerinde bulunduğu aşamada gerekli olduğu halde bazı işlemlerin yapılmaması (örneğin tanık dinlenmemesi, soruşturmanın genişletilmesini gerektirecek hususlarda ayrıntıya girilmemesi),

3-Tarafların ikamet adreslerinin değişmesi ve yenisinin belirlenememesi karşısında idarenin çözüm üretmemesi,

4-4483 ve 2547 sayılı yasada olduğu gibi soruşturma iznine tabi birçok suç bulunması, bu suçların idari mercilerce soruşturulması için öngörülen süre- lere riayet edilememesi, bu suçları soruşturan karar verici ve incelemecilerin ceza hukuku kapsamında yeterli uzmanlığa sahip olmamaları nedeniyle ara- nan unsurları araştırmamaları,

5-Kolluk dışındaki birimlere yazılan yazılara süresinde ve istenilen şekilde cevap verilmemesi,

6-Resmi bilirkişilik yapan kurumlar (polis ve jandarma kriminal daireleri, TÜBİTAK, Adli tıp kurumunun) yaygın bir şekilde kurumsallaşmaması, birçok yerdeki şube ve grup başkanlıklarında yeterli personel, araç ve gerece sahip olmaması, sadece Ankara ve İstanbul ilinde bulunan bazı ihtisas kurullarının mütalaalarının çok uzun zamandan sonra verilmesi,

7-Bazı idari kurumların (Vergi Denetleme Kurulu, Çevre ve Şehircilik Mü- dürlükleri, Sosyal Sigortalar Kurumu, Bakanlıkların Teftiş Birimleri, Belediye Başkanlıkları ve elektrik işletme şirketleri gibi) iç denetimleri sonuçları yaptık- ları tespitlerin suç ihbarı olarak Cumhuriyet Başsavcılıklarına suç tarihlerinden çok sonra bildirilmesi,

8-Belli merkezler dışında gerçek kişilerden yetkin bilirkişi bulunamaması,

9-Faili belli olmayan olaylarda failin bulunmasına ilişkin kolluk ve diğer ida- ri birimlere yeterli olanak sağlanmaması,

*D-) Adli Makamların Tutum ve Davranışlarından Kaynaklanan Gecikme Se- bepleri*

1-Cumhuriyet Başsavcılığında evrakın işlemsiz kalması,

2-İstinabe evrakının yetkili Cumhuriyet Savcılarınca etkin bir şekilde takip edilmemesi ve süresinde cevaplandırılmaması,

3-Cumhuriyet savcılarının araştırma yaptıkları hususlarda sonuç alıcı yazı- lar yazamaması,

4-Cumhuriyet Savcılarının emsal ülkelere nazaran baktıkları iş sayısının faz- la olması,

5-Büyük yerleşim yerlerindeki adliyelerde Cumhuriyet Savcılarının belli alanlarda uzmanlaşmaları suretiyle işlere bakmalarının sağlanamaması, uz- manlığı olan Cumhuriyet Savcılarının da farklı alanlarda değerlendirilmeleri

noktasında her zaman hassasiyet gösterilmemesi şeklinde düzenlenebilir.<sup>18</sup>

#### **D. Verimlilik**

Genel bir tanımlama yapılırsa, verimlilik; bir üretim ya da hizmet sisteminin ürettiği çıktı ile, bu çıktıyı yaratmak için kullanılan girdi arasındaki ilişkidir. Bu nedenle verimlilik, çeşitli mal ve hizmetlerin üretimindeki kaynakların – emek, sermaye, arazi, malzeme, enerji, bilgi- etken kullanımını diye tanımlanır.<sup>19</sup> Genel olarak verimlilik, bir işletmenin ya da bir örgütün mal ya da hizmet üretirken kullandığı kaynaklarda ne kadar verim elde ettiğini göstermek için kullanılan bir kavramdır. Üretim için kullanılan kaynakların en verimli olanını bulmak için kullanılan kaynaklar ile sağlanan mamuller arasında oransal bir ilişkinin kurulması gerekir. Yani verimlilik, çıktıların ve üretiminde kullanılan girdiler arasındaki oransal ilişkidir. Bu oransal ilişki aşağıdaki formül gibidir.

#### **Verimlilik = Çıktı / Girdi**

Verimlilik esas olarak, yapılan faaliyetlerin girdi (iş gücü, sermaye, emek) ve çıktıların (üretilen mal ya da hizmetler) nicelik olarak ölçülmesidir. Bir faaliyetin verimli sayılabilmesi için:

- İşletmeye giren girdi miktarından, daha fazla çıktının elde edilmesi
- İşletmeye giren girdi miktarı azaltılırken çıktı miktarının artması
- İşletmeden çıkan çıktı miktarının girdi miktarından daha yüksek düzeyde olması gerekmektedir.<sup>20</sup>

#### **E. Zaman Yönetiminin Erzurum Adliyesinde Uygulanması**

Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) tarafından yargının etkinliğini ve verimliliğini artırmak amacıyla yürütülen SATURN (Study and Analysis of Judicial Time Use Research Network) adı verilen proje çalışmalarına ülkemizde yürütülen yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmasına olumlu katkısı olacağı değerlendirilerek katılımına karar verilmiş olup bu bağlamda Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından Erzurum Adliyesinde, Erzurum Cumhuriyet Başsavcılığı, Erzurum (1) Ağır Ceza Mahkemesi, (3) Asliye Ceza Mahkemesi, (2) Asliye Hukuk Mahkemesi, (3) Asliye Hukuk Mahkemesi, Erzurum İş

---

<sup>18</sup> Vitkauskas Dovydas, Dikov Grigoriy, (Çev. Cengiz, Serkan), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Adil Yargılama Hakkının Korunması, Strazburg 2012, s. 83-85.

<sup>19</sup> <http://enm.blogcu.com/verimlilik-nedir/9077537> (Erişim Tarihi: 25/04/2016)

<sup>20</sup> Yaşar, Mehmet Emin, Toplam Kalite Yönetimi Uygulamalarında Bilgi Teknolojilerinin Rolü ve Verimliliğe Etkisi, 2015, s. 40.

Mahkemesi pilot birim olarak seçilmişlerdir. Proje Erzurum Adliyesinde 1 Eylül 2013 yılında hayata geçirilmiştir. Projenin hayata geçirildiği tarihten sonra yapılan ilk inceleme sonrası şu veriler elde edilmiştir.

Erzurum Cumhuriyet Başsavcılığında 01 Eylül 2013 tarihi itibarıyla yılsonuna (31 Aralık 2013) kadar toplam 5334 adet yeni dosya tevzi olmuştur. Eylül-Aralık döneminde toplam 5.760 adet dosya karara bağlanmıştır. Eylül-Aralık ayında tevzi edilen dosyaların ise 3682 adeti karara bağlanmış olup 1652 adet dosya belirtilen dönem itibarıyla derdesttir. Bu da tevzi edilen dosyaların %70'inin karara bağlandığını göstermiştir. Yine Eylül-Aralık döneminde tevzi edilen dosyaların incelenmesinde Cumhuriyet Başsavcılığınca belirlenen malul sürelerin 272 adet dosyanın aştığı tespit edilmiştir.<sup>21</sup>

Tüm bu veriler dikkate alındığında, pilot olarak uygulamaya konulan “Yargıda Zaman Yönetimi” projesinin belirlenen yüzdeler dilim aralığında uygulanabilirliğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Pilot olarak faaliyete geçirilen zaman yönetimi projesi ile öncelikli hedef sürelerin kullanılabilirliğini ve bu süreçte meydana gelen gecikme sebeplerinin tespitine ilişkindir. Bunun yanı sıra unutulmamalıdır ki zaman yönetimi projesi sadece dosyaların erken bir şekilde karara bağlanması değil, dosyaların taraflar ile birlikte belirlenecek ortak bir zaman diliminde karara bağlanması ve bu aşamada zamanın etkin ve verimli kullanılmasıdır. Zaman yönetiminin, yargılama faaliyetlerine uygulanması neticesinde hem yargılama faaliyetlerini yürüten birim hem de yargılama faaliyetlerinin diğer tarafı gecikmeden kaynaklanan olumsuzluklardan arındırılmış olacaktır.

## SONUÇ

Zaman, herkesin eşit olarak sahip olduğu, satın alınamayan, geri döndürülemeyen, kiralanamayan, depolanıp istenildiği zaman kullanılmayan değerli bir kaynaktır. Bu kadar değerli bir kaynak olan zamanın etkili ve verimli kullanılması için iyi yönetilmesi gerekmektedir. Günümüzün satın alınamayan ve geri döndürülemeyen tek kaynağı olan zamanın etkin ve verimli kullanılması hem bireysel açıdan hem de kurumsal açıdan oldukça önemlidir. Bu nedenle zaman kavramının gelişi güzel kullanılmasının önüne geçilmelidir. Zaman kaynağının gelişi güzel kullanılmasının önüne geçmek için kullanılabilir ve uygun bir yönetim gerekmektedir. Zaman yönetimi bu nedenle günlük hayatımızda oldukça önemlidir.

---

<sup>21</sup> Veriler Erzurum Cumhuriyet Başsavcılığından izin alınarak kullanılmıştır.

Özel sektörün yanı sıra kamu kurum ve kuruluşlarında da zaman yönetimi üzerine oldukça titiz çalışmalar yapılmaktadır. Bu çalışmalardan birisi de yargılmalarda meydana gelen aksaklıkları ortadan kaldırarak adaletin zamanında tecelli etmesini sağlamak amacıyla yapılan “*yargıda zaman yönetimi*” uygulamalarıdır. Bu uygulama ile sadece davaların erken karara bağlanması değil, aynı zamanda karara bağlanma aşamasında yaşanan aksaklıklar ya da gecikme nedenlerinin tespiti de önemlidir. Bu aksaklıkların ve iş akışını engelleyen nedenlerin tespiti ve ortadan kaldırılması ile yargılama faaliyetleri makul sürede tamamlanabilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa’da belirtilen “*adil ve makul sürede yargılanma hakkı*”nın engellenmemesi için özellikle yargılama faaliyetlerinde zaman yönetimi hususu üzerinde durulmalıdır. Makul sürede yargılanma hakkı, hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ilgili maddesinde hem de Anayasa Mahkemesi’nin ilgili maddelerinde yer almıştır. Makul sürede yargılanma hakkının ihlâlüne neden olan yargının gecikme nedenlerini ortadan kaldırmak için adli zaman yönetimi konusunda birçok çalışma yapılmaktadır. Ülkemiz açısından yeni olan bu çalışmaların dikkatle takip edilmesi ve sistemimize uyarlanması gerekmektedir.

◆◆◆

#### KAYNAKÇA

- Akatay Ayten, Çelik Adnan, “Örgütlerde Zaman Yönetimi” Zaman Yönetimi ve Yönetimsel Zamanda Etkinlik, Ankara, 2009, s. 30.
- Alay, Sema, Koçak Settar, “Validity and Reliability Of Time Management Questionnaire”, Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, 2002, 22, s. 9-13.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, <http://www.aihmbasvuru.com/78-basliklar/89-avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-altinci-madde.html> (Erişim Tarihi: 15.03.2016).
- Avrupa Yargı Sistemleri, Cepej Çalışmaları No:18, 2012, s. 420.
- CEPEJ, Strasbourg, 8.12.2011, s. 4-5.
- Eren Erol, *Yönetim ve Organizasyon*, İstanbul, 2003, s.147.
- Sabuncuoğlu, Zeyyat, Vergiliel Tüz Melek, *Örgütsel Psikoloji*, Bursa, 2005, s.270.
- Scott, Martin, *Zaman Yönetimi*. (Çev. Çelik, Cıngıl Aslı), İstanbul: Rota Yayınları, 2001.
- Şimşek, M., Şerif., *Yönetim ve Organizasyon*, Konya, 1997.

TBMM Resmi Ağı [https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa\\_2011.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf) (Erişim Tarihi: 15.03.2016).

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük: <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 20.03.2016).

Ünker, Ümit, “Etkili Zaman Yönetimi”, [umitunker.com](http://umitunker.com), 2013 (Erişim Tarihi: 17.03.2016)

Vitkauskas Dovydas, Dikov Grigoriy, (Çev. Cengiz, Serkan), *Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Adil Yargılama Hakkının Korunması*, Strazburg 2012, s. 83-85.

Yaman, Ertuğrul, “Kamu Yönetiminde İletişim ve Yönetişim”, İzmir, 2012, s.517.

Yücel, T, Mustafa., “Adli Yargıda Makul Süre Felsefesi ve Matematiği”, 2015, s. 38.





# EVLİ KADININ MÜNHASIRAN BEKÂRLIK SOYADINI KULLANABİLMESİ

*Exclusive Use of a Maiden Name of a Married Woman*

**Yrd. Doç. Dr. Murat ORUÇ\***

## ÖZET

Çalışmamızda, son dönemde oldukça yoğun gelişmelerin yaşandığı evli kadının soyadı konusu incelenmiştir. Bu bağlamda öncelikle evli kadının soyadına ilişkin hükmün gelişimi ele alınmış ve düzenlemenin olumsuz yanlarına dikkat çekilmiştir. Daha sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın, düzenlemeyle ilgili verdikleri kararlar ele alınmıştır. İncelemenin son kısmında, yargı mercilerinin içtihatları ile ortaya çıkan “evli kadının münhasıran bekârlık soyadını kullanmasına izin verilmesi davası” tetkik edilmiştir. Anılan başlık altında, davaya ilişkin genel bir izahat verildikten sonra, davanın tarafları, yetkili ve görevli mahkeme, yargılama masrafları ve kararın hukuki sonucu ele alınarak çalışma sonlandırılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Evli Kadının Soyadı, Kadın-Erkek Eşitliği, Türk Medenî Kanunu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay.

## ABSTRACT

In our study, last name of a married woman has been analysed in which there have been many developments recently. In this context, primarily, the evolution of the verdict in relation to the last name of a married woman is discussed and negative sides of the regulation are pointed out. Following to that, the verdicts of European Court of Human Rights, The Constitutional Court and the Supreme Court have been analysed. In the last section of the study, the lawsuit of permission for the exclusive use of the maiden name during marriage which emerged by the practices of judicial authorities is viewed. Under the foregoing, parties of the lawsuit, competent courts and jurisdiction, judicial costs and the legal outcome of the verdict are explained after giving a brief explanation with regards to the lawsuit itself.

**Keywords:** Last Name of a Married Woman, Equality of Woman and Man, Turkish Civil Code, European Court of Human Rights, Turkish Constitutional Court, Turkish Supreme Court.

◆◆◆◆

## GİRİŞ

2002 yılında yürürlüğe giren Türk Medenî Kanunu, kadın-erkek eşitliği meselesinde önemli mesafelerin kat edildiği bir düzenleme olmuştur. Ne var ki,

\* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. moruc@fsm.edu.tr

eşitliğin tam olarak tesis edildiğini söyleyebilmeye olanak yoktur. Kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağını düzenleyen MK m.187 de, eşitlik ilkesinin zedelendiği bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Anılan hükmün emredici niteliği, evli kadının münhasıran bekârlık soyadını kullanabilmesine imkân tanımamakta; evli kadına yalnızca, bekârlık soyadını kocasının soyadının önünde kullanıp kullanmama konusunda bir seçim hakkı vermektedir.

Eşitlik ilkesini zedeleyen bu hüküm, birçok AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararına konu olmuştur. Hükümün yargı mercilerini bu denli meşgul etmesi, öğretiyi de etkilemiş ve meselenin gerek kamu hukuku gerekse de özel hukuk boyutu etraflıca incelenmiştir. Ancak evli kadının münhasıran bekârlık soyadını kullanabilmesi için açması gereken dava henüz tetkik edilmiş değildir. İşte bu çalışma, söz konusu davayı Yargıtay kararları ışığında tanıtmayı amaçlamaktadır. Münhasıran bekârlık soyadının kullanılabilmesi için açılması gereken davayla ilgili açıklamaların havada kalmaması amacıyla, önce mevcut hukuki düzenleme ele alınacak, ardından MK m.187'nin konu edildiği yargı kararları incelenecektir.

### **I. Hukuki Düzenlemenin Dünü, Bugünü ve Eleştirisi**

743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenîsi, kabul edildiği zamanın ruhunu yansıtan bir düzenlemedir. Kadın-erkek eşitliği meselesi de, buna bir istisna değildir. Gerçekten, Türk Kanunu Medenîsi'nin aile hukukuna ilişkin hükümleri incelendiğinde, kadın-erkek eşitliğinin bulunmadığı görülür. Erkeğin, aile birliğinin reisi ve temsilcisi olduğunun kabul edilmesi (eMK m.152/I-154); ortak konut seçiminin erkeğe bırakılarak, aile birliğinin giderlerine de onun katlanacağını öngörülmesi (eMK m.152/II), kanun koyucunun meseleye bakış açısını yansıtmaması bakımından verilebilecek örneklerdendir. 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenîsi'nde, evli kadının soyadı meselesi de bu yaklaşıma uygun bir şekilde ele alınmış ve kadının, evlenmekle kocasının soyadını alacağı kabul edilmiştir (eMK m.153/I)<sup>1</sup>.

eMK m.153/I'e getirilen yoğun eleştiriler<sup>2</sup>, Türk kanun koyucusunu evli kadının soyadı meselesinde adım atmak zorunda bırakmış ve 14.05.1997 tarihli

---

<sup>1</sup> eMK m.153/I: "*Karı, kocasının aile ismini taşır*".

<sup>2</sup> Hükme yöneltilen eleştiriler için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, "Medeni Kanun Açısından Kadın-Erkek Eşitliği", Ankara Barosu Dergisi, 1991/1, s. 12 vd.; Saibe Oktay, "Medeni Kanunda Kadın", Kadınların Gündemi, İstanbul, 1997, s. 56-57.

ve 4248 sayılı Kanun<sup>3</sup> ile hükümde değişiklik yapılmıştır<sup>4</sup>. Anılan değişiklikle evli kadın, kocasının soyadının önünde bekârlık soyadını da kullanabilme hakkına sahip olmuştur<sup>5</sup>.

Cinsiyet eşitliğini sağlama amacıyla hazırlandığı, genel gerekçesinde ifade edilen<sup>6</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, büyük ölçüde bu amaca ulaşıldığını söylemek mümkündür<sup>7</sup>. Nitekim erkeği aile birliğinin reisi ve temsilcisi olarak kabul eden hükümlere yeni Kanun'da yer verilmemiş; bunun yerine aile birliğini eşlerin birlikte yönetecekleri ve temsil edecekleri kabul edilmiştir (MK m.186/II; 188/I). Aynı şekilde, ortak konutun birlikte seçilmesi ve birliğin giderlerine eşlerin ortak olarak katılması da hüküm altına alınmıştır (MK m.186/I-III). Tüm bu olumlu gelişmelere rağmen, kadının soyadına ilişkin düzenlemede gerekli adımlar atılmamış ve 4248 sayılı Kanun ile değişik eMK m.153/I, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na 187. madde olarak aynen aktarılmıştır. Evli kadının münhasıran bekârlık soyadını kullanabilmesi komisyona bir öneri olarak sunulmuşsa da, geleneklerimizle bağdaşmayacağı gerekçesiyle bu öneri reddedilmiştir<sup>8</sup>.

Böylelikle, şu an yürürlükte olan MK m.187 hükmüne ulaşmış bulunuyoruz. Anılan hukuki düzenlemeye göre, kadın evlenmekle kocasının soyadını alır. Ancak evlendirme memuruna ya da daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla, bekârlık soyadını kocasının soyadının önünde kullanabilir. MK m.187 evli kadına bir seçimlik hak tanımaktaysa da, bu seçim hakkı, ko-

---

<sup>3</sup> Türk Kanunu Medeni'sinin 153 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilmesine Dair Kanun. RG 22.05.1997, S. 22996.

<sup>4</sup> Bu değişikliğin kaynağını, 1984 yılında ZGB Art. 160'da yapılan değişiklik oluşturmaktadır.

<sup>5</sup> 4248 sayılı Kanun ile değişik eMK m.153/I: *"Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir."*

<sup>6</sup> *"Değişikliklerin önemli ve oldukça büyük bir kısmı aile hukuku alanında ve özellikle kadın-erkek eşitliğini zedelediği iddia edilen hükümlerde yapılmış, böylece bütün modern hukuk sistemlerinde benimsenmiş olan ve yürürlükteki Kanunda da büyük ölçüde yer verilmiş bulunan "eşitlik ilkesi", yeni düzenlemeyle daha da pekiştirilmiş, bu ilkeye ters düşen düzenlemelerin hepsi değiştirilmiştir."* Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, Sıra S.: 723. Türk Medeni Kanunu'nun genel gerekçesi ile madde gerekçelerine şu adresten ulaşmak mümkündür: <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011.pdf>

<sup>7</sup> Karş. Halûk Nami Nomer, "Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 22, 2002, s. 421-422.

<sup>8</sup> Turgut Akıntürk, Medeni Kanun Tasarısında Kadın-Erkek Eşitliği, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara, 2000, s. 77.

casının soyadının önünde bekârlık soyadını kullanıp kullanmamakla sınırlıdır. Hükmün emredici niteliği, evli kadının yalnızca bekârlık soyadını kullanabilmesine olanak tanımamaktadır.

Erkeğin doğumla kazandığı soyadını ölene kadar taşımasına ve kural olarak hiçbir zaman soyadının değişmemesine rağmen, kadının medeni durumuna göre soyadının değişmesi öğretide yoğun bir biçimde eleştirilmektedir<sup>9</sup>. Gerçekten de, MK m.187 ile boşanma halinde kadının evlenmeden önceki soyadını yeniden alacağına ilişkin MK m.173/I hükmü birlikte değerlendirildiğinde, kadının medeni durumuna göre soyadının değiştiği görülmektedir. MK m.173/II, boşandığı kocasının soyadını kullanma hakkını kadına tanımaktaysa da, kadın bunun için soyadını kullanmakta menfaati bulunduğunu ve bu kullanımın kocaya zarar vermeyeceğini ispatlamak zorunda bırakılmaktadır. Öte yandan, kadına boşandığı kocasının soyadını kullanma izni verilse dahi, koşulların değişmesi halinde koca bu iznin kaldırılmasını talep edebilmektedir (MK m.173/III).

Kadının medeni durumuna göre soyadının değişmesi, birtakım pratik sorunlara da yol açmaktadır. Örneğin bir kadın evlendiğinde ya da boşandığında, nüfus cüzdanını, sürücü belgesini, pasaportunu, banka hesaplarını, kredi kartlarını ve birçok resmi ve özel belgesini yeniden çıkarması gerekmektedir<sup>10</sup>. Bu da hem zaman hem de para kaybına neden olmaktadır. Fakat zaman ve para harcayarak da düzeltilemeyecek şeyler vardır. Örneğin boşanmış bir akademisyen kadın, salt tezini/makalesini/monografisini yayınladığı sırada evli olduğu için, çalışmasına yapılan her atıfta boşandığı kocasının soyadıyla anılmak zorunda bırakılmaktadır.

## II. Yargı Mercilerinin Düzenlemeye Bakış Açısı

MK m.187'ye getirilen yoğun eleştiriler ve AİHM'de ardı ardına açılan da-

---

<sup>9</sup> Hükme yöneltilen eleştiriler için bkz. Saibe Oktay-Özdemir, "Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler", Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul, 2009, s. 291 vd.; Nazan Moroğlu, "Medeni Kanun'a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri", www.tukd.org.tr/dosya/kadinin\_soyadi.doc, (Çevrimiçi), 10 Haziran 2016, s. 11 vd.; Deniz Ergene, "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 31, S. 2, 2011, s. 124 vd.; Bahar Öcal Apayadın, "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2015, s. 426 vd.; Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, "Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu", Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, s. 585 vd. Aksi yönde: Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, 4. Bs., İstanbul, 2014, § 7 N.23-24; Merve Yılmaz, "Evli Kadının Soyadı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, S. 10, Temmuz 2012, s. 149.

<sup>10</sup> Moroğlu, s. 11.

valar, Türk yargı mercilerinin, hükme karşı bakış açılarını da değiştirmiştir. Gerçekten, öncelikle AİHM, ardından Anayasa Mahkemesi ve buna müteakip Yargıtay HGK, evli kadının soyadına ilişkin önemli içtihatlarda bulunmuşlar ve bu içtihatlar neticesinde evli kadının soyadında *de facto* bir durum oluşmuştur.

Konuyla ilgili açıklamalarımıza geçmeden önce şunu ifade edelim ki, bu çalışmada meseleye özel hukuk odaklı yaklaşılmaktadır. Ne var ki, Yargıtay'ın içtihat değişikliği kendiliğinden ve bir anda değil; AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararları neticesinde ve bir süreç içerisinde, deyim yerindeyse domino etkisi ile meydana gelmiştir. Bu bakımdan, Yargıtay'ın içtihat değişikliğini ele almadan önce, AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını inceleyeceğiz.

### **A. AİHM'nin İhlal Kararları**

Evli kadının soyadı konusunda, AİHM nezdinde Türkiye aleyhine açılan ilk dava 2004 tarihlidir<sup>11</sup>. Karara konu somut olayda başvurucu, münhasıran bekârlık soyadını kullanmak için gerekli başvuruları yapmasına rağmen bu talebinin karşılıksız kaldığını ve bu durumun AİHS'nin 8 ve 14. maddelerine aykırılık teşkil ettiği iddia etmiştir. AİHM, cinsiyete dayalı farklı muameleyi zorunlu kılan hiçbir sebep bulunmadığı gerekçesiyle, AİHS'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiği yönünde hüküm kurmuştur.

AİHM, daha sonra önüne gelen Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye<sup>12</sup>, Tuncer Güneş/Türkiye<sup>13</sup> ve Tanbay Tüten/Türkiye<sup>14</sup> başvurularında da, aynı gerekçelerle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

### **B. Anayasa Mahkemesi'nin İhlal Kararları**

Evli kadının soyadına ilişkin hüküm, ilk kez 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenîsi'nin yürürlükte olduğu dönem içerisinde Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir<sup>15</sup>. Somut norm denetimi yoluyla yapılan itirazda, 4248 sayılı

---

<sup>11</sup> Ünal Tekeli/Türkiye, 16.11.2004, Başvuru No: 29865/96. Karar incelemesi için bkz. Nazan Moroğlu, "Kadının Kimlik Sorunu 'Kadının Soyadı'", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2012, S. 99, s. 264 vd.

<sup>12</sup> Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye, 28.05.2013, Başvuru No: 7971/07.

<sup>13</sup> Tuncer Güneş/Türkiye, 03.10.2013, Başvuru No: 26268/08. Karar incelemesi için bkz. Murat Tumay/Gökçe Altınel, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Gunes v. Turkey Kararının Türk Anayasa Hukuku Açısından Tahlili", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 33, 2015, s. 167 vd.

<sup>14</sup> Tanbay Tüten/Türkiye, 10.12.2013, Başvuru No: 38249/09.

<sup>15</sup> AYM 29.09.1998, E. 1997/61, K. 1998/59. Yayınlandığı yer: RG, 15.11.2002, S. 24937.

Kanun<sup>16</sup> ile değişik eMK m.153/İ'in, Anayasa'nın 12 ve 17. maddelerine aykırı olduğu iddiasında bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, kamu yararı, kamu düzeni ve sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunlulukları gerekçe göstererek, itirazı oyçokluğuyla reddetmiştir<sup>17</sup>.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından, evli kadının soyadına ilişkin hüküm bir kez daha somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir<sup>18</sup>. MK m.187'nin Anayasa'nın 2, 10, 12, 17, 41 ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla yapılan bu itiraz da, aile adının belirlenmesinde kanun koyucunun takdir hakkının bulunduğu ve bu takdir hakkı kullanılırken kamu düzeni ve kamu yararı gözetildiği gerekçeleriyle ve oy çokluğuyla reddedilmiştir.

2010 yılında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun açılmasıyla birlikte<sup>19</sup>, evli kadının soyadına ilişkin hüküm, bu kez de bireysel başvuru kanalı ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır<sup>20</sup>. Anayasa Mahkemesi bu kararında önceki tutumunu terk ederek, MK m.187 ile Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının *ihlal* edildiğine oybirliğiyle karar vermiştir. Kararda, AİHM'nin soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, AİHS'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı bulunduğu kararlara<sup>21</sup> da atıf yapılmış ve hükmün kişinin manevi varlığını koruma hakkını ihlal ettiği ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 2014<sup>22</sup> ve 2015<sup>23</sup> yıllarında verdiği kararlarında da benzer bir yaklaşım izleyerek, MK m.187 ile Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği neticesine varmış ve bu konudaki içtihadını kökleştirmiştir.

<sup>16</sup> İtirazın reddedilmesinde, 4248 sayılı Kanun ile eMK m.153/İ'in değiştirilmesi ve evli kadına kocasının soyadının önünde bekârlık soyadını kullanma hakkının tanınması da etkili olmuştur. Nitekim bu husus, kararda aynen şu şekilde ifade edilmiştir: "*Kaldı ki itiraz konusu kural da aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörülmemekte, kadının başvurusu durumunda kocanın soyadıyla birlikte kızlık soyadını da kullanma olanağı bulunmaktadır.*"

<sup>17</sup> Kararın eleştirisi için bkz. Merih Öden / Selin Esen, "Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Cilt-II, Ankara, 2013, s. 817 vd.; Seda İrem Çakırca, "Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 70, S. 2, 2012, s. 147 vd.

<sup>18</sup> AYM 10.03.2011, E. 2009/85, K. 2011/49. Yayınlandığı yer: RG, 21.10.2011, S. 28091.

<sup>19</sup> 12.09.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 18. maddesi.

<sup>20</sup> AYM 19.12.2013, Başvuru No: 2013/2187. Yayınlandığı yer: RG, 07.01.2014, S. 28875.

<sup>21</sup> Bkz. yuk. II A.

<sup>22</sup> AYM 06.03.2014, Başvuru No: 2013/4439. Yayınlandığı yer: RG, 25.04.2014, S. 28982.

<sup>23</sup> AYM 16.04.2015, Başvuru No: 2014/5836. Yayınlandığı yer: RG, 11.07.2015, S. 29413.

### C. Yargıtay'ın İçtihat Değişikliği

Yargıtay, 2014 yılına kadar verdiği kararlarında, MK m.187'nin emredici bir hüküm olduğunu belirterek, evli kadının münhasıran bekârlık soyadını kullanmasına izin verilmesi davalarını reddetmekteydi<sup>24</sup>. Bu durum, Ankara 11. Aile Mahkemesi'nin bozma kararına direnmesi üzerine uyuşmazlığın HGK'nın önüne gelmesine kadar da devam etmiştir. Yargıtay'ı içtihat değişikliğine götüren gelişmeleri ana hatlarıyla şu şekilde ifade etmek mümkündür:

Bir evli kadın, münhasıran bekârlık soyadını kullanma talebiyle dava açmış; bu talep Ankara 11. Aile Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir<sup>25</sup>. Davalılardan nüfus müdürlüğü kararı temyiz etmiş; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, daha önceki içtihatlarında olduğu gibi, MK m.187'nin emredici niteliğine vurgu yaparak kararı bozmuştur<sup>26</sup>. 11. Aile Mahkemesi önceki kararında direnince<sup>27</sup>, uyuşmazlık HGK'nın önüne taşınmıştır. AİHM'nin ve Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği ihlal kararlarına da atıf yapılan HGK kararında<sup>28</sup>, bekârlık soyadını kullanabilmenin AİHS'nin 8 ve Anayasa'nın 17. maddeleri kapsamında bir insan hakkı olduğu kabul edilmiş ve direnme kararı oyçokluğuyla onanmıştır.

HGK'nın bu içtihat değişikliği, 2. Hukuk Dairesi tarafından da benimsemiş ve anılan daire, evli kadının münhasıran bekârlık soyadını kullanma taleplerini kabul etmeye başlamıştır<sup>29</sup>. Kararlar bir bütün halinde değerlendirildiğinde, 2. Hukuk Dairesi'nin artık bu konuda yerleşmiş bir içtihadı olduğunu söylemek mümkündür. Ne var ki, bütün kararların oybirliği ile çıkmadığı, bazı kararlara muhalefet şerhi konulduğu da burada ifade edilmelidir<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> Örnek olarak bkz. Yarg. 2. HD, 12.11.2013, E. 2012/2319, K. 2013/4523; Yarg. 2. HD, 18.06.2012, E. 2011/7737, K. 2012/16695. Kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr/>

<sup>25</sup> Ankara 11. Aile Mahkemesi, 12.05.2011, E. 2011/59, K. 2011/656 (Yayınlanmamıştır).

<sup>26</sup> Yarg. 2. HD, 21.02.2013, E. 2012/2319, K. 2013/4523 (Yayınlanmamıştır).

<sup>27</sup> Ankara 11. Aile Mahkemesi, 06.11.2013, E. 2013/905, K. 2013/1310 (Yayınlanmamıştır).

<sup>28</sup> Yarg. HGK, 30.09.2015, E. 2014/2-889, K. 2015/2011. Karar için bkz. Kazancı Bilişim İçtihat Bankası yahut <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

<sup>29</sup> Yarg. 2. HD, 02.03.2016, E. 2015/24244, K. 2016/3893 (Yayınlanmamıştır); Yarg. 2. HD, 12.02.2016, E. 2015/21685, K. 2016/2321 (Yayınlanmamıştır); Yarg. 2. HD, 23.02.2016, E. 2015/20964, K. 2016/3188 (Yayınlanmamıştır); Yarg. 2. HD, 23.12.2015, E. 2015/12978, K. 2015/25038 (Yayınlanmamıştır); Yarg. 2. HD, 28.04.2015, E. 2014/20471, K. 2015/8704 (Kazancı Bilişim İçtihat Bankası); Yarg. 2. HD, 21.04.2015, E. 2014/25307, K. 2015/7935 (Yayınlanmamıştır).

<sup>30</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun içtihat değişikliği kararına ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bu yöndeki bazı emsal kararlarına ulaşmak mümkün olduğundan, bu kararlara çalışmada yer vermeyi gereksiz addediyoruz. Karşı oy yazılarına erişmek ise ne yazık ki mümkün değildir. Bu nedenle, muhalefet şerhine yer vermenin faydalı olacağı kanaatindeyiz: Yarg. 2.



### III. Evli Kadının Münhasıran Bekârlık Soyadını Kullanmasına İzin Verilmesi Davası

#### A. Genel Olarak

Mevcut hukuki düzenleme, her ne kadar evli kadının münhasıran bekârlık soyadını kullanmasına müsaade etmiyorsa da, yargı mercileri MK m.187 hükmünü aşarak evli kadına bu hakkı tanımış gözükmektedirler. Bilindiği üzere, Anayasa'nın 7. maddesi, yasama yetkisini Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne

HD, 02.03.2016, E. 2015/24244, K. 2016/3893 (Yayınlanmamıştır): Karşı oy yazısı: “Davacı, evlenmekle yasa gereği kocasının soyadını almıştır Mahkemece verilen karar, evli kadının soyadında değişikliğe ilişkindir. Evli kadının soyadı, kocasına bağlı olarak değişebilir. Kocasının soyadında bir değişiklik olmadıkça evlenen kadın kocasının soyadını taşımak zorundadır. Yasal düzenleme böyledir (TMK m. 187). Evlilik boşanma veya iptal kararıyla sona ermedikçe evli kadının yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanması yasal olarak mümkün bulunmamaktadır. Anayasanın 10. maddesinde 5170 sayılı yasayla ve 41. maddesinde 4709 sayılı yasayla yapılan değişikliklere rağmen Anayasa Mahkemesi, Türk Medeni Kanununun 187. maddesinde yer alan düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı görmemiş, bu hükmün iptali için yapılan itiraz başvurusunu 10.03.2011 tarihli 2009/85 esas, 2011/49 karar sayılı kararıyla reddetmiştir (21.10.2011 tarihli 28091 sayılı Resmi Gazete). Anayasa Mahkemesi kararları, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar (Anayasa m. 153/son). Yasa hükmü yürürlükte buldukça mahkemenin yasal düzenlemeye aykırı düşecek şekilde karar tesis etmesi olanağı yoktur. Anayasanın 90. maddesine 5170 sayılı yasayla ilave edilen, milletlerarası anlaşma hükümlerinin esas alınacağına ilişkin düzenleme “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hüküm içermesi” hali için geçerlidir. Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin başta İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile temel hak ve özgürlükleri düzenleyen diğer sözleşmelerde, evli kadının “evlenmeden önceki soyadını muhafaza edeceğine” ilişkin açık bir hüküm ve düzenleme bulunmamaktadır.

Başka bir ifade ile “aynı konuda farklı hüküm” söz konusu değildir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi “Tekeli-Türkiye” kararında kişinin soyadını, özel hayatın kapsamında kabul etmiş, Türk Medeni Kanununun 187. maddesindeki düzenlemenin “evli kadına kocasının soyadını taşımayı dayattığını, bunun da soyadını seçme ve evlenmeden önceki soyadını muhafaza etme hakkını ortadan kaldırdığını” belirterek, yasal düzenlemenin Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen “özel hayata” müdahale oluşturduğunu kabul ederek ihlal kararı vermiştir. Burada ihlale yol açan, ulusal mahkemelerin uygulaması veya yasa hükmünü yorum tarzı değil, yasal düzenlemenin bizzatı kendisidir. Bu düzenleme değiştirilmedikçe mahkemeler yasaya uygun karar vermekle yükümlüdür. Mahkemenin gerekçesinde belirttiği Anayasa Mahkemesinin 19.12.2013 tarihli kararı bireysel başvuru sonucu verilmiş bir karar olup Anayasa mahkemesinin diğer kararları gibi bağlayıcı yanı yoktur. Aksi bir yaklaşım “yürürlükte olan yasa hükmüne aykırı kararlar verilmesi” sonucunu hasil eder.

Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, gerekse Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararları, yalnızca başvuruda bulunanlar yönünden bireysel sonuç doğurur. Bu davada Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden alınmış bir ihlal kararı mevcut değildir. O halde Türk Medeni Kanununun benimsediği aile birliği ve bütünlüğünün kocanın soyadı üzerinden devamına ilişkin genel prensibinin korunması gerektiği görüşündeyim. Açıkladığım sebeplerle değerli çoğunluğun onama görüşüne katılmıyorum. Yerel Mahkeme kararının bozulması gerektiğini düşünüyorum.”

biraktırmaktadır. Düzenlemenin devamında, bu yetkinin devredilemeyeceği de açık bir biçimde ifade edilmiştir. Bu açık anayasa hükümlerine ve Anayasa Mahkemesi'nin herhangi bir iptal kararı olmamasına rağmen, emredici nitelikteki MK m.187'nin içtihatlar aracılığıyla aşılması, kuvvetler ayrılığı ilkesini zedelemektedir. Kanaatimizce, evli kadına soyadı konusunda bir özgürlük tanınıyor olması da, bu duruma haklı bir gerekçe olarak gösterilemez.

Sorunun kaynağında, yukarıda incelenen Anayasa Mahkemesi kararlarının<sup>31</sup>, birer iptal kararı olmayıp; bireysel başvuru neticesinde verilen ihlal kararları olması yatmaktadır<sup>32</sup>. Bu durumun sonucu olarak, MK m.187 hâlâ yürürlükte olan bir hükümdür. MK m.187 iptal edilmemesine rağmen, yargı uygulamasıyla evli kadına münhasıran bekârlık soyadını kullanma hakkının tanınması, erkler ayrılığını zedelediği gibi, evli kadını da bu konuda dava açmak zorunda bırakmaktadır. Dolayısıyla, nüfus müdürlüğüne başvurmak suretiyle evli kadının münhasıran bekârlık soyadını kullanabilmesi şu an için mümkün değildir. Zira nüfus müdürlüğü, “*kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez*” diyen NHK m.35/1 uyarınca hareket etmek ve bu talepleri reddetmekle yükümlüdür. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, nüfus müdürlüğünün talebi kabul etmemesi nedeniyle doğrudan kendi önüne gelen bir başvurunun, “başvuru yollarının tüketilmemesi” gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir<sup>33</sup>.

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, münhasıran bekârlık soyadını kullanmak isteyen evli kadının, bu konuda bir dava açması gerekmektedir. Ancak hemen ifade edelim ki, evli kadının bu davayı açabilmek için herhangi bir haklı gerekçeye ihtiyacı yoktur. Bu husus, HGK kararında da açık bir biçimde ifade edilmiştir<sup>34</sup>. Dolayısıyla, yalnızca bekârlık soyadını kullanmak isteyen evli kadın dava açmak zorundaydı da, bu konuda mahkemeye herhangi bir haklı gerekçe sunmak zorunda değildir.

---

<sup>31</sup> Bkz. yuk. II B.

<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesi'nin iptal değil de, ihlal kararları vermesi öğretide eleştirilere neden olmaktadır. Bkz. Hakan Atasoy, “Evli Kadının Soyadı Sorunu ‘Anayasal’ Mi? ‘Bireysel’ Mi?”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 5, 2015, s. 131 vd.

<sup>33</sup> AYM 15.04.2015, Başvuru No: 2014/13367. Yayınlandığı yer: RG, 20.06.2015, S. 29392.

<sup>34</sup> Yarg. HGK, 30.09.2015, E. 2014/2-889, K. 2015/2011: “Kızlık soyisminin kullanmak istemek için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu hak AİHS 8 ve Anayasanın 17. maddeleri kapsamında bir insan hakkıdır ve cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanmalıdır. Aksi durum AİHS'nin 14. maddesine aykırılık teşkil edecektir.” Karar için bkz. Kazancı Bilişim İçtihat Bankası yahut <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

## B. Taraflar

### 1. Davacı

Münhasıran bekârlık soyadının kullanılmasına izin verilmesi davasının davacısı, bekârlık soyadı ile eşinin soyadını birlikte kullanan evli kadındır. Buna göre, davacı olabilmek için evlilik birliğinin devam ediyor olması gerekir. Evliliğin boşanma ya da ölüm ile sona erdiği durumlarda ise, artık bu dava açılmaz. Zira her iki hâlde de, bu davayı açmakta kadının hukuki yararı yoktur<sup>35</sup>. Gerçekten de, evliliğin ölüm ile sona erdiği durumlarda, kadın dilerse bekârlık soyadını kullanabilmektedir<sup>36</sup>.

Boşanma halinde ise, kadın evlenmeden önceki soyadını yeniden alır (MK m.173/I). Burada iki ihtimal söz konusu olabilir. Bunlardan ilki, kadının evlenmeden önceki soyadının bekârlık soyadı olmasıdır. Bu hâlde, kadın zaten bekârlık soyadını taşıyacağından, herhangi bir dava açılmasına da ihtiyaç kalmaz. İkinci ihtimal ise, kadının evlenmeden önceki soyadının, önceki kocasının soyadı olmasıdır. Bu ihtimalde, kadın boşanmakla eski kocasının soyadını taşımaya başlar ve bekârlık soyadını kullanabilmek için hâkimden izin alması gerekir. MK m.173/I'de özel olarak düzenlenen bu dava, evlilik birliğinin nihayete ermesinden sonrasına ilişkindir ve bu yönüyle inceleme konumuzu oluşturan davadan ayrılmaktadır. Netice itibariyle, evliliğin boşanma ile sona erdiği durumlarda da, evli kadının münhasıran bekârlık soyadını kullanmasına izin verilmesi davasına ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>37</sup>.

Kadının, MK m.173/II uyarınca boşandığı kocasının soyadını taşıdığı durumlarda, kadın artık bekârlık soyadını kullanmak istiyorsa, bunun için mahkemeden izin alması gerekir<sup>38</sup>. Ancak boşandığı kocasının soyadını taşımakta artık herhangi bir menfaati kalmayan kadının açacağı dava, inceleme konumuzu oluşturan dava olmayıp; menfaatin ortadan kalkması

---

<sup>35</sup> Hâkimin MK m.170 uyarınca ayrılığa karar verdiği durumlarda evlilik birliği devam ettiğinden, kadının münhasıran bekârlık soyadının kullanılmasına izin verilmesi davasını açmakta hukuki yararı vardır.

<sup>36</sup> NHK m.23/II'de, "Evlenen kadının kaydı kocasının hanesine taşınır. Kocasını ölen kadın yeniden evlenmedikçe ölen kocasının aile kütüğünde kalır. Ancak dilerse babasının kütüğüne dönebilir." denilmektedir. Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere, kocasını ölen kadın evlenmeden önceki soyadını kullanıp kullanmamakta tam bir serbestiyete sahiptir. Nitekim bu yönde: Yıldız Abik, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara, 2005, s. 207; Yarg. 18. HD, 03.04.2014, E. 2013/19402, K. 2014/6256 (Kazancı Bilişim İçtihat Bankası).

<sup>37</sup> MK m.158/II'nin yaptığı yollama uyarınca, evlenmenin iptali bakımından da aynı sonuca varmak gerekir.

<sup>38</sup> Yarg. 2. HD, 05.10.2009, E. 2008/11096, K. 2009/16625 (Kazancı Bilişim İçtihat Bankası).

nedeniyle bekârlık soyadının kullanılmasına izin verilmesi davasıdır<sup>39</sup>.

Yalnızca kocasının soyadını taşıyan evli kadının bu davayı açıp açamayacağı sorusu akıllara gelebilir. Şayet bu soruya olumsuz yanıt verilirse, münhasıran bekârlık soyadını kullanabilmek için yargılama sürecine sürüklenen kadının, bir de nüfus idaresine başvurması ve MK m.187 uyarınca kocasının soyadıyla birlikte bekârlık soyadını kullanmayı talep etmesi gerekecektir. Böyle bir yaklaşımın yorgunu yokuşa sürmekten başka bir anlamı yoktur. Bu nedenle, yalnızca kocasının soyadını taşıyan evli kadına da bu davayı açma hakkı tanımak gerektiği kanaatindeyiz.

Son olarak şunu ifadelim ki, soyadı değişikliği, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı niteliğinde olduğundan, hakkın şahsen kullanılması gerekir ve bu hakkın kullanılabilmesi için evli kadının ayırt etme gücüne sahip olması gerek ve yeter şarttır<sup>40</sup>. Dolayısıyla sınırlı ehliyetsiz evli kadın, vasinin rızasına ihtiyaç duymaksızın münhasıran bekârlık soyadını kullanmasına izin verilmesini talep edebilir. Soyadı değişikliğinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasının bir diğer sonucu, evli kadının davayı bir vekil aracılığıyla takip etmesi halinde ortaya çıkar. Buna göre, dava bir vekil aracılığıyla yürütülecekse, davayı takip edecek vekilin bu hususta açık bir biçimde yetkilendirilmiş olması gerekir (HMK m.74)<sup>41</sup>.

## 2. Davalılar

Münhasıran bekârlık soyadının kullanılmasına izin verilmesi davasının davalıları, nüfus müdürlüğü ve kocadır. Husumet, talepte bulunan kadının nüfus kütüğünün bulunduğu yer nüfus müdürlüğüne değil; yerleşim yerinin bulunduğu ilçedeki nüfus müdürlüğüne yöneltilir (NHK m.36/I).

---

<sup>39</sup> Bu iki davanın hukuki gerekçeleri farklı olduğu gibi davalıları da farklıdır. İnceleme konumuzu oluşturan davanın davalıları, nüfus müdürlüğü ve koca iken; menfaatin ortadan kalması nedeniyle bekârlık soyadının kullanılmasına izin verilmesi davasının davalısı, boşanılan kocadır.

<sup>40</sup> Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15. Bs., İstanbul, 2015, s. 122. Aksi yönde: Mustafa Dural/Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku, Cilt II: Kişiler Hukuku, 16. Bs., İstanbul, 2015, N. 919.

<sup>41</sup> Yarg. 2. HD, 23.06.2015, E. 2015/761, K. 2015/13287 (Yayınlanmamıştır): “*Ad ve soyad değişikliği, şahsa bağlı hakkın kullanımı niteliğinde olup, vekâletnamede vekile bu hususta açık yetki verilmiş olmasını gerektirir (HMK. m.74) Dosyadaki vekâletname, genel dava vekâletnamesi olup, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımına ilişkin özel yetkiyi taşımamaktadır. Bu bakımdan, davacı vekilinden, özel yetki taşıyan vekâletnamesinin istenmesi, bu hususta vekâletnameyi ibraz etmesi için uygun süre verilmesi, bu süre içinde vekâletname verilmez ise, kararın davacı asıla tebliği ve bu ikinci halde onun yönünden temyiz müddetinin beklenmesinden sonra gönderilmek üzere dosyanın mahalli mahkemesine iadesine, oybirliğiyle karar verildi.*”

Soyadının değiştirilmesi davası, kocanın hukuki durumuna da etkili olduğundan, nüfus müdürlüğünün yanı sıra kocaya da husumet yöneltilmesi gerekir<sup>42</sup>. Ancak hemen ifade edelim ki, evli kadının münhasıran bekârlık soyadını kullanabilmesi kocanın rızasına bağlı değildir; gerekli şartlar oluştuğunda ne kocanın ne de diğer davalının rızası aranır. Bu usuli gereklilik, eşleri davacı-davalı olarak karşı karşıya getiriyor gibi görünmekteyse de, kocanın davalı olarak gösterilmesi hukuki açıdan zorunlu olduğu gibi aynı zamanda faydalıdır. Gerçekten, kocanın davalı olarak gösterilmesi, kocanın MK m.27/IV uyarınca değiştirme kararına itiraz etmesini önlemesi bakımından da faydalıdır<sup>43</sup>.

### C. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Yetkili mahkeme, münhasıran bekârlık soyadını kullanma talebinde bulunan evli kadının yerleşim yeridir (NHK m.36/I).

Görevli mahkeme ise, diğer soyadı değişikliği davalarından farklı olarak<sup>44</sup> aile mahkemesidir<sup>45</sup>. Zira 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesinde, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun ikinci kitabından üçüncü kısım hariç olmak üzere kaynaklanan bütün davalarda aile mahkemesinin görevli olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, münhasıran bekârlık soyadının kullanılmasına izin verilmesi davasının aile mahkemesinde görülüp karara bağlanması gerekir.

### D. Yargılama Masrafları ve Vekâlet Ücreti

Nüfus müdürlüğü yasal hasım olduğundan, her türlü yargılama masrafindan muaf tutulmuştur (NHK m.37/II). Yargılama masraflarını, davanın açılmasına sebebiyet vermeyen diğer davalı koca üzerinde de bırakmak mümkün değildir. Dolayısıyla, yargılama giderlerine davacı evli kadın katlanır<sup>46</sup>. Evli kadının bir vekil aracılığıyla temsil edildiği durumlarda, aynı gerekçelerle davacı vekili lehine vekâlet ücreti de takdir edilmez.

---

<sup>42</sup> Yarg. 2. HD, 04.11.2015, E. 2015/12976, K. 2015/20362 (Yayınlanmamıştır); Yarg. 2. HD, 04.11.2015, E. 2015/15481, K. 2015/20360 (Yayınlanmamıştır); Yarg. 2. HD, 21.04.2015, E. 2014/23575, K. 2015/7943 (Yayınlanmamıştır).

<sup>43</sup> Bu konuyla ilgili olarak bkz. aş. III E.

<sup>44</sup> Diğer soyadı değişikliği davalarında asliye hukuk mahkemeleri görevlidir (NHK m.36/I).

<sup>45</sup> Yarg. 18. HD, 16.10.2014, E. 2014/8494, K. 2014/14288 (Kazancı Bilişim İçtihat Bankası); Yarg. 2. HD, 21.02.2013, E. 2012/2319, K. 2013/4523 (Yayınlanmamıştır); Yarg. 2. HD, 18.06.2012, E. 2011/7737, K. 2012/16695 (Kazancı Bilişim İçtihat Bankası); Yarg. 2. HD, 04.10.2012, E. 2011/8917, K. 2012/23632 (Kazancı Bilişim İçtihat Bankası).

<sup>46</sup> Ankara 11. Aile Mahkemesi, 10.06.2014, E. 2012/1392, K. 2014/824. Bu karar, Yarg. 2. HD, 28.04.2015, E. 2014/20471, K. 2015/8704 ile onanmıştır. Kararlar için bkz. Kazancı Bilişim İçtihat Bankası.

## E. Kararın Hukuki Sonucu

Yargılamanın sonunda, davacı kadının evlenmekle edindiği soyadının iptaline ve münhasıran bekârlık soyadını kullanmasına karar verilir. Kararın kesinleşmesiyle birlikte, değişiklik nüfus siciline kayıt ve ilan olunur (MK m.27/II). Bu aşamada nüfus müdürlüğünün takdir hakkı olmayıp; idare, kesinleşen hüküm uyarınca gerekli değişiklikleri yapmakla mükelleftir (NHK m.35/I).

Kararın tek bir hukuki sonucu vardır, o da evli kadının münhasıran bekârlık soyadını kullanabilmesidir. Bu bakımdan, evli kadının soyadının değişmesi, onun kişisel durumunu değiştirmeyeceği gibi (MK m.27/III); kararın, çocukların soyadına da herhangi bir tesiri olmaz. Aynı şekilde, davanın kabul edilmesi, davacı kadının nüfus kütüğünün değişmesi anlamına da gelmez<sup>47</sup>. Kadın, soyadı değişmiş hâlde evlenmekle geldiği kocasının nüfus kütüğünde kalmaya devam eder.

Karar neticesinde evli kadının soyadı değişeceğinden, soyadın değiştirilmesinden zarar gören kişinin, MK m.27/IV uyarınca değiştirme kararına itiraz etme ihtimali vardır. Bu davanın, soyadın değiştirildiğinin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içerisinde açılması gerekir. Soyadın değiştirilmesine itiraz davası, soyadın değiştirilmesine karar veren mahkemede açılır<sup>48</sup>. Davacı, soyadının değiştirilmesinden zarar gören kişidir. Belirtmek gerekir ki, koca soyadının değişmesinden zarar gördüğünden bahisle bu davayı açamaz. Zira soyadının değiştirilmesi davasında kocaya da husumet yöneltildiğinden, kocanın bu davayı açması kesin hüküm engeline takılır. Hâkim, soyadı değişikliğine itiraz eden kişinin, soyadı değişikliğinden zarar görüp görmediğini MK m.4 uyarınca takdir eder ve itirazı haklı görürse, soyadı değişen evli kadın tekrar kocasının soyadını alır<sup>49</sup>.

## SONUÇ

MK m.187 hükmünün mevcudiyetine rağmen, evli kadın artık yalnızca bekârlık soyadını kullanma hakkına sahip durumdadır. Ancak bu hak, kanun

---

<sup>47</sup> Ankara 8. Aile Mahkemesi, E. 2014/257, K. 2014/892 (Yayınlanmamıştır): “Davacının nüfus kaydındaki hanenin değiştirilmesine ilişkin talebinin ise hane kayıt bilgileri, kişinin yaşamına etkisinin ve sosyal çevresinin yadınrganmasının ayrıca kocanın kadın üzerindeki davacı vekilinin talebi doğrultusunda ayrımcılık olarak kabul edilemeyeceği bu nedenle bu yöndeki talebin soybağının tespiti açısından çocuklar yönünden de gerekli olarak reddine karar vermek gerekmiştir.” Yerel mahkemenin bu kararı, Yarg. 2. HD, 21.04.2015, E. 2014/25307, K. 2015/7935 (Yayınlanmamıştır) ile onanmıştır.

<sup>48</sup> Nitekim bu husus, MK m.27/IV’ün aksine, ZGB Art.30/III’te açık bir biçimde belirtilmiştir.

<sup>49</sup> Karş. Dural/Öğüz, N. 924.

koyucunun bir yasama faaliyeti neticesinde değil de, yargı mercilerinin içtihatları aracılığıyla sağlanmış olduğundan, fiili durum ile pozitif hukuk arasında bir uyumsuzluk meydana gelmiştir.

Bu uyumsuzluk, ne yazık ki hakkın etkin bir biçimde kullanılabilmesinin de önüne geçmektedir. Zira evli kadın ancak uzun, meşakkatli ve masraflı bir sürecin sonunda yalnızca bekârlık soyadını kullanabilmektedir. Gerçekten de, evli kadın bu hakkını kullanabilmek için dava açarak hem en az iki yıl sürececek bir yargılama serüvenine girişmekte hem de tüm yargılama masraflarına katlanmaktadır. Yargı üzerindeki yükün azaltılması için birçok farklı sistemin denendiği ülkemizde, evli kadını yargılama sürecine sürüklemek, mahkemelerdeki iş yükünü de arttırmaktadır.

İşte tüm bu sebepler, ivedilikle hükümde değişiklik yapılmasını ve böylelikle fiili durum ile pozitif hukukun uyumlaştırılmasını gerektirmektedir. Bu uyumlaştırılma sırasında, hukukumuzla benzer aşamalardan geçen İsviçre ve Alman hukuklarının konuya getirdikleri çözümler elbette yol gösterici işleve sahip olacaktır. Ancak bu düzenlemelerin birebir tercümelerini Kanun'a aktarmak yerine, özellikle çocuğun soyadı meselesiyle ilgili hassasiyetler de dikkate alınarak bir düzenleme yapılması çok daha yerinde olacaktır.



#### KAYNAKÇA

ABİK, Yıldız: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara, 2005.

AKINTÜRK, Turgut: Medeni Kanun Tasarısında Kadın-Erkek Eşitliği, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara, 2000.

ATASOY, Hakan: "Evli Kadının Soyadı Sorunu 'Anayasal' Mı? 'Bireysel' Mi?", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 5, 2015, s. 131 – 170.

ÇAKIRCA, Seda İrem: "Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 70, S. 2, 2012, s. 145 – 164.

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

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II: Kişiler Hukuku, 16. Bs., İstanbul, 2015.

HATEMİ, Hüseyin / KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 4. Bs., İstanbul, 2014.

KILIÇOĞLU, Ahmet: “Medeni Kanun Açısından Kadın-Erkek Eşitliği”, Ankara Barosu Dergisi”, 1991/1, s. 9 - 17.

KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru: “Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, s. 581 – 592.

MOROĞLU, Nazan: Medeni Kanun’a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri, www.tukd.org.tr/dosya/kadinin\_soyadi.doc, (Çevrimiçi), 10 Haziran 2016, s. 1 – 20.

MOROĞLU, Nazan: “Kadının Kimlik Sorunu ‘Kadının Soyadı’”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2012, S. 99, s. 245 – 268.

NOMER, Halûk Nami: “Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 22, 2002, s. 421 – 450.

OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15. Bs., İstanbul, 2015.

OKTAY, Saibe: “Medeni Kanunda Kadın”, Kadınların Gündemi, İstanbul, 1997, s. 51 – 64.

OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: “Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler”, Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan, İstanbul, 2009, s. 289 – 305.

ÖCAL APAYADIN, Bahar: “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözüme Kavuşturulmuş Mudur?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2015, s. 425 – 457.

ÖDEN, Merih / ESEN, Selin: “Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, Cilt-II, Ankara, 2013, s. 817 – 836.

TUMAY, Murat / ALTINEL, Gökçe: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Gunes v. Turkey Kararının Türk Anayasa Hukuku Açısından Tahlili”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 33, 2015, s. 167 – 180.

YILMAZ, Merve: “Evli Kadının Soyadı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, S. 10, Temmuz 2012, s. 129 – 151.





# ROMA MÜLKİYETİNDE MANCİPATİO'NUN YERİ VE ÖNEMİ

*The Importance and Place of Mancipatio in Roman Ownership*

Yrd. Doç. Dr. Elvan SÜTKEN\*

## ÖZET

Roma Hukukunda bir *Ius civile* işlemi olma özelliğine sahip olan *mancipatio*, mülkiyetin devren kazanılması yollarının kökeninde bulunan ilk hukuki işlemidir. *Mancipatio*, gerek doğrudan, gerek dolaylı olarak Roma'nın ticari ve hukuki hayatını derinden etkileyen bir hukuki işlem olmuştur. Bazı Roma'lı hukukçulara göre *mancipatio* bir yöntem (usûl) olarak, bazılarınca hukuki işlem olarak adlandırılır. Roma Hukukunda zamanın en değerli malları olan, ticari öneme sahip *res Mancipi*'nin mülkiyetinin devren kazanılmasına resmiyet sağlayan ilk hukuki işlem olduğundan, diğer mülkiyetin devren kazanılması işlemleri arasında yeri ve önemi tarafımızdan incelemeye değer bulunmuştur. "Roma Hukukunda *Mancipatio*'nun Yeri ve Önemi" başlıklı çalışmamızda ayrıca, *mancipatio*'nun diğer mülkiyetin devren kazanılma yollarından farkını görebilmek adına, *in iure cessio*'yu ve *traditio*'yu da, temel özellikleri itibarıyla kısaca incelemek uygun görülmüştür.

**Anahtar Kelimeler:** Roma Hukuku, Roma Hukukunun günümüze etkisi, Roma özel hukuku, Roma mülkiyeti, *Mancipatio*, *Ius civile*, *Ius civile* işlemi, Roma'da mülkiyetin devren kazanılması, *Res Mancipi* mallar, *Mancipatio*'nun kullanımı, *In iure cessio*, *Traditio*.

## ABSTRACT

*Mancipatio*, which has a main characteristic of being an *Ius Civile* process, is also a transaction that serves as an origin of the procedures of the transfer of ownership in Roman Law. *Mancipatio*, both directly and indirectly had effected profoundly Roman's commercial and legal world. Some Roman jurists designate *mancipatio* as a process or method, some of them designate it as a transaction. Because of the great importance of *mancipatio* among other procedures of the transfer of ownership as primarily it had given solemnity to the transfer of *res Mancipi* which had been the most valuable commercial goods of that time, we decided to analyse it thoroughly among the other methods of transfer of ownership in Roman Law and in this way designate its great role in Roman ownership. In this study of ours in the name of "The Importance and Place of *Mancipatio* In Roman Ownersip ", we also examined other methods of transfer of ownership "*in iure cessio*" and "*traditio*" only by main features, in order to analyse the differences in between.

**Keywords:** Roman Law, Effects of Roman Law on contemporary law, Roman private

---

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. esutken@anadolu.edu.tr

law, Roman ownership, *Mancipatio*, *Ius civile*, *Ius civile* process, Transfer of ownership in *Roman Law*, *Res mancipi*, Usage of *mancipatio*, *In iure cessio* (*magistra* önünde terk), *Traditio* (teslim).



## GİRİŞ

“Roma Mülkiyetinde *Mancipatio*'nun Yeri ve Önemi” başlıklı bu çalışmamızda, *mancipatio* üzerinde, bu işlemin Roma'da mülkiyetin diğer devren kazanılması yolları (işlemleri) arasında tarihsel olarak ilk sırada yer alması, bazı Roma Hukuku yorumcuları tarafından belirtildiği üzere, Roma Hukukunda liberal hareketin tetikleyici kurumlarından birisini teşkil etmesi, Roma mülkiyetinin *ius civile*'ye göre devrinde uzun yıllar kullanılmış olması ve o zamanın ticari ve hukuki hayatında varolmuş ihtiyaçları uzun süre giderebilmiş olması gibi temel nedenlerle, çalışma konumuzla sınırlı olarak inceleme yapmak gereği duyulmuştur. Elbette ki Roma'da hukuki hayatta gelişim (teamül) devam etmiş, zaman içinde günlük ve ticari hayatta beliren yeni gereksinimler, yeni hukuki kurumların doğuşuna ve eski usullerin ve birtakım hukuki işlemlerin ortadan kalkmasına yolaçmıştır. Nitekim; *mancipatio*'nun kullanımı sırasında karşılaşılan ve özellikle de şekle sıkı sıkıya bağlı bir işlem olmasının yarattığı zorlukların günlük hayatta bu şekilde mülkiyetin devredilmesinin ticari hayatta pratik çözümler getirmemesi üzerine zaman içinde sık başvurulan bir işlem olmaktan uzaklaşmıştır. Roma'nın ticari ve günlük hayatında mülkiyetin devren kazanılması işlemlerine tâbi olması beklenen malların kapsamının zaman içinde değişmesi, *res mancipi* – *res nec mancipi* mal ayırımının ortadan kalkması, yabancılarla olan ticari ilişkilerin artması, Roma mülkiyetinin devrinde daha sonra tarihsel sırayla *in iure cessio*'nun ve *traditio*'nun doğarak, birer devir işlemi olarak o zamanın hukuki ve ticari hayatındaki ihtiyaçları karşılar kurumlar haline gelmeleri ve hatta *traditio*'nun da günümüz hukukunda teslim ile mülkiyetin devredilmesine kaynak oluşturması, aslında *mancipatio*'nun kullanıldığı zamanlardan günümüze, mülkiyetin devren kazanılması kurumunun hukuk dünyasındaki gelişiminin evrelerini oluşturmaktadır.

### a. Roma Mülkiyetinin *Ius Civile*'ye ve *Ius Gentium*'a Göre Devri

Roma Hukukunda mallar üzerindeki mülkiyet hakkı, tarihi dönemler<sup>1</sup> bo-

---

<sup>1</sup> Roma Hukukunun tarihi dönemleri, Eski hukuk dönemi (M. Ö. 753 – M. Ö. 150), Klasik Öncesi hukuk dönemi (M. Ö. 150 – M. Ö. 27), Klasik hukuk dönemi (M. Ö. 27 – M. S. 250), Klasik Sonrası hukuk dönemi (M. S. 250 – M. S. 527) ve Iustinianus Dönemi (M. S. 527 - M.

yunca ticari ve hukuki hayatın gerektirdiği üzere şahıslar tarafından “mülkiyetin kazanılma yolları” denen hukuki işlemler (muameleler) ile kazanılırdı. Roma Hukukunda çeşitli mülkiyet tipleri bulunmaktaydı. Başka deyişle, *Iustinianus*’un *Institutiones* adlı eserinde (*Iustinianus, Institutiones*. 2.1.11.’de) belirtildiği üzere mallar, *Iustinianus* zamanına kadar çeşitli biçimlerde kişilerin olurdu. Roma’da eşyanın mülkiyeti, ya *ius civile* (vatandaşlar hukuku) gereğince ya da *ius gentium* (kavimler hukuku) gereğince kişiler tarafından elde edilebiliyordu.<sup>2</sup>

Roma devletinin sınırları genişledikçe nüfus yapısı değişti. Zaman içinde Roma yurttaşları ile egemenlik altına alınan devletlerin yurttaşları arasında hukuki ilişkilerin düzenlenmesi ihtiyacı doğdu. Bunun yanında, Roma egemenliği altında birleşen farklı devletlerin kendi aralarında da hukuk birliği sağlanması gerekiyordu.<sup>3</sup> *Ius civile*, ancak şehirler meydana getirildikten, *magistralar* kurulduktan ve kanunlar yazıldıktan sonra var olmaya başlamıştı. *Ius civile*, Roma’nın pozitif hukuku idi. Kaynağı halk olan *ius civile*, resmi bir makamın koyduğu kurallardan değil de, kanun haline gelmiş halk meclisi kararları (*lex*) ve ayrıca örf ve adet hukuku vb. kaynaklardan oluşurdu. *Ius civile* değişime açık olmayan, sert hukuk kurallarından oluşuyordu.<sup>4</sup> Şekilci ve tutucu olan *ius civile*, belirtmekte olduğumuz diğer özellikleri yanında, “Roma Mülkiyetinde *Mancipatio*’nun Yeri ve Önemi” başlıklı bu çalışmamıza temel teşkil eden; özel

---

S.565) olarak bilinmektedir. Bkz.: Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku-Tarihi-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması** (Onyedinci basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), s. 37-38.

<sup>2</sup> *Iustinianus, Institutiones* Çev.: Ziya Umur (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968), s.76-77. *Iustinianus, Institutiones* 1.2.1.’e göre; hukuk *ius civile* (vatandaşlar hukuku) ve *ius gentium* (kavimler hukuku) olarak şu anlamda ayrılır: Kanunlar ve örf âdetlerle idare olunan bütün kavimler, kısmen kendilerine has olan hukuku, kısmen de bütün insanları kapsayan hukuku kullanırlar. Esasen, her kavmin kendisi için oluşturduğu hukuk, o devlet halkına has olan hukuktur ve *ius civile* yani vatandaşlara has olan hukuk ismiyle anılır. Buna karşılık, tabii aklın (*ratio naturalis*) bütün insanları kapsamak üzere teşkil ettiği ve tüm insanlarca aynı biçimde uyulan hukuk kuralları ise, *ius gentium* yani bütün kavimlere müşterek olan hukuk ismiyle anılır. Roma halkı da kısmen kendisine has olan hukuku (*ius civile*’yi), kısmen de bütün insanlara yani kavimlere müşterek olan hukuku (*ius gentium*’u) kullanır. *Ius civile*’ye *ius quiritium* da denir. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bakınız.: *Iustinianus, Institutiones*, s. 16 – 17.

<sup>3</sup> Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 92-93.

<sup>4</sup> Paul Koschaker, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Anahatları**. Çev.: Kudret Ayiter (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993), s. 11; Salvatore Riccobono, “**Outlines of The Evolution of Roman Law**”, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 74, No 1: 1-19, (November 1925), s. 1; Mario Talamanca, **Elementi di Dritto Privato Romano** (Milano: Giuffrè Editore, s. p.A, 2001), s. 33; Giovanni Pugliese, **Istituzioni di Dritto Romano Sintesi** (Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998), s. 50; Pasquale Voci, **Istituzioni di Diritto Romano** (Quinta Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1996), s. 59.

mülkiyetin tanınmış olması ve mülkiyetin devrinin hukuki şeklinin geliştirilmiş olması gibi belirgin özelliklere sahipti.<sup>5</sup>

*Ius gentium* ise, yabancılara uygulanabilecek hukuk kurallarına ihtiyaç duyulması sebebiyle doğmuştu. Ticaret hayatının gerektirdiği üzere, hem Roma yurttaşlarına hem de yabancılara uygulanabilecek olan hukuk kuralları oluşturulmalıydı. Bu faaliyetleri yerine getirecek makam, önceden beri görev yapmakta olan şehir *praetor*'u (*praetor urbanus*) yanında ilk kez M.Ö. 242 yılında göreve getirilen yabancılar *praetor*'u (*praetor peregrinus*) idi. *Praetor peregrinus*'un faaliyete geçmesiyle, Roma yurttaşlarıyla yabancılar arasında yapılmaya başlanan hukuki işlemlerin belirgin özelliği, bunların, yeni saptanan şekil özelliklerine uygun olarak geliştirilmiş olup esneklik arz etmeleri ve Latince olmalarıydı. *Praetor peregrinus*'un hukuk yaratma faaliyetleri sonucunda, hem Roma yurttaşlarına hem de değişik kavimlerin üyesi olan tüm yabancılara uygulanabilecek birçok yeni hukuk kuralından oluşan yeni hukuk düzenine "*ius gentium* (kavimler hukuku)" dendi.<sup>6</sup> Zaman içinde, *ius gentium*'un düzenlediği hukuk alanı, *ius civile*'nin uygulama alanına girmeye başladı. Nitekim, Roma'nın sınırları genişledikçe, Roma yurttaşlığını kazanan topluluk da siyasi sebeplerle büyüyordu. M.S. 212 yılında imparator *Caracalla* tarafından çıkarılan "*Constitutio Antoniniana*" isimli emirnameyle, Roma İmparatorluğu'ndaki tüm uyruklara Roma yurttaşlığı tanınınca artık bundan böyle *ius civile*, "tüm uyruklara uygulanan hukuk" olarak tanımlanır oldu.<sup>7</sup>

Taşınır mallar üzerinde, ayrıca İtalya yarımadası üzerindeki araziler üzerinde, ya da eyaletlerde olup İtalya toprağı sayılan sınırları belli araziler üzerinde şahısların sahip oldukları mülkiyet hakkı, *ius civile* tarafından tanınmış olan "*dominium ex iure quiritium* (*ius civile* mülkiyeti)" idi. Diğer mülkiyet tipleri olan "*in bonis rem habere* (*praetor* mülkiyeti)" ve "eyalet arazileri üzerindeki mülkiyet", *Iustinianus* zamanında *dominium ex iure quiritium* ile birleştirilmiş ve bir tek mülkiyet haline getirilmişti.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> John Spencer Muirhead, **An Outline of Roman Law** (Second edition. Great Britain: William Hodge and Company, Limited, 1947), s. 13.

<sup>6</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: A. Arthur Schiller, "**Custom in Classical Roman Law**", *Virginia Law Review*, Vol.24, No 3:268-282, (January, 1938), s. 276.; Çelebican, **Roma Hukuku**, s.93-94.; Max Kaser, **Ius Gentium** (Köln: 1993), s.6-7.; Talamanca, **a.g.e.**, s. 33.; Haluk Emiroğlu, **Ius Gentium - Kavimler Hukuku**. (İstanbul: Değişim Yayınları, 2007), s. 29-30.; Olga Tellegen – Couperus, **A Short History of Roman Law** (Great Britain: 1993), s. 48-49.

<sup>7</sup> Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**. Çev.: Ziya Umur. (İkinci basım. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1959), s. 9; Sherman, **a.g.m.**, s. 58-59; Emiroğlu, **a.g.e.**, s. 46; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 94-95; Riccobono, **a.g.m.**, s. 10-11.

<sup>8</sup> V. Arangio-Ruiz, **Istituzioni di Diritto Romano** (Napoli: 1954), s. 179-180; Fritz Schulz, **Classical Roman Law** (Oxford: Oxford Clarendon Press: 1969), s. 338-339; Paul Koschaker,

## b. Mülkiyetin Kazanılması

Roma Hukukunda bir kimseye mallar üzerinde mülkiyet hakkı, aslen ve devren olmak üzere iki şekilde sağlanırdı. Roma Hukukunda da günümüzdeki gibi mülkiyet hakkı en geniş kapsamlı aynı haktı.<sup>9</sup> Günümüz hukukunda olduğu gibi Roma Hukukunda da, başka bir hak sahibi ile yapılmış bir hukuki ilişkiye dayanmadan, mal üzerinde doğrudan doğruya kurulan hakimiyet, mülkiyetin aslen kazanılması idi. Mülkiyetin aslen kazanılma biçimlerinin en önemlileri; sahiplenme (*occupatio*), birleşme (*accessio*), karışma – birleşme (*confusio*, *commixtio*), işleme - hukuki taşıyır (*specificatio*), ürünlerin kazanılması (semelerinin kazanılması yani “*fructus*”) idi.<sup>10</sup> Önceki malik ile kurulan ve kazanımı haklı kılan devir işlemi ile önceki malike ait olan mülkiyet hakkının elde edilmesi ise mülkiyetin devren kazanılmasıydı. Bu devir işlemi sonucunda, mal üzerindeki irtifak, intifa, vb. haklar, ipotek gibi mükellefiyetler, ayrıca borçlar da yeni malike geçebilirdi. Roma’da mülkiyetin devren kazanılması yolları; *mancipatio*, *in iure cessio* ve *traditio* idi.<sup>11</sup>

## c. “Res Mancipi - Res Nec Mancipi” Ayırımı

Roma Hukukunda aynı akitlerde borcun doğumu için karşılıklı rızanın bulunması (*consensus*) yeterli değildi. Karşılıklı rızanın bulunması şartı dışında, borçluya bir şey (*res*) verilmişse ancak o zaman borçlu iade ile yükümlüydü. Çağdaş hukukta, eşyalar esas olarak taşınır ve taşınmaz olarak ayrılırken, Roma’da ilk dönemlerde *res mancipi* ve *res nec mancipi* diye ayrılıyordu.

Bilindiği üzere Roma’da *res*, hem “şey, mal” hem de “eşyalar, mallar” anlamındaydı. Roma’da *res mancipi* sayılan mallar şunlardı; İtalya arazisi (*solum italicum*), İtalya arazisi üzerindeki arsalar, binalar<sup>12</sup>, tarımsal ittifak hakları

---

**Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları.** Çev.: Kudret Ayiter (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993), s. 111-112; Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Eşya Hukuku** (5. Basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), s.132-133 ve 135-136; Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı** (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983), s. 60-61.; Belgin Erdoğan, **Roma Eşya Hukuku** (6. Basım. İstanbul: Der Yayınları, 2015), s. 41-42.; Ziya Umur, **Roma Hukuku-Eşya Hukuku** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985), s. 27-28.

<sup>9</sup> Roma Hukukunda aynı hakların önemi, hak sahibine, bir şey üzerinde doğrudan hakimiyet temin etmelerinde görülür. Bu hakimiyet; malı kullanma (*usus*), semelerinden yararlanma (*fructus*), devretme, hertürlü tasarruf etme, yoketmeye kadar varan, mal ile ilgili çeşitli hukuki işlemler yapma (*abusus*) ve sahip olunan bu hakları herkese karşı ileri sürebilme yetkilerini içerir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 95-96.

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 152 vd.

<sup>11</sup> Ziya Umur, **Roma Eşya Hukuku** s. 41; Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 168-169; Koschaker, **a.g.e.**, s. 133-134; Schulz, **a.g.e.**, s. 343.

<sup>12</sup> İkel hukukta araziler, *Latinilere* kadar kişisel hakimiyetin kapsamına dahil olamıyordu. O

(*Servitutes Praediorum Rusticorum*), köleler (*servus*), yük ve çeki hayvanları. Bunların dışında kalan para dahil tüm mallar ise, *res nec mancipi* mallardı. Bu ayırımdaki kriterin “Tarıma elverişlilik, üretim ve hayat için önem arz etme” olduğu söylenebilir. *Res mancipi*'ler daha kıymetliydi<sup>13</sup>, bu nedenle de hukuk düzenince daha fazla korunurlardı. *Res mancipi*'ler ancak *mancipatio* ve *in iure cessio* ile devredilebildiklerinden ve yalnızca Roma vatandaşları bu işlemleri yapabileme yetkisine sahip olduklarından, söz konusu önem arz eden malların yabancılar tarafından devralınmasının önüne geçilmiş oluyordu. Zaman içinde eyaletlerdeki arazi ve binaların kıymetleri arttıkça, bunların *res nec mancipi* olması anlamsızlaştı ve nihayet *Iustinianus*'un emriyle bu ayırım ortadan kalktı.<sup>14</sup>

Klasik dönem boyunca Roma'da görülen *res mancipi* - *res nec mancipi* ayırımı, *Iustinianus* zamanında yerini tümüyle “taşınır mal - taşınmaz mal” ayrımına bırakmıştır.<sup>15</sup>

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de inceleneceği üzere, Klasik dönemde özellikle “*res mancipi*” sayılan malların üzerinde aynı hak tesisi ve bu mallar üzerindeki mülkiyet hakkının devredilebilmesi için, özel törenleri gerektiren ve birtakım teferruatlardan oluşan, *mancipatio* ve *in iure cessio* denen hukuki işlemler öngörülmüştü. Mülkiyetin kazanılması yollarından olan *mancipatio* ve *in iure cessio*, şekle sıkı sıkıya bağlı olmaları dolayısıyla, zamanla Roma Hukukunda birer işlem olmaktan çok, birer şekil olarak anılır hale geldiler. Bazı yazarlar tarafından ifade edildiği üzere, özellikle *res mancipi* mallarda şekilciliğin daha sıkı uygulanmış olmasının sebebi, en eski zamanlarda mülkiyete konu olabilecek malların yalnızca *res mancipi* mallar olmasıdır.<sup>16</sup> *Res nec mancipi* malların *ius civile* mülkiyetinin devri ise, hiçbir şekle bağlı olmayan *traditio* (teslim) işlemi ile mümkündü. Roma vatandaşlarıyla yabancılar arasında yapılan hukuki işlemler söz konusu olduğunda, her türlü malın mülkiyetinin devri de *traditio* ile sağlanmaktaydı. Ancak Roma vatandaşları, kendi aralarında *res*

---

halde Roma'nın en eski devirlerinde (ilkel hukukta), taşınmazlar ilk önceleri *mancipatio*'ya konu bile olamıyordu. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Carlos Felipe Amunátegui Perelló, “**Problems Concerning Mancipatio**” *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 80: 329-352, (2012)., s. 334.

<sup>13</sup> *Res mancipi* kapsamındaki pekçok maldan daha fazla ekonomik değer taşıyan zırhlar, altın, fildişi ise, muhtemelen tarım ile ilgisi bulunmadığından, *res mancipi* mallar listesine dahil değillerdi. Bkz.: Perelló, **a.g.m.**, s. 342.

<sup>14</sup> Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 45-46; Erdoğan, **Roma Eşya Hukuku**, s. 6-7; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları** (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999), s. 407- 408.

<sup>15</sup> Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 46-47.

<sup>16</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 346; Kaser, **Roman Private Law**. Translated by: Rolf Dannenbring (Durban: Butterword & Co. Ltd., 1965), s. 36; Umur, **Ders Notları**, s. 408; Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 45-46.

*mancipi* bir malı *traditio* ile devrederlerse, bu durumda *ius civile* mülkiyeti karşı tarafa geçmez, yalnızca *praetor* mülkiyeti geçerdi.<sup>17</sup>

## 1. Roma Mülkiyetinin Devren Kazanılması Yollarından “*Mancipatio*” ve Roma Mülkiyetindeki Yeri

### 1.1. *Mancipatio*'nun Tanımı

*Mancipatio*, Roma'nın en eski dönemlerine ait hukukla ilgili olarak, belki de üzerinde en çok tartışılan kurumdur. *Mancipatio* ile ilgili teoriler, onun ilkel hukuka ait ekonomik ve sosyal işlevini incelerken, bunu Roma'nın devlet haline gelmeden önceki idari yapısı ile ilişkilendirirler. Buna göre, Eski hukuk döneminde *mancipatio*'nun Roma'daki *gens*'lere<sup>18</sup> ait, kâr getiren değerlerden oluşan malların devrine resmîyet kazandıran, ilkel bir tören olduğu sonucuna varılmıştır.<sup>19</sup>

Anlam bakımından incelediğimizde, *mancipatio* kelimesinin “*manus* (el)” ve “*capere* (kavramak)” kelimelerinden oluştuğunu görürüz. O halde *mancipatio*, el ile kavrayarak bir malın mülkiyetini kazanmayı ifade ediyordu. Roma Hukukunda *mancipatio*, yukarıda da belirtildiği gibi, yalnızca *res mancipi*'lerin<sup>20</sup> mülkiyetinin devrinde kullanılan bir işlemdi. Roma Hukukunda bu işlemin neredeyse dört yüzyıldan uzun bir süre kullanıldığı kaynaklardan anlaşılmaktadır.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> *Traditio*, Roma Hukukunda Klasik Öncesi Dönemde ve Klasik Dönemde, şekilsiz bir mülkiyeti devir işlemini ifade eden teknik bir terim olarak da kullanılmaktaydı. *Traditio*, birincisi, “bir fiil olarak zilyetliğin devri”, ikincisi ise “hukuki bir işlem olarak mülkiyetin devri” olmak üzere iki olguyu işaret etmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Arzu Oğuz, “Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan *Traditio*'nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Traditionis*)”, **A.Ü.H.F.D.**, Cilt 47, Sayı 1-4: 49-84, (1998), s. 50-51; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 64-65.

<sup>18</sup> Roma'da *gens*; birden çok aileden meydana gelen, *civitas*'tan (şehir-devletten) önce ortaya çıkan küçük devlet oluşumu olarak tanımlanıyordu. Her *gens*'in kendine ait bir dini ve *gens* üyelerinin geçimini sağlamak için müştereken ekilen bir arazisi vardı. *Gens*'e dahil olan ailenin üyeleri, “reis (şef)” olarak da adlandırılan, aynı babanın egemeliği altında yaşarlardı. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kaser, **Roman Private Law**, s. 62.; Theo Mayer-Maly, **Römisches Recht** (Wien; New York: Springer, 1999), s.43.; Şakir Berki, **Roma Hukuku** (Ankara: 1949), s. 142.; Mişon Ventura, **Roma Hukuku**, (C.1. İstanbul: Ahmed İhsan Matbaası Ltd., 1934), s. 55-56.; Recai Okandan, **Roma Âmme Hukuku** (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1944), s. 18.

<sup>19</sup> Özellikle askeri alanda ve ticari alanda *gens*'lere güç sağlayan malların kâr getirmesi sözkosuydu. Bkz.: Perelló, **a.g.m.**, s. 329 ve s. 352.

<sup>20</sup> *Res mancipi*'ler ile ilgili olarak şu nokta yeri geldiği üzere vurgulanmalıdır ki; *mancipatio*'nun yoğun olarak kullanımda kaldığı Roma'nın ilkel dönemi (Eski hukuk dönemi) güçlü tarımsal ekonomik yapı ile karakterize edilmişti ve dolayısıyla her *res mancipi* mal, bir yönüyle mutlaka tarımı ilgilendiriyordu. Bkz.: Perelló, **a.g.m.**, s.333.

<sup>21</sup> C. Brezzo, **La Mancipatio** (Roma:1972), s. 7 vd.; Giovanni Pugliese, **Istituzioni di Dritto Romano Sintesi** (Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998), **a.g.e.**, s. 332; A.



## 1.2. Mancipatio'nun Yapılış Şekli

Eski *Ius Civile* tarafından saptanmış kurallara tâbi olan *mancipatio*, aşırı şekilci bir işlemdi. *Mancipatio* yalnızca Roma yurttaşları ve Romalılarla ticaret hakkına (*ius commercie*) sahip Latinler tarafından yapılabiliyordu. *Mancipatio*'yu, *manus*'la evlenseler bile kadınlar gibi hür kimseler ve başkasının hakiyetine tâbi 14 yaşına kadar olan erkek çocuklar ancak vasilerinin izni ile yapabiliyorlardı.<sup>22</sup> Öyle anlaşılıyor ki, *mancipatio*'nun töreninde yer alan herkes Roma vatandaşı olmalıydı.<sup>23</sup>

*Ius Civile* işlemi olan *mancipatio*, şart ve vadeye bağlanamazdı. Hayali bir işlem<sup>24</sup>, bunun sonucu olarak da, mülkiyeti devredilecek *res Mancipi* malın zilyetliğinin fiilen karşı tarafa geçirilmesi gerekmezdi. İlk zamanlarda sebepli (*iusta causa*) bir işlem olan *mancipatio*, yabancılarla gelişen hukuki ilişkiler sonucu doğan alım-satım akdi ile sebepten yoksun bir yapıya kavuşmuştu.<sup>25</sup>

*Mancipatio* töreninde, mülkiyeti devralacak ve devredecek kişilerle, devir konusu mal bir araya getiriliyordu. Devir konusu mal taşınır bir malsa, bu mal olduğu gibi hazır bulunduruluyor, şayet devredilecek mal taşınmaz bir malsa, bu mala ait temsili bir parça törende hazır bulunduruluyordu.<sup>26</sup>

*Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde, *mancipatio* töreni anlatılmaktadır:

**Gaius, Inst. 1.119:** “*Mancipatio*, önceden de bahsedildiği gibi, bir çeşit hayali satıştır ve aynı zamanda *mancipatio*, Roma vatandaşlarına özgü olan *ius civile*'nin bir parçasıdır. Şu şekilde oluşur: Tanık olarak 5 kişiden az olmayacak sayıda baliğ Roma vatandaşı ve terazi memuru denen, bronz teraziye taşıyacak tanıklarla aynı statüde olan baliğ Roma vatandaşı hazır bulundurulacak. Malın mülkiyetini devralmak isteyen kişi söz konusu malı eliyle kavrayarak, “Bu malın *Quirites* Hukukuna göre bana ait olduğunu ve bu bronz külçe ve bronz terazi ile bana satılmış bulunduğunu beyan ederim” derdi. Bundan sonra, teraziye bronz külçe ile vurarak, bronz külçeyi malın ücreti olarak mülkiyeti devredene verirdi.”<sup>27</sup>

Nadi Günal, **Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı İle Mülkiyeti İktisabı (*Usucapio*)** (Yayınlanmış Doçentlik Tezi, Ankara: 1999), s. 19-20; Schulz, **a.g.e.**, s. 344.

<sup>22</sup> Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 169-170; Koschaker, **a.g.e.**, s. 133; Geoffrey MacCormack, “Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law”, **Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis** 37, 1: 439-468, (1969), s. 442.

<sup>23</sup> Barry Nicholas, **An Introduction to Roman Law** (Oxford: Oxford University Press, 1975), s. 63.

<sup>24</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 344.

<sup>25</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 137-138.

<sup>26</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 345; Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 169; Umur, **Roma Eşya Hukuku**, s. 68.

<sup>27</sup> Gaius, **The Institutes of Gaius**. Edited by: W. M. Gordon – O. F. Robinson (London: Gerald

*Mancipatio*'nun terazi memuru (*libripens*)<sup>28</sup>, terazi<sup>29</sup>, bronz ya da bakır külçesi (*aes*) gibi unsurları o zamanlardaki alım-satım hakkında bizi fikir sahibi yapar.<sup>30</sup> Öyle anlaşılıyor ki, o zamanlardaki, *tartılmış külçe bakır (aes rude)*<sup>31</sup>, günümüzdeki paranın yerini tutuyordu. Metallerin tartıda gelen ağırlığına göre mallar fiyatlandırılıyordu. Alım-satım peşindi.<sup>32</sup> O halde *mancipatio*, basılmış para kullanılmadan önce uzun yıllar mülkiyetin devren kazanılma yolu olmakla ve yüksek ticari değere sahip *res Mancipi* malların devrine imkân sağlaması nedeniyle de mühimdi.<sup>33</sup> Bazı kaynaklarda, *mancipatio*'nun yapısının basit bir anlaşmadan çok aynı bir satışa benzediği üzerinde durulmuştur.<sup>34</sup>

Klasik Dönemde ise *mancipatio*, hayali (*imaginaria venditio*) bir satış haline geldi.<sup>35</sup> Bunun sebebi ise, basılmış paranın (sikke) kabulüdür. Böylece artık madenin tartılmasına gerek kalmadan malın bedeli, sembolik olarak sikke (*sestertius*) ile, işlem dışında ödenebiliyordu. *Mancipatio*, mülkiyeti devreden, sebepten yoksun hayali bir satış haline gelince, bağlı olduğu alım-satımın hukuki sebeplerinden ayrılarak, mülkiyetin devriyle ilgili birçok işlemde kullanılır oldu. Dolayısıyla artık alım-satım akdi ve *mancipatio* birbirinden ayrılmış, alım-satım akdi ise artık şekle bağlı olmadan yapılmaya başlanmıştı. *Mancipatio*'nun hayali bir satış haline gelmesiyle, önceden *mancipatio*'nun alım-satım ile ilgisi olduğunu ancak peşin bir alım-satım söz konusu olmadığını savunan Koschaker, böylelikle artık, alım-satım akdi dışındaki mülkiyeti devir işleme-

---

Duckworth & Co. Ltd., 1997), s. 31-32.

<sup>28</sup> *Libripens*, elinde teraziye tutan baliğ Roma vatandaşı idi. Muhtemelen, tarafsız ve konusunda uzman olan bu kişiye "terazi memuru" denirdi: Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaser, **Roman Private Law**, s. 36.

<sup>29</sup> *Mancipatio* kullanıma girdiğinde, bronz ya da bakır külçe (*aes*) kullanımından da anlaşıldığı üzere, metale dayalı ekonomi vardı. Ticari nitelikli alışverişlerde eşyanın metal biriminden değerlendirilmesi esas alınıyordu çünkü merkezi otorite tarafından belirlenmiş ve garantisi sağlanmış herhangi bir tartı sistemi olmadığından terazi (*libra*) kullanılıyordu. Bronz ya da bakır külçe (*aes*) kullanımı ve yine terazi (*libra*) kullanımı, aslen malların mülkiyetinin devredilmesinin, alım-satımın ilk yasal uygulamalarının vazgeçilmez unsurlarıydılar. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Perelló, **a.g.m.**, s. 342.

<sup>30</sup> Brezzo, **a.g.e.**, s. 26; Pugliese, **a.g.e.**, s. 330; Gordon E. Phillipson, "Development of The Roman Law of Debt Security", **Stanford Law Review**, Vol.20, No 6: 1230-1248, (June 1968), s. 1230; Voci, **a.g.e.**, s. 249; Alan Watson, **Spirit of Roman Law** (Athens: University of Georgia Press, 1995), s. 16.

<sup>31</sup> Bakır külçe (*aes rude*)'nin ağırlığına göre değeri belirleniyordu: Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kaser, **Roman Private Law**, s. 36.; Perelló, **a.g.m.**, s.338.

<sup>32</sup> Di Marzo, **Roma Hukuku**, s. 276; Nicholas, **a.g.e.**, s. 63; Kaser, **Roman Private Law**, s. 102.

<sup>33</sup> Perelló, **a.g.m.**, s. 338.

<sup>34</sup> Perelló, **a.g.m.**, s.329.

<sup>35</sup> Pugliese, **a.g.e.**, s. 332; Richard Honig, **Roma Hukuku Dersleri**. Çev.: Şemseddin Talip (İstanbul: Ahmed İhsan Matbaası Ltd., 1935), s. 194; Koschaker, **a.g.e.**, s. 135; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 60.

rinde *mancipatio*'nun kullanılmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir.<sup>36</sup>

Türk hukukunda, Roma'da *mancipatio*'daki terazi memuru ile tanıklar huzurunda yapılan şekle bağlı işlemin yansımaları, 2644 Sayılı Tapu Kanunu'nun 26. maddesinde, işbu maddede belirtilen taşınmazlarla ilgili olarak irtifak hakkı tesisine veya tesisi vaadine ilişkin resmi senetlerin tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilmesi hususunda görebiliriz. Tapu Kanunu'nun 26. maddesine getirilen ek hükümdeki düzenlemeye göre ise; "... Resmi senedi, taraflar ile hazırlayan tapu sicil müdürlüğü görevlileri imzalar, tapu sicil müdürü veya görevlendirilen memur onaylar. Tarafların kimliklerinde şüpheye düşülen hallerde tanık getirilmesi istenebilir. Kanunların tanık bulundurulmasını zorunlu kıldığı hükümler saklıdır..."<sup>37</sup>. Tapu Kanununun 26. maddesindeki bu düzenleme, çalışmamızda ele aldığımız konu itibarıyla Roma Hukukunun günümüz hukukuna olan önemli etkilerinden birini teşkil eder.

### 1. 3. Mancipatio ile İlgili Kuramlar

*Mancipatio*'nun mahiyeti, temel işlevi, *res mancipi* ile ilişkisi konusunda 20. yüzyılda birçok kuram üretilmiştir. Doktrinde varolan bu kuramların bazıları *mancipatio*'yu ilkel tarımla ilişkilendirir, bazıları egemen güç ile ya da en eski mülkiyet kavramıyla, bazılarıysa tek taraflı kazanımla ilişkilendirir. Tek taraflı kazanımla ilişkilendiren birinci kurama göre, *mancipatio*, tek tarafa borç yükleyen ve mülkiyetin kazanılmasının kökenini oluşturan işlemdir. Bu görüşü savunanlar, *mancipatio*'yu liberal bir işlem olarak kabul etmeyip, *Gaius*'un "*mancipatio*'nun zaman içinde gelişimini tamamlayacak bir kurum olduğu" görüşünde hemfikirler.<sup>38</sup> Fernand De Visscher tarafından ileri sürülen ikinci kurama göre *mancipatio*, Roma'da aile reisinin (*paterfamilias*'ın) egemenliği

<sup>36</sup> Koschaker, a.g.e., s. 134-135; Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, s. 170-171.

<sup>37</sup> Tapu Kanunu madde 26: "Mülkiyete, mülkiyetin gayri aynı haklara ve müşterek bir arzun hissedarları veya birbirine muttasıl gayrimenkullerin sahipleri arasında bunlardan birinin veya bir kaçının o gayrimenkul üzerinde mevcut veya inşa edilecek binanın, muayyen bir katından veya dairesinden yahut müstakillen istimal elverişli bir bölümünden munhasıran istifadesini temin gayesiyle Medeni Kanunun 753 üncü maddesi hükümlerine göre irtifak hakkı tesisine veya tesisi vadine mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir."

"...(Ek hüküm: 2/4/1998 - 4358/3 md.) Resmi senede tarafların kimlik bilgileri ile birlikte vergi kimlik numaraları da kaydedilir.(Değişik:6/3/1981-2421/1 md.) Resmi senedi, taraflar ile hazırlayan tapu sicil müdürlüğü görevlileri imzalar, tapu sicil müdürü veya görevlendirilen memur onaylar. Tarafların kimliklerinde şüpheye düşülen hallerde tanık getirilmesi istenebilir. Kanunların tanık bulundurulmasını zorunlu kıldığı hükümler saklıdır.11 Ocak 1926 tarihli ve 711 sayılı Kanun gereğince yapılacak aktilerde de aynı usul uygulanır..." Ayrıntılı bilgi için bakınız.: **2644 Sayılı Tapu Kanunu**

<sup>38</sup> Perelló, a.g.m., s. 329-330.

altında bulundurduğu her kimse ve her mal üzerindeki egemen gücün devredilebilmesi için kullanılan bir yöntemdi. *Mancipatio*, özellikle oluşturulmuş, kazanç getiren bir işlem olup, *mancipatio* ile devri mümkün olan *res mancipi*'ler ise aile reisinin egemen gücüne tâbi olan mallardı. *Res nec mancipi* ise sadece zilyetliğe konu olabilir, mülkiyetin devrine konu olamazdı. Üçüncü kurama göre *res mancipi*'ler, aile malları olarak yorumlanırken, *res nec mancipiler* ise geniş anlamda ailenin üyelerinin kişisel servetine ait mallar olarak yorumlanırlardı. Aile malvarlığı denilen kurum, yaygın tarıma dayalı sistemin adeta bir üst yapısıydı ve ilk Roma'lı toplulukların oluşumuyla birlikte kullanıma girmişti. Roma'da *gens*'lerin; yani *civitas*'ın (şehir-devletin) oluşumundan önce gelen küçük devlet oluşumlarının parçalanıp aile topluluklarına ayrılması, muhtemelen aile malvarlıklarının gündeme gelmesine etki etmişti. Bundan önce, *gens*'ler tarafından elde bulundurulan alıkonmuş bulunan birçoşit kolektif malvarlığı sözkonusuydu. Bu nedenle *mancipatio*, *gens*'lere ait bu malvarlığının devredilmesinin ve aile malvarlıklarına dönüştürülebilmesinin resmi yolu olarak Etrüsk monarşisi tarafından ilk olarak kullanıma sokulmuştu.<sup>39</sup> *Bonfante*'nin kuramı ise günümüzde en çok kabul görendir. Bu kurama göre; kontrolü *gens*'lere ait mallar olan *res mancipi*, Etrüsk zamanında tarımsal ekonomiyle en alâkalı mallardı. *Mancipatio* ise bu derece değerli malların mülkiyetinin kazanılmasına resmiyet sağlayan yoldu.<sup>40</sup> Kanımızca bu kuramların herbiri *mancipatio*'nun Roma Hukukunda taşıdığı önemi farklı yönleriyle yansıtmaktadır.

#### 1.4. *Mancipatio*'nun Kullanım Alanları

Roma Hukukunun en eski devirlerinde aleni ve mülkiyetin devrini resmi hale sokan bir törenle yapılan, esasen bir alım-satım işlemi olan *mancipatio*, kendine özgü şekli dolayısıyla, insanlar ve eşyalar üzerinde uygulanabiliyordu.<sup>41</sup> En eski peşin satış şekli olarak bilinen *mancipatio* zamanla, hayali satış haline gelince ve sebepten yoksun olunca, artık mülkiyetin devri dışında, başka amaçlar için de kullanılır olduğunu yukarıda belirtmiştik.<sup>42</sup> *Mancipatio* artık, *res mancipi*'lerin karşılıksız devri ile ilgili olarak; kredili alım-satım, bağışlama, *dos* verme, malların garanti (*fiducia*) olarak verilmesi vb. işlemler-

---

<sup>39</sup> Etrüsk, İtalya'nın Tiber ile Arno nehirleri arasında yer alan *Etruria* bölgesinde yaşamış, İtalya'daki diğer kavimlerden çok daha ileri bir uygarlık düzeyine ulaşmış olmasıyla tanınan bir halktır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Parelló, *a.g.m.*, s. 330-331.

<sup>40</sup> Perelló, *a.g.m.*, s.331.

<sup>41</sup> Honig, *a.g.e.*, s. 56.

<sup>42</sup> Kaser, *Roman Private Law*, s. 102; Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, s. 170; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 60.

de kullanılmaya başlanmıştı. Ayrıca *mancipatio* bir şekil olarak; köy irtifakları tesisinde, borçların teminatında (*fiducia, nexum* vb.), kadın üzerinde *manus* kurulmasında (*coemptio*), baba hakimiyetinden vazgeçmede (*emancipatio*), borç ilişkisinin sona erdirilmesinde (*solutio per aes et libram*), ölüme bağlı tasarruflarda (*mancipatio familiae*), azat etme işleminde, en eski devirlerde ise karz akdinde (*mutuum*) kullanılıyordu.<sup>43</sup> *Mancipatio* ile yapılan karz akdi (*mutuum*) sonraki dönemde ortadan kalkmış, onun yerini şekle bağlı olmayan aynı akit almıştı.<sup>44</sup>

### 1.5. Mancipatio'da Teminat (Auctoritas)

Malın *mancipatio* işlemiyle devrinde, malın teminatı da malı devreden malik (*auctor*) tarafından sağlanırdı, bu teminata “*auctoritas*” denirdi. Taraflar aralarında anlaşarak *auctoritas* denen bu tabii teminatı bertaraf edemezlerdi.<sup>45</sup> Devredilen malın kendisine ait olduğunu iddia eden herhangi bir üçüncü kimse ortaya çıkarsa ve bu sebeple dava açarsa, malı devretmiş kişi (*auctor*), bu dava sırasında, malı kendisinden devralan kişiye bu teminat çerçevesinde yardım etmeliydi, onu savunmalıydı. Eğer *auctor*, dava sırasındaki bu yardım etme mükellefiyetinden kaçınırsa (*auctoritatem defugere*), ya da *auctor*'un savunmasına rağmen dava kaybedilir ve mal üçüncü şahıs tarafından zapt edilirse (*evictio*), dolayısıyla mal müktesebin zilyetliğinden çıkarsa, mülkiyeti devreden *auctor*, devralana malın değerinin iki mislini ödemek zorundaydı.<sup>46</sup> Söz konusu teminatın (*auctoritas*) doğurduğu mükellefiyetleri koruyan dava, *actio auctoritatis* idi. Satıcının malın iki mislini ödeme zorunluluğunun doğması için, semenin alıcı tarafından satıcıya ödenmiş olması gerekirdi. Roma Hukukundaki bu düzenleme, günümüz hukukuna “zapta karşı tekeffül” olarak intikal etmiştir.<sup>47</sup>

Roma Hukukunda, *mancipatio*'nun şekli zorunlulukları arasında yer aldığı üzere, ispat vasıtası olarak, *mancipatio*'nun yapıldığına ilişkin yazılı belge düzenlenmekteydi. Doğru eyaletlerinde ise bu yazılı belgeler daha önceleri kullanılmaya başlanmıştı ve mülkiyetin devrinin ispatlanması amacıyla değil, geçerliliğinin sağlanması amacıyla düzenleniyorlardı.<sup>48</sup>

<sup>43</sup> Umur, *Roma Eşya Hukuku*, s. 70; Günel, *a.g.e.*, s. 21; Schulz, *a.g.e.*, s. 345.

<sup>44</sup> Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, s. 170.

<sup>45</sup> Alan Watson, *The Law of Property in the Later Roman Republic* (Oxford: 1968), s. 16.; Brezzo, *a.g.e.*, s. 98-99.

<sup>46</sup> Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, s. 171; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 61.

<sup>47</sup> Di Marzo, *a.g.e.*, s. 277; Umur, *Roma Eşya Hukuku*, s. 69; Kaser, *Roman Private Law*, s. 37.

<sup>48</sup> Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, s. 172; Umur, *Roma Eşya Hukuku*, s. 71.

## 1.6. *Mancipatio* Vasiyetnamesi

*Mancipatio*'nun kullanıldığı bir başka yer de vasiyetname1er idi. Buna “*mancipatio* vasiyetnamesi (*testamentum per aes et libram*)” denirdi. Burada *mancipatio* vasiyetnamesi, *mancipatio*'nun önemli bir kullanım alanı olması nedeniyle ayrı olarak incelenmeye değer bulunmuştur.

Murisin, hastalığı sebebiyle *comitium*'ların (halk meclislerinin) toplanmasını bekleyemeyeceği hallerde başvurulabilen *mancipatio* vasiyetnamesi özel bir vasiyetti. Buna “terazi ve maden ile yapılan vasiyetname (*testamentum per aes et libram*)” de denirdi. Tanıklar yalnızca *mancipatio* vasiyetnamesinde yer alırdı.<sup>49</sup> *Mancipatio* vasiyetnamesinin yapılışı, *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde de yer alır:

**Gaius., Inst. 2.104:** “İşlem şu şekildeydi: Diğer *mancipatio*'lardaki gibi vasiyeti yapan kişi (*testator*), beş adet baliğ Roma vatandaşını tanık olarak ve diğer bir baliğ Roma vatandaşını terazi memuru (*libripens*) olarak bir araya getirir, aile mamelekini güvendiği bir kimseye (*familiae emptor*'a) hayali bir semen karşılığında *mancipatio* ile inançlı olarak devrederdi. Vasiyeti yapan kişi (*testator*) bu törenle ayrıca, *familiae emptor*'a, kendi ölümünden sonra bu mameleki mirasçıları arasında nasıl paylaşılacağı konusunda bilgi ve emir verirdi. *Familiae emptor*, bunun üzerine şöyle derdi: ‘Murisin tüm mamelekinin, talimatı dahilinde artık benim yönetimimde olduğunu beyan ederim, bunların tümünü elimdeki madenle alıyorum ki hukuken geçerli bir vasiyetname gerçekleşsin’. Bundan sonra, teraziye maden ile dokunur ve adeta ücretmiş gibi madeni *testator*'a (murise) verirdi. Sonra muris, elinde vasiyetle ‘Siz Romalılar şahidimdir ki, balmumu tabletlerde yazdığı üzere böylece vasiyet ederim, naklederim ve bildiririm ki işte bu mallardır’ derdi. Buna, ‘bildiri’ denirdi. Bildirinin anlamı, alenen ilan etmektir ve bununla, murisin vasiyetnamesinde ayrıntılı olarak yazmış olduklarını genel bir ifade ile açıkça belirttiği ve tasdik ettiği inandırıldı.”<sup>50</sup>

Diğer *mancipatio*'lara nazaran *mancipatio vasiyetnamesi* daha esnek kurallarla oluşturulurdu. *Familiae emptor*'a *mancipatio* ile yalnızca mamelekin yönetimi temlik edilirdi. Feragatta bulunan taraf yani *testator*, yaşadığı süre boyunca vasiyet konusu mamelekinin dilediği gibi kullanma ve elden çıkarma hakkını kaybetmiş olmazdı.<sup>51</sup> Değişik bir *mancipatio* idi, vasiyetname feshe-

---

<sup>49</sup> Honig, **a.g.e.**, s. 229-230; Alan Watson, “Illogicality and Roman Law”, **Israel Law Review**, Vol.7, No 14: 14-24, (1972), s. 15.

<sup>50</sup> Gaius, **The Institutes of Gaius**, s. 77-78.

<sup>51</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 38.

dilebilir nitelikteydi, yenisi yapılabilirdi. *Testator*, feragat eden taraf olarak, diğer *mancipatio* türlerindeki gibi pasif bir rol üstlenmesi gerekirken, burada oldukça aktifti. Şöyle ki, vasiyetnamesini teyit ederken, tanıkları sözlü olarak, bizzat kendisine tanıklık yapmaya davet ederdi. *Mancipatio vasiyetnamesi* ile esas amaçlanan, vasiyette bulunmaktan çok, vasiyette bulunulacakken herhangi bir engelle karşılaşılacağı önceden sezildiği durumlarda, buna karşı, söz-konusu *mancipatio* yöntemiyle önlem almaktı.<sup>52</sup>

*Mancipatio* vasiyetnamesine ölüme yakın olunan hallerde mecburen başvuruluyor; *familiae emptor* vasiyetname ile zilyetliği devralıyordu. *Mancipatio* vasiyetnamesi önceleri, mirasçı atamayı içermeyen, sağlararası yapılan ve cayılamayan bir işlemdi. Daha sonraları, *familiae emptor* görevini yapanların güvenilirliği yok olmaya başlayınca, bunlar memur olmaktan çıktı, böylelikle *mancipatio* vasiyetnamesi ölüme bağlı ve tek taraflı bir tasarruf haline geldi. *Familiae emptor*, önceleri söz konusu işlemde taraftı. Ancak zaman içinde, taraf olmaktan çıktı ve tanık konumuna geldi. Bunun üzerine taraf eksikliği doğdu. Bu boşluk, *comitia* önünde mirasçı atanmasıyla dolduruldu. Artık atanmış mirasçı önemli bir göreve sahipti, *testator*'un emirlerini, isteklerini yerine getirmeliydi.<sup>53</sup>

*Praetor*'ların faaliyetleri sonucu, şekilcilikten uzaklaşmaya başlayan Roma Hukukunun etkisiyle, *mancipatio* yoluna daha az başvurulur oldu, başvuru-sa bile şekil kurallarına tam anlamıyla uyulmuyordu. Şekilden çok, tarafların beyanları önem taşımaya başladı. Bunun üzerine *praetor*, *mancipatio* yerine tanıkların, murisin ve *familiae emptor*'un mührünü taşıyan bal mumundan yapılmış tabletler formunda olan, vesikalarla yapılan vasiyetnameleri geçerli saydığını ilan etti. Balmumu vesikaların yerini parşomen ve papirüsler almaya başlayınca, tanıkların mühürleri, vesikaların tamlığını garanti etmede yetersiz kaldı. Mühürlerin yerini, papirüslere yazılan dökümanların altında yer alan ve bugünkü "imza"ya kaynaklık teşkil eden "*subscriptio*"lar aldı.<sup>54</sup>

## 2. Roma'da Mülkiyetin Devren Kazanılmasının Diğer Yolları; " *In Iure Cessio* " ve " *Traditio* "

Roma'da *mancipatio* dışında mülkiyetin devren kazanılmasının diğer yolları, *in iure cessio* ve *traditio*'dur. *Mancipatio*'nun Roma Hukukundaki önemi- ni ve yerini tespit etmeye katkısı olacağı düşünüldüğünden, mülkiyetin diğer

<sup>52</sup> Nicholas, a.g.e., s. 254.

<sup>53</sup> Koschaker, a.g.e., s. 363-364.

<sup>54</sup> Nicholas, a.g.e., s. 255 vd.; Celia Wasserstein, "Form and Formalism: A Case Study", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, No:627-650, (1983), s. 642-643.

devren kazanılması yolları yalnızca anahatları ve belirgin özellikleriyle aşağıda incelenmiştir.

## 2.1. *In iure Cessio* (Magistra Önünde Terk)

Roma Hukukunda, *res Mancipi* malların mülkiyetinin devri için başvurulabilen ikinci bir hukuki işlem türü, “magistra önünde terk” olarak da adlandırılan, iki taraflı ve hayali bir devir işlemi olan “*in iure cessio*” idi. *In iure cessio*, mülkiyetin *ius civile*'ye göre kazanılması sonucunu doğururdu. *In iure cessio*'nun, *mancipatio*'dan en önemli farkı, *res nec Mancipi*'lerin devrinin de *in iure cessio* ile mümkün olmasıydı.<sup>55</sup> *In iure cessio*'daki “*cessio*” kelimesi, muhtemelen kökeninde yeralan “*cedere*” kelimesinin taşıdığı “itiraz etmemek, çekilmek” anlamından yolaçarak, malı devredenin pasif tutumunu işaret etmektedir.<sup>56</sup>

### 2.1.1. *In iure Cessio*'nun Yapılış Şekli

*In iure cessio*, mülkiyeti kazanan ile devreden arasında *legis actio* şeklinde *praetor* önünde yapılan ve istihkak iddiasına (*vindicatio*) dayanan, hayali bir dava tarzındaki devir şeklidir. *In iure cessio* işleminde, *mancipatio*'ya nazaran devletin adli yardımı görülmektedir, dolayısıyla, *mancipatio*'dan daha yeni bir işlemdir. Devir edenin pasif durumda olması, artık devredilen mal ile devir edenin bir ilişkisi kalmadığını gösterir. Taraflarca yapılan bir alış-veriş değil, kazananın devir konusu malı alması ve devir edenin bu maldan vazgeçmesi sözkonusudur, durum böyle olunca da ortada bir akit olduğu söylenemez.<sup>57</sup>

*In iure cessio*, *ius civile* tarafından sıkı şekil kurallarına bağlanmış olan en eski devir işlemlerindedir. *In iure cessio*, başkasının hakimiyetine tâbi olan hür insanlarca da kullanılırdı. Mülkiyeti devredecek ve devralacak kimseler bir araya gelip, taşınır mal ise malın tamamını, taşınmaz mal ise temsili bir parçayı alıp, Roma'da *praetor*, eyaletlerde *magistra* önüne giderlerdi. Aşağıda da bahsedeceğimiz gibi *in iure cessio* üç kişi tarafından yapılırdı. Malik mülkiyeti terk ediyordu (*cessio*), davacı ise terk edilen mülkiyeti ele geçiriyordu (*vindicatio*) ve bu devir işlemini *magistra* ilan ediyordu (*addictio*).<sup>58</sup> *Magistra* önündeki bu tören, yargılamadan ziyade devir işlemiydi.<sup>59</sup> *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde bu törene yer verilmiştir:

---

<sup>55</sup> Günal, a.g.e., s. 22-23; Umur, **Ders Notları**, s. 442.

<sup>56</sup> Umur, **Roma Eşya Hukuku**, s. 72.

<sup>57</sup> Koschaker, a.g.e., s. 137 vd.; Di Marzo, a.g.e., s. 278 vd.; Kaser, **Roman Private Law**, s. 39; Phillipson, a.g.m., s. 1230-1231; Watson, **Spirit of Roman...**, s. 16-17.

<sup>58</sup> Schulz, a.g.e., s. 348; Umur, **Roma Eşya Hukuku**, s. 71 vd.

<sup>59</sup> Nicholas, a.g.e., s. 63; Pugliese, a.g.e., s. 333.



**Gaius, Inst. 2.24:** “Yargı makamı önündeki tahsis işlemi şu şekilde oluyordu: Malın mülkiyetini nakledecek olanla mülkiyeti kazanacak kimse şehir *praetor*'u [eyaletlerde ise oralarda görevli *praetor*'lar] gibi bir *magistra*'nın önüne giderlerdi. Malı kazanacak olan mala dokunur ve “*Quirites* Hukukuna göre bu malın bana ait olduğunu beyan ederim” derdi. Sonra *magistra*, malı nakledecek olana teyit amacıyla sorardı, o da iddia karşısında susarak ya da malın artık kendisine ait olmadığını söyleyerek itiraz etmezse, *magistra* artık malı davacı sıfatlı kimseye verirdi ve onu malik ilan ederdi (*addictio*). Diğer taraf ise mülkiyeti kaybetmiş olurdu. Bu tören dava olarak adlandırılırdı. Anlatılan şekilde eyaletlerde de *magistra*'lar önünde temlik yapılmaktaydı”.<sup>60</sup>

Sebepten yoksun bir hukuki işlem olan *in iure cessio*'da mülkiyeti devir konusu olan malın fiilen zilyetliğinin karşı tarafa geçirilmesi gerekmezdi, yani, hayali bir devir işlemiydi.<sup>61</sup> Ancak *ius civile* mülkiyeti bu şekilde devir konusu olabilirdi. Mülkiyeti devredecek kişi gerçek malik olmalıydı. İşlem şart ve vadeye bağlanamazdı.<sup>62</sup>

### 2.1.2. *In iure Cessio*'nun Kullanıldığı Alanlar

*In iure cessio*, intifa ve irtifak haklarının tesisinde, müşterek mülkiyetin tesisinde, baba egemenliğinin devrinde, *mancipatio* ile yapılmayacak olan değnekle azat etme işleminde, evlat edinme işleminde ve vasiyetin *magistra* önünde terk edilmesinde kullanılıyordu.<sup>63</sup> *Magistra* önüne gidilmesi zorunluluğu sebebiyle önce *res mancipi*'lerin bu şekilde devrinden vazgeçilmeye başlandı, sonra *res nec mancipi*'lerin devrinden vazgeçildi. *In iure cessio*, Klasik Dönemde oldukça az kullanılmaya başlandı, *mancipatio*'dan daha önce kullanım dışı kaldı.<sup>64</sup> Klasik Sonrası dönemde, özellikle III. yüzyılın sonundan itibaren kullanılmaz oldu. Roma Hukuku kaynaklarından edinilen bilgiye göre, hukuki bir işlem olarak *in iure cessio*'ya en son, *Diocletianus*'un M.S. 293 tarihli emirnamesinde rastlanmaktadır.<sup>65</sup> Mülkiyetin devri söz konusu olduğunda, *magistra* önünde yapılan *in iure cessio*'dan ziyade, *magistra* önünde yapılma zorunluluğu olmadan nerede olursa olsun, tanık vasfı taşıyan komşular ya da

---

<sup>60</sup> Gaius, *Institutiones*, s. 58-59.

<sup>61</sup> Schulz, *a.g.e.*, s. 348; Pugliese, *a.g.e.*, s. 333; Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, s. 172; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 62-63.

<sup>62</sup> Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, s. 173.

<sup>63</sup> Umur, *Roma Eşya Hukuku*, s. 71; Pugliese, *a.g.e.*, s. 333; Di Marzo, *a.g.e.*, s. 278; Kaser, *Roman Private Law*, s. 39.

<sup>64</sup> Di Marzo, *a.g.e.*, s. 279.

<sup>65</sup> Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, s. 173; Kaser, *Roman Private Law*, s. 39.

akrabalar huzurunda yapılabilen *mancipatio* işlemine, pratik olması sebebiyle tercihen başvuruluyordu.<sup>66</sup>

*Mancipatio* ve *in iure cessio* yoluyla, *praetor* önünde yapılan işlemlerde de, resmi sözcüklerin kullanılması konusunda ısrarlılık gözleniyordu. Kişinin yalnızca iddiasını beyan etmesi yeterli olmuyor, esas amaç olan şekle bağlılığın ön plana çıkması için, iddia sırasında mutlaka resmi sözcükler kullanılıyordu.<sup>67</sup> O halde; bu işlemlerde şekil unsuru tarafların beyanlarından daha ön planda yer aldığından, bu işlemlerde pratik bir amaç bulunmadığı dikkat çekmektedir.

## 2.2. *Traditio* (Teslim)

*Traditio* (teslim), Roma Hukuku kaynaklarında en genel biçimde “malın zilyetliğinin devri yoluyla malın mülkiyetinin kazanılması” olarak tanımlanır.<sup>68</sup> *Traditio* kelimesinin kökeninde *trans* (aralarında) ve *dare* (vermek) kelimeleri yer almaktadır. Umur’un yaptığı *traditio* tanımı kanımızca oldukça açıklayıcıdır. Buna göre: “*Traditio* (teslim), bir mal üzerindeki mülkiyet hakkından, başkası lehine feragât etmek isteyen bir kimsenin (malı devreden), o malın mülkiyetini elde etmek isteyen kimseye (devralan) bir hukukî sebebe dayanarak (*iusta causa traditionis*) terk etmesidir.”<sup>69</sup>

Aslen bir *ius gentium* işlemi olan *traditio* (teslim), Roma Hukukunda, *ius civile* mülkiyetini kazanmaya hakkı olmayan yabancılarla (*peregrini*) yapılan hukuki işlemlerde tek mülkiyeti devir yoluydu. *Traditio*(teslim), *ius civile* mülkiyetinin konusunu oluşturamayan eyalet arazilerinin ve eyaletlerdeki diğer taşınmazların mülkiyete benzer bir biçimde zilyetliğinin ve kullanım hakkının devredilmesinde de kullanılıyordu.<sup>70</sup> Klasik Hukuk Döneminde *res Mancipi* malların devri bilindiği üzere sadece *mancipatio* ve *in iure cessio* işlemleri ile mümkündü. Klasik Hukuk Döneminde *ius civile*’ye göre *traditio* ile sadece *res nec Mancipi*’lerin mülkiyetinin devren kazanılması mümkündü. Diğer mülkiyetin devren kazanılması yolları *mancipatio* ve *in iure cessio*’dan farklı olarak *traditio* (teslim); *Iustinianus* Döneminde hem *res Mancipi*’lerin hem de *res nec Mancipi*’lerin ve hem taşınırların (*res mobiles*’in) hem de taşınmazların (*res immobiles*’in) kısaca hertürlü malın mülkiyetinin devren kazanılmasını mümkün kılan tek işlem haline geldi.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> Andreas Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**. Çev.: Türkan Rado. Cilt:1 (İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1963). s. 105.

<sup>67</sup> Nicholas, **a.g.e.**, s. 64.

<sup>68</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 349; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 63; Çelebican, **a.g.e.**, s. 174.

<sup>69</sup> Umur, **Roma Eşya Hukuku**, s.72 – 73.

<sup>70</sup> Oğuz, **a.g.m.**, s.50.; Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s.175.

<sup>71</sup> Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s.174-175.; Koschaker, **a.g.e.**, s. 143; Schulz, **a.g.e.**, s. 351.

### 2.2.1. *Traditio*'nun Diğer Mülkiyetin Devren Kazanılması Yollarından Farkları

Yukarıda *traditio*'yu tanımlarken de görüldüğü üzere, Klasik Hukuk Döneminde *ius civile* mülkiyetinin devrinde *traditio* ile sadece *res nec mancipi*'lerin mülkiyetinin devredilebilmesi oysa *res nec mancipi*'lerin devrinin *mancipatio* ile mümkün olmaması, ayrıca, *Iustinianus* Döneminde *traditio* ile hertürlü malın devredilebilmesi, oysa *mancipatio*'nun kullanıldığı dönemde *traditio*'da olduğu gibi hertürlü malın değil sadece *res mancipi*'lerin devrinin *mancipatio* ile mümkün olması, *mancipatio* ile *traditio* ile arasında devir konusu mallar açısından sözkonusu olan önemli bir farktır.

*Traditio*, günlük yaşamda sıkça başvurulan bir devir işlemi olup<sup>72</sup> hayali olmayan bir işlemde oysa *mancipatio* ve aynı zamanda *in iure cessio* hayali işlemlerdi.<sup>73</sup>

*Traditio*'nun en genel tanımı olan; malın zilyetliğinin devri yoluyla malın mülkiyetinin kazanılması, *mancipatio* ve aynı zamanda *in iure cessio* ile karşılaştırıldığında en önemli farklardan birini teşkil eder. Nitekim bir malın maliki olup zilyedi olmayan kimse *traditio* işlemini yapamazken, malik olup zilyet olmayan kimse bazı durumlarda (taşınmazların devrinde) *mancipatio* ve aynı zamanda *in iure cessio* ile malın mülkiyetini devredebilirdi. *Mancipatio* ve ayrıca *in iure cessio*'dan farklı olarak *traditio*, şart ve vadeye ilişkin düzenlemeler içerebilirdi. İrtifak ve intifa gibi haklar ise devrin dışında bırakılıp, teslim eden tarafından muhafaza edilemez, bunlar da *traditio*'ya (teslime) dahil olarak devredilmesi gerekirdi.<sup>74</sup> Diğer önemli farka gelince; *mancipatio* ve aynı zamanda *in iure cessio* şekle bağlı devir işlemleriyken, *traditio*, şekle bağlı olmayan devir işlemiydi.<sup>75</sup>

### 2.2.2. *Traditio* ile Zilyetliğin Devri

*Traditio* her ne kadar zilyetliğin devri olarak nitelense de, zilyetliğin devredildiği her durumda *traditio* mümkün olmazdı. O halde zilyetliğin devri ve *traditio*'nun sözkonusu olabilmesi için Roma Hukukunda birtakım şartlar aranmaktaydı. Bu şartlar şöyle sıralanabilir: **i)** Teslim ile mülkiyetin devredilebilmesi için gerekli olan belki de en önemli unsur "irade unsuru" da denilen "tarafaların niyeti (*animus*)" yani, malı devredenin, malın mülkiyetini onu dev-

---

<sup>72</sup> Kaser, *Roman Private Law*, s.103.

<sup>73</sup> Oğuz, *a.g.m.*, s. 50.

<sup>74</sup> Di Marzo, *a.g.e.*, s.279; Umur, *Roma Eşya Hukuku*, s.73.

<sup>75</sup> Nicholas, *a.g.e.*, s. 118; Schulz, *a.g.e.*, s. 350-351; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 65.

ralana bırakma niyeti ve malı devralanın sözkonusu malın mülkiyetini kazanma niyetidir.<sup>76</sup> **ii**) Hemen önemle belirtmek gerekir ki, tekbaşına niyet (*animus*) da yeterli olmayıp, istisnaları bulunmakla birlikte, mal, devreden tarafından maddi anlamda yani elden (*corpus*) diğer tarafa verilmeliydi.<sup>77</sup> Nitekim teslim için, malın asli zilyetliğinin nakli şarttır. Başka bir deyişle, mal üzerindeki fiili egemenlik (*corpus*), malı kendi mülkümüğü gibi elinde bulundurma niyeti (*animus rem sibi habendi*) olan kişiye devredilmelidir.<sup>78</sup> **iii**) Malı devreden malın maliki olup aynı zamanda fiil ehliyetine sahip olması gerekirdi. Bazı yazarlara göre, devreden en azından mal üzerinde hukuki işlem yapabilme yetkisine sahip olmalıdır.<sup>79</sup> **iv**) Malı devralan, malı devren kazanma ehliyetine sahip olmaydı, örneğin aile dışında bir kimsenin aracılığıyla *traditio* yapılamamaktaydı nitekim köleler ve aile evlatları, aile reisinin haberi olmasa da onun hesabına teslim alabilmekteydiler. **v**) Teslim konusu malın teslim edenle teslim alan arasında eldeğiştirip birinden diğerine geçişini haklı kılan, teslim ile aynı anda mevcut olması aranan; genellikle ifa sebebi (*causa solvendi*) veya karz sebebi (*causa credendi*) veya bağış sebebi (*causa donandi*) veya cihaz sebebi (*causa dotis*) olarak beliren geçerli bir hukuki sebebin (*iusta causa'nın*)<sup>80</sup> varolması gerekirdi ki teslim de buna bağlı olarak geçerli şekilde hukuk dünyasında hüküm ve sonuçlarını doğurabilirdi.<sup>81</sup> Çelebican, bu sebeplerin yanında, tecdit

<sup>76</sup> Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 174; Koschaker, **a.g.e.**, s. 140.;

<sup>77</sup> Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 174.

<sup>78</sup> *Traditio*'da, maddi unsurun (*corpus*) zorunlu görülmediği; "uzun elden teslim (*traditio longa manu*)", "kısa elden teslim (*traditio brevi manu*)", "hükmen teslim (*constitutum possessionarium*)", "sembolik teslim (*traditio symbolica*)", "*instrumentum* (vesika) vermek yoluyla *traditio*", "havale (*delegatio*) yoluyla *traditio*" gibi, genel ilkenin istisnalarını teşkil eden yani maddi unsurun (*corpus'un*) zayıfladığı bazı teslim türleri de kullanımda olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelebican, **a.g.e.**, s. 176-177; Umur, **Roma Eşya Hukuku**, s.81-82; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 280-281.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, "mal ortaklığı (*communicatio bonorum*)", "tüzel kişilere mülkiyet devri", "ana-baba ve çocuklar arasında bağışlar" sözkonusu olduğunda, malların mülkiyeti hiç *traditio* yapılmaksızın devralana geçerdi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, **Roma Eşya Hukuku**, s.83.

<sup>79</sup> Roma Hukukundaki "hiçkimsenin sahip olduğu haktan daha fazlasını başkasına devredemeyeceği" ilkesi, *traditio*'da da geçerli idi. Bu ilkenin istisnasını ise; malik olmadığı halde malın satış hakkına (*ius vendendi*'ye) sahip olan rehinli alacaklının, rehin konusu malı satıp mülkiyetini teslim edebilmesi durumunda görebiliyoruz. Aile reisinin izniyle aile evlatları ve köleler malik hesabına, bunun yanında vekil, vasi ve kayyım temsil ettikleri kimseler hesabına teslimi gerçekleştirebiliyorlardı. Bkz.:Umur, **Roma Eşya Hukuku**, s.74.

<sup>80</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 350; Nicholas, **a.g.e.**, s.117-118; Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 179; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 279-280; Kaser, **Roman Private Law**, s. 104.

<sup>81</sup> *Traditio*'da *iusta causa* (hukuki sebep) bir unsur olarak aranmakla birlikte, Roma Hukukundan günümüze doktrinde, hukuki sebepten yoksun (mücerret=sebepten yoksun) yapılan teslim ile mülkiyetin teslim alan tarafından devren kazanılmasının mümkün olup olmayacağı meselesi

sebebi (*causa novandi*) ve en eski aynı teminat olan inançlı işlem sebebinin (*causa fiduciae*'yi) de hukuki sebep (*iusta causa*) saymaktadır.<sup>82</sup>

### 2.2.3. Günümüz Hukukuna Etkisi

Türk Hukukunda eşyanın teslimi yoluyla zilyetliğinin devrine baktığımızda, bazı yazarlara göre, eşyayı devreden ile devralanın iradelerinin uyuşmuş olması aranmakla birlikte, temelde bir hukuki işlem aranmaz. Bu noktada Sirmen, teslimin niteliği gereği “maddi bir fiil” olduğunu ileri sürmektedir ve zilyetliğin teslim ile devrinin, temelindeki hukuki işlemden bağımsız olduğu görüşündedir.<sup>83</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir ise bu görüşten ayrılmakta, devir işleminin temelindeki işlemin tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemeyeceğini, ancak bu noktada taşınır mülkiyetinin devrinin “soyut bir hukuki işlem” olduğunu savunmaktadır.<sup>84</sup>

tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Nicholas, **a.g.e.**, s. 117-118; Koschaker, **a.g.e.**, s. 141-142; Çelebican, **a.g.e.**, s. 179-180; Oğuz, **a.g.m.**, s. 54-55.

Roma Hukuku kaynaklarından *Digesta*'da konuyla ilişkili birbiriyle çelişen metinler vardır. Hukukçu *Paulus*'a ait *Digesta*'da yeralan metinde (*D. 41.1.31 pr.*); sade teslim (*nuda traditio*) ile mülkiyetin geçmeyeceği, teslim ancak alım-satım ya da başka bir hukuki sebebe bağlı olarak yapılmışsa ancak o zaman mülkiyetin devredileceği düzenlenmiştir. Hukukçu *Ulpianus* da teslimin sebebe bağlı olarak gerçekleştirilmesi gerektiğini *Digesta*'da (*D.12.1.18 pr.*) savunmuştur. Buna karşın hukukçu *Iulianus*'a ait diğer bir *Digesta* metninde (*D. 41.1.36.*); tarafların devredilecek mal üzerinde sırf anlaşmış olmalarının yeterli olduğunu, sözkonusu *traditio*'da *iusta causa* (hukuki sebep) bulunmamasına rağmen teslimin geçerli bir şekilde mülkiyetin devren kazanılması sonucunu doğuracağı düzenlenmiştir. *Iustinianus* hukuku, kesin bir ilke belirlememekle birlikte, kanımızca hukuki işlemlerin geçerli olarak sonuç doğurmasında tarafların gerçek iradesine önem verdiğinden, *iusta causa* olmadan da (sebepten yoksun) yapılan teslimin geçerli olarak mülkiyetin devredilmesi sonucunu doğuracağına yakın görüş sergilemektedir. Pandekt Hukuk ve Alman Medeni Kanunu da, *Iustinianus* hukuku gibi sebepten yoksun (*mücerret*) teslim ile mülkiyetin devren kazanılmasının mümkün olduğuna ilişkin düzenleme getirmiştir. İsviçre Medeni Kanunu ise bu tartışmayı tam olarak çözümlenmemiş, çözümü doktrine bırakmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi bir süre, sebepten yoksun yapılan teslimin mülkiyetin devrini sağlayacağını savunmakla birlikte, daha sonra görüş değiştirerek sebepten yoksunluk (mücerretlik) ilkesinden ayrılmış, taşınır mülkiyetinin devredilmesinde taşınmazlarda olduğu gibi, devire ilişkin hukuki sebebinin belirtilmesi gerektiği yani sebebe bağlılık (illilik) ilkesi doğrultusunda kararlar vermiştir ve halen de bu görüşünü muhafaza etmektedir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir'in belirttiği üzere günümüzde doktrinde de İsviçre Federal Mahkemesinin bu güncel görüşü hâkimdir. Ancak İsviçre'de Von Tuhr da dahil olmak üzere, bazı yazarlar (örneğin Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir), taşınır mülkiyetinin tasarrufunun soyut olduğunu, devre sebep teşkil eden borç ilişkisindeki sakatlığın tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemeyeceği ve eşyanın mülkiyetinin devredildiği kimseye geçeceği görüşündedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, **Roma Eşya Hukuku**, s. 75 ve s. 78-79.; Oğuz, **a.g.m.**, s. 54-55; Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay – Özdemir, **Eşya Hukuku** (15. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012), s. 741-742.

<sup>82</sup> Çelebican, **a.g.e.**, s. 179-180.

<sup>83</sup> A. Lale Sirmen, **Eşya Hukuku** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), s. 65-66.

<sup>84</sup> Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay – Özdemir, **a.g.e.**, s.741-742.

Türk Hukukunda ve İsviçre Hukukunda, hem niyet hem de maddi unsur, teslimin gerçekleşmesi için birlikte aranmaktadır. Oysa pek çok hukuk sistemi böyle düzenleme içermemekte ve taşınır mülkiyetinin devren kazanılması için tarafların anlaşmasını yani sadece niyet unsurunun varolmasını, mülkiyetin devren kazanılması için yeterli görmektedir.<sup>85</sup>

Son olarak belirtmeliyiz ki, en kısa ve öz biçimde “zilyetliğin devri” tanımı ile Roma Hukukunda vuku bulan *traditio*, günümüz hukukundaki düzenlemelere kaynak oluşturmuştur. Şöyle ki; İsviçre Medeni Kanunu’nun 714. maddesinde yeralan “menkul mülkiyetinin intikali için zilyetliğin devri lâzımdır” hükmünden yola çıkarak düzenlenen Türk Medeni Kanunu’nun 763. maddesine göre taşınır mülkiyetinin nakli için “teslim”in değil “zilyetliğin devri”nin gerekli olduğu belirtilmiştir.<sup>86</sup>

## SONUÇ

Roma Hukukunda, Roma’nın şehir – devlet olarak kuruluş tarihi olan M.Ö. 753 yılından itibaren ortaya çıkan birçok hukuki kurum, zaman içinde az ya da çok değişikliğe uğrayarak, günümüze kadar gelmiştir. Yine Roma Hukukundaki bazı başka hukuki kurumlar ise, hiç değişikliğe uğramadan günümüze kadar uygulanagelmıştır. Böylelikle, Roma Hukukunun oluşturup, kendi içinde geliştirdiği birçok hukuki kurum evrensel nitelik kazanmıştır. Roma Hukukuna ait bu kurumlardan biri de, günümüze dek geçirdiği değişiklikler ile ulaşabilmiş olan mülkiyetin devren kazanılmasıdır. Roma’da, önceki malik ile kurulan ve kazanımı haklı kılan devir işlemi ile önceki malike ait olan mülkiyet hakkının elde edilmesi mülkiyetin devren kazanılması idi. Bu devir işlemi sonucunda, mal üzerindeki irtifak, intifa, vb. haklar, ipotek gibi mükellefiyetler, ayrıca borçlar da yeni malike geçebilirdi. Roma’da mülkiyetin devren kazanılması yolları; *mancipatio*, *in iure cessio* ve *traditio* idi.

Şekilci ve tutucu olan, Roma vatandaşlarının hukuku olan *ius civile*, çalışmamızda belirtmiş olduğumuz diğer özellikleri yanında, “Roma Mülkiyetinde *Mancipatio*’nun Yeri ve Önemi” başlıklı bu çalışmamıza temel teşkil eden; *mancipatio*’nun kullanıma girmesiyle özel mülkiyetin tanınmaya başlaması ve böylelikle mülkiyetin devrinin hukuki şeklinin geliştirilmiş olması özelliğine sahipti. *Ius gentium* ise, ticari hayatın gerektirdiği üzere yabancılara da uygu-

---

<sup>85</sup> Umur, **Roma Eşya Hukuku**, s. 80.

<sup>86</sup> TMK m. 763/1’e göre; “Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir.” TMK m.763/II’e göre ise; “Bir taşınırın zilyetliğini iyiniyetle ve malik olmak üzere devralan kimse, devreden mülkiyeti devir yetkisi olmasa bile, zilyetlik hükümlerine göre kazanmanın korunduğu hallerde o şeyin maliki olur.”

lanabilecek esnek hukuk kurallarına ihtiyaç duyulması sebebiyle doğmuştu.

Çağdaş hukukta, eşyalar esas olarak taşınır ve taşınmaz olarak ayrılırken, Roma'da ilk dönemlerde *res Mancipi* ve *res nec Mancipi* diye ayrılıyordu. Roma'da *res Mancipi* sayılan mallar şunlardı; İtalya arazisi (*solum italicum*), İtalya arazisi üzerindeki arsalar, binalar, tarımsal ittifak hakları (*Servitutes Praediorum Rusticorum*), köleler (*servus*), yük ve çeki hayvanları. *Res Mancipi*'ler, tarıma ve üretime elverişlilik açısından değerli olan mallardı. Bunların dışında kalan para dahil tüm mallar ise, *res nec Mancipi* mallardı. Klasik dönem boyunca Roma'da görülen *res Mancipi* - *res nec Mancipi* ayrımı, *Iustinianus* zamanında yerini tümüyle "taşınır mal - taşınmaz mal" ayrımına bırakmıştır.

Klasik Hukuk Döneminde *res Mancipi* malların devri bilindiği üzere sadece *mancipatio* ve *in iure cessio* işlemleri ile mümkündü. Klasik Hukuk Döneminde *Ius civile*'ye göre *traditio* ile sadece *res nec Mancipi*'lerin mülkiyetinin devren kazanılması mümkündü. Diğer mülkiyetin devren kazanılması yolları *mancipatio* ve *in iure cessio*'dan farklı olarak *traditio* (teslim); *Iustinianus* Döneminde hem *res Mancipi*'lerin hem de *res nec Mancipi*'lerin ve hem taşınır ( *res mobiles*'in) hem de taşınmazların (*res immobiles*'in) kısaca hertürlü malın mülkiyetinin devren kazanılmasını mümkün kılan tek işlem haline geldi. *Traditio* (teslim), Roma Hukuku kaynaklarında en genel biçimde "malın zilyetliğinin devri yoluyla malın mülkiyetinin kazanılması" olarak tanımlanırdı. *In iure cessio*, *legis actio* şeklinde *praetor* önünde yapılan ve istihkak iddiasına dayanan, hayali bir dava tarzındaki devir şekliydi. *In iure cessio*'nun, *mancipatio*'dan en önemli farkı, *res nec Mancipi*'lerin devrinin de *in iure cessio* ile mümkün olmasıydı.

*Mancipatio*, terazi ve külçe ile yapılan hayali bir satış işlemiydi. Mülkiyetin devren kazanılmasını sağlayan işlemlerin kökenini oluşturan *mancipatio*, basılmış para kullanılmadan önce, Roma'nın ticari hayatında diğer mallara göre daha kıymetli olduğu bilinen *res Mancipi* malların mülkiyetinin devredilebilmesine imkân sağlamış olmakla da önemli bir işlem. *Mancipatio*, Roma'nın en eski devirlerinden başlayarak uzun yıllar, Roma mülkiyetinin devrini sağlayan kanuni bir yol olmuştur.

*Mancipatio*'nun mülkiyetin devren kazanılma işlemi olması temel işlevi dışındaki kredili alım-satım, bağışlama, *dos verme*, malların garanti (*fiducia*) olarak verilmesi ve benzeri diğer uygulamaları, ayrıca bir usûl olarak; köy irtifakları tesisinde, borçların teminatında (*fiducia*, *nexum* vb.), kadın üzerinde *manus* kurulmasında (*coemptio*), baba hakimiyetinden vazgeçmede (*emancipatio*), borç ilişkisinin sona erdirilmesinde (*solutio per aes et libram*), ölüme

bağlı tasarruflarda (*mancipatio familiae*), azat etme işleminde kullanılmış olması, *mancipatio*'nun yalnızca bir satış ve devir işlemi olmayıp, en eski karakterine uygun olarak onun esasen Roma mülkiyetinin kazanımı işlemi olma niteliğini de taşıdığını gösteriyor. *Mancipatio*'nun niteliği, işlevi, *res Mancipi* ile ilişkisi konusunda özellikle 20. yüzyılda sıklıkla üretilmiş olan kuramlar, *mancipatio*'nun farklı yönleriyle Roma mülkiyetindeki yeri ve önemini vurgulamaktadırlar.

Türk hukukunda, Roma Hukukundaki, terazi memuru ile tanıklar huzurunda yapılan şekle bağlı devir işlemi olan *mancipatio*'ya benzer kurumu, 2644 Sayılı Tapu Kanunu'nun 26. maddesinde; bu maddede belirtilen taşınmazlarla ilgili olarak irtifak hakkı tesisine veya tesisi vaadine ilişkin, tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından yapılan resmi senet düzenlenmesi işleminde görüyoruz. O halde Roma Hukukunun konumuz açısından günümüz hukukuna önemli etkilerinden biri de bu noktada karşımıza çıkmaktadır.

Özetle, kaynaklardan anlaşıldığı üzere, *mancipatio* Roma Hukukunda dört yüzyıldan uzun süre uygulanmış olan, mülkiyetin devren kazanılmasında büyük önem taşıyan bir kurumdur. Zaman içinde, *mancipatio*'nun törenle yapılması ve aşırı şekilci yapısı ticari hayatı zorlaştırdığından, pratik amaçtan uzak bir işlem olduğu eleştirileri ile kullanılmamaya başlanmıştı. Nitekim zaman içinde mülkiyetin devren kazanılmasına konu olması beklenen mal türlerinin kapsamının da gelişmesi, *res nec Mancipi* malların da mülkiyetin devren kazanılmasını sağlayan diğer yollarla devredilebilmesi, daha sonra da mal ayrımının ortadan kalkıp tüm malların devir konusu olabilmesi ile birlikte, *mancipatio* Roma Hukukunda tamamen kullanım dışı kalmıştır. Zaman içinde hukukun inkişafında Roma mülkiyetinin devren kazanılması ancak *traditio* (teslim) ile mümkün hale gelmiştir.



## KAYNAKÇA

### GENEL ESERLER

Arangio – Ruiz, V. **Istituzioni di Dritto Romano**. Napoli 1991.

Berki, Şakir. **Roma Hukuku**. Ankara: 1949.

Brezzo, C. **La Mancipatio**. Roma: 1972.

Di Marzo, Salvatore. **Roma Hukuku**. Çev.: Ziya Umur. İkinci basım. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1959.

Emiroğlu, Haluk. **Roma Hukukunda Kadının Durumu**. Ankara: 2003.



Erdoğan, Belgin. **Roma Eşya Hukuku**. Altıncı basım. İstanbul: Der Yayınları, 2015.

Günel, A. Nadi. **Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (Usucapio)**. Yayınlanmış Doçentlik Tezi. Ankara: 1999.

Honig, Richard. **Roma Hukuku Dersleri**. Çev.: Şemseddin Talip. İstanbul: Ahmed İhsan Matbaası Ltd., 1935.

Karadeniz Çelebican, Özcan. **Roma Hukuku – Tarihi-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması**. Onyedinci Basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.

Karadeniz Çelebican, Özcan. **Roma Eşya Hukuku**. 5. Basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.

Kaser, Max. **Ius Gentium**. Köln: 1993.

Kaser, Max. **Roman Private Law**. Translated by: Rolf Dannenbring. Durban: Butterword & Co. Ltd., 1965.

Koschaker, Paul. **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**. Çev.: Kudret Ayiter. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993.

Mayer-Maly, Theo. **Römisches Recht**. Wien; New York: Springer, 1999.

Muirhead, John Spencer. **An Outline of Roman Law**. Second edition. Great Britain: William Hodge and Company, Limited, 1947.

Nicholas, Barry. **An Introduction to Roman Law**. New York: Oxford University Press, 1975.

Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay - Özdemir, Saibe. **Eşya Hukuku**. 15. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012.

Okandan, Recai G. **Roma Âme Hukuku**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1944.

Pugliese, Giovanni. **Istituzioni di Dritto Romano Sintesi**. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.

Schulz, Fritz. **Classical Roman Law**. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1969.

Schwarz, Andreas. **Roma Hukuku Dersleri**. Çev.: Türkan Rado. C.1. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1963.

Sirmen, A. Lale. **Eşya Hukuku**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

Tahiroğlu, Bülent ve Belgin Erdoğan. **Roma Hukuku Dersleri**. 8. Baskı. İstanbul: Der Yayınları, 2014.

Talamanca, Mario. **Elementi di Dritto Privato Romano**. Milano: Giuffrè Editore, S.p.A, 2001.

Tellegen – Couperus, Olga. **A Short History of Roman Law**. Great Britain: 1993.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku-Eşya Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Ders Notları**. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Lügati**. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983.

Ventura, Mişon. **Roma Hukuku**. C.1. İstanbul: Ahmed İhsan Matbaası Ltd., 1934.

Voci, Pasquale. **Istituzioni di Diritto Romano**. Quinta Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

Watson, Alan. **Spirit of Roman Law**. Athens: University of Georgia Press, 1995.

Watson, Alan. **The Law of Property in The Later Roman Republic**. Oxford: 1968.

## MAKALELER

Fassberg, Celia Wasserstein. “Form and Formalism: A Case Study”, **American Journal of Comparative Law** 31, 627-650, 1983.

MacCormack, Geoffrey. “Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law”, **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis** 37, 1: 439-468, 1969.

Oğuz, Arzu. “Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan *Traditio*’nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Traditionis*)”, **A.Ü.H.F.D.** 47, 1-4: 49-84, 1998.

Perelló, Carlos Felipe Amunátegui. “Problems Concerning *Mancipatio*”, **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis** 80 (3-4): 329-352, 2012.

Phillipson, Gordon E. “Development of The Roman Law of Debt Security”, **Stanford Law Review** 20, 6: 1230-1248, June 1968.

Riccobono, Salvatore. “Outlines of The Evolution of Roman Law ”, **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, Vol. 74, No 1: 1-19, November 1925.

Schiller, A. Arthur "Custom in Classical Roman Law", **Virginia Law Review**, Vol.24, No 3:268-282, January 1938.

Umur, Ziya. "Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları", **İ.Ü.H.F.M.** XXXI, 1-4: 159-195, 1966.

Watson, Alan. "Illogicality and Roman Law", **Isr. L. Rev** 7, 14: 14-24, 1972.

#### **YARDIMCI KAYNAKLAR**

Berger, Adolf. **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**. Philadelphia: 1953.

Dinç, Mutlu – Kaya, Dilek Pala (Yayına Hazırlayanlar). **Türk Medeni Kanunu**. 5. Baskı. Ankara: SeçkinYayıncılık, 2014.

*Gaius*. **The Institutes of Gaius**. Edited by: W. M. Gordon – O. F. Robinson. London: Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1997.

*Iustinianus*. **The Digest of Justinian**. Edited by: Theodor Mommsen, Paul Krueger, Alan Watson. Philadelphia: Pennsylvania Press, 1985.

*Iustinianus*. **Institutiones**. Çev.: Ziya Umur. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968.

#### **İNTERNET KAYNAKLARI**

<http://www.jstor.org> e.t. 08/01/2015

<http://www.heinonline.org> e.t. 07/02/2009

<http://www.archive.org> e.t. 21/11/2008

<https://www.researchgate.net> e.t. 18/02/2015

# VERGİ YARGILAMASINDA HARÇ SORUNU

*The Problem of Legal Fees in Tax Jurisdiction*

**Dr. Osman SARIASLAN\***

## ÖZET

1982 yılında yaşanan idari yargı reformuyla ilk derece, itiraz (20.07.2016'dan sonra istinaf) ve temyiz mercileri olmak üzere vergi yargısı, idari yargı kolu içinde sistematize edilmiştir. O tarihten bu yana yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına göre mali idare ile kişiler (mükellefler) arasında yaşanan idari uyumsuzlukları çözüme kavuşturmaktadır. Vergi yargısı, hiç yoktan inşa edilmemiş, yerel teşkilatı daha önce mali idare bünyesinde yer alan temyiz ve itiraz komisyonlarının kurumsal ve insan kaynağı üzerinde gerçekleştirilen bir dönüşümle hayata geçirilmiştir. İdari nitelikte temyiz/itiraz kurullarından bağımsız mahkemelere geçişte gerekli dönüşümün sağlanması adına birçok yasal değişiklik yapılmıştır. Bunlardan biri de vergi yargılamasında uygulanacak harçların belirlenmesine ilişkin olmuştur. Bu husus Türk Hukuk Düzeni'nde istisnai bir durumun da oluşmasına sebep vermiştir. Zira vergi yargısı harçları, 492 sayılı Kanuna ekli (1) sayılı tarifede düzenlenen genel yargı harçlarının dışında aynı Kanuna ekli (3) sayılı tarifede düzenlenmiştir. Bunun da nedeni vergi yargısı harçlarının zaten daha evvelde var olan vergi itiraz harçlarının vergi yargısı harçlarının neredeyse birebir aynı olacak şekilde dönüştürülmesi suretiyle yapılmasıdır. Bu dönüşüm ilk anlarda sorunsuz bir şekilde hayata geçirilmiş ise de vergi yargısının, zamanla vergi itiraz ve temyiz komisyonlarının görevleri ile sınırlı olmayacak şekilde yargısal işlev görmeleri bu dönüşümün mahsurlu yanlarını ortaya çıkarmaya başlamıştır. Çalışmanın amacı bu sorunlu noktalara işaret ederek yeni bir değişime/dönüşüme ihtiyaç olduğunu vurgulamaktır.

Bu çerçevede çalışmanın ilk bölümünde yargı harçları ve vergi yargısı harçlarına genel olarak değinilip söz konusu ikiliğin neden ve sonuçları ortaya konulmaya çalışılacak; ikinci bölümde, vergi yargısı harçlarının vergi dava türlerine göre dar kapsamlı olduğu ifade edilmeye çalışılacak; üçüncü bölümde ise mevcut sorunun boyutları ortaya konulup çözüm önerileri sunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Vergi Yargısı, Yargı Harçları, Vergi Yargısı Harçları, Vergi Davaları.

## ABSTRACT

With the reform of administrative jurisdiction in 1982, the taxation justice, including first instance, denial ("appeal" after 20.07.2016) and appeal was systematized in the branch of administrative jurisdiction. From that time on, it has been finding solutions to administrative disputes between financial administration and people (taxpayers) with reference to independence of judiciary and legal guaranty of judges. The tax justice

---

\* Vergi Mahkemesi Başkanı/Anayasa Mahkemesi Raportörü. sariaslanosman@yahoo.com.tr

was constructed, not for no reason, but upon a transformation of the institutional and human resource of the denial and appeal commissions, the local organization of which was contained within the financial administration. Many legal amendments have been made to provide the necessary transformation in the transition from the administrative denial/appeal commissions to independent courts. One of these amendments is the determination of the legal fees to be imposed on tax jurisdiction. This situation has led to the formation of an exceptional phenomenon in Turkish law convention. The legal fees of tax justice are organized in the no 3 tariff of the no 492 Law apart from the general judicial charges arranged in the no 1 tariff. The reason of this is that legal fees of tax justice are transformed to be almost exactly the same as tax denial charges which have existed for so long. Even though this transition has smoothly been implemented in the first phase, the fact that the tax justice functions judicially, which, in time, will not be limited in terms of the duties of tax denial and appeal commissions, has started to reveal the problematic sides of this transition. The goal of the work is to stress that there is a need for a new change or a transformation by indicating these problematic points.

Within this scope, in the first section of the work there will be some remarks on the general evaluation of jurisdiction charges and tax justice charges and also an effort to reveal the causes and results of the duality aforementioned; however, in the second section, the goal will be to state that tax justice charges are narrow scoped in terms of types of lawsuit and finally in the third section, solution offers will be presented by drawing the extent of the existing problem.

**Keywords:** Tax Justice, Legal Fees of Jurisdiction, Legal Fees of Tax Justice, Tax Cases.



## GİRİŞ

Harç, bazı kamu hizmetlerinden yararlanan kimselerden belirli bir ölçüde bu hizmetlerin maliyetine katılmaları amacıyla ya da kişilerin bazı işlemleri yapmaları sırasında alınan ve zor unsuruna dayanan mali yükümlülük olarak tanımlanmaktadır.<sup>1</sup> Harçlar, devlet ile kişilerin ilişkilerinde bir tür maliyete katılma bedeli olarak alınmalarından ötürü diğer bir ifadeyle belirli bir hizmet veya işlem karşılığında alınmaları hasebiyle vergilerden farklıdırlar.<sup>2</sup>

Harçlar, yasa gereği harca tabi işlemleri yapılmasını isteyen kimselerden yine yasada belirlenen ölçülere göre alınmaktadır. Harçlardan muaf olma veya istisnalar da yine Kanunla düzenlenir. Zira vergi hukukunda geçerli olan Kanunilik ilkesi harçları da kapsamaktadır. Yani kanunsuz vergi olmayacağı gibi harç da olmaz.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan; **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 437

<sup>2</sup> Şerafettin Aksoy, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 388

<sup>3</sup> Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 30.04.2013 gün ve E:2011/402 K:2013/157 sayılı

Türk Hukuk Düzeni'nde harçlar genel olarak 1964 tarihli 492 sayılı Harçlar Kanuna (HK) göre alınmaktadır.<sup>4</sup> Söz konusu Kanunun 1. maddesinde alınması gereken harçlar dokuz kalemde ifade edilmiştir.<sup>5</sup> Harçlara ilişkin genel kanun, 492 sayılı Kanun olmakla birlikte 1981 tarih ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanuna göre alınan harçlar da bulunmaktadır.<sup>6</sup> Ayrıca 2007 tarih ve 5597 sayılı Yurt Dışına Çıkış Harcı Hakkında Kanun ile Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun kapsamında T.C. pasaportu ile yurt dışına çıkış yapanlardan çıkış başına "harç" adı altında bir bedel alınmaktadır.<sup>7</sup>

Normal şartlar altında kamusal mal niteliğinde olan adalet hizmetinin ücretsiz olması kural gereğidir. Ancak yargılama faaliyetinde, adaletin tesisi ve kamu düzeninin sağlanması noktasında genel kamu yararına hizmet edilmekle birlikte, mikro ölçekte yargısal korunma veya yargı kararı talep eden kişi için hassaten bir çalışma ve hizmet sunumunu içermesi söz konusu olduğundan (daha sonra haksız çıkan üzerinde bırakılmak kaydıyla) harç talep edilmektedir. Bu harçlar, "yargı harçları" başlığı altında 492 sayılı Kanuna ekli (1) sayılı tarife hükümlerine göre (istisna ve muafiyete ilişkin hükümler de gözetilerek) alınmaktadır. 1982 yılında vergi mahkemeleri kurulduktan sonra yargı harçlarındaki genel düzenlemeye rağmen daha önce vergi itiraz harçları olarak kanunda yer alan tarife aşağı yukarı aynı içerikle vergi yargısı harçlarına dönüştürülmüştür. Böylece vergi yargısı harçları Türk Hukuk Düzenine girmiştir.

Vergi yargılamasına konu olan davalarda alınacak harçlar diğer uyuşmaz-

---

kararı ile İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 26.11.2012 gün ve E:2012/1580 K:2012/2903 sayılı kararı.

<sup>4</sup> Harçların tarihsel kökeni ve Türk Hukuku açısından tarihi arka planı için bkz. İdris Hakan Furtun, Burak Pınar, **Damga Vergisi ve Harçlar Bilgisi**, Ed. Doğan Gökbel, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Yayın No:2276, Eskişehir, 2013, ss. 56-59

<sup>5</sup> 492 sayılı Harçlar Kanununun 1. Maddesi: "Bu kanuna göre alınacak harçlar aşağıda gösterilmiştir:

1. Yargı harçları,
2. Noter harçları,
3. (Değişik bent: 21/01/1982 - 2588/1 md.) Vergi Yargısı Harçları,
4. Tapu ve Kadastro harçları,
5. Konsolosluk harçları,
6. Pasaport, ikamet tezkeresi vize ve Dışişleri Bakanlığı tasdik harçları,
7. Gemi ve liman harçları,
8. İmtiyazname, ruhsatname ve diploma harçları,
9. Trafik harçları."

<sup>6</sup> 2464 sayılı Kanunun (ilga edilmiş hükümler de dâhil olmak üzere) 45 ve 85. maddeleri arasında düzenlenen harçlar.

<sup>7</sup> Bu bedel tam olarak harç tanımını karşılamamaktadır. Bu hususta bkz. Erdoğan Öner, Cenker Değirmenci, **Damga Vergisi ve Harçlar Bilgisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 87

İklardan farklı olarak ayrıca düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme vergi yargılamasında görülen idari davaların tümünü kapsayıp kapsamadığı hususu ise konuya ilişkin mevzuat hükümlerine bakıldığında oldukça muğlâktır. Zira daha önce sadece itiraz müessesesi için oluşturulan sistemin birden vergi yargısına dönüştürülmesi birçok hususun havada kalmasına neden olmuştur. Yargılamanın mahiyeti ve genişliği karşısında itirazın mahiyeti itibariyle dar bir alana ilişkin olması bu karmaşık durumun yegâne sebebidir.

Bu karmaşa uygulamada bir şekilde çözüme kavuşturulsa da esasen ortada ciddi bir sistem sorunu bulunmaktadır. Zira uygulamanın çözüm için benimsediği usul, vergi davalarının değişen ve gelişen içeriğini karşılayamamaktadır. Dolayısıyla yargı harçlarına ilişkin var olan ikilik ve ikiliği düzenleyen yasa hükümlerinin yeniden ele alınması gerekmektedir. Öyle ki vergi yargılamasına ilişkin harç uygulamaları kimi zaman Kanun hükümlerinin hilafına olabilmektedir. Bu çalışmanın amacı da vergi yargılaması harçlarının, genel yargı harçlarından ayrıca düzenlenmiş olmasından ötürü ortaya çıkan tartışmalı uygulama ve durumları ortaya koymak ve bunlara ilişkin çözüm önerileri sunmaktır.

Söz konusu amaca matuf olarak çalışma üç başlık altında kurgulanmıştır. İlk olarak genel yargı harçları ve vergi yargısı harçları ikiliğine değinilip bu ikiliğin kaynağı ve ikilikten murad edilen kamu yararı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu yapılırken söz konusu ikiliğin kaynağında yer alan mevzuat hükümlerinden<sup>8</sup> ötürü ne tür sorun ve uygulama hatlarının ortaya çıktığı ifade edilmeye çalışılacaktır. İkinci olarak vergi yargısında görülen dava türleri ele alınacak, bu dava türlerinin hangilerinin mahiyetleri itibariyle 492 sayılı Kanunun 5. maddesinin işaret ettiği anlamda vergi, resim, harç ve bunların zam ve cezalarına ilişkin olduğu ortaya konularak vergi yargılamasında söz konusu Kanun hükmünün dışında kalan dava türleri saptanacaktır. Üçüncü başlıkta ise 492 sayılı Kanunun 2, 5, 52, 53 ve 54. maddeleri ekseninde bir analiz yapılarak vergi yargılamasında, vergi davalarının hangi kriterlere göre ve hangi tarife üzerinden harçlandırılması gerekliliği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Sonuç bölümünde ise mevcut uygulamanın devamı ya da yeni bir uygulama yapılması halinde yapılması gerekenlere işaret edilecektir.

## 1. YARGI HARÇLARI VE VERGİ YARGISI HARÇLARI

492 sayılı Harçlar Kanunu dokuz tür harçtan söz etmekte ve harç mevzu-

---

<sup>8</sup> Vergi Yargısı harçları 492 sayılı Kanunu değiştiren 1982 tarihli 2588 sayılı Kanunun 1 ve 2. maddeleri ile 492 sayılı Harçlar Kanununda yer edinmiş. Bu değişiklikler de 492 sayılı Kanunun 1. ve 5. maddelerine işlenmiştir.

su edilen konularda talepte bulunan kişilerden tarifedeki karşılığına göre harç alınmaktadır. Bu harçların en başında da yargı harçları gelmektedir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere yargı harçları Harçlar Kanunda iki ayrı kalem şeklinde düzenlenmiştir. Bunlar (genel) yargı harçları ve vergi yargısı harçlarıdır. Bu düzenlemenin sebebi ise 1982 yılında yapılan idari yargı reformudur.<sup>9</sup> Zira 492 sayılı HK 17.07.1964 tarihinde yayımlanıp (140. maddesi hükmü uyarınca) 01.10.1964'te yürürlüğe girmiştir. Kanun 1. maddesinin ilk halinde böyle bir ikilik söz konusu değildi. Zira o tarihte vergi yargısı yoktu. Ancak vergi itiraz harçları diye vergilendirme işlemlerine karşı yapılan idari başvurularda talep edilen harçlar düzenlemişti. 1982 yılında yapılan idari yargı reformundan sonra 2588 sayılı Kanunun 1. maddesi ile vergi itiraz harçları vergi yargısı harçlarına dönüştürülmüştür. İşte bu tarihten sonra Türkiye'de yargı harçlarında ikili bir sisteme geçilmiştir. Anılan dönüşümün sebebi ise vergi temyiz/itiraz komisyonlarının kaldırılıp yerine vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemelerinin kurulmuş olması Danıştay'ın da yargısal bir hüviyete kavuşturulmasıdır.<sup>10</sup>

Vergi yargılamasının genel yargılamadan ayrı tutulması ya da üzerine inşa edildiği kurumsal mirasla bir şekilde ilişkilendirilmesinin yargılama faaliyetine ve uygulamaya etkilerini ortaya koyabilmek adına (genel) yargı harçları ile vergi yargılamasına ilişkin harçlara genel anlamda değinmek yararlı olacaktır.

### 1.1. Yargı Harçları

Yargı harçları, 492 sayılı Harçlar Kanuna ekli adli, idari ve askeri yargı koluna ilişkin harçlar ile yargısal işlem niteliğinde olan bazı işlemleri kapsayacak şekilde (1) sayılı tarifede düzenlenmiştir. Tarifeye bakıldığında yargı harçlarının konusunu yani harca tabi yargılama işlemleri mahkeme harçları, icra iflas harçları, konkordato harçları ve diğer yargı harçlarıdır.<sup>11</sup>

Ancak burada, konumuzun yargılamaya ilişkin olması nedeniyle çalışmada ifade edeceğimiz "yargı harçları" kavramından kastımız yalnızca mahkeme harçları ile yargılamaya ilişkin oldukları için "diğer yargı harçları" olacak; 492

---

<sup>9</sup> 1982 yılında gerçekleştirilen idari yargı reformundan sonra oluşturulan mahkemeler ve bu süreçle ilgili bkz. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, ss. 33-49

<sup>10</sup> Öyle ki 1982 idari yargı reformuyla bitlikte idari yargı kolunda il ve ilçe idare kurullarının yerine "idare mahkemeleri" kurulmuş; Bölge İdare Mahkemeleri hem vergi mahkemelerinin hem de idare mahkemelerinin itiraz merci olarak düzenlenmiştir. Ancak idare mahkemelerinin kendi iş ve işlemleri ile idare mahkemelerinin iş ve işlemlerinden ötürü itiraz incelemesi yapan bölge idare mahkemelerinin harçlandırılması 492 sayılı Kanunun genel yargı harçları kısmında düzenlemiştir.

<sup>11</sup> Öner, Değirmenci; a.g.e., s. 94



sayılı Kanununun (1) sayılı tarifesi içinde yargı harcı olarak düzenlenen icra iflas harçları ile konkordatoya ilişkin harçlar kastımızın dışında tutulacaktır. Bu çerçevede olayı somut bir şekilde ortaya koymak adına yargı harçlarını tarifede yer alan detay açıklamalarına girmeksizin aşağıdaki şekilde ifade edebiliriz:<sup>12</sup>

Yargı Harçları:

A) Mahkeme Harçları: Hukuk, ceza ve ticaret davalarıyla, idari davalarda ihtilafsız yargı konularında, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurularda ve icra tetkik mercilerinde

I - Başvurma harcı

II - Celse harcı

III - Karar ve ilam harcı: Davaların niteliği ve bu davaların görüldüğü mahkemelere göre iki ana başlık altında alınmaktadır. Bunlar

1. Nispi harç

2. Maktu harç

IV. Temyiz, istinaf ve itiraz harçları:

V. Keşif harcı<sup>13</sup>

B) İcra ve iflas harçları

C) Ticaret Sicili harçları

D) Diğer yargı harçları (Müşterek kısım) :

I. Suret harçları:

II - Muhafaza harçları

III - Defter tutma harçları

IV - Miras işlerine ait harçlar

V - Vasiyetname tanzimine ait harçlar

Mahkeme harçlarının incelenmesinden, bir kişinin mahkemeye başvurmasından, yargılamanın icrasına; kararın verilmesinden kanun yolu aşamalarına ve hatta keşif icrasına kadar yargısal faaliyete ilişkin birçok husus harç konusu

---

<sup>12</sup> Yargı harçlarının yargısal işlemleri yapan merci ve işlemin mahiyetine göre detayı için bkz. 492 Sayılı Harçlar Kanununun ekli (1) sayılı tarife

<sup>13</sup> Mahkemelerce re'sen veya istem üzerine verilen keşif ya da tespit kararlarını yerine getirmek için 2010 yılında bu husus harç konusu yapılmış ve tarifeye dâhil edilmiştir.

kabul edildiği ve her bir işlemin mahiyetine ve tarifedeki karşılığına göre nispi ya da maktu harca tabi tutulduğu görülmektedir.

Şüphesiz yargılamaya ilişkin usuli işlemlerin hemen hepsi vergi yargı mercileri tarafından da icra edilmektedir. Ancak uygulamada vergi yargı mercileri, 492 sayılı Harçlar Kanununun 52. maddesinde yer alan “*Vergi yargısı işlemlerinden bu Kanuna ekli (3) sayılı tarifede yazılı olanlar, vergi yargısı harçlarına tabidir*” hükmü ile 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*Ancak, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalarla ilgili olup Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay’ın görevi içinde bulunan işlemler (3) sayılı tarife göre harca tabidir.*” hükmünden<sup>14</sup> ötürü yalnızca (3) sayılı tarifede yazılı harçları tahsil etmektedir.

## 1.2. Vergi Yargısı Harçları

### 1.2.1. Vergi Yargısı Harçlarının Temeli

Vergi yargısı harçları, Türk Hukuk Düzeni’nde istisna teşkil eden bir düzenlemedir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere harçları düzenleyen 492 sayılı Harçlar Kanununun (1) sayılı tarifesi yargı harçlarını düzenlemiştir; (3) sayılı tarifede ayrıca vergi yargısı harçlarını düzenlemiştir. Bu durum, 492 sayılı Kanunda 1982 yılında gerçekleştirilen idari yargı reformundan sonra vergi itiraz ve temyiz komisyonları yerine kurulan vergi mahkemelerinden ötürü mevcut harç düzeninin yeni idari rejime uyumlaştırılması çabalarının bir sonucu olarak 2588 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden sonra oluşmuştur. Öyle ki 1982 yılından önce yani vergilendirme ve/veya vergisel işlemlere karşı henüz bağımsız bir mahkemede yargılama imkânı yokken kişiler ya da daha doğru ifadeyle mükellefler, söz konusu işlemlere karşı mali idarenin içinde yer alan vergi temyiz/itiraz komisyonlarına başvurabilmekteydi. Bu başvurular ve sonrasında yapılan işlemler için 492 sayılı Kanunun ilk halinde (3) sayılı tarife olarak yer alan “*vergi itiraz harçları*” tarifesine göre harç alınmaktaydı. Bu harçlar üç ana başlık altında düzenlemiştir. Bunlar vergi itiraz komisyonu, vergi temyiz komisyonu ve Danıştay’a<sup>15</sup> yapılacak başvurularda ilk anda maktu olarak alınan başvurma harcı; başvurular üzerine alınan kararlara göre ve belirli bir orana dayalı olarak

---

<sup>14</sup> 492 sayılı Harçlar Kanununun 5. maddesi: “Bölge İdare Mahkemeleri ile Danıştay’da açılacak davalardan (1) sayılı tarife gereğince harç alınır.

*Ancak, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalarla ilgili olup Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay’ın görevi içinde bulunan işlemler (3) sayılı tarife göre harca tabidir.*”

<sup>15</sup> İlgili dönemde vergi temyiz/itiraz komisyonları kararlarına karşı Danıştay’a başvuru yapılabildiğinden bu başvurular için de harç düzenlemesine yer verilmiştir.

alınan nispi harçlar ile değeri bulunmayan tarhiyatlara karşı yapılan itirazlarda alınan maktu harçlardı.<sup>16</sup>

Daha sonra Danıştay'ın yanı sıra yerel idari mahkemelerin oluşturulması ve vergi temyiz/itiraz komisyonlarının kaldırılarak<sup>17</sup> bu kurumların görevleri vergi mahkemelerine devredilmesinden sonra yapılan başvurular artık birer idari başvurudan çıkarılarak birer dava hüviyetine kavuşturulmuş; itiraz üzerine alınan harçlar da vergi yargısı harcına dönüştürülerek (3) sayılı tarife buna göre değiştirilmiştir. Bu değişiklik 2588 sayılı Kanunun 16. maddesi ile (3) sayılı tarifenin yeniden düzenlenmesi şeklinde değil, başlık ve içerikte yer alan bazı kavramların yeniden adlandırılması şeklinde olmuştur.

Söz konusu yasal değişiklikle birlikte, vergi itiraz harçları olduğu şekliyle vergi yargısı harçlarına dönüştürülmüş ve bu tarifeye bir de "suret harçları" eklenmiştir. Diğer bir ifadeyle vergi itiraz harçları olan başvurma harcı, nispi harç ve maktu harca bir de suret harçları eklenmiş ve tarife dört ana başlık altında düzenlenmiştir. Tarifenin içeriğinde de bu harçların hangi makama yapılacak başvuru ve bu makamların hangi işlemlerinde ne miktar ve nispette alınacağı oluşturulan idari rejime uygun olarak yeniden adlandırılmıştır.

Bu doğrultuda 492 sayılı Harçlar Kanununun vergi yargısının düzenlendiği üçüncü kısım birinci bölümünde yer alan 2588 sayılı Kanunun 5. maddesi ile değişik "mükellef" başlıklı 53. maddesinde, vergi yargısı harçlarının, *harca mevzu olan işlemlerden dolayı Vergi Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay'a başvuranlar tarafından ödeneceği* ifade edilmiştir. Harca mevzu işlemler ise aynı Kanunun yukarıda da ifade edilen 52. maddesinde, "Vergi yargısı işlemlerinden bu Kanuna ekli (3) sayılı tarifede yazılı olanlar..." olarak düzenlenmiştir.

Bu kapsamda (3) sayılı tarife:

Vergi Yargısı Harçları

*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalara ilişkin uyuşmazlıklardan dolayı Vergi Mahkemelerinde, Bölge İdare Mahkemelerinde ve Danıştay'da açılan davalarda*

I - Başvurma harcı:

---

<sup>16</sup> Söz Konusu harçların düzenlendiği Kanun metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11756.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11756.pdf> (09.02.2016)

<sup>17</sup> 2576 sayılı Kanunun 15/2. maddesi uyarınca

- a) Vergi Mahkemeleri ile Bölge İdare Mahkemelerine başvurma
- b) Danıştaya başvurma (ilk derece sıfatıyla)
- c) Danıştaya temyiz başvurularında
- d) Bölge İdare Mahkemesine 6545 sayılı Kanununun 2. maddesiyle yapılacak istinaf yolu başvurularında

#### II- Nispi harçlar

a) Vergi mahkemesi ile bölge idare mahkemesi kararlarında: Tarhiyata ve ceza kesme işlemlerine karşı mükellefin dava açması üzerine vergi mahkemesinin nihai kararları ile bölge idare mahkemesinin kararlarında, karar altına alınan uyuşmazlık konusu vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezaların toplam değeri üzerinden maktu harç miktarından az olmamak üzere binde 4,55 oranında harç alınmaktadır.

b) Danıştay kararlarında: Karar altına alınan uyuşmazlık konusu vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezaların toplam değeri üzerinden bu makama yapılacak başvuru için düzenlenen maktu harçtan az olmamak üzere binde 4,8 (Bu miktardan evvelce ödenen nispi harç mahsup edilir) harç alınmaktadır.

#### III - Maktu harç:

Yukarıdaki pozisyonlarda gösterilen ve nispi harca tabi tutulmamış olan tarhiyat veya ceza kesme ve diğer işlemlerle ilgili:

- a) Vergi mahkemesi ve bölge idare mahkemesi kararlarında
- b) Danıştay kararlarında
- c) Bölge idare mahkemesi ve Danıştay'ın yürütmenin durdurulması kararlarında tarifede belirlenen (ve her yıl güncellenen) rakamlar üzerinden maktu harçlar alınmaktadır.

#### IV - Suret harçları:

Tarafların isteği üzerine verilecek karar suretleri için karar suretinin her sayfasından tarifede belirlenen (her yıl güncellenen) rakamlar üzerinden harç alınmaktadır.

Görüldüğü üzere vergi itiraz/temyiz komisyonlarının yerini Vergi Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri almış; Danıştay daha önceki sistemde de yer aldığından yeri korunmuştur. Bununla birlikte idari yargılama formuna uygun bazı hususlar harç konusu yapılmıştır. Örneğin Bölge İdare Mahkemeleri

ve Danıştay başvurularında yapılacak yürütmenin durdurulması talebi harca konu edilmiştir. (3) sayılı tarife daha sonra 2008 ve 2014 yılında değişikliğe uğramıştır. 2008 yılında 5766 sayılı Kanunla yapılan değişiklik harç miktarlarının değiştirilmesine ilişkin genel bir düzenlemeyken; 2014 yılında 6545 sayılı Kanunla getirilen değişiklikler idari yargıda oluşturulan istinaf sürecine ilişkin olmuştur.

### 1.2.2. Vergi Yargısı Harçlarının Ana Eksenini ve Sorunun Kaynağı

Mevzuatımızda bir uyumsuzluğun (3) sayılı tarifeye göre harçlandırılmasını öngören en önemli ifade “*Vergi, Resim, Harç ve Benzeri Mali Yükümler ile Bunlara Bağlı Zam ve Cezalara İlişkin Uyuşmazlıklar*” tamlamasıdır. Bu tamlama (ya da ifade) aynı anlamsal çerçevede, hem vergi yargısı harçlarını düzenleyen 492 sayılı Kanuna ekli (3) sayılı tarifenin giriş kısmında hem vergi yargısı harçları konusunu düzenleyen 52. maddesinde hem de idari yargı mercilerinin harçlarını genel olarak belirleyen 5. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır.<sup>18</sup> Söz konusu bu düzenlemeler daha önce var olan vergi itiraz ve temyiz komisyonlarına yapılacak başvuru sürecinde alınması gereken harçlarla ilgili düzenlemelerle benzer ifadeleri içermektedir.<sup>19</sup>

Buradan da anlaşılacağı üzere 1982 yılında yapılan idari yargı reformundan sonra eski ve yeni durum, idari rejim ekseninde uyumlaştırılmaya çalışıl-

<sup>18</sup> 492 sayılı Kanunun 2588 sayılı Kanunla değişik “Bölge İdare Mahkemeleri ile Danıştay İşlemleri” başlıklı 5. maddesi: “Bölge İdare Mahkemeleri ile Danıştay’da açılacak davalardan (1) sayılı tarife gereğince harç alınır.

Ancak, *vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalarla ilgili olup* Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay’ın görevi içinde bulunan işlemler (3) sayılı tarifeye göre harca tabidir.”

<sup>19</sup> Zira bakıldığında 492 sayılı Kanunun ilk halinde hem 5. hem 52. maddelerinde hem de “vergi itiraz harçları” başlıklı (3) sayılı tarifenin giriş kısmında bu benzerlik görülmektedir.

Nitekim **492 sayılı Kanunun “Danıştay İşlemleri” başlıklı 5. maddesinin 2588 sayılı Kanunla değişmeden önceki hali:** “Danıştayda açılacak idari davalardan (1) sayılı tarife gereğince harç alınır.

*Vergi, resim, harç ve bunlara bağlı cezalarla ilgili olup* Danıştayın görevi içinde bulunan işlemler (3) sayılı tarifeye göre harca tabidir. “

**Aynı Kanunun “mevzu” Başlıklı 52. maddesinin 2588 sayılı Kanunla değişmeden önceki hali:** “Vergi itiraz işlemlerinden bu kanuna bağlı (3) sayılı tarifede yazılı olanları, vergi itiraz harçlarına tabidir.”

**Ayrıca (3) sayılı tarifenin 2588 sayılı Kanunla değişmemiş ilk haline göre girişi kısmı ise şöyledir:**“*Vergi, resim, harç ve bunlara bağlı cezalarla ilgili anlaşmazlıklardan dolayı* mükellefler tarafından itiraz komisyonlarında, Temyiz Komisyonunda ve Danıştay’da” şeklindeydi. Kanunun tam metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11756.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11756.pdf> (15.02.2016)

mıştır. Vergi itiraz ve temyiz komisyonlarının yerini alan vergi yargı mercileri, anılan kurumların iş ve işlemlerinden ötürü talep edilen harçları da bir kurumsal miras olarak devralmışlardır. Ancak vergi mahkemelerinin kurulması, bu mahkemelerin kararlarına karşı Bölge İdare Mahkemelerine itiraz (20 Temmuz 2016'dan sonra istinaf) başvurusu, Danıştay'a temyiz başvurusu yapılabilmesi hepsinden önemlisi de bu mercilerin idari hiyerarşinin dışında bağımsız mahkemeler olması yeni sistemin eski sistemden mahiyet ve öz itibarıyla farklılığını açıkça ortaya koymaktadır. Ayrıca vergi temyiz ve itiraz komisyonlarının görevleri sadece vergilendirmeye ilişkin itirazları kapsamaktayken yeni kurulan vergi yargısı, sadece vergilendirme işlemlerine karşı değil 2576 sayılı Kanununun 6. maddesinin<sup>20</sup> delâletiyle vergisel işlemlere ilişkin daha geniş bir görev alanına sahip olmuştur.

Dolayısıyla vergi yargılamasının idari yargı düzeninde sistematize edilmesinden ötürü idare hukuku bağlamında tesis edilmiş kesin ve yürütülmesi gereken birçok işlem artık doğrudan vergilendirme (tarhiyat) sonucunu doğurmasa dahi idari yargılama usulü ilkelerine göre vergi mahkemelerinde dava konusu edilebilmektedir. Bu nedendir ki vergi yargısı, kurumsal miras olarak oturtulduğu vergi temyiz ve itiraz komisyonlarının dar hukuki zeminin çok ötesinde hukuka uygunluk denetimi yapan ve bu haliyle daha geniş bir hukuksal korunma alanı sunan idari mahkemeler düzeni olarak karşımıza çıkmıştır.

Peki yerini aldığı temyiz itiraz komisyonlarından çok daha geniş bir hukuki koruma sunan ve inşa edildiği hukuki zeminde daha kompleks, daha bağımsız ve daha boyutlu olan vergi yargısı işlemlerinin harç noktasında karşılığını tek başına (3) sayılı tarifede bulmak mümkün müdür? Bize göre bu sorunun cevabı olumsuzdur. Zira vergi yargısı, yargısal anlamda diğer yargı mercileriyle hasetten aynı görev kolunda yer aldığı idare mahkemeleriyle aynı usuli işlemler yapmaktadır. Buna karşın idare mahkemelerinin işlemleri (1) sayılı tarifede harçlandırılırken; vergi mahkemeleri (3) sayılı tarifeye göre harçlandırma işlemi yapmaktadır.

Öte yanda hem vergi hem idare mahkemelerinin bazı kararlarına yapılan itiraz (20 Temmuz 2016'dan sonra istinaf) başvurularını inceleyen Bölge İdare

---

<sup>20</sup> 2576 sayılı Kanunun "Vergi Mahkemelerinin Görevleri" başlıklı 6. maddesi: "Vergi mahkemeleri:

- a) Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları,
- b) (a) bendindeki konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları,
- c) Diğer kanunlarla verilen işleri, Çözümler."

Mahkemeleri ile her iki yerel mahkemenin temyiz merci olan Danıştay da vergi uyuşmazlıklarına ilişkin iş ve işlemleri harçlandırmayı (3) sayılı tarifeye göre yapmaktadır. Böylece aynı yargı kolunda ve hatta aynı yargı mercileri (Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay) tarafından iki ayrı harçlandırma sistemi uygulanmaktadır. Tabii ki burada yasakoyucunun tercihinin bu olduğu, bir izah olarak düşünülebilir muhakkak. Lakin uygulamada bu ikilikten kaynaklı hatalı işlemler yapılmaktadır. Örneğin vergi mahkemeleri tarafından (3) sayılı tarife- de yer almamasına karşın (1) sayılı tarifenin “Diğer yargı harçları (Müşterek kısım)” başlıklı ‘D’ bölümün ‘c’ bendine göre “vekâlet harcı” adı altında “vekâlet suret harcı” tahsil edilmektedir. Bu örneği uygulamada düşülen bir hata olarak nitelendirmek ve düzeltilmesini uygulayıcılara bırakmak mümkündür. Ancak asıl sorun vergi yargısında görülen davaların mahiyetlerinin gün geçtikçe farklılaşması ve mevcut (3) sayılı tarife- de bu davaların karşılığının bulunmamasından kaynaklanmaktadır.

Bu doğrultuda 492 sayılı harçlar Kanununun vergi yargısı harçlarının düzenlendiği üçüncü kısım birinci bölümde yer alan 2588 sayılı Kanunun 4. maddesi ile değişik “mevzuu” başlıklı 52. maddesini de analize dahil ettiğimizde, sorun derinlik kazanmaktadır. Zira anılan maddede, “Vergi yargısı işlemlerinden bu Kanuna ekli (3) sayılı tarife- de **yazılı olanlar**, vergi yargısı harçlarına tabidir” ifadesi yer almaktadır. Bu takdirde Kanunun açık lafzından (3) sayılı tarife- de yazılı olan işlemler vergi yargısına tabi olup anılan tarife- de **yazılı olmayan** diğer işlemler için bir muğlâklık söz konusudur. Tarifenin girişinde bu tarife- ye tabi olan davalar ifade edilmiştir. Buna göre bu tarife- ye yalnızca “*vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalara ilişkin uyuşmazlıklardan dolayı Vergi Mahkemelerinde, Bölge İdare Mahkemelerinde ve Danıştay’da açılan davalarda*” uygulanacağı hükmü bulunmaktadır. Şu halde bu tanıma girmeyen davaların tümü (1) sayılı tarife- ye göre harçlandırılmalıdır. Ancak uygulamada bu ayırım gözetilmeden tüm vergi davaları için (3) sayılı tarife uygulanmaktadır.

Oysa ki vergi uyuşmazlıklarının birer idari dava olarak kabul edilip idari yargı- lama usulüne göre çözüme kavuşturulmasıyla başlayan 1982 sonrası süreçte, iptal davasına konu olabilecek değişik türlerde işlemler, 2576 sayılı Kanun 6. maddesindeki görev kuralına göre vergi mahkemelerinde dava konusu edilmektedir. Bu davalar salt vergilendirme işlemlerine ilişkin iptal davaları olmasının yanı sıra yine vergilendirme sürecinin kapsamında olmayan işlemlere ilişkin olmaktadır. Bu takdirde vergilendirme işleminin haricindeki vergisel işlemlere karşı açılan davalar niteliklerine göre harçlandırılmalıdır. Diğer bir ifadeyle 492 sayılı Kanunun 52. maddesinin göndermede bulunduğu (3) sayılı

tarifenin giriş kısmında düzenlenen davalara taallük eden işlemler için (3) sayılı tarife; diğer davalarda (1) sayılı tarife tüm boyutlarıyla uygulanmalıdır.

Bu sorunsalın daha net bir şekilde ortaya konulması ve çözüm önerisi sunulabilmesi için vergi mahkemelerinde görülen idari dava türlerine göre uyumsuzlukların mahiyetlerine kısaca değinilmesi yararlı olacaktır.

## **2. VERGİ UYUŞMAZLIKLARINDAN DOĞAN İDARİ DAVALARIN HARÇLAR KANUNA GÖRE MAHİYETİ**

Bilindiği üzere idare ile mükellefler arasında çıkan vergi uyumsuzlukları idari yargı düzeninde çözüme kavuşturulmaktadır. İdari yargılama usulünde ise iki tür davadan söz edilmektedir.<sup>21</sup> 2577 sayılı Kanununun 2. maddesine göre idari davalar idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları ile idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davalarıdır.

Bu durum çerçevesinde; vergi uyumsuzlukları içinde sık karşılaşılan ve iptal davasına konu olan işlemlerin hangilerine karşı açılan davaların (3) sayılı tarifeye göre harçlandırılacağı ve hangilerinin de bu tarifenin sınırları dışında kaldığını ortaya koymak adına vergi yargısında sıkça karşılaşılan idari uyumsuzlukların mahiyetlerine bakmak gerekir. Bu incelemenin dava türlerine göre yapılması ise sonrasında yapılacak analizler açısından daha yararlı olacaktır.

### **2.1. İptal Davaları Ekseninde Vergi Uyuşmazlıkları ve Harçlandırma Sorunu**

Vergi davalarının, idari yargılama usulünde geçerli olan dava türlerinden hangisine girdiği hususu doktrinde tartışmalı bir alandır.<sup>22</sup> Lakin son zamanlarda ağırlık kazanan görüş vergi davalarının esasında iptal davası olduğudur.<sup>23</sup> Bu şüphesiz vergi yargılamasında tam yargı davası olmadığı anlamına gelmez. Ancak bu görüş vergi davaların birçoğunun iptal davası olduğunu kabul etmek bakımından önemlidir.

---

<sup>21</sup> 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde "Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyumsuzluklara ilişkin davalar"dan söz edilmekle birlikte; bu davalar uygulamada iptal davası formunda değerlendirilmektedir.

<sup>22</sup> Söz konusu tartışma için bkz. Mehmet Yüce, **Vergi Yargılama Hukuku**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2013, ss. 137-146

<sup>23</sup> Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Osman Sariaslan, **Vergi Uyuşmazlıklarına İlişkin Davalarda İlk İnceleme**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2014, ss. 23-82



İptal davası formunda olan vergi davalarını da (3) sayılı tarifenin alanında olan dava türleri ile mahiyet olarak bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün olmayan davalar olarak ayırmak mümkündür. Buna göre vergi uyuşmazlıklarına karşı açılan iptal davalarını 492 sayılı Kanunun 5, 52 maddeleriyle (3) sayılı tarifenin giriş kısmı bağlamında iki ana başlık altında ifade edebiliriz:

1) Vergi, resim harç ve benzeri mali yükler ile bunlara bağlı zam ve cezalara ilişkin davalar

2) Vergi, resim harç ve benzeri mali yükler ile bunlara bağlı zam ve cezalara ilişkin olmayan davalar

Vergi, resim harç ve benzeri mali yükler ile bunlara bağlı zam ve cezalara ilişkin davalar; vergi mahkemelerinin vergi temyiz ve itiraz komisyonlarından "miras" olarak aldığı ve vergi uyuşmazlıklarının oluşturduğu ana damarı oluşturan davalardır. Bu davalar genellikle bir tarh işleminin yapılması veya bir tarh işlemine bağlı diğer bir deyişle vergiye bağlı kesilen cezalara karşı açılmaktadır. Vergi ziyai cezalı KDV tarhiyatına karşı açılan iptal davası bu türden bir davadır. Bu davaları 492 sayılı harçlar Kanununun hem 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan gönderme uyarınca anılan Kanuna ekli (3) sayılı tarifenin kendisine harç bağladığı davalardır. Bu davaların açılması ve karara bağlanmasında (3) sayılı tarife sorunsuz uygulanabilmektedir.

Vergi, resim harç ve benzeri mali yükler ile bunlara bağlı zam ve cezalara ilişkin olmayan davalar ise, doğrudan bir vergilendirme içeriğine sahip olmayan yani tarhiyat veya cezalı tarhiyatın haricinde mali idare tarafından tesis edilen işlemlere karşı açılan davalardır. Bu davaları da genellikle mali idarenin sıklıkla tesis ettiği işlemler gözetilerek şu şekilde örneklendirmek mümkündür:

- Özel Esaslara alınma işlemine karşı açılan davalar
- Mükellefiyetin iptali istemli açılan davalar
- İdari başvurunun reddi üzerine açılan davalar
- Doğrudan vergilendirmeyle ilişkilendirilemeyen usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarına karşı açılan davalar
- Vergi Usul Kanununun mükerrer 49. maddesine göre açılan davalar
- Gümrük Kanundan kaynaklı işlemlere karşı açılan davalar

Şüphesiz bu davaları yukarıda sayılanlarla sınırlamak mümkün değildir. Bunların haricinde daha birçok idari uyuşmazlık vergi yargısında iptal davası formunda çözüme kavuşturulmaktadır. Bu davaların ortak özelliği ise doğrudan vergilendirme veya vergilendirmeye bağlı ceza kesme işlemleri

içermemeleridir. Şu halde bu davalarda 492 sayılı Kanunun 5. maddesinin 2. maddesinde yer alan kurala göre mi harçlandırma yapılmalı yoksa anılan Kanun maddesinin 1. fıkrasında yer alan genel kurala göre yani (1) sayılı tarifeye göre mi harçlandırma yapılmalıdır. Uygulamada bu ayırım gözetilmekte; vergi mahkemelerinde açılan davaların tümünde (3) sayılı tarifeye göre harçlandırma yapılmaktadır. Oysaki bu uygulama mevcut mevzuat hükümleri dikkate alındığında hatalıdır. Burada harçlandırma, yukarıda ifade edilen yasa hükümlerinden ötürü, davaların mahiyetine göre yapılmalıdır. Aksi takdirde Kanunla kurulan ve yargı merci olduğu tartışmasız olan vergi mahkemelerinin halen temyiz/itiraz komisyonları çizgisine hapsolması, bu mahkemelerde görülen tüm iptal davalarının birer itiraz gibi değerlendirilmesi gibi bir sonucu doğurmaktadır. Bu da haliyle yargı harçlarında yer alan harca konu bazı işlemler vergi yargılamasında yapılmış olsa dahi harçtan başışık tutulmaları anlamına gelmektedir.<sup>24</sup>

## 2.2. Maktu Harcın Alanına Hapsolan Davalar: Vergi Yargılamasında Tam Yargı Davaları

İdari dava türlerinin ikincisi de malum olduğu üzere tam yargı davalarıdır. Bu davalar İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından ilgili idare aleyhine 2577 sayılı Kanunda gösterilen usullere göre açılmaktadır.<sup>25</sup> Bu davalar idari yargı merciinin kullandığı yetkinin davalı idarenin parasal bir edimi yerine getirmesini içermesi, bu haliyle de hukuk yargılamasına benzer bir yetki kullanılması nedeniyle “tam yargı” diye ifade edilmiştir. İdari mahkemeler, bu davalarda yalnızca hukuka uygunluk denetimi ile ilgili sınırlı bir inceleme yapmayıp idareye belirli bir edimi yerine getirmesi noktasında yükümlü kılan kararlar verebilmektedir.<sup>26</sup> Dolayısıyla tam yargı davaları, açıkça 492 sayılı Kanunun 5/2, 52 ve maddeleriyle (3) sayılı tarifenin gi-

---

<sup>24</sup> Lakin kimi uygulamalarda bazı vergi mahkemeleri tarafından celse harcı, keşif harcı gibi (1) sayılı tarifede yer alan harçlar tahsil edilebilmektedir. Bu da mevcut ikili yapının ürettiği bir başka uygulama sorunudur. Örneğin vergi mahkemelerince keşif harcı tahsil edilmesi hususu, teftiş raporlarında, bu harcın (3) sayılı tarifede yer almadığı için tahsil edilmemesi gerektiği noktasında eleştiri konusu yapılmıştır. Bu konuda bkz. <http://intranet.hsyk.gov.tr/Teftis/tavsiyeler/idari-yargi/idari-yargi.pdf> s. 55 24.02.2016)

<sup>25</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Turgut Candan, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, ss.463-484. Selami Demirkol, Zuhal Bereket Baş, **İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, ss.230-234

<sup>26</sup> Bu durum nedeniyledir ki vergi davaları uzunca bir müddet tam yargı davası olarak değerlendirilmiş ve halen bu görüşte olanlar mevcuttur. Ayrıca tam yargı davasının haricinde 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinde ifade edildiği şekliyle tazminat davalarından da ayrı bir dava türü olarak söz edilmektedir. Ancak konu muz bakımında bu tartışmalara girilmemiştir.

riş kısmında benzer ifadelerle yer alan *vergi, resim harç ve benzeri mali yükler ile bunlara bağlı zam ve cezalara ilişkin olmayan* davalardır.

Diğer yandan vergi mahkemeleri (vergi yargısı) idari yargı düzeninde özel görevli mahkemeler konumunda olduğu için tam yargı davaları vergi yargısı içinde sık karşılaşılan dava türlerinden değildir. Ancak yine uygulamada vergi mahkemesinin görevine giren tam yargı davaları açılabilir. Bu davalara da şu örnekleri vermek mümkündür:

- Vergi Mahkemelerinin kararlarının geç ve hatalı uygulanmasından kaynaklı açılan tam yargı davaları
- Mali idarenin vergilendirme süreciyle ilişkin olmakla birlikte kişilerin haklarının muhtel olmasını sonucunu doğuran işlemlerden kaynaklı açılan tam yargı davaları
- Ödenen verginin iadesi istemiyle açılan davalar

Bu davalara ilişkin örnekleri de tıpkı iptal davalarında olduğu gibi çoğaltmak mümkündür. Ancak olaya vergi yargılamasına ilişkin harçlar ekseninde bakıldığında, bu tür davaların da yine 492 sayılı Harçlar Kanununun 5/2. maddesi, 52. maddesi ile (3) sayılı tarifenin genel çerçevesini çizen giriş kısmında karşılığını bulmak mümkün değildir. O halde bu davalara karşı açılan davalarda verilen kararların harçlandırılması hangi tarifeye göre yapılmalıdır? Şüphesiz bu sorunun da uygulamadaki cevabı (3) sayılı tarifiedir. Oysaki bu davalar da açıkça *vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalarla ilgili* uyuşmazlıklardan kaynaklanan dava değildir. Bu davalarda uygulanması gereken tarife (1) sayılı tarifiedir.

Diğer yandan uygulamada bu dava türünün vergi yargılama harçları arasında doğrudan karşılığı bulunmadığından (3) sayılı tarifenin maktu harçların düzenlendiği “diğer işlemlerle ilgili” muğlâk ifadenin delaletiyle tam yargı davalarının usuli işlemleri ve bu davalarda verilen kararlar maktu olarak harçlandırılmaktadır. Ancak bu aşamada sorun başka bir boyut kazanmaktadır. Zira vergi yargısı harçlarında yargı kararının maktu olarak harçlandırılması ancak nispi harç konusu edilemeyen davalara ilişkin olma koşuluna bağlıdır. Tam yargı davaları bu koşulu sağlamadığı gibi konusu belirli bir miktar parayı içermesi nedeniyle bu davalar hem başvuru aşamasında hem de karar aşamasında maktu harca konu edilebilecek mahiyette değildirler. Nitekim idare mahkemelerinin kararları (Kanunlarında yer alan özel düzenlemelerin haricinde) nispi olarak harçlandırılmaktadır.

Diğer bir anlatımla 492 sayılı harçlar Kanununun vergi yargısı harçlarının dü-

zenlendiği üçüncü kısım birinci bölümünde yer alan 2588 sayılı Kanunun 4. maddesi ile değişik “mevzuu” başlıklı 52. maddesinde, “Vergi yargısı işlemlerinden bu Kanuna ekli (3) sayılı tarifede **yazılı olanlar**, vergi yargısı harçlarına tabidir” ifadesi yer almaktadır. Bu takdirde Kanunun açık lafzından (3) sayılı tarifede yer alan işlemler vergi yargısına tabi olup *diğer işlemler* için bir muğlâklık söz konusudur. Bu muğlâklıktan da Kanunun açıkça düzenlemediği dava türlerini anlamak yanlış sonuca varmak olacaktır.

Kaldı ki (3) sayılı tarifenin dışında kalan yargısal işlemler için uygulanması gereken tarife konuyla ilgili genel düzenleme (1) sayılı tarife olduğundan, vergiye ilişkin davaların tümünde yapılan iş ve işlemlerde her hangi bir fark gözetilmeksizin (3) sayılı tarifenin uygulanması hatalıdır.

### 3. VERGİ YARGISI HARÇLARININ KAPSAM SORUNU VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

İfade edildiği üzere, 1982’de hayata geçirilen bir dizi yasayla vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay ile birlikte idari yargı kolu içinde bağımsız vergi yargısı oluşturulmuştur. Bu oluşum hiç olmayan bir sistemin baştan inşası şeklinde değil, daha önceden var olan sistemin dönüştürülmesi ile gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda vergi itiraz ve temyiz komisyonları kaldırılmış burada çalışan başkan ve üyeler de (belli koşul ve kriterlere göre) hâkimlik mesleğine kabulleri yapılarak hâkimlik teminatına kavuşturulmuştur. Mahkemelerin göreve ve işleyişine ilişkin hususlar önceki uygulamalardan mülhem belirlenmiştir. İdari yargılama usulüne tabi olan vergi yargısının özellik arz eden hususları 2577 sayılı Kanunun 31. maddesinde yer verilen atf hükümleri ve ilgili maddelere yapılan ek özel düzenlemelerle karşılanmaya çalışılmıştır.

Vergi yargısının iş ve işlemlerinde uygulanacak harçlar ise 492 sayılı Harçlar Kanununun yargı harçlarını düzenleyen (1) sayılı tarifeye göre değil de daha önceki itiraz sürecine bağlı kalınarak itiraz harçlarının dönüştürülmüş hali olan (3) sayılı tarifeye göre belirlenmiştir. Esasında bu belirleme yasakoyucunun ikili yapı noktasında net ve açık iradesini ortaya koymamaktadır. Zira idari yargıda görülecek davalar için talep edilecek harçlar, 492 sayılı Kanunun 5/1. maddesi ile 11. maddesine<sup>27</sup> göre (1) sayılı tarifeye göre yapılacaktır. Ancak uygulamada 5. maddenin 2. fıkrasında yer alan ve yalnızca vergi yargısında çözüme ka-

---

<sup>27</sup> 492 sayılı Harçlar Kanununun Yargı Harçlarında Mükellefiyeti düzenleyen 11. maddesi: “Genel olarak yargı harçlarını davayı açan veya harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişiler ödemekle mükelleftir.

Vasinin hesabının görülmesi dolayısıyla alınacak harçlar, vesayet altındaki şahsa izafeten vasiden alınır. Herhangi bir istek olmaksızın resen yapılacak işlemlere ait harçlar, aksine hüküm yoksa, lehine işlem yapılan kişilerden alınır”

vuşturulan bazı davalar için getirilen istisnai düzenleme vergi yargısı için kural olarak kabul edilip buna göre işlem yapılmaktadır.

Bu uygulama vergi yargısının ilk oluşum evresinde anlaşılabilir bir durum olarak kabul edilebilir görünmektedir. Çünkü vergi yargısı, vergi temyiz/itiraz komisyonlarının yerine kurulmuş; insan kaynağının çoğunu da bu kurumlardan sağlamıştır. Dolayısıyla vergi yargısının zihni alt yapısını, uygulama birliğini ve komisyonların işlem ve işlevini devam ettirmesi bir dereceye kadar kabul edilebilir. Ancak vergi yargısının zamanla içinde bulunduğu yargı kolunun niteliğine uygun bir şekilde yargılama yapmaya başlaması, görevine giren uyuşmazlık türlerinin *vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalarla ilgili* uyuşmazlıklarla sınırlı kalmaması nedeniyle anılan bakış açısıyla yürütülmekte olan mevcut uygulamanın hatalı ve noksan olduğu, günümüz koşullarına cevap verecek durumda olmadığı ortaya çıkmıştır.

Diğer bir ifadeyle *vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalarla ilgili uyuşmazlıklardan kaynaklı davalar* için 492 sayılı Kanunun 52. maddesiyle (3) sayılı tarifeye yapılan gönderme, uygulamada tüm vergi uyuşmazlık türlerine teşmil edilmiştir. Bu da çok çeşitli uyuşmazlıkların dava konusu edildiği vergi yargısını harçlandırma noktasında dar bir alana hapsedilmesinin ötesinde mevcut hükümlere göre dahi Kanunda öngörülen harçlandırma sistematiğine aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim mali idare tarafından bir mükellefin özel esaslara göre işlem yapılacak mükellefler listesine dâhil edilmesi işlemine karşı açılan dava, benzer şekilde vergisel işlemlerden ötürü açılan bir tam yargı davası hiçbir şekilde vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalarla ilgili değildir. Dolayısıyla harçlandırma işlemleri (3) sayılı tarifeye göre yapılamaz. Bu davalarda başvuru aşamasından nihai aşamaya kadar tüm usuli işlemler (1) sayılı tarifeye göre yapılmalıdır. Bu da gerektiği durumlarda celse harcı ve keşif harcı tahsil edilmesinin yanı sıra tam yargı davaları için nispi harçlandırma ve buna dayalı peşin harç tahsilini gerekli kılmaktadır. Oysa uygulama toptancı ve indirgemeci bir bakış açısıyla (vergi yargı düzeninin ilk oluşum aşamasında geçerli) ilk yaklaşımın sürdürülmesi şeklindedir.

Sorunun çözümü ise en basit şekliyle yeni bir yasal düzenlemedir. Ancak yasal değişiklik yapılmadan mevcut hatalı uygulamayı değiştirmek mer'i mevzuat hükümlerine göre mümkündür. Zira uygulayıcıların, vergi yargısı harçlarının uygulanmasını öngören 492 sayılı Harçlar Kanununun 52. maddesinin lafzi yorumunu baz alması; 5. maddesinin yorumunda da 2. fıkranın değil de 1. fıkranın genel kural olarak kabul edip dava türlerine göre işlem tesisine engel bir durum bulunmamaktadır.

### 3.1. Birinci Çözüm Yolu: Uygulama Değişikliği

(3) sayılı tarifenin dava türü ve niteliği gözetilmeksizin tüm vergi uyuşmazlıklarına uygulanmasının ilk olarak çözümü, bu uygulamadan vazgeçilip vergi davalarının tür ve mahiyetlerine göre harçlandırılması usulüne geçiş olacaktır. Ancak bunun birden bire gerçekleşmesi ve tüm vergi yargısı organları tarafından aynı anda uygulanması pek mümkün gözükmemektedir. Zira yaygın ve bize göre hatalı uygulamanın değişmesi için bu hususta yargı mercileri arasında bir konsensüsün varlığı gereklidir. Fakat uygulamada pek üzerinde durulmayan hatta ziyadesiyle detay kabul edilebilecek bu hususta böyle bir konsensüs beklemek çok iyimser bir yaklaşım olacaktır.

Öte yandan Danıştay'ın bu yönde içtihatlarla uygulamaya yön vermesi, temyiz incelemelerinde bu hususu gözeterek vergi davalarının tür ve mahiyetlerine göre harçlandırılması yönünde bir içtihat geliştirmesi söz konusu olabilir.

Uygulamaya yön verecek ikinci yöntem ise teftiş raporlarıdır. Zira Danıştay hariç vergi yargısı organları tıpkı diğer yargı mercileri gibi mutad teftişe tabi tutulmakta, iş ve işlemlerinin usul hükümlerine ve diğer ilgili mevzuata uygun yapıp yapılmadığı denetlenmektedir. Bu denetimler sonucunda "Tavsiyeler Listesi" hazırlanıp Mahkemelere tebliğ edilmektedir.<sup>28</sup> Mahkemeler de bu raporlar uyarınca işlem yapmaktadırlar. Bu nedenle teftiş raporlarında vergi davalarının tür ve mahiyetleri yukarıda açıklandığı şekliyle ortaya konularak *vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalarla ilgili uyuşmazlıklarla* ilişkin davalarda (3) sayılı tarifeye göre; bu uyuşmazlıkların dışındaki davalarda ise (1) sayılı tarifeye göre harçlandırma yapılması tavsiye edilebilir.

Ancak bu çözüm de yine bir görüş değişikliği gerektirmesi ve uygulamadaki mevcut alışkanlıkların yerine yenisini önermenin güçlüğüne içermesinden ötürü etkin olmayacaktır. Burada en esaslı çözümü yasal düzenleme sunacaktır

### 3.2. İkinci Çözüm Yolu: Yasal Düzenleme

Uygulamaya ilişkin çözümler, uygulayıcıların farklı yorum ve tutumları ve davaların türüne göre harçlandırma yapılacağından nispeten karmaşık olması nedeniyle tercih edilmeyebilir. Bunun yerine yasal düzenleme yapılarak uygulamada birlik sağlanabilir. Bunun için de vergi yargısı harçları tümüyle kaldırılıp (1) sayılı tarife diğer yargı mercilerinde olduğu gibi vergi yargısında da uygulanabilir bir mahiyete kavuşturulabilir.

---

<sup>28</sup> Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Teftiş Kurulu Yönetmeliğinin 32. maddesi. Yönetmeliğin tam metni için bkz. <http://www.teftis.hsyk.gov.tr/teftis-kurulu-yonetmeliği.html>

Yasakoyucunun tercihi şayet vergi yargılamasının diğer genel yargılama usullerinden ayrı değerlendirip harçlarını da buna göre belirlemek şeklinde olacaksa; bu kez de uygulamada hatalara neden olan sorunlu alanın ortadan kaldırılması adına, hem 492 sayılı Kanunun 5/2. maddesi, hem 52. maddesi hem de (3) sayılı tarifenin giriş kısmında benzer ifadelerle yer alan vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalarla ilgili tamlama değiştirilerek yerine “vergi mahkemelerinde görülen davalarda” ya da “vergi yargısında görülen davalarda” diye yoruma kapalı ve daha kapsayıcı bir ifade ile mevcut ikili yapı net bir şekilde ortaya konulmalıdır.

## SONUÇ

Bilindiği üzere ülkemizde vergi yargılaması idari yargı düzeni içinde kurulan vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay’dan müteşekkildir. 1982 idari yargı reformundan sonra vergi mahkemeleri bidayet mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ise hem vergi mahkemelerinin hem de idare mahkemelerinin kararlarına karşı itiraz (20 Temmuz 2016’dan sonra istinaf) merci, Danıştay ise anılan mahkemelerine karşı temyiz merci olarak kurgulanmıştır. Bu süreçte en yaygın vergi yargı merci olan vergi mahkemeleri, vergi temyiz ve itiraz komisyonlarının yerine kurulmuştur. 1982 yılında çıkarılan bir dizi yasayla da yeni durum ile eski durum uyumlaştırılmaya çalışılmıştır. Bunlardan bir tanesi de 2588 sayılı Kanun olmuştur. Anılan Kanun 1964 tarihli 492 sayılı Harçlar Kanununda bir dizi değişiklik öngörmüş böylece yeni oluşturulan “idari” mahkemelerin harca konu iş ve işlemleri ile bunların miktar ve nispetleri belirlenmiştir. Bu belirleme de vergi yargısı harçları müstesna bir durum arz etmiştir. Zira daha öncesinde var olan vergi temyiz itiraz komisyonlarına yapılacak başvurular ve bunların kararları harca konu edilmişti. Yasakoyucu anılan 2588 sayılı Kanunun ilgili maddeleriyle önceki belirlemeye sadık kalarak vergi itiraz harçlarını vergi yargısı harçlarına dönüştürmüştür. Böylece vergi yargısındaki harçlandırma, 492 sayılı Harçlar Kanununun yargı harçlarına ilişkin genel düzenlemeleri içeren (1) sayılı tarifeye göre değil, daha önce adı vergi itiraz harçları olan (3) sayılı vergi yargısı harçlarına göre yapılacaktır. Bu dönüşüm vergi mahkemelerinin ilk oluşumunda insan kaynağının da vergi temyiz itiraz komisyonlarından sağlanması ve kurumsal mirastan ötürü çok tartışılmadan gerçekleşmiştir. Lakin gerek 2576 sayılı Kanunun 6. maddesinde düzenlenen vergi yargısının görev alanının, vergi temyiz itiraz komisyonlarına göre daha geniş olması gerek de yargılamayı yapan hâkimlerin bağımsız idari yargı formunda bir algıyla uyumsuzlukları ele almasından ötürü zamanla söz konusu dönüşümün mahsurlu alanları belirginleşmeye başlamıştır.

Bu durumu vergi davalarının niteliğinde görmek mümkündür. Zira özelde vergi mahkemeleri genelde ise vergi yargısı artık bir itiraz merci değildir. 2577 sayılı Kanun kapsamında iptal ve tam yargı davaları eksininde yargılama yapan vergi yargısı mercileri 492 sayılı Kanunun 5/2, 52 maddeleriyle (3) sayılı tarifenin girişinde yer alan “*vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalarla ilgili...*” düzenlemeyle sınırlı olamayacak türde uyuşmazlıklardan kaynaklı davaları çözüme kavuşturmaktadır. Olaya bu cihete bakıldığında, (3) sayılı tarifede yazılı olmayan vergi davalarının durumu belirsizlik arz etmektedir. Ancak uygulamada bu belirsiz alan (3) sayılı tarifenin geniş bir yorumla tüm davalar için uygulanması suretiyle giderilmektedir. Ancak bu hem hatalı uygulamalara (üç sayılı tarifede olmamasına karşın vergi yargı mercilerince vekâlet suret harcının tahsil edilmesi) hem de bazı usuli işlemlerin (celse, keşif gibi) harçlandırılmamasına sebebiyet vermektedir.

Sorunun asıl dikkat çeken noktası ise, yukarıda ifade edilen yasal düzenlemelere bakıldığında uygulamanın mevcut şekliyle yapılmasını gerektirecek bir yasal zorunluluğun bulunmamasıdır. Yani uygulamada mevcut durumun farkına varılıp da vergi davalarının türüne ve mahiyetine göre harçlandırma yapılmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Lakin bu o kadar da kolay değildir. Mevcut uygulamadan dönülmesi ve bir uygulama birliği sağlanması ya Danıştay kararları ya da teftiş raporları ile mümkün olabilir. Ancak bu karmaşaya mahal verecek bir yöntemdir. Bunun yerine Yasakoyucunun mevcut ikili yapıyı ya tümünden kaldıracak ya da net bir ayırım kriterleri ortaya koymak suretiyle belirginleştirecek bir düzenleme yapması daha uygun olacaktır.

◆◆◆◆

#### KAYNAKÇA

AKSOY Şerafettin, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999

CANDAN Turgut, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006

DEMİRKOL Selami, BERKET BAŞ Zuhul, **İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005

FURTUN İdris Hakan, PINAR Burak, **Damga Vergisi ve Harçlar Bilgisi**, Ed. Doğan Gökbek, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Yayın No:2276, Eskişehir, 2013

GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Yönetmelik Yargı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008



ÖNCEL Mualla, KUMRULU Ahmet, ÇAĞAN Nami; **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005

ÖNER Erdoğan, DEĞİRMENCİ Cenker, **Damga Vergisi ve Harçlar Bilgisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014

SARIASLAN Osman, **Vergi Uyuşmazlıklarına İlişkin Davalarda İlk İnceleme**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2014

YÜCE Mehmet, **Vergi Yargılama Hukuku**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2013

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 30.04.2013 gün ve E:2011/402 K:2013/157 sayılı kararı.

İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 26.11.2012 gün ve E:2012/1580 K:2012/2903 sayılı kararı.

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11756.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11756.pdf> (15.02.2016)

<http://intranet.hsyk.gov.tr/Teftis/tavsiyeler/idari-yargi/idari-yargi.pdf> (24.02.2016)

<http://www.teftis.hsyk.gov.tr/teftis-kurulu-yonetmeligi.html> (24.02.2016)

# TAŞINMAZIN MÜLKİYETİNİN TESCİLDEN ÖNCE İKTİSAP HÂLLERİNDEN MAHKEME HÜKMÜNE GÖRE İKTİSAP EDEN KİŞİNİN İHALENİN FESHİ DAVASI AÇMAYA YETKİSİ BULUNUP BULUNMADIĞI ÜZERİNE DÜŞÜNCE VE TAHLİLLER\*

*Allocation of Property Acquisitions Prior to Registration Court's People from Acquisitions by from Provisions on a Case of Termination of the Tender and Analysis on the Power of Thought*

**Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ\*\***

## ÖZET

Hukuk yargılamasında her bir dava ikâmesini kural gereği tasarruf işlemi (muamele) olarak nitelemek doğru olmayacaktır. Zira özel hukukta subjektif hakkın himayesine matuf dava ikâmesi hukukî korunma talebine mündemiçtir. Buna karşılık, davanın mesmu olması tasarruf ehliyeti ve tasarruf yetkisinin varlığına muhtaçtır. Maddî hukukta tasarruf işlemi tanımlanmamakla birlikte bir hakkın özüne doğrudan ve kesin bir şekilde etki ederek söz konusu hakkı devreden, tüketen, sona erdiren, sınırlayan yahut içeriğini değiştiren bir fonksiyonu haizdir. Türk Medenî Kanunu'na göre taşınmazların iktisabı tapu siciline tescil ile mümkün olmasına karşın istisnaî hâllerde taşınmazın mülkiyeti tescil dışında da kazanılmaktadır (TMK. m. 705/2). Bu ihtimallerde, mülkiyetin tescilden önce kazanılmasına karşın, tasarruf işlemleri yani tescil dışı kazanılan taşınmazın temlik edilmesi ancak tescilden sonra mümkün hâle gelecektir. Tescil yapılmaksızın taşınmazın tasarruf edilememesine ilişkin emredici düzenleme, taşınmazın mülkiyetinin haricî satım ve devredilmesine engel olma, bir diğer ifade ile taşınmazın mülkiyetinin geçerli bir hukukî sebebe mebni olarak tescilini sağlama ve bağlayıcı olmayan ya da hukukî sebepten yoksun bir sebebe yani yolsuz tescile engel olma iradesine matuftur. Kaldı ki taşınmazın mülkiyetinin devrinin doğru ve geçerli bir hukukî sebebe dayanması, kamu düzeni ile doğrudan ilgilidir. Nitekim devletin bu noktadaki sorumluluğu da doğrudan aslî ve temel bir yükümlülüktür. Dolayısıyla taşınmazın mülkiyetinin tescil dışı kazanıldığı istisnaî hâllere binaen taşınmazın mülkiyetini iktisap eden kişinin söz konusu mülkiyet hakkına dayanarak bu hakkı muhafaza edip tescilini kolaylaştırmaya hizmet eden şikâyet niteliğindeki ihalenin feshi talebi, mülkiyet hakkının korunmasına matuf bir usulî dava hakkı olduğundan, tasarruf işlemi olarak değerlendirilemeyecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Tasarruf İşlemi, Tescilsiz İktisap, İhalenin Feshi

\* Yargıtay Kararları Doğrudan Uyap Üzerinden Temin Edilmiştir.

\*\* Büyükçekmece Hukuk Hakimi. aciylikli@hotmail.com

## ABSTRACT

Each case must substitute the rule saving operation in civil proceedings (treatment) will have the right to qualify. Because directed substitution in case the auspices of the subjective right to demand a special law is inherent to legal protection. In contrast, it relies on the existence of that license case mesmer saving and saving power. Material with the essence of a right in law to define the saving process and transfer this right directly concerned by the effect precisely, consuming, the end, having a function of limiting or changing the content. According to the Turkish Civil Code exceptional case in spite of being able to be registered at the land registry of immovable property is acquired in the acquisition of immovable property except registered (MK. M. 705/2). In these possibilities, although earned prior to registration of the property, ie saving operations to be assigned to non-registration of immovable property acquired after the registration but will still possible. Mandatory regulations regarding the disposal of immovable without registration, to prevent immovable property of external sales and the transfer is directed to a valid legal reason to provide registered as mebn and non-binding or will not interfere with that abusive registration of reason lacks the legal cause of immovable property with another statement. Moreover accurate and valid legal reason for the endurance of immovable property, as well as the public policy of the state in the direct responsibility at this point is fundamental and basic obligations. Therefore immovable virtue of the case exceptional is acquired by unregistered property, said the person who acquired the immovable property based on the property rights while preserving the right to request termination of the contract in the complaint qualities that serve to facilitate the registration and protection of property rights is aiming for a procedural right of action, can not be considered as a saving operation.

**Keywords:** Saving Operation , Unregistered Acquisition , Termination of the Contract.



## GİRİŞ

Hukuk, içinde yaşadığımız, teneffüs ettiğimiz hayatın mütemmim cüz'üdür. Zira hukukun kaynağı, ana pınarı, insanların söz, eylem ve beyanlarıdır. Hâtta ceza hukukunda bile yargılanan kişi değil, kişinin söz ve eylemleridir. Dolayısıyla insanların hisleri ve enfûsî saikleri hukukun iştigâl sahasına girmez. Günlük yaşam devamlı bir şekilde değişim, gelişim ve devinim içerisinde. Bundan dolayı hayatın bütünleyici parçası olan hukuk da dinamik ve günceldir. Bu sebeple her bir vakıya uygulanabilir meselecî bir kanun yapmayı insanoğlu başaramamıştır. Hukukun kaynağı olan dünyadaki vakıalar, yani insanların söz, beyan ve eylemlerini sınırlamak, saymak, listelemek hâtta gelecekte nasıl belireceğini tahayyül etmek mümkün değildir. Her bir vakıadaki ufak bir ayırntı dahi uygulanacak hukuku ve çözümü değiştirecektir. Türk Medenî Kanu-

nu'nun 1. maddesindeki "Kanunda olaya uygulanabilir bir hükmün bulunmaması hâlinde örf ve âdet hukukuna göre, burada da hüküm olmaması hâlinde hâkim kanun koyucu olsaydı nasıl bir hüküm tesis edecek ise ona göre karar verir." hükmü de bunun bir tezahürüdür. Bu sebeple âlimin içtihadı hayatî hukuktur. Buna karşılık, aynı şeyi ceza hukuku için söylemek mümkün değildir. Zira her ne kadar ceza hukukunda şeklen yargılananlar gerçek kişiler ise de hakikatte yargılamanın konusu kişilerin söz, beyan ve eylemleridir. Ancak esas olan kişilerin özgürlükleri olduğundan kanunîlik, yani tipe uygun eylem ilkesi, ceza hukukunda insan hürriyetlerinin en büyük teminatıdır. Hukuk yargılama-sında kişilerin maddî ve manevî hakları, yaşamlarını hukukî güvenlik ve istikrar içinde idame ettirmek için zorunlu ve temel haklardır. Bu haklar, inkâr, ihmal, akamet ya da inkıtaa uğradığı zaman bu hakların korunması ve yeniden tesis ve teslimi için hukuk, kişilere sosyal ve hukukî mekanizmalar bahşetmiştir. Örneğin kişinin tam ve sağ olarak doğumuyla kişiler hukuku, vefatıyla ise miras hukuku işlerlik kazanıp, kişilere hukukî ve sosyal yaşamın bir gereği olarak hukuk düzeni içinde hayatın idamesi ve kişilerin maddî ve manevî varlığının korunması için hukukî bir şemsiye sağlamaktadır. Murisin vefatı ile sağ kalan mirasçı başka bir işleme gerek kalmaksızın küllî halefiyet gereği murisin terekesini iktisap edecektir. Bu sonuç, hukukun kişilere sağladığı sosyal bir donatıdır. Şayet muris, mirasçısından mal kaçırmış, muvazaalı işlemler yapmış ya da mahfuz hisseye (saklı pay) tecavüzde bulunmuş ise, mirasçı, murisin vefatıyla bu tasarrufların iptalini isteme hak ve yetkisini haiz olduğu gibi, şayet mirasçı mirasçının terekesini iktisap etmek istemiyor ise, mirasın reddi davası marifetiyle bu muradına ulaşacaktır. Tüm bu örneklemeler, hukukun yaşadığımız hayat ile iç içe olduğunun ve kişilerin sosyal hayatta maddî ve manevî varlığını hukukî güven, barış ve istikrar içinde idame ettirebilmesi için hukukun kişilere koruma ve donatı sağladığının birer göstergesidir. Eldeki makalenin başlık ve konusunun membaı ve esbabı mucibesi Yargıtay\*\* Özel Dairesi'nin bozma ilâmına mebni ve münhasırdır. Bir diğer ifade ile makalemizin malzeme ve kaynağı, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 21.12.2015 gün ve 29919/32309 sayılı karar bozma ilâmıdır. Özetle somut olayda Yargıtay, yerel mahkemenin ihale-nin feshine karar verdiği kararını esastan bozup şu gerekçelere yer vermiştir. "Somut olayda, şikâyetçi üçüncü kişinin, ihaleye konu taşınmaz hakkında açmış olduğu tapu iptali ve tescil davasında, şikâyetçi lehine karar verildiği görülmektedir. Dolayısıyla, şikâyetçinin, mahcuz taşınmazın kendisine ait olduğunu iddia ederek icra mahkemesine başvurmasında hukukî yararı vardır. Ancak şikâyet tarihi olan 29.06.2015 itibarıyla, taşınmaz, henüz şikâyetçi üçüncü kişi lehine tapuya tescil edilmediğinden, TMK'nın 705/2. maddesi uyarınca şikâyet hakkı bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, şikâyetçinin mülkiyet

hakki, henüz tapu kütüğüne tescil edilmemiş olduğundan, icra mahkemesine başvurarak tasarruf işlemi niteliğindeki ihaleinin feshi davasını açamaz. Bu durumda mahkemece, şikâyetçinin ihaleinin feshi isteminin aktif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, istemin kabulü ile ihaleinin feshi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir". Bozma ilâmından da anlaşılacağı üzere Yargıtay, mahkeme kararı ile taşınmazın mülkiyetini iktisap eden kişinin tapuda resmî tescil işlemini yaptırmadığından bahisle tasarruf işlemi niteliğindeki ihaleinin feshi davası açamayacağını vurgulamıştır. Biz de buradan yola çıkarak bozma gerekçesi ile ilgili hukukî kurumları alt başlıklar hâlinde tetkik edeceğiz. Konuya ışık tutması açısından hem satış vaadine dayalı tapu iptal ve tescil davasının hem de ihaleinin feshi davasının safahatını kronolojik sıraya göre ilgili başlıklarla serdetmekte fayda gördüğümüzü belirtmek isterim.

### I. Satış Vaadinin Niteliği

Taşınmazın satış vaadi sözleşmesinin yasal zemini, TMK'nın 706, TBK 237. maddelerine dayanmakla beraber, TBK'nın 29.(ön sözleşme) Noterlik Kanunu'nun 60/3 ve 89. ve Tapu Kanunu'nun 26. maddelerinde de taşınmaz satış vaadi kavramına yer verilmiştir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi; noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, her iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan borçlandırıcı<sup>1</sup> bir sözleşme türüdür<sup>2</sup>. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi,

<sup>1</sup> Surlu, Mehmet Handan, Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 2007, s. 27.

<sup>2</sup> Kaynağını Borçlar Kanununun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanununun 213. maddesi ile TMK'nın 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde TMK'nın 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir. Bir şeyin, başka kanunlar uyarınca taşınmaz kabul edilse bile, satış vaadi sözleşmesine konu teşkil edebilmesi için tapu sicilinde gayrimenkul olarak kayıtlı olması gerekir. Örneğin, bütünüyle parça (TMK md.684), doğal ürünler (TMK md. 685) taşınmaz değildir. Bağlı olduğu taşınmazla beraber satış vaadi sözleşmesine konu teşkil ederlerse de yalnız başına satış vaadi sözleşmesinin konusu olamazlar. Bu tür malların bağlı olduğu esas taşınmaz ile birlikte taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu olabilmeleri bir zorunluluk değil yasal bir sonuçtur. Somut olaya gelince, 7330 ada 14 parsel sayılı taşınmaz tapuda arsa vasfı ile Şişli Belediyesi adına kayıtlıdır. Dosyaya, dava konusu taşınmazda gerek dava dışı Kazım Taşkıran'ın gerekse muris Genççağa Işık'ın hak sahibi olduğuna dair tapu tahsis belgesi sunulamamıştır. Talep, dava konusu taşınmazda bulunan 60 kapı no'lu gecekonduya yöneliktir. Satış vaadi sözleşmesine konu olamayacak bir muhdesatın temlik geçersiz olduğundan, muhdesattan kaynaklanan şahsi hakkın temlikine dayanılarak elatmanın önlenmesi ve ecrimisil talep edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir." (14. HD 31.03.2015, 4112/3514).

bir ya da her iki tarafa asıl sözleşmenin icra edilmesini isteme hakkı bahşeden bir ön sözleşmedir<sup>3</sup>. Bu sözleşmenin noterler tarafından düzenleme şeklinde yapılması gerekli olup<sup>4</sup> bu husus sıhhat (geçerlilik) şartıdır. Taşınmaz satış vaadinde satışın icra edilmesini isteme hakkı, yenilik doğuran bir hak olup<sup>5</sup> dava marifetiyle kullanılabilmesi savunulmuş ise de kanaatimizce taşınmaz satış vaadinde satış sözleşmesinin yapılmasını isteme hakkı yenilik doğuran hak olmayıp, alelade bir alacak hakkıdır. Ancak bu hak dava marifetiyle kullanılır. Taşınmaz satış vaadi alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyetin devir borcunu yüklenen vaad borçlusuna malik, edimini yerine getirmeye ise, TMK'nın 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil (tescile zorlama davası) davasında mülkiyetin hükmen yerine getirilmesini isteyebilecektir. Satış vaadinden doğan talepler için özel bir süre belirlenmediğinden TBK'nın 146. maddesi gereği on yıllık zamanaşımına tabidir. Ne var ki, satış vaadine konu taşınmazın zilyetliği vaad alacaklısına teslim edilmiş ise zamanaşımında def'inde bulunmanın dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı savunulmuştur<sup>6</sup>. Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde tarafların iradesine göre tapu siciline şerh verilebilir. Bu şerh, kişisel haklardaki eşyaya bağlı borç etkisi sebebiyle taşınmazı devralan sonraki maliklere karşı da kullanılma imkânı sağlayacaktır<sup>7</sup>. Dolayısıyla şahsî hakkın şerh edilmesi malikin mülkiyet hakkına yük teşkil edeceğinden tasarruf işlemi niteliğindedir<sup>8</sup>. Tapu siciline şerh edilmediği için hukukta güçlendirilmeyen şahsî hak, kural olarak sonraki hak sahiplerine karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, her iki taraf arasındaki satış işleminin alacaklılardan mal kaçırmak amacına yönelik ve muvazaaya müstenit olup, üçüncü kişilerin zararına matuf bir hukuki işlemin varlığı halinde o işlemde zarar gören üçüncü kişi, şahsî hakkını tapuda şekillenmiş malik gözüken kişiye karşı da ileri sürebilmelidir. Yargıtay'da somut bir davada, satış vaadi sözleşmesi tapu kütüğüne şerh edilmemesine rağmen satış vaadinin varlığını bilerek taşınmazı iktisap eden kişiye karşı tescil davası açılabilmesini içtihat etmiştir<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> Oğuzman, K/Seliçi, Ö/Oktay-Özdemir, S, Eşya Hukuku, İstanbul 2015, s. 388.

<sup>4</sup> Surlu, s. 31.

<sup>5</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 391.

<sup>6</sup> Surlu, s. 174.

<sup>7</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 392; Vardar-Hamacıoğlu, G, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014 s. 33.

<sup>8</sup> Vardar-Hamacıoğlu, s. 34.

<sup>9</sup> "Kaynağını Borçlar Kanununun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanununun 213. maddesi ile Türk Medeni Kanununun 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716.

## II. Tasarruf İşleminin Kapsam ve Niteliği

Kökü Arapça ‘sarafe’ olan tasarruf kelimesi sözlüklerde harcama, tüketme, harcama hak ve yetkisine sahip olma, malik olma, idare etme, işlem<sup>10</sup>, günlük yaşamımızda bazı eşyalar için sarf ürünü yani kullanmakla tükenen, bir şeyi dilediği gibi kullanma yetkisi, kullanım, tutum, para biriktirme, parayı artırma gibi anlamlara gelir<sup>11</sup>. İstilah olarak kanunlarımızda özellikle Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu’nda tasarruf işlemi tanımlanmış değildir. Buna karşılık, tasarruf sözcüğünün diğer hukukî kavramlarla birlikte Medenî Kanunda, ölüme bağlı ve sağlar arası tasarruf; Hukuk Muhakemeleri Kanununda tasarruf ilkesi; İcra ve İflas Kanununda cebrî icra tasarrufu ve tasarrufun iptali davaları ile birlikte kullanıldığı görülür. Keza tasarruf işlemi, tasarruf ehliyeti ve tasarruf yetkisi kavramlarıyla da doğrudan organik ve fonksiyonel bağlantı içindedir. Tasarruf, bir malın istihlak edileceği<sup>12</sup>, maddî olarak bu malın tahrip veya özünün tadil ve taşıyıcı edilebileceği, hukukî mânâda ise malı istihlak bağlamında bir başkasına devir edebileceği anlamına gelmektedir<sup>13</sup>. Tasarruf işlemi, hak-

maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir. Hukukumuzda, kişilerin satın aldığı şeylerin ilerde kendilerinden geri alınabileceği endişesi taşımamaları, dolayısıyla toplum düzeninin sağlanması düşüncesiyle, satın alan kişinin iyi niyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bir tanımlama yapmak gerekirse iyiniyetten maksat, hakkın doğumuna engel olacak bir hususun hak iktisap edilirken kusursuz olarak bilinmemesidir. Belirtilen ilke, TMK’nun 1023. maddesinde aynen “tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur” şeklinde hükme bağlanmış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddede “bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz” biçiminde vurgulanmıştır. Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde huzur ve güveni koruma, toplam düzenini sağlama uğruna tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin iyiniyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Somut olayda; kayıt sahibinin mülkiyeti, satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan hakkın bertaraf edilmesi kastiyle ve kötüniyetle kazandığı ileri sürüldüğünden, malikin aynı hakkın yolsuz olarak tescil edildiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi olup olmadığının araştırılması zorunludur. Burada, satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilip edilmediğinin önemi yoktur. Önemli olan, mülkiyet hakkı sahibinin satış vaadi sözleşmesini bilmesi gereken kişilerden olup olmadığının saptanmasıdır.” (14. HD 29.06.2010, 4891/7428).

<sup>10</sup> Develioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 1997, s. 1036; Mutçalı, Serdar, Arapça/Türkçe Sözlük, İstanbul 1995, s. 478, 479; Topaloğlu, Bekir/Karaman, Hayrettin, Arapça/Türkçe Yeni Kamus, İstanbul 1985, s. 224; Sami, Şemsettin, Kamus-ı Türki, İstanbul 1989, 7. Baskı, s. 409.

<sup>11</sup> Vardar-Hamacioğlu, s. 5.

<sup>12</sup> Develioğlu, s. 1036.

<sup>13</sup> Saymen, Ferit H./ Elbir K. Halid, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954, s. 221; “Alacağın temlikli bir tasarruf muamelesi olup, Borçlar Kanununun 162-172’nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Alacağın temlikli ile alacak hakkı, bunu devralan üçüncü kişiye geçer. Böylece devralan daha önce temlik edene ait olan alacak hakkını kesin olarak iktisap eder,

kın özüne tesir etme noktasında malı tüketme ya da içeriğini tadil ve değiştirme niteliğinden ötürü ancak mülkiyet hakları yönünden elverişlidir. Hem şahsî hem de sınırlı aynî haklarda hak sahibi malın özünü (cevherini), içeriğini muhafaza ile mükelleftir<sup>14</sup>. Bu açıklamalarımızdan hareketle tasarruf işlemi ya da muamelesi, tasarrufta bulunan kişinin malvarlığındaki bir hakka doğrudan müdahale ederek söz konusu hakkın özüne tesir edecek şekilde üçüncü bir kişiye devreden<sup>15</sup>, sınırlayan, külfet yükleyen, içeriğini değiştiren ya da sona erdiren bir hukukî işlemdir<sup>16</sup>. Tasarruf işlemi tek taraflı hukukî işlem ya da söz-

---

bunun üzerinde “tasarruf etme” yetkisini kazanır. Temlik eden alacaklının da bu aşamadan sonra artık tasarruf hak ve yetkisi bulunmadığından, bu alacağa dayalı olarak herhangi bir hukuki işlem yapması mümkün değildir. Bu durumda temlik işlemi ile temlik eden, borç ilişkisinden çıkar ve onun yerine alacaklı sıfatıyla alacağı devralan üçüncü kişi geçer. Somut olayda şikâyet eden Hakan Uyar tarafından diğer şikâyet eden Yüksel Biçimoğlu'na, noter vasıtasıyla ve tarihi kesin olarak saptanabilecek şekilde, icra takibinden sonra 320.000.YTL'lik alacağın 100.000. YTL'lik bölümü temlik edilmiştir. Alacağını temlik eden kimsenin alacak üzerinde bir tasarruf yetkisi kalmamış olup, söz konusu alacak temlik edenin malvarlığından çıkmıştır. Bu durumda mahkemece, alacağı temlik alanın da temlik edenin haklarının halefi olarak garameten veya alacağa tanınan diğer haklardan yararlanabileceğinin gözetilmemesi usul ve yasaya aykırıdır.” (19. HD 27.11.2008, 8533/11653).

<sup>14</sup> Saymen,/Elbir,/ Halid, s. 221.

<sup>15</sup> “Somut olayda şikâyet eden, noter vasıtasıyla ve tarihi kesin olarak saptanabilecek şekilde alacağı temlik almıştır. Alacağını temlik eden kimsenin alacak üzerinde bir tasarruf yetkisi kalmamış olup, söz konusu alacak temlik edenin malvarlığından çıkmıştır. Bu nedenle temlik edenin, temlik tarihinde sonra tasarruf yetkisinin kalmadığı (bulunmadığı) bir alacağın, temlik edenin diğer alacaklıları tarafında haczi de bu alacağı temlik alana karşı ileri sürülemez. Mahkemece, temlikin Büyükşehir Belediyesine ulaştığı tarih esas alınarak hüküm kurulmuş ise de söz konusu temlik edilen alacağın borçlusuna bildirimde bulunma tarihi, borçlunun sorumluluğu açısından önem taşır. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 165'nci maddesinde, borçlunun temlikten haberdar olmaması hâlinde iyiniyetle yaptığı ödemelerden dolayı sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Bu itibarla; mahkemece, yukarıda açıklanan hukukî esaslar çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” (19. HD 04.04.2008, 1366/3451).

<sup>16</sup> Oğuzman, K/Barlas, N, Medeni Hukuk, Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar, İstanbul 2011, s. 175; von Tuhr, A, Borçlar Hukuku, C. 1, İstanbul 1952, s. 199; Hamamcıoğlu-Vardar, , s. 53; “Dava, İİK 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. İİK 277/1 maddesinde, iptal davasının konusunu 278,279 ve 280.maddelerde yazılı tasarrufların oluşturduğu belirtilmiştir. Bunlar karşılıksız tasarruflar, aciz halinde yapılan tasarruflar ve olağan durumlarda borçlunun yapamayacağı işlemlerle mal varlığında eksiltme yaratan tasarruflardır. Buradaki tasarruftan maksat, borçlunun 3.şahıslarla yapmış olduğu tasarruf muameleleridir. Doktrinde tasarruf muamelesi “bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, muhtevasının sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran işlem” olarak tanımlanmaktadır. Tasarruf muamelesi ile muameleyi yapan şahsın mal varlığındaki aktif azalır, diğer tarafta ise çoğalma meydana gelir. Borçlunun mal varlığını azaltıcı nitelikte bulunan hukuki işlemler ve hukuki fiilleri tasarruf kavramı içinde değerlendirilmelidir. İşte İİK. 277 ve devamı maddelerine dayanılarak açılan iptal davası ile borçlunun alacaklısını zarara uğratma kastıyla mal varlığından (aktifinden) çıkardığı mal veya



leşme şeklinde husule gelebilir. Bu bağlamda taşınır ya da taşınmazın mülkiyetinin devri, taşınmazın mülkiyetinin sınırlı aynı haklarla sınırlandırılması, taşınır yahut taşınmazın mülkiyetinden feragat; alacak hakkının temlik ile alacak hakkının ibrası, tasarruf işlemlerine örnek olarak sayılabilecektir<sup>17</sup>. Dolayısıyla tasarruf işlemiyle bir hakkın kurulmasının mümkün olmadığı, zira tasarruf işleminin ön şartının bir hakkın varlığına bağlı olduğu savunulmuştur<sup>18</sup>. Tasarruf işleminin icrası ile hak ya da hukukî ilişki doğrudan ve kesin bir biçimde etkilenir. Tasarruf işlemi onu icra eden kişinin malvarlığının aktifinde bir azalmaya sebebiyet verir. Dolayısıyla tasarruf işlemi, karşı muhatap yönünden daima kazandırıcı bir işlemdir. Tasarruf işlemi sadece sahip olduğu hakkı devreden, sınırlayan ya da sona erdiren kişi esas alınarak yapılan bir nitelemedir<sup>19</sup>. Tasarruf işleminin muhatabı karşı taraf için ise bir iktisap işlemidir<sup>20</sup>.

### III. İİK 28. Maddesinin Fonksiyonu

İcra ve İflas Kanunu'nun 28. maddesi 'taşınmaz davalarında davacının lehine hüküm verildiği takdirde, mahkeme, davacının talebine gerek kalmaksızın hükmün tefhimi ile beraber hüküm özetini tapu sicil müdürlüğüne bildirir' hükmünü havidir. İlgili müdürlük mahkemenin müzekkeresinde bildirdiği hüküm özetine konu taşınmazın sicil kaydına şerh verir. Bu şerh, Türk Medenî Kanunu'nun 1010. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tabidir. Taşınmazın davası üzerine verilen karar ileride davacının aleyhine kesinleşirse mahkeme, derhal bu hükmün özetini de tapu sicil müdürlüğüne bildirir. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere birinci fıkra, mahkemenin ilk kararını şeklî ve maddî anlamda kesinleşmeden tefhimle birlikte tapu siciline bildirmesi gerektiğine ilişkin amir bir hüküm iken, ikinci fıkra, yargılama sonunda kararın şeklî ve maddî anlamda kesin hüküm niteliği olmasından sonraki safhaya işaret etmektedir. Taşınmaz ve taşınmaza bağlı aynı haklarda hükümle birlikte hüküm özeti, talebe hacet kalmaksızın mahkeme tarafından resen, tapu müdürlüğüne bildirildiğinden (İİK m. 28), bu bildirim, tasarruf hakkını ortadan kaldırmayıp tasarruf hakkı kısıtlanacağı için<sup>21</sup>, devir mümkün olmayacağı gibi<sup>22</sup> iyiniyet

---

hakların ya da bunların yerine geçen kıymetlerin tekrar borçlunun mal varlığına (aktifine) geçmesi amaçlanır. Kısaca iptal davasının konusunu gerekçeli tasarruf muameleleri teşkil eder." (17. HD 12.11.2012, 2948/12374).

<sup>17</sup> Vardar-Hamamcıoğlu, s. 2.

<sup>18</sup> Vardar-Hamamcıoğlu, s. 36.

<sup>19</sup> Buz, Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 80.

<sup>20</sup> Buz, s. 80.

<sup>21</sup> Üstündağ, Saim, Kesin Hükmün Hukuki Haleflere Etkisi, Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010, (s. 41–48), s. 44.

<sup>22</sup> "İİK'nın 28.maddesinde taşınmaz davalarında davacının lehine hüküm verildiği takdirde

iddiaları da dinlenmeyecektir. Zira bu hal hükümle birlikte olduğu için, henüz şekli manada kesinlik sağlanmadığı safhada, dava derdest sayılıp, HMK 125. maddesindeki dava konusunun devri safhası içinde kalacaktır. İİK 28. maddesine dayalı şerhin etkisi, sadece cüz'i haleflere ileri sürülebilme nokta ve safhasında kalmamakta, İİK 29. maddesi daha etkin ve şümüllü bir fonksiyon marifetiyle, kesinleşen hükmün üçüncü kişilere karşı icra edilebilme imkânı da bahşetmektedir<sup>23</sup>. Yani üçüncü kişiler taraf olmadığı halde, davalıdan hak kazandıkları için, ilam kesinleştikten sonra aynen selefleri gibi onun hakkında alınmış hükmün icrasına maruz kalacaklardır<sup>24</sup>. İİK 27, 28 ve 29. maddeleri yargılama hukukunda, dava konusu taşınmaz ve taşınmaza bağlı aynî haklarda, kesin hükmün bahşettiği hakların teslim ve tenfizi noktasında, taraflara ek imkânlar sunarak bir nevi hakların teslimi ve tescilini teminat altına alırlar. Bu işlev sayesinde, hükmün tapu sicil müdürlüğüne bildirilmesinden sonraki temlikler davanın seyrine etki etmemekle beraber, dava yine iki taraf arasında yürüyecek ve tesis edilen karar tarafların cüz'i haleflerini bağladığı gibi, onların leh ve aleyhlerinde icra da edilecektir<sup>25</sup>. Aslında bu düzenlemeler, hükmün kesinleşmesinden sonraki temliklerde, yani uyuşmazlığın ya da çekişmenin nihayete erip maddî mânâda kesin hüküm hüviyetini iktisap etmesinden sonra bile, davanın taraflarının, dava konusunu oluşturan müddeabihe ilişkin tasarrufları üzerine, davacı ya da davalının cüz'i halefleri olan üçüncü kişilerin selefleri hakkında tesis edilen kesin hükmün bağlayıcılığı noktasında ek imkân ve avantajlar getirmiştir. Taşınmaz davası sonucunda dava, dava-

mahkemenin davacının talebine gerek kalmaksızın hükmün tefhimi ile birlikte hükmün hülasasını tapu siciline bildireceği, ileride verilen kararın davacının aleyhine kesinleşmesi halinde de hüküm hülasasının tapuya bildirileceği hükme bağlanmıştır. Taraflar arasında görülüp kesinleşen müdahalenin önlenmesi davasında verilen kararın kesinleşerek infaz edildiği belirtildiğine göre, daha önce mahkemenin bildiri üzerine konulan şerhin, yine mahkemece kaldırılmasına karar verilmesi gerekir. O halde tapu kaydında bulunan şerhin bilgi mahiyetinde olduğu ve hiçbir tasarrufa engel teşkil etmeyeceği gerekçesiyle davanın reddedilmiş olması doğru olmamış kararın bozulması gerekmiştir." (15. HD 25.05.2006, 2272/3103).

<sup>23</sup> "İİK'nun 28.maddesinde "Taşınmaz davalarında davacının lehine hüküm verildiği takdirde mahkeme davacının talebine hacet kalmaksızın hükmün tefhimi ile beraber hulasasını tapu sicili dairesine bildirir. İlgili daire bu ciheti hükmolunan taşınmazın kaydına şerh verir. Bu şerh, Türk Medeni Kanunu'nun 1010. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tâbidir." hükmüne yer verilmiştir. Olayda mahkeme kararını 01.07.2009 tarihinde vermiş olup karar mahcuz üzerindeki haciz tarihinden öncedir. Haciz tarihinde mahcuz taşınmazın davacı-şikâyetçi ile dava dışı arkadaşları adına kaydına tesciline karar verildiği anlaşıldığından şikâyetin kabulü ile mahcuz üzerindeki haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken istemin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (12. HD 18.02.2013, 2012/28266, 2013/4674).

<sup>24</sup> Üstündağ, Kesin Hüküm, s. 44.

<sup>25</sup> Üstündağ, Kesin Hüküm, s. 45.

cı lehine hükme bağlanırsa, mahkeme bu hükmün kesinleşmesini beklemeden, derhal, hüküm özetini tapu müdürlüğüne bildirecektir. Bu bildirim ya da şerh, tasarruf yetkisini kısıtlayıcı mahiyettedir. Kaldı ki, mülkiyet tescilden önce doğmuştur<sup>26</sup>. HMK 350/II. maddesi mucibince, taşınmazlara ilişkin kararlar kesinleşmeden icra edilemeyeceği amir hükmü muvacehesinde, İİK 28. maddesi hükmünün tapu sicilinin düzeltilmesi olarak değil, tasarruf yetkisini kısıtlayan bir şerh olarak nitelenmesi doğru olacaktır<sup>27</sup>. Zira karar henüz kesinleşmeden sicilin düzeltilmesi, taşınmazın tapu sicilindeki malik hanesinin değişmesi, kanun yolu incelemesinin davacı aleyhine sonuçlanması halinde sicilin malik hanesinin yeniden değişmesine ve işlem güvenliğinin zedelenmesine sebep olacaktır. Kaldı ki, bu safhada yolsuz tescile dayanarak iyiniyetli hak iktisapları da hukukî barış, güven ve istikrarı bozacaktır<sup>28</sup>. Bu sebeple, İİK

<sup>26</sup> “Türk Medeni Kanuna göre taşınmaz mülkiyetinin ikisabı kural olarak tescili ile mümkündür(TMK m.705). Ancak bu kuralın istisnası olarak tescilden önce iktisap halleri de düzenlenmiştir, bunlar miras , mahkeme kararı, cebri icra , işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda gösterilen diğer hallerde de mülkiyetin tescilden önce iktisabı mümkündür. Bu hallerde tescil kurucu olmaktan ziyade açıklayıcı mahiyette olup, tescil ancak devir ve temlik tasarruflara engeldir. Somut olayda, hacze konu taşınmaza ilişkin Kamulaştırma ve Tezyidi Bedel davası 19.06.1997 tarihinde ikame edilmiş, 30.12.1997 tarihinde hacze konu Diyarbakır ili Kayapınar ilçesinde kain 6295 nolu parsel şikayetçi DSİ Genel Müdürlüğü lehine tapuya tesciline ve hüküm kesinleştiğinde res’en tapu sicil müdürlüğüne bildirilmesine karar verildiği, kararın 13.07.1998 tarihinde maddi ve şekli anlamında kesinleştiği, hal böyle iken , davalı İNG Bank AŞ tarafından şeklen tapuda malik gözüken diğer davalı Mehmet Eren’in borcundan dolayı kesinleştirilen takibe binaen aynı taşınmaza haciz tatbik edilmiştir. İİK 28 maddesine göre; taşınmaz davalarında davacı lehine hüküm verildiği taktirde mahkeme davacının talebine hacet kalmaksızın hüküm tefhimi ile beraber karar özetini tapu siciline bildirilmesi gerekir, kaldı ki, bu tür davalarda talebe bağlı olarak taşınmaz üzerine davalı şerhi konması da mümkündür. İİK 28. Maddesine göre tapuya bildirilen şerhler Türk Medeni Kanununun 1010. maddesinin 2.fıkrasında hükümleri tabi olup, şerh verilmekle taşınmaz üzerindeki sonraki hak sahiplerine karşı da ileri sürülebilmesi mümkün olacaktır. Tüm açıklamalarımızdan hareketle; 13.07.1998 tarihinde maddi ve şekli anlamında kesinleşen ve şikâyetçi idare lehine tesciline karar verilen davaya konu taşınmaza ilişkin hüküm özetini, İİK 28. maddesindeki amir hükme muhalefet edilerek, tapu sicil müdürlüğüne bildirilmediği, bu tarihten çok daha sonra 15.04.2009 tarihinde davalı İNG Bank A.Ş tarafından aynı taşınmaza haciz tatbik edildiği, taşınmazın bu tarihten önce tescilsiz mülkiyet hükümlerine göre, şikâyet eden DSİ Genel Müdürlüğüne mülkiyetin intikal ettiği, bu aşamada davalı Mehmet Eren’in sadece şekli malik konumunda olup, taşınmaza şerh edilen haczin yolsuz olduğu, kaldı ki, hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak iktisap edemeyeceği gibi; üçüncü bir kişinin kusurundan dolayı hak kaybına da duçar olamayacağı göz önüne alındığında; taşınmaza ilişkin hüküm özetini tapu sicil müdürlüğüne bildirmeyen mahkemenin ihmalinden şikâyet edeni sorumlu tutmak hukuken mümkün olmadığından, şikâyetin kabulüne karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.” (Diyarbakır 1. İcra Mahkemesi, 24.01.2013, 23/52).

<sup>27</sup> Kazancı-Tuncer, s. 91.

<sup>28</sup> İyilikli, Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Ankara 2016, s. 358.

28. maddesine dayalı mahkeme hüküm özetine matuf şerh, sadece tasarruf yetkisini kısıtlayıcı bir sonuç doğurmalıdır. Bu hüküm marifetiyle, özellikle kesin hükmün konusu taşınmaz ve buna ilişkin aynî haklarda lehine karar verilen iyiniyetli hak iddia eden üçüncü kişilere, bu bağlamda cüz'i haleflere karşı iyi niyet korunmuştur. Buna karşın, gerek mahkemece İİK 28. maddesine dayalı şerh yazısının ihmal edilmesi yahut kesin hüküm konusunun taşınmaz dışında bir hak ya da menkul bir mala yönelik olması hallerinde, iyiniyet iddiasında bulunan üçüncü kişi cüz'i halefin, somut olayın özelliklerine göre, kendisinden beklenen dikkat ve özeni gösterip göstermediği esaslı bir şekilde tetkik edilecektir<sup>29</sup>. Hatta somut olayın gereklerine göre beklenen özeni göstermeyen kişi iyiniyet iddiasında bulunamayacağı gibi (TMK. m. 3/2)<sup>30</sup>, hakim bu durumu itiraz üzerine değil, görevi gereği resen nazarı itibara alacaktır<sup>31</sup>. Zira iyiniyet def'i değil, itiraz mahiyetindedir<sup>32</sup>. İİK 28. maddesi gereğince karar özeti tapu-

<sup>29</sup> "Eldeki uyuşmazlıkta davacı, kayıt malikinin mülkiyeti kötüniyetle kazandığını ileri sürdüğünden, malikin aynı hakkı yolsuz olarak tescil edildiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi olup olmadığının önemle araştırılması gerekir. Tapu resmi satış senedindeki bedelin düşük gösterilmiş olması da tek başına muvazaanın kanıtı sayılmaz." (14. HD 16.09.2014, 4118/9965).

<sup>30</sup> "İİK 40.maddesine göre bir ilam hükmü icra edildikten sonra bölge adliye mahkemesince kaldırılır ve ya yeniden esas hakkında karar verilir ya da Yargıtay'ca bozulup da aleyhine icra takibin yapılmış olan kimsenin hiç veya o kadar borcu olmadığı kesin bir ilamla tahakkuk ederse ayrıca hükme hacet kalmaksızın icra tamamen veya kısmen eski haline iade olunur, ancak 3. şahısların iyi niyetle kazandıkları haklara halel gelmez. Taraflar arasındaki uyuşmazlık şikayetçi davacının iyi niyetli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. MK 3.mad göre kanun iyi niyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyi niyetin varlığıdır ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyi niyet iddiasında bulunamaz. Somut olayda temliknameye ilişkin vekaletname Harudyun Sivacıoğlu tarafından 01/07/2010 tarihinde Kemal Tüysüz'e verildiği, Harudyun Sivacıoğlu nun 06/02/2011 tarihinde vefat ettiği, bu tarihten sonra 09/05/2011 tarihinde davaya konu alacağın söz konusu vekaletname ile Yusuf Güzel adına temlik edildiği ve bir gün sonra yani 10/05/2011 tarihinde de ilama dayalı icra takibi yapılarak alacağın tahsil edildiği, söz konusu tarihler dikkate alındığında temliknameye ilişkin vekaletnamenin daha önce alınmasına rağmen dava konusu para alacağına ilişkin temliknamenin temlik eden Harudyun Sivacıoğlu nun ölümünden sonra yapıldığı ve takibin temlik edenin ölümünden bir gün sonra yapıldığı, bu haliyle şikayetçinin ölüm olayından haberdar olmasına rağmen alacağın tahsili zımında icra takibi yaparak alacağı tahsil ettiği, bir başka ifadeyle, tasarruf işlemi olan alacağın temlik işleminin yapıldığı sırada hakkın iktisabına engel olabilecek bir durumun yani ölüm olayının davacının malumunda olduğu, kaldı ki temlik eden Harudyun Sivacıoğlu nun vefatından bir gün sonra icra takibi yapılmasının da bu durumu teyit ettiği, somut uyuşmazlığın özünü oluşturan takipten şikayetçi davacının iyi niyetli olmadığı anlaşıldığından şikayetin reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur." (Büyükçekmece 2. İcra Mahkemesi, 14.09.2015, 754/819).

<sup>31</sup> Akkanat, Halil, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul 2010, s. 65.

<sup>32</sup> "Somut olaya gelince; mahkemece yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde, ilk elden sonraki eller konusunda hükme yeterli bir araştırma yapılmadan, davacı tarafından, ihalenin feshi

ya re'sen bildirileceğinden taşınmazın aynına ilişkin davalarda mülkiyet hakkı koruma altındadır. Nitekim kural olarak taşınmaz iktisabında tescil esas ise de, bazı hallerde tescilsiz iktisap halleri de mümkündür. Örneğin miras, işgal, imar ve ihya, istimlak, cebrî icra ve mahkeme hükümlerinde tescil kurucu değil açıklayıcı mahiyettedir. Bu ihtimallerde aynı hak tescilden önce doğacağından<sup>33</sup>, tescil sadece temlikî tasarrufa engel olup<sup>34</sup>, MK 705. maddesinin ikinci fıkrasına göre belirlenen hallerde kazanılan mülkiyet hakkının muhafaza, zilyetlik, idare ve tescilinin sağlanmasına hizmet eden işlemler, bu bağlamda dava hakkı<sup>35</sup>, yasak tasarruf işlemi olarak değerlendirilemeyecektir.

#### **IV. İİK 134/2. Maddesine Göre İhaleinin Feshi Davasını Açmaya Yetkili Olan Kişiler**

İhaleinin feshi şikâyetinde kimlerin bulunabileceği ya kanun tarafından be-

---

davasının devamı sırasında taşınmazın sicil kaydına tedbir konulmasının sağlanmadığı, bu sebeple el değiştirmelerde davacının kusuru bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa iyiniyet araştırması def'i olmayıp itirazdır. Mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gereken bir kuraldır. Buna göre, davacının, taşınmazın sicil kaydına tedbir koydurmamış olması neticeye etkili değildir. Hal böyle olunca; öncelikle mahkeme kararından sonra taşınmazdaki payın el değiştirdiği gözetilerek HUMK.nun 186. maddesinde öngörülen usulü işlemlerin tamamlanması, ondan sonra yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde hükme elverişli olacak şekilde gerekli araştırma ve incelemenin yapılması, soruşturmanın eksiksiz tamamlanması, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma ile yetinilerek, yanılığlı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir." (1. HD 01.09.2010, 2009/7263, 2010/269).

<sup>33</sup> "Bilindiği üzere; Türk Medeni Kanununun 705.maddesinde öngörüldüğü üzere, tapuya tescilden önce, mülkiyetin kazanılacağı haller açıkça sayılmış, bunlardan birinde tescil ilamı olduğu belirtilmiştir. Mülkiyetle ilgili anılan kararın bir zaman aşımına uğramayacağı tartışmasızdır halde eldeki davada dayanılan hukuki sebep ile önceki Aksaray 2.Asliye Hukuk Mahkemesinin 1991/238 Esas 1992/176 Karar sayılı ilamında dayanılan hukuki sebebin aynı olduğu söylenemez. Bu durumda HUMK.'nun 237.maddesi hükmü karşısında kesin hükmün varlığından bahsedilmeyeceği açıktır." (1. HD 12.04.2007, 3122/4044).

<sup>34</sup> Saymen/Halid/ Elbir, s. 213.

<sup>35</sup> "İİK'nun 28.maddesinde; "Taşınmaz davalarında davacının lehine hüküm verildiği takdirde mahkeme davacının talebine hacet kalmaksızın hükmün tefhimi ile beraber hulasasını tapu sicili dairesine bildirir. İlgili daire bu ciheti hükmolunan taşınmazın kaydına şerh verir. Bu şerh, Türk Medeni Kanunu'nun 1010. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tâbidir" hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda, şikâyetçiler kesinleşen mahkeme ilamı ile tescilden ve dolayısıyla haciz tarihinden önce şikâyete konu taşınmaz (hissenin) mülkiyetini kazanmış bulunmaktadırlar. Öte yandan, haciz tarihi mülkiyetin tespiti açısından önem arz eder ise de; somut olayda gözlemlendiği gibi hacizden önce kesinleşen mahkeme ilamı ile mülkiyet hakkının sona ermesi durumunda, tapu kaydının aleniyeti kadar hukuki değer arz eden kesinleşmiş mahkeme kararının (ilamın) göz ardı edilmesi mümkün değildir. Zira şikâyetçi malikin taşınmazın kendisine ait olduğunu ispat açısından elindeki kesin hüküm karşısında başvurabileceği başka bir hukuki yol yoktur." (12. HD 03.12.2013, 30883/38318).

lirlenir yahut her somut hadisede kimlerin menfaatinin zedelendiği araştırılır. Dolayısıyla ihalenin feshi, ihalenin bozulmasında hukukî menfaati bulunan kişiler tarafından talep edilebilir. Nitekim kanun açıkça ihalenin feshini şikâyet yoluyla talep eden ilgili vaki yolsuzluk neticesinde kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu ispata mecburdur. Bundan dolayı ihale feshini talep ettiği davada ileri sürülen sebebin kişilerin menfaatini zedelediği ve zarara uğradığı olgusu dava şartıdır. Her somut olayda mahkeme tarafından ihalenin feshini talep eden kişinin hukukî yararının bulunup bulunmadığı doğrudan ve resen dikkate alınacaktır. İhalenin feshini İİK 134/II. fıkrasının birinci cümlesindeki yalnız satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler isteyebilirler. Bu kişiler kanun tarafından sayma yoluyla tahdidî olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla ihalenin feshini talep eden kişinin kanun tarafından sayılan kişilerden olup olmadığı her somut olayda mahkemece resen değerlendirilecektir. Tapu sicilindeki ilgililer kavramına borçlu ve sınırlı aynı hak sahibi dışında tapuya şerh verilmiş şahsî bir hak sahibi ile resmî olarak yapılmış satış vaadinin alacaklıları yahut kiracı ve muhdesat sahipleri de dâhildir. Zira kişisel hak sahiplerinin bu hakkı tapu siciline şerh verilmekle İİK 134/2. fıkrasında tanımlanan tapu sicilindeki ilgililer kategorisinde kabul görecektir<sup>36</sup>. Keza tapu sicilindeki ilgililer kavramına gemi sicilindeki ilgililer de dâhildir. İİK 278 ve devamında düzenlenen tasarruf iptali davaları, aynı bir dava olmayıp şahsî dava niteliğinde olduğundan, mahkemece tesis edilen iptal kararı tapu sicilinde bir değişiklik meydana getirmeyeceğinden, tapu kayıt maliki üçüncü kişi, İİK 134/2. maddesinde yer alan tapudaki ilgililer sıfatıyla ihalenin feshini talep edebileceklerdir<sup>37</sup>. Buna karşın ihale edilen mal üzerine

<sup>36</sup> “Somut olayda ihalenin feshini isteyen şikâyetçi Necmettin Kahraman lehine ihale konusu taşınmazın tapu sicilinde satış vaadi şerhi verilmiş olduğu görülmektedir. Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesi tapu kütüğüne şerh edilmiş olsa dahi bu kişi adına tescil işlemi gerçekleşmedikçe mülkiyetin intikalini sağlamaz. Tapu Kanununun 26. maddesi uyarınca sicile şerh verilen satış vaadi sözleşmesi 5 yıl süreyle 3. kişilere karşı ileri sürülebilir. Bu durumda adı geçenin İİK.nun 134.maddesinde belirlenen “tapudaki ilgili” sıfatı bulunduğu ihalenin feshini istemeye hakkı vardır. Bu nedenle, Dairemizin, şikâyetin aktif husumet yokluğu nedeniyle reddi gerektiğine yönelik bozma gerekçesi yerinde olmayıp, mahkeme kararının onanması gerektiğinden, şikâyetçi vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.” (12. HD 05.10.2010, 9455/22083).

<sup>37</sup> “İİK'nun 283/1. maddesine göre; “davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile, hakkını almak yetkisini elde eder ve davanın konusu taşınmazsa, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın tashihine mahal olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir.” Satış ile 3. kişiye geçen mülkiyet tasarrufun iptaline karar verilmesi ile borçluya geri dönmez. Bu haliyle tasarrufun iptali kararı mülkiyet hakkını ortadan kaldıran veya tapu kaydını değiştiren kararlardan olmayıp yalnızca, alacaklıya, 3. kişiye ait taşınmaz üzerine haciz koydurarak sattırarak suretiyle alacağını tahsil imkânı verir. Hacze dayanak yapılan tasarrufun iptali ilamında da anılan yasa hükmüne uygun

kişisel hakkı bulunanlar örneğin kiracı, satış vaadi borçlusuna, bu kişisel hakları tapuya şerh verilmediği müddetçe ihaleinin feshini talep edemeyeceklerdir<sup>38</sup>. Bunlardan başka borçluda bulunan malının haczedilip paraya çevrildiği ihale ile muttali olan kişilere de ihaleinin feshi davası açma hakkı tanınması gerektiği savunulmuştur<sup>39</sup>. Bu görüşten referansla, İİK 134/2. maddesinde geçen ihaleinin feshini talep eden kişiler tahdidî olarak sayılmasına karşın, bunlardan başka tapuda şeklen ilgili olarak görünmemesine karşın, aynı nitelikteki mülkiyet hakkına dayanan kişinin de ihaleinin feshi davası açabileceğini kabul etmek gerekecektir. Zira bu ihtimalde, ihaleinin yapıldığı tarihe kadar mevcut bir yolsuzluk bulunmaktadır ki bu yolsuzluk mülkiyet hakkı sahibinin haklarını zarara uğratmaktadır. Kaldı ki mülkiyet sahibi de bu yolsuzluğu yani mülkiyet hakkına tecavüz oluşturup kendisini zarara uğratan hadiseye ilk olarak ihale

olarak yalnızca satış işleminin iptaline karar verilmekle yetinilmiş olup, 3.kişi adına olan tapu kaydının iptali ile borçlu adına tesciline dair bir hüküm kurulmamıştır. Bu nedenle taşınmazın mülkiyeti 3.kişiye aittir. Bu durumda şikâyetçi Elmas Uçak taşınmazın maliki olduğuna göre İİK'nun 134. maddesinde belirlenen "tapudaki ilgili" sıfatı bulunduğu ihaleinin feshini istemeye hakkı vardır." (12. HD 14.04.2015, 4915/9859); Aynı yönde bkz. (12. HD 28.05.2008, 8130/108).

<sup>38</sup> "İİK'nun 134/2.maddesine göre ihaleinin feshini istemeye yetkili kişiler; satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye katılan kişiler olarak sayılmıştır. Şikâyetçi Net Tarım Ürn. Hay. Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti. gayrimenkulde kiracı sıfatıyla bulunan kişi olması nedeniyle bu davayı açma sıfatı yoktur. Bu şikâyetçi yönünden aktif husumet ehliyeti yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi yerindedir. Ancak şikâyetçi (borçlu) Nezih Becerik yönünden; İİK'nun 134/2.maddesinde, ihaleinin feshini isteyen ilgililerin yurt içinde bir adres gösterme koşuluyla feshi isteyebilecekleri hüküm altına alınmış ise de, dava dilekçesinde bir adres göstermemiş, fakat dilekçe ekindeki vekaletnamede, borçlunun tebligata esas Türkiye'deki adresi gösterilmiş olduğundan, yasanın aradığı yurt içi adres gösterme koşulunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Aksinin kabulü fazla şekilcilik olup, hak zayiine sebebiyet vereceğinden kabulü mümkün değildir. Mahkemece, bu şikâyetçi yönünden işin esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde, şikâyetin reddi yönünde hüküm kurulması isabetsizdir." (12. HD 10.11.2008, 16488/19567).

<sup>39</sup> Arslan, R, İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhaleinin Feshi, Ankara 1984, s. 166; Aksi yönde karar için bkz. "İİK'nun 134/2. maddesi uyarınca, ihaleinin feshini, satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler isteyebilir. Somut olayda fesh talebinde bulunan şikâyetçi, icra takibinde alacaklı ya da borçlu olmadığı gibi pey sürmek suretiyle ihaleye de iştirak etmemiştir. İhalesi yapılan menkullerle ilgili olarak icra mahkemesinde istihkak davası açılmış olması, şikâyetçiye ihaleinin feshi talebinde bulunma hakkı vermez. (Hukuk genel Kurulunun 27.11.1996 tarih ve 1996/837 Esas sayılı kararında da benimsendiği üzere; istihkak davacısının davası kabul edilse dahi, İİK'nun 134. maddesi gereğince ihaleinin feshini istemeye hakkı yoktur.) O halde mahkemece, istemin öncelikle aktif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken süre aşımından reddi doğru değil ise de, sonuçta şikâyetin reddine karar verildiğinden sonucu doğru mahkeme kararının onanması gerekmiştir." (12. HD 04.12.2012, 22994/36201).

ile muttali olmaktadır<sup>40</sup>. Bunlardan başka İİK 134/2. maddesine göre ihalenin feshi şikâyetinde (Dava) bulunacak kişilerin halefleri de onların yerine geçerek ihalenin feshini talep edebileceklerdir<sup>41</sup>. Dolayısıyla mahkeme hükmü ile taşınmazın mülkiyetini iktisap eden kişi de borçlunun yani taşınmazın önceki malikinin halefi sıfatıyla ihalenin feshini talep edebilecektir.

Tüm bunlardan hareketle somut hadiseye ilişkin açıklamalarımıza gelince; Türk Medenî Kanunu'na göre taşınmazın mülkiyetinin iktisabı kural olarak tescil ile mümkündür (TMK m.705). Ancak bu kuralın istisnası olarak tescilden önce iktisap halleri de düzenlenmiştir. Bunlar; miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda gösterilen diğer hallerde de mülkiyetin tescilden önce iktisabı mümkündür. Bu hallerde, kurucu olmaksızın ziyade açıklayıcı mahiyette olan tescil sadece devir ve temlik tasarruflara engeldir. İİK 28 maddesine göre; taşınmaz davalarında davacı lehine hüküm verildiği takdirde, mahkeme, davacının talebine hacet kalmaksızın hükmün tefhimi ile beraber karar özetini tapu siciline bildirmesi gerekir. Kaldı ki, bu tür davalarda talebe bağlı olarak taşınmaz üzerine davalı şerhi ya da tedbir hükmü konması da mümkündür. İİK 28. maddesine göre tapuya bildirilen şerhler, Türk Medenî Kanunu'nun 1010. maddesinin 2.fıkrasındaki hükümlere tabi olup, şerh verilmekle taşınmaz üzerinden sonraki hak sahiplerine karşı da ileri sürülebilmesi mümkün olacaktır. Yargıtay'ın bozma ilamına konu olan somut hadisede; 07.03.2014 tarihinde maddî ve şeklî anlamında kesinleşen ve şikâyetçi davacı Nermin O. lehine tesciline karar verilen davaya konu taşınmaza ilişkin hüküm özeti, 28.01.2014 tarihli gerekçeli kararın 2. fıkrası gereğince İİK 28. md uyarınca tapu sicil müdürlüğüne bildirilmesine karar verildiği, ihaleye konu taşınmazın 02.11.2011 tarihinde birinci, 29.05.2015 tarihinde ise ikinci kıymet takdirinin yapıldığı, 30.05.2015 tarihinde esas icra dosyası olan Gaziosmanpaşa İcra Müdürlüğüne satış talebinde bulunduğu ve taşınmazın talimat icra dairesi olan Büyükçekmece 3. İcra Müdürlüğü'nün 2011/5708 sayılı talimat dosyası üzerinden 22.06.2015 tarihinde ihale alıcısı Ertan A.' ya ihale edildiği, ancak davacı vekili tarafından süresi içerisinde ihalenin feshi talebinde bulunduğu, aynı taşınmaz hakkında satış vaadine dayalı tapu iptal tescil talebiyle Büyükçekmece 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2012/757 esas sayılı dosyası ile 09.08.2012 tarihinde dava açıldığı, dava konusu taşınmaz için ilgili mahkeme tarafından 16/08/2012 tarihinde ihtiyatî tedbir şerhi verildiği, bu şerhin güncel tapu kaydında da mevcut olduğu, mahkemece dava konusu

---

<sup>40</sup> Arslan, s. 166.

<sup>41</sup> Arslan, s. 167.



taşınmazın satış vaadi alacaklısı lehine tesciline 28/01/2014 tarihinde karar verildiği, İİK 28. maddesine dayalı hüküm özetinin tapuya gönderildiği ve bu kararın 07/03/2014 tarihinde kesinleştiği görülmüştür.

Taşınmazın tapu kütüğüne işlenen tedbir kararı ile tasarruf yetkisini kısıtlayan İİK 28. madde şerhinin rızaî devir ve temliklere engel olup, cebri icraya engel olmaması da göz önüne alındığında<sup>42</sup>; ihale tarihi olan 22/06/2015 tarihinde ihaleye konu taşınmazın Büyükçekmece 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2012/757 esas, 2014/39 sayılı karar ilamı ile davacı Nermin O. lehine tescil edilip, bu kararın 07/03/2014 tarihinde kesinleştiği, bu hali ile ihale tarihinde şekli ve maddi anlamda kesin hüküm oluşturan mahkeme ilamına göre taşınmazın mülkiyetinin Nermin O.'ya geçtiği ve mahkeme hükümlerinde mülkiyetin tescilden önce oluştuğu, dolayısıyla tapuya tescil işleminin kurucu değil açıklayıcı mahiyette olduğu, nitekim ihale tarihinde ihaleye konu Kumburgaz Mah. 336. parselin 1/2 maliki olan borçlu malik Ayfer A. adına kayıtlı olan taşınmaz, ihale tarihinden önce mahkeme hükmüyle 3.kişi olan Nermin O. adına tescil edilip mülkiyetin davacıya geçtiği, Ayfer A. 'nın sadece şekli malik olduğu, icra müdürlüğünce tapu kayıtlarında 3.kişi davacı adına tescil işleminin icra edilmemesinin onun bakımından hak kaybına sebep olmayacağı gibi mahkeme kararıyla iktisap edilen mülkiyet hakkının zamanaşımına da uğramayacağı muhakkaktır. Dolayısıyla ihale tarihinden önce şekli ve maddi anlamda ihaleye konu taşınmazın mülkiyetini mahkeme hükmü ile iktisap eden Nermin O.'nın mülkiyet hakkının korunması gerektiği, bu hususun doğrudan mülkiyet hakkının özüne aykırılık oluşturup, ihâlenin feshi sebebi oluşturacağı ve mülkiyeti mahkeme hükmü ile ihale tarihinden önce iktisap eden kişinin tapu kütüğünde şekli olarak ilgili sıfatı görünmese de aynı hak niteliğindeki mülkiyet hakkına dayanarak ihâlenin feshi davası açabileceğine şüphe bulunmayacaktır.

---

<sup>42</sup> "Bursa 4. İş Mahkemesince verilen tedbir kararları aracın üçüncü kişilere "rızaen devir ve temlikinin önlenmesine" yöneliktir. Karar, cebri icra yolu ile satış engelleyecek ve icra dosyasındaki takibi durduracak nitelikte olmadığı gibi, tedbir kararında ve dava dosyasında takip alacaklısı veya ihale alıcısı taraf da değildir. İcra dosya numarası belirtilmek suretiyle paranın ödenmemesi sonucunu doğuracak şekilde verilmiş bir tedbir söz konusu değildir. Aracın rızai devrini engellemek amacıyla konulan ve icra dosyasından söz edilmeyen tedbir kararları, cebri icra sonunda yapılacak satış durdurmayacağı gibi paranın alacaklıya ödenmesine de engel teşkil etmez. Ayrıca Bursa 4. İş Mahkemesince İİK'nun 72. madde kapsamında dosyaya girecek paraların alacaklıya ödenmemesi yönünde verilmiş açık bir tedbir kararı da bulunmamaktadır. O halde şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi isabetsizdir." (12. HD 04.04.2012, 2011/30057, 2012/15163).

## V. Satış Vaadi Davasının MK 2. Maddesi Bağlamında Kanuna Karşı Hile ve Muvazaa İddiası Bakımından Değerlendirilmesi

Kanuna karşı hile, kanun hükümlerine uygun şekilde hareket etmek marifetiyle kanunun arzu etmediği bir sonucu elde etmektir. Hiç kimse muvazaasına dayanarak lehine bir durum oluşturamayacağı gibi yargı yolu marifetiyle kişiler de mağdur edilmemelidir. Salt kanunun kişilere maddî ve manevî varlığını korumak ve idame ettirmek için tanınan hakları ve bu bağlamda dava hakkı, kanunun arzu etmediği bir sonuç için dürüstlük kuralına aykırı ve kişilere zarar vermek için kullanılmasına hukuk izin vermemelidir. Hukukumuzda merkezî norm olan Medenî Kanun'un 2. maddesindeki dürüstlük kuralı dışında mevzuatımızda kanuna karşı hile kavramı adı altında bağımsız bir düzenleme yoktur. Daha çok dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağı ya da muvazaa kuralları çerçevesinde çözüm yoluna gidilmekte ve hatta bazen bu kavramların hatalı olarak birbirinin yerine kullanıldığı da tecrübe edilmektedir. Kanuna karşı hilenin tespiti halinde, buna uygulanacak olan müeyyide, kanunun tanıdığı menfaat ve yetkiden, yani haktan yararlandırmama yönünde tecelli edecektir. Zira bir hakkı, sırf gayri ızzar için istimal eden kanunen himaye edilmeyecektir. Emredici niteliği haiz olan dürüstlük kuralının (MK. m. 2) ihlal edilip edilmediği kamu düzeni mülâhazasıyla hakim tarafından re'sen göz önüne alınacağı gibi yargılamanın her aşamasında iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına maruz kalmaksızın ileri sürülebilecektir<sup>43</sup>.

Evveleminde, kişinin hile ve haksız eyleminden himaye göremeyeceği, Roma Hukukuna dayanan hukukun genel bir ilkesidir<sup>44</sup>. Kanunların sebep ve kaynağını, toplumun ihtiyaçları oluşturur. Bu sebeple kanun yapılırken münferiden kişiler değil, toplumun genel menfaati ve ihtiyacı dikkate alınmalıdır. Bir diğer ifadeyle, kanunlar kişilerin değil, toplumun silüetini yansıtmalıdır<sup>45</sup>. Hukukun güncelliği ve dinamikliği de işte bu esasa, yani toplumun gereksinim ve menfaatine dayalı olmasına dayanmaktadır. Kanun, insanların içtimaî hayatındaki huzur ve güvenli yaşamalarını sağlayan zarurî bir kaideler bütünü olup hatta toplumun balans ayarıdır. Bundan dolayıdır ki, membaini sosyal ihtiyaçlardan alır. Sosyal ihtiyaçları giderme amacı olarak çıkarıldıkları için toplumun

---

<sup>43</sup> Aday, Nejat, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992, s. 48.

<sup>44</sup> Sungurbey, İsmet, Miras Birakanın Danışıklı İşlemleri, Dürüstlük Kurallarının Uygulama Alanı, Çifte Satış Sözleşmeleri, İstanbul 1992, s.22. "Hiç kimseye kendi hilesi yardım edemez; hile ve desise kimseyi korumaz, bunları yapanlar bunlardan yararlanamaz.

<sup>45</sup> Toplumsal ihtiyaçlar, sorunlar kanunların yapılmasına öncülük ettiği gibi kanunlar da ilhamını uygulandığı toplumun sorun ve gereksinimlerinden alır. Bu sebeple kanunlar yapılırken münferit sorunlara değil, toplumsal sorunlara göre yapılmalıdır.

yani kamunun menfaati vardır<sup>46</sup>. Kanunların çıkarılması sosyal ihtiyaçlardan doğduğu için her daim sosyal gereksinimler hukukî çarelere öncülük ederler<sup>47</sup>. İşte bu noktada, hakkı ihlal edildiği için mahkemeden himaye isteyen, yani sübjektif hakkının korunmasını talep eden kişiler, bizatihi bu hakkı ihlal ederek himaye edilmelerini beklememelidir<sup>48</sup>. Ancak, kişiler toplumun gereksinimlerini karşılamak için çıkarılan kanunların bahsettiği hakları kullanırken zaman zaman kanun koyucunun gerçek amacına aykırı olarak hukuken caiz, ancak sonuç itibarıyla gerçek amacı bertaraf eden hak kazanımı yoluna gidebilirler. İşte bu ihtimalde karşımıza kanunî hile kavramı çıkmaktadır. Kanuna karşı hilenin söz konusu olabilmesi için, muamelenin kanunu bertaraf etmek amacıyla yapılması ve bu yola başvuranların işlerine gelmeyen kanun hükümlerinden kurtulmak, yani kanunun gerçek amacını ihlal etmek niyet ve saiki taşımaları gerekir. Bu cihetten karakteristik unsuru, kanuna riayet etmemek, hükümlerinden kaçınmaktır. Doktrinde kanuna karşı hile, emredici bir hükmün amacına aykırı bir sonuca varmak için kanunun başka hükümlerinden yararlanması olarak tanımlanmıştır<sup>49</sup>.

Genel olarak kanuna karşı hile ve müeyyidesi hususunda açık bir düzenleme olmasa da kanuna karşı hilenin yaptırımı noktasında genel kabul gören görüş, hile ile kişilerin amaçlamış olduğu haktan, yani kanunî korumadan mahrum bırakmaktır<sup>50</sup>. Zira elde edilmek istenen sonuç, dolanılmak yani bertaraf edilmek istenen hükmün amacının öngördüğü yasak çerçevesinde kalmaktadır. Bu sebeple dolanılmak istenen hükmün yaptırımı ne ise kanuna karşı hile ile elde edilmek istenen sonuca da aynı yaptırım uygulanmalıdır. Mahkemeler, somut hadisedeki her bir vakıa ve ayrıntıyı titizlikle inceleyerek kanuna karşı hile olgusuna, yasal ve resmî deliller ile tevsik etmek koşuluyla, kanunî delil sistemine ve somut olay adaletinin gereklerine uygun olarak niyet okumadan yasanın kişilere tanıdığı haktan faydalandırmamalıdır. Bu bağlamda, şayet taraflar arasındaki borç gerçek olmayıp sırf alacaklının zarara uğraması için oluşturulmuş yapay bir borç yahut borçlu ile üçüncü kişi işbirliği içinde gerek takip hukukunun gerekse maddî hukukun bahsettiği hakları kullanmakta terahi göstermiş, ya da bir dava başka bir davayı akamete veya hükümden düşürmeye yönelik olarak ikame edilmiş, keza taraflarca yasal sürelerde yapılması gereken işlemler

---

<sup>46</sup> Topçuoğlu, Hamide, Kanuna Karşı Hile, İzmit 1950, s.4

<sup>47</sup> Topçuoğlu, s.5. "Pratik hayatta, sosyal zaruretler daima hukuki çarelere tekaddüm eder."

<sup>48</sup> Topçuoğlu, s. 12. "Kanunun himayesini talep eden ferd, onun hakiki maksatlarına itaatle mükelleftir. Kanundan onu ihlal etmek için himaye bekleyemez."

<sup>49</sup> Topçuoğlu, s.7; Oğuzman/Barlas, s.183.

<sup>50</sup> Oğuzman/Barlas, s.183

yerine getirilmeyerek, borçlunun alacaklısının zarara uğramasına sebebiyet verilmiş ise bütün bu hususların muvazaaya iddiasını ispatlamaya yeterli olup olmadığı mahkemece değerlendirilecektir. Muvazaaya dayalı yapılan tesciller geçerli hukuki sebepten yoksun olduğu için gerçek hak sahibi mülkiyet hakkını da kaybetmemiş olup, tapu kütüğündeki tescil, şekli ve yolsuz bir tescil mahiyetindedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkı bakımından talep ve dava zamanaşımına tabi değildir. Muvazaalı işlem, geçersiz olup, herkes tarafından ve zaman kısıtlaması olmaksızın ileri sürülebileceği gibi, hakim tarafından görevi gereği re'sen dikkate alınacaktır. Örnek sadedinde makalemize konu hadisede; ihaleye konu taşınmazın satılmasına dayanak olan icra takibi 04.08.2011 tarihinde başlatılmış, düzenleme şeklinde satış vaadine dayalı tapu iptal ve tescil davası ise, 09.08.2011 tarihinde ikame edildiği gibi, dayanak Büyükçekmece Noterliğinde düzenleme şeklinde yapılan satış vaadi sözleşmesi 01.10.1990 yılında yapılmıştır. Dava konusu taşınmaza ilişkin söz konusu ihale, 22.06.2014 tarihinde gerçekleşmesine karşın, aynı taşınmaza yönelik Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen satış vaadine dayalı tapu iptal tescil davası ihale tarihinden önce taraflarca kanun yoluna başvurulmadan 07.03.2014 tarihinde şekli ve maddi anlamda kesinleşmiştir. İşte hukukî safahatını kısaca yukarıda açıkladığımız davaya yönelik olarak davanın tarafı olmayan, ancak satış vaadi borçlusunun alacaklısının bu davadan zarar gördüğünde şüphe yoktur.

Her ne kadar kesin hükmün niteliği gereği sadece taraflar için borç doğuran nispi bir etkiyi haiz ise de söz konusu satış vaadine dayalı tapu iptal tescil davası, aynı nitelik ve etkisi sebebiyle bu hakkı ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilme fonksiyonu marifetiyle davanın tarafı olmayan üçüncü kişi konumundaki satış vaadi alacaklısının haklarını etkilediğinden ve takip hukukuna göre alacağını tahsile engel olduğundan, muvazaaya dayalı olarak ayrı bir dava açılmasına sebebiyet verecektir. Böylesi bir dava, borcun doğumundan sonraki bir tarihte yapılan satış vaadi sözleşmesinin İİK'nun 278. maddesi ve devamında düzenlenen tasarrufun iptali davasına konu olabileceği gibi tarafların asıl amacının kendisinden mal kaçırıp takip hukukunun amacını hükümden düşürmek olduğu, gerçek iradeleri ile görünürdeki iradenin birbiriyle uyumlu olmadığı olguları ileri sürülerek Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine göre muvazaaya dayalı olarak cebri icranın devamı talep edilebilecektir. Kaldı ki bu ihtimalde, İcra ve İflas Kanunundaki aciz vesikası ve takibin kesinleşmesi şartı da aranmayacak olup alacağın varlığı yeterli olacaktır.

## VI. MK 705/2. Maddesinde Geçen Tasarruf İşlemi Kavramının Yorumu

Taşınmazın mülkiyetinin kazanılması tescil ile mümkündür (MK m. 705/1)<sup>51</sup>. Tescil talebi, aynî haklara etkili bir tasarruf işlemi olduğu gibi bir hakkın kurulmasına matuf yenilik doğuran bir işlem niteliğine de sahiptir<sup>52</sup>. Medenî Kanun'un 705. maddesinin ikinci fıkrasında miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal ve kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde mülkiyet tescilden önce kazanılır. Bu haller tahdidi olarak sayılmış olup, örnekleme ya da kıyas marifetiyle genişletilemez<sup>53</sup>. Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır. Kanun Koyucu, bu madde ile kural ve ilke olarak tescil ile iktisap edilen taşınmazın mülkiyetine bir istisna getirmiştir. Medenî Kanun'un birinci maddesinin birinci fıkrası "Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır" ifadesiyle kanunun hem lafzî hem de kanun koyucunun yasayı çıkarırken murad ettiği iradenin de göz önüne alınması gerekecektir. Dolayısıyla lâfzî yorumla iktifa edinmemek, lafız ile kanunun özünü (ruhunu) birlikte yorumlamak ve her ikisini bağdaştırmak kanunun somut olaya uygulanabilirliği noktasında sıhhatli ve adaletli sonuçlara ulaştıracaktır. Kanunun özü ile bağdaşmayan bir lafzî yorum tek başına ölçüt alınmayacaktır<sup>54</sup>. Kaldı ki, hâkim, kanun hükmünü yorumlar iken, öğretideki açıklamalardan ve yargı içtihatlarından da faydalanacaktır. Buna karşılık, somut hadiseye temas edip, tereddüde mahal bırakmayan ve uygulama kabiliyeti olan bir kanun maddesinin bulunması halinde kanun koyucunun amacı ile hak ve adalet mefhumlarına bakılmaksızın kanunun lafzıyla temas ettiği bütün meselelere uygulanması gerektiği de savunulmuştur<sup>55</sup>.

Medenî Kanunun 705. maddesinde kanun koyucu temel kuralı yani taşınmazın mülkiyetinin iktisabını tescil prensibi üzerine mebni kılmış, ancak istisnaî halleri de sayma yoluyla tahdidî olarak belirleyerek mülkiyetin tescilden

<sup>51</sup> 14. HD 29.01.2008, 2007/12735, 2008/549.

<sup>52</sup> Vardar-Hamamcıoğlu, s. 172.

<sup>53</sup> "TMK'nın 1022. maddesinde; "Aynı haklar kütüğe tescil ile doğar" denildikten sonra aynı Yasa'nın 705. maddesinde de tescilden önce mülkiyetin kazanılabileceği haller "Miras, Mahkeme Kararı, Cebri icra, İşgal, Kamulaştırma halleri ile Kanunda öngörülen diğer haller" olarak belirtilmiştir. 1163 sayılı Kooperatifler Kanun'unda, kooperatif üyelerine mülkiyetin, kur'a çekimi ile geçeceğine dair bir düzenleme olmadığı gibi, olayda TMK'nın 705. maddesinde öngörülen diğer istisnai haller (tescilsiz iktisap) de bulunmadığından, konut yapı kooperatiflerinde kur'a çekimi ile mülkiyetin kooperatif üyesine tescilsiz geçeceğinin kabulü mümkün değildir." (23. HD 28.10.2015, 10996/6945).

<sup>54</sup> Oğuzman/Barlas, s. 70.

<sup>55</sup> Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar, C.1, 5. bası, İstanbul 1956, s. 190

önce iktisap edileceğini, söz konusu taşınmazın üçüncü kişilere devrinin ancak tescilden sonra olabileceğini vaaz etmiştir. Öğretide de, MK 705. maddede lafzının gayet sarîh olduğu, taşınmazın mülkiyetinin tescilden önce iktisap edildiği hallerde bildirici mahiyette olan tescil icra edilmeksizin tasarrufî muamele olan temlik, sınırlı ya da fer'î bir hak tesisi yapılmasının memnu olduğu savunulmuş ve tasarruf muamelesinin kullanılabilmesi için tescilin zorunlu olduğu vurgulanmıştır<sup>56</sup>. Hatta aynı görüş çerçevesine, taşınmazın tescilinin bir de istimal (kullanım) ilişkin fonksiyonu olduğu da belirtilmiştir. Gerek kanun gerekse öğretinin ortak paydada bulunduğu husus, tescilsiz iktisap edilen taşınmazın, tapuya tescil edilmeden tasarruf işlemi yani mülkiyeti devretme, sınırlama ya da üzerinde şahsî veya aynî bir hak kurma yetkisinin bulunmadığına mebnidir. Dolayısıyla yukarıda sayılan işlemler, tescil işlemi icra edilmeden, malik, mülkiyet hakkı üzerinde tasarrufta bulunmayacak yani mülkiyeti başkasına devredemeyeceği gibi taşınmaz üzerinde rehin ve irtifak da tesis edemeyecektir<sup>57</sup>. Tescilden önce iktisap hallerinde de malik, tasarruf dışında mülkiyet hakkının bahşettiği hakları kullanabilecektir<sup>58</sup>. Hatta MK 705/2. fıkraya hükmünün tapu sicil memurlarına talimat veren bir düzen hükmü olduğu, açıklayıcı tescil yapılmadan önce dahi malikin tasarruf işlemi yapması halinde işlemin geçerli olduğu da savunulmuştur<sup>59</sup>.

Bu açıklamalarımızdan referansla, bir taşınmazı tescilsiz iktisap eden kişinin, hakkın özünü tüketen, devreden ya da sınırlayan tasarruf işlemlerinde bulunmasının kanunen yasaklandığını ifade edebiliriz. Kanun Koyucunun MK 705/2. fıkrasında yasak kapsamına aldığı tasarruf işlemi, taşınmazın mülkiyetinin haricî satım ve devrine engel olmaya münhasırdır. Zira taşınmazın mülkiyetinin iktisabı, geçerli bir hukukî işlem ve tescil talebine müstenit ve mebnidir. Dolayısıyla tescilsiz iktisap edilen hakkı muhafaza eden ve mülkiyeti selamete erdirecek mahiyetteki dava açma hakkı tasarruf işlemi olarak değerlendirilemeyecektir. Hatta hakkı korumaya yönelik davalar açıklayıcı mahiyetteki tescili kolaylaştırıp, onun tesciline imkân ve kolaylık sağladığından yasak kapsamındaki tasarruf işlemi olarak değerlendirilemeyecektir. Kaldı ki, yukarıda zikredilen öğretî görüşünde; tasarruf işlemi olarak hakkı tüketen, devreden ya da sınırlayan nitelikteki temlik, mahdut veya fer'î herhangi bir hak tesisi sayılmıştır. Dava ikamesini bilakis hakkı muhafaza eden ve bildirici

---

<sup>56</sup> Saymen/Elbir/Halid s. 303.

<sup>57</sup> Oğuzman,/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 402; Aday, s. 59.

<sup>58</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 403.

<sup>59</sup> Kocayusufpaşaoğlu, N, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 18.

tescile imkân ve kolaylık sağlayan tasarruf işlemi olarak vasıflandırmak doğru olmayacaktır. Bu sebeple, dava ikamesini hukukî korunma talebine matuf bir usulî işlem olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır. Medenî Kanununun 1. maddesi gereği kanun, sözüyle ve özüyle değindiği konularda uygulanacaktır. MK 705. maddesinde tescilsiz iktisap hallerinden miras da sayılmıştır. Murisin vefatıyla sağ olan mirasçılar küllî halefiyet ilkesi gereğince murise ait tüm malvarlığını başka bir işleme gerek olmaksızın iktisap edeceklerdir. Bu sonuç, MK 599. maddesinin ilk fıkrasının amir hükmüne mebnidir. Şayet murisin terekesinin taksim edilmediği ya da tereke mallarının mirasçılara tapuda intikalinin sağlanamadığı safhada terekeye ait bir malın korunması ya da tecavüz oluşturan bir vaziyet karşısında her bir mirasçının diğerlerinden bağımsız olarak miras sebebiyle istihkak davası (MK m. 637, 638) açma hakları mevcut olduğu gibi mirasçılardan birinin iştirak etmesi halinde mülkiyet hükümlerine tabi bir malı tek başına kullanması ya da diğer mirasçıların kullanmasını engellemesi, mirasçıların dahi birbirlerine müdahalenin önlenmesi ve ecri misil davası açmasına hukukî bir engel bulunmayacaktır. Böylesi bir ihtimalde, murise ait terekeyi kanun gereği kazanan mirasçıların, tapuda kendi adlarına tescil yaptırmadan dava açmaları tasarruf işlemi niteliğinde olmayıp bilakis kanunen murisin vefatıyla kazandıkları hakkı korumaya matuf olup mülkiyet hakkına dayanmaktadır. Bir diğer ifade ile kanun gereği murise ait taşınması tescilsiz kazanan mirasçılar bu mülkiyet hakkı tapuya tescil edilmeden dahi mülkiyete ya da zilyetliğe dayalı davaları MK 705/2. maddesindeki açıklayıcı mahiyetteki tescil işlemini yaptırmaksızın dava ikame edebileceklerdir. Söz konusu dava için mirasçıların mirasçı ve paylarını gösterir mirasçılık belgesini sunması yeterlidir.

Medeni Kanun'un 705/2. fıkrasının sözü ve özü itibarıyla muradı, taşınmazın mülkiyetinin tescil yapılmaksızın haricen satım ve devir edilemeyeceğine tazammundur. Zira kanun koyucu gerçek hak durumuna uymayan bir tescile engel olmak istemiştir. Nitekim tapu sicilindeki gerçek duruma uymayan bir tescile icazet ve imkân vermek bu kayda güvenerek iyi niyetle hak iktisaplarına ve gerçek hak sahiplerinin haklarının sona ermesine ve zarara uğramasına sebebiyet verecektir. O halde, tasarruf işlemi niteliğindeki dava hakkının aynı fıkra da tahdidî olarak sayılan miras sebebiyle mülkiyeti iktisap eden mirasçılara tanınıp, satış vaadine dayalı tapu iptal tescil davası sonrası mahkeme hükmü ile mülkiyeti iktisap ederek mülkiyet hakkına dayalı olarak ihaleinin feshi davası açma hakkının tanınmaması çelişkili ve hakkaniyetsiz bir çözüm olacağı gibi tescil işlemini yaptırmadan tasarruf işlemi niteliğindeki davanın

ikame edilemeyeceğine ilişkin gerekçe<sup>60</sup> de hukukî olmayacaktır. Bundan başka yukarıda zikredilen öğretinin görüşü de dikkate alındığında, tasarruf yetkisi hakkın özüne tesir edebilme yani mülkiyeti devretme, sınırlama gibi yetkiler, mülkiyet hakkına dayalı dava açma hakkı kapsamında değerlendirilmemelidir. Zira kanun koyucu tescilden önce taşınmazın haricen devredilmesinin hukuk işlem güvenliği ve tapu sicilinin tesis ve muhafazasında karışıklığa sebep olacağı, düzgün ve doğru sebebe dayalı sicilin tutulmasına engel olacağından hak kayıplarına da sebebiyet verebileceğini öngörerek bu duruma engel olmak istemiştir<sup>61</sup>. Kaldı ki bu görevin yani tapu kayıtlarının tutulmasından doğan zarardan Devlet sorumludur (MK m. 1007). Hatta bu noktada tescilsiz temlik işlemlerinin takip hukukunun amacını akamete uğratacağı gibi hak kayıplarına ve haksız cebri icra işlemlerine de dayanak oluşturacaktır<sup>62</sup>. Bu bağlamda

---

<sup>60</sup> HGK, 13.11.2013, 6-299/1566 ; “4721 sayılı TMK’nun 705. maddesinde; “Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescille olur. Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapılabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır” hükmü yer almaktadır. Somut olayda, şikayetçi üçüncü kişinin, ihaleye konu taşınmaz hakkında açmış olduğu tapu iptali ve tescil davasında, şikayetçi lehine karar verildiği görülmektedir. Dolayısıyla, şikayetçinin, mahcuz taşınmazın kendisine ait olduğunu iddia ederek icra mahkemesine başvurmasında hukuki yararı vardır. Ancak şikayet tarihi olan 29.06.2015 itibarıyla, taşınmaz, henüz şikayetçi üçüncü kişi lehine tapuya tescil edilmediğinden TMK’nun 705/2. maddesi uyarınca şikayet hakkı bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, şikayetçinin mülkiyet hakkı, henüz tapu kütüğüne tescil edilmemiş olduğundan, icra mahkemesine başvurarak tasarruf işlemi niteliğindeki ihalenin feshi davasını açamaz. Bu durumda mahkemece, şikayetçinin ihalenin feshi isteminin aktif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, istemin kabulü ile ihalenin feshi yönünde hüküm tesis isabetsizdir.” (12. HD 21.12.2015, 29919/32309).

<sup>61</sup> “Kesinleşen cebri tescil ilamı nedeniyle Bayram Mutlu’nun mülkiyeti tescilden önce iktisap ettiği, mülkiyet hakkı sicile yansıtılmadığından 1951 doğumlu, Ali Mutlu adına olan kaydın TMK’nin 1025 maddesinde düzenlenen yolsuz tescil niteliğinde olduğu, davadaki iddianın aynı zamanda, 1990/4 – 1991/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, 1965 doğumlu, Ali Mutlu’nun mülkiyet iktisabında kötünietli olduğu iddiasını da içerdiği, davacıların mirasbırakanı Bayram Mutlu ile davalıların kardeş olup üçüncü kişilerle birlikte çekişmeli taşınmazlarda paydaş oldukları, anılan kişiler arasındaki akrabalık ve mülkiyet ilişkisi gözetildiğinde, son kayıt maliki 1965 doğumlu, Ali Mutlu’nun yolsuz tescili bilen veya bilebilecek konumda olduğu, dolayısı ile iyiniyetli olmadığı, TMK’nin 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacağı sonucuna varılmaktadır. Hâl böyle olunca; davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılığın değerlendirilmeyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.” (1. HD 23.02.2015, 562/2671).

<sup>62</sup> “İhalenin kesinleşmesi ile mülkiyet ihale alıcısına geçer, mülkiyetin kazanımı için ayrıca tapuya tescil şartı gerekli değildir. Bu bağlamda tescil işlemi, mülkiyeti geçiren değil mülkiyet sahibinin o tapu kaydı ile ilgili olarak tasarruf muamelesi yapılabilmesine olanak sağlayan bir işlemdir. İcra Müdürlüğü’ne ait 11.8.1999 tarihli düzeltme yazısı içeriğinden; 2389 ada 66 parsel sayılı taşınmazın davacılar murisi adına ihale edildiği ve bu ihalenin kesinleştiği anlaşıldığına göre; taşınmazın mülkiyeti davacılar murisine geçmiştir. İhalenin



tescil dışı taşınmazı iktisap eden mülkiyet sahibinin alacaklısından mal kaçırmasına kapı aralayacağı gibi muvazaaya da zemin oluşturacaktır. Keza İİK 94/2 ve 3. maddelerini de işlevsiz hale sokacaktır. Bu açıklamalarımızdan hareketle; şahsî hak niteliğindeki satış vaadi sözleşmesi alacaklısına borçlandırıcı işlem niteliğine istinatla taşınmaz tapu iptal ve tescil davası açma hak ve yetkisi tanınır iken şikâyet mahiyetindeki ihaleinin feshi davası açma hakkından yoksun bırakılması hukuken çelişkili bir tutum olup, hukuk tekniği ile evleviyet ilkesine de denk düşmeyecektir. Taşınmazın mülkiyetini mahkeme kararıyla tescilden önce iktisap eden kişinin mülkiyet hakkı, hukuk düzeninin sınırları içinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi verecektir (MK. m. 683). İşte mülkiyet hakkı, mutlak ve aynî niteliğiyle bu hakkı, ihlal, inkar, ihmal ve ınkıtaya uğratan ya da bu hakkı sınırlayan herkese karşı ileri sürülebilecektir<sup>63</sup>. Bu sebeple, mülkiyet hakkına vaziyet eden bir tecavüze karşı kişi dava hakkını kullanabilecek olup, dava hakkı, MK 705/2. fıkrasında geçen yasak tasarruf işlemi niteliğinde olmayıp, hukukî korunmaya matuf bir usulî talep olarak değerlendirilecektir<sup>64</sup>. Dolayısıyla mülkiyet hakkı inkâr, ihmal, inkıta ya da akamete uğrayan kişi bu hakkının kanunen himaye görmesi ve subjektif hakkının temin, teslim ya da tescil zımında dava açabileceği gibi şikâyet niteliğindeki ihaleinin feshi davası da ikame edebilecektir. Nitekim mülkiyeti tescilsiz olarak kazanan kişi, tescilden önce de tapuda devri gerektiren işler dışında bir malikin sahip olduğu bütün hak ve yetkilerden yararlanacaktır<sup>65</sup>. Bu bağlamda, dava açma hak ve inisiyatifi de MK 705/2. fık-

---

feshedildiğine dair bilgi, belge ve taraflarca ileri sürülen bir iddia da bulunmadığına göre davacı ihale nedeniyle ödediği bedeli isteyemez. Ancak, 2389 ada 66 parsel sayılı taşınmazı adına tescil ettirdikten sonra bu taşınmaz üzerine cebri icra tarihinden sonraki bir tarihte konulan tedbir, haciz vs. nedeniyle bir zarara uğradığını iddia etmesi halinde buna yönelik zararlarını dava etmek suretiyle isteyebilir. Açıklanan nedenlerle istemin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle kabul kararı verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.” (4. HD 19.10.2011, 2010/8077, 2011/10720).

<sup>63</sup> “Bilindiği ve 6100 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 705. maddesinde düzenlendiği üzere, taşınmazın mülkiyetinin kazanılması tescille olur. Ancak miras, mahkeme kararı, cebri icra ve kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde mülkiyet tescilden önce kazanılır. Somut olayda; vakif yararına kesinleşmiş tescil kararı ile mülkiyet vakfına geçmiş olup kişisel hak aynı hakka dönüşüğünden davacının dava açma hakkı doğduğu da kuşkusuzdur” (1.HD 21.10.2014, 11342/16092).

<sup>64</sup> Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 269; Postacıoğlu, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 180.

<sup>65</sup> “Hemen belirtmek gerekir ki, Türk Hukukunda taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için kural olarak tescil şart kılınmıştır. Nitekim 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 705/1 fıkrasında “Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescille olur.” hükmü düzenlenmiştir. Ancak, bu kural mutlak olmayıp, bazı yasal sebeplerin varlığı halinde tescil yapılmadan önce de taşınmaz mülkiyeti kazanılabilir. Bu istisnai haller TMK. nun 705/2. fıkrasında düzenlenmiş olup “

rasındaki yasak tasarruf işlemi kapsamında değerlendirilemeyecektir. Hatta bazı davaların yenilik doğuran hak niteliği sebebiyle ancak dava yolu marifetiyle kullanılabilmesi, yenilik doğuran hakların kullanılmasının tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı görüşü de<sup>66</sup> dikkate alındığında, söz konusu ihalenin feshi davasının kabulünün yeni bir hakkı kurma işlevi de bulunduğundan MK 705/2. fıkrasında geçen ve yasak kapsamındaki tasarruf işleminden varestede olacağı muhakkaktır. Ne var ki tasarruf işlemiyle işlemi icra eden kişinin malvarlığının aktifi azalır iken, malvarlığında bulunan hak, tasarruf işleminden doğrudan etkilenerek azalacak yahut kaybolacaktır<sup>67</sup>. Bir diğer ifade ile tasarruf işleminin karakteristik unsuru, mevcut hakkın tükenmesi, sona ermesi, devredilmesi, içeriğinin değişmesi ya da sınırlandırılmasıdır<sup>68</sup>. Dolayısıyla, mahkeme hükmü ile tescil dışı iktisap edilen taşınmazın mülkiyet hakkının muhafaza ve idame edilerek söz konusu mülkiyet hakkının tapu siciline tesciline imkân ve zemin kazandıracak nitelikteki ihalenin feshi davasını hakkı devreden, sınırlayan ya da içeriğini değiştiren bir tasarruf işlemi olarak görmek mümkün olmayacaktır.

## VII. HMK 376. Maddesinin İşlerliği

Satış vaadine dayalı tapu iptal ve tescil davasının tarafı olmayan satış vaadi

---

Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. " hükümünü içermektedir. Yine, İcra İflas Kanununun 134/1 maddesinde "İcra dairesi tarafından taşınmaz kendisine ihale edilen alıcı o taşınmazın mülkiyetini iktisap etmiş olur." düzenlemesi mevcuttur. Bu yasal düzenlemelere göre; ihale ile taşınmazı satın alan kişi veya kurum taşınmazın mülkiyetini ihale tarihinde kazanmış olur. Bununla birlikte, tescile dayanmayan kazanımlarda tescil yapılmadığı sürece tasarruf işlemleri yapılamaz; çünkü taşınmazı tescilsiz iktisap eden kişi, tapu kütüğünde malik olarak gözükmemektedir. Anılan bu husus TMK. 705/2. maddesinde "Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır" şeklinde ifade edilmiştir. Ne var ki; yasa maddesinde belirtilen işlemler temlik tasarruflar olup, mülkiyeti tescilsiz olarak kazanan kişi tescilden önce de bir malikin sahip olduğu bütün hak ve yetkilerden yararlanır. Tapuda temlik işlem yapılmasını gerektirmeyen tüm işlemleri de yapabilir. Yasa maddesindeki düzenlemenin, ihale ile mülkiyeti kazanan kişinin, her hangi bir hakka dayanmaksızın taşınmazı işgal eden kişiye karşı ecrimisil davası açamayacağı şeklinde değerlendirilmesi olanaklı değildir. Keza, İİK'nun 135/2. maddesinde, alıcıya ihale edilen taşınmaz üçüncü bir kişi tarafından işgal edilmekte ise, ihalenin kesinleşmesi ile alıcının icra dairesinden üçüncü kişinin taşınmazdan çıkarılmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. O halde, mahkemece tüm bu yasal düzenlemeler gözetilerek, işgalci konumundaki davalıdan usulünce saptanan ecrimisilin tahsiline karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır." (1. HD 03.03.2015, 2014/21791, 2015/3213).

<sup>66</sup> Buz, s. 81.

<sup>67</sup> Vardar-Hamacioğlu, s. 53.

<sup>68</sup> Vardar-Hamacioğlu, s. 53.

borçlusunun alacaklısı üçüncü kişi, her ne kadar davada taraf olmadığı için kesin hüküm teşkil eden karar ile bağlı değil ise de söz konusu karar aynî nitelikteki mülkiyet hakkına ilişkin olup bu karar niteliği gereği herkese karşı ileri sürülebilen bir bağlayıcılığa sahip olması halinde, bu hüküm satış vaadi borçlusunun alacaklılarının haklarını ihlal eder mahiyette olabilecektir. Her ne kadar taraf olmadığı kesin hüküm üçüncü kişi bakımından bağlayıcı değil ise de haklarını haleldar eden ve takip hukukuna göre kendisini zarara uğratan bu ilama karşı tamamen savunmasız vaziyette de değildir<sup>69</sup>. Dolayısıyla satış vaadi borçlusu ve alacaklısının karşılıklı işbirliği içinde hareket edip, görünüşteki iradeleriyle gizli iradelerinin birbiriyle uyuşmadığı söz konusu ilamın muvazaaya dayalı olduğu ve sırf kendisinden mal kaçırmak amaçlı açıldığını üçüncü kişi sıfatıyla ileri sürebilecektir. Bu istisnaî yargılamanın yenilenmesi yolu için ilk kararın şeklî ve maddî anlamda kesinleşmiş olması gerekir<sup>70</sup>. Bundan başka üçüncü kişi satış vaadi borçlusunun cebri icraya konu taşınmazı mal kaçırmak amacıyla söz konusu borçlandırıcı işlemi yaptığını ileri sürerek tapu iptal tescil davası şeklî ve maddî anlamda kesinleşmeden önce İİK 278 ve devamındaki maddeler mucibince iptalini dahi isteyebilmelidir. Zira borçlunun alacaklıları aleyhine malvarlığını azaltıcı nitelik taşıyan her türlü hukukî işlemleri iptal davasına konu olabilecektir<sup>71</sup>. Özellikle, takip borçlusu ve alacaklısının üçüncü kişinin zararına olarak işbirliğine girmesi, tasarruf sonrası kambiyo senedi düzenlemesi ya da icra takibine itiraz etmeyerek kesinleştirme ihtimallerinde mal iktisap eden üçüncü kişilerin yargı marifetiyle zarara uğratılması söz konusu olur ki, buna kesin hüküm engeli ile cevaz vermemek gerekir. Aksinin kabulü, adalete ve hakkaniyete aykırı olarak kanunun yani tasarrufun iptali davasının amaçladığı duruma da aykırılık oluşturacaktır. Çünkü bu davaların ön şartı, borcun tasarruftan önce doğmasıdır<sup>72</sup>. Bu sebeple, tasarruf sonrası kötü niyetli ve muvazaalı şekilde borç oluşturmak, bu davaların özüne aykırıdır. Yargıtay'da tasarrufun iptali davasında borcun gerçek olmadığı ya da borcun muvazaalı ve hile marifetiyle oluşturduğuna yönelik itiraz ve savunma bulunmasa bile, söz konusu sebeplere dayalı sebepsiz iktisap davasının mes-

---

<sup>69</sup> "İpotek bedelinin önalım bedelinin çok üzerinde olması yani önalım bedelinin ipotek bedelini karşılamaması da nazara alınarak ipotek lehtarının yokluğunda ve hak kaybına yol açacak şekilde ipoteğin terkin suretiyle aleyhine hüküm kurulmuş olması nedenleriyle HUMK'nın 446. maddesi hükmü gereğince yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir." (14. HD 11.11.2014, 5220/12667).

<sup>70</sup> 1. HD 13.03.2014, 18544/5513.

<sup>71</sup> Uyar, T, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu, ABD, 2011/1, (s. 211–231), s. 212.

<sup>72</sup> 17. HD 10.03.2015, 2013/21964, 2015/4047.

mu olduğunu, tasarrufun iptali davasının bu davaya kesin hüküm oluşturmayacağını içtihat etmiştir<sup>73</sup>. Yargıtay HGK bir kararında, davalı üçüncü kişinin, davacının borçludan gerçek bir alacağa sahip olmadığı (muvazaa bulunduğu) yönündeki iddialarının, iptal davasına bakan mahkemece araştırılması ve bir sonuca ulaşılması gerektiği belirtilmektedir<sup>74</sup>. Kaldı ki, aksinin kabulü, üçüncü kişi davalının; davacının gerçek bir alacağa sahip olmadığı yönündeki iddialarının dinlenmemesi anlamını tevhit ederek, savunma hakkı kapsamında hukukî dinlenilme hakkının ihlaline sebebiyet vereceği gibi, takip alacaklıyla anlaşarak veya borca batık olması nedeniyle gerekli çabayı göstermeyerek icra takibine itiraz etmeyen, itiraz üzerine durmayan kambiyo senetlerine dayalı takibe karşı menfi tespit davası açmayan borçlunun, bu davranışı karşısında borçludan mal edinen üçüncü kişilerin yargı eliyle zarara uğratılması sonucu doğacaktır<sup>75</sup>. Üçüncü kişinin muvazaa ve hile marifetiyle borç oluşturulduğu iddiası; davacı alacaklı ile davalı borçlunun yakınlık ve tanışıklık rabitası, borcun doğum sebebi ile tarihi, dava ve takip prosedürünün başlatılma ve ilerleme işlemleri, davalı borçlunun dava ve takiplere karşı hukukî çarelere başvurmadaki samimiyet ve gayreti birlikte değerlendirmeyi gerekli kılar<sup>76</sup>. Hükmün üçüncü kişiyi etkilemesi daha çok bu hükmün icra edilebilirliği noktasında ortaya çıkmakta ve bu etki kaynağını, kesin hükümden ya da üçüncü kişinin davanın taraflarından birisiyle halefiyet ilişkisinden yahut özel kanun hükümlerinden almaktadır<sup>77</sup>. Kaldı ki, bir davanın esasa ilişkin hüküm ile sona ermesi maddî ve usul hukuku bakımından da ayrı ayrı birtakım hukukî neticeler meydana getirecektir. Üçüncü kişinin hükümden etkilenecek menfaati müstakbel bir hak dışında daha çok mevcut bir hakka yöneliktir<sup>78</sup>. Keza bu ihtimalde üçüncü kişiye hak arama noktasında hukukî dinlenilme hakkı, yani davadan haberdar edilme iddia ve delillerini muhakemede müzakere şansı tanımak da gerekir. Şayet hükümlerle birlikte üçüncü kişinin etkilenecek olan menfaati müstakbel bir hak ise bu ihtimalden üçüncü kişiye hukukî dinlenilme hakkı tanımak gerekli değildir<sup>79</sup>. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 376. maddesinde açıkça “üçüncü kişilerin hükmün iptalini talep etmesi” başlığı altındaki düzenleme ile üçüncü kişiler kendilerini de etkileyen hükümlerin

---

<sup>73</sup> HGK, 19.09.2012, 3-101/597.

<sup>74</sup> HGK, 19.06.2002,15-495/528; Aynı yönde bkz. 15.HD 03.03.2003, 338/1021.

<sup>75</sup> Güneren, Ali, İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2004, s. 1058.

<sup>76</sup> İyilikli, Kesin Hüküm, s. 471.

<sup>77</sup> Budak, Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s. 20.

<sup>78</sup> Budak, s.36

<sup>79</sup> Budak, s.34

muvaaza sebebine binaen iptalini talep edebilecekleri yasal zemine kavuşmuşur<sup>80</sup>. Buna göre; davanın taraflarından birisinin alacaklıları veya aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenler, borçluları veya yerine geçmiş oldukları kimselerin aralarında anlaşarak, kendilerine karşı hile yapmaları nedeniyle hükmün iptalini isteyebilirler<sup>81</sup>. Bu hükümden hareketle somut olaya gelindiğinde; 1990 yılında taraflar arasında düzenleme şeklinde noterde yapılmış olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptal ve tescil davasının satış vaadi borçlusunun alacaklısının, borçlusu hakkında başlatmış olduğu icra takibini müteakiben bu davayı ikame ederek aynı zamanda ihaleinin feshi davasına konu taşınmaz ihale tarihinden önce mahkeme kararıyla iktisap etmesi karşısında, bu davanın tarafı olmayan üçüncü kişi alacaklı, mahkeme kararının aynı hak niteliğinde olmasından dolayı, kendisine karşı da geçerli olan kesin hükme karşı taşınmaz satış vaadi borçlusu ve alacaklısının karşılıklı işbirliğine girerek, on yıldan fazla bir süre sonra satış vaadine dayalı tapu iptal tescil davasının ikame edildiği, gerçek iradelerinin cebri icrayı akamete uğratarak, semeresiz bırakmak istedikleri, davanın kanuna karşı hile oluşturup, gerçek iradeleri ile gizli iradelerinin örtüşmediği, dolayısıyla muvaazalı bir dava olduğu, bu hüküm sebebiyle mevcut haklarının zarara uğradığı taraflarca yasal süresinde kanun yoluna da başvurulmadığı ileri sürülerek, kesin hüküm oluşturan hükmün HMK 376. maddesi gereği iptalini isteyebilecektir. Böylesi bir davanın varlığı halinde, ihaleinin feshi davasının görüldüğü mahkemenin bu davanın sonucunu zorunlu olarak bekletici mesele yapması gerekecektir.

### VIII. Çatışan Hükümlerin İnfazı Sorunu

Hakikatte burada hukuk tekniği anlamında iki hükümden bahsetmek doğru olmayacaktır. Zira satış vaadine dayalı hüküm, mahkeme kararı olmasına karşın, ihaleinin feshi davası takip hukukuna özgü bir şikâyetdir. Kaldı ki, ta-

---

<sup>80</sup> “Davacılar, 331 ada 1, 323 ada 8, 323 ada 5, 338 ada 5 ve 335 ada 2 sayılı parsellerdeki kayıt maliki Ahmet oğlu Hüseyin Sarısoy’un mirasçısı olduklarını, kayıtlardaki malik isminin davalılar tarafından açılan dava sonucu Ahmet oğlu Durali Sarısoy olarak düzeltilildiğini, bu durumun mülkiyet nakline sebep olacağını ileri sürerek yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunmuştur. Gerçekten, 1086 sayılı HUMK’nun 446. ve 6100 sayılı HMK’nun 376. maddesi uyarınca, kayıt maliki Ahmet oğlu Hüseyin Sarısoy’un mirasçısı olduğunu ispat eden kişiler, kendilerine veya miras bırakanlarına karşı hile yapıldığı iddiasıyla yargılamanın yenilenmesi yoluyla hükmün iptalini talep edebilir. Bu kişilerin, önceki davanın tarafı olmaları koşuluna bakılmaz. Yargılamanın iadesi suretiyle hükmün iptalini sağlayabilecek kimselerin ayrıca tapu iptali ve tescil davası açmaları da gerekmez. Mahkemece yapılması gereken iş, davacılardan Ahmet oğlu Hüseyin Sarısoy murisleri olup olmadığına dair delillerini sormak, bu durum kanıtlanırsa çekişmenin esasını inceleyerek bir hüküm kurmak olmalıdır.” (14. HD 27.02.2012, 1833/2696).

<sup>81</sup> 11. HD 15.09.2015, 3412/9239; 1. HD 24.12.2015, 2014/12025, 2015/15095.

puya yazılacak tescil yazısının dayanağı da yargılama yetkisi bulunmayan icra müdürlüğü kararıdır. Dolayısıyla, taraf, sebep ve konusu aynı, şekli ve maddi anlamda kesinleşmiş iki mahkeme hükmünün varlığından bahsetmek ilke olarak doğru olmayacaktır. Kaldı ki, böylesi bir durumun varlığının yargılamanın iadesi sebebi olacağına da şüphe yoktur. Ancak ihalenin feshi isteminin reddi kesinleşince bu karar bağlayıcı nitelikte olacaktır. Bundan çıkan sonuç şudur ki, taraflar veya üçüncü kişiler bu kararın varlığını tartışma konusu yapamayacağı gibi tazminat talebinde de bulunamayacaktır. Meğerki süresinde açılan başka bir ihalenin feshi talebi bulunsun<sup>82</sup>. Her ne kadar ihale sonucunda taşınmazın tapuya tescil işlemi, icra müdürlüğünün yazısına mebni ise de, ihalenin feshinin talep edilmesi ihtimalinde, icra mahkemesinin red kararının kesinleşmesinin varlığı ön şart niteliğindedir. Bir diğer ifadeyle icra müdürlüğünün tescil yazısı, ihalenin feshi davasının reddine dair kesinleşmiş kararı üzerine mebni olacaktır. İcra mahkemesinin ihalenin feshine yönelik red kararının bir dava değil şikâyet niteliğinde olması dolayısıyla şekli anlamda kesinleşme gerçekleşse dahi maddi anlamda kesinlik niteliğinden mahrum etmek, söz konusu karar aleyhine yargılamanın iadesi yoluna başvurmayı da engelleyecektir. Oysaki şikâyet üzerine icra mahkemesince tesis edilen ve yasa yollarından geçerek şekli anlamda kesinleşen karar, taraflar ve diğer ilgililer bakımından da bağlayıcı olacaktır. Keza icra mahkemesinin her türlü delille temas ederek ulaştığı hüküm, takibi tümüyle sona erdirdiği, kararın içeriğini tartışma ve değiştirmeyi olanaksız hale getirdiği ve sonucun herkes için bağlayıcı olduğu göz önüne alındığında; genel mahkemenin kararlarına göre daha fazla kuvvet tanımak anlamına geleceği için, söz konusu ihalenin feshi şikâyetinin reddi kararlarına da yargılamanın yenilenmesi yolunun açılması gerekmektedir<sup>83</sup>.

Mahkeme kararları, yasama ve yürütme organları ile idareyi bağlar; yasama, yürütme ve idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez (AY. m 138/4). Kesin hüküm haline bürünmüş bir ilam taraflarına olumlu ve olumsuz olmak üzere iki hak bahşeder. Bunların ilki tekrar yasağıdır ki, bu yolla aynı davanın aynı kişiler arasında yeniden yargılama yapılması yasaktır. Bu durum hukukî güvenlik ve istikrarın da olmazsa olmaz sonucudur. İkinci yani olumlu sonucu ise, kesin hüküm niteliğindeki ilamın bahsettiği hakların inkâr edilmemesi ve bağlayıcı olmasıdır. Şayet, ilk davada hükme bağlanan kesin hükmün konusu icraya elverişli olduğu müddetçe, taraflar, ilk hükmün icra edilmediğini ileri sürerek, maddi zarara yönelik aynı

---

<sup>82</sup> Arslan, s. 201.

<sup>83</sup> Arslan, s. 202.

konuda ikinci bir dava açamaz. Bu ihtimalde, ilk davada oluşan kesin hüküm ikinci davaya engel olduğu gibi, davacının hukukî menfaati de bulunmayacaktır<sup>84</sup>. Dolayısıyla kesin hüküm kuvvetini haiz bir ilamın zamanaşımı ya da başka bir sebeple icra edilmemesi ya da bu nitelikten yoksun hale gelmesi, aynı konuda yeni bir dava açma imkânı vermeyecektir<sup>85</sup>. Ancak Yargıtay, hazine lehine sonuçlanan tescil davasından sonra, hazinenin tescile konu taşınmazın infaz edilemediğini ileri sürerek taşınmazın gerçek durumuna uygun krokisinin çizilmesi ve yüzölçümünün tespiti istemiyle ikame ettiği davanın dinlenebilir olduğuna hükmetmiştir<sup>86</sup>. Buna karşın, taşınmazın aynına ilişkin ilamlar zamanaşımına uğramayacağı gibi, söz konusu ilamlara dayalı doğru ve geçerli bir hukukî sebebe göre oluşturulmuş tapu sicili (MK m. 705, 706) kamu düzeninde olduğu gibi, Devletin sorumluluğu asıldır (MK. m. 1007). Bu sebeple, mahkeme hükmü, icra mahkemesinin tescil yazısı ileri sürülerek tescilden imtina edilecek olursa bu halde, taşınmazın mülkiyetine ilişkin mahkeme ilamı icra-

<sup>84</sup> "İcra ve İflas Kanunu'nun 30. maddesinde "Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilamlar" başlığı altında "Bir işin yapılmasına mütedair ilam icra dairesine verince icra memuru 24'üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya ilamda gösterilen müddet içinde ve eğer müddet tayin edilmemişse işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek işi yapmayı emreder. Borçlu muayyen müddetlerde işe başlamaz veya bitirmez ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse yapılması için lazım gelen masraf icra memuru tarafından ehli-vukufa takdir ettirilir. Bu masrafın ilerde hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunup kendisine verilmek üzere ifasına alacaklı muvafakat ederse alınıp hükmolunan iş yaptırılır. Muvafakat etmese ayrıca hükme hacet kalmadan borçlunun kafi miktarda malı haciz ile paraya çevrilerek o iş yaptırılır." Yukarıdaki düzenlemeye göre; kesinleşen ilk ilam ile istinat duvarı yapılmasına karar verildikten sonra eldeki davada istemler ve yeniden istinat duvarı bedelinin tazminat olarak hükmedilmesi dikkate alındığında kesin hüküm şartlarının oluştuğu anlaşılmaktadır. İlk kararın kesinleşmesi ve eldeki dava tarihleri dikkate alındığında istinat duvarı yapılmasına ilişkin hüküm halen infaz edilebilir durumdadır. Şu durumda, kesin hüküm nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken işin esasının incelenmesi doğru görülmemiş ve kararın bozulmasını gerektirmiştir" (4. HD 05.02.2013, 2012/509, 2013/1694).

<sup>85</sup> 10. HD 27.02.2012, 2010/15102, 2012/3188.

<sup>86</sup> "Mahkemece, çekişmeli taşınmazın Adana 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 21.09.2010 tarih 2010/421 Esas, 2010/523 Karar sayılı kesinleşen ilamı ile davacı Hazine adına daha önce tesciline karar verilmiş olması ve kesin hüküm varlığı sebebiyle davanın reddine karar verilmiş ise de; dosya kapsamından kesin hükmün davacı Hazinenin aleyhine değil lehine tesis edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca; davanın kesin hüküm nedeniyle reddine karar verilmesi isabetsizdir. Dava; TMK'nın 713/6. maddesi uyarınca açılan tescil talebine ilişkin olmakla öncelikle dava konusu taşınmazın bağlı olduğu İlçe Belediye Başkanlığı ve Adana Büyükşehir Belediye Başkanlığı davaya dahil edilerek husumet yaygınlaştırılmalı, taşınmaz başında keşif yapılarak teknik bilirkişiye infaza elverişli ölçekli kroki tanzim ettirilmeli, bundan sonra toplanan ve toplanacak deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmelidir." (16. HD 25.05.2015, 2014/21675, 2015/6566).

ya elverişli olmaktan çıkacağından, ilam lehine olan taraf yeniden dava açabilecektir. Bu ise davaların tevali etmesine sebebiyet verecektir. Oysa takip hukukunun amacı alacaklının tatmini olup, bu amaç, misli eşya olan para ile mümkün olacaktır. Dolayısıyla, mahkeme hükmünü tescil etmek sadece cebrî icranın amacının gerçekleşmesine şimdilik engel olup, ileride borçlunun haczi kabil başka bir malından istifade etmesine hukukî bir engel oluşturmayacaktır.

## SONUÇ

Özel hukuk sahasında bir yargılama hukukunun tesisi dava ikamesiyle hüsule gelecektir. Bu ilişkinin tesisi noktasında ikame edilecek dava hiçbir kayıt ve kısıtlamaya tabi değildir. Bir diğer ifadeyle bu yargılama münasebetinin tesisi için lazım gelen davada tarafın hiçbir hak ve yetkisi olmasa dahi, salt o dava için öngörülen yargılama harcının vezneye yatırılmasıyla usul hukuku münasebeti doğrudan ve ilk elden tesis olacaktır. Ceza yargılamasında ise en azından bir resmi makamın iştiraki yani iddianame düzenlenmesi gerekecektir. Bu tespit, hakikatte hukuk yargılamasında tasarruf ve taraf hâkimiyeti ilkesinin bir tezahürüdür. Kişilerin dava konusu hak ile bağlantısı ya da hakkın özüne tesir edebilme yetkisi olarak nitelendirilen tasarruf yetkisi yani sıfat, yargılama sırasında değerlendirilip, yargılama sonunda hükümler birlikte nihayete kavuşacaktır. Dolayısıyla özel hukuk yargılamasında dava hakkını doğrudan bir tasarruf işlemi olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır. Nitekim dava hakkı, hukukî korunma talebine matuf usulî bir işlemdir. TMK'nun 705. maddesindeki; "Taşınmazın mülkiyetinin kazanılması tescille olur. Miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır" hükmü tescilsiz iktisap edilen taşınmaz malın özüne tesirli tüketme, sınırlama, içeriğini değiştirme ya da devretme anlamındaki tasarruf işlemlerini amaçlamaktadır. Bir diğer ifadeyle, kanun koyucu, tescil dışı kazanılan taşınmazın mülkiyetinin haricî satım ve devrine engel olmak istemiştir. Nitekim hukukî sebebe bağlı taşınmaz iktisabı ile tapu sicilinin doğru ve düzgün tutulması kamu düzeninden olup, bu işlemin yerine getirilmesi devletin aslı ve temel sorumluluğundadır. Kaldı ki bu hükmün, gerek hak sahibinin gerekse üçüncü kişi alacaklıların korunması ve mahkeme hükmüyle sabit olan aynî hakkın muhafazası ile takip hukukunun amacının gerçekleşmesine de hizmet edeceğinden şüphe duyulmamalıdır. Mahkeme hükmü ile taşınmazın mülkiyetini iktisap eden kişinin, mülkiyet hakkının tesciline hizmet eden ihalenin feshi davası mülkiyeti devir, temlik,



sınırlama ya da hakkın özünü tüketen bir tasarruf işlemi olarak değerlendirilemeyecektir. Bilakis, mülkiyet hakkına dayanarak ihaleinin bozulmasında hukukî yararı (Hukukî korunma talebi) en üst seviyededir. Bir diğer ifade ile taşınmazın mülkiyetinin tescil dışı kazanıldığı istisnaî hallere binaen taşınmazın mülkiyetini iktisap eden kişinin söz konusu mülkiyet hakkına dayanarak bu hakkı muhafaza edip, tescilini kolaylaştırmaya hizmet eden şikâyet niteliğindeki ihaleinin feshi talebi mülkiyet hakkının korunmasına matuf bir dava hakkı olarak görülmelidir. Nitekim mahkeme hükmü ile taşınmazın mülkiyetini iktisap eden kişi, önceki malikin halefi sıfatıyla onun (borçlunun) yerine geçerek şikâyet hakkını kullanabilecektir. Kaldı ki zarar unsuru dava koşulu olduğu için, mahkeme hükmüne dayanarak taşınmazın mülkiyetini iktisap eden kişi, bu mülkiyetin muhafazası ve mahkeme hükmüne uygun şekilde doğru ve düzgün tapu tescili yapılmasını muhafaza ve bu amaca hizmet edecek ihaleinin feshi davasını ikame edebilecektir.

◆◆◆◆

#### KAYNAKÇA

- Aday Nejat, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992.
- Akkanat Halil, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul 2010.
- Arslan Ramazan, İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhaleinin Feshi, Ankara 1984.
- Buz Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- Budak Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000.
- Develioğlu Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 1997.
- Güneren Ali, İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2004.
- Kazancı, İdil Tuncer, Yargı Kararları ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar, Legal Mihder 2012/3, C. 8, S. 23, (s. 75-126).
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959.
- İyilikli Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Ankara 2016.
- Oğuzman K/Barlas, N, Medeni Hukuk, Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar, İstanbul 2011.

Oğuzman Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2015.

Postacıoğlu, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.

Saymen, Ferit H./ Elbir K. Halid, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954.

Sungurbey İsmet, Miras Birakanın Danışıklı İşlemleri, Dürüstlük Kurallarının Uygulama Alanı, Çifte Satış Sözleşmeleri, İstanbul 1992.

Surlu Mehmet Handan, Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 2007.

Topçuoğlu, Hamide, Kanuna Karşı Hile, İzmit 1950.

Uyar, T, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu, ABD, 2011/1. (s. 211-231).

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.

Üstündağ, Saim, Kesin Hükmün Hukuki Haleflere Etkisi, Makaleler, İctihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010, (s. 41-48), (Kesin Hüküm).

Vardar-Hamacioğlu, Gülşah, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar, C.1, 5. bası, İstanbul 1956.

Von Tuhr A, Borçlar Hukuku, C. 1, İstanbul 1952.



# CEZA DAVASINDA MAHKÛMİYET HÜKMÜNÜN GEREKÇESİNİN YAZILMASI

*Yeni CMK ve Eski CMUK Hükümleri  
ile Mevzu Kanununun Uygulanması Işığında*

*Drafting a reasoned Judgement of Conviction in Criminal Procedure*

*In the Light of the new and old Turkish CPO  
and the originally from Turkey adopted  
German Criminal Procedure Order*

**Dr. Mehmet ARSLAN\***

## ÖZET

Ceza muhakemesinin önemli eşiklerinden birisi hükmün gerekçesinin yazılmasıdır. Özellikle sanığın mahkûmiyeti halinde gerekçenin önemi artmaktadır. Ceza muhakemesinin amaçları ve işlevi gözönüne alınarak mahkûmiyet hükmünün gerekçesi belli bazı sorulara cevap vermelidir. CMK'da mahkûmiyet hükmünün gerekçesi m. 230'da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve ayrıca anayasal teminat altında bulunan adil yargılanma hakkının (Ay. m. 36 f. 1) bir gereğidir. Bu çalışma mahkûmiyet hükmünün gerekçesini ceza muhakemesinin amaçları, adı geçen normatif düzenlemeler ve sistemli hüküm yazmanın gereklilikleri ışığında beş kısım altında incelemektedir; sanığın kişisel durumları, olayın tasviri, dellerin değerlendirilmesi ve takdiri, hukuki nitelendirme ve ceza tayininin dayanakları.

**Anahtar Kelimeler:** Gerekçeli Karar Hakkı, Sanığın Kişisel Durumları, Suç Fiilini Gerçekleştiren Maddi ve Manevi Olgular, Sanık İfadelerinin, Tanık ve Bilirkişi Beyanlarının, Belge Delillerinin Takdiri ve Keşfin Neticeleri, Hukuki Nitelendirme ve Ceza Tayininin Dayanakları.

## ABSTRACT

One of the important stages of the criminal proceedings is drafting the reasons, on which a verdict is based. If the verdict is a conviction, the importance of the reasons given to convict increases. From the perspective of the aims and function of the criminal proceedings, the reasons have to give answer to certain questions. Article 230 of the Turkish CPO prescribes in detail how to draft the reasons of a judgement of conviction, which is also a requirement of the constitutionally guaranteed right to a fair trial (Article 36 para. 1). In consideration of the requirements which are prescriptive or to be implemented for a systematically appropriate drafting process, this paper analyzes the five steps of the drafting: personal circumstances of the

---

\* Freiburg Max-Planck Yabancı ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsü. m.arslan@mpicc.de

convicted person, the description of the events, evaluating and judging the evidence, legal assessments of the crime and sentencing.

**Keywords:** Right to a Reasoned Verdict, Personal Circumstances of the Convicted Person, Factual Basis of Objective and Subjective Elements of the Crime, Judging of Testimonies of the Accused, Witnesses, Experts Opinions and Documents and Others Material Evidences, Legal Assessments and Sentencing.

◆◆◆◆

## I. Ceza muhakemesi ve hükmün gerekçesi

### 1. Muhakemenin genel işleyişi karşısında hükmün gerekçesinin işlevi

Soruşturma evresinde toplanan delillerin şüphelinin suç işlendiğine yeterince delalet etmesiyle, savcı kamu davasının açmak için iddianamesini görevli ve yetkili mahkemeye takdim eder (CMK m. 170 f. 2). Mahkeme ilk incelemesini dosya üzerinden yapar ve CMK m. 174 f. 1’de sayılan nedenlerden dolayı iade etmediği iddianameyi kabulle kamu davasının açılması kararı verir (CMK m. 175 f. 1). Bunun üzerine başlayacak olan duruşmanın amaçlarından biri, büyük kısmı soruşturma evresinde hazırlanmış olan ve mahkemenin kabul kararından önce içeriğini bildiği dosyaya ruh vermek, canlılık kazandırmak ve ancak bu şekilde hâsıl olabilecek kanaat ile sanığın suçluluğu ve hukuki neticeleri hakkında karar vermektir.<sup>1</sup> Dosyadaki delillerin doğrudan doğruya, sözlü, yoğunlaştırılmış ve çelişmeli bir şekilde yapılacak müzakerelerle yeniden ortaya konulmasıyla ceza muhakemesi gerçekleştirilir.<sup>2</sup> Bunun yanında, kovuş-

---

<sup>1</sup> Krş. *Deniz*, İsmail Ceza Muhakemesinde Hüküm (Türleri-Oluşturma Şekilleri-Şartları), Ankara 2014, s. 37.

<sup>2</sup> CMK’da kullanılan duruşma kavramı (bk. CMK m. 182 vd.), kovuşturma evresinin delillerin ortaya konulmasında iddia, savunma ve karar makamının aktif ve karşılıklı katılımlarını yeterince dile getirememektedir. Ceza davasının katılanları arasındaki karşılıklı etkileşimi vurgulamak için müzakere kavramı daha isabetlidir. Onun için bu çalışmada adı geçen düşünceyi öne çıkarmak için daha ziyade müzakere kavramı kullanılacaktır. Nitekim CMK bu düşünceye uygun olarak uzlaşma için yapılan görüşmeleri müzakere olarak adlandırmıştır (m. 253 f. 13 vd.). Ancak müzakere hukuki bir terim olarak CMK m. 227’de aslında duruşmanın bitiminden sonra hüküm veya m. 27 f. 1 ve 31 f. 2’de hâkimin reddi istemi hakkında karar vermek üzere bir araya gelen mahkeme üyelerinin kendi aralarındaki görüşmeleri için kullanılmıştır. Kanunun adı geçen şekillerde müzakereyi farklı durumlar için kullanması ve bu konuda katı davranmaması, karışıklıklara sebep olma tehlikesine rağmen bu çalışmada duruşma yerine yeri geldiğinde müzakere tabirinin tercih edilmesi bakımından yeterli bir mazeret olsa gerek. Esasında mevaz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (m. 260 f. 1) ve Adli Teşkilat Kanunu (192 vd.) hüküm üzere bir araya gelecek mahkeme üyelerinin görüşmelerini ‘Beratung’ olarak ifade etmiş ve bu kavramın daha isabetli tercümesi – CMK m. 227’nin aksine – fikir alışverişinde bulunma veya birbirine danışmadır. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun duruşma için kullandığı (m. 226 vd.) ‘Hauptverhandlung’ kavramının ise

turma aşamasında katılımcıların yeni delil getirme ve ortaya koyma talepleri (krş. CMK m. 177 vd., m. 206 f. 2) değerlendirilir ve usul hukukundan doğan haklarına riayet edilir. Dinlenen kişilere sorular yöneltilir (CMK m. 201 f. 1) ve ortaya konulan her delil konusunda görüşler beyan edilir (CMK m. 215 f. 1).

Kamuya açık müzakerelerde tanıklar ve bilirkişiler bire bir dinler ve belge delillerinin içeriği sesli bir şekilde okunur. Diğer maddi mahiyeti ise beş duyu organlarıyla keşfedilir. Bu şekilde yapılan delillerin ortaya konulması ve bu kapsamda yapılan müzakerelerin neticesinde, bütün katılımcılarda sanığa isnat edilen fiilin sübutu, bunun nitelendirilmesi ve hukuki neticelerinin tayini konusunda bir kanaat hâsıl olacaktır. Müzakerelerin sonunda, mahkeme haricinde, katılanlar teker teker söz alarak adı geçen bu üç hususta kendilerinin bu konudaki çıkarımlarını ve taleplerini dile getirirler (CMK m. 216). Herkesin vardığı neticeleri ve görüşlerini bilen mahkeme bunları göz önüne alarak dava konusu uyuşmazlığın maddi ve hukuki sorunları hakkındaki kanaatini<sup>3</sup> önce çok kısa bir şekilde hüküm fıkrasında dile getirir<sup>4</sup> ve (CMK m. 231 f. 1) sonrasında hükmün gerekçesinde bunu nedenleriyle ortaya koyar (CMK. m. 230 f. 1).<sup>5</sup> Başka bir deyişle, karar mercii müzakereler sonucunda vicdanında ulaştığı maddi gerçeğe ilişkin çıkarımlarının maddi ve hukuki dayanaklarını hükme yazması gerekir.<sup>6</sup> Şayet aynı suçlama hakkında, istinafin bazı hallerinde (krş. CMK 280 f. 1 bent c ve f. 2) olduğu gibi ikinci bir defa aynı yöntemlerle müzakerelerde (CMK m. 272 vd.) bulunulmayacak ise (krş. CMK m. 280 f. 1 bent a, b ve f. 2), hükmün gerekçesinin önemi oldukça artmaktadır. Çünkü ilk derece mahkemesinin maddi gerçeği müzakereler sonunda isabetli bir şekilde tespit edip, hukuken isabetli bir şekilde nitelendirdiğinin istinafta incelenmesi büyük ölçüde hükmün gerekçeli metni üzerinden mümkün olacaktır (krş. CMK m. 280 f. 1).

---

ana müzakereler veya sadece müzakereler olarak çevrilmesi daha isabetli olurdu. Bu açıklamalar müzakere kavramının bu çalışmada bazen duruşma yerine kullanılmasının esasında haklı olduğunu göstermektedir.

<sup>3</sup> Ceza muhakemesinde hükmün sentez ürünü olması özelliği için bk. *Yerdelen*, Erdal, Ceza Muhakemesinde Hükmün Gerekçesi, Ankara 2015, s.18.

<sup>4</sup> Ayrıntıları için bk. *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.31 vd.

<sup>5</sup> Ceza Muhakemesi Kanunun'da gerekçelendirmeye ait diğer hükümler için bk.: hâkimin reddi (CMK m. 26 f. 1), eski hale getirme (CMK m. 41 f. 2), tutuklu işlerde zorla getirmenin nedenleri (CMK m. 43 f. 1), tanıklıkta çekinme sebebinin bildirilmesi (CMK m. 49 f. 1), bilirkişinin reddinin gerekçelendirilmesi (CMK m. 69 f. 3), yakalama tutanağı (CMK m. 97 f. 1), tutuklama kararı (CMK m. 101 f. 1 ve 2), tutukluluğun uzatılması (CMK m. 102 f. 1), savcının koruşturmayaya yer olmadığına dair kararına itiraz (CMK m. 173 f. 2), sulh ceza hâkiminin itirazı reddi (CMK m. 173 f. 3), delil isteminin gerekçelendirilmesi (CMK m. 177 f. 1), istinaf dilekçesi (CMK m. 273 f. 5), yargılamanın yenilenmesi dilekçesi (CMK m. 317 f. 2).

<sup>6</sup> Hükmün kavramı ve hükmün nitelikleri için ayrıntılı olarak bk. *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.9 vd.

İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak yeniden mâhkumiyet hükmü kurması halinde ise; bunun yazımında olay mahkemesi olduğundan ilk derece mahkemesiyle aynı kanuni hükümlere tabidir (krş. CMK m. 280 f. 2 ve m. 282 f. 1). İstinaf mahkemeleri gibi ikinci bir müzakere yoluyla sübut hakkında karar verebilecek durumda olmayan temyiz mahkemesi ise esas hakkındaki incelemesini tamamen olay mahkemesinin verdiği hükmün gerekçesiyle sınırlandırmalıdır (krş. CMUK m. 307, 320; aynı şekilde CMK 288, 294 f. 2, 301).<sup>7</sup> Bu açıklamalardan anlaşıldığı gibi, olay mahkemesi tabiri ilk derece mahkemesi ile duruşma sonunda yeniden hüküm kurması halinde istinaf mahkemesini kapsar. Bunun yanında duruşmasız ve müzakeresiz sadece olay mahkemesinin verdiği hükmün *hukuka uygunluğunun* incelendiği dar anlamda istinaf (CMK m. 280 f. 1 bent a ve b) ile temyizde (CMK m. 288) ise bölge adliye mahkemesi ile Yargıtay *sadece kanun yolları* mahkemesidir. Bu çalışmada bu kavramların kullanılmasında – başka şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmediği müddetçe – bu tanımlardan yola çıkılmaktadır.

## 2. Çalışmanın konusu

Hükmün yazılması ve içeriği genel olarak CMK m. 230 ve 232’de düzenlenmiştir. Bu maddeler incelendiğinde hükmün dört kısımdan oluştuğu anlaşılmaktadır<sup>8</sup>: hükmün başı (m. 232 f. 1 ve 2), hüküm fıkrası (m. 232 f. 6), hükmün gerekçesi (m. 230 ve 232 f. 3) ve imzalar (m. 232 f. 4 ve 5). Bu çalışmanın kapsamında, sadece *hükmün gerekçesi* yakından ele alınacaktır ve diğer kısımların yazılmasına değinilmeyecektir. Yine hükmün türlerinden büyük öneminden dolayı sadece *mahkûmiyetin* gerekçesinin yazılması ele alınacaktır.<sup>9</sup>

Bu çalışma uygulamanın tamamen farklı yöndeki inanışlarına rağmen,<sup>10</sup> eski CMUK’nın alındığı ve yeni CMK’nın hala etkisinde olduğu Alman CMK’sının uygulamasını örnek göstererek kanunun olay mahkemesindeki müzakereler-hüküm-gerekçe-kanunyolu sisteminin aslında işleyebileceğini göstermek

---

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesini bireysel başvurulardaki inceleme yetkisinin konusu için bk. AYM *Ayla Şenses Kara* Baş. Kar.T. 5/11/2015 R.G. 2/2/2016-29612, § 55.

<sup>8</sup> Krş. *Demirağ*, Fahrettin, Ceza Muhakemesi İşlemleri Açısından Adli Yazı, Ankara 2013, s.240; *Doğan*, Koray, Ceza Muhakemesinde Hüküm, CHD 7/2008, s.173; *Deniz*, (Dipnot 1.) s.29 vd.

<sup>9</sup> Diğer hüküm türleri için ayrıntılı bir şekilde bk. *Artuç*, Mustafa/*Hırslı*, Tahir, Hüküm Kurma Sanatı, Ankara 2013, s.5 vd.; *Deniz*, (Dipnot 1.), s.26 vd.; *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.47 vd.

<sup>10</sup> Adı geçen farklılıklar – genel olarak – sadece olay mahkemelerince kovuşturma aşamasının dosya münderacatının toparlandığı süreç olarak algılanmasında değil, aynı zamanda temyiz verilen hükümdeki hukuka aykırılıkların incelenmesinden ziyade dosya üzerinden sanığın suçluluğu ve fiilinin hukuku neticeleri hakkında karar verilmesine yetki verdiğine ilişkin inanışında yatmaktadır. Bu uygulamanın ayrıntıları ve eleştirisi için bk. *Sami Selçuk*, Temyiz Yolu Denetimi ve Sınırları. YD 27/2001, 5–46.

istemektedir.<sup>11</sup> Esasında konunun bir bütün şekilde anlaşılması için müzakere-lerin ve temyiz incelemesinin nasıl yapıldığına ve uygulamada hangi aksaksık-lıkların bulunduğuna ayrıca girmek gerekir. Ancak bu çalışma sadece mahkû- miyet hükmünün gerekçesinin yazılmasıyla sınırlı kalmayı yeğlemektedir.

Yararlanılan Almanca eserler, bu konuda uzun sürelere dayanan uygula- ma tecrübeleri ve yüksek mahkeme yargıçlıkları olan yazar tarafından kaleme alınmıştır. Bundan dolayı, tespitler ne hayali, ne de uygulamanın şartlarını bil- memekten dolayı ihtiyaçlara cevap vermeyecek şekilde talep edilen sağlan- ması güç güvence türlerindedir. Tam tersine, mevcut realitenin anlatılması ve uygulama ve teorinin bağdaştırma çalışmalarının neticesidir. Bu kıvamda olduğu için, dikkate değerler.

Uygulamada gerekçede çok büyük sıkıntıların yaşandığı sıkça dile getiril- mektedirler.<sup>12</sup> Yargıtay'ın hükmün delillerin değerlendirilmesi ve takdiri,<sup>13</sup> hu- kuki nitelendirme<sup>14</sup> ve cezanın tayinine<sup>15</sup> ilişkin hukuka aykırılıklara dahi gir- meden sadece bu hususlara ilişkin *gerekçe eksikliğinden* (krş. CMUK m. 308 f. 1 Nr. 7; CMK m. 289 f. 1 bent g) dolayı birçok bozma kararı verdiği görülmek- tedir. Tahminlere göre Yargıtay'ın bozma kararlarının %40'ı hükmün gerekçe- sinin yazımına ilişkin hatalardan kaynaklanmaktadır.<sup>16</sup> Keza Anayasa Mahke- mesi, bireysel anayasa şikâyeti üzerine ceza davasında sanığın adil yargılanma hakkının (Ay. m. 36 f. 1) gerekçeli karar zorunluluğuna (krş. Ay. m. 141 f. 3) uyulmaması nedeniyle ihlal edildiğini birçok kararında tespit etmiştir. Bu ça- lışma, ceza muhakemesindeki gerekçe yazımında karşılaşılan muhtemel sıkın- tının giderilmesi amacıyla mahkûmiyet hükmünün gerekçesi konusunu ayrın- tılarıyla ele almak istemektedir. Ancak hükmün gerekçesinin esaslı noktaları kapsayacak şekilde gerekçeli yazılmasının, kolay olmadığını Alman CMK'sının uygulamasında belirtildiği gibi kabul etmek gerekir.<sup>17</sup> Onun için, bu çalışma

---

<sup>11</sup> Alman hukukunda mahkûmiyet hükmünün gerekçesi için ayrıntılı bir şekilde bk. *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.97 vd.

<sup>12</sup> *Aşçıoğlu, Çetin*, Yargıda Gerekçe Sorunu, TBBD 48/2003, s.110.

<sup>13</sup> Sanığın ikrarının diğer deliller karşısında çelişkili bir şekilde değerlendirilmiş olması nedeni- le YCGK, E. 2000/87, K. 2000/90, T. 02.05.2000 (Kazancı); aynı şekilde 8. YCD, E. 1997/3447, K. 1997/6774, T. 07.05.1997 (Kazancı); delil değerlendirmesi ve takdirinin kesin ve mahkû- miyet için yeterli bir şekilde sanığın suçluluğu hakkında şüpheleri gidermemesi nedeniyle YCGK, E. 2000/163, K. 2000/170, T. 03.10.2000 (Kazancı).

<sup>14</sup> Sanığın eyleminin yalan tanıklık veya iftira olarak nitelendirilemeyeceği nedeniyle YCGK, E. 1980/8-139, K. 1980/203, T. 12.05.1980, YKD 10/1980, s.1415 vd.

<sup>15</sup> Hiç gerekçe gösterilmemesi nedeniyle 5. YCD, E. 2006/12441, K. 2007/336, T. 29.1.2007 (Kazancı).

<sup>16</sup> *Artuç/Hırsılı*, (Dipnot 9.), s.46.

<sup>17</sup> *Meyer-Goßner*, Lutz/Appf, Ekkehard, Die Urteile in Strafsachen. 29. Auflage. München



hüküm gerekçesinin yazılması konusuna sadece sınırlı bir katkı sağlayabilir. Bu kapsamda karşılaşılan tüm konulara değinme iddiasında değildir.<sup>18</sup>

Bu çalışmanın bir diğer amacı, hüküm gerekçesinin sistemli bir şekilde yazılmasına katkıda bulunmaktır. Bunun için mahkûmiyet hükümünün gerekçesinin yazımında uyulması gereken kanuni esaslara ilişkin açıklamalararak soyut bir şekilde bırakılmayacak, örnek bir hüküm yazma şeklinde bizzatihi uygulanacaktır. Bu amaçla Yargıtay kararına konu olmuş bir mahkûmiyet hükümünün esasındaki olaydan faydalanılacak, gerektiğinde Yargıtay ve ilk derece mahkemesinin değinmediği hususlara dikkat çekilecek, hüküm yazımında takip edilen sıralama değiştirilecek, bazı kısımlar içeriği aynı kalacak veya eksik olduklarında farazi bir şekilde yeniden yazılacaktır.

## II. Mahkûmiyet hükümünün gerekçesinin içeriği

Hüküm gerekçesinin CMK'nın esasında yatan ceza muhakemesi modeline göre işlevi yukarıda genel olarak belirtilmiş olmasına rağmen, içeriğinin hangi esaslara göre belirlenmesi gerektiğine değinmekte fayda var. Aşağıda değinilecek olan hususlar sadece örnek mahiyetindedir. Farklı açılardan farklı amaçlar çıkarılabilir ve buna yönelik taleplerde bulunulabilir.

### 1. Ceza muhakemesinin amaçlarına hizmet etmek

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması,<sup>19</sup> ceza adaletinin ve toplumda hukuki barışın sağlanması ceza muhakemesinin asıl amaçları olarak kabul edilmektedir.<sup>20</sup> Hüküm gerekçesi, müzakereli ve murafaalı duruşmalardan tekrardan canlandırılan fiilin mahkemece diğer katılımcılara ve kamuoyuna nihai olarak bildirildiği yerdir.<sup>21</sup> Olay ve karar mahkemesinin öğrenme yargılaması sonu-

---

2014, s.64.

<sup>18</sup> Son zamanlarda ceza davasında hüküm yazılması konusunu ele alan eserlerin çoğalması bu kapsamda sevindirici bir gelişmedir; örneğin *Artuç*, Mustafa/*Hırsılı*, Tahir, Hüküm Kurma Sanatı, Ankara 2013; *Deniz*, İsmail, Ceza Muhakemesinde Hüküm (Türleri-Oluşturma Şekilleri-Şartları), Ankara 2014; *Yerdelen*, Erdal, Ceza Muhakemesinde Hüküm Gerekçesi, Ankara 2015.

<sup>19</sup> Doktrinde hâkim görüşün ceza yargılamasının amacı olarak kabul ettiği maddi gerçeklik, uygunluk teorisine (*Korrespondenz- oder Adäquationstheorie der Wahrheit*) göre, bir iddia hakkındaki tasavvur ile hakikat arasındaki uyumdan teşekkül eder; bk. *Hızır*, *Nusret*, Kavram İncelemeleri IV. Hakikat Kavramı Üzerine I. Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi Cilt: 13 4/1955, s. 57-61; ceza yargılamasında hâkimin, sanığın işlediği iddia edilen fiil hakkındaki vicdani kanaatiyle hakikatın uyuşması durumunda, maddi gerçeğin tespiti amacı gerçekleştirilmiş olur; bk. *Deniz*, (Dipnot 1.), s.37 ve 39; *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.10.

<sup>20</sup> Bk. *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.17.

<sup>21</sup> Çakmut, Özlem Yerener, Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm,

cunda, uyumsuzluğun esaslı noktalarına ilişkin ulaştığı kanaatin ve değerlendirilmelerinin vücut bulduğu metindir. Hâkimin verdiği kararı savunduğu ve vicdan rahatlığıyla imzasını attığı yerdir. Hâkim, hüküm fıkrasının meşruluğunu ve isabetliliğini hükmün gerekçesinde ortaya koyacaktır.<sup>22</sup> Sanık kimdir, ne yaptı, hâkim nasıl bu kanaate vardı, hangi ceza hükümlerine muhalefet ettiğini tespit ve hangi hukuki neticeleri sanığa müstahak görüldü; tüm bunlar hükmün gerekçesinde gösterilmelidir ki, mahkûmiyet hükmünün fıkrası meşru ve herkesi ikna etsin.<sup>23</sup> Hükmün gerekçeli olması zorunluluğu kamu menfaatinin gereği olarak mahkemelere güvenin sağlanması amacıyla.<sup>24</sup> Bundan dolayı, mahkemelerin kararlarının gerekçeli olması gerektiği anayasal ve yasal güvence altına alınmıştır (Any. m. 36 f. 1, m. 141 f. 3; CMK m. 34 f. 1, 230 f. 1).<sup>25</sup> Elbetteki bu ilkelere ceza yargılamasında uyulduğunu gösteren tek hüccet, hükmün gerekçesi değildir. Ceza muhakemesi hukukuna bir bütün olarak uygulanmasıyla bu gerekliliklere riayet edilmiş olur. Ancak gerekçenin ceza muhakemesinin bütününde önemli bir eşik oluşturduğu şüphesizdir. Hakkının verilmesi gerekir.

## 2. Hükmün gerekçesinin unsurları

Hükümle dava konusu suç iddasının maddi ve hukuki çözümü amaçlanır. Bunun sonucu olarak: öncelikle suç konusu fiilin tasvir edilmesi, bu şekilde hâsıl olan kanaatin oluşmasında belirleyici olan delillerin değerlendirilmesi ve takdir edilmesi, fiilin hukuki nitelendirmesi ve sonunda cezanın tayini hükmün gerekçesinin ana konularını teşkil ederler.<sup>26</sup> Gerekçenin unsurları aynı zamandan

---

EÜFHD 3-4/2007, s.33.

<sup>22</sup> Aynı doğrultuda, 4. YCD, E. 2010/31160, K. 2011/3053, T. 14.3.2011 (Kazancı); *Deniz*, (Dipnot 1.), s.32; *Bekri*, M. Nedim, Gerekçeli Karar Hakkı. ABD 3/2014, s.208.

<sup>23</sup> *Meyer-Goßner*, Lutz, Hinweise zur Abfassung des Strafurteils aus revisionsrechtlicher Sicht, NSTz 1988, s.531; *Melzer*, Michael, Der Aufbau des erstinstanzlichen Strafurteils in der Assessorklausur, JuS 2008, s.879; aynı doğrultuda 4. YCD, E. 2010/31160, K. 2011/3053, T. 14.3.2011 (Kazancı).

<sup>24</sup> AYM *Gülbu Özgüler* Baş. Kar. T. 11/11/2015, R.G. 24/12/2015-29572, § 22.

<sup>25</sup> Krş. 4. YCD, E. 2010/31160, K. 2011/3053, T. 14.3.2011 (Kazancı); gerekçe yükümlülüğünün positif hukuktaki dayanakları için ayrıntılı bir şekilde bk. *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.61 vd.; *Özbek*, Veli Özer/*Kanbur*, Mehmet Nihat/*Doğan*, Koray/*Bacaksız*, Pınar/*Tepe*, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015, s.760 vd.; *Centel*, Nur/*Zafer*, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul 2015, s.755; *Şahin* Cumhuriyet/*Göktürk*, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II., 4. Baskı, Ankara 2005, s.180; *Çakmut*, EÜFHD 3-4/2007 (Dipnot 21), s.34.

<sup>26</sup> *Deniz*, (Dipnot 1.), s.36 vd.; *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.26 vd.; *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, (Dipnot 25.), s.760 vd.

temyiz mahkemesinin gerekçeyi denetim yetkisiyle paralellik taşımalıdır.<sup>27</sup> CMK'daki hükmün gerekçeli olmasının amaçlarından ikincisi sanığın temyiz hakkını etkili bir şekilde kullanılabilmesini sağlamaktır.<sup>28</sup>

Temyiz mahkemesinin sanığı görme ve hangi şahsi durumlara sahip olduğunu araştırma imkânına genel itibarıyla sahip değildir (krş. CMUK m. 318 vd.; CMK m. 299 vd.). Bunun temyiz incelemesine olabilecek menfi neticelerini olabildiğince sınırlandırmak için hükmün gerekçesinin ilk kısmında sanık hakkında ayrıntılı bilgilere yer verilmesi gerekir.<sup>29</sup> Hükmün gerekçesinin ikinci kısmında, olay mahkemesinin iddianamede sanığın işlediğine kanaat getirdiği fiili açıkça tasvir etmesi gerekir. Bu onun hem görevidir (CMK m. 223 f. 1) hem de münhasıran yetkisindedir (CMK m. 217 f. 1). İlk derece mahkemesi olayı tespit ve esasında yatan olgularla tasvir edecektir (CMK m. 230 f. 1c). Üçüncü kısımda, maddi gerçeğin bulunması için müzakereleri yapan ve mura-faları dinleyen olay mahkemesi, hangi ispat vasıtalarının hangi olguların varlığı hakkında delil teşkil ettiğini ve subut hakkında neden bu şekilde takdirde bulunduğunu yazıya dökmesi gerekir (CMK m. 230 f. 1b). Temyiz mahkemesi, delil değerlendirmesi ve takdirinin re'sen araştırma ve şüpheden sanık yararlanır ilkesine uygun olup olmadığını bu kısım üzerinden inceler.<sup>30</sup> Bir sonraki dördüncü kısım ise, hukuki nitelendirmenin, yani ceza kanunun hükümlerinin hükmün gerekçesinin ikinci kısmında tasvir edilen olaya uygulanmasıdır (CMK m. 230 f. 1c).<sup>31</sup> Temyiz mahkemesinin klasik yetkisi bu uygulamanın doğruluğunu ve eksiksizliğini denetlemektir (Eski CMUK m. 307; CMK m. 288). Böylece temyiz mahkemesi ceza kanunu yorumlayarak istikrarlı bir içtihat hukukunun gelişimine katkı sağlayabilir. Bununla esas görevi olan ceza kanunu hükmünün herkes için eşit bir şekilde ve ülke genelinde aynı şekilde uygulanmasını yerine getirmiş olur. Hukuka güven ve hukuki emniyetin sağlanması temyiz mahkemesinin bu şekildeki uygulamasıyla mümkün olacaktır.<sup>32</sup> Hükmün gerekçesinin beşinci kısmı ise cezanın tayinini ilgilendirir. Kanunda belirtilen sınırlar çerçevesinde cezanın amaçlarının somut olayda gerçekleştirilmesinin ve özellikle

---

<sup>27</sup> Krş. 4. YCD, E. 2010/31160, K. 2011/3053, T. 14.3.2011 (Kazancı); aynı doğrultudaki Anayasa mahkemesi içtihadı için bk. AYM *Gülbu Özgüler* Baş. Kar. T. 11/11/2015, R.G. 24/12/2015-29572, § 22; *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.78 vd.

<sup>28</sup> AYM *Nurten Esen* Baş. Kar. T. 10/6/2015, R.G. 18/09//2015-29479 § 41; *Bekri*, ABD 3/2014 (Dipnot 22.), s.207.

<sup>29</sup> Bunun başkaca birçok faydası vardır. Bunlar için bk. III.1.

<sup>30</sup> Krş. YCGK, E. 2000/163, K. 2000/170, T. 03.10.2000 (Kazancı).

<sup>31</sup> Bunu cezanın somut belirlenmesi olarak anlayan görüş için bk. *Artuç/Hırsılı*, (Dipnot 9.), s. 120.

<sup>32</sup> Krş. AYM *Kadir Can* Baş. Kar. T. 17/11/2014, § 22 vd.; *Bekri*, ABD 3/2014 (Dipnot 22.), 207.

faile kusuruyla orantılı ceza verilmesi olay mahkemesine verilmiş bir yetkidir (TCK m. 61 ve 62; CMK m. 230 f. 1c).

Yargıtay temyiz incelemesinde olay mahkemesinin hükmünün gerekçesinin fiilin subutuna ilişkin delil değerlendirmesi ve takdiri (3),<sup>33</sup> hukuki nitelendirme (4)<sup>34</sup> veya cezanın tayini (5)<sup>35</sup> şeklinde kısımlardan teşekkül ettiğini kabul etmektedir. Sanığın kişisel durumları (1) ve olayın tasviri (2) ise her ne kadar temyiz kararlarında açık bir şekilde incelemelerin konusu olmasa da, Yargıtayın kendisinin dosya üzerinden delil değerlendirmesi sonucunda subuta erdiğini kabul ettiği vakıalarla<sup>36</sup> suç konusu fiili kararlarında tasvir etmekte ve aynı şekilde dağılık da olsa sanığın şahsi hallerine kararlarında yer verdiği görülmektedir.<sup>37</sup> Bu çalışma, adı geçen her iki hususun olay mahkemesinin hükmünün gerekçesinde evleviyetle olması gerektiği kanısındadır. Beş kısımlı mahkûmiyet gerekçesinin yazılması sistemiyle adil yargılamanın gereklerinden olan gerekçeli karar hakkının kapsamına riayet edilmiş olacaktır. Anayasa mahkemesine göre gerekçede, davaya konu olan maddi olay ve olguların tasviri, delillerin değerlendirilmesi ve hukuki nitelendirmenin yanında cezanın tayininde kullanılan takdirin dayanaklarının gösterilmesi zorunludur.<sup>38</sup>

### 3. CMK'da mahkûmiyet hükmünün gerekçesinin düzeni

CMK m. 230'un metnine bakıldığında, yukarıda önerilen ve yargı kararlarında izlerine rastlanılan hükmün gerekçesinin kısımlarına ilişkin düzenin takip edilmediği görülmektedir.<sup>39</sup> Adı geçen hüküm, daha çok Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. maddesinde düzenlenen hükmün gerekçesine ilişkin sıralamaya andıran bir içeriğe sahiptir. Oysa ceza ve hukuk muhakemelerinin konuları, amaçları ve ulaşmak için kullanacakları araçları ve temyiz incelemeleri birbirinden farklıdır. Onun için ceza davasında yazılacak hükmün gerekçesi

---

<sup>33</sup> YCGK, E. 1998/5-268, K. 1998/320, T. 20.10.1998 (Kazancı) ('... Uyuşmazlık, suçun subutuna ilişkindir').

<sup>34</sup> YCGK, E. 2013/9-619, K. 2014/378, T. 16.9.2014 ('...çözümlemesi gereken uyuşmazlık; sanığın eyleminin nitelendirilmesine ilişkindir').

<sup>35</sup> YCGK, E. 2012/15-1534, K. 2013/132 T. 9.4.2013 ('çözümlemesi gereken uyuşmazlık; sanık hakkında... cezanın üst sınırdan 5 yıl olarak belirlenmesinin isabetli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır').

<sup>36</sup> Yargıtayın bu şekildeki temyiz incelemesi ve sakıncaları için bk. *Arslan*, Mehmet, Yalan Tanımlık Suçunda Gerçeğe Aykırılık, CHD 8/2015, s. 277 vd.

<sup>37</sup> Bk. YCGK E. 2014/13-73 K. 2014/384 T. 16.9.2014 (Kazancı).

<sup>38</sup> *AYM Düzgüt Yalova Gemi İnşa Sanayi A.Ş. Baş. Kar. T. 15/4/2015, R.G. 20/6/2015-29392, § 52 vd.; Bekri, ABD 3/2014 (Dipnot 22.), s.207.*

<sup>39</sup> Bu şekilde yazılmış hüküm örneği için bk. *Deniz*, (Dipnot 1.), s.33 vd.

ile hukuk davası sonucu verilecek hükümün gerekçesine dair kısımların yeni CMK'daki benzerlikleri manidardır.<sup>40</sup>

Hükümün ilk kısmının sanığın şahsı hakkında olması gerektiği yukarıda tespit edilmişti. İkinci kısım, CMK m. 230 f. 1 bent a'nın aksine doğrudan olayın tasviriyle başlamalıdır. Çünkü sanığa atılı suçun esasında yatan olayı tespit etmek, ceza hâkimin vazifesidir (CMK m. 216 f. 3; 223 f. 1).<sup>41</sup> Bunun aksine, önce iddia ve savunmada ileri sürülen görüşler ve delillerin tartışılması, hükme esas alınan deliller, reddedilen deliller, delil yasakları gibi hususlara değinilmesi, hâkimin bu yetkisini gölgelemektedir. Hâkim tüm iddalaran ve görüşlere bağlı olmadığını gösterecek şekilde, önce vicadanında varlığını kabul ettiği maddi gerçeğe hükümün gerekçesinde yer vermelidir. Bu ceza muhakemesinin amacıdır. Önce bu konuda hükümde kesin açıklık olmalıdır.

Hukuk muhakemesi usulünde olduğu gibi, hâkim taraflarca getirilme ilkesi (HMK m. 25) ve tarafların tasarrufu ilkelerine (HMK m. 24) bağlı değil ki, önce iddia ve görüşlere yer verilsin. Tüme varımcı bir şekilde hüküm kurmaktan ziyade tümden gelimci hüküm kurulmalıdır ki, hükümle tespit edilmiş vakıalar hakkında açıklık sağlanmış olsun ve olayın tasvirini takip eden kısımlarda, bunun maddi dayanakları gösterilerek hukuki netelendirilmesinde bulunulsun. Hükümün gerekçesini ilk aşamada yukarıda belirtilen hususlarla şişirip, daha sonra mahkemenin var olduğunu kabul ettiği maddi gerçekliğin açık bir şekilde tespit dahi edilemediği ve böylece hüküm fıkrasının dayanaksız kaldığı hükümlerin varlığı istenmiyorsa,<sup>42</sup> o zaman hâkim hükümün gerekçesine önce olay hakkında vardığı kanaatini katıksız bir şekilde yazmalıdır. Bu konuda şek ve şüphe, ne hâkim için ne iddia ve savunma makamı veya kamuoyu için kalmamalıdır.

Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse: ceza davasında, hukuk davasının aksine (krş. HMK m. 25, 26, 187 ve 188) hâkim tarafların iddia ve savunmalarıyla olumlu veya olumsuz bir şekilde bağlı değildir (krş. CMK m. 217, 225

---

<sup>40</sup> Krş. *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, (Dipnot 25.), s.762; CMK ile HMK arasındaki bir diğer anlamlı benzerlik duruşmanın tutanağına delillerin içeriklerinin yazılması hususudur (m. 221 f. 1 ve m. 154 f. 3).

<sup>41</sup> Aynı doğrultuda *Yerdelen*, (Dipnot 3.) s.10; *Deniz*, (Dipnot 1.), s.37.

<sup>42</sup> Bu şekilde gerekçeli karar hakkını ihlal eden olay mahkemesinin mahkûmiyet hükmü için bk. *AYM Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga* Baş. Kar. T. 25/3/2015, R.G. 18/6/2015-29390 § 61 (...D. Otomotiv A.Ş. hesaplarındaki usulsüz işlemlerle 11.000 TL tutarındaki paranın zimmete geçirilmesi... hakkında, *hüküm kısmındaki sonuç haricinde hiçbir değerlendirme ve temellendirme yapılmamıştır*); *AYM F.Ö. Baş. T. 19/11/2014, § 29 (...başvuruya konu yaygın içeriğine dair somut tespit ve değerlendirmede bulunulmaksızın...).*

ve 226).<sup>43</sup> Hâkim muhakemeye katılanların uzlaştıkları olguların varlığını veya yokluğunu kabul etmek zorunda olmadığı gibi, çelişkili olan konularda kendi kanaatini serbestçe oluşturacak ve ispat edememenin yükünü bir tarafa yüklemeyecektir (krş. HMK m. 190).<sup>44</sup> Buna rağmen, ceza hükmünde daha sonra delillerin takdirinde muhakemeye katılanlar arasında çekişmeli olan vakıaların, hakkında tartışma olmayan vakılara nazaran daha fazla yer edinmesi doğaldır.<sup>45</sup> Usul ekonomisinin makul sonuçlarından biridir. Yine iddia ve savunmada ileri sürülen görüşler ile bunların dayandırıldığı delillerden hükme esas alınan veya reddilenlerin hükmün gerekçesinde yer edinmesi esas itibarıyla adil yargılanmanın gereğidir.<sup>46</sup> Ancak bunun sıralaması ve yeri CMK m. 230 f. 1 a ve b bendinde olduğu gibi olması, ceza muhakemesinin amacı ile ispata ilişkin hükümleri ve hukuku muhakemesinin amacı ile ispata ilişkin hükümlerinin birbirinden yerterli şekilde ayrı tutulmadıklarını göstermektedir.<sup>47</sup> Ceza hükmünü, hukuk hâkiminin hükmünden ayıran bu esaslı noktalar kendini, tespit edilen fiilin gerekçenin yazımında dahi göstermesi gerekir. Burda karşı çıkılan husus, hükmün gerekçesinin yazılmasına maddede gösterilen şekilde *başlanması* ve *olayın hâkimin kendi dilinden kesin bir şekilde ortaya konulmasının* ihmal edilmesidir.

Yine CMK m. 230 f. 1 bent c gereği önce ulaşılan kanaat belirtilecek, sonra sanığın suç oluşturduğu kabul edilen fiiline yer verilecektir. Yani önce olayın tasviri dahi yapılmadan, delillerin takdiri yapılacaktır. Önce netice bildirilmelidir ki, bunu delillerin takdiri takip edilebilsin.<sup>48</sup> Sonucunu söylemeden, muammalı bir şekilde, önce nasıl vardığını anlatmaya çalışmak, açık hüküm yazmak olmasa gerek.<sup>49</sup>

CMK m. 230 bent c mahkûmiyet hükmünün gerekçesinin, son olarak fiilin hukuki nitelendirilmesi ve cezanın tayininden müteşekkil edeceğini düzenlemektedir. Bu düzenleme yukarıda açıklanan nedelerden dolayı yerindedir.

Aslında eski CMUK 260. maddesinde bu çalışmada savunulan ve mehz kanununun uygulamasıyla uyumlu bir şekilde, hükmün gerekçesinin düzeni isa-

---

<sup>43</sup> Çakmut, EÜFHD 3–4/2007 (Dipnot 21.), s.31.

<sup>44</sup> Aynı şekilde *Deniz*, (Dipnot 1.), s.38; *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.10.

<sup>45</sup> *Meyer-Goßner/Appl*, (Dipnot 17.), s.93.

<sup>46</sup> AYM *Nurten Esen* Baş. Kar. T. 10/6/2015, R.G. 18/09//2015-29479 § 41.

<sup>47</sup> Krş. *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.52 vd.; *Arslan*, (Dipnot 36.), s.278.

<sup>48</sup> Bu şekildeki sıralama Anayasa mahkemesinin gerekçeli karar hakkının içeriğine ilişkin içtihadına uygundur, bk. AYM *Düzgüt Yalova Gemi İnşa Sanayi A.Ş.* Baş. Kar. T. 15/4/2015, R.G. 20/6/2015-29392, § 52 vd.; aynı doğrultuda AYM *Emin Menteş* Baş. Kar. T. 25/3/2015, R.G. 17/6/2015-29389 § 33(...*hükme ulaşmayı sağlayan olay*...).

<sup>49</sup> Hükmün gerekçesi bakımından açıklık ve usul için bk. *Demirağ*, (Dipnot 8.), s.249 vd.

betli bir şekilde düzenlenmişti. Yeni CMK ise her hangi bir gerekçe belirtmeden bu sistemden vazgeçerek HMK m. 297 hükmünü yakın bir düzenlemede bulunmuştur.<sup>50</sup> Her üç kanunun hükümleri şemasal olarak karşılaştırıldığında aradaki farklar ve benzerlikler açık bir şekilde görülmektedir.

Eski CMUK (m. 260)	CMK (m. 230)	HMK (m. 297)
I. Olayın tasviri (m. 260 f. 1 Cümle 1)	I. İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler (m. 230 f. 1 bent a)	I. Tarafların iddia ve savunmalarının özeti (m. 297 f. 1 bent c)
	II. Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi (m. 230 f. 1 bent b)	II. Tarafların... anlaşmaları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi (m. 297 f. 1 bent c).
II. Delilleri takdiri (m. 260 f. 1 Cümle 2)	III. Ulaşılan kanaat (m. 230 f. 1 bent c)	III. Çıkarılan sonuç (m. 297 f. 1 bent c)
	IV. Sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili (m. 230 f. 1 bent c)	IV. Sabit görülen vakıalar (m. 297 f. 1 bent c)
III. Hukuki nitelendirme (m. 260 f. 2 ve 3):	V. Hukuk nitelendirme (m. 230 f. 1 bent c)	V. Hukuki sebepler (m. 297 f. 1 bent c)
IV. Cezanın tayini (m. 260 f. 3)	VI. Cezanın belirlenmesi (m. 230 f. 1 bent c)	VI. Taleplerden her biri hakkında verilen hüküm, taraflara yüklenen borç ve tanınan haklar (m. 297 f. 2)

Ceza muhakemesinin amaçları ve ilkeleri ışığında sistemli bir şekilde mâhkumiyet hükmü gerekçesi yazmanın gereklilikleri ve Anayasa mahkemesinin gerekçeli karar hakkındaki içtihadı göz önüne alındığında uygulamada iyileştirilmesi gereken birçok hususun olduğu aşikârdır. Buna destek olmak amacıyla bu çalışma sonunda ulaşılan neticelerden ve eski CMUK hükmünden faydalanılarak mâhkumiyet hükmünün gerekçesinin yazımı konusunda somut bir kanun değişikliği önerisinde bulunulacaktır.

<sup>50</sup> Bk. Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi. Ankara 2005, s.719.

### III. Mahkûmiyet hükmünün gerekçesinin kısımları

#### 1. Sanığın kişisel durumları

##### a) Genel olarak

Mahkûmiyet hükmün gerekçesinin yazımına Alman uygulamasında sanığın şahsı hakkında tespitlerde bulunmakla başlanmaktadır. Bunun birçok amaca hizmet ettiği ortadadır. Öncelikli amaç, cezanın tayini için önemli olan hususların tespidir (krş. m. 230 f. 1 bent c).<sup>51</sup> Özellikle TCK m. 62 f. 2'de örnekseme halinde sayılan takdiri indirim nedenleri (ör. geçmişi veya sosyal ilişkileri) için sanığın şahsi halleri hakkında tespitlerde bulunmak kanun gereği mecburidir. Maddenin metni açık bir şekilde 'takdiri *nedenlerin varlığı* halinde' (TCK m. 62 f. 1), bunların '*kararda gösterileceğini*' (TCK m. 62 f. 2 Cümle 2) emretmektedir.

Keza sanığın duruşmanın başlamasına mütaakip yapılacak sorgusunun hemen başında, kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınacağı kanunen öngörülmüştür (CMK m. 191 f. 3 bent a; ayı şekilde bk. 147 f. 1 bent g). Hükmün gerekçesinde dahi, duruşmada olduğu gibi önce sanığın kişisel hallerine yer verilmesi, daha sonra hükmü okuyacak kişiler bakımından faydalı olduğu izahattan varestedir. Böylece duruşma bütün neticeleriyle mahkûmiyet hükmünün gerekçesine aktarılmış olur. Bununla sanığı görmeyen temyiz mahkemesine sanık tanıtılmış olur.<sup>52</sup> Yine, fail ve fiil hakkında hüküm verecek olan hâkimin, herşeyden önce sanığı yakından tanımaya çalışmasının vereceği kararın isabetliliği konusunda ne kadar yerinde olduğunu konusunda her hangi bir şüphe olmasa gerek (krş. CMK m. 217 f. 1 ve 2). Bu sadece sanığın failliği hakkında yapılacak delillerin takdirinde kendi ifadelerinin dahi hâkimin takdirine tabi olması bakımından değil,<sup>53</sup> aynı zamanda verilecek cezayla ulaşılmak istenen amaçların gerçekleştirilmesi için zorunludur.<sup>54</sup> Hâkim faili ne kadar yakından tanırsa, fiilinin hangi cezayla en iyi şekilde kınanabileceğini, cezanın kendisi üzerindeki kefaret ve önleme etkilerini o kadar iyi tayin edebilir.<sup>55</sup>

Sanık susma hakkını kullansa dahi, hâkimin bu konuda araştırma ve tes-

---

<sup>51</sup> Georg, Philipp/Kretschmer, Marc A./Lorenz, Kilian, Das erstinstanzliche Strafurteil im Assessorexamen – Teil I, JA 2013, s.626; Schäfer, Gerhard/Sander, Günther M./von Gemmeren, Gerhard, Praxis der Strafzumessung. 5. Auflage 2012, Rn.1368; Melzer, JuS 2008 (Dipnot 23.), s.880; Meyer-Goßner, NSTZ 1988 (Dipnot 23.), s.531.

<sup>52</sup> Meyer-Goßner, NSTZ 1988 (Dipnot 23.), s.531.

<sup>53</sup> Sanık ifadelerinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki önemi için bk. Ceza Muhakemele-ri Usulü Kanununun Hazırlık Çalışmaları. İstanbul Komisyonunun Müzakere Zabıtları, İstanbul 1953, s. 156 vd.

<sup>54</sup> Rösch, Bernd/Stegbauer, Andreas, Das Urteil in Straf- und Bußgeldsachen, 3. Aufl. 2015, s.28.

<sup>55</sup> Schäfer/Sander/von Gemmeren, (Dipnot 51.), Rn.1368; Meyer-Goßner, NSTZ 1988 (Dipnot 23.), s.531.



pitlerde bulunması gerekir (krş. CMK m. 209 f. 1).<sup>56</sup> Hâkimin diğer bilgi kaynaklarından faydalanarak bu konuda tespitler yapması gerekir. Aksi takdirde sanığın şahsi kusurunun kapsamını belirlemek mümkün olmadığı gibi hâkim ıslahı için gerekli olan cezanın kapsamı ve çeşidini belirlemek imkânına kabil olmayacaktır.<sup>57</sup>

Hangi açılardan, sanığın şahsı hakkında tespitlerde yapılması gerektiği, hizmet edeceği amaç, yani özellikle cezanın tayininde göz önüne alınacak hususlara göre belirlenebilir.<sup>58</sup> Sanığın hükmün başında zaten yer alan açık kimliğinin (CMK m. 232 f. 2 b) tekrarlanmasına gerek yoktur.<sup>59</sup> Failin geçmişi ve sosyal ilişkileri (TCK m. 62 f. 2), ekonomik ve kişisel durumu (CMK m. 191 f. 3 bent a) ana başlıklar oluşturmakla beraber özelde şu hususların tespitinin gerekli olduğu kabul edilmektedir: sanığın

- medeni hali, ailevi durumu,
- konut durumu, nerde ve kiminle yaşadığı,
- eğitim durumu, süreci
- askerlik durumu, mesleği, çalışıp çalışmadığı, borçları,
- serveti, ekonomik durumu, geliri,
- vatandaşlık durumu,
- sağlık durumu, hastalıkları, bağımlılıkları, bunun süresi, hangi maddeye bağımlılığı, ne kadar kullandığı,
- adli sicil durumu, hangi suçlardan dolayı, hangi cezalara mahkûm edildiği, bunların infaz durumu, denetimli serbestlik hali, yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı, gibi.<sup>60</sup>

Ancak tüm bu hususların sanığın hayatının anlatılması şeklinde hükmün gerekçesine yazılmasına anlamına gelmemektedir.<sup>61</sup> Sadece kusurunun tespiti ve hangi cezanın ve miktarının ıslahı için yeterli olduğuna yetecek kadar

---

<sup>56</sup> *Rösch/Stegbauer*, (Dipnot 54.), s.28.

<sup>57</sup> *Meyer-Goßner/Appl*, (Dipnot 17.), s.86.

<sup>58</sup> Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Hazırlık Çalışmaları. İstanbul Komisyonunun Müzakere Zabıtları, İstanbul 1953, s. 153; *Rösch/Stegbauer*, (Dipnot 54.), s.29.

<sup>59</sup> *Melzer*, JuS 2008 (Dipnot 23.), s.880.

<sup>60</sup> Krş. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Hazırlık Çalışmaları. İstanbul Komisyonunun Müzakere Zabıtları, İstanbul 1953, s. 153; *Rösch/Stegbauer*, (Dipnot 54.), s.29 vd; *Meyer-Goßner/Appl*, (Dipnot 17.), s.86; Üzülmüş, İlhan, Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, EÜHFD 3-4/2006, s.229.

<sup>61</sup> *Melzer*, JuS 2008 (Dipnot 23.), s. 880.

olmalıdır.<sup>62</sup> Bu konuda hâkim için kolaylık sağlamak adına ve bazı hususların gözden kaçmasını önlemek için, daha önceden bu başlıkları içeren matbu bir form üzerinden tespitlerde bulunması düşünülebilir. Daha sonra hükmün yazılmasında tutulan notlar ışığında cezanın tayinine ilişkin kanun hükümlerinin uygulanması kolaylaştırılmış olur.

## b) Uygulama ve örnek

Uygulamada mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde sanığın kişisel durumları hakkında ayrı bir kısma yer verilmediği görülmektedir. Nitekim CMK m. 230 bu hususta her hangi bir düzenlemede bulunmamaktadır. Aynı husus CMUK m. 260 için geçerli olmasına rağmen, mehzaz kanunun kendi anavatanındaki uygulamasında mahkûmiyet hükmünün gerekçesinin ilk kısmını sanığın şahsi halleri oluşturacağı konusunda bir şüphe yoktur. Yukarıda değinilen faydaları karşısında, Türk uygulaması bakımından hükmün gerekçesine bu şekilde başlamanın yerinde olacağı aşıkardır. Nitekim uygulamada mahkûmiyet hükmünün gerekçelerine bakıldığında, aslında yukarıda adı geçen hususlara dağınık bir şekilde yer verildiği görülmektedir. Bunun daha derli toplu ve hükmün gerekçesinin yazılmasını sistemli kılacak şekilde ilk kısımda yapılması düşünülebilir. Mahkûmiyet hükmünün şahsi hallerinin gerekçeye yazılmasına, verileri bir Yargıtay kararından kısmen alınan<sup>63</sup> ve kısmen farazi bir şekilde düşünülen aşağıdaki metin örnek verilebilir.

### I.

15-18 yaş grubu içerisinde, bekâr, işsiz ve sabıkasız olup lise 2. sınıfta öğrenimine ara vermiş bulunan sanığın anne ve babası boşanmıştır. Sanık üvey babası ile yaşamakta ve herhangi bir geliri yoktur.

Sanığın öğrenimine ara vermesi ve hala bir meslek edinmek için çaba içinde olmaması, ailevi sorunlarından ileri gelmektedir. Sanığın annesi ile arasında yakın bir bağın olduğu söylenemez. Annesi daima çalışmak zorunda olan sanığın, hayatında ona yol gösterecek bir kişi yoktur. Sanık öz babasıyla aynı şekilde çok yüzeysel bir iletişime sahiptir. Evde annesi ve babası olmayan sanık, boş zamanını kendisi gibi ihmal edilen gençlerle sağda solda dolaşarak ve macera peşinde geçirmektedir. Arada bir annesinden aldığı cep harçlığı sanık için belirli bir gelir teşkil etse dahi, harçlığın az olması ve düzensiz aralıklarla verilmesi, sanığı davanın konusu olan suçları işlemekten alıkoymadığı ortadadır.

---

<sup>62</sup> Meyer-Goßner/*Appl*, (Dipnot 17.), s.87

<sup>63</sup> YCGK, E. 2014/13-73, K. 2014/384, T. 16.9.2014 (Kazancı) kararından derlenmiştir.

Sanığın üvey babası işsiz olup, ailesi evin tek çalışanı annenin geliriyle geçinmektedir.

...

## 2. Olayın tasviri

### a) Hüküm gerekçesindeki yeri

#### aa) CMK'da kabul edilen model

CMK m. 230 f. 1 a bendine göre, mahkûmiyet hükümünün gerekçesine öncelikle iddia ve savunmada ileri sürülen görüşlerle başlanır. Sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ise, delillere ilişkin kısım ve kanaatten sonra dördüncü sırada yer almaktadır (CMK m. 230 f. 1 bent c). Alman uygulamasında sanığın kişisel durumuna ilişkin birinci kısımdan sonra, suçun kanuni unsurlarını gerçekleştirdiği tespit edilen olgulara ikinci kısımda yer verilmesi istenmektedir (Alman CMK m. 267 f. 1).<sup>64</sup> Aynı husus eski CMUK'da; mahkemece suçun kanuni unsurları olmak üzere sabit ve muhakkak addedilen vakıalar mahkûmiyet hükümünün gerekçesinde gösterilir, denilerek dile getirilmekteydi (CMUK m. 260 f. 1). CMUK'un adı geçen vakıalara hüküm gerekçesinde açık bir şekilde yer verilmesi istemesi, mevaz kanunun esasında yatan müzakereler-hüküm-gerekçe-kanunyolu sisteminin bir yanısımasıydı. Çünkü eğer hüküm, 'hükme esas olarak *tespit edilen vakıalara* tatbikinde kanuna muhalefet' edilmesinden dolayı bozulacaksa, istisnai bazı durumlarda – olay mahkemesince tekrardan vakıa tespiti yapılmasına hacet kalmadığından dolayı – temyiz mahkemesi aynı vakıalara kendisi doğrudan kanunu uygular ve işin esası hakkında karar verirdi. (CMUK m. 322 f. 1). Aynı husus CMK m. 333 f. 1'sında tekrardan kabul edilmiştir. Eski CMUK olduğu gibi, yeni CMK m. 230'da gerekçe ile temyiz mahkemesinin yetkisi arasındaki açık uyumun sağlanmış olması daha yerinde olurdu. Bunun yerine HMK m. 289'daki sıralama ve ifadelerin seçilmiş olması yukarıda belirtilen sebeplerin yanında,<sup>65</sup> sistematik nedenlerden dolayı yerinde olmamıştır.

İsabetli olan eski kanun hükmüdür.<sup>66</sup> Böyle bir hüküm ceza muhakemesinin amacına, duruşma ve temyiz hukukunun gereklerine daha uygundur. Daha sonra haklarında uygulanacak ceza kanunu hükümlerinin hangi vakıalar olduğu olayın tasvirinde hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde *anlatılmalıdır*. Başka

---

<sup>64</sup> Ayrıca bk. *Meyer-Goßner/Appl*, (Dipnot 17.), s.88.

<sup>65</sup> II.3.

<sup>66</sup> Netice itibarıyla aynı doğrultuda *Demirağ*, (Dipnot 8.), s.256; *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.27; *Artuç/Hırsılı*, (Dipnot 9.), s.46.

bir deyişle hâkim mahkûmiyet hükmünde olayı hikâye etmelidir.<sup>67</sup> Başkasının dosya üzerinden delil değerlendirmesi yaparak, olayın başka şekilde oluştuğuna karar vermesine engel olmak istiyorsa,<sup>68</sup> kendisi doğrudan her yönüyle olay şu şekilde gelişmiştir demesi gerekir. Zaten daha sonra bu kanaate nasıl ulaştığını delillerin takdiri kısmında açıklayacaktır. Hâkim olayı bir sınav sorusu açıklığında ve bütünlüğünde hükmün tek bir kısmında yazması gerekir. Aksi halde diğer kısımlara serpiştirdiği olayın ayrıntılarını, hükmü okuyan kişinin kendisi biraraya getirmek zorunda kalır.<sup>69</sup> Öyleki hükmün kesinliğinin kapsamı konusunda dahi belirsizlikler yaşanabilir (krş. CMK m. 223 f. 7).

### **bb) Önerilen modelin faydaları ve işleyişi**

Hükümde olayın tasvirine açıkça yer verilmişse, kanunyolu mahkemesinin dosyanın içerisine girerek, hüküm fıkrasındaki tespitlere ilişkin dosyada bunun delilleri var mı diye, incelemesine artık gerek kalmayacaktır. Keza olayın önce tasvir edilmesi, mahkemeyi delil takdirine zorlar. İleri sürülen görüşler veya delillerin 'tartışma' ve 'değerlendirme' adı altında olduğu gibi gerekçeye aktarılmasının yerine, mahkeme olayın tasvir edildiği şekilde oluştuğuna nasıl kanaat ettiğini ortaya koymak zorunda kalır. Delil takdiri konusunda mahkemenin hassasiyeti artar. Olay eksiksiz bir şekilde tasvir edilmişse maddi hukukun somut olaya her yönüyle uygulanmasının ilk koşulu gerçekleşmiştir. Maddi hukukun bazı hükümlerinin uygulamada ölü kalmasının önüne geçilir ve ceza hukukun o kadar önem verdiği kusur ilkesinin eksiksiz bir şekilde uygulanması sağlanır. Böylece ne suçlunun az kınanması ne de kusurunu azaltan hususların göz önüne almadan cezayla fazla yerilmesi engellenmiş olur. Aynı şekilde şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanması güvenceye alınmış olur. Çünkü mahkeme, olayı tasvir ederken olayı oluştuğu konusunda kesin kanaat getirdiği şekliyle aktarır. Olayın farklı alternatif şekilleri konusunda giderilemeyen şüpheler varsa, bunu bildirmek zorunda kalır.

Mahkeme olayı tasvir ederken bir taraftan daha sonra yapacağı delil takdirini diğer taraftan hukuki nitelendirme ile cezanın tayinini göz önünde bulundurur.<sup>70</sup> İspatı konusunda kanunyolu mahkemesini gerekçesiyle ikna edeceği kadarıyla olayı tasvir eder, hukuki nitelendirmeye uyacak şekilde bu olayı oluşturan somut vakıaları teker teker anlatır. Mahkeme daha sonra altını delillerle

---

<sup>67</sup> Meyer-Goßner/*Appl.*, (Dipnot 17.), s.88; Rösch/*Stegbauer*, (Dipnot 54.), s.32.

<sup>68</sup> Bk. Çakmut, EÜFHD 3–4/2007 (Dipnot 21.), s.50.

<sup>69</sup> Meyer-Goßner/*Appl.*, (Dipnot 17.), s.88 vd.

<sup>70</sup> Aynı doğrultuda Meyer-Goßner/*Appl.*, (Dipnot 17.), s.88; Rösch/*Stegbauer*, (Dipnot 54.), s.32.

doldurabileceği kadar, vakiaları tespit etmiş olur. Verdiği hüküm fıkrası havada kalmaz veya belirsizliklere maruz kalmaz.<sup>71</sup> Aynı şekilde daha sonra yapılacak hukuki değerlendirmede, suçun kanuni unsurlarının mevcut olayda varlığını bir çırpıda gösterecek şekilde, vakialar takdim edilmiş olur. Anayasa mahkemesinin gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini tespit ettiği mahkûmiyet hükümlerinde bu hususlara uygulamada pekte riayet edilmediği görülmektedir.<sup>72</sup>

Diğer taraftan olayın tasviri, delil takdiri, hukuki nitelendirme ve ceza tayinine ilişkin değerlendirme, hukuki yorum veya takdir uygulamalarını doğrudan içermemelidir. Bunun yerine, bunların daha sonradan yapılması için hükme konu olan fiilin ilk ve aynı zamanda belirleyici sınırları koyulmalıdır.<sup>73</sup> Olayın tasvirine hangi olguların var olduğu kabul edilerek varıldığı (kr. CMK 217 f. 1), tasvirdeki vakiaların hangi suçun unsurlarını oluşturduğu (kr. CMK 225 f. 2) ve cezanın hangi nedenlerden dolayı hükümdeki gibi tayin edildiği (kr. TCK m. 61 ve 62) sonradan olayın tasviri üzerinden yapılacaktır. Bu kısımlarda yeni vakiaların varlığından artık bahsedilemeyecektir.

Olayın tasvirinin, suçun kanuni tanımındaki unsurları sadece tekrarla yetinemeyeceği ve bunların somut olaydaki yansımalarını ortaya koyacağı, hâkimin somut olayı serbest bir dille, örneğin bir gazeteci veya roman yazarı gibi hikâye etmesi anlamına gelmemektedir. Hâkim, hukukçu olma hünerini olayın tasvirinde öyle bir ortaya koymalıdır ki, tasvir bir yandan okuyan herkesin anlayacağı şekilde kaleme alınmalı ve diğer yandan her hukukçu için hangi suçun böyle bir tasvirle kast edildiği az veya çok anlaşılmalıdır.<sup>74</sup> Tabiri caizse, hâkimin olayın tasviriyle hükümünün konusu olan filmin senaryosunu yazmalı, delillerin takdiriyle senaryoyu mahkûmiyet hükümünün metninde canlandırmalı ve hukuki nitelendirme ve cezanın tayiniyle senaryosunun eleştirisini yapmalıdır.

## **b) Tasvirin yapılması**

Peki, hâkim olayı nasıl tasvir edecektir? Bu konuda nasıl bir yöntem izlemelidir?

Ceza muhakemesinde sanığa yüklenen suçun vücut bulduğu kabul edilen

---

<sup>71</sup> Aynı doğrultuda *Bekri*, ABD 3/2014 (Dipnot 22.), s.207.

<sup>72</sup> Bk. *AYM Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga* Baş. Kar. T. 25/3/2015, R.G. 18/6/2015-29390 § 61 (...D. Otomotiv A.Ş. hesaplarındaki usulsüz işlemlerle 11.000 TL tutarındaki paranın zimmete geçirilmesi... hakkında, *hüküm kısmındaki sonuç haricinde hiçbir değerlendirme ve temellendirme yapılmamıştır*); *AYM F.Ö. Baş. T. 19/11/2014, § 29 (...başvuruya konu yayın içeriğine dair somut tespit ve değerlendirmede bulunulmaksızın...).*

<sup>73</sup> *Meyer-Goßner/Appl*, (Dipnot 17.), s.92.

<sup>74</sup> *Meyer-Goßner/Appl*, (Dipnot 17.), s.96.

olaylar, daha önce iddianamede zaten vardır (CMK m. 170 f. 4). Ancak olayın tasvirinden kasıt iddianamenin içeriği değildir.<sup>75</sup> İddianamedeki suç olduğu ileri sürülen fiil hakkında, duruşmada ortaya konulan deliller sonucu mahkemece kabul edilen bir oluş şekli vardır (CMK m. 217 f. 1). Bunun hükme yazılması gerekir. Ceza adaletinin tahkik sistemiyle gerçekleştirileceğini kabul eden bir hukuk düzeninde, hâkimin daha önce içeriğini bildiği dosyanın etkisi altında kalmadan önyargısız bir şekilde duruşmadaki müzakereleri gerçekleştirdiği, duruşmada kendi huzuruna getirilen ve tartışılan delillerin vücut verdiği fiili hükme yazmasıyla anlaşılır. Bundan dolayı iddianemenin olayı tasvir eden ilgili kısımlarının bire bir hükmün gerekçesine *aktarılması* birçok hukuki sıkıntıyı beraberinde getirir. Hafif işlerde ve sanığa isnat edilen suça ilişkin fiilin kapsamının dar olduğu durumlarda yoğun iş yükü altındaki mahkemelerin olayın tasvirinde iddianamedeki anlatımdan ispat edildiğini kabul ettiği oranda faydalanması bir yere kadar kabul edilebilir. Buna rağmen duruşmanın önemsizleştirilmemesi, hâkimin re'sen araştırma ilkesinin gerçekten uygulandığının gösterilmesi, savunmanın hukuki dinlenilme hakkını kullanarak hükmün verilme sürecine etki edebildiğinin gösterilmesi ve hâkimin kanaatinin oluşmasında dosyaya önceden vakıf olmasının etkisinin olabildiğince az tutulması adına, hükmün gerekçesinde kendi ifadeleriyle olayı tasvir etmesi daha isabetli olur. Orta ve ağır cezalı işler ile suç konusu fiilin geniş olduğu ve özellikle duruşmada fiilin yeni boyutlarının ortaya çıkması durumunda ise, iddianamedeki olayın tasvirinden artık hükmünde hiçbir şekilde faydalanılmaması belirtilen nedenlerden dolayı zaten elzemdir.<sup>76</sup>

Uygulamanın sıkıntılarının hükmün yazılmasına etki etmemesi belirtildikten sonra, asıl yöntem sorusuna geçilebilir. Suç konusu fiili yeniden alt vakialarıyla birlikte bir olay gibi tasvir edecek mahkemenin, Alman uygulamasında gerekçeyi aşağıdaki hususlardan müteşekkil şablona dikkat ederek yazması önerilmektedir:

- Öncelikle olayın ön, oluş, gelişme ve fiilin sonlandırılmasından sonraki kısımlara ayrılması.
- Hükmün gerekçesinde olayın kısımlarının bütüyle hikâye edilmemesi; asıl amaç, hukuki nitelendirmeyi ve ceza tayinini taşıyacak tespitler olduğuna göre,<sup>77</sup> kural bunlara yetecek kadarıyla olayın tasvir edilmesidir.
- Olayın bir ön hikâyesi olabilir veya olay bir hadiseler bütünü bir parçası

---

<sup>75</sup> Aynı doğrultuda *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, (Dipnot 25.), s.762.

<sup>76</sup> Aynı doğrultuda *Doğan*, CHD 7/2008 (Dipnot 8.), s.174.

<sup>77</sup> *Georg/Kretschmer/Lorenz*, JA 2013 (Dipnot 51.), s.626; *Meyer-Goßner*, NSTZ 1988 (Dipnot 23.), 531.

olabilir. Karar hâkimin görevi ise, ön hikâyeyi sadece asıl olayı anlamak için mecbur olması durumunda ve gerektiği kadarıyla, olayı ise hadiseler bütünü içinde sıyrarak, hukuki nitelendirmenin konusunu doğrudan teşkil edecek şekilde toparlanmış bir şekilde anlatmasıdır. Örneğin, sanığa atılı yağma fiilinin subut ettiğini kabul eden hâkimin, bu fiilin kanuni unsurlarının vücut bulduğu olgulara ilişkin tespitlerinde, suça sürüklenen çocuğun, köyden çalışmak için büyük şehre gelme serüvenini detaylarını, annesinin babasının aslında buna karşı çıktığını, otobüs parasını teyzesinden aldığını anlatmasına hukuken gerek yoktur. Aynı şekilde, yağma fiiline ilişkin tespitlerde, sanığın mağdureye bıçak çekerek aldığı çantasından sonra koşma esnasında ayakkabısını ayağından çıktığını ve bunu dönüp tekrardan aldığını belirtmeye hukuken gerek yoktur. Bu şekilde suçun kanuni unsurlarını ilgilendirmeyen tespitlerin yerine, sadece hukuki nitelendirmeye tabi tutulacak vakıaların içiçe geçmiş birbiriyle bağlantılı bir şekilde aktarılması gerekir.<sup>78</sup>

Peki, olayın tasvir edilmesi ne demektir?

Hâkim müzakereler sonunda edindiği kanaati ışığında sanki olayı kendi gözüyle görmüş bir görgü tanığı gibi (krş. CMK 22 f. 1 bent h) ve failin düşüncelerini biliyormuş gibi olayı aktarmalıdır.<sup>79</sup> Böylece suçun hem maddi hem de manevi unsurlarını eksiksiz bir şekilde mâhkumiyet hükümünün gerekçesine yazmış olacaktır. Bu kesinlikte olayı tasvir etmenin cesaretini göstermelidir. Fiilin diğer sübut alternatifleri hakkında şüphesi varsa bu durumda iki yol takip edilebilir. Birincisi şüphesini burda dile getirmekten ziyade bunu delillerin takdirine bırakmasıdır. Bu durumda şüphesini yendiği şekliyle kabul ettiği oluşu olayın tasviri kısmına yazar. İkinci yöntem ise, olayın daha tasviri aşamasında şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği sanık için hukuki neticeleri bakımından en avantajlı alternatifte yer verilebilir veya diğer alternatiflerde yazılır ve delilin takdirinde olayın ancak alternatifler şeklinde tasvir edebilmenin nedenleri ve hükme en avantajlılığının esas alındığı belirtilir.

Hâkim, olayı tasvir ederken –mişli geçmiş zamanı kullanmalıdır.<sup>80</sup> Daha önce belirtildiği gibi,<sup>81</sup> her hangi bir ispat vasıtasının içeriğine atıfta bulunmadan, kendi dilinden olayı tasvir etmelidir. İspatın dayanağı olan delillere ve bunları takdirine bir sonraki kısımda değinecektir. Keza atıflarla, sanki kendisi bu kanaatte

---

<sup>78</sup> Meyer-Goßner/*Appl*, (Dipnot 17.), s.88.

<sup>79</sup> Meyer-Goßner/*Appl*, (Dipnot 17.), s.89; Meyer-Goßner, NStZ 1988 (Dipnot 23.), s.531; aynı şekilde Rösch/*Stegbauer*, (Dipnot 54.), s.32; Georg/*Kretschmer/Lorenz*, JA 2013 (Dipnot 51.), 626; Melzer, JuS 2008, (Dipnot 23.), s.880.

<sup>80</sup> Melzer, JuS 2008, (Dipnot 23.), s.880.

<sup>81</sup> III.2.b).

değil görüntüsü verebilir.<sup>82</sup> Oysa kanun hâkime hem ortaya konulan delillerden suçun kanunda belirtilen maddi ve manevi unsurlarını gerçekleştiren vakıaların varlığı hakkında netice çıkarma, kanaate varma serbestesi vermekte, hem de kendisine bu yükümlülüğü yüklemektedir. Hâkimin bu sorumluluğundan kaçması kabul edilemez. Keza hâkim, adı geçen delil vasıtalarının içeriğiyle bağlı değildir ki, onlara olayı tasvirinde sanki kendisi tam inanmıyormuş gibi atfta bulunsun. Bunların neticelerini kendisi değerlendirip serbestçe kanaatini oluşturur (CMK m. 217 f.).

### c) Vakıaların suçun unsurlarıyla hususen ilişkilendirilmesi

Olayın tasvirinde, suç konusu fiilin genel ve özel hükümlerdeki unsurlarının vücut bulduğu kabul edilen vakıalara yer verilmesi gerekir. Tek failli ve kasıtlı bir şekilde işlenmiş ve neticesi gerçekleşmiş suçların yanında, suçun diğer özel görünüş şekilleri unutulmamalıdır. Özellikle teşebbüs, etkin pişmanlık, iştirak halleri ile taksir çağrıştıran vakıalar gözden kaçırılmamalıdır.<sup>83</sup> Örneğin iştirak halinde, fail ve katkı sağlayanlar belirlenmeli ve katkıları veya yardıma ilişkin davranışları açıkça belirtilmelidir.<sup>84</sup> Ancak bu unsurlara ilişkin vakıaların aktarımında, kanunun kullandığı hukuki terimlerden ziyade, *fiilin somut olayda gerçekleşmiş hali yazılmalıdır*. Kanundaki tanımın tekrarı bunun yerine geçmez.<sup>85</sup> Örneğin hırsızlık suçunda, sanık, suç konusu bisikleti bulunduğu yerden zilyedinin rızası olmadan almıştır, tespitinin yerine, sanığın mağdurun evinin önünde bulunan bisiklete yaklaşım, kilitli olmadığını görmesi üzerine bindiği ve hızlıca sürerek uzaklaştığını, söylemek *olayın tasviridir*.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Meyer-Goßner/Appl, (Dipnot 17.), s.90.

<sup>83</sup> Meyer-Goßner, NStZ 1988 (Dipnot 23.), s.532; Georg/Kretschmer/Lorenz, JA 2013 (Dipnot 51.), s.626.

<sup>84</sup> Demirağ, (Dipnot 8.), s.259.

<sup>85</sup> Meyer-Goßner/Appl, (Dipnot 17.), s.89; Demirağ, (Dipnot 8.), s.256.

<sup>86</sup> Olayın bu şekilde tasvirinin yerine, sadece adı geçen kanun maddesindeki *suçun gerçekleştiğinin tespit edildiği* 'hükme' örnek olarak Adıyaman bidayet mahkemesinin 1895 yılında verdiği şu kararı göstermek mümkündür: '... Kararlaştırılan günde şahitler Yusuf oğlu Mehmet Said, Kalo'nun oğlu Hasan'ın ifadeleri dinlenmiştir. *Neticede* Maksud-zade Bekir Efendi'nin Leblebici Ali Çavuş Efendi'ye *kötü söz söylediği* kendi ifadesinden ve şahitlerin ifadesinden *anlaşılmıştır*. Bu nedenle ceza kanununun 214. maddesine göre ....'. [hükümün metni için bk. Yörür, Canan, 259 Numaralı Adıyaman Kadı Sicili H (1312) (1895) (1-90. Sayfalar), Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilimdalı, Yüksek Lisan Tezi, S. 30. [www.toplumsalbilinc.org/forum/index.php?action=dlatattach;topic=18804.0;attach=3309](http://www.toplumsalbilinc.org/forum/index.php?action=dlatattach;topic=18804.0;attach=3309)]. Hükümün gerekçesinin yazılmasının öncelikli amaçlarından biri, hâkimin bu neticeye nasıl kani olduğunu anlatmasıdır. Kendi kanaatinin nasıl oluştuğunu anlatmadan, sadece tanık ifadelerine atfta bulunmak bunun yerine geçmez. Hâkimin bunun yerine olayı kendi dilinden, var olduğunu kabul ettiği şekilde anlatması etmesi gerekir. Keza ispat vasıtalarına atftlı tespitler delil değerlendirmesi ve takdiri içermemekte ve suçun manevi unsuruna değinmemektedir.



CMK her ne kadar hüküm fıkrasının yer, tarih ve zaman dilimini içereceğini istemekteyse de (m. 232 f. 1 c)), olayın tasvirinde ayrıca belirtilmesi gerekir: çünkü bu hususlar birçok suçun kanuni unsuru olabilecekleri gibi cezanın tayini bakımından önemli vakılardır. Yine cezanın tayininde gözönüne alınacak suçun işlenmesine ilişkin olgulardan örneğin suç konusunun değeri veya failin amaç ve saiki (TCK m. 61 f. 1 d), g) tespit edilmesi gereken vakılar olabilir.<sup>87</sup>

Suçun takibi şikâyete bağlıysa veyahut kamusal bir izin, talep, istem gibi başka bir soruşturma ve koruşturma şartının gerçekleşmiş olmasını gerektiriyorsa, bunun olaydan sonraki gelişmeler olarak bildirilmesi gerekir.<sup>88</sup>

Geniş kapsamlı olaylarda, olayın tasvirinde önce bir özete yer verilmesi ve ardından ayrıntılara girilmesi yerinde olur. Özellikle insan öldürme, ekonomik, organize ve terör suçlarını barındıran olaylarda, hâkimin ayrıntılara geçmeden önce kısa bir özetle olayı takdim etmesi faydalı olur.<sup>89</sup> Böylece, kararı okuyan ayrıntılarda kaybolmadan önce, olayın ana hatları hakkında bilgilendirilmekte ve ayrıntıları bu öz ışığında daha iyi bir şekilde okuyabilir.

#### d) Uygulama ve örnek

Uygulamaya bakıldığı zaman, aslında yukarıda belirtilen ölçütlere büyük oranda uyan olay tasvirlerini görmek mümkündür. Aşağıdaki Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ısrar üzerine verdiği bir kararın ilgili kısmı, bu çalışmanın metin üzerinde yaptığı bazı değişiklikler ve açıklamalar bir kenara konulursa, başarılı bir olay tasvidir. Sanığın kişisel durumuna ilişkin yukarıda ilgili karardan toparlanan ve faraziyen eklenen I. kısımdan sonra, hüküm gerekçesinin II. kısmı bu çalışmada önerilen hüküm gerekçesinin kaleme alınması modeline göre şu şekilde olmalıdır:

#### II.

'sanık P. K. ile haklarındaki ceza yargılaması ayrı yürütülen arkadaşları A.

---

Onun için, hüküm gerekçesinin yazılmasına faraziyen şu şekilde gerçekleştiği kabul edilen bir olay tasviriyle başlanabilir: .... Bekir Efendi... tarihinde... mevkinde bulunan çay ocağında... ile dama oynar iken, arasının daha önceden açık olduğu Leblebici Ali Çavuş Efendinin yanından geçmiş ve sol omuzuna yanlışlıkla çarpması üzerine, ulan... oğlu, körmüsün, demiştir... . Bunun üzerine araya giren tanık... . Böyle bir tasvir, itham konusu fiile ilişkin hem maddi (kullandığı kelimeler), hem de manevi unsurlara (aralarında önceden husumet olması) ilişkin olgular içermektedir. Keza daha sonra yapılacak delil takdiri ve hukuki nitelendirme ile olayın tasviri birbirinden ayrı tutulmuş olacaktır. Böyle bir ayrışmaya gidilmesi belirli bir amaca hizmet edecek şekilde tasarlanmış ve bir sistem dahilinde gerekçe yazmak için mecburidir.

<sup>87</sup> Schäfer/Sander/von Gemmeren, (Dipnot 51.), Rn.1369.

<sup>88</sup> Kr. Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.35.

<sup>89</sup> Meyer-Goßner/App, (Dipnot 17.), s.92.

U. ve Ü. L.'in suç tarihinde sebze ve meyve aldıktan sonra et de almaya karar [vermiş], hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilen Ş.'in kiraladığı ve kullandığı araç ile Malatya C... markete [gitmiştir]. Ş. araçta [kalmış], P., A. ve Ü. markete girerek et reyonundan toplam birer kilogram kıyma ve kuşbaşı et [almış], hazırlanan paketleri teslim alan P. ile iştirak eden iki arkadaşının **[iştirak iradesinin biraz daha açıklanması gerekir]** kameraların olmadığı iki reyon arasına [geçmiş], o sırada markette özel güvenlik görevlisi olarak çalışan M. S. sanıkların hareketlerinden şüphelenmesi nedeniyle onları takip etmeye [başlamıştır]. Bir iki dakika sonra, önce Ü. ödeme yapmadan hızlı bir şekilde marketten [çıkılmış], mont cebinin kabarık olduğunun görevli tarafından [gözlemlenmiştir]. 25 saniye sonra da sanık P. ile A. yine ödeme yapmadan **[eti kendisi veya başkasının tüketimi için aldıklarının dile getirilmesi]** marketten [çıkılmış] ve Ş.'in kullandığı araçla suç yerinden [ayrılmışlardır]. Marketin içine herhangi bir et ya da kıyma paketi bırakılmadığını tespit eden güvenlik görevlisi **[tarih, nerde oldu ve içeriği de kısaca belirtilmesi gerekir]**, ihbarda [bulunmuş], CD kayıtlarının incelenmesi ile belirlenen araç plakasından yapılan araştırma ile aynı gün akşam saat 20.00-21.00 sıralarında sanıklar ayrı ayrı yerlerde **[suç konusu etin akibetinin belirtilmesi yerinde olurdu]** [yakalanmıştır]. Suç konusu et paketlerinin değerinin 27,28 Lira olduğunun tespit [edilmiş], Sanık P. ile yaşları büyük olan sanıklar A. ve Ü. hakkında hırsızlık suçundan kamu davası [açılmıştır]. Yaşının küçük olması nedeniyle sanık P. hakkındaki yargılamanın ayrı yürütüldüğü, eylem sırasında markete girmeyerek arabada bekleyen Ş. S. hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar [verilmiştir].<sup>90</sup>

### 3. Delillerin değerlendirilmesi ve takdiri

#### a) Genel olarak

Duruşmada delillerin ortaya konulmasıyla suç ve cezanın maddi dayanaklarını teşkil ettiği iddia edilen olguların gerçekliğinin aydınlatılması amaçlarını (kr. CMK m. 209 f. 1).<sup>91</sup> Bu kapsamda ispat edilmek istenen bir olgunun delili, CMK'ca caiz görülen ispat vasıtaları ve usulle (krş. CMK m. 206 vd.) gerçekleştirilir. İspat ameliyesi, hâkimin vicdanında ve ortaya konulan delilleri serbestçe takdiriyle gerçekleşir (CMK m. 217 f. 1 C. 2). Bu deliller ispatı gereken olguları doğrudan doğruya temsil edebilecekleri gibi, belirti delilleri şeklinde, yani CMK

---

<sup>90</sup> YCGK, E. 2014/13-73, K. 2014/384, T. 16.9.2014 (Kazancı) karından derlenmiştir. Aslında olayın bu şekilde tasvirinin, temyiz mahkemesince 'incelenen dosya kapsamından... anlaşılmalıdır' şeklinde değil de, olay mahkemesince duruşma sonunda yaptığı delil değerlendirmesi ve takdiri neticesinde yapılması gerekirdi (CMK m. 217).

<sup>91</sup> Krş. *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.51.

m. 217 f. 2'sının tabiriyle *her türlü delil* olabilir.<sup>92</sup> Ancak CMK, hâkimin delillerin değerlendirilmesi ve takdirini maddi ve şekli sınırlara tabi tutmuştur.

Hâkim, yüklenen suçun ispatı için delilleri takdir etmeden önce, delil yasaklarına uymalıdır (özellikle CMK m. 217 f. 2). Buna tabi delilleri *değerlendirmesine* almayacaktır. Böylece maddi gerçeğin ne pahasına olursa olsun ortaya çıkarılmayacağına ilişkin ilkeye riayet etmiş olacaktır.<sup>93</sup> İspatın bir diğer maddi sınırı ise, haddine ilişkindir. Buna göre, hâkim bütün delilleri takdir ettikten sonra sanığa atılı suçun işlenmesine dair şüphesini yenemiyorsa, bu şüpheden sanık yararlanacaktır. Bunun anlamı, hâkim delil değerlendirmesinin sonunda hangi vakıların subut ettiği konusunda kararını verirken suçun kanuni unsurlarına ilişkin bazı olguların subutu konusunda tam kanaat getiremiyorsa, sanık için hukuki neticeleri bakımından en avantajlı oluş alternatifini hüküme esas alır.<sup>94</sup> Örneğin sanığın atılı suçun faili olduğuna ilişkin olguların ispatı konusunda şüphesini yenemiyorsa, beraatine karar verir (CMK m. 223 f. 2e).<sup>95</sup> Şüpheden sanığın yararlanacağı ilkesine olayın tasvirinde nasıl yer verilebileceğine yukarıda değinilmişti.<sup>96</sup>

İspatın şekli sınırı ise, öncelikle duruşmanın müzakereli ve murafalı olmasına ilişkindir (CMK m. 217 f. 1). Duruşmanın açıklığı, sözlülüğü, delil ikamesinin doğrudan doğruyalığı ve çelişmeli bir şekilde gerçekleşmesi bu ilkelerin gereğidir. Örneğin duruşmaya girmeden önce dosya üzerinden kanaat oluşturulması ispata ilişkin bu sınıra uyulmaması anlamına gelir.<sup>97</sup> İspatın diğer şekli sınırı ise, hüküm gerekçesinde hâkimin delil değerlendirmesini ve takdirini ortaya koymasıdır. (Ay. m. 141 f. 3; m. 36 f. 1).<sup>98</sup> Sanık açısından mahkûmiyet hükümünün ağır sonuçlar doğurması, mahkûmiyet hükümünün gerekçesi bakımından ka-

---

<sup>92</sup> Belirti delillerinin tanımı ve bunların hükme nasıl esas alınabileceği için bk. *Feyzioğlu*, Metin, Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer Isnadlara Ait Delil Araçlarının Soment Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi, ABD 1/2000, s.21 vd.

<sup>93</sup> YCGK, T. 17.05.2011, E. 2011/9-93, K. 2011/95 (Kazancı); *Deniz*, (Dipnot 1.), s.37 vd.; Çakmut, EÜFHD 3-4/2007 (Dipnot 21.), s.31 ve 37.

<sup>94</sup> Krş. *Deniz*, (Dipnot 1.), s.37 ve 39 vd.; Çakmut, EÜFHD 3-4/2007 (Dipnot 21.), s.30.

<sup>95</sup> Bu doğrultuda isabetli bir şekilde YCGK E. 1998/5-268 K. 1998/320 T. 20.10.1998 (Kazancı) ('Telefonla sarkıntılık olayının katılanı Meral'in anlatımları ise; bu suçu sanığın işlediği hususunda kesinlik arz etmemekte, suçlamanın, PTT idaresince sanığa ait telefon ile mağdurenin evine bir kez telefon edildiğinin saptanması nedeniyle varsayıma dayalı olarak yapıldığı anlaşıldığından, suçun subutu şüpheli kalmış, sanığın suçu işlediğine [*fail olduğuna, denilseydi suçun hangi unsuruna ilişkin olgunun ispat edilemediği daha iyi anlaşılırdı*] dair bir başka kanıt da elde edilememiştir').

<sup>96</sup> III.2.b).

<sup>97</sup> Şahin/Göktürk, (Dipnot 25.), s.167 vd.; Doğan, CHD 7/2008 (Dipnot 8.), s.177 vd.

<sup>98</sup> *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.53.

nun koyucunun ayrıntılı koşullar getirmesini doğurmuştur (kr. CMK m. 230 f. 1). Mahkûmiyet hükmünün fiile ilişkin konusu yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olması oluşturduğundan (CMK 223 f. 5), delillerin değerlendirilmesi ve takdiri subuta ilişkin kanaatin içeriğini oluşturan vakıaların hangi delillerden nasıl çıkartıldığı sorularına cevap vermelidir.<sup>99</sup> Subut yüklenen suçla ilişkin olduğundan, suçun maddi ve manevi unsurlarını kapsayacak şekilde gerçekleşmiş olmalıdır. Bu açıklamalardan sonra mahkûmiyet hükmünün delil değerlendirmesi; hükmün gerekçesinde, suçun kanuni unsurlarını oluşturduğuna kanaat getirilen vakıaların hangi delillerle ve nasıl tespit edildiğinin ortaya konulmasıdır.<sup>100</sup> Buna göre delillerin değerlendirmesi daha çok subutun şekli yönünün ortaya konulmasının ilgilendirirken, takdir ise hâkimin çıkarımlarının nedenlerini yazmasıdır. Örneğin hâkim sanığın suç konusu bisikleti çaldığının subutunu kendi ikrarı ve bununla uyumlu tanık ifadelerini *değerlendirerek* kabul etmişse, adı geçen beyan delillerin inandırıcılıkları ve güvenirlilikleri ile çıkarımlarının somut olaydaki nedenleri ise takdirini oluşturur.

### **b) Hükmün gerekçesindeki yeri**

Eski CMUK'nın 260. maddesinin 1. fıkrasında hâkimin hükmün gerekçesinde sadece, suçun kanuni unsurlarını oluşturan ve sabit kabul edilen vakıaları göstermesi gerektiği istenirken, bunların hangi delillerle ve hangi takdir nedenleriyle tespit edildiğinin ortaya konulması istenmemekteydi. Buna karşın, aynı fıkranın ikinci cümlesinde, hükmü esas alınan bir vakıanın ispatının başka bir vakıadan çıkarılmış olması durumunda, söz konusu ikincil vakıaların hükümde söylenmesi talep edilmekteydi. İkinci cümlede bahsedilen vakılardan kasıt, ilk cümledeki gibi hâkimin somut olayı doğrudan temsil eden delillerden çıkardığı olgulardan ziyade, somut olayı ancak dolaylı yönden ilgilendiren belirti delillerinden kazandığı olgulardır.<sup>101</sup> Böylece hâkim, vakıalarla tasvir ettiği olaydan sonra, delil vasıtalarını ve bunlara ilişkin takdirini hükmün gerekçesinde belirtmek zorunda değil de, sadece belirti delillerini ispat vasıtası olarak kullandığında buna ilişkin çıkarımını nasıl yaptığını ortaya koymalıdır, şeklinde bir yoruma müsaitti. Ancak maddenin Alman öğretisi ve yargılamasındaki uygulamasında, bu

---

<sup>99</sup> Anayasa mahkemesinin aynı doğrultudaki içtihadı için bk.: *AYM Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga* Baş. Kar. T. 25/3/2015, R.G. 18/6/2015-29390 § 48 (...Makul gerekçe... *olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olmalıdır*); *AYM Nurten Esen* Baş. Kar. T. 10/6/2015, R.G. 18/09//2015-29479 § 56 (Bir mahkeme kararının gerekçesi... *maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterir.*); ayrıca bk. *Yerdelen, Hükmün Gerekçesi*, s. 76 vd.

<sup>100</sup> Çakmut, EÜFHD 3–4/2007 (Dipnot 21.), s.34.

<sup>101</sup> Bu ayırım için bk. *Feyzioğlu*, ABD 1/2000 (Dipnot 92.), s.20 vd.

şekilde yorumunun doğru olmadığı kabul edilmektedir. Hüküm gerekçesindeki delil değerlendirmesi, bir bütün olarak her türlü ispat nedenlerini ve takdirini kapsayacak şekilde yapılmaz.<sup>102</sup> Belirti delillerinin takdirini hâkimden göstermesini isteyen bir kanunun, asıl vakıalar hakkındaki kanaatine nasıl ulaştığını hâkimden isteyeceğini evleviyetle kabul etmek gerekir.

Nitekim yeni CMK mahkûmiyet hükümünün gerekçesinde ulaşılan kanaatin bir bütün olarak hüküm gerekçesinde gösterilmesini istemektedir (CMK m. 230 f. 1 c). Bundan dolayı, hâkimin sanığın suçu hakkındaki kanaatini dayandırdığı her türlü olgunun (kr. CMK 217 f. 2) delillerini/dayanaklarının gerekçede göstermesi gerekir. Sıralama konusunda, önce iddia ve savunmada ileri sürülen görüşler (CMK m. 230 f. 1 bent a) ve genel anlamda delillerin değerlendirilmesine yer verildikten (CMK m. 230 f. 1 bent b) sonra, ulaşılan kanaatin gösterilmesinin istenmesi konusunda, yukarıda dile getirilen eleştirilere atf etmekle iktifa ediyoruz.<sup>103</sup> Belirtilen nedenlerden dolayı bunların tek bir kısımda ele alınması gerekir.<sup>104</sup>

CMK m. 230 f. 1 b hâkimin delilleri değerlendirme ve takdirinin ilk halini, tartışma kavramıyla dile getirmiştir. Hâkim değerlendirmesinin ve takdirinin ayrıntılarını gerekçede gösterecektir. Hangi delile, neden ve ne kadar inandığını ve hangi sebeplerden dolayı güvenilir bulunduğunu diğer delillerle karşılaştırmak suretiyle değerlendirmeyi ve takdiri yapacaktır.<sup>105</sup> Bu kapsamlarda ileri sürülen ayırık görüşleri veya diğer akla gelen makul ihtimalleri ise 'tartışacak', yani bunlara neden itibar etmediğini bildirecektir. Aynı şekilde CMK m. 230 f. 1 b'nin tabiriyle, bazı delilleri tamamen veya kısmen hükme esas alacak, bazılarını ise tamamen veya kısmen reddecektir.

### **c) Diğer usul hukuku meselelerinden farklı olması**

CMK m. 230 f. 1 b delil yasaklarından, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen ve dosya içinde bulunan delillerin, değerlendirmede ayrıca ve açıkça gösterilmesini istemektedir. Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında, delil yasaklarının aslında delil değerlendirmesini sadece dolaylı yönden ilgilendirmesi karşısında, bunların hüküm gerekçesinde tekrardan yer edinmesinin gerekip gerekmeceği sorusu gündeme gelmektedir. Aslında CMK hükmü bunların sadece ayrıca

---

<sup>102</sup> Meyer-Goßner/Appl, (Dipnot 17.), s.115.

<sup>103</sup> II.3.

<sup>104</sup> Aynı şekilde Demirağ, (Dipnot 8.), s.257.

<sup>105</sup> Gerçenin delillerin ispat bakımından kabul veya reddedilme sebeplerini içermesine yönelik Anayasa mahkemesi içtihadı için bk. AYM O. H. Baş. Kar. T. 15/12/2015, § 46; ayrıca bk. Yerdelen, (Dipnot 3.), s.76 vd.

ve açıkça *gösterilmesini* talep etmektedir.<sup>106</sup> Bunların kabulüne ilişkin kararın özellikle verilen kararın hukuki gerekçesinin delil değerlendirmesi kısmında yer alması ise, CMK m. 230 f. 1 b'nin metni karşısında mecburi değildir. Hâkimin bu konuda verdiği ara kararına atıfta bulunması yeterli olmalıdır. Yine hükümde delil yasaklarından sadece hukuka aykırı yöntemlerle elde edilenler hakkında düzenlemede bulunmaktadır. Oysa delil yasakları bunlarla sınırlı değildir (delil değerlendirme yasaklarında olduğu gibi). Bu durumlarda, delil değerlendirmesinde bunlardan hiç bahsedilmemesi, ara karar dahi atıfta bulunulmaması, CMK'nın hükmünü ihlali olmayacağı gibi esasında yanlış değildir.<sup>107</sup> Çünkü hâkim vardığı somut kanaatini hükümde gerekçelendirirken, söz konusu delil veya deliller yok hükmündedir. Hatta bu şekildeki delillerin kısmen de olsa ispata muktedir olabilecekleri – ancak normatif sebeplerle hükme esas alınması yasak olan – olguların hükümde ayrıca belirtilmesi karışıklıklara sebep olabilir. Bununla örneğin beraat halinde, aslında sanığı mahkûm edebilecek delillerin var olduğu ancak delil yasağından dolayı mahkûmiyete gidilemediği anlamı çıkarılabilir. Keza delil yasağını kabul etmenin gerekçesi tamamen hukuki açıklamalar şeklinde gerçekleşeceğinden, esasında yalın ve takdirin nedenlerinin açıklandığı hükmün gerekçelendirmesinde butür açıklamalarla uzatmak karışıklıklara neden olabilir. Fakat tüm bu dezavantajlara rağmen Almanya'da bazı mahkeme uygulamalarında<sup>108</sup> ve Türkiye'de CMK m. 230 f. 1 b bendinin açık hükmü uyarınca delil yasaklarının gerekçelendirilmesi hükmün gerekçesinde yer edinebilir. Hükmün açıklığı adına, delillerin değerlendirilmesinin kısmının ikinci bölümü olarak düzenlenebilir.

Delil takdirinin usul hukuku meseleleriyle karıştırıldığı bir diğer durum delil ortaya koyma istemlerinin reddi kararlarına, hükmün gerekçesinde delil değerlendirmesi kısmında yer verilmesidir.<sup>109</sup> Bunların duruşma tutanağında yapıldıklarının belirtilmesi ve reddi gerekçelerinin tutanağa geçirilmesi yeterlidir (aynı şekilde CMK m. 221 f. 1 nent g.). Delillerin ortaya konması sürecinin, hangi delilin nasıl dinlendiği, tanığın nasıl çağırıldığı ve tam olarak ne dediği hususları-

---

<sup>106</sup> Krş. Şahin/*Göktürk*, (Dipnot 25.), s.171.

<sup>107</sup> Bu hükmün eleştiriye açık yönü ise, dosya içinden bahsetmesidir. Bu yönüyle hüküm, mevcut temyiz uygulamasının dosya üzerinden delil değerlendirmesinin etkisi altına kaldığı görülmüştür. Hükmün gerekçesinin delil değerlendirmesini ve takdirini düzenleyen bu maddenin, hâkimin takdir serbestesini ihlal eden dosya üzeri inceleme uygulamasını bu şekilde dolaylı da olsa hazmetmesi manidardır.

<sup>108</sup> *Georg/Kretschmer/Lorenz*, JA 2013 (Dipnot 51.), s.628.

<sup>109</sup> Aksi yöndeki görüş için bk. *Demirağ*, (Dipnot 8.), s.247; krş. Çakmut, EÜFHD 3–4/2007 (Dipnot 21.), s.33 vd.

nın delil değerlendirmesi kısmına yazılması yersizdir.<sup>110</sup> Çünkü bunlar duruşma tutanağının konusunu teşkil eder ve delil *değerlendirmesiyle* doğrudan ilgili olmayıp, sadece değerlendirmenin duruşmadaki koşullarını ilgilendirir. *Hükümün gerekçesi* ise, duruşmanın usulen nasıl yapıldığı ve özellikle delillerin ortaya nasıl konulduğunu ve doğrudan içerikleriyle ilgili değildir. Hükümün *gerekçesindeki* delil *değerlendirmesi*, ne duruşmada ortaya konulan delillerin içeriklerini kelimesi kelimesine yansıtan ve uygulanan usulden haber veren tarihi bir kroniktir,<sup>111</sup> ne de temyiz mahkemesinin yeniden delil değerlendirmesi yapabilmesi veya suç konusunda son sözü söylemesi için hazırlanan bir tasarıdır. Hükümün gerekçesindeki delil değerlendirmesi, hâkimin isabetli bir kanaat geliştirdiğini gösterir.<sup>112</sup>

Bundan dolayı sanık açıklamaları, tanık ifadeleri, bilirkişi ve teknik danışmanın açıklamaları, okunan belgelerin içeriğinin (CMK m. 221 f. c, d, e ve f)) teker teker hükümün gerekçe kısmına içerikleriyle birlikte yazılması gereksizdir.<sup>113</sup> Hangi delillerin duruşmada ikame edildiği ve bunların içeriğinin ne olduğu duruşma tutanağının konusu olup, bu konudaki uyuşmazlıkların ispatı özel bir şekilde düzenlenmiştir (CMK m. 222). Buna ilaveten hükümün gerekçesine yazılırsa, her ikisi arasında çelişki doğmasına sebep olabilir<sup>114</sup> ve duruşma tutanağına kanunun vermek istediği ispat tekeli zayıflatılmış olur. Yine delil değerlendirmesinin konusu olan hâkimin vardığı kanaate nasıl ulaştığı, delilleri alt alta sıralamasıyla anlaşılır.<sup>115</sup> Hâkim bununla zaman kaybedeceğine asıl görevinin farkında olacak şekilde, kendi iç âleminde vardığı kanaati ortaya koyması gerekir.<sup>116</sup> Bunu yapmakla delileri takdir etmiş olur. Delillerin içeriğini hükümün gerekçesinde yazması – bunların çoğu zaman çok uzun ve çok yer alması gözönüne alındığında –, asıl önemli olan hâkimin ulaştığı kanaatini ortaya koyan açıklamalarının gözden kaçmasına sebep olur. Hüküm okuyan biri, içeriği soyut delillerin aktarımıyla doldurulan hükümlerde, değerlendirme ve takdir içeren cümleleri aramak zorunda kalır. Takdir, yukarda belirtilen delillerine göre... .. dir, denilerek yapılmış olmayacaktır.<sup>117</sup>

Son olarak, hükümün gerekçesinde delillerin içeriğine olduğu gibi yer verilme-

---

<sup>110</sup> Meyer-Goßner/*Appl*, (Dipnot 17.), s.116.

<sup>111</sup> Ancak bu şekilde hüküm örneği için bk. *Deniz*, (Dipnot 1.), s.33 vd.

<sup>112</sup> Krş. *Aşçıoğlu*, TBB 48/2003 (Dipnot 12.), s.114.

<sup>113</sup> Aynı doğrultuda *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.201.

<sup>114</sup> Meyer-Goßner, NStZ 1988 (Dipnot 23.), s.532.

<sup>115</sup> Ancak bu şekilde hüküm örneği için bk. *Deniz*, (Dipnot 1.), s.33 vd.

<sup>116</sup> Aynı doğrultuda *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.201; ayrıca yukardaki Adıyaman Bidayet Mahkemesinin verdiği hükme ilişkin açıklamalara bakınız III.2.c) Dipnot 86.

<sup>117</sup> Bu şekildeki uygulamanın eleştirilmesi için bk. *Aşçıoğlu*, TBB 48/2003 (Dipnot 12.), s.110.

si duruşmanın önemini azaltır. Çünkü hâkimin kanaatini oluşturduğu yer hükümün gerekçesi değil, duruşmadır. CMK m. 217 f. 1'sinin tabiriyle hâkim kararını huzuruna getirilmiş ve tartışılmış delillere dayandıracaktır. Oysa hükmün gerekçesine delilleri olduğu gibi yalın haliyle geçirmesi, hâkimin kanaatine varmasını teknikleştirir, duruşmadan beklenen fiili tekrardan canlandırma işlevi kaybolur. Hâkim bununla vardığı kanaatin isabetliliği konusunda dış müdahalelere karşı kendini savunmasız hale getirir. O gerekçede yazılan delillerle ben başka bir kanaate varırım diyen bir kişiye karşı kendini yazılı bir şekilde savunmak çok zordur. Çünkü hâkim için kanaatin olduğu yer yazılılık kuralının değil sözlülük kuralının geçerli olduğu ve esasında bir sefere mahsus, sonradan hiçbir şekilde birebir tekrarı mümkün olmayacak olan ve hatta hatıralarda kaçamalık bir şekilde kalacak duruşmadır. Hâkimin vardığı kanaati savunmasının en iyi yolu – ikame edilen delillerin içeriğini değil –, duruşmadan edindiği kanaatini delil değerlendirmesi ve takdiriyle aktarmasıdır. Bunu yaptığında kimse ona alternatif senaryolarla gelmez, meğerki delil değerlendirmesi normatif kıstaslarla uyumlu ve akıl, mantık ve doğa kanunlarıyla çelişmesin<sup>118</sup> ve hâkim takdirinin nedenlerini kararına yazmış olsun.<sup>119</sup> Elbetteki hâkimin kendi vicdanında oluşan kanaatini hükmün gerekçesine *aktarması*, kendi kanaatinin vicdanındaki oluşması sürecini tamamen olduğu gibi *yazmasıyla* yapması imkânsızdır. Hükmün gerekçesi hiç bir zaman böyle bir iddada bulunamaz ve bunu beklemekte isabetsiz olur. Ulaşılan kanaat yazıya dökülmesi daima gerçekleşmesindeki doğallıktan belirli bir ölçüde kayıp vererek, hükmün gerekçesine yansıyacaktır.

#### **d) Kapsamı ve sanığın iddia ve savunmalarına değinilmesi**

Yukardaki açıklamaları tekrardan özetlemek gerekirse; delillerin takdiri, esas olarak yüklenen suça ilişkin maddi ve manevi unsurların (teşebbüs ve iş-tirak halleri dâhil) varlığını gösteren olgular hakkında hâkimin kanaatinin nasıl oluştuğunu göstermesidir.<sup>120</sup> Hâkim ikinci bir adımda delillerin değerlendirmesi ve takdirini savunmada ileri sürülen görüşleri kapsayacak şekilde, genişletmesi gerekir. Ancak hâkim delil değerlendirmesi ve takdirinde sanığın hiçbir iddiası

---

<sup>118</sup> Gereçedeki delil değerlendirmesiye yönelik çıkarımların akla uygun bir şekilde yapılması gerektiğine ilişkin Anayasa mahkemesi içtihadı için bk. AYM *Nurten Esen* Baş. Kar. T. 10/6/2015, R.G. 18/09//2015-29479 § 56; ayrıca bk. *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.76 vd.

<sup>119</sup> Aksi yöndeki mahkumiyet hükümleri için bk.. AYM *Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga* Baş. Kar. T. 25/3/2015, R.G. 18/6/2015-29390 § 61; AYM *F.Ö.* Baş. T. 19/11/2014, § 29.

<sup>120</sup> Krş. AYM *Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga* Baş. Kar. T. 25/3/2015, R.G. 18/6/2015-29390 § 48 (...gerekçe; davaya konu *olay* ve *olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini* ... gösterecek nitelikte olmalıdır.).



veya savunmasıyla *bağlı olmadığı* gibi (CMK m. 225 f. 2), bunların her türlüüne hüküm gerekçesinde ayrıntılı bir şekilde *değınmek* zorunda değildir.<sup>121</sup> Anayasal güvencede olan gerekçeli mahkûmiyet kararı hakkı dahi bunu gerektirmektedir.<sup>122</sup> Özellikle savunmanın bu yönde ileri sürdüğü görüşleri destekleyici mahiyette herhangi bir belirti delilinin dahi var olmaması veya hayatın olağan akışı ve tecrübe kuralları gereğı ciddiye alınması gerekmeyen görüşlerini, hâkimin mahkûmiyetin esasına alınan kendi delil değerlendirmesi ve takdiri karşısında cümle cümle *çürütmesi* beklenemez.<sup>123</sup> İddia veya savunmalara hüküm gerekçesinde *yer verilmesinin* amacı, hâkimin re'sen araştırma ve aydınlatma yükümlülüğü ile hukuki dinlenilme hakkına (Ay. 36 f. 1) riayet edilmesi olduğundan, gerekçe sadece *makul* olanlara iştirak edilmemiş olmasının nedenlerini içermelidir.<sup>124</sup> Özellikle davanın sonucuna etkili olabilecek bir vakıa hakkında ileri sürülen makul deliller veya savunmaların varlığı halinde, hâkimin mahkûmiyet hükümünün gerekçesinde bunlara ayrıca ve açıkça yer vermesi yükümlülüğü artmaktadır.<sup>125</sup> Bunlara hiç değınmeme,<sup>126</sup> keyfi değerlendirmelere tabi kılma veya sadece şeklen değınip içeriklerini dikkate almamak gerekçeli karar hakkının ihlalini doğurur.<sup>127</sup>

Son olarak delil değerlendirmesi, delillerin ortaya konulmasında bahsi geçen bütün vakıaların ve bunların ispatı için ileri sürülen her türlü asıl ve belirti delillerinin veya görüşlerin hüküm gerekçesinde teker teker tartışılması anlamına gelmemektedir.<sup>128</sup> Hâkim, bundan ziyade kanaatinin *esasının* oluşturan delilleri

<sup>121</sup> Demirağ, (Dipnot 8.), s.256; Bekri, ABD 3/2014 (Dipnot 22.), s.210.

<sup>122</sup> AYM Abdul Cemal Kırçuvallı Baş. Kar. T. 15/4/2015, R.G. 20/6/2015-29392, § 40; AYM Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga Baş. Kar. T. 25/3/2015, R.G. 18/6/2015-29390, § 49.

<sup>123</sup> Aynı doğrultuda Meyer-Goßner/ Appl, (Dipnot 17.), s.136.

<sup>124</sup> Demirağ, s. 257; aynı doğrultudaki Anayasa mahkemesi kararı için bk. AYM O. H. Baş. Kar. T. 15/12/2015, § 46; ayrıca bk. Yerdelen, (Dipnot 3.), s.76 vd.

<sup>125</sup> AYM Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga Baş. Kar. T. 25/3/2015, R.G. 18/6/2015-29390, § 49; Çakmut, EÜFHD 3-4/2007 (Dipnot 21.), s.34; Bekri, ABD 3/2014 (Dipnot 22.), s.210 vd.

<sup>126</sup> AYM Mürsel Bayrak Baş. Kar. T. 25/3/2015, R.G. 28/3/2015-29309, § 30 vd. (...*uyuşmazlığın çözümlü için esaslı bir iddia olan mağdureyi suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından büyük zannettiği ve bu beyanının adli raporla doğrulandığı iddiası, tartışılmamış ve karşılanmamıştır.*); aynı şekilde bk. AYM Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga Baş. Kar. T. 25/3/2015, R.G. 18/6/2015-29390, §§ 54 vd.; AYM Düzgıt Yalova Gemi İnşa Sanayi A.Ş. Baş. Kar. T. 15/4/2015, R.G. 20/6/2015-29392, §§ 58 vd.

<sup>127</sup> AYM O. H. Baş. Kar. T. 15/12/2015, §§ 45 vd.; AYM Nurten Esen Baş. Kar. T. 10/6/2015, R.G. 18/09/2015-29479, § 41 vd.; AYM Caner Kandırmaz Kar. T. 30/12/2014, § 32 vd.; krş. AYM Abdul Cemal Kırçuvallı Baş. Kar. T. 15/4/2015, R.G. 20/6/2015-29392, § 41 vd.; AYM Abdülvahab Aydemir ve Yusuf Candemir Baş. Kar. T. 1/12/2015, § 99 vd.

<sup>128</sup> Aynı şekildeki Anayasa mahkemesi içtihadı için bk. Yerdelen, (Dipnot 3.), s.77 vd.

değerlendirmeye tabi tutmalı, duruşmadaki olayla daha ziyade uzaktan ilgili tartışmalara hükmün gerekçesinde devam etmemelidir.<sup>129</sup>

### e) İçeriğine ilişkin genel ölçütler

Delillerin takdiri, suçun bütün kanuni unsurları hakkında yapılır. Buna olayın tasvirinde tespit edilen sanığın kastı dâhildir.<sup>130</sup> Olay mahkemesi, hangi delilleri değerlendirmesine kattığını, bunlara hangi kıymeti verdiğini, hangi çıkarımları yaptığı, neden yaptığını, neden bu şekilde değil de, şu şekilde içeriğini takdir ettiğini, akla gelen diğer makul ihtimallere neden itibar etmediğini ortaya koyacaktır.<sup>131</sup> Daha önce belirtildiği gibi, hâkimin delilleri ham haliyle hükmün gerekçesinde tekrarlaması yeterli değildir ve gereksizdir. Bunun yerine bu delillerin *ispata yönelik neticelerini* nasıl değerlendirdiğini ve nasıl takdir ettiğini ortaya koymalıdır. Nasıl değerlendirmesi özellikle diğer delillerle olan ilişkisi ve suçlamanın esasında yatan olguları hangi derecede temsil ettiklerinin incelenmesidir.<sup>132</sup> Hâkim aynı zamanda çıkarımlarına ve inandırıcılıklarına ilişkin takdirini nasıl kullandığını ortaya koymalıdır ki; değerlendirme havada, yani soyut kalsın.

Bu konuda önce olayın tasvirindeki vakialara ilişkin tespitlerinin doğrudan doğruya dayanaklarını oluşturan delillerin değerlendirilmesi ve takdiriyle başlaması yerinde olur. Bunu, bu tespitlerini destekleyici mahiyetteki belirti delilleri ve diğer tecrübe kurallarına dayalı çıkarımlarını açıkça ortaya koyması takip eder. Keza ispat vasıtaları bakımından olayların genelinde önce beyan delleriyle başlanması, ardından belge delilleri ve keşfini yaptığı diğer maddi delillerle delil değerlendirmesi ve takdirinin bitirmesi yerinde olur.<sup>133</sup>

Şimdi bu sıralamalar göz önüne alınarak ispat/delil vasıtalarının takdirinin adım adım nasıl yapılması gerektiği ortaya konulacaktır.<sup>134</sup>

---

<sup>129</sup> Meyer-Goßner/*Appl.*, (Dipnot 17.), s.117.

<sup>130</sup> 4. YCD, 14.03.2012, 2010/9133 – 2012/6028, karar metni için bk Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan/Artuç, Mustafa, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 6. Cilt, 2. Baskı, s. 8206.

<sup>131</sup> Rösch/*Stegbauer*, (Dipnot 54.), s.42.

<sup>132</sup> Bk. Yerdelen, (Dipnot 3.), s.76 vd.

<sup>133</sup> Rösch/*Stegbauer*, (Dipnot 54.), s.42.

<sup>134</sup> Çalışmanın delil hukukuna ilişkin aşağıda 14 sayfayı bulacak ayrıntılarıyla, mahkûmiyet hükmünün gerekçesinin yazılmasında göz önüne alınması önerilen ana esaslardan ayrılmak istemeyen okuyuculara, doğrudan g) başlığı altındaki uygulama ve örneğe geçemelerini öneririz.

## f) Muhtelif ispat vasıtaları bazında takdirin yapılması

### aa) Sanığın ifadeleri

Beyan delillerinden öncelikle sanığın varsa bu konudaki ifadeleriyle başlanması tavsiye edilmektedir.<sup>135</sup> Fiili bizzat işlediği iddia ve mahkûmiyetle kabul edilen, fiile en yakın kişinin bilgisini içermesi ve hâkimin vicdanı üzerindeki etkisi göz önüne alındığında sanık ifadelerinin delil takdirini ve ispatı önemli ölçüde kolaylaştırdıkları bilinmektedir.<sup>136</sup> Ancak sanık ifadelerinin çeşitliliği ve özellikle sanığın kendini suçlamama hakkına (Ay. m. 38 f. 5 ve CMK m. 147 f. 1 bent e ve m. 191 f. 3 bent c) hâkimin delillerin takdirinde riayet etmesinin gerekmesi,<sup>137</sup> *delillerin takdirinde bazı hukuki sorunları* beraberinde getirmektedir. Bunun için aşağıda, sanığın ifadelerinin içeriklerinin takdirine geçmeden önce, *ifade vermeye yönelik* sıklıkla görülen bazı *davranışlarının* takdirinde, kendini suçlamama hakkının sınırlarına nasıl riayet edilebileceğini belirlenmesi isabetli olur.

#### - Susma

Sanığın duruşmada susma hakkını kullanmış olması durumunda, içeriği takdir edilecek herhangi bir *ifadesi yoktur*. Susma ifadenin zıttı olduğu için herhangi bir içeriğe sahip değildir. Bundan dolayı *filen* delil kıymeti yoktur.<sup>138</sup> Susmanın kendisinin herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulamayacağını *hukuki* gerekçesi ise, sanık için bunun anayasal ve yasal hak olmasıdır.<sup>139</sup> Sanığın susmasını somut olayın diğer koşulları çerçevesinde dahi bir değerlendirmeye tabi tutarak, suçluluğunun tespitinde veya cezanın tayininde<sup>140</sup> kendisi aleyhine çıkarımlarda bulunmak<sup>141</sup> veya susmayı başlı başına ikrar olduğunu kabul etmek bu

---

<sup>135</sup> Georg/Kretschmer/Lorenz, JA 2013 (Dipnot 51.), s.627; Melzer, JuS 2008 (Dipnot 23.), s.880; Meyer-Goßner, NStZ 1988 (Dipnot 23.), s.532; krş. Yerdelen, (Dipnot 23.), s.212 vd.

<sup>136</sup> YCGK, T. 17.11.2009, E. 2009/7-160, K. 2009/364 (Kazancı).

<sup>137</sup> Bk. Arslan, Mehmet, Aussagefreiheit des festgenommenen Beschuldigten im türkischen Recht im Lichte der EMRK. Kreiser, Klaus „u.a (Hrsg.)“, Junge Perspektiven der Türkei Forschung in Deutschland Band 1, Berlin 2014, s. 103 – 115, s.110 vd.

<sup>138</sup> Aynı doğrultuda 4. YCD, T. 04.10.1995, E. 1994/7351, K. 1994/7693, YKD 21/1995, s.1478; krş. YCGK, T. 19.04.1993, E. 1993/6-79, K. 1993/108, YKD 19/1993, s.1565.

<sup>139</sup> Krş. AYM E. 2004/31, K. 2007/11, T. 31.1.2007 R.G. 18.05.2007-26526; aynı doğrultuda 8. YCD, T. 10.04.2002, E. 2001/12370, K. 2002/4917 (Kazancı); bk. ayrıca Arslan, (Dipnot 137.), s.110; Yerdelen, (Dipnot 3.), s.213.

<sup>140</sup> Yagıtayın bu konudaki yerleşmiş içtihadı için bk. 13. YCD, T. 10.09.2012, E. 2011/14728, K. 2012/18393 (Kazancı); 3. YCD, T. 16.04.2012, E. 2011/31970, K. 2012/15894 (Kazancı); 5. YCD, T. 17.04.2006, E. 2006/721, K. 2006/3191 (Kazancı); 4. YCD, T. 12.02.2007, E. 2006/10273, K. 2007/1425 (Kazancı).

<sup>141</sup> Bu koşullar, sanığın lehine veya aleyhine ilişkin diğer delillerin durumu veya sanığın şahsına ilişkin olabilir. Aleyhine delillerin zayıf olması karşısında susan sanık, ifade vermeyerek cezadan kurtulmak için bunu yapıyordur, demek, kişinin kendini suçlamak zorunda olma-

hakkın içeriğinin boşaltılması anlamına gelir.<sup>142</sup> Keza susmanın sanığın aleyhine yorumlanması durumunda susma hakkının kullanan sanık bir nevi hukuki zorlamaya tabi tutularak konuşmaya mecbur edilmektedir. Böyle bir davranış ise kimsenin kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya *zorlanamayacağı* yasağını (Ay. m. 38 f. 5) ihlal eder.<sup>143</sup> Susmanın ikrarla eş değer tutulması durumunda hukuki zorlamanın etkisi bakımından doğrudan doğruya olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü doğrudan doğruya olan zorlamanın fiili türlerinden (krş. CMK m. 148 f. 1) örneğin işkenceyle farkı, ikrarla eş değer tutmanın işkencenin icra edilmesindeki barbarlığı ve sanığı aşağılamaya yönelik kastı taşımamasıdır. Ancak neticesi bakımından ise; işkenceye belki direnç göstererek kendini suçlamayacak sanık için daha vahimdir. Çünkü susmayı ikrarla eş değer tutarak sanık daha ‘medeni ve kibar’ bir metotla kendini suçlamış durumuna getirilmektedir.

Susma hakkını kullanan sanığın duruşmadan önce ifade vermiş olması bu hakkını artık kullanamayacağı anlamına gelmez. Bundan dolayı zamansal susma kararının kendisinin – somut olayın diğer koşulları çerçevesinde dahi – aleyhine değerlendirilmesi bu hakkın kapsamını zaman yönünden kısıtlayacağı için, hukuka aykırı olur.<sup>144</sup> Onun için polisteki ifadesinde susan ve duruşmada suçlamaları reddeden sanığın aleyhine: suçsuz olsaydı ilk baştan bunu söylerdi, yeni ifadeleri cezadan kurtulma amacıyladır<sup>145</sup> veya bekleyerek diğer delillere göre ifade vermek istemiştir, şeklindeki aleyhe çıkarımlar susma hakkını ihlal eder.<sup>146</sup> Sanık daha önce ifade vermiş ve duruşmada susma hakkını kullanıyorsa, bu ifadeleri ifadeyi alan memur, savcı (CMK m. 147) veya hâkimin (CMK m. 94) tanık

---

masına yönelik Anayasa hükmünün inkârıdır. Aynı husus, delillerin açıklığı karşısında, bir açıklamada bulunmayan sanığın, zaten suçlu diyebileceği birşey yok, fazla ceza almamak için konuşmuyor, şekilde bir çıkarım için geçerlidir. Yine sanığın susmasını, sadece atılı suçlarının faillerinde görüldüğü iddia edilen davranış kalıplarına uygun davranmasına, yani neticede *suçlu olmasına yorumlamak* (!!), sadece adı geçen hakkın içeriğinin boşaltılması değil, aynı zamanda mantık kurallarına aykırı bir çıkarımdır. Çünkü bu hususta bir – iddia edildiği gibi varsa – ‘tecrübe kuralı’ genel geçer değildir.

<sup>142</sup> Krş. Mecelle 67. madde: Sâkit’e bir söz isnad olunmaz. Lâkin ma’rız-ı hâcette sükût beyanındadır. Ceza hukukunda bu hükmün uygulaması yoktur. Çünkü sanığın ifade vermeme hakkı var ve beyanda bulunmasının herhangi kanuni bir hücceti ve zaruretini yoktur. Bunun aksine Anayasa sanığı kabul edilebilecek bir mükellefiyetten dahi azat kılmıştır (Ay. m. 38 f. 5).

<sup>143</sup> Krş. YCGK, T. 17.04.1995, E. 1995/9-94, K. 1995/117 (Kazancı).

<sup>144</sup> Hukuka aykırılık aynı zamanda bu koşullarda yapılacak çıkarımların isabetsizliğinde kendisini gösterebilir. Örneğin, sanığın duruşmaya müdafiyeye gelmesi karşısında, taktik icabı suçlu olduğu için susuyordur, şekildeki bir çıkarım isabetsizdir. Çünkü bu şekilde bir genel geçer tecrübe kuralı yoktur.

<sup>145</sup> Bu doğrultuda isabetsiz bir şekilde 3. YCD T. 10.02.2005, E. 2004/6400, K. 2005/1174 (Hukuktürk).

<sup>146</sup> Bu doğrultuda isabetsiz bir şekilde YCGK, T. 19.09.2006, E. 2006/8-201, K. 2006/190, YKD 32/2006, s.1834 vd.

olarak dinlenilmesiyle delil değerlendirmesinin konusu yapılabilir (krş. CMK m. 148 f. 4).<sup>147</sup> Bu durumlarda, hâkimin delil değerlendirmesinin konusu bu kişilerce verilen sanığın ifadeleri hakkındaki tanık beyanlarıdır. Adı geçen ifadelere ilişkin tutanakların bu tanıkların dinlenilmesinde, sanığın daha önceki ifade verme ve sorgu süreçlerini hatırlamaları için okunması caizdir (krş. CMK m. 212). Fakat tutanaklar bu şekilde kısmi olarak okunmalarından dolayı belge delili niteliğini kazanmamaktadır.<sup>148</sup> Aksi halde, beyan delili ve belge delilleri arasında *usulsüz* bir *geçiş* yapılmış olur (krş. CMK m. 210 f. 1). Nitekim CMK'da belge delillerinin ne zaman beyan delillerinin *yerine geçecek* şekilde okunabilecekleri sınırlı bir şekilde sayılmıştır (CMK m. 209, 213). Duruşmada susan sanığın ifadeleri arasında çelişki bulunduğu söylenemeyeceğinden, CMK m. 213 f. 1 gereği, daha önce alınan ifadelerine ilişkin tutanaklar duruşmada çelişkinin giderilmesi (!) için dahi okunamaz. Bundan dolayı, mahkûmiyet hükmün gerekçesinde doğrudan adı geçen ifadeleri içeren belgelerin delil olarak değerlendirilmesi ve takdir edilmesi (krş. CMK m. 217 f. 1) deliller vasıtaları arasındaki geçiş yasağının ihlali anlamına gelir.<sup>149</sup>

#### - İnkâr

Sanığın ifadeye ilişkin davranışlarından bir diğeri, inkârdır. İnkâr, somut olayın koşullarına ilişkin herhangi bir veri içermediği müddetçe (ör: suçsuzum, ben işlemedim), susma gibidir. Çünkü sanığın fiilen verdiği ifade hâlâ değerlendirilebilecek bir içerik yoktur.<sup>150</sup> Bundan dolayı yukarıda belirtilen susma hakkında hükmün gerekçesinde dikkat edilmesi gereken hususlar aynı şekilde inkâr için geçerlidir.

#### - İkrar

İkrarın diğer ifade türlerinden farkı sanığın kendisine yöneltilen suçlamaların esasında yatan vakılara yönelik değerlendirmeye tabi tutulabilecek açıklamalarda bulunmasıdır.<sup>151</sup> Bu tür açıklamalar yapılmalarıyla duruşmanın içeriği haline geldiklerinden ve değerlendirilebilecek hususlar taşıdıklarından dolayı hâkimin delil takdirine tabidir (CMK m. 217 f. 1). Sanık bu şekildeki açıklamalarda bulunmakla kendi kendini ifadeleriyle suçlamamak hakkının korunmasından bir nevi

---

<sup>147</sup> Krş. Şahin/*Göktürk*, (Dipnot 25.), s.158.

<sup>148</sup> *Centel/Zafer*, (Dipnot 25.),s.710.

<sup>149</sup> Ancak Yargıtay'ın kendisi, temyiz incelemesinde bu hususlara hiç bir şekilde dikkat etmeyecek dosya üzerinden her türlü beyanı içeren tutanakları kararına çarşaf çarşaf geçirmektedir. Dosya üzeri delil değerlendirmesinin bu şekilde usul hukukunun duruşmaya ilişkin hükümlerini nasıl anlamsız hale getirdiği görülmektedir.

<sup>150</sup> Aynı şekilde 4. YCD T. 04.10.1995, E. 1994/7351, K. 1994/7693, YKD 21/1995, s.1478.

<sup>151</sup> Krş. YCGK T. 17.11.2009, E. 2009/7-160, K. 2009/264 (Kazancı).

kısmen feragat etmiştir. İfadelerini hâkimin delil değerlendirmesinin bir parçası haline kendisi getirmiştir. Hâkim bunları re'sen araştırma ve aydınlatma ilkesi gereği serbest bir şekilde takdir edecektir.<sup>152</sup> Bunun anlamı:

• Birincisi: hâkim yapılan açıklamaların inandırıcılığı ve güvenilirliklerine hüküm gerekçesinde açık bir şekilde değinecektir.<sup>153</sup> Delillerin değerlendirilmesi ve takdirinin diğer kısımlarında inandırıcılık hakkında şüphe uyandıran durumların ve nedenlerin olması zaten hâkimi bu şekildeki tartışmalara zorlayacaktır.<sup>154</sup> Güvenirlilik ise diğer delillerin karşısındaki değerlendirmesi sonucu anlaşılacaktır.

• İkincisi: hâkim ikrarın değerlendirilmesi ve takdirinde hiç bir ispat kuralıyla bağlı değildir. Ceza muhakemesinde sanığa atılı suça dair hakikatın bulunmasının – hem sanığın hem de kamunun menfaati icabı – öneminden dolayı hâkimin takdirini sınırlayıcı her hangi bir delil kuralı kabul edilmemiştir (CMK m. 217 f. 2). Bunun sonucu olarak, sanığın ikrarının *içeriği* hâkimi *hukuken* bağlamaz. Sanığın beyanlarının değerlendirilmesi ve takdirinde ikrarın bölünmezliği gibi her hangi bir ispat kuralını – sanığın lehine bile olsa – ceza muhakemesi kabul etmez.<sup>155</sup>

• Üçüncüsü: ispat kuralı yasağı, aynı şekilde özellikle suçunu kapsamlı bir şekilde ikrar etmenin dışında, sadece kısmi ifadelerde kendini savunmaya yönelik iddalar bakımından geçerliliğini korumaktadır.<sup>156</sup> Aksi ispat edilemeyen savunmanın kabul zorunluluğu diye bir ispat kuralını uygulamak, hâkimin re'sen araştırma ve aydınlatma ile delilleri serbestçe takdir etme yetkisinin inkârı anlamına gelir.<sup>157</sup> Sanığın kendini koruyucu savunmasının doğruluğu, duruşmanın delillerin ortaya konmasına ilişkin neticelerinde bunu destekleyici bazı belirti ve emmare göre ihtimal dâhilindeyse: hâkim buna neden inanmadığını açıkça hüküm gerekçesinde tartışmalı ve ikna edecek bir şekilde aksi takdirini ortaya koymalıdır. Sadece genel geçer tecrübe kurlarının veya soyut bir ihtimalin varlığını iddia ederek bir nevi aksi ispat edilemeyen savunmanın kabulü gerekir demek: ispat kuralı tayin etmek anlamına gelir.

Sanığın kısmi açıklamalarının inandırıcılığını değerlendirilmesinde: sadece kendi lehine beyanda bulunması veya sonradan kendi lehine beyanlarda bu-

---

<sup>152</sup> Bu ilkelerin CMK'daki eksik düzenlemelerine rağmen geçerliliği için bk. *Deniz*, (Dipnot 1.), s.37; *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.52 vd.

<sup>153</sup> YCGK T. 24.03.1980, E. 980/8-1 K. 980/121, ABD 3/1980, s.389.

<sup>154</sup> Krş. *Rösch/Stegbauer*, (Dipnot 54.), s.58.

<sup>155</sup> Ancak aksi yöndeki uygulama için bk. YCGK T. 20.05.1991, E. 1991/1-131, K. 1991/166, YKD 18/1992, s.930.

<sup>156</sup> Krş. *Rösch/Stegbauer*, (Dipnot 54.), s.40.

<sup>157</sup> Ancak aksi yöndeki uygulama için bk. YCGK, T. 16.02.2010, E. 2009/1-251, K. 2010/25 (Kazancı); YCGK T. 16.02.2010, E. 2009/1-251, K. 2010/25 (Kazancı).

lunması aleyhine yorumlanamaz. Çünkü sanığın kendi kendini suçlamama hakkı vardır (Ay. m. 38 f. 5). Bu hem ne zaman ne şekilde ifade vereceğini hem de ifadesinin içeriğini nasıl düzenleyeceğini kapsar. Uygulamada bu hususu gözardı edecek şekilde sanığın tam ikrarı dışındaki *beyanlarının* kısmî,<sup>158</sup> dolaylı,<sup>159</sup> kaçamaklı<sup>160</sup> veya tevilli *ikrar*<sup>161</sup> şeklinde *kategorik değerlendirmeye* tabi tutulmaktadır. Sanığın savunmaları diğer ifadeleriyle karşılaştırıldığında çeşitli açılardan tutarsızlık gösteriyorsa veya diğer delillerle karşılaştırıldığında açık bir şekilde yalan ise bu tutarsızlık ve yalan diğer ifadelerinin inandırıcılığının değerlendirilmesinde aleyhe bir şekilde göz önüne alınabilir. Ancak bu durumlarda dahi diğer ifadelerinin inandırıcı bulunmamasının nedenleri açık bir şekilde ortaya konulmalı ve tutarsızlığın veya yalanın burdaki rolü ve bunlardan yapılan çıkarımlar hüküm gerekçesine yazılmalıdır. Sanığın kısmi açıklamalarının yukarıda belirtildiği şekilde kategorileştirilmesi hâkimin kendi takdirini hüküm gerekçesinde ortaya koyma ve sanığın açıklamalarını içeriğini inandırıcılık ve güvenilirlik yönünden tartışma yükümlülüğüne başlı başına aykırılık teşkil eder.

#### - Vazgeçme

Sanığın uygulamada görülen beyana yönelik bir diğer davranışı ise, daha önce yaptığı açıklamalardan – özellikle ikrarından – duruşmada geri dönmesidir. Önceki açıklamaların ifadeyi alanlar üzerinden delil değerlendirilmesinin konusu haline nasıl getirebileceğine yukarıda değinilmiştir. Bunun dışında, buna ilişkin tutanakların bu ifadelerden vazgeçilmesinden dolayı duruşmada verilen yeni ifadeler karşısında ortaya çıkan çelişkinin giderilmesi için, sanığa karşı okunması mümkündür (CMK m. 213 f. 1). Sanığın bu çelişkilerin giderilmesi amacıyla verdiği ifade artık değerlendirmeye tabidir. Vazgeçme durumunda hükümün gerekçesinde, duruşmada verilen yeni ifadelerin inandırıcılığı ve güvenilirliğini takdir etmeden önce, vazgeçmenin kendisini değerlendirmesi gerekir. Hâkim bu değerlendirmesinde vazgeçmeyi ifade veren sanığın bir davranışı olarak takdir eder. Ancak vazgeçmenin kendisini suçluluk emaresi olarak görmek, hatalı bir çıkarımdır.<sup>162</sup>

Yargıtay kararları ve Alman uygulamasına bakıldığında vazgeçmenin değerlendirmesinde göz önüne alınabilecek birçok husus dile getirilmekte ve bun-

---

<sup>158</sup> 14. YCD, E. 2013/11547, K. 2014/993, T. 28.1.2014 (Kazancı); 9. YCD, T. 21.06.1995, E. 1995/3807, K. 1995/4314 (Kazancı).

<sup>159</sup> 10. YCD, T. 19.12.2005, E. 2004/21023, K. 2005/19087 (Kazancı).

<sup>160</sup> YCGK, T. 02.06.2009, E. 2008/8-263, K. 2009/142 (Kazancı); 5. YCD, E. 2011/486, K. 2011/1385, T. 25.2.2011 (Kazancı).

<sup>161</sup> 1. YCD, T. 19.12.2011, E. 2009/10241, K. 2011/8043 (Kazancı).

<sup>162</sup> Fakat bu şekilde YCGK T. 08.07.2003, E. 2003/9-191, K. 2003/213 (Kazancı).

ların somut olayın koşullarındaki görünüşleri hakkında yapılacak muhakeme sonucunda vazgeçmenin kendisinin sanığın diğer ifadelerinin takdirine etkisinin tespiti önerilmektedir.<sup>163</sup> Buna göre, sanığın daha önce verdiği ifadesinden dönmemesinin asıl nedeni şu hususların lehine veya aleyhine göz önüne alınmasıyla değerlendirilir:

- Soruşturma makamlarınca daha önce böyle bir fiilin bilinip bilinmesi<sup>164</sup>
- Sadece sanık beyanıyla suç konusu fiilin ortaya çıkarılabilecek olması veya bu konuda başka delillerin olup olmadığı<sup>165</sup>
- Sanığın bir ceza muhakemesi mercinin huzurunda kendi aleyhinde ifade bulunmasının başka nedenlerinin olup olmadığı, başkasının fiilini üstlenmesi gibi<sup>166</sup>
- Yalan söyleme saiklerinin araştırılması
- Sanığın ikrarını başka mercilerin önünde tekrar etmiş olması<sup>167</sup>

Vazgeçmenin esasında sanığın ifade verme iradesini sakatlayan usullere başvurulduğu iddası yatıyorsa (CMK m. 148 f. 1 ve 2), bunların değerlendirmeye alınıp alınamayacağına ilişkin usul hukuku sorununu (CMK m. 148 f. 3), sanığın daha önce verdiği ifadelerinden vazgeçmesinin takdiriyle karıştırılmamalıdır. Çünkü ilk halde şayet mahkeme bu usullere başvurulduğu ve verilen ifadelerin bunların sonucu olduğuna kanaat getirmesi durumunda, bunların değerlendirilmesi yasağını uygulayacaktır (CMK m. 148 f. 3).<sup>168</sup> Böylece artık duruşmada vazgeçmenin değerlendirilmesi konusuz kalmaktadır. Bunun aksine yasak usullere başvurulduğundan dolayı vazgeçilen sanığın ifadelerinin değerlendirilmesini sadece normal vazgeçme sorunu olarak görmek; kanunun ve anayasanın hükmüne (Ay. m. 38 f. 6) aykırı olarak her türlü ifadenin değerlendirilebilirliğini kabul etmek anlamına gelir. Oysaki yasak usullerin varlığı, sanığın daha önce verdiği beyanların doğruluğuna dahi bağlı olmadan bunların değerlendirmeye tabi tutulmasına hak ihlalinin dolayısı ile kategorik bir şekilde mani olmaktadır.<sup>169</sup> Bu hallerde vazgeçmenin değerlendirilmesi bahanesiyle daha önce verilen ifa-

---

<sup>163</sup> Bk. *Rösch/Stegbauer*, (Dipnot 54.), s.61.

<sup>164</sup> 11. YCD, T. 12.10.2004, E. 2003/9405, K. 2004/7325 (Kararevi); 6. YCD, T. 25.01.2001, E. 2001/259, K. 2001/307 (Hukuktürk).

<sup>165</sup> Yan delillerle desteklenme kriteri için bk. 11. YCD, T. 31.03.2003, E. 2002/12509, K. 2003/805 (Hukuktürk); 1. YCD, T. 24.11.1983, E. 1983/3054, K. 1983/4001 (Legalbank).

<sup>166</sup> YGCK, T. 26.03.2013, E. 2012/10-1319, K. 2013/98 (Kazancı);

<sup>167</sup> 1. YCD, T. 24.12.1997, E. 1997/2884, K. 1997/4240 (Kararevi).

<sup>168</sup> *Arslan*, (Dipnot 137.), s.112; *Şahin*, (Dipnot 50.), s.447 vd.

<sup>169</sup> *Arslan*, (Dipnot 137.), s.109.



delerin doğruluğunu araştırmak<sup>170</sup> ve bu usullerin vazgeçme gibi sanığın duruşma öncesi ikrarının doğruluğunda göz önüne alınacak bir nevi ‘diğer koşullar’ olduğunu kabul etmek anlamına gelir.<sup>171</sup> Böyle bir içtihat sanığın daha önceki ifadelerinin yasak usullerle alındığı ispatlanmış olmasına rağmen, vazgeçmeyle beraber doğruluğunu araştırmaya devam edilmesine<sup>172</sup> ve hatta işkenceyle alınan ifadelerin dahi – içerikleri başka delillerce ‘teyit’ edilmelerine binanen – mahkûmiyet hükmüne esas alınabilmesine yol açmaktadır.<sup>173</sup>

Sanığın ifade vermesine ilişkin bazı davranışlarının takdirinden sonra, açıklamalarının diğer delillerle karşılaştırılması gerekir. Bunların güvenilirliği ve inandırıcı bulunmuş olması halinde, sanığın ikrarı, savunmaları ve başka tür ifadeleri aksine kanaat getirildiği ölçüde reddedilir.

### bb) Tanık beyanları

Sanığın ifadeye ilişkin davranışlarının değerlendirilmesi ve takdirinden sonra, tanık beyanlarına geçilir. Bunlardan somut olayı temsil edenleri önce önem derecelerine göre birarada, sonra çelişme durumlarında hangisine neden itibar edildiği açıklanarak takdir edilir.<sup>174</sup> Hâkim özellikle sanığın ve/veya başka tanıkların aksine kabul edilen olguların, tanık beyanlarına dayanarak subut ettiği kanaatine varmış ise neden bu beyanları inandırıcı kabul ettiğini belirtmelidir.<sup>175</sup>

#### - Genel mahiyeti

Tanık delilin konusu ispatı gereken olguları algılamış sanık dışındaki kişinin beyanlarıdır.<sup>176</sup> Öncelikle tanık beyanın ispatı gereken vakıyı hangi derecede temsil ettiği tespit edilmelidir. Temsiliyet sadece tanığın beyanlarının objektif olarak ispatı gereken vakıya ilişkin olmasıyla belirlenmez. Tanığın beyanın ispat kuvvetini nihayetinde hâkimin takdiri belirleyecektir. Hâkimin doğruluğu-

<sup>170</sup> 6. YCD, T. 10.05.1988, E. 1988/5448, K. 1988/6125 (Kararevi).

<sup>171</sup> Bu doğrultuda YGCK, T. 26.03.2013, E. 2012/10-1319, K. 2013/98 (Kazancı); YGCK, T. 17.11.2009, E. 2009/7-160, K. 2009/264 (Kazancı); YGCK, T. 29.11.2005, E. 2005/7-144, K. 2005/150, YKD, 32/2006, 471 vd.; YCGK, T. 17.04.1989, E. 1989/1-90, K. 1989/144 (Kazancı) 8. YCD, T. 03.07.1986, E. 1986/2763, K. 1986/4070 (Kazancı).

<sup>172</sup> YCGK, T. 17.04.1989, E. 1989/1-90, K. 1989/144 (kazancı); YCGK, T. 04.10.1993, E. 1993/6-192, K. 1993/217, YKD 20/1994, s.450 vd.; 9. YCD, T. 05.03.1993, E. 1993/90, K. 1993/1186, YKD 19/1993, s.1106.

<sup>173</sup> YCGK, T. 02.05.2000, E. 200/87, K. 2000/90 (Hukuktürk); YCGK, T. 11.11.2003, E. 2003/6-212, K. 2003/267 (Kazancı); YCGK, T. 22.06.2010, E. 2010/9- 108, K. 2010/157 (Kazancı).

<sup>174</sup> Demirağ, (Dipnot 8.), s.257.

<sup>175</sup> Krş. Georg/Kretschmer/Lorenz, JA 2013 (Dipnot 51.), s.627; Melzer, JuS 2008 (Dipnot 23.), s.880; Meyer-Goßner, NSTz 1988 (Dipnot 23.), s.532 vd.

<sup>176</sup> Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.42; Arslan, CHD 8/2015 (Dipnot 36.), s.264 vd.

nu takdiri neticesinde tanık beyanları ispatı gereken vakıyı doğrudan doğruya, dolaylı bir şekilde veya hiç ilgilendirmeyebilir.<sup>177</sup> Bu çerçevede, tanığın ispatı gerek vakıaların dış âlemindeki yansımalarına ilişkin beş duyu organıyla yaptığı algılamaların daima doğrudan doğruya bir ispat kuvvetine mazhar oldukları şeklindeki bir çıkarım doğru değildir. İspat kuvvetini hakkında hâkim karar verir. Hâkimin bu yetkisine sırf objektif ilgiyi ileri sürerek müdahale ispat kuralı koymak anlamına gelir. Güvenilirlik ve inandırıcılığa ve böylece doğruluğa daima hâkim karar verecektir (CMK m. 217 f. 1). Bunun yanında tanığın kendi iç âleminde gerçekleşen muhakemelerinin genelde ispat açısından ancak dolaylı bir öneme sahip oldukları ise doğrudur.<sup>178</sup> Çünkü hâkim tanığın hatırladıkları veya değerlendirmeleri dışında, bunların esasında yatan dış âleme ilişkin vakıalara yönelik algılarını önce – özellikle sorularıyla – ortaya çıkaracak ve bunların ispatı gereken vakıaları tanığın subjektif algısını gözöne alarak ne kadar temsil ettiğini takdir edecektir. Bu nedenle bu tür beyanlar ispatı gereken vakıalar hakkında ancak dolaylı bir çıkarımın esasını oluşturabilir.<sup>179</sup> Diğer bir ifadeyle bu şekildeki tanık beyanları ancak belirti delili mahiyetindedir.

- Gereğe yazılması

Tanık beyanlarının bu şekildeki değerlendirmeler ve takdirlerle hükmün gerekçesinde yer edinmesi gerekir. Beyanları değerlendirilmesi ve takdiri sürüçlerinden ziyade bunların mahkûmiyetin konusunu oluşturan suçun unsurlarına ilişkin olguların tanığın ağzından mahkûmiyet hükmünün metnine bire bir tekrarı ve hatta hukuki nitelendirmeler içerek şekilde tevil edilerek hükmün gerekçesine geçirilmesi doğru değildir.<sup>180</sup> Doğrudan tanığın ağzından hüküm çıkarmaya yönelik tespitler hâkimin delil takdiri serbestesinin yanlış anlaşılması ve kanuni delil sisteminin – kendisinin dahi kötü anlaşılması – kalıntısıdır.<sup>181</sup> Tanık beyanlarının takdiri bunların herhangi bir şekilde yazıya dökülmesinden ziyade öncelikle hâkimin vicdanında gerçekleşir. Bir beyana inanıp inanmamak, diğer deliller karşısında değerlendirmek ve beyandan olgusal çıkarımlarda bulunmak esasında her türlü yazı formaliteden beridir. Tanık beyanı hâkimin sanığın suçluluğuna ilişkin kanaatine etkisini önce duruşmada ortaya konulan delillerle bağlantılı bir şekilde dile getirme anında icra eder. Ancak hâkimin ileride yazılı

---

<sup>177</sup> İsbeteli bir şekilde *Rösch/Stegbauer*, (Dipnot 54.), s.43.

<sup>178</sup> *Arslan*, CHD 8/2015 (Dipnot 36.), s.265.

<sup>179</sup> *Rösch/Stegbauer*, (Dipnot 54.), s.43; *Arslan*, CHD 8/2015 (Dipnot 36.), s.265.

<sup>180</sup> *Arslan*, CHD 8/2015 (Dipnot 36.), s.266 vd.

<sup>181</sup> Çünkü böylece, tanık beyanlarının kendi gerçek algılarına dayanıp dayanmadığını veya güvenilirliklerini dahi incelemeyen, belki de somut delillere dayandırmadığı önyargı, tahmin veya şüphelere dayalı kanısını şeklen bu tanık beyanlarına *dayandırmaktadır*.

bir şekilde gerekçelendirmek zorunda olduğu bu kanaatini (CMK m. 230 f. 1c) hükmün gerekçesine yazması için tanık beyanlarının kelimesel içeriğine ihtiyaç duyacağı doğrudur. Hatta öyle olur ki tanığın bir beyanının olduğu gibi hükmün gerekçesine yazılması gerekçe için vazgeçilmezdir.<sup>182</sup>

- *Takdir edilmesi*

Tekrar etmek gerekirse: bütün deliller gibi beyan delillerinin takdiri sadece hükmü veren hâkimin yükümlülüğü (CMK m. 223 f. 1) ve yetkisindedir (CMK m. 217 f. 1). Bu yükümlülük hâkimlik mesleğinin esasıdır. Hükmün altında kimin imzası varsa tanık delili gibi bütün delillerin ispat kuvvetini o takdir edecektir. Başkalarının soruşturma ve delil toplaması neticesinde özellikle her türlü rapor, tutanak ve belgede dile getirdiği tanık beyanlarının değerlendirmesi ve takdirini olduğu gibi ve gerekçesiz kendi kararına alması hâkimin bu yükümlüğünü ihlal ve yetkisine başkasını vasi kılması demektir. Bu tür belgelerin okunarak duruşmanın içeriği haline getirilmesi (CMK m. 209) istisnai olarak beyan delillerinin yerin geçmek üzere (CMK m. 211) veya hatırlamaya yardımcı (CMK m. 212 f. 1) olmak yahut çelişkilerin giderilmesi (CMK m. 212 f. 2) için okunması durumları elbetteki saklıdır. Ancak tüm bu durumlarda dahi okunmuş ve müzakere edilmiş belge içerikleri hâkimin delil değerlendirmesi ve takdirine tabidir (CMK m. 217).<sup>183</sup>

Hâkim sadece objektif sebeplerden dolayı kendi tecrübesiyle takdir edemeyeceğini anladığı tanık beyanları için tanığın kişiliği ve ifade davranışları hakkında bilirkişi görevlendirebilir (CMK m. 63 f. 1).<sup>184</sup> Ancak bu durumlarda dahi tanığın beyanlarını bilirkişinin hâkime bu hususlarda sunacağı objektif tespitlerinden sonra hâkimin kendisi takdir edecektir. Tanık beyanlarının doğruluklarının, inandırıcılıklarını, samimiyetlerinin takdirinde tanığın kendi şahsının önce objektif olarak değerlendirilmesi, ardından beyanları hakkında sadece buna göre takdirde bulunulması doğru değildir.<sup>185</sup> Hâkim tanığın şahsının genel inandırıcılığını değil; beyanın inandırıcılığını araştırmalı, değerlendirmeli ve takdir etmelidir.<sup>186</sup>

Ancak bunun için tanığın kişisel *yetkinliğine* ilişkin hususlar elbette bu araştırmanın kapsamındadır. Tanığın beyanda bulunma yetkinliği, belirli bir olayı güvenilir bir şekilde idrak edebilmesi, bundan sonra beyanda bulunacağı zaman kadar algılarını hafızasında tutabilmesi, kendisine sorulduğu zaman bunları

---

<sup>182</sup> Örneğin hakaret ve benzeri suçlarda.

<sup>183</sup> Aynı doğrultuda Şahin/Göktürk, (Dipnot 25.), s.167 vd.

<sup>184</sup> Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.49 vd.

<sup>185</sup> Bu doğrultuda Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.50.

<sup>186</sup> Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.50; aynı doğrultuda Demirağ, (Dipnot 8.), s.257.

doğru bir şekilde dile getirmesi ve gerçekten yaşadığıyla sadece var olduğunu zannettiği hususları bir birinden ayırabilme becerisini ilgilendirir.<sup>187</sup> Tanığın bu becerileri verdiği beyanlarının doğruluğu veya inandırıcılığı konusunda doğrudan doğruya bir bilgi vermez.<sup>188</sup> Ancak bu hususlarda değerlendirme yapmanın önkoşullarını ve zeminini oluşturur.

Özellikle uyuşturucu madde veya alkol bağımlılığı veyahut kullanımı veya yaş küçüklüğü ile engellilik halleri gereği algılama yeteneği konusunda somut olayda şüphe nedenlerinin var olması hâkimin ifade yetkinlikleri konusunu tartışmasını gerektirir.<sup>189</sup>

- *Takdirde lehe ve aleyhe göz önüne alınacak hususlar*

Bunun yanında asıl olan tanığın beyanının inandırıcılığı ve doğruluğunu takdir etmektir. Yargıtay kararlarına ve Alman uygulamasında örnek mukabilinde şu hususların yapılacak muhakemede lehe veya aleyhe değerlendirmeye alınması ve hükmün gerekçesinin yazımında tanık beyanının takdir edilmesinde kullanılması önerilmektedir:

- Tanık algılamalarının esasında var olan, yanlış algılama, yanlışlama, hatırlama gibi beyanların **objektif gerçeğe aykırılık nedenlerinin** varlığı.<sup>190</sup> ancak, tanığın hâkimin başka şekilde tespit ettiği maddi gerçeklikle çelişen beyanlarının var olması nedeniyle genel olarak diğer beyanları bakımından 'yalancı tanık' olarak görülmesi ve bir çırpıda inandırıcı olmadıklarının kabulü doğru değildir.<sup>191</sup> Bu durumların varlığı halinde, hâkim bunları açıkça dile getirmeli ve hangi beyanlara neden inanmadığını veya inandığını ortaya koymalıdır.<sup>192</sup>

- **Beyanın kalitesi:** kapsamlı ve detaylı olması, asıl olayın dışındaki ayrıntıları içermesi, tanığın algılamaları yaptığı andaki kendi davranışlarını dahi inceden inceye anlatması, sanığın ses tonunu, yüz ifadesi hakkında bilgi vermesi, sanıkla kendisi arasındaki varsa iletişimi canlı bir şekilde aktarabilmesi, kendi düşüncelerini ve duygularını samimi bir şekilde dile getirmesi, anlam veremediği bazı hususlara dikkat çekmesi.<sup>193</sup>

---

<sup>187</sup> Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.67.

<sup>188</sup> Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.67.

<sup>189</sup> Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.67 vd.

<sup>190</sup> YCGK, E. 1980/8-139, K. 1980/203, T. 12.05.1980, YKD 10/1980, s.1415 vd. (...dikkatsizlik, zihni meşguliyet, unutkanlık ve saire gibi sebepler...); ayrıca bk. Arslan, CHD 8/2015 (Dipnot 36.), s.269 vd.

<sup>191</sup> Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.50; ayrıca bk. Arslan, CHD 8/2015 (Dipnot 36.), s.270.

<sup>192</sup> Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.51.

<sup>193</sup> Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.69 vd.

• **Sanığı suçlamaya itecek bir nedenin bulunmaması:** daha önce aralarındaki husumet, tanığın ifadelerini seçici ve olabildiğince objektif bir şekilde dile getirmeye çaba göstermesi, kendi beyanlarının tam olmaması veya her şeyi hatırlamıyor olduğu konusundaki açık sözlülüğü, lehine olan hususları da dile getirmesi, bir nevi sorumluluğuna yol açan detayları anlatması, kendi ifadesinin tasdik edici başka delilleri ileri sürmesi,<sup>194</sup> yalan beyanda bulunması için bir saike sahip olup olmaması, özellikle mağdur veya suçtan zarar gören olup olmaması.<sup>195</sup>

• **Birbiriyle tutarlılık arz eden birden çok tanıklığı**<sup>196</sup>

• Tanığın kanuni **ceza indirimden faydalanmak** için gerçeğe aykırı beyanda bulunup bulunmadığı.<sup>197</sup>

• Tanığında daha önceki beyandan dönmesinde yukarıda sanık için dile getirilen hususları varlığı.<sup>198</sup>

• Bazı suç tiplerine ilişkin tanıklardaki/mağdurlardaki suçun işlenmesine iten nedenlere yönelik **genel geçer tecrübe kurallarını destekleyici açıklamalar** veya suç sonrası gelişmeler hakkındaki akla yatkın beyanlar: özellikle, aile içi şiddet, cinsel suçlar, kurum içi şiddet suçlarında.

Ancak bu tür suçlar hakkında, hâkimin kendiliğinden tecrübe kurallarına başvurması ile tanığın bunu destekleyici yöndeki beyanlarını takdir ederken bu kuralları gözönüne alması birbirinden farklı hususlardır. İlk durumda bu şekildeki tecrübe kurallarını ispat kuvveti somut olayda buna yönelik delil vasıtalarının (tanık, bilirkişi, keşif ve belge) olmaması durumunda çok düşüktür. Hatta hâkim herkesçe, özellikle temyiz mahkemesince, genel kabul edilmeyen kendi hayat tecrübesinden yola çıkarak çıkarımlarda, spekülasyonlarda bulunarak belki de bazı önyargılarla teyit etmeye çalışma tehlikesiyle karşı karşıya kalır. Bu nedenle bu tür soyut tecrübe kurallarının sadece başka delil vasıtalarıyla ulaşılan kanaati destekleyici mahiyette veya somut olayda mevcut olan belirti delillerini desteklenmesinde kullanılması daha uygun olur. İkinci durumda ise: bunlara ilişkin tanık beyanları vardır ve hâkim bu beyanların inandırıcılığını takdir ettiğinde bunların bu tür tecrübe kurallarıyla uyumluluğuna işaret eder. Bu genel itibariyle daha güvenceli bir yoldur. Ancak hâkimin burda dahi sadece tanık beyanlarının bu tür tecrübe kurallarına uyumunu değil; bunun aksine var olan diğer delil,

---

<sup>194</sup> Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.71 vd.

<sup>195</sup> Melzer, JuS 2008 (Dipnot 23.), s.880.

<sup>196</sup> Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.73.

<sup>197</sup> Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.77 vd.

<sup>198</sup> Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.78 vd.

belirti, emare ve empirik bulguları değerlendirmesi ve takdirinde göz önüne alması gerekir.

*- Teşhise ilişkin tanık beyanları*

Özenle değerlendirilmesi ve takdir edilmesi gerekenler tanık beyanlarından bir kısmı teşhisi ilgilendirmektedir (Polis Vazife ve Salahiyeti Kanunu Ek m. 6 f. 9 vd.). Çünkü tanığın, sanığı teşhisinin ispat değeri bunun nasıl gerçekleştirildiğiyle doğrudan doğruya ilgilidir: teşhis tanığı yönlendirmeye veya tanığın yanılmasına müsait bir şekilde gerçekleştirilebilir. Onun için, teşhis neticesinin hükme esas alınması durumunda teşhisin nasıl yapıldığına ilişkin koşullar ve bu konudaki itirazlara yer verilmesi gerekir. Özellikle tanığın teşhisten sonraki yüzleştirmede tekrardan sanığı teşhis ettiğine dair duruşmadaki beyanın değerlendirmesi daha önceki teşhisin koşullarının bu beyanın takdirine doğrudan doğruya etki ettiği unutulmamalıdır.<sup>199</sup>

Teşhisin şekli koşullarına uyulmuş olmasının yanında, teşhisin güvenilirliği için şu hususlar göz önüne alınarak tanığın buna ilişkin beyanları değerlendirilmelidir: tanığın daha önce sanık hakkındaki yaptığı tasvir, fantom resmi yapılmışsa bunun sanığın eşgaline uygunluğu, kendisine gösterilen albümün kaç tane fotoğraf içerdiği, bunların kaçarlı gösterildiği, sırası, birbirlerine benzerlikleri, tanığın yanılmış olma durumu (sanığın lehine veya aleyhine), tanığın hangi sıradaki kişiyi sanık olarak teşhis ettiği, daha sonra fotoğraflara bakmaya devam edip etmediği, sanığın fotoğraflar arasında elemeli olarak mı seçtiği, yoksa doğrudan doğruya seçtiği gibi...<sup>200</sup> Hükümün gerekçesinde bu ve benzeri koşulların somut olayda olması durumunda, mutlaka değinilmesi gerekir.

**cc) Bilirkişinin beyanları**

Hükümün gerekçesinin delillerin değerlendirilmesi ve takdiri kısmında ele alınacak son beyanlar ise bilirkişininkidir. Bilirkişinin beyanlarından sadece vardığı *neticelerin* hükümün gerekçesine yazılması yeterli değildir. Bundan ziyade bilirkişinin vardığı sonuçların temelinde yatan tespitlerin delil değerlendirmesinde açık bir şekilde kullanılması gerekir<sup>201</sup> Örneğin; sanığın kusur yeteneğinin alkol veya uyuşturucu madde etkisine rağmen ortadan kalkmadığına (TCK m. 34 f. 1) ilişkin bilirkişi tespiti, „ raporda da varılan netice sonucu aldığı uyuşturucuya rağmen sanığın olay esnasında kusur yeteneği vardır”, şeklinde delil değeri-

---

<sup>199</sup> Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.80.

<sup>200</sup> Bk. ayrıca Rösch/Stegbauer, (Dipnot 54.), s.81 vd.

<sup>201</sup> Georg/Kretschmer/Lorenz, JA 2013 (Dipnot 51.), s.627; Melzer, JuS 2008 (Dipnot 23.), s.880.

dirmesinde gözönüne alınması yeterli değildir. Bundan ziyade bilirkişinin bu neticeye varmasındaki kendi *dayanak noktaları* delil değerlendirmesi için gerektiği kadarıyla alınmalıdır. Örneğin „sanık daha önce aldığı... miktarındaki... alkole rağmen kusur yeteneğine bilirkişinin raporunda dile getirdiği neticeleri ve buna ulaşmada göz önüne aldığı hususlara uygun olarak olay esnasında sahiptir. Cadde üzerinde park halinde bulunan araçların aynalarını tekmeleyerek kırması, aynı şekilde kapılarına tekmelemesi ve en son çıktığı arabanın üstünde zıplayarak arabalara zarar vermeye devam etmesi, sanığın olay esnasın hâlâ etkili bir şekilde hareket edebilme kabiliyetinin var olduğunu göstermektedir. Bundan başka... .”

Yukarıda belirtildiği gibi, beyan delillerinin değerlendirilmesi ve takdirinden sonra belge delillerine geçilir.

#### **dd) Belge delilleri**

Belge delilleri içerikleriyle duruşmada okunması ve katılanların buna karşı diyecekleriyle diğer deliller karşısındaki değerlendirme neticesinde hâkimin vicdanına etki ettikleri oranda temsil kabiliyetine sahiptirler. Çünkü belgelerin içeriğinin ispat bakımından değerlendirmeye tabi tutulduğunun güvenceye alınması, eksiksiz ve doğru bir şekilde kavranması ve diğer deliller karşısındaki durumunun aynı şekilde eksiksiz ve doğru bir şekilde takdir edilmesi için, bunların içeriğini bilen hâkim bakımından dahi kural olarak önce katılan herkesin duyabileceği bir şekilde okunması gerekir ki; müzakereye katılan diğer kişilerce hangi içeriklerin delil değerlendirmesine ve takdirine tabi olduğu bilinsin, bunların usul hukukundan doğan hak ve yetkilerini kullanması ve verilen hükümlere açıklamalarıyla katılımları mümkün olsun. Esas itibarıyla sadece bu şekil ve koşullardaki bir okumayla bir belge delilinin takdir edilmesi mümkündür (krş. CMK m. 217 f. 1). Bundan dolayı hükmün gerekçesinde herhangi bir belge delilinin içeriğine, iddianameye, duruşma tutanağına, daha önce verilmiş kararlara veya getirilmiş dosyalara yahut başka bir mahkemenin kararına, ‘da görüldüğü veya... dan anlaşıldığı gibi’ denilerek genel bir şekilde atıfta bulunmak belge delilinin değerlendirilmesi ve takdiri değildir.<sup>202</sup> Çünkü hükmün gerekçesi, hâkimin hükmünü dayandırdığı hertürlü vakiya ilişkin kendi öz değerlendirmesini içermesi ve bunun diğer değerlendirmelerle bağlantılı bir şekilde ortaya koymasını gerektirir.<sup>203</sup>

---

<sup>202</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, (Dipnot 25.), s.760.

<sup>203</sup> Meyer-Goßner/Appl, (Dipnot 17.), s.81.

## ee) Keşfin neticeleri

Ceza muhakemesi kanunun tanıdığı bir diğer delil vasıtası keşiftir (CMK m. 83 f. 1). Keşifle, sadece okunmasıyla içeriği kavranması mümkün olmayan diğer maddi delillerin duruşmada beş duyu organıyla idrakı gerçekleştirilir.<sup>204</sup> Keşfe tabi maddi delil dava dosyasının içinde olduğundan ve delillerin ortaya konulması hâkim tarafından gerçekleştirileceğine göre, hâkimin bu tür delilleri keşfetmeden önce, savunma ve iddia makamının tüm katılımcılarını makamına çağırarak beraberce keşfi icra etmesi gerekir (krş. CMK m. 84). Adı geçen maddi deliller, ancak bu şekilde CMK'nın 217. maddesi anlamında hâkimin huzurunda ortaya konulmuş olur ve tartışmaların konusu haline getirilebilir. Maddi delillerin duruşma salonu dışında keşfinin gerekmesi durumunda aynı husus kıyasen geçerlidir (CMK m. 84).

Hâkimin hüküm için, keşifle idrak ettiği ve temsil kabiliyetine sahip olguları not edinmesi gerekir (CMK m. 83 f. 2). Örneğin, söz konusu maddi delil kapısı kırılarak çalınmış bir arabanın üzerindeki izler ise, hâkimin hükmün gerekçesine buna ilişkin fotoğrafın diğer katılımcılarla keşf edilmesinden sonra, mağdura ait olduğu ve kapının levyeyle zorlanarak açıldığını anlaşıldığını hükme yazması gerekir. Aynı şekilde, bir haritanın keşfiyle sanığın ne kadar sürede olay mahalinden tanığın kendisini gördüğü sokağa kadar koştuğunun tespit edilmesi isteniyorsa; keşfedilen haritadan sonra mesafenin yüz metre olduğu ve sanığın koşarak burdan uzaklaşmasından sonra tanık tarafından görülmesinin tecrübe kurallarına uygun olduğunu hükmün gerekçesine yazması lazımdır.

## g) Uygulama ve örnek

Yukarda yapılan açıklamalar karşısında Yargıtay'ın dosya üzerinden yaptığı delil değerlendirmesi sonucu verdiği kararlarına bakıldığında, birçok hususun eleştiriye açık olduğu görülmektedir.<sup>205</sup> Daha önce sanığın kişisel durumu ile olayın tasvirine ilişkin kısımlarda atıfta bulunulan Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararının

---

<sup>204</sup> Arslan, CHD 8/2015 (Dipnot 36.), s.266.

<sup>205</sup> Daha önce belirtildiği gibi, Yargıtay'ın hukuki incelemeden ziyade dosya üzerinden delil değerlendirmesi yaparak tekrardan ceza uyumsuzluğunu hukuki ve maddi yönden çözmeye ilişkin uygulaması CMK'ya aykırıdır (m. 217). Burda Yargıtay'ın bu kararlarının hüküm olarak incelenmesi bu uygulamayı kabul etmek veya desteklemek olarak anlaşılmamalıdır. Ancak verilen kararlar bir nevi hüküm mahiyetinde olduğundan, nasıl yazıldıkları bu çalışmanın konusunu teşkil etmemektedir.

Dosya üzerinden sübut hakkında kanaat oluşturma yöntemi, Türk ceza adaleti uygulamasında öyle yerleşmiş olsa gerek ki: istinaf mahkemesinin yeniden hüküm kuracağı hallerde dahi tamamen dosyanın içinin 'okunmasıyla' yetinebileceğini CMK'nın kendisi artık düzenlemektedir (krş. CMK m. 280 f. 1 ve m. 280 1).



delil değerlendirmesi ve takdiri kısmını adı geçen kararda şu paragraflarda tespit etmek mümkündür:

III.

‘ ...

Tanık M. S. suçun işlendiği markette iç güvenlik görevlisi olarak çalıştığını, olay günü sanıkların kasap reyonunda iki paket et hazırlattıklarını, bayanın paketleri aldığını ve birlikte reyon aralarına ilerlediklerini, şüphelenip takip ettiğinde bayanın diğerlerini uyardığını gördüğünü, kalabalık arasında izlemeye devam ederken önce erkeklerden birinin ödeme yapmadan kasaların arasından çok hızlı bir şekilde çıktığını, montunun cep kısmının kabarık olduğunu, sonra diğerlerinin de ayrıldıklarını, CD kayıtları incelendikten sonra yakalanan sanıkları teşhis ettiğini *beyan etmiş,*

İnceleme dışı olan sanıklar Ü. L. ve A. U. soruşturma aşamasında; olay günü arkadaşları ile birlikte bir süre arabayla gezdiklerini, acıktıklarını hissedince P.’ın evine gidip bir şeyler yemeğe karar verdiklerini, önce semt pazarına gidip sebze aldıklarını, daha sonra tavuk ve kıyma almak için markete gittiklerini, ancak bir şey almadan çıktıklarını, P.’ın evine gittiklerinde de bulgur pilavı yediklerini, et ya da tavuk yemediklerini *ifade etmişler,*

Sanık P. soruşturma aşamasında; olay günü markete gidip biraz dolaştıklarını hiçbir şey almadan çıktıklarını *belirtmişken,* kovuşturma aşamasında bu ifadesinden *ayrık* olarak; markete A., Ü. ve Ş. ile birlikte gittiklerini, et reyonunda et paketlettiklerini, fakat satın almadan çıktıklarını, atılı suçu işlemediklerini *savunmuşur.*<sup>206</sup>

...’

Yukardaki delil değerlendirmesi, bu çalışmada eleştirilen delillerin ard arda ham bir şekilde içeriklerinin listelenmesi şeklinde gerçekleşmiştir. Bunun bir değerlendirme veya takdir şekli olup olmadığı dahi tartışmaya açıktır.<sup>207</sup> Çünkü daha önce olayın tasvirinde yapılan tespitlerin<sup>208</sup> ard arda sıralanan delillerin içeriği ile bir nevi tasdik edilmesi; bu delillere sadece bir ‘onay değeri’ verildiğini gösterir. Oysa CMK’nın hükmün gerekçesinden beklediği delillerin değerlendirilmesi ve takdir edilmesi bir noterlik vazifesi olmasa gerek. Bu şekildeki katı, statik ve matematiksel bir ‘değerlendirme’ anlayışı kanuni delil sistemine özgüdür. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve takdir edilmesi hâkimi bu şekildeki bir

---

<sup>206</sup> YCGK, E. 2014/13-73, K. 2014/384, T. 16.9.2014 (Kazancı).

<sup>207</sup> Aynı doğrultuda *Bekri*, ABD 3/2014 (Dipnot 22.), s.222.

<sup>208</sup> Yukarıda III.2.d).

teknisyenlikten kurtarmış, vicdanında sanığın suçluluğu hakkında delillerin ortaya konulması sonucu oluşan olumlu veya olumsuz kanaatine muhalif şekilde delil kurallarına olan bağlılığını kaldırmış ve aynı zamanda hâkime hükmün gerekçesinin yazılmasında kendi değerlendirmesini ve takdirini ayrıntılarıyla yazması yükümlülüğünü yüklemiştir. Bu ilkelere riayet delillerin objektif içeriklerinden ziyade, *hâkimin vicdanında gerçekleştirdiği subjektif muhakemesini anlatmasıyla* olur. Yukarda değinildiği gibi, hâkim delilleri ard arda sıralayacağına, açık bir şekilde hangi delilleri değerlendirmesine kattığını, bunların birbiriyle çelişmesi veya destekleme durumlarını, bunlardan hangi çıkarımlarda bulunduğunu, ne kadar inandığını ve güvenilir bulduğunu nedenleriyle birlikte yazmalıdır. Yazma sürecini düzeni ve delillerin takdirinin yapılmasında genel olarak göz önüne alınan husulara yukarda değinilmiştir. Yargıtay'ın yukarıda belirtilen hükmü bu çalışmada savunulan şekilde yazılıysaydı, şu şekilde olmalıydı:

### III.

Sanığa atılı fiilin esasında yatan olguların yukarıda tasvir edilen şekilde kabulü öncelikle kendi ikrarından anlaşılmıştır. Sanık soruşturma aşamasında verdiği ifadelerinden ayrık bir şekilde kovuşturma aşamasında suç ortaklarıyla iştirak içinde suç fiilini işlediğini açık bir şekilde dile getirmiştir. Sanığa bu ifadeleri arasında çelişkinin nedeni sorulduğunda, olay günü yakalanmasını ve ailesinin bundan haberdar olmasının etkisi altında olduğunu ve onların üzülmemesi için suçlamaları reddetdiğini söylemiştir. Sanık her ne kadar duruşmadaki ifadelerinde suç konusu fiili ayrıntılarıyla anlatmasına rağmen 'suçu işlemediğini' iddia etmişse, bu ifadesi duruşmada subut olan hatasını halen üstlenmek istemediğini göstergesi olarak anlaşılmıştır. Sanığa bu çelişki sorulduğunda ve nedeni hakkında bilgi edinmek istendiğinde, sanık bu konuda diyecek bir şeyinin olmadığını dile getirmiştir.

Sanığın ifadelerinin inandırıcılığı konusunda mahkemeye eksiksiz bir kanaat hâsıl olmuştur. Sanığın fiile ilişkin duruşmadaki ikrarı duruşmada ortaya konulan diğer maddi ve tanık delilleri karşısında suçlamaları inkâr etmenin bir şey getiremeyeceğini anlamış olmasından dolayı normaldir. Sanık bütün sorgusu boyunca başını öne eğmiş, elini bacaklarının arasına sıvıştırmış ve mahkemenin kendisine defaatle kendisini kötü hissedip hissetmediğine ilişkin sorularına, iyiyim bir şeyim yok, şeklinde cevap vermiştir. Mahkeme sanığın bu davranışlarından samimi bir şekilde ikrar ettiği fiilinden dolayı çektiği vicdan azabına ve utancına bire bir şahit olmuştur.

Sanığın ikrarı aynı zamanda güvenilirdir. Sanık olay gününü suç konusu fiili işledikleri zaman dilimi dâhil ayrıntılarıyla hatırladığı ve bu konuda herhangi bir

şeyi unutmadığı duruşmadaki sorgusundan olayı akıcı bir şekilde, duraksamdan, kurduğu cümlelerin bir birine uyumlu şekillerinden anlaşılmıştır. Sanığın işlediği fiili doğru bir şekilde algıladığı ve bunu dile getirmesinde yaşadığı ve anlattığı şeyler arasında mantıksal bir çelişkiye düşmediği, kendisine yönlendirilen kontrol sorularına verilen cevaplarından ve fiili tekrardan bazen kısmen ve bazen yeniden baştan anlatmasının istenmesin hallerinde gösterdiği tutarlılığından anlaşılmıştır. Örneğin mahkemenin... sorusuna karşın... cevabını vererek... .

Sanığın inandırıcı ve güvenilir ikrarından mahkemenin subuta erdiğini kabul ettiği olgular aynı şekilde tanık M.S.'nin beyanlarıyla desteklenmektedir. Tanık her ne kadar sanık P.'yi hırsızlık fiilinin işlenmesi esnasında eşgalini tanıyacak şekilde görmediğini beyan etmişse de, sanığın fiilin gelişmesine yönelik ikrar ettiği birçok vakiya doğrudan tanıklık etmişti. Faillerin olay mahali markete bir grup şeklinde gelmeleri, et reyonundaki sipariş süreçleri, etin bir kişi tarafından kasadan ödenmeden geçirilmesi bu vakıaların önemli bir kısmını teşkil etmektedir.

Tanık beyanlarını gerçeğe uygun bir şekilde yaptığına ilişkin yetkinliği, fiilin gelişimi sürecinde algılarının isabetli ve eksiksiz olması, bunları kendi şahsi değerlendirmelerinden beri bir şekilde oluşturması, algıladığı vakıaları hafızasında eksiksiz bir şekilde tutması ve unutmamış olması ve her hangi hayal ürünü bir varsayımda bulunmadığının irdelenmesiyle anlaşılmıştır. Tanık kendisinin et reyonu doğrudan görebileceği sebze meyve reyonunda çalıştığını ve öğlen vaktine doğru gelişen olayın markette zaten fazla müşteri bulunmamasından dolayı kendisinin başından sonuna kadar takip edecek şekilde izleyebildiğini beyan etmiştir. Tanık, adı geçen guruptaki gençlerden hiç birini tanımadığını ancak et reyonuna doğru gidişlerinden ve hareketlerinden başından beri şüphelendiğini ve olayın gelişimini merakından dolayı iyi takip ettiğini dile getirerek fiil hakkında edindiği algılarının gerçeğe uygunluğunu inandırıcı bir şekilde anlatmıştır. Mahkeme tanığın bu şekildeki beyanlarının makullüğü ve tanığın yersiz yere sanığı suçlamamak için eşgalini açıkça teşhis edemediğini samimi bir şekilde söylemesini, beyanlarının her türlü şahsi değerlendirmesinden beri bir şekilde tarafsız verdiğine kanaat etmiştir. Tanık, olayın hafızasında iyi bir şekilde yer edinmesinin sebebi olarak, olayın normal olmaması ve daha sonraki gelişmelerden çok iyi hatırlamasını sebep göstermiştir. Gençlerin kameralı bir markette göz göre göre reyondan et alıp yine göz göre göre kasadan geçmelerinin başından beri çok anlamsız, akılsızca ve ancak gençlik heveslerine bağladığını beyan eden tanık, böyle bir kara gözlülüğe markette çalıştığı sekiz sene sürecinde ilk kez şahit olduğunu ve bundan dolayı çok iyi hatırladığını, onlar için üzülüğünü samimi bir şekilde beyan etmiştir. Mahkemenin birçok beyanı hakkında, yanılmış olma ihtimalinin olup olmadığına, tanık daima izahatlı bir şekilde beyanlarında ısrar etmiştir.

Mahkeme tanığın beyanlarını inandırıcılığı konusunda her hangi bir şüphe sebebine sahip değildir. Tanığın beyanlarının kalitesi, sanığı suçlamaya itecek bir nedenin olmaması, birbiriyle tutarlılık arz etmesi ve mantıklı olması şu hususlardan anlaşılmiştir:

...

Mahkeme tanığın beyanlarını aynı zamanda güvenli bulmaktadır. Sadece sanığın kendi ikrarı değil, aynı zamanda marketin güvenlik kamerasının olay mahali ve zamanına ilişkin kayıtları, tanığın beyanlarını her şekilde desteklemektedirler. Aynı kayıtlar tanığın eksiksiz teşhisine müsait kaliteye sahiptirler. Duruşmada delillerin ortaya konulmasında adı geçen kayıtlar diğer katılımcılarının huzurunda izlenerek keşfedilmiş ve sanığın şahsı açık yüzü, sahip olduğu ince vucüt yapısı, hafif öne bükük sırtı ve boyundan anlaşılmiştir. Sanığın teşhisini aynı dayanak noktaları ve daha birçok teknik detayla ortaya koyan ilgili polis raporu duruşmada okunmuş ve içeriğine ilişkin katılımcılardan her hangi bir itiraz yapılmamıştır. Raporun içeriği teşhis konusundaki çıkarımlarını...

Son olarak mahkeme, mevcut ceza davasının sanıkları olmayan diğer şüphelilerden Ü. L. ve A. U'nun soruşturma aşamasına dosyada mevcut ifadelerinde suçlamaları inkâr etmiş olmalarını, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için çağrılıp tanık olarak dinlenilmeleri için gerekli ve yeterli görmemiştir. Mahkeme bu hususta, aynı görüşü paylaşan diğer katılımcılarında dinlenilmesinden vazgeçtiğine dair görüşlerini (CMK m. 206 f. 3) içeren... tarihli ara kararına atıfta yapmakla yetinmektedir.

#### **4. Hukuki nitelendirme**

##### **a) Genel olarak**

Delillerin takdirinin hükmün gerekçesine geçirilmesinden sonra, maddi dayanaklarının var olduğu kabul edilen ve ilk kısımda tasvir edilmiş olan olayın hukuki nitelendirilmesine geçilir.<sup>209</sup> Daha önce belirtildiği gibi CMK'ya göre, hâkim, önce katılanların görüşlerini (m. 230 f. 1 bent a), akabinde genel olarak delillerin değerlendirilmesini (m. 230 f. 1 bent b) ve ulaştığı kanaati (m. 230 f. 1 bent c), sonra ise sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fillini hükmün gerekçesine geçirecektir. Bununla bu çalışmanın kapsamında öngörülen delillerin takdiri ve olayın tasviri farklı şekilde sıralanmıştır. Bu sıralamanın hangi

---

<sup>209</sup> Deniz, (Dipnot 1.), s.40; Yerdelen, (Dipnot 3.), s.27; Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara1 2015, s.793; Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s.9; Melzer, JuS 2008 (Dipnot 23.), s.880.

nedenlerle yerinde olmadığına yukarıda değinilmiştir.<sup>210</sup> Buna rağmen CMK'ya göre sabit kabul edilen fiilin nitelendirilmesi ise, her halükarda olayın tasviri ve delillerin takdirinden sonra yapılacaktır (m. 230 f.1 bent c). Hüküm gerekçesinin diğer kısımları karşısında adı geçen nitelendirmenin hukuki olduğu kabul edilmelidir.<sup>211</sup> Bundan dolayı, bu çalışmanın kapsamında savunulan hüküm gerekçesinin kısımları hakkındaki sıralamayla kısmen örtüşmektedir.

Hâkim hüküm gerekçesinde hukuki nitelendirmeyi nasıl yapacaktır?

Esasında olayın tasviri kısmında nitelendirmeye dayanak olacak olan vakıaların tespiti zaten yapılmıştır. Keza vakıaların tespitlerinin, daha sonra yapılacak hukuki nitelendirmenin gerekleri göz önüne alarak buna müsait ve nitelendirmeleri taşıyacak şekilde yapılması gerektiği yukarıda belirtilmişti.<sup>212</sup> Başka bir ifadeyle, hâkim olayı tasvirinde hüküm gerekçesindeki her iki kısım için birlikte düşünülmelidir.<sup>213</sup> Bu şekilde yapılmış bir tasvirden sonra hukuki nitelendirme öncelikle tipikliği gerçekleşen suçun adının ve buna ilişkin kanun maddesinin gerekçeye yazılmasıyla yapılır. Bu kapsamda, ilgili suçun temel halinde birden çok tipik hareketin varlığı halinde bunlardan hangisi ve hangilerinin işlendiğinin kabul edildiği belirtilmelidir. Yine suçun temel halinden başka nitelikli halinin kabul edilmesi halinde bunun, sonrasında suçun özel orataya çıkış halleri ile iştirak ve içtimanın belirtilmesi gerekir.<sup>214</sup>

Bu sıralamaya uygun şekilde yapılacak suçun hukuki nitelendirmesinin kapsamı, özellikle suç işlemenin asıl şekli olan tek failce suçun temel halinin kasıtlı işlendiği suçlarda; somut olaya ilişkin vakıaların bir sınav kâğıdındaki gibi suçun hangi unsurlarını gerçekleştirdikleri birbiriyle teker teker ilişkilendirecek şekilde tespit edilmesini gerektirmez. Hüküm gerekçesinin amacı işlenmiş olan suçun hukuki nitelendirmesinin ceza hukuku biliminin esas ve kaidelerinin harfi harfine uygulanarak tespit edilmesi değildir. Hukuki nitelendirmenin kapsamı somut olayın koşulları ve gerekleri çerçevesinde belirlenir.<sup>215</sup> Hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde olayın tasvirinden hukuki nitelendirmenin isabetli olduğu anlaşılıyorsa, gerekçenin bu kısmında biraz önce sayılan hususla-

---

<sup>210</sup> Bakınız yukarıda II.3.

<sup>211</sup> CMK m. 225 f. 2'nin bahsettiği nitelendirme her halükarda hukuki nitelendirmeyi kapsamaktadır.

<sup>212</sup> Bakınız yukarıda III.2.a)aa).

<sup>213</sup> *Meyer-Goßner/Appl*, (Dipnot 17.), s.139.

<sup>214</sup> *Meyer-Goßner/Appl*, (Dipnot 17.), s.141.

<sup>215</sup> Aynı doğrulturda AYM *Emin Menteş* Baş. Kar. T. 25/3/2015, R.G. 17/6/2015-29389 § 54 (... gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir...); ayrıca bk. *Yerdelen*, Hüküm Gerekçesi, s. 76 vd.

rın tespit edildiği belirtilerek hukuki nitelendirme tamamlanır. Özellikle hafif ve orta dereceli, ör. yaralama (TCK m. 86), hırsızlık (TCK m. 141), yağma (TCK m. 148), mala zarar verme (TCK m. 152), dolandırıcılık (TCK m. 157), sahtecilik (TCK m. 197 vd.) ve uyuşturucu (TCK m. 191 vd.) suçlarında böyle bir hukuki nitelendirme yeterlidir. Daha önce belirtildiği gibi zaten olayın tasvirinden bu suçların maddi unsurlarının tek failce kasıtlı bir şekilde işlendiği, gerekçeyi okuyan hukuk bilgisine az çok sahip olan herkes tarafından kolay bir şekilde anlaşılır.<sup>216</sup> Ancak bu tür hafif ve orta dereceli ağır suçlarda dahi, hukuki nitelendirme için açıklamalarda bulunmak gerekebilir. Örneğin malvarlığına karşı suçlardan hırsızlık (TCK m. 141), güveni kötüye kullanma (TCK m. 155), dolandırıcılık (TCK m. 157) veya yağmanın (TCK m. 148) kesişen unsurlarının – örneğin suç konusu malın ne tür bir usulsüzlükle, şiddet veya hile, haksız bir şekilde edinildiği – somut olaydaki hukuki nitelendirilmesi için açıklamalar gerekebilir. Keza kanun koyucunun yorumunu yargı ve öğretiyeye bıraktığı cebir (TCK m. 108) ve hakaret (TCK m. 125) gibi içeriği doldurulması gereken kavramların açıklanması ve bunların somut olayda gerçekleştiklerinin hukuken kabul edilmesinin hukuki nedenlerinin hükmün gerekçesinde gösterilmesi gerekebilir. Aslında yerleşmiş bir yargı uygulamasıyla bu hallerde dahi belli başlı davranış türlerinin bu suçların en azından maddi unsurunu oluşturduğu kabul edilerek, bu durumlarda hukuki nitelendirmenin kapsamı olabildiğince kısa tutulabilir. Ancak, insan davranışlarının çok çeşitliliği göz önüne alındığında bu şekildeki uygulamaların dahi yetmeyeceği ve bu konularda hükmün gerekçesinde hukuki izahata ihtiyaç duyulabileceğini gözden kaçırmamak gerekir.

Tek failce temel halinden kasıtlı bir şekilde işlenmiş hafif ve orta dereceli suçların dışında, hukuki nitelendirmenin kapsamı olayın tasvirinin hukuken açıklık gerektirmesi oranınca yapılmalıdır. Bu kapsamda, suçun hukuki nitelendirilmesinde farklı görüşler ileri sürülmüşse, bu hususlara ayrıca yer verilmesi ve tartışmalı unsurlar üzerinde durularak niçin o görüşe iştirak edilmediği ortaya konulmalıdır. Savunmanın hukuki dinlenilme hakkına (Ay. m. 36 f. 1) böylece riayet edilmiş olur.<sup>217</sup> Cezanın tayininde ileri sürülen istemlerin dahi göz önüne alınarak karar verilmesi hâkimden isteniyorsa (CMK m. 230 f. 1 bent c), fiilin bir suç teşkil edip etmediği veya hangi suçu ve hangi şekilde işlendiği konusundaki itirazlara hükmün gerekçesinde evleviyetle yer verilmesi gerekir. Bu konularda varsa ilgili yargı kararları hükme işlenmelidir.<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> Meyer-Goßner, NStZ 1988 (Dipnot 23.), s.533.

<sup>217</sup> Aynı doğrultuda AYM *Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga* Baş. Kar. T. 25/3/2015, R.G. 18/6/2015-29390 § 63; ayrıca bk. *Yerdelen*, (Dipnot 3.), s.79.

<sup>218</sup> *Demirağ*, (Dipnot 8.), s.260.

Yine kasıtlı suça teşebbüs (TCK m. 35), gönüllü vazgeçme (TCK m. 236) veya özel etkin pişmanlık (ör. TCK m. 274) durumlarında, olayın tasviri başkaca bir hukuki nitelendirmeyi gerektirmeyecek kadar açıksa, ayrıca açıklamalarda bulunmaya gerek yoktur. Açıklamayı gerektiren özel durumlar, hazırlık hareketleri ve elverişlik hali ile gönüllük halini ilgilendiren sanığın fiiline ilişkin vakıaların hukuki nitelendirilmesinde doğabilir. Ancak bu durumlarda dahi, daima bir açıklamadan bulunmaktan ziyade, gerçekten bu konuda şüphelerin varlığı durumunda, hukuki nitelendirme detaylı yapılmalıdır. Aynı husus kural olarak iştirak durumları için geçerli olmakla beraber, müşterek faillik, azmettirme ve yardım etme ararındaki geçişgen olan sınırlara yaklaşıldığı oranca, açıklama ihtiyacı doğabilir. Bu mecburiyetin nedeni, vakıanın takdiminin kısa ve öz tutulmasından dolayı somut olayda teşebbüs, gönüllü vazgeçme veya ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin var olup olmadığının ilgili kısımdan daima doğrudan anlaşılabilmesidir.<sup>219</sup> Bunun için hukuki nitelendirme kısmında bu hususların koşul ve şartlarının içtihat ve öğretide kabul edilen görüşler çerçevesinde ortaya konulması gerekir.

### **b) Uygulama ve örnekler**

Yukarda hükümün gerekçesinin yazılmasına örnek göstermek için alıntısı yapılan Yargıtay kararının<sup>220</sup> hukuki nitelendirmesi şu şekilde yapılabilirdi:

#### IV.

Sanık, yukarıda tasvir edilen ve gösterilen delil değerlendirmesi ve takdiriyle subutu kabul edilen fiiliyle, müşterek fail olarak hırsızlık suçunu bir meskende muhafaza altına alınmış eşyaya karşı olmasından dolayı nitelikli halini kasıtlı bir şekilde işlemiş; diğer bir ifadeyle TCK'nın m. 141, 142 f. 1 b bendini m. 21 f. 1 ve m. 37 f. 1 ile bağlantılı şekilde ihlal etmiştir.

## **5. Ceza tayininin dayanakları**

### **a) Genel olarak**

Suç teşkil eden fiilin tasviri, sübutun esasındaki delillerin değerlendirmesi ve takdiri ile fiilin hukuki nitelendirilmesinden sonra, cezanın tayini mahkûmiyet hükümünün gerekçesinin son kısmını teşkil eder.<sup>221</sup> Eski CMUK'da gerekçenin, hâkimi somut ceza miktarının tayinine *sevkededen halleri* içereceği açık bir şekilde dü-

---

<sup>219</sup> Meyer-Goßner, NSTZ 1988 (Dipnot 23.), s.534.

<sup>220</sup> YCGK, E. 2014/13-73, K. 2014/384, T. 16.9.2014 (Kazancı).

<sup>221</sup> Krş. Yerdelen, Erdal Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulanması), Ankara 2013, s.151 vd.; Yenisey/Nuhoğlu, (Dipnot 207.), s.793; Feyzioğlu, (Dipnot 209.), s.9

zenlenmekteydi (m. 260 f. 2). Yeni CMK cezanın tayinin sadece TCK'nın ilgili *madde*lerine (m. 61 ve 62) uygun olarak yapılacağını öngörmekle yetinmiştir (m. 230 f. 1 bent c). Her iki hüküm arasındaki esaslı fark, birincisinin cezanın tayinin fiili nedenlerine ikincisinin ise hukuki dayanaklarını öne çıkarmasıdır. Kanun hükmünün uygulanması, hâkimin izaha dahi gerek olmayan görevi olduğu düşünüldüğünde (krş. CMK 225 f. 2; HMK m. 33), hükmün gerekçesi bakımından önemli olan cezanın tayininde uygulanan kanun hükümlerine sevk hallerinin, yani somut olayda hangi olgularda kanun ilgili hükümlerinin gerçekleştiklerinin ilişkilendirerek ortaya konulmasıdır.

CMK'da tespit edilen bu düzenleme boşluğuna rağmen, yeni TCK hâkimin takdirini indirim *nedenlerinin* – ki buna maddi olanların dâhil olduğunu kabul etmek mümkündür – hükmün gerekçesinde gösterilmesi gerektiğini düzenlemiştir (m. 62 f. 2 son cümle).<sup>222</sup> Bundan dolayı hükmün gerekçesindeki ceza tayininde gerek somut cezaya hükmetmeye hâkimi sevk eden olgular ve gerekse bu olguların varlığıyla gerçekleştiği kabul edilen TCK m. 61 ve 62'deki unsurların birbiriyle ilişkilendirilerek gösterilmesi gerektiği kabul edilmelidir.<sup>223</sup> Sadece TCK m. 61 f. 1 de sayılan kıstasların hükümde lafzen tekrarı cezanın *tayini* değildir.<sup>224</sup> İlk derece mahkemesinin ispat mecburiyeti, sadece failin suçluluğu konusuyla sınırlı değildir. Aynı şekilde, cezanın tayinine esas aldığı olguların ispatı gerekecektir. Hâkim bu olgulara hangi ispat vasıtalarıyla ulaştığını gerekçesinde bildirecektir. İkinci bir aşamada, suçun kanuni unsurları gibi, ceza tayininin unsurlarının (TCK m. 61 f. 1 ve 62 f. 2) tespit edilen olgularla ilişkilendirmelidir. Üçüncü aşamada, hâkim bu olguları değerlendirecektir. Cezanın tayininde failin lehine mi aleyhine mi, göz önüne aldığını belirtecektir. Dördüncü aşamada, lehe ve aleyhe göz önüne aldığı hususları birbiriyle karşılıklı olarak tartacak ve ibrenin ağırlıklı basan yönüne göre temel cezayı bir rakamla belirleyecektir. Son aşamada ise, kanunda belirtilen sıralamaya uygun şekilde hesaplamalarda (TCK m. 61 2. 1 ve 62 f. 2) bulacaktır.<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> Aynı şekilde eski TCK m. 29 f. 8 cümle 2:cezanın asgari hadden tayini durumunda dahi *takdirin nedenleri* kararda mutlaka gösterilir: bunun için bk. *Yerdelen*, (Dipnot 221.), s.171; *Günay*, Erhan, *Uygulamalı Ceza Davalarında Hüküm Kurma Esasları ve Hüküm Bozdurulması* (Ceza ve Usul Pratiği), Ankara 2006, s.55; Çakmut, EÜHFD 3–4/2007 (Dipnot 21.), s. 29 vd.

<sup>223</sup> *Bekri*, ABD 3/2014 (Dipnot 22.), s.218; *Centel/Zafer*, (Dipnot 25.), s.755; Hukuki ve fiili nedenlerin ilişkilendirilerek gösterilmesinin başka bir örneği için tutuklama kararının gerekçelendirilmesine bk. (CMK m. 101 f. 2).

<sup>224</sup> 5. YCD, E. 2011/486, K. 2011/1385, T. 25.2.2011 (Kazancı); 10. YCD, E. 2007/13908, K. 2007/14345, T. 6.12.2007 (Kazancı).

<sup>225</sup> Krş. 1. YCD, E. 2013/6168, K. 2014/1875, T. 25.3.2014 (Kazancı); 5. YCD, E. 2013/2722, K. 2014/55, T. 6.1.2014 (Kazancı); YCGK, E. 2011/9-92, K. 2011/105, T. 24.5.2011 (Kazancı); 4. YCD, E. 2010/31160, K. 2011/3053, T. 14.3.2011 (Kazancı); 7. YCD, E. 2014/1723, K. 2014/20652, T. 8.12.2014 (Kazancı).



Eski CMUK m. 260 f. 3 hâkimi sevk eden hallerden bahsetmektedir. Sevk'in etkilemenin ilerlemiş bir derecesi olduğundan yola çıkarak, ceza tayininde *esaslı* bir şekilde hâkimi etkilemiş olan hususları hükmün gerekçesinde ortaya koyması gerektiği kabul edilebilir.<sup>226</sup>

Cezanın tayinine ilişkin gerekçenin yazılması, yukarda gösterilen suç fiiline ilişkin gerekçelendirmenin aşamalarıyla (olayın tasviri, delillerin değerlendirilmesi ve takdiri ve hukuki nitelendirme) benzerlik taşımaktadır. Bundan dolayı aslında hükmün içindeki ikinci hüküm olarak görülebilir. Nasıl sanığın suçluluğu buna ilişkin fiilini oluşturan olgulardan müteşekkil olayın tasviri ve buna nasıl bir delil takdiriyle ulaşılabildiği ve hukuki bir nitelendirme gerektiriyorsa; sanığa verilecek cezanın tayini, bunun esasında yatan olguların tasviri, buna ilişkin delil takdiri ve tayinin hukuki dayanaklarının (TCK m. 61 ve 62) uygulandığının gösterilmesini gerektirir. Esasında cezanın tayininde adı geçen olgular, bunlara ilişkin delil değerlendirmesinin önemli bir kısmı zaten yukarda değinilen sanığın suçlu olduğunun fiili, delilsel ve hukuki dayanaklarında ele alınmış durumdadır. Örneğin suçun işleniş biçimi (TCK m. 61 f. 1 bent a), kusurunun ağırlığı (TCK m. 61 f. 1 bent f) teşebbüs (TCK m. 61 f. 5) veya sanığın geçmişi ve sosyal ilişkileri (TCK m. 62 f. 2) olayın tasviri, delillerin takdiri veya fiilin suç olarak hukuki nitelendirilmesinde sevk halleri olarak belirlenmiş ve sübutları gerçekleşmiştir. Hükümün gerekçesinin cezanın tayinine ait kısmında bu şekildeki hususlar sadece kanunun (TCK m. 61 ve 62) uygulanmasında hangi unsuru gerçekleştirdikleri belirtilecek şekilde değinilir. Bunun dışında cezanın tayininde göz önüne alınması gereken bazı fiili haller ile bunların vücut vereceği kanuni nedenlere, hâkim ilk olarak hükmün gerekçesinin bu kısmında ele alacaktır; örneğin sanığın yargılama sürecindeki bazı davranışları ile cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri durumunda (TCK m. 62 f. 2). Bu ve diğer bütün hususlar için ise, hâkimin önce bu kavramların tanımı, ardında bu tanımın unsurlarını gerçekleştiren olguları ve bu konudaki ilişkilendirmelerini ve çıkarımlarını hükmün gerekçesine yazması gerekir. Örneğin, hâkim önce sanığın yargılama sürecindeki davranışlarının cezanın tayinine etki etmesinin nedenlerini göz önüne alarak hangi tür davranışların takidiri indirim nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin tanımdan yola çıkarak, sanığın somut yargılamadaki hangi davranışının bu tanıma ne kadar uyduğunu tespit edecek ve bu hususun takdiri indirim nedeni olarak kabul edilip edilmeyeceğini belirleyecektir. Buna göre cezanın tayini esası tespit edilen bu olguların hukuki değerlendirmeye tabi tutulmasıdır.<sup>227</sup> Özellikle adı geçen hususların hukuki yorumuyla oluşturulacak tanımları için üst mahkemelere büyük

---

<sup>226</sup> Aynı doğrultuda *Meyer-Goßner/Appl*, (Dipnot 17.), s.146.

<sup>227</sup> *Schäfer/Sander/von Gemmeren*, (Dipnot 51.), Rn.1367; aynı doğrultuda *Deniz*, (Dipnot 1.), s.226.

bir görev düşmektedir. Cezanın tayininde göz önüne alınan tüm hususların esasında cezanın amacı ve kusur ilkesinin, hükmün gerekçesinde somut olay olaya ilişkin olarak yeterince uygulanmasıdır. Ancak bu çalışmanın konusu sadece hükmün gerekçesinin nasıl yazılması olduğu için, cezanın tayinine hâkim olan ilkelerden ne anlaşılması gerektiği ve TCK 61 ve 62 maddelerinin uygulamasının ayrıntılarına burda değinilmeyecektir.<sup>228</sup>

Cezanın tayini geniş anlamda: hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231), sanığın mahkûm edildiği hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi (TCK m. 50), ertelenmesi (TCK m. 51), tekerrür hükümlerinin uygulanması (TCK m. 58) ve hak yoksunluklarının uygulanması (TCK m. 53) dâhildir.<sup>229</sup>

### **b) Uygulama ve örnekler**

Yukarda hükmün gerekçesinin yazılmasına örnek göstermek için alıntısı yapılan Yargıtay kararında<sup>230</sup> ceza tayinine ilişkin açıklamalar kısmen yapılmıştır. Bu açıklamalar göz önüne alınarak şu şekilde bir ceza tayini yapılabilir:

#### **V.**

Sanığın işlediği nitelikli hırsızlık suçunun kanuni cezası (TCK m. 141, 142 f. 1 bent b) 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır. Temel cezasının belirlenmesinde failin kişiliği, fiilin haksızlık içeriğinin ağırlığı ve neticeleri TCK m. 61 f. 1 ve m. 62 f. 2’de sayılan hususları ışığında incelenmiştir. İspatı yukarıda gerçekleştirilen... olgularıyla adı geçen maddede sayılan cezanın tayinine ilişkin unsurlardan... gerçekleştiği kabul edilmiştir. Mahkeme sanığın lehine olarak... olgularını ve aleyhine olarak... olgularının cezanın tayinine ilişkin değerlendirmelerinde göz önüne almıştır. Bunun sonucu temel ceza 2 yıl olarak tayin etmiştir.

Temel cezanın üzerinden TCK m. 61 f. 5 gereği son olarak yaş küçüklüğünden dolayı TCK m. 31 f. 3 uygun olarak üçte bir indirim yapılmış ve 1 yıl 4 aya ulaşılmıştır. Mahkeme takdiri indirim nedeni olarak sanığın duruşmadaki sorgusu esnasında ayrıntılı ikrarında gösterdiği pişmanlığını her ne kadar ‘suçu işlemedim’ diyerek açık bir şekilde hatasını dile getirmemişse de kabul etmiştir. Aynı şekilde... TCK m. 62 f. 2 gereği yapılan altıda bir indirimden sonra ise, 1 yıl 1 ay ve 10 güne ulaşılmıştır.

Mahkeme cezanın tayininde savunmanın son görüş bildiriminde iddia etmesi üzerine TCK 145. maddenin uygulamasının mümkün olup olmadığı konusunda ay-

---

<sup>228</sup> Bunun için ayrıntılı bir şekilde bk. *Artuç/Hırsılı*, (Dipnot 9.), s.120 vd.; *Günay*, (Dipnot 222.), s.55 vd.; *Deniz*, (Dipnot 1.), s.225 vd.

<sup>229</sup> Ayrıntılar için bk. *Artuç/Hırsılı*, (Dipnot 9.), s.348 vd.

<sup>230</sup> YCGK, E. 2014/13-73, K. 2014/384, T. 16.9.2014 (Kazancı).

rıca bir değerlendirmede bulma ihtiyacı hissetmiştir. Söz konusu maddenin uygulanabilmesi için öncelikle malın değerinin azlığı kavramının açıklığa kavuşturulması (a) ve ardından da bunun ceza indirimini veya ceza vermektan vazgeçeme nedeni mi olarak kabul edilip edilmeyeceğı hakkında karar verilmelidir (b).

a) Yargıtay Özel Dairelerinin “değer azlığı” ile ilgili içtihadına bakıldığında bu durumun genellikle “daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak az olan şeyi” olarak gerçekleştiğı kabul edilmektedir. Ancak TCK m. 145 uygulaması sadece bununla sınırlı değildir. TCK’nun 145. maddesinin gerek ilk şekli, gerekse değiştirilmiş biçiminin temel koşulu; hırsızlık suçunun konusunu oluşturan değer az olmasıdır. Kanun koyucu açık bir rakam kullanmayarak değer azlığı kıstasının açıklığa kavuşturulma görevini yargıya bırakmıştır. Böylece madde ile hırsızlık suçlarında, suça konu değer azlığı nedeniyle hâkime, cezada indirim yapma veya ceza vermeme yönünde geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

TCK m. 145 gereğı yapılacak değer azlığı tespiti kural olarak daha sonra kullanılacak takdir hakkından bağımsız bir şekilde yapılmalıdır. Her ne kadar madde metninde “suçun işleniş şekil ve özellikleri göz önünde bulundurularak” ibaresi, “cezada indirim” seçeneğinden sonra ve “ceza vermektan vazgeçilebilir” seçeneğinden gelmekteyse de; suça konu malın değerine ilişkin cezada indirim ve ceza vermektan vazgeçme hallerinde farklı değerlendirmelerin yapılması şeklinde bir yoruma müsait değildir. “Az ceza verme” seçeneğinde daha yüksek değer aranacağı, “ceza vermektan vazgeçme” halinde ise daha az bir değer aranmasının gerekli olduğu, şeklinde bir yorum için madde metnindeki adı geçen yazım sırası yeterli değildir.

Bundan dolayı, 5237 sayılı TCK’nun 145. maddesinin uygulanmasında, 765 sayılı TCK’nun 522. maddesinde öngörülen “hafif” ya da “pek hafif” kavramlarıyla irtibatlı bir yoruma girilmemeli, Yargıtay’dan, sözü edilen maddenin uygulanması sürecindeki içtihatları doğrultusunda, yıllık değer ölçülerini belirlemesi beklenmemelidir. 5237 sayılı TCK’nun 145. maddesinin düzenleniş amacı gözetilmeli, belirtilen hükümün 765 sayılı TCK’nun 522. maddesinden farklı olduğu kabul edilmelidir.

...

(b)

...

Yukarda ortaya konulan kıstaslar somut olaya uygulandığında...

#### IV. Neticeler

Olay mahkemesi duruşmada yapılan müzakereler sonucunda mahkûmiyet

hükmü vermişse, vicdanında ulaştığı maddi gerekçeğe ilişkin çıkarımlarının maddi ve hukuki dayanaklarını hükmün gerekçesine yazmalıdır. Mahkemenin mahkûmiyete ilişkin çıkarımları – basit bir şekilde ifade etmek gerekirse – sanığın kim olduğu, ne yaptığı, hâkimin bu kanaate nasıl vardığı, hangi ceza hükmüne muhalefet ettiği ve hangi hukuki neticelere sanığı müstehak gördüğüne ilişkindir. Suç iddasının maddi ve hukuki nitelendirilmesi olan mahkûmiyet hükmü buna göre; sanığın kişisel halleri, olayın tasviri, delillerin değerlendirilmesi ve takdiri ile cezanın tayini kısımlarından oluşur.

Sanığın şahsi hallerine ilişkin tespitler özellikle cezanın tayini bakımından kanunun öngördüğü bazı kıstasların uygulanması için mecburidir. Mahkeme mahkûmiyet hükmünün ikinci kısmında, daha sonra sanığın suçluluğuna ilişkin uygulanacak kanun hükmülerinin hangi vakıaları esas aldığını anlatacak, yani suç konusu olayı tasvir edecektir. Böylece suçun hem maddi hem de manevi unsurlarına karşılık gelen vakıalar hükmün gerekçesine yazılmış olacaktır. Başka bir ifadeyle olayın tasvirinde suç konusu fiilin genel ve özel hükümlerdeki unsurlarının vücut bulduğu kabul edilen vakıalara somut olayda gerçekleştikleri şekilde yer verilmesi gerekir. Mahkûmiyet hükmünün fiile ilişkin konusunu yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olması oluşturduğundan, üçüncü kısımda; subuta ilişkin kanaatin içeriğini oluşturan vakıaların hangi delillerden nasıl çıkartıldığı ortaya konulmalıdır. Buna göre delillerin değerlendirilmesi daha çok subutun şekli yönünü ilgilendirirken, takdir ise hâkimin çıkarımlarının nedenleri hakkındadır. Hâkim hangi delile, neden ve ne kadar inandığını ve hangi sebeplerden dolayı güvenilir bulunduğunu hükmün gerekçesine yazmalıdır. Delil değerlendirmesi ve takdirinde bu kapsamda ileri sürülen ayrık görüşler ve akla gelen diğer makul oluş ihtimallerini ayrıca tartışmalıdır. Adı geçen bu genel hatların dışında delillerin takdiri sözkonusu delil türüne göre farklı hususlara dikkat edilerek yapılır. Örneğin sanığın ifadelerinin takdirinde özellikle kendini suçlamama hakkının sınırlarına riayet edilmeli, tanık beyanlarının inandırıcılığı ve güvenilirliği açık bir şekilde ortaya konularak sadece ispatı gereken vakıayı doğrudan ilgilendirmelerinden dolayı mahkûmiyet hükmüne esas alınmamalıdır. Keza bilirkişinin beyanlarının takdiri, vardığı neticelerin değil aynı zamanda bunların esasında yatan tespitlerin dahi hükmün gerekçesine yazılmasını gerekli kılar. Belge delillerinin takdiri ve keşfin neticelerinin hükme yazılmasında ayrıca riayet edilmesi gereken hususlar mevcuttur.

Delillerin değerlendirmesi ve takdirini, dördüncü kısımda, maddi dayanakları var olduğu kabul edilen ve ilk kısmında tasvir edilmiş olan olayın hukuki nitelendirmesi takip eder. Hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde olayın tasvirinden tipikliği gerçekleşen suçun ne olduğu anlaşılıyorsa; buna ilişkin kanun maddesinin gerekçeye yazılması, nitelikli ve suçun özel ortaya çıkış halleri ile iştirak ve içtimâ

durumlarının varlığı halinde bunların belirlenmesiyle hukuki nitelendirme gerçekleştirilmiş olur. Bunun dışında hukuki izahata, bazen somut olayın özel koşulları ile iddia ve savunmada ileri sürülen görüşler nedeniyle gerek duyulabilir.

Mahkûmiyet hükümünün gerekçesinin beşinci ve son kısmını cezanın tayini oluşturur. Bunun için hâkimin kendisini somut olarak belirlediği cezaya sevk hallerini ilgili kanuni kıstaslarla ilişkilendirerek ve bu kapsamda ileri sürülen görüşleri göz önüne alarak hükümün gerekçesine yazması gerekir.

## V. Öneri

Yukarda ayrıntılarıyla ortaya konulan bu neticelerin sonunda, mevcut CMK m. 230 mahkûmiyet hükümünün gerekçesinin yazılması konusunda içerdiği sistem, sıralama ve düzenlemeler bakımından ceza muhakemesi hukukunun amaçlarına uygun olmayan, eksik ve yetersiz bir hükümdür. Bundan dolayı adı geçen hükümün mahkûmiyet hükümünün gerekçesi bakımından aşağıda belirtilen şekilde değiştirilmesi kanaatimizce yerinde olur.

### **Madde 230. Hükümün gerekçesinin fiili ve hukuki dayanakları**

(1) Mahkûmiyet hükümünün gerekçesinde aşağıdaki hususlara yer verilir:

a) Sanığın özellikle fiilin hukuki nitelendirmesi ve cezanın tayinine etki edecek şahsi halleri.

b) Sanığın suç teşkil ettiği sabit görülen fiilin, kanunda belirtilen maddi ve manevi unsurlarının vücut bulduğu kabul edilen olgularla tasvir edilmesi.

c) Söz konusu olguların hangi delillerin değerlendirilmesi ve bunlardan elde edilen çıkarımların hangi takdirin sonucu oldukları ispat vasıtalarının güvenilirliği ve inandırıcılığı gözetilerek ortaya konulması; bir olgunun ispatı, her hangi bir belirtirdelilinden veya genel geçer bir tecrübe kuralından çıkarılmışsa, buna ilişkin değerlendirme ve takdirin dahi hüküme dercedilmesi; iddia veya savunmalarda cezai sorumluluğu kaldıracak veyahut azaltacak mahiyetteki makul vakıaların ileri sürülmüş olması halinde bunların esaslı yönleriyle gerekçede dile getirilmesinden sonra makemenin kanaatine göre subut etmediklerinin kabulü halinde nedenleri; delil değerlendirmesinde kabul edilmiş olması halinde, özellikle hukuka aykırı olarak elde edilen delillerden yararlanılmadığının ve diğer delil yasaklarına uyulduğunun belirtilmesi.

d) Esasında yatan olgularıyla tasvir eden fiille, sanığın işlediği kabul edilen suçun ilgili kanun maddesi başlığıyla, suçun kanuni tanımı birden çok alternatif hareketi içermesi halinde hangisi veya hangilerini işlediği, suçun nitelikli halleri ile varsa özel görünüş biçimlerinden hangisi veya hangilerini fiiliyle gerçekleştirdiği;

özellikle iddia veya savunmalarda adı geçen hususlara yönelik cezai sorumluluğunun kalktığını veyahut daha hafif olduğunu ileri süren makul değerlendirmeler ve bunların aksine hüküm kurulduğunda, nedenleri.

e) Cezanın tayinine esas alınan olguların buna ilişkin uygun kanuni unsurlarla ilişkilendirilerek, sanığın lehine veya aleyhine etki ettikleri tespitle yapılacak genel muhakemeden sonra cezanın kanunda belirtilen sıralamalar ve hesaplamalara uygun bir şekilde belirlenmesine; iddia ve savunmada daha hafif bir cezanın tayinine veyahut ceza verilmesine yer olmadığı, uzlaşma, hükümün açıklanmasının ertelenmesine veya hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesine dair lehe makul vakıaların veya hukuki değerlendirilmelerin ileri sürülmüş olması halinde bunların hükümde dile getirilmesinden sonra, aksine karar verilmişse nedenleri.

(2)

...

◆◆◆◆

#### KAYNAKÇA

*Arslan*, Mehmet, Yalan Tanılık Suçunda Gerçeğe Aykırılık. CHD 8/2015, s. 262–280.

- Aussagefreiheit des festgenommenen Beschuldigten im türkischen Recht im Lichte der EMRK. Kreiser, Klaus „u.a (Hrsg.)“, Junge Perspektiven der Türkei Forschung in Deutschland Band 1, Berlin 2014, s. 103 – 115.

*Aşçıoğlu*, Çetin, Yargıda Gereke Sorunu, TBB 48/2003, s. 119 – 116.

*Artuç*, Mustafa/*Hırsılı*, Tahir, Hüküm Kurma Sanatı, Ankara 2013.

*Bekri*, M. Nedim, Gereke Karar Hakkı. ABD 3/2014, s. 205 –228.

*Çakmut*, Özlem Yerener, Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm. EÜHFD, 3–4/2007, s. 29 – 61.

*Centel*, Nur/*Zafer*, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku. 12. Baskı. İstanbul 2015.

*Demirağ*, Fahrettin, Ceza Muhakemesi İşlemleri Açısından Adli Yazı. Ankara 2013.

*Deniz*, İsmail, Ceza Muhakemesinde Hüküm (Türleri-Oluşturma Şekilleri-Şartları), Ankara 2014.

*Doğan*, Koray, Ceza Muhakemesinde Hüküm, CHD 7/2008, s. 169 – 201.

*Feyzioğlu*, Metin, Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İsnadlara

Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi. ABD 1/2000, s. 19 – 44.

- Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996.

*Georg, Philipp/Kretschmer, Marc A./Lorenz, Kilian*, Das erstinstanzliche Strafurteil im Assessorexamen – Teil I, JA 2013, s. 623 – 628.

*Günay, Erhan*, Uygulamalı Ceza Davalarında Hüküm Kurma Esasları ve Hüküm Bozdurulması (Ceza ve Usul Pratiği), Ankara 2006.

*Melzer, Michael*, Der Aufbau des erstinstanzlichen Strafurteils in der Assessorklausur, JuS 2008, s. 878 – 882.

*Meyer-Goßner, Lutz*, Hinweise zur Abfassung des Strafurteils aus revisionsrechtlicher Sicht, NStZ 1988, s. 529 – 537.

*Meyer-Goßner, Lutz/Appl, Ekkehard*, Die Urteile in Strafsachen. 29. Auflage. München 2014.

*Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker*, Ceza Muhakemesi Hukuku. 7. Baskı. Ankara 2015.

*Rösch, Bernd/Stegbauer, Andreas*, Das Urteil in Straf- und Bußgeldsachen. 3. Aufl. 2015.

*Schäfer, Gerhard/Sander, Günther M./von Gemmeren, Gerhard*, Praxis der Strafzumessung. 5. Auflage 2012.

*Şahin, Cumhur*, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi. Ankara 2005.

*Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan*, Ceza Muhakemesi Hukuku II. 4. Baskı. Ankara 2005.

*Üzülmez, İlhan*, Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bi-reyselleştirilmesi, EÜHFD 3-4/2006, s. 203 – 235.

*Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan / Artuç, Mustafa*, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 6. Cilt, 2. Baskı.

*Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe*, Ceza Muhakemesi Hukuku. 3. Baskı. Ankara 2015.

*Yerdelen, Erdal*, Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi, Ankara 2015.

- Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulanması), Ankara 2013.

# YENİ BİR KOLLUK TEDBİRİ OLARAK ÖNLEYİCİ GÖZALTI: İÇ GÜVENLİK PAKETİ KAPSAMINDA DÜZENLENEN KORUMA ALTINA ALMA VE UZAKLAŞTIRMA TEDBİRLERİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

*Preventive Detention as a New Enforcement Measure:  
The Review on the Enforcement Measures of Protecting and Removing  
Legislated in Domestic Security Package*

**Dr. Hakan A. YAVUZ\***

## ÖZET

Suç işlenmesinin önlenmesi ve toplumu tehlikelerden koruma, kolluk güçlerinin en önemli görev ve sorumluluklarındandır. Önleyici gözaltı tedbiri bu görevin yerine getirilmesini sağlayabilecek bir kolluk tedbiridir. Temel bir insan hakkı olarak kabul edilen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını yakından ilgilendiren bu tedbirin düzenlenmesi ve uygulanmasına ilişkin olarak ülkemizde yaşanan süreç önemli tartışmalara sahne olmuştur. 2015 yılında kanunlaşan iç güvenlik paketinin bir parçası olarak düzenlenen koruma altına alma ve uzaklaştırma tedbirleri kolluk mevzuatı bakımından bir eksikliği giderme amacıyla yapılmıştır. Bununla birlikte ortaya çıkan tablo, bu eksikliğin gerçek manada giderilemediğini göstermektedir. Çalışmada önleyici gözaltı tedbirine ilişkin olarak ülkemizde yapılan düzenleme, düzenleme öncesinde gündeme gelen taslak çalışmalar ve karşılaştırmalı hukuk örnekleri ayrıntılı olarak incelemeye tabi tutulmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Önleyici Gözaltı, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Koruma Altına Alma ve Uzaklaştırma Tedbirleri, Kolluk.

## ABSTRACT

Preventing crimes and protecting public safety are the most important duties and responsibilities of the law enforcement agencies. Preventive detention is an enforcement measure that can ensure the fulfillment of this duty. The process regarding the regulation and implementation of these measures which is closely related to the right of freedom and security recognized as a fundamental human right has been scened the considerable debates in Turkey. Protecting and removing measures have been enacted as a part of domestic security package aimed to fill the deficiency in terms of law enforcement legislation. However the picture that emerged shows that this shortcoming can not be fixed by the legislative regulation. In this study, the preventive detention as an enforcement measure is discussed in the context of the regulation, draft regulations and the samples of comparative law.

---

\* Hâkim, hayavuz@gmail.com, <https://independent.academia.edu/HakanYavuz>.



**Keywords:** Preventive Detention, The Right of Freedom and Security, Enforcement Measures of Protecting and Removing, Law-enforcement.



## Giriş

Suçlu kimdir, bir kimsenin yakın zamanda suç işleyebileceği kesin olarak bilinebilir mi, şayet bilinebilir ve suç engellenirse şahıs cezalandırılabilir mi, bir suça ilişkin hazırlık hareketleri cezalandırılabilir mi, suç işlenmesinin veya kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi uğruna alınabilecek tedbirlerin sınırları nelerdir, önleme mi, bastırma mı; güvenlik mi, özgürlük mü..?

Dilimize “Azınlık Raporu” olarak tercüme edilmiş olan Steven Spielberg’in yönettiği ve başrolünde ünlü aktör Tom Cruise’in oynadığı “Minority Report” isimli 2002 yılı Hollywood yapımı filmde, belki de hukuk tarihi kadar eski olan yukarıdaki sorulara cevaplar aranmıştır.

Yıl 2054’tür ve Amerikan Adalet Bakanlığı bünyesinde, gelecekte işlenecek cinayetleri tespit edip, öncesinde engel olmak amacıyla görev yapan “suç öncesi birimi (department of pre-crime)” adı altında bir birim bulunmaktadır. “Kâhin (pre-cogs)” adı verilen ve biyolojik bir beslenme sıvısıyla dolu olan “tapınak (temple)” isimli bir havuzda yaşayan canlılar, “önsezi (pre-cognitive)” yetenekleri sayesinde gelecekte işlenecek cinayetleri belirlemekte ve “suç öncesi polisleri (pre-crimes officer)” adı verilen polisler cinayeti henüz işlememiş olan “suçlu”ları yakalamakta ve cezalandırmaktadırlar. Zira bu kişilerin, henüz suçu işlememiş olmaları, onların masum oldukları ve cezalandırılmayacakları anlamına gelmemektedir<sup>1</sup>; çünkü *bir*

---

<sup>1</sup> Baudrillard, Azınlık Raporu göndermesiyle, Amerika Birleşik Devletleri (ABD)’nin Irak ve Afganistan’ı işgalini değerlendirdiği konuşmasında şu ifadeleri kullanmıştır: “Irak savaşının senaryosu da bundan farklı değildir. Henüz gerçekleşmemiş bir eylem (yani Saddam’ın kitle imha silahlarını kullanma iddiası) bahane edilerek ‘suç’ daha kuluçka aşamasındayken saf dışı edilmeye çalışılmaktadır. Doğal olarak burada sorun, suçun gerçekten işlenip işlenemeyeceğini tespit edebilmektir. Ancak bunu hiçbir zaman öğrenemeyeceğiz. Önemli olan sanal suçun, sözcüğün gerçek anlamında cezalandırılmış olmasıdır. Burada bir genelleme yapacak olursak, yalnızca her türlü suçu değil aynı zamanda mevcut düzen ya da gezegen boyutlarındaki baskı düzenini bozmaya yönelik her türlü programın sistemli bir şekilde engellenmeye çalışıldığını söyleyebiliriz. Günümüz politikası neredeyse bundan ibaret bir şey haline gelmiştir. Bugün artık olumlu bir politik iradedden söz edebilmek mümkün değildir. İktidar, olumsuz anlamda bir caydırıcı, kamu sağlığını koruyucu, güvenliği sağlayıcı, bağımsızlık sistemini kuvvetlendirici, önlem alıcı bir güçten başka bir şey değildir. Bu strateji yalnızca geleceği değil aynı zamanda geçmişte yaşanmış olayları da kapsamaktadır. Örneğin 11 Eylül olayının neden olduğu eziklik Afganistan ve Irak savaşlarıyla örtbas edilmeye çalışılmaktadır. İşte bu yüzden bu savaşın aslında bir amaç ya da hedeften yoksun bir yanlışlığı,

*şeyin gerçekleşmesini önlemek, o şeyin gerçekleşecek olduğu hakikatini değiştirmemektedir.*<sup>2</sup>

“Minority report” tabiri, her ne kadar gündelik dile uygun olarak “azınlık raporu” şeklinde tercüme edilmiş ise de, tabirin hukuk terminolojisindeki tam karşılığı “muhaletet şerhi” veya “azınlık görüşü – karşı oy/görüş” tür. Muhaletet şerhi kavramı, hukuk sözlüğünde; “ayrışık oyu; karşı oy yazısı; bir karara katılmayan kimsenin verilmiş olan karara neden katılmadığını gösteren açıklayıcı yazı”<sup>3</sup> şeklinde tanımlanmış olup, daha ziyade heyet halinde görev yapan mahkemelerin oy çokluğuyla aldıkları kararlarına karşı, çoğunluk görüşünden farklı düşünen hâkim veya hâkimlerin kaleme aldıkları metinler için

sanal yani ‘gerçekleşmemiş bir olay’, bir tür lanet okuma, bir şeytan kovma biçimi olduğu söylenebilir.” Jean BAUDRILLARD, “Sanal Evren ve Haber Dünyası”, (28 Nisan 2004 tarihinde İzmir’de yaptığı konuşma metninden - Tercüme Eden: Oğuz Adanır), *İzinsiz Gösteri*, Sayı 7, 2004, <http://www.izinsizgosteri.net/new/?page=1&content=27,03.05.2015>.

- <sup>2</sup> Filmin hikâyesi kısaca şöyledir: CIA’ya bağlı olarak yürütülen program, yıllar önce oğlunu bir çocuk kaçırma eylemi sonucunda kaybeden ve başkalarının benzer bir acıyı yaşamaması için hayatını bu işin idaresine adayan John Anderton (Tom Cruise) tarafından yürütülmektedir. Sistem başlangıçta kusursuz bir şekilde işlemektedir, zira son 6 yıldır bu sayede hiç cinayet işlenmemiştir. Hatta sistem, televizyon reklamlarında “hiç kimsenin öldürülmediği bir dünya düşünün!” ifadesiyle tanıtılmaktadır. Ancak bir gün kâhinler, John’un 36 saat içinde bir adamı öldüreceğini tespit ederler ve artık “suç öncesi birimi”nin yeni görevi, John’u yakalayıp cezalandırmaktır. Sistemden kaçmak neredeyse imkânsızdır, tek yol sistemin bir açığını bulmaktır. Sahnelerden birinde uyuşturucu satıcısı, gözleri çıkarılmış bir adam John’a, Rotterdam’lı Desiderus Erasmus’un meşhur sözünü söyler: “Körler ülkesinde tek gözlü adam kraldır.” John, sistemin mucidinden, kâhinlerin her seferinde oybirliğiyle karar vermediklerini ve bazen “azınlık raporu” adı altında kayıtlar tutulduğunu, ancak sisteme güveni sarsmamak için bunların gizlendiğini öğrenir. Bunun üzerine John, kendisiyle ilgili olan azınlık raporuna ulaşmak için önce göz taramasıyla yapılan kimlik belirleme sisteminden kurtulmak için bir ameliyatla gözlerini değiştirip, geçici olarak yüzünün şeklini değiştiren bir kimyasal kullanarak tapınağa girer ve Agatha adındaki kâhini kaçırıp beyindeki bilgilere ulaşır. Fakat ne yazık ki kendisiyle ilgili bir azınlık raporu bulunmamaktadır. Buna karşın John, kendisini cinayet işleme noktasına getirecek şeyin ne olduğunu öğrenmek için görüntülerdeki bütün aşamaları tamamlar ve sonunda oğlunu kaçırıp öldürdüğünü söyleyen bir adamla karşılaşır. John silahını adama doğrultur ancak son anda onu öldürmekten vazgeçer ve kâhinlerin hatalı karar verdiklerini kanıtladığını düşünür. O esnada adam, kendisinin aslında çocuğu kaçırın kişi olmadığını, bu mizansenin başkaları tarafından planlanmış bir kurgu olduğunu ve para karşılığında bu işi yaptığını anlatır ve şayet John kendisini öldürmezse ailesinin aç kalacağını söyleyip John’un elindeki silahı tutar ve bir kaza eseri adam vurulur. Filmin sonunda John, sistemin kurucusu ve yöneticilerinden olan ve kendi suçlarını örtmek için John’a komplo kurduğu anlaşılan Lamar Burgess’le karşılaşır. Lamar, elindeki silahı John’a doğrultmuştur ve kâhinlerin öngörülerine göre John öldürülecektir. Ancak John’un öldürülmesi demek sistemin doğru işlediğinin bir kanıtı olmakla birlikte Lamar’ın ömür boyu cezalandırılması anlamına da gelmektedir. Bu ikilem arasında kalan Lamar tercihinin yapar ve kendisini öldürerek geleceği değiştirir.

- <sup>3</sup> Ejder YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2002, s. 841.

kullanılmaktadır.<sup>4</sup> Filmi bu terminolojiyle okuduğumuz zaman, esasen bir kolluk aygıtı olarak konumlandırılan kâhinlerin yaptıklarının, gelecekte olacaklarla ilgili haber vermekten öte, *bir mahkeme gibi yargılama yapmak ve hüküm vermek* olduğu anlaşılmaktadır.

11 Eylül 2001 tarihinde Amerika’da gerçekleşen saldırılar, terörizmle mücadele odaklı güvenlik politikaları doğrultusunda özgürlüklerin daha fazla sınırlandırılması eğilimini ortaya çıkarmıştır.<sup>5</sup> Bunun bir yansıması olarak, birçok ülkede güvenlik kaygısıyla, kolluk yetkilerini özgürlükler aleyhine sınırlayan düzenlemeler yapılmıştır.<sup>6</sup> Bu düzenlemelerden en dikkat çekici olanları, özellikle terör eylemlerinin engellenmesi veya toplumsal olaylara müdahale amacıyla kullanılmak üzere, yargısal bir karar olmaksızın, kişileri özgürlüklerinden yoksun bırakmayla sonuçlanacak, hatta adı geçen filmdeki gibi peşin cezalandırma olarak değerlendirilebilecek tedbirler alınabilmesine imkân veren düzenlemelerdir. Yakın zamanda ülkemizin gündemine de gelen benzer düzenlemeler bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK)’nda değişiklik yapılması amacıyla 2013 yılı sonunda İçişleri Bakanlığı’nca hazırlanıp, ilgili kurumların görüşüne sunulan ancak kamuoyundan gelen yoğun tepki üzerine geri çekilip, yaklaşık bir yıl sonra, 24.11.2014 tarihinde daha kapsamlı bir içerikle, “iç güvenlik paketi” veya “özgürlükleri koruma paketi” adıyla kamuoyuna duyurulup TBMM’ye sunulan ve nihayet 27.03.2015 tarihinde kabul edilerek 6638 sıra sayısıyla

<sup>4</sup> Mustafa Tören YÜCEL, *Hukuk Sosyolojisi*, Türkiye Adalet Akademisi Yayını, Ankara 2014, s. 182.

<sup>5</sup> İngiltere ve kimi Avrupa ülkelerinin, özellikle terör suçlarına ilişkin soruşturmalarda uyguladıkları gözaltı sürelerinde 2001 yılından sonraki artışın bu eğilimin bir göstergesi olduğu ifade edilmektedir. Bkz: “The National Council for Civil Liberties (İngiltere İnsan Hakları ve Özgürlükler Ulusal Birliği) Report”: Terrorism Pre-Charged Detention, *Comparative Law Study*, Temmuz 2010, s. 4vd., <https://www.liberty-human-rights.org.uk/sites/default/files/comparative-law-study-2010-pre-charge-detention.pdf>, 04.12.2014.

<sup>6</sup> Söz konusu süreçte Almanya’da yapılan düzenlemelerle ilgili olarak; yasama organlarının, özgürlüklerin anlam ve önemini azaltmaya taraftar haline geldiği, daha önce temel haklara ilişkin bu tip sınırlamalar kabul görmezken artık sınırlamaların kamuoyunda tepkiyle karşılanmaz hale geldiği ifade edilmiştir. Wolfgang Hoffman-Riem’den aktaran Heiner BIELEFELDET, “Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik (Tercüme eden: Yüksel Metin)”, *Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 271. Almanya’da yapılan düzenlemelerle ilgili kapsamlı bir çalışma için bkz: Tim Nikolas MULLER, “Ceza Hukuku Vasıtasıyla Terörizmi Önleme”, *Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku* (Criminal Law in the Global Risk Society) Editörler: Feridun YENİSEY - Ulrich SIEBER, Bahçeşehir Ün. Yayını, İstanbul 2011, s. 553-563; İngiltere’de yapılan düzenlemelerle ilgili bir çalışma için bkz: Susanne FORSTER, “Birleşik Krallıkta Terörle Mücadelede Suç Sonrası ve Önleyici Çözüm Araçları”, *Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku (Criminal Law in the Global Risk Society)*, Editörler: Feridun YENİSEY - Ulrich SIEBER, Bahçeşehir Ün. Yayını, İstanbul 2011, s. 433-442.

kanunlaşır<sup>7</sup>, 04.04.2015 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren düzenlemenin bir parçası olarak, doktrinde “önleyici gözaltı”, “önleme tutuklaması”, “önleme hapsi”, “polis tutuklaması” gibi ifadelerle isimlendirilmeye çalışılan müessese hukuk sistemimize dâhil olmuştur. Söz konusu tasarı taslağı ve kanunda özü itibariyle aynı mahiyette olan ancak farklı isimlendirmeler yapılan müessese, gerek kamuoyunda gerekse TBMM’deki görüşmelerde harekete tartışmalara neden olmuştur.

2013 yılında hazırlanan taslakta, PVSK’nın 12-13. maddeleri kapsamında, “koruma altına alma” ve “uzaklaştırma” adı altında iki yeni tedbirin ayrıntılı olarak düzenlenmesi öngörülmektedir. 2014 yılında TBMM’ye sunulan ve akabinde 6638 Sayılı Kanunla kabul edilen metinde, 2013’teki öneriden farklı olarak 13. maddede çok sınırlı bir değişiklik yapılmış, maddenin 1. fıkrasındaki “yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar” ibaresinin yerine, “*eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar*” ibaresi ikame edilmiştir.

2013 yılında gündeme gelen tasarı taslağıyla ilgili olarak basında yapılan yorumlarda; bu tedbirlerin, kamuoyunda “gezi parkı olayları” olarak adlandırılan toplumsal olaylar sırasında polislin yaşadığı zafiyeti gidermeye matuf olduğu ve temel bir insan hakkı olarak kabul edilen, kişilerin özgürlük ve güvenlik hakkının aşırı derecede sınırlandırılmasına yol açabileceği, bu durumun da açıkça hukukun temel ilkeleri ile Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) hükümlerine aykırılık teşkil edeceği, şayet bu taslak kanunlaşır, Türkiye Cumhuriyeti’nin bir polis devletine dönüşme tehlikesi altında bulunduğu iddia edilmiştir.<sup>8</sup> Benzer değerlendirmeler kanunlaşan düzenleme hakkında da yapılmıştır.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> 6638 Sayılı Kanunun tam ismi “Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” olmakla birlikte çalışmanın devam eden kısımlarında bu düzenleme için kısaca “6638 Sayılı Kanun” ifadesi kullanılacaktır.

<sup>8</sup> Bkz: Rıza TÜRMEK, “Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Önleyici Gözaltılar”, <http://gundem.milliyet.com.tr/gosteri-yuruyus-hakki-ve-onleyici/gundem/ydetay/1786273/default.htm>, 03.11.2013; İbrahim KABOĞLU, “Örtülü Paket ve Önleyici Gözaltı”, <http://birgun.net/yazi-goster/ibrahim-o-kaboglu/10-10-2013/ortulu-paket-ve-onleyici-gozalti-800.html>, 10.10.2013; Ersan ŞEN, “Önleme Gözaltısı”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1082963-onleme-gozaltisi>, 08.10.2013; Ali Haydar FIRAT, “Önleyici Önlemler”, Radikal 2, 20.10.2013; Kerem ALTIPARMAK, “Önleyici Gözaltıyla Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kalmaz”, 07.10.2013; Gülay GÖKTÜRK, “Önleme Hapsi”, <http://www.bugun.com.tr/onleme-hapsi-yazisi-819492>, 08.10.2013.

<sup>9</sup> Bkz: İzzet ÖZGENÇ, “Prof. Özgenç’ten AYM’ye İç Güvenlik Kanunu Çağrısı!”, <http://www.aktifhaber.com/prof-ozgencten-aym-ye-ic-guvenlik-kanunu-cagrisi-1153057h.htm>, 11.04.2015; Orhan Gazi ERTEKİN, “Bu Bir Yasa Değil Anayasadır!”, <http://www.birgun.net/news/view/bu>

Gerçekten de, yapılan düzenleme ile “düşman ceza hukuku”<sup>10</sup> anlayışının bir yansıması olarak vatandaş, güvenlik gerekçesiyle düşman addedilmek suretiyle özgürlüklerin aşırı derecede sınırlandırılması<sup>11</sup>, suç önleme amacı altında insanların gelecekte suç işleyecekleri varsayımıyla tutulmaları, hapsedilmeleri, hatta cezalandırılmaları mı amaçlanıyor?<sup>12</sup> Yoksa, birçok ülkede zaten mevcut ve uygulanmakta olan bu tedbirlere ülkemizin de ihtiyacı mı var? İşte bu çalışmada, söz konusu düzenlemeleri, evrensel hukuk kuralları, ceza hukukunun temel ilkeleri ile Anayasa ve AİHS’nin ilgili hükümleri bağlamında karşılaştırmalı hukuk örneklerini de dikkate almak suretiyle inceleyip yukarıdaki sorulara cevap aramaya çalışacağız.

Çalışma beş bölümden oluşmaktadır. Öncelikle kavram üzerinde durularak yeni tedbirlerin sistem içerisindeki yeri belirlenmeye çalışılacak, ikinci bölümde ise düzenleme genel hatlarıyla incelenerek bu kapsamda daha önce gündeme gelen tasarı çalışmaları hakkında bilgi verilecektir. Üçüncü bölümde Almanya, İngiltere ve Hollanda bağlamında karşılaştırmalı hukuk örnekleri incelenecek, dördüncü bölümde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin konuyla ilgili yaklaşımı ele alınacaktır. Son bölümde ayrıntılı de-

---

bir-yasa-degil-anayasadir/13343, 08.02.2105; Feridun YENİSEY, “İç Güvenlik Paketi Hakkında Görüşler”, *Çağın Polisi Dergisi* (E. Dergi), S. 157, Ocak 2015, <http://www.caginpolicisi.com.tr/ic-guvenlik-paketi-hakkinda-gorusler/>, 08.01.2016; Metin FEYZİOĞLU, “Feyzioğlu’nun İç Güvenlik Paketi Kaygısı” <http://www.ulkehaber.com/guncel/haber/90865-feyzioglu-nun-ic-guvenlik-paketi-kaygisi>, 12.02.2015; Adem SÖZÜER, “İç Güvenlik Paketi Anayasaya Aykırı”, <http://www.hukukihaber.net/gundem/prof-dr-adem-sozuer-uyardi-ic-guvenlik-paketi-anayasa-ya-aykiri-h53241.html>, 17.02.2015; Ersan ŞEN, “İç Güvenlik Paketi Önerileri”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1302524-ic-guvenlik-paketi-onerileri>, 21.02.2105.

<sup>10</sup> ABD’nin 11 Eylül saldırıları sonrasında “terör örgütü” mensuplarını, yargılamadan cezalandırmak üzere kullandığı Guantanamo kampı örneğiyle somutlaştırabileceğimiz düşman ceza hukuku anlayışının üç temel özelliğinden bahsedilmektedir: Yaptırımların henüz suç işlenmeden veya ispatlanmadan uygulanması, yaptırımların çok ağır ve orantısız olması ve failin usul kurallarından doğan temel haklarının sınırlandırılması ya da yok sayılması. Kavram hakkında bkz: Henning ROSENAU, “Jakobs’un Düşman Ceza Hukuku Kavramı, Hukukun Düşmanı”, Tercüme Eden: Erhan Temel, *Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2008, C. 57, S. 4, s. 391-402. Daha ayrıntılı bilgi için bkz: Kayıhan İÇEL – Yener ÜNVER (Editörler), *Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8*, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.

<sup>11</sup> Levent PİŞKİN, “İç Güvenlik Paketi ya da Düşman Ceza Hukuku”, [http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/203307/ic\\_Guvenlik\\_Paketi\\_ya\\_da\\_Dusman\\_Ceza\\_Hukuku.html](http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/203307/ic_Guvenlik_Paketi_ya_da_Dusman_Ceza_Hukuku.html), 01.02.2015.

<sup>12</sup> 12 Haziran ile 13 Temmuz 2014 tarihleri arasında Brezilya’da düzenlenen FIFA Dünya Kupasının 13 Temmuz’daki final maçı öncesinde 26 kişinin önleyici amaçla gözaltına alınması olayı ünlü romancı Franz Kafka’nın romanlarına atıfla “Kafkaesk (Kafkavari) bir kâbus” olarak nitelendirilmiştir. Bkz: Valdenor JUNIOR, “Protesters, Preventive Detentions and the Kafkaian Nightmare”, <https://c4ss.org/content/29676>, 27.07.2014.

ğerlendirmeler yapıldıktan sonra görüş ve önerilerimiz sıralanacaktır.

## I. Kavram

Özgürlük ve güvenlik hakkının neredeyse tüm insan hakları metinlerinde bir arada düzenlenmesi şüphesiz bir tesadüf değildir.<sup>13</sup> Özgürlük ve güvenlik arasında kurulan denge, devletlerin gerçekten hukuk devleti olup olmadıklarını belirleyebilmek için bir turnusol kâğıdı işlevi görür. Özgürlük hakkı, devletçe korunmaya muhtaç bir haktır, ancak bu hakkın güvenlik gerekçesiyle gereğinden fazla sınırlandırılması kabul edilemez, dolayısıyla güvenlik politikaları ancak özgürlüklere saygı gösterilmesi durumunda bir koruma fonksiyonu icra eder.<sup>14</sup> İşte önleyici gözaltı gibi, güvenlik uğruna kişilerin özgürlükten yoksun bırakılmasına izin veren müesseselerle ilgili olarak yapılan düzenlemeler, bu hassas dengede terazinin hangi tarafının daha ağır bastığı hakkında ipucu verirler.

Önleyici gözaltı, hukuk sistemimize yabancı bir kavram olmakla birlikte uluslararası literatürde, özellikle 2001 yılından sonra üzerinde önemli tartışmaların vuku bulduğu bir kavramdır. Kavram, 2013'te gündeme getirilen tasarı taslağı metninde, "kontrol altına alma", 6638 Sayılı Kanun metninde ise "koruma altına alma" şeklinde ifade edilmiş olmakla birlikte, konuyla ilgili olarak yapılan değerlendirmelerde ve kimi akademik çalışmalarda; "önleme gözaltısı"<sup>15</sup>, "önleme yakalaması"<sup>16</sup>, "önleme tutması"<sup>17</sup>, "önleme hapsi"<sup>18</sup>, "önleyici

<sup>13</sup> Bkz: Birleşmiş Milletler Bildirisi'nin 3. maddesi; Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 9. maddesi; Afrika Şartı'nın 6. maddesi; Amerikan Bildirisi'nin 1. maddesi, Amerikan Sözleşmesi'nin 7. maddesi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi; TC Anayasası'nın 19. maddesi. Özgürlük ve güvenlik hakkıyla ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz: İbrahim ŞAHBAZ, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 55, 2004, s. 201-225.

<sup>14</sup> "Dünyada, kendisinin özgürlüklere hizmet etmediğini kabul edecek tek bir devlet bile yoktur, hatta en otoriter rejimler bile bazı sınırlayıcı uygulamalarını örnek gösterip kendilerini özgürlük yolunda görür ve aynı zamanda özgürlüklerin gerçek anlamda güvence altına alınabilmesi için henüz şartların yeterince olgunlaşmadığını ifade ederler. Aldıkları olağanüstü tedbirlerle uygun siyasi ortamı oluşturacaklarını ve sonra da özgürlükleri güvence altına alacaklarını söylerler. Böylece özgürlük vaatleri belirsiz bir tarihe ötelenirken, mevcut durum geniş ve kapsamlı özgürlük sınırlamaları altında sürmeye devam eder." BIELEFELDET, a.g.e., s. 273, 280.

<sup>15</sup> ŞEN, a.g.e., s. 1.

<sup>16</sup> Feridun YENİSEY, "Önleme Yakalaması", *Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku (Criminal Law in the Global Risk Society)*, Editörler: Feridun YENİSEY - Ulrich SIEBER, Bahçeşehir Ün. Yayını, İstanbul 2011, s. 475; Metin EKŞİ, "Polisin Tehlikeyi ve Suçu Önlemek Amacıyla Kişileri Yakalama ve Uzaklaştırma Yetkisi ve Almanya Örneği", *Suç Önleme Sempozyumu Bildirileri*, Bursa 7-8 Ekim 2011, s. 93.

<sup>17</sup> Feridun YENİSEY, "Önleme Tedbirlerinde Kolluğun Yetkileri", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. I, S. 1. 1978, s. 52.

<sup>18</sup> Mustafa AVCI, "Önleme Hapsi", *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, Yıl 4, S. 1, Mart 2001, s. 1-12.

yakalama"<sup>19</sup>, "önleme tutuklaması"<sup>20</sup>, "muhafaza altına alma"<sup>21</sup>, "kollama altına alma"<sup>22</sup> gibi farklı ifadelerin kullanıldığı da görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelendiğinde, "preventive police custody", "preventive custody", "preventive detention" gibi ifadelerin birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanıldığı görülmektedir.<sup>23</sup> Karşılaştırmalı literatürde ise "detention without charge"<sup>24</sup>, "control order or derogation order"<sup>25</sup> ve "preventive detention"<sup>26</sup> ifadelerinin yaygın olarak kullanılmakta olduğu görülmektedir.<sup>27</sup>

Bu çalışmada, bir kolluk tedbiri olan ve ülkemizde de bu şekilde düzenlenen (*ya da düzenlenmeye çalışılan*) söz konusu tedbir için; idari bir tedbir olması ve uygulanabilmesinin bir koruma tedbiri olan "tutuklama"dan ve soruşturma veya kovuşturma evresinde kişinin akıl hastası olup olmadığının tespiti amacıyla yapılan "gözlem altına alma"dan farklı olarak, bir mahkeme kararına dayanma zorunluluğu bulunmaksızın doğrudan kolluk tarafından uygulanma-

<sup>19</sup> Abdülkadir KAYA, "Önleyici Yakalama", *Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku (Criminal Law in the Global Risk Society)*, Editörler: Feridun YENİSEY - Ulrich SIEBER, Bahçeşehir Ünv. Yayını, İstanbul 2011, s. 509.

<sup>20</sup> Turan GÜZELOĞLU, "Önleme Tutuklaması", *Ceza Hukuku Dergisi*, Ağustos 2009, S. 10, s. 73.

<sup>21</sup> *Bavyera Polis Kanunu* (Tercüme Eden: Feridun Yenisey), Emniyet Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 2007, s. 19.

<sup>22</sup> Feridun YENİSEY, *Yeni Ceza Muhakemesi Hukuku Soruşturma Evresi ve Adli Kolluk*, Ulus Basım Yayın, İstanbul 2011, s. 37.

<sup>23</sup> Bkz: 07.03.2013 tarih ve 15598/08 sayılı *Ostendorf/Almanya* kararı, kararın İngilizce metnine erişim için: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116954,01.01.2014>; kararın Türkçe özeti için bkz: [http://www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/aihm\\_kararlari/ostendorf.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/aihm_kararlari/ostendorf.pdf), 29.04.2015; 31.07.2001 tarihli ve 34578/97 sayılı *Jecius/Litvanya* kararı, kararın İngilizce metnine erişim için: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58781,19.02.2014>.

<sup>24</sup> FORSTER, a.g.e., s. 435.

<sup>25</sup> Anna OEHMICHEN, "Incommunicado Detention in Germany: An Example of Reactive Anti-terrorism Legislation and Long-term Consequences - Part I/II", *German Law Journal*, Vol. 09, No. 07, 2008, s. 877.

<sup>26</sup> Adam KLEIN - Benjamin WITTES, "Preventive Detention in American Theory and Practice", *Harvard National Security Journal*, Vol. 2, 2011, s. 85-191; David COLE, "Out of the Shadows: Preventive Detention, Suspected Terrorists, and War", *California Law Review*, Vol. 97, 2009, s. 693-750; Stella Burch ELLIAS, "Rethinking 'Preventive Detention' From A Comparative Perspective: Three Frameworks For Detaining Terrorist Suspects", *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 49, 2009, s. 99-234.

<sup>27</sup> Kurum Alman hukuk sisteminde "gewahrsam" veya "polizeiliche verwahrung", Hollanda hukuk sisteminde ise "bestuurlijke ophouding" kelimeleriyle ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Almanya için: AİHM *Ostendorf/Almanya* Kararı, p. 30-36; YENİSEY, "Önleme Yakalaması", s. 475; EKŞİ, a.g.e., s. 102-103; Hollanda için: <http://www.burgemeesters.nl/bevoegdheden/ophouding>, 30.04.2015.

sına karar verilebilmesi, esas amacı bir suçun işlenmesinin önlenmesine matuf bir tedbir olması, önleyici özelliğiyle öne çıkması ve geçici bir gözaltı işlemi olması nedeniyle, mevcut terminolojiye de uygunluğu bakımından, “önleyici gözaltı” ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

İncelemeye çalıştığımız tedbir, bir “özgürlükten yoksun bırakma”<sup>28</sup> uygulaması olup, iç hukukumuzda mevcut olan yakalama, tutuklama, gözaltına alma, gözlem altına alma ve muhafaza altına alma kurumlarıyla benzerlik göstermektedir. Buna karşın tedbiri diğerlerinden ayıran temel özellik, özgürlükten yoksun bırakmanın, işlenmiş veya işlenmekte olan bir suçtan, kesinleşmiş bir cezanın infazından yahut hastalık veya bağımlılık gibi etkenlerle tehlikeli kabul edilen kimselerin bu durumlarının tespiti veya topluma zarar vermelerini önlemek zaruretinden ya da sınır dışı etme gerekliliğinden kaynaklanmayıp, *henüz işlenmemiş olan ancak işleneceğinden şüphe edilen muhtemel bir suçtan kaynaklanması* hususudur.

Karşılaştırmalı hukukta “preventive detention” tabiri kullanılarak yapılan düzenlemeler ve bu çerçevede yapılan tartışmalar genellikle terör suçlarının engellenmesine yönelik *suç öncesi önleyici* ve tehlikeli kabul edilen kimi hükümlülerin temel cezalarının infazı sonrasında özgürlüklerinden yoksun bırakmanın devam etmesiyle sonuçlanan *suç/infaz sonrası önleyici/koruyucu* tedbirlere ilişkindir.<sup>29</sup> Benzer tedbirler, özellikle 11 Eylül saldırıları sonrasında,

<sup>28</sup> AİHM kişi özgürlüğünden yoksun bırakma ile kişi özgürlüğünün sınırlandırılması kavramlarını farklı değerlendirmektedir. Mahkemeye göre, bir kişinin sadece hareket (seyahat) özgürlüğünün sınırlandırılması kişi özgürlüğünden yoksun bırakma anlamına gelmez. Bu nedenle, böyle bir durumda kişi özgürlüğüne değil, seyahat özgürlüğüne bir müdahale var olduğu kabul edilir. Bununla birlikte, Mahkemeye göre özgürlükten yoksun bırakılma ve özgürlüğün sınırlandırılması arasındaki fark sadece bir yoğunluk farkıdır, nitelik farkı değildir. Bir başka deyişle ilk bakışta sadece bir sınırlandırma olarak görülen müdahale, çeşitli faktörlerin birleşmesiyle yoksunluğa dönüşebilir. Kerem ALTIPARMAK - Ahmet Murat AYTAÇ - Onur KARAHANOGULLARI - Türkan HANÇER - Devrim AYDIN, “Polis Vazife ve Salahiyet Kanunda Değişiklik: Durdurma , Kimlik Sorma, Arama, Parmak İzi Alınması, Silah Kullanma”, *Hukuk ve Adalet*, S. 11, 2007, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/pvsk.htm>, 15.05.2016; KAYA, a.g.e., s. 513-514.

<sup>29</sup> Örneğin ABD’de; savaş zamanında düşman güçlerine ve teröristlere yönelik, anayasanın askıya alındığı dönemlerde özgürlüklerin geçici olarak kaldırılmasına yönelik, ceza adalet sistemine yardımcı bir tedbir olarak tanıkların korunmasına yönelik, yasadışı göçmenlere yönelik, akıl hastası veya aşırı cinsel suç eğilimi olan kişilere yönelik, bulaşıcı hastalıkların önlenmesine yönelik, alkol veya uyuşturucu bağımlıları, evsizler gibi kimselerin kendilerine ve topluma zarar vermelerini önlemeye yönelik olarak düzenlenen tedbirler genel olarak bu isimle anılmaktadır. Bkz: KLEIN-WITTES, a.g.e., s. 87. Almanya’da suç/infaz sonrası önleyici/koruyucu tedbirlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Ayşe NUHOĞLU, “Suç Tehlikesi Sebepbiyle Özgürlüğün Sınırlanması”, *Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku (Criminal Law in the Global Risk Society)*, Editörler: Feridun YENİSEY - Ulrich SIEBER, Bahçeşehir Üniv.



ABD başta olmak üzere birçok ülkede yaygın ve katı bir şekilde uygulanmaya başlanmıştır.<sup>30</sup> Biz bu çalışmada, önleyici gözaltı kavramını, terör suçlarından bağımsız bir kolluk tedbiri, bir idari tedbir olarak inceleyeceğimizden, terör bağlamındaki örnekler bakımından ayrıntılı açıklama yapmayacağız. Bununla birlikte, insan hakları hukukuna ilişkin temel esaslar dikkate alınarak yapılacak değerlendirmelerimizin, bu kapsamdaki tedbirlerin hukukiliği bakımından da geçerli olacağı muhakkaktır.

Özgürlükten yoksun bırakma hallerine ilişkin olarak hukuk sistemimizde bulunan düzenlemelerin temel dayanağı, Anayasa'nın "Kişi hürriyeti ve güvenliği" başlıklı 19. maddesidir. AİHS'nin 5. maddesine paralel hükümler içeren bu düzenlemeye dayalı olarak mevzuatta yer alan ve özgürlükten geçici olarak yoksun bırakmayla sonuçlanan tedbirleri şu şekilde sıralamak mümkündür: "Yakalama" (CMK'nın 90. maddesi), "gözaltına alma" (CMK'nın 91. maddesi, Kabahatler Kanunu'nun 40. maddesi, PVSK'nın 4/A maddesi), "tutuklama" (CMK'nın 100. maddesi), "gözlem altına alma" (CMK'nın 74. maddesi), akıl hastalarına özgü bir güvenlik tedbiri olarak "muhafaza altına alma" (TCK'nın 57. maddesi, PVSK'nın 13. maddesi), "disiplin hapsi" (CMK'nın 2, 60, 124 ve 203. maddesi), usulüne aykırı şekilde ülkeye giren veya sınır dışı edilmesi gereken kimseler için uygulanan "idari gözetim" (6458 Sayılı Kanunun 57. maddesi), "kontrol altında tutma" (Kabahatler Kanunu'nun 35. maddesi) ve nihayet "koruma altına alma" (PVSK'nın 13. maddesi).

Mahiyetleri bakımından incelendiğinde; söz konusu tedbirlerden yakalama, gözaltına alma, tutuklama ve muhafaza altına alma tedbirlerinin, işlenmiş veya işlenmekte olan bir suça ilişkin şüphenin varlığı halinde uygulanabilmesi nedeniyle *adli* mahiyette; disiplin hapsi, gözlem altına alma, idari gözetim ve koruma altına alma tedbirlerinin ise belirli bir düzenin korunması veya belirli bir işlemin yapılması için getirilen yükümlülükler aykırı olarak hareket edilmesi durumunun varlığı halinde uygulanabilmesi nedeniyle *idari* mahiyette tedbirler olduğu görülmektedir.

---

Yayını, İstanbul 2011, s. 487-497; Avrupa Birliği ülkeleri ve ABD'deki düzenlemelerle ilgili bir değerlendirme için bkz: Christopher SLOBOGIN, "Preventive Detention in Europe and the United States" ***Social and Political Theory Workshop***, Vanderbilt University, 2014, <http://www.law.unc.edu/documents/faculty/adversaryconference/sloboginravennapaper.pdf>, 04.06.2015.

<sup>30</sup> ABD'de yeniden suç işlenmesinin önlenmesi ve toplumun tehlikeli kişilerden korunması bağlamındaki önleyici gözaltı düzenlemeleri ve uygulamaları hakkında bir çalışma için bkz: Ted, SAMPSELL - JONES, "Preventive Detention, Character Evidence and the New Criminal Law", ***Utah Law Review*** (2010), p. 723-777, <http://open.wmitchell.edu/facsch/175>, 19.08.2015.

Öte yandan, tutuklama, gözlem altına alma, muhafaza altına alma ve disiplin hapsi tedbirleri ancak bir *hâkim veya mahkeme kararı* ile uygulanabilirken; yakalama, gözaltına alma, idari gözetim ve koruma altına alma tedbirlerinin uygulanabilmesi için böyle bir karara ihtiyaç bulunmamaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında *önleyici gözaltı tedbiri*; işlenmiş veya işlenmekte olan bir suçla ilişkin şüphenin varlığı aranmadan, henüz işlenmemiş ancak işleneceği yönünde şüpheler, emareler bulunan bir suçla ilişkin olarak, kolluk veya kolluk birimlerine emir verme yetkisi bulunan idari görevlilerin emriyle uygulanabilen, uygulanan kişi bakımından hem koruma hem de kontrol vasfı bulunan, süresi muhtemel suçla ilişkin eylemin gerçekleştirilmesi ihtimalinin devam etmesi ile sınırlı, belirli süreden sonra bir yargısal denetim yapılması zorunluluğu bulunan, tamamıyla suç işlenmesinin, kamu düzeninin bozulmasının ve kişilerin zarar görmesinin önlenmesini amaçlayan, koruyucu vasfıyla değil daha ziyade önleyici vasfıyla belirginleşen bir *idari tedbir*, bir *kolluk/polis tedbiridir*.

## II. Ana Hatlarıyla Ülkemizdeki Düzenleme ve Taslak Çalışmalar

Bu bölümde, söz konusu tedbire ilişkin düzenlemenin hangi ihtiyaca binaen gündeme geldiği hususu tartışıldıktan sonra, konuyla ilgili olarak 2013 yılından önce yapılan çalışmalara değinilecek, akabinde 2013 tarihli tasarı taslağında öngörülen değişiklik metni ile 2015 yılında kanunlaşan metindeki düzenlemeler kısaca aktarılacak, ayrıntılı değerlendirme ise başka bir bölümde yapılacaktır. Bu karşılaştırmalı incelemeden maksat, 6638 Sayılı Kanun ile yapılan düzenlemede, kanun koyucunun muradını doğru olarak tespit edebilme çabasından ibarettir.

### A. Tedbirin Düzenleme Sebepleri

Suç ve suçluyla mücadelenin üç farklı boyutu bulunmaktadır. Bunlar; suç öncesinde mücadele, suçun işlendiği sırada mücadele ve suç sonrası mücadeledir. Suç öncesinde ve suçun işlendiği sırada yapılması gereken mücadele faaliyeti genel olarak idare ve kolluk tarafından alınan tedbirlerle gerçekleştirilmektedir. Suç sonrası mücadele ise koruma tedbirleri ve yaptırımlar ile yargı kararları üzerinden savcılıklar eliyle infaz kurumları ve kolluk aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Çalışma konumuz, daha ziyade idarenin/kolluğun suç öncesi önleyici fonksiyonuna ilişkin bir husustur.

Suçun işlenmesinden önce yürütülen düzenleyici, önleyici, koruyucu ve caydırıcı hizmetler ile suçun işlenmesinden sonra maddi gerçeğin ortaya çık-

rılmasına katkıda bulunmaya yönelik olmak üzere; toplumda kanun hâkimiye-tini, huzur ve güveni sağlamak, kamu düzenini temin etmek, suçları önlemek, suç ve suçlularla mücadele etmek, suçluyu ve suçta kullanılan eşyayı ele geçirmek suretiyle delilleri toplamakla görevli ve yetkili kılınmış bulunan birimlerin tamamı “kolluk” olarak adlandırılmaktadır.<sup>31</sup> Bu çerçevede kolluğun, birinci aşamada yani suçun işlenmesinden önce ve suçun bastırılması aşamasında görev yapan kısmına “idari kolluk (önleyici kolluk, suç öncesi kolluk)”; ikinci aşamada yani suçun işlenmesinden sonra görev yapan kısmına ise “adli kolluk” adı verilmektedir.<sup>32</sup> Önleyici gözaltı tedbiri bu sınıflandırmada idari/önleyici kolluk faaliyeti kategorisine dâhil bulunmaktadır.

Suç öncesi önleyici kolluk faaliyetlerine ilişkin genel ilke ve yetkiler PVSK ile Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu (JTGYK)’nda düzenlenmiştir. Çalışma konumuz, genel kolluk hizmetlerine ilişkin temel bir kanun metni olan PVSK’da yapılan değişikliğe ilişkin olduğundan bu kanun kapsamındaki hükümlere değinmekte fayda görmekteyiz.

Gerek sistematığı, gerek kullanılan terminoloji, gerekse madde içerikleriyle tam bir “yamalı bohça” görünümünde olan ve ihtiyacı kesinlikle karşılamayan 1934 tarihli PVSK’da, polisin hangi görevleri, hangi esaslara uygun olarak yapabileceğinin tespiti, samanlıkta iğne aramak kadar zordur.

Kanunun 2. maddesinin lafzından, polisin suç öncesi ve suç sonrası olmak üzere iki temel görevinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Maddenin 1-A fıkrasında kullanılan; “*Kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, Hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak*” cümlesinden, polisin öncelikli görevinin suç öncesi önleyici kolluk faaliyeti olduğu anlaşılmaktadır. Devam eden maddelerde, net bir sınıflandırma yapılmamakla birlikte, “Durdurma ve kimlik sorma” başlıklı 4/A maddesinin 1.a fıkrasındaki “*Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek*” ifadesi; “Önleme araması” başlıklı 9. maddenin 1. fıkrasındaki “*Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla...*” ifadesi ve ek 4. maddesinin 1. fıkrasındaki “*Polis, görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde, hizmet branşı, yeri ve zamanına bakılmaksızın, bir suçla kar-*

<sup>31</sup> Ali ŞAFAK – Vahit BIÇAK, *Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis*, 6. Baskı, Roma Yayınları, Ankara 2005, s. 91.

<sup>32</sup> Ali İhsan ERDAĞ, “Kolluğun ‘Durdurma ve Kimlik Sorma’ Yetkisi, (PVSK madde 4/A)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 68, S. 2010/4, s. 38. Alman Hukukunda bu ikili ayırım şu benzetmeyle ifade edilmektedir: “Polisin iki şapkası bulunmaktadır: suç oluşmadığı sürece taktığı önleyici görev ve yetkilerine ilişkin şapkası ve suç oluştuğunda taktığı adli görev ve yetkilerine ilişkin şapkası.” EKŞİ, a.g.e., s. 98.

*şlaştığında suça el koymak, önlemek...*” ifadesiyle, polisin hangi durumlarda suçu önleme adına harekete geçebileceği düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, esas ve öncelikli görevi suçun önlenmesi ve kamu düzeninin sağlanması olan polisin, suç öncesi önleyici faaliyetlerine ilişkin düzenleme oldukça muğlak bir görünümündedir. PVSK'nın genel görünümüne bakıldığında polisin, önlemeden ziyade bastırma ve yaptırımları yerine getirme görevine önem verildiği kanısı uyanmaktadır. *Kanımızca* bu görünüm, ceza adalet sistemimizin önceliğinin ne olduğu hususundaki belirsizlik ve kararsızlığın bir göstergesidir. Bu sistemde, önlemeye mi yoksa bastırma ve cezalandırmaya mı öncelik verildiğini net olarak anlamak mümkün bulunmamaktadır.<sup>33</sup>

Konumuza dönersek, bir suçun işleneceği yönünde ihbar yapılması, istihbari bilgi, delil veya emare temin edilmesi durumda polis hangi tedbirleri alabilecektir? Henüz işlenmiş, işlenmekte olan veya işlenmeye teşebbüs edilen bir suçtan bahsedemeyeceğimiz bu gibi durumlarda, polisin müdahalesinin hukuki dayanağı ne olacaktır?

Yukarıda nakledilen maddelere bakıldığında, polisin suçun işlenmesinin önlenmesine yönelik faaliyette bulunabileceğinin açık olduğu ancak bu kapsamda münhasıran neler yapabileceği hususunun ise net olmadığı görülmektedir.<sup>34</sup> Konumuz bağlamında iki farklı örnek üzerinden durumu somutlaştırmak gerekirse:

- Daha önce birçok kez, birlikte işledikleri hırsızlık suçları nedeniyle soruşturulan, hakkında davalar açılan ve hatta kesinleşmiş mahkûmiyet kararları bulunan üç kişiden birisi polise başvurarak, diğer iki arkadaşının belirli gün ve saatte, daha önce hep birlikte tespit ettikleri yaşlı ve zengin bir kadının evine gireceklerini, kadının kolundaki 8 adet altın bileziği, kadının kolunu kesmek suretiyle alacaklarını, hatta şahıslardan bir tanesinin sırf bunun için hırdavatçıdan kıl testere temin ettiğini söyleyerek ihbarda bulunur. Polis, durumu savcıya bildirir ve savcıdan “bu aşamada yapılacak bir şey yok, an-

<sup>33</sup> Gerçekten de ceza adalet sistemimizin belirgin bir suç siyaseti olup olmadığı, önleme, bastırma ve yaptırım uygulama aşama ve seçeneklerinden hangisine daha yoğun olarak odaklanıldığı sorularına tatmin edici bir cevap bulmak mümkün görünmemektedir. Bkz: Hakan A. YAVUZ, “Bardağa Hangi Tarafından Bakmalı? Rehabilitasyon ve Yeniden Sosyalleşme Kavramları Bağlamında Türk Ceza İnfaz Sistemi Üzerine Düşünceler”, *Türk ve Avrupa Hukukunda Yeni Anlayışlar: Denetimli Serbestlik Düzenlemeleri ve Uygulamalar Konulu Panelde Sunulan Tebliğ*, Akdeniz Üniversitesi, Antalya, 7-8 Nisan 2016, <https://independent.academia.edu/HakanYavuz>, 10.05.2016.

<sup>34</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz: EKŞİ, a.g.e., s. 92, 96.

latılan eylemler hazırlık hareketi niteliğindedir” cevabını alır. Bu durumda, suçu önleme sorumluluğu bulunan polisin tek çaresi bulunmaktadır; belirli yer ve saatte pusu kurup, şüphelileri ya teşebbüs aşamasında ya da suçu işledikleri sırada yakalamak suretiyle engellemek. Ancak şayet şüpheliler fikirlerini değiştirip eylemi daha önce veya daha sonra gerçekleştirmeye kalkarlarsa, ihbarı almalarına rağmen müdahale etmeyen polisin sorumluluğu ne olacaktır? Yahut şüpheliler eylemi gerçekleştirmeye başladıkları sırada, kendilerine müdahale eden polisler veya mağdura zarar verirlerse ne olacaktır?

• Yine, daha önce bir terör örgütüne üye olmaktan hakkında kovuşturma yapıp cezaya mahkûm edilen ve cezasının infazından sonra serbest bırakılan bir kişinin, 18 yaşından küçük bir grup gençle İstanbul Taksim’de yapılacak olan 1 Mayıs gösterilerine katılacağı ve gösteriyi, atacakları sloganlar ve Taksim’de bulunan marketlerden satın alacakları çatatpatları patlatmak suretiyle provoke edecekleri yönünde 30 Nisan günü bir ihbar alan polis, bu eylemi engellemek amacıyla nasıl bir önlem alabilecektir? Bu şahısların eylem öncesinde örgüt üyeliği isnadıyla gözaltına alınmalarına yetecek ölçüde bir şüphe bulunmayıp, elde yalnızca soyut bir ihbar bulunduğunu düşünürsek, bu durumda polisin alabileceği tedbirler nelerdir? Uygulamada polis, şahısların planladıkları eylemi gerçekleştirmeye başlamalarını bekleyip, en kısa sürede müdahale ederek, yapabilirse şahısları başta 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’na aykırı davranmaktan ötürü gözaltına almaktadır. Bu süreçte şahısların kamu düzenini bozmalarının önüne geçilemediği gibi, gözaltı işlemleri sırasında ve gösteri sonrasında yapılan soruşturmalarda bazı hukuka aykırılıklar ortaya çıkmakta, bu yolla soruşturulan kişilerin birçoğu hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmekte, açılan davalar da çoğunlukla beraat ile sonuçlanmaktadır. Zira bu gibi durumlarda polisin toplumsal olaylara müdahale sırasındaki önleyici ve bastırıcı kolluk rolü, adli kolluk rolünün önüne geçmekte, dolayısıyla şahısların hukuka aykırı davranışlarını ispatlayabilecek ölçüde delil toplanamadığı gibi, tamamıyla masum bazı kişiler de bu süreçte şüpheli konumuna düşebilmektedir.

İşte PVSK’nın durumu, uygulamada sıkça karşılaşılan bu can alıcı soru(n) ları gündeme getirmektedir.<sup>35</sup> İlgili mevzuata bakıldığında, *amaca uygunluğ ve uygulanabilirliğini ilerleyen bölümlerde tartışacağımız üzere* PVSK’nın 13. maddesinde yapılan değişiklik dışında, suç işleyeceği şüphesiyle kişilerin, hatta suç geçmişisi olan tehlikeli kimselerin dahi, belirli bir süre tutulmasını ve

<sup>35</sup> Benzer örnekler için bkz: EKŞİ, a.g.e., s. 106.

özgürlüğünden yoksun bırakılmasını temin edecek bir yetkinin ne idareye ve kolluğa ne de yargıya verildiğini görüyoruz.<sup>36</sup>

Suç işlenmesinin önlenmesiyle ilgili olarak polisin yetkileri hakkında yukarıda kısaca izah edilen boşluğun, özellikle toplumsal olaylar sırasında işlenmesi muhtemel suçların önlenmesi konusunda zafiyete neden olduğu ileri sürülmüştür. 2013 yılının Haziran ayında yaşanan ve kamuoyunda “gezi parkı olayları” olarak anılan, yaklaşık bir ay süren ve başta İstanbul ve Ankara olmak üzere tüm ülke çapında yapılan, akabinde DEHAŞ terör örgütünün Suriye’nin Aynel Arab (Kobani) şehrine ilerlemesine tepki olarak 6 Ekim 2014’te başlayıp tüm güneydoğu illerine yayılan ve kamuoyunda “Kobani olayları” ya da “6-7 Ekim olayları” olarak anılan şiddet içerikli protesto gösterileri sırasında polis tarafından alınan tedbirlerin, eylemleri önleme ve bastırmada yetersiz kaldığı ve bu durumun ancak kanun değişikliği yapılarak kolluğun bazı yetkilerinin genişletilmesi suretiyle aşılabileceği görüşü kamu otoritelerine hâkim olmuş ve söz konusu düzenlemeler gündeme getirilmiştir.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Konuyla ilgili olarak, 1961 Anayasası döneminde yürürlükte olan 1631 sayılı Askerî Muhakeme Usulü Kanunu’nun 105. maddesinin 1 numaralı bendinin “d” fıkrasında şöyle bir tutuklama sebebi bulunmaktaydı: “Cürmün izlerini yok edeceğini veya şeriklerini uydurma beyanata veya şahitlikten kaçınmaya sevkeyeyeceğini gösterir veyahut salverildiği halde yeniden suç yapacağına delâlet eder sebepler varsa”. Bununla birlikte maddedeki tutuklama sebebinin ön şartı, hâlihazırda bir suç soruşturmasına muhatap olan şüphelinin mevcudiyeti idi. Hükümle ilgili olarak açılan iptal davası neticesinde Anayasa Mahkemesi bu hükmün 1961 Anayasası’na aykırı olduğuna karar vermişti. Mahkeme kararın gerekçesinde: “Burada tutuklama, işlediği bir suçtan dolayı hakkında kovuşturma yapılan bir kimsenin salverildiği takdirde başka bir suç işlemek tehlikesini önlemeyi hedef tutan ihtiyatî bir tedbir olarak düşünülmüştür. Kanunun koyduğu bu tutuklama sebebinin, maznunun işlediği suçla hiç bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu sebeple ortada muhakeme hukuku bakımından bir zorunluk söz konusu olamaz. (Yeniden suç yapacağına delâlet eder sebepler varsa) hükmü çok müphemdir. Kaldı ki, kimin sonradan suç işleyeceğini kestirmenin mümkün olamayacağı göz önünde tutulursa makul bir sebebe dayanmayan ve belli bir sınırı olmayan bu hükmün keyfi taktirlere yol açacağı ve bunun da kişi dokunulmazlığını tehlikeye düşüreceği ve kişi hürriyetinin özüne dokunacağı şüphesizdir. Saniğin başka bir suç işlemesini önlemek için ihtiyatî bir tedbir olarak tutuklanması Anayasa’nın (30) uncu maddesindeki (Veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde) hükmünün kapsamına girmeyen ve Anayasa’nın kanun koyucuya verdiği direktife de uygun olmayan, rastgele bir tutuklama halidir. Bu bakımlardan sözü edilen (D) fıkrasındaki (Veyahut salverildiği takdirde yeniden suç yapacağına delâlet eder sebepler varsa) hükmü Anayasaya aykırı bulunmuştur.” ifadelerini kullanarak hükmü iptal etmiştir. Bkz: Anayasa Mahkemesi’nin 26.06.1963 tarihli kararı, Resmi Gazete, Tarih/Sayı: 7.11.1963/11549, Esas No: 1963/197, Karar No: 1963/166. Karar için bkz: [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar\\_dergisi/kd\\_01.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_01.pdf), 08.05.2015.

<sup>37</sup> Bkz: <http://www.aljazeera.com.tr/haber/ic-guvenlik-paketi-alt-komisyonu-sevkedildi>, 26.05.2015; <http://www.haber7.com/ic-politika/haber/1209222-efkan-ala-bilancoyu-acikladi>, 26.05.2015; <http://www.milliyet.com.tr/sabote-ediyorlar/siyaset/>

## B. 2013 Yılı Öncesinde Yapılan Mevzuat Çalışmaları

2005 yılında yapılan reformla ceza mevzuatımız bütünüyle yenilenerek, mevcut ihtiyaca cevap vermeyen temel kanunlar ve yönetmelikler yeniden düzenlenmiştir. Temel ceza mevzuatında yapılan bu yenileme çalışması, kolluk hukukuna ilişkin esasların bulunduğu kanunlar için geçerli olmamıştır. Bununla birlikte temel ceza mevzuatına uyumlaştırılması amacıyla PVSK'nın bazı maddelerinde 2007 yılında çıkarılan 5681 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmıştır.

Öte yandan PVSK yerine ikame edilmek üzere "Polis Görev ve Yetkileri Kanunu" adı altında bir kanun hazırlanması amacıyla 2006-2007 yıllarında Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde bir çalışma yapılmıştır. Çalışma kapsamında Almanya ve diğer Avrupa ülkelerinde bulunan mevzuat ve uygulamaya ilişkin inceleme ve değerlendirmeler yapıldıktan sonra 2007 yılında 54 maddelik bir taslak hazırlanmıştır. Ancak taslak, kanunlaşma sürecine dahi girmeden gündemden düşmüştür.<sup>38</sup> Söz konusu taslak çalışmasında, 2013 yılında gündeme gelen değişiklik taslağı ile 2015 yılında kanunlaşan düzenlemelerin izlerini bulmak mümkündür.

Söz konusu kanun taslağının 16. maddesi "Kontrol altına alma", 17. maddesi ise "Uzaklaştırma" başlığını taşımaktaydı. Maddeler şu şekilde öngörülmüştü:<sup>39</sup>

*"Kontrol altına alma*

*Madde 16 – (1) Polis;*

*a) Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için ilgili mevzuatta belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol bağımlısı olan kişileri,*

*b) Haklarında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmiş olup da, bu kararın gereklerine uymayan çocukları,*

*c) Halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları,*

*ç) Herhangi bir sebeple hayatı veya sağlığı bakımından somut bir tehlikeyle karşı karşıya bulunanları,*

*d) Genel sağlık bakımından somut bir tehlike oluşturan kişileri,*

---

ydetay/2015975/default.htm, 26.05.2015; [http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/224761/Davutoglu\\_\\_ic\\_Guvenlik\\_Paketi\\_cozum\\_surecinin\\_onunu\\_acacak.html#](http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/224761/Davutoglu__ic_Guvenlik_Paketi_cozum_surecinin_onunu_acacak.html#), 26.05.2015.

<sup>38</sup> EKŞİ, a.g.e., s. 107.

<sup>39</sup> Bkz: EKŞİ, a.g.e., s. 107 – 109.

- e) Mevzuata aykırı olarak ülkede bulunduğundan şüphe edilen yabancıları,  
f) Belirli bir suçu işlemeye yönelik hazırlık yaptığı somut vakıalara dayanılarak tespit edilen kişileri,

*kontrol altına alır.*

(2) Kontrol altına alma, kişinin, bu maddede belirtilen sebeplerle, kendisinin veya başkalarının ya da toplumun korunması amacıyla, güvenlik şartlarının gerektirdiği yerlerde, sağlığına zarar vermeyecek ve ihtiyacı karşılanacak şekilde, tutulmasını ifade eder.

(3) Polis, kişinin kontrol altına alınmasını, kontrol altına alındıktan sonra kaçmasını veya kaçırılmasını, başkalarına zarar vermesini veya kendisine zarar verilmesini önleyecek her türlü tedbiri alır.

(4) Kontrol altına alınan kişi, gerekli olması hâlinde hekim kontrolünden geçirilerek, sağlık durumu belirlenir.

(5) Polis, gerekli olması halinde, kontrol altına alınan kişinin durumunu yakınlarına bildirir.

(6) Kontrol altına alınmayı gerektiren sebeplerin ortadan kalkması halinde bu tedbire derhal son verilir. Ancak, polis; kontrol altına alma tedbirinin yirmidört saati aşacak olması hâlinde, devamı hakkında karar vermesi için sulh ceza hâkimine başvurur. Sulh ceza hâkiminin vereceği kararla kontrol altına alma tedbirinin süresi yedi güne kadar uzatılabilir.

(7) Kontrol altına alınanlardan;

a) Toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol bağımlısı olan kişiler, kamuya ait ilgili sağlık kuruluşuna,

b) Haklarında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmiş olup da, bu kararın gereklerine uymayan çocuklar ilgili kuruma,

c) Herhangi bir sebeple hayatı veya sağlığı bakımından somut bir tehlikeyle karşı karşıya bulunanlarla, genel sağlık bakımından somut bir tehlike oluşturan kişiler, kamuya ait bir sağlık kuruluşuna, teslim edilir. Birinci fıkranın (ç) bendine göre kontrol altına alınan kişiler, gerekli tedbirleri almaları koşuluyla, talepte bulunan kanunî temsilcilerine veya yakınlarından birine teslim edilebilir.

(8) Halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanlar, durumları ile ilgili olarak haber verilen yakınları tarafından teslim alınmamaları halinde, sarhoşluğun etkisi geçinceye kadar kontrol altında tutulur.

(9) Kontrol altına alınan yabancılar hakkında 5682 sayılı Pasaport Kanunu ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümleri saklıdır.



(10) Belirli bir suçta işlemeye yönelik hazırlık yaptığı somut vakialara dayanılarak tespit edilen kişiler, suçun işlenmesinin başka suretle önlenmesi mümkün olmadığı takdirde, kontrol altına alınır ve suçta işleme tehlikesi devam ettiği sürece ve her halde altıncı fıkrada belirtilen koşullar altında kontrol altında tutulur.

(11) Kontrol altına alınan kişi, avukatı veya kanunî temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımları, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabilir. Sulh ceza hâkimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhâl ve nihayet yirmidört saat içinde başvuruyu sonuçlandırır. Kontrol altına alınan kişinin yerinde olduğu kanısına varılırsa başvuru reddedilir.”

“Uzaklaştırma

“Madde 17 - (1) Polis, kişilerin can güvenliği bakımından mevcut açık ve yakın bir tehlikeyi önlemek amacıyla, aşağıdaki tedbirleri alabilir:

a) Kişilerin o anda buldukları yerden geçici olarak uzaklaştırılması,

b) Kişilerin bir yere girmelerinin veya bir yere gitmelerinin geçici olarak engellenmesi.

2) Bu tedbirlere uymayanlar, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, kontrol altına alınmazlar.”

Görüldüğü üzere söz konusu tedbirler, yukarıda değindiğimiz benzer tedbirlerle birlikte, eski kanundaki madde metnine eklemeler veya çıkarmalar yapmak yerine, temel ceza mevzuatında yapılan değişikliklere uygun olarak belirli bir sistem dâhilinde yeniden düzenlenmiştir.

### C. 2013 Tarihli Değişiklik Taslağı

2013 yılında İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan tasarı taslağında PV-SK'nın 12-13. maddesi kapsamında düzenleme yapılması öngörülmekteydi. Taslağa göre, kanuna 12. maddeden sonra gelmek üzere, “Kontrol altına alma” ve “Uzaklaştırma” başlıklarıyla iki yeni madde eklenmesi öngörülmekteydi. Düzenlemeye göre:

“Kontrol altına alma

Madde 12/A - Polis; kamu düzeninin bozulması ve kamu hizmetlerinin engellenmesine yönelik yakın bir tehlike teşkil edecek biçimde toplu suç işlemeye hazırlık yaptığı somut vakialara dayanılarak tespit edilen kişi veya kişileri, vali veya kaymakamın yazılı emri ile yirmidört saat süreyle kontrol altına alır. Ancak, polis; kontrol altına alma tedbirinin yirmidört saati aşacak olması halinde, devamı hakkında karar vermesi için sulh ceza hâkimine başvurur. Sulh ceza hâkiminin vereceği kararla kontrol altına alma tedbirinin süresi yedi güne kadar uzatılabilir.

*Suçun işlenmesinin başka surette önlenmesi mümkün olmadığı takdirde, bu kişiler, birinci fıkrada öngörülen süreye bağlı kalmaksızın hâkim kararıyla suçu işleme tehlikesi devam ettiği sürece bir ayı geçmemek üzere kontrol altında tutulur.*

*Polis, kişinin kontrol altına alınmasını, kontrol altına alındıktan sonra kaçmasını veya kaçırılmasını, başkalarına zarar vermesini veya kendisine zarar verilmesini önleyecek her türlü tedbiri alır.*

*Kontrol altına alınan kişi, avukatı veya kanuni temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımlı, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabilir. Sulh ceza hâkimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhal veya en geç yirmidört saat içinde başvuruyu sonuçlandırır. Kontrol altına alınanın yerinde olduğu kanısına varılırsa başvuru reddedilir.”*

#### *“Uzaklaştırma*

*Madde 12/B - Polis, kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut açık ve yakın bir tehlikeyi önlemek amacıyla, aşağıdaki tedbirleri alabilir:*

*Kişilerin o anda buldukları yerden geçici olarak uzaklaştırılması,*

*Kişilerin bir yere girmelerinin veya bir yere gitmelerinin geçici olarak engellenmesi.*

*Bu tedbirlere uymayanlar, eylemleri suç oluşturmadığı takdirde kontrol altına alınır.”*

Bu yeni tedbirlerin yanı sıra taslakta, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) kapsamında, benzer amaçla ihdas edilmek istendiği anlaşılan, ancak ne gözetim ne de tutuklamaya benzemeyen “önleme hapsi” adı altında yepyeni bir özgürlükten yoksun bırakma hali öngörülmüştü. Tutuklamanın düzenlendiği 100. maddeden sonra gelmek üzere eklenmesi öngörülen maddeye göre:

#### *“Önleme hapsi*

*Madde 100/A – (1) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan; Kişinin yerine getirdiği kamu görevi ve sıfatı nedeniyle işlenmiş kasten yaralama (madde 86/3, bent c), silahla işlenmiş kasten yaralama (madde 86, fıkra 3, bent e), neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (madde 87), cinsel saldırı (birinci fıkra hariç madde 102), çocukların cinsel istismarı (madde 103), kişinin kamu görevi nedeniyle işlenen tehdit (madde 106) ve hakaret (madde 125), hırsızlık (madde 141, 142), yağma (madde 148, 149), mala zarar verme (madde 151), dolandırıcılık (madde 157 ve 158), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188) ve görevi yaptırmamak için direnme (madde 265) suçlarında tutuklama kararı verilmediği takdirde ve fiilin tekrarlanma tehlikesinin bulunması halinde verilecek hapis cezasından ayrı olarak, hâkim kararıyla yargılama devam ettiği süre içerisinde suçu işleme şüphesi altında bulunanlar hakkında 7*

*günden 3 aya kadar önleme hapsine hükmolunabilir. Bu filleri daha önce işlemiş olanlar hakkında süre bir katı oranında artırılarak uygulanır.*

*(2) Toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile spor müsabakalarında;*

*a) Kitleleri provoke eden, kışkırtan ve suç işlemeye teşvik eden fiil ve davranışlarda bulunanlar,*

*b) Saldırıda bulunarak direnenler ile şiddet eylemlerine katılanlar,*

*c) Kamuya ve kişilere ait eşyaya zarar verenler,*

*d) Alınan tedbirlere ve yapılan çağrılara uymayarak eylemlerine devam edenler,*

*e) Yasadışı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katıldığı tespit edilenler,*

*Hakkında da birinci fıkra hükmüne göre önleme hapsine hükmolunabilir.*

*(3) Önleme hapsi koşullarının gerçekleşmesi halinde onbeş yaşını doldurmamış çocuklar yetkili ceza infaz kurumlarında altı aya kadar hâkim kararı ile tutulabilir.”*

#### **D. 6638 Sayılı Kanun’la Yapılan Düzenleme**

6638 Sayılı Kanun’la yapılan değişiklikte ise yeni maddeler ihdas edilmesi sözkonusu olmamış, buna karşın 13. maddeye (H) fıkrası eklenerek, devam eden cümlede değişiklik yapılmıştır. Çalışmanın devamında yapılacak açıklamaların daha iyi anlaşılabilmesi için maddenin yeni halinin bir bütün olarak görülmesinde fayda bulunmaktadır. Değişiklik sonrasında 13. maddenin yeni hali şu şekildedir:

*“Madde 13 - Polis,*

*A) Suçüstü hâlinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hâllerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüphelileri,*

*B) Haklarında yetkili mercilerce verilen yakalama veya tutuklama kararı bulunanları,*

*C) Halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk hâlinde başkalarına saldıranları, yapılan uyarılara rağmen bu hareketlerine devam edenler ile başkalarına saldırmaya yeltenenleri ve kavgaya edenleri,*

*D) Usulüne aykırı şekilde ülkeye giren ya da haklarında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınanları,*

*E) Polisin kanunlara uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenleri, direnenleri ve görev yapmasını engelleyenleri,*

*F) Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanması-*

nı gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri,

G) Haklarında gözetim altında ıslahına veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen küçükleri,

H) Başkalarının<sup>40</sup> can güvenliğini tehlikeye düşürenleri, eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar.<sup>41</sup> Yakalanması belirli bir usule bağlanmış kişilerle ilgili kanun hükümleri saklıdır.

Yakalanan kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde her türlü tedbir alınabilir.

Yakalanan kişilere, yakalama sebebi herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhal; toplu suçlarda ise en geç bu kişiler hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.

Kişinin yakalandığı, istediği kanunî yakınlarına derhal bildirilir.

Yakalananlardan,

A) Uyuşturucu madde kullanmış olanlar ile sarhoş olanların,

B) Zor kullanılarak yakalananların,

C) Haklarında suç soruşturması yapılacak olan şüpheli ve sanıkların,

Yakalanma anındaki sağlık durumları tabip raporuyla tespit edilir.

Yakalanan kişilerden suç işlediği şüphesi altında olanlar adli mercilere sevk edilir. Haklarında ıslah veya tedavi tedbiri alınması gerekenler, ilgili kurum yetkilileri tarafından teslim alınır. Yakalama sebebi ortadan kalkanlar derhal serbest bırakılır.”

Bu değişikliğin yanı sıra, esasen bir önleyici gözaltı düzenlemesi olarak kabul edilmesi mümkün olmayan ancak kanun koyucunun, önleyici gözaltı kurumuyla benzer faydalar beklediği anlaşılan bir değişiklik de CMK'nın “Gözaltı” başlıklı 91. maddesinde yapılan değişikliktir. 6638 Sayılı Kanun'un 13. maddesiyle yapılan düzenlemeyle, CMK'nın 91. maddesine üçüncü fıkradan sonra gelmek üzere yeni bir fıkra eklenerek yepyeni bir gözaltı hali ve usulü ihdas edilmiştir. Her ne kadar ayrıntılı olarak inceleme konusu yapılmayacak ise de düzenlemeyi dikkate getirmekte fayda bulunmaktadır. Şöyle ki:

“(4) Suçüstü hâlleriyle sınırlı olmak kaydıyla; kişi hakkında aşağıdaki bentlerde belirtilen suçlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört

<sup>40</sup> Maddenin tasarıdaki halinde bu ibare “Kendisinin veya başkasının” şeklinde iken komisyon görüşmeleri sonucunda son halini almıştır.

<sup>41</sup> İfadenin önceki hali “Yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar” şeklinde idi.

saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir. Gözaltına alma nedeninin ortadan kalkması hâlinde veya işlemlerin tamamlanması üzerine derhâl ve her hâlde en geç yukarıda belirtilen sürelerin sonunda Cumhuriyet savcısına, yapılan işlemler hakkında bilgi verilerek talimatı doğrultusunda hareket edilir. Kişi serbest bırakılmazsa yukarıdaki fıkralara göre işlem yapılır. Ancak kişi en geç kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Bu fıkra kapsamında kolluk tarafından gözaltına alınan kişiler hakkında da gözaltına ilişkin hükümler uygulanır.

a) *Toplumsal olaylar sırasında işlenen cebir ve şiddet içeren suçlar.*

b) *26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;*

1. *Kasten öldürme (madde 81, 82), taksirle öldürme (madde 85),*

2. *Kasten yaralama (madde 86, 87),*

3. *Cinsel saldırı (madde 102),*

4. *Çocukların cinsel istismarı (madde 103),*

5. *Hırsızlık (madde 141, 142),*

6. *Yağma (madde 148, 149),*

7. *Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),*

8. *Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma (madde 195),*

9. *Fuhuş (madde 227),*

10. *Kötü muamele (madde 232),*

c) *12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yer alan suçlar.*

d) *6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen suçlar.*

e) *10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etme.*<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Konuyla irtibatlı olduğu için ifade etmek gerekir ki; 6638 Sayılı Kanun'un 16. maddesiyle 5542 Sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 66. maddesinin 1. fıkrasına ek bir cümle eklenmek suretiyle yeni bir suç ihdas edilmiştir. Maddenin son hali şu şekildedir: "İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler, mahallî mülkî amir tarafından Kabahatler Kanununun 32 nci maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır. (Ek, 6638/16, 04.04.2015-29316) Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi halinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirleri

*f) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 3 üncü maddesinde belirtilen suçlar.”*

Görüldüğü üzere, gerek taslak çalışmalardaki düzenlemeler, gerekse 6638 Sayılı Kanun ile getirilen hükümler dolayısıyla kolluk hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun bazı kurumlarına ilişkin esaslı değişiklikler gündeme gelmiştir. Taslaklarda öngörülen ve yapılan değişikliklerle getirilen düzenlemeler üzerinde etraflı bir incelemeye geçmeden önce, meseleyi daha geniş bir açıdan görmek adına tedbire ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki durum ve AİHM'nin konuyla ilgili yaklaşımını değerlendirmekte fayda vardır.

### III. Karşılaştırmalı Hukukta Önleyici Gözaltı

Daha önce de ifade edildiği üzere söz konusu tedbir karşılaştırmalı hukukta uzun zamandan beri uygulanmakta olan bir tedbirdir. Bu bölümde, yukarıda sözü edilen çalışma, taslak ve kanunlaşan düzenlemede etkileri olduğu bilinen Alman hukukundaki düzenlemenin yanında İngiliz ve Hollanda hukukundaki düzenlemeler aktarılacak ayrıntılı değerlendirme ayrı bir başlık altında yapılacaktır.

#### A. Almanya

Bilindiği üzere Almanya eyalet sistemiyle yönetilmekte olan bir ülke olup, her eyaletin kendi kanunlarını düzenleme yetkisi bulunmaktadır. Buna karşın kolluk yetkilerine ilişkin düzenlemeler büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Önleyici gözaltı tedbiri Bavyera, Hessen<sup>43</sup>, Baden-Württemberg, Niedersachsen ve Nordrhein-Westfalen eyaletlerinde benzer şekilde düzenlenmiştir.<sup>44</sup> Burada, Sayın Feridun Yenisey tarafından Türkçe tercümesi yapılmış olan Bavyera Polis Kanunu'ndaki düzenlemeyi dikkate getirmek istiyoruz.<sup>45</sup>

1990 tarihli Bavyera Polis Kanunu'nun 16-18. maddeleri arasında “Uzak-

---

*aykırı davrananlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”*

<sup>43</sup> Tedbir, Hessen eyaletinde uygulanmakta olan Hessen Kamu Düzeni ve Güvenliği Kanunu'nun 31-34. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz Ostendorf/Almanya kararına konu olması nedeniyle önem arz etmektedir. Düzenlemenin ana hatlarıyla değerlendirmesi için bkz: AİHM *Ostendorf/Almanya* Kararı, p. 30-36; kanunun Almanca tam metni için bkz: [http://www.landesrecht-hessen.de/gesetze/31\\_oeffentliche\\_sicherheit/310-63-hsog/hsog.htm](http://www.landesrecht-hessen.de/gesetze/31_oeffentliche_sicherheit/310-63-hsog/hsog.htm), 01.06.2015.

<sup>44</sup> Ekşi, a.g.e., s. 102.

<sup>45</sup> Kanunun Türkçe tam metni için bkz: Bavyera Polis Kanunu (Tercüme Eden: Feridun Yenisey), s. 13-53; kanunun Almanca tam metni için bkz: <http://www.polizeirecht.de/polizeiaufgabengesetz-Bayern.htm#Gewahrsam>, 01.06.2015.

laşma emri (Platzverweisung)”, ve “Muhafaza altına alma (Gewahrsam)” adı altında iki tedbir düzenlenmiştir.<sup>46</sup> Maddeler şu şekildedir:

*“Uzaklaştırma emri*

*Madde 16 – Polis, halen mevcut bir tehlikeden korumak amacıyla, bir kişinin bulunduğu yerden uzaklaşmasını emredebilir veya onu geçici olarak bir yere girmekten men edebilir. İtfaiyenin veya kurtarma görevlilerinin çalışmalarını engelleyen kişilere de uzaklaştırma emri verilebilir.*

*Muhafaza altına alma*

*Madde 17 – (1) Polis, aşağıdaki hallerde bir kişiyi, korumak amacıyla muhafaza altına alabilir.*

*1. Eğer kişinin hayatını veya vücudunu bir tehlikeye karşı korumak için gerekli ise, özellikle kişinin belirgin bir şekilde iradesini kaybetmiş bir vaziyette veya yardıma muhtaç bir şekilde bulunduğu görüldüğünde bu yetki kullanılır,*

*2. Kişinin bir suç işleyeceği anlaşılıyorsa, hemen işlemek üzere olduğu bu suçu işlemesini önlemek veya işlemekte bulunduğu bir suçun devamını önlemek veya toplum açısından önemli bir tehlike arz eden bir idari kabahatin işlenmesini önlemek amacıyla polis, bu yetkiyi kullanabilir. Bireyin böyle bir fiili işlemek üzere olduğu veya işlenecek olan bir suça katkısı bulunabileceğini öngörebilmek için, polis özellikle aşağıdaki hususlara dikkat ederek, tedbir alma kararını bunlara dayandırmalıdır:*

*a) Bir kişi bir suç işleyeceğini söylemiş veya başkalarını böyle bir suç işlemeye yön-*

---

<sup>46</sup> 2013 tarihli tasarıdaki madde gerekçesinde açıkça “gewahrsam” kurumuna atıfta bulunulmuştur. Gerekçede; “Maddede, mukayeseli hukukta yer alan, ancak mevcut mevzuatımızda açık bir şekilde öngörülmemiş olan “kontrol altına alma” kurumu düzenlenmektedir. Alman Polis Kanunlarında “gewahrsam (muhafaza altına alma)” olarak ifade edilen bu kavram, mevzuatta yerleşmiş kavramlarla karışmaması için kontrol altına alma şeklinde ifade edilmiştir. Kontrol altına alma tedbiri, önleyici kolluk kapsamında bir tedbir olup, bu tedbire başvurmada temel amaç, kişinin veya toplumun tehlikeden korunması ve suç işlenmesinin önlenmesidir. Dolayısıyla buradaki işlem, suç sebebiyle yapılan yakalama işleminden farklıdır. Bu işleme suç işlenmeden veya suç oluşmadan önce başvurulacaktır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve diğer ceza öngören kanunlar bakımından bir suçtan söz etmek için 5237 sayılı Kanunun 35 inci maddesi gereği en azından kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması gerekmektedir. Bu düzenlemeyle hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağı öngörülmüştür. ...Kontrol altına alma tedbiri, önleyici kolluk kapsamında bir tedbir olduğundan mukayeseli hukuktaki düzenlemeler de dikkate alındığında, maddede bu tedbiri bürokrasiye boğmayacak şekilde yeterli düzenlemeler öngörülmüş bulunmaktadır. Bu tedbirin kavranabilmesi için, kişinin veya toplumun tehlikeden korunması ve suç işlenmesinin önlenmesinin temel amaç olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim suç işlendikten sonra alınacak tedbirler kadar, suç işlenmesini önlemek amacıyla alınacak tedbirler de önem taşımaktadır. Bu tedbirin uygulanabileceği örneklerin de geniş bir yelpazede yer aldığı düşünülerek, her durum için düzenleme getirmek yerine, uygulamanın sınırları belirlenmiştir.” ifadelerine yer verilmiştir.

*lendirmiş ise veya yanında bu tür bildiriler veya benzer eşyalar bulunduruyorsa; birey bir kalabalık içerisinde bulunuyor ve kalabalık tahrike kapılacak durumda ise bu tür bildirimlerin bulundurulması, kişinin muhafaza altına alması için bir sebep teşkil eder;*

*b) Kişinin yanında silah veya bir suç işlemeye tahsis edilmiş olduğu açıkça belli olan diğer alet veya eşya varsa veya polisin tecrübesine göre benzer suçlarda bu tür aletlerin kullanılacağı bilinmekte ise veya muhafaza altına alınacak olan kişinin yanında bulunan diğer kişilerin anılan türden eşyaları yanında buldukları ve onun bunu bilmesi gerektiği anlaşılıyorsa veya,*

*c) Aynı kişiye geçmişte benzer durumlarda suç işlenen yerlerde suç veya önemli idari kabahat işlenen yerlerde düzeni bozan kişi sıfatıyla rastlanmışsa ve olayın gerçekleştiği şartlar içerisinde aynı tür bir davranışta bulunması beklenebilecek ise veya,*

*3. 16. maddeye göre verilen uzaklaşma emrinin yerine getirilmesi için kişinin muhafaza altına alınması kaçınılmaz ise, polis bireyleri korumak amacıyla muhafaza altına alabilir.*

*(2) Polis kendisini bakıp gözetmek yetkisine sahip olan kişinin korumasından yoksun kalmış olan veya cinsel açıdan bir tehlike doğuran yerlerde bulunan veya sokak çocuğu biçiminde korumasız bir durumda olan küçükleri muhafaza altına alarak onları bakıp gözetme yetkisine sahip olanlara veya gençlik dairesine götürebilir.*

*(3) Polis tutuklu bulunduğu kurumdan infaz kurumundan veya hakkında güvenlik tedbiri uygulayan kurumdan kaçmış olan veya izni olmadan bu tür infaz kurumlarının dışında bulunan kişileri muhafaza altına alabilir ve onu ilgili kuruma geri götürebilir.*

#### *Hâkim kararı*

*Madde 18 - (1) Polis, bir kişiyi 13. maddenin 2. fıkrasının 3. cümlesi, 15. maddenin 3. fıkrası veya 17. maddeden kaynaklanan yetkisine dayanarak yakaladığı durumlarda geciktirmeksizin özgürlük sınırlamasının hukuka uygunluğu ve devamı hakkında karar vermesi için bir hâkime götürür. Hâkim kararının verilmesine kadar özgürlük sınırlamasının sona erebileceği ve polis tarafından başvuru tedbirin kaldırılacağı anlaşılıyorsa, hâkimden karar alınmasına gerek yoktur.*

*(2) Hâkimin karar vermesinden önce özgürlük sınırlaması sona erdirilmiş ise, yakalanan kişi, bunun küçük olduğu durumlarda kanuni temsilcisi, özgürlük sınırlamasının sona erdiği andan itibaren başlamak üzere bir ay içerisinde, haklı bir menfaati bulunduğu durumlarda özgürlük sınırlamasının hukuka aykırı yapılmış bulunduğu iddiası ile bir tespit kararı verilmesini talep edebilir. Bu talep 3. fıkranın 2. cümlesinde gösterilen yetkili Sulh Ceza Mahkemesine yazılı olarak veya Mahkeme Kaleminde tutanağa bağlanmak üzere sözlü ileri sürülebilir. Sulh Ceza Mahkemesinin bu konuda verebileceği karara karşı acele itiraz yoluna başvurulabilir. İtirazı inceleyecek olan Eyalet Mahkemesinin kararına karşı itiraz edilebilmesi için, Eyalet Mahkemesinin konunun önemini göz önünde tutarak kanun yolunu açması gereklidir.*



(3) 1. fıkra uyarınca verilmesi gereken kararları, kendi yargı çevresinde özgürlük sınırlaması yapılmış olan Sulh Mahkemesi verir. 2. fıkra uyarınca verilmesi gereken kararları almaya, polis tarafından muhafaza altına alınma işleminin yapıldığı yerdeki Asliye Mahkemesi yetkilidir. Bu mahkemeler Özgürlük Sınırlamalarında Uygulanacak Muhakeme Usulü Hakkındaki Kanun da gösterilen muhakeme usulünü uygulayarak karar verirler.

*Yakalanan kişiler hakkında yapılacak işlemler*

Madde 19 - (1) Polis, 13. maddenin 2. fıkrasının 3. cümlesi, 15. maddenin 3. fıkrası veya 17. madde uyarınca bir kişiyi yakaladığı hallerde, ona yakalama sebebinin geciktirmeksizin bildirmesi gerekir; bildirme sırasında, bu konuda başvurabileceği yasal yollar da öğretilir. Hakların bildirilmesi sırasında, serbest iradesi ile beyanda bulunabileceği de açıklanır.

(2) Yakalanan kişiye yakınlarından birine veya güvendiği bir kişiye derhal haber vermesi için, özgürlük sınırlamasının amacının bu yoldan tehlikeye düşmeyeceği hallerde, geciktirmeksizin fırsat verilir. Hâkim tarafından özgürlüğünün sınırlandığı durumlarda yakınlarına haber verme görevi saklıdır. Eğer yakalanan kişi 1. cümle uyarınca kendisine tanınmış olan hakkı bizzat kullanabilecek durumda değilse ve haber verme mefruz iradesine aykırı olmayacak ise, haber verme işlemini polis gerçekleştirir. Yakalanan kişi küçük ise veya kendisi belli mükellefiyetler altında gözetim altında tutuluyorsa veya belli yerlerde bulunması mecburiyeti konulmuşsa, bu gibi hallerde gözetim ile görevlendirilmiş olan kişiye veya bu kişiye bakıp gözetmekle yükümlü olan şahsa, geciktirilmeksizin bilgi verilir.

(3) Yakalanan kişi ayrı bir yerde muhafaza edilir; özellikle hükümlü veya tutuklularla aynı odaya, kendi istemi olmadıkça konamaz. Kadınlar ve erkekler ayrı ayrı yerlerde muhafaza edilirler. Yakalanan kişiye özgürlük sınırlamasının amacının gerektirdiği veya muhafaza altına alındığı yerdeki düzeni korumaya yetecek kadar sınırlamalar getirilebilir.

*Özgürlük sınırlamasının süresi*

Madde 20 - Polis tarafından başvuru tedbirin amacına ulaşılır ulaşılmaz ve eğer hâkim kararı ile özgürlük sınırlamasının devam etmesinin kabul edilmemiş olduğu açıklandığında, yakalanan kişi serbest bırakılır. Diğer hallerde yakalandığı günün bitimine kadar kişinin serbest bırakılması gerekir; hâkimin özgürlük sınırlamasının devam etmesine karar verdiği haller istisnadır. Hâkim vereceği kararda iki haftayı geçmemek üzere, özgürlük sınırlamasının üst süresini tayin eder.”

## **B. İngiltere**

İngiltere, geçtiğimiz yüzyıl boyunca Kuzey İrlanda uyuşmazlığı nedeniyle çok sayıda terör saldırısına maruz kalmış bir ülkedir. 2001 yılında New York'ta

gerçekleştirilen 11 Eylül saldırıları sonrası ülkede terör konusundaki hassasiyet bir kat daha artmıştır.<sup>47</sup> Bu nedenle terör eylemlerini henüz hazırlık aşamasındayken önlemeye matuf yeni polis tedbirleri ihdas edilmiştir. Daha önce de ifade edildiği üzere, önleyici gözaltı tedbiri karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde özellikle terör suçlarının işlenmesini önleme amacına yönelik olarak kullanılmaktadır. Çalışma konumuz genel kolluk yetkileri bağlamında önleyici gözaltı tedbirine ilişkin olsa da, İngiliz sistemindeki genel düzenleme öncesinde terör suçlarını önleme amaçlı iki tedbire de kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

İlk tedbir, 2000 tarihli “Terörizm Kanunu (Terrorism Act 2000)”nda düzenlenen “belirli bir suçlama/isnat olmaksızın tutuklama/gözaltına alma” şeklinde tercüme edebileceğimiz “detention without charge” adındaki tedbirdir. Bu düzenlemeye göre, polis tarafından bir kişinin terörist olduğuna dair makul şüpheye (reasonable suspicion) ulaşılmış olması halinde kişi polis tarafından, herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın gözaltına alınabilmektedir. Kanunun ilk şeklinde asgari gözaltı süresi 7 gün iken, bu süre 2003 yılında yapılan değişiklikle 14 güne, 2006 yılında yapılan değişiklikle 28 güne çıkarılmış, 2012 yılında yapılan değişiklikle tekrar 14 güne indirilmiştir.<sup>48</sup>

İkinci tedbir ise, 2005 yılında çıkarılan “Terörün Önlenmesi Kanunu (Prevention of Terrorism Act 2005)”nda düzenlenen “kontrol tedbiri” şeklinde tercüme edebileceğimiz “control order” adındaki tedbirdir. Bu tedbir, toplumu terör tehlikesinden korumak amacıyla, terörist olduğundan şüphelenilen bir şahıs hakkında verilen önleyici bir tedbirdir. Tedbirin amacı, terörist faaliyetlere yeni katılımların önlenmesidir. Şayet kişi veya kişiler hakkında bir ceza soruşturması açılacak ölçüde delil var ise bu tedbir uygulanmamaktadır. Dolayısıyla tedbir, daha ziyade istihbari bilgiler esas alınarak uygulanan bir tedbirdir. Kontrol kararı İçişleri Bakanı tarafından verilmekle birlikte bir mahkeme tarafından onaylanmak zorundadır. Ancak mahkemenin yetkisi hukuken denetimiyle sınırlı olup yerindelik denetimini kapsamamaktadır. Kontrol kararı genellikle kişinin belirli bir yerde, belirli saatler içinde, belirli şartlar altında kalması şeklinde olmaktadır. Tedbirin süresi 1 yıldır ancak bu süre her yıl yeniden karar verilmek kaydıyla sınırsız bir şekilde uzatılabilmektedir.<sup>49</sup>

Bu iki tedbir dışında konumuzla daha yakından ilgili olan ve genel kolluk

<sup>47</sup> Özellikle 2001 tarihli “Anti Terörizm, Suç ve Güvenlik Kanunu (Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001)”nun ABD’de gerçekleştirilen saldırılara tepki olarak çıkarıldığı ifade edilmektedir. Bkz: FORSTER, a.g.e., s. 434.

<sup>48</sup> Bkz: <https://www.liberty-human-rights.org.uk/human-rights/countering-terrorism/extended-pre-charge-detention>, 03.06.2015.

<sup>49</sup> Tedbire ilişkin tartışmalar için bkz: FORSTER, a.g.e., s. 438-441.

yetkisi kapsamında bulunan, 1986 tarihli “Kamu Düzeni Kanunu (Public Order Act 1986)”nun 64. bölümünün 12-16. maddeleri arasında “önleyici polis gözaltısı (preventive police custody)” tedbirini daha ayrıntılı olarak incelemeye çalışacağız.<sup>50</sup>

Bu Kanunun 12. maddesinde düzenlenen, toplantı ve gösteri yürüyüşlerine münhasır olarak uygulanabilen hükme göre: Kıdemli polis amirinin yazılı emriyle kişi veya kişilerin belirli bir yerde gösteri yapmaları bazı şartlar altında engellenebilir. Şayet kamu düzenini ciddi derecede bozacak ya da kişilerin veya kamunun malına zarar verileceği ya da başkalarının huzurunu bozacak veya onları bir şey yapmaya ya da yapmamaya zorlayacak şekilde eylemde bulunulacağı yönünde bir değerlendirme yapılması durumunda, polis amirinin yazılı emri doğrultusunda polis, kişilerin sağlığı ve kamu düzeninin bozulmaması ile malvarlığına zarar verilmesini önleme amacıyla kişi veya kişileri belirli yerlere yönlendirebilir ya da belirli yerlere gitmelerini engelleyebilir.

Polis amirinin yazılı emri şahıslara bildirilmesine rağmen, bu emre aykırı olarak hareket eden kimselerden, bu eylemi organize eden, katılan ve teşvik edenlerin eylemi suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç karşılığında 3 aydan fazla olmamak kaydıyla hapis ve para cezası öngörülmüştür.

Aynı Kanunun 13. maddesine göre: Şayet polis amiri 12. maddede belirtilen tehlikenin gerçekleşeceği ve orada öngörülen tedbirlerin yeterli olmayacağı yönünde kanaat getirir ise “şehir meclisi (council of the district)”nden söz konusu eylemlerin gerçekleştirilmesi muhtemel alanlarda 3 aydan fazla olmamak kaydıyla gösteri yapılmasının yasaklanması yönünde karar alınmasını isteyebilir. Karara uygun davranmayan kişiler hakkında 12. maddedekine benzer yaptırımlar öngörülmüştür.

Belirtilen Kanunun 14. maddesine göre: Şayet polis amiri 12. maddede belirtilen tehlikenin gerçekleşeceği yönünde bir kanaate ulaşırsa, gösterinin süresini ve gösteri alanına girecek kişi sayısını sınırlayabileceği gibi, gösterinin sonlandırılması da emredilebilir. Emre aykırı davranış suç olarak kabul edilerek 12. maddedekine benzer yaptırımlar öngörülmüştür.

Son olarak Kanunun 14.A maddesine göre ise: Polis amiri, eylemin kamusal hayatın olumsuz yönde etkileneneceği ya da belirli binaların, tarihi, sanatsal, arkeolojik ve bilimsel anlamda önemi haiz yapıların zarar göreceği yönünde bir kanaate ulaşırsa, gösterilerin süresi, yeri, kişi sayısı gibi hususlar bakımından

<sup>50</sup> Maddelerin orijinal metni için bkz: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64>, 08.06.2015.

sınırlanması yönünde emir verebilir. Bu emirle belirlenen sınırlama 4 günden fazla olamaz ve belirlenecek alanın en fazla 5 mil uzağına kadar geçerli olabilir. Emre uygun davranmayan kişiler hakkında 12. maddedekine benzer yaptırımlar öngörülmüştür.

Yukarıdaki düzenlemelerin ortak noktası, söz konusu emir ve kararları ihlal eden *kişi veya kişilerin polis tarafından derhal gözaltına alınabilmesidir*. Söz konusu gözaltı işlemi, her ne kadar polis amiri tarafından yapılsa da, emre aykırı davranış bizatihi suç olarak kabul edildiğinden söz konusu tedbirin idari/önleyici kolluk tedbirinden ziyade adli koruma tedbiri niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.

### C. Hollanda

1992 tarihli Belediye Kanunu (Gemeentewet)'na 2000 yılında eklenen 154.A ve 176.A maddelerinde düzenlenen ve "idari gözaltı" şeklinde tercüme edebileceğimiz "bestuurlijke ophouding" isimli tedbire göre; kamuya açık yerlerde yapılacak olan toplantı ve gösterilerde, belirli grupların hâkim kararı olmaksızın geçici olarak gözaltına alınması mümkün bulunmaktadır.<sup>51</sup> Hollanda İçişleri Bakanlığı tarafından yayınlanan rehberde göre, tedbire ilişkin düzenlemenin daha önce Rotterdam'da meydana gelen bazı olaylara atıfta bulunmak suretiyle 2000 yılında Hollanda ve Belçika'nın ortaklığında yapılan Avrupa Futbol Şampiyonası öncesinde, şampiyonada meydana gelebilecek toplumsal olaylara müdahale edilmesini temin edebilmek maksadıyla yapıldığı belirtilmektedir.<sup>52</sup>

Kanunun 154.A maddesine göre: Belediye başkanı, belediye meclisinin kararıyla kendisine verilen yetki kapsamında, kamuya açık alanlarda gösteri ve toplantı yapan veya yapmak isteyen toplulukların, belirli bir yere gitmelerini engellemek ve belirli bir yere gitmeleri veya belirli bir yerde kalmaları konusunda zorlama içeren bir emir verebilir. Belediye başkanı bu yetkiyi ancak kanunun 175. maddesinde belirtilen, kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması ve şiddet eylemlerinin yaygınlaşmasını önlemek amacıyla ve alınacak diğer tedbirlerin kâfi gelmemesinin öngörüldüğü durumunda kullanabilir.

Aynı Kanunun 175. maddesine göre: Kamu düzenin sağlanması ve toplumu

<sup>51</sup> Maddelerin orijinal metni için bkz: [http://wetten.overheid.nl/BWBR0005416/volledig/gedigheidsdatum\\_08-06-2015,08.06.2015](http://wetten.overheid.nl/BWBR0005416/volledig/gedigheidsdatum_08-06-2015,08.06.2015); <http://www.burgemeesters.nl/bevoegdheden/ophouding>, 08.06.2015.

<sup>52</sup> Rehber için bkz: [http://www.burgemeesters.nl/files/File/Bevoegdheden/5137\[2\].pdf](http://www.burgemeesters.nl/files/File/Bevoegdheden/5137[2].pdf), 01.03.2016.

tehlikelerden korumak amacıyla alınacak zorlayıcı tedbirler ancak gerekli uyarıların yapılması sonrasında uygulanabilir. Kolluk tarafından uygulanacak olan emir, kural olarak yazılı olmak zorundadır, ancak durumun aciliyeti nedeniyle sözlü olarak verilen emir derhal yazılı hale getirilmelidir. Emirde, engelleme- nin çerçevesi ile hangi gerekçelerle yapıldığı açık ve net olarak yazılmalıdır. Emir, şahıslara uygun yöntemlerle bildirildikten sonra, emre uygun davranılması için makul bir süre tanınmalı ve durumun yazılı olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Engelleme kapsamında kişilerin gözaltında tutulmasına ilişkin süre en fazla 12 saat olabilir. Emir aleyhine kişilerin bir yetkili hâkime itiraz etme hakkı bulunmakta olup, hâkim tarafından konu derhal incelenerek bir karar verilmelidir. Bununla birlikte gözaltı işleminin uygulanacağı yerde, tuvalet vs. gibi insani ihtiyaçların karşılanması, tıbbi yardım ve telefon etme imkânının temin edilmesi gerekmektedir.

Son olarak Kanununun 176.A maddesi uyarınca, acil ve yakın bir tehlikenin söz konusu olması durumunda belediye başkanı 175. maddedeki gerekçelerle doğrudan kendi kararıyla da benzer bir emir verebilir. Emre muhatap kişiler hakkında 154.A maddesinde öngörülen hükümler uygulanır.

Düzenleme sonrasında nadiren de olsa tedbirin uygulandığı bilinmektedir. Uygulamaya ilişkin en önemli örneklerden biri 2005 yılında 13 Ağustos tarihinde Almelo şehrinde oynanan bir futbol karşılaşması öncesinde yaşanmıştır. Bir grup holigan, olay çıkaracakları şüphesiyle acil ve yakın bir tehlikenin varlığı gerekçesiyle 176. madde uyarınca doğrudan belediye başkanının emriyle gözaltına alınarak gün içerisinde 12.00 – 24.00 saatleri arasında özgürlüklerinden yoksun bırakılmışlardır. Konu yargıya taşınmış ve Hollanda Danıştay (Raad van State) söz konusu uygulamanın, tedbirin acil ve yakın bir tehlikeden kaynaklanması hususunun net olarak tespitine ilişkin yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı olduğu yönünde karar vermiştir.<sup>53</sup>

#### **IV. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaklaşımı**

Mahkeme, konuyu AİHS'nin 5. maddesinde düzenlenen "özgürlük ve güvenlik hakkı"<sup>54</sup> çerçevesinde bir bütün olarak değerlendirmektedir.

Mahkeme içtihatlarında, özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin düzenleme ve uygulamaların, kişisel özgürlükten mahrumiyet, aile hayatı ve özel hayat hakkı, toplantı özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi pek çok diğer hak ve özgürlükten istifade edilmesini

<sup>53</sup> Bkz: <http://www.burgemeesters.nl/bevoegdheden/ophouding>, 01.03.2016.

<sup>54</sup> Madde için bkz: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf), 23.09.2015.

doğrudan ve olumsuz olarak etkileyebilecek bir husus olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan Sözleşmenin amacının, kişilerin “gerçek” haklarını güvence altına almakta olduğu, bunun da söz konusu hakların müstakil haklar olması ve yalnızca resmî bir teminatla yetinilemeyecek haklar olması gerektiği anlamına geldiği, sonuç olarak özgürlük hakkına getirilecek sınırlamaların istisnaî olarak değerlendirilmesi ve yalnızca sınırlamayla ilgili ikna edici bir gerekçe olduğunda izin verilmesi gerektiği, bununla birlikte bu sınırlamaların kamu mercilerinin öngördüğü herhangi bir düzenlemenin “uygun-hukuki-kanuni” olduğu varsayımından hareketle uygulamaya konulmaması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>55</sup>

Mahkeme içtihatlarına bakıldığında konunun, Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının “b” ve “c” bentleri bağlamında irdelendiği görülmektedir. Zira maddenin “b” bendinde “*Kişinin, ... yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla, yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması*”ndan bahsedilmekteyken; “c” bendinde, “*Kişinin ... suç işlemesine ... engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması*”ndan bahsedilmektedir. Bu iki bentteki ilkelerin yorumu şu şekilde yapılmaktadır<sup>56</sup>:

Mahkeme, 5. maddenin 1. fıkrasının “a” - “f” bentlerinin özgürlükten yoksun bırakma için izin verilen gerekçelerin kapsamlı ve sınırlı bir listesini içermekte olduğunu ve bu gerekçelerden birine dayanılarak gerçekleştirilmediği takdirde özgürlükten yoksun bırakma eyleminin hukuka uygun olmayacağı,<sup>57</sup> bu istisnaların sınırlı bir şekilde yorumlanmasının, hükmün kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını sağlama hedefiyle tutarlığı sağladığı vurgulanmaktadır.<sup>58</sup>

Bu noktada, 5. maddenin 1. fıkrasının “c” ve “b” bentlerinin yorumunda esas alınan temel kıstasları ayrı ayrı incelemekte fayda bulunmaktadır.

### **A. Suç İşlenmesinin Önlenmesi Amacıyla Özgürlükten Yoksun Bırakma (AİHS m. 5/1.c)**

1. fıkranın “c” bendinde belirtilen koşula göre, bir kişinin tutulması, “*kişinin*

<sup>55</sup> Monica MACOEVI, *Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Avrupa Konseyi Yayını, Strasbourg 2002, s. 10-12.

<sup>56</sup> Yorumun ayrıntıları için özellikle bkz: *Ostendorf/Almanya* Kararı, p. 65 –73.

<sup>57</sup> Bkz: *Sadi/Birleşik Krallık* Kararı, Sayı: 13229/03, p. 43, AİHM 2008; *Austin ve Diğerleri/Birleşik Krallık* Kararı, Sayı 39692/09, 40713/09 ve 41008/09, p. 60, AİHM 2012.

<sup>58</sup> Bkz: *Shimovolos/Rusya* Kararı, Sayı 30194/09, p. 51, AİHM 2011.

*suç işlemesine engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde*” gerekçelendirilebilmektedir. Dolayısıyla “c” bendi, yetkililer tarafından, tehlikeli ve suç işlemeye eğilimli olduğu değerlendirilen bir kişiye veya kişi gruplarına yönelik *genel bir engelleme politikası izlenmesine izin vermemektedir*. Tutmanın bu gerekçesi taraf devletlere ancak somut ve belirli bir suç, özellikle de işlendiği yer, tarih ve mağduruna göre<sup>59</sup> engellemek üzere bir imkân sağlamaktadır.<sup>60</sup> Bu durum 5. maddenin konusunun, kimsenin keyfi bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını sağlamak olmasından açıkça görülebilmektedir.<sup>61</sup>

Mahkeme içtihatlarına göre, bir kişinin suç işlemesini önlemek üzere tutulması ayrıca, *“kişiyi yetkili adli bir merci önüne çıkarmak amacıyla gerçekleştirilmiş”* olmalıdır. Bu gereklilik, “c” bendinde atfta bulunan tüm tutulma türlerini nitelendirmektedir<sup>62</sup>. Dolayısıyla, mahkeme, *“c” bendinin yalnızca bir suç soruşturması veya ceza yargılamasıyla bağlantılı olarak özgürlükten yoksun bırakmaya izin vermekte*<sup>63</sup> olduğunu ve bu nedenle bendin yalnızca soruşturma aşamasına (pre-trial detention) ilişkin bir düzenleme olduğunu kabul etmektedir.<sup>64</sup>

Maddenin “a” bendi ve 3. fıkrası ile birlikte okunduğunda, “c” bendinin lafzından, bu bendin yargılama öncesi tutukluluğu düzenlediğinin açıkça anlaşıldığı<sup>65</sup>, maddenin 3. fıkrasında, 1. maddenin “c” bendi hükümleri uyarınca yakalanan veya tutuklanan herkesin, bu fıkra da öngörülen tüm şartlar dâhilinde, derhal bir hâkim önüne çıkarılması gerektiği ve makul bir süre içerisinde yargılanma hakkına sahip olduğu vurgulanmaktadır.<sup>66</sup>

## **B. Bir Yükümlülüğün Uygulanmasını Sağlamak Amacıyla Özgürlükten Yoksun Bırakma (AİHS m. 5/1.b)**

Mahkeme, “b” bendinde aranan temel kriterleri; tutmanın kanunen öngö-

<sup>59</sup> Bkz: *M./Almanya* Kararı, Sayı 19359/04, p. 89, 102, AİHM 2009.

<sup>60</sup> Bkz: *Guzzardi/İtalya* Kararı, A Serisi, Sayı 39, p. 102, AİHM 1980, *Ciulla/İtalya* Kararı, A Serisi, Sayı 148, p. 40, AİHM 1989; *Shimovolos/Rusya* Kararı, p. 54.

<sup>61</sup> Bkz: *Guzzardi/İtalya* Kararı, p. 102; *M./Almanya* Kararı, p. 89.

<sup>62</sup> Bkz: *Lawless/İrlanda* Kararı, A Serisi, Sayı 3, p. 14, AİHM 1961; *Engel ve Diğerleri/Hollanda* Kararı, A Serisi, Sayı 22, p. 69, AİHM 1976; *Jecius/Litvanya* Kararı, Sayı 34578/97, p. 50-51, AİHM 2000-IX.

<sup>63</sup> Bkz: *Jecius/Litvanya* Kararı, p. 50.

<sup>64</sup> Bkz: *Ciulla/İtalya* Kararı, p. 38-40.

<sup>65</sup> Bkz: *Ciulla/İtalya* Kararı, p. 38; *Epple/Almanya* Kararı, Sayı 77909/01, p. 35, AİHM 2005.

<sup>66</sup> Bkz: *Lawless/İrlanda* Kararı, p. 14; *Schwabe ve M.G./Almanya* Kararı, Sayı 8080/08 ve 8577/08, p. 72, AİHM 2011; KAYA, a.g.e., s. 515-516; ŞAHBAZ, a.g.e., s. 212-214.

rülen bir yükümlülüğün ihlalden kaynaklanması, yükümlülüğün uygulanmasına yönelik olması, cezalandırıcı bir mahiyette olmaması ve kanunun öngördüğü usule uygun olarak yapılması, şeklinde belirlemiştir.

Maddedeki düzenlemeyle kanun hükmüyle öngörülmüş “*bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak*” amacıyla tutmaya izin verilmektedir. Dolayısıyla Mahkemeye göre bu hüküm, *kanunun bir kişinin yerine getirmesi zorunlu olan ve henüz yerine getirmemiş olduğu belirli ve somut bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla* tutulmasına izin verdiği durumlarla ilgili olup<sup>67</sup>, bu bendin geniş bir şekilde yorumlanması, sözleşmenin tamamına ilham veren hukukun üstünlüğü kavramıyla tutarsız sonuçlara yol açabilir.<sup>68</sup> Dolayısıyla bu hüküm, örneğin bir şahsın *kanuna uyma hususundaki genel yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlamak amacıyla* tutulmasını haklı kılmamaktadır.<sup>69</sup> Benzer şekilde, *yakın gelecekte ceza gerektiren bir suç işlememe yükümlülüğü, en azından riayet edilmesi gereken belirli tedbirlerin emredilmediği durumlarda “b” bendi kapsamına girecek ölçüde belirli ve somut olarak değerlendirilmemektedir.*<sup>70</sup>

Bu madde kapsamına girebilmesi için, yakalama ve tutmanın ayrıca yükümlülüğün uygulanmasını sağlamaya doğrudan katkıda bulunması veya bunu hedeflemesi ayrıca cezalandırıcı (punitive) nitelikte olmaması gerekmektedir.<sup>71</sup> Ayrıca Mahkeme, bu hükmün cezaları da kapsayacak şekilde genişletilmiş olmasının, “a” bendinde yer alan temel güvencelerden yoksun bırakmaya neden olacağını<sup>72</sup>, bununla birlikte “b” bendinin anlamı dâhilinde olan ve yerine getirilmesi *beklenen yükümlülüğün mahiyetinin, sözleşmenin ruhu ile tutarlı olması* gerektiğini ifade etmekte, aksi takdirde ilgili yükümlülük uygulandığı anda “b” bendinde yer alan tutma dayanağının geçersiz olacağını kabul etmektedir.<sup>73</sup>

Son olarak, demokratik bir toplumda söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamanın önemi ile özgürlük hakkının önemi arasında bir *denge*

<sup>67</sup> Bkz: *Engel ve Diğerleri/Hollanda Kararı*, p. 69; *Guzzardi/İtalya Kararı*, p. 101; *Ciulla/İtalya Kararı*, p. 36; *Epple/Almanya Kararı*, p. 37; *A.D./Türkiye Kararı*, Sayı 29986/96, p. 20, AİHM 2005; *Lolova-Karadzova/Bulgaristan Kararı*, Sayı 17835/07, p. 29, AİHM 2012.

<sup>68</sup> Bkz: *Engel ve Diğerleri/Hollanda Kararı*, p. 69; *Iliya Stefanov/Bulgaristan Kararı*, Sayı 65755/01, p. 72, AİHM 2008; ŞAHBAZ, a.g.e., s. 211.

<sup>69</sup> Bkz: *Engel ve Diğerleri/Hollanda Kararı*, p. 69; *Schwabe ve M.G./Almanya Kararı*, p. 73.

<sup>70</sup> Bkz: *Schwabe ve M.G./Almanya Kararı*, p. 82.

<sup>71</sup> *Vasileva/Danimarka Kararı*, Sayı 52792/99, p. 36, AİHM 2003; *Gatt/Malta Kararı*, Sayı 28221/08, p. 46, AİHM 2010; *Osyenko/Ukrayna Kararı*, Sayı 4634/04, p. 57, AİHM 2010.

<sup>72</sup> Bkz: *Engel ve Diğerleri/Hollanda Kararı* p. 69.

<sup>73</sup> Bkz: *Vasileva/Danimarka Kararı*, p. 36; *Epple/Almanya Kararı*, p. 37; *Osyenko/Ukrayna Kararı*, p. 57.



kurulması gerektiği<sup>74</sup>, asıl konusu ve amacı da dâhil olmak üzere ilgili mevzuattan doğan yükümlülüğün mahiyeti, tutulan kişi ve hem tutmaya yol açan özel koşullar, hem de tutma süresinin bu tür bir dengeyi kurarken gözetilmesi gereken önemli unsurlardan biri olduğu<sup>75</sup>, Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasındaki tüm özgürlükten yoksun bırakma hallerinin “*kanuna ve kanunun öngördüğü usule uygun*” şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Burada “kanun” kavramına yapılan atıfla, Sözleşmenin öncelikli olarak ulusal mevzuata atıfta bulunduğunu ve bu mevzuatta yer alan usule ve esasa ilişkin kurallara riayet edilmesi yükümlülüğü bulunduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte özgürlükten yoksun bırakmanın, maddenin amacıyla, yani bireyleri keyfiliğe karşı koruma amacıyla da tutarlı olması gerekliliğine de vurgu yapılmaktadır.<sup>76</sup>

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Mahkeme; önleyici gözaltı kurumuyla da yapılması amaçlanan, somut bir suç isnadı olmadığı halde ve fakat bir suç işleneceği ya da kamu düzeninin bozulacağı şüphesiyle kişilerin özgürlükten yoksun bırakılmasının, ancak Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının “b” bendi hükümlerine uygun olarak yapıldığı takdirde hukuka uygun kabul etmektedir. Yani suç işlenmesinin önlenmesi gerekçesi doğrudan doğruya kişilerin özgürlükten yoksun bırakılması için yeterli olmamakta, hukuka aykırı bir eylemi önlemeye matuf olarak alınan bir tedbire aykırı davranışın tespiti de gerekmektedir.

### C. Tedbire İlişkin Güncel Bir Karar: Ostendorf / Almanya Kararı

Mahkeme, yakın bir tarihte, 07.03.2013 tarihinde verdiği Ostendorf/Almanya kararında, çalışmamızın konularından birisi olan 2013 tarihli tasarı taslağının gerekçesinde de atıf yapıldığı bilinen Alman polis kanunlarında düzenlenen “Gewahrsam” kurumuyla ilgili somut bir olay üzerinden değerlendirme yapmak suretiyle meselenin sınırlarını belirlemiştir. Söz konusu karara konu olay özetle şöyle gerçekleşmiştir<sup>77</sup>:

Henrik Ostendorf isimli, şiddet suçlarından sabıkalı bir futbol fanatığı, yaklaşık kırk kişilik bir taraftar grubuyla, Eintracht Frankfurt futbol takımının Werder Bremen futbol takımına karşı oynayacağı maça katılmak için 10 Nisan 2004 tarihinde trenle Bremen’den Frankfurt am Main’e gider. Öncesinde Bremen

<sup>74</sup> Bkz: *Vasileva/Danimarka* Kararı, p. 37; *Epple/Almanya* Kararı, p. 37.

<sup>75</sup> Bkz: *Vasileva/Danimarka* Kararı, p. 37-38; *Iliya Stefanov/Bulgaristan* Kararı, Sayı 65755/01, p. 72.

<sup>76</sup> Bkz: *Vasileva/Danimarka* Kararı, p. 32.

<sup>77</sup> Bkz: *Ostendorf/Almanya* Kararı, p. 8-12.

polisi, Frankfurt am Main polisini, spor olaylarında şiddet kullanmaya eğilimli otuz ila kırk kişilik bir grubun Bremen'den Frankfurt am Main'e seyahat etmeyi planladığı konusunda bilgilendirmiştir. Frankfurt am Main merkez istasyonuna gelmelerinin ardından polis, Bremenli fanatik taraftar grubu üyelerinin kimlik tespitini yapar. Polis, üyelerin büyük çoğunluğunun şiddete eğilimli holiganlar olduğuna kanaat getirir ve Ostendorfu, Bremenli holiganların çete başı olarak teşhis eder. Polis, yaptığı aramada Ostendorf ve grup üyelerinin üzerinde holiganların genellikle kavga sırasında kullandıkları bilinen bir adet ağız koruma aleti ve içi kumla doldurulmuş birçok çift eldiven bulur. Polis, bu grubun stadyuma girmesi anına kadar onlara nezaret edip diğer gruplarla karşılaşmalarını engellemek amacıyla tedbir alır ve grubun lideri olarak tespit ettikleri Ostendorf'a gruptan ayrılması yönünde bir emir verir. Grup, polis gözetimi altındayken bir bara gider ve bardan ayrıldıklarında Ostendorf'un grupla birlikte olmadığı belirlenir. Sonrasında şahıs, kadınlar tuvaletinin kilitli bir kabininde bulunur ve 14.30 sularında gözaltına alınıp stadyuma yakın bir polis merkezine götürülür. Ayrıca telefonuna da geçici olarak el konular, zira polis, Ostendorf'un cep telefonu aracılığıyla organize olmayı ve futbol maçı öncesi ve sonrasında, Eintracht Frankfurt takımını destekleyen holiganlar ile Werder Bremen takımını destekleyen holiganlar arasındaki arbedeye karışmak için polis gözetiminden kaçmayı amaçladığını gösteren yeterli olguların bulunduğu kanaat getirir. Şahıs aynı gün saat 18.30 sularında, yani futbol maçı bittikten bir saat sonra serbest bırakılır, cep telefonu ise beş gün sonra 15 Nisan 2004 tarihinde kendisine teslim edilir.

Şahıs tarafından iç hukuk yolları tüketildikten sonra Sözleşmenin 5. maddesinin ihlali iddiasıyla yapılan başvuruda Mahkeme, konuyu Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının "b" ve "c" bentleri bakımından ayrı ayrı incelemiştir. Zira başvuru bu iki bendin ihlali gerekçesine dayandırılmış, Alman hükümeti her iki bentle ilgili olarak da savunmada bulunmuş ve ilgili şahsın özgürlüğünün, bir suç işlemesini önlemek amacıyla ve ayrıca verilen bir yükümlülüğe aykırı davranış gerekçeleriyle, hukuka uygun olarak sınırlandırıldığını iddia etmiştir.<sup>78</sup>

Mahkeme, savunmada geçen sınırlamanın "c" bendi kapsamında suç işlenmesinin önlemesi amacıyla yapıldığı yönündeki iddiayı iki açıdan incelemiştir: Frankfurt am Main polisinin değerlendirmesini, şahsın bir holigan kavgası planladığı, dolayısıyla fiziksel saldırı yoluyla kamu düzenini ve toplum huzurunu bozmayı amaçlayan suçlar işlemeye hazırlandığına ilişkin değerlendirmeyi

<sup>78</sup> Bkz: *Ostendorf/Almanya Kararı*, p. 65–73.

haklı görmüş ve şahsın sadece telefonuna el konulmasının ve onu grubundan ayırmanın, başka bir telefona erişebileceği için kavgayı ayarlamasını engellemeye yetmeyeceğini ayrıca şahsın dört saat boyunca tutulmuş olması ve maçın bitmesinin ardından bir saat sonra, taraftarların stadyumu ve civarını terk etmesinden sonra, dolayısıyla kavganın meydana gelme ihtimali ortadan kalkınca serbest bırakıldığından, tutmanın şahsın suç işlemesini önlemek amacıyla gerekli, makul ve ölçülü olduğunu değerlendirmiştir. Buna karşın Mahkeme, “c” bendindeki hükmün yargılama öncesi tutmaya münhasır olduğunu ve kişinin ceza gerektiren bir suç işlediğinden şüphelenilmedikçe ve yetkili bir adli merci önüne çıkarılması gerekmedikçe, suç işlenmesini önleme amacıyla gözaltına alınmasının bu hüküm kapsamında haklı bulunamayacağını ifade etmiştir.<sup>79 80</sup>

<sup>79</sup> Bkz: *Ostendorf/Almanya* Kararı, p. 77-90.

<sup>80</sup> Oyçokluğuyla verilen karara muhalif kalan iki üye, eylemin “c” bendi kapsamında haklı görülebileceğini belirtmişlerdir. Üyelere göre; çoğunluğun, başvuranın suç işlemesinin önüne geçilmesi amacıyla tutulduğunu kabul ettiğini ve bu amaçla polisin başvuranın tutulmasını makul şekilde gerekli görebileceğini belirterek bu hususlarda çoğunlukla aynı görüşte olduklarını, ancak çoğunluğun; mevcut davadaki alıkoyma işleminin “c” bendi kapsamına girmesine rağmen, tutmanın bu hüküm kapsamında gerekçelendirilemeyeceği kanısında olduğunu, çoğunluğa göre 3. fıkrayla bağlantılı olarak bu hükmün lafzında, önleyici olarak tutma eyleminin yalnızca, yargılamanın gerçekleştirilmesi için yakalanan ve tutulan kişinin yetkili bir adli makam önüne çıkarılması amacıyla gerçekleştirilmesi koşuluyla gerekçelendirilebilir olduğunu, dolayısıyla önleyici olarak tutma işlemine yalnızca “ceza yargılamalarıyla/soruşturmalarıyla bağlantılı olması” halinde izin verildiğini vurguladıklarını, yine çoğunluğa göre; hazırlık hareketlerinin Alman hukukunda suç olarak kabul edilmemesi sebebiyle, başvuranın herhangi bir suç eyleminde bulunduğundan şüphelenilmemesinden ötürü, soruşturma veya kovuşturma işlemleri için yakalanmamış ve tutulmamış olduğunu ve bu nedenle başvuranın alıkonulmasının “c” bendinde belirtilen şartlardan biriyle uygunluk göstermediğini tespit ettiklerini ifade etmişlerdir. Muhalif üyeler, bu değerlendirmeyi haklı bulmayarak, çoğunluğun kararını “c” bendinin yalnızca “ceza yargılamalarıyla bağlantılı olarak” özgürlükten yoksun bırakmaya izin verdiği yönündeki Mahkeme içtihatlarına dayandırmalarını eleştirerek, “c” bendinde belirtilen, yakalanan veya tutulan kişinin “yetkili adli makam önüne çıkarılması” şartının, bu hükümlerde belirtilen tüm durumlarda, amacın alıkonulan kişi aleyhine “ceza yargılaması başlatma” olması gerektiği anlamına geldiğine karar vermesi hususunda aşırıya kaçtığını, bir kişinin suç işlemesinin önüne geçme hususunda önemli bir kamu yararı olduğu durumlarda; o kişi henüz bir suç işlememiş ve bu nedenle kendisi hakkında ceza yargılaması başlatılmayacaksa bile, kolluk görevlilerinin o kişiyi kısa süreliğine alıkoymasına ilişkin olarak sınırlı bir ihtimal bulunduğunu ifade etmişlerdir. Muhalif üyeler ayrıca, çoğunluğun görüşüyle atıfta bulunulan *Lawless/İrlanda* kararında belirtilen “yakalanan veya alıkonulan herkesin, “c” bendi uyarınca yetkili bir adli merci önüne, özgürlükten yoksun bırakma hususunun incelenmesi veya esas hakkında karar verilmesi amacıyla çıkarılması gerekir” şeklindeki değerlendirmeye uygun olmadığını belirterek, bendin yorumunu “esas hakkında karar verecek” olan hâkim önüne çıkarma ile sınırlandırıp, “özgürlükten yoksun bırakma hususunu inceleme” ihtimalini ortadan kaldırarak bir içtihat değişikliğine gidiğini, bu nedenle *Lawless/İrlanda* kararındaki daha isabetli yoruma geri dönülmesi gerektiğini,

Bununla birlikte Mahkeme, söz konusu sınırlamanın “b” bendi kapsamında haklı bulunabileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda öncelikle kanunun, ilgili kişinin, üzerine düşen ve o ana kadar yerine getirmediği belirli ve somut bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamak üzere tutulmasına izin vermesinin gerektiğini, bu bakımdan, polis tarafından Ostendorf’un tutulmasına Hesse Kamu Güvenliği ve Düzeni Kanunu’nun 32. maddesi<sup>81</sup> uyarınca karar verildiğini, bu hüküm uyarınca polisin, kamu menfaati açısından kayda değer önem arz eden ve gerçekleşmesi muhtemel bir suçun önlenmesi açısından zarurî olması durumunda, *olası bir tehlikeyi ortadan kaldırmaya yönelik bir “tedbir”* olarak kişileri gözaltına alma hakkına sahip olduğunu, somut olayda polisin şahsı, rakip holiganlara karşı bir kavga ayarlamasını ve bu kavga sırasında şiddet ve kamu düzenini bozmaya yönelik ihlaller içeren suçlar işlenmesini engellemek amacıyla gözaltına aldığını ve maddenin amaçları bakımından muhtemel suçun nerede, ne zaman işleneceğinin ve potansiyel mağdurun veya mağdurlara ilişkin bilginin ve buna yönelik şüphe ve delillerin yeterince belirli ve somut olduğunun kabulü gerektiğini belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, bu tutmanın polis tarafından şahsa yüklenen ve kanundan kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla yönelik “önleyici” bir tedbir olduğunu, cezalandırıcı nitelikte olmadığını ve şahsın maçın bitimini takiben makul bir süre içerisinde serbest bırakıldığını belirterek eylemin ihlal olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.<sup>82 83</sup>

zira bu yorumla somut durumun, önleme konusunda özgürlükten yoksun bırakmaya ilişkin muhtemel bir gerekçelendirme olarak, çoğunluğun sınırlayıcı yorumundan daha adil bir biçimde ele alınabileceğini vurgulamışlardır. Son olarak muhalif üyeler; hâkim karşısına veya herhangi bir adli görevli önüne çıkarılmadan önce, “gecikmeden” serbest bırakma işleminin, olayla da uyumlu olarak sıklıkla önleyici amaçlarla idari tutma durumlarında ortaya çıkabileceğini, böyle bir durumda tutma işleminin hukuka uygun olmamasına itiraz edilebilmesi ve bunun sonucunda mahkemenin bir karara varması imkânının sağlanmış olmasının, Sözleşme’nin 5. maddesinde yer alan hakların güvence altına alınması için yeterli olacağını belirterek, Ostendorf’un tutulmasının “c” bendi bağlamında Sözleşmeye uygun olduğunu ifade etmişlerdir. Bkz: *Ostendorf/Almanya Kararı*, Muhalefet Şerhi, p. 4-6. Lawless/İrlanda kararıyla ilgili bir inceleme için ayrıca bkz: Kemal Fikret ARIK, “Avrupa İnsan Hakları Divanında Lawless İş”, *Ankara Üniv. SBF Dergisi*, C. 18, S. 2, 1963, s. 265-331.

<sup>81</sup> Hesse Kamu Güvenliği ve Düzeni Kanunu’nun gözaltına ilişkin 32. maddesinin 1. fıkrasının 2 ve 3. paragrafına göre, kamu güvenliği için büyük öneme sahip bir suç veya kabahatin yakın gelecekte işlenmesini veya devamını önlemek için şayet kaçınılmaz ise bir kişi polis tarafından gözaltına alınabilir. Düzenleme için bkz: *Ostendorf/Almanya Kararı*, p. 30-37.

<sup>82</sup> Bkz: *Ostendorf/Almanya Kararı*, p. 90-104.

<sup>83</sup> Muhalif üyeler, kolluk tarafından alınan tedbirlerin kararda belirtildiğinden farklı olarak gerçekleştiğini değerlendirerek, özgürlüğe yapılan müdahalenin “b” bendi kapsamında haklı görülemeyeceğini ifade etmişlerdir. Üyeler, başvuran hakkında belirli bir yasaklama emri çıkarılmış, başvuran bu tedbire uymamış, dolayısıyla başvuranın belirli ve somut nitelikteki söz konusu tedbirin uygulanmasını sağlamak amacıyla tutulmuş olmadığını,

Mahkemenin Ostendorf kararında “b” bendiyle ilgili olarak belirlediği esasları diğer içtihatlarıyla birlikte derli toplu olarak maddeler halinde özetleyecek olursak:

- Suç işlenmesinin önlenmesi amacı, kişilerin özgürlükten yoksun bırakılması için *tek başına* yeterli bir sebep değildir.
- Suç işlenmesinin ya da kamu düzeninin bozulmasının engellenmesi amacıyla yapılan tutmanın *hukuki* olması, yani tutmayı gerçekleştiren kişinin kanundan kaynaklanan bir yetki ve görevinin bulunması gerekmektedir.
- Önleme amacını gerçekleştirmek üzere kişilere yüklenen *somut yükümlülüğün* de kanundan kaynaklanması gerekmektedir.
- Suç niteliğinde olduğu ya da kamu düzenini bozacağı düşünülen somut eylemi önlemeye matuf olarak alınan *kanuna uygun bir kolluk tedbiri* olması gerekmektedir.
- Alınan kolluk tedbirine *aykırı bir davranış* gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.
- Tutmanın tedbirle belirlenen *yükümlülüğün gereklerinin yerine getirilmesini sağlama amacına yönelik* olması gerekmektedir.
- Tutmanın, *cezalandırıcı bir özellik taşımaması* gerekmektedir.
- Tutmanın yükümlülük yerine getirilir getirilmez sona erdirilmesi, yani *makul bir süreyle sınırlı tutulması* gerekmektedir.
- Özgürlükten yoksun bırakmayla birlikte ilgiliye Sözleşmenin 5. maddesinde öngörülen *tutulma nedeninin en kısa sürede ve anladığı dilde kendisine bildirilmesi, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer bunun hukuka aykırı olduğu düşünülüyor ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkı verilmesi* şeklindeki asgari hukuki güvencelerin sağlanması gerekmektedir.

---

zira başvuran hakkında herhangi bir yasaklama emri çıkarılmamış, özel bir tedbir olarak uygulanmaktan ziyade kanunda öngörülen düzenleyici işlemlerle ihdas edilen ve belirli suçların işlenmemesini gerektiren “genel yükümlülük” dışında, başvuranın yerine getireceği başka herhangi bir yükümlülüğün bulunmadığını iddia etmişler, bu genel yükümlülüğün de, sırf, belirli bir futbol maçı bağlamında başvurana hatırlatıldığı gerekçesiyle belirli ve somut bir nitelik kazanabileceğinin kabul edilemeyeceğini ifade etmişlerdir. Bkz: *Ostendorf/Almanya* Kararı, Muhalefet Görüşü, p. 1-3.

## V. Değerlendirme

Bu bölümde, yukarıda aktarılan bilgiler ışığında önce iç hukuk sistemimiz bakımından bir değerlendirme yapıp akabinde AİHM kararları ve karşılaştırmalı hukuk örnekleri bakımından konuyu ayrı ayrı incelemeye çalışacağız.

### A. İç Hukuk Sistemi Bakımından

#### 1. Anayasa Bağlamında

Temel hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olduğundan, kurumun Anayasa'ya uygunluğu meselesi iç hukuk sistemi bakımından tartışılması gereken ilk husus olmalıdır.

Her ne kadar ilgili kanunlarda başka isimlerle ifade edilseler de, özgürlükten yoksun bırakmaya ilişkin tüm düzenlemelerin anayasal dayanağı "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. madde ile "Kişi hürriyeti ve güvenliği" başlıklı 19. madde olmak durumundadır. 19. maddede kavramın mahiyetiyle ilgili açıklamalarda bulunduğumuz yukarıdaki bölümde sıralanan diğer benzer kurumların dışında, dört farklı amaçla kişilerin yakalanması veya tutuklanmasının meşru kabul edilebileceği öngörülmüştür.<sup>84</sup> Buna

<sup>84</sup> 19. maddeye göre: "Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. Şekil ve şartları kanunda gösterilen: Mahkemelerce verilmiş hürriyeti sınırlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir. Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılınca kadar bildirilir. Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir. Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir. Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine

göre, mahkemelerce verilmiş özgürlüğü sınırlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi amacıyla, bir mahkeme kararının yerine getirilmesi amacıyla, sınır dışı etme veya geri verme amacıyla ve kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak, kişiler yakalanabilir veya tutuklanabilir. Maddede yakalama ve tutuklama ile ilgili olarak getirilen esaslar, bu dört gerekçeyle yapılan tüm özgürlükten yoksun bırakma halleri için geçerlidir<sup>85</sup>.

PVSK'nın 13. maddesinde polisin hangi durumlarda kişileri özgürlüğünden yoksun bırakabilecek tedbirler alabileceği düzenlenmiştir. Maddede yapılan değişiklik öncesinde, yoksun bırakmanın sadece "yakalama" yoluyla yapılabileceği öngörülmüş iken, değişiklikle birlikte "koruma altına alma" yoluyla da yapılabileceği öngörülmüştür. Esasen bir koruma tedbiri olan yakalamaya ilişkin, gerek Anayasa'nın 19. maddesi ve gerekse CMK'nın 90. maddesinde ayrıntılı düzenlemeler bulunmasına karşın, koruma altına alma tedbirleriyle ilgili olarak mevcut mevzuatımızda başkaca bir hüküm bulunmamaktadır. Maddenin 1. fıkrasının "A" ve "H" bentleri arasında sıralanan halleri incelediğimizde, sadece "E" ve "H" bentlerinin önleyici gözaltı tedbi-riyle irtibatlı olabileceği görülmektedir. Zira "E" bendinde, polisin kanunlara uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenler, direnenler ve görev yapmasını engelleyenlerden, "H" bendinde ise, başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenlerden bahsedilmektedir. Bu iki durumu 19. maddede izin verilen durumlarla karşılaştırdığımızda "E" bendindeki düzenlemenin, hükümdeki "kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak" ifadesiyle karşılanabileceği, ancak "H" bendindeki durumun, özellikle maddede kullanılan "tehlike" ibaresinden ötürü çok genel ve muğlak bir ifadeyle tanımlanmış olması, akabinde sıralanan esasların ise "yakalama"ya özgülenmesi nedeniyle hükümdeki hangi ifadeye karşılık geldiğinin tespitinin mümkün bulunmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, polisin kişilerin can güvenliğini koruması hususunda doğal olarak yetki ve sorumluluğu bulunduğundan şüphe yoktur, ancak bu yetki ve sorumluluğun çerçevesinin, Anayasal tabir ile "şekil ve şartlarının"<sup>86</sup> net bir şekilde kanunla belirlenmiş olması gerekmektedir.

---

*getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir. Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti sınırlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu sınırlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir."*

<sup>85</sup> İbrahim Ö. KABOĞLU – Fikret İLKİZ, "Amicus Curiae Raporu", Türk Ceza Hukuku Derneği ve Anayasa Hukuku Araştırma Derneği, s. 29-30, <http://www.tchd.org.tr/Uploads/dosyalar/RAPOR.pdf>, 17.05.2016.

<sup>86</sup> Aynı yöndeki değerlendirme için bkz: KABOĞLU –İLKİZ, s. 28.

Konuyu temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasal çerçevenin belirlendiği 13. madde bakımından değerlendirdiğimizde<sup>87</sup> ise; düzenlemeyle her ne kadar sınırlamanın kanunla yapılması ilkesine uygun hareket edilmiş ise de, söz konusu tedbirlerin çerçevesinin net olarak çizilmediği ve uygulanma biçimine ilişkin rejimin belirlenmediği görülmektedir.

Sonuç olarak, özgürlük ve güvenlik hakkının özüne müdahale edilerek, hakların ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılmasına yol açabilecek uygulamalara izin vermesi nedeniyle söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 13 ve 19. maddelerine uygun olmadığını ifade etmek gerekmektedir.<sup>88</sup>

Düzenlemeyi Anayasa'nın 23. maddesinde düzenlenen "Yerleşme ve seyahat hürriyeti" bağlamında da değerlendirmekte fayda bulunmaktadır.<sup>89</sup> Zira 6638 Sayılı Kanunun 2. maddesinin gerekçesine baktığımızda, düzenlemenin seyahat hakkı çerçevesinde gerekçelendirildiği görülmektedir.<sup>90</sup> Oysa *kanımızca* özellikle muhafaza altına alma tedbiri, kişileri özgürlüğünden yoksun bırakmayla sonuçlanabilecek bir tedbir olduğundan, konu seyahat hakkı çerçevesinde değil, mutlak surette özgürlük ve güvenlik hakkı çerçevesinde değerlendirilmelidir.

<sup>87</sup> 19. maddeye göre: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

<sup>88</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz: Adem SÖZÜER, "İç Güvenlik Paketi, İÜHF son Sınıf Öğrencileri İçin Bilgi Notu", s. 4-5, <http://hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2015/06/%C4%B0%C3%A7-G%C3%BCvenlik-Paketi-Bilgi-Notu.pdf>, 17.05.2016; KABOĞLU – İLKİZ, s. 28-29.

<sup>89</sup> 23. maddeye göre: "Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir. Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak; Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek; Amaçlarıyla kanunla sınırlandırılabilir. Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlandırılabilir. Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz."

<sup>90</sup> Gerekçede şu ifadeler kullanılmıştır: "Böylece polis; kendisinin veya başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenleri, filleri ayrı bir suç oluşturmadığı takdirde, kişinin can güvenliğinin sağlanması bakımından koruma altına alabilecek ya da olay yerinden uzaklaştırabilecektir. Bu düzenleme, Anayasanın, seyahat özgürlüğünün suç işlenmesini önlemek amacıyla kanunla sınırlandırabileceğini öngören 23 üncü maddesine de uygundur. Örneğin, yangın sırasında itfaiye görevlilerinin çalışmasına engel olan veya olay yerinde polisin aldığı tedbirlere uymayan kişilerin bu fillerinin sona erdirilmesi amacıyla da bu yetki kullanılabilir." Gerekçe metni için bkz: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss684.pdf>, 23.06.2015.



## 2. Kolluk Mevzuatı Bağlamında

Taslak çalışmalarda ve mevcut kanunda öngörülen düzenlemelerin sisteme ve mevzuata uygunluğunu tartışmaya geçmeden önce, söz konusu tedbirin hangi mevzuat kapsamında düzenlenmesi gerektiği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Yukarıda da izah edildiği üzere önleyici gözaltı tedbiri, suç önleme, kişilerin güvenliği veya kamu düzeninin bozulmasını önleme amacına matuf olarak uygulanabilen bir önleyici tedbirdir ve bu amacından ötürü idari mahiyette bir polis tedbidir. Dolayısıyla, tedbirin mutlak surette kolluğun görev ve yetkilerinin belirlendiği mevzuat kapsamında düzenlenmesi gerekmektedir.<sup>91</sup> Bu nedenle tedbirin yeri, ülkemizde kolluk görev ve yetkilerinin genel olarak düzenlendiği PVSK olmak durumundadır.

PVSK bağlamında konuyu incelediğimizde, tedbirin tam olarak polisin hangi görev ve yetkisi bağlamında mütalaa edilmesi gerektiği ve bu yetkinin hangi esaslara uygun olarak kullanılması gerektiği hususunun ortaya konulması gerekir. Zira yapılan değişiklikte, ayrıntılı bir düzenleme yapılmamış mevcut maddeye sınırlı ölçüde eklemeye yapılmakla yetinilmiş, ilgili yönetmeliklerde de henüz bir değişiklik yoluna gidilmemiştir. Bununla birlikte konuyla ilgili değerlendirme yapabileceğimiz tek ikincil mevzuat düzenlemesi, İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan 10.04.2015 tarih ve 2015/13 numaralı “Yakalama, Uzaklaştırma ve Koruma Altına Alma” konulu genelgedir.<sup>92</sup>

Tedbirin düzenlendiği 13. maddenin değişiklikten önceki halinde polisin hangi durumlarda yakalama yetkisine sahip olduğu madde sıralanmıştı ancak değişiklikte beraber yakalamanın yanına, koruma altına alma ve uzaklaştırma seçenekleri de eklenmiş olup polise eylemin veya durumun niteliğine göre bu üç tedbirden birini uygulama yetkisi ve görevi verilmiştir. PVSK kapsamında düzenlenen yakalama ve gözaltına alma işlemlerine ilişkin ayrıntılı esasların belirlendiği 2005 tarihli “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği”nin 4. maddesindeki yakalama, gözaltına alma ve muhafaza altına alma tanımları konumuz bakımından önemlidir.<sup>93</sup> Bu tanımlara göre,

<sup>91</sup> Yenisey, “Önleme Tedbirlerinde Kolluğun Yetkileri”, s. 54.

<sup>92</sup> Genelge için bkz: <http://www.ulusalkanal.com.tr/yurt/icisleri-bakanligi-valilere-bir-genelge-gonderdi-h67887.html>, 10.03.2016.

<sup>93</sup> Tanımlar şöyledir: “Yakalama: Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen sınırlanarak

13. maddede sıralanan gerekçelerle yakalanan kişilerden *yetkili merci önüne çıkarılması gerekenlerin ilgili kurumlar veya kişilerce teslim alınmasına kadar özgürlüklerinden yoksun bırakılması işlemi* “muhafaza altına alma”; *yetkili hâkim önüne çıkarılması veya çıkarılmadan serbest bırakılması gereken kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılması işlemi* ise “gözaltına alma” olarak kabul edilmiştir.

Kanun koyucunun, her ne kadar PYSK’da olmasa da söz konusu yönetmelikte kullanılmış olan “muhafaza altına alma” deyimini değişiklikle getirilen tedbirleri ifade etmek için kullanmayı tercih etmemesini, koruma altına alma ve uzaklaştırma tedbirlerini yeni ve diğerlerinden farklı tedbirler olarak kurgulama iradesi olarak *yorumluyoruz*. Dolayısıyla polis, değişiklik öncesinde 13. madde uyarınca işlem yapacağı kişileri *yakaladıktan sonra*, gerektiği takdirde muhafaza altına almak veya gözaltına almak yetkisine sahip iken; değişiklik sonrasında işlem yapacağı kişileri yakalamak yerine uzaklaştırmak veya koruma altına almak yetkisine de sahip bulunmaktadır. Yani kanunun lafzından, buradaki uzaklaştırma ve koruma altına alma tedbirlerinin yakalamanın alternatifleri olarak ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda polis, maddede geçen bütün hallerde, eylemin veya durumun niteliğine göre; uzaklaştırma, koruma altına alma veya yakalama tedbirlerinden birisini tercih edebilecektir.<sup>94</sup>

Kanunda uzaklaştırma ve koruma altına alma tedbirlerinin hangi esaslara uygun olarak yapılacağı düzenlenmemiştir. Bu durum hukuk güvenliğini ilgilendiren bazı soru(n)ları gündeme getirmektedir. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür:

- “H” fıkrasındaki “tehlike” kavramının çerçevesi ne olacaktır, tehlikeden kasıt soyut bir tehlike mi yoksa somut bir tehlike mi olmalıdır?
- Bu tedbirlerin uygulanmasına kim karar verecektir, bütün polis memurları bu yetkiyi kendiliğinden kullanabilecek midir?

---

*denetim altına alınmasını”; “Gözaltına alma: Kanunun verdiği yetkiye göre, yakalanan kişinin hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, yetkili hâkim önüne çıkarılmasına veya serbest bırakılmasına kadar kanunî süre içinde sağlığına zarar vermeyecek şekilde özgürlüğünün geçici olarak sınırlanıp alıkonulmasını”; “Muhafaza altına alma: Kanunun yetki verdiği hâllerde yetkili merci önüne çıkarılması gereken kişilerin ilgili kurumlar veya kişilerce teslim alınana kadar sağlıklarına zarar vermeyecek şekilde ve zorunlu olduğu ölçüde özgürlüklerinin sınırlanıp alıkonulmasını, ifade eder.”*

<sup>94</sup> “... 6683 Sayılı Kanunla, ... 13. maddede yapılan değişiklikle polis yakalama öncesi “koruma altına alma” ve “uzaklaştırma” yetkileri tanınmıştır.” Bkz: Sözü edilen “Yakalama, Uzaklaştırma ve Koruma Altına Alma” isimli genelgenin 2. paragrafı.

- Şayet bir emir doğrultusunda uygulanacak ise, bu emrin sözlü olarak verilmesi yeterli midir yoksa emir yazılı mı olmalıdır?
- Koruma altına almadan kasıt nedir? Bu tedbir şayet başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürecek kişilere uygulanacak bir tedbir ise, neden bu kişilerin “kontrol” yerine “koruma” altına alınmasından bahsedilmiştir?
- Koruma altına alma, kişilerin özgürlüklerinin “sınırlanması” şeklinde mi olacak yoksa özgürlükten “yoksun bırakma” şeklinde mi olacaktır?
- Koruma altına alma esnasında güç kullanılabilir mi?
- Koruma altına alma esnasında hangi işlemler yapılacak ve bu tedbir nerede icra edilecektir?
- Koruma altına almanın süresi nasıl belirlenecektir?
- Uzaklaştırmanın ölçüsü nedir, nereye kadar uzaklaştırma yapılabilir? Uzaklaştırma eylemi güç kullanma içerebilecek midir?
- Koruma altına alma ve uzaklaştırma, yakalamanın alternatifi olarak öngörüldüğünden, maddenin devam eden fıkralarında “yakalanan” şeklinde başlayan cümlelerdeki güvencelerden, uzaklaştırılan veya koruma altına alınan kişiler de yararlanabilecek midir?

Bu sorulara cevap aramadan önce, mevcut durumu taslak çalışmalarda öngörülen düzenlemelerle karşılaştırmakta yarar bulunmaktadır. Zira yapılan değişiklikte bu çalışmalardan yararlanıldığı açıktır.

**2007 yılında hazırlanan taslakta**, mevcut PVSK'nın 13. maddesinde sayılan durumlarla ilgili olarak “kontrol altına alma” ve “uzaklaştırma” başlıklı iki yeni madde kaleme alınmıştır. Öncelikle ilk maddenin başlığı dikkat çekmektedir, zira başlıkta “koruma” değil “kontrol” ifadesi kullanılmıştır. *Kanımızca* da uygun olan bu tercih, düzenlemenin amacını da şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koymaktadır. Çünkü koruma ifadesi, bir kişiyi başkasından gelecek bir tehlikeye karşı korumak amacıyla alınacak bir tedbir ifade etmek için elverişli olup, kontrol ifadesi ise tehlikenin sadır olacağı kişi hakkında uygulanacak tedbir ifade etmek için daha uygun bir kullanımdır. Maddede, mevcut 13. maddede sayılan hallere ek olarak, *“belirli bir suçu işlemeye yönelik hazırlık yaptığı somut vakıalara dayanılarak tespit edilen kişiler”*in de kontrol altına alınabileceği öngörülerek, önleyici gözaltı tedbirinin çerçevesine uygun bir vasıflandırma yapılmıştır. Ayrıca madde, mevcut 13. maddeden farklı olarak, yakalamaya değil doğrudan koruma altına almaya özgülenmiş, 2. fıkradan itibaren tedbirin içeriği, uygulanma biçimi, süresi, sağlık kontrolü zarureti, ha-

ber verme ve bir yetkili hâkime itiraz etme imkânı gibi ayrıntılar belirlenerek, tedbirin uygulanacağı kişilere sağlanması gereken asgari hukuki güvenceler temin edilmiştir. Bununla birlikte, taslakta öngörülen tedbirin sözlü bir emirle mi yoksa yazılı bir emirle mi uygulanacağı konusunda bir belirleme yapılmamış olmasının bir eksiklik olarak mütalaa etmekteyiz.

Taslaktaki ikinci maddede ise uzaklaştırma tedbiri, kontrol altına alma tedbirinin daha hafif bir biçimi olarak, kişilerin can güvenliği bakımından mevcut, açık ve yakın bir tehlikeyi önleme amacına özgü bir tedbir olarak öngörülmüştür. Maddenin lafzından, uzaklaştırma tedbirinin uygulanacağı kişinin, can güvenliği tehlike altında olan kişi olabileceği gibi, başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürme ihtimali olan kişi de olabileceği anlaşılmaktadır.

**2013 yılında hazırlanan taslak metinde** de 2007 yılında hazırlanan taslaktaki kavramlaştırma kullanılarak kontrol altına alma ve uzaklaştırma tedbirleri düzenlenmiştir. Ancak kontrol altına alma maddesinde, gerek 2007 tarihli metin, gerekse de 6638 Sayılı Kanun’la yapılan değişikliktekinden farklı olarak tedbir, tamamiyle bir önleyici gözaltı tedbiri olarak kurgulanmış, ayrıca tedbirin önleme fonksiyonu “toplu suç” işlenmesi ihtimaliyle, kontrol ve koruma fonksiyonu ise “müstakbel faillerle” sınırlandırılmıştır. Yine diğerlerinden farklı olarak, tedbirin uygulanması vali veya kaymakamın yazılı emrine bağlanmış ve süresinin 1 aya kadar uzatılabilmesi öngörülmüştür. Öte yandan maddede, ilk uzatmanın hâkim kararına bağlı olması, itiraz hakkının öngörülmesi ve ilgililerin uygun ortamda tutulmalarına yönelik asgari hukuki güvencelerin temini öngörülmüştür.

Taslaktaki uzaklaştırma maddesinde ise gerek önceki taslaktan gerekse mevcut 13. maddeden farklı olarak, uzaklaştırmanın gerekçesi can güvenliği yanında, *malvarlığı* bakımından da bir tehlikenin bertaraf edilmesini sağlayacak şekilde genişletilmiştir.

Görüldüğü üzere, 13. maddede yapılan değişiklikle yeni bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri ihdas edilmesine rağmen taslak metinlerde öngörülen ayrıntılı uygulama şartları ve asgari hukuki güvencelere ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Belirli bir çerçevesi olan 2013 tarihli taslakta öngörülen düzenlemeye dahi o dönemde birçok haklı itirazda bulunulmasına karşın, 6638 Sayılı Kanun’la getirilen düzenlemenin her iki taslak metinden de yetersiz ve muğlak bir görünüme sahip olduğu için eleştirilmesi gayet doğaldır.

Bu noktada, her ne kadar ikincil bir mevzuat düzenlemesi niteliğinde olsa da yukarıda sözü edilen 10.04.2015 tarihli İçişleri Bakanlığı genelgesinde meselenin nasıl yorumlandığına bakmakta fayda bulunmaktadır.

Genelgede, söz konusu tedbirlere ilişkin bazı tanımlamalar yapılmıştır. Şöyle ki: *“Koruma altına alma, kolluğun veya başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürmesini önlemek amacıyla kişinin hareket özgürlüğünün makul süreyi aşmamak üzere geçici olarak sınırlandırılmasıdır. Uzaklaştırma; kişinin olayıyla irtibatının fiziki olarak kesilmesini ifade eder.”* Devam eden “A” başlıklı paragrafta ise bu tedbirlerin uygulanabileceği 5 farklı olasılık; ıslah ve tedavi kurumuna götürülmesi gerekenler, alkol ve uyuşturucu madde kullanımı gibi sebeplerle başkalarının huzur ve sükûnunu bozacak şekilde davranışlarda bulunanlar, haklarında mahkemece çocuk bakım ve yetiştirme yurtlarına veya benzeri resmi veya özel kurumlara yerleştirilmesine veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen çocuklar, usulüne aykırı şekilde ülkeye giren veya hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişiler ve toplum içinde tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişiler, şeklinde ifade edilmiştir.

“B” başlıklı paragrafta ise konumuzla bağlantılı olarak şu ifadeler kullanılmıştır: *“Fiil suç oluşturmadığı takdirde, kolluk görevlisinin, zaman, mekân ve şahsın hal ve hareketlerini dikkate almak suretiyle kendisinin<sup>95</sup> ve başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürdüğü veya düşürebileceği yönünde yeterli şüphe oluşması halinde koruma altına alma veya uzaklaştırma yetkileri kullanılabilir.”*

Görüldüğü üzere kanun veya yönetmelikte yapılmayan tanımlamalar ve tedbirin içeriğine ilişkin ayrıntılar genelgeyle yapılmaya ve belirlenmeye çalışılmıştır.

Yukarıda sıraladığımız verileri dikkate alarak rahatlıkla söyleyebiliriz ki: 13. maddede yapılan değişiklik gerek Anayasa ve gerekse hukuk sistemimizdeki mevcut düzenlemelerle uyumsuz bir görünümde. Bu noktada, düzenlemeyi üç temel açıdan derinlemesine irdelemekte fayda vardır ki bunlar:

- Tehlike kavramının çerçevesinin belirsizliği nedeniyle can güvenliğinin tehlikeye düşürülmesinden ne anlaşılması gerektiği hususu,
- Yetkinin, eylemin durum ve niteliğine bağlı olarak kolluğun takdiriyle kullanılması hususu,
- Uzaklaştırma ve koruma altına alma kavramlarının içerik ve çerçevelerinin belirsizliği hususudur.

<sup>95</sup> Daha önce de ifade edildiği üzere, 13. maddeye ilişkin değişiklik tasarısındaki metinde bulunan *“Kendisinin”* ibaresi, kanunun komisyonda yapılan görüşmelerinde çıkarılmıştır. Buna karşın genelgede bu ifade kullanılmak suretiyle yetkinin sınırları genişletilmek istenmiştir.

*Öncelikle*, can güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi ibaresindeki “*tehlike*” kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. Esasen kolluk, genel itibarıyla kendisine kanunlarca verilen tehlikeyi önleme, işlenen suçları ve kabahatleri araştırma ve devlet makamlarına destek olma şeklindeki görevleri yerine getirir. Diğer görev tanımlarını bir yana bırakırsak, toplumun ve bireylerin tehlikelerden korunması/savunması belki de kolluğun en önde gelen görevidir ve kolluk hukukunun da tehlikeye karşı toplumu savunma kavramına dayandığı ifade edilmektedir. Tehlikeye karşı savunma ise ikiye ayrılmaktadır; genel tehlikelere karşı savunma ve özel tehlikelere karşı savunma.<sup>96</sup>

*Özel tehlikelere karşı savunma*: Kanun koyucu, kamu güvenliği veya düzenini tehdit eden bir tehlike oluşturan alanı önceden teşhis ederse, toplumu bu tehlikeye karşı savunmak ve bunu önlemek amacı ile özel bir norm düzenler. Polis kendisine, tehlikelere karşı genel savunma görevi veren bir normu kendiliğinden yaratamaz. Kanun koyucunun özel bir norm yaratabilmesi için, toplumu tehdit eden “soyut bir tehlike” mevcut bulunmalıdır. Bu soyut tehlike, “halen mevcut” veya “uzak bir tehlike” olabilir. Tehlikenin halen mevcut olup olmadığı somut durumun şartlarına göre belirlenir. Bir kolluk görevlisi bir kanun ile yasaklanan ve kendisine genel bir tehlikeyi önleme yetkisi veren bir davranışın yapıldığını fark ettiği zaman, yani soyut tehlikeyi önleyen bir normun yasakladığı, tipe uygun bir davranışı tespit ettiği zaman kendiliğinden müdahale etmek zorundadır.<sup>97</sup>

*Toplumu genel tehlikelere karşı savunma*: Kanun koyucunun topluma yönelik bütün tehlikeleri önceden öngörerek, bu tehlikeyi doğuran hususu, bir kanun yaparak yasaklaması mümkün olmadığı için, kolluğa ayrıca bir genel yetki verilmesi ihtiyacı duyulmuştur. Kolluğun genel tehlikeleri önlemek için kullanacağı bu yetki, gerçekleşen bir olayda, kamu güvenliği ve kamu düzeni açısından somut bir tehlikenin doğmuş olmasına bağlıdır. Bu bağlamda; objektif bir izleyicinin, engellenmeden tamamlandığı takdirde, bir zarar doğmasıyla sonuçlanmasını bekleyebileceği durumlar “tehlike” olarak kabul edilir. Zarar gerçekten meydana gelirse, artık kamu düzeni bozulmuştur ve bir ihlal vardır. Zarar tehlikesinin gerçekleştiği andan itibaren, kolluk genel yetki sahibi olur ve olaya müdahale eder.<sup>98</sup>

Düzenlemeye dönersek, maddedeki “*Başkalarının can güvenliğini tehli-*

<sup>96</sup> Feridun YENİSEY, “Tehlikeyi Önleyici Polis ve Adli Polis” isimli sunuş bölümü, *Bavyera Polis Kanunu* (Tercüme Eden: Feridun Yenisey), s. 2.

<sup>97</sup> YENİSEY, a.g.e., s. 3.

<sup>98</sup> YENİSEY, a.g.e., s. 3-4.

*keye düşürenleri*” ibaresini yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde değerlendirdiğimizde ibarenin çok geniş bir şekilde yorumlanabileceği görülmektedir. Kullanılan ifadelerden söz konusu tedbirlerin kolluğa genel önleme yetkisi kapsamında mı yoksa özel önleme yetkisi kapsamında mı verildiğini anlayabilmek güçtür. Bununla birlikte, işlenmekte veya teşebbüs aşamasında olan suç niteliğindeki bir eylemin önlenmesinden bahsetmediğimiz için, söz konusu tedbirlerin kolluğun genel tehlikelere karşı toplumu ve kişileri koruma görev ve yetkisi kapsamında mütalaa edilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

Başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürmek ibaresi, tamamıyla soyut bir alana işaret ettiği için, polisin subjektif değerlendirmesine tabi olarak keyfi uygulamalara neden olabilecektir. “Can güvenliği” kavramı TCK terminolojisinde kullanılan bir kavram değildir. Buna karşın TCK’nın “kişilere karşı suçlar” başlıklı ikinci kısmının 81 ve 125. maddeleri arasında düzenlenen suçlar ile “topluma karşı suçlar” başlıklı üçüncü kısmında düzenlenen bazı suçları bu kapsamda mütalaa etmek mümkündür. Kolluk, bu yeni düzenleme dolayısıyla bu suçları işlemeye teşebbüs edenleri, işlemekte olanları veya işlemiş olanları “H” bendi uyarınca koruma altına alabilecektir. Ancak söz konusu eylemler hazırlık hareketlerinin ötesinde somut bir suçun varlığını gerektirdiği için kolluk “A” bendi uyarınca da zaten şahıslar gözaltına alınabilecektir. O halde “H” bendine neden ihtiyaç var ve hangi durumlarda bu bent gerekçesiyle kişiler koruma altına alınabilir? Bu tereddütten ötürü, gerek can güvenliği ve gerekse tehlike kavramının oldukça geniş ve muğlak anlam çerçevesi, söz konusu yetkinin sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiğini belirlemeyi zorlaştırmaktadır.<sup>99</sup>

*İkinci olarak*, kolluğun tedbirlere ilişkin *takdir yetkisinin* sınırları üzerinde duracağız. Söz konusu tedbirlerinin *eylemin durum ve niteliğine bağlı olarak kolluğun takdiriyle* kullanılması uygulamada bu yetkinin kötüye kullanılabilmesine veya kullanılmadığı takdirde ilgili kolluk görevlileri bakımından sorumluluk doğurabilmesine neden olabilecektir. Düzenlemede yalnızca genel ve soyut bir çerçeve belirlenmiş olması ve bu çerçevenin somut ispat araçlarıyla değil tamamen ilgili kolluk görevlilerinin subjektif değerlendirmeleri doğrultusunda doldurulabilecek olması hukuk güvenliği ilkesi bakımından kabul edilebilir bir durum değildir.<sup>100</sup>

<sup>99</sup> Benzer görüş için bkz: YENİSEY, “İç Güvenlik Paketi Hakkında Görüşler, s. 2; SÖZÜER, a.g.e., s. 4; KABOĞLU – İLKİZ, s. 28; Adem ÇELİK, “Özgürlük ve Güvenlik Bağlamında İç Güvenlik Paketinde Yer Alan Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 1, Mayıs 2015, s. 246-250.

<sup>100</sup> YENİSEY, a.g.e, s. 5.

Değinilmesi gereken son husus ise koruma altına alma ve uzaklaştırma tedbirlerinin *içeriklerinin, birbirlerinden farklarının ve uygulama koşullarının* belirlenmemiş olmasıdır. Aynı cümle içinde ve peş peşe düzenlenmiş olması nedeniyle bu iki tedbirin birbirleriyle bağlantılı olup olmadığı, birinin diğerinin aşaması olarak kabul edilip edilmeyeceği veya aynı cümlede geçen yakalama tedbiriyle bir ilgili kurulması gerekip gerekmediği hakkında tereddütler ortaya çıkmaktadır. Bu tereddüt, özgürlük sınırlaması niteliğinde olan ve daha hafif olarak kabul edilebilecek uzaklaştırma tedbirine başvurmaksızın, doğrudan doğruya özgürlükten yoksun bırakma niteliğinde olan koruma altına alma tedbirinin uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu akla getirmektedir ki, mevcut düzenlemeye göre bu sorunun cevabını tespit etmek mümkün değildir. Bu durum tedbirleri, tamamıyla kendi subjektif yargı, değerlendirme ve belirlemeleri doğrultusunda kolluk tarafından uygulanabilecek bir araca dönüştürmesi nedeniyle yargısal ve idari denetimi de olanaksız hale getirebilecektir.

## **B. Karşılaştırmalı Hukuk ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bakımından**

Karşılaştırmalı hukuk örnekleri olarak yukarıda aktardığımız düzenlemelerden İngiltere ve Hollanda örneği; içerikleri, sınırlı amaçları ve karar verici makam bakımından bizdeki düzenlemeden oldukça farklıdır. Zira bu ülkelerdeki düzenlemelerde kamuya açık yerlerde yapılacak olan toplantı ve gösterilerde alınacak tedbirlere ilişkin esaslar belirlenmiştir. Bununla birlikte, 2007 tarihli taslak çalışma ve kanunlaşan değişlikten farklı olarak 2013 yılında hazırlanan taslakta bu iki ülkedekine benzer bir şekilde tedbir, toplu suç işlemeye hazırlık yapanlara münhasır bir tedbir olarak öngörümüştü.

Öte yandan Almanya örneğinde ise konu genel bir kolluk tedbiri olarak düzenlenmiş ve ülkemizde yapılan düzenlemeye de ilham vermiştir. Bununla birlikte ayrıntılı olarak incelendiğinde özellikle 2013 tarihli taslak ve kanunlaşan değişlik metninde tedbire ilişkin yaklaşımın Almanya örneğinden büyük ölçüde farklılaştığını görmekteyiz. Zira Almanya'daki düzenlemede, uzaklaştırma ve muhafaza altına alma tedbirleri özgürlük sınırlaması bakımından aşamalı bir müdahale olarak öngörülmekte, uygulama şartları somut gerekçeler olarak sıralanmakta, diğer gözaltına alma ve yakalama halleriyle birlikte önleyici gözaltı tedbiri için de hakim kararı, itiraz hakkı, işlemin gerekçesini öğrenme hakkı, yakınlarına haber verme hakkı gibi temel hukuki güvencelerin yanında tutulma yeri ve gözaltının süresine ilişkin olarak da, yetkinin kolluk tarafından kötüye kullanılmasını engelleyecek kanuni çerçeve net olarak belirlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında sadece 2007 tarihli taslakta öngörülen



çerçevenin Almanya örneğine benzediği görülmektedir. Dolayısıyla halen yürürlükte olan koruma altına alma ve uzaklaştırma tedbirlerine ilişkin maddeler Almanya örneğinden çok farklı bir şekilde düzenlenmiş olup sorunlu görünümü biraz da bundan kaynaklanmaktadır.

Daha önce de ifade edildiği üzere, AİHM konuyu özgürlük ve güvenlik hakkı çerçevesinde değerlendirmekte ve söz konusu tedbiri özgürlükten yoksun bırakmayla sonuçlanan bir idari tedbir, bir kolluk tedbiri olarak kabul etmektedir. Ostendorf kararında da açıkça izah edildiği üzere Mahkeme, tedbirin doğrudan suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla uygulanmasının tek başına haklı kabul edilemeyeceğini, zira 5. maddenin 1. fıkrasının “c” bendinde izin verilen, suç işlenmesinin önlenmesi gerekçesiyle tutmanın ancak bir suç soruşturması veya ceza yargılamasıyla bağlantılı olarak, kişiyi yetkili bir adli merci önüne çıkarmak gayesiyle yapılabileceğini kabul etmektedir.

Her ne kadar tek başına suç önleme amacıyla tutma Mahkeme tarafından meşru kabul edilmese de bu amaçla kolluk tarafından belirli tedbirlerin alınması gerekir ve bu tedbirler kimi zaman özgürlükten yoksun bırakmayla sonuçlanabilir. İşte Mahkeme bu noktada idareye/kolluğa, görev ve sorumluluğunun çerçevesini hatırlatarak 1. fıkranın “b” bendindeki gerekçeyi işaret etmektedir. Zira “b” bendinde, kanundan kaynaklanan bir yükümlülüğün uygulanması amacıyla kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği öngörülmektedir. Tutmanın bu bağlamda meşru kabul edilebilmesi için, kolluk tarafından suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla, kişi veya kişilerin uyması gereken, kanundan kaynaklı *somut* bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla, yine kanununla düzenlenmiş bir tedbir kapsamında ve belirlenen usule uygun olarak yapılması gerekmektedir. Yani kolluk, sorumluluğu gereği belirli bazı tedbirleri alacak, kişileri bu tedbirlerin alındığı hususunda bilgilendirdikten sonra, somut bir yükümlülüğe dönüşen tedbirin uygulanmasını teminen, mümkün olduğu takdirde öncelikle kişi özgürlüğünü daha az sınırlayabilecek yöntemleri denedikten sonra, son çare olarak özgürlükten yoksun bırakmayla sonuçlanabilecek gözaltı tedbirine başvurabilecektir.

Bu esasları dikkate alarak PVSK'nın 13. maddesinde yapılan değişikliği incelediğimizde, birçok yönden sorunlu bir tabloyla karşılaşmaktayız. Maddeye göre, önleyici gözaltı tedbiri, yani kanundaki ifadesiyle koruma altına alma tedbirine başvurabilmek için 1. fıkranın “A” ve “H” bentleri arasında düzenlenen herhangi bir durumun mevcut olması yeterlidir, çünkü “eylemin veya durumun niteliğine göre” hangi tedbirin daha uygun olacağına kolluk tarafından karar verilecektir. Bentlerde düzenlenen ancak konuyla ilgisi olmayan

ve ilgili mevzuatlarında ayrıntılı düzenlemelerin bulunduğu diğer durumları dikkate almazsak özellikle “E” bendinin bu bağlamda tartışılması gerektiğini düşünmekteyiz.

“E” bendinin lafzından, polis tarafından alınan kanundan kaynaklı bir tedbirin uygulanmasını temin etmek üzere bu tedbire başvurulabileceği anlaşılmaktadır. Ancak burada polis tarafından alınan hangi tedbirlerin bu kapsamda mütalaa edilebileceği konusu tartışmaya açıktır. PVSK’nın 17. maddesinde, polisin kanuna uygun olarak aldığı tedbirlere aykırı davranış ve direniş gösteren kimselerin karakola götürülüp tanzim edilecek evrakla birlikte adliyeye sevk edilecekleri ifade edilmektedir. Burada açıkça ifade edilmemiş olsa da bir yakalama ve gözaltına alma uygulaması söz konusudur. Peki, polis tarafından adliyeye sevk edilen bu şahıslar, hangi isnat ile hâkim karşısına çıkarılacaklardır? Bu noktada, TCK’nın 265. maddesinde düzenlenen “görevi yaptırmamak için direnme” suçuna bakmamız gerekmektedir. Suçun unsurlarının tanımlandığı 1. fıkrada, karşı gelme eyleminin ancak “cebir veya tehdit” kullanılması suretiyle yapılması hali suç olarak düzenlenmiştir.<sup>101</sup> Dolayısıyla polis tarafından alınan bir tedbire karşı, *cebir veya tehdit içermeyen bir itiraz, bir karşı gelme, bir uymama* durumunda eylem suç oluşturmayacağından, yakalanıp gözaltına alınarak hâkim karşısına çıkarılan şahısların, haklarında bir suç soruşturması işlemi yapılamayacağı için derhal serbest bırakılması gerekecektir. 13. maddenin yeni haline göre, polis söz konusu şahısları hâkim karşısına çıkarmak yerine uzaklaştırılabilecek veya koruma altına alabilecektir. Aslında cebir veya tehdit içeren karşı gelme eylemi zaten bir suçun unsurlarını oluşturduğundan, maddenin 1. fıkrasının “A” bendindeki suçüstü hali gerekçe gösterilerek de kişilerin gözaltına alınması mümkündür. Burada, *değişiklikle birlikte gündeme gelen yeni durum, polisin aldığı tedbirlere cebir veya tehdit içeren bir eylem gerçekleştirmeksizin uymayan kimselerin “karşı gelen” olarak nitelendirilip koruma altına, yani gözaltına alınabileceği hususudur.*

AİHM yorumu dikkate alındığında, ancak “E” bendi uyarınca yapılacak bir gözaltına alma işlemi haklı ve uygun olabilir. Zira polis, kanuna uygun olarak aldığı bir tedbirin uygulanmasını sağlamak amacıyla kişileri özgürlüklerinden yoksun bırakabilir. Ancak bu yoksun bırakmanın uygulanma biçimi ve şartları ile kişilere tanınan asgari hukuki güvencelerin tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirlenmiş olmaması nedeniyle yapılan düzenlemenin AİHM kararlarında belirtilen esaslara uygun olmadığı açıktır.

<sup>101</sup> Fıkra göre: “Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

## Sonuç ve Öneriler

Kişi özgürlüğü ve güvenliğini ilgilendiren düzenlemeler her zaman tartışma konusu olmuştur. Çünkü özgürlük ve güvenlik arasındaki dengenin sağlanması oldukça güçtür. Bu dengenin belirleyicisi çoğu zaman toplumda yaşanan konjonktürel gelişmeler ve yönetsel ihtiyaçlar olmaktadır. Çalışma konumuz olan önleyici gözaltı tedbirine ilişkin düzenlemenin gündeme getirilmesi de böyle bir dönemde olmuştur. Ancak, özellikle 2013 yılında gündeme gelen taslakla ilgili olarak medyada alelacele yapılan yorumlar toplumda, kolluk güçlerinin kişi özgürlüğüne her istedikleri anda müdahale edebilecekleri hatta kişilerin yargılanmadan cezalandırabileceği bir ortamın yaratılmak istendiği kanısını uyandırmıştır. Oysa yukarıda ayrıntılı olarak incelemeye tabi tuttuğumuz taslak çalışmalar ve kanunlaşan düzenleme dikkatle incelendiğinde böyle bir tehlikenin mevcut olmadığı görülmektedir. Maalesef ülkemizde özellikle hukuk alanında herhangi bir konunun sağlıklı olarak tartışılması çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Sağlıksız tartışmalar sonunda vücuda gelen kanun düzenlemelerinden de olumlu sonuçlar alınamamaktadır.

Çalışmanın giriş bölümünde sorduğumuz ve okuyucuları tedirgin edebilecek soruların kaynağı taslak çalışmaların gündeme getirildiği tarihlerde özellikle medyada yer alan mesnetsiz yorumlardır. Suç oranlarının her geçen gün arttığından, güvenlik zafiyetinden, yargının işleyişindeki yavaşlıktan, cezaların caydırıcı olmadığından sürekli dem vuran medya organlarında, suçları erken aşamada önleme amacı olan bir düzenlemeye ilişkin eleştirinin biçimi ve tonu meseleyi çözümsüz bırakmıştır. Ne 2013, ne de 2014 yılında gündeme gelen değişiklik taslaklarında; sebepsiz gözaltına alma, sorgusuz tutuklama, yargısız infaz, vatandaşına düşman ceza hukuku yöntemleri uygulama ve polis devleti kurma gibi hukuk devleti ilkelerinden uzak amaçlar bulunduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Toplumun güvenliği ve huzurunun temini için güç kullanma yetkisini elinde bulunduran devlet organlarının, suç ve suçlulukla mücadelede mümkün olan en erken aşamada devreye girerek gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Bununla birlikte, güç kullanma yetkisinin kullanımı çoğu zaman özgürlük hakkına müdahale içeren tedbirlerle yapılacağı için bu tedbirlere ilişkin düzenlemelerin çok titiz ve etraflı bir değerlendirme çalışmasından sonra kurgulanması ve uygulayıcıların da bu tedbirleri ancak son çare olarak ve ölçülülük ilkesini gözeterek uygulamaları gerekmektedir.

Önleyici gözaltı, iyi bir şekilde kurgulanıp uygulandığı takdirde, suçla mücadele ve kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi amacıyla kullanılabilir.

önemli bir kolluk tedbiridir. Bununla birlikte, gerek iç hukuk gerekse karşılaştırmalı hukuk örnekleri ile AİHM içtihatları dikkate alınmadan yapılan bir düzenlemeyle tedbir, yoğun insan hakkı ihlallerine konu bir uygulamaya neden olabilir.

Gündeme getirildikten sonra büyük tartışmalara konu olan ve sonunda kanunlaşan düzenlemeler Nisan 2015'den itibaren uygulamaya konulmuştur. Ancak konuyla ilgili olarak 2007 yılında hazırlanan tasarıdan 2015 yılında kanunlaşan düzenlemeye kadar gelen süreç sonunda ortaya çıkan tablo, önemli bir ihtiyaç olan önleyici gözaltı tedbiri düzenlemesinin ne gerçek manada tartışılmasına ne de bu ihtiyacı karşılayacak bir şekilde kurgulanıp kanunlaşmasına olanak tanınan bir atmosferin yaşanabildiğini göstermektedir.

Önceki bölümlerde ayrıntılı olarak incelemeye çalıştığımız tedbirin mevcut hali, suçun önlenmesi ve kamu düzeninin bozulmasının erken aşamada engellenmesi temel amacını gerçekleştirebilecek bir kurgudan uzak ve kötüye kullanılmaya müsait bir görünüm arz etmektedir. 2013 ve 2014'de gündeme gelen taslak metinler etrafında yapılan değerlendirmeler, gerçekten de kavramsal çerçevesini bu çalışmada çizmeye çalıştığımız önleyici gözaltı tedbiri hedef alınarak yapılmış idi. Ancak geçtiğimiz yıl kanunlaşan ve halen yürürlükte olan metinde düzenlenen kurumun gerçek anlamda bir önleyici gözaltı tedbiri düzenlemesi olduğunu söylemek güçtür. Tedbirin yürürlüğe konulduğundan beri uygulanmaması da bu düşüncemizi desteklemektedir.

Bize göre, önleyici gözaltı tedbirinin iyi bir düzenlemeyle mevzuatımızda yer almaması önemli bir eksikliktir. Bu noktada en uygun yöntem, PVSK üzerine yeni yamalar yapmak yerine kolluk mevzuatını bir bütün olarak ele alıp 2007 yılında hazırlanan taslak çalışma temelinde yepyeni bir kanun yapmak ve önleyici gözaltı tedbirini de bu kanun çerçevesinde, kolluğun gerçek ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir mahiyette düzenlemek olmalıdır. Bu doğrultuda yapılacak çalışmada yukarıda ayrıntılı olarak değindiğimiz Almanya'daki düzenleme ve AİHM'nin 2013 tarihli Ostendorf/Almanya kararında belirlenen hukuki çerçeve mutlak surette dikkate alınmalıdır.



## KAYNAKÇA

### *Makale ve Kitaplar:*

**ALTIPTARMAK, Kerem – AYTAÇ, Ahmet Murat – KARAHANOGULLARI, Onur – HANÇER, Türkan – AYDIN, Devrim**, “Polis Vazife ve Salahiyet Kanunda Değişiklik: Durdurma-Kimlik Sorma-Arama, Parmak İzi Alınması, Silah Kullanma”, Hukuk ve Adalet, S. 11, 2007, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/pvsk.htm>, 15.05.2016.

**ARIK, Kemal Fikret**, “Avrupa İnsan Hakları Divanında Lawless İş”, Ankara Üniv. SBF Dergisi, C. 18, S. 2, 1963, s. 265-331.

**AVCI, Mustafa**, “Önleme Hapsi”, Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, Y. 4, S. 1, Mart 2001, s. 1-12.

**Bavyera Polis Kanunu** (Tercüme Eden: Feridun Yenisey), Emniyet Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 2007.

**BIELEFELDET, Heiner**, “Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik (Tercüme eden: Yüksel Metin)”, Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 271-295.

**COLE, David**, “Out of the Shadows: Preventive Detention, Suspected Terrorists, and War”, California Law Review, Vol. 97, 2009, s. 693-750.

**ÇELİK, Adem**, “Özgürlük ve Güvenlik Bağlamında İç Güvenlik Paketinde Yer Alan Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 1, Mayıs 2015, s. 235-263.

**EKŞİ, Metin**, “Polisin Tehlikeyi ve Suçu Önlemek Amacıyla Kişileri Yakalama ve Uzaklaştırma Yetkisi ve Almanya Örneği”, Suç Önleme Sempozyumu Bildirileri, Bursa 7-8 Ekim 2011, s. 92-110.

**ELLIAS, Stella Burch**, “Rethinking ‘Preventive Detention’ From A Comparative Perspective: Three Frameworks For Detaining Terrorist Suspects”, Columbia Human Rights Law Review, Vol. 49, 2009, s. 99-234.

**ERDAĞ, Ali İhsan**, “Kolluğun ‘Durdurma ve Kimlik Sorma’ Yetkisi, (PVSK madde 4/A)”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/4, s. 37-60.

**FORSTER, Susanne**, “Birleşik Krallıkta Terörle Mücadelede Suç Sonrası ve Önleyici Çözüm Araçları”, Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku (Criminal Law in the Global Risk Society), Editörler: Feridun YENİSEY - Ulrich SIEBER, Bahçeşehir Üniv. Yayını, İstanbul 2011, s. 433-442.

**GÜZELOĞLU, Turan**, “Önleme Tutuklaması”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 10, Ağustos 2009, s. 73-86.

**İÇEL, Kayıhan – ÜNVER, Yener** (Editörler), Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.

**KAYA, Abdülkadir**, “Önleyici Yakalama”, Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku (Criminal Law in the Global Risk Society), Editörler: Feridun YENİSEY - Ulrich SIEBER, Bahçeşehir Ünv. Yayını, İstanbul 2011, s. 509-517.

**KLEIN, Adam - WITTES, Benjamin**, “Preventive Detention in American Theory and Practice”, Harvard National Security Journal, Vol. 2, 2011, s. 85-191.

**MACOEVI, Monica**, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Avrupa Konseyi Yayını, Strasbourg 2002.

**MULLER, Tim Nikolas**, “Ceza Hukuku Vasıtasıyla Terörizmi Önleme”, Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku (Criminal Law in the Global Risk Society), Editörler: Feridun YENİSEY - Ulrich SIEBER, Bahçeşehir Ünv. Yayını, İstanbul 2011, s. 553-563.

**NUHOĞLU, Ayşe**, “Suç Tehlikesi Sebebiyle Özgürlüğün Sınırlanması”, Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku (Criminal Law in the Global Risk Society), Editörler: Feridun YENİSEY - Ulrich SIEBER, Bahçeşehir Ünv. Yayını, İstanbul 2011, s. 487-497.

**OEHMICHEN, Anna**, “Incommunicado Detention in Germany: An Example of Reactive Anti-terror Legislation and Long-term Consequences - Part I/II”, German Law Journal, Vol. 09, No. 07, 2008, s. 855-877.

**ROSENAU, Henning**, “Jakobs’un Düşman Ceza Hukuku Kavramı, Hukukun Düşmanı”, Tercüme Eden: Erhan Temel, Ankara Ünv. Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2008, C. 57, S. 4, s. 391-402.

**SAMPSELL - JONES, Ted**, “Preventive Detention, Character Evidence and the New Criminal Law”, Utah Law Review 723 (2010), p. 723-777, <http://open.wmitchell.edu/facsch/175>, 19.08.2015.

**ŞAFAK, Ali – BIÇAK, Vahit**, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, 6. Baskı, Roma Yayınları, Ankara 2005.

**ŞAHBAZ, İbrahim**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 55, 2004, s. 201-225.

**YENİSEY, Feridun**, “Önleme Tedbirlerinde Kolluğun Yetkileri”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. I, S. 1, 1978, s. 49-55.

**YENİSEY, Feridun**, “Önleme Yakalaması”, Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku (Criminal Law in the Global Risk Society), Editörler: Feridun YENİSEY - Ulrich SIEBER, Bahçeşehir Üniv. Yayını, İstanbul 2011, s. 475-485.

**YENİSEY, Feridun**, Yeni Ceza Muhakemesi Hukuku Soruşturma Evresi ve Adli Kolluk, Ulus Basım Yayın, İstanbul 2011.

**YENİSEY, Feridun**, “İç Güvenlik Paketi Hakkında Görüşler”, Çağın Polisi Dergisi (E. Dergi) , S. 157, Ocak 2015, <http://www.caginpolisi.com.tr/ic-guvenlik-paketi-hakkinda-gorusler/>, 08.01.2016.

**YILMAZ, Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2002.

**YÜCEL, Mustafa Tören**, Hukuk Sosyolojisi, Türkiye Adalet Akademisi Yayını, Ankara 2014.

***Doğrudan İnternet Kaynakları:***

**ALTIPARMAK, Kerem**, “Önleyici Gözaltıyla Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kalmaz”, <http://bianet.org/bianet/insan-haklari/150470-onleyici-gozaltıyla-toplantı-ve-gosteri-yuruyusu-kalmaz>, 07.10.2013.

**BAUDRILLARD, Jean**, “Sanal Evren ve Haber Dünyası”, (28 Nisan 2004 tarihinde İzmir’de yaptığı konuşma metninden - Tercüme Eden: Oğuz Adanır), İzinsiz Gösteri, S. 7, 2004, <http://www.izinsizgosteri.net/new/?page=1&content=27>, 03.05.2015.

**ERTEKİN, Orhan Gazi**, “Bu Bir Yasa Değil Anayasadır!”, <http://www.birgun.net/news/view/bu-bir-yasa-degil-anayasadir/13343>, 08.02.2105.

**FEYZİOĞLU, Metin**, “Feyzioğlu’nun İç Güvenlik Paketi Kaygısı” <http://www.ulkehaber.com/guncel/haber/90865-feyzioglundun-ic-guvenlik-paketi-kaygisi>, 12.02.2015.

**FIRAT, Ali Haydar**, “Önleyici Önlemler”, Radikal 2, 20.10.2013.

**GÖKTÜRK, Gülay**, “Önleme Hapsi”, <http://www.bugun.com.tr/onleme-hapsi-yazisi-819492>, 08.10.2013.

**JUNIOR, Valdenor**, “Protesters, Preventive Detentions and the Kafkian Nightmare”, <https://c4ss.org/content/29676>, 27.07.2014.

**KABOĞLU, İbrahim Ö**, “Örtülü Paket ve Önleyici Gözaltı”, <http://birgun.net/yazi-goster/ibrahim-o-kaboglu/10-10-2013/ortulu-paket-ve-onleyici-gozalti-800.html>, 10.10.2013.

**KABOĞLU İbrahim Ö. – İLKİZ, Fikret**, “Amicus Curiae Raporu”, Türk Ceza Hukuku Derneği ve Anayasa Hukuku Araştırma Derneği, <http://www.tchd.org.tr/Uploads/dosyalar/RAPOR.pdf>, 17.05.2016.

**ÖZGENÇ, İzzet**, “Prof. Özgenç’ten AYM’ye İç Güvenlik Kanunu Çağrısı!”, <http://www.aktifhaber.com/prof-ozgencten-aymye-ic-guvenlik-kanunu-cagrisi-1153057h.htm>, 11.04.2015.

**PİŞKİN, Levent**, “İç Güvenlik Paketi ya da Düşman Ceza Hukuku”, [http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/203307/ic\\_Guvenlik\\_Paketi\\_ya\\_da\\_Dusman\\_Ceza\\_Hukuku.html](http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/203307/ic_Guvenlik_Paketi_ya_da_Dusman_Ceza_Hukuku.html), 01.02.2015.

**SLOBOGIN, Christopher**, “Preventive Detention in Europe and the United States” Social and Political Theory Workshop, Vanderbilt University 2014, <http://www.law.unc.edu/documents/faculty/adversaryconference/sloboginravenpaper.pdf>, 04.06.2015.

**SÖZÜER, Adem**, “İç Güvenlik Paketi Anayasaya Aykırı”, <http://www.hukukihaber.net/gundem/prof-dr-adem-sozuer-uyardi-ic-guvenlik-paketi-anayasa-ya-aykiri-h53241.html>, 17.02.2015.

**SÖZÜER, Adem**, “İç Güvenlik Paketi, İÜHF son Sınıf Öğrencileri İçin Bilgi Notu”, s. 4-5, <http://hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2015/06/%C4%B0%C3%A7-G%C3%BCvenlik-Paketi-Bilgi-Notu.pdf>, 17.05.2016.

**ŞEN, Ersan**, “İç Güvenlik Paketi Önerileri”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1302524-ic-guvenlik-paketi-onerileri>, 21.02.2015.

**ŞEN, Ersan**, “Önleme Gözaltısı”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1082963-onleme-gozaltisi>, 08.10.2013.

The National Council for Civil Liberties (İngiltere İnsan Hakları ve Özgürlükler Ulusal Birliği) Report: “Terrorism Pre-Charged Detention, Comparative Law Study”, Temmuz 2010, <https://www.liberty-human-rights.org.uk/sites/default/files/comparative-law-study-2010-pre-charge-detention.pdf>, 04.12.2014.

**TÜRMEEN, Rıza**, “Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Önleyici Gözaltılar”, <http://gundem.milliyet.com.tr/gosteri-yuruyus-hakki-ve-onleyici/gundem/ydetay/1786273/default.htm>, 03.11.2013.



**YAVUZ, Hakan A.**, “Bardağa Hangi Tarafından Bakmalı? Rehabilitasyon ve Yeniden Sosyalleşme Kavramları Bağlamında Türk Ceza İnfaz Sistemi Üzerine Düşünceler”, Türk ve Avrupa Hukukunda Yeni Anlayışlar: Denetimli Serbestlik Düzenlemeleri ve Uygulamalar Konulu Panelde Sunulan Tebliğ, Akdeniz Üniversitesi, Antalya, 7-8 Nisan 2016, <https://independent.academia.edu/HakanYavuz>, 10.05.2016.

# MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKI

*Consumer's Right to Withdrawal in Distance Selling Contracts*

**Arş. Gör. Dr. Nafiye YÜCEDAĞ GÖZTEPE\***

## ÖZET

Tarafların yüz yüze gelmeden kurduğu mesafeli sözleşmelerde, sözleşmenin kurulduğu aşamada tüketici malın niteliklerini ve kalitesini değerlendirme imkânına sahip olamaz. Tüketicie hiçbir sebep göstermeden cayma hakkının tanınması da, yüz yüze gelememe nedeniyle ortaya çıkmış olan bilgi asimetrisinin giderilmesi kaygısından kaynaklanır. Cayma hakkı, tüketicinin mesafeli sözleşmelerde korunması için kullanılan en yaygın yöntemlerden biridir. Ancak cayma hakkının tüketicinin korunması amacına hizmet etmek için başvurulması gereken en etkili yöntem olup olmadığı tartışmalıdır. Öte yandan tüketicinin korunması amacıyla getirilmiş olan cayma hakkına ilişkin düzenlemelerin ticari hayatın gereklerine uygun olması da gerekir. Bu doğrultuda Türk Hukuku'ndaki cayma hakkına ilişkin düzenlemelerin, mümkün olduğu ölçüde tüketicinin korunması ile ticari hayatın gereklerine uyulması arasındaki denge gözetilerek yorumlanması gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Tüketici, Tüketicinin Korunması, Cayma Hakkı, Mesafeli Sözleşmeler.

## ABSTRACT

The consumer does not have the opportunity to examine the quality and properties of the goods in the distance selling contracts which are concluded without face to face contact. In order to eliminate the informational asymmetry that occurred because of the absence of this face to face contact, consumer is granted an obligatory right to withdrawal. Right to withdrawal is a common means to protect consumer interests in distance selling contracts. However it is controversial that an obligatory right to withdrawal is the most appropriate means to achieve this aim. On the other hand regulations related to the right to withdrawal should be in line with the necessities of commercial life. Therefore regulations on the right to withdrawal should be interpreted in a way that aims to strike a balance between the protection of consumer and necessities of commercial life.

**Keywords:** Consumer, Consumer Protection, Right to Withdrawal, Distance Selling Contracts.

◆◆◆◆

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.  
nafiye.yucedag@hotmail.com

## Giriş

Mesafeli sözleşmelerde tüketici sözleşmenin kurulduğu ana kadar malı görme imkânından yoksun olduğundan malın kalitesini ve niteliklerini yeterince ölçme imkânına sahip olmayacaktır. Bu nedenle tüketiciye mesafeli sözleşmelerde herhangi bir sebep göstermeksizin cayma hakkı tanınmıştır. Cayma hakkının kullanılmasıyla tüketici, mesafeli sözleşme ilişkisinden kolaylıkla sıyrılabilecektir. Türk Hukuku'nda mesafeli sözleşmelere ilişkin olan temel düzenlemeler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 48 hükmü<sup>1</sup> ile Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'dir<sup>2</sup>. Türk Hukuku'ndaki mesafeli sözleşmelerde cayma hakkına ilişkin düzenlemeler, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Yönergesi'ni<sup>3</sup> yürürlükten kaldıran Tüketici Hakları Yönergesi'ndeki<sup>4</sup> düzenlemelerle genel olarak uyum içindedir. Bununla birlikte, menfaatler dengesinin kaderini tayin eden bazı hususlarda Türk Hukuku'ndaki düzenlemeler, Yönerge'deki düzenlemelerden ayrılmaktadır. Bu çalışmada her iki sistemdeki benzerlikler ve farklılıklar üzerinde durulacak olup, ortaya çıkabilecek sorunların çözümü için somut öneriler getirilmeye çalışılacaktır.

## I. Aksi Kararlaştırılmayan Bir Hak Olarak Cayma Hakkı

TKHK m. 48 (1) hükmüne göre “*Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.*” Bu tanıma göre, bir sözleşmenin mesafeli sözleşme sayılabilmesi için öncelikle satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın kurulmuş olması gerekir. Bir diğer unsur ise, sözleşmenin uzaktan iletişim araçlarının kullanılması ile yani elektronik posta, internet, telefon ya da faks gibi yollarla kurulmasıdır. Taraflar bu araçlardan birini ya da birden fazlasını kullanarak mesafeli sözleşmeyi akdedebilirler. Son olarak, mal veya

---

<sup>1</sup> 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 28 Kasım 2013 tarih ve 2885 sayılı Resmi Gazete (TKHK).

<sup>2</sup> Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, 27 Kasım 2014 tarih ve 29188 sayılı Resmi Gazete (Yönetmelik, MSY)

<sup>3</sup> Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts (97/7/AT Yönerge).

<sup>4</sup> Directive 2011/83/EU Of The European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council (Yönerge).

hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde sözleşmenin kurulması gerekir. Satıcı, istisnai olarak bu tür sözleşmeler akdediyorsa, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistemden söz edilemeyeceğinden, sözleşmenin mesafeli sözleşme sayılması mümkün olmaz. Bu doğrultuda, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş düzenli bir sistemin varlığı gereklidir<sup>5</sup>.

Görüldüğü üzere, mesafeli sözleşmelerde tüketici malı sözleşmenin kurulması aşamasına kadar görme imkânına sahip değildir. Cayma hakkı da esasen sözleşmenin kurulması anına kadar tüketicinin malı görebilme imkânına sahip olmaması nedeniyle tanınmıştır. Gerçekten de, çoğu halde mal ile ilgili yeterli bilgiye sahip olmayan tüketicinin bilgilendirilmiş rasyonel bir tercih yaptığından söz etmek mümkün olmaz. Bu halde tüketiciye cayma hakkının tanınması, tüketicinin bilgi asimetrisinin giderilmesi kaygısından kaynaklanmaktadır<sup>6</sup>.

Mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı tanınmasının sebebi tüketicinin malı sözleşmenin kurulduğu sırada görme imkânı bulunmaması ise de, mesafeli sözleşmelere ilişkin bütün düzenlemelerin bu amacı gerçekleştirdiği şüphelidir. Örneğin, mesafeli sözleşmenin müzakeresinin ve kurulmasının uzaktan iletişim aracı ile sağlanması gerekir. Tüketicinin sadece malı görmek için satıcının işyerine gitmiş olması sözleşmenin mesafeli sözleşme sayılmasını engellemez<sup>7</sup>. Görüldüğü üzere, bu tür bir durumda cayma hakkının kullanılmasının mümkün olması cayma hakkının tüketiciye tanınmasındaki amaç ile çelişmektedir<sup>8</sup>. Yine bir malın satımına ilişkin olmayan ancak hizmetin sağlan-

---

<sup>5</sup> Bozbel, Savaş, "Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt (C.) VII, Sayı (S.) 3-4, Aralık 2003, sayfa (s.) 789 (Mesafeli Sözleşmeler); İnal, Emrehan, **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, İstanbul 2005, s. 77.

<sup>6</sup> Steennot, Reinhard, "The right of withdrawal under the Consumer Rights Directive as a tool to protect consumers concluding a distance contract", **Computer Law & Security Review** S. 29, Yıl (Y.) 2013, s. 116; Eidenmüller, Horst; Faust, Florian; Grigoleit, Hans Christoph; Jansen, Nil; Wagner, Gerhard; Zimmermann, Reinhard, "Towards a Revision of the Consumer-Acquis", **Common Market Law Review**, 2011, <http://papers.ssrn.com> (Çevirimiçi, 14.06.2016), s. 8. Bu konu hakkında ayrıca bakınız (bkz.) Luzak, Joasia, "To Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers", **Journal of Consumer Policy, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2013-04**, 2 Nisan 2013.

<sup>7</sup> Yönerge, Giriş, Numara (Nr.) 20; Aksi yönde bkz. İnal, s. 77.

<sup>8</sup> Steennot, s. 116.

masına ilişkin olan mesafeli sözleşmeler bakımından, tüketici sözleşmeyi satıcının işyerinde kurmuş olsaydı da, onun hizmetin ifasıyla ilişkili olarak sahip olacağı bilgi yüz yüze gelmediği halde sahip olduğu bilgiden çoğu halde farklı olmayacaktır<sup>9</sup>.

Öte yandan cayma hakkını kullanma ihtiyacı olmayan ya da bu hakkı kullanmak istemeyen tüketiciler de cayma hakkının aksi kararlaştırılmayan bir hak olarak tüketiciye tanınması nedeniyle ortaya çıkan ve malın fiyatına yansıyan artışları ödemek zorunda bırakılmış olur<sup>10</sup>. Bu doğrultuda doktrinde cayma hakkının tüketicinin elinden hiçbir şekilde alınamayan bir hak olarak tanınması yerine, tüketici tarafından fazladan bir ücret ödenerek kullanılabilecek bir hak olarak düzenlenmesi şeklinde bir çözümün benimsenmesinin daha yerinde olacağı ileri sürülmüştür<sup>11</sup>. Bu sebeplerle cayma hakkının aksi kararlaştırılmayan zorunlu bir hak olarak tüketiciye tanınması eleştiriye uğramıştır. Bütün bu eleştirilerdeki gerçeklik payı da dikkate alınarak, Türk Hukuku'nda, özellikle Yönerge'den farklı olarak düzenlenmiş hususların yorumlanmasında, taraflar arası menfaat dengesinin bozulmasına yol açmayacak bir yöntem tercih edilmelidir.

## **II. Satıcının Tüketicilere Cayma Hakkına İlişkin Ön Bilgilendirmede Bulunma Zorunluluğu**

Tüketicinin ön bilgilendirilmesi gereken hususlar, Yönetmelik m. 5(1)(a)-(k) hükmünde düzenlenmiştir. Cayma hakkına ilişkin hangi bilgilerin verilmesi gerektiği ise, Yönetmelik m. 5(1)(g), (ğ), (h) bentlerinde düzenlenmiştir. Yönetmelik m. 5(1)(g) ve (ğ) bentlerine göre, bilgilendirme kapsamında, cayma hakkının kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler, cayma bildirimini yapacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgilerinin verilmesi gereklidir.

Cayma hakkının kullanımına ilişkin bir istisnai hal söz konusu ise, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilginin ön bilgilendirme yer alması gerekir (MSY m. 5(1)(h)). Bu durumda istisnanın niteliğine göre cayma hakkından faydalanılamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkının kaybedileceğinin ön bilgilendirmede belirtilmesi gerekir. Örneğin, çabuk bozulabilen veya son kullanma tarihi çabuk geçebilecek malların teslimine ilişkin sözleşmeler [MSY m.

---

<sup>9</sup> Steennot, s. 117.

<sup>10</sup> Bu yönde bkz. Eidenmüller ve diğerleri, s. 8 ve 9.

<sup>11</sup> bkz. Eidenmüller ve diğerleri, s. 19 ve 20.

15(1)(c)] bakımından cayma hakkının hiçbir şekilde kullanılamayacağı hususunda tüketicinin bilgilendirilmesi gerekir. Ancak tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olan mallardan; iadesi sağlık ve hijyen açısından uygun olmayanların teslimine ilişkin sözleşmeler [MSY m. 15(1)(ç)] bakımından satıcı tüketiciyi paketin açılması halinde cayma hakkından faydalanamayacağına ilişkin olarak önceden bilgilendirmelidir.

Bununla birlikte cayma hakkının kullanılma şartları, süresi, usulü hakkında bilgilendirme ile birlikte Yönerge'nin Ek'i I (B) formunun satıcı tarafında mutlaka tüketiciye gönderilmesi gerekir [Yönerge m. 6(1)(h)]. Yönetmelik'de ise, Ek'de yer alan formu gönderme zorunluluğu satıcıya, sadece sesli iletişim yoluyla yapılan satışlar için getirilmiştir [MSY m. 11(3)] .

Yönerge m. 6(1)(h) bendinde de ön bilgilendirmede cayma hakkının kullanılma şartları, süresi, usulünün belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bununla birlikte Yönerge'de, Yönetmelik'ten farklı olarak, satıcının ön bilgilendirmede, malların iadesi halinde iade masraflarının tüketici tarafından ödeneceğini, malların postayla iadesi mümkün değilse, iade masraflarının tutarını, belirtmesi gerektiği düzenlenmiştir [Yönerge m. 6(1)(i)]. Aksi halde satıcı iade masraflarından sorumlu olur<sup>12</sup>. İade masraflarının tutarı tam olarak tespit edilemiyorsa, satıcının makul olarak hesaplanmış üst tutarı ve bu masrafın yüksek olabileceğini belirtmesi gerekir<sup>13</sup>. Yönetmelik'te bu tür bir düzenlemenin bulunmaması aşağıda açıklanacağı üzere malın geri gönderilmesi masraflarının satıcının üzerine bırakılmış olmasından kaynaklanmaktadır.

### III. Cayma Hakkının Kullanım Süresi

Tüketici, 14 gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir [MSY m. 9(1)]. Cayma hakkı teslimden önce de kullanılabilir<sup>14</sup>. Tüketici hiçbir gerekçe göstermek durumunda olmadığından, cayma hakkını aynı ürünü daha düşük fiyatla satan bir başka satıcıdan edinmek için de kullanabilir. Malın paketi açılmamış olsa bile cayma hakkından yararlanılabilir. Bu tür bir durumda tüketicinin dürüstlük kuralına aykırı davrandığı kabul edilmez.

---

<sup>12</sup> DG Justice Guidance Document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council (DG Justice Guidance Document), s. 44.

<sup>13</sup> DG Justice Guidance Document, s. 41.

<sup>14</sup> Yönerge, Giriş, Nr. 43; MSY m. 9(2).

Cayma hakkının süresinin başlama anı, hizmet ifasına ilişkin ve mal satımına ilişkin sözleşmeler bakımından farklı şekilde düzenlenmiştir. Hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün, mal teslimine ilişkin sözleşmelerde tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin (örneğin tüketicinin malı teslim alması için belirlediği komşusunun)<sup>15</sup> malı teslim aldığı günden itibaren cayma hakkının kullanım süresi işlemeye başlar. Malın satıcı tarafından taşıyıcıya teslimi, tüketiciye yapılan teslim olarak kabul edilmez ve cayma hakkına ilişkin süreyi başlatmaz [MSY m. 9(4)].

Amacı hem bir hizmetin sağlanması hem de bir malın satışı olan sözleşmeler bakımından da cayma hakkının kullanım süresinin başlangıç anının tespit edilmesi gerekir. Yönerge m. 2(5) hükmüne göre, satış sözleşmesi, satıcının, tüketiciye malın mülkiyetini devrettiği ya da devretmeyi taahhüt ettiği, bunun karşılığında tüketicinin, malın bedelini ödediği ya da ödemeyi taahhüt ettiği mal ve hizmet sağlanmasına ilişkin her türlü sözleşme olarak tanımlanmıştır. Yönerge m. 2(6) hükmüne göre, hizmet sözleşmesi ise, satış sözleşmesi dışında kalan, satıcının tüketiciye hizmet sağladığı ya da sağlamayı taahhüt ettiği ve karşılığında tüketicinin bir bedel ödediği ya da ödemeyi taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Görülmektedir ki, Yönerge, amacı hem mal hem de hizmet sağlamak olan sözleşmeleri “satış sözleşmesi” olarak nitelendirmekte ve bu sözleşmeleri mal satış sözleşmeleri ile aynı kefeye koymaktadır. Bu tür sözleşmeler, satış sözleşmesi niteliğinde olduğundan, cayma hakkı süresi Yönerge m. 9(2)(b) hükmüne göre, tüketicinin malı teslim aldığı günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Yönetmelik’te ise, mal ya da hizmet sözleşmelerinin tanımı yapılmamıştır. Öte yandan Yönetmelik m.4(b) ve(d) bentlerinde mal ve hizmetin ne olduğu tanımlanmıştır. Ancak bu tanım, Yönerge’deki tanımdan farklıdır ve hem mal hem de hizmet sağlamaya yönelik sözleşmeler bakımından bir çözüm getirmemektedir<sup>16</sup>. Bununla birlikte, Yönetmelik m. 9(5) hükmüne göre, mal teslimi ile hizmet ifasının birlikte yapıldığı sözleşmelerde, mal teslimine ilişkin cayma hakkı hükümleri uygulanacağından, cayma hakkı süresi tüketicinin malı teslim aldığı andan itibaren başlayacaktır<sup>17</sup>. Her ne kadar amacı hem mal hem de hizmet sağlamak olan sözleşmeler için Yönerge’de

<sup>15</sup> Steennot, s. 109.

<sup>16</sup> MSY m. 4 b) bendine göre, “Hizmet: Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu” MSY m. 4 d) bendine göre “Mal: Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları” ifade eder.

<sup>17</sup> Bkz. aşağıda Cayma Hakkının Kullanılmasının İstisnaları, Hizmet Sağlamaya Yönelik Sözleşmeler Bakımından.

ve Yönetmelik'te farklı düzenleme şekilleri benimsenmiş olsa da, nihai olarak, her iki düzenlemeye göre de cayma süresi malın tüketici tarafından teslim alınmasından itibaren başlar.

Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını 14 günlük süre içerisinde kullanmak zorunda değildir. Bu durumda cayma hakkı süresi, bilgilendirme gereği gibi yapılmış olsaydı işleyecek olan cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer [MSY m. 10(1)]. Örneğin; 01.10.2015 tarihinde teslim edilen mal için, bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi yapılmadıysa, 15.10.2016 tarihine kadar cayma hakkının kullanılması mümkündür.

Öte yandan cayma hakkının bulunduğuna ilişkin bir ön bilgilendirmenin yapılmadığı ancak tüketicinin cayma hakkından haberdar olduğu durumlarda cayma hakkının kullanılması yine de mümkün olmalıdır. Kanaatimizce bu tür bir durumda tüketici, cayma hakkını kullandığında, satıcının TMK m. 2 hükmüne göre hakkın kötüye kullanıldığını ileri sürememesi gerekir. Her somut olay bakımından tüketicinin hakkını kötüye kullandığına ilişkin bir değerlendirme yapılması ile menfaatler dengesine uygun bir sonuca ulaşılabileceği düşünülse de, satıcının ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirerek cayma süresinin uzamasını engellemesinin kolaylıkla mümkün olduğu göz önünde tutulmalıdır<sup>18</sup>. O halde, satıcı cayma hakkına ilişkin usulüne uygun bilgilendirme yapmamış olmasının sonuçlarına katlanmalı, tüketicinin cayma hakkının bulunduğundan haberdar olması dikkate alınmamalıdır. Bu nedenle evine yeni bir çamaşır makinesi almış olan tüketici, kendisine cayma hakkının bulunduğu ön bilgilendirmede belirtilmediyse, uzayan cayma hakkı süresi içerisinde cayma hakkını kullanarak daha yeni model bir çamaşır makinesini alabilme imkânına sahip olacaktır.

Cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirmenin bir yıllık süre içinde yapılması halinde ise, 14 günlük cayma hakkı süresi, bu bilgilendirmenin gereği gibi yapıldığı günden itibaren işlemeye başlar. Cayma hakkının hüküm ve sonuçlarını doğurması için bu beyanın gönderilmesi yeterlidir, beyanın ayrıca satıcıya ulaşması aranmayacaktır<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Loos, Marco, "Rights of Withdrawal", **Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2009/04**, <http://ssrn.com/abstract=1350224> (Çevirimiçi erişim, 14.06.2016), s. 16 ve 17.

<sup>19</sup> MSY m. 11(1); İnal, s.188; Demir, Mehmet, **Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Turhan Kitabevi, 2001, s. 324-325. Yönerge m. 11(2) hükmünde bu husus aynı şekilde düzenlenmiştir.



#### IV. Cayma Hakkının Kullanılması

Tüketicinin cayma hakkını yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile yöneltmesi gerekir [MSY m. 11(1)]. Tüketici cayma hakkının Yönetmelik Ek'inde yer alan form ile kullanabileceği gibi cayma kararını bildiren açık bir beyanda da bulunabilir. Kanaatimizce tüketicinin cayma beyanını yazılı olarak ya da kalıcı veri saklayıcısı ile yöneltmemiş olması bu beyanın geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Bu halde cayma beyanının yazılı olarak yapılması ispat şekli olarak kabul edilmelidir. Zira kanunda öngörülmeven ve tüketicinin kendisine tanıyan cayma hakkının kullanımını sınırlandıran bu türden bir geçerlilik koşulunun, bir yönetmelik hükmü ile getirilmesine imkân yoktur. Bu nedenle mevcut durumda Yönetmelik hükmünün yorumu ile varılacak sonuç, söz konusu yazılı olma koşulunun ancak bir ispat kuralı olduğudur. Diğer yandan Yönetmelik m. 11(2) hükmü açık bir bildiri şart koştuğu için tüketicinin malı geri göndermesi ile cayma hakkı gereği gibi kullanılmış olmaz<sup>20</sup>.

Satıcı, tüketicinin Yönetmelik Ek'inde yer alan formu doldurabilmesi veya cayma beyanını gönderebilmesi için internet sitesi üzerinden de seçenek sunulabilir. Ancak tüketici cayma beyanını internet sitesi üzerinden kendisine sunulan seçenek yoluyla kullanmak zorunda değildir. Tüketici kendisine internet sitesi üzerinden sunulan seçenek ile cayma beyanında bulduysa, satıcı cayma beyanının kendisine ulaştığını tüketiciye derhal bildirmelidir [MSY m. 11(2)].

Tüketicie teslim edilen mal aynı zamanda ayıplı mal ise, tüketici dilerse teslimden itibaren 14 günlük süre içerisinde cayma hakkını, dilerse TKHK m. 11 hükmüne göre, koşulları gerçekleştiği ölçüde sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir<sup>21</sup>. TKHK m. 11 hükmüne göre, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması herhangi bir şarta bağlanmamışsa da, tüketici her türlü ayıp bakımından sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Bu durumda TKHK m. 83 hükmünün atfıyla, TBK m. 227(4) hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu hükme göre "*Alicinin, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir*". Bu doğrultuda tüketicinin sözleşmeden dönmesi, cayma hakkından farklı olarak, durum ve koşulların haklı göstermesine

---

<sup>20</sup> Yönerge'de ise tüketici cayma hakkını kullanması herhangi bir şekilde tabi kılınmamıştır. Ancak tüketicinin sadece malı geri göndermesiyle onun cayma hakkını gereği gibi kullandığı sonucuna varmak mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte Yönerge m.11(4) hükmüne göre tüketici cayma hakkını kullandığına ilişkin ispat yükü altında olduğundan, onun yazılı olarak cayma beyanında bulunması daha lehine olacaktır (Steennot, s.110).

<sup>21</sup> DG Justice Guidance Document, s. 43.

bağlıdır<sup>22</sup>. Bununla birlikte, TBK m. 227(4) kapsamında değerlendirilebilecek sözleşmeden dönme hakkını göstermeyen hallerin daha somut ölçütlerle tespiti gerekir. Bu çerçevede doktrinde<sup>23</sup> ve uygulamada<sup>24</sup>, durumun haklı göstermediği halleri somutlaştırmak adına, alıcının sözleşmeden dönme ile elde edeceği fayda ile satıcının uğrayacağı sakınca arasında açık bir orantısızlığın bulunması ölçütü esas alınmaktadır.

## V. Cayma Hakkının Kullanılması ile Doğan Sonuçlar

### 1. Tüketicinin Malı Geri Gönderme Borcu ve Satıcının Geri Gönderme Masraflarına Katlanma Borcu

Cayma hakkının kullanılması ile birlikte ortaya çıkacak olan sorunlardan biri, geri gönderme borcunun kime ait olduğu ve geri gönderme masraflarına kimin katlanacağına ilişkindir. Avrupa Birliği Komisyonu'nun 2007 yılında hazırladığı Avrupa Birliği Mevzuatının Değerlendirilmesine İlişkin Yeşil Belge'ye<sup>25</sup> dair kamuoyu görüş alımına ilişkin raporda<sup>26</sup> iade masraflarına kimin katlanması gerektiği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir fikre göre geri göndermeye ilişkin masraflara satıcının katlanması, bir diğer fikre göre bu masraflara tüketicinin katlanması gerekmektedir. Zira tüketicinin bu masraflara katlanması ile cayma hakkının kötüye kullanılması engellenmiş olacaktır. Öte yandan bu masrafların satıcıya yüklenmesiyle, bu masrafların cayma hakkını kullanan ve kullanmayan bütün tüketicilere malın fiyatında bir artış olarak yansıtılması muhtemeldir. Bu tür bir sonuçtan kaçınılması için geri gönderme masraflarına tüketicinin katlanması gereklidir<sup>27</sup>.

Bu tartışmaların nihayetinde, Yönerge'de, geri gönderme borcu ve masraflarının kime ait olacağı m. 14(1) hükmü altında düzenlenmiştir. Bu hükme

---

<sup>22</sup> Sözleşmeden dönme hakkını dava sürecinde hakimin denetimine tabi tutarak sınırlamak genellikle yerinde görülmemektedir. Bu nedenle bu hükmün uygulanmasında ihtiyatlı davranmak gerektiği yönünde bkz. Atamer, Yeşim/ Baş, Ece, "Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırılmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayrıptan Doğan Sorumluluk", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, Özel Sayı, 1, 2014, s. 47.

<sup>23</sup> Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/1, 5. Basıdan 6. Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 188; Yavuz, *Cevdet, Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından; Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, Beta Yayınları, İstanbul 1989, s. 144.

<sup>24</sup> 13. H.D. 06.12.1990, E. 4601, K. 8264, bu karar için bkz. Yavuz, Nihat, *Ayıplı İfa*, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s. 135.

<sup>25</sup> Green Paper on the Review of the Consumer Acquis COM (2006) 744 final.

<sup>26</sup> Commission staff working document, Report on the outcome of the public consultation on the green document on the review of the consumer acquis (Consumer acquis), s. 9.

<sup>27</sup> Consumer acquis, s. 10.

göre, satıcı veya sağlayıcı malı kendisinin geri alacağına dair bir teklifte bulunmadıkça, tüketici cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirimini yönelttiği tarihten itibaren 14 gün içinde malı satıcı veya sağlayıcıya ya da yetkilendirmiş olduğu kişiye geri göndermek zorundadır. Yönetmelik m. 13 hükmünde de geri gönderme borcunun aynı şartlar altında tüketiciye ait olduğu düzenlenmiştir. Ancak Yönerge'den farklı olarak Yönetmelik'e göre, tüketici, bu borcunu, bildirimini yönelttiği tarihten itibaren 14 gün içinde değil, 10 gün içinde yerine getirmelidir. Tüketicinin geri gönderme borcunu yerine getirmiş kabul edilmesi için malı geri göndermiş olması yeterli olup, malın ayrıca varmış olması gerekmez.

Diğer yandan tüketicinin geri gönderme borcu bakımından Yönerge ile sağlanmış bu uyum, masrafların kime ait olduğu hususunda sağlanmamıştır. Yönerge m. 14(1) hükmünde satıcı tarafından tüketiciye geri gönderme masraflarına kendisinin katlanması gerektiği bildirilmemiş olmadıkça malın iadesi ile ilgili doğrudan masraflara tüketicinin katlanması gerektiği düzenlenmiştir<sup>28</sup>. Satıcı ön bilgilendirmede geri gönderme masraflarına tüketicinin katlanacağını bildirdiyse, tüketici geri gönderme masraflarını ödeme borcu altında olacaktır. Bunun tam aksine Yönetmelik m.12(3) hükmüne göre ise, satıcı ön bilgilendirmede geri gönderme için taşıyıcı belirttiyse malın belirtilen taşıyıcı aracılığıyla ya da geri gönderme için bir taşıyıcıyı belirtmediyse herhangi bir şekilde geri gönderilmiş olması halinde, geri gönderme masraflarından tüketici sorumlu olmayacaktır.

Görüldüğü üzere, Yönetmelik'te, Yönerge'den farklı olarak geri gönderme masraflarına satıcının katlanması gerektiği düzenlenmiştir. Her ne kadar geri gönderme masraflarının satıcıya yüklenmesinin tüketiciyi koruma amacı ile bağdaşacağı düşünülse de, bu masraflardan sorumlu olan satıcının, masrafları malın fiyatına yansıtması muhtemel olacaktır. Bu halde de esasen cayma hakkını kullanmayacak olan tüketiciler de bu fiyat yansımalarına katlanmak durumunda bırakılacaktır.

Son olarak, ön bilgilendirmede belirtilen taşıyıcının, tüketicinin bulunduğu yerde şubesinin olmaması durumunda satıcı, ilave hiçbir masraf talep etmeksizin iade edilmek istenen malı tüketiciden almak durumundadır [MSY m.12(3)].

---

<sup>28</sup> Belirtmek gerekir ki, üye ülkelerin Yönerge'de tüketiciye sağlanmış olandan daha iyi bir koruma sağlamaları, Yönerge'nin tam uyumlaştırmayı amaçlaması nedeniyle mümkün değildir (Yönerge m. 4).

## 2. Satıcının Ödemeleri İadesi

Yönetmelik m. 12(1) hükmüne göre, “*Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirim kendisine ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde, varsa malın tüketiciye teslim masrafları da dahil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri iade etmekle yükümlüdür*”. Bu hüküm kapsamında satıcının tahsil edilen tüm ödemeleri iade etmesi gerekir. Satıcı, satış bedelini ve ilk nakliye masrafları tüketici tarafından ödendiye, bu masrafları iade etmelidir. Yönetmelik m. 12(2) hükmüne göre, satıcının, geri ödemeleri, tüketicinin satın alırken kullandığı ödeme aracına uygun ve tüketiciye herhangi bir masraf veya yükümlülük getirmeden tek seferde yapma zorunluluğu bulunmaktadır<sup>29</sup>. Satıcının tüketicinin satın alırken kullandığı ödeme aracına uygun şekilde iade borcunu yerine getirmesi gerekir. Tüketici ilk ödemede banka havalesi yoluyla 30 TL ödemişse, satıcının da banka havalesi yoluyla 30 TL’yi iade etmesi gerekir. Satıcı 30 TL’yi geri öderken yapmak durumunda olduğu havale masraflarına katlanmalıdır. Ancak tüketicinin ilk havaledeki 30 TL’ye ilişkin olarak yapmak durumunda kaldığı havale masraflarını satıcıdan talep edebilmesi mümkün olmaz<sup>30</sup>.

Satıcının, cayma hakkına ilişkin bildirim kendisine ulaştığı tarihten itibaren 14 gün içinde bedeli iade etmesi gerekir. Bu süre boyunca satıcı, temerrüt faizi ödemek durumunda değildir<sup>31</sup>. Aksinin kabulü halinde hiçbir gerekçe göstermeden cayma hakkını kullanan tüketici karşısında satıcı cezalandırılmış olur<sup>32</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Yönerge m. 13(3) hükmünde satıcıya özel bir kaçınma hakkı tanınmıştır. Satıcı cayma hakkına konu malları teslim almadıkça ya da tüketici tarafından malların geri gönderildiğine dair bir belge sunulmadıkça, satıcının masrafları iade borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkı vardır. Bu durumda aynı anda ifa kuralı uygulanmayacağı gibi satıcının ya da tüketicinin ulusal hukukunda kendine tanınmış olan ödemezlik def’ini

---

<sup>29</sup> Yönerge m. 13(1) hükmünde, Yönetmelik’ten farklı olarak tüketicinin satın alırken kullandığı ödeme aracından başka bir ödeme aracıyla iadenin yapılabileceği düzenlenmiştir. İadenin başka bir ödeme aracıyla yapılabilmesi için tüketicinin buna açıkça rıza göstermiş olması ve başka ödeme aracı kullanımının tüketicinin fazladan bir ücret ödemesine yol açmaması gerekir.

<sup>30</sup> DG Justice Guidance Document, s. 45.

<sup>31</sup> Bu sürenin bitimiyle birlikte ulusal hukuklardaki yaptırımların uygulanacağı yönünde bkz. Yönerge, Giriş, Nr. 48.

<sup>32</sup> Karş. Akipek, Şebnem, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi Ve Türkiye’nin Uyumunu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 21, S. 3, Y. 2002, s. 53-54.

ileri sürmesi de mümkün olmayacaktır<sup>33</sup>. Ancak hükümde, satıcının malı geri almayı teklif ettiği haller kapsam dışında bırakılmıştır. Satıcı malı geri almayı teklif ettiyse, ödemeleri, malı teslim almadıkça ya da tüketici tarafından kendisine malların geri gönderildiğine dair bir belge sunulmadıkça iade etmekten kaçınma hakkına sahip olmaz.

Yönetmelik'te ise, satıcıya bu tür bir kaçınma hakkı açıkça tanınmamıştır. Bu nedenle ilk bakışta tüketicinin ve satıcının aynı anda ifa ile yükümlü oldukları ve TBK m. 97 hükmüne göre ödemezlik def'ini ileri sürebilecekleri akla gelebilir<sup>34</sup>. Ancak Yönetmelik m. 13 (1) hükmüne göre, tüketicinin bildirimini yönelttiği tarihten itibaren 10 gün içinde malı ve Yönetmelik m. 12(1) hükmüne göre, satıcının, cayma hakkını kullanıldığına ilişkin bildirim kendisine ulaştığı tarihten itibaren 14 gün içinde ödemeleri iade etmesi gerekir. Öncelikle, hem tüketici hem de satıcının iade borçları bakımından (Yönergeden farklı olarak) 14 günlük eşit bir süre kabul edilmemiştir. Bunun yerine tüketicinin iade borcunu 10 gün içerisinde yerine getirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Kanaatimizce hükmün amaca uygun yorumlanmasıyla, tüketiciye daha kısa iade süresi tanınmış olmakla, onun önce ifa ile yükümlü olduğu sonucuna varılması yerinde olacaktır. Yönetmelik m. 12(3) hükmünde, satıcının iade masraflarını ödemekle sorumlu tutulduğu da dikkate alındığında, tüketicinin malı geri gönderme borcunu, satıcının ödemeleri iade borcundan önce ifa etmesi gerektiğinin kabulü menfaatler dengesini sağlamaya da uygun düşer. Aksinin kabulü halinde, tüketici TBK m. 97 hükmünün kıyasen uygulanması ile bedel iadesi yapılmadıkça, malı iade etmekten kaçınabilecektir.

### 3. Tüketicinin Malın Kullanımı Sebebiyle Meydana Gelen Değer Azalmasından Sorumluluğu

TKHK m. 48(4) hükmüne göre, *“tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutaat kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir”*. Benzer şekilde Yönetmelik m. 13(2) hükmünde de, *“tüketici, cayma süresi içinde malı, işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun bir şekilde kullandığı takdirde meydana gelen değişiklik ve bozulma-*

---

<sup>33</sup> Bu durumda özel kaçınma hakkı tanıyan BGB § 357 hükmünü uygulanacağı ancak daha genel ve farklı koşullar getiren BGB § 273 hükmündeki kaçınma hakkına ilişkin hükmün uygulanamayacağı yönünde Alman Hukuku'nda bkz. Schulze Reiner, **Bürgerliches Gesetzbuch**, 8. Auflage, 2014, BGB § 357, Nr.4. Tüketicinin önce ifa ile yükümlü olduğu yönünde ayrıca bkz. Fritsche, Jörn in **Münchener Kommentar zum BGB, Schuldrecht - Allgemeiner Teil, Band 2 (MünchenerBGB)**, 7. Auflage, 2016, BGB § 357, Nr. 15.

<sup>34</sup> Bu yönde bkz. Özel, Çağlar, **Mukayeseli Hukukta Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1998, s. 196

*lardan sorumlu*" olmadığı düzenlenmiştir. Her ne kadar hükmün lafzı malın tüketici tarafından kullanımına izin verildiği şeklinde anlaşılmaya müsait ise de, bu tür bir yorum cayma hakkının tanınmasındaki amacı aşacak şekilde, satıcının aleyhine menfaatler dengesini bozacaktır. Tüketicilere cayma hakkının tanınmasının sebebi tüketicinin malı görme ve deneme imkânına sahip olmamasıdır. Tüketici malı, doğasını, işleyişini ve niteliklerini anlamak amacıyla incelediyse onun sorumluluğu doğmaz. Ancak bunun ötesindeki kullanımlar bakımından tüketicinin sorumlu olmayacağı kabul edilecek olursa, tüketiciye tanınmış olan cayma hakkının amacıyla çelişkili bir sonuç elde edilmiş olur<sup>35</sup>. Yönerge m. 14(1) hükmüne göre de, tüketici malı, özelliklerini, işleyişini ve niteliklerini anlamak amacıyla incelediyse malın değerinde meydana gelen azalmadan sorumlu tutulamaz.

Bu doğrultuda malın özelliklerini, işleyişini ve niteliklerini anlamak amacıyla inceleme ve kullanımın kapsamının belirlenmesi gereklidir. Tüketicinin malı mağazada satın alacak olsaydı inceleyebileceği ölçünün ötesindeki kullanımlardan sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerekir<sup>36</sup>. Örneğin, malın etiketini çıkarmak ya da bir tencerede yemek pişirmek, tüketicinin mağazada yapabileceği türden incelemeler olmadığından bu tür kullanımlar nedeniyle tüketicinin sorumluluğu doğacaktır<sup>37</sup>. Malın özelliklerini, işleyişini ve niteliklerini anlamak amacıyla inceleme, malın ayıplı olmasını tespit etmek anlamına gelmez. Malın ayıplı olması halinde tüketicinin satıcının ayıplı maldan sorumluluğuna ilişkin hükümler kapsamında doğan haklarından yararlanması mümkündür<sup>38</sup>. Tüketicinin malın paketini açarak incelemesinden sorumlu olmaması için, ürünün mağazada paketsiz olarak sergilenen bir mal olması gerekir<sup>39</sup>. Bu tür durumlarda malın orijinal ambalajı içinde iade edilmedikçe cayma hakkının kullanılmayacağına ya da malın iade edilemeyeceğine ilişkin kayıtların haksız sözleşme şartı sayılması muhtemeldir<sup>40</sup>. Malın paketinin açılması ticari işlerde yaygın değilse tüketicinin değer azalmasını giderme borcu doğacaktır. Örneğin ilaç ya da kozmetiğe ilişkin mal satım sözleşmelerinde malın paketinin

---

<sup>35</sup> Bu yönde bkz. İnal, s. 189-190; İnal, Emrehan, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması ve Buna İlişkin Güncel Gelişmeler", **24-25 Kasım 2011 Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu, Metinler Kitabı**, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, No: 189, s. 130; Bozbel, Savaş/Atalı, Murat: Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1-2, 2005, s.473.

<sup>36</sup> Yönerge, Giriş, Nr. 47.

<sup>37</sup> DG Justice Guidance Document, s. 47.

<sup>38</sup> DG Justice Guidance Document, s. 47.

<sup>39</sup> DG Justice Guidance Document, s. 47.

<sup>40</sup> Loos, s.24.

açılması, malın değerinin azalması anlamına geleceğinden, tüketicinin zararı gidermesi gerekir<sup>41</sup>.

Öte yandan Yönetmelik m. 13(2) hükmü, Yönerge 14(2) hükmüne ve cayma hakkının tanınmasındaki amacına uygun şekilde yorumlandığında, çözümlenmesi gereken başka bir mesele ortaya çıkmaktadır. Tüketici cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını malı teslim aldığı günden itibaren başlayacak 14 günlük süreye eklenecek bir yıllık süre sonuna kadar kullanabilecektir [MSY m. 10(1)]. O halde satıcı, cayma hakkının bulunduğuna ilişkin bir ön bilgilendirme yapmamışsa, bir yılı aşan bu süre içerisindeki kullanımlarından ötürü tüketicinin sorumluluğu doğacak mıdır? Yönerge m. 14(2) hükmünde bu husus açıkça düzenlenmiştir. Bu hükme göre, satıcı usulüne uygun şekilde cayma hakkının kullanılabilmesine ilişkin bir ön bilgilendirmede bulunmamışsa, tüketici malın değerindeki azalmalardan sorumlu tutulamaz. Her ne kadar Yönetmelik'te bu yönde açık bir düzenleme olmasa da Türk Hukuku'nda da aynı sonuca ulaşılması gerekir. Aksi halde tüketici malın değerindeki azalmalardan sorumlu tutulacağı için cayma hakkını kullanmaktan imtina edecektir<sup>42</sup>. Tüketicinin değer eksilmelerinden sorumlu tutulmaması ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacı tam anlamıyla gerçekleştirilmiş olur.

Malın özelliklerini, işleyişini ve niteliklerini anlamak amacını aşan şekilde kullanıldığını ispat yükü satıcının üzerindedir. Otomobil gibi sayacı olan mallar bakımından satıcının malın kullanıldığı kolaylıkla ispat edilebilirken, kıyafetlerin kullanıldığını ispat etmek güçlük arz eder<sup>43</sup>.

Son olarak, aşağıda açıklanacağı üzere hizmet sözleşmelerinden farklı olarak, "malın değerindeki azalma" hesaplanırken kanaatimizce malın sözleşme- de belirlenen fiyatı üzerinden değil, malın objektif piyasa değeri üzerinden bir hesaplama yapılmalıdır<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Schulze, Reiner, **Bürgerliches Gesetzbuch**, 8. Auflage, 2014, BGB § 357, Nr.9.

<sup>42</sup> Bkz. Steennot, s.111. Ancak bkz. Loos, 24, Yazara göre tüketicinin malı niteliklerini ve işleyicini anlama amacını aşacak şekilde incelemesi halinde cayma hakkına sahip olmaması daha yerinde bir çözüm olarak kabul edilmelidir. Tüketici bu durumda malda bir ayıp varsa, ayıptan doğan haklarını kullanabilir. Tüketicinin bu durumda cayma hakkına sahip olması, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının bertaraf edilmesine yol açar. Cayma hakkının kullanımının bazı şartlar altında dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebileceği yönünde ayrıca bkz. **MünchenerBGB/Fritsche**, BGB § 357, Nr. 32.

<sup>43</sup> Steennot, s.111.

<sup>44</sup> Yönerge m.14(3) ve BGB § 457(8) hükümlerinde konusu hizmetin ifası olan sözleşmelerde ödenecek bedelin belirlenmesinde sözleşme ile kararlaştırılan bedelin ifa ile orantılı olarak ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Alman Hukuku'nda malın objektif piyasa değerinin esas

#### 4. Her İki Tarafa Da İsnat Edilemeyen Sebeplerle Mala Gelen Zarardan Sorumluluk

Yönetmelik m. 17 hükmü sadece malın satıcıdan tüketiciye gönderiminde hasarın geçişine ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Bu hükme göre, malın tüketici ya da tüketicinin taşıyıcı dışında belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslimine kadar hasar satıcıdadır. Ancak tüketicinin, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile malın gönderilmesini talep etmesi durumunda, malın ilgili taşıyıcıya teslimi ile birlikte hasar tüketiciye geçer.

Ancak TKHK'da ve Yönetmelik'te tüketiciye hasar geçtikten sonra cayma hakkının kullanılması halinde mala gelen zararlardan kimin sorumlu olduğu açıkça düzenlenmemiştir. Bu doğrultuda malın yangın, çalınma gibi her iki tarafa da isnat edilemeyen sebeplerle yok olması ya da zarara uğraması halinde hasara kimin katlanacağını tespiti gerekir.

Alman Hukuku'nda her iki tarafa da isnat edilemeyen sebeplerle malın hasara uğraması halinde satıcının sorumlu olduğu kabul edilmektedir<sup>45</sup>. Özellikle Yönerge m. 14(5) (aynı doğrultuda BGB §361 hükmünün) ve 14(2) hükümlerinin dikkate alınması ile bu sonuca varılmaktadır. Yönerge m. 14(5) hükmünde, tüketicinin Yönerge m. 14 ve 13(2) hükümlerinde düzenlenen haller hariç olmak üzere herhangi bir sorumluluğunun doğmayacağı belirtilmiştir. Yönerge m. 14(2) hükmüne göre [aynı yönde BGB § 357(7)] tüketici, malı işleyişini ve niteliklerini anlama amacını aşar şekilde incelemişse ve kendisine cayma hakkının bulunduğu usulüne uygun şekilde bildirilmişse doğan zarardan sorumludur. Malın kazaen yok olması, malın incelenmesi ile ilişkili bir durum olmadığından tüketicinin doğan zarardan sorumlu tutulması mümkün olmaz. Ayrıca BGB § 355(3) c. 3 hükmüne göre tüketici malı geri gönderme borcu altında olup, taşıma esnasında hasara satıcının katlanması gerekir. Alman Hukuku'nda masraflarına tüketicinin, hasarına satıcının katlandığı bir gönderme borcunun varlığından söz edilebilir<sup>46</sup>.

Malın tüketiciye tesliminden sonra mala gelen hasardan kimin sorumlu ola-

---

alınmasının sebebi ise, konusu hizmet olan sözleşmelerden farklı olarak, konusu mal olan sözleşmelere ilişkin sözleşme bedelinin esas alınacağını öngören bir düzenlemenin bulunmamasıdır. Bu doğrultuda malın değerindeki azalma malın objektif piyasa değeri esas alınarak hesaplanmaktadır bkz. Schirmbacher/Spindler/Schuster, **Recht der elektronischen Medien**, 3. Auflage 2015, BGB § 357, Nr. 40. Ayrıca bkz. aşağıda VII. Cayma Hakkının Kullanılmasının İstisnaları, 1. Hizmet Sağlamaya Yönelik Sözleşmeler Bakımından.

<sup>45</sup> Müller-Christmann içinde Beck'scher Online-Kommentar BGB, hrsg. Bamberger/Roth, 39. Edition, BGB § 357, Nr. 26; **MünchenerBGB**/Fritsche, BGB § 357, Nr. 28.

<sup>46</sup> **MünchenerBGB**/Fritsche, BGB § 355, Nr. 58.



cağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından, bir kanun boşluğu söz konusudur. Kanaatimizce bu boşluğun doldurulmasında, sözleşmeden dönmeyle ilişkin bir teorenin seçilmesi ve bu teoriye ilişkin kuralların uygulanmasından kaçınılmalıdır. Nitekim sözleşmeden dönme hakkı kullanıldığında iade borcunun kapsamının belirlenmesinde, ne klasik dönme teorisi, ne kanuni borç ilişkisi teorisi, ne aynı etkili dönme teorisi, ne de yeni dönme teorisi soruna tam olarak cevap vermemektedir<sup>47</sup>. Bu nedende dönme hakkının kullanılmasının sonuçları bakımından benimsenen teorenin izlemesi gereken kuralların dışına çıktığı görülmektedir<sup>48</sup>. Bu doğrultuda iade borcunun kapsamının belirlenmesinde dönme hakkına ilişkin teorilerden birinin seçilmesi ve bu teorenin benimsediği kuralların cayma hakkı kullanıldığında uygulanması mümkün olmaz. Zira cayma hakkı sözleşmeden dönme hakkından farklı olarak herhangi bir gerekçe olmaksızın, bir borca aykırılık bulunmasa dahi kullanılabileceğinden, dönme hakkı kullanıldığında doğacak sonuçların cayma hakkı kullanıldığında doğacak sonuçlarla aynı olması beklenemez. Bu nedenle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ya da Yönetmelik'te getirilmiş özel düzenlemeler bulunmadıkça, cayma hakkının kullanılması halinde doğacak sonuçlar bakımından bir kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmelidir. Her ne kadar Yönetmelik'te ya da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, "tüketicinin Kanun ya da Yönetmelik'teki düzenlemeler hariç olmak üzere başkaca sorumluluğu doğmaz" şeklinde açık bir düzenleme bulunmasa da, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ruhuna uygun olarak, tüketicinin korunması amacının gerçekleştirilmesi için her iki tarafa da isnad edilemeyen sebeplerle mala gelen zararlardan satıcının sorumlu tutulması gerekir. Ancak tüketicinin malın işleyişini, özelliklerini, niteliklerini anlamayı aşar kullanımları dışında herhangi bir sorumluluğunun doğmayacak olması onun cayma hakkı kullanması neticesinde doğan iade borcunu yerine getirmemesinden ya da zamanında yerine getirmemesinden sorumlu olmayacağı anlamına gelmez. Tüketici malı süresi içerisinde iade etmediği takdirde, iade borcunda temerrüde düşeceğinden, TBK m.119 hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde her iki tarafa da isnad edilemeyen sebeplerle mala gelen zararlardan sorumlu olur<sup>49</sup>.

Taşıma esnasında mala gelecek zararlardan da satıcının sorumlu olması gereklidir. Kanaatimizce TBK m. 208(3) hükmünün kıyasen uygulanması ile malın taşıma esnasında yok olması ya da zarara uğraması halinde hasara satıcının katlanması gerektiği sonucuna varılabilir. Hasara satıcı katlanacak olsa da, tü-

---

<sup>47</sup> Buz, Vedat, **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 133.

<sup>48</sup> Buz, s. 133.

<sup>49</sup> Alman Hukuku'nda bkz. **MünchenerBGB/Fritsche**, BGB § 361, Nr. 5.

ketici taşıma esnasında malın korunmasını sağlamak üzere paketlemek borcu altında olup (ancak bu borç malın orijinal paketinde iade edilmesi anlamını taşımaz), bu borca aykırı davranırsa doğan zarardan TBK m. 112 hükmüne göre sorumlu olur<sup>50</sup>.

## VI. Cayma Hakkının Kullanılmasının Yan Sözleşmelere Etkisi

Yönetmelik m. 15 hükmüne göre tüketicinin cayma hakkını kullanması durumunda yan sözleşmeler de kendiliğinden sona erer. Örneğin; mal için yapılmış olan bir sigorta sözleşmesi de satış sözleşmesinden cayılmasıyla birlikte başkaca bir irade beyanında bulunulmasına gerek kalmaksızın sona erecektir. Bu durumda satıcı veya sağlayıcının, tüketicinin cayma hakkını kullandığını yan sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişiye derhal bildirmesi gerekir.

Diğer yandan Yönetmelik m. 15 hükmü Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 30 hükmünü saklı tutmuştur. TKHK m. 30 hükmü bağlı kredilere ilişkin düzenlemeler getirmektedir. TKHK m. 30(3) hükmüne göre; *“tüketicinin mal veya hizmet tedarikine ilişkin sözleşmeden cayması ve buna ilişkin bildirimde bulunulması için ayrıca kredi verene de yöneltilmesi hâlinde, bağlı kredi sözleşmesi de herhangi bir tazminat veya cezai şart ödeme yükümlülüğü olmaksızın sona erer”*. Tüketicinin mal/hizmet sözleşmesinden caydığını hem satıcıya hem de kredi verene cayma süresi içerisinde bildirmesi halinde herhangi bir sorun doğmayacaktır. Bu doğrultuda mesafeli satış sözleşmesi satıcı ya da sağlayıcıya bildirimle, bağlı kredi sözleşmesi ise kredi verene bildirimle sona erer<sup>51</sup>. Tüketici cayma süresi içinde sadece satıcıya bildirimde bulunmuş, kredi verene ise cayma süresinin geçmesinden sonra bildirimde bulunmuşsa, kredi verene yapılan bildirimle kredi sözleşmesinin TKHK m. 30 hükmüne göre sona ermesi mümkün olmamalıdır. Zira Kanun Koyucu bu bildirimde bulunulması için cayma süresi içerisinde yapılmasını aramıştır.

## VII. Cayma Hakkının Kullanılmasının İstisnaları

### 1. Hizmet Sağlamaya Yönelik Sözleşmeler Bakımından

Yönetmelik'te istisnaların düzenlenmesinde, 2011/85/AB sayılı Yönerge'den ziyade 97/7/AT sayılı Yönerge hükümleri dikkate alınmıştır<sup>52</sup>. Yönet-

---

<sup>50</sup> Alman Hukuku'nda bkz. **MünchenerBGB**/Fritsche, BGB § 355, Nr. 59.

<sup>51</sup> Bildirimde bulunulması için kurucu unsur olduğu yönünde bkz. Atamer, Yeşim, **Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 161.

<sup>52</sup> Yönerge'de hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmeler bakımından satıcıya Yönerge m. 6(j) bendinde özel bir ön bilgilendirme yükümlülüğü ve Yönerge m. 8(8) bendinde özel bir onay

melik m. 15(h) bendine göre; “cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler” bakımından tüketicinin cayma hakkını kullanması mümkün değildir. Bu düzenleme 97/7/AT sayılı Yönerge m. 6(3) hükmündeki ilk istisnayı karşılar. Görüldüğü üzere, tüketici cayma hakkı süresi dolmadan önce hizmetin ifasına onay vermişse, tüketicinin cayma hakkını kullanması mümkün olmaz.

Yönetmelik m. 15(f) bendinde, satıcının tüketiciye, ayrıca hizmetin ifasına onay verdiğinde, cayma hakkını yitireceğine ilişkin bir bildirimde bulunması gerektiği düzenlenmemiştir. Halbuki satıcının, tüketiciye, “hizmetin ifa edilmesine onay vermesi halinde cayma hakkını kullanamayacağını” bildirmesi Yönetmelik m. 5(h) hükmünün bir gereğidir. Bu tür bir durumda Yönetmelik m. 10 hükmüne göre, tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmediğinden, 14 günlük süre ile bağlı olmamalıdır<sup>53</sup>. Tüketici hizmet ifa edilmiş olsa da uzayan cayma süresi içerisinde cayma hakkını kullanabilmeli ve ödediği bedelin iadesini talep edebilmelidir. Aksi halde tüketiciye cayma hakkının bulunmadığına ilişkin bildirim yapılmaması yaptırımsız kalacaktır<sup>54</sup>.

alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Yönerge m. 8(8) hükmüne göre, tüketicinin cayma hakkı süresi içerisinde hizmetin ifasına ilişkin önceden açık talebinin alınması gerekir. Yönerge m. 6(j) hükmüne göre ise, cayma hakkı süresi dolmadan hizmetin ifa edilmesine ilişkin önceden bir talep alınmışsa, tüketicinin Yönerge m. 14(3) hükmüne göre belirlenecek bedeli ödemesi gerektiği hususunda da bilgilendirilmesi gereklidir. Yönerge m. 14(3) hükmüne göre ise, tüketicinin cayma hakkını kullandığı hususunda satıcıyı bilgilendirdiği ana kadar ifa edilmiş hizmet ile orantılı olarak sözleşme ile belirlenen bedeli ödemesi gerekir. Bu bedel aşırı ise, malın piyasa değeri üzerinden hesaplanacak bedelin yine hizmetin ifası ile orantılı olarak dikkate alınması gereklidir. İşte satıcı tüketicinin cayma hakkı süresi içerisinde hizmetin ifasına ilişkin önceden talebini almazsa [Yönerge m. 14(4)(a) (ii)] ya da hizmetin ifası tamamlanmadan cayma hakkı kullanıldığında, ifa edilen kısım ile orantılı olan sözleşme ile belirlenen bedelin, bu bedel aşırı ise, malın piyasa değeri üzerinden hesaplanacak bedelin ödenmesi gerektiğine ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesse [Yönerge m. 14(4)(a)(i)] satıcının, tüketiciden herhangi bir ödeme talep etmesi mümkün olmaz. Öte yandan hizmet tamamen ifa edildiyse, Yönerge m. 16. (1)(a) hükmünde şartların da gerçekleşmesiyle artık cayma hakkının kullanımına ilişkin istisnai bir hal doğacaktır. Bu hükme göre, tüketicinin, cayma hakkı süresince hizmetin ifa edilmesini talep ettiğini gösteren ve hizmet tamamen ifa edildiğinde cayma hakkını kullanamayacağına dair kabulünü de içeren önceden açık onayı alınmışsa, tüketici cayma hakkı kullanılmaz. Yönerge’de hizmetin tamamen ifa edilmesi hali bu şartlar altında cayma hakkının kullanımının istisnası olarak belirlenmiştir.

<sup>53</sup> Ancak bkz. 97/7/AT sayılı Yönerge bakımından aksi yönde Atamer, Yeşim “TKHK m.9/A ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in AB Mevzuatı İle Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.XXIII S. 1, 2005, s. 187.

<sup>54</sup> Öte yandan MSY m. 7(1) hükmüne göre “Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin 6’ncı maddede belirtilen yöntemlerle ön bilgileri edindiğini kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak teyit etmesini sağlamak zorundadır. Aksi halde sözleşme kurulmamış sayılır”. Söz konusu hükmün ne şekilde anlaşılması gerektiği oldukça tartışmalıdır. Ancak kanaatimizce cay-

Yukarıda Yönerge m. 2(5) hükmüne göre bir sözleşmenin hem mal satışını hem de hizmetin ifasını amaçlaması halinde bu sözleşmenin bir satış sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini ve cayma süresinin tüketiciye teslimden itibaren işleyeceğini ifade ettik<sup>55</sup>. Ancak bu halde tespiti gereken başka bir husus da zararın gideriminin hangi hükümlere göre yapılması gerektiğidir. Yönerge'nin Giriş kısmında, bir sözleşme hem bir malın satışı hem de bir hizmetin ifası amacıyla kurulmuşsa, mal bakımından malın iadesine ilişkin, hizmet bakımından ise, hizmete ilişkin sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir<sup>56</sup>. Örneğin bir ev aletinin hem satışı hem de kurulması karşılaştırılmışsa<sup>57</sup>, tüketici cayma hakkını malın kendisine teslim edildiği andan itibaren kullanabilir. Bu durumda tüketici cayma hakkını kullandıysa malın özelliklerini işleyişi tespit etmenin ötesine geçen kullanımları nedeniyle Yönerge m. 14(2) hükmüne göre sorumlu olur. Tüketicinin ayrıca Yönerge m. 14(3) hükmüne göre de kurulma masraflarını ödemesi gerekecektir<sup>58</sup>. Yönerge m. 14(3) hükmüne göre, tüketicinin cayma hakkını kullandığı hususunda satıcıyı bilgilendirdiği ana kadar ifa edilmiş hizmet ile orantılı olarak sözleşme ile belirlenen bedeli ödemesi gerekir. Bu bedel aşırı ise, malın piyasa değeri üzerinden hesaplanacak bedelin yine hizmetin ifası ile orantılı olarak dikkate alınması gereklidir.

Yönetmelik'te, hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmeler bakımından tüketici cayma hakkını kullandığına bir bedel ödemesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu eksiklik, Yönetmelik m. 15(f) bendinde, tüketicinin hizmet sözleşmesinin ifasını önceden onay vermişse cayma hakkını kullanamayacak olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak bu istisna hükmü, sadece hizmet sözleşmelerini kapsamına almaktadır. Halbuki Yönetmelik m. 9(5) hükmüne göre, konusu hem mal satışı hem de hizmetin ifası olan sözleşmeler, mal satım sözleşmesi hükümlerine tabi olacağından, sadece hizmetin ifasına ilişkin bir istisna getiren Yönetmelik m. 15(f) bendi uygulama alanı bulmamalıdır<sup>59</sup>. Bu doğrultuda Türk Hukuku'nda, Yönerge m. 14(3) hükmündeki

---

ma hakkının bulunmadığına ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmaması halinde çözümün bu tartışmalı hüküm kapsamında değerlendirilmemesi gerekir.

<sup>55</sup> Bkz. III. Cayma Hakkının Kullanım Süresi.

<sup>56</sup> Yönerge, Giriş, Nr. 50.

<sup>57</sup> Ancak Yönetmelik m. 2(1) hükmünde Yönerge'de bulunmayan bir istisna getirilmiştir. Yönetmelik malların montajı, tamiri ve onarımına ilişkin sözleşmelerde uygulanmayacaktır. Özellikle malın montajına ilişkin sözleşmelerin neden kapsam dışında bırakıldığı anlaşılacaktır. Söz konusu hükmün en azından konusu sadece malın montajı, bakım ve onarımı olan sözleşmeler şeklinde anlaşılması daha yerinde bir çözüm olarak kabul edilebilir.

<sup>58</sup> DG Justice Guidance Document, s. 50.

<sup>59</sup> Öte yandan MSY m. 9(5) hükmüne göre, "Mal teslimi ile hizmet ifasının birlikte yapıldığı

çözüm benimsenebilir. O halde, tüketicinin hizmetin ifası oranında sözleşme ile belirlenen bedeli, bu bedel aşırı ise, malın piyasa değerini ödemesi gerekir. Tüketicinin malın değerindeki azalmayı ise, Yönetmelik m. 13(2) hükmüne göre gidermesi gerektiği şüphesizdir.

## 2. Dijital İçeriğin Sağlanmasına İlişkin Sözleşmeler Bakımından

Yönetmelik m. 4(1)(a) bendinde dijital içerik tanımlanmıştır. Bu hükme göre, bilgisayar programı, uygulama, oyun, müzik, video ve metin gibi dijital şekilde sunulan her türlü veri dijital içerik sayılır. Yönetmelik m. 15(ğ) hükmüne göre ise, elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayrimaddi mallara ilişkin sözleşmelerde istisna kapsamındadır. Bu hüküm altında istisna kapsamına esasen elektronik ortamdan elde edilen dijital içerik alınmıştır.

Yönetmelik'teki düzenleme, aynı hususu düzenleyen Yönerge m. 16 hükümünden önemli ölçüde ayrılır. Yönetmelik'te, nelerin kapsam dışında olduğunu belirtmiş ancak elektronik ortamdan elde edilen dijital ürünlerin hangi şartlar altında kapsam dışında kalacağını düzenlenmemiştir. Yönerge m. 16 hükmüne göre maddi varlığı olmayan dijital içeriğe (elektronik ortamdan elde edilen dijital içerik) ilişkin cayma hakkı, ifa tüketicinin önceden verilmiş açık onayı ile yapılmışsa ve bu nedenle cayma hakkını kullanamayacağına dair kabulü varsa kullanılamayacaktır. Tüketici, derhal ifaya ilişkin bir talepte bulunmuşsa ve cayma hakkını bu nedenle kaybedeceğine ilişkin bir onay vermişse, dijital içeriğin indirilmeye başlamasıyla cayma hakkını yitirir. Yönerge m. 14(4) (b)(i) ve (ii) bentlerinde, tüketicinin (sözleşmenin kurulmasından itibaren 14 gün içinde ifanın başlamasına<sup>60</sup>) derhal ifaya ilişkin bir talepte bulunmadıysa, cayma hakkını bu nedenle kaybedeceğine ilişkin bir onay vermediyse herhangi bir bedel ödemediği cayma hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir.

Aynı zamanda satıcının, bu iki hususa ilişkin olarak, tüketiciye sözleşme-

---

*sözleşmelerde, mal teslimine ilişkin cayma hakkı hükümleri uygulanır*". Bu düzenleme cayma hakkının kullanılabilmesi sürelerine ilişkin düzenlemeler getiren "Cayma Hakkı" başlıklı MSY m. 9 hükmün son fıkrasında yer almaktadır. Bu hükmün sadece cayma hakkının kullanılmasına ilişkin süreler bakımından mı uygulanacağı yoksa daha genel nitelikli bir hüküm olarak mı anlaşılması gerektiği açık değildir. Hükmün ne lafzı ne de başlığı, hükmün sadece cayma hakkının kullanım süresine ilişkin olarak uygulanacağına dair bir sınırlama getirmemektedir. Kanaatimizce hükmün uygulama alanı cayma hakkının kullanım süresine indirgenmemelidir.

<sup>60</sup> Yönerge m. 9(2)(c) bendinde elektronik ortamdan elde edilen dijital içeriğe ilişkin sözleşmeler bakımından cayma süresi özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre cayma süresi sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren başlar.

nin kurulmasından makul süre sonra ancak ifanın başlamasından önce kalıcı veri saklama aracıyla teyitte bulunma yükümlülüğü vardır [Yönerge m. 8(7) (b)]. Satıcının teyit etme yükümlülüğüne aykırı davranması halinde de tüketici herhangi bir bedel ödemediği takdirde cayma hakkını kullanabilir[14(4)(b)(iii)]. Görüldüğü üzere, Yönerge'de dijital içeriğe ilişkin cayma hakkının kaybı ve tüketicinin cayma hakkını kaybetmemesine rağmen bedel ödeme borcu altında olması oldukça ağır şartlara bağlanmıştır. Tüketicinin cayma hakkı süresinde ifanın başlamasına açık onay verdiği ve tüketicinin bu sürede ifanın başlamasına onay göstermesiyle cayma hakkını yitirdiğini kabul ettiği durumlarda dahi, satıcının bu hususlara ilişkin olarak zamanında tüketiciye teyidi gerçekleştirmemesi, tüketiciyi dijital içeriğin elde edilmesine rağmen bedeli ödeme borcundan kurtarır. Yönetmelik'de, tüketicinin elektronik ortamdan elde edilen dijital içeriğe ilişkin sözleşmeler bakımından hiçbir şart aranmaksızın cayma hakkının tümüyle elinden alınması yerinde değildir.

### 3. Diğer Haller

Yönetmelik m. 15(1)(a) hükmünde belirtilmiş olan ilk istisna fiyatı finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değişen ve satıcı veya sağlayıcının kontrolünde olmayan mal veya hizmetlere ilişkin sözleşmelerdir. İkinci olarak Yönetmelik m. 15(1)(b) hükmüne göre mallar tüketicinin istekleri veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlandıysa tüketici cayma hakkını kullanamaz. Örneğin bir satıcının icabı içerisinde yer almayan ve tüketicinin isteği doğrultusunda özel olarak tasarlanmış bir arabanın satışına ilişkin sözleşmede<sup>61</sup>, üzerinde kişisel bilgilerin bulunduğu kartvizitlerde<sup>62</sup> tüketicinin cayma hakkı bulunmayacaktır. Bu tür sözleşmelerde mal iade edildiğinde bir değer azalması meydana gelmeden yeniden satılmasının makul olması bir ölçüt olarak esas alınabilir. Yine taze meyve, sebze, gibi çabuk bozulabilen veya içecekler gibi son kullanma tarihi hızla geçebilecek mallara ilişkin sözleşmeler bakımından tüketici cayma hakkını kullanamaz [MSY m. 15(1)(c)].

Tesliminden sonra ya da ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olan mallardan iadesi sağlık ve hijyen açısından uygun olmayanların teslimine ilişkin sözleşmelerde cayma hakkının kullanılması mümkün değildir[MSY m. 15(1)(ç)]. Örneğin ruj hijyen amacıyla paketlenmişse, rujun paketinin açılması halinde cayma hakkı kullanılamayacaktır<sup>63</sup>. Örneğin yine yakıt gibi tesliminden sonra başka ürünlerle karışan ve doğası gereği ayrıştır-

---

<sup>61</sup> DG Justice Guidance Document, s. 54.

<sup>62</sup> Bozbel, Mesafeli Sözleşmeler, s. 801.

<sup>63</sup> DG Justice Guidance Document, s. 54.

rılması mümkün olmayan mallara ilişkin sözleşmelerde cayma hakkı kullanılmaz[MSY m. 15(1)(d)].

Malın tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olması halinde maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmeler ile abonelik sözleşmesi kapsamında sağlananlar dışında, gazete ve dergi gibi süreli yayınların teslimine ilişkin sözleşmeler de tüketicinin cayma hakkı bulunmamaktadır[MSY m. 15(1)(e) ve (f)].

Belirli bir tarihte veya dönemde yapılması gereken, konaklama, eşya taşıma, araba kiralama, yiyecek-içecek tedariki ve eğlence veya dinlenme amacıyla yapılan boş zamanın değerlendirilmesine ilişkin sözleşmeler de istisnalar kapsamındadır [MSY m. 15(1)(g)]. Örneğin otellerde yapılan rezervasyonlar bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>64</sup>.

## Sonuç

27 Kasım 2014 tarih ve 29188 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış olan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, Tüketici Hakları Yönergesi’ndeki düzenlemelerden ziyade, genellikle bu Yönerge’nin yürürlükten kaldırdığı Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Yönergesi’ni esas almıştır. Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Yönergesi, 20 Mayıs 1997 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, bu düzenlemenin ihtiyaçlara yeterince cevap vermesi nedeniyle Avrupa Birliği’nde Tüketici Hakları Yönergesi kabul edilmiştir. Bu doğrultuda, Türk Hukuku’nda mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemeler, günümüz ihtiyaçlarına ve ticari hayatın seyrindeki gelişmelere yeter düzeyde cevap vermemektedir. Türk Hukuku’nda malın geri gönderilmesi masraflarına satıcının katlanması gerekmesi ya da satıcıya ödemeleri iade etmekten kaçınma hakkının tanınmaması, tüketiciyi korumak amacıyla getirilmiş bilinçli tercihler gibi gözükmemektedir. Zira diğer yandan hizmetin ifasına ilişkin ya da elektronik ortamdan elde edilen dijital içeriğin sağlanmasına ilişkin sözleşmelerde, tüketicinin cayma hakkını kolaylıkla kaybettiği görülmektedir. Türk Hukuku’nda tüketici bazen korunmaya muhtaç olduğu halde korunmasız bırakılmakta, bazen de ticari hayatın gereklerine aykırı olacak şekilde korunmaktadır. Bu nedenle Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nin, Tüketici Hakları Yönergesi ve başkaca ulusal düzenlemeler de dikkate alınarak revize edilmesi bir ihtiyaçtır.



---

<sup>64</sup> Yönerge, Giriş, Nr. 49.

### KAYNAKÇA

Akipek, Şebnem, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi Ve Türkiye'nin Uyumunu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 21, S. 3, Y. 2002, s.45-66.

Atamer, Yeşim, **Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Atamer, Yeşim “TKHK m.9/A ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in AB Mevzuatı İle Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.XXIII S. 1, 2005, s. 177- 199.

Atamer, Yeşim/ Baş, Ece, “Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 88, Özel Sayı, 1, 2014, s. 19-60.

Bozbel, Savaş, “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt (C.) VII, Sayı (S.) 3-4, Aralık 2003, s. 783 - 804.

Bozbel, Savaş/Atalı, Murat: “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 451-474.

Buz, Vedat, **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.

Demir, Mehmet, **Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Turhan Kitabevi, 2001.

Eidenmüller, Horst; Faust, Florian; Grigoleit, Hans Christoph; Jansen, Nil; Wagner, Gerhard; Zimmermann, Reinhard, “Towards a Revision of the Consumer-Acquis”, **Common Market Law Review**, 2011, <http://papers.ssrn.com> (Çevirimiçi, 14.06.2016).

İnal, Emrehan, **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, İstanbul 2005.

İnal, Emrehan, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması ve Buna İlişkin Güncel Gelişmeler”, **24-25 Kasım 2011 Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu, Metinler Kitabı**, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları No: 189, s.118 vd.



Loos, Marco, "Rights of Withdrawal", **Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2009/04**, <http://ssrn.com/abstract=1350224> (Çevirimiçi erişim, 14.06.2016).

Luzak, Joasia, "To Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers", **Journal of Consumer Policy, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2013-04**, 2 Nisan 2013.

**Münchener Kommentar zum BGB, Schuldrecht - Allgemeiner Teil, Band 2 (MünchenerBGB)**, 7. Auflage, 2016.

Özel, Çağlar, **Mukayeseli Hukukta Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1998.

Schulze Reiner, **Bürgerliches Gesetzbuch**, 8. Auflage, 2014.

Steennot, Reinhard, "The right of withdrawal under the Consumer Rights Directive as a tool to protect consumers concluding a distance contract", **Computer Law & Security Review** S. 29, Y. 2013, s. 105-119;

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, 5. Basıdan 6. Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Yavuz, **Cevdet, Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından; Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, Beta Yayınları, İstanbul 1989.

# MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE TÜRK MAHKEMELERİNİN İHTİYATİ TEDBİR VE İHTİYATİ HACİZ KARARI VERME YETKİSİ

*Jurisdiction of Turkish Courts on Interim Injunction and Provisional Attachment Decisions Regarding Disputes Subject to International Arbitration*

**Arş. Gör. İlyas ARSLAN\***

## ÖZET

Tıpkı devlet mahkemelerinde görülmekte olan davalarda olduğu gibi, yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesinin öngörüldüğü hallerde, hakemlerce verilecek kararın anlam kazanabilmesi için gerek tahkim yargılaması öncesinde gerek tahkim yargılaması sırasında gerekse tahkim yargılaması sonucu verilen hakem kararının icrası/tenfizi aşamasında geçici hukuki koruma kararlarına ihtiyaç duyulmaktadır. Yabancı unsurlu tahkime tabi uyuşmazlıklarda, önceleri sadece mahkemelerin ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verebilecekleri görüşü hâkim iken, günümüzde birçok ülke hukuklarında hakemlere de bu yetki verilmiştir. Bu anlayışa paralel olarak, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m.6'da da mahkemelerin yanında hakemlere de ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verme yetkisi tanınmıştır.

Mahkemelerle birlikte hakemlere de böyle bir yetkinin tanınması çeşitli mahzurları da beraberinde getirebilir. Hakemlere de mahkemelerle birlikte bu yetkinin verilmiş olması karşısında, mahkemenin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisinin taraflarca bertaraf edilip edilemeyeceği, mahkemelerce veya hakemlerce verilen bir ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının diğeri tarafından değiştirilip değiştirilemeyeceği veya ortadan kaldırılamayacağı meseleleri ortaya çıkmaktadır. Yine, yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamalarında, ihtiyati tedbir talepleri bakımından, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini ortadan kaldıran 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.390 hükmü karşısında, MTK m.3 ve m.6 hükümlerine istinaden MTK m.3'teki yetkili Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir kararı alınıp alınamayacağının incelenmesi gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Milletlerarası Tahkim, İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi.

## ABSTRACT

As in cases those are heard in State courts, interim measures of protection is needed either before arbitration proceedings or in the course of arbitration proceedings, or in the enforcement stage of arbitral award, in order to become

---

\* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, [ilyas.arслан243@gmail.com]

meaningful for (one of) the parties, when it is agreed by the parties to settle private law disputes with foreign elements by arbitration. At first, it was thought that State courts have been the only authority to decide on interim injunction and provisional attachment regarding disputes subject to international arbitration, but recently, this authority is also granted to arbitrators in legal systems of many countries. In parallel with this understanding, under Art. 6 of the Turkish Code on International Arbitration numbered 4686 (CIA), the authority to decide on interim injunction and provisional attachment is also granted to arbitrators together with State courts.

Granting authority to arbitrators together with State courts to decide on interim injunction and provisional attachment can lead to many problems. Granting this authority to arbitrators together with State courts, the issue of whether the jurisdiction of State courts to decide on an interim injunction or provisional attachment could be abolished by the parties and the issues of whether decisions of interim injunctions and provisional attachments ordered by one of the state courts or arbitrators could be transformed into another interim measure or abolished by another one arises. Furthermore, it's required to analyze whether it's possible to obtain an interim injunction from Turkish courts referred to in Art. 3 of the CIA pursuant to Art. 3 and 6 of the CIA, in accordance with Art. 390 of the Turkish Code on Civil Procedure numbered 6100, which abolishes the international jurisdiction of Turkish courts on interim injunctions regarding disputes subject to international arbitration.

**Keywords:** International Arbitration, Interim Injunction and Provisional Attachment, Jurisdiction of Turkish Courts.



## GİRİŞ

Bir uyuşmazlığın ortaya çıkması ile bu uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde uyuşmazlığın taraflarından biri tarafından dava açılarak çözüme kavuşturulması arasında belirli bir süre geçmektedir. Zira usul hukuku, şekli bir hukuk dalıdır ve davanın açılması ile hüküm verilmesi anına kadar belirli sürelerle ve prosedüre uyulmasını gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla davanın açılmasından hükmün verilmesi anına kadar oldukça uzun bir süre geçmektedir. Bu süre içerisinde, yargılama ile ulaşılmak istenen sonucun elde edilmesi güçleşebilir, hatta ortadan kalkabilir. Özellikle, karşı taraf ulaşılmak istenen sonucu bertaraf etmek amacıyla bir takım davranışlarda bulunabilir. Örneğin davalı, karşı tarafın haklarını engelleyebilir veya uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan delilleri yok etmeye teşebbüs edebilir ya da sahip olduğu malvarlığı değerlerini elinden çıkarabilir. Böylece, yapılan yargılama sonuçsuz kalacak, davacı boş yere zaman, emek harcamış ve masraf yapmış olacaktır. İşte bu durumda, yargılamanın sonucunun yargılamanın başlamasından önce veya yargılama sırasında güvence altına alınması ihtiyacı ortaya çıkabilir. Bu ihtiyaç ise, mahkemelerin

geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmeleriyle sağlanacaktır<sup>1</sup>.

Hukuk düzenleri, kesin hukuki koruma elde edilene kadar yargılamanın sonuçsuz kalmasını engellemek amacıyla yargı makamlarına belirli şartlar altında geçici hukuki koruma kararı verme yetkisi tanımaktadırlar. Hatta geçici hukuki koruma kararı vermek, yargılamanın sonuçsuz kalmasını bertaraf etmek bakımından filli bir zorunluluk olmanın yanında, hukuki bir zorunluluktur. Zira hukuk devletleri, bireylerin hak arama özgürlüğünü ve hukuki korunma taleplerini güvence altına almıştır. Ayrıca devlet hakların elde edilmesini ve hukuk barışını sağlama görevini üzerine almış, kendiliğinden hak almayı bu çerçevede yasaklamıştır<sup>2</sup>.

Her ne kadar tahkim yargılama süresi devlet yargısına nazaran daha kısa da olsa, davanın açılmasıyla kararın verilmesi arasında az çok belirli bir süre geçmektedir. Tıpkı devlet yargısında olduğu gibi, hakemlerce verilecek kararın anlam kazanabilmesi için gerek tahkim yargılaması sırasında gerekse yargılama sonucu verilen kararın tenfizi aşamasında genel olarak geçici hukuki koruma tedbirlerine, özel olarak da ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına ihtiyaç duyulmaktadır<sup>3</sup>. Verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarıyla dava sonuna kadar davalının mal veya alacaklarının üçüncü kişilere devredilmesi, başka bir ülkeye götürülmesi veya paraya çevrilmesi önlenabilir. Görüldüğü üzere, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörüldüğü halde de, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz yoluna başvurmak hakem kararlarının icrası bakımından büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla, yabancılık unsuru içeren tahkime tabi uyuşmazlıklarda, hangi makamların ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı vermeye yetkili olduğu, bu yetkinin dayanağı ve kapsamı oldukça tartışılan bir konudur. Önceleri münhasıran devlet mahkemelerinin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verebileceği görüşü hâkimken, günümüzde birçok ulusal düzenleme mahkemelere ve hakemlere bu yetkiyi eşit şekilde vermiştir veya hakemlere bu yetki verilirken mahkemelerin de hakemlere yardım ve de-

---

<sup>1</sup> Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012, s.867.

<sup>2</sup> Pekcanitez/Atalaya/Özeker, s.867-868; Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif, İstanbul 2014, s.673; Saim Üstündağ, İhtiyati Tedbirler (Geçici Hukuki Hımaye (Koruma) Önlemleri), İstanbul 1981, s.1 vd; Nevhis Deren-Yıldırım, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Alkım, İstanbul 2002, s.2; Rifat Erten, Milletlerarası Ticarî Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Adalet, Ankara 2010, s.14.

<sup>3</sup> Burada belirtmek gerekir ki, geçici hukuki koruma tedbiri kavramının genel ve üst bir kavram olduğu, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının ise geçici hukuki korumanın bir alt türü olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Karslı, s.673; Muhammet Özeker: İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin, Ankara 1999, s.41 vd.

netimle yetkili kılındığı görülmektedir. Türk hukukunda, 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanununun<sup>4</sup> etkisinde hazırlanan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (“MTK”)<sup>5</sup> da hem mahkemelere hem hakemlere “*ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı*”<sup>6</sup> verme yetkisi tanımıştır.

Mahkemelerle birlikte hakemlere de böyle bir yetkinin tanınması, yabancılık unsuru içeren tahkime tabi uyuşmazlıklar bakımından çeşitli mahzurları da beraberinde getirmektedir. Bunların en başında da, 2011 yılında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>7</sup> (“HMK”) m.390 hükmü karşısında, Türk mahkemelerince MTK m.6’dan kaynaklanan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağı veya nasıl kullanılacağı gelmektedir. İkinci olarak, hakemlere de mahkemelerle birlikte bu yetkinin verilmiş olması karşısında, mahkemelerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisinin bertaraf edilip edilemeyeceği, mahkemelerce veya hakemlerce verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının diğeri tarafından değiştirilip değiştirilemeyeceği veya ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı meseleleri de ortaya çıkabilir.

Çalışmamızın ilk bölümünde milletlerarası tahkimde ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarına ihtiyaç duyulmasının sebeplerini genel olarak ele alacağız. Akabinde, yabancılık unsuru içeren tahkime tabi uyuşmazlıklarda mahkemelerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme konusundaki yetkileri ile bu yetkinin dayanağı, bertaraf edilip edilemeyeceği konularına, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemelerin yanında hakemlere de ihtiyati tedbir veya haciz kararı verme yetkisinin tanınmasının yaratacağı sorunlara değineceğiz. Son olarak, yabancılık unsuru içeren tahkime tabi uyuşmazlıklarda, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında hangi mahkemenin yetkili olduğunu HMK ve İcra ve İflas Kanunu<sup>8</sup> (“İİK”) hükümleri çerçevesinde ele alacağız. Burada özellikle, HMK m.390 hükmü karşısında MTK m.3 ve m.6 hükümlerine göre ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararları bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olup olamayacağı meselesi aydınlatılmaya çalışılacaktır.

---

<sup>4</sup> UNCITRAL Model Kanunu için bkz.: (Çevrimiçi), [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html), 11 Kasım 2015.

<sup>5</sup> RG: 5.7.2001 - 24453

<sup>6</sup> MTK m.6, “*geçici hukuki koruma tedbiri*” yerine sadece “*ihtiyati tedbir*” ve “*ihtiyati haciz*”-den söz etmiştir. Çalışmanın konusu MTK m.6’nın lafzı nedeniyle ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisi ile ilgili olmakla beraber, yeri geldiği ölçüde geçici hukuki koruma tedbiri kavramı çalışmanın içerisinde kullanılacaktır.

<sup>7</sup> RG: 4.2.2011 – 27836.

<sup>8</sup> RG: 19.6.1932 – 2128.

Çalışmamız özellikle HMK m.390 hükmü karşısında MTK m.3 ve m.6 hükümlerine istinaden yabancılık unsuru içeren tahkime tabi uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisi bulunup bulunmadığına ve bu yetkinin aynı zamanda hakemlere de tanınmış olmasının yaratacağı problemlerin incelenmesine ilişkin olduğundan, geçici hukuki koruma tedbiri kavramı ve bunun bir alt türü olduğu belirtilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kavramları ile bunların özelliklerine değinilmeyecektir.

### **I. Milletlerarası Tahkimde İhtiyati Tedbire veya İhtiyati Hacze Duyulan İhtiyaç**

İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına devlet mahkemelerinde duyulan ihtiyaçla tahkim yargılamasında duyulan ihtiyaç esasen birbirinden farklı değildir. Yargılamanın kısa ve çabuk bir şekilde sonuçlanması tahkimin önemli avantajlarından biri olarak kabul edilse de, davanın açılmasıyla kararın verilmesi arasında belirli bir süre geçmektedir<sup>9</sup>. Yine tahkim yargılamasının kendine has özellikleri de sürenin uzamasında etkili olmaktadır. Örneğin, uyuşmazlığın taraflarının, hakemlerin veya bilirkişilerin coğrafi olarak birbirinden uzak olmaları, bu kişiler arasındaki koordinasyonu zorlaştırmaktadır. Özellikle taraflardan birinin kötü niyetli hareketleri de sürenin uzamasında rol oynamaktadır. Örneğin, davalı taraf kasıtlı olarak hakemini belirlemekten veya başhakeimin seçimine katılmaktan kaçınabilir. Bu süre içerisinde, tarafların haklarının telafi edilemez biçimde veya ciddi bir şekilde zarar görmesinin engellenmesi veya verilecek hakem kararının icrasının sağlanması için geçici tedbir taleplerine ihtiyaç duyulabilir. Aksi halde, tahkim yargılaması sonucu verilen kararın herhangi bir anlamı kalmayacaktır<sup>10</sup>.

Milletlerarası tahkimde geçici hukuki koruma talepleri, yerel tahkimde veya devlet mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklara nazaran daha çok önem taşımaktadır. Zira çoğunlukla farklı ülke vatandaşlarının veya farklı ülkelerde ticari ve ekonomik faaliyette bulunan kişilerin karşı karşıya geldiği davalarda, kötü niyetli tarafça uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak delillerin hakemlerce temin edilmesi kolayca engellenebilir. Davalı taraf, elinde bulunan malvarlığı değerlerini kolayca elinden çıkarabilir veya hakemlerce verilecek nihai kararın

---

<sup>9</sup> Ziya Akıncı, "Hakemlerin İhtiyati Tedbir veya İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi", Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, s.210; Erten, s.29.

<sup>10</sup> Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Bası, Beta, İstanbul 2013, s.189; William Wang, "International Arbitration: The Need For Uniform Measures of Relief", Brooklyn Journal of International Law, Vol.28, Issue 3, 2003, s.1061.

tenfizinin mümkün olmadığı üçüncü bir ülkeye kaçırabilir<sup>11</sup>. Hatta kötü niyetli taraf, bankadaki parasını birkaç dakika içerisinde başka bir ülkede banka hesabına rahatça transfer edebilir<sup>12</sup>. Dolayısıyla, nihai karar verilmeye kadar telafi edilemez zararların meydana gelmesini önlemek ve taraflardan birinin haklarını korumak amacıyla geçici hukuki koruma tedbirlerine başvurulması gerekir<sup>13</sup>.

İşte bu sebeplerden dolayı yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde geçici hukuki koruma tedbirlerine başvurma ihtiyacı hâsıl olmuştur. Tabii bu durum, zamanla ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarını kimin vereceği problemini ortaya çıkarmıştır. Aşağıda, yabancılik unsuru içeren tahkime tabi uyuşmazlıklarda ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talepleri bakımından yetki meselesi üzerinde duracağız.

## **II. Yabancılik Unsuru İçeren Tahkime Tabi Uyuşmazlıklarda İhtiyati Tedbir veya İhtiyati Haciz Kararı Verme Konusunda Yetki Meselesi**

### **A. Genel Olarak**

Milletlerarası tahkimde ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı vermeye yetkili merciin hakemler mi yoksa mahkemeler mi olduğu doktrinde yoğun tartışmalara konu olmuştur. İlk zamanlar bu kararlara duyulan ihtiyacın mahkemeler yardımıyla sağlanması gerektiği, bu konuda mahkemelerin münhasır yetkiye sahip oldukları kabul edilerek hakemlere bu yetki verilmemiştir<sup>14</sup>. Günümüzde ise, milletlerarası tahkim alanındaki gelişmelere paralel olarak, hakemlerin de tedbir kararları verebileceği, hatta bunun bir gereklilik olduğu ileri sürülmeye başlanmıştır<sup>15</sup>.

Ulusal düzenlemelerde hakemlere ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı

---

<sup>11</sup> Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Vol II., Kluwer Law International, The Hague, 2009, s.1943-1944; Sandeep Adhipathi, *Interim Measures In International Commercial Arbitration: Past, Present and Future*, LLM Theses, University of Georgia School of Law, 2003, s.4; Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel, İzmir 2008, s.640.

<sup>12</sup> Erten, s.30.

<sup>13</sup> Julian D. M. Lew/Loukas A. Mistelis/Stefan M. Kröll, *Comperative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, s.586; Alan Redfern/Martin Hunter/Nigel Blackaby/Constantine Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford Univversity Press, 2009, s.444; George von Segesser/Christoph Kurth, "Interim Measures", *International Arbitration In Switzerland, A Handbook for Practitioners*, Ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Blaise Stucki, Kluwer Law International, 2004, s.68; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal, İstanbul 2008, s.109-110; Yeşilova, s.640; Erten, s.30.

<sup>14</sup> Lew/Mistelis/Kröll, s.588; Yeşilova, s.646-647; Akıncı, *İhtiyati Tedbir*, s.211.

<sup>15</sup> Lew/Mistelis/Kröll, s.589; Yeşilova, s.648; Erten, s.31.

verme yetkisi verilmeyip mahkemelere bu yetkinin tanınmasına gerekçe olarak çeşitli sebepler ileri sürülmüştür. Hakemlerce verilecek tedbir kararlarının cebri icra gücünün bulunmaması<sup>16</sup>, hakemlerin sadece tahkim anlaşmasının taraflarını bağlayacak tedbir kararlarına hükmedebilmeleri ve dolayısıyla üçüncü kişileri bağlayıcı tedbirlere hükmedememeleri en çok ileri sürülen gerekçeler olarak kabul edilmektedir<sup>17</sup>. Bunun yanında, uyuşmazlığın ortaya çıkmasıyla tahkim davası açılması ve hakem kurulunun teşekkülü arasında da belirli bir süre geçmektedir. Henüz teşekkül etmeyen hakem kurulunun tedbir kararı vermesi ise mümkün değildir<sup>18</sup>. Dolayısıyla, uyuşmazlığın çıkması anından itibaren mevcut durumun ve tarafların haklarının korunması amacıyla tedbir kararı sadece mahkemelerce verilebilecektir.

Tahkimde ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararları bakımından hakemlerin yetkili olmasını savunan görüş ise, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hakemler tarafından çözüleceği noktasından hareket etmekte ve nihai kararı vermeye yetkili olan hakemlerin tedbir kararları konusunda neden yetkili olamayacaklarını haklı olarak eleştirmektedir<sup>19</sup>. Esas hakkındaki davanın çözümlenmesi için taraflarca yetkilendirilen hakemlerin tedbir kararı vermesi yerinde görülebilir. İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz için aleni yargılama yapan mahkemelere başvurulması, gizli ve özel bir yargılama usulü olan tahkimin kabul edilmesinin saiklerini de olumsuz etkilemektedir<sup>20</sup>. Zira tahkimin uluslararası ticari ve ekonomik alanda tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden birisi de yargılamanın gizli olmasıdır<sup>21</sup>. İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz için mahkemeye başvurulması halinde, mahkeme tahkim anlaşmasının varlığına rağmen uyuşmazlığın esasına girmeye kendini yetkili görebilir. Örneğin, hakem kurulunun teşekkülünden önce taraflarca mahkemelere başvurulması halinde, mahkeme böyle bir başvuruyu tahkim iradesinden vazgeçme olarak kabul edip uyuşmaz-

---

<sup>16</sup> Born, s.2049; von Segesser/Kurth, s.80; Nevhis Deren-Yıldırım, Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkim, İstanbul 2004, s.78.

<sup>17</sup> Born, s.2049; Lew/Mistelis/Kröll, s.612; Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 3.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.133; Hakan Pekcanitez, "Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri", Milletlerarası Tahkim Semineri (10 Mart 2003), ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara 2003, s.131. Geçici hukuki koruma önlemlerine sadece tahkim yerinin bulunduğu ülkede değil, daha çok delillerin bulunduğu veya davalının malvarlığı değerlerinin bulunduğu ülkelerde hükmedilmesi zarureti doğabilir. Hatta bazı hallerde üçüncü kişilerin hakları ve malvarlığı değerlerini kapsayan tedbirler alınması gerekebilir. Bkz.: Born, s.2049.

<sup>18</sup> Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s.445; Wang, s.1080; Pekcanitez, s.129.

<sup>19</sup> Erten, s.31.

<sup>20</sup> Wang, s.1088; Erten, s.91-92.

<sup>21</sup> Şanlı, s.246; Faruk Kerem Giray, "Milletlerarası Tahkimde Gizlilik", Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Y.2015, S.2, s. 74 vd.



lığın esasına girebilir<sup>22</sup>. Diğer bir ihtimal olarak, mahkeme tahkim anlaşmasının bulunduğunu gerekçe göstererek yetkisiz olduğuna karar verebilir ve böylece tedbir talebini reddedebilir<sup>23</sup>.

Ancak şu bir gerçektir ki, hakemlerce verilecek olan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararına taraflar kendiliğinden uymadıkça mahkemelerin devreye girmesi gerekecektir. Zira günümüzde hakemlerin verdiği tedbir kararlarının cebren icrasının henüz hiçbir hukuk düzeni tarafından kabul edilmediğini söyleyebiliriz<sup>24</sup>. Sonuç olarak, gerek hakemlerin verdiği ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının icra edilebilirliğinde yaşanan problemler gerekse de hakem kurulunun teşekkülü anına kadar geçici hukuk koruma imkânından mahrum kalınmaması nedeniyle mahkemelerin devreye girmesi kaçınılmaz görünmektedir<sup>25</sup>.

Yetki meselesine ilişkin bu tartışmaları bir tarafa bırakırsak, birkaç ülke hukuku dışında birçok ülke hukukunda hem mahkemelerin hem de hakemlerin tedbir kararları kararı verme yetkisine sahip olduğunu görmekteyiz. UNCITRAL Model Kanununun 9. maddesinde taraflardan birinin tahkim yargılamasından önce veya yargılama sırasında mahkemelerden geçici hukuki koruma kararı (*interim measures of protection*) alabileceği, 17. maddesinde ise, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem kurulunun geçici hukuki koruma kararı verebileceği belirtilmektedir. İsviçre hukukunda, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, taraflardan birinin talebi üzerine hakem kurulu geçici hukuki koruma önlemlerine (*provisional and conservatory measures*) hükmedebilecektir (IPRG § 183/1). Karşı tarafın verilen karara rızaen uymaması halinde ise, hakem kurulunun kararın icrası için mahkemeye başvurabileceği öngörülmüştür (IPRG § 183/3)<sup>26</sup>. İngiliz hukukunda ise, 1996 tarihli Tahkim Kanununda geçici hukuki koruma yetkisi hakemlere verilmiştir (§ 38-39). Mahkemelerin yetkisi tali niteliktedir ve sadece kanunda sayılan sınırlı hallerde geçici hukuki koruma kararına hükmedebilirler (§ 44). Alman hukukunda ise, tarafların geçici hukuki koruma kararı için hakemlere başvurabilecekleri gibi mahkemeye de başvurabilecekleri kabul edilmiştir<sup>27</sup>. Buna karşın, İtalyan ve Arjantin hukuklarında hakemlerin geçici hukuki koruma kararı veremeyecekleri, bu konuda mahkemelerin yetkili

---

<sup>22</sup> Lew/Mistelis/Kröll, s.621; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s.448.

<sup>23</sup> Erten, s.91.

<sup>24</sup> Erten, s.182.

<sup>25</sup> Aynı yönde bkz.: Wang, s.1084.

<sup>26</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: von Segesser/Kurth, s.81 vd.

<sup>27</sup> Born, s.2044, dn.482.

olduğuna dair açık düzenlemeler bulunmaktadır<sup>28</sup>. Ulusal düzenlemeler yanında, kurumsal tahkim merkezlerinin büyük çoğunluğu, hakemlerin geçici hukuki koruma kararı verme yetkisini kabul etmektedir<sup>29</sup>.

Türk hukukunda ise, yabancılık unsuru içeren tahkime tabi uyuşmazlıklar bakımından hem hakemlere hem de mahkemelere ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisi tanınmıştır (MTK m.6/1-2). MTK, “geçici hukuki koruma önlemi” gibi genel ve kapsayıcı ifade yerine sadece “ihtiyati tedbir” ve “ihtiyati haciz”den söz etmiştir. Çalışmanın bundan sonraki kısmında, MTK’nın lafzına uygun olarak geçici hukuki koruma tedbiri kavramı yerine ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kavramlarını kullanacağız. Ancak yeri geldiği ölçüde geçici hukuki koruma tedbiri kavramı da kullanılacaktır.

## **B. Yabancılık Unsuru İçeren Tahkime Tabi Uyuşmazlıklarda Mahkemelerin İhtiyati Tedbir veya İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi**

### **1. Genel Olarak**

Tahkim, tahkim anlaşmasının taraflarına sağlamış olduğu çeşitli avantajlar nedeniyle tercih edilen bir çözüm yöntemidir. Tahkimin bu avantajlarından yararlanabilmek için tahkim yargılamasının olağan bir şekilde devam etmesi ve neticelenmesi gerekmektedir. Özel bir yargılama usulü olan tahkimden beklenen faydanın sağlanabilmesi ve tahkim usulünde ortaya çıkan kimi zayıflıkların ortadan kaldırılması için mahkemelerin yardım ve desteğine ihtiyaç duyulabilmektedir. Tahkim yargılamasından istenen sonucun elde edilebilmesi için delillerin temin edilmesi ve korunması veya tarafların mal ve alacakları üzerinde tasarrufta bulunmalarının önlenmesi veya mevcut durumun korunması gereken hallerde mahkemelerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verebilmeleri büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla, yabancılık unsuru içeren tahkime tabi uyuşmazlıkların çözümünde, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz bakımından hangi nedenlerle mahkemelerin yardımına gereksinim duyulduğu ve ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz için mahkemelere müracaatın tahkim yargılaması açısından yaratabileceği sorunlara değinmekte fayda vardır.

---

<sup>28</sup> Wang, s.1092.

<sup>29</sup> Bkz.: MTO Tahkim Kuralları, m.23; ICSID Tahkim Kuralları, m.39; WIPO Tahkim Kuralları, m.46; Londra Uluslararası Tahkim Divanı Tahkim Kuralları, m.25; Alman Tahkim Enstitüsü Tahkim Kuralları, m.20; Hollanda Tahkim Enstitüsü Tahkim Kuralları, m.37-38; Zürih Ticaret Odası Tahkim Kuralları, m.28; Amerikan Tahkim Odası Tahkim Kuralları, m.21.

## 2. Yabancılık Unsuru İçeren Tahkime Tabi Uyuşmazlıklarda Mahkemelerce İhtiyati Tedbir veya İhtiyati Haciz Kararı Verilmesinin Sebepleri

Tahkim yargılamasının sağlıklı bir şekilde devamı için, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme konusunda mahkemelerin yardımına gereksinim duyulabilir.

Hakem kurulunun henüz oluşmadan, taraflarca yapılan ihtiyati tedbir veya haciz talebini değerlendirip bir karara bağlaması mümkün değildir<sup>30</sup>. Taraflardan biri hakemler nezdinde dava açsa bile, hakem seçimi ve hakem kurulunun oluşması belirli bir süreyi gerektirmektedir. Hatta uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümüne yanaşmayan taraf hakemini seçmede yavaş davranabilir, hakem kurulunun oluşmasını engellemek için atanan hakemlere itiraz edebilir ve hakem kurulunun oluşması daha da gecikebilir<sup>31</sup>. İşte, uyuşmazlığın ortaya çıkıp da hakem kurulunun oluşması ve ihtiyati tedbir talebini değerlendirip karar vermesi anına kadar geçen süre içerisinde, uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştıracak bilgi ve belgelerin yok edilmesi veya tarafların hak kayıplarına uğraması söz konusu olabilir. Bu mahzurları bertaraf etmek amacıyla tarafların ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı için mahkemelere başvurması bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

Tahkim yargılaması öncesinde veya sırasında ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talepleri için mahkemelere başvurmanın diğer bir önemli sebebi ise, hakemlerce verilen tedbir kararlarının icrai bir gücünün olmamasıdır<sup>32</sup>. Tarafların, hakemlerin verdiği tedbir kararına rızaen uymaması söz konusu olabilir. Bu halde, verilen kararın icrası için mahkemeye başvurma zarureti ortaya çıkacaktır. İkinci bir ihtimal olarak, hakemlerin vereceği tedbir kararına karşı davalının rızaen uymayacağını ve ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının herhangi etkisi olmayacağını düşünen davacı doğrudan mahkemelere başvurabilir<sup>33</sup>. Dolayısıyla, ihtiyati

<sup>30</sup> Lew/Mistelis/Kröll, s.619-620; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s.445; Wang, s.1080; Pekcanitez, s.129; Yeşilova, s.712; Erten, s.80.

<sup>31</sup> Alan D. Redfern, "Arbitration and the Courts: Interim Measures of Protection – Is the Tide About To Turn?", Texas International Law Journal, Y.1995, Vol.30, s.83. Örneğin, UNCITRAL Tahkim kurallarına göre, aksine anlaşma olmadıkça tek hakem varsa 90 gün, üç hakem varsa 120 gün içerisinde oluşturulması gerekmektedir. Bu konuda bkz.: UNCITRAL Tahkim Kuralları, m.8-10.

<sup>32</sup> Born, s.2049; Lew/Mistelis/Kröll, s.594; von Segesser/Kurth, s.80; Yeşilova, s.712; Deren-Yıldırım, Tahkim, s.80; Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2nd Edition, The Hague/London/Boston, 2001, s.644; Claude, Goldman, "Provisional Measures In International Arbitration", International Business Law Journal, Y.1993, Vol.6, s.6; K. Berk Kapanıcı, "Tahkimde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Meseleler", Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, s.529.

<sup>33</sup> Tarafların hakemlerce verilen karara rızaen uyması da mümkündür. Zira taraflar, verilen ih-

tedbir veya ihtiyati haciz kararı almak amacıyla veya hakemlerce verilen tedbir kararının icrası amacıyla mahkemelere başvurmak zorunda kalabilirler. İşte bu noktada, tahkim yargılamasının sonucu açısından mahkemelerin yardımı kaçınılmaz görünmektedir.

Tahkimin sözleşmesel bir ilişki olması nedeniyle, hakemlerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisi olsa bile bu yetkilerini sadece tahkim anlaşmasının taraflarına yönelik kullanabilirler<sup>34</sup>. Bu nedenle, üçüncü kişiler üzerinde etki doğuracak tedbir kararlarına ihtiyaç duyulduğunda mahkemelerin yardımı büyük önem arz etmektedir<sup>35</sup>. Yine, hakemlerin vereceği tedbir kararlarının resmi organları bağlaması da söz konusu olamaz. Örneğin, hakemler bir malın veya aracın yurt dışına çıkarılması için gümrük müdürlüğüne yazı yazılmasına karar veremeyecekleri gibi, taraflardan birinin mallarının ihtiyaten haczi için resmi organlara emir veremezler<sup>36</sup>. Nitekim bu husus MTK m.6/2, c.3'te de açıkça belirtilmiştir.

Bunların dışında diğer bazı nedenlerle de ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz için mahkemelere başvurmak elzem hale gelebilir. İstisnai de olsa, günümüzde bazı hukuk sistemlerinde veya tahkim merkezlerinde, hakemlere ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisinin tanımaması söz konusu olabilir. Diğer bir ihtimal olarak, ulusal düzenlemeler bazı türdeki tedbir kararları bakımından münhasıran kendi mahkemelerine yetki tanıyabilir. Örneğin, ihtiyati haciz kararlarının birçok ülke hukukuna göre hakem kurulu tarafından verilemeyecek nitelikte kararlar arasında olduğu belirtilmektedir<sup>37</sup>. Bu halde, gerekli tedbirlerin tesisi için tarafların zorunlu olarak tahkim yerinin bulunduğu veya tarafların malvarlığı değerlerinin bulunduğu ülke mahkemelerine başvurması gerekecektir<sup>38</sup>. Her ne kadar UNCITRAL Model Kanununda hakemlere taraflardan birinin yokluğunda (*ex parte*) ihtiyati tedbir veya haciz kararı verme imkânı getirilmiş olsa da, çoğu ülke hukukunda hakemlere böyle bir yetki verilmemiştir. Dolayı-

---

tiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararına hakemlerin gözünde kötü bir intiba oluşturmamak amacıyla ve nihai kararın verilmesi aşamasında hakemler nezdinde olumsuz bir etki yaratmaması amacıyla uymayı tercih edebilirler. Bkz.: von Segesser/Kurth, s.80, dn.54; Kapancı, s.529. Bununla birlikte, tarafların hakemlerce verilen tedbir kararlarına çoğunlukla uyduğu belirtilmektedir. Bkz.: Pekcanitez, s.134; von Segesser/Kurth, s.80; Lew/Mistelis/Kröll, s.610; Marc Blessing, Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspective, Helbing &Lichtenhahn, 1999, s.281.

<sup>34</sup> Erten, s.82.

<sup>35</sup> Born, s.2028; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s.446; Rubino-Sammartano, s.631; Wang, s.1061; Goldman, s.6; Akıncı, Tahkim, s.134; Yeşilova, s.716.

<sup>36</sup> Akıncı, Tahkim, s.134; Erten, s.82.

<sup>37</sup> Erten, s.79.

<sup>38</sup> Born, s.2049; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s.444.

ıyla, taraflardan birinin yokluğu halinde, telafi edilemez zararların oluşmasının önlemek veya önemli delillerin yok olmasını engellemek amacıyla mahkemelere müracaat etmek gerecektir<sup>39</sup>.

### 3. Mahkemelerin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisinin Hukuki Dayanağı

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü öngören taraflar sıklıkla uyuşmazlığın başlangıcında ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz için mahkemelere başvurumaktadırlar. Mahkemeler, tahkime yardım zımında ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme konusundaki yetkisini nereden almaktadır? Mahkemelerin bu konudaki yetkisini milletlerarası sözleşmeler, tahkim anlaşması ve ilgili ulusal hukuklar çerçevesinde değerlendirmek gerekir<sup>40</sup>.

Bazı milletlerarası sözleşmelerde geçici hukuki koruma kararı konusunda mahkemelerin yetkili oldukları dolaylı olarak kabul edilmiştir. Örneğin, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonunda<sup>41</sup> ihtiyati tedbir kararlarına hiç değinilmemiştir. Ancak, Konvansiyonun 2/3. maddesine göre tahkim şartının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olması halinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesinden vazgeçilebilecektir. İşte bu noktada, ihtiyati tedbir için mahkemelere müracaat edilmesinin tahkime engel olmadığı, dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmektedir. Milletlerarası Ticarî Tahkime Dair Cenevre Sözleşmesi<sup>42</sup> ise, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı için mahkemelere başvurulmasının tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmeyeceğini ve uyuşmazlığın esasını çözmekle mahkemelerin yetkilendirildiği anlamına gelmediği açıkça belirtmektedir (m.6/4). Bu hüküm, tahkim anlaşmasının ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz konusunda mahkemenin yetkisini kaldırmadığını dolaylı olarak ifade etmektedir<sup>43</sup>. ICSID Konvansiyonuna<sup>44</sup> göre, mahkemelere ihtiyati tedbir kararı için başvurulamaz, ancak taraflar ihtiyati tedbir kararı için mahkemeye başvurulabileceğini kararlaştırabilirler (m.26 ve m.47)<sup>45</sup>.

---

<sup>39</sup> Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s.444.

<sup>40</sup> Born, s.2029.

<sup>41</sup> RG: 25.1.1991 – 20877.

<sup>42</sup> RG: 23.9.1991 – 21000.

<sup>43</sup> Erten, s.86. Doktrinde, Sözleşmenin hakemlerin ihtiyati tedbir kararı vermesini kabul etmediğini, bu konudaki yetkinin devlet mahkemelerine ait olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Cemal Şanlı, "21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku", Avrupa (Cenevre) - New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu (Ankara, 10.05.1990), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991, s.12.

<sup>44</sup> RG: 25.9.1991 – 21002.

<sup>45</sup> Benzer bir düzenleme ICSID Tahkim Kuralları m.39/6'da da yer almaktadır.

Tahkim anlaşmasının tarafları da, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı vermeleri konusunda mahkemelerin yetkisini kabul edebilirler. Uygulamada taraflar *ad hoc* tahkim veya kurumsal tahkim merkezlerinin kuralları üzerinde anlaşma yapmaktadır. Dolayısıyla, tahkim anlaşması ve taraflarca uygulanması kararlaştırılan kurallar, hükmedilecek geçici hukuki koruma önlemleri konusunda bir çerçeve oluşturmaktadır<sup>46</sup>. Seçilen tahkim kuralları da genel olarak mahkemelerin yetkisini belirli şartlar altında kabul etmektedir. Örneğin, MTO Tahkim Kuralları m.23/2'de ve LCIA Tahkim Kuralları m.25/3'te, tarafların dosya hakem kuruluna havale edilmeden önce veya havale edilmekle beraber uygun şartları varsa tedbir talepleri için mahkemeye başvurabileceği belirtilmektedir<sup>47</sup>.

Esasen mahkemeler ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme konusundaki yetkisini kendi hukuk düzeninden almaktadır. Dolayısıyla, bir mahkeme kendi hukuk kuralları müsaade ettiği ölçüde ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verebilir. Örneğin, bir devlet, sadece kendi ülke sınırları içerisinde cereyan eden tahkim yargılamalarında mahkemelerine ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisi tanıyabilir. Kimi ülke hukuklarında mahkemelerin sadece tahkim yargılamasından önce tedbir kararı verebileceğine ilişkin düzenlemeler yer alırken<sup>48</sup>, kimi ulusal düzenlemelerde ise tahkim yargılaması sırasında da mahkemelerin hakemlerle birlikte yetkiye sahip oldukları ve ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz için mahkemelere başvurmanın tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir<sup>49</sup>. Benzer şekilde Türk hukukunda da tahkim yargılaması öncesinde veya tahkim yargılaması sırasında ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talebiyle mahkemeye müracaatın tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmeyeceği MTK m.6/1'de hüküm altına alınmıştır. Buna karşın, bazı devlet hukuklarında mahkemelerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı konusunda yetkili oldukları açıkça hükme bağlanmamış olmakla birlikte,

---

<sup>46</sup> Erten, s.87.

<sup>47</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Born, s.2064 vd.

<sup>48</sup> Örneğin, Fransız hukukunda uyumsuzluğun esasını çözmeye hakemlerin yetkili olduğu göz önünde bulundurularak hakem kurulu oluşturulduktan sonra ihtiyati tedbir kararını sadece hakemler verebilecektir. Fransız Medeni Usul Kanunu m.1449'da tahkime tabi uyumsuzluklarda mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alınabilmesi için henüz hakem kurulunun oluşmuş olması koşulu aranmıştır.

<sup>49</sup> Örneğin, Alman hukukunda tahkim yargılamasında mahkemelerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verebileceği hükme bağlanmıştır (ZPO § 1033). İsviçre hukukunda da mahkemelere hem tahkim yargılaması sırasında hem de tahkim yargılamasından önce tedbir kararı verme yetkisi verilmiştir (IPRG § 183).

mahkemeler bu konuda kendilerini yetkili görmektedir<sup>50, 51</sup>

Sonuç olarak, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı konusunda taraflar mahkemelere başvurulacağını kararlaştırsalar da veya uygulanan tahkim kuralları taraflara bu imkânı tanısa dahi, ilgili devlet mahkemesi bu konuda yetkili olup olmadığını veya ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz için aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini kendi hukukuna (*lex fori*) bakarak belirleyecektir<sup>52</sup>.

#### 4. Mahkemelerin İhtiyati Tedbir veya İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisinin Bertaraf Edilip Edilemeyeceği Meselesi

Çoğu hukuk düzeninde ve kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim kurallarında mahkemelerle hakem kurullarının genellikle birlikte yetkili oldukları kabul edilmektedir. Taraflar, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesi için hakemlere başvurmak yerine doğrudan mahkemeye başvurabilirler. Hakem kurulunun vermiş olduğu tedbir kararlarına rızaen uyulmaması halinde ise, kararın cebri icrası için tarafların veya hakem kurulunun mahkemeye müracaat etmesi gerekecektir<sup>53</sup>. İşte bu noktada, tarafların uygulanmasını istedikleri ulusal hukuk kurallarında veya kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim kurallarında taraflara hem hakemlere hem de mahkemelere ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı için başvurma imkânı tanındığı hallerde, tarafların mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırıp kardıramayacakları meselesi gündeme gelecektir.

<sup>50</sup> Örneğin, ABD hukukunda sadece deniz ticareti hukukuna ilişkin bazı konularda yetkili olabilecekleri kabul edilmesine rağmen, eğer taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, ABD mahkemeleri tarafların haklarının korunması ve tahkim yargılamasının sağlıklı bir şekilde devamı için ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları vermişlerdir. Detaylı bilgi için bkz. Born, s.2045-2046.

<sup>51</sup> Tahkim yargılaması öncesinde veya tahkim yargılaması devam ederken Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme konusundaki yetkisine ve bu konudaki görüşlere aşağıda detaylı olarak değineceğiz. Bkz. Aşağıda, s.717 vd.

<sup>52</sup> Born, s.2055; Lew/Mistelis/Kröll, s.623; von Segesser/Kurth, s.81; Pekcanitez, s.122; Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Bası, Beta, İstanbul 2014, s.473. Hatta mahkemelerin bu konudaki yetkisi, hakemlerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisinin bulunmamasına veya ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı vermelerinin mümkün olup olmamasına da bağlı değildir. Bu konuda bkz.: Lew/Mistelis/Kröll, s.623. Hakemlerce verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararına tarafların rızaen uymaması halinde de, ihtiyati tedbir kararının icrası için başvuru için devlet mahkemesi kendi hukukunu uygulayacaktır. Bkz.: Özel, s.117.

<sup>53</sup> Hakem kurulunun vermiş olduğu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararını taraflardan birinin yerine getirmemesi halinde, karşı tarafın ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talebiyle mahkemelere müracaat edebileceği MTK m.6/3 c.1'de kabul edilmiştir. İsviçre hukukunda ise, taraflardan birinin hakem kurulunun vermiş olduğu tedbir kararını yerine getirmemesi halinde, hakem kuruluna kararın icrası için ilgili mahkemeye başvurma imkânı tanınmıştır (IPRG §183/2).

Taraflar, mahkemelerin tedbir kararı verme yetkisini bertaraf eden bir anlaşmayı çeşitli saiklerle yapmış olabilirler. Örneğin, taraflar ihtiyati tedbir kararları da dâhil olmak üzere uyuşmazlığa ilişkin tüm meselelerin tek bir yetkili merci önünde çözüme kavuşturulmasını isteyebilirler<sup>54</sup>. Devlet mahkemelerinde yargılamaların açık olması nedeniyle, ticari sırların veya belgelerin üçüncü şahıslarca bilinmemesi amacıyla, diğer bir ifadeyle gizlilik nedeniyle ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konusunda mahkemelerin yetkisini ortadan kaldıran ve sadece hakem heyetine bu yetkiyi veren bir anlaşma akdedebilirler<sup>55</sup>.

Doktrinde, mahkemelerin yetkisini bertaraf eden böyle bir sözleşmenin yapılamayacağı, tarafların çıkarlarının güvence altına alınması için ihtiyati tedbir kararlarının zaruri olduğu ve mahkemelerin verdiği tedbir kararlarının tarafların haklarını daha etkin bir şekilde koruyacağı ileri sürülerek önceden bu haktan feragat edilemeyeceği belirtilmektedir<sup>56</sup>. Mahkemenin yetkisini bertaraf eden böyle bir sözleşmenin kabul edilmesi gerektiği savunanlar ise, taraflara tanınan irade serbestisinden hareket etmekte, mahkemelerle hakemlere birlikte yetki veren düzenlemelere bakıldığında bunların emredici nitelikte düzenlemeler olmadığını ileri sürmektedir<sup>57</sup>.

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, hakem kurulu henüz teşekkül etmemişse veya teşekkül etmekle beraber taraflar hakemlere ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı konusunda yetki tanımamışlarsa, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talebi için mahkemelere başvuramayacağına ilişkin böyle bir sözleşmeyle mahkemelerin yetkisinin bertaraf edilememesi gerekir<sup>58</sup>. Tarafları her türlü geçici hukuki koruma önlemlerine başvurma imkânından yoksun bırakmanın, tahkim yargılamasının sağlıklı bir şekilde ilerlemesine engel olabileceğini veya yargılama sonucu verilen hakem kararının anlamsız hale getirebileceğini unutmamak gerekir.

Son olarak, tarafların mahkemenin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisini bertaraf eden bir sözleşmeye etki tanınıp tanınmayacağı ilgili

---

<sup>54</sup> Born, s.2052; Lew/Mistelis/Kröll, s.620.

<sup>55</sup> Born, s.2051; Lew/Mistelis/Kröll, s.620; von Segesser/Kurth, s.85; Yeşilova, s.720.

<sup>56</sup> Pekcanitez, s.142; Erten, s.89, dn.301'deki yazarlar.

<sup>57</sup> Born, s.2051; Lew/Mistelis/Kröll, s.620; von Segesser/Kurth, s.85. İsviçre hukukunda, böyle bir sözleşmenin akdedilmesi tavsiye edilmemekle birlikte, taraflar böyle bir anlaşma yapacaklarsa açıkça ve özel olarak belirtmeleri gerekir. Bkz.: von Segesser/Kurth, s.85. Hatta bazı kararlarda, irade serbestisinden hareket eden mahkemelerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisini bertaraf eden böyle bir anlaşmanın varlığına etki tanımıştır. Bkz.: Mantovani v. Caparelli SpA, (1980) Lloyd's Rep 375.

<sup>58</sup> Erten, s.89.



mahkemenin hukukuna bağlıdır<sup>59</sup>. Böyle bir sözleşmenin varlığına rağmen taraflardan biri ihtiyati tedbir kararı için ilgili devlet mahkemesine başvurmuşsa ve karşı taraf da sözleşmenin varlığını ileri sürerek itirazda bulunmuşsa, mahkeme böyle bir sözleşmenin geçerli olup olmadığını kendi hukukuna (*lex fori*) göre belirleyecektir.

Türk hukukunda mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararına karşı ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak kararı veren mahkemeye itiraz edilebileceği belirtilmiştir (HMK m.394/2). Tahkim yararlaması öncesinde veya sırasında ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talebiyle mahkemelere müracaat edilemeyeceğini öngören bir sözleşmeye dayanılarak mahkemenin böyle bir yetkisinin olmadığı bir Türk mahkemesinin önünde ileri sürüldüğünde, mahkeme böyle bir sözleşmenin varlığını ileri sürerek yetkisiz olduğuna karar veremez. Çünkü taraflar, Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisini, icra dairelerinin ve icra tetkik mercilerinin görevlerini bertaraf eden sözleşme yapma yetkisine sahip değildir. Bu konular cebri icra hukukunun kapsamına girmektedir ve devletin egemenlik haklarının bir sonucu olarak ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talepleri bakımından Türk mahkemelerinin yetkisi kamu düzenindedir ve Türk mahkemelerinin bu konularda daima münhasır yetkiye sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>60</sup>. Sonuç olarak, taraflar ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz konusunda Türk mahkemelerinin yetkisini bertaraf eden sözleşme yapsalar dahi, bu sözleşmenin Türk mahkemelerinin yetkisi bakımından herhangi bir etkisi olmayacağını söyleyebiliriz.

### **C. Mahkemelerin Yanında Hakemlere de İhtiyati Tedbir veya İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisinin Tanınmasının Ortaya Çıkaracağı Çeşitli Problemler**

#### **1. Genel Olarak**

Çoğu hukuk düzeninde mahkemelerle birlikte hakemlere de ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisi tanındığını görmekteyiz<sup>61</sup>. Birlikte yetkili olmalarına karşın, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz konusunda her iki

---

<sup>59</sup> Erten, s.89.

<sup>60</sup> Bkz.: Yargıtay HGK, E.1998/12-287, K.1998/325, T.6.5.1998, (YKD, C.24, S.9, Eylül 1998, s.1269 vd.); Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 4.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.461 ve s.470.

<sup>61</sup> Türk, İsviçre, Alman ve İngiliz hukukları yanında, Hollanda, Belçika, Japonya, Hindistan, Kanada ve Yeni Zelanda hukuklarında da hakemlerle mahkemelerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme konusunda birlikte yetkili olduğuna dair yasal düzenlemeler mevcuttur. Konu hakkında bkz.: Born, s.2043-2044.

makamın yetkisi birbiri karşısında sınırlanmamış olup aralarında öncelik sonralık ilişkisi de yoktur<sup>62</sup>. İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları kesin hüküm niteliğine sahip değildir ve söz konusu kararlar bakımından derdestlik itirazının ileri sürülmesi de söz konusu değildir<sup>63</sup>. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasının varlığı mahkemelerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı konusunda yetkisini ortadan kaldırmadığından, hem mahkemelerin hem de hakemlerin yetkili olması, mahkemelerle hakemlerin verecekleri tedbir kararları arasında çeşitli ihtilafların ortaya çıkmasına yol açabilir. Örneğin, taraflardan biri ihtiyati tedbir kararı için hem mahkemeye hem hakem kuruluna aynı anda başvurabilir veya mahkemeye yaptığı ihtiyati tedbir talebi reddedilen taraf aynı tedbir talebi için hakem kuruluna başvurabilir ya da mahkemeden bir tedbir kararı almasına rağmen daha lehte bir karar için hakem kuruluna başvurabilir.

Doktrinde, taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının mevcudiyeti söz konusuysa mahkemelerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme konusunda dikkatli olmaları gerektiği ileri sürülmektedir<sup>64</sup>. Uygulamada, birbirinden farklı ve birbirine ters düşen kararların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla hem mahkemeler hem de hakemler sıklıkla taraflardan birinin ihtiyati tedbir talebiyle her iki makama aynı anda başvuramayacağına karar vermektedirler<sup>65</sup>. Dolayısıyla, yapılan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz başvurusu mahkeme tarafından reddedildiğinde, aynı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı için ikinci kez hakem kuruluna başvurma imkânının tanınmaması gerekir<sup>66</sup>. Eğer mahkemenin red kararı vermesinden sonra, mevcut durum değişmişse veya yeni delillerin elde edilmesi halinde hakem kuruluna ikinci kez başvurulabilecektir<sup>67</sup>.

Mahkemelerle hakemlerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz konusunda birlikte yetkili olmaları halinde, bunlardan herhangi biri tarafından verilen kararın diğeri tarafından değiştirilip değiştirilemeyeceği problemi ortaya çıkmaktadır.

---

<sup>62</sup> Yeşilova, s.713.

<sup>63</sup> von Segesser/Kurth, s.86; Lew/Mistelis/Kröll, s.612.

<sup>64</sup> Lew/Mistelis/Kröll, s.612. Bir İngiliz mahkemesinin vermiş olduğu kararda da bu husus belirtilmiştir. Bkz.: Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Betty Construction Ltd. (1993) AC 334. Söz konusu kararla ilgili detaylı bilgi için bkz.: Redfern, s.82 vd.

<sup>65</sup> von Segesser/Kurth, s.86.

<sup>66</sup> Buna karşın bir Amerikan mahkemesi, hakemlerin mahkemenin ihtiyati tedbir talebini reddetmesinden sonra da ihtiyati tedbir kararı verme konusunda yetkili olabileceklerine karar vermiştir. Bkz.: Sperry Int'l Trade, Inc. v. Israel, 689 F.2d 301 (2d Cir.1982). Başka bir kararda ise, ihtiyati tedbir talebinin mahkemece reddedilmesi halinde, artık hakemlerin aynı konuda ihtiyati tedbir kararı veremeyecekleri ifade edilmiştir. Bkz. : Michaels v. Mariforum Shipping SA, 624 F.2d 411 (2nd Cir.1980).

<sup>67</sup> ICC Procedural Order of 2 April 2002, ASA Bulletin, 2003, Vol.21, No.4, s. 810; von Segesser/Kurth, s.86; Erten, s.91; Yeşilova, s.728.

Bunun yanında, hakemlerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati hacze hükmetmeleri halinde verilen bu kararın nasıl icra edileceği, mahkemelerin yanında hakemlere de yetki tanınmasının yarattığı bir diğer sorundur.

## **2. Hakemlerce Verilen İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararının Mahkemelerce Değiştirilip Değiştirilemeyeceği veya Kaldırılıp Kaldırılmayacağı Meselesi**

Mahkemelerle hakemlerin birlikte yetkili olması neticesinde, hakemlerce verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının mahkemelerce değiştirilip değiştirilemeyeceği veya verilen kararın mahkeme tarafından ortadan kaldırılıp kaldırılmayacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Hiç şüphesiz, her iki makamın da vermiş olduğu kararlar geçerlidir. Zira her iki makam da ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme konusunda birbirinin yetkisini sınırlamamaktadır. Buna karşın hakemlerin vermiş olduğu tedbir kararları tarafların bu kararı rızaen yerine getirdiği ölçüde anlam ifade edecektir. Eğer aleyhine ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilen taraf bu karara uymazsa, hakemlerin mahkemeler gibi cebri icra gücü olmadığından ihtiyati tedbirin veya ihtiyati haczin icra edilebilmesi için mahkemelere başvurmak gerekecektir. Sonuç olarak, hakemlerce verilecek ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının icrası söz konusu olduğunda mahkemelerin yardımı gerekecektir.

Bu noktada mahkemeler, kural olarak hakemlerce verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının kendi ülkelerinde icra edilebilmesi için başvurulduğunda, kendi hukukunda böyle bir karar için aranan şartları ve usulü uygulayacaktır<sup>68</sup>. Ancak mahkemeler, hakemlerce verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının icrası talep edildiğinde milletlerarası tahkimin özelliklerini de dikkate alarak bazı özel koşullar arayabilirler<sup>69</sup>. Doktrinde, mahkemelerce verilecek böyle bir kararın yeni bir ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı olmayacağı, kararın zaten hakemlerce verilmiş olduğu ve mahkemece yapılan yargılamanın hakemlerin vermiş olduğu kararın icra dairelerince icra edilebilecek nitelikte ve özellikte olup olmadığını denetlemek amacına yönelik olduğu ileri sürülmektedir<sup>70</sup>. Ancak kanaatimizce, hakemlerce verilen kararın mahkemenin hukukunun aradığı şartları taşıyıp taşımadığı yapılacak ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz yargılaması sonucu tespit edilmektedir ve mahkemece icrasına izin verilen karar artık bir mahkeme kararı niteliğindedir. Eğer, mahkeme hakemlerce verilen kararın kendi

---

<sup>68</sup> Born, s.2056; Pekcanitez, s.122; von Segesser/Kurth, s.81.

<sup>69</sup> Born, s.2056; UNCITRAL Model Kanunu m.17/J, c.2.

<sup>70</sup> Yeşilova, s.711.

hukukunun aradığı şartları taşımadığını tespit ederse talebi reddedecektir<sup>71</sup>.

İkinci olarak, hakemlerce verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı, icrası için başvurulmuş mahkemenin hukukunda yer almayabilir veya farklı nitelikte geçici hukuki koruma kararları söz konusu olabilir. Eğer hakemlerce verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı mahkemenin kendi hukukunda mevcut olan tedbirlerden birine tekabül etmiyorsa, mahkeme hakemlerin vermiş olduğu kararı kendi hukukunda mevcut olan tedbirlerden birine uyumlu hale getirerek değiştirebilir. Diğer bir ihtimal olarak, mahkemenin hakemlerin vermiş olduğu karara paralel yönde bir karar vermesi de söz konusu olabilir. Aksi halde, hakemlerin vermiş olduğu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının icrası mümkün değildir<sup>72</sup>.

Hakemlerce verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı, tahkim anlaşmasının tarafları bakımından geçerlilik arz etmektedir. Hakemlerin vermiş olduğu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının mahkemelerce ortadan kaldırılabilmesi için iki yol söz konusu olabilir. Birincisi, hakemlerin vermiş olduğu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararına karşı tarafın kendiliğinden uymaması halinde, diğer taraf mahkemeye başvurabilir. Hakemlerce verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının icrası için yapılan bu başvuru sonucunda, mahkemenin karşı tarafın yapacağı itirazları dikkate alarak hakemlerce verilen karar ortadan kaldırması ihtimal dâhilindedir<sup>73</sup>. İkincisi, mahkemece icrasına izin verilen hakem kararı artık mahkemece verilen bir karar niteliğinde olduğundan, sonradan değişen koşullar nedeniyle artık böyle bir karara ihtiyaç duyulmadığında, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının kaldırılması gerekebilir.

---

<sup>71</sup> Örneğin, İsviçre hukukunda hakemlerce verilen tedbir kararının icrası için İsviçre mahkemeleri geçerli bir tahkim anlaşmasının var olup olmadığına ve tedbir talebi bakımından ilk bakışta (*prima facie*) yetkili olup olmadığına bakmaktadır. Eğer bu koşullar mevcutsa, mahkeme hakemlerce verilen tedbir kararının esasına girecek ve söz konusu kararın İsviçre kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edip etmediğini de dikkate alacaktır. Yalnız mahkemenin vermiş olduğu karar, tek başına hakemlerce verilen kararın icrasına ilişkin bir karar değil, mahkemenin kendi kararıdır. Bkz.: von Segesser/Kurth, s.81.

<sup>72</sup> von Segesser/Kurth, s.81; Akıncı, Tahkim, s.134; Kapancı, s.529.

<sup>73</sup> Yalnız burada, hakemlerle mahkemelerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı konusunda birlikte yetkili olduğunu unutmamak gerekir. Hakemlerce verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararına karşı sadece kararı veren makama itirazda bulunulabileceği gibi, Türk hukuku bakımından mahkemelere böyle bir itirazda bulunmak mümkün görünmemektedir. Zira Türk hukukunda hakemlerin vermiş olduğu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarına karşı mahkemelerde itirazda bulunup bulunulamayacağı (ve dolayısıyla HMK m.394'ün ve İİK m.265'in uygulanıp uygulanmayacağı) şüphelidir. Dolayısıyla, bu ihtimalin gerçekleşmesi mümkün görülmemektedir. Böyle bir ihtimal, hakemlerce verilen kararın hiçe sayılması anlamına gelmekte, sanki mahkemelerden yeni bir ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı isteniyormuş gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yeşilova, s.727.

Doktrinde, söz konusu kararın özünde bir hakem kararı olduğu ve kararı veren hakemlerin bu kararı değiştirmede ve kaldırmada da yetkili olmaları gerektiği ileri sürülse de<sup>74</sup>, buradaki karar mahkemenin kendi hukukunun aradığı koşullara istinaden vermiş olduğu bir karar olduğundan, kararın kaldırılmasında da söz konusu mahkemenin yetkili olması daha yerinde olacaktır<sup>75</sup>.<sup>76</sup> Aksi bir durumun, mahkemeyi hakemlerin vermiş olduğu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararını denetleyen bir üst merci haline getirebileceği belirtilmektedir<sup>77</sup>.

### **3. Mahkemelerce Verilen İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararının Hakemlerce Değiştirilip Değiştirilemeyeceği veya Ortadan Kaldırılıp Kaldırılmayacağı Meselesi**

Hakem kurulu henüz teşekkül etmeden önce veya hakem kurulu teşekkül ettikten sonra, taraflar ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talebiyle mahkemeye başvurabilirler. Uyuşmazlığı çözmeye yetkili merci olan hakem kurulu oluştuktan sonra, sonradan değişen koşullar nedeniyle mahkemenin vermiş olduğu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararına ihtiyaç kalmayabilir veya mahkemenin vermiş olduğundan daha başka bir tedbir kararına ihtiyaç duyulabilir. Bu halde, mahkemenin vermiş olduğu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı hakemler tarafından değiştirilebilecek midir? Sonradan değişen koşullar nedeniyle ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararına gerek kalmadığında, hakemler mahkemenin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararını kaldırabilecek midir?

Doktrinde, mahkemece verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılması konusunda hakemlere üstünlük tanınması gerektiği belirtilmektedir. Nasıl ki hakemler uyuşmazlığın esası üzerinde son sözü söyleme hakkına sahipse, mahkemelerce verilecek karar ile hakemlerce verilecek kararın birbiriyle çatışması halinde hakemlerin kararına üstünlük tanımak gerektiği ileri sürülmekte, özellikle hakem kurulunun oluşmasından önce mahkemelerce verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararını değiştirme veya kaldırma imkânına sahip olmaları gerektiği belirtilmektedir<sup>78</sup>. Bu gö-

---

<sup>74</sup> Yeşilova, s.727.

<sup>75</sup> Aynı yönde bkz.: Turgut Kalpsüz, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Ankara 2010, s.50.

<sup>76</sup> Mahkemenin vermiş olduğu bir kararın hakemler tarafından değiştirilmesi veya kaldırılması yabancılik unsuru içeren tahkime tabi uyuşmazlıklar bakımından günümüzde pek mümkün görülmemekle birlikte, yabancılik unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulan HMK’nda hakemlere böyle bir yetki tanındığını görmekteyiz. (HMK m.414/5).

<sup>77</sup> Kalpsüz, s.50, dn.57. Aynı yönde bkz.: Pekcanitez, s.135.

<sup>78</sup> Doktrinde, mahkemelerin vermiş olduğu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının kesin hüküm etkisi bulunmadığı, dolayısıyla hakemleri bağlamadığı noktasından hareket edilerek,

rüşe karşı ise, hakem kurulunun oluşmasıyla birlikte uyuşmazlığın esasını görmeye yetkili merci hakemler olduğundan, mahkemece verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının verilmemesi gerektiğine yönelik itirazların mahkemeye yapılması gerektiği, tedbir kararının değiştirilmesine veya kaldırılmasına ilişkin itirazların ise hakemlere yapılması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>79</sup>. Buna karşın, özellikle Türk hukukunda, hakem kurulunun oluşmasından önce mahkemelerin vermiş olduğu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının hakemler tarafından değiştirilemeyeceği veya kaldırılamayacağı ifade edilmektedir<sup>80</sup>. Nitekim bu hususun MTK m.6'nin gerekçesinde de açıkça belirtildiği görülmektedir<sup>81</sup>.

Kanaatimizce, ilgili mahkemenin hukuku hakemlere böyle bir yetkiyi tanıyorsa veya müsaade ediyorsa, mahkemenin vermiş olduğu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı hakemlerce değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Örneğin, yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulan HMK'da hakemlere böyle bir yetki tanındığını görmekteyiz. HMK m.414/5'e göre, mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararı hakem veya hakem kurulu tarafından değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Bununla beraber, HMK m.414/5'te getirilen böyle bir hüküm çeşitli mahzurları da beraberinde getirmektedir. İlk olarak, mahkemenin ihtiyati tedbir kararını değiştiren hakem kararına istinaden lehine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın söz konusu hakem kararıyla icra organlarına nasıl başvuracağı ve icra organlarının ne yönde hareket edeceği belirsizdir. Zira Türk hukukunda, cebri icra organları mahkemece verilen kararlara istinaden harekete geçebilecektir. Dolayısıyla, mahkemece verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının hakem kararıyla kaldırıldığını veya değiştirildiğini düşündüğümüzde, icra organlarının nasıl hareket edeceği sorusu gündeme

---

hakemlerin mahkemece verilen kararın tamamen aksi yönünde karar verebileceği gibi mahkemenin vermiş olduğu kararın değiştirilebileceği veya kaldırılabileceği ileri sürülmektedir. Bkz.:Lew/Mistelis/Kröll, s.625; Philippe Fouchard/Emmanuel Gaillard/Berthold Goldman, International Commercial Arbitration, Ed. Emmanuel Gaillard & John Savage, Kluwer Law International, 1999, s.723, paragraf 1330. Aksi yönde bkz.: Yeşilova, s.729.

<sup>79</sup> Yeşilova, s.729-730. "...Hakemlerce yapılacak yargılama, daha önce mahkeme kararının verildiği tarihte geçerli olan durum ve koşullarda bir değişiklik olduğu gerekçesine dayanmalıdır..." Bkz.: Yeşilova, s.730.

<sup>80</sup> Kalpsüz, s.50; Pekcanitez, s.143; Akıncı, Tahkim, s.135; Erten, s.91, dn.313'teki yazarlar; Nuray Ekşi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim (6100 sayılı HMK m.407-444), Beta, İstanbul 2013, s.175-176.

<sup>81</sup> Bkz.: MTK m.6 gerekçesi, paragraf 3.: "Tahkim yargılaması öncesinde veya tahkim yargılaması sırasında mahkemece verilen ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz kararı, hakem veya hakem kurulunun kararıyla ortadan kaldırılamayacaktır..."

gelecektir. İkinci olarak, söz konusu düzenlemenin hem yetkide paralellik ilkesine hem de Anayasa'nın<sup>82</sup> 138. maddesinin son fıkrasına aykırılık teşkil edebilir. Doktrinde, yetkide paralellik ilkesi gereği, bir işlemi hangi makam yaptıysa kaldırılma kararının da o makam tarafından verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Buna göre, mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararının taraflarca özel olarak görevlendirilen hakemlerce kaldırılmasına karar verilmesinin yetkide paralellik ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmektedir<sup>83</sup>. Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasına göre, yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır ve bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir şekilde değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, hiçbir organın veya makamın mahkemelerce verilmiş olan bir kararı değiştiremeyeceği Anayasa m.138/son'da açıkça ifade edilmesine rağmen, taraflarca özel olarak görevlendirilen hakemlere mahkemenin vermiş olduğu kararı değiştirme yetkisi tanınmasının Anayasa m.138/son'a aykırılık teşkil ettiği aşikârdır<sup>84</sup>.

Gerek yurt dışında gerekse Türkiye'de cereyan eden yabancılik unsuru içeren tahkime tabi uyumsuzluklar bakımından, Türk mahkemelerinin vermiş olduğu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararını hakemler tarafından değiştirilmesi veya kaldırılması mümkün görünmemektedir. Nasıl ki taraflar Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisini bertaraf eden sözleşme yapma yetkisine sahip değilse, hakemler de Türk mahkemesince verilen böyle bir kararı değiştirme veya kaldırma yetkisine sahip değildir. Daha önce de bahsettiğimiz üzere, bu konular cebri icra hukukunun kapsamına girmektedir ve mahkemelerin bu konudaki yetkisi kamu düzenindedir. Hakemler mahkemenin vermiş olduğu kararı değiştirmiş ya da ortadan kaldırmış olsa dahi, bu durum ancak taraflar hakemlerce değiştirilen ya da kaldırılan ihtiyati tedbir kararına uydukları ölçüde anlam ifade edecek, değiştirilen ya da kaldırılan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının Türk cebri icra hukuku bakımından bir etkisi olmayacaktır. Sonuç olarak, mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının, kararı veren mahkeme tarafından değiştirilebileceğini veya kaldırılabilirliğini söyleyebiliriz.

---

<sup>82</sup> RG: 9.11.1982 – 17863 (Mükerrer)

<sup>83</sup> Ekşi, s.175-176.

<sup>84</sup> Ekşi, s.176.

### III. Yabancılık Unsuru İçeren Tahkime Tabi Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir veya İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi

#### A. Genel Olarak

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün kararlaştırıldığı hallerde, tahkim yargılaması sonucu verilecek olan hakem kararının sonucunu teminat altına almak amacıyla davalının Türkiye’de bulunan mal ve alacaklarını elden çıkarmasına engel olmak için Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alınmasına ihtiyaç duyulabilir. Zira esas davayı görmeye yetkili hakem kurulu Türkiye’den başka bir ülkede teşekkül etmiş olabilir ve böylece tahkim yeri ile ihtiyati tedbir veya ihtiyati hacze ihtiyaç duyulan yer farklı ülkelerde bulunabilir<sup>85</sup>.

Tahkim yerinin Türkiye olduğu veya Türkiye dışında başka bir ülke olup da taraflarca MTK’nun uygulanmayacağına kararlaştırıldığı hallerde, Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir (veya ihtiyati haciz) kararı verip veremeyecekleri meselesi, özellikle HMK’nun yürürlüğe girmesinden sonra büyük önem arz etmektedir. Mülga HUMK m.104/2’de ihtiyati tedbirin en az masrafla ve en çabuk nerede ifası mümkün ise o yer mahkemesi tarafından tedbir kararı verilebileceği belirtilmiştir. Gerek Türkiye’de gerekse yabancı ülkede cereyan eden tahkim yargılamaları bakımından bu hükme istinaden ihtiyati tedbir kararı alınabilmekteydi. Nitekim HUMK’nun yürürlükte olduğu dönemde, Türk mahkemelerinin yabancı ülkede işleyen tahkim yargılamasına yardım mahiyetinde ihtiyati tedbir kararı verdiklerini görmekteyiz<sup>86</sup>. Bununla birlikte, HUMK

<sup>85</sup> Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.456.

<sup>86</sup> MTK’nun yürürlüğünden önceki dönemde, mahkemelerin tahkim yargılamasına destek ve yardımda bulduklarını çeşitli kararlarında görmekteyiz. Tahkim yeri Türkiye dışında olmasına ve geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, esas davanın Türk mahkemesinde açıldığı ve mahkemeden ihtiyati tedbir kararı talep edildiği hallerde mahkemeler, yapılan tahkim itirazını kabul etmiş; buna karşılık ihtiyati tedbir kararının uyuşmazlığın nihai olarak çözümüne kadar devamına karar vermiştir. Örneğin, İzmir 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 13.5.1986 T., E.1986/365, K.1986/77 sayılı kararında, esas bakımından İngiliz hukukuna göre Londra’da karar verecek hakem mahkemesinin yetkisi dikkate alınarak görevsizlik kararı verilmesine rağmen, esasla ilgili nihai karara kadar tedbirin devamına karar verilmiştir. Karar, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından 3.11.1987 T., E.1987/2963, K.1987/5849 sayılı kararı ile bozulmuş olmasına rağmen, tashih-i karar talebi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 12.2.1988 T., E.1988/593, K.1988/752 sayılı kararıyla kaldırılıp alt mahkeme kararı onanmıştır. Karar için bkz.: Şanlı, s.194-195 ve s.195, dn.228. Yine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 29.11.1995 T., E.1995/11-87, K.1995/1053 sayılı kararında da, esas hakkında merkezi Londra’da bulunan GAFTA Tahkim Mahkemesinin yetkili olmasına rağmen, tahkim itirazı üzerine verilen görevsizlik kararı ile tedbirin düşmeyeceği, davanın hakem mahkemesinde nihai çözüme bağlanmasına kadar tedbirin devamına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Karar için bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.468. MTK’nun yürürlüğünden sonraki bir davada



m.104'te ihtiyati tedbir bakımından belirsiz ve kötüye kullanıma açık olan durumun, HMK m.390/1 ile belirli ve tereddüdü ortadan kaldıracak hale getirildiği belirtilmiştir<sup>87</sup>. Hükme göre ihtiyati tedbir, dava açılmadan önce esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilecektir. Ancak böyle bir düzenlemeyle, MÖHUK<sup>88</sup> m.47 uyarınca yabancı bir devlet mahkemesinin yetkilendirildiği davalarda veya yabancı bir ülkede görülen (ve MTK'nın uygulanmasının kararlaştırılmadığı) tahkim yargılamalarında, yabancı devlet mahkemesi veya tahkim mahkemesi uyuşmazlığın esasını çözme konusunda yetki kazanmış olduğundan davacının davalı aleyhine Türkiye'de ihtiyati tedbir kararı elde etmesi mümkün görünmemektedir<sup>89</sup>. Zira artık esas hakkında yetkili bir Türk mahkemesi bulunmamaktadır. Bu açıdan yeni düzenlemenin yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar dikkate alınmaksızın kaleme alınmış olduğunu söyleyebiliriz.

Böyle bir problemin yabancı mahkemelerce veya hakemlerce verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararları tanınıp tenfiz edilmesiyle çözülebileceği düşünülse dahi, Türk hukuku bakımından böyle bir çözüm mümkün görünmemektedir. Söz konusu kararlar, niteliği gereği uyuşmazlığı nihai olarak çözüme kavuşturmayan, geçici nitelikte kararlardır ve Türk hukukuna göre, hukuk davalarına ilişkin verilmiş olduğu devlet hukukuna göre kesinleşmiş<sup>90</sup> mahkeme kararları (MÖHUK m.50) ile kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış olan hakem kararları (MÖHUK m.60) tenfiz edilebilir. Dolayısıyla, yabancı mahkeme veya hakemlerce verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları da Türkiye'de her-

---

ise, Liverpool Tahkim Birliği Tahkim Mahkemesinde görülen tahkim davasının taraflarından biri, hakem kararı verilmeden önce Bakırköy 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne müracaat ederek ihtiyati tedbir kararı almıştır. Daha sonra İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesinde açılan tenfiz davasında, mahkeme 24.12.2002 tarihli kararıyla hakem kararının tenfizine karar vermekle yetinmemiş, ayrıca daha önce Bakırköy 5. Asliye Hukuk Mahkemesince verilmiş olan 23.01.2002 tarihli ihtiyati tedbir kararının, tenfiz kararı kesinleşinceye kadar devamına hükmetmiştir. Karar için bkz.: Şanlı, s.195, dn.228.

<sup>87</sup> Uygulamada hiç ilgisi olmayan mahkemelerden ihtiyati tedbir istenmesi veya aynı anda birden fazla mahkemeden ihtiyati tedbir talep edilmesi gibi ihtiyati tedbir kurumunun amacına uygun olmayan kötüye kullanılması söz konusuydu. Bkz.: Karlı, s.675, dn.1416.

<sup>88</sup> RG: 4.12.2007 - 26728

<sup>89</sup> Çelikel/Erdem, s. 477.

<sup>90</sup> Türkiye'nin taraf olduğu bazı milletlerarası anlaşmalarda, yabancı mahkeme kararlarının kesinleşmiş olması şartına bazı istisnaların getirilmiş olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin, 1958 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Hakkında Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair La Haye Sözleşmesinin 2. maddesinde geçici nitelikteki tedbir kararlarının âkit devletlerce tanınıp tenfiz edilebileceği kabul edilmiştir.

hangi bir etkiye sahip olamayacak ve davacıyı korumasız bırakacaktır<sup>91</sup>. Böyle bir durumun varlığı halinde, uyuşmazlığın taraflarının Türkiye’de ihtiyati tedbir kurumunun sağlamış olduğu hukuksal korumadan yararlanamaması söz konusu olacaktır.

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için Türk hukukunun tanıdığı olduğu hakkı kullanarak yabancı bir tahkim mahkemesinin yetkisini kabul eden tarafları Türk mahkemelerince verilebilecek ihtiyati tedbir korumasından mahrum bırakmak, hukuken kabul edilebilir bir durum değildir<sup>92</sup>. Böyle bir durumda davacının, davayı kazanması halinde davalının Türkiye’deki mal veya alacaklarının haczedilip paraya çevrilmesi ve alacağını elde etmesi mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak, özellikle yabancılık unsuru içeren tahkime tabi uyuşmazlıklarda ihtiyati tedbir taleplerinde yetkili mahkemeyi gösteren HMK m.390’a göre ihtiyati tedbir kararı alınamaması karşısında, taraflarından birinin Türk olduğu veya taraflardan birinin Türkiye’de malvarlığı değerlerinin bulunduğu ticari ve ekonomik uyuşmazlıklarda, tahkime başvurmanın herhangi bir anlamı kalmayacağını söyleyebiliriz.

Aşağıda, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün öngörüldüğü hallerde Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alınmasının mümkün olup olmadığını, özellikle HMK m.390 hükmü karşısında, MTK hükümlerine istinaden ihtiyati tedbir kararı alınıp alınmayacağını, doktrinde ileri sürülen görüşler çerçevesinde ele alacağız. İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında alınmasının Türk mahkemelerinin yetkisi bakımından herhangi bir farklılık arz edip etmediği de çözümü gereken diğer bir meseledir.

## **B. Tahkim Yargılamasından Önce Türk Mahkemelerinden İhtiyati Tedbir veya İhtiyati Haciz Kararı Alınması**

Daha önce de belirttiğimiz üzere, henüz hakem kurulu oluşmadan evvel hakemlerin taraflarca yapılan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz taleplerini karara bağlamaları mümkün görünmemektedir. Hakem kurulunun oluşması ile ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı vermesine kadar geçen süre içerisinde, hatta hakem kurulu oluşmuş olsa bile, uyuşmazlığın çözümünü zorlaştıracak veya mevcut durumda meydana gelecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin güçleştirecek ya da imkânsız hale getirecek bir durumun ortaya

---

<sup>91</sup> Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.464; Çelikel/Erdem, s. 476.

<sup>92</sup> Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.465; Çelikel/Erdem, s. 477; Defne Deniz Kırılı Aydemir, Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler, XII. Levha, İstanbul, 2013, s.316.

çıkması söz konusu olabilir. İşte bu durumda, tahkim yeri neresi olursa olsun, söz konusu talepler için tarafların başvurabileceği yegâne yer mahkemelerdir. Dolayısıyla, tahkim yargılamasından evvel ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı için yetkili mahkemenin hangisi olduğunun tespiti veya Türk hukukunda böyle bir mahkemenin bulunup bulunmadığı sorusunun cevaplanması gerekmektedir.

Bu halde, esasen, ihtiyati tedbir talepleri bakımından HMK'na, ihtiyati haciz talepleri bakımından İİK'na göre yetkili mahkemenin belirlenmesi gerekmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, yabancılık unsuru içeren tahkime tabi uyuşmazlıklarda, tahkim yargılamasının sonucunu güvence altına almak üzere ihtiyati tedbir talebi alınabilecek yetkili bir mahkeme bulunmamaktadır. HMK m.390'a göre, HMK ve diğer kanunlara göre davanın esası hakkında yetkili olan mahkeme ihtiyati tedbir talepleri bakımından da yetkili olmaktadır. Bu düzenleme, sadece yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların esası hakkında yetkili bir Türk mahkemesinin varlığı halinde uygulanabilirken, özellikle yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlığın esası hakkında tahkim anlaşması gereği hakem veya hakem kurulunun yetkili olduğu hallerde söz konusu hükme istinaden ihtiyati tedbir talebi almak mümkün değildir.

İhtiyati tedbir kararının varlığı için HMK m.389'da aranan şartlar mevcut olsa dahi, HMK m.390/1'de sadece esas hakkında yetkili mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alınabileceği öngörüldüğünden, tahkim yargılaması öncesi Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir kararı alınamayacaktır. Çünkü taraflar tahkim anlaşmasıyla uyuşmazlığın esası hakkında yetkili merci olarak tahkim mahkemesini öngörmüşlerdir. Bununla birlikte, HMK'na istinaden ihtiyati tedbir kararı alınamaması halinde, 4686 sayılı MTK'na göre ihtiyati tedbir (ve ihtiyati haciz) kararı temin edilebilir. MTK m.6 hükmüne istinaden gerek tahkim yargılaması öncesinde gerekse tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı istenebilir ve mahkeme de bu talep doğrultusunda karar verebilir. Zira tahkim yargılaması öncesinde veya sırasında, mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talep edilmesinin tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmeyeceği MTK m.6/1'de belirtilmiştir. Aynı Kanununun 1. maddesinin 3 fıkrasında, 6. maddenin tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu davalarda da uygulanacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, MTK m.6'nın taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir kararı verebilmelerini temin edecek şekilde yorumlanabileceği ifade edilmektedir<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> Şanlı, s.193; Çelikel/Erdem, s.480-481; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.466. Buna karşın

Doktrinde, MTK m.6'daki düzenlemenin ihtiyati tedbirin tahkim yargılamasının dışında kalan bir husus olduğu ve taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinin varlığının Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir kararı istenmesine ve mahkeme tarafından da böyle bir karar verilmesine engel teşkil etmediği belirtilmektedir. Dolayısıyla, tahkim yargılamasından önce Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir kararı alınması gerektiğinde, sanki taraflar arasında bir tahkim anlaşması yokmuşçasına hareket edilerek, HMK m.390 kapsamında yetkili bir Türk mahkemesinin bulunup bulunmadığına bakılması ve yetkili bir Türk mahkemesi var ise, o mahkemenin ihtiyati tedbir kararı verebilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>94</sup>. Ancak uygulamada mahkemelerin, HMK m.390 hükmünü yukarıda ifade edilen şekilde yorumlamadığını da görmekteyiz<sup>95</sup>.

Ancak böyle bir yorum tarzı yerine, MTK m.3'te belirtilen yetkili mahkemelere başvurularak ihtiyati tedbir kararı alınabilir. MTK m.3'te, kanun kapsamında mahkemece yapılacağı belirtilen işlerde yetkili ve görevli mahkeme gösterilmiştir. Burada, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesinin, kanun kapsamında mahkemenin yapacağı işlerden biri olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusu gündeme gelebilir. MTK m.1/3'te MTK m.6'nın gerek

---

doktrinde, MTK m.1/3 hükmünden hareketle, 6. maddenin MTK'na tabi tutulmamış tahkim davalarında da uygulanabileceği sonucuna varılamayacağı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, MTK m.1/3, 6. maddenin MTK hükümlerinin taraflarca veya hakem ya da hakem kurulunca seçildiği uyumsuzluklarda da uygulanacağını söylemekle, 6. madde hükmünün uygulama alanını MTK'nun uygulandığı tahkim davaları ile sınırlandırmış olmaktadır. Bkz.: Ergin Nomer, Devletler Hususî Hukuku, 21. Bası, Beta, İstanbul 2015, s.575.

<sup>94</sup> Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.466; Çelikel/Erdem, s.481.

<sup>95</sup> Şanlıurfa 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin önüne gelen bir ihtiyati tedbir davasında, satıcı ile alıcılar arasındaki pamuk satımına ilişkin sözleşmeden doğan uyumsuzluğun çözümü için satıcı, tahkim şartına istinaden Uluslararası Pamuk Birliği Tahkim Mahkemesinde dava açmıştır. Hakem kurulunun satıcı lehine vermiş olduğu karar alıcılar tarafından tahkim içi temyiz yoluna müracaat edildiği için henüz taraflar açısından bağlayıcılık kazanmamıştır. Bu esnada satıcı, kararın bağlayıcılık kazanıp da Türkiye'de tenfiz edilmesine kadar geçecek süre zarfında alıcıların mal kaçırma veya sermaye azaltma yoluna gidebilecekleri düşüncesiyle mahkemeye ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talebiyle müracaat etmiştir. Mahkeme 9.11.2012 tarihli ve D.İş. 2012/190-K. 2012/189 sayılı kararında aşağıdaki gerekçeyle talebin reddine karar vermiştir: *"Somut olayda uyumsuzluk konusu ile ilgili olarak Liverpool'daki Uluslararası Pamuk Birliği Tahkim Mahkemesine müracaat edilmiş, Tahkim Mahkemesi tarafından karşı taraf olan (G) İplik Sanayi ve Limited Şirketi aleyhine 2.701.017,58 ABD doları tutarında tahkim kararı verildiği, tahkim kararının temyiz edildiği, halen kesinleşmediği anlaşılmaktadır. HMK m. 390. maddesindeki düzenleme, esas dava bakımından Türk mahkemelerinin yerel ve uluslararası yetkisinin bulunmadığı durumlarda Türk mahkemelerinin tedbir kararı vermesi imkânını ortadan kaldırdığı, görevli ve yetkili mahkeme tarafından dava öncesi veya dava sonrası karar verebileceği, dava konusu olayda görevli ve yetkili mahkemenin Uluslararası Pamuk Birliği Tahkim Mahkemesi olduğu anlaşılma ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin reddine karar vermek gerekmiştir."* (Karar yayınlanmamıştır.).

Türkiye gerekse Türkiye dışında cereyan eden tahkim davalarında uygulanabileceği belirtilmiştir. Ayrıca MTK m.6/5'te de ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talepleri bakımından tarafların HMK (HUMK) ve İİK hükümlerine göre istemede bulunmak hakları saklı tutulduğu göz önüne alındığında, Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı vermesini mahkemece yapılacak işlerden biri olarak değerlendirebiliriz. Kanaatimizce, MTK m.3'teki yetkili mahkemeden ihtiyati tedbir kararı talep edilebilmeli ve mahkeme de bu talep doğrultusunda karar verebilmelidir. Her ne kadar MTK m.6/5'te tarafların ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz bakımından HUMK ve İİK'na göre ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talebinde bulunma haklarının saklı olduğu ifade edilse de, HMK m.390'ın yürürlüğe girmesiyle artık ihtiyati tedbir talepleri bakımından bu yolun ortadan kaldırıldığını göz ardı etmemek gerekir. Diğer bir ifadeyle, gerek Türkiye'de gerekse yabancı ülkelerde cereyan eden tahkim yargılamaları bakımından hem İİK hükümlerine göre yetkili mahkemelerden hem de MTK m.3'teki yetkili mahkemeden ihtiyati haciz talep edilebilecekken, ihtiyati tedbir talepleri bakımından taraflar sadece MTK m.3'teki yetkili mahkemeye başvurma imkânına sahiptir. Dolayısıyla, yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamalarına sadece destek ve yardım mahiyetinde ve sınırlı olarak müdahale edilebileceğini öngören MTK'nın 3. maddesinde belirtilen yetkili Türk mahkemesinden ihtiyati tedbir kararı alınabilmesi mümkündür. Tabii burada, tahkim yargılamasından önce MTK m.3'te belirtilen yetkili mahkemeden ihtiyati tedbir talep edilmesi halinde, mahkeme ihtiyati tedbir kararı verme konusunda yetkili olup olmadığını değerlendirecektir. MTK m.3'e göre yetkili mahkeme, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer; davalının Türkiye'de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa, İstanbul Asliye Hukuk (Ticaret) Mahkemesidir. İhtiyati tedbir kararı için yetkili olan mahkemenin ihtiyati tedbirin şartlarının oluşup oluşmadığını HMK m.389'a göre tespit edilmesi gerekecektir. Böyle bir çözüm tarzıyla, HMK'nun ihtiyati tedbirler bakımından yaratmış olduğu mahzur bertaraf edilebilir. Aksi halde, HMK m.390 hükmünün milletlerarası usul hukukunun işleyiş ve gereklerine uygun olarak değiştirilmesi gerekecektir<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> Doktrinde, hukuki açıklık ve mahkemelerin haklı olarak düşebileceği hukuki karışıklığı ortadan kaldırmak bakımından HMK m.390/1 hükmünün, en kısa zamanda HUMK'nun hükümleri benzeri şekilde değiştirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz.: Çelikel/Erdem, s.481. Başka bir görüş ise, HMK m.390/1 hükmünde TTK m.1356 hükmüne benzer bir değişiklik yapılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.471-472. TTK m.1356'da hakkında ihtiyati haciz kararı uygulanacak deniz alacağının esas hakkında hüküm vermeye bir hakem kurulu veya yabancı bir mahkeme yetkili olsa dahi, ihtiyati haciz kararının m.1354 veya 1355'te belirtilen yetkili mahkemelerden istenebileceği hüküm altına alınmıştır. Deniz alacağı hakkındaki dava hakem önünde veya yabancı bir mahkemede

Konuya tahkim yargılaması öncesinde ihtiyati haciz konusunda Türk mahkemelerinin yetkisi bakımından baktığımızda, bu konuda herhangi bir sorunun olmadığını söyleyebiliriz. İİK'nunda ihtiyati hacizde yetkili mahkemenin hangisi olacağı dolaylı olarak gösterilmiştir (İİK m.258/1 c.1 ve m.50). Buna göre ihtiyati haciz kararı, ihtiyati haciz talebinin dayanağını teşkil eden alacakla ilgili olarak HMK'daki yer itibarıyla yetkili mahkemelerden temin edilebilir<sup>97,98</sup>. Bu noktada, tahkim yerinin Türkiye'de veya yabancı bir ülkede bulunmasının bir fark yaratmadığını söyleyebiliriz. Zira uygulamada, Türk mahkemelerinin gerek yabancı ülkede görülmekte olan tahkim yargılamalarında<sup>99</sup> gerekse hakem kararının tenfizi için Türk mahkemelerine başvurulması halinde<sup>100</sup>, koşullarının bulunması halinde ihtiyati haciz kararı verdiklerini görmekteyiz. Dolayısıyla, İİK m.257'de ihtiyati haciz için aranan koşulların varlığı halinde, davacı HMK'da gösterilen yetkili mahkemelerden birine ihtiyati haciz talebiyle başvurabilir ve mahkeme de ihtiyati hacze karar verebilir. Sonuç olarak, burada tahkim yargılaması öncesinde ihtiyati haciz talepleri bakımından MTK m.6/5'te de belirtildiği üzere, tarafların İİK hükümleri uyarınca istemde bulunma hakları saklı tutulduğundan taraflar hem İİK hükümlerine göre yetkili mahkemelerden hem de MTK m.3'teki yetkili mahkemeden ihtiyati haciz talebinde bulunabilir.

---

açılmış olsa bile, ihtiyati haciz kararı m.1354 veya 1355'te belirtilen yetkili mahkemelerden istenebilecektir (TTK m.1357).

<sup>97</sup> Ejder Yılmaz, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 2, Yetkin, Ankara 2001, s.1107-1108; Özkes, s.184; Şanlı, s.200.

<sup>98</sup> Örneğin, davacının alacağı bir sözleşmeden kaynaklanıyorsa ve ifa yeri olarak da Türkiye'nin Kocaeli şehri olarak belirlenmişse, HMK m.10 uyarınca sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi olan Kocaeli mahkemeleri ihtiyati haciz kararı verme konusunda yetkilidir.

<sup>99</sup> Türk mahkemelerinin yabancı bir ülkede görülen tahkim yargılamasının taraflarının ileri sürdüğü ihtiyati haciz taleplerini, koşulları bulunduğu takdirde kabul etmektedir. Örneğin, Uluslararası Pamuk Birliği Tahkim Mahkemesinde görülen tahkim yargılamasının taraflarından biri, hakem kararı verilmeden önce Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesine müracaat ederek diğer taraf aleyhine ihtiyati haciz kararı almıştır. Hakemlerce verilen kararın tenfizi için İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesinde açılan davada, mahkeme 24.10.2001 tarihli kararında sadece hakem kararının tenfize karar vermemiş, daha önce Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesince verilen 18.10.1999 tarihli ihtiyati haciz kararının, tenfiz kararı kesinleşinceye kadar devamına hükmetmiştir. Karar için bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.460.

<sup>100</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin önüne gelen bir davada davacı yabancı şirket, hakemlerce verilen kararın tenfizi için dava açmıştır. Davalı Türk şirketlerinin verilen hakem kararının tenfize ilişkin kararı temyize götürmesi üzerine davacı, ekonomik bunalım içerisinde olan davalıların mal kaçırma ihtimali olduğunu ileri sürerek Türk mahkemesinden ihtiyati haciz kararı almıştır. Davalılar ise, tenfiz kararı henüz kesinleşmediği için ihtiyati haciz kararının da verilemeyeceğini ileri sürmüştür. Ancak Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, hakem kararı tenfiz kararı kesinleşmeden önce icra edilemez ise de, söz konusu hakem kararına istinaden ihtiyati haciz kararı istenmesine yasal bir engel bulunmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 30.12.2004 tarihli ve E.2004/9775, K.2004/13391 sayılı kararı için bkz.: (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 17 Kasım 2015.

### **C. Tahkim Yargılaması Sırasında veya Sonrasında Türk Mahkemelerinden İhtiyati Tedbir veya İhtiyati Haciz Kararı Alınması**

Taraflar tahkim yargılamasından önce sadece mahkemelerden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı temin edebilirler. Uyuşmazlığın esasını çözmeye yetkili hakem kurulu teşekkül ettikten sonra, hakemlerin tedbir niteliğinde kararlar verebilecekleri karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi Türk hukukunda da kabul edilmiştir (MTK m.6/2).

Tahkim yargılaması sırasında hem hakemlerin hem de mahkemelerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı konusunda yetkili olduğunu ve tarafların ikisinden birine başvurabileceğini söyleyebiliriz. Bununla beraber, her iki merci arasında bir öncelik sonralık ilişkisinin veya yarışan bir yetkinin bulunup bulunmadığı tartışmaya açıktır. Zira MTK m.6/1’de tahkim yargılaması sırasında mahkemeye başvurmanın tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilerek mahkemelerin yetkisi kabul edilmiş, MTK m.6/3’te de ancak hakemlerin vermiş olduğu tedbir kararlarının yerine getirilmemesi halinde mahkemenin yardımının istenebileceği ifade edilmiştir. Doktrinde, tahkim yargılaması sırasında sadece mahkemenin tedbir kararına hükmedebilmesinin, hakem kurulunun tedbir kararı veremeyeceğinin taraflarca kararlaştırılması halinde mümkün olabileceği ileri sürülmektedir<sup>101</sup>. Diğer bir ifadeyle MTK m.6/3’ün lafzından tedbir kararı verme bakımından önceliğin hakemlerde olduğu sonucuna varılabilir. Ancak, gerek hakemlerin vermiş oldukları tedbir kararlarının icrası için yine mahkemeye müracaat zarureti hâsıl olacağından gerekse Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz konusunda münhasır yetkiye sahip olmaları nedeniyle öncelikle hakemlere başvurmanın pratikte ne gibi bir faydasının olacağı tartışılabilir. Belki taraflar, hakemler nezdinde olumsuz bir etki yaratmamak gibi psikolojik nedenlerle öncelikle hakemlere başvurmayı tercih edebilirler. Hatta tarafların HMK ve İİK’na göre istemde bulunma hakkını saklı tutan MTK m.6/5 hükmü, söz konusu kanun hükümlerine istinaden doğrudan mahkemeye gidilebileceğini göstermesi bakımından hakemlerle mahkemeler arasında bir öncelik-sonralık ilişkisinin olmadığını teyit eder niteliktedir.

Tahkim yargılaması sırasında ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı bakımından hem hakemlerin hem mahkemelerin yetkili olduğu sonucuna varduktan sonra, bu konuda Türk mahkemelerinin yetkili olup olmadığı veya hangi Türk mahkemesinin yetkili olduğu sorusuna cevap aramak gerekecektir. Tahkim yargılaması sırasında mahkemeye iki şekilde müracaat söz konusu ola-

---

<sup>101</sup> Kalpsüz, s.46-47.

çaktır. Birincisi, tarafların tahkim yargılaması sırasında doğrudan mahkemeye başvurması halidir. İkincisi ise, hakemlerin vermiş olduğu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının rızaen yerine getirilmemesi halinde, mahkemenin yardımına başvurulması halidir.

Birinci durumda, Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi konusunda tahkim yargılaması öncesi ile tahkim yargılaması sırasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Zaten kanun açıkça tarafların HMK veya İİK'na göre ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı için doğrudan mahkemeye başvurabilmelerine müsaade etmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, tarafların HMK m.390'da yer alan düzenleme nedeniyle ihtiyati tedbir kararı almaları mümkün olmadığından, MTK m.3'te gösterilen yetkili mahkemeden tedbir kararı temin etme yoluna gidilebilir. İhtiyati haciz kararları bakımından ise, İİK m.258/1 ve m.50 atfı gereği, HMK'daki yer itibarıyla yetkili mahkemelerin birinden de talep edilebilecektir.

Hakemlerin vermiş olduğu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının yerine getirilmemesi halinde mahkemenin yardımını öngören MTK m.6/3 tereddüde yol açacak şekilde kaleme alınmıştır<sup>102</sup>. Hakemlerin vermiş olduğu tedbir kararı yerine getirilmezse, karşı taraf mahkemeye ihtiyati tedbir kararı verilmesi istemiyle mi, yoksa hakemlerce verilmiş olan tedbir kararının yerine getirilmesi istemiyle mi başvuracaktır? Doktrinde, eğer hakemlerce verilmiş tedbir kararı yerine getirilmemişse, verilmiş olan bu tedbir kararının icrasının temini istemiyle yetkili mahkemeye başvurulması gerektiği belirtilmektedir<sup>103</sup>. MTK m.6/5'in tarafların HMK ve İİK'na göre istemde bulunma haklarını saklı tutması, hakemlerin vermiş olduğu karara mahkemenin icrai etki tanınması gerektiğine işaret ediyor olabilir. Ancak öncelikle belirtmek gerekir ki, mahkemenin bu halde nasıl bir yargılama yapacağı kanunda açıkça düzenlenmemiştir<sup>104</sup>. Doktrinde, hakem kararına icrai etki tanırken mahkemenin sadece hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verme konusunda yetkisini inceleyeceği belirtilse de<sup>105</sup>, kanaatimizce Türk mahkemesi hakemler tarafından verilmiş olan ihtiyati tedbir kararının ihtiyati tedbir için Türk hukukunda aranan şartları taşıyıp taşımadığını incelemesi gerekir. Doktrinde mülga HUMK m.104/1 hükmüne istinaden ihtiyati tedbirin ifasının en kolay ve en çabuk nerede mümkün ise o yer mahkemesinin kendisinden yardım istenecek yetkili mahkeme olacağı kabul edilmek-

---

<sup>102</sup> Kalpsüz, s.49.

<sup>103</sup> Pekcanitez, s.137; Kalpsüz, s.49. Aksi yönde bkz.: Akıncı, Tahkim, s.134.

<sup>104</sup> Yeşilova, s.726.

<sup>105</sup> Pekcanitez, s.137.



teydi<sup>106</sup>. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, yürürlükteki HMK m.390'a göre ise ihtiyati tedbir için kendisinden yardım istenecek yetkili bir mahkeme mevcut değildir. Dolayısıyla, hakemlerce verilen ihtiyati tedbir kararının taraflarca yerine getirilmemesi halinde, ihtiyati tedbir bakımından yardımına başvurulacak yetkili mahkeme MTK m.3'e göre belirlenmelidir.

Daha önce değindiğimiz üzere, hakemlerin vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararları, tarafların bu kararın gereğini yerine getirdiği ölçüde anlam ifade edecektir. Hakemler, taraflardan birine veya her ikisine belirli davranışlarda bulunmaya veya bulunmamaya yönelik ihtiyati tedbir kararı verebilir ve taraflar da bu kararın gereğini yerine getirebilirler. İhtiyati tedbirin aksine, hakemlerin vermiş olduğu ihtiyati haciz kararının taraflardan birinin yerine getirmesi mümkün değildir. Çünkü ihtiyati haciz cebri icrayı gerektirmektedir. Cebri icranın da cebri icra organlarınca yerine getirilmesi, borçlunun malvarlığı haczedilerek ihtiyati haciz işlemi yapılması gerekmektedir. Aleyhine ihtiyati haciz kararı verilen tarafın bu kararı kendiliğinden yerine getirmesi, örneğin cebri icra organına giderek mallarını teslim etmesi ve bunu hakem kararına dayandırmaması ise mümkün değildir. Dolayısıyla, MTK m.6/3'te, hakemlerin verdiği ihtiyati haciz kararını taraf yerine getirmemişse mahkemenin yardımının isteneceğinin belirtilmesi doğru bir ifade değildir. Sonuç olarak, hakemler ihtiyati haciz kararı verse dahi bunun icrası için mutlaka mahkeme kararına ihtiyaç duyulacaktır<sup>107</sup>. Söz konusu ihtiyati haciz kararının icrası için yardımına başvurulacak yetkili mahkeme İİK m.258/1 ve m.50 atfı gereği HMK'daki yer itibarıyla yetkili mahkemelerden biri olabileceği gibi, MTK m.3 uyarınca da belirlenebilir. Yetkili mahkemenin, tıpkı ihtiyati tedbir kararında olduğu gibi hakemlerce verilen ihtiyati haciz kararı bakımından Türk hukukunda aranan şartları taşıyıp taşımadığını incelemesi gerekir.

#### **D. Türk Mahkemelerince Verilen İhtiyati Tedbir veya İhtiyati Haciz Kararlarının Devamı İçin Yapılması Gerekli İşlemler**

Tahkim yargılamasından önce Türk mahkemesinden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alınması halinde, MTK m.10/A(2)'de belirtildiği üzere, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının verilmesinden itibaren otuz gün içerisinde tahkim davasının açılması gerekmektedir. HMK m.397'de öngörülen iki haftalık ve İİK m.264'te öngörülen yedi günlük süre, milletlerarası tahkimin gerekleri dikkate alınarak otuz gün olarak belirlenmiştir<sup>108</sup>. Türk mahkemelerinden alı-

---

<sup>106</sup> Pekcanitez, s.138.

<sup>107</sup> Pekcanitez, s.140; Kalpsüz, s.49.

<sup>108</sup> Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.473. *Pekcanitez*, davacının dava dilekçesini daha kolay ha-

nan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının devamı için, otuz günlük sürede tahkim davasının açılması tek başına yeterli değildir. Lehine ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz alan tarafın tahkim davası açtığını gösteren belgeyi, verilen kararı icra eden icra müdürlüğüne tevdi etmek ve karşılığında belge almak zorunladır. Aksi halde, otuz gün içinde dava açılmış olmasına rağmen, söz konusu işlemler gerçekleştirilmediği için tedbir kalkacaktır (HMK m.397/1).

## SONUÇ

Günümüzde çoğu ülke hukuklarında hakemlere ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz veya diğer geçici hukuki koruma kararı verme yetkisi tanınsa da, henüz hakemlerin vermiş olduğu geçici hukuki koruma önlemlerinin icra organlarınca doğrudan icrasını mümkün kılan bir düzenlemenin –en azından Türk hukuku bakımından- bulunmadığını söyleyebiliriz. Dolayısıyla, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün öngörüldüğü hallerde hakemlere geçici hukuki koruma önlemlerine karar verme yetkisi tanınsa bile, hakemler nezdinde geçici hukuki koruma önlemi talep eden tarafın, verilen kararın icra edilebilmesi için mahkemeye müracaat etmesi gerekecektir. Henüz hakem kurulunun teşekkül etmediği ve dolayısıyla tahkim yargılamasının başlamadığı aşamada, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz için başvurulabilecek tek makam ise, mahkemelerdir.

Yabancılık unsuru içeren ticari ve ekonomik sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde, uyuşmazlığın ortaya çıkması ile hakem kararının icra edilebilir hale gelmesi anına kadar az çok belli bir süre geçmektedir. Bu süre içerisinde, davalının mal ve alacaklarını elinden çıkararak tahkim yargılamasını boşa çıkaracak davranışlarda bulunmasını engellemek, diğer bir ifadeyle yapılacak yargılama sonucu elde edilecek neticeyi teminat altına almak amacıyla davalının malvarlığı değerleri üzerinde ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararları alınması, özellikle milletlerarası tahkim uygulaması bakımından, büyük önem arz etmektedir. Zira davalının mal ve alacaklarının bulunduğu ülke(ler)den ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının temin edilmesi, davacının yargılama sonucu verilen karara istinaden alacağını tahsil edebilmesinin yegâne teminatını teşkil etmektedir.

Bu noktada, yabancı ülkelerde cereyan eden tahkim yargılamaları açısından Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alınabil-

---

zirlamasına imkân tanımak amacıyla mülga HUMK m.109'da öngörülen on gün ve HMK m. 397'de öngörülen iki haftalık süre yerine otuz günlük bir sürenin öngörüldüğünü belirtmektedir. Bkz.: Pekcanitez, s.148.

mesi, uluslararası ticari ve ekonomik hayatın gelişmesi bakımından da büyük önem arz etmektedir. Şöyle ki: Türk vatandaşı ticaret şirketleri ya da Türkiye’de mal veya alacakları bulunan yabancı ticaret şirketleri ile yabancı gerçek veya tüzel kişi tacirlerin yapmış oldukları ticari ve ekonomik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü öngörülse dahi, yabancı şirket HMK m.390 hükmü gereği Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir kararı alamayacaktır. Bu durumda, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü yeterli olmamakta, yabancı şirket tahkim davası lehine sonuçlansa dahi alacağını tahsil edememe riskiyle karşılaşmaktadır. Uyuşmazlığın çıkmasıyla hakemlerin karar vermesi, hatta Türkiye’de tenfiz kararı alınması anına kadar, davalı Türk şirket tasfiye olabilir, yabancı şirket ise Türkiye’deki tüm malvarlığı değerlerini elden çıkarabilir. Bu halde, Türk şirketiyle sözleşme akdeden yabancı şirket, uyuşmazlık çıkması halinde HMK m.390 hükmü nedeniyle ihtiyati tedbir kararı temin edemeyeceğinden, tabiri caizse maça bir sıfır yenik başlayacaktır. Bunun ise, yabancı şirketlerin, Türk gerçek ve tüzel kişi tacirler veya Türkiye’de faaliyet gösteren yabancı gerçek ve tüzel kişi tacirler ile sözleşme akdetmesine, ticari ilişkilerin gelişimine engel olabileceğini söyleyebiliriz. Tabii, davacının ihtiyati tedbir kararı temin edememesinden kaynaklanabilecek alacağını cebri icra yoluyla tahsil edememesi problemi, henüz sözleşmenin kurulması anında davalı Türk şirket veya Türkiye’de faaliyet gösteren yabancı şirket tarafından verilecek bir taahhülle bertaraf edilebilir. Örneğin, banka teminat mektubu gibi çeşitli vasıtalara başvurularak bu mahzurun engellenebileceğini söyleyebiliriz.

Sonuç olarak, ortaya çıkabilecek bu mahzurun bertaraf edilebilmesi için, HMK m.390 hükmünün doktrinde ileri sürülen görüşler çerçevesinde yorumlanarak uygulanması gerektiği ileri sürülse de uygulamada bu yönde hareket edilmediği görülmektedir. Yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamalarının sonucunu güvence altına almak üzere tahkim yargılamalarına destek ve yardım mahiyetinde olmak amacıyla MTK kapsamında mahkemece yapılacağı belirtilen işlerde yetkili ve görevli mahkemeyi gösteren m.3 hükmüne istinaden yetkili mahkemeden ihtiyati tedbir kararının alınabilmesi kanaatimizce imkân dâhilindedir. Burada, mahkemenin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı vermesi, kanun kapsamında mahkemenin yapacağı işlerden biri olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusunu gündeme getirecektir. MTK m.1/3’te MTK m.6’nın gerek Türkiye gerekse Türkiye dışında cereyan eden tahkim davalarında uygulanabileceği belirtildiğinden, söz konusu maddede Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı vermesi mahkemece yapılacak işlerden biri olarak değerlendirilmelidir.



## KAYNAKÇA

Adhipathi, Sandeep: Interim Measures In International Commercial Arbitration: Past, Present and Future, LLM Theses, University of Georgia School of Law, 2003.

Akıncı, Ziya: “Hakemlerin İhtiyati Tedbir veya İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi”, Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, İzmir 1997, s.209-224, (“İhtiyati Tedbir”).

Akıncı, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 3.Bası Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, (“Tahkim”).

Blessing, Marc: Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspective, Helbing &Lichtenhahn, 1999.

Born, Gary B.: International Commercial Arbitration, Vol II., Kluwer Law International, The Hague, 2009.

Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Bası, Beta, İstanbul 2014.

Deren-Yıldırım, Nevhis: Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Alkim, İstanbul 2002.

Deren-Yıldırım, Nevhis: Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkim, İstanbul 2004, (“Tahkim”)

Ekşi, Nuray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim (6100 sayılı HMK m. 407-444), Beta, İstanbul 2013.

Erten, Rifat: Milletlerarası Ticarî Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Adalet, Ankara 2010.

Fouchard, Philippe/Gaillard, Emmanuel/Goldman, Berthold: International Commercial Arbitration, Ed. Emmanuel Gaillard & John Savage, Kluwer Law International, 1999.

Giray, Faruk Kerem; “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Y.2015, S.2, s.63-120.

Goldman, Claude: “Provisional Measures In International Arbitration”, International Business Law Journal, Y.1993, Vol.6, s.3-26.

Kapancı, K. Berk: “Tahkimde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Meseleler”, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, s.521-540.

- Kalpsüz, Turgut: Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Ankara 2010.
- Karslı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif, İstanbul 2014.
- Kırlı Aydemir, Defne Deniz: Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler, XII. Levha, İstanbul, 2013.
- Lew, Julian D. .M./Mistelis, Loukas A./ Kröll, Stefan M.: Comperative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003.
- Nomer, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 21. Bası, Beta, İstanbul 2015.
- Özekes, Muhammet: İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin, Ankara 1999.
- Özel, Sibel: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal, İstanbul 2008.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012.
- Pekcanitez, Hakan: “Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri”, Milletlerarası Tahkim Semineri (10 Mart 2003), ICC Türkiye Millî Komitesi, Ankara 2003, s.115-152.
- Redfern, Alan/Hunter, Martin/Blackaby, Nigel/ Partasides, Constantine: Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford Univversity Press, 2009.
- Redfern, Alan D.: “Arbitration and the Courts: Interim Measures of Protection – Is the Tide About To Turn?”, Texas International Law Journal, Y.1995, Vol.30, s.71-88.
- Rubino-Sammartano, Mauro: International Arbitration Law and Practice, 2nd Edition, The Hague/London/Boston, 2001.
- Segesser, George von/ Kurth, Christoph: “Interim Measures”, International Arbitration In Switzerland, A Handbook for Practitioners, Ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Blaise Stucki, Kluwer Law International, 2004.
- Şanlı, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta, 5. Bası, İstanbul 2013.
- Şanlı, Cemal: “21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku”, Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu (Ankara, 10.05.1990), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991, s.1-12.

Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

Üstündağ, Saim: İhtiyati Tedbirler (Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri), İstanbul 1981.

Wang, William: "International Arbitration: The Need For Uniform Measures of Relief", Brooklyn Journal of International Law, Vol.28, Issue 3, 2003, s.1059-1099.

Yeşilova, Bilgehan: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel, İzmir 2008.

Yılmaz, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 2, Yetkin, Ankara 2001.



# SU HAKKI VE BİR MÜDAHALE ARACI OLARAK SUYUN ÖZELLEŞTİRİLMESİ

*The Right to Water and the Privatization of Water  
as a Way of Intervention*

**Arş. Gör. Ayşenur NARİN<sup>1</sup>**

## ÖZET

Bu çalışmada bir insan hakkı olarak su hakkı ve suyun özelleştirilmesi konuları ele alınmaktadır. Su, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından 2002’de ilan edilen Genel Yorum 15 ile insan hakkı olarak kabul edilmiştir. İlerleyen yıllarda su hakkı uluslararası birçok konferansa konu olduğu gibi ulusal hukukta anayasal olarak tanınmaya başlamıştır. Bugün gelinen noktada su hakkı 160’tan fazla ülke tarafından kabul edilmiş, 28 ülke tarafından da anayasal koruma altına alınmıştır. İki ana bölümden oluşan çalışmanın birinci kısmında, bir insan hakkı olarak su hakkının unsurları ele alınmaktadır. İkinci kısımda ise özelleştirme uygulamalarının su hakkı ile kesiştiği nokta ortaya konularak suyu ticari bir meta olarak kabul eden anlayışın su hakkına yönelik bir tehdit oluşturduğu düşüncesi gerekelendirilmektedir. Son olarak da özelleştirme uygulamalarının iki ayrı görünümü olarak ambalajlı su ve hidroelektrik santraller su hakkı ile ilişkilendirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Su Hakkı, Birleşmiş Milletler Genel Yorum 15, Suyun Özelleştirilmesi, Ambalajlı Su, Hidroelektrik Santraller.

## ABSTRACT

In this study, the subjects of water right as a human right and the privatization of the water is discussed. Water was firstly accepted as a human right by General Comment 15 declared by the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights in 2002. In the forthcoming years, the right to water was subjected to several international conferences and was started to identify constitutionally in national laws. Today, more than 160 countries recognize water right and 28 countries put under protection constitutionally. In the first of the study consist of two parts, the elements of the right to water as a human right is considered. In the second part, firstly the intersection point of right to water and and the privatization of water is revealed ; and then the idea that understanding water as a commodity is a threat to the right to water is justified. Lastly, bottled water and hydroelectric power stations as two views of privatization are associated with water right.

---

<sup>1</sup> Galatasaray Üniversitesi Araştırma Görevlisi, aysenur.narin@gmail.com



**Keywords:** Water Rights, United Nations General Comment 15, Privatization of Water, Bottled Water, Hydroelectric Power Station.



## GİRİŞ

Su, insanlar ve diğer canlılar için en temel yaşam kaynağı olup en klişe ifadeyle “hayat”tır. Suyun “hayat” olma niteliği ve ona olan bağlılık günlük yaşantı içerisinde tüketilen su miktarına bakılarak rahatlıkla fark edilebilir. Ancak bu bağlılığın boyutları zannedilenin çok daha ötesindedir. Örneğin, günlük bir buçuk litre su tükettiğini düşünen kişi onun üretimi için ayrıca tüketilen üç litre suyu gözden kaçırmaktadır. Daha da genişletecek olursak, bir kâse marul yetiştirmek için 40 litre, bir fincan kahve için 140 litre, bir kilo domates için 185 litre, bir ekmek için 330 litre, bir kilo elma için 1000 litre, bir litre süt için 1100 litre, bir kilo makarna için 1900 litre, bir kot pantolon için 11000 litre ve son olarak bir kilo et için 15000 litre su tüketildiğini fark edememektedir. Ancak, asıl gözden kaçırılan ya da görmezlikten gelinen, 700 milyondan fazla insanın temiz içme suyuna, 2.5 milyardan fazla insanın – dünya nüfusunun üçte birinden daha fazla- ise temizlik için ihtiyaç duyulan suya ulaşamadığı gerçeğidir...

Geçmişten günümüze toplulukların bir araya gelmesini sağlayan su, bir an evvel bir şeyler yapılmadığı takdirde bazı toplulukların ortadan kalkmasında da başrolü üstlenecektir. Kenya’nın kuzeyinde yaşanan su savaşı dikkate alınır, bu öngörünün korku senaryosu yazmaktan ibaret olmadığı da anlaşılacaktır. Nitekim bu bölgede bir yıl yağmur yağmamasının ardından yaşanan kıtlık, iki kabilenin kalan son yeşil vahayı ele geçirmek için mücadele etmesini gerektirmiştir. Öyle ki, vatandaşlar su bulmak için ellerinde silahlar ile arayışa geçmişler ve çok büyük kayıplar vererek varlığı “hayat” olan suyun yokluğunun “ölüm” olduğunu göstermişlerdir.

Görüldüğü gibi su yaşamsal faaliyetler için vazgeçilmez niteliktedir. Dolayısıyla, herkesin yeterli miktarda suya erişebilmesinin sağlanması için suyun bir hak olarak kabul edilmesi talebi yaşam hakkı talebinden çok da farklı değildir. Bu nedenle uluslararası hukukta başlayan düzenlemelerin anayasal ve yasal düzenlemelere de yansıtılması büyük önem teşkil etmektedir. Aksi takdirde su tüketimindeki eşitsizlik çok daha farklı boyutlara ulaşacak, suyu ticari bir meta olarak gören şirketler ile içme suyunun tadını bilmeyenler arasındaki makas daha da açılacaktır. Oysa su, yaşam hakkının bir unsurudur ve kâr hedefleri ile aynı teraziye konularak bir seçenek haline getirilmesi kabul edilemez.

Bu doğrultuda başlayan hukuksal düzenlemeler henüz beklentiyi karşıla-

yacak düzeyde değildir. Buna rağmen su artık 160'tan fazla ülke tarafından hak olarak kabul edilmektedir ve uluslararası ve ulusal çalışmalar tüm hızıyla sürmektedir. Bu çalışmada da suyun bir hak olarak tanınması süreci ve bu hakka yönelik en büyük tehditlerden biri olarak özelleştirme uygulamaları incelenmektedir. İki ana bölümden oluşan çalışmanın birinci kısmında bir insan hakkı olarak su hakkının unsurları, anayasal ve yasal düzenlemelerin kapsamı ele alınmaktadır. Çalışmanın sınırlandırılması amacıyla çok ayrıntılı olmasa da uluslararası hukuk metinleri ile bazı anayasal ve yasal düzenlemelere yer verilmiştir. İkinci bölümde ise özelleştirme uygulamalarının su hakkı ile kesiştiği nokta ortaya konularak suyu ticari bir meta olarak kabul eden anlayışın su hakkına yönelik bir tehdit oluşturduğu düşüncesi gerekçelendirilmektedir. Son olarak da özelleştirme uygulamalarının iki ayrı görünümü olarak ambalajlı su ve hidroelektrik santraller, Türkiye özelinde değerlendirilerek su hakkı ile ilişkilendirilmektedir.

## **BİRİNCİ BÖLÜM: SUYUN BİR HAK OLARAK ORTAYA ÇIKIŞI VE HUKUKİ TEMELLERİ**

### **1. ULUSLARARASI HUKUKTA SU HAKKI**

#### **1.1. Temel Hukuki Metinler**

Bireylerin suya ilişkin hak talepleri ve bir insan hakkı olarak su hakkının düzenlenişi çok eskilere dayanmamaktadır. Bu durum, değişen iklim koşulları ve izlenen siyasi politikaların etkisiyle su sorunlarının ve su hakkına yönelik ihlallerin henüz ortaya çıkmamış olmasıyla rahatlıkla ilişkilendirilebilir. Bunun sonucu olarak da temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği ilk metinlerde bir insan hakkı olarak su hakkına yer verilmemiştir. Önceleri yalnızca suya erişim bakımından sorun yaşayan savaş mağdurları, çocuklar ve kadınları konu alan düzenlemeler, sorunların toplumun bütün kesimlerini etkilemesiyle uluslararası alana doğru yayılmış, 1970'lerin sonlarına gelindiğinde ise su hakkı savunmaları başlamıştır.<sup>2</sup>

1990'lı yıllarda açıkça tartışılan bir konu haline gelen su, 1992 yılında yapılan Su ve Sürdürülebilir Kalkınma Konferansı'nda bir hak olarak kabul edilmiştir. Bu konferans suyun bir hak olarak ortaya çıkışı bakımından çok değerli olsa da, konferansta "suyun tüm kullanım alanlarında ekonomik değere sahip bir kaynak olduğu ve ekonomik bir meta olarak görülmesi gerektiği" belirtilerek suyun bir mal olduğu talihsiz tespitinde bulunulmuştur. Aynı yıl düzenlenen

---

<sup>2</sup> TOPÇU, Eral; "Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı", 2009, Ankara, s. 9

Birleşmiş Milletler Rio Çevre ve Kalkınma Konferansı'nda da suların korunması konusu üzerinde durulmuş, su hem sosyal hem de ekonomik bir kaynak olarak kabul edilmiştir. İlerleyen yıllarda suyun doğal bir kaynak olarak korunmasına ve insan yaşamı için yeterli erişimin sağlanmasına yönelik konferanslar devam etse de 20'inci yüzyıl sona ererken su sorunu çözülmediği gibi büyümeye devam etmiştir.<sup>3</sup>

BM Genel Kurulunun 2000 yılında yayınladığı Milenyum Deklarasyonu'nda ekonomik, toplumsal ve kültürel sorunların çözümünde 2015 yılına yönelik bir takım hedefler belirlenmiştir. 2015 yılına kadar güvenli içme suyuna ve temel atık sistemine erişimi olmayan nüfusun yarı yarıya azaltılması da Deklarasyonda sayılan hedefler arasındadır. Bu Deklarasyona atf yapılan BM Sürdürülebilir Kalkınma Dünya Zirvesi'nde suyun ekonomik bir değer olduğu anlayışı korunsada suya erişim bakımından dezavantajlıların gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir. Nihayet 2002 yılında yürürlüğe giren Senegal Nehri Su Şartında sağlıklı suyun "temel bir insan hakkı" olduğu ifade edilmiştir ve böylece su ekonomik temelli olarak değil hak temelli bir yaklaşımla ele alınmıştır.<sup>4</sup> Bu düzenlemelerin her biri bugün gelinen nokta bakımından ayrı değere sahiptir; ancak su hakkının insan hakları hukukunda yer edinmesi BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin Cenevre'de düzenlediği 29'uncu oturumda getirilen 15 no'lu Genel Yorum ile olmuştur.<sup>5</sup> Buna göre su hakkı, 11. madde kapsamında yeterli konut ve yeterli beslenme hakkının ve 12. madde kapsamında sağlık hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. 15 No'lu Genel Yorumda suyun yaşam ve sağlık için temel bir kamusal mal olduğu, diğer hakların gerçekleştirilebilmesi için önkoşul olduğu belirtilmiş, su hakkı şu şekilde tanımlanmıştır;

***"Bir insan hakkı olarak su hakkı, herkesin yeterli, güvenli, kabul edilebilir, fiziksel olarak erişilebilir ve karşılanabilir suya hakkı olduğunu öngörmektedir."***

Genel yorumda su hakkının bu şekilde tanımlanmasıyla hukuki temellendirme de sağlanmıştır. Komiteye göre su hakkının gerçekleştirilebilmesi için en azından şu üç unsurun varlığı şarttır: a) mevcudiyet, b) kalite ve c) erişilebilirlik.<sup>6</sup> Genel Yorumda suyun 'yeterli miktarda' olması ifadesinden kişisel ve evsel kullanım için sürekli miktar kastedilse de bunun ölçüsü Dünya Sağlık Ö-

---

<sup>3</sup> ŞİRİN, Tolga; "Su Hakkı ve Su Varlığının Korunması İçin Hukuki Dayanaklar" **Su Kanunu Tasarısı, Eleştirisi ve Alternatif Su Kanunu Tasarısı**, AYDESA, 2014, s. 20

<sup>4</sup> A.g.e., s. 20

<sup>5</sup> TOPÇU, a.g.e, s. 146

<sup>6</sup> ŞİRİN, a.g.e., s. 24

gütü'nün verilerine dayanılarak belirlenmiştir. Kalite şartı bakımından ise su hastalık yapıcı mikroorganizmalardan uzak olmalı, suyun hem kişisel kullanım hem de evsel kullanımdaki renk ve kokusu kabul edilebilir nitelikte olmalıdır. Son olarak erişilebilirlik unsuru da ayrımcılık yapılmaksızın herkesin fiziksel, ekonomik ve bilgisel açıdan suya sahip olabildiğini ifade etmektedir.<sup>7</sup>

Su hakkına yönelik süregelen mücadeleler bu hakkın Birleşmiş Milletler nezdinde insan haklarının bir parçası olarak kabul edilmesiyle sonuçlanmıştır. Genel Kurul'da kabul edilen *"BM tüm insan haklarının gerçekleştirilmesinin ayrılmaz bir parçası olarak, adil, güvenli ve temiz içme suyu ve suya dayalı sağlık hakkını kabul eder."* maddesiyle su hakkı uluslararası alanda tanınmıştır.<sup>8</sup> Böylece su, tüm insan haklarının bir parçası olarak ilan edilmiştir.<sup>9</sup>

## 1.2. Su Hakkının Unsurları

Su hakkına yönelik hukuki düzenlemeler çok eskilere dayanmadığı gibi hakkın içeriği ve bir insan hakkı olarak korunan hukuki değer ne olduğuna ilişkin ayrıntılar genel geçer bir hal almış değildir. Tarihsel sürecine bakıldığında hukuki metinler daha çok suyun önemine ve korunmasına dair hükümler içerirken Genel Yorum 15'te su hakkının içeriğine yönelik ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir. Bu kapsamda suyun normatif içeriği, taraf devletlerin yükümlülükleri, ihlaller, ulusal düzeyde uygulama gibi bir takım hususlara açıklık getirilmiştir.

### 1.2.1. Mevcudiyet

Su hakkının bir unsuru olarak mevcudiyet kavramı suyun ev içi ve kişisel kullanım için yeterli ve sürekli miktarda olmasını karşılamaktadır. Ev içi ve kişisel kullanım içme suyu, kişisel temizlik, çamaşır yıkama, yemek hazırlama, hane halkı ve evin temizliği anlamına gelmektedir.<sup>10</sup>

Yeterli miktarda su anlayışı koşullara ve kişilere göre değişkenlik gösterebilecek bir kavramdır; fakat Dünya Sağlık Örgütü'ne göre ortalama bir kişi evi içi ve kişisel kullanım olarak günlük 20 lt su tüketmektedir. Bu miktarı 50 lt ye kadar çıkararak yazarlar da mevcuttur.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> TOPÇU, a.g.e., s. 213

<sup>8</sup> Söz konusu madde 122 ülkenin evet, 41 ülkenin çekimser oyuyla kabul edilmiştir. Türkiye de çekimser oy kullanan ülkeler arasındadır.

<sup>9</sup> CANGI, Arif Ali; "Ulusal ve Uluslararası Yasa, Sözleşme ve Metinlerde "Su hakkı", **Uluslararası Su Hakkı Sempozyumu**, Yayına Hazırlayan: Sosyal Değişim Derneği, 2011, s. 68

<sup>10</sup> Genel Yorum 15, s. 12

<sup>11</sup> GLEICK, Peter H., "Basic Water Requirements for Human Activities: Meeting Basic Needs"

### 1.2.2. Kalite

Hukuki bir unsur olarak kalite kavramı da görecelilik arz etmektedir, ancak yine Dünya Sağlık Örgütü'nün verileri dikkate alınarak asgari bir kalite kavramı oluşturmak mümkündür. 15 No'lu Genel Yorum çerçevesinde belirtilen kalite unsuruna göre su güvenilir olmalı ve insan sağlığını tehdit edecek mikro organizmalar, kimyasal maddeler ve radyoaktif atıklar içermemelidir. Bunun yanında su herkes için kabul edilebilir bir renkte, tatta ve kokuda olmalıdır.<sup>12</sup>

### 1.2.3. Erişilebilirlik

Su hakkı mücadelesinin temel amacı olarak suya erişimin sağlanabilmesi dikkate alındığında bu hakkın bir unsuru olarak erişilebilirlik son derece önemlidir. Nitekim Genel Yorumda da bu başlık altında erişilebilirliğin dört farklı yönü ortaya koyulmuştur: a) fiziksel erişilebilirlik, b) ekonomik erişilebilirlik, c) ayrımcılık yapmama, d) bilgiye erişebilme.

**a) Fiziksel Erişilebilirlik:** Erişilebilirliğin fiziksel yönü en basit haliyle suyun bireylerin yakınında olması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla olağan kullanım için gerekli olan miktarda suya erişim için makul karşılanamayacak mesafenin kat edilmesi zorunluluğu fiziksel erişilebilirlik bakımından su hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Bununla beraber herkesin su kaynaklarına yakın mesafede yaşamadığı da bir gerçektir. Su getirmek için başlarının üzerinde otuz litrelik kovalar ile her gün birkaç saat yürümek zorunda kalan kadınların varlığı ne yazık ki eskilerde kalmamıştır. Örneğin dünyanın en sıcak yerleri arasında gösterilen Güneybatı Mali'nin Kayes Bölgesinde yaşayanlar nehre ancak üç tane göleti geçerek ulaşabildiklerini ve bunu gün içerisinde defalarca yapmaları gerektiğini ifade etmektedirler.<sup>13</sup>

Dünya Sağlık Örgütü'ne göre erişilebilirlik bakımından ideal olan suya ev içinde ve birden fazla muslukla erişim olsa da mekânsal olarak 100 metre ve zamansal olarak 5 dakika içerisinde suya erişim "orta düzey erişim" kabul edilerek makul karşılanmaktadır. Fiziksel erişilebilirlik bakımından sınır ise mekânsal olarak 1 km ve zamansal olarak 30 dakika olarak kabul edilmekte, bu sınırı aşan haller su hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir.<sup>14</sup>

**b) Ekonomik Erişilebilirlik:** Ekonomik erişilebilirlik su ve suyla ilgili olanak ve hizmetlerin bedellerinin herkes tarafından karşılanabilir olması anlamına

---

Water International, 21-2, s. 83-92

<sup>12</sup> A.g.e., s. 12

<sup>13</sup> BERTRAND, Yann Arthus; "La soif du Monde" , 2012

<sup>14</sup> ŞİRİN, a.g.e., s.24

gelmektedir. Karşılabilirlik su bedelinin çok makul bir seviyeye indirilmesi olarak algılanabilirse de daha da öteye giderek suyun ücretsiz olması talebinde bulunmak çok görülmemelidir. Suyun insan yaşamı için en temel ihtiyaçlardan olduğu düşünüldüğünde, varlık nedeni temel insani ihtiyaçları karşılamak olan sosyal bir devlet için ücretsiz su hizmeti sağlanması abartılı bir talep değildir.<sup>15</sup>

İlk bakışta zaten “kıt” olan suyun, ücretsiz olduğu tahayyül edildiğinde israfa sebebiyet vereceği endişesi uyanmaktadır. Ancak günlük kullanımla sınırlandırılan ücretsiz su temini, belirlenen limitin aşılması halinde para ödenecek olması bilinciyle suyun daha da tasarruflu kullanımını teşvik edici nitelikte bir uygulamadır. Nitekim Türkiye’de Dikili Belediyesi’nin 10 tona kadar ücretsiz su dağıtımını uygulamasıyla su tüketiminin azaldığını ortaya koyan uygulaması, bu önerinin sonucu tecrübe edilmiş pratiğini net olarak yansıtmaktadır. Hâlihazırda ev içi kullanımın tamamen “ücretsiz” olduğu İrlanda örneği de gözden kaçırılmamalıdır. Suyun ücretsiz olarak sağlanabilirliği konusunda destekleyici bir diğer husus ise ev içi ve kişisel su kullanımının toplam su kullanımı içerisindeki payıdır. Ev içi ve kişisel su kullanımının dünyadaki su kullanımının yalnızca % 6’sını teşkil ettiği gerçeği dikkate alındığında suyun ücretsiz olmasına yönelik talepler çok daha sağlam bir zemine oturmakta ve aksi yöndeki itirazların ön yargılı ve tutarsız olduğu anlaşılmaktadır.<sup>16</sup>

**c) Ayrımcılık Yapmama:** Temel hak ve hürriyetlerin hemen hepsi bakımından önem teşkil eden ayrımcılık yasağı su hakkı bakımından da sağlanmalıdır. Özellikle doğal kaynaklar söz konusu olduğunda ortaya çıkan olağan eşitsizlik hali, yatırımlar, nüfus yoğunluğu gibi etkenlerle farklı boyutlara çıkabilmektedir. Dünyada kullanılan suyun % 85’ini nüfusun % 12’sinin tükettiği gerçeği eşitsizliğin boyutunun ortaya konulması bakımından yeterli olsa gerek.

Genel Yorumda ayırım yapmama ilkesi yalnızca ekonomik anlamda değil; ırk, renk, cinsiyet, yaş, din, dil, mülkiyet, siyasal ya da başka fikir gibi tüm eşitsizlik kategorilerini kapsayıcı şekilde düzenlenmiştir. Bu bakımdan taraf devletler, su hakkını hayata geçirecek etkili tedbirler alma yükümlülüğü altındadır ve suyla ilgili tüm hizmetler toplumun en risk altındaki kesimleri de dâhil olmak üzere hukuken yasaklanan herhangi bir ayrımcılığa maruz bırakılmadan sağlanmalıdır.<sup>17</sup>

**d) Bilgiye Erişim:** Erişilebilirlik unsuru bakımından üzerinde durulması gereken son husus, “suyla ilgili konularda bilgi talep etme, bilgi alma ve verme”

---

<sup>15</sup> A.g.e., s. 25

<sup>16</sup> A.g.e.

<sup>17</sup> Genel Yorum, s. 13

olarak tanımlanmaktadır. Bu gereklilik demokratik toplumlarda öne çıkan şeffaflık ilkesinin su hakkı bakımından da yinelenişidir.<sup>18</sup> Bir hakka sahip olmak için sahip olunan hakkı ve sınırlarını bilmek çok önemlidir, su hakkı bakımından da aynı şeyi tekrarlamakta fayda vardır. Dolayısıyla su hakkının varlığından ve ilişkili olarak suya erişimden bahsedebilmek için bireyler su hakkının kullanımını etkileyecek konularda bilgilendirilme, sürece katılabilme ve süreci yönlendirebilme konularında etkili olabilmelidir.

## 2. ULUSAL HUKUKTA SU HAKKININ TANINMASI

Hürriyetin somutlaştırılmış biçimi olarak ifade edilen hak, hürriyetin gerçekleştirilme aracıdır.<sup>19</sup> Anayasa ve kanunlarda kişiye “hak” olarak tanınan yetkiler beraberinde “isteme yetkisini” de getirir ve bu durumda kişi sahip olduğu hakların devlet ya da kişiler tarafından yerine getirilmesini talep edebilir demektir. Bir insan hakkı olarak su hakkı bakımından da kişiler şüphesiz ki bazı taleplerde bulunabilir. Ancak bunun için kişinin sahip olduğu bu “isteme yetkisinin” dayanağının ortaya konulması gerekmektedir.

Uluslararası hukuk normlarının anayasa dahil bütün iç hukuk kurallarından üstün olduğu genel kabul görmüş tezlerden biri olsa da<sup>20</sup>, bazı yazarlar uluslararası hukuku iç hukuktan ayırarak uluslararası hukuktaki kuralların iç hukukta doğrudan geçerli olamayacağını savunmaktadır.<sup>21</sup> Dolayısıyla uluslararası metinlerde çokça yer edinmiş su hakkının talep edilebilir olması için iç hukuktaki yeri önem teşkil etmektedir.

Türkiye de bu çalışmada adı geçen sözleşme ve direktifleri onaylamıştır. Bu sözleşmelerin bir kısmında su hakkına doğrudan yer verilirken bazı metinlerde devletin yükümlülükleri arasında ele alınmıştır. Bunun dışında, su hakkı yaşam hakkının bir parçası olarak da ele alınmaktadır. Dolayısıyla her ihtimalde su hakkı bakımından normatif bir temellendirme yapılabilir; ancak burada önemli olan söz konusu uluslararası metinlerin Türk Hukukunda doğuracağı etkinin ne olacağıdır. Bilindiği gibi Türkiye Anayasası'nın 90. Maddesine göre uluslararası antlaşmalar iç hukukta en azından kanun hükmündedir. Bu yönüyle bakıldığında bir insan hakkı olarak su hakkı Türk hukukuna yabancı bir kavram

---

<sup>18</sup> ŞİRİN, a.g.e., s. 28

<sup>19</sup> KABOĞLU, İbrahim; **Özgürlükler Hukuku**, Alfa, 1993, İstanbul, s.12.

<sup>20</sup> GÖZLER, Kemal; **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin, 2010, s. 77

<sup>21</sup> A.g.e., s. 78; TUNÇ, Hasan; “**Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi**”, Sempozyum, 2000, s. 174

değildir.<sup>22</sup> Bunun da ötesinde su yaşam hakkı içerisinde değerlendirildiğinde devlete hem pozitif hem de negatif yükümlülükler yüklemektedir. Bu durumda devlet su hakkının kullanılmasını engelleyen unsurları ortadan kaldırmakla beraber hakkın kullanımını sağlamak için gerekli edimleri yerine getirmekle mükelleftir.<sup>23</sup>

### 2.1. Su Hakkında Anayasal Düzenlemeler

Anayasalar temel hak ve hürriyetler bakımından en güçlü korumayı sağlayan temel metinlerdir. Su hakkı bakımından da bir güvenceden bahsedilecekse en başta anayasal korumanın sağlanması gerekmektedir. Daha önce, anayasalarında su hakkına yönelik düzenlemelerin yer aldığı birçok anayasa olduğu ifade edilse de suyu ve sanitasyonu bir insan hakkı olarak kabul ederek açıkça garanti altına alan ilk anayasanın Uruguay Anayasa'sı olduğu ifade edilmektedir.<sup>24</sup> 1967 yılında kabul edilen Anayasa'ya 2004 yılında yapılan değişiklikle su hakkı şu şekilde kabul edilmiştir;

#### **Madde 47**

***“Çevrenin korunması bir genel çıkar konusudur... Su yaşam için gerekli olan doğal bir kaynaktır.***

***İçme suyuna erişim ve sanıtasyona<sup>25</sup> erişim temel insan haklarını oluştururlar.[...]***

Uruguay Anayasası'nda olduğu gibi açıkça temel insan hakkı olarak belirtmemekle beraber bu hakkın yer aldığı başka anayasalar da bulunmaktadır. Bu anayasalar şunlardır: Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Güney Afrika, Filipinler, Malavi, Gambiya, Uganda, Dominik Cumhuriyeti, Belçika, Maldivler, Nijer, Tunus, Kenya, Ekvador, Etiyopya, Zambiya, Uruguay, Meksika, Panama, Kolombiya, Venezüella, Bolivya ve Nikaragua.<sup>26</sup> Bunun dışında Hindistan'da da su ve sanitasyon hakkı anayasal garanti altına alınmıştır. Hindistan'da, hukuki metinlerde açık bir şekilde ifade edilmemiş olmasına rağmen, bir çok mahkeme

---

<sup>22</sup> ŞİRİN, Tolga; “Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 3-4, sf.157

<sup>23</sup> ÇİÇEK, Erol; Kar mı İnsan Hakkı mı? “Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkının Dava Edilebilirliği”, TBB Dergisi, Sayı 80, 2009, s. 218

<sup>24</sup> The Rights to Water and Sanitation at the National Level , www.righttowater.info

<sup>25</sup> Sanıtasyon: Halk sağlığını korumak amacı ile yüzeylerden gıda kalıntıları, mikroorganizmalar, yabancı maddeler ve temizlik maddeleri kalıntıları gibi kirlerin uzaklaştırılması için alınan önlemlerin tümünü ifade eder.

<sup>26</sup> The Human Right to Safe Drinking Water and Sanitation in Law and Policy – **Sourcebook**, WASH United



kararında yaşam hakkı su ve sanitasyon hakkını kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır.<sup>27</sup>

Bu anayasaların her birinde su hakkı farklı şekillerde düzenlemektedir. Bu düzenlemelerin içeriğinin ayrıntılı olarak incelenmesi çalışmanın kapsamı bakımından uygun olmasa da düzenlemelere ilişkin bazı genel tespitlerde bulunmak ve ne şekilde ele alındığına bakmak mümkündür. Öncelikle belirtmek gerekir ki su hakkı daha çok 90'lı yıllardan sonra anayasal olarak ele alınmıştır. 2012 yılı itibarıyla de anayasalarında su hakkına yer veren ülkelerin sayısı yirmi ikidir.<sup>28</sup> Bu ülkelerin büyük bir kısmı Afrika Kıtasında yer almaktadır ve hemen hepsi az gelişmiş ülkelerdir. Su hakkına yönelik düzenlemeler bakımından yapılabilecek genel tespitlerden bir diğeri de, bu düzenlemelerin suyun özelleştirilmesine yönelik deneyimler neticesinde anayasalara eklenmiş olmalarıdır. Dolayısıyla anılan anayasalarda suya yönelik hizmetlerin sadece kamu tarafından yerine getirilebileceğine ilişkin düzenlemelerin yoğunlukta oluşu şartı olamamaktadır.

Su hakkı anayasalarda şu şekilde ele alınmaktadır;

Bolivya Anayasası Md. 20

***"(...) Su ve kanalizasyona erişim insan haklarıdır ve bu hizmetlerin özelleştirilmesi yasaktır."***

Demokratik Kongo Cumhuriyeti Md.48

***"Devlet nezh bir konut, içme suyuna ve elektrığe erişim hakkını garanti altına alır."***

Ekvador Anayasası Md. 23

***"(...) Devlet insanların aşağıdaki haklarını tanır ve garanti eder.***

***Sağlık, beslenme ve içme suyu, temiz bir çevre, sosyal eğitim, iş, rekreasyon, barınma, giyim ve diğer gerekli hizmetleri sağlayan kaliteli bir yaşam hakkı."***

Kenya Anayasası Md.65

***"Her kişinin yeterli miktar ve uygun nitelikte su hakkı vardır."***

Nigaragua Anayasası Md. 105

---

<sup>27</sup> A.g.e.

<sup>28</sup> İlk bakışta bu sayının tüm dünya anayasaları karşısında çok az kaldığı düşünülebilirse de, bunda suyun bir sorun olarak değerlendirilmesinin etkisi gözden kaçırılmamalıdır.

***“(...) enerji, iletişim, su... temel kamusal hizmetlerin sunumunu teşvik etme, imkan tanıma ve düzenleme Devletin yükümlülüğüdür ve halk bu hizmetlere devredilemez erişim hakkına sahiptir.”***

Güney Afrika Md. 27

***“ Herkes erişim hakkına sahiptir:***

***...yeterli gıda ve su...”***

Türk hukukunda su hakkına ilişkin doğrudan anayasal bir düzenleme bulunmasa da su hakkı ile ilişkilendirilebilecek anayasal hükümler mevcuttur.<sup>29</sup>

Bu hükümler şu şekildedir:

1982 Anayasası;

Md. 17:

***“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir(...)”***

Md. 56:

***“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.***

***Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir. (...)”***

Md. 63:

***“Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır.***

***Bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir.”***

Md.168:

***“Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir (...)”***

Görüldüğü gibi bu hükümlerde suya bir insan hakkı olarak yer verilmemiştir. Ancak su içme, temizlik, tarım, hayvancılık, sanayi gibi nedenlere bağlı olarak yaşam hakkından ayrı düşünülemez. Aynı şekilde, çevrenin korunması

---

<sup>29</sup> A.g.e., s 214

hakkından bahsedilecekse temiz ve sağlıklı bir çevre için suyun önemi yadsınamaz. Bu yönüyle Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerini su hakkını kapsayacak şekilde yorumlamak çok da zorlama bir yorum değildir.

## 2.2. Su Hakkında Yasal Düzenlemeler

Suya ilişkin uluslararası standartların sağlanabilmesi ve herkese yeterli, güvenli, erişilebilir su sağlanabilmesi için anayasal düzenlemeler tek başına yeterli olamamaktadır. Su hakkının hayata geçirilebilmesi ancak anayasal hükümlerin somut, pratik ve etkili yasa ve düzenlemelere dönüştürülebilmesiyle mümkün olacaktır.<sup>30</sup>

Tüm dünyada açıkça suya ilişkin düzenlemelerin yer aldığı çok sayıda yasa ve düzenleme bulunmaktadır. Özellikle son birkaç yılda kabul edilen yasa ve politikalar, suyun bir hak olarak ele alınmasındaki gereklilik ve haklılığı ortaya koymakta ve yakın bir gelecekte bu eğilimin artacağına ipuçlarını vermektedir.<sup>31</sup> Su hakkının hukuki olarak temellendirilmesinde yasalarda düzenlenmesi gereken hususlar şu şekilde ifade edilmektedir<sup>32</sup>: su ve sanitasyonun mevcudiyeti<sup>33</sup>, suya fiziksel erişimin sağlanması, kabul edilebilirliğin sağlanması<sup>34</sup>, ekonomik erişilebilirliğin sağlanması<sup>35</sup> ve suyun kaliteli ve güvenli olması.<sup>36</sup> Bu hususların yer aldığı yasal düzenlemeler de bu çalışmada ortaya konulamayacak kadar kapsamlı ve çeşitlidir. Yine de yukarıdaki ölçütlerin somutlaştırılması bakımından birkaç örneğe yer vermek mümkündür.

Endonezya, Su Kaynakları Hakkında Kanun Md.5

***“Devlet her kişinin sağlıklı, temiz ve üretken bir yaşamı gerçekleştirmek için, minimum temel günlük kullanım için su alma hakkını garanti eder.”***

Cezayir, Su Kanunu Md.3

***“Su kaynaklarının kullanımı, yönetimi ve sürdürülebilir gelişmesi konusundaki ilkeler aşağıdadır:***

---

<sup>30</sup> COHRE, **Centre On Housing Rights and Evictions**, 2004, Legal Resources for The Right to Water and Sanitation International and National Standards, Geneva, January, s. 52

<sup>31</sup> COHRE, **Centre On Housing Rights and Evictions**, 2008, Legal Resources for the Right to Water and Sanitation International and National Standards, 2nd Edition

<sup>32</sup> **Realising the Human Rights to Water and Sanitation: A Handbook**, İkinci Bölüm, s. 33-53

<sup>33</sup> Güney Afrika Su Hizmetleri Kanunu, 1997, 3. Bölüm, Su ve Sanitasyona Erişim Hakkı; Nikaragua, Ulusal Su Kaynakları Kanunu, 2007, md. 71

<sup>34</sup> Fransa, Çevre Yasasını Değiştiren Su ve Akuatik Çevreler Hakkında Yasa, 2006, md. 210-1

<sup>35</sup> Nambiya Su Kaynakları Yönetimi Kanunu, 2004, md. 26

<sup>36</sup> Kosta Rika, Sağlık Kanunu, 5395 sayılı Kanun, 1973 md.267; Endonezya, Su Kaynakları Hakkında Yasa, 2004, md.5

***Eşitliğe ve kamusal su ve sanitasyon hizmetleriyle ilgili mevcut mevzuat tarafından ortaya konulan kurallara saygı göstererek, nüfusun temel ihtiyaçlarını tatmin etmek amacıyla su ve sanitasyona erişim hakkı.(...)”***

Su hakkına ilişkin yasal düzenlemeler yönünden Türk hukukuna bakıldığında su kelimesinin geçtiği hukuki metin bulmak zor olmayacaktır. Ne var ki bu metinlerin içeriği su hakkı talepleri yönünden hayal kırıklığı olmanın ötesine geçmemektedir. Özel hukuk bakımından değerlendirilecek olursa suya ilişkin çok fazla düzenleme olduğu ifade edilebilir. Başta Türk Medeni Kanunu olmak üzere Yeraltı Suları Hakkında Kanun ve elli civarında hukuksal düzenleme vardır.<sup>37</sup>

Ancak bu düzenlemelerin hiçbiri bir insan hakkı olarak su talebini karşılamamaktadır. Su hakkının temellendirilmesinde bireylerin suya erişebilmesinin sağlanabilmesi için devletin bir takım yükümlülükleri bulunmaktadır ama 1982 Anayasası ve kanunlar bu türden düzenlemelerin çok gerisinde kalmaktadırlar. Anayasa’da hak olarak kabul edilip, ayrıca bir kanun ile düzenlenmedikçe suya ilişkin meselelerin çözülmesi mümkün gözükmemektedir.<sup>38</sup> Su kanunu ihtiyacını karşılamak üzere harekete geçen Orman ve Su İşleri Bakanlığı 2011 yılında bir taslak hazırlamıştır. Bu taslak suyun korunması, içme suyu ve kullanım bakımından önceliği ve su mevzuatına ilişkin dağınıklığın giderilmesi bakımından önem taşımaktadır. Bununla birlikte taslağın suyun bir hak olarak değerlendirilmemesi yönüyle birçok eksiği olduğunu da ifade etmek gerekir.<sup>39</sup> Bütün bu eksiklere rağmen ifade edildiği gibi Anayasa’da yer alan diğer hükümler çerçevesinde su hakkına dava edilebilir bir nitelik kazandırmak mümkündür. Burada asıl sorumluluk ise yargındır.

### **2.3. Mahkeme Kararları**

Mahkeme kararlarıyla su hakkının tanınması çok büyük ve abartılı bir beklenti değildir. Nitekim Hindistan’da su hakkı Anayasa’da açıkça yer almamaktadır. Ancak yargı, Anayasa’da yer alan “yaşam hakkını” yorumlayarak su hakkının varlığını kabul etmektedir. Yüksek Mahkemeye göre idarenin kişilerin yaşadığı bölgenin yer altı sularından faydalanarak bir başka bölgenin su ihtiyacını karşılaması “yaşam hakkının” ihlali niteliğindedir.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Türk Medeni Kanunu’nun “Mülkiyet ve irtifak hakkı” başlıklı 756. Maddesi ve yerel adetleri düzenleyen 760. Maddesi konumuz bakımından önemlidir. Bu maddeler bakımından önemli olan, suların özel mülkiyet konusu olsa dahi diğer kişilerin kişisel ve temel ihtiyaçlarını karşılayabilmelerine imkân verecek şekilde koruma altına alınmış olmasıdır.

<sup>38</sup> Su Manifestosu, Türkiye Su Meclisi, Rize, 17 Ocak 2010

<sup>39</sup> “Su Kanunu Tasarısı” taslak metnin içeriği ve hükümlere yönelik eleştiriler için bkz: GÜNEŞ, Ahmet M., “Su Kanunu Tasarısı Taslağı Üzerine Düşünceler”, **Legal Hukuk Dergisi**- Cilt: 10, Sayı:118, 2012, 888-105

<sup>40</sup> Attakoya Thangal v. Union of India, p.7, 1990(1) KLT580= AIR 1991 Ker 321.

Türk mahkemeleri bakımından bu yorum tarzının geliştirilmesi çok daha kolay gözükmektedir. Yaşam hakkına ek olarak, Anayasanın 63'üncü maddesi bir tabiat varlığı olarak suyun korunmasını gerektirmektedir. Ayrıca 56'ncı maddede düzenlenen çevrenin korunması hakkı da su hakkı bakımından genişletici yorum yapmaya müsaittir. Tüm bu maddeler Anayasa'da açık bir şekilde ifade edilmeyen su hakkının içtihatlar ile türetilebileceğini ve bu faaliyetin dayanaklarını ortaya koymaktadır.<sup>41</sup>

## **İKİNCİ BÖLÜM: SU HAKKINA YÖNELİK BİR MÜDAHALE OLARAK SUYUN ÖZELLEŞTİRİLMESİ**

Su hakkının anayasal ve yasal düzenlemeler ile hukuki güvence altına alınması-na yönelik mücadeleler devam etmektedir. Buna karşın, bazı küresel toplantılarda suyun bir hak olarak ele alınması bir tarafa suyun özelleştirilmesini teşvik edici tavsiyelerde bulunmaktadır.<sup>42</sup> Suyun özelleştirilmesi farklı gerekçelerle birçok ülkede hayata geçirilmiş bir uygulamadır. Genellikle su hizmetlerinde kalitenin artırılması amacıyla yapıldığı iddia edilen özelleştirmeler sonucunda su ücretlerinde % 300'lere ulaşan artışlar yaşanmıştır. Bu durum, yukarıda unsurları ortaya konulan su hakkı bakımından ciddi tehlikeleri beraberinde getirmektedir. Su hakkının tam anlamıyla sağlanabilmesi için bu tehlikenin yansımaları üzerinde durulması ve daha fazla yaygınlaştırılmaması önemlidir.

### **1. SUYUN ÖZELLEŞTİRİLMESİ**

Birleşmiş Milletler raporlarına göre, 700 milyondan fazla insan temiz içme suyuna, 2.5 milyardan fazla insan – dünya nüfusunun üçte birinden daha fazla- ise temizlik için ihtiyaç duyulan suya ulaşmamaktadır.<sup>43</sup> Endişe verici bu veriler iklim koşulları, çevresel faktörler ve artan nüfus dikkate alınarak değerlendirildiğinde geleceğe yönelik pek de iç açıcı olmayan öngörülerde bulunulabilir. Nitekim suyun özelleştirilmesinin gerekliliğini savunanların da öngörülerinin temelinde bu veriler bulunmaktadır.<sup>44</sup>

İçilebilir ve kullanılabilir temiz suya erişim bakımından ortaya konulan bu olumsuz tabloya bakılarak suyun "kıt" olduğu ve insanlığı küresel bir su krizinin beklediği ifade edilmektedir. Bu durum karşısında öne sürülen çözüm ise suyun

---

<sup>41</sup> ŞİRİN, "Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri", s. 158

<sup>42</sup> KISHIMOTO, Satoko; **World Water Forum Needs To Be More Than Just A Trade Show For Privatisation**, 17 April 2015, [www.theguardian.com](http://www.theguardian.com)

<sup>43</sup> WHO, **Drinking Water and Sanitation**, 2014 Update, WHO Library Cataloguing- in- Publication Data, s.6

<sup>44</sup> ARIBOĞA, Ercan; "Yaşam Hakkı Olarak Su", s. 16, [www.suhakki.org](http://www.suhakki.org)

korunması ve en verimli şekilde değerlendirilebilmesi için özelleştirilmesidir.<sup>45</sup> Suyu erişim sorunlarına yönelik bu duyarlılık sevindirici olsa da, önerilen pratik çözüm bazı tereddütleri beraberinde getirmektedir. Amaç suyun korunması mı yoksa özelleştirmelere masumane gerekçeler bulmak mıdır? Bu soruyu cevaplayabilmek için dünya genelindeki ve ülkemizdeki özelleştirme politikalarına kısaca bakmak faydalı olacaktır.

Su hizmetlerinin özelleştirilmesi, toplumsal fayda gerekçesiyle suyun/su işletmelerinin tümünden ya da kısmi olarak özel şirketlere devredilmesidir. Su ilk defa 1992'de Dublin'de ekonomik bir mal olarak ele alınmıştır. 2000 yılında gerçekleşen Dünya Su Forumu'nda Dünya Su Komisyonu'nun – komisyonun su piyasasında hakim olan üç büyük şirket (Suez, Vivendi, RWE) ile sıkı bağları olduğunu belirtmekte fayda var<sup>46</sup>- yayınladığı bildiri de insanlığın karşılaştığı en ciddi sorun olarak su yönetimi gösterilmiş ve çözüm olarak suyun serbest piyasa ekonomisine açılması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>47</sup>

Özelleştirme uygulamalarının küresel tabanda en etkili destekçisi olan Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu (IMF), ülkelerin kredi taleplerini suyun özelleştirilmesinin kabul edilmesi şartıyla kabul etmektedir. Hal böyle olunca da su şirketleri dünyanın pek çok ülkesinde su yönetimini ele geçirmiş durumdadır. Su endüstrisinin yıllık kârı, petrol sanayinin % 40 'ına ulaşmıştır ve dünya sularının henüz yalnızca % 5'i özelleştirilmiştir.<sup>48</sup> Bu arada Dünya Bankası, su piyasasının büyüme hedefini revize ettiklerini ve yeni tahminlerin 1 trilyon \$'ı aştığını açıklamıştır. Dolayısıyla, su piyasasının genişliği, sürekliliği ve kâr payı birlikte değerlendirildiğinde, ticari gaye ile hareket eden su şirketlerinin motivasyonunu anlamak zor olmayacaktır!

Suyun özelleştirilmesinde ilk ve bir ölçüde diğerlerine ilham veren örnek Fransa'dır. 1989 yılında Fransa'da su işletmesi Suez su şirketine satılmış ve ardından su ücretlerinde 2 misli artış yaşanmıştır. Halk tepkisi sonrasında kırsal kesimlerdeki işletmeler bakımından belediyeler tekrar söz sahibi olsa da büyük şehirlerde su işleri özel firmaların takdirindedir. Bu haliyle Fransa'da, halk % 150 daha fazla ödeme yaparken 5.2 milyondan

---

<sup>45</sup> TOPÇU, a.g.e., s. 66

<sup>46</sup> BOZBEYOĞLU, Fatma; "Su Sermayedir, Sermaye Sermayedarındır!", **Haber Bülteni**, s.75 [www.jmo.org.tr](http://www.jmo.org.tr)

<sup>47</sup> Gleick, P., Wolff G., Chalecki, E. L. and Reyes, R. "The New Economy of Water: The Risks and Benefits of Globalization and Privatization of Fresh Water", Pacific Institute in Development, Environment and Security, California, 2002, [www.pacinst.org](http://www.pacinst.org) (2005), s. 8

<sup>48</sup> KARTAL, Filiz; "Suyun Metalaşması Suyu Erişim Hakkı ve Sosyal Adalet", TMMOB Su Politikaları Kongresi, TMH, 454. Sayı, 2009/2, s. 67, [www.suhakki.org](http://www.suhakki.org)

fazla insan kalitesi kabul edilemez nitelikte su kullanmıştır.<sup>49</sup>

Fransa ile başlayan özelleştirme uygulamaları dünya genelinde yoğun ilgi görmüştür. Suez şirketinin aynı tarihlere rastlayan bir diğer faaliyet alanı Güney Afrika olmuştur ve 2000 yılı itibariyle halkın büyük çoğunluğu su ihtiyacını halka açık tuvaletlerden sağlamaktadır. Suez şirketi ağlarını Meksika, Arjantin, Almanya ve Avustralya'ya kadar genişletmiş ve su ücretleri % 95'lere kadar artmıştır. Öte yandan Kanada'da suyun özelleştirilmesinin ardından sudaki bakteriler nedeniyle 7 kişi ölmüş ve çok sayıda kişi hastalanmıştır. İngiltere, Hindistan, Bolivya bu uygulamanın diğer örnekleridir.<sup>50</sup>

Bolivya'daki özelleştirme süreci ve sonrasında yaşananlar durumun trajikliğini ve şirketlerin aç gözlülüğünün boyutlarını anlayabilmek için ayrı bir öneme sahiptir. Suyun ticarileştirilmesi yolunda 1990'ların sonunda atılan adımlar 2001 yılında fiili olarak sonuç vermiş ve ilk olarak Cochabamba kentinde uygulamaya konulmuştur. Özelleştirme uygulaması sonucunda su ücretleri %300 oranında artmış, yaklaşık olarak asgari ücretin üçte birine ulaşmıştır. Bunun üzerine halk alternatif çözüm yolu olarak, hendekler kazarak dağlardaki su kaynaklarına ulaşmayı ve evlerin çatılarına kovalar koyarak yağmur suyundan faydalanmayı denemiş ancak özelleştirme yarasınca durdurulmuştur. Zira artık suyun yanında nehirler, bulutlar su şirketlerinin "malı"dır ve halkın havzalara dolacak yağmur suyuna ulaşmaları şirkete karşı hırsızlık suçunun işlenmesi anlamına gelmektedir.

Bu olanlar karşısında çok geçmeden milyonlar sokağa dökülmüş ve isyan başka şehirlere de sıçrayarak büyümüştür. "Cochabamba Su Savaşları" olarak tarihe geçen bu direniş hükümetin devrilmesine giden sürecin de kıvılcımı olmuştur.<sup>51</sup> Nihayetinde direniş hedefine ulaşmış ve özelleştirme yasaları geri çekilmiştir.<sup>52</sup>

Son olarak Arjantin'deki duruma bakıldığında sonu yine hüsrarla biten bir özelleştirme süreci yaşandığı görülecektir. 1993 yılında Suez şirketi ile Arjantin'in başkenti Buenos Aires şehrinin içme suyu ihtiyacını karşılamak ve sanitasyon hizmetlerini yerine getirmek üzere 30 yıllık bir sözleşme imzalanmıştır. 2002 yılına kadar hükümet su hizmetlerinin kalitesi ve çevresel korumaya ilişkin uyarılarda bulunmuştur. Bu uyarılar şirket tarafından dikkate alınmadığı gibi su fiyatları art-

<sup>49</sup> TUNCAELLI, Ö. Eylem; **Bir İnsanlık Suçu Suyun Metalaştırılması**, 26 Mayıs 2008, s.3-6 www.politeknik.org.tr

<sup>50</sup> A.g.e.

<sup>51</sup> Aktaran; YÜCE, Nuran – İLHAN, Akgün "Akgün Bolivya ve Güney Afrika'da Su Hakkı Mücadeleleri", 10 Aralık 2012 ("**Oscar Olivera ile Görüşme**" 14 Mart 2012, 14 Mart 2012, Marsilya, Fransa)

<sup>52</sup> Bolivya halkının özelleştirme yasaları karşısında gösterdiği destansı direniş senaristlere ilham kaynağı olmuş ve bu mücadeleyi konu alan "Yağmuru Bile" isimli bir film çekilmiştir.

miş ve halk tepki göstermeye başlamıştır. Nihayet, 2006 yılında Suez şirketi ile olan sözleşme iptal edilmiş<sup>53</sup> ve su hizmetleri kamusallaştırılmıştır.<sup>54</sup> Sözleşmenin iptal edilmesi üzerine Arjantin hükümeti Suez'e 405 milyon dolar tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir.

## 2. TÜRKİYE'DE SUYUN ÖZELLEŞTİRİLMESİ VE HİDROELEKTRİK SANTRALLER

Su hakkının tanınması ve korunmasına yönelik düzenlemeler henüz tatmin edici bir noktaya ulaşamamıştır. Buna karşın, uluslararası boyutlarda tanımlanan ve temellendirilen su hakkına yönelik müdahaleler farklı kostümlerle "piyasaya" sunulmaktadır. Dünyadaki trende uygun olarak Türkiye'de de suyun ticarileştirilmesi süreci hız kazanmıştır. Kamusal makamlar ise bir yandan aktif olarak bu süreci yönlendirmekte bir yandan da şirketlerin önünü açan yasal düzenlemelere öncülük ederek sürece katkıda bulunmaktadır.<sup>55</sup>

Türkiye'de de suyun özelleştirilmesi iki ayrı cephede sürdürülmektedir; a) ambalajlı suyun özellikle büyük şehirlerde yaşamın vazgeçilmezleri arasına sokulması ve sulama hizmetlerinin su birliklerine/ kooperatiflerine devredilmesi, b) Yap-İşlet-Devret modeli ile Su Kullanım Hakkı Yasası aracı edilerek baraj ve hidroelektrik santral yapımının yerli ve yabancı şirketlere bırakılması. Her iki uygulama da su hakkına yönelmiş birer müdahale teşkil etmektedir ve her ne kadar "kamu yararı" gerekçesiyle meşrulaştırılmaya çalışılsa da ortaya çıkan sonuçlar ve bazı somut veriler aksi yönde kanaat getirmeye yetecek düzeydedir.

### 2.1. Ambalajlı Su Sektörü

Türkiye'de 1990'larda su hizmetlerinin teminine ilişkin ciddi sorunlar ortaya çıkması kamu yönetimine olan güvenin sarsılmasını da beraberinde getirmiştir. Neyse ki duyarlı su şirketleri kısa süre sonra imdada yetişmiş ve su hizmetlerinin kalitesi artırılmıştır! Başlangıçta kamu yönetimleri, hizmetlerin bu şirketlere görürülmesi uygulamasına geçici olarak izin verse de 1997 yılında Bakanlık tarafından açık suya alternatif -musluk suyu karşısında alternatiften çok zorunlu tercih teşkil etse de- olarak 19 litrelik polikarbonat damacana ambalajına izin verilmiştir.<sup>56</sup> Çok geçmeden damacanalarda zorunlu ihtiyaçların bir parçası haline gelmiş ve artık içme suyunun da ötesinde, diş fırçalanması, bebeklerin yıkanması, yemek yapımı gibi hassas durumlarda dahi kullanılabilir hale gelmiştir. Bu durumun bir tercih

---

<sup>53</sup> AZPIAZU, Daniel; CASTRO, Jose Estaban, **Aguas Publicas: Buenos Aires in Muddled Waters**, Chapter Four, p. 59-60

<sup>54</sup> "Arjantin, Suez'e milyonlarca dolar ödeyecek", www.suhakki.org , 14 Nisan 2015

<sup>55</sup> HAMSİCİ, Mahmut; **Dereler ve İsyanlar**, Nota Bene, 3. Baskı, Ankara, s.66-67

<sup>56</sup> İLHAN, Akgül; **Yeni Bir Su Politikasına Doğru**, Su Hakkı Kampanyası, 2011, s. 94



meselesi olduğu iddia edilebilir, ancak musluk suyunun kalitesi ile mal arzının sunumundaki başarılı stratejiler birlikte düşünüldüğünde seçimin 'tercih' olmadığını söylemek zor olmayacaktır.

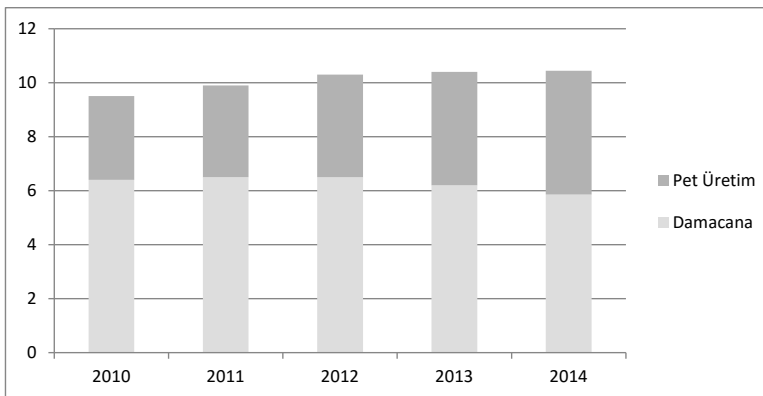
Türkiye Kalkınma Bankası'nın 2005 yılında hazırladığı sektör raporunda kişi başı yıllık ambalajlı su tüketiminin 74,9 litre olduğu ve 2009 yılına gelindiğinde bunun 87,6 litreye ulaşacağı açıklanmıştır. 2009 yılına gelindiğinde ise kişi başı ortalama ambalajlı su tüketimi 126 litre olarak gerçekleşmiştir. Aynı dönemde İstanbul'da yapılan bir anket de içme suyu olarak damacana su kullanım oranının % 95,64 olduğunu ortaya çıkarmıştır. Bugün gelinen noktada su sektörü yıllık %15 büyüme oranıyla en hızlı gelişen pazarların başında gelmekte ve sektörün devleri de üzerine düşeni fazlasıyla yerine getirerek yatırım bütçelerinden çok daha fazla pay ayırmaktadırlar.<sup>57</sup> 2011 yılı itibariyle suyun pazar hacmi 3,4 milyar dolara ulaşırken kişi başı su tüketimi de 135 litreyi bulmuştur. Son olarak, ambalajlı su sektörü, Türkiye içecek endüstrisinin % 50'sini oluşturarak üretim kapasitesi bakımından ilk sıraya ulaşmıştır.<sup>58</sup>

**Tablo 1.** Su Sektörünün Genel Yapısı, (2010-2014)

	2010	2011	2012	2013	2014
<i>Toplam Üretim (Milyar Litre)</i>	9,5	9,9	10,3	10,3	10,4
<i>Pazar Büyüklüğü (Milyar TL)</i>	3,3	3,5	3,7	4,1	4,6
<i>Kişi Başı Tüketim/Yıl</i>	128	133	135	135	137

**Kaynak:** SUDER

**Tablo 2.** Türkiye'de ambalajlı Su Kullanımı



**Kaynak:** SUDER

<sup>57</sup> Kuzeydoğu Anadolu Kalkınma Ajansı, Ambalajlı İçme Suyu Sektörü, 2012, s.5

<sup>58</sup> A.g.e., 10-15

Bu veriler çeşitlendirerek artırılabilir, ancak çalışmanın kapsamı buna müsaade etmediği gibi su sektörünün piyasadaki konumunu anlamak ve şirketlerin bütçe hacimlerinde suya ayırdıkları geniş alanı anlamlandırmak bakımından yeterlidir. Hali hazırda Türkiye’de 250 den fazla yerli ve yabancı firma su sektöründe rekabet halindedir. Özellikle pet şişe sektöründe, Coca Cola (Damla), Pepsi (Aqua), Nestlé<sup>59</sup> (Erikli), Danone (Hayat) gibi yabancı dev firmaların hâkimiyeti bulunmakta ve pek çok marka ithal su ile pazara girmeye çalışmaktadır. Öte yandan İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hamidiye, Kocaeli Derince Belediyesi Çene, Eskişehir Belediyesi Kalabak markalarıyla su satışı yapmaktadır. Anlaşılan o ki yerli/yabancı firmaların yanında idarenin kendisi de suyun gelecek vadeden sektörler arasında olduğunu gözden kaçırmamış, firmalarla rekabet eder hale gelmiştir.

Gelinilen bu nokta, suyun nasıl da ticari bir meta haline geldiğini çok net bir biçimde ortaya koymaktadır. Bu uygulamalar su hizmetlerinde yaşanan aksaklıklar karşısında geçici bir çözüm yolu olarak başlatılsa da, zamanla suyun kamusal niteliği göz ardı edilmiş suya ‘mal’ niteliği kazandırılmıştır. Musluk suyunun yeterli kaliteye ulaştırılmaması ve su şirketlerinin uyguladıkları taktikler ambalajlı suyu vazgeçilmez hale getirmiş durumdadır. Su şirketleri bir yandan daha ince plastik kullandıklarını hatta bitkiden plastik elde ettiklerini ilan ederek çevre dostu imajı ortaya koymakta, bir yandan da “buzullardan getirdikleri suyun” doğallığıyla övünmektedirler. Oysa yapılan araştırmalar su şirketlerinin iddialarının gerçeği yansıtmadığını göstermektedir. Ambalajlı suyun pahalılığı bir yana, pek çoğunun musluk suyundan çok da farklı olmadığı, plastik şişelerin doğayı kirlettiği gibi sonuçlar bunlardan en bilinenleridir. Ancak karşı argümanlar bunlarla sınırlı değildir ve bazıları su sektöründeki masumiyet perdesinin aralanması bakımından ayrıca önemlidir. Bunlar şu şekilde örneklendirilebilir;<sup>60</sup>

- Bir litre suyun plastik şişesini yapmak ve suyu şişeye koymak için iki litre su gerekmektedir.
- Şişelenmiş su için kullanılan kaynak suları çevresel olarak hassas bölgelerden gelmektedir.

---

<sup>59</sup> Nestlé su şirketinin suyu nasıl da milyar dolarlık bir ticarete dönüştürdüğünü konu alan “Şişelenmiş Hayat” isimli film su sektöründeki stratejileri ortaya koymaktadır. “Bottled Life”, İsviçre, 2012

<sup>60</sup> Bluewashing, Food&Water Watch; “Şişelenmiş Su Endüstrisi”, İngilizce Aslından Çeviren: suhaki.org, Türkiye’de Suyun Özelleştirilmesi ve Su Hakkı, s.34

\*\*\* Bluewashing: Bir ürünü, aslında dünyada bulunan yer altı ve yer üstü sularına zarar verdiği halde, su dostuymuş gibi pazarlamaya çalışmaktır.

- Yeraltı suyunu pompalayarak çıkarmak hem yeraltındaki hem de etrafta bulunan göl, nehir, akarsu vb gibi yerlerdeki su seviyesinin azalmasına neden olmaktadır.
- Paketlenmiş içecekler ile karşılaştırıldığında, en düşük su ve karbon ayak izine<sup>61</sup> sahip su, çeşme suyudur.
- 2007'de, ABD'de, şişelenmiş su üretimi için 32 ile 54 milyon varil petrole eşit – yani bir yılda 1.5 milyon arabaya yetecek yakıtı eşdeğer enerji kullanılmıştır.
- Enerji açısından, polietilen tereftalat (PET) şişe üretimi, su çıkarma, şişeleme ve dağıtım işlemleri, çeşme suyu üretiminden 2.000 kat daha fazla maliyetlidir.
- 2006'da, dört su şişesinden sadece biri geri dönüştürülebilmıştır; bu orana göre, milyonlarca ton boş plastik şişesi çöpe gitmiştir.
- Şişelenmiş suyun dağıtımını için enerji kullanılır, dolayısıyla su dağıtımını iklim değişikliğine katkıda bulunan etkenlerden birisidir.

## 2.2. Hidroelektrik Santraller

Suyun potansiyel enerjisinin kinetik enerjiye dönüştürülmesi yoluyla elde edilen enerji olarak tanımlanan hidroelektrik enerji dışa bağımlılığın azaltılması ve kalkınma hedeflerinin merkezinde yer almaktadır. Bu amaçla dünyanın pek çok yerinde baraj ve hidroelektrik santral yapılmıştır. Bu sayede, enerji elde etmenin yanında tarım alanlarını sulamak, içme suyu temin etmek, yerleşim alanlarını taşkınlardan korumak gibi amaçlar da gerçekleştirilmektedir. HES'lerin yeni istihdam alanı yaratması, kırsal yerleşimlerin sosyoekonomik ve kültürel gelişimine katkıda bulunması gibi yararları da azımsanmayacak niteliktedir.<sup>62</sup> Ne var ki, madalyonun diğer tarafında duran sosyal ve ekolojik kayıplar, özellikle yöre insanının maruz kaldığı sorunlar HES'ler bakımından yeniden bir fayda-zarar analizi yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

### 2.2.1. Hidroelektrik Santrallerin Ortaya Çıkışı

Türkiye'de baraj yapımı Hititlerle birlikte MÖ. 1300 yılında başlamıştır. Os-

<sup>61</sup> *Karbon Ayak İzi: İnsan Faaliyetlerinin; karbondioksit cinsinden ve üretilen sera gazı miktarı açısından çevreye verdiği zararın ölçüsüdür. Azaltılması için kullandığımız özellikle kağıt ve plastik gibi ürünlerin geri dönüştürülebilir olanlarından tercih etmek, kullandığımız cihazların A ve üstü enerji sınıfında olanları tercih etmek önemlidir.* (BEKİROĞLU Ozan; Sürdürülebilir Kalkınmanın Yeni Kuralı: Karbon Ayak İzi [www.studentsgogreenproject.com](http://www.studentsgogreenproject.com) )

<sup>62</sup> GÖKDEMİR, Murat; KÖMÜRCÜ, M. İhsan; EVCİMEN, T. Ulaş, Türkiye'de Hidroelektrik Enerji ve HES Uygulamalarına Genel Bakış, *TMH Dergisi*, 471, 2012/1, s.21, [www.imo.org.tr](http://www.imo.org.tr)

manlılar döneminde ve Cumhuriyetin ilk yıllarında da devam eden çalışmalar 1950'lerden sonra daha da dikkat çekmiş DSİ, İller Bankası, Etibank, Sümerbank tarafından barajlar inşa edilmiştir. Dünya Bankası'nın da devreye girmesiyle Türkiye'de hidrolik yapılara olan ilgi artmış ve bankanın masraf ve ileri teknoloji gerektiren politikaları gereği DSİ, söz konusu yapıların inşası ve işletilmesini özel sektöre açmanın yollarını aramıştır.<sup>63</sup> Böylece YİD olarak adlandırılan Yap-İşlet-Devret modeli HES yapımına başlanmış, elektrik üretiminde özel sektör devrine geçilmiştir. İlerleyen yıllarda da özel sektörün bu alandaki faaliyetlerini kolaylaştıran yasal düzenlemelere devam edilmiş 2001 yılında çıkartılan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile yeni bir dönem başlamıştır. 2005 yılında çıkartılan 5346 sayılı "Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerji Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun" ile birlikte özel sektör tarafından yapılan HES'lerden elektrik üretip satabilme serbestisi getirilmiş, aynı kanunda 2011 yılında yapılan değişiklikle Türkiye'de mini ve mikro HES'lerin önü açılmıştır.<sup>64</sup>

## 2.2.2. HES'lerin Yol Açtığı Sorunlar

Hidrolik yapılardan olumsuz etkilenen kişilerce başlatılan ve dünyanın pek çok yerinde paralellik gösteren ayaklanmalar sonucu konu uluslararası ilgi görmüş ve bunun sonucunda Dünya Barajlar Komisyonu kurulmuştur. Komisyon, hidrolik yapılara yönelik eleştiriler konusunda ortak ağız olma işlevini yüklenmiş ve barajların sağladıkları yararlarla oranla çok ağır bir maliyeti olduğuna yönelik önemli tespitlerde bulunmuştur.<sup>65</sup>

Komisyonun 2000 yılında yayınladığı rapora göre 90 milyona yakın insan barajların kurulmasından dolayı yerlerinden edilmiştir, daha en başta yoğun bir biçimde köyden kente göç edilmesi sorunu ortaya çıkmıştır. Ekolojik sistem bakımından gözlemlenen sonuçlar ise çok daha iç karartıcı niteliktedir. Akarsularda bağlantının kopması sonucu balıkçılık sektörünün zarar görmesi, 500 bitki ve 22 hayvan türünün nesli tükenme tehlikesi altında olanlar listesine kaydırılması, akarsuların kirlenmesi, iklim değişikliklerinin ortaya çıkması bunlardan en göze çarpanlarıdır. Bu rapor sonrasında Çin Başbakanı yürütülen baraj projesini durdurduklarını ilan etmiş, ABD bir daha büyük baraj inşa etmeyeceğini açıklamış ve Myanmar'da kurulması planlanan hidroelektrik sant-ralden vazgeçilmiştir.

---

<sup>63</sup> İLHAN, a.g.e., s.89

<sup>64</sup> "Türkiye'de Hidroelektrik Enerji ve HES Uygulamalarına Genel Bakış", İmo Su Yapıları Kurulu (Murat Gökdemir, Murat İhsan Kömürcü, Taylan Ulaş Evcimen), s.20

<sup>65</sup> AYBOĞA, Ercan; "Barajlara Eleştirel Bir Bakış", Türkiye'de Suyun Özelleştirilmesi ve Su Hakkı, 2012, İstanbul, s.61

Gerçekten de HES'lerin özellikle ekolojik etkileri görmezden gelinemeyecek kadar ciddi boyutlara ulaşmıştır. Nehirlerin bütünlüğü bozulmuş, sıyrılan toprak yüzeyi erozyona maruz bırakılmış, tarımsal üretim düşmüş, esasen sucul yaşam bütünüyle tehlike altına girmiştir. Öte yandan, HES projelerinde arazinin açılması ve inşaat aşamasında yaklaşık 50-60 kişi, işletme aşamasında ise ortalama 8-10 kişiye ihtiyaç duyulduğu gerçeği ile bu yapılanma ile ciddi bir istihdam alanı yaratıldığı iddiasının gerçeği yansıtmadığı anlaşılmıştır.<sup>66</sup>

Sosyal açıdan bakıldığında, HES'lerin yapıldıkları bölgedeki yöre halkının sosyal yaşamına yönelik ciddi etkileri olduğu görülmektedir. Halkın geçim kaynaklarının ve alışkanlarının ortadan kaldırılması ile ortaya çıkan "su göçü", göç edenleri yoksullaştırırken kent yaşamı açısından yeni sorunlar doğurmaktadır. Ayrıca, evin temizliği, evde yaşayanların beslenme ihtiyaçlarının karşılanması, aile fertlerinin bakılması gibi –ne yazık ki- kadın tarafından gerçekleştirilmesi toplumsal kabul görmüş uğraşlar nedeniyle kadınların yaşamı çok daha zorlaşmaktadır. HES yapımına destek verenler ile vermeyenler arasında oluşan gerilim ve öfke sonucunda toplumsal barışın bozulması da, HES'lerin sosyal etkileri arasında sayılmaktadır.<sup>67</sup>

Bu sorunların her biri toplumsal, kültürel ve ekolojik açıdan önemlidir, ancak çalışmanın konusu ile bağlantılı olarak su hakkına yönelik ayrıca değerlendirme yapmak gerekir. Zira HES'ler suyun ticarileştirilmesi çerçevesinde de çok önemli bir rol oynamaktadır. Su kullanım hakkı anlaşmalarıyla suların ve su havzalarının kullanım hakkı 49 yıllığına şirketlere devredilmekte, yurttaşların bu salara erişimi kısıtlanırken şirketlerin sermaye birikimine destek olunmaktadır.<sup>68</sup>

Gerçekleştirilen HES projeleri sonucunda devletlerin ve şirketlerin "kamusal" nitelikteki su üzerinde kurdukları hâkimiyet artmış, doğal kaynakları ticari bir meta olarak gören anlayış yadırganmamaya başlamıştır. Devletin himaye etme eğilimli tavrı şirketlerin yeni yatırım arayışları ile birleştiğinde ortaya çıkan bu tabloda "kalkınma, enerji, içme suyu..." gibi yaldızlı kavramlar geniş bir yer kaplamaktadır. Hiç şüphesiz bu projeler kalkınma ve enerji üretimine katkıda bulunmaktadır; ancak bunlar HES'lerin suyun alınıp satılması amacına hizmet ettiği gerçeğini değiştirmemektedir. Ayrıca, enerji kaynağı söz konusu

---

<sup>66</sup> ÜRKER, Okan; ÇOBANOĞLU, Nesrin, "Türkiye'de Hidroelektrik Santraller'in Durumu (HES'ler) ve Çevre Politikaları Bağlamında Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2012, 3(2), s. 68-69

<sup>67</sup> HAMSİCİ, a.g.e., s. 276

<sup>68</sup> A.g.e., s.77

olduğunda su dışında rüzgar, güneş, dalga gibi birçok alternatif bulunmaktadır ve Türkiye bu enerji kaynakları bakımından zengin bir potansiyele sahiptir. Oysa suyun alternatifi yoktur ve ondan vazgeçilebilmesi söz konusu dahi olamaz.

### 2.2.3. HES'lerde Mevcut Durum

Devlet Su İşleri'nin 2012 yılında yayınladığı rapora göre hayati bir konu olan enerji üretimi bakımından hidroelektrik enerji öncelikli olarak değerlendirilmektedir. Enerji ihtiyacını karşılamak amacıyla yapıldığı ileri sürülen HES'ler konusunda geline nokta da verilen önemi net olarak yansıtmaktadır. 2014 yılı itibarıyla işletmede olan 461 HES bulunmaktadır ve bunlardan 320'si özel sektör tarafından yapılmıştır. Öte yandan inşaat çalışması süren 162, plan ve proje aşamasında 823 proje olduğu ifade edilmektedir.

Bu verileri kalkınma ve enerji üretiminde yeni bir döneme geçileceği müjdesi olarak yorumlamak mümkündür. Tabii bunun için yerel direnişleri, yöre halkının mağdur edilmesini, maliyeti tüm insanlığa yansıtılan ekolojik kayıpları ve mahkemelerin arkası kesilmek bilmeyen yürütmeyi durdurma kararlarını görmezden gelmek şarttır. Ne var ki bugün geline noktada bunu başarmak çok da kolay değildir. Başta Fındıklı, Borçka, Murgul, Ardanuç, Tokat olmak üzere pek çok bölgede halk toplanarak mitingler düzenlemektedir.<sup>69</sup> Yerel platformların halkı bilgilendirmesi ile artan duyarlılık HES projelerine yönelik açılan dava sayısındaki artışı da beraberinde getirmiştir. Hem yerel mahkemelerin hem de Danıştay'ın yapılanların hukuka uygun olmadığına ve çevrenin korunması hususunun göz ardı edildiğine yönelik kararları mevcuttur.<sup>70</sup> Özellikle, Devlet Su İşleri (DSİ) ile enerji şirketleri arasında imzalanan 49 yıllık 'su kullanım hakkı' anlaşmaları ve şirketlerin enerji üretim lisansları bakımından birçok iptal kararı verilmektedir. Hukuki incelemelerde projelerin canlı yaşayışına son verme tehlikesi bulunması, yapılan inşaat ile çıkan hafriyatın yeşil alanları görünmeyecek hale getirilmesi, kesilen ağaçların doğada ağır bir tahribata sebep olması gibi hususlar üzerinde durulmakta ve çoğunlukla yürütmeyi durdurma kararları verilmektedir.<sup>71</sup> Ancak iptal ve yürütmeyi durdurma kararlarının ar-

---

<sup>69</sup> Karadenizde yapılması planlanan HES projelerine yönelik tepki ve yöre halkının mücadelesi belgesel konusu yapılmıştır. KOCAGÖZ Umut, IŞIL Özlem; "Akıntıya Karşı", Türkiye, 2012

<sup>70</sup> Trabzon'da Çamlı Regülatörü, Erzincan'da Gökçeköy HES projesi, Antalya'da Kürce ve Dereköy projeleri, Rize'de Alicik ve Tepe HES Projeleri iptal edilen projelerden bazılarıdır. Bu çalışma itibarıyla iptal edilen son preje Artvin Taşlıkaya HES projesidir. (Rize İdare Mahkemesi, 28 Nisan) Danıştay 14. Dairesi'nin 28.12.2011 gün ve E: 2011/9949, K..2011/5570 sayılı ve E:2011/9953, K: 2011/5369 sayılı kararları;

<sup>71</sup> AKGEDİK, Hasan; "Danıştay Kararları Işığında Hidroelektrik Santraller", *Türkiye Adalet Aka-*

dından Bakanlık aynı projeler hakkında onay vermekten geri durmamaktadır, böylece iptal edilen projeler yeni bir yargı kararına kadar kaldığı yerden devam etmektedir.<sup>72</sup>

## SONUÇ

Temel hak ve hürriyetler inceleme konusu yapıldığında, teorik ve pratik değerlendirme ayrılamaz bir bütün teşkil etmektedir. İş henüz sona ulaşmamış bir hakkın inceleme konusu yapılmasına geldiğinde, bu bütüne ek olarak hak talebinin ardında yatan gereklilikler konusunda da inceleme yapılması gerekmektedir. Bu çalışmada da bir insan hakkı olarak su hakkı konusu tarihsel, hukusal ve kavramsal boyutlarıyla ele alınmıştır.

İklim değişikliklerinin etkisi ve insanların hoyratça kullanımları ile kirlenen su tükenmenin eşiğine gelmiş durumdadır. Bu “kıt”lığa yönelik çözüm yolu arayışları suyun özelleştirilmesi ve su hizmetlerinin şirketler tarafından yürütülmesi kararı ile sonuçlanmıştır. Su varlıklarının piyasa koşullarına açılmasıyla kamusal değeri ortadan kaldırılan suya bir mal olma değeri atfedilmiştir. Böylece idareler de su temini açısından “kamu hizmeti veren” olmaktan çıkarak, ticari işletmeye dönüşmüşlerdir. Öte yandan suyun bölgelere göre farklılık gösteren dağılımı suyun stratejik önemini artırmış durumdadır. Geçmişte gizli yürütülen su mücadeleleri artık çok daha görünür bir hal almış, birçok toplantı ve birliklerde suların paylaşımı konuşulur olmuştur.

Bu gidişatı fark edenlerce başlatılan su hakkı mücadelesi, suyun ticari bir meta olarak kabul edilerek kâr hedeflerinin merkezine oturtulması anlayışına tepki göstermekte, dünyanın dörtte biri yeterli miktarda suya erişemez konumdayken geri kalanının eriştiği fazla suyu ticari amaçla kullanmasına karşı gelmektedir. Bu doğrultuda başlayan ve süregelen mücadele henüz sona ermiş değildir. Uluslararası topluluklarca üzerinde durulan ve hukuki metinlere yansıtılan su hakkı konusu ulusal hukuk düzenlerinde de yer edinmeye başlamıştır. Ne var ki suyun azalmasına karşılık stratejik öneminin artması aleyhe hukuki düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir. Su kaynaklarını ve su hizmetlerini özelleştirmeye yönelik anlaşma ve yasalar ile su kamusal alandan koparılmaya çalışılmaktadır. Bu ise su hakkı bakımından özellikle ekonomik erişilebilirliğin ortadan kalkması anlamına gelmekte ve su hakkına aykırılık teşkil etmektedir.

---

demisi Dergisi, Yıl:4, Sayı:15, Ekim-2013, s. 313

<sup>72</sup> Rize'nin Senoz Vadisinde yapılmak istenen ve Danıştay 14. Dairesi'nce 'Su kullanım Hakkı Anlaşması' ve lisansı iptal edilen Kayalar HES Projesine Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nca olumlu karar verilmiştir.

Türkiye de su hakkı bakımından yükselen trende ayak uydurmuş su hizmetlerinin idarece sunulması uygulamasından vazgeçmiştir. Hem ambalajlama hem de hidroelektrik santraller yoluyla su özel sektörün ellerine bırakılmıştır. Etkileri henüz yeni yeni hissedilen bu durum karşısında yerel direnişler başlamış ve mücadelenin haklılığı yargı kararlarıyla da kanıtlanmıştır. Buna rağmen baraj ve hidroelektrik santral yapımı hızla sürmekte enerji elde etme bahanesine sığınılarak su kaynaklarına zarar verilmektedir.

Oysa su daha önce de ifade edildiği gibi gerek içme suyu gerekse genel kişisel ihtiyaçlar bakımından insan haklarının en merkezinde durmaktadır. Nitekim Birleşmiş Milletler de diğer haklardan bağımsız olarak suyun temel bir insan hakkı olduğunu kabul etmiştir. Birçok ülke anayasasında ve yasalarda su hakkına ilişkin düzenlemeler yapılmış ve yapılmaya da devam etmektedir. Ne var ki su hakkı konusunda tüm ülkelerin görüş birliği içerisinde olduğu bir tanım ya da sözleşmeden bahsetmek mümkün değildir. Soyut olarak kabul edilen su hakkı ile de etkili bir erişim sağlanamamaktadır. Bu nedenle tehdit çok daha fazla büyümeden suya ulaşmanın önündeki engellerin ortadan kaldırılması için harekete geçilmeli, herkesin temiz ve yeterli suya bir insan hakkı olarak erişebilmesi sağlanmalıdır.



#### KAYNAKÇA

AKGEDİK, Hasan; “Danıştay Kararları Işığında Hidroelektrik Santraller”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:4, Sayı:15, Ekim-2013

AYBOĞA, Ercan; “Yaşam Hakkı Olarak Su” ([www.suhakkı.org](http://www.suhakkı.org))

AYBOĞA, Ercan; “Barajlara Eleştirel Bir Bakış”, **Türkiye’de Suyun Özelleştirilmesi ve Su Hakkı**, 2012, İstanbul

AZPIAZU, Daniel; CASTRO, Jose Estaban, “Aguas Publicas: Buenos Aires in Muddled Waters”

BEKİROĞLU Ozan; “Sürdürülebilir Kalkınmanın Yeni Kuralı: Karbon Ayak İzi” [www.studentsgogreenproject.com](http://www.studentsgogreenproject.com)

BERTRAND, Yann Arthus; “La soif du Monde” , 2012 (DVD)

BOZBEYOĞLU, Fatma; “Su Sermayedir, Sermaye Sermayedarındır!”, **Haber Bülteni** ([www.jmo.org.tr](http://www.jmo.org.tr))

CANGI, Arif Ali; “Ulusal ve Uluslararası yasa, sözleşme ve metinlerde “Su hak-



kı”, **Uluslararası Su Hakkı Sempozyumu**, Yayına Hazırlayan: Sosyal Değişim Derneği, 2011

ÇİÇEK, Erol; “Kar mı İnsan Hakkı mı? “Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkının Dava Edilebilirliği”, **TBB Dergisi**, Sayı 80, 2009

GLEICK, Peter H., “Basic Water Requirements for Human Activitiest: Meeting Basic Needs” **Water International**, 21-2

Gleick, P., Wolffi G., Chalecki , E. L. and Reyes, R. “The New Economy of Water: The Risks and Benefits of Globalization and Privatization of Fresh Water”,

**Pacific Institute in Development, Environment, and Security**, California,2002

GÖZLER, Kemal; **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin, 2010

GÜNEŞ, Ahmet M., “Su Kanunu Tasarısı Taslağı Üzerine Düşünceler”, **Legal Hukuk Dergisi**- Cilt: 10, Sayı:118, 2012,

HAMSİCİ, Mahmut; **Dereler ve İsyanlar**, NotaBene, Ankara, 3. Baskı, 2012

İLHAN, Akgül; **Yeni Bir Su Politikasına Doğru**, Su Hakkı Kampanyası, 2011

KABOĞLU, İbrahim; **Özgürlükler Hukuku**, Alfa, 1993, İstanbul,

KARTAL, Filiz; KARTAL, Filiz; “**Suyun Metalaşması Suya Erişim Hakkı ve Sosyal Adalet**”, TMMOB Su Politikaları Kongresi, TMH, 454. Sayı, 2009/2

KOCAGÖZ Umut, IŞIL Özlem; “Akıntıya Karşı”, Türkiye, 2012 (DVD)

ŞİRİN, Tolga; “Su hakkı ve Su Varlığının Korunması İçin Hukuki Dayanaklar” **Su Kanunu Tasarısı, Eleştirisi ve Alternatif Su Kanunu Tasarısı**, AYDESA, 2014

ŞİRİN, Tolga; “Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 3-4

TOPÇU, Eral; “Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı”, 2009, Ankara

TUNCAELLİ, Ö. Eylem; “Bir İnsanlık Suçu Suyun Metalaştırılması”, 26 Mayıs 2008, (www.politeknik.org.tr)

TUNÇ, Hasan; “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle ilgili Örnek Karar İncelemesi”, Sempozyum, 2000

ÜRKER, Okan; ÇOBANOĞLU, Nesrin, “Türkiye’de Hidroelektrik Santraller’in Durumu (HES’ler) ve Çevre Politikaları Bağlamında Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2012, 3(2),

YÜCE, Nuran – İLHAN, “Akgün Bolivya ve Güney Afrika’da Su Hakkı Mücade-

leleri”,10 Aralık 2012 (“**Oscar Olivera ile Görüşme**” 14 Mart 2012, 14 Mart 2012, Marsilya, Fransa)

Bluwashing, Food&Water Watch; “**Şişelenmiş Su Endüstrisi**”, İngilizce Aslından Çeviren: suhakki.org, Türkiye’de Suyun Özelleştirilmesi ve Su Hakkı

COHRE, **Centre On Housing Rights and Evictions**, 2004, Legal Resources for the Right to Water and Sanitation International and National Standards, Geneva, January

COHRE, **Centre On Housing Rights and Evictions**, 2008, Legal Resources for the Right to Water and Sanitation International and National Standards, 2nd Edition

Kuzeydoğu Anadolu Kalkınma Ajansı, Ambalajlı İçme Suyu Sektörü, 2012

**Realising the Human Rights to Water and Sanitation** (Handbook)

Su Manifestosu, Türkiye Su Meclisi, Rize, 17 Ocak 2010

The Human Right to Safe Drinking Water and Sanitation in Law and Policy – Sourcebook, WASH United

The Rights to Water and Sanitation at the National Level , [www.righttowater.info](http://www.righttowater.info)

**Türkiye’de Hidroelektrik Enerji ve HES Uygulamalarına Genel Bakış**”, İmo Su Yapıları Kurulu (Murat Gökdemir, Murat İhsan Kömürcü, Taylan Ulaş Evcimen),

WHO, **Drinking Water and Sanitation**, 2014 Update, WHO Library Cataloguing- in- Publication Data



# DÜNYA ANAYASALARINDA DEĞİŞTİRİLEMEZ MADDELER VE TÜRKİYE’NİN YENİ ANAYASASI İÇİN ÖNERİLER

*Unchangeable Articles in Constitutions Around the World  
and Suggestions for The New Constitution of Turkey*

**Arş. Gör. Akif TÖGEL<sup>1</sup>**

## ÖZET

Karşılaştırmalı anayasa hukuku açısından 43 ülkenin anayasası üzerinde yapılan bu çalışma, temel olarak değiştirilemez maddelerin Dünya’nın çeşitli ülkelerinin anayasalarında yer alıp almadığı, yer alıyorsa kapsamının ne olduğu sorularına cevap aramaktadır. Çalışma iki bölümden oluşmakta olup ilk bölümde değiştirilemez maddelerin hukuki değeri ve bu konuda yeni anayasa çalışmaları sırasındaki öneriler analiz edilmektedir. İkinci bölüm ise farklı kıtalardan ülkelerin anayasalarına odaklanmaktadır. Analiz sonucu, incelenen 43 ülkenin 19’unda anayasal boyutta değiştirilemez maddenin yer aldığını ortaya koymaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Değiştirilemez Maddeler, Türkiye’nin Yeni Anayasası, Dünya Anayasaları.

## ABSTRACT

This study basically seeks to answer two questions in the constitutions of the World’s 43 various countries in terms of comparative constitutional law. These questions are: Is there any unchangeable articles regulated in constitution and if yes, what is the scope of this regulation? Study is composed from two parts. In first part the legal value of unchangeable articles and suggestions for the new constitution of Turkey related to this topic is analyzed. Second part of study focuses on different constitutions of different continents from all around the World. Conclusion of this study shows that constitutions of 19 countries from 43 contains unchangeable articles.

**Keywords:** Unchangeable Articles, New Constitution of Turkey, Constitutions Around the World.

◆◆◆◆

## Giriş ve Metod

Anayasalar, toplumsal uzlaşma metinleri olarak devlet yönetimine ve devleti oluşturan organlara ilişkin temel düzenlemeler içerirler. Toplumsal uzlaş

---

<sup>1</sup> Arş. Gör, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. (atogel@ybu.edu.tr)

kavramı ise, halkın devlet yönetimine katılımını ifade eden demokrasi tanımının çoğulcu ya da çoğunlukçu tercihe göre şekillenmiş halini karşılamaktadır. Buna göre çoğunlukçu demokrasinin cari olduğu bir yerde toplumun ekseriyetinin üzerinde mutabık olduğu metinler, uzlaşma belgesi niteliğine sahiptir. Çoğulcu demokratik anlayışta ise, toplumun büyük bir bölümünün ittifak ettiği bir metin ortaya çıkabilmişse dahi, toplumun kalan kesimini de memnun edebilme kaygısı –kaygının kendisi takdire şayan olsa da- çabaların sonuca ulaşmasını zorlaştıran bir durumdur.

Devlete vücut veren organlar ve bunların işleyişlerine dair düzenlemelerin yer aldığı anayasalar, aynı zamanda ve esasında temel hak ve özgürlüklerin içine dercedildiği metinlerdir. Anayasalara duyulan ihtiyacın gerçek nedeni, bu belgelerin hak ve özgürlüklere dair kullanma kılavuzu olma özelliğidir. Hürriyetler temelinde inşa edilmiş bu anayasalar, uzun süre toplumlara yön verme potansiyeline sahiptir.

Toplumsal özelliklerin, bireylerin ihtiyaçlarının ve dünya üzerindeki bitmek bilmeyen devrimin anayasalara yansımaları, anayasaların statik metinler olmasını gerektirmektedir. Aslında anayasal belgeler gelecekteki toplumlar için birer birikimden öteye geçmemelidir. Çünkü mevcut bireylerin önemseydiği ve anayasa içinde yer verdiği bazı konular gelecekte güncellenme ya da değiştirilme gereksinimi gösterebilir.

Anayasalar devlet iktidarının mutlaklığını sınırlamak, leviathan görünümündeki kudreti anayasal kurallar görünümündeki zincirlerle bağlamak üzere oluşturulmuştur. Bu temel mantık ise, dünya üzerindeki bazı ülkelerde anayasa koyucuları gelecek nesilleri de kapsayacak düzenlemeler yapmaya yöneltmiştir. İşte anayasaların değiştirilemez hükümler içermesi ya da içermemesi, mevcut anayasa koyucularının devlet, halk, iktidar, demokrasi ve özgürlük kavramlarına bakış açılarını ortaya koymaktadır.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının “Değiştirilemeyecek Hükümler” başlıklı dördüncü maddesi anayasanın değiştirilemeyen ve değiştirilmesi teklif edilemeyen hükümlerini açıkça belirtmektedir. Buna göre, Devletin şekli, Cumhuriyetin nitelikleri, Devletin bütünlüğü, resmi dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti ile ilgili hükümler değiştirilememekte ve değiştirilmesi teklif edilememektedir.

Ülkemiz anayasasında olduğu gibi değiştirilemeyecek hükümler içeren anayasalara sahip ülkeler ve bu ülkelerdeki sınırlamaların kapsamının değerlendirilmesi çalışmamızın ana gayesidir. Ülkenin yönetim şekli, toprak bütünlüğü, egemenliğin kaynağı ve kullanımı, temel insan hak ve özgürlükleri, anayasa

değişikliği ve resmi dil gibi bazı önemli konularla ilgili hükümlerin değiştirilmesini yasaklayan ülke anayasalarının yanı sıra bu tür konularda yapılacak anayasa değişikliklerini farklı usul ve esaslara göre yapılmasını öngörerek zorlaştıran anayasalara da rastlamak mümkündür.

Bu çalışmamız dünya anayasalarında yer alan “değiştirilemez madde” düzenlemelerini karşılaştırmalı bir metotla ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda incelememiz iki bölümden oluşacak ve ilk bölümde değiştirilemez madde ve ilkelere dair kavramsal çerçeve oluşturularak, değiştirilme yasağının hukuki değeri ve varlık kökeni araştırılacaktır. İkinci bölümde ise Amerika, Afrika ve Asya kıtasında yer alan bazı ülkeler ile Avrupa Birliği ülkelerinden bazılarındaki konuya dair hükümler mukayeseli olarak incelenecektir.

## A- Değiştirilemez Maddeler ve İlkeler

### 1. Kavramsal Çerçeve

Günümüzde, az sayıdaki istisnalar bir yana bırakılacak olursa, hemen bütün devletlerde anayasal düzenin yazılı bir anayasaya dayandığı görülmektedir. Nitekim 137 ülke üzerinde 1974 yılında yapılan bir araştırmada, sadece 12 ülkenin yazılı bir anayasaya sahip olmadığı saptanmıştır.<sup>2</sup> Sıradan kanunların değiştirilmesine göre zorlaştırılmış olan anayasalara ise katı anayasa denilmektedir. Ancak, anayasanın değiştirilmesi, sıradan kanunların değiştirilmesine göre hiçbir fark içermiyorsa, o zaman ortada yumuşak bir anayasanın varlığından söz edilebilir.<sup>3</sup> Ne var ki, yazılı anayasalar için bu ayırım çok fazla önem taşımaz. Çünkü hemen hemen yazılı anayasaların tamamının, bir ölçüde de olsa katı anayasa grubuna girdikleri söylenebilir. Bir başka anlatımla, çok az sayıda istisna bir yana bırakılacak olursa, yazılı anayasaların değiştirilmeleri, diğer kanunlara göre az veya çok zorlaştırılmıştır.<sup>4</sup> İşte bir anayasayı katı anayasa haline getiren bu düzenlemeler arasında, değişiklik için gerekli teklif ve kabul yeter sayılarının yükseltilmesi, değişiklik sürecinin uzatılması, bazı durumlarda değişikliğe gidilememesi, değişiklik için ayrı bir kurucu meclis oluşturulması veya değişikliğin onay için referanduma sunulması yer almaktadır.

Anayasaların değiştirilmesini zorlaştırmının ötesinde, bazı anayasalarda anayasa koyucu güç, kimi maddelerin değiştirilmesini tamamen yasaklayarak maddî bir katılık ortaya çıkarmış olabilir. Değiştirilemez maddelerin gelecek kuşakların iradelerini de bağladığı dikkate alındığında, bunun, değişiklik ya-

---

<sup>2</sup> EROĞUL Cem, *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara, 1974, s.81.

<sup>3</sup> ÇAĞLAR Bakır, *Anayasa Bilimi*, İstanbul, 1989, s.102.

<sup>4</sup> ONAR Erdal, *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara, 1993, s.2.

pılmasını sadece zorlaştırmaktan daha önemli ve tartışma doğuran bir katılık olduğunu söylemek mümkündür. Bu tür düzenlemeleri “hürriyet tarafından sayı'nın karşısına dikilen hukukî barajlar” olarak görüp, bazı değerleri, çoğunluğun iradesine karşı koruduğu için destekleyenler<sup>5</sup> bulunabileceği gibi; böyle bir yasaklamaya, “bir kuşak, geleceğin insanlarını kendi ilkeleri içinde hapsedemez”, diyerek karşı çıkanlar<sup>6</sup> da olabilir. Ayrıca, bir milletin kendi anayasasını değiştirme yetkisine getirilen bu tür sınırlamalarla, söz konusu milletin bir bakıma o alandaki düzenleme için egemenliğinden vazgeçmiş sayılacağı yorumu da yapılabilir.<sup>7</sup> Bu saydıklarımıza ek olarak, değişiklik için hukukî yolları tıkamanın, ihtilâlcı girişimlere yol açabileceği ihtimali de dikkate değerdir.<sup>8</sup>

Bütün bu öngörülere rağmen, dünyada bazı anayasalarda bazı maddelerin değiştirilmesinin yasaklanmış olduğunu görülmektedir. Önemle üzerinde durulması gereken başka bir tespit ise ikinci bölümümüzde detaylı olarak görüleceği üzere, bazı anayasaların ortaya çıktıkları ilk metinlerinde değiştirilemez hükümler öngörülmüşken sonraki tarihlerdeki metinlerde değişikliği yasaklayan hükümlerin yer almaması, bazı anayasalarda ise tam tersi durumun görülmesidir.

“Yeni” bir anayasa yapımı sürecini yaşayan ülkemizde, anayasa maddeleri arasında kesinlikle değiştirilemeyecek ve değiştirilmesi dahi teklif edilemeyecek maddelerin bulunup bulunmayacağı, anayasa değişikliği usulünde katı yöntemin mi yoksa yumuşak modelin mi tercih edileceği oldukça tartışmalıdır. Yapılacak anayasaya “yeni” nitelemesinin takılabilmesi ve içerik itibarıyla demokratikliğinden söz edilebilmesi açısından bu anayasanın köklü değişiklikler içermesi önemli bir ölçüttür. Çünkü mevcut Anayasa o kadar anti-demokratik ve hukuk devleti ile çelişik hükümler içermektedir ki, her hâlükarda yapılacak anayasanın, mevcut anayasadan esaslı bir şekilde farklı olması zorunluluk arz etmektedir. Yeni anayasa yapmak adına yapılacak anayasal düzenlemelerde sadece bazı yüzeysel değişikliklerle yetinilmesi halinde, bu anayasaya “yeni” ve demokratik diyebilmek pek mümkün değildir.

Nitekim 24. dönem Türkiye Büyük Millet Meclisi çatısı altında gerçekleştirilen anayasa uzlaşma çalışmaları neticesinde ortaya çıkan 59 maddelik metin, bu haliyle 1982 Anayasasının bir parçası haline gelememiştir. 4 Şubat 2016 itibarı ile yeniden başlayan 26. dönem Türkiye Büyük Millet Meclisi anayasa mutabakat görüşmelerinde tadilden ziyade ‘yeni’ bir anayasa yazma isteğinin tekrar gündeme geldiği görülmektedir.

---

<sup>5</sup> KAPANİ, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, 1970, s.254.

<sup>6</sup> TUNAYA, Tarık Zafer, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul, 1980, s.134.

<sup>7</sup> TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, 2012, s.143.

<sup>8</sup> FRIEDRICH, Carl J., *Constitutional Government and Democracy*, Boston, 1950, s. 143.

Yapılması düşünülen bu Anayasanın, “yeni” olmanın yanında, bir de “demokratik” nitelmesini hak edebilmesi için, Anayasanın dokunulmadık yerinin kalmaması gerekir. İşte tam da bu noktada, yapılması düşünülen yeni Anayasada “değiştirilmez madde” olmalı mı olmamalı mı; olacaksa kapsamı ne kadar olmalı; mevcut Anayasanın ilk dört maddesine dokunulmalı mı; yoksa hiç tartışma olmaksızın mevcut Anayasanın ilk dört maddesi aynen korunmalı mı? Bu sorulara verilecek cevaplar, yapılacak Anayasa hakkında “yeni” ve “demokratik” nitelermelerinin yapılması, Anayasanın “sözleşme” yöntemi-ne uygun yapılip yapılmadığının belirlenmesi açısından ölçüt oluşturabilecek öneme sahiptir.<sup>9</sup>

## 2. Değişirme Yasağının Hukuki Değeri

Doktrindeki bazı hukukçulara göre, Anayasalarda değiştirilemeyeceği öngörülen kuralların hukuki açıdan bir değeri mevcut değildir. Bunlara göre, belli bir dönemin kurucu iktidarı, geleceğin kurucu iktidarından daha üstün olmaz; bir kuşak, gelecek kuşakları bağlayamaz; onları kendi değişmez ilkeleri içine hapsedemez.<sup>10</sup> Bu tür yasaklayıcı kurallar, sadece Anayasayı yapan asli kurucu iktidarın siyasi ideallerini yansıtan temennilerden ibaret olup, geleceğin kurucu iktidarlari için hukuki hiçbir değeri ve bağlayıcılığı yoktur,<sup>11</sup> bu yasakların hukukî olmaktan çok tarihi ve siyasî bir değeri ve geçerliliği vardır.<sup>12</sup> Bu yasaklar, hukuki müeyyideden mahrum olup, sadece yasama organına yönelik manevi müeyyidelerden ibarettir.<sup>13</sup> Bu yasaklar, tali kurucu iktidarlar karşısında, sadece birer “*kâğıttan engel*”dirler.<sup>14</sup>

Bütün bu ifadelerle uyumlu olarak, Anayasayı değiştirme yetkisine sahip olan tali kurucu iktidar, önce Anayasada öngörülen usullere riayet etmek suretiyle değiştirme yasağını öngören maddeyi –eğer maddenin kendisi değiştirilebiliyorsa- değiştirerek yürürlükten kaldırabilir. Aynı iktidar daha sonra da yeni bir Anayasa değişikliği yaparak, daha önce değiştirilmesi yasaklanan konuları, yeni siyasi tercihlerine göre düzenleyerek, sınırlamalardan kısmen ya da tamamen kurtulabilir.<sup>15</sup>

---

<sup>9</sup> KÜÇÜK Adnan, “Yeni Anayasa Yapımı Eşğinde: Demokratik İradenin “Anayasadaki Değiştirilmesi Yasak Hükümler”le Bağlanması”, *Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı*, İstanbul, 2012, C.3, s. 204.

<sup>10</sup> TEZİÇ, s. 165; GÖZLER Kemal, *Kurucu İktidar*, Bursa, 1998, s. 138-139; ONAR, s. 4.

<sup>11</sup> TEZİÇ, s. 166; GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 138.

<sup>12</sup> TUNAYA, s. 104; GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 138.

<sup>13</sup> ERDOĞAN Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Ankara, 2011, s. 330.

<sup>14</sup> GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 138.

<sup>15</sup> TEZİÇ, s. 166; TUNAYA, s. 104; ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 2011, s. 173;



Asli kurucu iktidarın, değiştirilmesi yasak hükümleri öngören hükmün değiştirilmesini yasaklama imkân ve yetkisine sahip olduğu halde, bu hükmün değiştirilmesini yasaklamamış olması bilinçli bir tercihi yansıtır. Değiştirilmesi açıkça yasaklanmayan bir normun değiştirilemeyeceğini söylemek, değiştirme yasağını öngören normun “yorum yoluyla” değiştirilemeyecek hükümlere dâhil edilmesi anlamına gelir. Bu bir “genişletici yorum”dur. Genişletici yorum ise istisnai nitelikteki hükümlerde değil, kural niteliğindeki hükümler için uygulanabilir.

Tali kurucu iktidar için anayasada öngörülen usüller çerçevesinde anayasayı değiştirebilmek kural, değiştirememek ise istisnadır. İstisnalar ise dar yorumlanır. Bu nedenle istisnai nitelikteki anayasal normlara yorum yoluyla daha başka hükümlerin dâhil edilmesi hukuk mantığına aykırıdır.<sup>16</sup> Aslî kurucu iktidar, anayasadaki bazı hükümlerin değiştirilmesini ne kadar yasaklarsa yasaklasın, toplumda değişiklik eğilimi arttıkça ve buna cesaret buldukça bu kurallar eninde sonunda, şu ya da bu şekilde değiştirilecektir. Zira Arap baharı olarak adlandırılan süreçte bir çok Ortadoğu ülkesinde görüldüğü üzere devrimler önlenemez şeylerdir. Eğer devletin hukuki yapısında, hukuki yollardan değişiklik yapılması engellenirse, bu değişiklik ister istemez hukukun dışına çıkılarak yapılacaktır. Hukukun dışına çıkmaktansa bu hükümlerin hukukun içinde değiştirilebileceğini kabul etmek gerekir.<sup>17</sup> Anayasaları maddeler korumaz, ona inanmış insanlar koruyabilir.<sup>18</sup> Değiştirilmesi yasak hükümlerin değiştirilmesi yolunun kapalı olmaması, değiştirilebilmesinin hukuken mümkün olması sadece bir hukuki imkândır, bu imkânın kullanılması ise esas itibarıyla o andaki siyasi güç ilişkilerine bağlı bulunmaktadır.<sup>19</sup>

Bazı yazarlara göre ise, her ne kadar değiştirme yasaklarının tali kurucu iktidarlar için “kağıttan bir engel” olduğu savunulsa da, yasakların hiçbir hukuki değerinin olmadığı söylenemez.<sup>20</sup> Bu nedenle, bazı Anayasalarda bu yasaklamalar için açıkça bir müeyyide ve esas yönünden denetim öngörülmüş olmasa bile, Federal Almanya, Türkiye ve Hindistan’da olduğu gibi, anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleme yetkisini de kendisinde gören bazı yüksek mahkemelerin mevcut oldukları görülmektedir. Dolayısıyla, anayasalardaki

---

ERDOĞAN, *Anayasa Hukuku*, s. 331; ONAR, s. 20; GÖZLER, *Kurucu İktidar*, s. 139.

<sup>16</sup> GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa, 2010, s. 120-121.

<sup>17</sup> TEZİÇ, s. 166; TUNAYA, s. 104.

<sup>18</sup> TUNAYA, s. 104.

<sup>19</sup> ERDOĞAN, *Anayasa Hukuku*, s. 331; TEZİÇ, s. 166-167.

<sup>20</sup> GÜLER Gülşah Yalçın, “Anayasa Değişiklikleri, Kurucu İktidarlar ve Meşruiyet”, *Sayıştay Dergisi*, S. 66-67, s. 37, <http://www.sayistay.gov.tr/dergi/icerik/der6667m2.pdf> (E.T: 02.02.2016)

değiştirme yasaklarının tamamen hukuki müeyyideden mahrum oldukları kolay kolay söylenemez.<sup>21</sup> Önce değiştirme yasağı getiren madde kaldırılıp, daha sonra da değiştirilmesi yasaklanan maddelerin değiştirilebileceği, buna hiçbir hukukî engelin bulunmadığı yönündeki ifadeler de isabetli görülmemektedir. Gözler bu görüşü, tipik bir “*hile-i şer’iyye*” olarak nitelemekte, bu durumda anayasanın yasakladığı bir sonuca anayasanın diğer bir maddesinden yararlanarak ulaşıldığını belirtmektedir. Hile-i şer’iyyenin, hukukun genel ilkeleri gereğince himaye edilmeyeceğini aktaran Gözler’e göre; burada yasaklanan şey, söz konusu hükümlerin devrimle, hükümet darbesiyle değiştirilmesi değildir. Yasaklanan, bu hükümlerin, anayasal sınırlar içinde kalınarak, tali kurucu iktidar aracılığıyla değiştirilmesidir.<sup>22</sup> Gören’e göre de, bazı temel anayasa ilkelelerinin yazılı bir değişmezlik kuralı ile değişmezliği, ancak anayasayı değiştirme yetkisi konusunda yazılı olmayan belli sınırların bulunması halinde kabul edilebilir. Çünkü anayasa değişikliğinin yazılı olmayan sınırları olmasaydı, anayasayı değiştiren yasa koyucu, kolaylıkla yazılı değişmezlik kuralını dikkate almayabilirdi. Önce değişmezlik kuralını kaldırılıp, daha sonra da değişmezlik kuralı ile korunan ilkeleri değiştirebilir ve kaldırabilirdi. Ancak aslında değişmezlik kuralının anayasada düzenlenmesiyle zımnen bu kuralın kendisinin değiştirilemez olduğu şart koşulmuştur.<sup>23</sup>

“Bir kuşağın gelecek kuşakları bağlayamayacağı” önermesinin kısmen yanlış olduğu ileri sürülebilir. Ancak anayasalar, ebedi metinler olmamakla birlikte, her kuşaktan kuşağa yeniden yapılmaları gereken belgeler de değildir. Tam bu noktada asli-tali kurucu iktidar tartışmalarında Gözler, anayasaların, her şeyden önce birer istikrar belgeleri olduğunu, bu açıdan anayasanın bir iki hükmüne değişmezlik tanınmanın makul karşılanabileceğini ileri sürmektedir.<sup>24</sup> Yine Gözler’e göre; “tali kurucu iktidar, “tali” kaldığı sürece bu yasak dışına çıkamaz; çıkarsa, “tali” olmaktan çıkar, “asli” hale gelir. Bu ise ancak hukuk düzeninin dışına çıkmakla olur. Tali kurucu iktidar hukuk düzeninin içinde kararlar, anayasanın öngördüğü usulü izleyerek, neye yönelirse yönelsin, isterse değiştirilmesi yasaklanan devletin biçimini değiştirmeye yönelsin, devrim ve darbe gibi hukuk dışı yollara sapmadıkça, yine bir tali kurucu iktidardır.”<sup>25</sup>

Anayasa değişikliklerinin usulüne göre yapılıp yapılmadığının denetimi

---

<sup>21</sup> GÖZLER, *Kurucu İktidar*, s. 140-142.

<sup>22</sup> GÖZLER, *Kurucu İktidar*, s. 143.

<sup>23</sup> GÖREN Zafer, “Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 8, S. 16, Güz 2009, s. 6.

<sup>24</sup> GÖZLER, *Kurucu İktidar*, s. 143.

<sup>25</sup> GÖZLER, *Kurucu İktidar*, s. 145.

noktası, tali-asli kurucu iktidar kavramlarının pratikteki değerini görmek adına önemlidir. Anayasa değişikliklerinin denetiminde ise ikili bir ayırım yapmak gerekir. Birincisi anayasada, anayasa değişikliklerinin değiştirilmesi yasak hükümlere aykırı olması halinde Anayasa Mahkemesine açıkça esastan denetim yetkisinin verilmiş olmasıdır. İkincisi, değiştirilmesi yasak hükümlerin varlığına rağmen, Anayasa Mahkemesine, anayasa değişikliklerinin esas yönünden anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisinin açıkça verilmemiş olmasıdır. Birinci durumun söz konusu olduğu hallerde, Anayasada açıkça anayasa kuralları ikili bir ayırma tabi tutulmuş olmakta; anayasa kuralları içinde hiyerarşik bir yapı öngörülmüş olmakta; hiyerarşik olarak daha altta olan anayasal hükümlere ilişkin değişikliklerin, anayasa içi hiyerarşi içerisindeki daha üst normlara uygunluğunun esas yönünden denetimi yolu açılmış olmaktadır. Bu durumda değiştirme yasağını öngören anayasal normların hukuki değerden yoksun olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. İkinci duruma göre ise şayet anayasa değişikliği kanunları anayasada açıkça Anayasa Mahkemesinin esastan denetimine tabi kılınmamışsa, anayasada yer alan değiştirme yasaklarının herhangi bir hukuki değeri yoktur. Tamamen yasama organına yönelik, maddi müeyyidesi olmayan, siyasi ve tarihi temelli bazı direktiflerden ibarettir ve dolayısıyla da yaptırımı tamamen manevi niteliktedir. Nasıl ki anayasada bazı yasaklamalar olduğu halde yaptırımı olmadığı için bu yasaklara uyulmaması halinde o işlemi ortadan kaldırmak mümkün değil ise, burada da benzer bir durum söz konusudur. Örneğin, Anayasanın 69. maddesinde “siyasî partilerin faaliyetleri, parti içi düzenlemeleri ve çalışmalarının demokrasi ilkelerine uygun olması gerektiği” belirtilir. Bir siyasi partinin, iç düzenlemelerini demokrasi ilkelerine uygun yapmaması durumunda anayasada öngörülen bir yaptırım mevcut değildir. Anayasa Mahkemesi, bu yasaklayıcı normun varlığına rağmen ilgili siyasi partiye kapatma yaptırımı uygulayamaz. Çünkü kapatma yaptırımını gerektirecek durumlar Anayasada tahdidi olarak sayılmıştır. Bu davranışın, kanuni düzenlemeler yoluyla “hazine yardımından yoksun kılma” yaptırımını gerektirecek haller kapsamına da dâhil edilememesi halinde, artık Anayasa Mahkemesinin yapabileceği hiçbir şey yoktur. Burada sadece siyasi partilere yönelik temenniden öteye geçmeyen bir siyasi direktif bulunmaktadır.<sup>26</sup>

Değiştirme yasağını öngören normun değiştirilmesini anayasallık denetimine tabi kılan bir anayasal kural mevcut olmadığı için, önce bu kural değiştirilip, daha sonra da değiştirilmezlik kapsamında olan hükümleri değiştirebilir. Buna mani olmaya kalkışmak, hukuki müeyyide ile yasaklanmayan bir yetki

---

<sup>26</sup> KÜÇÜK, s.212-214.

kullanımının, Anayasa Mahkemesi tarafından yorum yoluyla yaptırıma tabi tutulması, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa tarafından verilmeyen bir yetkiyi kullanarak, tali kurucu iktidarın yetkisini ele geçirip bir nevi Anayasayı değiştirmiş olması anlamına gelir. Bu maddenin değiştirilmesini men etmek, istisnai nitelikte olan değiştirme yasaklarının, yorum yolu ile genişletilmesi anlamına gelir ki, bu durum, "istisna nitelikteki kurallar genişletici bir şekilde yorumlanamaz" ilkesine ters düşecektir.<sup>27</sup>

Tüm bu tespitlerden anayasalardaki değiştirilemez hükümlerin hukuki değeri açısından çıkarılabileceğimiz öz, asli kuruculuk tali kuruculuk kavramları ile birlikte yorumlandığında değiştirilemez maddelerin hukuki olarak diğer maddeler kadar değiştirilebilir oldukları yönündedir. Tabi bu yorum, anayasal yargı denetiminde esas açısından bir incelemenin yapılmadığı durumlar için geçerlidir. Aksi halde ülkemizde de olduğu gibi, değiştirilemez maddeler arasındaki konuların bazı iptal kararları için destek ölçü norm olarak kullanılması ve esas denetim sırasında bu konulara atf yapılarak ilgili anayasa değişikliğinin iptal edilmesi mümkündür. Ancak siyasi ve sosyal açıdan içinde değiştirilemez maddede yer alan anayasaların tepkisel ve katı niteliklerinin bir görünümü olarak, bu anayasalarda tali kurucu iktidar gücünde değişiklikler yapılabileceği ifade edilebilir. Çünkü değiştirilemez konuların toplumda yer bulduğu ülkelerde siyasal açıdan bu maddelerin değeri oldukça yüksektir.

### 3. Anayasa Önerilerinde Değiştirilemez Maddeler

1982 Anayasasının yürürlüğe girmesini takip eden yıllarda hep gündemde olan yeni anayasaya dair önerilerde değiştirilemez maddeler de hep gündemde olmuştur. Nitekim 1993 yılının Şubat ayında Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Hüsametdin Cindoruk'un Meclis'de temsil edilen siyasi partilerin genel başkanları ile yaptığı toplantılar neticesinde alınan karar gereği, siyasi partiler Anayasa'da yapılmasını istedikleri değişiklik önerilerini Meclis başkanlığına sunmuşlardır. Bu kapsamda BBP önerisinde, anayasada değiştirilemez maddelerin bulunmaması gerektiğini ileri sürmüştür. CHP, DSP ve FP ise önerilerinde değiştirilemez maddelere yer vermişlerdir.

2011 yılı Mart ayında TÜSİAD'ın "Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantıları Dizisi"ni tamamlayarak hazırlayıp kamuoyu ile paylaşmış olduğu "Yeni Anayasasının Beş Temel Boyutu" başlıklı raporda, Anayasada "Cumhuriyet" dışındaki konuları ihtiva eden maddelerin değiştirilmezlik kapsamından çıkarılması ge-

---

<sup>27</sup> ÖZBUDUN, s. 177; GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 94.

rektiğine işaret edilmiştir.<sup>28</sup> Başta AK Parti, CHP ve MHP olmak üzere bazı siyasi partiler bu öneriye sert tepki verirlerken, bu öneriden en çok memnun kalan partinin BDP olduğu görülmüştür.<sup>29</sup> Siyasi parti yöneticilerinin bu öneriye karşı göstermiş oldukları sert tepkiler üzerine, TÜSİAD adına yapılan açıklamada, “Anayasada Cumhuriyet dışındaki maddelerin değiştirilmezlik kapsamından çıkarılması” gerektiği yönündeki önerinin sadece çalışmanın eş koordinatörleri Prof. Ergun Özbudun ve Prof. Turgut Tarhanlı’yı bağlayıcı nitelikte olduğu, “TÜSİAD’ın Cumhuriyetin demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olması niteliklerini ve devletin dili, başkenti ve bayrağı konularını içeren Anayasa’nın değiştirilemez maddelerinin değiştirilmesi yönünde bir görüş ve önerisi olmadığı” belirtilmiştir.<sup>30</sup>

2011-2013 yılları arasında 26 ay süren anayasa uzlaşma komisyonu çalışmalarında ise değiştirilemez maddelerle ilgili önemli tartışmalar yaşanmıştır. Nihayetinde AK Parti ve BDP anayasa metninde değiştirilemez maddelerin yer almasına karşı çıkmışlardır. CHP ve MHP, 1982 Anayasası’nın 4. maddesinde yer alan “Anayasanın 1. maddesindeki devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez” düzenlemesinin korunması gerektiğini savunmuştur.

1982 Anayasasının Devletin Şekli başlıklı 1. maddesinde yer alan Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir, düzenlemesinde uzlaşma komisyonundaki dört par-

<sup>28</sup> “Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantıları Dizisi: Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu”, Mart 2011, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/yuvarlak-masa-1.pdf> (ET:30.01.2016).

<sup>29</sup> CHP lideri Kemal Kılıçdaroğlu, TÜSİAD’ın önerisiyle ilgili olarak, “Anayasanın değiştirilemez maddeleri, Türkiye Cumhuriyeti’nin kurucu iradesidir, o iradeye de hepimizin saygı duyması gerekir. Anayasanın değiştirilemez maddelerinin değiştirilebileceğini düşünmüyoruz” dedi. “CHP’den TÜSİAD’a: Anayasanın İlk Üç Maddesi Değiştirilemez”, *Zaman*, 24.03.2011. MHP Grup Başkanvekili Oktay Vural, TÜSİAD’ın önerisine karşı şu tepkiyi vermiştir: “Oturmuşlar orada ısmarlama anayasa yapıyorlar. Böyle bir şey olabilir mi? Bu Anayasanın, Erdoğan’ın hazırladığı Anayasadan ne farkı var? ...Ne sıkıntıları varsa değişmez maddelerle. Neymiş bu ülkenin birlik ve bütünlüğü, bölünmezliği, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliğinin değişmezliği. Efendim bunlar değiştirilebilirmiş”. “TÜSİAD’ın Önerisine Kırmızı Işık”, *Sabah*, 24.03.2011. Devlet Bakanı Cemil Çiçek, TÜSİAD’ın önerisiyle ilgili olarak: “Esas olan; ilk üç maddede değişmez olarak ifade edilen maddelerin varlığını korumasıdır. Anayasanın ilk 3 hatta 5 maddesiyle ilgili bir değişiklik düşünmedik, düşünmüyoruz” dedi. “TÜSİAD’a Anayasa Şoku”, *Bugün*, 24.03.2011. BDP Milletvekili Hasip Kaplan bu konuda, “Anayasalar kutsal kitap değil, vahiyle inmiyor, toplumsal sözleşmelerdir. Ortaklaşa seçime hazır bir taslakla ne düşündüğümüz ifade ederek çalışmalarımızı tamamladık. TÜSİAD’ın bu çalışmasını önemsiyoruz” diyerek taslağa destek verdi. “TÜSİAD Anayasasına Karşı ‘İlk Üç Madde’ İttifakı”, *Birgün*, 23.04.2011.

<sup>30</sup> “TÜSİAD Değiştirilemez Maddelerde Çark Etti”, *Star*, 28.03.2011.

ti mutabık kalmıştır. İlk üç madde arasında zaten bütün partilerin anlaştıkları düzenleme de budur. Cumhuriyetin niteliklerinin yer aldığı ikinci maddede AK Parti önerisi; “Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir” şeklindedir. CHP ve MHP önerisinde mevcut metin korunarak; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir” denilmektedir. BDP ise Cumhuriyetin nitelikleri ile ilgili önerisinde; “(1) Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir. (2) Devlet; ideolojilere, dinlere, inançlara ve yaşam tarzlarına ilişkin çoğulculuğu tanır ve toplumun çoğulcu yapısı karşısında tarafsız kalır. Hiçbir ideoloji, din, inanç ve yaşam tarzı devlet tarafından himaye edilemez veya vesayet altına alınamaz. (3) Devletin idari yapısı ademi merkezi sistem esasına göre düzenlenir. Devletin toprak bütünlüğüne dokunulamaz” ifadelerine yer vermiştir.

1982 Anayasasının Devletin bütünlüğü, resmî dili, bayrağı, millî marşı ve başkenti başlıklı üçüncü maddesinde AK Parti, CHP ve MHP arasında mutabakat sağlanmış olup, “(1) Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. (2) Dili Türkçedir. (3) Bayrağı, şekli kanununda belirtilen, beyaz ay yıldızlı al bayraktır. (4) Millî marşı “İstiklal Marşı”dır. (5) Başkenti Ankara’dır” düzenlemesi benimsenmiştir. BDP’nin bu maddeye dair önerisinden Devletin sembolleri başlığını taşıyan ilk kısımda; “(1) Devletin bayrağı, şekli yasada belirtilen, beyaz ay yıldızlı al bayraktır. Milli marşı “İstiklal Marşı”dır. Başkenti, Ankara’dır” denilmektedir. Devletin resmi dili başlıklı ikinci kısımda ise; “(1) Devletin resmi dili, Türkçedir. Tüm vatandaşların resmi dili öğrenme görevi ve hakkı vardır. Türkiye halkının kullandığı diğer ana diller bölge meclislerinin kararıyla ikinci resmi dil olarak kullanılabilir. (2) Herkes, özel yaşamında ve kamusal makamlarla olan ilişkilerinde resmi dilin yanı sıra kendi anadilini kullanma hakkına sahiptir. (3) Devlet, ülkenin ortak kültürel mirasını oluşturan bütün dillere saygı duymak, dilleri korumak, dillerin kullanılmasını ve gelişmesini sağlamakla yükümlüdür” düzenlemeleri teklif edilmiştir.

Anayasa uzlaşma komisyonundan değiştirilemez maddelerin anayasada yer alıp almaması hususunda bir uzlaşma çıkmasa da partilerin konuya yaklaşımı net bir şekilde ortaya konmuştur. Özellikle AK Parti önerisinde değiştirilemez madde düzenlemesinin olmayışı 26. dönem anayasa uzlaşma çalışmaları neticesinde ve AK Partinin kendi anayasa taslağını referanduma götürme ihtimalinde, içinde değiştirilemez madde yer almayan yeni bir anayasanın kapılarının aralandığı söylenebilir.

## B- Mukayeseli Hukukta Değiştirilemez Maddeler

Karşılaştırmalı hukuk açısından anayasalar üzerinde yaptığımız bu incelemede, bazı ülkelerde sadece bir tek hükmün değiştirilmesi yasaklanmış iken, diğer bazı ülkelerde birden fazla anayasal hükmün değiştirilmesinin yasaklandığı görülmektedir.

Anayasalarında değiştirme yasağı olan ülkelerin bir kısmında, daha sonra yapılan anayasalarda değiştirme yasağının kaldırıldığı, diğer bazı ülkelerin önceki anayasalarında değiştirme yasağı mevcut olmadığı halde, daha sonra yapılan anayasalarına değiştirme yasağı konulduğu, bazı ülkelerde daha önceki anayasalarında monarşik devlet şeklini koruyucu yönde değiştirme yasakları mevcut iken, bu ülkelerin daha sonraki yıllarda yapılan anayasalarında, anayasal düzene ilişkin değiştirme yasakları öngörüldüğüne rastlanılmaktadır.

Değiştirilmesi yasak anayasal normların devletin temel niteliklerinin çekirdeğini oluşturdukları,<sup>31</sup> bu “yasaklarda”, esasen demokratik hukuk devletinin özünü oluşturan temel uzlaşma değerlerine atıfta bulunulduğu tespitini yapmak mümkündür.

Değiştirilmesi yasak hükümlerin sadece demokratik ülkelerde mevcut olmadığını; demokratik olmayan bazı ülkelerde de mevcut sistemi koruyucu yönde değiştirilmesi yasak anayasal hükümlerin bulunduğu söylenebilir.

Demokratik ülke anayasalarında “değiştirilemez hükümler” konusunda standart bir uygulamaya rastlamak pek mümkün olmamaktadır. Bu tür hükümlere hiç yer vermeyen ülkeler olduğu gibi, değişmezliği sadece cumhuriyet ilkesi ya da demokrasinin bazı vazgeçilmez temel ilkeleriyle sınırlayan ülkeler de vardır.<sup>32</sup>

Mukayeseli olarak Amerika, Avrupa, Asya ve Afrika kıtalarındaki bazı ülkelerinin anayasaları aşağıda incelenecektir. Bu kapsamda incelenen ülkenin hangi anayasasının esas alındığı “Anayasa” sütunu altında, anayasanın hangi maddesinde anayasa değişikliği prosedürüne yer verildiği “Madde” sütunu altında görülebilir. Ayrıca anayasa değişikliğine dair kapsam ve değiştirme yasağı varsa özet olarak değiştirilemeyen konular “Kapsam” sütunu altında yer almaktadır. Tabloların akabinde ise ülkelerin anayasalarında yer alan değişiklik usulünü açıklayan madde metinlerine yer verilmiştir.

---

<sup>31</sup> ERDOĞAN Mustafa, *Anayasa ve Özgürlük*, Ankara, 2002, s. 310.

<sup>32</sup> ÖZBUDUN Ergun, “Anayasa'nın Değiştirilemez Hükümlerinin Bağlayıcılığı”, *Zaman*, 16.12.2008.

## 1. Amerika Kıtası Ülkelerinde Durum

Anayasalarda yer alan değişiklik usulleri ve değiştirme yasaklarına dair çalışmamızın Amerika kıtası ülkelerindeki durum bölümünde, Güney Amerika içerisinden; Venezuela, Brezilya, Arjantin ve Kuzey Amerika içerisinden; Meksika, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada Anayasalarındaki düzenlemeleri inceleyeceğiz.

Tablo: 1

ÜLKE	ANAYASA	MADDE	DEĞİŞTİRME YASAĞI		KAPSAM
VENEZUELA	1999	342	YOK	-	ANAYASAL METİN İLKE VE YAPISINA DOKUNMA İSTİSNASI VARDIR
BREZİLYA	1946	217/6	VAR	+	FEDERAL YAPI VE CUMHURİYET ŞEKLİ DEĞİŞTİRİLEMEZ
	1988	60/4	VAR		DEVLETİN FEDERATİF YAPISI DOĞRUDAN, GİZLİ, GENEL VE SÜREKLİ SEÇİMLER KUVVETLER AYRILIĞI BİREYSEL HAKLAR VE GÜVENCELER DEĞİŞTİRİLEMEZ
ARJANTİN	1853	30	YOK	-	KİSMEN VEYA TAMAMEN DEĞİŞTİRME MÜMKÜNDÜR
MEKSİKA	1917	135	YOK	-	DEĞİŞTİRME VE EKLEME MÜMKÜNDÜR
ABD	1787	Art/5	YOK	-	DEĞİŞTİRME VE EKLEME MÜMKÜN- İSTİSNA: EYALETLER İÇİN CUMHURİYETÇİ YÖNETİMİ ZORUNLU KILAN HÜKÜM DEĞİŞTİRİLEMEZ
KANADA	1982	Part/5	YOK	-	AYRINTILI BİR USUL ÇERÇEVESİNDE DEĞİŞTİRME VE EKLEME MÜMKÜNDÜR

### Venezuela (1999 Anayasası)

Federal bir Cumhuriyet olan Venezuela Anayasasınının 342. maddesinde “Anayasal Reform, bu Anayasanın kısmen revizyonu ve bir ya da birkaç maddesinin, Anayasal metin ilke ve yapısına dokunmadan değiştirilmesidir. Anayasal Reform inisiyatifi, Cumhurbaşkanı tarafından Bakanlar Kurulunda ya da seçmen kütüklerine kayıtlı seçmenlerin %15’i tarafından talep edilmesi du-



rumunda, üyelerinin salt çoğunluğuyla Millet Meclisi tarafından yürütülür” denilmektedir.<sup>33</sup> Anayasal Reform başlıklı IX. Kısım içerisinde yer alan maddelerde açıkça değiştirilemez bir hüküm yer almamaktadır.

Değiştirilmesi yasaklanmış bir madde olmamakla birlikte, 340 ve 342. maddelerde yer alan “Anayasal metin ilke ve yapısına dokunmadan” ibaresi ve 350. maddede yer alan “Cumhuriyet geleneğine, bağımsızlık mücadelesine, barış ve özgürlüğe sadık Venezuela halkı, insan haklarını geçersiz kılan ya da demokratik değer, ilke ve güvencelerle çelişen her türlü rejim, yasama ve yetkiyi reddeder” ibaresi Venezuela Anayasasında mutlak anlamda bir değiştirme serbestisi olduğunu söylememizi zorlaştırmaktadır.

### **Brezilya (1988 Anayasası)**

24 Eylül 1946 Tarihli Brezilya Anayasasında (md. 217/son) federasyonu ve Cumhuriyeti lağveden Anayasa değişiklikleri yasaklanırken,<sup>34</sup> 1988 tarihli Anayasanın 60. maddesinin 4. fıkrasında bir liste belirlenmiş ve bu listedeki konu başlıkları ile ilgili değişiklik yapma eğiliminde olan önerilerin tartışılmayacağı ifade edilmiştir. Bu konular; devletin federatif yapısı; doğrudan, gizli, genel ve sürekli seçimler; kuvvetler ayrılığı prensibi; bireysel haklar ve güvencelerdir.<sup>35</sup>

### **Arjantin (1853 Anayasası)**

1 Mayıs 1853 tarihinde dikte edilen Arjantin Anayasasının “Bildiriler, Haklar ve Teminatlar” başlıklı ilk bölümü altında yer alan 30. kısımda; “Anayasa, tamamen ya da kısmen değiştirilebilir. Değişiklik gereği, Kongre tarafından, üyelerinin en az üçte ikisinin oyu ile ilan edilmelidir; fakat değişikliğin kendisi, ancak bu amaçla toplantıya çağrılmış bir kurucu meclis tarafından gerçekleştirilebilir” ifadeleri yer almaktadır. Görüleceği üzere Arjantin Anayasasında değiştirilemez madde yer almamakla birlikte, anayasa değişikliğinin kapsam ve içeriği açıkça belirtilmiştir.<sup>36</sup>

### **Meksika (1917 Anayasası)**

31 Ocak 1917 tarihli Meksika Anayasasının 135. maddesinde “Bu Anayasa’da eklemeler ve değişiklikler yapılabilir. Eklerin veya değişikliklerin Anayasa’nın bir parçası haline gelebilmeleri için, Birlik Kongresi tarafından, hazır

---

<sup>33</sup> <http://venezuela-us.org/live/wp-content/uploads/2009/08/constitucioningles.pdf> (E.T. 20.01.2016)

<sup>34</sup> LÜTEM İlhan, *Yeni Anayasalar*, Ankara, 1953, s. 264.

<sup>35</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/br00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/br00000_.html) (E.T. 20.01.2016)

<sup>36</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/ar00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/ar00000_.html) (E.T. 20.01.2016)

üyelerin üçte iki çoğunluğunun oyu ile kabul edilmeleri ve Eyaletlerin çoğunluğunun yasama organları tarafından onaylanmaları şarttır. Birlik Kongresi, yasama organlarında kullanılan oyların hesabını yapar ve onaylanmış olan ek ve değişiklikleri ilan eder” denilmektedir. Açıkça bir maddesinin veya anayasal bir ilkesinin değiştirilemeyeceğine dair düzenleme bulunmayan Meksika Anayasası, yapılacak anayasa değişikliği için iki yapılı bir onay mekanizması öngörmekte ve bu aşamalardan geçebilmiş değişiklik önermeleri uygulama kazanabilmektedir.<sup>37</sup>

### **Amerika Birleşik Devletleri (1787 Anayasası)**

17 Eylül 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının “Değişiklik Yöntemi” başlıklı 5. maddesinde; “Kongre, iki Meclis üyelerinin üçte ikisinin gerekli gördüğü her zaman bu Anayasa’da değişiklik yapılmasını teklif eder veya Eyaletlerin üçte ikisinin yasama organları böyle bir istekte buldukları takdirde, değişiklik teklif etmek üzere bir Kurucu Meclis toplar; her iki halde değişiklikler, Kongre’nin teklif edeceği onaylama usulüne uygun olarak, ya Eyaletlerin dörtte üçünün yasama organları tarafından, ya da her Eyalette bu amaçla toplanan Kurucu Meclislerin dörtte üçü tarafından onaylandıkları zaman, her bakımdan ve her noktada bu Anayasanın ayrılmaz parçası haline gelirler. Bununla birlikte, birinci maddenin 9. Bölümünün birinci ve dördüncü bentlerinde, 1808 yılından önce herhangi bir değişiklik yapılamayacağı gibi, hiçbir Eyalet, kendi rızası olmadıkça Senato’daki eşit oyundan yoksun bırakamaz” ifadeleri yer almaktadır.<sup>38</sup> Ayrıca Eyaletleri düzenleyen 4. maddenin “Eyaletlerin Garantileri” başlıklı 4. Kısımında eyaletler için Cumhuriyetçi yönetimi zorunlu kılan hükmün değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir.<sup>39</sup>

### **Kanada (1867-1982 Anayasaları)**

Kanada, 1867’den 1982’ye kadar olan süreçte bazı anayasal hareketlenmeler yaşamış ise de, anayasa değişikliği usulüne ilişkin düzenleme 1982’de kabul edilen düzenlemenin 5. Bölümünde yer almaktadır. Buna göre; Kanada Anayasasında yapılacak değişiklikler önem ve kategorilerine göre farklı prosedürlere tabi tutulmuş ancak bu değişikliklerin hemen hemen hepsinde halkın onayının alındığı bir referandum süreci ihmal edilmemiştir.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> [http://www.oas.org/juridico/mla/en/mex/en\\_mex-int-text-const.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/en/mex/en_mex-int-text-const.pdf) (E.T: 21.01.2016)

<sup>38</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/us00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/us00000_.html) (E.T: 21.01.2016) ; EROĞUL, s.187.

<sup>39</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/us00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/us00000_.html) (E.T: 21.01.2016) ; ERDOĞAN Mustafa, “Değiştirilemez Hükümler’ Demokrasıyla Bağdaşır mı?”, *Star Açık Görüş*, 13.09.2010.

<sup>40</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/ca00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/ca00000_.html) (E.T: 21.01.2016)

## 2. Avrupa Kıtası Ülkelerinde Durum

Avrupa ülkelerindeki Anayasalarda yer alan değiştirilemez maddeleri inceleyeceğimiz bu kısımda, Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, İrlanda, İtalya, Hollanda, Polonya, Portekiz, İspanya, Yunanistan, Romanya, İsviçre, Finlandiya ve Norveç Anayasaları yer almaktadır.

Tablo: 2

ÜLKE	ANAYASA	MADDE	DEĞİŞTİRME YASAĞI		KAPSAM
AVUSTURYA	1920	44/3	YOK	-	KISMEN VEYA TAMAMEN DEĞİŞTİRİLEBİLİR
BELÇİKA	1994	195	YOK	-	İSTİSNA; SAVAŞ SIRASINDA VE KRALA VEKÂLET EDİLDİĞİ DÖNEMDE DEĞİŞİKLİK YAPILAMAZ
DANİMARKA	1953	88	YOK	-	KISMEN VEYA TAMAMEN DEĞİŞTİRİLEBİLİR
FRANSA	1958	89	VAR		ÜNİTER YAPI, HÜKÜMET ŞEKLİNİN CUMHURİYET OLMASI DEĞİŞTİRİLEMEZ
ALMANYA	1949	79	VAR	+	FEDERASYONUN EYALETLERE BÖLÜNMEŞİNE, EYALETLERİN YASAMAYA ESASEN KATILMALARI İLKESİNE VEYA 1 VE 20'NCİ MADDELERDE YAZILI ESASLARA İLİŞKİN BİR ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ YASAKTIR
İRLANDA	1937	46	YOK	-	TAMAMEN DEĞİŞTİRİLEBİLİR
İTALYA	1947	139	VAR		CUMHURİYETİN ŞEKLİ DEĞİŞTİRİLEMEZ
HOLLANDA	2002	137	YOK		HER TÜRLÜ DEĞİŞİKLİK YAPILABİLİR
POLONYA	1997	235	YOK		İSTİSNA: OLAĞANÜSTÜ DÖNEMDE ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ YAPILAMAZ
PORTEKİZ	1976	288	VAR	+	288. MADDEDEKİ KONULARA SAYGILI DEĞİŞİKLİK YAPILABİLİR SIKI YÖNETİM, OLAĞAN ÜSTÜHALDE HİÇBİR DEĞİŞİKLİK YAPILAMAZ

<b>İSPANYA</b>	1978	168	YOK	-	ACİL DURUM - OLAĞANÜSTÜ HAL-SIKI YÖNETİM-SAVAŞ SIRASINDA DEĞİŞTİRİLEMEZ
<b>YUNANİSTAN</b>	1975	110	VAR	+	HÜKÜMET ŞEKLİNİN CUMHURİYET OLMASI, İNSAN ONURU-KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK-KAMU HİZMETİ- KUVVETLER AYRILIĞI KONULARINDA DEĞİŞİKLİK YAPILAMAZ
<b>ROMANYA</b>	1991	İS 2	VAR	+	ÜNİTER YAPI, HÜKÜMET ŞEKLİNİN CUMHURİYET OLMASI, YARGI BAĞIMSIZLIĞI, RESMİ DİL DEĞİŞTİRİLEMEZ
<b>İSVİÇRE</b>	1874	4	VAR		FEDERAL YAPI DEĞİŞTİRİLEMEZ
	1975	139	YOK	-	BÜTÜN HÜKÜMLER DEĞİŞTİRİLEBİLİR
<b>FİNLANDİYA</b>	1919	95/1	VAR	+	BÜTÜN HÜKÜMLER DEĞİŞTİRİLEMEZ
	1999	73	YOK	-	BÜTÜN HÜKÜMLER DEĞİŞTİRİLEBİLİR
<b>NORVEÇ</b>	1814	112	VAR	+	ANAYASADAKİ İLKELERLE ÇATIŞAN ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ YAPILAMAZ
<b>LİTVANYA</b>	1992	147	YOK	-	İSTİSNA: OLAĞANÜSTÜ HAL VE SIKIYÖNETİM DURUMUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILAMAZ

### Avusturya (1920 Anayasası)

Avusturya Anayasasının 44. maddesinin 3. Fıkrasında; “Federal Anayasasının genelinde yapılacak her türlü bütüncül değişiklik, 42’nci maddede belirtilen usulün tamamlanmasından sonra ve her halükarda değişikliğin Federal Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmasından önce, tüm ulus genelinde halk oylamasına sunulur. Ancak, Federal Anayasada yapılacak tüm kısmi değişikliklerde ancak Milli Konsey ya da Federal Konsey üyelerinin üçte birinin talebiyle referandum gereklidir” hükmü yer almaktadır.<sup>41</sup>

<sup>41</sup> Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, Mayıs 2011, s.34; [http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html) (E.T: 23.01.2016)

### **Belçika (1994 Anayasası)**

Belçika Anayasasınının 195. maddesinde; “Federal yasama erki, Anayasada belirlediği hükümlerin değiştirilmesinin gerekliliğini beyan edebilir. Bu beyanın ardından her iki meclis kendiliğinden fesholur. Bunun üzerine 46’ncı maddede hükmüne göre iki yeni meclis toplanır. Bu meclisler, Kralla mutabakata vararak değişiklik için sunulan hususlarda karar alırlar. Bu durumda, meclisler bu değişiklikleri ancak, her bir meclis üye tam sayısının en az üçte ikisinin katılımıyla görüşebilirler. Oylamada sayılan oyların en az üçte ikisinin lehte oyu olmaksızın hiçbir değişiklik kabul edilemez” hükmü, 196. maddesinde “Savaş sırasında ya da meclislerin federal topraklar içinde serbest şekilde toplanmasının mümkün olmadığı zamanlarda anayasa değişikliğine başlanamaz, ya da anayasada değişiklik yapılması gözetilemez” yer almakta ve 197. maddesinde “Kral’a vekâlet edildiği bir dönemde Kral’ın anayasal yetkileriyle ilgili olarak Anayasada ve Anayasasının 85 ila 88’inci maddeleri, 91 ila 95’inci maddeleri arasında kalan maddelerde ve 106 ve 197’nci maddelerinde değişiklik yapılmaz” ifadeleri bulunmaktadır.<sup>42</sup>

### **Danimarka (1953 Anayasası)**

Danimarka Anayasasınının 88. maddesinde; “Millet Meclisi bir anayasa değişikliğini teklifini kabul eder ve hükümet bu değişikliği desteklerse genel seçim ilân edilir. Eğer yeni seçilen Millet Meclisi anayasa değişikliği teklifini aynı şekliyle onaylarsa, bu onaydan sonra 6 ay içinde değişiklik teklifi seçmenlerin kabulü veya reddi için referandum yoluyla seçmenlere sunulur. Bu oylama için gerekli kurallar yasayla belirlenir. Oylamaya katılanların salt çoğunluğu ve toplam seçmenlerin en az yüzde kırkı lehte oy kullanmış ise ve Kral değişikliği onaylarsa, teklif Anayasa olarak kabul edilir” düzenlemesi bulunmaktadır.<sup>43</sup>

### **Fransa (1958 Anayasası)**

Fransa Anayasasınının 89. maddesi; “Anayasayı değiştirme girişiminde bulunma yetkisi Başbakanın teklifi üzerine Cumhurbaşkanı ve Parlamento üyelerine aittir. Değiştirme tasarısı ya da teklifi 42’nci maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen mühlet içinde görüşülmeli ve her iki Meclis tarafından de aynı hükümlerle kabul edilmelidir. Değişiklik, referandumla onaylandıktan sonra kesinlik kazanır. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanı, değişiklik tasarısını Kongre

---

<sup>42</sup> *Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları*, s.145-146; [http://www.servat.unibe.ch/icl/be00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/be00000_.html) (E.T: 23.01.2016)

<sup>43</sup> *Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları*, s.167; [https://www.constituteproject.org/constitution/Denmark\\_1953.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Denmark_1953.pdf) (E.T: 23.01.2016)

iki Meclis halinde toplantıya çağrılan parlamentoya sunmaya karar verirse bu tasarı referanduma sunulmaz; bu takdirde, değişiklik tasarısının onaylanması, Kongrede kullanılan oyların beşte üçünün çoğunluğu ile mümkündür. Kongrenin Başkanlık Divanı, Millet Meclisinin Başkanlık Divanıdır” düzenlemesini getirmekte ve “Ülkenin bütünlüğüne zarar verecek hiçbir değişiklik usulüne girilemez ve böyle bir usul sürdürülemez. Hükümetin Cumhuriyet niteliği değişiklik konusu yapılamaz” şeklinde değiştirilemez içerik barındırmaktadır.<sup>44</sup>

### **Federal Almanya (1949 Anayasası)**

Federal Almanya Anayasasının Anayasanın değiştirilmesi başlıklı 79. maddesinde; “(1) Anayasa, ancak kendisinin sözünü açıkça değiştiren veya tamamlayan bir yasayla değiştirilebilir. Barış akdini veya barış akdi hazırlıklarını veya bir işgal rejiminin ortadan kaldırılmasını konu alan veya Federal Cumhuriyetin savunmasına hizmet eden uluslararası anlaşmalarda, Anayasa hükümlerinin bu anlaşmaların akdine ve yürürlüğe konulmasına karşı olmadığını belirtmek için, bu açıklığı getirmekle yetinen bir ekin Anayasa metnine ilavesi yeter. (2) Böyle bir yasa, Federal Meclis üyelerinin üçte ikisinin onayına ve Federal Konsey oylarının üçte ikisine bağlıdır. (3) Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya esasen katılmaları ilkesine veya 1 ve 20’nci maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir anayasa değişikliği yasaktır” ifadeleri yer almaktadır.

Değiştirilemez madde olarak öngörülen 1. Maddede; “ (1) İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür. (2) Alman Milleti, bu nedenle dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder. (3) Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar” denilmekte, 20. Maddede ise “ (1) Almanya Federal Cumhuriyeti, demokratik ve sosyal bir Federal Devlettir. (2) Egemenlik tümüyle halkındır. Halk, egemenliğini, seçimler ve oylamalar aracılığıyla ve yasama, yürütme ve yargı yetkileriyle donanmış özel organlar eliyle kullanır. (3) Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdır. (4) Bu Anayasa düzenini ortadan kaldırmak isteyen herkese karşı, başka bir çözümün bulunmaması halinde, bütün Almanlar direniş hakkına sahiptir” hükümleri bulunmaktadır.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> *Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları*, s.204-205; [http://www.servat.unibe.ch/icl/fr00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/fr00000_.html) (E.T: 24.01.2016)

<sup>45</sup> *Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları*, s.241; [http://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000_.html) (E.T: 24.01.2016)

### **İrlanda (1937 Anayasası)**

İrlanda Anayasasının 46. maddesinde “1) Anayasanın herhangi bir hükmü, bu maddede öngörülen şekilde, değiştirme, ekleme veya kaldırmak yoluyla tadil edilebilir. 2) Anayasanın değiştirilmesi için her öneri, bir Kanun Tasarısı olarak Temsilciler Meclisinde başlatılır ve Parlamentonun iki Meclisi tarafından kabul edildikten veya kabul edilmiş sayıldıktan sonra, Referandum ile ilgili yürürlükte olan kanuna uygun olarak, Referandumda halkın kararına sunulur. 3) Bu tür her Kanun Tasarısı “Bir Anayasa Değişikliği Kanunu” olarak adlandırılır. 4) Anayasada değişiklik önerisi ve önerilerini içeren bir Kanun Tasarısı başka bir kanun teklifi içermez. 5) Anayasada değişiklik önerisi ve önerilerini içeren bir Kanun Tasarısı, bu maddenin hükümlerine uygunluğuna ikna olduğunda ve Anayasanın 47’nci maddesinin birinci fıkrası hükümleri ve usulüne göre halk tarafından onaylandıktan sonra Başkan tarafından derhal imzalanır ve usulüne uygun şekilde kanun olarak yayımlanır” denilmektedir.<sup>46</sup>

### **İtalya (1947 Anayasası)**

İtalya Anayasasının 138. maddesi “Anayasanın değiştirilmesine ilişkin kanunlar ve diğer anayasa niteliğinde olan kanunlar her bir Meclis tarafından, birbirini en az üç aylık arayla izleyen iki görüşmeden sonra kabul edilir ve ikinci oylamada her bir Meclisin üyelerinin mutlak çoğunluğunun oylarıyla onaylanır. Söz konusu kanunlar, bir Meclisin üyelerinin beşte biri veya beş yüz bin seçmen veya beş Bölge Meclisinin isteği üzerine, yayımlandıkları tarihten itibaren üç ay içinde referandumla halkın oyuna sunulur. Referanduma sunulan kanun, geçerli oyların çoğunluğuyla onaylanmadıkça yayımlanmaz. Kanun Meclislerin her birinde, üyelerin üçte iki çoğunluğuyla kabul edildiği takdirde referanduma başvurulmaz” hükmünü içermektedir. Değiştirilemeyecek maddede olarak ise 139. maddede “Cumhuriyetin şekli anayasa değişikliğine konu olamaz” denilmektedir.<sup>47</sup>

### **Hollanda (2002 Anayasası)**

Hollanda Anayasasının 137. maddesinde; “1) Anayasada değişiklik öngören teklifte belirtilen şekildeki bir değişikliğin görüşülebileceği bir kanunda belirtilir. 2) Temsilciler Meclisi, Kral tarafından veya onun namına, ya da öteki türlü sunulan bir teklif üzerine bu amaçla sunulan Yasa Teklifini birden fazla

---

<sup>46</sup> *Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları*, s.316; [http://www.servat.unibe.ch/icl/ei00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/ei00000_.html) (E.T: 24.01.2016)

<sup>47</sup> *Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları*, s.350; [http://www.servat.unibe.ch/icl/it00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/it00000_.html) (E.T: 24.01.2016)

sayıda yasa teklifine ayırabilir. 3) Birinci fıkrada anılan yasa teklifinin ilânından sonra Temsilciler Meclisi feshedilir. 4) Yeni Temsilciler Meclisinin teşekkülünden sonra, Parlamentonun iki meclisi ilk fıkrada anılan Yasa Teklifini ikinci kez okunduktan sonra görüşmeye başlar. Bu yasa teklifi kullanılan oyların ancak en az üçte ikisinin oyunu almışsa kabul edilebilir. 5) Temsilciler Meclisi ancak kullanılan oyların en az üçte ikisinin kabulü halinde, Kral tarafından veya onun namına, ya da öteki türlü sunulan bir Anayasa Değişiklik Kanun Teklifini birden fazla sayıda yasa teklifine ayırabilir” denilmektedir.

Anayasanın 138. maddesinde; “1) İkinci oturumda kabul edilen önergeler Kral tarafından Anayasa değişikliği olarak onaylanmadığı sürece, kanunla: a) Kabul edilen önergeler ve Anayasada değişmeyen maddeler, mümkün olduğu kadar uyumlu hale getirilir. b) Bölümlerin, paragrafların, maddelerin ve başlıkların düzenleri ve yerleri değiştirilebilir. 2) Birinci fıkranın (a) bendinde belirtilen düzenlemeyi içeren yasa teklifi, her iki Meclis tarafından ancak kullanılan oyların en az üçte ikisiyle kabul edilebilir” ifadeleriyle değişiklik usulü belirtilmiştir. 139. maddesinde; “Parlamento tarafından kabul edilen ve Kral tarafından onaylanan Anayasa değişiklikleri, yayımlandıktan hemen sonra yürürlüğe girer” ve 140. maddesinde; “Anayasa değişikliğine aykırı olan yürürlükteki diğer kanunlar, düzenlemeler ve kararlar, Anayasaya uygun olarak değişiklik getirilinceye kadar yürürlükte kalırlar” denilerek, 141. maddede “Değişen Anayasa metni Kraliyet kararnameleriyle ilân edilir ve paragraflar ve maddeler ve bunlara yapılan atıflar buna uygun olarak yeniden numaralandırılabilir” düzenlemesi yer almaktadır.<sup>48</sup>

### **Polonya (1997 Anayasası)**

Polonya Anayasasının 235. maddesinde; “1) Bir Anayasa değişikliği kanun tasarısı aşağıdakiler tarafından sunulabilir: Milletvekili üye tamsayısının en az beşte biri; Senato veya Cumhurbaşkanı. 2) Anayasa değişiklikleri Sejm (Meclis) tarafından kabul edilen ve ardından Senato’da geldiği biçimde 60 gün içinde kabul edilen bir kanunla yapılır. 3) Anayasa değişikliği kanun tasarısının ilk görüşülmesi tasarının Sejm’e sunulmasından itibaren 30 günden önce gerçekleşemez. 4) Sejm’de bir Anayasa değişiklik kanunu tasarısı, Milletvekili üye tamsayısının en az yarısının hazır bulunduğu bir oturumda en az üçte iki oy çoğunluğuyla ve Senato tarafından Senatör tamsayısının en az yarısının hazır bulunduğu bir oturumda salt çoğunlukla kabul edilebilir. 5) Anayasanın I, II,

---

<sup>48</sup> *Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları*, s.378-379; [http://www.servat.unibe.ch/icl/nl00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/nl00000_.html) (E.T:24.01.2016)



XII'nci Bölümlerindeki hükümleri değiştiren bir kanun tasarısı, Sejm'de, tasarının ilk görüşüldüğü tarihten itibaren en erken 60 gün içinde kabul edilebilir. 6) Eğer Anayasa değişikliği kanun tasarısı I, II, XII'nci Bölümlerdeki hükümlerle ilgiliyse, yukarıdaki 1'inci fıkrada belirtilen konular, kanun tasarısının Senato'da kabul edilmesinden itibaren 45 gün içinde, teyit için halkoylaması yapılmasını gerekli kılar. Bu konular, müracaatın alınış gününden itibaren 60 gün içinde halkoylaması kararı alacak olan Sejm (Meclis) Başkanı'nın uygulamasını gerektirir. Eğer oyların çoğunluğu bu değişiklik için açık destek veriyorsa Anayasa değişikliği kabul edilmiş sayılır. 7) Yukarıda 4 ve 6'ncı maddede belirtilen sürecin tamamlanmasından sonra, Sejm (Meclis) Başkanı kabul edilen kanunu imzalaması için Cumhurbaşkanı'na sunar. Cumhurbaşkanı, kanunu sunulmasından itibaren 21 gün içinde imzalar ve Polonya Cumhuriyeti Resmi Gazetesi'nde (Dziennik Ustaw) yayımlanması kararını verir" ifadeleri yer almaktadır.

Değiştirilemez madde bulunmasa da Polonya Anayasası istisnai olarak 228. maddesinin 6. fıkrasında; "Olağanüstü önlemlere başvurulduğu bir dönemde, aşağıdakiler değişikliğe tabi değildir: Anayasa, Sejm, Senato ve yerel yönetim organlarına Seçim Yasaları, Cumhurbaşkanlığı seçim yasaları ve yanı sıra, olağanüstü önlemler yasası" düzenlemesini yapmıştır.<sup>49</sup>

### **Portekiz (1976 Anayasası)**

Portekiz Anayasasının anayasa değişikliği prosedürüne ilişkin hükümleri şöyledir; "Madde 284; (Sorumluluk ve değişiklik zamanı) 1) Cumhuriyet Meclisi son normal değişiklik Kanununun yayımı tarihinden beş yıl sonra Anayasayı değişiklik için gözden geçirebilir. 2) Ancak, Cumhuriyet Meclisi, üye tamsayısının beşte dört çoğunluğuyla, herhangi bir zamanda olağandışı değişiklik yetkisini kullanabilir. Madde 285; (Değişiklik süreci başlatma yetkisi) 1) Vekiller değişiklik girişimi başlatma yetkisine sahiptir. 2) Bir Anayasa değişiklik taslağı sunulduğunda diğerleri de otuz gün içinde sunulur. Madde 286; (Kanunu kabul ve yürürlüğe sokma) 1) Anayasa değişikliklerinin üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilmesi gerekir. 2) Kabul edilen Anayasa değişiklikleri toplanarak tek bir değişiklik kanunu haline getirilir. 3) Cumhurbaşkanı bu tür kanunları yürürlüğe koymayı reddedemez. Madde 287; (Anayasanın yeni metni) 1) Anayasadaki değişiklikler, gerekli değiştirme, ekleme ve çıkarmalarla metne doğru bir şekilde eklenir. 2) Anayasanın yeni metni değişiklik kanunuyla birlikte yayımlanır."

---

<sup>49</sup> Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları, s.435; [http://www.servat.unibe.ch/icl/pl00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/pl00000_.html) (E.T: 24.01.2016)

Portekiz Anayasasında değiştirilemez maddeler ise 288. maddede (Değişikliğin sınırlandırıldığı konular) Anayasada değişiklik yapan kanunlar şunlara saygı gösterir: a) Ulusal bağımsızlık ve Devletin birliği; b) Yönetim şeklinin Cumhuriyet olması; c) Kilise ve Devlet arasındaki ayırım; d) Vatandaşların hakları, özgürlükleri ve teminatları; e) İşçilerin, işçi komiteleri ve sendikaların hakları; f) Üretim araçlarının mülkiyetine, kamu, özel ve kooperatif ve sosyal sektörlerin sahip olması; g) Karma ekonomi çerçevesinde var olan ekonomik planlara olan gereksinim; h) Egemenlik yetkisi kullanan organların, özerklik bölgesi organlarının ve yerel yönetim organlarının seçimle gelinen görevlerine genel, gizli ve periyodik seçimle atamalar; ve nispi temsil sistemi; i) Siyasi partiler ve demokratik muhalefet hakkını da içeren çoğul ifade ve siyasi örgütlenme; j) Egemenlik yetkisini kullanan organların ayrılığı ve birbirine bağımlılığı; l) Hukuk kurallarının anayasaya pozitif uygunluk ve ihmal yönünden aykırılık incelemesine tabiliği; m) Mahkemelerin bağımsızlığı; n) Yerel yönetimlerin özerkliği; o) Azor adaları ve Madeira takımadalarının siyasi ve idari özerkliği” olarak yer almaktadır. Ayrıca 289. madde (Değişikliğin sınırlandırıldığı durumlar) Sıkıyönetim veya olağanüstü hal sırasında Anayasayla ilgili hiçbir değişiklik yapılamayacağını öngörmektedir.<sup>50</sup>

### **İspanya (1978 Anayasası)**

İspanya Anayasasının 166. maddesinde; “(Anayasada değişiklik) Bir Anayasa değişikliği önerme hakkı 87’nci maddenin bir ve ikinci fıkralarında yer alan şartlar dâhilinde uygulanır.” 167. maddesinde; “(Anayasada değişiklik) 1) Anayasa değişikliği Tasarıları her bir Meclisin üyelerinin beşte üç çoğunluğuyla onaylanır. Meclisler arasında mutabakata sağlanamadığı takdirde, Milletvekili ve Senatörlerden oluşan bir ortak komisyon kurulur ve bu komisyon Kongre ve Senatoda oylanmak üzere bir metin sunar. 2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen usulde bir onay sağlanamazsa ve metin Senato’da salt çoğunlukla kabul edildiği takdirde, Kongre değişikliği üçte iki oranında lehte oyla kabul edebilir. 3) Değişiklik Parlamento (Cortes Generales) tarafından kabul edildikten sonra, kabul edilmesinden itibaren on beş gün içinde Meclislerden birinin üyelerinin onda bir oyuyla talep edildiğinde, onaylanmak üzere referanduma sunulur” denilmektedir. Anayasanın değiştirilebilmesi için gerekli oran 168. maddede; “(Anayasada Temel Reformlar) 1) Anayasanın topluca değiştirilmesi veya Başlangıç Başlığı, Başlık I, Bölüm İki, Kesim 1 veya Başlık II’yi etkileyen kısmi bir değişiklik önerilirse, esas her bir Meclisin üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla onaylanır ve Parlamento derhal fesholur. 2) Seçilmiş Meclisler kararı onaylar ve, her iki Meclisin üyelerinin üçte iki

<sup>50</sup> *Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları*, s.528-529; [http://www.servat.unibe.ch/icl/po00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/po00000_.html) (E.T: 25.01.2016)

çoğunluğuyla onaylanması gereken yeni Anayasa metnini inceler. 3) Değişiklik Parlamento (Cortes Generales) tarafından kabul edildikten sonra onaylanmak üzere referanduma götürülür” düzenlenmiştir.

İspanya Anayasasında değişiklik yapılamayacak süreler ise 169. maddede; “(Anayasada Temel Reformlar) Savaş sırasında veya 116’ncı maddede sıralanan hallerde (Olağanüstü hal, Acil durum, Sıkıyönetim) Anayasa değişikliği süreci başlatılamaz” şeklinde yer almaktadır.<sup>51</sup>

### **Yunanistan (1975 Anayasası)**

Yunanistan Anayasası değiştirilemeyecek anayasal hükümleri 110. maddede şöyle düzenlemiştir; “1) Anayasanın hükümleri, hükümet şeklinin Parlamento bir Cumhuriyet olarak belirleyen hüküm ile 2.maddenin birinci fıkrası, 4.maddenin 1, 4 ve 7. Fıkraları, 5. maddenin 1 ve 3. fıkraları, 13. maddenin 1. fıkrası ve 26. madde hariç olmak üzere değiştirilebilir. 2) Anayasayı değiştirme gereği, Parlamentonun en az elli üyesinin teklifi üzerine, üye tam sayısının beşte üç çoğunluğuyla, aralarında en az bir ay geçecek iki oylamayla kabul edilecek bir Parlamento kararı ile tespit edilir. Bu karar değiştirilecek hükümleri açıkça belirtir. 3) Parlamentonun, Anayasanın değiştirilmesi kararı üzerine, gelecek Parlamento ilk oturumunda, üye tam sayısının mutlak çoğunluğuyla değiştirilecek hükümler hakkında karar verir. 4) Eğer bir Anayasa değişikliği teklifi, üye tam sayısının mutlak çoğunluğunu aldığı halde, ikinci fıkrada belirtilen beşte-üç çoğunluğu sağlayamazsa, gelecek Parlamento ilk oturumunda, üye tam sayısının beşte üç çoğunluğuyla, değiştirilecek hükümler hakkında karar verir. 5) Usulüne uygun olarak oylanmış her Anayasa değişikliği, Parlamantoca kabulünden itibaren on gün içinde Resmi Gazete’de yayınlanır ve özel bir Parlamento kararı ile yürürlüğe girer. 6) Daha önceki bir değişikliğin tamamlanmasından itibaren beş yıl geçmedikçe, Anayasa’da değişiklik yapılamaz.”

Yunanistan Anayasasının değiştirilemeyen 2.,4/1-4-7.,5/1-3.,13/1 ve 26. maddelerinin içeriğinde ise; İnsan onurunun korunması ve saygı devletin birincil zorunluluğudur. Bütün Yunanlılar kanun önünde eşittir. Sadece Yunan vatandaşlarının kamu hizmetine girebileceği, soyluluk, sınıf ayrımının olmadığı belirtilmektedir. Kişi özgürlüklerine ve dokunulmazlıklara dair hükümler bulunmaktadır. Din ve Vicdan özgürlüğünün kaldırılmayacağı yer almaktadır. Kuvvetler ayrılığı düzenlenmektedir.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> *Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları*, s.577-578; [http://www.servat.unibe.ch/icl/sp00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/sp00000_.html) (E.T: 25.01.2016)

<sup>52</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/gr00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/gr00000_.html) (E.T:25.01.2016)

### **Romanya (1991 Anayasası)**

Romanya Anayasasına göre (md. 152), Devletin, millî, bağımsız, üniter yapısı, Cumhuriyetçi hükümet şekli, ülkenin bölünmez bütünlüğü, yargı bağımsızlığı, siyasi çoğulculuk ve resmî dile ilişkin hükümleri değiştirilemez.<sup>53</sup>

### **İsviçre (1874-1975 Anayasaları)**

1874 Tarihli İsviçre Anayasasında (md. 4), federal yapının kaldırılması ile alakalı değişikliklerin yapılması men edilirken,<sup>54</sup> halen yürürlükte olan Anayasada, Anayasanın tamamının değiştirilebileceği açıkça belirtilmiştir (md. 139).<sup>55</sup>

### **Finlandiya (1919-1999 Anayasaları)**

Anayasalardaki değiştirilemez hükümler bakımından en kapsamlı yasak 1919 Finlandiya Anayasasındadır. Bu Anayasada, Anayasanın hiçbir hükmünün değiştirilemeyeceği belirtilmiştir.<sup>56</sup> 1999 Anayasasında ise 73. maddede bütün hükümlerde kısmen ya da tamamen değişiklik yapılabileceği belirtilmiştir.<sup>57</sup>

### **Norveç (1814 Anayasası)**

Norveç Anayasasına göre (md. 112), “Anayasadaki ilkelerle çatışan” Anayasa değişiklikleri yapılamaz. Sadece, Anayasanın *ruhunu* değiştirmeyecek belli hükümler değiştirilebilir.<sup>58</sup>

### **Litvanya (1992 Anayasası)**

Litvanya Anayasasının 147. maddesinde “Olağanüstü veya sıkıyönetim durumunda Anayasada değişiklikler teklif edilemez” hükmü bulunmaktadır. Ayrıca 148. madde kapsamında; “Litvanya Cumhuriyeti bağımsız demokratik Cumhuriyettir” ibaresinin yer aldığı 1. maddenin sadece referandum yoluyla ve Litvanya’nın seçim hakkına sahip vatandaşlarının en az 3/4 çoğunluğunun oyu ile değiştirilebileceği yer almaktadır.<sup>59</sup>

---

<sup>53</sup> [http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1630/file/e3b89d-da11209ec032c71c1a36a7.htm/pre view](http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1630/file/e3b89d-da11209ec032c71c1a36a7.htm/pre%20view) (E.T: 25.01.2016)

<sup>54</sup> TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, 1998, s. 165.

<sup>55</sup> [http://www.servat.unibe.ch/law/icl/sz00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/law/icl/sz00000_.html) (E.T: 25.01.2016)

<sup>56</sup> EROĞUL, s. 50.

<sup>57</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/fi00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/fi00000_.html) (E.T: 25.01.2016)

<sup>58</sup> [http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1598/file/ab3b-87b89e59b50f85f2053a4c24.htm/pre view](http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1598/file/ab3b-87b89e59b50f85f2053a4c24.htm/pre%20view) (E.T: 26.01.2016)

<sup>59</sup> EREN Abdurrahman-ALESKERLİ Alesker, *Yeni Anayasalar*, Ankara, 2005, s.707.

### 3. Asya Kıtası ve Ortadoğu Ülkelerinde Durum

Bu başlık altında Azerbaycan, Gürcistan, Kazakistan, Rusya, Türkmenistan, Japonya, Çin, Ermenistan, İran, Suriye ve Afganistan Anayasaları incelenecektir.

**Tablo: 3**

ÜLKE	ANAYASA	MADDE	DEĞİŞTİRME YASAĞI		KAPSAM
AZERBAYCAN	1995	155	VAR	+	ANAYASANIN 1,2,6,7,8,21- MADDELERİ İLE İNSAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNİN İPTALİNE DAİR DEĞİŞİKLİK YAPILAMAZ
GÜRCİSTAN	1995	102	YOK	-	TAMAMEN VEYA KISMEN DEĞİŞTİRİLEBİLİR
KAZAKİSTAN	1995	91/2	VAR	+	ÜNİTER DEVLET VE YÖNETİM ŞEKLİNİN CUMHURİYET OLDUĞU HÜKMÜ DEĞİŞTİRİLEMEZ
RUSYA	1993	135/1	VAR	+	ANAYASAL SİSTEMİN TEMEL İLKELERİ BAŞLIKLILIK 1, KİŞİ HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ BAŞLIKLILIK 2 VE ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ BAŞLIKLILIK 9. BÖLÜMLERİNDEKİ HÜKÜMLER FEDERASYON KONSEYİNCE DEĞİŞTİRİLEMEZ
TÜRKMENİSTAN	1992	112	VAR	+	YÖNETİM ŞEKLİNİN CUMHURİYET OLMASI HÜKMÜ DEĞİŞTİRİLEMEZ
JAPONYA	1946	96	YOK	-	ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ İÇİN REFERANDUM ÖNGÖRÜLMEKTE
ÇİN	1982	64	YOK	-	ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİ AÇIKÇA YASAKLAYAN HÜKÜM YOK, ANCAK SOSYALİST SİSTEMİN DEĞİŞTİRİLMESİNİ YASAKLAYAN HÜKÜM BULUNMAKTADIR

<b>ERMENİSTAN</b>	1995	114	VAR	+	1,2,114. MADDELER DEMOKRATİK DEVLET-SERBEST SEÇİMLER REFERANDUM DEĞİŞTİRİLEMEZ.
<b>İRAN</b>	1979	177/son	VAR	+	RESMİ DİN VE MEZHEP DEĞİŞTİRİLEMEZ
<b>SURİYE</b>	1973	149	YOK	-	İSTİSNA: ANAYASA YÜRÜRLÜĞE GİRDİKTEN SONRAKI 18 AY İÇİNDE DEĞİŞTİRİLEMEZ
<b>AFGANİSTAN</b>	1954	23/6	VAR	+	DEVLET ŞEKLİNİN MONARŞİ OLDUĞU HÜKMÜ DEĞİŞTİRİLEMEZ
	2004	149	VAR	+	DİNİN İSLAM, YÖNETİM ŞEKLİNİN İSLAM CUMHURİYETİ OLDUĞU DEĞİŞTİRİLEMEZ

### **Azerbaycan (1995 Anayasası)**

Azerbaycan Anayasasının 155. maddesi; “Bu Anayasanın 1., 2., 6., 7., 8., ve 21’nci maddelerinde değişiklik yapılması veya iptal edilmesine ilişkin teklifler, III. Fasılda öngörölmüş insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerinin iptali veya Azerbaycan Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası antlaşmalarda öngöröldüğünden fazla sınırlandırılmasına ilişkin teklifler referanduma çıkarılamaz” düzenlemesi yer almaktadır.<sup>60</sup> Değıştirilemez madde olarak öngörölen 1,2,6,7,8 ve 21. maddelerin içeriğinde hakimiyetin kaynağının halk olduğu, halkın kendi kaderini tayin etme hakkına sahip bulunduğu, hakimiyetin zorla ele geçirilemeyeceğı, devletin esasları arasında demokratik, hukuk, üniter devlet özelliklerinin yer aldığı, kuvvetler ayrılığı prensibi ve devlet dilinin Azerbaycan dili olduğu hükme bağlanmış bulunmaktadır.

### **Gürcistan (1995 Anayasası)**

Gürcistan Anayasasının 102. maddesinde; “ 1) Anayasanın tamamen veya kısmen değıştirilmesine ilişkin kanun tasarısı sunma hakkına; Gürcistan Cumhurbaşkanı, Parlamento üye tam sayısının yarıdan fazlası ve en az iki yüz bin seçmenin sahip olduğu” belirtilmiştir. Ayrıca “ 2) Anayasanın değıştirilmesine ilişkin kanun tasarısı Gürcistan Parlamentosuna sunulur ve Parlamento, tüm halk tarafından görüşülmesi için tasarayı yayımlar. Tasarının Parlamentoda

<sup>60</sup> EREN-ALESKERLİ, s.103.

görüşülmesine onun yayımlanmasından bir ay sonra başlanır. 3) Anayasanın değiştirilmesine ilişkin kanun tasarısı, Gürcistan Parlamentosunun üye tam sayısının en az üçte ikisi tarafından desteklendiğinde kabul edilmiş sayılır. 4) Anayasanın değiştirilmesine ilişkin kanun Gürcistan Cumhurbaşkanı tarafından imzalanır ve Anayasanın 68. maddesinde düzenlenmiş şekilde yayımlanır” ifadeleri yer almaktadır.<sup>61</sup>

### **Kazakistan (1995 Anayasası)**

Kazakistan Anayasasının 91. maddesinin 1. fıkrasında anayasa değişiklik ve ilavelerinin yapılaş usulü belirtildikten sonra, 2. fıkrasında; “Anayasada belirlenen devletin toprak bütünlüğü ve üniterliği, cumhuriyet yönetim şekli değiştirilemez” düzenlemesine yer verilmiştir.<sup>62</sup>

### **Rusya Federasyonu (1993 Anayasası)**

Rusya Federasyonu Anayasasının 135. maddesinin 1. fıkrası; “Rusya Federasyonu Anayasasının 1., 2. ve 9. bölümlerinin hükümleri Federasyon Konseyince değiştirilemez” ifadesini içermektedir. Ancak bu değiştirilemezlik sadece Federasyon Konseyine has olduğu için aynı maddenin 2. fıkrasında; “ Rusya Federasyonu Anayasasının 1., 2. ve 9. bölümlerinin hükümlerinin değiştirilmesine ilişkin teklif Federasyon Konseyi üye tam sayısının ve Devlet Duması milletvekili tam sayısının beşte üçü tarafından desteklenirse, federal anayasal kanun gereğince Anayasal Meclis toplanır” denilmektedir.

Anayasal Meclisin çalışma esasları ise 3. Fıkroda; “ Anayasal Meclis, ya Rusya Federasyonu Anayasasının değiştirilemezliğini onaylar, ya da Anayasal Meclisin üye tam sayısının üçte ikisi tarafından kabul edilen veya tüm-halk oylamasına çıkarılan Rusya Federasyonunun yeni Anayasa tasarısını hazırlar. Halk oylaması yapılırsa oylamaya seçmenlerin yarısından fazlası katıldığında ve oylamaya katılanların yarısından çoğu lehte oy kullandığı takdirde Rusya Federasyonu Anayasası kabul edilmiş sayılır” ifadeleri ile düzenlenmiştir.<sup>63</sup>

### **Türkmenistan (1992 Anayasası)**

Türkmenistan Anayasasının 112. maddesi, Anayasanın Cumhuriyetin yönetim şekli ile ilgili hükümlerinin değiştirilemeyeceğini düzenlemektedir. Buna göre, Türkmenistan’ın, demokratik, hukuki ve dünyevi bir devlet, devlet yö-

---

<sup>61</sup> EREN-ALESKERLİ, s.233.

<sup>62</sup> EREN-ALESKERLİ, s.276.

<sup>63</sup> EREN-ALESKERLİ, s.471.

netiminin başkanlık hükümeti olduğunun yer aldığı, Türkmenistan Anayasal Düzeninin Temelleri başlıklı I.Kısım değiştirilmezlik kapsamı içerisinde değerlendirilebilecektir.<sup>64</sup>

### **Japonya (1946 Anayasası)**

Japonya Anayasasının 96. maddesinin 1. Fıkrasına göre, “Bu Anayasada yapılan değişiklikler Japon Parlamentosu (Diet) tarafından başlatılır eş zamanlı olarak parlamentonun alt ve üst kanatlarında oylanır. Her kanatta (House) tüm üyelerin üçte ikisi veya daha fazla olumlu oy çıkarsa, onay için Diet’in belirleyeceği özel bir referanduma sunulacaktır, tüm bir çoğunluğun olumlu oyu istenecektir. Bu Anayasa’nın bir parçası olarak, böylece onaylanmış değişiklikler hemen halkın adına İmparator tarafından ilan edilecektir.<sup>65</sup>

### **Çin (1982 Anayasası)**

Çin Halk Cumhuriyeti Anayasasının 64. maddesinde anayasa değişikliği yapılabilmesi için gerekli şekli şartlar sayılmıştır. Bu usule ilişkin şartların haricinde değiştirilemeyeceği belirtilen hüküm olmamakla birlikte, Anayasanın 1. maddesinde devletin sosyalist yapıda olduğu ve devlet şeklinin değiştirilmesini talep etmenin yasak olduğu ortaya konulmuştur.<sup>66</sup>

### **Ermenistan (1995 Anayasası)**

Ermenistan Anayasasının 114. maddesinde; “Anayasanın 1., 2. ve 114. maddelerinin değiştirilemeyeceği” yer almaktadır. Anayasanın 1. maddesinde ise, “Ermenistan Cumhuriyeti egemen, demokratik, sosyal hukuk devletidir” denilmektedir. 2. maddede ise; “Ermenistan Cumhuriyetinde hâkimiyet halka aittir. Halk kendi hâkimiyetini serbest seçimler yolu ile referandumla, ayrıca Anayasayla öngörülen devlet organları, yerel yönetim organları ve yetkili kişiler aracılığı ile gerçekleştirir. Hâkimiyetin herhangi bir örgüt veya kişi tarafından zorla ele geçirilmesi suçtur” düzenlemesi bulunmaktadır.<sup>67</sup>

### **İran (1979 Anayasası)**

İran Anayasasının 12. maddesinde; “İran’ın resmi dini İslam ve Caferi-i İsmailî mezhebidir. Sonsuza dek değiştirilemez” hükmü yer almaktadır. Ayrıca, Anayasanın 177. maddesinin son fıkrasında; “Sistemin İslami oluşu, tüm

---

<sup>64</sup> EREN-ALESKERLİ, s.535.

<sup>65</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/ja00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/ja00000_.html) (E.T:25.01.2016)

<sup>66</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/ch00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/ch00000_.html) (E.T:25.01.2016)

<sup>67</sup> EREN-ALESKERLİ, s.183.



yasa ve kuralların İslami esaslara uygun olmasının gereği, İran İslam Cumhuriyeti'nin amaçları ve onun inanç esasları, hükümet şeklinin Cumhuriyet olduğu, "velayet-i emr", İmamet-i ümmet ve hükümet idaresinin halkın oylarıyla olduğunun belirtildiği ve İran'ın resmi din ve mezhebini belirten maddeler değiştirilemez" ifadeleri yer almaktadır.<sup>68</sup>

### **Suriye (1973 Anayasası)**

Yaklaşık beş yıldır iç savaşın yaşandığı Suriye'nin mevcut anayasasının 149. maddesinde anayasa değişikliği usulüne dair; "değişikliği cumhurbaşkanı ve halk meclisinin 2/3 çoğunluğu teklif eder, bir komisyon kurulur üye sayısı 2/3 kabul ederse cumhurbaşkanı onaylarsa anayasa değişir" düzenlemesi yer almaktadır. Açıkça değiştirilemeyeceği belirtilen başka maddeye rastlanılmayan Suriye Anayasasının 151. maddesi istisnai olarak, mevcut anayasanın yürürlüğe girdikten sonraki 18 ay içerisinde değiştirilemeyeceği belirtilmiştir.<sup>69</sup>

### **Afganistan (1964 ve 2004 Anayasaları)**

1964 Afganistan Anayasası değiştirilemez madde olarak devlet şeklinin monarşi olduğunu öngörmekte iken,<sup>70</sup> 2004 Afganistan Anayasasının 149. maddesi; "dinin İslam, yönetim şeklinin İslam Cumhuriyeti olduğu" hükmünün değiştirilmesini yasaklamaktadır.<sup>71</sup>

## **4. Afrika Kıtası Ülkelerinde Durum**

Afrika kıtasında bulunan ülkelerin anayasalarında değiştirilemez maddeler konusuna göz atacağımız bu kısımda; Eritre, Kenya, Libya, Ruanda, Güney Afrika, Zimbabwe, Tunus ve Mali Anayasaları yer almaktadır.

---

<sup>68</sup> TUNÇ Hasan, *Türkiye'ye Komşu Devletlerin Anayasaları*, Ankara, 2008, s.114.

<sup>69</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/sy00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/sy00000_.html) (26.01.2016)

<sup>70</sup> EROĞUL, s. 49.

<sup>71</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/af00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/af00000_.html) (26.01.2016)

**Tablo: 4**

ÜLKE	ANAYASA	MADDE	DEĞİŞTİRME YASAĞI		KAPSAM
ERİTRE	1996	55	YOK	-	HERHANGİ BİR HÜKÜM DEĞİŞTİRİLEBİLİR
KENYA	2010	255	YOK	-	PARLAMENTO VE HALK ARACILIĞI İLE DEĞİŞİKLİK MÜMKÜNDÜR
LİBYA	1969	37	YOK	-	DEVİRİM KOMUTA KONSEYİ TARAFINDAN DEĞİŞİKLİK YAPILABİLİR
RUANDA	1991	96	VAR	+	HÜKÜMET ŞEKLİNİN CUMHURİYET OLDUĞU, ÜNİTER YAPI, DEMOKRATİK İLKELER DEĞİŞTİRİLEMEZ
GÜNEY AFRİKA	1996	74	YOK	-	ULUSAL MECLİS TARAFINDAN DEĞİŞİKLİK YAPILABİLİR
ZİMBABWE	1979	52	VAR	+	İSTİSNA ANAYASANIN 52. MADDESİNİN 6, BENDİ
TUNUS	1959	72	VAR	+	HÜKÜMET ŞEKLİNİN CUMHURİYET OLMASI DEĞİŞTİRİLEMEZ
MALİ	1991	118	VAR	+	ÜNİTER YAPI, HÜKÜMET ŞEKLİNİN CUMHURİYET OLUŞU, SEKÜLERİZM VE ÇOK PARTİLİK DEĞİŞTİRİLEMEZ

#### **Eritre (1996 Anayasası)**

Eritre Anayasasının 58. maddesinde; “1) Bu anayasanın herhangi bir hükümünün değiştirilebilmesi için, öneri Devlet Başkanı veya Millet Meclisi üye tam sayısının yüzde 50’si tarafından başlatılmalıdır.2) Bu Anayasanın herhangi bir hükmü aşağıdaki şekilde değiştirilebilir: a) Anayasanın belirli bir maddesi için bir değişiklik öneriliyor ise, bu Millet Meclisinin tüm üyelerinin dörtte üç çoğunluk oyu ile mümkündür ve b) değişiklik önerisinden bir yıl sonra Ulusal Meclis, görüşme yaparak, tüm üyelerinin beşte dört oy çokluğu ile yine aynı değişikliği onaylar” düzenlemesi bulunmaktadır.<sup>72</sup>

<sup>72</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/er00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/er00000_.html) (E.T:27.01.2016)

### **Kenya (2010 Anayasası)**

Kenya Anayasasının 255. maddesinde genel olarak Anayasa değişikliği süreci anlatılmış, 256 ve 257. maddelerde ise Anayasa değişikliği teklifi yapabileceklere göre ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Anayasanın 255. maddesi; “1) Bu Anayasa için önerilen değişiklik, 256. veya 257. madde uyarınca çıkarılmalı ve aşağıdaki konularda herhangi bir değişiklik varsa, 2. fıkra uyarınca bir referandum aracılığı ile onaylanmış olmalıdır: (a) Bu Anayasanın üstünlüğü; (b) Kenya toprakları; (c) halkın egemenliği; (d) Madde 10 (2) (a) ile (d) arasında belirtilen ulusal değerler ve ilkeler, (e) Haklar Bildirgesi; (f) Devlet Başkanının görev süresi; (g) Yargı ve komisyonların bağımsızlığı ve Bölüm Onbeş'in uygulanacağı bağımsız ofisleri; (h) Parlamento fonksiyonları; (i) Hükümet yapısının ilkeleri veya (j) Bu Bölüm hükümleri. (2) 1. Fıkra uyarınca bir değişiklik teklifinin referandumda onaylanmış olması için; (a) her bölgenin en az yarısında kayıtlı seçmenlerin yüzde yirmisinin referandumda oy kullanması; (b) değişiklik referandumda oy kullanan vatandaşların basit çoğunluğu tarafından desteklenmelidir. (3) Anayasada bu maddenin (1). Fıkrasında belirtilen bir konu ile ilgili olmayan bir değişiklik ya (a) Madde 256 uyarınca Meclis tarafından ya da (b) Madde 257 uyarınca Halk ve Parlamento tarafından çıkarılacaktır” ifadelerini içermektedir.<sup>73</sup>

### **Libya (1969 Anayasası)**

Yeni Anayasa çalışmalarının yapıldığı şu günlerde Libya'da bir taslak oluşturulmuşsa da biz çalışmamızda 1969 Anayasasına göre bir tespitte bulunacağız. Anayasanın 37. maddesinde “Kalıcı Anayasa” başlığı altında; “ Kalıcı bir Anayasa yapılarına dek mevcut Anayasa yürürlükte kalmaya devam edecektir. Bu Anayasada ancak Devrim Komuta Konseyi tarafından, sadece zorunluluk halinde ve Devrimle ilgili değişiklik yapılabilecektir” düzenlemesi bulunmaktadır.<sup>74</sup>

### **Ruanda (1991 Anayasası)**

Ruanda Anayasasının 96. maddesinde; “(1) Anayasa revizyonu için girişim Devlet Başkanı ve aynı anda Millet Meclisine aittir. (2) Hükümetin cumhuriyetçi formunu, ulusal toprak bütünlüğünü, ya da Cumhuriyete egemen demokratik ilkeleri ihlal eden Anayasal revizyon tasarısı ya da teklifi verilemez. (3) Millet Meclisi tarafından herhangi bir revizyon önerisi üyelerinin en az üçte ikisi tarafından sunulmalıdır. (4) Herhangi bir revizyon Millet Meclisi üyelerinin

---

<sup>73</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/ke00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/ke00000_.html) (E.T:27.01.2016)

<sup>74</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/ly00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/ly00000_.html) (E.T: 27.01.2016)

dörtte üç çoğunluğu ile kabul edilmesi gerekir” şeklinde ifadeler vardır.<sup>75</sup>

### **Güney Afrika (1996 Anayasası)**

Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasının 74. maddesi; “Anayasanın birinci bölümünde yer alan maddelerde yapılacak değişikliklerin kabulü için önerinin Ulusal Meclisin üye sayısının en az % 75’inin (diğer anayasa değişiklikleri için üyelerin üçte ikisi) ve Senatoda eyaletlerin en az altısının desteğini alması gerekmektedir. Anayasanın “Kurucu Hükümler” başlıklı birinci bölümünde, birinci madde “Güney Afrika Devletinin a) İnsan onuru, eşitliğin gerçekleştirilmesi, insan hak ve özgürlüklerinin gelişimi, b) ırkçılığa ve cinsiyet ayrımcılığına karşı, c) anayasanın ve hukuk devletinin üstünlüğü, d) Hesap vermeyi, talepleri karşılamayı ve şeffaflığı sağlayan genel ve düzenli seçimler ile çok partili demokratik yönetim değerlerine dayalı bağımsız ve demokratik bir devlet” olduğunu belirtmektedir.

Güney Afrika Anayasasının ikinci maddesi; “Anayasa, Cumhuriyetin en üstün kanunudur; Anayasaya aykırı kanun ve işler geçersizdir ve Anayasada belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekir” şeklindedir. Üçüncü madde vatandaşlığı, dördüncü madde milli marşı, beşinci madde mili bayrağı, altıncı madde dilleri düzenlemektedir.<sup>76</sup>

### **Zimbabve (1979 Anayasası)**

Zimbabve Anayasasının 52. maddesinde; “ Parlamento tarafından, bu Anayasanın hükümlerinin tadili, yeni eklemelerin yapılması veya herhangi bir maddenin yürürlükten kaldırılması bu maddenin (6). Bendi için mümkündür, bunun dışında, hiçbir yasa, ifade bakımından bu Anayasanın herhangi bir hükmüne, değiştirme ekleme veya yürürlükten kaldırılma getiremez” denilmektedir.<sup>77</sup>

### **Tunus (1959 Anayasası)**

Tunus Anayasasının 72. maddesinde; “Anayasa değişikliği için girişim Devlet Başkanı veya Ulusal Parlamento üyelerinin en az üçte birine aittir. Ancak değişiklik teklifleri, Devletin Cumhuriyet olan şeklini etkileyecek şekilde yapılamaz” ifadeleri bulunmaktadır.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/rw00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/rw00000_.html) (E.T:27.01.2016)

<sup>76</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/sf00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/sf00000_.html) (E.T:27.01.2016)

<sup>77</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/zi00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/zi00000_.html) (E.T:27.01.2016)

<sup>78</sup> [http://www.servat.unibe.ch/icl/ts00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/ts00000_.html) (E.T:27.01.2016)

### **Mali (1991 Anayasası)**

Mali Anayasasının 118. maddesi; “Anayasayı revize etme girişimi yetkisi Devlet Başkanı ve Milletvekillerine aittir. Bir projenin veya revizyon önerisinin iki katman- da, üyelerinin büyük bir çoğunluğu ile Millet Meclisi tarafından oylanması gerekir. Bir revizyon sadece referandum tarafından onaylandıktan sonra kesinleşir. Ülke topraklarının bütünlüğünü sarsan revizyon önerileri yapılamaz. Cumhuriyetçi yön- netim şeklinin yanı sıra çok partili hayatı ve Devletin seküler yapısını ortadan kaldı- rabilecek öneriler revizyon konusu olamaz” hükümlerini barındırmaktadır.<sup>79</sup>

### **Sonuç ve Değerlendirme**

İnsan toplulukları arasında var olan barış düzeninin devamını sağlamak ya da var olan kargaşa ortamından çıkılarak huzurlu bir yapıyı tesis etmek adına ihtiyaç duyulan çatıya devlet ismini vermek mümkündür. Devletin soyut kişiliğinin somut görünümü olarak bireyler üzerinde muktedir olduğu ve bu iktidarın kimi zaman ej- derha'ya (leviathan) dönüşmesi karşısında bir dizginlenme aracı olarak anayasalar ile karşılaşılmaktadır. Dolayısı ile temelde anayasaların varoluş gayesi iktidarların sınırlandırılması ve hukuki istikrardır.

1982 Türkiye Anayasasının ilk üç maddesinin değiştirilemeyeceğini düzenleyen 4. maddesi, Türk Anayasa Mahkemesinin birçok kararında -anayasa değişikliklerini esas açısından incelediği kararlar da dahil olmak üzere- anayasasının değiştirileme- yen maddelerine atıfta bulunması karşısında yeni anayasa hazırlıklarının yapıldığı bu günlerde karşılaştırmalı hukuk adına tespitte bulunmak ve bu konuda bir öneri getirmek üzere bu çalışma yapılmıştır.

Bu incelemenin yapılmasındaki amaçlardan ilki, bireylerin devlet iktidarını ba- ğlama aracı olan anayasal belgelerin, zamanla anayasa koyucuların halk iradesini bağlamak adına kaleme aldıkları “değiştirilemeyen maddeler” ve bu maddelerin genel olarak anayasal konumlarını ortaya koymaktır. İncelememiz Amerika, Avru- pa, Asya-Ortadoğu, Afrika ülkelerinden toplamda 43 anayasa üzerinde yapılmıştır. Değerlendirmeye aldığımız Amerika ülkelerinden sadece Brezilya'da, Avrupa ül- kelerinden; Fransa, Almanya, İtalya, Portekiz, Yunanistan, Romanya ve Norveç'te, Asya-Ortadoğu ülkelerinden; Azerbaycan, Kazakistan, Rusya, Türkmenistan, Erme- nistan, İran ve Afganistan'da, Afrika ülkelerinden ise; Ruanda, Zimbabve, Tunus ve Mali'de değiştirilemeyen maddeler bulunmaktadır. Bu durumda dünya gene- linde çalışmamız kapsamındaki 43 ülkenin 19'unun anayasası değiştirilemeyen hükümler barındırmaktadır. Bu tespitle ulaşabileceğimiz ilk yorum, değiştirme yasaklarının tahmin edilenin aksine hatırı sayılır derecede çok ülkede oluşudur.

---

<sup>79</sup> [http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/Mali-EN\(12.1.1992\).pdf](http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/Mali-EN(12.1.1992).pdf) (E.T:27.01.2016)

İkinci yorum ise; değiştirme yasağı olan 19 ülkenin 10'unda bu yasak "hükümet şeklinin Cumhuriyet olması" yönündedir. Ayrıca; 7 ülkede üniter yapının değiştirilmesi, 3 ülkede federal yapının değiştirilmesi, 3 ülkede bireysel ve demokratik hakların değiştirilmesi, 2 ülkede serbest seçimlerin kaldırılması, 3 ülkede kuvvetler ayrılığı prensibinin değiştirilmesi, 2 ülkede resmi dilin değiştirilmesi, 2 ülkede resmi dinin değiştirilmesi ve 2 ülkede laiklik, 1 ülkede sekülerizmin değiştirilmesi yasaklanmıştır.

Değiştirilmesi yasaklanan maddeler konusunda yaptığımız bu çalışmanın diğer amacı ise kavramsal boyutta bu konuyu değerlendirerek, değiştirilemez maddelerin hukuken ifade ettiği manayı ortaya koyabilmektir. Bu bağlamda doktrindeki görüşlerin incelenmesi bizi şu sonuca ulaştırmıştır: Aslı kurucu iktidar, Anayasadaki bazı hükümlerin değiştirilmesini ne kadar yasaklarsa yasaklasın, toplumda değişiklik eğilimi arttıkça ve buna cesaret buldukça bu kurallar eninde sonunda değiştirilecektir. Çünkü halk girişimleri ve devrimler önlenemez şeylerdir. Eğer devletin hukuki yapısında değiştirilemez maddelerle, hukuki yollardan değişiklik yapılması engellenirse, bu değişiklik ister istemez hukukun dışına çıkılarak yapılacaktır. Hukukun dışına çıkmaktansa bu hükümlerin hukukun içinde değiştirilebileceğini kabul etmek daha isabetli görünmektedir. Anayasaları maddelerin korumayacağını, ancak ona inanmış insanların koruyabileceğini unutmamak gerekir. Değiştirilmesi yasak hükümlerin değiştirilmesi yolunun kapalı olmaması, değiştirilebilmesinin hukuken mümkün olması sadece bir hukuki imkândır, bu imkânın kullanılması ise esas itibarıyla o andaki siyasi ve sosyal yapıya bağlıdır. Bu siyasi ve sosyal yapıdaki değişkenlik, anayasal boyuta da yarılanabilmelidir. Bir kuşağın gelecek kuşakları bağlayamayacağı önermesinin kısmen yanlış olduğu ileri sürülebilir de, anayasalar, ebedi metinler olmamakla birlikte, her kuşaktan kuşağa yeniden yapılmaları gereken belgeler de görülmeyebilir. Bu açıdan Anayasanın bir iki hükmüne ilkesel içerikte değişmezlik tanımak makul karşılanabilir.

Yeni bir anayasa yolunda hızla ilerlendiği şu günlerde dünya anayasalarındaki değiştirilemez maddeleri ve kapsamalarını ortaya koymaya gayret ettiğimiz çalışmamızdan şu önerilere ulaşmak mümkündür: Öncelikle anayasanın değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez olan hükümleri değiştirilebilmeli; yeni anayasada bu tür hükümlere yer verilmemelidir. Bununla birlikte değiştirilemez hüküm bulunacaksa, bu hükmün ilkesel boyutta insan onurunu koruyucu ve güvence altına alıcı nitelikte olmasına önem verilmelidir. Devletin nitelikleri konusunda evrensel veriler de dikkate alınarak "devlet şeklinin Cumhuriyet" olması şeklindeki bir düzenleme ile yetinilmelidir.



### KAYNAKÇA

*Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları*, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, Mayıs 2011.

ÇAğLAR Bakır, *Anayasa Bilimi*, İstanbul 1989.

ERDOğAN Mustafa, *Anayasa ve Özgürlük*, Ankara, 2002.

ERDOğAN Mustafa, "Değiştirilemez Hükümler' Demokrasiyle Bağdaşır mı?", *Star Açık Görüş*, 13.09.2010.

ERDOğAN Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Ankara, 2011.

EREN Abdurrahman-ALESKERLİ Alesker, *Yeni Anayasalar*, Ankara, 2005.

EROğUL Cem, *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara 1974.

FRIEDRICH, Carl J., *Constitutional Government and Democracy*, Boston, 1950.

GÖREN Zafer, "Anayasa Koyan Erk Ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler D.*, Yıl 8, S. 16, Güz 2009.

GÖZLER Kemal, *Kurucu İktidar*, Bursa, 1998.

GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa, 2010.

GÜLER Gülşah Yalçın, "Anayasa Değişiklikleri, Kurucu İktidarlar ve Meşruiyet", *Sayıştay Dergisi*, S. 66-67.

KAPANİ, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara 1970.

KÜÇÜK Adnan, "Yeni Anayasa Yapımı Eşiğinde: Demokratik İradenin "Anayasadaki Değiştirilmesi Yasak Hükümler"le Bağlanması", *Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı*, İstanbul, 2012, C.3.

LÜTEM İlhan, *Yeni Anayasalar*, Ankara, 1953.

ONAR Erdal, *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara, 1993.

ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2011.

ÖZBUDUN Ergun, "Anayasa'nın Değiştirilemez Hükümlerinin Bağlayıcılığı", *Zaman*, 16.12.2008.

TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, 1998.

TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, 2012.

TUNAYA, Tarık Zafer, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul 1980.

TUNÇ Hasan, *Türkiye'ye Komşu Devletlerin Anayasaları*, Ankara, 2008, s.114.

# SİYASAL ENTEGRASYON VE AVRUPA BİRLİĞİ SÜRECİNDE EGEMENLİĞİN DÖNÜŞÜMÜ

*Political Integration and Transformation of Sovereignty  
in the Process of European Union*

**Arş. Gör. Neslihan ÖZELER\***

## ÖZET

Egemenlik kavramı tarihsel süreçte önemini her zaman korumuş olmakla birlikte sahip olduğu anlam çeşitli değişikliklere uğramıştır. Vurgulamak gerekir ki egemenlik kavramındaki bu değişiklikler, tarihsel kırılma noktalarıyla da eş zamanlı olarak meydana gelmiştir. Egemenlik, bu kırılma anlarından bazen daha güçlü, bazen de kimi unsurlarını kaybederek çıkmıştır. Avrupa Birliği ile gelinen süreçte ise egemenlik kavramının yeni bir dönüşüm içerisine girdiği söylenmektedir. Ancak asıl tartışılması gereken, bu dönüşümün nasıl ve nereye kadar devam edeceğidir. Avrupa Birliği egemenlik anlayışı, ekonomik entegrasyondan siyasal entegrasyona doğru dönüşüm yaşamaktadır. Bu dönüşümün gelecekte alacağı şekil ile ilgili fikir sahibi olunabilmesi için ise, bugüne kadar olan sürecin ve bugün geldiği noktanın doğru bir şekilde tahlil edilmesi gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Egemenlik, Entegrasyon, Siyasal Entegrasyon, Avrupa Birliği.

## ABSTRACT

The concept of sovereignty has protected its importance in historical process. Also its meaning has experienced some changes. It must be emphasized that the changes in the concept of sovereignty synchronized with historical breaking points. Sovereignty sometimes survived more powerful but sometimes lost its components. It is said that through the process of European Union, the concept of sovereignty entered in a new transformation period. However, the main question must be that how and how far the transformation will proceed. The understanding of sovereignty of European Union has experienced a transformation from economic integration to political integration. To gain insight about future position of this transformation, correct analyzing of the past and current position is needed.

**Keywords:** Sovereignty, İntegration, Political İntegration, European Union.

◆◆◆◆

---

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.  
nesli\_ozeler1988@hotmail.com



## GİRİş

Çok boyutlu bir kavram olan entegrasyon, ekonomiden siyasete, eğitimden sosyolojiye kadar oldukça geniş bir yelpazede ele alınabilir. Tam bir entegre yapının sağlanması ise bu farklı alanlardaki entegrasyon hareketlerinin de entegre edilmesine bağlıdır. Bir başka deyişle, siyasi entegrasyon ekonomik entegrasyona, o da sosyal ve kültürel ya da eğitim entegrasyonuna, nihayetinde her biri bir diğerine bağlıdır. Esas olarak siyasi yaklaşımın kullanılacağı bu çalışmada siyasi entegrasyonun ham maddesi olarak tabir edebileceğimiz egemenlik kavramının ortaya çıkışı ve dönüşümü konusundaki görüşlere yer verildikten sonra, siyasi entegrasyon türleri ve Avrupa entegrasyonunun günümüzdeki egemenlik anlayışına değinilecek, bu egemenlik anlayışının Anayasamızla olan ilişkisi açıklanmaya çalışılacaktır. Son bölümde ise siyasi entegrasyonun günümüzde sahip olduğu nitelikten yola çıkarak egemenlik kavramının gelecekteki görünümü ile ilgili görüşlere yer verilecektir.

## I. EGEMENLİK VE ENTEGRASYON

### 1. Egemenlik Kavramı

Yönetimini hiçbir kısıtlama veya denetime bağlı olmaksızın sürdüren, bağımlı olmayan, hükümlan, hâkim<sup>1</sup> anlamlarına gelen egemen sözcüğünün ilk kullanımının batı dillerinde 12. yüzyıla rastladığı söylene de mutlak, sınırsız devredilmez bir güç kavramı olarak ilk kullanım 16. yüzyılda Jean Bodin tarafından gerçekleştirilmiştir<sup>2</sup>. Bodin tarafından siyaset bilimi literatürüne kazandırılan egemenlik kavramını Machiavelli, “güçler arasında en üstünü” olarak tanımlamıştır. Bu dönemde egemenlik meşruiyetin temeli olarak gösterilmeye çalışılmış, dinsel ve geleneksel meşruiyetten rasyonel meşruiyet anlayışına geçilmesi amaçlanmıştır<sup>3</sup>.

Bugün kullandığımız anlamda egemenlik kavramının 16. yüzyılda ortaya çıkması tesadüf değildir. Aydınlanma çağının başlangıcı sayılan bu yüzyıl her şeyden önce bilimsel düşünüşün ortaya çıktığı çağdır. Dinsel düşünüşten bilimsel düşünüşe geçiş, başta ekonomik olmak üzere sosyal ve siyasi değişimleri de beraberinde getirmiştir. Batıda filizlenen egemenlik kavramı, parçalanmış ve savaş halindeki feodal yapıların birleştirilerek mutlak monarşilerin

---

<sup>1</sup> Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Ankara, 2005, s. 604.

<sup>2</sup> **Göztepe**, Ece, *Avrupa Birliği'nin Siyasi Bütünleşmesi ve Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu*, Ankara, 2008, s. 20-22.

<sup>3</sup> Çetin, Halis, İktidar ve Meşruiyet, *Siyaset* adlı kitabın içinde, Der. Mümtazer Türköne, Ankara, 2003, s. 39-40.

kurulmasına hizmet etmiş, Machiavelli, Bodin ve Hobbes bu siyasal düşüncenin en önemli temsilcileri olmuştur<sup>4</sup>.

Machiavelli'nin temel düşüncesi İtalyan birliğinin sağlanmasıdır. Bu birliği sağlama konusunda kiliseyi bir engel olarak görmekte, ayrıca siyasal erkin Tanrı'dan değil güçten doğduğunu savunmaktadır. Machiavelli, mutlak monarşiyi, siyasal birliğin kurulması için zorunlu görmektedir. Onun monarşisinde monarkın egemenliği sınırsızdır<sup>5</sup>. Machiavelli, modern anlamda egemenlik tanımını yapmamakla birlikte, egemenliğin laikleştirilmesi ve mutlak hale getirilmesi açısından siyaset felsefesinde önemli bir yere sahiptir.

Machiavelli'den sonra, Bodin tarafından iktidarın mutlaklığı, egemenin özellikleri sıralanarak yeniden vurgulanmıştır. Bodin, modern anlamda egemenliğin tanımını yapan ilk düşünür olarak kabul edilmektedir. Bodin'de egemenlik mutlak olmakla birlikte Machiavelli'de olduğu gibi sınırsız değildir. Ona göre egemenliğin sınırı ilk olarak tanrısal ve doğal yasalardır. Bunlar kralın istencinin üzerinde, adalet ile özgürlük, mülkiyet, güvenlik, barış gibi hakları içeren, yazılı olmayan ama insanların vicdanlarına sinmiş yasalardır<sup>6</sup>. Hatta doğal yasalardan farklı ve pozitif olarak kralın uymak zorunda olduğu (tahta geçişte esas alınan ardılık ilkesi gibi) yasalar ve dolayısıyla sınırlamalar bulunmaktadır<sup>7</sup>. Egemenin uymak zorunda olduğu bir diğer sınırlama türü de ekonomik sınırlamalardır. Örneğin egemen aklına estiği zaman vergilendirme yoluna gitmemeli, bunun için toplumsal tabakaların onayını almalıdır<sup>8</sup>.

Machiavelli'nin laikleştirdiği ve Bodin'in kapsamını genişlettiği egemenlik, Hobbes ile sistematikleştirilmiş ve felsefi olarak sunulmuştur<sup>9</sup>. Hobbes'un siyaset felsefesi, toplum sözleşmesi teorisine dayanmaktadır. Buna göre, devlet öncesi toplum kaos içerisindedir. Bu kaos ortamının sonlandırılması amacıyla, insanlar tüm güç ve yetkinin tek kişiye devredilmesi konusunda anlaşmaya varmışlardır. Bu şekilde yaratılan egemenliğin, tek ve ulvi amacı ise güvenliğin sağlanmasıdır. Hobbes'un egemeni de tıpkı Bodin'de olduğu gibi sürekli ve bölünmezdir<sup>10</sup>. Egemen, Locke'ın egemen anlayışından farklı olarak, toplum sözleşmesinin tarafı olmadığı için herhangi bir yükümlülük altına girmemiştir ve dolayısıyla yasa yapma yetkisini haiz olmakla birlikte koyduğu yasalara

---

<sup>4</sup> Şenel, Alaeddin, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Ankara, 2013, s. 299, 308.

<sup>5</sup> Şenel, s. 329-335.

<sup>6</sup> **Ağaoğulları**, Mehmet Ali/**Köker**, Levent, *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, Ankara, 2009, s. 37.

<sup>7</sup> Ağaoğulları/Köker, , s. 37.

<sup>8</sup> Ağaoğulları/Köker, , s. 38.

<sup>9</sup> Şenel, s. 345.

<sup>10</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 225.

uyuma zorunluluğu yoktur<sup>11</sup>. Çünkü egemenin iyiliği ile halkın iyiliği ayrılamaz olduğundan, onun yaptığı her yasa halkın iyiliği içindir<sup>12</sup>. Ancak bu sınırsız egemenliğin de bazı “doğal sınırları” bulunmaktadır. Örneğin; egemen devleti yıkamaz ve dağıtamaz. Egemenin erki mutlaktr ve bu mutlaklığı egemenin kendisi dahi bozamaz. Egemen keyfi bir biçimde hareket etmeyeceği gibi erdemli, iyi ve adil olması beklenmez. Çünkü egemen, erdemin, iyinin ve adaletin temsilcisidir<sup>13</sup>.

Felsefi olarak teorisi oluşturulan egemenlik kavramının tam olarak anlaşılması için dönemin sosyal, toplumsal olaylarının da birlikte değerlendirilmesi gerekir. 16. yüzyıl bilimsel gelişmenin, coğrafi keşiflerin ve ekonominin canlandığı bir dönemdir. Ekonomik gelişmenin sonucu olarak, sınırları ve yetkileri tanınmış bir yapılanmanın kurulması elzem hale gelmiş ve bu şekilde modern anlamda devlet oluşturulmuştur. Modern devlet bir ihtiyaç olarak belirmiş, bu ihtiyacın giderilmesi için de düşünsel ve sistematik temeller atılmıştır. Siyasal birliğin sağlanmasından sonra ise egemenlik kavramı misyonunu tamamlamış ve sıra bu egemenliğin dönüştürülmesine gelmiştir<sup>14</sup>. Tanrıdan alınıp monarka verilen egemenliğin, bu sefer de monarktan alınarak parlamentolar aracılığıyla halka verilmesi düşüncesi ortaya çıkmıştır. İlk durumun simgesel tarihi olarak Westphalia Anlaşması(1648), ikincisi için ise Fransız İhtilali (1789) kabul edilmektedir. İkinci dönem olan liberalleşme çağının en önemli düşünürlerinin de Locke ve Rousseau olduğu söylenebilir. Artık mutlak monarkların yerine, kuvvetlerin ayrıldığı, anayasayla sınırlandırılmış ve parlamentolar aracılığıyla kullanılan bir egemenlik anlayışı savunulmaya başlamıştır.

Kısaca yukarıdaki şekilde özetlenebilecek modern çağın egemenlik anlayışı 20. yüzyılda yeni bir değişim sürecine girmiştir. 400 yıl boyunca sınırların belirginleştirilerek bu sınırların içinde ve dışında ayrı şekillerde kurgulanan egemenlik olgusundan sonra, sıra bu belirgin sınırların silikleştirilmesine gelmiştir. Modern dönemin ürünü olan devletlerin entegrasyonu sürecine girilmiştir ve adeta *postmodern egemenlik* anlayışı baş göstermiştir. Bu yeni egemenlik anlayışının en önemli örneği ise II. Dünya Savaşı'ndan sonra başlayan ve sürecinin günümüzde dahi devam ettiği Avrupa Birliği, yani Avrupalı devletlerin entegrasyonu sürecidir. Çalışmamızın bundan sonraki kısmında kısaca entegrasyon kavramına, Avrupa entegrasyon sürecine ve bu sürecin devletlerin egemenliği ile ilişkisine değinilecektir.

---

<sup>11</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 230, 234.

<sup>12</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 238.

<sup>13</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 247.

<sup>14</sup> Şenel, s. 309.

## 2. Entegrasyon Kavramı

### a. Genel Olarak

Bütünleşme, bir araya ya da bütün haline gelme ve uyum<sup>15</sup> anlamlarına gelen entegrasyon sözcüğü en genel şekliyle, «kapsayıcı sistemin dağılık unsurlarının tutarlı bir yapılanma içerisinde bütünü uyumlaştırılmış birleşik birimleri biçimine dönüştürülmeleri»<sup>16</sup> şeklinde tanımlanabilir. Başta da söylendiği gibi, kavram salt siyasal bir anlam taşımamaktadır. Ekonomik ve sosyal entegrasyon gibi pek çok türü bulunmaktadır. En önemli siyasal entegrasyon olarak ele alacağımız Avrupa bütünleşmesinde siyasal entegrasyonunun en son basamak olarak öngörülmesi, hem bu çeşitliliğin hem de aralarındaki kaçınılmaz bağlantının başlıca kanıtını teşkil etmektedir. Çalışmamız her ne kadar egemenlik kavramıyla ilişkili olarak siyasal entegrasyonu konu edinse de, siyasal entegrasyonun mütemmim cüzü olarak ifade edebileceğimiz ekonomik ve sosyal entegrasyon kavramlarının ne ifade ettiği hususuna da kısaca değinmek yerinde olacaktır.

### b. Ekonomik Entegrasyon

En kısa şekilde piyasaların bütünleştirilmesi anlamına gelen ekonomik entegrasyonun negatif ve pozitif olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Negatif yönünde, üretim faktörlerinin serbest dolaşımına engel olabilecek faktörlerin ortadan kaldırılması, pozitif yönünde ise ortak politikalar ve bu politikalara işlerlik kazandıracak ortak yasalar oluşturulması kastedilmektedir. Ekonomik entegrasyonun; serbest ticaret bölgesi, gümrük birliği, ortak pazar, ekonomik ve parasal birlik ile tam ekonomik entegrasyon olarak değişik düzeyleri bulunmaktadır<sup>17</sup>.

### c. Sosyal Entegrasyon

Sosyal entegrasyon, sosyal bir yapıdaki farklı parçaların bir araya gelerek belirli bir toplum oluşturması anlamına gelmekle birlikte bu entegrasyon türü, güce dayalı olmayan, rızaya bağlı toplumsal ve kültürel bir süreci kapsamaktadır<sup>18</sup>. Malinowski, her bir kültürel yapının var olabilmesinin entegre olmasına bağlı olduğunu söylemekte, kültürü ise değer yargıları, alışkanlık, gelenek,

---

<sup>15</sup> Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2005, s. 336.

<sup>16</sup> Karakaş, Yusuf, *Avrupa Birliği'nde Siyasal Entegrasyon*, Ankara, 2002, s. 7.

<sup>17</sup> Karakaş, s. 8-10.

<sup>18</sup> Erkal, Mustafa E, "Social Integration", *İstanbul Journal of Sociological Studies*, www.journals.istanbul.edu.tr. Sayı 25, Yıl 1998, E.T. 09.12.2015, s. 131.

görenek ve sosyal miras aracılığıyla oluşturulmuş sosyal davranışların entegre olmuş biçimi olarak tanımlamaktadır<sup>19</sup>. Sosyal entegrasyon süreci üç basamaktan oluşmaktadır. İlk basamakta, entegre olacak yeni birimlerin topluma sunulması, bir başka deyişle toplumun yeniliği tanınması gerekmektedir. İkinci olarak toplumun bu yeniliği kabul etme şeklinde göstereceği tepkidir. Bu aşamadan sonra toplumun büyük bir kesiminin rızası ile entegrasyon sürecinin tamamlanması sağlanacaktır<sup>20</sup>. Rıza, sosyal entegrasyonun ayırt edici unsurudur. Rızanın eksikliği entegrasyon değil asimilasyon ya da karışma (*amalgamation*) gibi farklı değişim şekillerinin oluşmasına neden olacaktır.

#### d. Siyasal Entegrasyon

Siyasi birimlerin birleştirilmesi, benzeştirilmesi ve organize edilmesi anlamına gelen siyasal entegrasyonun dört ana elementi bulunmaktadır. Bunlar; ortak hukuk, ortak kurumlar, ortak kural koyma merkezi ve ortak kimliktir. Bu dört kategorinin iki veya daha fazla siyasi birime uygulanması ile bu birimlerden tek bir siyasi topluluğun oluşturulması sağlanır. Bu entegrasyon modelinin esas noktası ise siyasi birimlerin yetkilerini, yeni oluşturulacak siyasal birliğe devretmesidir<sup>21</sup>.

Siyasal entegrasyonun dört farklı görünüm şekli olduğu söylenmektedir. Bunlardan ilki ortak karar alma sistematliğini geliştirme amacıyla olan kurumsal entegrasyondur. İkincisi, alınan ortak kararların yürütülmesi, ortak idari politikaların tasarrufa geçirilmesi amacı taşıyan yönetsel entegrasyondur. Diğer modeller, ekonomik ve siyasi kesim ile kamu kesimini bütünlemesini amaçlayan davranışsal entegrasyon ve son olarak da çoğulcu barışı korumaya yönelik güvenlik entegrasyonudur<sup>22</sup>.

Siyasal entegrasyon teorisinin uygulamaya geçişi 20. yüzyıla rastlarsa da fikri temelleri daha öncesine dayanmaktadır. Öncelikle, bir Hıristiyan birliği düşüncesi ortaçağlara değin uzanmaktadır. Victor Hugo'nun "bir gün gelecek silahlarınız elinizden düşecek, Paris ve Londra, Petersburg ve Berlin, Viyana ve Turin arasındaki savaş size boş ve imkansız görünecek, kıtanın tüm insanları, kişiliğini ve ayırık kalitesini kaybetmeden üstün bir birlik içinde yakın bir biçimde birleşecek ve Avrupa kardeşliğini kuracaktır»<sup>23</sup> sözü de bu bütünleşme

---

<sup>19</sup> Erkal, s. 132.

<sup>20</sup> Erkal, s. 136.

<sup>21</sup> Iliovski, Nikola Lj, "The Concept of Political Integration: The Perspectives of Neofunctionalist Theory", *Journal of Liberty and International Affairs*, Vol. 1, No. 1, 2015, s. 2.

<sup>22</sup> Karakaş, s. 10-11.

<sup>23</sup> Hugo, Victor, "My Revenge is Fraternity", <http://www.ellopos.net/politics/hugo-address->

fikrine örnek olarak gösterilmektedir. Benzer düşünceleri Rousseau ve Kant'ta da görmek mümkündür. Rousseau, ulus üstü niteliğe sahip ve aynı zamanda üye ülkelerin iç işlerine karışma yetkisi bulunan federal bir Avrupa birliği; Kant ise Avrupa'da sürekli barış ortamını sağlayacak bir Avrupa birleşik devletleri düşüncesini savunmuştur<sup>24</sup>.

Siyasal entegrasyonun görünüm şekli olan ulus üstü birliklerin öncelikli amacının kalıcı barışın sağlanması olduğunu öne sürmek yanlış olmayacaktır. Westphalia ile başlayan ulusal egemenlik anlayışının ulus üstü bir mekanizmaya devredilmesi fikrinin filizlenmesi sürecinin, bir nevi yargı yetkisinin genişlemesi anlamına gelen, ilk uluslararası ceza mahkemelerin kurulması ile başladığı söylenmiştir. Bu fikir ilk olarak, 1870 Fransa Prusya Savaşı sonrasında Gustave Moynier tarafından Uluslararası Kızılhaç Komitesi'ne sunulan ve savaş hukuku ve diğer insancıl normların uygulanmasını sağlayacak uluslararası bir mahkeme kurmaya yönelik anlaşma teklifi ile öne sürülmüş ancak başarısız olmuştur<sup>25</sup>. Aynı düşünce ikinci kez, I. Dünya Savaşı sonrasında imzalanan Versay ve Sevr Antlaşmaları ile gündeme gelmiş lakin *vestafelyan* egemenlik anlayışı yine galip gelmiştir. Bu fikrin hayata geçmesi için adeta, bir dünya savaşı tecrübesinin daha yaşanması gerekecektir. II. Dünya Savaşı sonunda kurulan Nuremberg ve Tokyo yargılamaları bu fikrin görünen sembolü olmuştur. Bu iki mahkeme, bireylerin yetkilerini kötüye kullanarak uluslararası hukuka aykırı davranışlarının uluslararası düzeyde yargılanmasının ilk örneğini teşkil etmiştir<sup>26</sup>.

Siyasal entegrasyonun gerçekleşebilmesi için ulus devletlerin egemenliklerinden bir nevi feragat etmesi gerekmektedir. Yukarıdaki bahsedilen düşünceye göre bu devrin ilk görüldüğü alan yargı faaliyeti olmuştur. Her biri tek başına egemen olan devletler ulus üstü bir yargı yetkisini kabul etmişlerdir. Egemen bir devletin ulus üstü bir mahkemenin yetkisini tanıması, yetki devrinin bir görünümü ve bunun siyasal entegrasyon için önemli bir unsur olduğu kabul edilse de bu şekilde kurulan mahkemelerle siyasal bir entegrasyonun amaçlandığını söylemek güçtür. Söz konusu yargılamalar bir entegrasyon sağlama amacından çok sadece bir ulusu ilgilendiremeyecek kadar ehemmiyet

---

ses-europe.asp, E.T. 19.01.2016, Çeviri için bkz. Özkan, Işıl, *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*, Ankara, 2011, s. 31-32.

<sup>24</sup> **Akdemir, Erhan**, "Avrupa Bütünleşmesinin Tarihçesi", *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar*, Ed: Belgin Akçay/İlke Göçmen, Ankara, 2012, s. 39.

<sup>25</sup> **Maogoto**, Jackson Nyamuya, "Westphalian Sovereignty in Shadow of International Justice? A Fresh Coat of Paint for a Tainted Concept", *Re-Envisioning Sovereignty-The End of Westphalia?*, Ed. by Trudy Jacobsen/ Charles Sampford/Ramesh Thakur, England, 2008, s. 211.

<sup>26</sup> Maogoto, 215.

arz eden suçların ulus üstü bir mekanizmayla cezalandırılmasını sağlamaktır. Bunun dışında ortak bir yargı makamının kurulması için ortak bir hukuk kurulumunun olması gerekmektedir. Yani, yetki devri yapıldığı varsayılan ulus üstü yargı ağı ancak daha öncesinde öngörölmüş ortak ve bağlayıcı hukuk sisteminin sağlayıcısı, teminatı ya da müeyyidesi olarak kurulacaktır.

Günümüzdeki en önemli siyasal entegrasyon modeli olan Avrupa Birliği'ne bakıldığında sürecin ortak mahkeme ya da ortak hukuktan ziyade ortak ekonomik politikalardan başladığı görölmektedir. Kalıcı barışı sağlayarak mutlak bir güç olma amacı taşıyan bütünleşme hareketinin öncelikle savaş sebeplerini ortadan kaldırmaya çalışması mantıklıdır. Ekonomik yönden sağlanan rahatlatma beraberinde toplumsal, kültürel ve nihayetinde siyasal bütünleşmeyi getirecektir. Avrupa Birliği siyasal entegrasyon sürecinde de adım adım bu aşamaların görölməsi mümkündür. Ancak nihai siyasal entegrasyonun sağlandığı hususu ya da bu şekilde bir entegrasyonun mümkün olup olmayacağı konusu tartışmalıdır Bu tartışmaya geçmeden önce siyasal entegrasyon teorileri ve Avrupa Birliği egemenlik anlayışına değinilmesi isabetli olacaktır.

## II. SİYASAL ENTEGRASYON TEORİLERİ

### 1. Federal Teori

İlk olarak karşılaşılan entegrasyon modeli federal teoridir. Bu teori, ulus devleti egemenlik anlayışının en radikal karşıtı ve en sıkı ilişkiler öngören entegrasyon modelidir. Anayasal temele dayanan bir yetki devri öngörmektedir. Buna göre, tıpkı Amerika kıtasında olduğu gibi bir *Avrupa Birleşik Devletleri* fikri ortaya çıkmıştır<sup>27</sup>.

Federal model taraftarları, federal Avrupa devleti idealine ulaşmak için farklı metotlar önermişlerdir. Ancak Spinelli ve Rossi gibi klasik federalistler, bu amaca radikal bir anayasa düzenlemesi yani, bir anayasal devrim ile ulaşılacağını söylemişlerdir. Jean Monnet ise entegrasyonun bu şekilde radikal değişikliklerin sonucu olmayacağını belirterek kademeli ya da fonksiyonel federalizm şeklini savunmuştur<sup>28</sup>. Federal teori, uluslararası ilişkilerdeki idealist akımın varsayımlarına dayanarak ortaya çıkarılmış ve kalıcı barış için ulus devlet anlayışına karşı çıkmıştır. Bu anlayış, teorik bir alt yapı önermeden pratiğe

---

<sup>27</sup> Karakaş, s. 12-13.

<sup>28</sup> **Bergmann, Julian/Niemann, Arne**, "Theories of European Integration and their Contribution to the Study of European Foreign Policy", [https://internationale.politik.uni-mainz.de/files/2012/10/BergmannNiemann\\_Theories-of-European-Integration\\_final-version-00000003.pdf](https://internationale.politik.uni-mainz.de/files/2012/10/BergmannNiemann_Theories-of-European-Integration_final-version-00000003.pdf), E.T. 23.12.2015, s. 5.

yönelik çözümler ürettiği için eleştirilmiş ve işlevselci teorinin oluşturulmasını sağlamıştır<sup>29</sup>.

## 2. İşlevselci Teori

İşlevselci teori, tam bir siyasi birlik öngören federalist yaklaşımın tersine daha düşük seviyedeki politik konularda işlevsel birleşmeyi önermektedir. Mitrany tarafından savunulan bu teoriye göre entegrasyon, spesifik bir gereksinime cevap veren ve ideolojiden arındırılmış teknik ve uzman bir işbirliği ile sağlanmalıdır<sup>30</sup>. Teknik işlevleri yerine getirmekle sorumlu uluslararası örgütlerin kurulmasıyla, teknik sorunlar siyasal tereddütlerden arınmış bir şekilde çözüme kavuşacaktır. Ancak bu yaklaşım da siyasi iradenin gücü ve etkisinin göz ardı edilmesi sebebiyle eleştirilmiştir<sup>31</sup>.

## 3. Yeni İşlevselci Teori

Bu teori, federal teori ile işlevselci teorinin eleştirilen kısımlarına yeni açıklamalar getiren ve bu yönüyle her iki teorinin karması niteliğini taşıyan bir yaklaşımdır. Federalizmdeki idealist akımının aksine, pragmatik bir tutum sergilemektedir. Fayda ve zarar ekseninde yayılmacı bir politika izlemektedir. Bu teoride yayılma etkisi (spill-over effect) anahtar kelimedir. Birbirini etkileyen üç tür yayılmadan söz edilmektedir. Sektörel bazdaki entegrasyon, yani bir sektördeki entegrasyonun başka bir sektörü etkileyerek içine alması *işlevsel yayılmayı*, işlevsel yayılma *siyasal yayılmayı*, o da coğrafi yayılmayı tetikleyecektir. Burada görüleceği üzere, siyasal yayılmayı entegrasyonun bir unsuru olarak görmekle klasik işlevselci yaklaşımdan uzaklaşarak federal teoriyle yakınlaşmaktadır<sup>32</sup>.

Bir süreç olarak anlaşılması gereken entegrasyonun başlangıç noktası ulusal egemenliğin korunduğu ve kararların oybirliği ile alındığı bir işbirliği ya da ortaklaşmadır ve sürecin bir sonraki adımı bu işbirliğinin kurumsallaşmasıdır<sup>33</sup>. Bu kurumsallaşma sonrasında yetki devri aşaması gerçekleşecek ve işbirliğinden bütünleşmeye geçilmiş olacaktır. Bir sürece tekabül eden entegrasyonun iki önemli olmazsa olmazı bulunmaktadır: ilki, ulus üstü kurumların kurulması

---

<sup>29</sup> Akgül Açıkmeşe, Sinem, "Uluslararası İlişkiler Teorileri Işığında Avrupa Bütünleşmesi", *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 1, Sayı 1, Yıl 2004, s. 4-5.

<sup>30</sup> Karacasulu, Nilüfer, "Avrupa Entegrasyon Kuramları ve Sosyal İnşacı Yaklaşım", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 3, Sayı 9, Yıl 2007, s. 85.

<sup>31</sup> Akgül Açıkmeşe, s. 6.

<sup>32</sup> Akgül Açıkmeşe, s. 7, 8.

<sup>33</sup> Ilievski, s. 8.



ikinci de kararların oybirliği ile alınmasından oyçokluğu ile alınmasına geçilmesidir<sup>34</sup>.

#### 4. Konfederasyon Teorisi

Konfederasyon entegrasyonun temelinde katılımcı birimlerin hukuken ve fiilen egemen devletler olması söz konusudur. Ulus üstü birliktelikte ulusal çıkarlar ön planda olmakla birlikte entegrasyonun temel felsefesi ulusal çıkarlar ile ortak beklentilerin uyumlulaştırılmasıdır. Ulus devletlerin mutlak egemenlik alanları olarak görülen düzenlemeler konfederasyon dışında tutulmalı, ulus devlet çıkarlarının uyumunun söz konusu olmadığı durumlarda entegre işbirliği sağlanmalıdır. Konfederasyon teorisi entegre bir yapıdan ziyade işbirliği modeline yönelik bir kavramsal çerçeve öngördüğu için eleştirilmiş olmakla beraber, realist yaklaşım uyarınca, henüz tam bir siyasi entegrasyona hazır olmayan devletler için geçiş ya da hazırlık teorisi olarak görülmesinin mümkün olacağı söylenmiştir<sup>35</sup>.

#### 5. Hükümetlerarasıcılık (*intergovernmentalism*) Teorisi

1960lı yılların ortalarına kadar gündemde olan yeni işlevselci yaklaşım bu tarihten sonra yerini hükümetlerarasıcılık teorisine bırakmıştır. Bu teori, ulusal hükümetleri baş aktör olarak yeniden öne çıkarmaktadır. Buna göre, ulusal hükümetler, sadece kazanımların fazla ve fakat diğer hükümetlerle sağlıklı bir uyum gerçekleşmesinin zor ve verimsiz olacağı durumlarda, yetkilerini ulus üstü kurumlara devretmektedirler<sup>36</sup>.

Bu teori, idealist ve pragmatik yaklaşımların yerini realist yaklaşımlara bıraktığını göstermektedir. Yukarıda bahsedilen, kazanımlarının fazla olacağı entegrasyon alanlarının, realist teorideki alçak politika konuları arasında görülen ekonomik, toplumsal ve kültürel alanlar olacağı söylenmekte ancak para, dış politika ve savunma gibi yüksek politik alanlarda ulusal hükümetlerin başrolde olacağı iddia edilmektedir<sup>37</sup>.

Bahsi geçen teoriler, en temel siyasi entegrasyon teorileri olup, Avrupa bütünleşmesi süreci boyunca farklı pek çok teori geliştirilmiştir. Bu konuda verilen bilgilerle yetinilerek günümüzde Avrupa entegrasyonunun egemenlik anlayışındaki en temel ilkeye değindikten sonra bu ilkenin ülkemizin, birliğe

---

<sup>34</sup> Ilievski, s. 8.

<sup>35</sup> Karakaş, s. 27-30.

<sup>36</sup> Bergmann/Niemann, s. 7-8.

<sup>37</sup> Akgül Açıkmeşe, s. 10, 11.

adaylık sürecinde ve üye olması halinde Anayasamız ile ilişkisi açıklanmaya çalışılacaktır.

### III. YETKİ DEVRİ ÜZERİNDEN AVRUPA ENTEGRASYONU: *SUBSİDİARİTE İLKESİ*

Subsidiarite kavramı, yerellik, ikincil durumda bulunma anlamlarına gelmektedir. Asıl olarak federal devletlerin aşına olduğu bu kavram uzun yıllar boyu Avrupa entegrasyonu için de tartışılmıştır<sup>38</sup>. Bu ilke üye devletler ile birlik arasında egemenlik ve yetki paylaşımında bir denge kurmayı amaçlamaktadır<sup>39</sup>. Avrupa Birliği Antlaşması'nın 5. maddesinde ilke şu şekilde açıklanmıştır (maddede subsidiarite ilkesi katmanlı yetki olarak ifade edilmiştir):

“Birliğin yetkilerinin sınırları, yetkilendirilme ilkesine tabidir. Birlik yetkilerinin kullanılması, katmanlı yetki ve orantılılık ilkelerine tabidir.

Yetkilendirilme ilkesi gereğince Birlik, Antlaşmalarda belirlenen hedeflere ulaşmak için, ancak üye devletler tarafından Antlaşmalarda kendisine verilen yetkilerin sınırları dâhilinde hareket eder. Antlaşmalarda Birliğe verilmemiş yetkiler üye devletlere aittir.

Katmanlı yetki ilkesi gereğince, Birlik, münhasır yetkisine girmeyen alanlarda, sadece, öngörülen eylemin amaçlarının üye devletler tarafından merkezi düzeyde veya bölgesel ve yerel düzeyde yeterli biçimde gerçekleştirilemeyeceği ve fakat söz konusu eylemin boyutu ya da etkileri itibarıyla Birlik düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebileceği durumlarda harekete geçer”<sup>40</sup>.

Kısaca, açıkça yetkilendirilmediği konularda yerel düzenlemelerin yapılabilceğini söyleyen subsidiarite ilkesinin iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki *bottom up* denilen aşağıdan yukarıya, ikincisi *from above* denilen yukarıdan aşağıya subsidiarite ilkesidir. İlk yaklaşım daha ziyade yerel yönetim argümanı olarak kullanılmakta ve merkezi birimin, alt idari birimlerin yedeği ya da ikamesi olduğu anlamına gelmektedir<sup>41</sup>. İkincisi ise, tam tersine merkezi otoriteye öncelik vermekte ve asıl olanın, belirli bir alanda ulaşılmak istenen hedefi

---

<sup>38</sup> **Bozkurt**, Enver/ Özcan, Mehmet, “Subsidiarite (İkincilik İlkesi) ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme», *SDÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, Yıl 2001, s. 7.

<sup>39</sup> Bozkurt/Özcan, s. 9.

<sup>40</sup> Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, <http://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, E.T. 22.12.2015. Madde benzer şekilde Lizbon Antlaşması'nın 3. maddesinde de yer almaktadır.

<sup>41</sup> Bozkurt/Özcan, s. 9.

gerçekleştirmek için merkezi otoritenin kendi müdahale ve düzenleme yapma yetkisini gerekli görmesi olduğunu söylemektedir<sup>42</sup>.

1987 yılında Avrupa Tek Senedi'nde çevresel politikalarda açıkça ifade edilmeden kullanılan bu ilke ilk kez Maastricht Antlaşması'yla gündeme gelmiştir<sup>43</sup>. Bu ilke doğrultusunda birlik kurumlarının müdahalesi için üç şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bunlardan ilki, birliğin açıkça yetki dışı bırakılmamış olması, ikincisi yapılması gereken işlemde üye devletin tek başına yeterli ve etkili olamayacak olması, sonuncusu da işlemin birlik kurumları tarafından yapılmasının daha verimli ve etkili olmasıdır<sup>44</sup>. Bu ilke özellikle yasama faaliyeti için önemli olmakla birlikte, üye devletlerin bu ilkeye uygun davranıp davranmadığı Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından kontrol edilmektedir<sup>45</sup>.

#### IV. AVRUPA EGEMENLİK ANLAYIŞI VE TÜRKİYE

##### 1. Egemenlik Alanlarının Belirlenmesi

Tanrıdan alınıp yeryüzüne indirilen mutlak, sınırsız ve bölünmez egemenlik anlayışından sonra egemenliğin monarktan alınıp millete verildiği ve bölünerek her bir kuvvetin birbirinden bağımsızlaştırıldığı anlayışa geçilmiştir. Avrupa entegrasyonu ile bu egemenlik modelinin de değiştii söylenmektedir. Ancak bu *postmodern* egemenlik anlayışının kendisinden önceki egemenlik anlayışlarını topyekûn reddedip yepyeni bir model öngördüğü hususu tartışmalıdır. Uzun bir süredir tarihsel süreçteki en önemli kavramlardan biri, belki de en önemlisi olarak kabul edilen ulus devlet ve ulusal egemenlik anlayışı konumunu hala korumaktadır. Ancak bu konumunda, en azından Avrupa Devletleri açısından önemli değişikliklerin gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Bu değişikliğin anlaşılabilmesi için Avrupa Birliği'nin şu anki mevcut egemenlik anlayışına değinmek gereklidir.

1960 ve 1970'li yıllarda Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) kararları ile topluluk hukukunun ulusal hukuk açısından doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu ve aynı zamanda hem yeni hem de eski tarihli ulusal düzenlemeler karşısında daha üstün nitelikte olduğu kabul edilmiştir<sup>46</sup>. Ancak gerek mahkeme kararları gerekse imzalanan kurucu antlaşmalarda egemenlik mevzusu sarih

<sup>42</sup> Bozkurt/Özcan, s. 10.

<sup>43</sup> Chateau, Celine, "The Principle of Subsidiarity", Fact Sheets on the European Union-2015, [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU\\_1.2.2.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_1.2.2.pdf), E.T. 25.12.2015, s. 1.

<sup>44</sup> Chateau, s. 2.

<sup>45</sup> Chateau, s. 3.

<sup>46</sup> İnceoğlu, Sibel, "Türkiye: AB'nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı", [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg22/sibel.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg22/sibel.pdf), E.T. 25.12.2015, s. 4.

ve genel çerçevesi çizilmiş bir şekilde yer almamaktaydı. Bu durum bazı üye devletler açısından tereddütler yaşanmasına da yol açmakta idi. 2004 yılında imzalanan ancak yürürlüğe giremeyen Avrupa Birliği Anayasası bu belirsizliği ortadan kaldırmayı amaçlamış ve egemenlik alanları tek tek belirlenmiştir. Sonrasında ise Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma ile bu belirlenme aynen korunarak yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma egemenlik alanlarını temel olarak ikiye ayırarak düzenlenmiştir. Bu alanlar, daha öncesinde ATAD kararlarında da geçmekle birlikte açık bir biçimde belirlenmemiştir. İlk alan, birliğin mutlak egemenlik hakkına sahip olduğu münhasır yetki alanlarıdır. Bu alan 3. maddede düzenlenmiştir. Buna göre; Avrupa Birliği a) gümrük birliği, b) iç pazarın işleyişi için gerekli olan rekabet kurallarının oluşturulması, c) Euro para birimini benimseyen üye devletler için para politikası, d) ortak balıkçılık politikası kapsamında denizlerdeki biyolojik kaynakların korunması ve e) ortak ticaret politikası alanlarında münhasır yetkiye sahiptirler.

Münhasır yetki alanından sonra ikinci yetki alanı birliğin yetkilerini üye devletlerle birlikte kullanacağı paylaşımlı yetki alanıdır. Bu alan da 4. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, a) iç pazar, b) toplumsal politika, c) ekonomik, toplumsal ve bölgesel uyum, d) denizlerdeki biyolojik varlıkların korunması dışında tarım ve balıkçılık, e) çevre, f) tüketicilerin korunması, g) ulaşım, h) Avrupa çapındaki şebekeler, i) enerji, özgürlük, güvenlik ve adalet alanı, k) kamu sağlığı alanında ortak güvenlik meselelerini kapsayan alanlar yetkinin paylaşılarak kullanılacağı alanlardır.

Yukarıda bahsedilen yetki kategorilerinin içeriği ve tam olarak ne anlama geldiği ise 2. maddede ifade edilmiştir. Münhasır yetki alanına giren konularda bağlayıcı kanun çıkarma ve kabul etme yetkisi yalnızca Avrupa Birliği'ndedir. Üye devletlerin yapacağı düzenlemeler, kendilerine birlik tarafından bu konuda bir yetki verilmesi koşuluyla ya da birlik tarafından kabul edilen kanunların uygulanması amacıyla gerçekleştirilebilir. Paylaşımlı yetki alanlarında ise birlik ve üye devletler yasal bağlayıcı kanunlar çıkarma ve benimseme yetkisini birlikte kullanırlar. Üye devletler ise sahip oldukları yetkileri, birliğin söz konusu yetkileri henüz kullanmadığı ölçüde veya kullanmaktan vazgeçmesi halinde kullanırlar.

Görüleceği üzere birliğin münhasıran yetki sahibi olduğu alanlar esas olarak ekonomi ile ilgili alanlardır. Bunun dışındaki alanlarda yukarıda bahsedilen subsidiarite ilkesiyle birlikte yetkinin ortak kullanıldığı görülmektedir. Münhasır yetki ve paylaşımlı yetki alanları haricinde, 6. madde birliğin destekleyici,

üye devletlerin faaliyetlerini koordine edici ve tamamlayıcı yetkisi düzenlenmiştir. Bu alanlar; insan sağlığının korunması ve geliştirilmesi; endüstri; kültür; turizm; eğitim, mesleki eğitim, gençlik ve spor; sivil savunma, idari işbirliği alanlardır. Doğrudan topluluğa bırakılmayan alanlarda ise üye devletlerin tek başına yetkili olduğu söylenebilir. Ancak üye devletler bu yetkileri birlik tarafından, birlik kurallarına uygun olarak sınırlandırılmaktadır<sup>47</sup>.

## 2) Yetkinin Devredilmesi

Yetki alanlarının belirlenmesinden sonra bu yetkinin nasıl devredileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Öncelikle buradaki devirden ne anlaşılması gerektiği önemlidir. Çoğunlukla ifade edilen görüşe göre, burada tam olarak bir yetki devrinden ziyade yetkinin paylaştırılması ya da ortak kullanılması söz konusudur çünkü buradaki devirden kasıt egemenliğin bir kişi, zümre ya da sınıfa bırakılması değildir<sup>48</sup>. Buna uygun olarak Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 2 (6) maddesi; "Birliğin sahip olduğu yetkilerin kapsamı ve bu yetkilerin kullanılmasına ilişkin kurallar, Antlaşmaların her bir alana ilişkin hükümleri uyarınca belirlenir" hükmünü içermektedir. Bu yetkinin nasıl devredildiği sorusunun cevaplanması için üye devletlerin düzenlemelerine bakılması isabetli olacaktır.

İnceoğlu, makalesinde Avrupa Birliği üyelerinin anayasalarındaki düzenlemelere tek tek yer vermiştir. Buna göre, Alman Anayasası 23. maddesinde, egemenlik yetkilerinin açıkça Avrupa Birliği'ne devredilebileceğine ilişkin özel bir düzenlemeye sahiptir. Hollanda Anayasası 92. maddesinde, yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin uluslararası örgütlere verilebileceğini belirtmektedir. Yunanistan Anayasası 28. maddesinde, anayasada öngörülen yetkilerin uluslararası antlaşmalarla uluslararası organlara verilebileceğini öngörmektedir. İtalyan Anayasası 10. ve 11. maddelerinde, karşılıklılık koşuluyla uluslararası barış ve adaletin sağlanması için egemenliğin sınırlandırabileceğini ve uluslararası hukukun üstünlüğünü kabul etmiştir. İspanyol Anayasası 93. maddesinde, anayasal yetkilerin uluslararası bir örgüt ve kuruma devredilebilmesine izin vermiştir. Fransa Anayasası 88. maddesinde, anılanlardan farklı olarak, Avrupa Birliği çerçevesinde ekonomik ve parasal birlik ile kişilerin serbest dolaşımı için gerekli olan yetkilerin devredildiğini söylemektedir. Görüldüğu gibi Fransa konu ve kapsam bakımından belirli ve sınırlı bir yetki devri öngörmüştür<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Özkan, s. 86-87.

<sup>48</sup> Başlar, Kemal, "Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecinde Türk Anayasası'nın Uyumlaştırılması Sorunu", <http://www.anayasa.gen.tr/baslar-AB-anayasa.pdf>, 20.12.2015, s. 7.

<sup>49</sup> İnceoğlu, s. 8.

Diğer üye ülke anayasalarında da benzer düzenlemeler mevcuttur. Buradan çıkarılabilecek sonuç, üye devletlerin mutlak ve sınırsız bir egemenlik devri yoluna gitmedikleridir. Birçok üye ülke egemenliğin devrini, açıkça Avrupa Birliği adını dahi zikretmeksizin hatta sadece uluslararası hukukun üstünlüğünün kabul edilmesi suretiyle düzenlemiştir. Diğer bir önemli nokta ise egemenlik devrinin hukuki dayanağı olan Avrupa Birliği Antlaşmalarının kabulünün üye ülkelerde referandum aracılığıyla gerçekleştirmiş olduğudur. Böylece egemenliğin devri/paylaşımı ile ilgili son sözü yine kendileri söylemiş olmaktadır<sup>50</sup>.

### 3) Avrupa Egemenliği ve 1982 Anayasası

Avrupa Birliği egemenlik anlayışı ile 1982 Anayasası'nın karşılaştırılmasında öncelikle ele alınan maddeler Anayasamızın 6., 7., 8., 9. ve 90. maddeleridir. Egemenlik başlığını taşıyan 6. madde, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğunu ve bu egemenliği anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlarca kullanılacağını, egemenliğin kullanılmasının hiçbir surette kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılmayacağını ve hiçbir kimse ve organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağını düzenlemektedir. Avrupa Birliği literatüründe bu maddenin özellikle son fıkrasının Avrupa Birliği üyeliğine engel oluşturacağı ve sadece son fıkranın değiştirilmesi gerekeceği söylenmektedir<sup>51</sup>. Ancak önemle belirtilmesi gereken husus Avrupa münhasır yetkili alanlar konusundaki yetki devrinin (beş alandan ilk üçü için), 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile hâlihazırda 10 yıl önce Anayasamızdaki bu hükmün varlığıyla birlikte yapıldığıdır<sup>52</sup>.

Anayasanın 7., 8. ve 9. maddeleri ise egemenlik yetkisinin nasıl ve kimler tarafından kullanılacağına ilişkindir. Üye devletlerin anayasaları incelendiğinde her bir maddede ayrı değişiklik yapılmasının gerekmediği söylenmektedir. Buna göre maddelerin uygun yerlerine «Avrupa Birliği'nin gerektirdiği haller dışında» tarzında bir ibarenin eklenmesi yeterli olacaktır<sup>53</sup>. Ancak bu tek çözüm olarak düşünülmemelidir. Sadece Avrupa Birliği'ne üyeliği öngören antlaşmalara ilişkin bir hükme yer verilebileceği gibi genel olarak ulus üstü bir örgüte üyeliği öngören uluslararası antlaşmalara gönderme yapan bir hükme de yer verilmesi mümkündür<sup>54</sup>.

Bu hususta önem arz eden diğer maddede uluslararası hukukun iç hukuk

---

<sup>50</sup> İnceoğlu, s. 10.

<sup>51</sup> İnceoğlu, s. 10.

<sup>52</sup> Başlar, s. 6.

<sup>53</sup> Başlar, s. 9, 49. dn.

<sup>54</sup> İnceoğlu, s. 11.

karşısındaki konumunu düzenleyen 90. maddedir. Bu maddeye göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*”. Bu maddenin bir yetki devri düzenlemediği ayrıca bu düzenlemenin Avrupa Birliği ile ilişkilendirilemeyeceği çünkü buradaki milletlerarası kavramının supranasyonel bir niteliğe sahip olan Avrupa Birliği’ni karşılamadığı savunulmaktadır<sup>55</sup>.

Hakymez, bu hususun “egemenliğin devri” ile “egemenlikten kaynaklanan yetkilerin devri” ayrımıyla giderilebileceğini öngörmektedir. Buna göre, Avrupa Birliği entegrasyon sürecinde asıl olarak egemenlik kavramının içeriği değişmemiş ancak egemenlikten kaynaklanan yetkilerin nasıl ve kim tarafından kullanılacağı değişmiştir. Dolayısıyla Anayasamızın 6. maddesinde belirtilen egemenliğin millete ait olduğu yetkisi birliğe üyelik açısından bir sorun teşkil etmemektedir. Asıl problem, egemenlik yetkisinin kimler tarafından kullanılacağının Anayasa ile belirleme zorunluluğunun olması ve Anayasanın bunun tahdidi ve tadadi şekilde yapmış olmasıdır. Dolayısıyla burada, en genel anlamda yetki kullanacak organların arasına Avrupa Birliği’nin eklenmesi ile sorun çözülmüş olacaktır<sup>56</sup>.

Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne üye olması durumunda Anayasamızda yapılması gereken değişiklikler için birtakım öneri metinleri sunulmuştur. İlk öneri 1992 yılında TÜSİAD tarafından yapılmıştır. Buna göre, egemenlik yetkisini düzenleyen 6. maddeye 4. fıkra olarak, “Ulusal üstü yetkileri bulunan kuruluşlara üyeliği gerektiren uluslararası antlaşma hükümleri saklıdır” ifadesinin eklenmesi önerilmiştir. Bu ifade 2000 yılında TOBB ve 2001 yılında Türkiye Barolar Birliği tarafından da aynı şekliyle önerilmiştir. 2007 yılında ise AKP tarafından

---

<sup>55</sup> Özlük, Erdem/**Doğan**, Fazlı, “Türkiye Avrupa Birliği İlişkilerini Egemenlik Tartışmaları Üzerinden Okumak”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, No 1, Cilt 9, Yıl 2010, s. 139.

<sup>56</sup> **Hakymez**, Yusuf Şevki, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Ankara, 2004, s. 262-263. “Birden çok organın veya yönetimin egemenliğin kullanılmasında söz sahibi olması, kaynağı bakımından egemenliğin halka ait olduğunun kabul edilmesi ile mümkün olabilmıştır. 16. ve 17. yüzyıllarda oluşturulan klasik egemenlik anlayışında, egemenlik tek bir kişi veya organda toplanıyordu. Bir başka kişi ya da organın egemenliğe ortak olması, egemenliğin sınırlanması ve bölünmesi demektir. Oysa egemenliğin kaynağının halkta olduğu kabul edildiğinde, bölünmezlik ilkesi ihlal edilmeden, birden çok organın egemenliği kullanması mümkündür.” **Uygun**, Oktay, *Kamu Hukuku İncelemeleri İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik*, İstanbul, 2011, s. 648.

1982 Anayasasının 6. maddesinin yerine geçmek üzere şu madde önerilmiştir<sup>57</sup>:

“Ulus, egemenliğini halkoylamaları aracılığıyla doğrudan veya Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır.

Egemenliğin kullanılması hiçbir surette, hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan, bir devlet yetkisini kullanamaz.

Ulusal üstü yetkileri bulunan bir kuruluşa eşit koşullarla üyeliği gerektiren uluslararası antlaşma hükümleri saklıdır”.

### DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Siyasal entegrasyonu Avrupa Birliği örneği üzerinden incelemeye çalıştığımız bu çalışmamızda ilk olarak egemenlik kavramı ele alınmıştır. Buna göre egemenlik aydınlanma çağıının bir ürünü olmakla birlikte sınırsız, vazgeçilmez ve devredilmez olarak tanımlanarak ulus devletlerinin ortaya çıkmasını sağlayan önemli bir kavram olagelmıştır. Ancak gittikçe belirginleşen ve güçlenen ulus devletlerinin egemenlik *uğruna* girdikleri savaşlardan bıkan Avrupa kıtası uluslararası hukukun oluşumuna ve ulus devlet anlayışıyla birlikte egemenliğin de değişimine tanık olmuştur. Uzun ve meşakkatli bir süreç olarak nitelendirileceğimiz bu dönüşüm karşımıza entegrasyon kavramını çıkarmıştır. Kısaca bütünleşme olarak anlaşılabilir bu kavramın ekonomik, sosyal ve siyasal olmak üzere pek çok uygulama alanı bulunmaktadır. Avrupa entegrasyonu ilk olarak ekonomik bir entegrasyon modeli olarak ortaya çıkmış olmakla birlikte asıl amacı siyasal entegrasyonu gerçekleştirerek kıtada kalıcı barışın sağlanmasına olanak tanımaktır. Bunun için ilk adımların atıldığı II. Dünya Savaşı sonuna denk gelen 1950’li yıllardan itibaren çok çeşitli entegrasyon modelleri ortaya atılmıştır. Entegrasyonun pratiği ile birlikte teorisi de oluşturmaya çalışılmış, bu ikisinin birlikte yol alması amaçlanmış ve bazı dönemlerde bu amaç gerçekleştirilmiştir. Ancak her birinin kendi başına egemen olduğu devletlerden oluşan bir birliğin sağlanması her zaman kâğıt üzerinde hesaplandığı gibi gerçekleşmemiştir. Özellikle soğuk savaşın bittiği ve doğu bloğunun yıkıldığı 1990 sonrası dönemden sonra, bütünleşme hareketleri daha büyük bir güven ortamının sağlanması ve küreselleşmenin artmasıyla hız kazanmıştır. Nihayetinde ortak para birimine geçilmesi ekonomik entegrasyonun gerçekleştiğinin ve bir adım daha ileri giderek siyasal entegrasyona geçilmesi gerektiğinin en

---

<sup>57</sup> Göztepe, s. 216-223.



önemli göstergesidir. Uzun bir süre yaşanan ekonomik entegrasyon sürecinin üye devletler açısından yeni egemenlik anlayışının tecrübe edilmesi ve var olan çekincelerin giderilmesi için oldukça önemli olduğu da görülmüştür.

Avrupa Birliği siyasal entegrasyon sürecindeki tüm kazanımlarla birlikte gelinen nokta değerlendirildiğinde, her biri kendi başına egemen olan ulus devletlerin oluşturduğu ulus üstü bir kuruluşla tam bir siyasal birliğin sağlanıp sağlanamayacağı sorusuyla birlikte, Avrupa Birliği'nin şu an sahip olduğu entegrasyon şeklinin tespitinin yapılması gerekmektedir. Öncelikle Avrupa Birliği'nin *vestefalyen* egemenlik anlayışı için “radikal bir kırılma” olmakla beraber ulus devlet anlayışının tam olarak ortadan kalktığını ya da kalkacağını söylemek doğru olmayacaktır. Üye devletlerin egemenlikten kaynaklanan yetkileri Avrupa Birliği lehine azalmakla birlikte varlığını korumaktadır. Burada *ortaklaşa kullanılan egemenlikten* bahsedilmektedir<sup>58</sup>.

“Avrupa Birliği'nin yeni bir uluslararası organizasyon tipi olarak ulus devleti aşan ve onun üstünde bir devlet değil, fakat ulus devlet çıkarlarını geliştiren ve bağımlılıklarını daha da arttıran *sui generis* bir yapı ortaya çıkardığı”<sup>59</sup> söylenmektedir. Avrupa Birliği üye devletlerin egemenliğini ortadan kaldırmamış ancak önemli derecede sınırlamıştır. Oluşturulan bu ulus üstü örgüt, uluslararası örgütlerden farklı olarak ulusal devletlerden bağımsız olarak çalışmaktadır. Birlik hukukunun iç hukuka üstünlüğü söz konusudur<sup>60</sup>, birlik hukuku, bağımsız ve özerk bir hukuk düzenidir<sup>61</sup>.

Avrupa Birliği'nin sahip olduğu entegrasyon derecesinin tespiti hususunda ise net bir belirleme yapılmasının oldukça zor olduğu kabul edilmelidir. Öncelikle entegrasyon süreci durağan değil aktif bir süreçtir. Her yeni gelişmenin, birliğin şu anki ve gelecekteki niteliği konusunda yapılan değerlendirme ve öngörülerini değiştirmesi muhtemeldir. Örneğin, küresel boyutta milliyetçilik akımlarının yükselmesi ve 2006 yılında Avrupa Birliği Anayasası'nın kabul edilmesi sürecinde yaşananlar birliğin geleceği konusunda ciddi şüphelerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ancak Lizbon Reform Antlaşmasının kabulüyle bu yönde dalgalanan suların durulduğundan bahsedilebilir.

Hakyemez, Avrupa Birliği'nin siyasi niteliğini ne tam bir federasyon ne de konfederasyon olarak tanımlamaktadır. Çünkü tek başına egemenlik yetkisi-

---

<sup>58</sup> Hakyemez, s. 249-250.

<sup>59</sup> Koçak, Mustafa, *Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik*, Ankara, 2006, s. 280.

<sup>60</sup> Koçak, s. 81-82.

<sup>61</sup> Reçber, Kamuran, *Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri*, Bursa, 2012, s. 64.

nin paylaştırılması federalizm için yeterli değildir. Konfederasyonda ise üye devletlerin egemenlik yetkilerini koruması, özellikle de dış politika yönünden yetkilerini sürdürmesi söz konusudur. Ancak bu durumun Avrupa Birliği'ne üye olan devletler için söylenmesi mümkün değildir. Buna göre, Avrupa Birliği klasik uluslararası örgüt ile federalizm arasında bir yerde ve fakat federal sisteme daha yakın bir noktada durmaktadır<sup>62</sup>.

Uygun ise, Avrupa Birliği'ni "federalleşme süreci içerisinde olan bir konfederasyon" olarak tanımlamaktadır. Özellikle ekonomik nedenlerden ötürü, yakın bir tarihte birliğin federal bir yapıya dönüşmesi kaçınılmazdır. Ayrıca Uygun, bunun için ortak bir ulusal kimliğin yaratılmasının gerekli olduğunu, şu an için bu şekilde bir kimlik yaratılmamış olsa da 1787 Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın kabul edildiği dönemde de aynı durumun geçerli olduğunu ve ABD ulusallaşma sürecinin Avrupa Birliği için de yaşanabileceğini söylemektedir. Bunun dışında, ulus devletlerin egemenliklerinde görülen erime sadece Avrupa Birliği için geçerli değildir. Dünya üzerinde genel olarak ulus devlet egemenliklerinin zayıfladığı üç boyutlu bir süreç bulunmaktadır. En gelişmiş örneğini Avrupa Birliği'nin oluşturduğu ulus üstü siyasi yapılar bunun ilk boyutudur. Devletlerin kendi içinde yaşadığı küçülme, özel sektörün genişleyerek merkezîyetçiliğin azalması eğilimi, bu durumun ikinci boyutunu oluşturmaktadır. Devlet egemenliğinin zayıflamasına neden olan son etmen ise bölgesel bazda birleşme ya da bölgeselleşmedir. Sonuç olarak bu süreç, bir anda ortadan kalkmasa da klasik fonksiyonlarını büyük ölçüde kaybedip varlığını bu şekilde devam ettiren bir ulus devlet anlayışının yaşanmasına sebep olacaktır<sup>63</sup>.

Avrupa Birliği süreciyle ulus devleti egemenlik anlayışındaki yaşanan değişim ile ilgili bir diğer görüş de, siyasal entegrasyonun devlet egemenliğini ortadan kaldırmadığı yönündedir. Sunay'a göre, Avrupa Birliği'ne üye olma, devletler tarafından imzalanan antlaşmalara dayandığından, birliğin devletten ayrı bir meşruiyet kaynağı bulunmamaktadır. Devletler kendi iradelerini kullanarak entegrasyona dâhil olmaktadır ve kurucu antlaşmalar da devletlerin kendi iradesini yansıtan temel metinlerdir<sup>64</sup>. Devletler yetki devri ile birlikte egemenliklerini devretmiş olmamakta, birlik kurumlarını yetkilendirmiş olmaktadır. Avrupa Birliği, klasik uluslararası örgütlerden çok daha sıkı ancak bir devletten daha gevşek bir örgütlenme biçimi niteliğini taşımaktadır<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Hakyemez, s. 252-259.

<sup>63</sup> Uygun, s. 654-664.

<sup>64</sup> Sunay, Reyhan, *Tartışılan Egemenlik*, Ankara, 2007, s. 203-212.

<sup>65</sup> Sunay, s. 219-220.

Avrupa Birliği siyasal entegrasyon sürecinin, klasik ulus devlet egemenlik anlayışında bir değişime yol açtığı tartışmasız bir gerçektir. Ancak şu an için ulus devletlerin varlığının sona ermesi söz konusu olmadığı gibi yakın gelecekte böyle bir durumla karşılaşılacağını söylemek de gerçekçi olmayacaktır. Bu şekildeki bir birlikteliğin en önemli itici gücü ekonomik saikler olmakla birlikte, Avrupa Birliği ekonomisi tüm üye devletler için aynı gelişmişlik düzeyinde değildir. Ayrıca konjonktürel gelişmeler küresel düzeyde milliyetçiliğin yeniden artmasına sebep olmaktadır. Son olarak, küreselleşme sonucu çeşitli entegrasyon modellerinin oluşumu doğal bir süreç olarak kabul edilebilir ancak, devletlerin egemenliğinden vazgeçmesi söz konusu olduğunda aynı sürecin, doğal ve olağan bir şekilde yaşanacağını söylemek oldukça güçtür. Siyasal entegrasyon günümüz için kaçınılmaz ve hatta olması gereken bir oluşumdur ancak, yukarıda değinildiği gibi bu entegrasyonun çeşit ve dereceleri bulunmakla, ulus devleti egemenliğini ortadan kaldıracak düzeyde bir siyasal entegrasyon en azından yakın gelecekte olası gözükmemektedir.

Türkiye açısından ele aldığımızda ise en başından itibaren bu entegrasyonun içinde yer almayan ama asla uzağında da kalmayan bir yakınlığın yaşandığı söylenebilir. 2000'li yılların başında artan bu yakınlığın ise günümüzde sabit kaldığı hatta bazı açılardan azaldığı görülmektedir. Ancak özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin varlığı ile hukuk alanında bu yaklaşımın azalması mümkün gözükmemektedir. Egemenlik tartışmaları üzerinden bakıldığında ise bu konuda zengin bir tartışma ortamının olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Türkiye, Avrupa Birliği'ne oldukça pragmatik açıdan yaklaşmaktadır. Toplumun bir kesimi egemenlik yetkisinin en küçük bir kısıntısını dahi devlet harici bir kuruma devredilmesini düşünemez iken diğer bir kesimi ise birliğe üye olmanın getireceği ekonomik ve sosyal faydalara göre konum almaktadır. Bu şekilde olması anlaşılabilir bir durum değildir. Zira en azından günümüz için düşünüldüğünde Avrupalı Devletleri bir araya getiren güdülenmenin Türkiye için geçerli olduğunu söylemek güçtür. Avrupa Birliği, Türkiye için kaçınılmaz ve mutlaka olması gereken bir oluşum olmadığı gibi, ondan tamamen uzak ve apayrı bir anlayış getirilmesi de mümkün değildir. Zaten hâlihazırdaki dünya düzeni de bunu mümkün kılmamaktadır. Ancak önemli olan egemenlik anlayışının değiştığının ve devletlerin sahip oldukları sınırlar içinde dahi, insan, emek, sermaye, para ve mallar üzerinde tek başına yetkili olamayacağını anlaşılmasıdır. Egemenlikteki bu değişimi ise mecburi olduğu kadar olağan bir süreç olarak görmek pek çok sorunun cevaplanmasını olumlu yönde etkileyecektir.



## KAYNAKÇA

**Ağaoğulları**, Mehmet Ali/**Köker**, Levent, *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, Ankara, 2009.

**Akdemir**, Erhan, “Avrupa Bütünleşmesinin Tarihçesi”, *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar*, Ed: Belgin Akçay/İlke Göçmen, Ankara, 2012, ss. 35-62.

**Akgül Açıkmeşe**, Sinem, “Uluslararası İlişkiler Teorileri Işığında Avrupa Bütünleşmesi”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 1, Sayı 1, Yıl 2004, ss. 1-32.

**Başlar**, Kemal, “Avrupa Birliği’ne Katılım Sürecinde Türk Anayasası’nın Uyumlaştırılması Sorunu”, <http://www.anayasa.gen.tr/baslar-AB-anayasa.pdf>, E.T. 20.12.2015.

**Bergmann**, Julian/**Niemann**, Arne, “Theories of European Integration and their Contribution to the Study of European Foreign Policy”, [https://internationale.politik.uni-mainz.de/files/2012/10/BergmannNiemann\\_Theories-of-European-Integration\\_final-version\\_00000003.pdf](https://internationale.politik.uni-mainz.de/files/2012/10/BergmannNiemann_Theories-of-European-Integration_final-version_00000003.pdf), E.T. 23.12.2015.

**Bozkurt**, Enver/Özcan, Mehmet, “Subsidiarite (İkincillik İlkesi) ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme», *SDÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, Yıl 2001, ss. 1-21.

**Chateau**, Celine, “The Principle of Subsidiarity”, Fact Sheets on the European Union-2015, [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU\\_1.2.2.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_1.2.2.pdf), E.T. 25.12.2015.

**Çetin**, Halis, “İktidar ve Meşruiyet”, *Siyaset* adlı kitabın içinde, Der. Mümtazer Türköne, Ankara, 2003, ss. 35-69.

**Erkal**, Mustafa E, “Social Integration”, *İstanbul Journal of Sociological Studies*, [www.journals.istanbul.edu.tr](http://www.journals.istanbul.edu.tr). Sayı 25, Yıl 1998, ss. 131-138, E.T. 09.12.2015.

**Hakyemez**, Yusuf Şevki, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Ankara, 2004.

**Hugo**, Victor, “My Revenge is Fraternity”, <http://www.ellopos.net/politics/hugo-addresses-europe.asp>, E.T. 19.01.2016.

**Göztepe**, Ece, *Avrupa Birliği’nin Siyasal Bütünleşmesi ve Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu*, Ankara, 2008.

**Ilievski**, Nikola Lj, “The Concept of Political Integration: The Perspectives of Neofunctionalist Theory”, *Journal of Liberty and International Affairs*, Vol. 1, No. 1, 2015, ss. 1-14.

**İnceoğlu**, Sibel, “Türkiye: AB’nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı”, [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg22/sibel.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg22/sibel.pdf), E.T. 25.12.2015.

**Karacasulu**, Nilüfer, “Avrupa Entegrasyon Kuramları ve Sosyal İnşaaacı Yaklaşım”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 3, Sayı 9, Yıl 2007, ss. 82-100.

**Karakaş**, Yusuf, *Avrupa Birliği’nde Siyasal Entegrasyon*, Ankara, 2002.

**Koçak**, Mustafa, *Batı’da ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik*, Ankara, 2006.

**Maogoto**, Jackson Nyamuya, “Westphalian Sovereignty in Shadow of International Justice? A Fresh Coat of Paint for a Tainted Concept”, *Re-Envisioning Sovereignty-The End of Westphalia?*, Ed. by Trudy Jacobsen/ Charles Sampford/Ramesh Thakur, England, 2008, ss. 211-227.

**Özkan**, Işıl, *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*, Ankara, 2011.

**Özlük**, Erdem/**Doğan**, Fazlı, “Türkiye Avrupa Birliği İlişkilerini Egemenlik Tartışmaları Üzerinden Okumak”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, No 1, Cilt 9, Yıl 2010, ss. 125-146.

**Reçber**, Kamuran, *Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri*, Bursa, 2012.

**Sunay**, Reyhan, *Tartışılan Egemenlik*, Ankara, 2007.

**Şenel**, Alaeddin, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Ankara, 2013.

**Uygun**, Oktay, *Kamu Hukuku İncelemeleri İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik*, İstanbul, 2011.

**Yılmaz**, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2005.

Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Ankara, 2005.

Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, <http://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, E.T. 22.12.2015.

# ASKERİ CEZA KANUNUNDA DÜZENLENEN FER'İ CEZALAR

*Subsidiary Punishment in Turkish Military Criminal Code*

**Arş. Gör. İdris ERGUTEKİN\***

## ÖZET

Disiplin ve fedakârlık temeline dayanan askerlik mesleğini ifa edenler güven, itibar ve saygınlıklarının gereği olarak katı kurallara tabi kılınmışlardır. Bu nedenle 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda öngörülen asli cezaların yanı sıra Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma, askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme ve rütbenin geri alınması gibi fer'i cezalar da düzenlenmiştir (m.30,32,35). Sayılan bu fer'i cezalar asli cezalar ile birlikte uygulanmaktadır. Ancak AsCK md.153'te ise özel bir düzenleme söz konusudur. AsCK md.153'te yer alan fiillerin işlenmesi halinde bu maddede asıl ceza (hapis cezası gibi) öngörülmediğinden Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma ile rütbenin geri alınması cezası doğrudan asli ceza gibi uygulanabilmektedir. Bununla birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda asli-fer'i ceza ayrımı kalkmasına rağmen AsCK'da buna dair bir değişiklik yapılmamıştır. Aksine AsCK Ek md.8 ve Ek md.10'da yapılan değişikliklerle AsCK'da düzenlenen fer'i cezaların uygulanmasına devam edileceği belirtilmiştir. Çalışmada Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenen fer'i cezalar, 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nda yer alan hükümler de göz önüne alınarak Askeri Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Ceza Hukuku, Askeri Suç, Suç, Ceza, Asli Ceza, Fer'i Ceza.

## ABSTRACT

Those who exercise the military profession that based on discipline and sacrifice have been subjected to strict rules as a requirement of trust, prestige and reputation. Therefore, in addition to substantive punishments prescribed in the Military Penal Code numbered 1632, also some other subsidiary punishments have been regulated such as dismissing him/her from Turkish Armed Forces, removing the right of being a military student and downgrading (Art.30,32,35). These subsidiary punishments are implemented together with substantive punishments. However, a particular regulation is a matter in the Military Penal Code article 153. If the illegal acts mentioned in the Military Penal Code article 153 are committed, the punishments like removing the right of being a military student and downgrading can be implemented as in this article principal punishment (such as imprisonment) cannot be predicted. However, although the distinction between substantive-subsidiary punishments was removed from Turkish Criminal Code no. 5237, no change about this has been made in Military Penal Code. On the contrary, it has been stated that the implementation of subsidiary punishments will continue with the changes made in the Military Penal

---

\* Kara Harp Okulu Dekanlığı Askerî Ceza Hukuku Araştırma Görevlisi, iergutekin@kho.edu.tr

Code additional articles 8 and 10. In this study, the subsidiary punishments organized in the Military Penal Code have been examined in the light of the Supreme Military Court decisions by considering the provisions Turkish Armed Forces Disciplinary Code no. 6413.

**Keywords:** Criminal Law, Military Crime, Crime, Punishment, Substantive Crime, Subsidiary Punishment



## GİRİŞ

Askeri şahıslara uygulanan yaptırımlar ile kamu düzeninin sağlanması ve devam ettirilmesi, verimli, süratli ve etkin bir biçimde çalışmanın sürdürülmesi, disiplinin tesis ve devamlılığının sağlanması, askerlik mesleğinin onur ve saygınlığının korunması amaçlanmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, askerî suçların, askerî disiplini korumak ve sürdürmek, adalet ile disiplin arasında dengeyi sağlamak, başka bir ifadeyle adil ve sürekli bir disiplin düzeni oluşturmak amacıyla ihdas edildiğini belirtmiştir<sup>1</sup>. Bu kapsamda 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nda bazı eylemler genel ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmadığı halde askerî hizmetlerin gereği olarak suç olarak düzenlenmiş ve AsCK’da yer alan suçlar bakımından genel ceza kanunlarına nazaran daha ağır veya daha hafif cezalar öngörülmüştür. Örneğin AsCK md. 153’te yer alan herhangi bir kimse ile karı koca gibi nikâhsız yaşamak eylemi genel ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmediği halde AsCK kapsamında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası gerektiren bir eylem olarak karşımıza çıkar.

AsCK’da yer alan suçların yaptırımı olarak öngörülen hapis cezasının yanı sıra bu cezanın kanuni sonucu olan ve asli cezaya eklenen veya asıl cezayı

---

<sup>1</sup> Anayasa Mahkemesi kararında; *“Hukuk devletinde, ceza soruşturma ve kovuşturmasına ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa’nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, ne şekilde soruşturulacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Söz konusu düzenleme yetkisinin kullanılmasında suçun askerî suç olup olmasının da dikkate alınması gerekir. Zira askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki önemi, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmesini, daha ağır yaptırımlara bağlanmasını veya farklı yargılama usullerine tâbi olmasını gerekli kılabilmektedir.”* demek suretiyle askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanması bakımından önemine işaret ederek AsCK’da sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmesinin gerekli olabileceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 27.3.2014 tarihli E.2013/91,K.2014/59 sayılı kararı 22.07.2014 tarihli ve 29068 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

tamamlayan ek cezalar da düzenlenmiştir. Fer’i cezalar asli cezaların yanında kendiliğinden hüküm doğuran veya hâkimin hükmetmek zorunda olduğu cezalar şeklinde ifade edilebilir<sup>2</sup>. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesiyle asli-fer’i ceza ayrımı ortadan kalkmıştır. 765 sayılı TCK’da yer alan fer’i cezalar yeni TCK’da yerini güvenlik tedbirlerine bırakmıştır. Ancak AsCK’da yer alan fer’i cezalara ilişkin bir herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

AsCK’nın 29’uncu maddesinde asker kişiler hakkında uygulanacak fer’i cezalar sayılmıştır. Maddeye göre, “Askeri şahıslar hakkında hükmolunacak fer’i askeri cezalar şunlardır: A)Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma. B)Rütbenin geri alınması. C)Askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme.”.

AsCK’da yer alan fer’i cezalar, belirli cezalara çarptırılan kimseler hakkında kendiliğinden ve zorunlu olarak asli cezaya eklenirler. Bu gibi durumlarda söz konusu fer’i cezaya hükmedildiği ilgili mahkeme kararında belirtilmemiş olsa dahi kendiliğinden uygulama alanı bulacaktır. Fer’i cezaların kesin ve zorunlu olarak uygulandıkları durumlarda “ceza mahkûmiyetinin bir sonucu” niteliğini taşıdıkları söylenebilir. Ancak bazı durumlarda da fer’i cezaların asli cezalara eklenip eklenmemesi hususu hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır (AsCK m.30,32,35)<sup>3</sup>.

Bu cezalara hükmedilebilmesi için suçun işlendiği zamanda kişinin asker kişi sıfatına haiz olması gerekmektedir. Hüküm zamanında failin Silahlı Kuvvetlerden ayrılmış olması veya hükmün infazı esnasında infazın mümkün olmasının bir önemli bulunmamaktadır. Fer’i cezaya hükmedilirken failin suç işlediği zamandaki sıfatı göz önünde bulundurulur. Bu nedenle failin sonradan emekliye ayrılmış olması bu cezalara karar verilmesini engellemeyecektir<sup>4</sup>. Bununla birlikte gerçek içtima (cezaların içtima) halinde fer’i cezaya en son hükmolunur ve mahkeme kararının gerekçesinde fer’i cezanın hangi hürriyeti bağlayıcı cezaya bağlı olarak verildiği de gösterilir<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> CENTEL,Nur, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi, <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckyaptirim>.

<sup>3</sup> DEĞİRMENCI, Olgun, “Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlikte Israr Suçu”, KHO Bilim Dergisi, C.:18 S.:2, 2008, s.3-(8).

<sup>4</sup> ERMAN, Sahir, Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983, s.251; “Askeri şahıslar hakkında fer’i cezaların, bu şahısların emekliye ayrılmaları halinde dahi uygulanması devam eder” As.Yrg.Drl.Krl.12.03.1965. E.1965/26,K.1965/35.

<sup>5</sup> MİS, Olcay, Açıklamalı ve İçtihatlı Askeri Ceza Kanunu, Ankara, 1976, s.31; Cihan Koç, Notlu Açıklamalı İçtihatlı Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askeri Ceza Kanunu Disiplin Mahkemeleri Kanunu Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat,18. Baskı, Ankara, Ağustos 2012, s.318.



5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesiyle asli-fer'i ceza ayrımının ortadan kaldırıldığından bahsettik. AsCK'da düzenlenen fer'i cezaların yürürlükte olup olmadığı konusuna da açıklık getirmek gerekir. AsCK, 5237 sayılı TCK'ya göre özel bir kanun niteliğindedir<sup>6</sup>. Buna dayanak olarak AsCK'nın 1'inci maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 5'inci maddesi gösterilmektedir<sup>7</sup>. AsCK'nın 1'inci maddesine göre TCK'da suçlar ve cezalar hakkında düzenlenen genel hükümler, AsCK'da aksi yazılı olmadıkça AsCK bakımından da geçerli olacaktır. Bununla birlikte TCK'nın 5'inci maddesinde de TCK'nın genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla TCK genel hükümlerinin aksi yazılı olmadığı sürece AsCK bakımından da genel hüküm niteliği olacağı sonucu çıkarılabilecektir.

5237 sayılı TCK'nın kabul edilmesinden sonra 5239 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi ile AsCK'ya Ek Madde 8 eklemiştir. Bu maddenin ilk fıkrası "26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer'i askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır." şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi AsCK'nın fer'i cezalara, cezaların ertelenmesine ve 49/A maddesindeki zamanaşımına ilişkin düzenlemeler saklı kalmak üzere TCK'nın genel hükümlerinin AsCK için de geçerli olduğu kabul edilmiştir. Öğretide bu maddenin AsCK md. 1/1'den daha geniş olduğu ve aksi düzenleme bulunsa bile Ek Madde 8'de sayılan üç durumdan birine girmiyorsa TCK genel hükümlerinin AsCK bakımından da uygulanacağı ileri sürülmektedir<sup>8</sup>. Ek Madde 8'in eklenmesinden sonra Kanun Koyucu 5739 sayılı Kanun ile AsCK'ya Ek Madde 10'nu eklemiştir. Bu madde "Bu Kanunda ve diğer ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılıncaya kadar, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemeler bakımından bu Kanunun ek 8 ve 9'uncu maddeleri ile 16/6/1964 tarihli ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun 63'üncü maddesinin ikinci fıkrası hükümlerinin uygulanmasına devam olunur." şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bu madde ile Ek 8'inci maddenin korunduğu teyit edilmiştir. Dolayısıyla AsCK'da yer alan fer'i cezaların yapılan bu açıklamalar doğrultusunda

<sup>6</sup> **ERMAN**, s.4; **KANGAL**, Zeynel, Askeri Ceza Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2012,s.34; **ŞİMŞEK**, Mustafa Askeri Ceza Hukuku Genel Hükümler, Hava Teknik Basım Evleri, İzmir, 2010, s.4; **DEĞİRMENCİ**, Olgun Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, KHO Basımevi, Ankara 2013 s. 1-(9)

<sup>7</sup> **ERMAN**, s.4; **KANGAL**, s.34; **ŞİMŞEK**, s.3.

<sup>8</sup> **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza, s. 1-(10).

asker kişiler bakımından uygulanmaya devam ettiği açıktır.

Milli Savunma Bakanlığı tarafından hazırlanan Askeri Ceza Kanun Taslağı'nda yer alan düzenlemeye de kısaca değinmekte yarar vardır. Taslağın genel gerekçesinde Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma, askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme ve rütbenin geri alınması gibi fer'i cezaların idare hukukunu ilgilendirmesi ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenmemesi nedeniyle bu cezaların AsCK'dan çıkartıldığı ve ilgili personel kanunlarında idari yaptırıma bağlandığı belirtilmiştir.

AsCK'da düzenlenen fer'i cezalar aşağıda ayrı ayrı irdelenmiştir.

## I. FER'İ CEZALAR

### A. Türk Silahlı Kuvvetlerinden Çıkarma Cezası (AsCK md.30)

AsCK'nın Türk Silahlı Kuvvetlerinden Çıkarma Cezası başlıklı 30'uncu maddesi "*Aşağıda yazılı hallerde subay, astsubay, uzman jandarmalar ve özel kanunlarında bu cezanın uygulanacağı belirtilen asker kişiler hakkında, askeri mahkemeler veya adliye mahkemelerince asil ceza ile birlikte, Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilir. Bu husus mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa dahi, Silahlı Kuvvetlerden çıkarmayı gerektirir.*

*A) Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere ölüm, ağır hapis, bir seneden fazla hapis cezası ile hükümlülük halinde,*

*B) Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle hükümlülük halinde.*

*Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere, askeri mahkemelerde üç aydan fazla hapis cezası ile birlikte Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilebilir."* şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi TSK'dan çıkarma fer'i cezasının zorunlu ve takdiri olarak uygulandığı haller madde metninde açıkça düzenlenmiştir. Bu ceza iki şekilde zorunlu olarak uygulama alanı bulacaktır. Öncelikle mahkûm olunan suç tipine bakılmaksızın taksirli suçlar hariç herhangi bir suçtan bir seneden fazla mahkûmiyet kararının verilmesi halinde zorunlu olarak TSK'dan çıkarma cezası uygulanacaktır. İkinci olarak madde metninde ismen sayılan suçlardan birisinden mahkûm olunması durumunda zorunlu olarak TSK'dan çıkarma

fer'i cezası uygulanacaktır<sup>9</sup>. Maddede suçlar “Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçları” şeklinde sayılmıştır.

Maddede “Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere ölüm, ağır hapis, bir seneden fazla hapis cezası ile hükümlülük halinde” ile “taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere, askeri mahkemelerce üç aydan fazla hapis cezası” ibaresinden TSK’dan çıkarma cezası verilebilmesi için verilen asıl cezanın hapis cezası olması gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak “... resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle hükümlülük halinde” ibaresinden anlaşılması gereken ise böyle bir durumda TSK’dan çıkarma cezasının uygulanabilmesi için verilen cezanın sadece hapis cezası olmasının gerekmediği, adli para cezasının da verildiği hallerde bu fer'i cezanın uygulanabildiğidir. Askeri Yargıtay’ın konuya ilişkin bir kararına<sup>10</sup> göre; “Sanık temyiz dilekçesinde “Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 12.11.1987 tarih ve 1987/160-175 sayılı kararı gereğince: hakkında hapis cezasının para cezasına çevrilmesi nedeniyle, esas cezanın para cezası olmasından ötürü hakkında TSK’dan çıkarma cezası verilemeyeceği” ileri sürülmüş ise de; 4551 sayılı kanunla TSK’dan çıkarma cezasını düzenleyen AsCK’nın 30/B maddesinde eski düzenlemeden farklı olarak “bu maddede yazılı suçlardan biriyle hapis cezasına mahkumiyet” yerine “bu suçlardan biriyle hükümlülük halinde” şeklinde yeni bir düzenleme yapıldığı ve AsCK’nın 30/B maddesinde yer alan hırsızlık suçundan sanığın hüküm giymiş bulunması nedeniyle uygulanan TSK’dan çıkarma fer'i cezasının yasaya uygun bulunduğu, hatta mahkumiyet hükmünde belirtilmese dahi AsCK’nın 30/1’inci maddesi uyarınca re’sen uygulama yapılabileceği dikkate alınarak, sanığın bu yöndeki temyiz nedeni kabule değer görülmemiştir.”

Maddenin son fıkrasında TSK’dan çıkarma fer'i cezasının takdiri olarak uygulanmasında ise askeri mahkemeler tarafından taksirli suçlar hariç olmak üzere verilen üç aydan fazla hapis cezası esas alınmıştır. TSK’dan çıkarma cezasının takdiri uygulanmasında mahkeme kararında TSK’dan çıkarma cezasının gösterilmesi gerekmektedir<sup>11</sup>. Aksi takdirde bu cezanın uygulanması söz

<sup>9</sup> ERMAN, s. 254.

<sup>10</sup> As.Yrg.1.D..02.03.2005 tarih, E.2005/0276, K.2005/0274 sayılı kararı.

<sup>11</sup> “Askeri Mahkemece; sanığın, ASCK’nın 30/2’nci maddesi gereğince TSK’dan çıkarılmasına karar verilirken, “Sanığın Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapmak istemeyen ve askerliği

konusu olmayacaktır<sup>12</sup>. Askeri mahkeme, TSK'dan çıkarma cezası verilmesi konusunda takdir hakkını kullanırken mutlaka bu cezanın gerekçesini kararında belirtmelidir. Askeri Yargıtay, mahkemenin TSK'dan çıkarma cezasının takdiren uygulandığı hallerde bu cezanın verilmesi durumunda kararda gerekçenin gösterilmemesinin hukuka aykırı olacağını belirtmiştir. Askeri Yargıtay'ın kararına<sup>13</sup> göre "ASCK'nın 30'uncu maddesinin (B) fıkrasında belirtilen (Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma) suçlar dışında kalan suçlar nedeniyle bir yıldan az hapis cezasına mahkumiyet halinde, TSK'dan çıkarma cezası verilmesi mahkemenin takdirine bırakılmış olmasına rağmen, izin tecavüzü nedeniyle on ay hapis cezası ile cezalandırılan sanığın hiçbir gerekçe gösterilmeden TSK'dan çıkartılmasına karar verilmesi hukuka aykırı olduğundan ve kararda "Halihazırda TSK'dan ilişkisi kesilmiş olan sanık hakkında bu kararın infazına yer olmadığı" şeklinde hiçbir hukuki sonucu bulunmayan bir ifadeye yer verilmiş olması, bu hukuka aykırılığı ortadan kaldırmadığından, hükmün uygulamaya ilişkin gerekçesizlik yönünden bozulmasına karar verilmiştir."

TSK'dan çıkarma cezası subay, astsubay, uzman jandarmalar hakkında uygulanır. Ancak bazı durumlarda özel kanunlarında bu cezanın uygulanacağı öngörülen durumdaki kişilere de uygulanır. Örneğin sözleşmeli subay ve astsubaylarda bu cezanın uygulanması mümkündür. Maddede sayılan asker kişiler dışında özel kanunlarında TSK'dan çıkarma cezasına ilişkin hüküm bulunmayan kişiler hakkında bu cezanın uygulanması mümkün değildir. Nitekim Askeri Yargıtay uzman erbaşlar hakkında verdiği bir kararında<sup>14</sup> "AsCK'nın

---

*benimsemeyen kişiliği" şeklinde gösterilen gerekçenin; sanığın sorgusunda söylediği "Askerlikten ayrılmak istiyorum, sivil doktor olarak yaşantıma devam etmek istiyorum" şeklindeki sözleri, firar eylemi nedeniyle bir yıl iki ay ve hüküm tarihi itibarıyla de tutukluluk nedeniyle yaklaşık iki ay olmak üzere, toplam 16 ay gibi uzunca bir süre hizmetten uzak kalmış olması, hizmete devam etmek istemediğini açıkça ifade eden bir kişinin hizmetinden arzu edilen faydanın sağlanamayacağına kuşku olmaması karşısında, dosya içeriğine uygun, yeterli ve yerinde olduğu, müdafinin bu yöndeki talebinin Askeri Mahkemenin bu konuda takdir yetkisini kullanmasında bir engel oluşturmayacağı sonucuna varıldığından; Başsavcılık itirazının reddine karar verilmiştir."*As.Yrg.Drl.Krl.23.06.2011 tarih E.2011/72, K.2011/69 sayılı kararı.

<sup>12</sup> **ERMAN**, s. 255; Benzer yönde açıklamalar için bkz. **ERGUTEKİN**, İdris, Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlik Fiilleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Yüksek Lisans Tezi) İstanbul, 2015,s.137 vd.

<sup>13</sup> As.Yrg.3.D.05.04.2011 tarih, E.2011/0250, K.2010/0245 sayılı karar.

<sup>14</sup> As.Yrg.3.D. 27.11.2012 tarihli E.2012/1146,K.2012/1053 sayılı kararı.

30/B maddesinde; Haklarında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası verilecek kişilerin; Subay, Astsubay, Uzman Jandarmalar ve özel Kanunlarında bu cezanın uygulanacağı belirtilen kişiler” şeklinde sayıldığı, sanığın ise 3269 sayılı uzman Erbaş Kanununa tabi, Hv.Svn.Uzm.Çvş. olduğu, bu kanunda da Uzman Erbaş hakkında TSK’dan çıkarma cezasının uygulanacağına dair bir hüküm bulunmadığı dikkate alındığında, sanık hakkında AsCK’nın 30/B maddesi gereğince TSK’dan çıkarma cezasının uygulanmasının yasaya aykırı olduğu sonucuna varıldığından” demek suretiyle bu kişiler hakkında TSK’dan çıkarma fer’i cezasının uygulanamayacağını belirtmiştir.

TSK’dan çıkarma cezasının zorunlu olarak uygulandığı hallerde askeri veya adli mahkemeler tarafından verilen asıl cezanın yer aldığı mahkeme kararında TSK’dan çıkarma cezası ayrıca belirtilmemiş olsa dahi bu ceza uygulama alanı bulacaktır<sup>15</sup>. TSK’dan çıkarma cezasının takdiri olarak uygulandığı hallerde ise bu ceza sadece askeri mahkemeler tarafından verilebilecektir. Adli mahkemelerinin takdiri olarak TSK’dan çıkarma fer’i cezasını uygulaması mümkün değildir.

AsCK’nın 31’inci maddesinde TSK’dan çıkarma cezasının niteliği ve sonuçları düzenlenmiştir. Bu maddede Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasının niteliği, hükümlünün Silahlı Kuvvetlerle ilişkisinin kesilmesi olarak belirtilmiştir. Bunun yanı sıra maddede bu cezanın, ayrıca bir hükme gerek kalmaksızın askeri rütbe ve memuriyetlerin kaybedilmesi ve subay, astsubay, uzman jandarma ve devlet memuru olarak tekrar Türk Silahlı Kuvvetlerine kabul edilmeme sonucunun doğacağı da öngörülmüştür.

AsCK Ek Madde 1’de de özel bir düzenleme yer almaktadır. Maddeye göre; “Aşağıda yazılı fiilleri ilk defa yapan subaylarla askeri memurlar ve astsubaylara iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir: Tekerrürü halinde evvelce verilmiş olan ceza bir kat arttırılmakla beraber subaylarla askeri memurlar ve astsubaylar hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezaları da birlikte hükmolunur.

---

<sup>15</sup> “TSK’dan çıkarma fer’i cezasının verilmesinin zorunlu olduğu hallerde, mahkemece bu fer’i cezaya hükmedilmemiş ve fer’i ceza hükümde belirtilmemiş olsa dahi hükümlü için kazanılmış hak doğurmayacak ve çıkarma işlemi idarece re’sen uygulanacaktır. Birinci fıkranın A bendinde TSK’dan çıkarma fer’i cezasının tatbiki için, bu bentte yazılı hürriyeti bağlayıcı cezalardan birisiyle hükümlülük hali aranmış, buna karşılık fıkranın B bendinde, bu bentte sayılan suçlardan yargılanıp hüküm giymek anılan fer’i cezasının uygulanması için yeterli görülmüştür. Askeri Yargıtay’ın yerleşik kararlarında da, TSK’dan çıkarma fer’i cezası verilmesinin zorunlu olduğu hallerde, idarece re’sen uygulanacak olması nedeniyle anılan fer’i cezanın hükümde yer almamasının bozma nedeni yapılmaması yönündedir.”.As.Yrg.Drl. Krl. 25.1.2007 tarihli E.2007/1,K.2007/1 sayılı kararı.

A) Ticaret yapmak veya yaptırmak,

B) Ticari ve sınıai müesseselerde vazife kabul etmek.”

Görüldüğü gibi subay, astsubay ve askeri memurların ticaret yapması yasaklanmıştır. Maddede düzenlenen suçun tekerrürü halinde subaylar, astsubaylar ve askeri memurlar hakkında TSK’dan çıkarma cezasının uygulanacağı belirtilmiştir<sup>16</sup>. Maddede dikkat çeken husus AsCK md.35’ten farklı olarak askeri memurlar hakkında da TSK’dan çıkarma cezasının uygulanabilmesidir.

### **B. Askeri Öğrencilik Hukukunu Kaybettirme Cezası (AsCK md.32)**

Askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası birçok yönden Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına benzemektedir. Ancak aralarında iki temel fark bulunmaktadır. Söz konusu farklardan biri, bu fer’i cezanın sadece askeri öğrenciler bakımından uygulanması iken ikinci fark ise TSK’dan çıkarma cezasının uygulanması için öngörülen ceza miktarı bakımından farklı sınırlamaların belirlenmiş olmasıdır.

Askeri öğrencilik hukukunu kaybettirmenin cezası, niteliği ve sonuçları AsCK’nın 32’nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *“Aşağıda yazılı hallerde askeri öğrenciler hakkında, askeri mahkemeler veya adliye mahkemelerince; asıl ceza ile birlikte askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası da verilir. Bu husus mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa dahi, Silahlı Kuvvetlerden çıkarmayı gerektirir. A) Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere ölüm, ağır hapis veya üç aydan fazla hapis cezasına hükümlülük halinde, B) 30 uncu maddenin birinci fıkrasının (B) bendinde yazılı hallerde. Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere, askeri mahkemelerce üç ay veya daha az hapis cezası ile birlikte askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası da verilebilir. Bu ceza ayrıca bir hükme gerek kalmaksızın; A) Askeri öğrencilik sıfatının, B) Muvazaf askeri personel yetiştiren askeri okullara girme hakkının, Kaybedilmesi sonuçlarını doğurur.”* Madde incelendiğinde askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme fer’i cezasının zorunlu ve takdiri olarak iki şekilde

---

<sup>16</sup> Benzer bir düzenleme de AsCK Ek Madde 2’de yer almaktadır. Söz konusu maddeye göre *“Maddeye göre; “Aşağıda yazılı filleri ilk defa yapan yedek subay hakkında iki aydan altı aya ve astsubaylarla erler hakkında on beş günden üç aya kadar hapis cezası verilir. Tekerrürü halinde cezaları bir kat artırılmakla beraber astsubaylar hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da birlikte hükmolunur.*

*A) Fiili hizmeti askerilerini ifa esnasında bizzat ticaret veya sanatla iştigal etmek,  
B) Ticari ve sınıai müesseselerde vazife kabul etmek. Ancak tebdili hava veya resmi mezu-  
niyet suretiyle kıta ve müesseselerden ayrılanların askerlik kıyafetinden ayrılmak şartıyla  
kendi iş ve sanatlarıyla iştigalleri caizdir.”*

uygulandığı görülmektedir. Bu cezanın zorunlu olarak uygulanabilmesi için kişinin mahkûm olunan suç tipine bakılmaksızın taksirli suçlar hariç herhangi bir suçtan üç aydan fazla hapis cezası almış olması veya AsCK'nın 30'uncu maddesinde ismen sayılan suçlardan birinden mahkûm olmuş olması gerekmektedir. Bu ferî cezanın takdiri olarak uygulanması durumunda ise kişi hakkında taksirli suçlar hariç mahkeme tarafından üç ay veya daha fazla hapis cezası verilmiş olması ve mahkeme kararında askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme ferî cezasının gösterilmesi gerekmektedir.

Askeri öğrencilerin üç aydan fazla hapis cezası ile cezalandırılması durumunda haklarında AsCK'nın 32'nci maddesi gereği zorunlu olarak askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası da uygulanacaktır. Ancak hapis cezasının üç ay veya üç aydan az olması durumunda verilen mahkeme kararında ayrıca Askeri öğrencilik hukukunun kaybettirilmesi kararı da verilmesi gerekmektedir. Mahkeme kararında bu durum belirtilmediyse bu cezanın uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme ferî cezasının zorunlu olarak uygulandığı hallerde askeri mahkemeler veya adliye mahkemeleri tarafından verilen mahkûmiyet kararında ayrıca askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme ferî cezasının belirtilmediği durumlarda dahi bu ferî ceza uygulanacaktır. Ancak bu ferî cezanın takdiri olarak uygulandığı hallerde bu ferî cezanın mahkûmiyet kararında belirtilmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde bu ferî cezanın uygulanması mümkün değildir. Bunun yanı sıra takdiri olarak bu cezanın verilebilmesi için kararın askeri mahkemeler tarafından verilmesi gerekmektedir. Adliye mahkemelerin takdiri olarak bu ferî cezanın uygulandığı halde bu cezaya hükmetmesi mümkün değildir<sup>17</sup>.

Askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme ferî cezanın uygulandığı durumda başka bir hükme gerek kalmaksızın öğrencin askeri öğrencilik sıfatı ve muvazzaf askeri personel yetiştiren askeri okullara girme hakkının kaybedilmesi sonucu doğar.

### **C. Rütbenin Geri Alınması Cezası (AsCK md.35)**

Rütbenin geri alınması ferî cezası AsCK'nın 35'inci maddesinde *“Rütbenin geri alınması cezası 30 uncu maddede yazılı hallerde erbaşlar hakkında uygulanır. Bu husus mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa dahi, rütbenin geri alınması işlemi idarece re'sen uygulanır. Rütbenin geri alınması cezası,*

---

<sup>17</sup> DEĞİRMENCİ, Askeri Ceza, s 3-(9).

*hükümlünün rütbesinin geri alınarak erliğe indirilmesi, askeri hizmetten doğan ve özel kanunda saklı tutulmayan bütün hakların kaybı sonuçlarını doğurur.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Madde incelendiğinde AsCK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenen ve TSK'dan çıkarma cezası gerektiren suçlardan birinin işlenmesi veya taksirli suçlar hariç üç aydan fazla askeri mahkemelerce, bir yıldan fazla askeri veya adliye mahkemelerince hapis cezası verilmesi durumunda rütbenin geri alınması cezası uygulama alanı bulacaktır. Bu ceza sadece erbaşlar (onbaşlar ve çavuşlar) hakkında uygulanacaktır. Ancak 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası gereği bu ceza sözleşmeli erbaşlar hakkında uygulanamayacaktır. 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanununun 6'ncı maddesi gereğince de uzman erbaşlar hakkında da rütbenin geri alınması fer'i cezasının uygulanması mümkün değildir.

Rütbenin geri alınması fer'i cezasına hükmedilirken failin suçu işlediği zamandaki sıfatı göz önünde bulundurulur. Askeri Yargıtay bir kararında<sup>18</sup> *“Dosya kapsamına göre, sanığın suç tarihinde onbaşı rütbesinde olmadığı, suç tarihlerinden sonra onbaşı rütbesine nasbedildiği, bu durumda suçu işlediği tarihte henüz er olan sanığın karar tarihinde onbaşı olması durumunda rütbenin geri alınması mümkün olmadığından mahkûmiyet hükmünün uygulama yönünden bozulmasına karar verilmiştir.”* demek suretiyle rütbenin geri alınması fer'i cezasının uygulanması bakımından suç tarihindeki rütbenin esas alınması gerektiğine işaret etmiştir.

Erbaşların işledikleri suçlar neticesinde üç aydan fazla hapis cezası ile cezalandırılmaları durumunda bu husus mahkeme kararında belirtilmediyse bile haklarında rütbenin geri alınması cezası uygulanacaktır. Bu cezanın alınması durumunda erbaşın rütbesi erliğe indirilecektir. AsCK'nın 35'inci maddesinin üçüncü fıkrasında rütbenin geri alınması cezasının infazı düzenleyen hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Söz konusu hükme göre ilgili kişinin rütbesinin kıtası huzurunda söküleceği düzenlenmişti<sup>19</sup>. Anayasa Mah-

---

<sup>18</sup> As.Yrg.1.D.20.06.2007 tarih E.2007/1273 K.2007/1269 sayılı karar.; *“Dosya dizi 27 sırada bulunan terhis belgesinden, sanığın suç tarihinden sonra, 05.05.2009 tarihinde çavuş olduğu anlaşılmaktadır. Dosyada mevcut izin belgesi ile KTM Komutanlığına katılım kayıtlarında sanığın rütbesi onbaşı olarak gösterilmiş ise de, sevke belgelerinde er olarak gösterilen sanığın onbaşı rütbesine hangi tarihte yükseltildiğine dair dosyada herhangi bir belge bulunmamaktadır. Dolayısıyla suç tarihinde sanığın rütbesi olup olmadığı araştırılmadan, AsCK'nın 71'inci maddesini uygulamak suretiyle tesis olunan hükümde isabet bulunmadığından hükmün bozulmasına karar verilmiştir.* As.Yrg.3.D 07.02.2012 tarih, E.2012/0186 K.2012/0181 sayılı karar.

<sup>19</sup> Anayasa Mahkemesi 25.11.2005, E.2000/34, K.2005/91, 8.11.2006 tarih ve 26340 sayılı



kemesi'nin konuya ilişkin kararına göre; *"Erbaşlar hakkında, bir kısım askerî suçlardan mahkûm olmaları halinde buna bağlı olarak rütbelerinin geri alınması cezası da verilmekte ve bu ceza, cezalının kıtası huzurunda rütbesinin sökülmesi suretiyle yerine getirilmektedir. Rütbenin geri alınması cezasının bu şekilde infaz edilmesi aynı zamanda cezalının teşhir edilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Oysa suçlunun teşhir edilmesi, modern ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmadığı gibi Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı yolundaki ilkeye de aykırı bulunmaktadır."*

AsCK'nın *"Erbaşların rütbelerinin geri alınması"* başlıklı 71'inci maddesinde özel bir düzenleme söz konusudur. Maddeye göre *"Firar ve izin tecavüzü cürümlerinden hüküm giyen erbaşların rütbelerinin geri alınmasına da hükümlenir."* Görüldüğü gibi erbaşların firar veya izin tecavüzü<sup>20</sup> suçlarından dolayı hüküm giymesi durumunda ceza miktarına bakılmaksızın haklarında rütbenin geri alınması kararı verilir. Bu madde kapsamında rütbenin geri alınmasının mecburi bir fer'i ceza olduğu söylenebilir<sup>21</sup>.

Erbaşın maddede belirtilen firar veya izin tecavüzü suçunu işlediğinden ötürü hüküm giymesi halinde verilen kararda rütbenin geri alınmasına dair bir ibarenin olmaması durumunda idare tarafından re'sen bu cezanın uygulanıp uygulanmayacağı konusuna değinmek gerekir. Askeri Yargıtay Daireler Kurulu konuya ilişkin bir kararında<sup>22</sup>; AsCK'nın 71'inci maddesinde firar ve izin tecavüzü suçlarından hüküm giyen erbaşların rütbelerinin geri alınmasına da hükümlenacağınin belirtildiği, maddede idarenin re'sen bu cezayı uygulaya-

Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>20</sup> Firar ve cezası AsCK md.66'da düzenlenmiştir. Buna göre;

1) Aşağıda yazılı askeri şahıslar bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur:

a) Kıt'asından veya görevi icabı bulunmak zorunda olduğu yerden izinsiz olarak altı günden fazla uzaklaşanlar,

b) Kıt'asından veya görevini yapmakta olduğu yerden izin, istirahat veya hava değişimi alarak ayrılanlardan, dönmeye mecbur buldukları günden itibaren altı gün içerisinde özürsüz olarak gelmeyenler,

2) Aşağıda yazılı hallerde hapis cezası iki yıldan aşağı olamaz.

a) Suçlu, silah, mühimmat ve bunların teçhizat veya nakil vasıtalarından ve hayvanlardan birini veya ordu hizmetine tahsis edilen herhangi bir şeyi beraberinde götürmüş ise;

b) Suçlu hizmet yaparken kaçmış ise;

c) Suçlu mükerrir ise;

3) Seferberlikte bu maddede yazılı mehiller yarıya indirilir.

<sup>21</sup> *"Halen yürürlükte bulunan mevzuata (TSK İç Hizmet Kanunu md.3) göre, onbaşılar da "erbaş" sayıldıklarından, haklarında AsCK'nın 71'inci maddesi uyarınca uygulama yapması gerektiğine karar verildi."* As.Yrg.Drl.Krl.,10.1.1991,E.14,K.4 Karar için bkz. **KOÇ**, s.438.

<sup>22</sup> As.Yrg.Drl.18.12.2003 tarihli ve E.2003/114 K.2003/114 sayılı kararı

çağına dair bir açıklığın bulunmadığı, rütbenin geri alınması fer'i cezasının niteliği, sonuçları ve yerine getirilme usulünün AsCK'nın 35'inci maddesinde düzenlenmiş olmasına rağmen, bu cezanın uygulanacağı hallerin sayıldığı AsCK'nın 30'uncu maddesinde "firar ve izin tecavüzü" suçlarına yer verilmediği belirtilmiştir. Kararın devamında "AsCK'nın 71'inci maddesinde öngörülen fer'i cezanın, AsCK'nın 35'inci maddesinde genel olarak tanımlanmış fer'i ceza ile aynı nitelikte olduğu aşikar olmakla birlikte, kanun koyucunun, AsCK'nın 71'inci maddesinde belirtilen iki suça, AsCK'nın 35'inci maddesinin atf yaptığı AsCK'nın 30'uncu maddesinde yer vermediği de bir gerçektir. Dolayısıyla, yasa koyucunun iradesinin aşılp, firar ve izin tecavüzü suçlarından mahkum olmakla beraber, haklarında AsCK'nın 71'inci maddesinin uygulanmadığı erbaşlar hakkında, AsCK'nın 35'inci maddesinin işletilip, idarenin re'sen fer'i cezayı uygulayabileceğinin kabulü yasal olarak mümkün değildir." demek suretiyle firar ve izin tecavüzü suçundan mahkum olan erbaşlar hakkında verilen mahkeme kararında rütbenin geri alınması fer'i cezasının belirtilmediği hallerde idare tarafından bu cezanın re'sen uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Askeri Yargıtay'ın verdiği bu kararın aksine kanaatimizce kararın muhalefet gerekçesinde de belirtildiği böyle bir durumda idarenin re'sen uygulama yetkisinin varlığının kabul edilmesi gerekir. AsCK'nın 71'inci maddesinde bu cezanın, firar ve izin tecavüzünden hüküm giyen erbaşlar hakkında uygulanacağı öngörülmüş, ancak bunun niteliği, sonuçları ve infaz şekli gösterilmemiştir. Bu cezanın niteliği, sonuçları ve infaz şekli genel hükümler arasında yer alan 35'inci maddede gösterilmiştir. 71'inci maddede de bu hususların ayrıca tekrar belirtilmesi gereksiz olacaktır. Dolayısıyla, 71'inci maddedeki hüküm de buyurucu nitelikte olduğundan, firar ve izin tecavüzünden mahkûm olan erbaşlar hakkında mahkemece bu cezaya hükmedilmemiş olsa dahi, bu cezanın 35'inci maddedeki esaslar çerçevesinde idarece re'sen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Rütbenin geri alınması sadece AsCK'da değil 477 sayılı Kanun Disiplin Mahkemeleri Kurulu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'un "Disiplin suç ve cezaları" başlıklı 41'inci maddesinde de düzenlenmiştir. Maddeye göre; "Disiplin suçları, bu kanunun oda hapsi veya, göz hapsi ile cezalandırdığı eylemlerdir. Bu kanuna göre verilecek oda veya göz hapsi cezaları üç günden iki aya kadardır. Erbaşlar hakkında asli ceza ile birlikte rütbenin geri alınması cezası da verilebilir. Uzman jandarmalar ve uzman erbaşlar hakkında, rütbenin geri alınması hususunda, özel kanunlarının hükümleri uygulanır." Maddeye göre disiplin mahkemeleri disiplin suçu işleyen erbaşlara disiplin cezası verirken bu asli ceza ile birlikte rütbenin geri alınması ceza-

sı da verebilecektir. 477 sayılı Kanunda rütbenin geri alınmasına dair hüküm ile AsCK md.35'te düzenlenen hükümler arasında fark bulunmaktadır. AsCK md.35 kapsamında askeri mahkeme kararlarında asli ceza ile birlikte rütbenin geri alınması hükümde yazılı olmasa bile verilen asli cezanın bir sonucu olarak rütbenin geri alınması doğrudan idari merciler tarafından uygulanacaktır. Ancak disiplin mahkemelerinde ise oda hapsi cezası ile birlikte rütbenin geri alınması kararı verilecekse kararda bunun açıkça yazılması gerekecektir<sup>23</sup>.

6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile Disiplin Mahkemeleri, Disiplin Kurullarına dönüştürülmüş ve Disiplin Mahkemelerinin savaş zamanında kurulacakları hüküm altına alınmış, 477 sayılı Kanun'a diğer mevzuatta yapılan atıfların 6413 sayılı Kanuna yapılmış sayılacağı belirtilmiş ve barış zamanında (karasuları dışındaki gemilerde işlenen disiplinsizlikler hariç) 477 sayılı Kanun'un uygulanma imkânı kalmamıştır. 6413 sayılı Kanun incelendiğinde 477 sayılı Kanunun aksine disiplin cezası alan erbaşlar hakkında rütbenin geri alınabileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce 6413 sayılı Kanunda rütbenin geri alınmasının düzenlenmemiş olması eksikliklerdir. Firar veya izin tecavüzü suçunu işleyen erbaşlar hakkında aynı zamanda rütbenin geri alınması cezası uygulanırken Türk Silahlı Kuvvetlerinde etkin bir disiplin sisteminin tesisi, muhafazası ve idamesine ilişkin usul ve esasların belirlendiği 6413 sayılı Kanunda örneğin kısa süreli kaçmak, izin süresini geçirmek, emre itaatsizlik, amire saygısızlık gibi fiiller bakımından da rütbenin geri alınması cezasının uygulanmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

#### **D. AsCK md.153'te Yer Alan Düzenlemeler**

Fer'i cezaların ceza mahkûmiyetine bağlanan, ceza mahkûmiyetinin neticesi olan ve onunla birlikte sonuç doğuran ceza türleri olduğundan bahsettik. AsCK m.153'te bir ceza mahkûmiyeti öngörülmezsiz fer'i cezaların uygulanmasına kanun koyucu tarafından imkân tanınmıştır. AsCK'nın "*İffetsiz bir kimse ile evlenen veya böyle bir kimse ile yaşayanlar*" başlıklı 153'üncü maddesine göre "*İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağına devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında rütbenin geri alınmasına hükmolunur. Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden*

---

<sup>23</sup> DURAN, Gökhan Yaşar, Askeri Disiplin Hukuku, İstanbul, 2012, s.332.

*çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir.” Görüldüğü gibi maddede belirtilen durumlarda herhangi bir asli ceza olmasa bile fer’i ceza uygulaması yapılarak mahkemeler tarafından TSK’dan çıkarma veya rütbenin geri alınmasına karar verilebilmektedir. Maddenin ilk fıkrasında iffetsizliği anlaşılmış bir kimse ile bilerek evlenmek, iffetsizliği anlaşılmış bir kimse ile evlilik bağına devam ettirmek, iffetsizliği anlaşılmış bir kimseyi yanında bulundurmamak, herhangi bir kimse ile karı koca gibi nikâhsız olarak devamlı surette yaşamak fiilleri ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmamış eylemlerdir<sup>24</sup>.*

31/1/2013 tarih 6413 sayılı TSK Disiplin Kanununun Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası gerektiren disiplinlikler başlıklı 20’inci maddesinin g fıkrasına göre; *“İffetsiz bir kimse ile evlenmek veya böyle bir kimse ile yaşamak: İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağına devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar etmektir.”* Aynı maddenin h fıkrasına göre ise *“Gayri tabii mukarenette bulunmak: Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunmak yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptırmaktır.”* Görüldüğü gibi AsCK md.153’te belirtilen fiillerin aynı silahlı kuvvetlerden ayırma cezası gerektiren disiplinsizlikler arasında sayılmıştır. 6413 sayılı Kanun aynı fiillerin yaptırım altına alınmış olmasının AsCK’nın 153’üncü maddesinin zımnen yürürlükten kaldırılıp kaldırılmadığı sorunu ortaya çıkarmaktadır.

5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesiyle asli-fer’i ceza ayrımı ortadan kaldırılmış ancak AsCK bakımından herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. 5237 sayılı TCK’nın kabul edilmesinden sonra 5239 sayılı Kanun’un 1’inci maddesi ile AsCK’ya Ek Madde 8 eklemiştir. Bu maddenin ilk fıkrası *“26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen*

<sup>24</sup> Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu’nda AsCK md. 153 düzenlenen fiillerin uluslararası insan hakları standartlarına ve ayrımcılık yasağına aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Rapora göre *“Askeri Ceza Kanunu”nun iffetsiz bir kimse ile evlenen veya böyle bir kimse ile yaşayanlar başlıklı 153. maddesinin 2. fıkrasına göre “Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptırarak asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir.” Gayri tabii mukarenet, doğal olmayan cinsel ilişki anlamına gelmektedir. Maddenin lafzından anlaşıldığı ve uygulamada görüldüğü üzere bu kavramla eşcinsel ilişkiler kastedilmektedir. Eşcinsel ilişkinin suç kabul edilmesi uluslararası insan hakları standartlarına aykırıdır ve ayrımcılık yasağının ihlalidir.”* Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu 1 Ocak– 30 Haziran 2010 İstanbul, Şubat 2011  
[http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/02/24/Cinsel\\_Yonelim\\_veya\\_Cinsiyet\\_Kimligi\\_Izleme\\_Raporu.pdf](http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/02/24/Cinsel_Yonelim_veya_Cinsiyet_Kimligi_Izleme_Raporu.pdf) (Erişim Tarihi: 28.04.2016)

*suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer'i askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi AsCK'nın fer'i cezalara, cezaların ertelenmesine ve 49/A maddesindeki zamanaşımına ilişkin düzenlemeler saklı kalmak üzere TCK'nın genel hükümlerinin AsCK için de geçerli olduğu kabul edilmiştir. Ek Madde 8'in eklenmesinden sonra Kanun Koyucu 5739 sayılı Kanun ile AsCK'ya Ek Madde 10'nu eklemiştir. Bu maddede AsCK ve diğer kanunlarda değişiklik yapıncaya 5237 sayılı TCK'da yer alan düzenlemelerin Ek-8 ve Ek-9'uncu maddelerinin uygulanmaya devam olunacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla AsCK'nın asıl ceza ile birlikte düzenlenmiş olsun veya olmasın, fer'i cezaya ilişkin hükümlerinin AsCK Ek md.10 gereğince halen yürürlükte olduğu anlaşılmaktadır.

6413 sayılı TSK Disiplin Kanununun 45'inci maddesinde, yürürlükten kaldırılan veya değiştirilen hükümler arasında AsCK'nın 153'üncü maddesi sayılmamıştır. Dolayısıyla kanun koyucu da bu maddeyi ilga etmemiştir. Bununla birlikte 6413 sayılı Kanununun 5'inci maddesine göre *"Herhangi bir fiilden dolayı ilgili hakkında yapılan adli soruşturma veya kovuşturma, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması ve tahkikat yapılmasını, disiplin cezası verilmesini ve bu cezanın yerine getirilmesini engellemez."* Maddenin gerekçesinde<sup>25</sup> ise *"Madde ile, Türk Silahlı Kuvvetleri disiplin hukuku sistemine, ceza ve disiplin hukukun birbirinden ayrı ve bağımsız olduğu genel ilkesinin getirilmesi amaçlanmıştır. Maddede, herhangi bir fiilden dolayı adli kovuşturma veya soruşturma yapılan personel hakkında, aynı fiilden dolayı disiplin soruşturması yapılabileceği, yapılan disiplin soruşturması sonunda gerek görülürse disiplin cezası verilebileceği ve verilen disiplin cezasının yerine getirilebileceği esasa bağlanmıştır. Zira, bir fiilin ceza hukuku kapsamında suç teşkil etmesi ayrı bir şey, disiplin hukuku bakımından ilgili idarenin tedbir alması gereken bir hal olarak değerlendirilmesi ayrı bir şey"* olduğu belirtilmiştir. Nitekim 6413 sayılı Kanun incelendiğinde disiplinsizlik olarak sayılan fiillerin önemli bir kısmı aynı zamanda AsCK'da suç olarak düzenlendiği görülecektir. Dolayısıyla aynı fiilden dolayı hem AsCK hem de 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu kapsamında işlem yapılmasına engel bir durum yoktur.

Aynı fiilin hem TSK Disiplin Kanununda disiplinsizlik olarak, hem de AsCK'da suç olarak düzenlenmesinin Non Bis in İdem ilkesi çerçevesinde de kısaca değerlendirilmelidir. Aynı fiil ve aynı konu nedeniyle mükerrer bir yargılama ve cezalandırma yapılamayacağı anlamına gelen Non Bis in İdem ilkesi disiplin

---

<sup>25</sup> <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0730.pdf> (Erişim tarihi 16.04.2016)

hukuku bakımından uygulama alanı bulan bir ilkedir<sup>26</sup>. Danıştay bir kararında<sup>27</sup> “ceza hukuku genel prensiplerine göre aynı eylemden dolayı ilgisine iki defa ceza verilemeyeceği açık bulunduğundan, bir yıl kıdem indirme cezası verilen ve uygulanan memur hakkında bilahare yüksek disiplin kurulunca verilen meslekten ihraç cezasının iptaline...” demek suretiyle bu ilkenin disiplin hukuku açısından uygulama alanı bulacağına açıkça ifade etmektedir. Bunun yanı sıra bir fiilin disiplinsizlik teşkil etmesi ve aynı fiilin ceza hukuku bakımından suç teşkil etmesi durumunda, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı vermesinin söz konusu fiilin disiplinsizlik olarak değerlendirilmesini engellemeyeceği öğretide kabul edilmektedir<sup>28</sup>. Dolayısıyla non bis in idem ilkesinin ceza hukuku ve disiplin hukuku arasında uygulanması mümkün görülmemektedir<sup>29</sup>. TSK Disiplin Kanununun 4’üncü maddesinin 4’üncü fıkrasında yer alan düzenlemeyle, aynı eylem için hem Ceza Kanunlarının, hem Kabahatler Kanunu’nun hem de Disiplin Kanunu’nun uygulanması mümkün kılınmıştır. Bu maddeye göre “Bir fiilin diğer kanunlar kapsamında idari yaptırıma bağlanmış olması, aynı fiile bu Kanun kapsamında disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmez.” Dolayısıyla AsCK md. 153’te yer alan fiillerin işlenmesi durumunda kişi hakkında aynı zamanda 6413 sayılı Kanun’un 20’nci maddesi gereğince işlem yapılmasına engel teşkil etmeyecektir.

Yapılan açıklamalar neticesinde; iffetsizliği anlaşılmış bir kimse ile bilerek evlenmek, iffetsizliği anlaşılmış bir kimse ile evlilik bağına devam ettirmek, iffetsizliği anlaşılmış bir kimseyi yanında bulundurmamak, herhangi bir kimse ile karı koca gibi nikâhsız olarak devamlı surette yaşamak ve gayri tabii mukarenette bulunmak fiillerinin düzenlendiği AsCK’nın 153’üncü maddesi herhangi bir değişikliğe uğramadığı, 6413 sayılı Kanunun 45’inci maddesinde yürürlükten kaldırılan veya değiştirilen hükümler arasında sayılmadığı ve 6413 sayılı Kanunun 5’inci maddesi göz önüne alındığında bu fiillerden birini işleyen kişi hakkında hem AsCK hem de 6413 sayılı Kanun bakımından işlem yapılabilecektir<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> LİVANELİOĞLU, Ömer Asım Memur Disiplin Hukuk, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara, 2003, s.39; DEMİRAĞ, Fahrettin Gerekçeli ve Açıklamalı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile Askeri Ceza Kanunu ve İç Hizmet Kanunu. Adalet Yayınevi, 2014, s.51.

<sup>27</sup> Danıştay Mürettep Dairesi, 26.1.2009/2144, DD, Y.12, S.46,47, s.433.

<sup>28</sup> OĞURLU, Yücel Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis İn İdem’ Kuralı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52 S.2., 2003 s.104; NAZAROĞLU Yavuz “Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri”, DD, S.14-15, 1974 s.104

<sup>29</sup> Benzer görüş için bkz. DEMİRAĞ, s.51.; DEĞİRMENCİ, Olgun- TANRIVERDİ, Battalgazi Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014 , s.103.

<sup>30</sup> Benzer yönde bkz. As.Yrg.Drl.Krl. 11.2.2016 tarihli E.2016/5, K.2016/9.

Kanaatimizce iffetsizliği anlaşılmış bir kimse ile bilerek evlenmek, iffetsizliği anlaşılmış bir kimse ile evlilik bağına devam ettirmek, iffetsizliği anlaşılmış bir kimseyi yanında bulundurmamak, herhangi bir kimse ile karı koca gibi nikâhsız olarak devamlı surette yaşamak ve gayri tabii mukarenette bulunmak veya bu fiilleri kendisine rızasıyla yaptırmak fiilleri esasında bir haksızlık oluşturmayan, hukuka aykırı olmayan ve suç teşkil etmeyen, dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmeyecek fiillerdir. Bu sebeple bu fiiller genel ceza kanunlarında da suç olarak tanımlanmamış eylemlerdir. Kanaatimizce sadece disiplin cezası uygulanmasını gerektirebilecek nitelikte olan bu fiillerin aynı zamanda suç olarak AsCK md.153'te yer alması yerinde değildir.

Maddede belirtilen üç fiil bakımından ortak özellik kişinin iffetsizliğinin anlaşılmasıdır. Bir kişinin iffetsizliğinin nasıl anlaşılacağına dair mevzuatta açık bir düzenleme söz konusu değildir<sup>31</sup>. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun<sup>32</sup> 128 ve 132'nci maddeleri arasında Genel Kadınlara ilişkin hususlar hüküm altına alınmıştır. 128'inci maddede Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ile İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan nizamnamede genel kadınlar ve evlerin tabi olacakları hükümlerinin düzenleneceği belirtilmiştir. Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 152'nci maddesinde "*Başkalarının cinsiyet zevkini menfaat karşılığı tamim etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik*

<sup>31</sup> İffetsizlik kavramı babalığa hüküm tazminat ve nafaka davalarına da konu olmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu iffetsizlik kavramı ile ilgili bir kararında "*Çocuğun annesinin iffetsiz sayılabilmesi, gerek öğreti gerekse devamlılık kazanan yargısal kararlarda hemen tam bir görüş birliği içerisinde ifade edildiği üzere, kadının gebelik döneminde erkeklerle cinsel ilişki bakımından herhangi bir ahlaksal onur ve çekinme duygusu taşımaması ve cinsel davranışlarında aşırı derecede hafiflik içerisinde bulunmasıdır. (Prof. Bülent Köprülü, Prof. Selim Kaneti, Aile Hukuk sayfa: 278). Nitekim böyle bir yaşantı içerisinde bulunan ananın, açtığı babalık davasının redolunacağı M.K.nun 302. maddesinde hükme bağlanmıştır. Yine belirtmek gerekir ki Hukuk Genel Kurulunun 2.6.1965 gün 2/744-234 sayılı kararında da açıkça vurgulandığı üzere tek tük yanlış yola sapmalar kadının iffetsiz bir hayat sürdürdüğünün kabulüne yeterli değildir.*" demek suretiyle çocuğun annesinin iffetsiz sayılabilmesi için gerekli olan şartları saymıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.02.1992, E.1992/2-55, K.1992/129 Karar için bkz. <http://legalbank.net/belge/y-hgk-e-1992-2-55-k-1992-129-t-26-02-1992-babalik-davasi/149672/iffetsiz> (Erişim Tarihi:28.04.2016); "*Dava dosyasında Z.Ç.nin gazino ve barlarda çalıştığını gösteren bilgiler bulunmakla birlikte, Z.Ç.nin gazino ve barlarda hangi işlerde çalıştığı hususunda bir bilgi bulunmadığı gibi, duyuma veya istihbari nitelikte bilgilere dayanılarak; bir kadının iffetsiz olduğunun kabul edilmesinin mümkün olmayacağı dikkate alındığında; Z.Çnin çalıştığı gazino ve barlarda çalıştığı sırada, kendisinin iffetsiz olarak nitelendirilecek işler yapıp yapmadığı hususunda tanık olarak dinlenmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, noksan soruşturma ile sonuca gidilmesi eksiklik teşkil etmektedir.*" As.Yrg.2.D. 14.03.2012, E.2012/380,K.2012/376.

<sup>32</sup> 06 Mayıs 1930 tarih ve 1489 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

*erkeklerle münasebette bulunan kadınlar*” genel kadın olarak tarif edilmiştir. Bahse konu genel kadınların tesciline ilişkin hükümler Tüzüğün 20’nci maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler kişinin iffetsiz olduğuna dair dayanak oluşturur. Ancak bu düzenlemeler dışında da kişinin iffetsiz olduğunun ispat edilmesi mümkündür. Ancak Askeri Yargıtay istihbarat bilgilerinin kişinin iffetsizliğini ispat için kanıt olamayacağını belirtmiş ve kişinin iffetsizliğine karar verilebilmesi için meseleyi her türlü şüpheden uzak şekilde ispatlayacak delillere ihtiyaç olduğuna işaret etmiştir<sup>33</sup>.

AsCK md.153’te belirtilen fiillerin aynısı 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu’nun “*Silahlı Kuvvetlerden Ayırma Cezasını Gerektiren Disiplinsizlikler*” başlıklı 20’nci maddesinde düzenlenmiştir. İffetsizliği anlaşılmış bir kişi ile bilerek evlenme, evlilik bağıni sürdürme veya söz konusu kişiyi yanında bulundurmada ısrar etme fiillerini işleyen askeri personel hakkında Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile çıkarma işlemi uygulanabilmektedir. Burada üzerinde durulması gereken nokta bu kişi hakkında verilen çıkarma kararı aynı zamanda diğer şahsın da iffetsiz olduğuna dair bir karardır. Değirmenci/Battalgazi kişilerin iffetsizliğine idari makamlar tarafından karar verilmesinin, kişilerin bu karar verilirken kendilerini savunamamalarının veya haberlerinin dahi olmamasının “Ikenlenmeme hakkı”nın ihlali olarak değerlendirileceğini, 6413 sayılı TSK Disiplin Kanununda yer alan fiillerin Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü’nün 20 vd. maddelerine göre tescil edilen genel kadınlara özgü şekilde uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir<sup>34</sup>.

Maddede belirtilen fiilleri ayrı ayrı incelemek gerekir.

#### **a. İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile evlenmek**

İffetsizlik, cinsel ahlak kurallarına aykırılık olarak tanımlanmaktadır<sup>35</sup>. Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının evlenecekleri kişilerin iffetsiz olması halinde, söz konusu evlenme evlenen kişinin iffetsizliğin bilinerek gerçekleştirilmişse TSK’dan çıkarma ve rütbenin geri alınmasına hükmolunur. Bu fiil bakımından önemli olan unsur “bilme” unsurudur. Başka bir ifadeyle evlenmenin iffetsizlikten haberi olunmak suretiyle gerçekleştirilmesi gereklidir. “Bilme” unsurunun yanında “ısrar” unsurunun varlığı bu fiil bakımından aranmaz. Askeri Yar-

<sup>33</sup> As.Yrg.Drl.Krl.16.10.1997, Karar için bkz. **KARDAŞ** Ümit - **ÇINGİ** Mehmet, Askeri Ceza ve Ceza Yargısı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2001s.1131

<sup>34</sup> **DEĞİRMENCI-BATTALGAZİ**, s.353.

<sup>35</sup> **YILMAZ**, Ejder Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 5. Baskı,, Ankara, 1996 s.359.



gıtay da konuya ilişkin kararında<sup>36</sup> “*Fahişeliği veya iffetsizliği anlaşılmış olan bir kadınla bilerek evlenmek suçunda ısrar unsurunun aranmasına lüzum yoktur. Bilerek evlenmek teşekkülü için kafidir.*” demek suretiyle bilme unsurunun yeterli olduğuna işaret etmiştir.

#### **b. İffetsizliği anlaşılmış bir kimse ile evlilik bağına devam ettirmekte ısrar etmek**

Askeri personelin iffetsizliği anlaşılmış bir kimse ile evlilik bağına devam ettirmesi halinde bu fiil oluşacaktır. Bu eylem bakımından “devamlılık” ve “ısrar” unsuru aranmaktadır. Maddede ısrar unsuru arandığından bu fiili işleyen askeri personele evlilik bağına devam ettirdiği kişinin iffetsizliğinin bildirilmesi gerekir<sup>37</sup>. Kişiyeye yapılacak tebligata veya bu nitelikte uyarılara rağmen evlilik bağına devam ettirmesi durumunda bu fiilden dolayı hakkında fer'i ceza uygulanacaktır<sup>38</sup>. Kişiyeye yapılacak tebligatın yazılı olma zorunluluğu bulunmamakla birlikte eylemin ispatı bakımından önemlidir.

#### **c. İffetsizliği anlaşılmış bir kimseyi yanında bulundurmakta ısrar etmek**

Asker kişilerin cinsel ahlaka aykırı davranan bir kimseyi yanına bulundurması ve bu konuda yapılan uyarılara rağmen yanına bulundurmaya devam etmesi halinde bu fiilden dolayı fer'i cezaya hükmolunur. İsrar unsurunun varlığından söz edebilmek için iffetsizliği anlaşılmış kişiyi yanında bulunduran asker kişiyeye bu kimseyi yanına bulundurmamasına yönelik tebligat veya bu nitelikte bir uyarının yapılması, kişinin bu uyarılara rağmen böyle bir kimseyi yanına bulundurmaya devam etmesi gerekir.

#### **d. Herhangi bir kimse ile karı-koca gibi nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar etmek**

Herhangi bir kimse ile karı koca gibi nikâhsız olarak devamlı surette yaşamak iffetsizlik ile ilgili bir durum değildir. Böyle bir durumda her iki tarafın evli bir çift gibi yapmaya mecbur oldukları görevleri yerine getirmeleri, cinsel ve sosyal görevlerini ifa etmeleri ve sosyal yaşam kurallarına uygun davranarak

<sup>36</sup> As.Yrg.İçht.Brl.Krl.,30.11.1948, 3169/3148. Karar için Bkz. **DEĞİRMENCİ - TANRIVERDİ**, s.354

<sup>37</sup> “AsCK ‘nın 153’üncü maddesinde düzenlenen suçun oluşması için, sanığın ikaz edilmesi ve bu ikaza rağmen evlilik bağına makul görülemeyecek bir süre boyunca devam ettirmesi gerekmektedir. İkazi, yazılı bir tebligatla olması yasal bir zorunluluk olmayıp, keyfiyetin ispatı bakımından önem taşımaktadır. Evlilik bağına sona erdirilmesine dair yapılan sözlü ikazın da suçun oluşması bakımından yeterli olduğu kabul edilmelidir.” As.Yrg.4.D.,7.2.2006,171/170.

<sup>38</sup> **KOÇ**, s.782, **DEĞİRMENCİ - TANRIVERDİ**, s.381

birliktelik oluşturmaları söz konusudur<sup>39</sup>. Bu eylem bakımından ısrar unsuru arandığından kişiye bunun sonlandırılması için tebligatın veya bu nitelikte uyarıların yapılmış olması gerekir. Karı koca gibi nikâhsız yaşama ısrarının yapılan ikazlara rağmen devam etmesi gerekir<sup>40</sup>. Dolayısıyla maddede ısrar unsurunun yanı sıra devamlılık unsuru da söz konusu olduğundan bu kişilerin karı-koca gibi yaşadığını gösterecek ve belirleyecek kadar bir sürenin geçmesi gerekir<sup>41</sup>.

1632 sayılı AsCK'nın 153'üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta..." ibaresinin Anayasanın 2. 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Başvuru kararında; "Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesinin benimsenmiş olduğu, buna göre kanun koyucunun ceza normlarını düzenlerken ceza hukukunun genel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesi ile bağlı olduğu, ölçülülük ilkesinin ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluştuğu, ölçülülük ilkesiyle Devletin cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlü olduğu, kuralla suç sayılan eylem için öngörülen cezanın ağır olduğu ve amaçlanan sosyal faydanın bu suretle sağlanamayacağı, disiplinin yeniden tesisine etkin bir katkı sağlanamayacağı, kişinin özel hayatı ve aile hayatının askerlik hizmetinin ötesinde tutulması gerektiği, özel hayatı ve aile hayatını koruma yükümlülüğü bulunan

<sup>39</sup> KOÇ, s. 783, DEĞİRMENCİ - TANRIVERDİ, s.353.

<sup>40</sup> "Gerekçeli hükümde "Sanığın beyanları ile tanıkları H.K.,E.T ve S.Ç.nin anlatımları ie sanık L.K.nın evli olduğu halde S.Ç. isimli bayanla 2002 yılında tanıştığı, uzunca bir süre birlikte oldukları; Çorluda iken bu bayana ayrı bir ev açtığı, 2004 yılı Ekim ayında S.Ç.nin hamile kaldığı ve 2005 Temmuz ayında bir erkek çocuk dünyaya getirdiği, bu suretle sanığın S.Ç. isimli bayanla karı koca gibi nikahsız olarak devamlı surette birlikte yaşamakta olduğu anlaşılmış..." şeklinde değerlendirme yapılarak sanığın mahkumiyetine karar verildiği anlaşılmakta ise de; bu değerlendirmede daha çok sanığın kendisine yapılan uyarıdan önceki yaşantısının ele alındığı, dava dosyası muhteviyatı itibarıyla amirleri tarafından 17.01.2005 tarihinde yazılı olarak yapılan uyarıdan sonraki yaşantısının net olarak ortaya konmadığı görülmektedir. Bu bakımdan temyiz dilekçesinde ve savunmasında, kendisine yapılan uyarı sonrası S.Ç. ile görüşmediğini, münsnet suçu işlemediğini beyan etmiş olması da göz önünde bulundurularak; sanığın S.Ç.nin ve eşi H.K.nın ifadelerinin ayrıntılı olarak bir kez daha tespiti ile konunun aydınlatılmasına yardımcı olacak tanıkların bulunup bulunmadığının araştırılması, S.Ç. tarafından sanık aleyhine açıldığı söylenen herhangi bir dava bulunup bulunmadığını n, var ise sonucunun araştırılması, verilmiş kararın bir suretinin dosyaya dahil edilmesini müteakip, elde edilecek veriler ışığında, sanığa yüklenen suçun maddi ve manevi unsurlarının oluşup oluşmadığının araştırılarak sonuca varılması gerekirken, noksan soruşturma ile mahkumiyet kararının tesis olunması yasaya aykırı bulunmuştur." As.Yrg.2.D., 14.5.2008, 1229/1288, Karar için bkz. Koç, s.786.

<sup>41</sup> KOÇ, s.783, DEĞİRMENCİ - TANRIVERDİ, s.353.

*Devletin bu alana müdahale ederek kişileri cezalandırmasının yerinde olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 20. ve 41. maddelerine aykırı olduğu" ileri sürülmüştür.*

Anayasa Mahkemesi bahse konu maddede geçen ibarenin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir<sup>42</sup>. Kararın gerekçesine göre; *"Kanun koyucu düzenleme yetkisi kapsamında, statüleri kanunlarla oluşturulan ve buna göre mesleğe alınan kamu görevlilerine bir takım hak veya yükümlülükler getirebilir. Askerlik mesleği disiplin ve fedakârlık temeline dayanır. Bundan dolayı bu görevi ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkelerine tabi tutulmaları da normaldir. Kişiler askerlik mesleğini seçmekle birlikte artık sivillere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askerî disiplinin tesisi için kendileri açısından uygulanmasını kabul etmiş olmaktadır. Askerî ceza kanunları tarafından aynı veya benzer eylemler askerlik hizmetinin gereği olarak, genel ceza kanunlarına nispeten daha ağır veya daha hafif bir şekilde cezalandırılabilir. Hatta genel ceza kanunlarında öngörülmemiş bazı fiil ve eylemlerin askerî ceza kanunları ile cezalandırılması da mümkündür. Nitekim kanun koyucu da askerî hizmetlerin gereklerine uygun olarak bazı fiil ve davranışları TSK mensupları için yasaklamıştır. İtiraza konu kural ile yaptırıma bağlanan eylem için kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırım, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp disiplini temine yönelik TSK'dan çıkarma cezasıdır. Bunun dışında asker kişileri açısından suçun sübut bulması için yapılan uyarı ve ikazlara rağmen söz konusu fiilin işlenmesinde ısrar etme şartı da aranmaktadır. Ayrıca sadece asker kişileri ile ilgili bir düzenleme olduğundan ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından demokratik toplum düzeni ile de çelişmemektedir. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkına keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir hakkın kullanımını ortadan kaldırmayan itiraz konusu kural, istisnai bir sınırlama getirmeyen, temel alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülüdür. Diğer yandan özel hayatın korunmasını, istisnai bir alanda ve anayasal ilkelere uygun olarak asgari oranda sınırlandırılan düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı da söylenemez. Bu anlamda kural, askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından, sınırlamanın bu açıdan da ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olduğu açıktır."*

---

<sup>42</sup> Anayasa Mahkemesinin 27.5.2015 tarih E.2014/176 K.2015/53 sayılı kararı 29398 sayılı Resmî Gazetede 26.6.2015 tarihinde yayınlanmıştır.

## E. Bir Kimse İle Gayri Tabii Mukarenette Bulunmak

Fer'i cezanın asli ceza gibi uygulandığı bir durum ise AsCK'nın 153'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddede başka bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunmak veya bu fiili kendisine rızasıyla yaptırmak eylemlerinin ceza kanunlarında suç olarak düzenlenip düzenlenmediğine bakılmaksızın kişi hakkında fer'i cezanın uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Gayri tabii mukarenet, doğal olmayan ilişki demektir. Hukuki anlamda ise erkeğin erkekle, kadının kadınla veya bunların hayvanlarla yaptığı cinsi münasebetler<sup>43</sup>. Gayri tabii mukarenette mutlaka cinsel birleşmenin olması gerekmemekte, cinsel tatmin için doğal olmayan her türlü yakınlaşma veya temas bu fiilin oluşması için yeterlidir<sup>44</sup>.

Gayri tabii mukarenette bulunmak fiilinden dolayı kişiye AsCK md.153 gereğince fer'i cezanın uygulanabilmesi için bu eylemin ispat edilmiş olması gerekir. Askeri Yargıtay konuya ilişkin bir kararında<sup>45</sup> "AsCK'nın 153'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca ceza hükmolunabilmesi için, kişinin alenen cinsi münasebette bulunma suçunun bir türü olan tabiata aykırı şehvi birleşme suçunu işlediğinin sübuta ermesi zorunludur. Bu nedenle, maddi ceza hukuku yönünden bu suç sübuta ermedikçe salt AsCK'nın 153/2'nci maddesinin tek başına uygulanması mümkün değildir." demek suretiyle bu duruma işaret etmiştir.

## II. HAPİS CEZASININ ERTELENEMESİNİN FER'İ CEZALARA ETKİSİ

765 sayılı TCK'nın 91'inci maddesinde mahkeme kararında aksi açıkça gösterilmediği sürece erteleme hükümlerinin fer'i cezalar bakımından da uygulanabileceği düzenlenmekteydi. Ancak 5237 sayılı TCK'da böyle bir hüküm yer almamaktadır. Böyle bir durumda fer'i cezaların asli cezalarla birlikte ertelenip ertelenemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. TCK md.51/8'de "ceza infaz edilmiş sayılır" ifadesinin yer alması, madde gerekçesinde ise kurumun ceza infaz müessesesi haline getirilmesinden hareketle, sadece hapis cezalarının ertelenebileceği ve ertelemeye deneme süresinin iyi halli geçirilmesi durumunda

<sup>43</sup> ÖZCAN, Hüseyin Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 7.Baskı, İstanbul,1993,s.254.

<sup>44</sup> "As.Yrg.Drl.Krl.nun 25.12.1970/91-92 sayılı kararında, suçun oluşumu için tarafların cinsi münasebette bulunmalarının şart olmadığı, cinsi hissi tahrik ve tatmin maksadıyla, erkekler veya kadınlar arasında veya insanlar tarafından hayvanlara karşı yapılan cinsel ilişkilerle bu maksatla tabiata mugayir yapılan sair temaslara ve her türlü fiillerle bu suçun işlenebileceği kabul edilmiştir. As.Yrg.5.D.nin 28.8.1988/583-567 sayılı kararında da; iki askerin karşılıklı olarak birbirlerinin penislerini tutma, okşama veya boşalma gibi eylemlerinin bu suç oluşturduğu kabul edilmiştir." As.Yrg.4.D.15.2.2012,377/614

<sup>45</sup> As.Yrg. 5.D.,6.3.1996, 131/129 Karar için bkz. DEĞİRMENCİ - TANRIVERDİ, s.358.

cezanın infaz edilmiş sayılacağı sonucuna ulaşılabilir. Sadece hapis cezalarının ertelenmesinin kabul edilmesinden<sup>46</sup> dolayı hapis cezalarına bağlı fer'i cezaların ertelenmesi kanaatimizce mümkün değildir. Dolayısıyla cezanın ertelenmesi durumunda dahi TSK'da çıkarma cezasının uygulanması gerekmektedir. Ancak Askeri Yargıtay Daireler Kurulu 25.1.2007 tarihli kararında<sup>47</sup> "...somut olay incelendiğinde; sanıkların rüşvet vermeye teşebbüs etmek suçunu işledikleri kabul edilerek haklarında uygulanan AsCK'nın 135'inci maddesi, ertelenmeyecek cezaların sayılmak suretiyle gösterildiği aynı Kanun'un 45'inci maddesinde de yer almamaktadır. Başka bir anlatımla, AsCK'nın 135'inci maddesi delaletiyle TCK'nın 252/1'inci maddesi gereğince verilen cezanın ertelenmesi mümkündür. AsCK'nın benimsediği sistem açısından asli ceza ile birlikte fer'i cezanın da ertelenmesine karar verilmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak asli cezanın ertelenip, fer'i cezanın da ertelenmemesi olanağı bulunmakla birlikte, fer'i cezanın neden ertelenmediği konusunda gerekçe gösterilmesi kuşkusuzdur." demek suretiyle asli ceza ile birlikte fer'i cezanın da ertelenmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Kanaatimizce asli ceza ile birlikte fer'i cezanın ertelenmesi imkânı 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle ortadan kalkmıştır. 765 sayılı TCK'nın 91'inci maddesi gereğince mahkemelelerin fer'i cezaları gerekçe göstermek suretiyle erteleme kapsamı dışında tutmaları her zaman mümkündür. Ancak 5237 sayılı Kanunda fer'i cezalar ortadan kaldırılmış ve 765 sayılı Kanun'un 91'inci maddesine benzer bir düzenleme de getirilmemiştir. Bununla birlikte fer'i cezalara TCK'da yer verilmemesinin bir sonucu olarak erteleme ile ilgili 51'inci maddede sadece hapis cezalarının ertelenebileceğinden söz edilmiş ve fer'i cezalara ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. AsCK'nın 47'nci maddesi ile, cezaların ertelenmesine ilişkin kurallar bakımından TCK'nın ilgili hükümlerine atf yapılmıştır. Ertelene konusunun düzenlendiği 5237 sayılı Kanunun 51'inci maddesinde fer'i cezalara ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte erteleme müessesesi sadece hapis cezaları için öngörülmüştür. Dolayısıyla asli cezalar ile birlikte fer'i cezaların ertelenmesi mümkün değildir. Nitekim Askeri Yargıtay 4. Dairesi 13.01.2009 tarihli kararında<sup>48</sup> Daireler Kurulu kararın aksi yönünde bir karar vermiştir. Karara

<sup>46</sup> Benzer yönde bkz. **DENİZHAN**, Hüseyin, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Ertelene Kurumu Üzerine Bir İnceleme TBB Dergisi, Sayı 65, 2006, s.222.

<sup>47</sup> As.Yrg.Drl.Krl. 25.1.2007 tarihli E.2007/1,K.2007/1 sayılı kararı.

<sup>48</sup> "1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun 47'nci maddesi ile, cezaların ertelenmesine ilişkin kurallar bakımından Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine atf yapılmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak fer'i cezalara yer verilmemiş, erteleme müessesesi sadece hapis cezaları için öngörülmüştür. Bu sebeple erteleme hükümlerinin sadece hapis cezasına uygulanması gerekirken fer'i askerî ceza niteliğindeki Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasının da ertelenmiş olması hukuka

göre; “1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun 47’nci maddesi ile, cezaların ertelenmesine ilişkin kurallar bakımından Türk Ceza Kanunu’nun ilgili hükümlerine atıf yapılmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndan farklı olarak ferî cezalara yer verilmemiş, erteleme müessesesi sadece hapis cezaları için öngörülmüştür. Bu sebeple erteleme hükümlerinin sadece hapis cezasına uygulanması gerekirken ferî askerî ceza niteliğindeki Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasının da ertelenmiş olması hukuka aykırı bulunmuş, ancak sanık aleyhine temyiz bulunmaması nedeniyle bu husus bozma sebebi yapılmamıştır.”

5237 sayılı TCK’da yer alan güvenlik tedbirleri bakımından da durum aynıdır. 5237 sayılı Kanununda sadece hapis cezalarının ertelenmesi kabul edildiğinden güvenlik tedbirlerinin ertelenmesi mümkün değildir. 5237 sayılı TCK’da yer alan güvenlik tedbirlerinin çoğu 765 sayılı TCK’da fer’i ceza olarak kabul edilmişti<sup>49</sup>. Fer’i cezaların 765 sayılı Kanunun 91’inci maddesi gereğince ertelenmesi mümkündü. Bu maddede yer alan hüküm gereğince mahkeme kararında açıkça belirtilmediyse asıl cezanın ertelenmesiyle birlikte fer’i ceza da ertelenmekteydi. Ancak mahkeme tarafından fer’i cezanın ertelenmesi uygun görülmezse kararda bu cezanın erteleme dışında bırakıldığı açıkça belirtilmesi gerekmektedir<sup>50</sup>. 5237 sayılı TCK’da ise erteleme hususu sadece hapis cezaları bakımından düzenlendiğinden güvenlik tedbirlerinin de ertelenmesi söz konusu olmayacaktır. Öğretide 5237 sayılı TCK’nın 53’üncü maddesinde yer alan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma şeklindeki güvenlik tedbirinin ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu hükmünde olduğu, bu yoksunluklarının bir ceza olmadığı dolayısıyla erteleme bölünmezliği ilkesinin söz konusu olamayacağı ve bu güvenlik tedbirinin ertelenmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür<sup>51</sup>.

---

*aykırı bulunmuş, ancak sanık aleyhine temyiz bulunmaması nedeniyle bu husus bozma sebebi yapılmamıştır.”* As.Yrg.4.D, 13.01.2009,E.2009/1,K.2009/1

<sup>49</sup> 765 sayılı TCK md. 20, 25, 31, 33, 34, 35 41); “Görüldüğü gibi 765 sayılı Yasanın 20, 25, 31, 33, 34 ve 35. maddelerinde düzenlenen hak mahrumiyetleri “Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” başlığı altında yeni sistemde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olup, esasen güvenlik tedbiri olarak adlandırılan ve mahkûmiyetin yasal sonucu olan bu hak mahrumiyetleri, bu niteliğiyle ek-fer’i ceza niteliğini taşımaktadır.” CGK’nin 04.04.2006 tarih ve 9- 52/96 sayılı kararı; aynı yönde CGK’nin 14.02.2006 tarih ve 9-13/16 sayılı kararı; **ÖZTÜRK Bahri- ERDEM** Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 2005, s 300;

<sup>50</sup> Fer’i cezaların ertelenmesi konusundaki sistemler için bkz. **EREM Faruk - DANIŞMAN** Ahmet - **ARTUK**, Mehmet Emin Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 1997. s. 819 vd.

<sup>51</sup> **TURHAN**, Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı: 3-4 (2006), s. 27-54.

### III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ FER'İ CEZAYA ETKİSİ

Asker kişiler hakkında hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararı ile birlikte fer'i cezalardan birine hükmedilmesi durumunda fer'i cezaların uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı verilmesi halinde ceza hukuku bakımından hüküm doğurmayan, askıda bir hükmün varlığından bahsedileceğinden dolayı fer'i cezaların, HAGB süresi içinde infazı mümkün değildir. CMK 231/10'daki şartların sağlanması durumunda davanın düşmesi kararı verileceğinden dolayı, askıda olan fer'i ceza uygulanamayacaktır. Açıklanması ertelenen hükmün, CMK 231/11 kapsamında açıklanması durumunda, verilen fer'i cezada uygulama kabiliyeti kazanacaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde 5237 sayılı TCK'da yer alan güvenlik tedbirleri bakımından da durum ayındır. Güvenlik tedbirleri belli bir süre için geçerli olup bu sürenin tamamlanmasıyla kendiliğinden ortadan kalkar. Öğretide güvenlik tedbirinin hükmün açıklanmasıyla birlikte verilmesi durumunda tedbirin açıklanmasının da hükmün açıklanması gibi geri bırakılacağı ileri sürülmüştür<sup>52</sup>. Hak yoksunluğu bakımından durum değerlendirdiğinde Aksoy tarafından, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte hak yoksunluğunun uygun görülmesi durumunda verilen hükmün hukuki bir sonuç doğurmayacağından bahisle hak yoksunluğunun da hukuki bir sonuç doğurmaması gerektiği, zira hüküm infaz edilmezken, hak yoksunluğunun uygulanmasının, bir tür insan hakkı ihlali olarak değerlendirileceği belirtilmiştir<sup>53</sup>.

AsCK md.153'te bir ceza mahkûmiyeti öngörülmezsizin fer'i cezaların uygulanmasının mümkün olduğundan bahsettik. Bu madde bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının mümkün olup olmadığına da değinmek gerekir. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesine göre, yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza iki yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezası ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. AsCK md. 153'te hapis cezası veya adli para cezasının öngörülmemesi, bu maddede belirtilen fiillerin işlenmesi durumunda asli cezaya bağlı olarak bir fer'i cezaya hükme-

<sup>52</sup> **TURAN**, Hüseyin, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulanması, 2.Baskı. Ankara:Adalet Yayınevi, 2010, s.167. **BİBER**, Murat Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2015, s.46-47.

<sup>53</sup> **AKSOY**, M. Ramazan., Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 31. Sayı. Mayıs-2008. Adalet Dergisi s.230.

dilmemesi, doğrudan ferî cezanın uygulanması nedeniyle CMK md.231'te belirtilen objektif şartlar oluşmamaktadır. Dolayısıyla AsCK md.153'te belirtilen fiillerin işlenmesi durumunda kişi hakkında verilen TSK'dan çıkarma veya rütbenin geri alınması cezası bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi mümkün değildir.

## SONUÇ

5237 sayılı TCK'da asli-ferî ceza ayırımının ortadan kaldırılmasına rağmen AsCK'da düzenlenen ferî cezaların uygulanmasına AsCK Ek md.8 ve Ek md.10 gereğince devam edilmektedir. Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma, askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme ve rütbenin geri alınması gibi ferî cezaların genel itibarıyla idare hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle bu cezaların idari yaptırım olarak düzenlenmesi ve AsCK kapsamından çıkartılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

AsCK md.153'te yer alan fiillerin aynı zamanda 6413 sayılı Kanunda disiplinsizlik olarak düzenlenmesinin 153'üncü maddenin zımnen ilga olup olmadığı konusunu gündeme getirmiştir. Ancak 6413 sayılı Kanunda AsCK md.153'ün yürürlükten kaldırıldığına ilişkin bir ibarenin olmaması ve 5'inci maddede adli ve idari soruşturmaların birbirinden bağımsız olduğu hükmü dikkate alındığında AsCK'nın 153'üncü maddesinde yer alan düzenlemenin uygulanmasına devam edileceği sonucuna varılmıştır. Non Bis İn İdem ilkesi çerçevesinde durum değerlendirildiğinde ise aynı fiilin hem AsCK hem de TSK Disiplin Kanunu'nda düzenlenmesi nedeniyle aynı fiilden iki cezanın verilmesine, TSK Disiplin Kanununun 4'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan düzenlemeyle, aynı eylem için hem Ceza Kanunlarının, hem Kabahatler Kanunu'nun hem de Disiplin Kanunu'nun uygulanması mümkün kılınması nedeniyle bir engel olmadığı düşünülmektedir.

AsCK md.153'te düzenlenen iffetsizliği anlaşılmış bir kimse ile bilerek evlenmek, iffetsizliği anlaşılmış bir kimse ile evlilik bağına devam ettirmek, iffetsizliği anlaşılmış bir kimseyi yanında bulundurmamak, herhangi bir kimse ile karı koca gibi nikâhsız olarak devamlı surette yaşamak ve gayri tabii mukarenette bulunmak veya bu fiilleri kendisine rızasıyla yaptırmak fiilleri esasında bir haksızlık oluşturmayan, hukuka aykırı olmayan ve suç teşkil etmeyen, dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmeyecek fiillerdir. Bu fiiller genel ceza kanunlarında da suç olarak tanımlanmamışlardır. Aynı fiillerin 6413 sayılı Kanunda Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası gerektiren disiplinsizlikler arasında sayılması da dikkate alındığında fiillerin aynı zamanda suç olarak AsCK



md.153'te yer almaya devam etmesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim MSB tarafından hazırlanan AsCK Taslağı'nda bu durum dikkate alınmış ve mevcut AsCK'da yer alan fer'i cezalara taslakta yer verilmemiştir.

AsCK md. 71'de firar ve izin tecavüzü cürümlerinden hüküm giyen erbaşların rütbelerinin geri alınmasına da hükmolunacağı açıkça belirtilmiştir. Askeri Yargıtay, mahkeme kararında bu suçu işleyenler hakkında ayrıca rütbenin geri alınması kararının verilmediği hallerde idare tarafından bu suçu işleyenler hakkında re'sen rütbenin geri alınması cezasının uygulanamayacağı yönünde kararlar vermiştir. Kanaatimizce idare re'sen bu cezayı uygulayabilecektir. AsCK md. 71'deki amir hüküm AsCK md.35 ile birlikte yorumlandığında idare tarafından mahkemede bu suçları işleyenler hakkında ayrıca rütbenin geri alınmasına yönelik bir ibare bulunmasa bile re'sen bu cezanın uygulanması mümkündür. Tereddütlerin ortadan kaldırılması amacıyla maddeye mahkeme kararında bu cezaya yer verilmezse bile idare tarafından bu cezanın re'sen uygulanabileceğine dair bir ibarenin eklenmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

AsCK'da düzenlenen fer'i cezaların asli cezalarla birlikte verilmesi durumunda hapis cezalarının ertelenmesine karar verilmesi halinde fer'i cezaların ertelenmesi mümkün değildir. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği takdirde fer'i ceza da hükmün askıya alınması nedeniyle HAGB süresi içerisinde uygulanmayacaktır.

◆◆◆◆

#### KAYNAKÇA

**AKSOY**, M. Ramazan., Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 31. Sayı. Mayıs-2008. Adalet Dergisi.

**BİBER**, Murat Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku AnaBilim Dalı, 2015.

**CENTEL**, Nur Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi, <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckyaptirim>.

**DEĞİRMENCİ**, Olgun, "Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlikte Israr Suçu", KHO Bilim Dergisi, C.:18 S.:2, 2008.

**DEĞİRMENCİ**, Olgun Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, KHO Basımevi, Ankara 2013

**DEĞİRMENCİ**, Olgun/ **TANRIVERDİ** Battalgazi, Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

**DEMİRAĞ**, Fahrettin Gerekçeli ve Açıklamalı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile Askeri Ceza Kanunu ve İç Hizmet Kanunu. Adalet Yayınevi, 2014.

**DENİZHAN**, Hüseyin Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme TBB Dergisi, Sayı 65, 2006.

**DURAN**, Gökhan Yaşar, Askeri Disiplin Hukuku, İstanbul, 2012 .

**EREM** Faruk - **DANIŞMAN** Ahmet - **ARTUK**, Mehmet Emin Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, 1997.

**ERGUTEKİN**, İdris, Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlik Fiilleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Yüksek Lisans Tezi) İstanbul, 2015.

**ERMAN**, Sahir Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983.

**KANGAL**, Zeynel Askeri Ceza Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2012.

**KOÇ**, Cihan Notlu Açıklamalı İçtihatlı Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askeri Ceza Kanunu Disiplin Mahkemeleri Kanunu Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat,18. Baskı, Ankara, Ağustos, 2012.

**LİVANELİOĞLU**, Ömer Asım Memur Disiplin Hukuk, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara, 2003.

**MİS**, Olcay, Açıklamalı ve İçtihatlı Askeri Ceza Kanunu, Ankara, 1976.

**NAZAROĞLU** Yavuz “Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri”, **DD**, S.14-15, 1974.

**OĞURLU**, Yücel Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis İn İdem’ Kuralı **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.52 S.2., 2003.

**ÖZCAN**, Hüseyin Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 7.Baskı, İstanbul,1993.

**ÖZTÜRK Bahri-ERDEM Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 2005.

**ŞİMŞEK**, Mustafa Askeri Ceza Hukuku Genel Hükümler, Hava Teknik Basım Evleri, İzmir, 2010.

**TURHAN**, Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Cezaların Ertenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı: 3-4 2006.

**TURAN**, Hüseyin, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulanması, 2.Baskı. Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

# MECELLE VE CODE CİVİL'DEKİ HAKSIZ FİİLİN MUKAYESESİ

*Comparison of Tort Law between the Mecelle and the Code Civil*

Arş. Gör. Talha YILDIZ, LL.M.<sup>1</sup>

## ÖZET

Bu çalışmada Mecelle ile Code Civil arasında haksız fiiller çerçevesinde bir mukayese yapılmıştır. Yaptığımız araştırma, Mecelle'deki haksız fiilleri konu edinen kanun maddelerinin, Code Civil'deki kanun maddeleriyle büyük ölçüde benzerlik taşımadığını göstermektedir. Zira Mecelle'de haksız fiiller meseleci metoda göre hazırlanmış ve bunun sonucu olarak, her haksız fiil türünün oluşması için farklı şartlar belirlenmiştir. Bununla birlikte İslam hukukunda şahsa yönelik olan haksız fiiller için belirlenen tazminat nevelerinin Mecelle'de yer almaması, Mecelle'nin klasik fıkıh kitaplarına bağlı hazırlandığını göstermektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Mecelle, Code Civil, Haksız Fiil, Hukuki Mukayese, Hukuki Etkileşim.

## ABSTRACT

In this study, we made a comparison of tort law between the Mecelle and the Code Civil. This study show us the existence of a considerable difference between the provisions about torts in the Mecelle and the Code Civil. In the Mecelle the provisions about torts based on the casuistic method and therefore, every tort have different rules. Further, the fact that compensation for torts in the context of uqubat are not a part of the Mecelle, shows that the Mecelle is prepared in according to old fiqh books.

**Keywords:** Mecelle, Code Civil, Tort Law, Comparative Law, Interaction of Law.

◆◆◆◆

## Giriş

Mecelle, İslam hukuk tarihinde kanunlaştırma hareketlerinin başlangıcı- nı ve aynı zamanda İslam hukuk tarihinin yeni bir evresini ifade etmektedir.<sup>2</sup> Genel kanaata göre Mecelle'de sadece şekil olarak Batı kanunlarının etkisi vardır. Zira Mecelle'nin kanun metinleri Batılı kanun kitaplarında olduğu gibi, maddeler halinde hazırlanmıştır.

<sup>1</sup> Avrupa İslam Üniversitesi Araştırma Görevlisi, t.yildiz@iue-edu.nl

<sup>2</sup> N. Bahçekapılı, *İslam Hukukuna Giriş*, Rotterdam 2014, 58-59.

Diğer taraftan Mecelle'nin Hanefi mezhebine dayandığından dolayı, içerik olarak Mecelle'de Batı kanunların etkisinin olmadığı kabul edilmiştir.<sup>3</sup> Tespit edebildiğimiz kadarıyla yalnız Velidedeoğlu Code Civil ile Mecelle'nin kanun maddeleri arasında içerik olarak benzerlikler olduğunu söylemektedir. Ancak mezkur müellif bu konuda örnekler vermemektedir.<sup>4</sup> Bu konu hakkında geniş çaplı bir araştırmanın yapılmamış olması, bizleri literatürdeki bu boşluğun az da olsa doldurulması için haksız fiiller bağlamında Mecelle ve Code Civil<sup>5</sup> arasında bir mukayese yapmaya yöneltmiştir.

Bu makalede öncelikle hukuk sistemlerince haksız fiileri ele alınmasındaki farklılıklar üzerinde durulacaktır. Daha sonra klasik İslam hukuk doktrinindeki haksız fiillerin ele alınışı araştırılacak ve devamında Mecelle'deki haksız fiiller ile alakalı kanun maddeleri izah edilecektir. Makalenin en önemli kısmı, Mecelle'de mezkur kanun maddelerinin Code Civil'daki haksız fiilleri konu edinen kanun maddeleriyle mukayese edilmesidir.

## 1. Haksız fiillerin hukuk sistemlerince ele alınması

Bütün hukuk sistemlerinde borcun en yaygın kaynakları arasında yer alan haksız fiil, hukuk tarihi içerisinde ilk defa ortaya çıkmış borç sebeplerinden biri olarak kabul edilmiştir.<sup>6</sup> Haksız fiil, borçlar hukukunda taraflar arasında akid olmadan borç doğuran kaynaklardan birisidir ve faili başkasına verdiği zararın tazmininden mükellef kılar.<sup>7</sup> Zira nizamın korunması ve adaletin sağlanması için, zarar veren kimsenin zararı tazmin ve telafi edilmesi gerekmektedir.<sup>8</sup> Haksız fiiller hukuk sistemlerinde mücerred ve meseleci (kazüis-

<sup>3</sup> N.J. Coulson, *A history of Islamic law*, Edinburgh 1964, 151; S.S. Onar, 'The Majalla', in: M. Khadduri & H.J. Liebesny (ed.), *Law in the Middle East*, Washington 1955, 292; D. Pearl, *A textbook on Muslim Law*, London 1979, 196; H.J. Liebesny, *The Law of the Near and Middle East. Readings, Cases and Materials*, Albany 1975, 65; S. Zubaida, *Law and Power in the Islamic World*, London 2003, 133; C. Mallat, *Introduction to Middle Eastern Law*, Oxford 2007, 255; N. Anderson, *Law Reform in the Muslim World*, London 1976, 17.

<sup>4</sup> E. Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Ankara 1996, 191-192.

<sup>5</sup> Napoleon tarafından 1804 yılında hazırlatılan Code Civil, o dönemde Avrupa ülkelerindeki medeni kanun kitapları üzerinde büyük etkisi olmuştur. Osmanlı Devletinde ilk defa İslam hukukuna dayalı bir kanun kitabının hazırlanmış olması, bizleri o dönemde büyük etki yapan Code Civil'den faydalanılmış olabilmesi ihtimalini araştırmaya sevk etmiştir. Code Civil'in etkisi için bkz. R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Leuven 2008, 416; J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Groningen 1992, 180-182.

<sup>6</sup> M.A. Aydın, 'Borç', *DİA*, VI, Ankara 1992, 287.

<sup>7</sup> M. Özyörük, *Hukuka Giriş*, Ankara 1959, 66; W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer 2010, 339-340.

<sup>8</sup> H. Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, I, İstanbul 2010, 193.

tik) metoda göre ele alınmıştır.<sup>9</sup> Mücerred metodu takip eden sistemlerde, haksız fiiller bir bütün olarak ele alındığından dolayı, bütün haksız fiiller için ortak esaslar belirlenmiştir. Günümüz Kara Avrupası ve bu sistemin etkisinde kalan ülkelerde mücerred metod benimsenmiştir. Buna karşılık meseleci metoda göre tedvin edilmiş hukuk sistemlerinde haksız fiiller ayrı ayrı ele alınmıştır. Haksız fiilleri bu metoda göre düzenleyen hukuk sistemleri arasında İslam hukuku ve günümüzde İngiliz hukuku yer almaktadır. Nitekim İngiliz hukukunda kullanılan terminoloji de bunu göstermektedir. Mezkur hukuk sisteminde “haksız fiil hukukundan” (law of tort) bahsedilmez, bunun yerine “haksız fiiller hukukundan” (law of torts) bahsedilmektedir.<sup>10</sup> Bu nedenden dolayı İngiliz hukukunda her ‘tort’ için ayrı suç tanımı ve kurallar belirlenmiştir.<sup>11</sup>

## 2. Klasik İslam hukuk doktrinde haksız fiil

Klasik İslam hukuku doktrinde haksız fiil için ortak bir terim belirlenmemiş, şahsa ve mala yönelik haksız fiiller başlıkları altında ikili bir ayırım yapılmıştır. Şahsa yönelik olan haksız fiiller fıkıh kitaplarında ceza hukuku (ukubat) ve mala yönelik haksız fiiller muamelat bölümünde ele alınmıştır.<sup>12</sup> Şimdi şahsa yönelik haksız fiiller üzerinde durulacaktır.

### 2.1 Şahsa yönelik haksız fiiller

Cana ve vücut bütünlüğüne veyahut kişinin namus ve şerefine yönelik davranışlar şahsa yönelik haksız fiillerdir.<sup>13</sup> Adam öldürme ve yaralama suçlarında gerek cezai sorumluluk, gerekse medeni sorumluluk söz konusu olabilir. Öldürme ve yaralama suçlarının şartlarının gerçekleşmesi halinde, failin zarara denk kısas cezası ile cezalandırılması ve failin tazminat ödemeye mahkum edilmemesi, cezai sorumluluğu göstermektedir.<sup>14</sup> Öte yandan İslam ceza hukukunda fail, bazı durumlarda tazminat ödemekle yükümlü kılınmaktadır. Kişinin kasten öldürülmesi halinde ödenen mali bedel diyet, ölümle sonuçlanmamış bazı yaralama ve sakat bırakmalara karşılık miktarı naslarla belirlenmiş olan mali bedeller erş ve erşin dışında miktarı yetkili

---

<sup>9</sup> M.A. Aydın, ‘Haksız fiil’, *DİA*, XV, Ankara 1997, 210.

<sup>10</sup> M.A. Aydın, ‘Haksız fiil’, *DİA*, XV, Ankara 1997, 210; M.A. Aydın, ‘Borç’, *DİA*, VI, Ankara 1992, 287; H. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, İstanbul 2013, 440.

<sup>11</sup> E.J.H. Schrage, *Van delict tot onrechtmatige daad*, Nijmegen 1998, 15.

<sup>12</sup> M.A. Aydın, ‘Haksız fiil’, *DİA*, XV, Ankara 1997, 210-211.

<sup>13</sup> M.A. Aydın, ‘Haksız fiil’, *DİA*, XV, Ankara 1997, 210-211.

<sup>14</sup> H. Aktan, ‘Daman’, *DİA*, IX, Ankara 1993, 452; M.A. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2014, 386; H. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, İstanbul 2013, 441.

merciiler tarafından belirlenen mali bedeller hükümet-i adl olarak nitelendirilmiştir.<sup>15</sup>

Yukarıda belirtilen mali bedel nevelerinden olan diyetin hukuki niteliği konusunda, iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre diyet gerek ceza ve gerekse tazminat,<sup>16</sup> ikinci görüşe göre diyet yalnız medeni müeyyide niteliğindedir.<sup>17</sup> Birinci görüşü savunanlar, diyetin kasti adam öldürme suçunda ikinci derecede bir ceza görünümünde olduğunun altına çizmektedirler. Zira diyet, kasti adam öldürme suçunda asli ceza olan kısasın, ya hak sahiplerinin vazgeçmesi ya da herhangi bir sebepten dolayı uygulanmaması durumunda devreye girmektedir. Bu sebepten dolayı Hanefi ve Malikilere göre kasti cinayetlerde diyetin devreye girebilmesi için, mağdurun yakınları ile suçlu arasında diyet üzerinde anlaşma yapmaları gerekmektedir. Hanefiler bu durumda ödenen bedeli 'bedel-i sulh' olarak nitelendirmeleri dikkat çekicidir. Şafii ve Hanbeli hukukçulara göre diyet asli ceza hüviyetindedir. Zira mağdurun yakınları kısas ve diyet arasında tercih yapabilme hakkına sahiptirler. Bunun için suçlu ile ayrı bir anlaşma yapmaları gerekli değildir. Kasta benzer ve hataen öldürmelerde ise, diyet asli ve ilk ceza konumundadır.<sup>18</sup>

İkinci görüşe göre diyet faili cezalandırmayı değil, mağdurun ve yakınlarının zararının giderilmesini amaçlamaktadır. Zira mağdurun uğradığı zararın imkanlar dahilinde tazmin edilmesi, diyetin medeni müeyyide niteliğinde olduğunu göstermektedir.<sup>19</sup> Bununla birlikte diyetin devlete ödenmeyip ölünün yakınlarına ödeniyor olması, diyetin tazminat niteliğini belirgin hale getirmektedir.<sup>20</sup> Diğer yandan aynı şekilde erşin ödenmesindeki amaç, failin cezalandırılması değil mağdurun uğradığı zararın giderilmesidir.<sup>21</sup> Ayrıca failin erşi ödemekle yükümlü olabilmesi için cezai ehliyete sahip olmasının dikkate alınmaması, burada suçluyu cezalandırmaktan ziyade haksız fiil sonucunda meydana gelen

<sup>15</sup> A. Bardakoğlu, 'Diyet', *DİA*, IX, Ankara 1994, 475; A.Şafak, 'Erş', *DİA*, XI, Ankara 1995, 307; Ş. Dağcı, 'Hükümet-i adl', *DİA*, XVIII, Ankara 1998, 463.

<sup>16</sup> A. Bardakoğlu, 'Diyet', *DİA*, IX, Ankara 1994, 475; H. Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, I, İstanbul 2010, 215-216; H. Aktan, 'Daman', *DİA*, IX, Ankara 1993, 451.

<sup>17</sup> İ. Paçacı, "'Diyet" bir ceza mıdır?', *Mütefekkir Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi*, sayı 1, 2014, 100.

<sup>18</sup> A. Bardakoğlu, 'Diyet', *DİA*, IX, Ankara 1994, 475; H. Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, I, İstanbul 2010, 215-216.

<sup>19</sup> İ. Paçacı, "'Diyet" bir ceza mıdır?', *Mütefekkir Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi*, sayı 1, 2014, 100.

<sup>20</sup> M.A. Aydın, 'Haksız fiil', *DİA*, XV, Ankara 1997, 210-211; M.A. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2014, 386-387.

<sup>21</sup> İ. Paçacı, "'Diyet" bir ceza mıdır?', *Mütefekkir Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi*, sayı 1, 2014, 100.

zararın tazmin edilmesinin amaçlandığı göstermektedir. Bu sebepten dolayı küçükler, deliler, kamu görevliler yol açtıkları zararları tazmin etmekle sorumlu tutulmaktadır.<sup>22</sup> Hükümet-i adle gelince, cismani zararların tazmin edilmesi ve mağdurun korunması mezkur mali bedelin özünü oluşturmaktadır.<sup>23</sup> Bununla birlikte hükümet-i adilde sabit bir bedel yerine, meydana gelmiş olan zarara göre değişebilen mali bedelin söz konusu olması ve hakimın mali bedeli takdir ediyor olması, mezkur mali bedelin tazminat vasfını daha da belirgin hale getirmektedir.<sup>24</sup> Irza geçme ve kişiye iftira atılmasına gelince, burada sadece suçlunun cezai sorumluluğu kabul edilmiş, zararın maddi tazmini belirlenmemiştir.<sup>25</sup>

## 2.2 Mala yönelik haksız fiiller

İslam hukukunda mala yönelik olan haksız fiiller gasp ve itlaf adlı iki ayrı başlık altında ele alınmaktadır. Gasp “dokunulmazlığı olan mütekavim bir malı sahibinin veya yetkili bir makamın izni olmaksızın açıkça ve zorla almaktır” şeklinde tarif edilmektedir.<sup>26</sup> Her ne kadar gaspta hırsızlıkta olduğu gibi bir mala yasadışı yollarla sahip olmak söz konusu ise de, gasbın ve hırsızlığın oluşması için farklı şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Zira gasbın teşekkülü için bir malın açıkça ve zorla ele geçirilmesi şart olarak belirlenmiştir.<sup>27</sup> Buna karşılık hırsızlık suçunda, çalınan mal muhafaza altında ve gizlice alınmış olmalıdır.<sup>28</sup>

İslam hukukunda ikinci bir haksız fiil türü olan itlaf, başkasını ait olan bir malı hukuka aykırı bir şekilde tahrip etmeyi ifade etmektedir.<sup>29</sup> Her ne kadar başlangıçta itlaf dar bir kapsam içinde ele alınmış olsa da, daha sonraları gerek doğrudan ve gerekse dolaylı yoldan bir fiille zarar vermeyi içine alacak şekilde genişlemiştir. Bununla birlikte itlaf hayvanların zarar vermesi veyahut işverenin emri altında çalışan işçilerin zararlı fiillerini de içine almıştır. Netice itibarıyla itlaf, gasp, hırsızlık ve yol kesme dışında mala yönelik olan bütün

---

<sup>22</sup> A. Şafak, ‘Ers’, *DİA*, XI, Ankara 1995, 308.

<sup>23</sup> Ş. Dağcı, ‘Hükümet-i adl’, *DİA*, XVIII, Ankara 1998, 464.

<sup>24</sup> M.A. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2014, 387.

<sup>25</sup> M.A. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2014, 387.

<sup>26</sup> M.A. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2014, 387.

<sup>27</sup> M.A. Aydın, ‘İslam Hukukunda Gasp’, *İslâm Tetkikleri Dergisi*, IX, 1995, 185; H. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, İstanbul 2013, 446.

<sup>28</sup> H. Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, I, İstanbul 2010, 207; J. Schacht, *An Introduction to Islamic law*, Oxford 1982, 179.

<sup>29</sup> M.A. Aydın, ‘Haksız fiil’, *DİA*, XV, Ankara 1997, 211; S.S. Onar, ‘The Majalla’, *Law in the Middle East* içinde (editörler: M. Khadduri & H.J. Liesbesny), Washington 1955, 303.



zararlı fiilleri içine alacak genişliğe ulaşmış ve bu haliyle sonraki dönem fıkıh kitaplarında yerini almıştır.<sup>30</sup>

Her ne kadar İslam hukukunda haksız fiiller ayrı ayrı düzenlenmiş olsa da, çeşitli haksız fiil nevilerini içine alacak genel prensipler de koyulmuştur.<sup>31</sup> Mecelle'nin kavaid'ul-fıkhiyye bölümünde şu prensipleri bulmak mümkündür: "Zarar kadim olmaz"<sup>32</sup>, "Zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur"<sup>33</sup>, "Zarar izale olunur"<sup>34</sup>, "Bir zarar kendi misliyle izale olunmaz"<sup>35</sup>. Yukarıda İslam hukuk doktrininde haksız fiil bahsi kısaca izah edilmiştir. Şimdi de Mecelle'de yer alan haksız fiiller üzerinde durulacaktır.

### 3. Mecelle'de haksız fiil

Mecelle'nin sekizinci kitabının ismi 'Kitab-ül Gasb vel-İtla'f' olarak belirlenmiştir. 881-889 arasındaki maddelerde, konuya dair kavramlar izah edilmektedir. Diğer yandan 890-911 arasındaki maddelerde gasp, 912-940 arasındaki maddelerde itlaf hakkındaki kanun maddelerini bulmak mümkündür. Mecelle'nin sekizinci kitabına verilen başlık, Mecelle'de klasik İslam hukuk doktrinine bağlı kalınarak haksız fiilin ele alındığını göstermektedir. Zira Mecelle'de haksız fiiller bir bütün olarak değil, gasb ve itlaf adlı iki başlık altında ele alınmıştır.<sup>36</sup>

#### 3.1 Gasp<sup>37</sup>

Mecelle'nin 881. maddesinde gasp şu şekilde açıklanmıştır: "Gasb, bir kimenin izni olmaksızın malını ahz ve zabt etmektedir ki ahz eden kimseye gasıb ve ol mala mağsub ve sahibine mağsub-un-minh denilir". Gasbın oluşması durumunda, 890. maddeye göre gasp edilen malın halen mevcut olması halinde, gasp edilen mal sahibine geri verilmelidir. Şayet menkul mal üzerinde herhangi bir değişiklik yapılmış ise, oluşan zarar 897. maddenin gereği olarak tazmin

---

<sup>30</sup> M.A. Aydın, 'Haksız fiil', *DİA*, XV, Ankara 1997, 211; M.A. Aydın, 'Borç', *DİA*, VI, Ankara 1992, 288.

<sup>31</sup> M.A. Aydın, 'Borç', *DİA*, VI, Ankara 1992, 288.

<sup>32</sup> Mecelle'nin 7. maddesi.

<sup>33</sup> Mecelle'nin 19. maddesi.

<sup>34</sup> Mecelle'nin 20. maddesi.

<sup>35</sup> Mecelle'nin 25. maddesi.

<sup>36</sup> O. Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997, 247.

<sup>37</sup> Aşağıda Mecelle'nin maddelerini izah etmek için şu kaynaklardan yararlanılmıştır: O. Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997, 247-250; S.S. Onar, 'The Majalla', *Law in the Middle East* içinde (editörler: M. Khadduri & H.J. Liesbesny), Washington 1955, 303-304; H. Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, III, İstanbul 2010, 199-214.

edilmesi gerekmektedir. Gayr-ı menkul mal gasp edildiği takdirde gasıb mal 905. madde gereğince, orijinal haliyle sahibine iade edilmesi gerekmektedir. Ancak mal üzerinde yapılan değişiklik o malın değerinin düşmesine yol açmış ise, zarar tazmin edilir.

### 3.2 İtlaf

Başkasının malının telef edilmesi halinde, itlaftan söz edilebilir. Mezkur mal gerek menkul ve gerekse gayr-ı menkul olabilir.<sup>38</sup> İtlaf Mecelle’de doğrudan zarar vermeyi ifade eden ‘mübaşeretten itlaf’ ve dolaylı yoldan zarar vermeyi ifade eden ‘tesebbüben itlaf’ adı altında, iki ayrı başlık altında incelenmektedir. Her iki itlaf türü için farklı kurallar belirlenmiştir.<sup>39</sup>

#### 3.2.1 Mübaşeretten itlaf

Mübaşeretten itlaf doğrudan bir şeyin telef edilmesini ifade etmektedir. Bu durumda zararı veren kişinin niyeti veya ihmali önem ifade etmemektedir. Mecelle’nin 92. maddesinin ifadesiyle, “Mübaşir, müteammid olmasa da zamin olur”. Dolayısıyla bu bağlamda sadece fiilin meydana getirdiği sonuçta bakılmakta ve haksız fiil ile zarar arasındaki bağlantının bulunması yeterli görülmektedir.<sup>40</sup> Görüldüğü üzere, burada kusur sorumluluğu değil, sebep sorumluluğu belirleyicidir.<sup>41</sup> Mecelle’nin farklı maddelerinde sebep sorumluluğu düşüncesi belirgin bir şekilde görülmektedir. Mesela Mecelle’nin 915. maddesinde başkasının elbisesine zarar veren kimsenin, zararı tazmin etmesi gerektiği belirlenmiştir. Aynı şekilde 913. madde gereğince, ayağı kayarak başkasının malını telef eden kişiye tazmin sorumluluğu yüklenmiştir. Ayrıca kendi malı olduğunu zannederek bir mala zarar veren kimse, 914. madde’ye göre zararı tazmin etmelidir. Öte yandan bir çocuğun başkasına zarar vermesi durumunda, oluşan zarar çocuk tarafından tazmin edilmelidir. Burada verilen örnekler, mübaşeretten itlafta kusur ve velinin sorumluluğu gibi unsurların dikkate alınmadığını göstermektedir.<sup>42</sup> Bütün bunlarla birlikte bu meselede bir konuda istisnanın söz konusu olduğu görülmektedir. Eğer yangında yetkili

---

<sup>38</sup> O. Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997, 249.

<sup>39</sup> Mecelle’nin 887. ve 888. maddeleri.

<sup>40</sup> Mecelle’nin 92., 887. ve 912. maddeleri, O. Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997, 249; S.S. Onar, ‘The Majalla’, *Law in the Middle East* içinde (editörler: M. Khadduri & H.J. Liesbesny), Washington 1955, 304; H. Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, III, İstanbul 2010, 201-202.

<sup>41</sup> Hamza Aktan, ‘Daman’, *DİA*, IX, Ankara 1993, 452.

<sup>42</sup> S.S. Onar, ‘The Majalla’, *Law in the Middle East* içinde (editörler: M. Khadduri & H.J. Liesbesny), Washington 1955, 304.

merciinin kararıyla bir ev yıkılırsa, yıkılan evin sahibi 919. maddenin doğrultusunda tazminat hakkına sahip değildir. Nitekim Mecelle'nin 21. maddesinde, "Cevaz-ı şer'i damana münafi olur" kaidesiyle yetkili merciin izni ile işlenen fiilin yol açtığı zararın tazminat gerektirmediğini bildirmektedir.<sup>43</sup>

### 3.2.2 Tesebbüben itlaf

Tesebbüben itlaf, dolaylı yoldan zarar vermeyi ifade eder. Mecelle'nin 888. maddesinde tesebbüben itlaf şu örnekle izah edilmiştir: "Nitekim bir muallak kandilin ipini kesmek kandilin yere düşüp de kırılmasına sebab-i mufdi olmakla ipi kesen kimse mübaşeretten ipi telef etmiş ve tesebbüben kandili kırmış olur".

Mübaşeretten itlaf'tan farklı olarak tesebbüben itlafın oluşması için fail, 93.<sup>44</sup> ve 924. maddelerin gereğince kasıtlı; yani sonuca ulaşmayı bilerek hedeflemiş olmalıdır. Bu bağlamda 923. madde'deki verilen örnekler konuyu daha da anlaşılır kılmaktadır: kişinin kasıtlı olarak bir hayvanı ürkütmesi hayvanın düşmesine ve bu fiilden dolayı zarara uğramasına yol açarsa, fail zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Tesebbüben itlaf söz konusu olduğu zaman, failin kusuru da tazmin sorumluluğu beraberinde getirmektedir. Mesela Mecelle'nin 926. maddesine göre yükünü düşüren hammal, verdiği zarardan dolayı sorumlu tutulmaktadır. Aynı şekilde yoldan geçen kişinin elbisesini yakılmasına sebebiyet veren demirci de zarardan dolayı sorumludur. Bu her iki örnekte, zararın meydana gelmemesi için gereken tedbir alınmadığı için failer sorumlu tutulmaktadır.<sup>45</sup>

### 3.2.3 Mecelle'de kusursuz sorumluluk

Her ne kadar klasik İslam hukuk doktrininde velinin sorumluluğu ve işverenin sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluklar kabul edilmiş olsa, Mecelle'de yalnızca hayvanın ve eşyanın meydana getirdiği zarar üzerinde durulmuştur.<sup>46</sup> Mecelle'nin 928. ve 929. maddelerine göre bir hayvanın veya bir eşyanın meydana getirdiği zarar sahibine tazmin sorumluluğu yüklemektedir. Ancak burada eşyanın veya hayvanın sahibi, zarar gören tarafından ikaz edilmiş olmalıdır. Aksi takdirde sorumluluk zarar görene aittir.

---

<sup>43</sup> Hamza Aktan, 'Daman', *DİA*, IX, Ankara 1993, 452.

<sup>44</sup> Mütesebbib müteammid olmadıkça zamin olmaz.

<sup>45</sup> H. Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, III, İstanbul 2010, 206.

<sup>46</sup> H. Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, III, İstanbul 2010, 211-214; bu konuya yer veren klasik kaynaklar için bkz. H. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, İstanbul 2013, 480-492.

## 4. Code Civil’de haksız fiil

### 4.1 Haksız fiilin Avrupa hukuk tarihindeki serencamı

Code Civil’deki haksız fiil bahsine geçmeden önce, haksız fiilin Avrupa’daki serencamı üzerinde kısaca durmak önem arz etmektedir. Günümüzdeki haksız fiil denilince, farklı haksız fiil nevelerini içine alan tek bir genel hükmün varlığı akla gelmektedir. Ancak Roma hukukunda bütün haksız fiiller bir bütün olarak değil, her haksız fiil için ayrı ayrı kurallar belirlenmiştir. Bununla birlikte o dönemde mesuliyet, gerek ceza ve gerekse tazminat unsurları içinde barındırmaktaydı. Nitekim bu sebepten dolayı ceza ve tazminat davaları, aynı hakim tarafından ele alınmaktaydı.<sup>47</sup> Şimdi günümüzdeki haksız fiil düşüncesine önemli katkılar yapmış olan Thomas van Aquinas ve Hugo Grotius’un bu konudaki düşünceleri üzerinde durulacaktır.

#### 4.1.1 Thomas van Aquinas’ın ‘restitutio’ düşüncesi

XIII. yüzyılda bir teolog olan Thomas van Aquinas (ö. 1274), Sint Augustine’e atfedilen (ö. 430) bir sözden hareket ederek iade anlamına gelen ‘restitutio’ düşüncesine geliştirmiştir. Sint Augustine, hırsızlık yapan kişinin, çalınan<sup>48</sup> şeyi iade etmemesi durumunda işlediği günahtan arınamayacağını belirtmiştir.<sup>49</sup> Sint Augustine’e göre bu suçu işleyen kişi, bir yandan pişmanlık duymalıdır ve diğer yandan alınan şeyi iade etmek zorundadır.<sup>50</sup>

Sint Augustine’nin mezkur düşüncesinden yola çıkan Thomas van Aquinas, bir şeyin haksız yere alındığı zaman, eşitsizliğin meydana geleceğini ve bunun giderilmesi için o şeyin sahibine iade edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte alınan şeyin iade edilmesi mümkün değilse, o şeyin değerini para veya başka bir yolla tazmin edilmesi gerekmektedir.<sup>51</sup>

Thomas van Aquinas meseleye hukuki açıdan değil, ahlak perspektifinden

---

<sup>47</sup> J.H. Dondorp, *Schuld en boete. Enige grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Amsterdam 1998, 6, 23.

<sup>48</sup> Hıristiyan teologlar hırsızlığın kapsamını çok geniş tutmuşlardır. Buna göre cinayet, yaralama ve başkasının malını telef etme gibi fiillerin tamamı, bir şeyin alınması veya eksilmesine yol açmasından dolayı mezkur suç içinde mütalaa edilmiştir. Bkz. E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht*, Apeldoorn/Antwerpen 2012, 61.

<sup>49</sup> E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht*, Apeldoorn/Antwerpen 2012, 61.

<sup>50</sup> J.H. Dondorp, *Schuld en boete. Enige grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Amsterdam 1998, 48.

<sup>51</sup> E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht*, Apeldoorn/Antwerpen 2012, 61-62.

yaklaşmıştır. Zira Thomas kişinin işlediği günahattan arınmasına önem vermektedir. Burada belirtilen ahlaki yükümlülük, daha sonra Kilise hukukçuları tarafından XIII. yüzyılın sonlarında hukuki bir yükümlülüğe dönüştürülmüştür. XIV. yüzyıla gelindiğinde fail işlediği suçtan dolayı mahkemeler tarafından cezalandırılması ve meydana getirdiği zarar sebebiyle mağdurun malını iade etmesi veyahut oluşan zararı tazmin etmesi Kilise hukukunca kabul edilmiştir. Kilise hukukçularının ceza ve tazminat arasında kesin bir ayırım yapması, o sırada Avrupa için yeni bir gelişmeydi.<sup>52</sup>

#### 4.1.2 Hugo Grotius'un günümüz haksız fiil düşüncesine katkıları

Thomas van Aquinas'ın yukarıda belirtilen düşüncesi, XVII. yüzyılda Hugo Grotius (ö. 1645) tarafından bir adım ileriye götürülmüştür. Haksız fiil Hugo Grotius tarafından 'maleficium' olarak nitelendirilmiştir. Grotius'a göre insanın yapması gereken şeyi yapmamasına sebep olan her kusurlu fiil veya ihmâl, maleficium'ın kapsamı dahilindedir.<sup>53</sup> Hugo Grotius'a göre 'maleficium' iki netice meydana getirmektedir: (i) devlet tarafından verilen ceza ve (ii) mağdurun zararının tazmin edilmesi.<sup>54</sup> Grotius'a göre kişi kasten veya ihmalden dolayı oluşan haksız fiilin neticesinden sorumlu tutulmaktadır. Bununla birlikte ihmâl ve tedbirsizlik sonucunda ortaya çıkan bir fiil meşru olabilir, ancak fail zararın oluşmasını öngöremediği veya bunun için gerekli tedbirleri almadığından dolayı, zararın tazmini ile sorumlu tutulmaktadır.<sup>55</sup>

Öte yandan Hugo Grotius, Thomas'ın iade düşüncesini doğal hukukunun ilkeleri arasında yer vermesinden dolayı, mezkur düşünce daha sonraki dönemde doğal hukuk düşünürleri tarafından büyük ilgi görmüştür. Grotius'tan daha sonraki dönemde yaşamış olan Jean Domat (ö. 1696) ve Robert-Joseph Pothier (ö. 1772) adlı Fransız hukukçular, kişiyi meydana getirdiği her fiilden sorumlu tutmuşlardır. Mezkur hukukçular zarar veren fiilleri ikiye ayırmışlardır: (i) kasıtlı olarak işlenen fiiller 'délit' olarak nitelenirken, (ii) ihmâl ve tedbirsizlikten kaynaklanan fiiller ise 'quasi-délit' olarak nitelendirilmiştir. 'Délit'

<sup>52</sup> E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht*, Apeldoorn/Antwerpen 2012, 62; Roma ve Ortaçağ hukukçuları tazminatı mağdurun uğradığı zararın tazmininden ziyade, verilen cezanın bir kısmı olarak değerlendirilmiyorlardı. Bkz. J.H. Dondorp, *Schuld en boete. Enige grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Amsterdam 1998, 48-49.

<sup>53</sup> E.J.H. Schrage, *Van delict tot onrechtmatige daad*, Nijmegen 1998, 38.

<sup>54</sup> E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht*, Apeldoorn/Antwerpen 2012, 86.

<sup>55</sup> E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht*, Apeldoorn/Antwerpen 2012, 131.

sonucunda, faile ceza verilir ve fail meydana gelen zararın tazmini ile sorumlu tutulur. Buna karşılık ‘quasi-délit’ yalnız tazmin sorumluluğunu doğurmaktadır. Code Civil’in haksız fiil bahsini hazırlayanlar, Domat ve Pothier’in burada belirtilen düşüncelerinden etkilenmişlerdir.<sup>56</sup>

#### 4.2 Code Civil’deki kanun maddeleri

Tazminat hukukunun Code Civil’da kanunlaştırılması, bazı yenilikleri beraberinde getirmiştir. Zira bu kanun kitabında cezai ve medeni mesuliyet tamamen birbirinden ayrılmıştır. Bunun yanında Code Civil’da her haksız fiili içinde barındıracak şekilde, bir genel hüküm kaleme alınmıştır.<sup>57</sup>

Code Civil’da haksız fiiler bahsi ile ilgili kanun metinleri, Mecelle’de olduğu gibi ayrı bir kitap içinde bulmak mümkün değildir. Code Civil’in üçüncü kitabının dördüncü kısmına, akit dışı sorumluluk başlığı verilmiştir. Dördüncü kısmın birinci bölümünün ikinci kısmında, haksız fiilere dair beş kanun maddesi bulmak mümkündür.<sup>58</sup> Bunlardan 1382. ve 1383. maddeler, haksız fiilin teşekkülüne dair kuralları belirlemektedir. Diğer yandan 1384-1386. maddelerde kusursuz sorumluluk hakkında kuralları görmek mümkündür.

Code Civil’in 1382. maddesine göre “başkasına zarar veren her insan fiili, hangi nitelikte olursa olsun, bu zararın oluşmasına kusurlu olarak sebep olan şahıs, zararın tazmini ile mecbur kılmaktadır”.<sup>59</sup> Mezkur kanun maddesinde, fiilin bizzat yapılması kastedilmektedir. Bunun yanında 1383. madde’ye göre “kişi sadece kendi fiilinden meydana gelen zarardan değil, ihmal veya tedbirsizlikten kaynaklanan zarardan da sorumludur”.<sup>60</sup>

Fiilin bizzat yapılmasından ve tedbirsizlikten doğan mesuliyet ‘faute’ üzerine dayandırılmaktadır. Aynı durum kusursuz sorumluluktan - işverenin mesuliyeti gibi - doğan mesuliyet içinde geçerlidir.<sup>61</sup> ‘Faute’ kavramı gerek fiilin haksızlığını ve gerekse sorumluluğu içinde barındırmaktadır. Kişinin bilinçli olarak

---

<sup>56</sup> E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht*, Apeldoorn/Antwerpen 2012, 132; E.J.H. Schrage, *Van delict tot onrechtmatige daad*, Nijmegen 1998, 41.

<sup>57</sup> E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht*, Apeldoorn/Antwerpen 2012, 131-133.

<sup>58</sup> J. Simon & P. de Beus, *Burgerlijk Wetboek*, Brussel 1960, 15-28, 460-471.

<sup>59</sup> Metnin tercümesi Hollandaca’dan yapılmıştır. Bkz. E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht*, Apeldoorn/Antwerpen 2012, 132.

<sup>60</sup> Metnin tercümesi Hollandaca’dan yapılmıştır. Bkz. E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht*, Apeldoorn/Antwerpen 2012, 132.

<sup>61</sup> J.H. Dondorp, *Schuld en boete. Enige grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Amsterdam 1998, 85-86; E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht*, Apeldoorn/Antwerpen 2012, 132-133.

yapmaması gereken şeyi yapması veyahut yapması gereken şeyi yapmaması gibi durumlarda, 'faute'dan' bahsedilir.<sup>62</sup>

Code Civil'da kusursuz sorumluluk ile alakalı kanun maddelerini de bulmak mümkündür. Mezkur kanun kitabının 1384. maddesine göre işveren, işçisinin meydana getirdiği zarardan sorumludur. İşverenin sorumluluğu kusura dayandırılmaktadır, çünkü işverenin işçi seçiminde doğru tercih yapmadığı kabul edilmektedir.<sup>63</sup> Aynı durum eşyanın ve hayvanın meydana getirdiği zarar içinde geçerlidir. Code Civil'in 1385. maddesi doğrultusunda, hayvanın meydana getirdiği zarardan hayvanın sahibi sorumlu tutulmaktadır. Bu bağlamda hayvan sahibinin gözetimi altında olup olmaması, kaybolmuş veya kaçmış olması önem ifade etmemektedir. Öte yandan 1386. madde'ye göre bir binanın çökmesiyle meydana gelen zarardan binanın sahibi sorumlu tutulmaktadır. Ancak burada, binanın bakımında yapılan ihmal veya binadaki noksanlık binanın çökmesine sebep olmalıdır.

## 5. Mukayese

Burada iki kanun kitabındaki haksız fiil arasında farklılıklar ve benzerlikler üzerinde durulacaktır. Öncelikle iki kanun kitabının konuyu ele alışında belirgin bir fark görülmektedir. Mecelle'de klasik İslam hukuk doktrinine bağlı kalarak; yani meseleci (kazuistik) metoda göre maddeler hazırlanmıştır. Buna mukabil Code Civil'de bütün haksız fiilleri içinde barındıracak şekilde genel bir hüküm belirlenmiştir. Bu çerçevede Mecelle'de, Code Civil'in örnek alınmadığı görülmektedir. Bununla birlikte Mecelle'de Code Civil'a nazaran, haksız fiiller hakkında – sadece gasb ve itlaftan bahsedilmesine rağmen – çok daha fazla kanun maddesi kaleme alınmıştır. Ancak Mecelle'de meseleci metodun kullanılmasından dolayı böyle bir durumun ortaya çıktığını söylemekte yarar vardır. Zira Code Civil'da mücerred metod takip edilmesinden dolayı, farklı haksız fiil türleri az sayıdaki kanun maddesinde ele alınabilmiştir.

Bu makalenin ikinci bölümünde İslam hukukunda haksız fiillerin ukubat ve muamele bölümlerinde ele alındığı üzerinde durulmuştu. Mecelle'de ise, klasik fıkıh kitaplarında ukubat bölümünde ele alınan haksız fiillerden bahsedilmediği görülmektedir. Ukubat bölümünde ele alınan şahsa yönelik haksız fiillerin gerek cezai mesuliyet ve gerekse medeni mesuliyet meydana getirdiği yukarıda belirtilmişti. Ancak klasik fıkıh kitaplarında, diyet, erş ve hükümet-i

---

<sup>62</sup> J.H. Dondorp, *Schuld en boete. Enige grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Amsterdam 1998, 86; E.J.H. Schrage, *Van delict tot onrechtmatige daad*, Nijmegen 1998, 54.

<sup>63</sup> J.H. Dondorp, *Schuld en boete. Enige grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Amsterdam 1998, 99.

adl gibi mali bedeller fıkıhın ukubat bölümü içerisinde ele alınmıştır.<sup>64</sup> Halbuki günümüz hukuk sistemlerinde ceza ve tazminat arasında kesin bir ayırım yapılmakta ve tazminat ile alakalı hükümler özel hukuk alanında ele alınmaktadır. Mecelle'yi hazırlayan komisyonun burada belirtilen tazminat nevelerini Mecelle'de yer vermemesi, Mecelle'nin klasik fıkıh kitaplarına bağlı kalınarak hazırlandığını göstermektedir.

İtlaflın oluşmasına gelince, mezkur haksız fiilin oluşmasına dair iki kanun kitabı arasında büyük farklılıklar vardır. Zira Mecelle'de mübaşeretle itlaflın oluşması için, fiil ve zarar arasındaki illiyet bağının tespit edilmesi yeterli görülmektedir; yani failin kusuru dikkate alınmamaktadır. Bu konuda sadece yetkili merciinin kararı ile zarar verilmesi istisnai durum olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık Code Civil'da itlaf<sup>65</sup> ancak 'faute' – kusur ve hata – söz konusu olduğu zaman teşekkül edebilmektedir. Ayrıca Mecelle'de mübaşeretle itlaf yalnız bir fiilin bizzat işlenmesi sonucunda teşekkül edebilirken, Code Civil'da tedbirsizlikten dolayı da zarar verene sorumluluk yüklenebilmektedir.

Tesebbüben itlaflın teşekkül şartları, Code Civil'daki kanun maddeleriyle benzerlik taşımaktadır. Zira tesebbüben itlaflın oluşması için failde kusur aranmaktadır. Ayrıca tesebbüben itlaf tedbirsizlik durumunda da oluşabilir. Ancak bizce bu benzerlik Code Civil'in bir etkisi olarak değerlendirilmesini mümkün kılmaz. Çünkü Mecelle'de tesebbüben itlaf hakkındaki kanun maddeleri, klasik fıkıh kitaplarından derlenmiştir.

Öte yandan Mecelle'de kusursuz sorumluluk çerçevesinde, sadece hayvanların ve eşyanın verdiği zararın sorumluluğu üzerinde durulmaktadır. Buna karşılık Code Civil'da velinin ve işverenin sorumluluğundan da bahsedilmektedir. Ayrıca kusursuz sorumluluğun oluşması şartlarının da farklı olduğu görülmektedir. Code Civil'da haksız fiil kusur üzerine bina edildiği için, prensipte hayvanın sahibi oluşan zarardan sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık Mecelle'de hayvanın sahibinin önceden uyarılması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla Mecelle, zarara uğrayan kişinin zararın oluşma ihtimalini aktif olarak araştırmasını beklemektedir.

## Sonuç

Code Civil'in haksız fiiller bağlamında Mecelle'ye etkisinin olmadığı söylenebilir. Zira Mecelle'de 'haksız fiil' başlığı altında kanun metinleri hazırlamak

---

<sup>64</sup> M.A. Aydın, 'Haksız fiil', *DİA*, XV, Ankara 1997, 210.

<sup>65</sup> Code Civil'daki itlaflın farklı haksız fiilleri içinde barındıran genel hükmün kapsamı içinde olduğu unutulmamalıdır.



yerine, 'Kitab-ül Gasb vel-İtla'f' adlı başlığın altında klasik fıkıh kitaplarında ele alınan iki haksız fiil türüne dair hükümler meseleci (kazuistik) metoda göre kanunlaştırılmıştır. Dolayısıyla haksız fiilin Avrupa hukuk tarihindeki serencamının neticesinde haksız fiillerin genel hüküm altında ele alınması ve bu bağlamda ceza ile tazminat arasında kesin ayırım yapılmasının Mecelle üzerinde etkisi olmamıştır. Çünkü Mecelle'de Code Civil'in 1382. maddesine benzer genel hüküm hazırlanmamıştır ve bu sebepten dolayı Mecelle'de her haksız fiilin oluşabilmesi için ayrı şartlar belirlenmiştir. Bununla birlikte Mecelle'de şahsa yönelik olan haksız fiiller neticesinde meydana gelen tazminat nevelerinden bahsedilmemesi, Mecelle'nin Code Civil'in etkisinde kalmadığını göstermektedir. Ancak bu durum – Roma hukukunda olduğu gibi – İslam hukukunda tazminatın faile verilen cezanın bir parçası olarak değerlendirilmesinden değil, İslam hukukunun, sistem olarak kamu-özel hukuk kollarına ayrılmadığından kaynaklandığı söylenebilir.<sup>66</sup> Nitekim diyet ve erş gibi günümüzde özel hukuk bağlamında ele alınan tazminat nevelerinin, ukubat bölümünde ele alınması bunu göstermektedir. Son olarak; Avrupa hukuk sistemlerinden asırlar önce mağdurun, uğradığı zararın giderilmesi için tazminata hak sahibi olduğunun İslam hukukunca kabul görmesi, İslam'ın bu bağlamda evrensel hukuk düşüncesine yaptığı katkının ayrı bir çalışmada ele alınabileceğini belirtmek istiyorum.



#### KAYNAKÇA

- AKTAN, Hamza, "Daman", **DİA**, Ankara 1993, Diyanet Vakfı Yayınları.
- ANDERSON, J. N. Dalrymple, **Law Reform in the Muslim World**, London 1976, The Athlone Press.
- AYDIN, M. Akif, "Borç", **DİA**, Ankara 1992, Diyanet Vakfı Yayınları.
- ....., M. Akif, "İslam Hukukunda Gasp", İslam Tetkikleri Dergisi, IX, 1995.
- ....., M. Akif, "Haksız Fiil", **DİA**, Ankara 1997, Diyanet Vakfı Yayınları.
- ....., M. Akif, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", **DİA**, Ankara 1997, Diyanet Vakfı Yayınları.
- ....., M. Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, İstanbul 2014, BETA Yayınları.
- BAHÇEKAPILI, Nedim, **İslam Hukukuna Giriş**, Rotterdam 2014, IUE Yayınları.

---

<sup>66</sup> Geniş bilgi için H. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, İstanbul 2013, 37-47.

- BARDAKOĞLU, Ali, “Diyet”, **DİA**, Ankara 1994, Diyanet Vakfı Yayınları.
- BROERS, E.J.M.F.C., **Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht. Een inleiding**, Apeldoorn/Antwerpen 2012, Maklu.
- COULSON, N. James, **A history of Islamic law**, Edinburgh 1964, Edinburg University Press.
- DAĞCI, Şamil, “Hükümet-i adl”, **DİA**, Ankara 1998, Diyanet Vakfı Yayınları.
- DONDORP, J.H., **Schuld en Boete. Enige grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad**, Amsterdam 1998, VU University Press.
- KARAMAN, Hayrettin, **Anahatlarıyla İslâm Hukuku**, I-III, İstanbul 2010, Ensar Neşriyat.
- ....., Hayrettin, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, I-III, İstanbul 2013, İz Yayıncılık.
- KAŞIKCI, Osman, **İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle**, İstanbul 1997, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları.
- LIEBESNY, Herbert J., **The Law of the Near and Middle East. Readings, Cases, and Materials**, Albany 1975, SUNY Press.
- MALLAT, Chibli, **Introduction to Middle Eastern Law**, Oxford 2007, Oxford University Press.
- MARDİN, Ebül’ula, **Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa**, Ankara 1996, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.
- ONAR, S. Sami, “The Majalla”, **Law in the Middle East** içinde, (editörler: M. Khadduri & H.J. Liebesny), Washington 1955, The Middle East Institute.
- ÖZYÜRÜK, Mukbil, **Hukuka Giriş**, Ankara 1959, Ege Matbaası.
- PAÇACI, İbrahim, “Diyet bir ceza mıdır?”, **Mütefekkir Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi**, sy. 1 (2014).
- PEARL, David, **A textbook on Muslim Law**, London 1979, Croom Helm London.
- REEHUIS, Wim H.M., **Zwaartepunten van het vermogensrecht**, Deventer 2010, Kluwer.
- ŞAFAK, Ali, “Erş”, **DİA**, Ankara 1995, Diyanet Vakfı Yayınları.
- SCHACHT, Joseph, **An introduction to Islamic Law**, Oxford 1982. Oxford University Press.

SCHRAGE, E.J.H., **Van delict tot onrechtmatige daad**, Nijmegen 1998, Ars Aequi Libri.

SIMON & DE BEUS, J. & P., **Burgerlijk Wetboek Code Napoléon: officiële Nederlandse vertaling naast de Franse tekst, met aantekeningen ontleend aan de rechtsleer en de rechtspraak en Frans-Nederlandse lijst van rechtstermen**, Brussel 1960, E. Bruylant.

ZUBAIDA, Sami, **Law and Power in the Islamic World**, London 2003, I.B. Tauris.

# AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

*Elements and Legal Character of Attorney Agreement*

**Arş. Gör. Raziye AKSU\***

## ÖZET

Avukatlık sözleşmesi, avukat ile iş sahibi arasında, avukatın belli bir hukuki yardımda bulunması karşılığında iş sahibinin kural olarak belli bir meblâğı yahut değeri taahhüt ettiği sözleşmedir. Avukatlık sözleşmesinin bir tarafını avukat oluştururken diğer tarafını iş sahibi oluşturmaktadır. Avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliği vekalet sözleşmesinin özel bir türü olarak Avukatlık Kanununda düzenlenmiş isimli bir sözleşme olmasıdır. Buna göre avukatlık sözleşmesinin çıkış noktasını vekalet sözleşmesi oluşturmaktadır; ancak gelişmeler sonucu isimli bir sözleşme halini almıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Avukatlık Sözleşmesi, Avukat, İş Sahibi, Vekalet Sözleşmesi, İsimli Sözleşme.

## ABSTRACT

Attorney agreement between the lawyer and business owner is a type of agreement which consists of a certain legal aid from attorney in return a certain amount of money or value from party ordering works. Parties to the agreement attorney is attorney and party ordering works. The legal characteristic of attorney agreement is a nominate agreement which is regulated in the Attorney Code and a special type of mandate agreement. Accordingly, the starting point of the attorney agreement constitutes mandate contract; however, it has taken a nominate agreement the result of development.

**Keywords:** Attorney Agreement, Attorney, Party Ordering Works, Mandate Agreement, Nominated Agreement.

◆◆◆◆

## I. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

### A. Genel Olarak

Savunma ihtiyacı doğuştan tüm canlılarda mevcut bir his ve tabii bir reak-

---

\* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi, raziye\_aksu1905@hotmail.com; Bu çalışma Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı doktora programında Yrd. Doç. Dr. Selin Sert Sütçü tarafından verilen vekalet sözleşmeleri dersi kapsamında hazırlanmıştır. Kendisine teşekkür ederim.

siyondur<sup>1</sup>. Bu ihtiyaç ilk devirlerde kişinin ihkak-ı hak yoluna başvurusuyla giderilirken, daha sonra devlet yapılanmasının ortaya çıkmasıyla, üçüncü kişiler vasıtasıyla giderilmiştir. Günümüzde ise savunma, çoğunlukla bu işi meslek edinen ve savunma konularının uzmanı kabul edilen avukatlar tarafından yerine getirilmektedir<sup>2</sup>.

Kimlerin, hangi şartlarla avukat olabileceği 1136 sayılı Avukatlık Kanununda (AvK) düzenlenmiştir. Bununla birlikte kendisini bir avukatın temsil etmesini isteyen kişi avukatla bu yönde bir anlaşma yapar. Bu anlaşma “avukatlık sözleşmesi”ni oluşturur.

Avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira bu nitelendirmeye bağlı olarak, somut uyuşmazlığa uygulanacak kurallar belirlenecektir. Bu sebeple önce avukatlık sözleşmesine dair bir tanım yapılacaktır. Tanıma bağlı olarak, avukatlık sözleşmesinin tarafları ve unsurları incelenecektir. Bu incelemeden sonra, avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliği ortaya konacaktır.

## B. Avukatlık Sözleşmesinin Tanımı

Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına dair 4667 Sayılı Kanun ile AvK’da yapılan değişiklikte, Kanunun 11. kısım başlığı “Avukatlık Sözleşmesi” olarak değiştirilmiştir. Buna rağmen AvK’da avukatlık sözleşmesine ilişkin açık bir tanım bulunmamaktadır.

Avukatlık sözleşmesi doktrinde farklı şekillerde tanımlanmıştır. Doktrinde bir görüş avukatlık sözleşmesini, avukatın belli bir hukuki yardımda bulunmayı üstlendiği, taraflarca ücret alınmaması kararlaştırılmadığı sürece, avukatın ücrete hak kazandığı iş görme borcu doğuran bir sözleşme olarak tanımlamaktadır<sup>3</sup>. Bir başka görüş avukatlık sözleşmesini, baro levhasına yazılı olup, mesleğini serbest olarak yapan avukat veya avukatlık ortaklığı ile iş sahibi arasında bağitlanan, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, hukuki sorun ve uyuşmazlıkların çözümlenmesini konu edinen, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme şeklinde tanımlamaktadır<sup>4</sup>. Bir diğer görüş avukatlık sözleşmesini, avukatla iş sahibi için hem hak hem de yükümlülükler doğuran, avukata

---

<sup>1</sup> **Akgöneç, Oya**, Savunmanın Tarihi Gelişmesi Üstüne Düşünceler, TBB, 1988, S. 1, s. 16.

<sup>2</sup> **Akgöneç**, s. 19.

<sup>3</sup> **Günerkök, Özcan**, Avukatlık Sözleşmesi, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 36.

<sup>4</sup> **Güner, Semih**, Avukatlık Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 244; **Güner, Semih**, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 70.

edinmiş olduğu hukuki bilgi ve tecrübelerini iş sahibinin menfaatlerini koruma ve hukuka uygun hareket etme borcu yükleyen; iş sahibine ise hukuki menfaatlerinin korunması karşılığı belli bir miktar ücreti avukata ödemeyi öngören, yazılı olarak yapılması zorunluluğunu gerektirmeyen bir sözleşme şeklinde tanımlanmaktadır<sup>5</sup>. Bununla birlikte avukatlık sözleşmesi, avukat ile iş sahibi arasında, avukatın hukuki yardımda bulunmayı üstlendiği, iş sahibinin de kural olarak yapılan iş karşılığında ücret ödeme borcu altına girdiği tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme şeklinde tanımlanmaktadır<sup>6</sup>. Avukatlık sözleşmesi ayrıca vekalet verenin yerine getirilmesini arzuladığı avukatlık hizmetini ortaya koyan ve avukatın da müvekkiline karşı çerçevesi dahilinde faaliyette bulunmayı bir ücret karşılığı taahhüt ettiği ivazlı sözleşme şeklinde ifade edilmektedir<sup>7</sup>. Avukatlık sözleşmesine ilişkin avukatla iş sahibi arasında yapılan, belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsayan, kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olmaması gereken sui generis bir sözleşme şeklinde bir tanımlama da bulunmaktadır<sup>8</sup>.

Tüm tanımlamaların ortak noktası, avukatlık sözleşmesinin taraflarının avukat ve iş sahibi olması ve sözleşmenin hukuki yardımı ve ücreti kapsamasıdır. Buradan yola çıkarak kanaatimizce, *avukatlık sözleşmesi, avukat ile iş sahibi arasında, avukatın belli bir hukuki yardımda bulunması karşılığında iş sahibinin kural olarak<sup>9</sup> belli bir meblâğı yahut değeri taahhüt ettiği sözleşme* şeklinde tanımlanabilir. Bu tanıma avukatlık sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği veya iş görme borcu doğurduğunun eklenmesine gerek yoktur. Zira bu nitelendirmeler avukatlık sözleşmesinin tanımının yorumlanması suretiyle anlaşılabilir. Bununla birlikte, baro levhasına kayıt, avukatlık sözleşmesinin değil, avukatlığın bir koşulu olduğundan, avukatlık sözleşmesine ilişkin tanımda buna da yer verilmemelidir.

Bu bağlamda, avukatlık sözleşmesinin tarafları ve unsurları aşağıdaki gibi değerlendirilebilir.

---

<sup>5</sup> **Karateke, Songül**, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2006, s. 7.

<sup>6</sup> **Aydın, Murat**, Avukatlık Ücreti, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2010, s. 44.

<sup>7</sup> **Sungurtekin Özkan, Meral**, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 ve 6335 Sayılı Türk Ticaret Kanunları ile Güncellenmiş 4. Bası, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2013, s. 216-217.

<sup>8</sup> **İlgün, Candaş**, Avukatlık Ücret Sözleşmesi, Ankara 2013, s. 4.

<sup>9</sup> Avukatlık sözleşmesi ücret olmadan yapılmak isteniyorsa AvK m. 164, f. 4 uyarınca, durmun baro yönetim kuruluna bildirilmesi gerekir. Ayrıca ayrıntı için bkz. D, 2, b. Ücretin Miktarı.

## C. Avukatlık Sözleşmesinin Tarafları

### 1. Genel Olarak

Avukatlık sözleşmesinin bir tarafını avukat, diğer tarafını iş sahibi oluşturmaktadır<sup>10</sup>. Buna göre edimlerden birinin hukuki yardımı içerdiği bir sözleşmenin avukatlık sözleşmesi şeklinde nitelendirilebilmesi için söz konusu edimin “avukat” sıfatını haiz kişilerce yerine getirilmesi gerekir. Örneğin bir akademisyen tarafından dilekçe hazırlanmasına dair yapılan sözleşme avukatlık sözleşmesi şeklinde nitelendirilemeyecektir.

### 2. Avukat

#### a. Avukatın Tanımı

Türk Hukuku’nda<sup>11</sup> avukatlığın<sup>12</sup> tanımı ilk olarak 1924 tarihli ve 460 sayılı Muhamat Kanunu m. 1’de düzenlenmiştir<sup>13</sup>. Hüküm uyarınca avukat, her türlü hukuki konuda başvuranlara sözlü ve yazılı görüş bildiren, dilekçe veren, her türlü evrakı düzenleyip mahkemelerde hakemler ve tüm daire ve meclisler huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hukuku vekâleten takip ve dava ve savunmayı meslek edinen kişidir. Bununla birlikte AvK’da da avukata dair bir tanıma yer verilmemiştir.

Doktrinde avukata ilişkin farklı tanımlamalar bulunmaktadır. Bir görüş avukatı, hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, hukuki konu ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde, hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargının kurucu ögesi bağımsız savunma adına kurum-

<sup>10</sup> **Boz, Onur**, Avukatın Malpraktis Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Aralık 2011, s. 31, <http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/124/Onur%20Boz.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (ET. 22.05.2015); **Güner**, Avukatlık Sözleşmesi, s. 67.

<sup>11</sup> Osmanlıdan günümüze avukatlık kurumunun gelişiminin ayrıntılı incelemesi için bkz. **Durhan, İbrahim**, Ülkemizde Avukatlık Kurumunun Tarihsel Gelişimi, AEÜHF, C. VIII, S. 3-4, 2004, s. 23-46.

<sup>12</sup> “Avukat” kavramından avukatlık sözleşmesinin taraflarından birisi olan ve hukuki yardımda bulunma edimini üstlenen kişi, “avukatlık” kavramından ise genel olarak “avukatlık mesleği” anlaşılmaktadır. Buna karşılık çalışmamızda anlam kargaşasına yer vermemek için bu iki kavram aynı anlamda yani avukatlık sözleşmesinin tarafı olan avukat anlamında kullanılmıştır.

<sup>13</sup> Hükümün kabul edildiği şekli uyarınca, “*Bilûmum mesaili hukukiyede eshabı müracaata şifahî veya tahriri itayî rey ve müstediyat ve levaydî ve her nevi evrak tanzim ve mahkemeler ve hakemler ve bilcümle daire ve meclisler huzurunda eşhası hukukiye ve hükmiyeye ait hukuku bilvekâle takip ve dâva ve müdafaa etmeği meslek ittihaz edenlere muhamî denir.*”; Muhamat Kanununun Bazı Mevaddını Muaddil Kanun adını taşıyan 06.01.1926 tarihinde çıkarılan 708 sayılı Kanunun 1. maddesi ile muhamat ve muhamî kelimeleri avukatlık ve avukat kelimeleri ile değiştirilmiştir.

sal görev yapan kişi şeklinde tanımlanmaktadır<sup>14</sup>. Bir diğer görüş avukatı, serbest olarak meslek icra eden ve her türlü hukuki işlemlerin düzenlenmesiyle, hukuki mesele ve uyuşmazlıkların çözümünde taraflara yardım eden ve bilgi ve tecrübelerini bu yolda kullanan kamu görevlisi şeklinde tanımlanmaktadır<sup>15</sup>. Bir başka görüş avukatı, hak arayan, barış sağlayan, bireysel ve toplumsal sonuçların içinde yüreğiyle ve beyniyle yaşayan, yorulan ve çözüm üretmeye çalışan insan olarak tanımlanmaktadır<sup>16</sup>.

Kanaatimizce avukat, *ilgili mevzuat uyarınca gerekli koşulları yerine getirerek baroya kaydolup ruhsatını alan ve kendisine danışan kişiye hukuki anlamda yol gösterici gerçek kişi* şeklinde tanımlanabilir<sup>17</sup>. Bu tanım uyarınca, avukatın gerekli koşulları yerine getirerek baroya kayıtlı olması gerekmektedir. Gerekli koşullar AvK m. 3'te düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak; Türk hukuk fakültelerinden birinden mezun olmak veya yabancı memleket hukuk fakültesinden mezun olup da Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden başarılı sınav vermiş bulunmak; avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunmak; levhasına yazılmak istenen baro bölgesinde ikametgahi bulunmak; AvK'ya göre avukatlığa engel bir hali olmamak gerekir.

## **b. Avukatlığın Özellikleri**

### **aa. Kamu Hizmeti Olma**

#### **aaa. Kamu Hizmeti Kavramı**

Kamu hizmeti idare hukukunun temel konularından<sup>18</sup> biri olmakla birlikte, ilgili mevzuatta tanımlanmamıştır. Bu sebeple doktrinde de farklı tanımları bulunmaktadır. Örneğin bir görüş<sup>19</sup> kamu hizmetini, toplum için önem kazanmış

---

<sup>14</sup> **Güner**, Avukatlık Sözleşmesi, s. 101-102.

<sup>15</sup> **Uçar, Salter**, Avukatın Hak ve Ödevleri, İstanbul 1998, s. 6.

<sup>16</sup> **Erdem, Necati**, Avukatlar Forumu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2001, s. 2

<sup>17</sup> Avrupa Konseyi'nin Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 no'lu Tavsiye Kararı uyarınca avukat, "ulusal mevzuata uygun olarak dava açmaya, müvekkili namına hareket etmeye, hukukun uygulanmasına, müvekkili adına mahkemeye çıkmaya veya ona danışmanlık yapmaya ve onu temsil etmeye ehil ve yetkili olan, meslek örgütüne yani baroya kayıtlı kişi" olarak tanımlanmaktadır.

<sup>18</sup> **Günday, Metin**, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 31.

<sup>19</sup> **Gülan, Aydın**, Kamu Hizmeti Kavramı, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, Y. 9, S. 1-3, 1988, s. 148; *Gözübüyük/Tan*, kamu hizmetini idarenin toplumun bazı gereksinimlerini karşılamak amacıyla doğrudan veya yakın gözetimi ve sorumluluğu altında, kamusal yetki ve usuller kullanarak yürüttüğü faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Bkz. *Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut*, İdare Hukuku – Genel Esaslar, C. 1, Güncelleştirilmiş 2. Baskı,



olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyet<sup>20</sup> şeklinde tanımlanmıştır.

Bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi, her şeyden önce kanun koyucunun iradesine bağlıdır<sup>21</sup>. Zira her tür faaliyet kamu hizmetine dönüştürülebilir. Bununla birlikte her durumda kanun koyucunun nitelendirmesi yeterli olmayabilir<sup>22</sup> veya kanun koyucu açıkça kamu hizmeti nitelendirmesi yapmayabilir. Bu durumda ilgili düzenlemeler irdelenerek kanun koyucunun iradesini belirlemek gerekir.

Bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığı hususunda “organik unsur”, “maddi unsur” ve “biçimsel unsur/hukuki rejim” kriterleri de incelenebilir. Organik anlamda kamu hizmeti, belli bir hizmetin yürütülmesine tahsis edilen kamu emlakının, görevlendirilen kamu görevlilerinin ve ayrılan mali imkânların bütünüdür<sup>23</sup>. Maddi anlamda kamu hizmeti, kamu

---

Turhan Kitabevi, s. 544-550; Kamu hizmetinin, siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetler şeklinde tanımı için bkz. **Günday**, s. 332.

<sup>20</sup> Tanım uyarınca kamu hizmetinin unsurları belirlenmiştir. Buna göre, faaliyetin kişisel değil, topluma yönelik olması gerekir. Toplumun bütünü olabileceği gibi daha dar bir kesimi de olabilir. Bununla birlikte, önem kazanmış olmadan kasit, kamu hizmeti olarak nitelendirilecek bir faaliyetin tespitinde, takdir hakkının varlığını ve ağırlığını vurgulamak, zaman ve yer koşullarına göre değişebilirliğini ortaya koymaktır. Bu şekilde ortaya çıkan bir faaliyet, kamu hizmeti imtiyazı dışında, özel kişilerce de görülebilir. Ayrıca, kamu hizmetinden söz edebilmek için “kamu ile” bağlantının varlığı gerekir. Bu bağlantı, mutlaka faaliyetin işleyişine ilişkin, kolluk denetimini aşar şekilde, içten kamu hizmetinin ilkelerine uygun olarak yerine getirilmesine yönelik denetim ile gerçekleşir. Kamu hizmeti gören bir özel kişinin tabi olduğu denetim “işlevsel denetim” şeklinde nitelendirilebilir. Bkz. **Gülan**, s. 148-150.

<sup>21</sup> **Günday**, s. 333.

<sup>22</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 1994/43 K. 1994/42-2 T. 9.12.1994, “*Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur. Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez.*”

<sup>23</sup> **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil**, Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 549; Organik ölçütün çözüldüğü; çünkü bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için mutlaka klasik idari kuruluşlarca yürütülmesi şartının aranmamaya başladığı hususunda bkz. **Günday**, s. 331; Organik açıdan kamu hizmeti, kamu hizmetinin imtiyaz usulü gibi istisnalar dışında doğrudan idarece yerine getirilmesini ifade ederken, daha sonra bu hizmetin mutlaka idare kuruluşları tarafından

yararına<sup>24</sup> toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının tatmini için yürütülen faaliyetlerdir<sup>25</sup>. Şekli anlamda kamu hizmeti, faaliyetin kamusal yönetim usullerine göre yürütülmesidir. Kamusal yönetim usulü ile kastedilen şey faaliyetin serbestçe yürütülememesi, belli bir hukuki rejime dayanması ve kamu gücü kullanılarak yerine getirilmesidir<sup>26</sup>. Doktrinde liberal dönemde kamu hizmetinin tanımında birlikte kullanılan organik, maddi ve şekli ölçütler arasındaki bağlantı çözülmeye başladığı için üç unsurun da birlikte bulunmasına bakarak kamu hizmetini tanımlamanın mümkün olmadığı belirtilmiştir<sup>27</sup>. Kamu hizmetine egemen olan temel ilkeler ise süreklilik, değişkenlik, eşitlik ve bedelsizliktir<sup>28</sup>.

### **bbb. Avukatlık ve Kamu Hizmeti**

AvK m. 1 uyarınca avukatlık bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmekle birlikte, doktrinde avukatlığın kamu hizmeti niteliğine sahip olup olmadığı hakkında bir tartışma mevcuttur.

Doktrinde bir görüş avukatlığın bir kamu hizmeti olmadığı yönündedir<sup>29</sup>. Buna göre AvK'da avukatlığın kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi yerinde değildir<sup>30</sup>. Öncelikle AvK m. 37 uyarınca avukatın teklif edilen işi sebep göstermek zorunda olmaksızın reddedebileceği ilkesi, avukatlık mesleğinin kamu

---

görülmesi koşulunun ortadan kalktığı hususunda bkz. **Gözübüyük/Tan**, s. 544.

<sup>24</sup> Gülan, kamu hizmetini tanımlarken kamu yararı kavramını kullanmamaktadır. Zira kamu yararı bir unsur olmaktan ziyade bir sonuçtur. Bkz. **Gülan**, s. 149.

<sup>25</sup> **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 549; **Günday**, s. 330; Kamu hizmetlerinin toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik faaliyetler olduğu; ancak, niteliği gereği kamu hizmeti sayılacak faaliyet türünü belirlemek olanaksız olduğu hususunda bkz. **Gözübüyük/Tan**, s. 545.

<sup>26</sup> **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 549; **Günday**, s. 330.

<sup>27</sup> **Günday**, s. 331.

<sup>28</sup> Süreklilik, kamu hizmetinin herhangi bir kesintiye uğramadan, düzenli ve yeterli olarak yerine getirilmesidir. Değişkenlik, kamu hizmetinin gereği gibi uyarlanmış şekilde görülmesini ifade eder. Nesnellik şeklinde de adlandırılan bu ilke, kamu hizmetinin idare tarafından tarafsız olarak herkese eşit -nesnel- olarak sunulmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda, herkes gerek kamu hizmetlerinden yararlanmada gerekse kamu hizmetlerine katılmada eşittir. Bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 551-552; **Günday**, s. 335-336; Kamu hizmeti bedelsizdir; ancak eşitliği sağlama gereği kamu hizmetleri karşılığı bir bedel alınır. Kamu hizmetinin sayısının giderek artması, teknolojinin gelişmesine paralel olarak, kamu hizmetlerinin görülüş şekillerinin değişmesi, daha fazla mali kaynak gerektirmeye başlamasıyla kamu hizmetinden yararlananlardan bu hizmetin karşılığı olarak belli bir bedelin alınmaya başlaması söz konusu olmuştur. Bu hususta bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 552-553.

<sup>29</sup> **Duran, Lütfü**, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 308; **Aydın, Necmettin**, Avukatlık Mesleğinin Niteliği, s. 404 vd., <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimler/78.pdf>, ET 05.05.2015; **Demir, Şamil**, Avukatlık Kariyeri Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Dergisi, 2009, Y. 67, S. 3, s. 61-69.

<sup>30</sup> **Duran**, s. 308; **Aday, Nejat**, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta, İstanbul 1997, s. 17.

hizmeti niteliği taşımadığına en büyük delildir<sup>31</sup>. İkinci olarak adli yardım ve CMK'da müdafilik veya AvK m. 37, f. 3 gibi özel durumlarda baro tarafından avukat atanmasında görevin kamusal nitelik taşıdığı ileri sürülebilir; ancak bu sayılan durumlar mesleki işleyişte istisna teşkil etmekte ve CMK veya adli yardım bürolarında yapılan görevler gönüllülük esaslı olarak yürütülmektedir<sup>32</sup>. Üçüncü olarak kamu hizmetinin en önemli özelliklerinden olan hizmetin iç yapısına doğrudan müdahale unsuru avukatlık mesleğinde çok belirgin değildir. Buna delil olarak gösterilen asgari ücret tarifesi gibi uygulamalara, kamu hizmeti niteliği taşımayan başka birçok mesleklerde de rastlanabilir ve asgari ücret tarifesi avukatın işi kabulü bakımından bir alt sınır getirmekte olup, bu sınırın altında iş kabulü baronun iznine bağlıdır. Dolayısıyla tarife hizmetten yararlananları değil, hizmeti verenleri, yani avukatları korumaya yönelik bir düzenlemedir. Bununla birlikte avukatların görevleri sırasında işledikleri veya görevlerinden doğan suçlarda haklarında soruşturma açılabilmesini Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlayan AvK m. 58 ile, avukatlara karşı görevleri sırasında veya görevlerinden dolayı işlenen suçlar hakkında hâkimlere karşı işlenmesi durumundaki hükümlerin uygulanacağını düzenleyen AvK m. 57, kanun koyucunun bu durumu bir istisna olarak ayrıca düzenleme ihtiyacını duyduğunu ortaya koymaktadır<sup>33</sup>.

Doktrinde diğer görüş avukatlığın kamu hizmeti olduğu yönündedir<sup>34</sup>. Buna göre AvK m. 1'de yer alan nitelendirme yerinde bir düzenlemedir. Zira kamusal niteliği haiz yargılama faaliyetine katılan avukat bir kamu hizmeti görerek kamu yararına hizmet etmektedir<sup>35</sup>. AvK m. 76, f. 1'de avukatların mesleki faaliyetlerini, tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğindeki baroların denetim ve gözetimleri altında sürdürecekları düzenlenmiştir. Bu durum kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlerin, devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından

<sup>31</sup> **Aydın**, s. 406-407; **Demir**, "Kamu hizmetinin en kabul görmüş unsurlarından birisi süreklilik ve düzenliliktir. Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak devam etmesi gerekir. Bu nedenle bu hizmetleri görenlerin grev hakları yoktur. Peki kamu hizmeti sayılan avukatlıkta süreklilik ve düzenlilik şartı var mı? Hayır... Avukat, Avukatlık Kanununun 37. maddesi uyarınca 'kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir'. Ayrıca avukat istifa hakkını her zaman kullanabilir ve sürekli hizmet taahhüdü yoktur." Bkz. **Demir**, s. 66; Kamu hizmeti açısından süreklilik ve düzenlilik, kamu hizmetinin birer unsuru değil; aksine bir faaliyet kamu hizmeti şeklinde nitelendirildikten sonra taşınması gereken özellikleridir. Dolayısıyla bu özelliklerden yola çıkarak avukatlık hizmetinin kamu hizmeti olmadığı nitelendirmesine varılmamalıdır.

<sup>32</sup> **Aydın**, s. 405.

<sup>33</sup> **Aday**, s. 18; **Aydın**, s. 407.

<sup>34</sup> **Sungurtekin Özkan**, s. 6 vd.; **Güner**, s. 104 vd.; **Sav, Atilla**, Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/1, s. 133-143.

<sup>35</sup> **Sungurtekin Özkan**, s. 11.

ya da onların gözetim ve denetimi altında veya onların katılımlarıyla yürütülmesini karşılar. Bir başka deyişle avukatlık, kamunun organize ettiği ve yönlendirdiği bir mesleki faaliyet olmamakla birlikte, hizmet, kamunun denetimi altında özel kişi veya kuruluşlarca yerine getirilmektedir; çünkü TBB, tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur (AvK m. 109, f. 2)<sup>36</sup>. Ayrıca AvK m. 2, f. 3 uyarınca yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Bu düzenlemenin amacı, avukatın kamu hizmeti yerine getirdiğini ortaya koymaktadır<sup>37</sup>. Diğer yandan kamu hizmetinden herkesin yararlanması gerekir ve avukatlık faaliyetinden de herkes yararlanabilir. Zira adli yardım avukatlık faaliyetinin kamu hizmeti olmasının bir sonucudur<sup>38</sup>. Bununla birlikte CMK m. 150, f. 1'de yer alan, müdafii görevlendirilmesine ilişkin hususlar da avukatlığın bir kamu hizmeti olduğunu ortaya koymaktadır. Bireyin savunmasız kalmaması için müdafii seçemeyecek durumda olana baronun avukat görevlendirmesini, görevlendirilen avukatın bu görevi yerine getirmekten kaçınması halinde TCK m. 257 uyarınca görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş sayılmasını başka türlü açıklamak mümkün değildir (AvK m. 62)<sup>39</sup>. Avukatın teklif edilen işi, sebep göstermek zorunda olmaksızın reddedebileceği ilkesi ile AvK m. 37 istisnaları da onun kamu hizmeti niteliğine bağlı sonuçlarıdır<sup>40</sup>. Öte yandan avukatlık asgari ücret tarifelerinin, özel kanun hükümleriyle belirlenmesi ve avukatlara karşı görevleri sırasında veya görevlerinden dolayı işlenen suçlar bakımından, bu suçların hâkimlere karşı işlenmiş olması halinde uygulanacak hükümlerin uygulanması (AvK m. 57) da kamu hizmeti niteliğinin sonuçlarıdır<sup>41</sup>.

Kanaatimizce de avukatlık bir kamu hizmetidir. Bununla birlikte bu sonuçta sadece AvK m. 1 düzenlemesinden yola çıkılarak varılamaz<sup>42</sup>. Kanunda bu

---

<sup>36</sup> **Sungurtekin Özkan**, s. 10; Avukatlığın kamunun organize ettiği ve yönlendirdiği bir mesleki faaliyet olmadığı; ancak, hizmetin, kamunun denetimi altında özel kişi veya kuruluşlarca yerine getirildiği hususunda bkz. **Güner**, s. 109-110.

<sup>37</sup> **Güner**, s. 105-106.

<sup>38</sup> **Sungurtekin Özkan**, s. 11; **Güner**, s. 107.

<sup>39</sup> **Güner**, s. 107

<sup>40</sup> **Sungurtekin Özkan**, s. 17-18; **Sav**, s. 136.

<sup>41</sup> Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 400-401, 409.

<sup>42</sup> **Gülan**, bir faaliyetin kamu hizmeti şeklinde nitelendirilebilmesi için kanun koyucunun iradesinin kurucu bir rolü olduğunu kabul etmekle birlikte, diğer kriterler, özellikle organik kriterle o faaliyet ilişkilendirilebiliyorsa kamu hizmeti niteliğini kazanacağını ve diğer kriterlerin doğrulanmadığı kanun koyucunun "...kamu hizmetidir" şeklindeki iradesinin kabul görmeyeceğini belirtmiş ve buna AvK m. 1'i örnek olarak vermiştir. Bkz. **Gülan**, s. 154.

yönde bir belirleme olması avukatlığın kamu hizmeti olmasına dair adi bir karene teşkil edebilir. Bu sebeple ilgili düzenlemelerin her biri incelenerek bu sonuca varılmalıdır. Buna göre, idarenin TBB üzerindeki denetimi ve TBB'nin avukatlar üzerindeki denetimi, adli yardımın varlığı, zorunlu müdafilik, avukatlık ücret tarifesiyle -Kanunla- vekalet ücretinin belirlenmesi gibi hususlar avukatlığın kamu hizmeti olmasının sonucudur. Keza avukatların AvK m. 55 uyarınca tabi olduğu reklam yasağı<sup>43</sup> da, kamu hizmeti olmasının sonucudur. Kanaatimizce doktrinde yer alan, avukatın teklif edilen işi sebep göstermek zorunda olmaksızın reddedebileceği ilkesi (AvK m. 37) avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliği taşımadığına delil olarak gösterilmemelidir. Zira avukatlık gibi güvene dayalı ve bilgi gerektiren bir mesleki faaliyet de avukata istediği işi seçebilme imkânı verilmesi yerinde bir düzenlemedir. Aksi takdirde avukat, uzmanlığı olmayan bir alandaki işi de kabul etmek zorunda kalabilirdi. Bununla birlikte avukat söz konusu durumda da TBB'nin bir gözetimi altındadır; çünkü reddettiği işi baroya bildirmelidir. Diğer yandan iki kez reddedilen iş söz konusuysa, barolar birliğinin atayacağı avukat o işi reddedemez. Son olarak avukatlığın kamu hizmeti niteliğini haiz olup olmadığı meselesi tartışılırken, avukatların “*Hukuka, ahlaka, mesleğın onuruna ve kurallarına uygun davranacağıma namusum ve vicdanım üzerine andıçerim.*” şeklinde bir yeminle mesleğe başladığını da göz ardı etmemek gerekir. Zira bir kişi avukatlığa adım atarken alelade bir kişi olmadığının, konumunun daha farklı bir yerde olduğunun farkına varmalıdır. Avukatlığın kamu hizmeti niteliği bu farkındalığı artıracaktır. Bu bağlamda, avukatlık bir kamu hizmetidir; ancak kanundaki düzenlemeler yetersizdir ve güçlendirilmelidir.

## bb. Serbest Meslek Olma

AvK m. 1 uyarınca avukatlık serbest bir meslektir. Serbest mesleğın tanımlandığı 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu m. 65, f. 2 uyarınca, “*Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtıssa dayanan ve ticari mahiyette olmıyan işlerin iş verene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır.*” Buna göre bir faaliyetin serbest meslek olabilmesi için o faaliyetin kişisel mesaiye dayanması gerekmektedir<sup>44</sup> ve avukatlık da kişisel bir faaliyettir.

<sup>43</sup> AvK m. 55 uyarınca, “*Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır.*”

<sup>44</sup> Eroğlu, Onur, Gelir Vergisi Açısından Serbest Meslek Kazancı İle Ticari Kazanç Arasındaki Sınır, s. 20, <http://www.e-kutuphane.teb.org.tr/pdf/eczaciodasiyayinlari/izmir/10.pdf>, (ET 01.05.2015).

Serbest meslek faaliyetinin sermayeden bağımsız olarak yerine getirilmesi gerekir. Bir başka deyişle, faaliyet paradan çok fikri varlığa dayanmaktadır. Dolayısıyla bu faaliyetin ticari nitelik taşıması da gerekir<sup>45</sup>. Bu kıstasa göre avukatlık da bir serbest meslek faaliyetidir. Bu hususu aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta pro-düktörlüğü, tacirlik ve esnafılık veya mesleğin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü işin avukatlıkla birleşmeyeceğini düzenleyen AvK m. 11 de<sup>46</sup> ortaya koymaktadır. Bununla birlikte söz konusu faaliyetin ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan bir iş olması gerekir. Bir serbest meslek faaliyeti olan avukatlıkta da avukatlık sıfatı hukuk fakültesinden mezun olmak ve ilgili pro-se-dürü yerine getirmek koşuluyla gerçekleşmektedir. Bir faaliyetin serbest meslek faaliyeti olarak nitelendirilebilmesi için süreklilik de arz etmesi gerekir<sup>47</sup>. Avukatlık faaliyeti süreklilik unsurunu da taşır.

### cc. Bağımsız Olma

AvK m. 1 uyarınca avukatlar görevini yerine getirirken bağımsızdır<sup>48</sup>. Avukatın bağımsızlığı, avukatın devlet ve iş sahibi ile olan ilişkisi açısından ne oranda bağımsız olduğu ile ilgili bir husustur<sup>49</sup>. Bu bağlamda avukatların bağımsız olmaları, avukatın işi alırken, görevini icra ederken ve sonuçlandırırken iş sahibine, devlete ve topluma karşı bağımsız olması, doğrudan veya dolaylı bir kısıtlamaya, baskıya ve müdahaleye uğramaması<sup>50</sup> şeklinde ifade edilebilir. Avukatın bağımsızlığı konusunda dikkat edilmesi gereken kıstas devletin, herhangi bir kamu kurumu veya kuruluşunun, hangi düzeyde olursa olsun kamu görevlisi, hâkim, savcı, toplum, en yakını dahi olsa aile bireyleri ve iş sahibinin hangi sıfatla veya nedenle olursa olsun avukat üzerinde maddi ve manevi otorite kullanamaması, baskı kuramaması ve avukata talimat verme suretiyle yönlendiremeyecek olmasıdır<sup>51</sup>.

---

<sup>45</sup> Öncel, Muallâ/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İncelenmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 294.

<sup>46</sup> AvK m. 55 uyarınca, avukatların iş elde etmek amacıyla reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları yasaklanması ve bu yasakların, TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmiş olması da avukatlığın ticari faaliyetlerden ayrılması amacıyla getirilen düzenlemelerdendir.

<sup>47</sup> Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 295.

<sup>48</sup> Sözlük anlamı ile bağımsızlık, kişinin davranışlarını, tutumunu ve girişimlerini herhangi bir gücün etkisinde kalmadan düzenleyebilmektir. Türk Dil Kurumu, bkz. [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.554a04bc5a5cf0.92626771](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.554a04bc5a5cf0.92626771), (ET 06.05.2015).

<sup>49</sup> Ayrıntılı inceleme için bkz. **Sungurtekin Özkan**, s. 64-151.

<sup>50</sup> **Güner**, s. 114.

<sup>51</sup> **Sayman, Yücel**, Hak Arama Özgürlüğü ve Avukatlık Mesleği, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1996, s. 27.

## **dd. Tekel Hakkına Sahip Olma**

Medeni yargılama hukukumuzda avukatla temsil zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle menfaat sahibi kişi, davasını kendisi de takip edebilir. Taraf ve dava ehliyetine sahip (HMK m. 50-51) kişiler davasını takip etmeye ehildir. Tarafların davalarını bir avukat vasıtasıyla takip ettirmesi ihtiyari bir durumdur.

Bir uyuşmazlıkta taraf, davasını bir avukat vasıtası ile takip etmek ister ise bu kişinin kural olarak baroya kayıtlı bir avukat olması gerekmektedir. Bu kural doktrinde “avukatlık tekeli” olarak ifade edilir<sup>52</sup>. AvK m. 35 ve 63’de kaynağını bulan tekel hakkı uyarınca yasal konularda ve yargısal işlerde görüş bildirmek; mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, dava evraklarını düzenlemek; icra işlemlerini yapmak ve takip etmek; adli işlemleri takip etmek ve bu işlemlere ait bütün belgeleri düzenlemek; icra işlemlerini yapmak ve takip etmek; adli işlemleri takip etmek ve bu işlemlere ait bütün evrakı düzenlemek; resmi dairelerdeki bütün işleri takip etmek gibi iş ve görevler avukatın tekelindedir ve bu yetkilerin avukatlar dışında kullanılması yasaklanmıştır<sup>53</sup>.

## **3. İş Sahibi**

### **a. İş Sahibinin Tanımı**

Avukatlık sözleşmesinde iş sahibi, avukattan hukuki yardım talep eden kişidir. İş sahibi, gerçek veya tüzel kişi olabilir. Buna göre, iş sahibinin avukatlık sözleşmesi yapmaya ehil bir kişi olması gerekmektedir.

### **b. İş Sahibinin Özellikleri**

#### **aa. Ehliyet Bakımından**

İş sahibinin avukatlık sözleşmesi yapabilmesi için, fiil ehliyetini haiz olması

---

<sup>52</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdoğan, Mehmet Şirin**, Avukatlık Tekel Hakkı, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı III, Ankara 2004, s.138-155; İyimaya, Ahmet, Avukatlık Tekel Hakkı, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı III, Ankara 2004, s.157-170.

<sup>53</sup> **Güner**, s. 246; Bu durumda kural olarak baroya kayıtlı avukatların dışındaki kimselerin dava-ya vekalet ehliyetlerinden de bahsedilemeyecektir. Halbuki davaya geçerli vekaletname bir dava şartıdır ve bu şartın yokluğu davanın usulden reddini gerektirmektedir. Davaya vekalet ehliyetinin bulunup bulunmadığı hususu, davanın esas bakımından incelenmesine geçilmeden evvel, hâkim tarafından resen dikkate alınması gereken bir meseledir. Bkz. Ülkü, Nazlı Gören, Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 3-4, s. 319.

gerekir; çünkü avukatlık sözleşmesi bir hukuki işlemdir ve hukuki işlem yapabilme ehliyeti, fiil ehliyetinin<sup>54</sup> içerdiği bir husustur.

Gerçek kişiler bakımından fiil ehliyeti TMK m. 9 uyarınca, kişinin kendi fiiliyle hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesine denir. TMK m. 10 uyarınca fiil ehliyetinin var olup olmadığı araştırılırken üç unsura bakılır: Erginlik, ayırt etme gücü ve kısıtlı olmama. Gerçek kişiler bu unsurların varlığına bağlı olarak tam ehliyetliler<sup>55</sup>, sınırlı ehliyetliler<sup>56</sup>, sınırlı ehliyetsizler<sup>57</sup> ve tam ehliyetsizler<sup>58</sup> olarak dört grupta incelenmektedir. Tam ehliyetli kişiler hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın avukatlık sözleşmesinde iş sahibi olabilir. Sınırlı ehliyetliler TMK m. 429 uyarınca, kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber, korunması için kendilerine yasal danışman atanan kişilerdir. Yasal danışmanlık,

<sup>54</sup> Fiil ehliyetinin, kişinin kendi fiilleriyle hak ve borçlar kurabilmesi, bunlara son verebilmesi veya yeni hukuki kurumlar yaratabilmesi olduğu hususunda bkz. **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan**, Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. II, 12. Basıdan 13. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 47; **Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre**, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 1997, s. 230; **Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut**, Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş 6. Bası, Beta, İstanbul 2007, s. 280-281.

<sup>55</sup> Tam ehliyetliler TMK m. 10 uyarınca, ayırt etme gücüne sahip ve ergin olup kısıtlanmamış kişilerdir. Bu kişiler her türlü işlemlerini kendileri yapabilir. Bkz. **Akipek/Akıntürk**, s. 303; **Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe**, Kişiler Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 73; **Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen**, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2014, s. 41; **Helvacı, Serap**, Gerçek Kişiler, 5. Bası, Legal Yayıncılık A.Ş., Aralık 2013, s. 67.

<sup>56</sup> Doktrinde, kendisine yasal danışman atanan kişilerin ehliyetleri ile ilgili bir sınırlandırma olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlar, kendisine yasal danışman atanan kişilerin ehliyetlerinin sınırlandırılmadığını kabul etmektedir ve fiil ehliyeti yönünden kişileri, ehliyetliler, tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler şeklinde üç gruba ayırarak incelemektedir (Bkz. **Dural/Öğüz**, s. 65 vd.). Baskın görüş, söz konusu kişileri “sınırlı ehliyetliler” grubuna dahil etmektedir ve fiil ehliyeti yönünden kişileri, bizimde esas aldığımız şekilde dört gruba ayırarak incelemektedir. Bkz. **Helvacı S.**, s. 67; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 272 vd.; **Akipek/Akıntürk**, s. 302; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 97 vd.; **Ayan/Ayan**, s. 42 vd.

<sup>57</sup> TMK m. 16 uyarınca, sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılardır. Sınırlı ehliyetsizlerin, kendi işlemleriyle borç altına girebilmesi için yasal temsilcilerinin rızası gereklidir. Öte yandan, söz konusu işlemleri sınırlı ehliyetsiz adına yasal temsilci de yapabilir. Bkz. **Helvacı S.**, s. 81; **Dural/Öğüz**, s. 80; **Ayan/Ayan**, s. 47.

<sup>58</sup> Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin fiil ehliyeti yoktur. TMK m. 15 uyarınca ayırt etme gücünden yoksun kişilerin fiilleri, kural olarak, hukuki sonuç doğurmaz. Bu sebeple tüm işlemlerin, onlar adına yasal temsilci (veli veya vasi) tarafından yapılması gerekir. Bkz. **Dural/Öğüz**, s. 69; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 63 vd.; **Akipek/Akıntürk**, s. 303-304; **Helvacı S.**, s. 70; **Ayan/Ayan**, s. 58.



kanunda oy danışmanlığı<sup>59</sup> ve yönetim danışmanlığı<sup>60</sup> olarak iki gruba ayrılmaktadır<sup>61</sup>. Buna göre, kendisine oy danışmanı atanmış kişiler, TMK m. 429, f. 1/b. 1 uyarınca, yasal danışmanının rızasını alarak avukatlık sözleşmesinde iş sahibi olabilir. Zira hüküm uyarınca, dava açma ve sulh olma işlemleri oy danışmanının rızasına bağlıdır. Sınırlı ehliyetsiz, yasal temsilcisinin rızasıyla avukatlık sözleşmesi yapabilir veya yasal temsilci sınırlı ehliyetsiz adına avukatlık sözleşmesi yapabilir<sup>62</sup>. Tam ehliyetsizler adına ise, yasal temsilcileri avukatlık sözleşmesi yapabilir.

Tüzel kişiler, TMK m. 49 uyarınca kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar. Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Tüzel kişiler de organları aracılığıyla avukatlık sözleşmesi yapabilir.

#### bb. Kişi Bakımından

İş sahibi avukatlık sözleşmesini bizzat yapabileceği gibi temsilci<sup>63</sup> vasıtasıyla da yapabilir<sup>64</sup>. İş sahibi temsilci vasıtasıyla bir avukatlık sözleşmesi yaptırılacaksa buna ilişkin bir yetki belgesi vermelidir. Yetki belgesinin verildiği kişi avukat ise, avukatlık sözleşmesi yaptırılmasına dair yetki vekaletname ile verilecektir. İş sahibinin söz konusu vekaletnamede avukata, kendisi adına bir başka avukatla avukatlık sözleşmesi yapılmasına dair yetkiyi açıkça belirtmesi gerekmektedir. Yetkisi olmaksızın bir kimse adına avukatla avukatlık sözleşmesi yapıldığı takdirde, TMK m. 46 uyarınca iş sahibi söz konusu işlemi onarsa,

<sup>59</sup> TMK m. 429, f. 1 uyarınca, kısıtlanması için yeterli sebep bulunmama ile beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlandırılması gerekli görülen ergin kişiye oy danışmanı atanabilir. Oy danışmanı atanmış sınırlı ehliyetli kişi, kanunda sayılan belirli işlemleri kendisi yapmakla beraber, bu işlemlerin geçerli olması için danışmanının rızasını alması gereklidir. Aksi takdirde, sınırlı ehliyetlinin yaptığı işlem geçersizdir. Bkz. **Helvacı S.**, s. 67; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 97; **Ayan/Ayan**, s. 45; **Akipek/Akıntürk**, s. 337-338.

<sup>60</sup> TMK m. 429, f. 2 uyarınca, kısıtlanması için yeterli sebep bulunmama ile beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlandırılması gerekli görülen ergin kişinin malvarlığını yönetme yetkisi kaldırılarak kendisine bir yönetim danışmanı atanabilir. Kendisine yönetim danışmanı atanmış kimse, malvarlığının geliri ve kendi kazancı üzerinde dilediği gibi tasarruf etme hakkına sahiptir; buna karşılık malvarlığının sermaye bölümü üzerinde tasarruf hakkı yoktur, işlemleri ancak yönetim danışmanının onayı ile yapabilir veya yönetim danışmanı bizzat yapar. Bkz. **Helvacı S.**, s. 68; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 98.

<sup>61</sup> Doktrinde, oy ve yönetim danışmanlığının birleşmesinden oluşan karma danışmanlık şeklinde üçüncü bir grup bulunduğu da belirtilmektedir. Bu hususta bkz. **Helvacı S.**, s. 69.

<sup>62</sup> **Güner**, Avukatlık Sözleşmesi, s. 98.

<sup>63</sup> Temsil, bir kimsenin temsilci sıfatıyla diğer bir kişi adına hukuki işlem yapmasıdır. Bkz. **Reisoğlu, Safa**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 148.

<sup>64</sup> **Güner**, Avukatlık Sözleşmesi, s. 98-100.

bu işlem kendisini bağlar. Aksi takdirde, iş sahibi söz konusu avukatlık sözleşmesiyle bağlı değildir. Bu durumda avukatlık sözleşmesinin tarafı olan avukat, avukatlık sözleşmesinin geçersiz olmasından doğan zararı, TMK m. 47 uyarınca yetkisiz temsilciden isteyebilir. Bununla birlikte edimini yerine getiren avukatın AvK'nın 164. maddesinde öngörülen "avukatlık sözleşmesinin geçersiz sayılması durumunda" uygulanacak kurallara dayanarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesindeki ücretini veya değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücretin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesini uygulanır.

#### D. Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları

##### 1. Hukuki Yardım

AvK m. 163, f. 1 uyarınca avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı kapsamaması gerekir. Böylece avukatlık sözleşmesinde avukatın asli edimi belli bir hukuki yardımda bulunmaktır. Hukuki yardımın içeriği sözleşmede açıkça belirtilmiş olabileceği gibi, duruma göre işin niteliğinden de anlaşılabilir.

AvK'da hukuki yardım kavramına ilişkin açıkça bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, doktrinde bir görüş avukatlığın amacını düzenleyen AvK m. 2'den yararlanılarak söz konusu kavramdan kastedilenin ne olduğunun saptanabileceğini ve bu maddenin avukatın mesleki faaliyetinin sınırını çizeceğini belirtmiştir<sup>65</sup>. Diğer bir görüş, AvK m. 35'i esas alarak avukat tarafından verilen hizmetin kanun işlerinde ve hukuki konularda görüş bildirmek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek olduğunu belirtmiştir<sup>66</sup>.

Kanaatimizce AvK'da hukuki yardım kavramının düzenlenmemiş olması yerindedir. Zira hukuk, toplumsal yaşamın bir görünümü olduğu<sup>67</sup> için sürekli bir

---

<sup>65</sup> **Günerkök**, s. 36-37; AvK m. 2 uyarınca avukatlığın amacı, "hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder".

<sup>66</sup> **Güner**, s. 245.

<sup>67</sup> **Aral, Vecdi**, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007, s. 70.

değişim içerisindedir. Hukuki yardımı tanımlayarak bir sınırlandırma yapmak, her yeni durumda yeniden bir kanun düzenlenmesi gerektirir ve bu da kanunların genel geçer olması prensibiyle çelişir. Dolayısıyla avukatın yapacağı işleri tek tek saymak yerine, yapamayacağı işlemler belirtilerek hukuki yardımın sınırı çizilebilir. Bu hususta, öncelikle AvK m. 11’de düzenlenen avukatın yapamayacağı işler incelenilebilir. Bunun dışında kalan işler avukat sıfatıyla yapılabileceğine göre, hukuki yardımın sınırlarından birini avukatın yapamayacağı işler oluşturmaldır. Ayrıca bir diğer sınırı da, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüz olduğunu düzenleyen BK m. 27 oluşturmaldır.

## 2. Ücret

### a. Genel Olarak

AvK m. 163, f. 1 uyarınca avukatlık sözleşmesinin belli bir meblağı yahut değeri kapsamaması gerekir. AvK m. 164, f. 1 uyarınca avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblâğı veya değeri ifade eden avukatlık ücreti, avukatlık sözleşmesinin unsurlarından biridir<sup>68</sup>. Avukatlık ücretinin belirli bir meblağ olarak kararlaştırılmasından maksat, avukatlık ücretinin parasal bir meblağ olarak belirlenmesidir.

Doktrinde avukatlık ücretinin yabancı para birimi<sup>69</sup> üzerinden belirlenip belirlenemeyeceği hususunda bir tartışma mevcuttur. Buna göre bir görüş<sup>70</sup>, avukatlık ücretinin yabancı para üzerinden kararlaştırılabileceği yönündedir. Zira uzun süren yargılama sürecinden dolayı paranın değeri azalmaktadır ve yabancı para üzerinden avukatlık ücreti istemeyen müvekkilin bir başka avukatla anlaşma imkânı her zaman mevcuttur. Diğer bir görüş, uyumsuzluğun yabancılık unsuru taşıması ve dava konusunun yabancı paraya ilişkin olması durumunda, avukatlık ücretinin yabancı para üzerinden belirlenmesi gerektiği yönündedir<sup>71</sup>.

Kanaatimizce avukatlık ücretinin yabancı para birimi üzerinden belirlenip belirlenemeyeceği hususunda öncelikli, AvK incelenmelidir. AvK’da bu husus-

<sup>68</sup> Güner, s. 245; Özen, s. 264; Günerkök, s. 37; Sungurtekin Özkan, s. 217; Eren, Borçlar Özel, s. 733.

<sup>69</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 303 vd.; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, s. 970 vd.

<sup>70</sup> Günerkök, s. 140-141; Sungurtekin Özkan, s. 234-235; Aydın, s. 60.

<sup>71</sup> Pekcantez, Hakan, Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, 3. Baskı, Ankara 1998, s. 44.

ta herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumda Ülke parası ile ödemeyi düzenleyen BK m. 99 uygulanacaktır. Buna göre, kural olarak konusu para olan borç Ülke parası<sup>72</sup> ile ödenir; ancak taraflar anlaşarak bunun aksini kararlaştırabilir. Taraflar yabancı para birimiyle ödemeyi yalnız sözleşmeden doğan para borçlarında kararlaştırabilirler<sup>73</sup>. Bu bağlamda, avukatlık sözleşmesinde taraflar açıkça belirterek avukatlık ücretini yabancı para birimi üzerinden belirleyebilir.

### b. Ücretin Miktarı

AvK m. 163 ve m. 164 uyarınca, avukatlık ücretini belirlemede kural olarak serbesti söz konusudur. Bir başka deyişle, avukatlık sözleşmesinde taraflar avukatlık ücretini, kanun koyucunun belirlediği sınırlar çerçevesinde serbestçe belirleyebilirler.

Avukatlık ücretini tarafların serbestçe kararlaştırabilmelerine ilişkin ilk sınır, AvK m. 164, f. 2'de düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca, avukatlık ücreti yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi olarak kararlaştırılabilir. Dolayısıyla avukatlık ücret miktarına bir tavan sınır getirilmiştir. Buna göre, avukatlık ücret tavanını aşan sözleşmeler tavan miktarında geçerli olacaktır. Bununla birlikte AvK m. 163, f. 2 uyarınca, ücret tavanı olarak belirlenen söz konusu orandan daha yüksek olarak kararlaştırılan ücretin ödenmesi durumunda avukatlık sözleşmesinin geçersizliği iddiasında bulunulamaz.

Avukatlık ücretini tarafların serbestçe kararlaştırabilmelerine ilişkin diğer bir sınır, avukatlık ücretinin alt sınırına ilişkindir. Avukatlık sözleşmesi avukatlık ücreti olmadan yapılmak isteniyorsa, AvK m. 164, f. 4 uyarınca, durumun baro yönetim kuruluna bildirilmesi gerekir. Hükümün mefhum-u muhalifinden, avukatlık asgari ücret tarifesi altında ücret kararlaştırılmayacağı ortaya çıkmaktadır. Doktrinde avukatlık ücretinin söz konusu tarifeden daha az miktarda kararlaştırılmış olması durumunda avukatın ücretinin artırılmasını isteyip istemeyeceği konusunda bir tartışma bulunmaktadır. Buna göre bir görüş, en

---

<sup>72</sup> Madde de sözü edilen "ülke parası"ndan ne anlaşılacağı konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Bununla birlikte, ülke parası demek, Türk Lirası demek değildir. Uluslar arası borç ilişkilerinde, bu terimin yorumlanması gerekir. Diğer hallerde ise, 5718 sayılı MÖHUK m. 33 sözleşmelerin ifasında ifa fiilinin yapıldığı ülke hukukuna yollama yapmaktadır. Para borcunun ifa yeri Türkiye ise, ifa zamanında Türkiye'de geçerli olan para birimi olacaktır. Bkz. **Ertaş, Şeref**, Borçların İfası ile İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 312; **Oğuzman/Öz**, s. 300.

<sup>73</sup> **Eren**, s. 974.

az ücret tarifesinin altında ücret kararlaştırılan avukatın, artırım isteyememesi gerektiği yönündedir. Zira avukat en az ücret tarifesinin altında ücreti kabul etmekle, müvekkilinde bu ücret karşılığında iş görme konusunda bir güven uyandırmıştır<sup>74</sup>. Diğer bir görüş, avukatlık asgari ücret tarifesi altında ücret kararlaştırıldığı takdirde, artırım yapılması gerektiği yönündedir. Bu sayede tavan ücretin aşılması halinde tavan ücrete indirmeye aynıyet sağlanacaktır. Ayrıca bu düşüncenin yaygınlaşması halinde avukatlık sözleşmesinde asgari ücretin altındaki ücretle yetinilebileceği kanısı çıkacak ve asgari ücretin getiriliş amacının dışına çıkılacaktır<sup>75</sup>. Kanaatimizce de, tavan miktardan daha az belirlenmiş avukatlık ücretinin artırılması gerekmektedir<sup>76</sup>; ancak TMK m. 2 bu durumun sınırını oluşturmaktadır. Örneğin müvekkil ediminin bir bölümünü ifa etmiş ve avukat da bu aşamaya kadar herhangi bir itirazda bulunmamışsa, avukatlık ücretinin arttırılamaması gerekir.

Avukatlık sözleşmesinde ücretin serbestçe kararlaştırılmasının bir diğer sınırı da Avk m. 164, f. 3'te düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca ücrete ilişkin anlaşmada dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı kararlaştırılmaz.

Avukatlık sözleşmesinde, avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı haller de bulunabilir. Bir başka deyişle, avukatlık sözleşmesinde ücretin belirlenemediği haller olabilir. Bu durumda Avk m. 164, f. 4 uyarınca, değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır.

### 3. Tarafların Anlaşması

Avukatlık sözleşmesi BK m. 1 uyarınca, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklamalarının karşılıklı olması, avukat ve iş sahibinin irade açıklamalarının birbiriyle değiştirilmesi an-

<sup>74</sup> Günerkök, s. 143.

<sup>75</sup> Burcuoğlu, Haluk, Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti İle İlgili Önemli Bazı Sorunlar, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı, C. III, s. 493.

<sup>76</sup> Y. 13. HD. E. 4521 K. 6244 T. 08.07.1992- Karar için bkz. Kaçak, Nazif, Yargı Kararlarıyla Avukatlık Kanunu ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 423.

lamına gelir. Bu irade açıklaması açık veya örtülü olabilir<sup>77</sup>.

Avukat ile iş sahibinin birbirlerine uygun irade beyanlarıyla sözleşme kurulur. Bununla birlikte doktrinde avukatlık sözleşmesinin şekline ilişkin bir tartışma mevcuttur. Buna göre bir görüş, HUMK'un 66 ve 67. maddeleri davada vekaletnamenin örnek veya aslının ibrazını zorunlu kılmakla en az bir yazılı biçim koşulu öngörmüş bulunmaktadır<sup>78</sup>. Diğer bir görüş, bu konunun şekil şartıyla ilgisi olmadığı gibi, sadece avukatlara ilişkin bir sorun da olmadığını belirtmektedir<sup>79</sup>. Bununla birlikte avukata verilen temsil yetkisi -vekaletname-, taraflar arasındaki vekalet veya avukatlık sözleşmesinin kendisi değil, bunun kanıtı olabilir<sup>80</sup>. Zira AvK 163. maddesinde de yazılı şekil geçerlilik şekli olarak düzenlenmemiştir.

Kanaatimizce de, avukatlık sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabi değildir; çünkü AvK m. 163, f. 1'de avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenleneceği ve yazılı olmayan anlaşmaların genel hükümlere göre ispatlanacağı düzenlenmiştir. Hükmün mefhum-u muhalifi, sözlü şekilde de avukatlık sözleşmesinin yapılabileceğini; ancak bu şekilde yapılmış avukatlık sözleşmesinin ispatının genel hükümlere göre olacağını ortaya koymaktadır.

## II. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Sözleşmeler, borç yükleme açısından “tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler” ve “iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler” şeklinde iki gruba ayrılmaktadır. Yalnız taraflardan birine borç yükleyen sözleşmeler ilk gruba, her iki tarafın da borç altına girdiği sözleşmeler de ikinci gruba girmektedir<sup>81</sup>.

Avukatlık sözleşmesi, avukatın belli bir hukuki yardımda bulunması karşılığında iş sahibinin kural olarak belli bir meblâğı yahut değeri taahhüt ettiği

---

<sup>77</sup> **Günerkök**, s. 40-41; **Eren**, s. 243.

<sup>78</sup> **Müderrişoğlu, Feridun**, Avukatlıkta Vekalet ve Ücret sözleşmesi ve İçtihatlar, <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/1974-5/3.pdf>, s. 886, (ET.05.05.2015).

<sup>79</sup> Avukat olmayan birinin tapuda müvekkili adına işlem yapmak istediği zaman da vekaletname aslını ve örneğini ibraz etmek zorunda olduğu hususunda bkz. **Aday**, s. 96.

<sup>80</sup> Şekle ilişkin bu ayrımın yapılmasının, temsil ve vekalet arasındaki farkın gözden kaçırılmasından ileri gelmektedir ve avukatın bazı hallerde aslını ibraz etmek zorunda olduğu “vekaletname” aslında “temsil belgesidir”. Uygulamada bu belgelere vekaletname denilmesi adet olmuştur. Bu hususta bkz. **Aday**, s. 96; **Güner**, Avukatlık Sözleşmesi, s. 77; **Günerkök**, s. 43; 18. Ceza Dairesinin önüne gelen uyuşmazlıkta, AvK m. 163'e atıf yaparak, avukatlık sözleşmesinin yazılı olmasının şart olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. 18. CD. E. 2015/9215 K. 2015/11938, karar için bkz. Kazancı.

<sup>81</sup> Öz/Oğuzman, s. 45-46;

sözleşmedir. Bu sebeple, iki tarafa borç yüklemektedir. Bununla birlikte, istisnai olarak baro yönetimine bildirilerek iş sahibinin ücret ödemeyeceği de kararlaştırılabilir.

## B. İş Görme Borcu Doğuran Bir Sözleşme Olması

İş görme sözleşmeleri, taraflardan birisinin borcunun konusunu bir iş görme ediminin oluşturduğu sözleşmelerdir<sup>82</sup>. Bir başka deyişle, iş görme sözleşmelerinde taraflardan birinin edimini bir iş görme, bir insan faaliyeti teşkil etmektedir<sup>83</sup>. Buna göre avukatlık sözleşmesi iş görme borcu doğuran bir sözleşmedir<sup>84</sup>; çünkü avukatın ediminin konusu, kendi faaliyetine dayanmaktadır. Avukatlık sözleşmesinde avukat, kendi hukuki bilgi ve becerilerine göre hukuki yardımda bulunmaktadır.

## C. İsimli Bir Sözleşme Olması

### 1. Genel Olarak

Avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde bir tartışma mevcuttur.

Bir görüş, avukatlık sözleşmesini vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir<sup>85</sup>. Avukat bu akit gereğince, müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun

<sup>82</sup> **Gümüş, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 2; **Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 53.

<sup>83</sup> **Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 4; **Yavuz, Cevdet**, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, Beta, İstanbul 2014, s. 19.

<sup>84</sup> **Günerkök**, s. 49; **Boz**, s. 33; **Sungurtekin Özkan**, s. 218; **Özen**, s. 261.

<sup>85</sup> **Gümüş, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 134; **Şenocak**, s. 6; Avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliğini açıkça vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmemekle birlikte, vekalet sözleşmesinde ücretin anlatıldığı bölümde, Avukatlık Kanununa göre de avukatla vekalet veren arasında yapılan vekalet sözleşmesinin ücrete tabi olduğu hususunda bkz. **Eren**, Borçlar Özel, s. 710; Benzer şekilde bkz. **Zevkliiler, Aydın/Gökyayla, K. Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 619; **Aday**, avukat ile iş sahibi arasındaki hukuki ilişkinin genellikle vekalet sözleşmesine dayandığını; ancak istisnai durumlarda bu ilişkinin hizmet veya eser sözleşmesinden doğduğunun söylenebileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, avukatlık sözleşmesinin vekalet sözleşmesi karşısındaki “kendine özgü niteliği” gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle, herhangi bir yasa hükmü ile açıkça düzenlenmeyen, bir diğer deyişle tipik olmayan sözleşmeler için kullanılan “kendine özgü sözleşme”, “isimsiz akit”, “atipik sözleşme” gibi nitelemelerin avukatlık sözleşmesi bakımından da kullanılmasında bir sakınca olmaması gerekir. Bu sözleşmeye “özel yasa” niteliğindeki Avukatlık Kanunu hükümlerinin öncelikle uygulanacağından kuşku duyulmamalıdır. Borçlar Kanununda düzenlenen sözleşmelerden sırasıyla vekalet, eser ve hizmet sözleşmelerine ilişkin olanları da, işin niteliğine uygun düşmek şartı ile avukatlık sözleşmesine

bir sonuca yönelik bir iş görmeyi üstlenmektedir<sup>86</sup>. Avukatların hem adli faaliyetleri hem de adli nitelikte olmayan danışmanlık faaliyetleri kural olarak vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır. Ayrıca avukatlık mesleğine ve avukatın hak ve yükümlülüklerine ilişkin kanuni düzenlemeler ve özellikle AvK hükümleri söz konusu nitelendirilmeyi engellemez<sup>87</sup>.

Diğer bir görüş, avukatlık sözleşmesinin vekalet sözleşmesinin kanunda düzenlenmiş özel bir türü olduğu yönündedir. Buna göre avukatlık sözleşmesine ilk olarak Avukatlık Kanunu hükümleri, Avukatlık Kanununda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanununun vekalet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygun düşüğü ölçüde uygulanacak ve en son Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulanacaktır. Avukatlık sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde, boşluk doldurma konusunda Avukatlık Meslek Kurallarından da yararlanılabilecektir<sup>88</sup>.

Başka bir görüş, avukatlık sözleşmesini kendine özgü yapısı olan -sui generis- bir sözleşme olarak nitelendirmektedir<sup>89</sup>. Zira Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları gibi yazılı düzenlemelerin yanı sıra meslek örgütlerince konulan etik karakterli kurallar, binlerce yılın birikimi ile oluşan “evrensel ortak miras” görünümündeki<sup>90</sup> mesleki düzen ve geleneklerle oluşan, avukatla iş sahibi arasındaki “*avukatlık ilişkisi*” kendine özgü karakteri olan bir ilişkidir<sup>91</sup>. Buna göre avukatlık sözleşmesine, öncelikle Avukatlık Kanunu hükümleri uygulanacak, bu hükümlerle çatışmadığı takdirde Borçlar Kanununun başta vekalet sözleşmesi düzenlemesi olmak üzere eser<sup>92</sup> ve hizmet sözleşmesi düzenlemeleri de uygulanabilecektir<sup>93</sup>.

---

uygulanabilecektir. Bkz. **Aday**, s. 90; **Türker**, 1136 Sayılı Avukatlık Kanununda avukatlık sözleşmesi olarak adlandırılan akdin, genel kuralları Borçlar Kanununun 386 – 398. maddelerinde, özel kuralları ise AvK 163-166. maddelerinde düzenlenen vekâlet sözleşmesi olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Türker, Fuat**, Avukatlık Sözleşmesi, Avukatlık Ücreti, Bunlardan Doğan İhtilafları Çözüm Usulü, Eskişehir Barosu Dergisi, S. 1, Nisan 2003, s. 29.

<sup>86</sup> Şenocak, s. 6.

<sup>87</sup> **Gümüş**, C. II, s. 134-135; **Müderrişoğlu, Feridun**, Avukatlıkta Vekâlet Ve Ücret Sözleşmesi, Ankara 1974, s. 18.

<sup>88</sup> **Günerkök**, s. 35.

<sup>89</sup> **Burcuoğlu**, s. 49; **Boz**, s. 33-34; Avukatın iş sahibi ile ilişkisinin temel unsurları kanunda gösterilmemiş ve adlandırılmamış olsaydı bile Borçlar Kanunundaki hizmet sözleşmesi ve vekalet sözleşmesi kalıpları içinde ele alınması mümkün olmayan özellikler gösterdiği hususunda bkz. **Güner**, Avukatlık Sözleşmesi, s. 73.

<sup>90</sup> **Güner, Semih**, Avukatlık Meslek Etiği - Özen, Doğruluk ve Onur İçinde Görev Yapma-, Türk Hukuk Kurumu Yetmişbeşinci Kuruluş Yılı Armağanı, Ankara 2005, s. 371.

<sup>91</sup> **Güner**, Avukatlık Sözleşmesi, s. 73

<sup>92</sup> **Güner ve Boz**, avukatlık sözleşmesine uygulanacak Borçlar Özel hükümlerine eser sözleşmesini dahil etmemektedir. Bkz. **Güner**, Avukatlık Sözleşmesi, s. 73; **Boz**, s. 33-34.

<sup>93</sup> **Burcuoğlu**, s. 49; **Sungurtekin Özkan**, s. 218; **Güner**, Avukatlık Sözleşmesi, s. 73.



## 2. Değerlendirmemiz

Avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliği vekalet sözleşmesinin özel bir türü olarak Avukatlık Kanununda düzenlenmiş isimli bir sözleşme<sup>94</sup> olmasıdır. Buna göre avukatlık sözleşmesinin çıkış noktasını vekalet sözleşmesi oluşturmaktadır<sup>95</sup>. Zira vekalet sözleşmesi bir iş görme borcu doğuran sözleşmedir ve bir insan faaliyetine dayanmaktadır. Avukatlık sözleşmesinde de avukatın ediminin konusunu hukuki yardım oluşturmaktadır ve bu avukatın faaliyetine dayanmaktadır. Bununla birlikte, vekalet sözleşmesinde vekilin başkasının menfaat ve iradesine uygun iş yapması gerektiği gibi avukatlık sözleşmesinde avukat da iş sahibinin menfaat ve iradesine uygun davranmalıdır.

Avukatlık sözleşmesi vekalet sözleşmesinin özel bir türünü oluşturan isimli bir sözleşmedir. Bunun birçok sebebi bulunmaktadır:

İlk olarak avukatlık sözleşmesinin isimli bir sözleşme olduğunu “Avukatlık sözleşmesinin kapsamı” madde başlıklı, AvK m. 163 ortaya koymaktadır. Hüküm uyarınca, “Avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukukî yardımı ve meblâğı yahut değeri kapsaması gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır. Yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmeler geçerlidir.” Hükümde avukatlık sözleşmesinin yalnızca ismi zikredilmekle kalmamıştır. Bununla birlikte avukatlık sözleşmesinin tipini

<sup>94</sup> Kanunda düzenlenmiş olup olmamalarına göre sözleşmeler; “isimli sözleşmeler” ve “isimsiz sözleşmeler” olmak üzere ikiye ayrılırlar. Kanunda düzenlenmiş sözleşmelere “isimli sözleşmeler” denir. Kanun, Borçlar Kanunu olabileceği gibi Türk Medeni Kanunu, Türk Ticaret Kanunu veya diğer herhangi bir kanunda olabilir. İsimli sözleşmeler gerek Türk Borçlar Kanununun özel hükümlerinde gerekse de diğer kanunlarda, sözleşmeye tipini veren “tip unsurlarıyla” türesel olarak düzenlenmemiş olan sözleşmelerdir. Düzenlenmeden kasıt, sözleşmenin herhangi bir kanunda yalnız isminin zikredilmiş olması değil, ayrıca onun tanımının, en azından esaslı unsurlarının, tipini belirleyen asli edimlerinin, yani tarafların hak ve borçlarının herhangi bir kanunda hükme bağlanmamış olmasıdır. İsimli sözleşmeler, “birleşik, karma ve kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler” şeklinde üçe ayrılarak incelenebilir. Birleşik sözleşmeler, hukuki nitelik ve vasıfları itibarıyla tamamen birbirinden ayrı ve bağımsız olan sözleşmelerin, tarafların serbest iradeleriyle birbirlerine bağlı duruma sokulmasıdır. Karma sözleşmeler, kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesiyle meydana gelir. Bkz. **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 17 -48; **Eren, Fikret**, İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Turgut Akıntürk’e Armağan, s. 85 - 91; **Oktay, Saibe**, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İHFM, C. 55, S. 1-2, 1995-1996, s. 263; *Yavuz*, aynı ayrımı “kanun tarafından düzenlenen” ve “kanun tarafından düzenlenmeyen” sözleşmeler şeklinde yapmıştır. Bkz. **Yavuz**, s. 22 – 45.

<sup>95</sup> Avukatlık sözleşmesi, Avukatlık Kanununda değişiklik yapılmasına dair kanun tasarısının genel gerekçesinde bu husus belirtilmiştir. Buna göre, “Bir başka düzenleme de avukatın sunduğu hukuki yardımın yapılması ve işlevi konusundadır. Bu hizmet artık Borçlar Kanundaki klasik vekalet akdinin sınırlarını aşmıştır.”

belirleyen “asli edim yükümleri”, “avukat açısından, belli bir hukuki yardım ve iş sahibi açısından belli bir meblağ yahut değer” şeklinde düzenlenmiştir<sup>96</sup>. Ayrıca AvK’da yer alan düzenlemeler avukatlık sözleşmesine uygulanacak hükümler açısından yeterli değildir; ancak isimli sözleşme nitelendirmesi, avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi değil, vekalet sözleşmesinin özel bir türü olduğunu da ortaya koymaktadır.

İkinci olarak vekalet sözleşmesinde vekilin kimliği açısından herhangi bir sınırlandırma yoktur; ancak avukatlık sözleşmesinin bir tarafını “avukatlık<sup>97</sup>” sıfatını haiz bir kişi oluşturmaktadır.

Üçüncü olarak avukatlık mesleğinin bağımsız yargılamadaki konumu ve kamu hizmeti niteliği, bu sözleşmeyi çıkış noktası olan vekalet sözleşmesinden uzaklaştırmaktadır.

Dördüncü olarak AvK’da avukatlığa ilişkin düzenlenen hükümlerin genel olarak emredici olmasına karşılık BK’da vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin genel olarak düzenleyici olması<sup>98</sup>, avukatlık sözleşmesini vekalet sözleşmesinin özel bir türü haline getirir.

Doktrinde yer alan avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliğinin kendine özgü yapısı olan -sui generis- bir sözleşme olduğu görüşüne katılmamaktayız<sup>99</sup>. Zira kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde, bu sözleşmeyi oluşturan unsurlar, kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde mevcut değildir. Bu tür sözleşmelerde taraflar, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını içermeyen, bunlar dışında kendilerinin öngördükleri yeni unsurları, yeni bir sözleşme yaratmak amacıyla bir bütünlük içinde bir araya getirirler<sup>100</sup>. Dolayısıyla bu tür sözleşmeler hakkında Borçlar Kanununun özel hükümlerinde düzenlenmiş yasal sözleşme tiplerinin içerdiği herhangi esaslı bir unsur mevcut olmadığı için, bu kısımda uygulanacak bir hüküm bulunmamaktadır<sup>101</sup>. Oysa avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliğinin kendine özgü -sui

---

<sup>96</sup> Bir kanun hükmünde salt belirli bir sözleşmenin adının geçmesi, o sözleşmeyi isimli sözleşme haline getirmez; aksine sadece bir kanun hükmünün “asli edim yükümleri üzerinden ve asgari hüküm ve sonuçlarıyla” düzenlediği sözleşmeler isimli sözleşme olarak nitelendirildiği hususunda bkz. **Gümüş**, C. I, s. 4.

<sup>97</sup> İncelenme için bkz. I. C. 2. Avukat.

<sup>98</sup> **Müderrişoğlu**, s. 21-22.

<sup>99</sup> İnceleme için bkz. 3. b. bb. Kişi Bakımından.

<sup>100</sup> **Tandoğan**, C. I, s. 13; **Yavuz**, s. 29; **Eren**, İsimsiz, s. 99.

<sup>101</sup> Kendine özgü sözleşmelerde taraflar, uyumsuzlukları çözmek için kendi iradeleriyle uygulanacak özgün bir kural koymuşlarsa bu kural uygulanır. Taraflar özgün bir kural koymamışlarsa, hâkim, BK’nın genel hükümlerini uygun ve elverişli oldukları oranda bu sözleşmelere de uygulayabilir; ancak bu tür sözleşmeler hakkında Borçlar Kanununun Özel hükümlerinde

generis- bir sözleşme olduğunu belirten görüş, avukatlık sözleşmesine, öncelikle Avukatlık Kanunu hükümleri uygulanacağını, bu hükümlerle çatışmadığı takdirde Borçlar Kanunu'nun özel hükümleri uygulanacağını belirtmektedir. Bu sebeple, avukatlık sözleşmesinin kendine özgü -sui generis- sözleşme olması görüşü ile bunun sonucunda Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinin uygulanabileceği görüşü çelişmektedir<sup>102</sup>.

Avukat ile iş sahibi arasındaki bağımsızlık unsuru da, avukatlık sözleşmesini hizmet sözleşmesinden farklılaştırmaktadır<sup>103</sup>. Bununla birlikte avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliği eser sözleşmesi değildir. Zira eser sözleşmesinde bir sonuç garanti edilmesine karşılık, avukat davanın kazanılması için hukuken yapılabilecek her şeyi yapmış olmasına rağmen, başarı sağlayamadığı takdirde iş sahibine karşı sorumlu olmadığı gibi tam ücrete de hak kazanır<sup>104</sup>.

düzenlenmiş yasal sözleşme tiplerinin içerdiği herhangi esaslı bir unsur mevcut olmadığı için, bu kısımda uygulanacak bir hükümden söz etmek mümkün değildir. Hâkim, ayrıca örf ve adet hukukunda uygulanacak bir hüküm varsa onu da bu sözleşmelere uygular. Bu arada iş hayatında bu sözleşmeler uzun zamandır uygulandıkları için oluşmuş teamüller de nazara alınır. Örf ve adet hukukunda da bir hüküm bulunmazsa, hâkim, iş hayatında yoğun bir şekilde yapıldıklarından standart ve kitlesel bir durum kazanmış, dolayısıyla tipikleşmiş sui generis isimli sözleşmelere, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse, öyle bir kural koyar ve bunu uygular. Hâkimin bu şekilde yaratıp uygulayacağı hukuk kuralı, genel ve soyut bir hukuk kuralıdır. Bkz. **Eren**, İsimli Sözleşmeler, s. 100; **Oktay**, sui generis sözleşmelerin hiçbir şekilde kanun tarafından düzenlenmeleri söz konusu olmadığı için boşlukların da tarafların farazi iradeleri nazara alınarak güven ilkesi çerçevesinde doldurulacağını belirtmektedir. Bkz. **Oktay**, s. 292; **Aral**, kendisine özgü yapısı olan sözleşmelerin belirli bir tipte ilişkisi olmadığı için, yedek hukuk kurallarının doğrudan doğruya uygulanması söz konusu olmadığını, hâkimin TMK m. 1, f. 2 uyarınca hukuk yaratmak suretiyle boşluk doldurması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Aral**, **Fahrettin**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2010, s. 57.

<sup>102</sup> Sui generis sözleşmelere BK'nın özel hükümlerinde düzenlenmiş sözleşme tiplerinin herhangi esaslı bir unsurunu içermedikleri için, bunlardaki boşlukların özel hükümlerle doldurulamayacağı; ancak karma sözleşmelerle bileşik sözleşmelerde BK'nın özel hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanmasının mümkün olduğu hususunda bkz. **Eren**, Borçlar Özel, s. 45-46; Sui generis sözleşmelerin kanunda düzenlenmediği için Borçlar Özel hükümlerinin uygulanmasının kesinlikle düşünülmemeyeceği hususunda bkz. **Oktay**, s. 275-276.

<sup>103</sup> Bağımlılık ilişkisinden kasıt, işçinin iş görme borcunu yerine getirirken iş verenin isteklerine ve talimatlarına uymak zorunda olmasıdır. Bir başka deyişle işçinin hizmet edimini ifa etmesi, sözleşmenin tarafı olan işverene bağımlılık ilişkisi içinde ve onun talimatı altında gerçekleştirilmelidir. Bu bağımlılık işin görülmesinde olduğu gibi işin görüldüğü yer ve söz konusu işte kullanılacak araçlar açısından da geçerlidir. Bkz. **Yavuz**, s. 873-874; **Eren**, Borçlar Özel, s. 531; **Zevkiler/Gökyayla**, s. 441; Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta bağımlılığı, her anda ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan; çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılık şeklinde yorumlamıştır. Bkz. Y. 10 HD. E. 1986/3116 K. 1986/3882 T. 26.06.1986- Kazancı.

<sup>104</sup> **Günerkök**, s. 50.

Bu bağlamda, Avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliği vekalet sözleşmesinin özel bir türü olarak Avukatlık Kanununda düzenlenmiş isimli bir sözleşme olmasıdır. Buna göre avukatlık sözleşmesine öncelikle özel hüküm niteliğindeki Avukatlık Kanunu, burada bir boşluk bulunması durumunda Borçlar Kanununun vekalet sözleşmelerine ilişkin hükümleri ve Borçlar Genel hükümleri uygulanmalıdır.

## SONUÇ

Avukatlık sözleşmesi, avukat ile iş sahibi arasında avukatın belli bir hukuki yardımda bulunması karşılığında iş sahibinin kural olarak belli bir meblâğı yahut değeri taahhüt ettiği sözleşmedir. Avukatlık sözleşmesinin unsurlarını AvK m. 163, f. 1 uyarınca, belli bir hukuki yardım, AvK m. 164, f. 1 uyarınca, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblâğı veya değeri ifade eden avukatlık ücret ve tarafların anlaşması oluşturmaktadır.

Avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliği, vekalet sözleşmesinin özel bir türü olarak Avukatlık Kanununda düzenlenmiş isimli bir sözleşme olmasıdır. Buna göre avukatlık sözleşmesinin çıkış noktasını vekalet sözleşmesi oluşturmaktadır; ancak gelişmeler sonucu isimli bir sözleşme halini almıştır.

◆◆◆◆

## KAYNAKÇA

**Aday, Nejat**, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta, İstanbul 1997.

**Akgönenç, Oya**, Savunmanın Tarihi Gelişmesi Üstüne Düşünceler, TBB, 1988, S. 1, s. 16 – 19.

**Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut**, Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş 6. Bası, Beta, İstanbul 2007.

**Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil**, Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

**Aral, Fahrettin**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2010.

**Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

**Aral, Vecdi**, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007.

**Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen**, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, MIMOZA Yayınları, Konya 2014.

**Aydın, Murat**, Avukatlık Ücreti, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2010.

**Burcuoğlu, Haluk**, Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti İle İlgili Önemli Bazı Sorunlar, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı, C. III.

**Demir, Şamil**, Avukatlık Kariyeri Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Dergisi, 2009, Y. 67, S. 3, s. 61-69.

**Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan**, Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. II, 12. Basımdan 13. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.

**Duran, Lütfü**, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.

**Durhan, İbrahim**, Ülkemizde Avukatlık Kurumunun Tarihsel Gelişimi, AÜEHFD, C. VIII, S. 3-4, 2004.

**Erdem, Necati**, Avukatlar Forumu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2001.

**Erdoğan, Mehmet Şirin**, Avukatlıkta Tekel Hakkı, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı III, Ankara 2004, s.138-155.

**Eren, Fikret**, İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Turgut Akıntürk'e Armağan, s. 85-111 (**Eren**, İsimli Sözleşmeler).

**Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

**Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2014 (**Eren**, Borçlar Özel).

**Ertaş, Şeref**, Borçların İfası ile İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan.

**Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut**, İdare Hukuku – Genel Esaslar, C. 1, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi.

**Gülan, Aydın**, Kamu Hizmeti Kavramı, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, Y. 9, S. 1-3, 1988, s. 147-159.

**Gümüş, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013 (Gümüş, C. I).

**Gümüş, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014 (Gümüş, C. II).

**Günday, Metin**, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011

**Güner, Semih**, Avukatlık Meslek Etiği-Özen, Doğruluk ve Onur İçinde Görev yapma-, Türk Hukuk Kurumu Yetmişbeşinci Kuruluş Yılı Armağanı, Ankara 2005.

**Güner, Semih**, Avukatlık Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

**Güner, Semih**, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, Yetkin Yayınları, Ankara 2014 (Güner, Avukatlık Sözleşmesi).

**Günerkök, Özcan**, Avukatlık Sözleşmesi, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

**Helvacı, Serap**, Gerçek Kişiler, 5. Bası, Legal Yayıncılık, Aralık 2013.

İlgün, Candaş, Avukatlık Ücret Sözleşmesi, Ankara 2013.

İyimaya, Ahmet, Avukatlıkta Tekel Hakkı, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı III, Ankara 2004, s.157-170.

**Kaçak, Nazif**, Yargı Kararlarıyla Avukatlık Kanunu ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.

**Karateke, Songül**, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2006.

**Müderrişoğlu, Feridun**, Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi, Ankara 1974.

**Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

**Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe**, Kişiler Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.

**Oktay, Saibe**, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İHFM, C. 55, S. 1-2, 1995-1996, s. 263-296.

Öncel, Muallâ/**Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami**, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İncelenmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

Özkan Sungurtekin, Meral, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 ve 6335 Sayılı Türk Ticaret Kanunları ile Güncellenmiş 4. Bası, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2013.

**Pekcanitez, Hakan**, Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, 3. Baskı, Ankara 1998.

**Reisoğlu, Safa**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.

**Sav, Atilla**, Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/1, s. 133-143.

**Sayman, Yücel**, Hak Arama Özgürlüğü ve Avukatlık Mesleği, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1996.

Şenocak, Zarife, Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları, Ankara Barosu Dergisi, 1998/2, s. 5 - 33.

**Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

**Türker, Fuat**, Avukatlık Sözleşmesi, Avukatlık Ücreti, Bunlardan Doğan İhtilafları Çözüm Usulü, Eskişehir Barosu Dergisi, S. 1, Nisan 2003.

**Uçar, Salter**, Avukatın Hak ve Ödevleri, İstanbul 1998.

Ülkü, Nazlı Gören, Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 3-4, s. 309-325.

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000.

**Yavuz, Cevdet**, Borçlar Hukuku Dersleri -Özel Hükümler-, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, Beta, İstanbul 2012.

**Zevkiler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre**, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 1997.

**Zevkiler, Aydın/Gökyayla, K. Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

### İnternet Kaynakları

**Aydın, Necmettin**, Avukatlık Mesleğinin Niteliği, s. 404 vd., <http://www.muhammedrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimler/78.pdf>, (ET.05.05.2015).

**Boz, Onur**, Avukatın Malpraktis Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Aralık 2011, <http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/124/Onur%20Boz.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, ( ET 22.05.2015).

**Eroğlu, Onur**, Gelir Vergisi Açısından Serbest Meslek Kazancı İle Ticari Kazanç

Arasındaki Sınır, <http://www.e-kutuphane.teb.org.tr/pdf/eczaciodasiyayinlari/izmir/10.pdf>, (ET 01.05.2015).

**Müderrisoğlu, Feridun**, Avukatlıkta Vekalet ve Ücret sözleşmesi ve içtihatlar, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1974-5/3.pdf>, (ET 05.05.2015).

### KISALTMALAR

<b>AÜEHFD</b>	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AvK</b>	: 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu
<b>b.</b>	: bend
<b>BK</b>	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>Bkz./bkz.</b>	: Bakınız
<b>c.</b>	: Cümle
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CD.</b>	: Ceza Dairesi
<b>CMK</b>	: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>dpn.</b>	: Dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>EBK</b>	: 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu
<b>ET</b>	: Erişim tarihi
<b>f.</b>	: Fıkra
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>HMK</b>	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>http.</b>	: Hypertext transfer protocol
<b>HUMK</b>	: 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>İHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>İBD</b>	: İstanbul Barosu Dergisi
<b>m.</b>	: Madde



- s.** : Sayfa  
**TBB** : Türkiye Barolar Birliği  
**TCK** : Türk Ceza Kanunu  
**TMK** : Türk Medeni Kanunu  
**TTK** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu  
**Y.** : Yıl

1. **VERGİ KAÇAKÇILIK SUÇUNDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME**  
Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI
2. **AYASOFYA BİLMECESİ: KİLİSE, CAMİ, MÜZE, HANGİSİ?**  
Doç. Dr. Yakup Emre ÇORUHLU  
Prof. Dr. Osman DEMİR  
Yrd. Doç. Dr. Okan YILDIZ
3. **MECELLE'YE GÖRE HÂKİMİN NİTELİKLERİ VE YARGILAMA ETİĞİ**  
Prof. Dr. Mustafa AVCI
4. **DOLAYLI MADDİ GERÇEK: CEZA MUHAKEMESİNDE YARGILAMA MAKAMININ MADDİ GERÇEĞE DELİLLER ARACILIĞIYLA ULAŞMA ZORUNLULUĞU ÜZERİNE**  
Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA
5. **DIŞ BEDEN MUAYENESİ**  
Doç. Dr. Berrin AKBULLUT
6. **TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİNDE ÖDÜNÇ ALANIN ÖDEME GÜÇSÜZLÜĞÜ VE BU GÜÇSÜZLÜĞÜN YARATTIĞI HUKUKİ SONUÇLAR**  
Yrd. Doç. Dr. Arif Barış ÖZBİLEN
7. **KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRALARINDA KULLANIMI KİRACIYA BIRAKILAN EŞYA**  
Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR
8. **ANAYASA MAHKEMESİNİN MUHAFAZAKAR – LIBERAL İKİLEMİ**  
Yrd. Doç. Dr. Emir KAYA
9. **KUZey KIBRIS VE TÜRK VATANDAŞLIK HUKUKLARINA İLİŞKİN BİR KARŞILAŞTIRMALI HUKUK ÇALIŞMASI**  
Yrd. Doç. Dr. Gizem ERSEN PERÇİN
10. **SPOR KULÜPLERİNİN VERGİLENDİRİLMESİ**  
Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ
11. **TÜRKMENİSTAN YARGI SİSTEMİ**  
Yrd. Doç. Dr. Murat ERDEM  
Arş. Gör. Samet İLDEŞ  
Kerim BALKANOV
12. **AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN KURULUŞU, GÖREVLERİ VE YARGILAMA USULÜ**  
Yrd. Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU
13. **ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN TENKİSİ VE TENKİS DAVASI**  
Yrd. Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA
14. **TÜRKİYE VE İNGİLTERE'DE RADYO VE TELEVİZYON YAYINCILIĞI ALANINDAKİ DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLAR VE BU KURUMLARA VERİLEN YENİ BİR GÖREV: MEDYA OKURYAZARLIĞININ GELİŞTİRİLMESİ**  
Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN
15. **VERİMLİLİK AÇISINDAN ZAMAN YÖNETİMİ VE ERZURUM ADLİYESİ UYGULAMASI**  
Kadir DELİGÖZ  
Yrd. Doç. Dr. Dilşad GÜZEL
16. **EVLİ KADININ MÜNHAŞIRAN BEKÂRLIK SOYADINI KULLANABİLMESİ**  
Yrd. Doç. Dr. Murat ORUÇ
17. **ROMA MÜLKİYETİNDE MANCİPATİO'NUN YERİ VE ÖNEMİ**  
Yrd. Doç. Dr. Elvan SÜTKEN
18. **VERGİ YARGILAMASINDA HARÇ SORUNU**  
Dr. Osman SARIASLAN
19. **TAŞINMAZIN MÜLKİYETİNİN TESCİLDEN ÖNCE İKTİSAP HÂLLERİNDEN MAHKEME HÜKMÜNE GÖRE İKTİSAP EDEN KİŞİNİN İHALENİN FESHİ DAVASI AÇMAYA YETKİSİ BULUNUP BULUNMADIĞI ÜZERİNE DÜŞÜNCE VE TAHLİLLER**  
Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ
20. **CEZA DAVASINDA MAHKÜMİYET HÜKMÜNÜN GEREKÇESİNİN YAZILMASI**  
Dr. Mehmet ARSLAN
21. **YENİ BİR KOLLUK TEDBİRİ OLARAK ÖNLEYİCİ GÖZALTI: İÇ GÜVENLİK PAKETİ KAPSAMINDA DÜZENLENEN KORUMA ALTINA ALMA VE UZAKLAŞTIRMA TEDBİRLERİ ÜZERİNE BİR İNCELEME**  
Dr. Hakan A. YAVUZ
22. **MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKI**  
Arş. Gör. Dr. Nafiye YÜCEDAĞ GÖZTEPE
23. **MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE TÜRK MAHKEMELERİNİN İHTİYATİ TEDBİR VE İHTİYATİ HACİZ KARARI VERME YETKİSİ**  
Arş. Gör. İlyas ARSLAN
24. **SU HAKKI VE BİR MÜDAHALE ARACI OLARAK SUYUN ÖZELLEŞTİRİLMESİ**  
Arş. Gör. Ayşenur NARIN
25. **DÜNYA ANAYASALARINDA DEĞİŞTİRİLEMEZ MADDELER VE TÜRKİYENİN YENİ ANAYASASI İÇİN ÖNERİLER**  
Arş. Gör. Akif TÖGEL
26. **SİYASAL ENTEGRASYON VE AVRUPA BİRLİĞİ SÜRECİNDE EGEMENLİĞİN DÖNÜŞÜMÜ**  
Arş. Gör. Neslihan ÖZELER
27. **ASKERİ CEZA KANUNUNDA DÜZENLENEN FER'İ CEZALAR**  
Arş. Gör. İdris ERGUTEKİN
28. **MECELLE VE CODE CIVİL'DEKİ HAKSIZ FİİLİN MUKAYESESİ**  
Arş. Gör. Talha YILDIZ, LL.M.
29. **AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ**  
Arş. Gör. Raziye AKSU



Ahlatlıbel Mah.  
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı  
06095 Çankaya Ankara - TÜRKİYE  
T. +90.312 489 81 80 F. +90.312 489 81 01  
www.taa.gov.tr