



# ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XIX • SAYI: 2 • YIL: 2024

ISSN: 1306-3839

E-ISSN: 2822-3012



**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**







**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**CİLT: XIX**

**SAYI: 2**

**YIL: 2024**

**EKİM - 2024**

**ANKARA**

## SAHİBİ (Owner)

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof. Dr. Burak ADIGÜZEL (Dekan)

## SORUMLU MÜDÜR (Responsible Manager)

Sultan KİBAR (Fakülte Sekreteri)

|  |   |
|--|---|
| <b><u>HABERLEŞME ADRESİ</u></b><br><br>ERCİYES ÜNİVERSİTESİ<br>HUKUK FAKÜLTESİ<br><br>38280 /<br><b>MELİKGAZİ- KAYSERİ</b> | <b><u>TLF</u></b> : +90 352 438 06 61<br>+90 352 437 49 01 / 38000<br><b><u>FAKS</u></b> : +90 352 438 06 62<br><b><u>E-POSTA</u></b> : eruhukukdergisi@gmail.com<br><b><u>ISSN</u></b> : 1306-3839<br><b><u>E-ISSN</u></b> : 2822-3012<br><b><u>Basım Tarihi</u></b> : EKİM 2024 |
|--|---|

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından  
taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;  
Fakülteyi bağlamaz.

**Dizgi ve Mizanpaj**

ADALET YAYINEVİ

**Baskı**

ADALET YAYINEVİ, SIHHIYE / ANKARA

## AMAÇ

---

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi olarak, hukuk biliminin sınırlarını genişleterek ulusal ve uluslararası düzeyde akademik mükemmeliyeti teşvik etmeyi amaçlıyoruz. Yenilikçi, çok disiplinli ve eleştirel perspektiflerle donatılmış yüksek kaliteli akademik çalışmaları yayınlamaya hukukun gelişimine katkıda bulunmayı ve küresel hukuk topluluğu içinde öncü bir rol üstlenmeyi hedefliyoruz. Araştırmacıların ve hukuk profesyonellerinin zengin ve çeşitli görüşlerini bir araya getirerek hukuk eğitimi ve pratiğine yenilikçi yaklaşımlar sunmayı ve hukuk alanında sürdürülebilir bir etki yaratmayı hedefliyoruz. Bu amaçlar doğrultusunda, çalışmalarımız TR Dizin, Index Copernicus International Master List, HeinOnline, Central & Eastern European Academic Source, Legal Source Database, SOBIAD, EuroPub, Google Scholar, OpenAIRE, ResearchBib - Academic Research Index, Acar Index, WorldCat, Paperity, CiteFactor - Academic Scientific Journals, ErihPlus, JURIX ve Sherpa Romeo gibi saygın indekslerde listelenmektedir. Bu indekslerde yer almak, çalışmalarımızın ulusal ve uluslararası düzeydeki akademik çevreler tarafından kabul gördüğünün ve etkin bir şekilde erişilebilir olduğunun bir göstergesidir.

## KAPSAM

---

Dergimizin kapsamı, hukuk biliminin temel unsurlarını ve günümüz teknolojik gelişmeleriyle olan etkileşimini inceleyen özgün ve akademik çalışmalara adanmıştır. Bu amaçla, anayasa hukuku, ceza hukuku, medeni hukuk, ticaret hukuku, idare hukuku, milletlerarası hukuk, iş ve sosyal güvenlik hukuku, genel kamu hukuku, mali hukuk, hukuk felsefesi, hukuk tarihi, Roma hukuku, medeni usul hukuku, icra ve iflas hukuku, ceza usul hukuku gibi temel hukuk alanlarında yenilikçi ve etkili araştırmaları kapsamaktayız. Ayrıca, hukuk ve etik, yapay zeka ve hukuk, veri koruma, gizlilik hukuku, kriminoloji, sağlık hukuku, sigorta hukuku, fikri mülkiyet hukuku, spor hukuku, finans hukuku, çevre hukuku, robotik hukuk gibi disiplinlerarası ve teknoloji odaklı konulara da odaklanılmaktadır. Bu çabalarımızla, hukukun hem geleneksel hem de çağdaş yönlerini bütünsel bir şekilde kucaklamayı ve böylece hem ulusal hem de uluslararası düzeyde derinlemesine ve yenilikçi hukuki çözümleri öne çıkarmayı hedefliyoruz.

## YAZIM KURALLARI

---

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, uluslararası araştırma ve yayın etiğine bağlı, Nisan ve Ekim sayısı olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Nisan sayısı için 31 Ocak; Ekim sayısı için 30 Temmuz tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi veya eruhukukdersisi@gmail.com mail adresine gönderilmesi gereklidir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku ve özel hukuk alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, İngilizce, Fransızca ve Almanca çalışmalara da yer verilmektedir. Çalışmalar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir çalışmada, öncelikle Türkçe ve İngilizce başlık, yazar isimleri, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 kelimedenden oluşan özet bulunmalıdır. Özetler, Türkçe ve İngilizce zorunlu olmak üzere, tercih edilmesi halinde bunlara ilaveten Almanca ve/veya Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri ile hazırlanmış olmalıdır. İngilizce özet kısmı genişletilmiş özet formatında olup en az 600 kelime (tercihen en fazla 1500 kelime) uzunluğunda olmalıdır. Ayrıca çalışmayı tam olarak ifade edebilecek beşer anahtar kelimeye özet kısımlarının altında Türkçe ve İngilizce olarak yer verilmelidir. Yazarların unvanlarını, Orcid ID numaralarını, mail adreslerini, görev yaptıkları kurumları, yazar isminin olduğu yere yıldızlı dipnot konulmak suretiyle dipnotta göstermeleri gerekmektedir.
4. Yayımlanmak üzere gönderilen makalenin metin kısmında, Türkçe başlık 11 punto altında İngilizce başlık gelecek şekilde olmalı, Türkçe başlık dışında geri kalan kısım Times New Roman 11 punto, satır aralığı 1,15 olmalıdır. Dipnotlar metin altında Times New Roman karakterinde 9 punto, satır aralığı tek olmalıdır ve 0,6 asılı, paragraf sonrası 3 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 50 sayfadan fazla olmamalıdır.

5. Makaleler “The Chicago Manual of Style (17th Edition, Notes and Bibliography)” atıf ve referans sistemi esas alınarak hazırlanmalıdır. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden sonra verilmelidir. Makalelerde metin altı (dipnot) atıf usulü tercih edilmeli, metin içi atıf yapılmamalıdır. Atıf yapılan eser ve kaynakların, makalenin yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakça, makalenin sonunda yer almalıdır. Kaynaklar Latin alfabesi ile yazılmış olmalı, veriliş şekli, doğruluğu ve ulaşılabilirliğine özen gösterilmelidir.

Atıf yapılacak kaynaklar ve kaynakça aşağıdaki gibi hazırlanmalıdır:

### **Atıf Örnekleri:**

#### **Tek Yazarlı Kitap**

Ad Soyad, Eser Adı (Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayımlı yılı), sayfa numarası.

#### **-İlk Gösterim**

İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 65.

#### **-Sonraki Gösterimler**

Özgenç, Türk Ceza Hukuku, 69.

#### **İki veya Üç Yazarlı Kitaplar**

Ad Soyad (ilk yazar), Ad Soyad (ikinci yazar) ve Ad Soyad (üçüncü yazar), Eser Adı (Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayımlı yılı), sayfa numarası.

#### **-İlk Gösterim**

Nurettin Bilici ve Begüm Dilemre Öden, Vergi Hukuku Uygulamaları (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 73.

#### **-Sonraki Gösterimler**

Bilici ve Öden, Vergi Hukuku, 85.



## Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap

Ad Soyad (ilk yazar) vd., Eser Adı, (Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayımlı yılı), sayfa numarası.

### -İlk Gösterim

Veli Özer Özbek vd., Açıklamalı – Şematik Pratik Çalışma Kitabı – II, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020), 110.

### -Sonraki Gösterimler

Özbek vd., Açıklamalı-Şematik, 163.

## Çeviri Kitap

Dipnot numarası. Ad Soyad, Eser Adı, çev. Ad Soyad (Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayımlı yılı), sayfa numarası.

Lev Nikolayeviç Tolstoy, Savaş ve Barış, çev. Leyla Soykut (İstanbul: İletişim Yayınları, 2022), 55.

## Editörlü Kitaptan Bir Bölüm

Bölüm yazarının adı soyadı, “Bölüm Başlığı”, içinde Kitap Adı, ed. Ad Soyad, (Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayımlı yılı), sayfa numarası.

### -İlk Gösterim

Sedat Durmuşkaya, “Sermaye Piyasalarında Düzenleyici Kurumlar”, içinde Sermaye Piyasaları ve Finansal Kurumlar, ed. Ferudun Kaya, (İstanbul: Beta Basım, 2019), 79.

### -Sonraki Gösterimler

Durmuşkaya, “Sermaye Piyasalarında”, 82.

## Basılı veya Elektronik Makale

Ad Soyad, “Makalenin Başlığı”, Dergi Adı, Cilt/Sayı (Yıl): Sayfa numarası. (Elektronik makalede virgül konularak URL eklenip nokta ile tamamlanır.)

### -İlk Gösterim

Özdan, Selman. “Reform of the United Nations Security Council”. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 6/1 (2011): 320

### -Sonraki Gösterimler

Özdan, “Security Council”, 10.

#### İnternet Adresi

Dipnot Numarası, Ad Soyad (varsa), “web sayfasının başlığı”, (Erişim Tarihi), URL.

“Avrupa Miras Günleri 2018”, (Erişim Tarihi 09.10.2020), <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-222670/avrupa-miras-gunleri-2018.html>.

#### Lisansüstü Tez

Ad Soyad, “Tez Başlığı” (Tez Türü, Yayınlandığı Üniversite Adı, Yılı), Sayfa Numarası.

#### -İlk Gösterim

Numan Doğan, “Sermaye Piyasası Kanunu’nda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2020), 102.

#### -Sonraki Gösterimler

Doğan, “Sermaye Piyasası”, 98.

#### Mahkeme Kararları

Mahkemenin Adı, Karar Tarihi, Esas Numarası, Karar Numarası, Erişim Kaynağı, Erişim Tarihi, (Online Erişim değilse yayın adı, tarih, sayı ve sayfa numarası).

#### -İlk Gösterim

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 11.04.2016, E. 2013/2154, K. 2016/529, [www.google.com.tr](http://www.google.com.tr), 01.02.2019.

#### -Sonraki Gösterimler

Y.10. D., K. 2016/529.

## Kaynakça Örnekleri

### Tek Yazarlı Kitap

Soyad, Ad. Eser Adı. Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayımlanma yılı. Varsa URL veya (DOI numarası).

Özgenç, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021

### İki veya Üç Yazarlı Kitaplar

Soyad, Ad (ilk yazar), Ad Soyad (ikinci yazar). Eser Adı. Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayımlanma yılı.

Bilici, Nurettin ve Begüm Dilemre Öden. Vergi Hukuku Uygulamaları. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.

### Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap

Soyad, Ad (ilk yazar) vd. Eser Adı. Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayımlanma yılı.

Özbek, Veli Özer vd. Açıklamalı – Şematik Pratik Çalışma Kitabı – II Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

### Çeviri Kitap

Soyad, Ad. Eser Adı, Çeviren Ad Soyad, Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayımlanma yılı.

Tolstoy, Lev Nikolayeviç. Savaş ve Barış, Çeviren Leyla Soykut, İstanbul: İletişim Yayınları, 2022.

### Editörlü Kitaptan Bir Bölüm

Bölüm yazarının Soyadı, Adı, “Bölüm Başlığı”. İçinde Kitap Adı, editör Ad Soyad, sayfa aralığı. Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayımlanma yılı.

Durmuşkaya, Sedat, “Sermaye Piyasalarında Düzenleyici Kurumlar”. İçinde Sermaye Piyasaları ve Finansal Kurumlar, ed. Ferudun Kaya, 79-95. İstanbul: Beta Basım, 2019.

### Basılı veya Elektronik Makale

Soyad, Ad. "Makalenin Başlığı". Dergi Adı. Cilt/Sayı (Yıl): Sayfa aralığı. (Elektronik makalede virgül konularak URL eklenip nokta ile tamamlanır.)

Özdan, Selman. "Reform of the United Nations Security Council". Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 6/1 (2011): 315-335.

#### İnternet Adresi

Ad Soyad (varsa) veya Web site yayıncısı, "Web sayfasının başlığı", (Erişim Tarihi), URL

Kültür ve Turizm Bakanlığı, "Avrupa Miras Günleri 2018", (Erişim Tarihi 09.10.2020), <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-222670/avrupa-miras-gunleri-2018.html>.

#### Lisansüstü Tez

Soyad, Ad. "Tez Başlığı". Tez Türü, Yayınlandığı Üniversite Adı, Yılı.

Doğan, Numan. "Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2020.

#### Mahkeme Kararları

Mahkeme Adı. K. Karar Numarası (Karar Günü Ayı Yılı). (varsa) Erişim Adresi

(Online Erişim değilse yayın adı, tarih, sayı ve sayfa numarası).

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi. K. 2016/529 (11.04.2016).  
[www.google.com.tr](http://www.google.com.tr).

**6.** Yayınlanmak üzere gönderilecek çalışmalar Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış olarak dergiye gönderilmelidir. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır. Ana başlıklar, özet, abstract, giriş, sonuç ve kaynakça büyük harflerle ve kalın puntolu, diğer başlıklar ise sadece baş harfi büyük olacak şekilde kalın puntolu yazılmalıdır. Dergimize gönderilen makalelerin başlıklandırma düzeni aşağıda gösterilen şekilde olmalıdır.

## Başlıklandırma Düzeni

(Makale Başlığı)

(İngilizce Makale Başlığı)

(Yazar Unvanı, Adı Soyadı)

### ÖZET

Anahtar Kelimeler:

### ABSTRACT

Keywords:

### GİRİŞ

#### I. BİRİNCİ ANA BAŞLIK

A. Birinci Alt Başlık

B. Birinci Alt Başlık

1. İkinci Alt Başlık

a. Üçüncü Alt Başlık

aa. Dördüncü Alt Başlık

bb. Dördüncü Alt Başlık

b. Üçüncü Alt Başlık

2. İkinci Alt Başlık

#### II. İKİNCİ ANA BAŞLIK

A. Birinci Alt Başlık

B. Birinci Alt Başlık

### SONUÇ

### KAYNAKÇA

7. Yazarların makale dosyasını dergi mailine gönderirken, çatışma beyanı, yazarların katkı oranı beyanı (birden fazla yazar olması halinde) ve varsa destek-teşekkür beyanlarını ayrı bir dosya halinde imzalı bir şekilde iletmeleri gerekmektedir.

Örnek beyan:

Tek Yazarlı Makalelerde;

Çıkar Çatışması: Makalenin yazar/yazarları, çalışma kapsamında herhangi bir kişisel ve finansal çıkar çatışması olmadığını; çalışma ile ilgili herhangi bir kurum, kuruluş, kişi ile mali çıkar çatışması bulunmadığını bildirir ve taahhüt ederim.

Teşekkür/Finansal Destek:

İmza

Birden Fazla Yazarlı Makalelerde;

Araştırma Katkı Payı Oranı: Örneğin iki yazarlı bir makalede yarı yarıya (%50/%50)

Çıkar Çatışması: Makalenin yazar/yazarları, çalışma kapsamında herhangi bir kişisel ve finansal çıkar çatışması olmadığını; çalışma ile ilgili herhangi bir kurum, kuruluş, kişi ile mali çıkar çatışması bulunmadığını bildirir ve taahhüt ederiz.

Teşekkür/Finansal Destek:

İmza

İmza

**8.** Yazarların dergiye gönderdikleri çalışmaların şekli ve içerik yönünden denetimini yapmış oldukları ve bu şekliyle "yayıma" hazır verdikleri kabul edilir.

**9.** Makale şablonu ve örnek beyan formu için <https://dergipark.org.tr/tr/pub/eruhfd/writing-rules> adresini ziyaret ediniz.

## **YAYIN POLİTİKASI**

---

Dergimiz COPE (Committee on Publication Ethics) ve YÖK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesine uyumlu olmayı taahhüt eder.

### **GENEL İLKELER**

Dergi Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Tüzel kişiliği bulunmadığı için dergiyle ilgili yetkili tüzel kişi Erciyes Üniversitesi'dir.

Her sayıda derginin sorumlu baş editörü (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı) ve sorumlu müdürü (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fakülte Sekreteri) gösterilir.

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAK-BİM ve 16 diğer veri tabanı tarafından taranan, Nisan ve Ekim sayısı olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide, hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu çalışmalar hakem incelemesine sunulmaz. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır. Hakem incelemesi yapıldığı her makalenin başında belirtilir.

Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

Dergimizde yayımlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uygun olması zorunludur. Dergimize eserlerini gönderen yazarların dergimizin politikası ile uyum gösterme yükümlülüğü mevcuttur.

Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.

Derginin basılı formatları, Türkiye'deki Hukuk Fakültesi kütüphanelerine ücretsiz olarak gönderilir.

Dergimiz DOAJ, COPE, OASPA ve YÖK ilkelerine uyumlu açık erişim ve ücretsiz bilgiye erişimi desteklemektedir.

## **DEĞERLENDİRME ve YAYIN SÜRECİ**

### **Makalelerin Dergiye Teslimi:**

Dergimizde yayınlanması istenen çalışmaların Nisan ayında çıkan sayı için 31 Ocak; Ekim ayında çıkan sayı için 30 Temmuz tarihine kadar eruhukukdergisi@gmail.com e-mail adresine gönderilmesi ve ya fakültemiz sekreterliğine elden teslim edilmesi gerekmektedir.

### **Ön İnceleme Aşaması:**

Dergi mailine iletilen çalışmalar, dergi yazım kurallarına uygunluğu açısından yayın komisyonunca ön incelemeye tabi tutulmaktadır.

Editör kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir.

Yedi günlük ön inceleme sürecini olumlu şekilde tamamlayan çalışmalar, makale konusu ile ilgili editöre iletilmektedir.

Dergimiz ön inceleme aşaması sonunda intihal programlarından (Ithenticate) çıkan benzerlik raporunu hakemlere göndermektedir. Makalelerde benzerlik oranının %20'u aşmaması(%1 altı benzerlik, alıntılar ve kaynakça hariç tutularak) gerekmektedir.

Benzerlik oranı %20 üstünde olan eserler, yazara nihai düzeltmeleri yapması için geri gönderilir.

### **Hakem Atanma Süreci:**

Ön inceleme sürecini olumlu bir şekilde tamamlayan makaleler ile ilgili hakem belirleme ve atama sürecine geçilir. Hakem belirleme ve atama süreci 60 gün içerisinde tamamlanır. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı iki (kör) hakeme değerlendirme için gönderilir.

Kör hakem sisteminin korunması için dokümandaki gömülü yazar bilgisi dahil olmak üzere yazarların isimleri anonim hale getirilir.

Hakem Değerlendirme Süreci: Hakemlere değerlendirme için 20 gün normal süre, 20 gün ek süre verilmektedir.

Hakemlerin “doğrudan (bu haliyle) yayınlanabilir” şeklinde rapor verdiği çalışmalar dergimizce yayınlanmaktadır.



Hakemlerin “düzeltmelerden sonra yayınlanabilir” şeklinde rapor verdiği çalışmalar için, yazar(lar)a değerlendirmeler iletilerek düzeltmelerin yapılması istenmektedir. Yazar(lar)a düzeltmelerin yapılması amacıyla 30 gün süre verilir. Bu sürede tamamlanamaması halinde yazar(lar)ın talebi halinde 30 gün ek süre daha verilebilir. Süre veya ek süre içerisinde eksiklikler tamamlanmadığı halde yazar(lar)ın makalesini geri çektiği varsayılır ve ilgili eser yayın sürecinden çıkarılır.

Hakemlerden bir tanesinin “yayınlanamaz” şeklinde rapor vermesi halinde, diğer hakemin yayınlanabilir raporu vermesi şartıyla, çalışma üçüncü bir hakeme gönderilmektedir.

Hakemlerin her ikisinin “yayınlanamaz” şeklinde rapor vermesi halinde, çalışma yazara iade edilmekte ve yayın sürecinden çıkarılmaktadır.

Makale değerlendirme sürecinin makalenin gönderildiği sayıda tamamlanamaması halinde yazarlara e-posta yoluyla bilgi verilir. Yazarların bir sonraki sayı için sürece devam edilmesini kabul etmeleri halinde sonraki sayı için sürece devam edilir. Ekim sayısı için 20 Eylül, Nisan sayısı için 20 Mart sürecin tamamlanması için son tarihtir.

### **Şikâyet Politikası:**

Dergide yayınlanan makalelere ilişkin yapılan herhangi bir itiraz eruhukukdergisi@gmail.com elektronik postasına, baş editöre veya teknik editöre yapılır.

Şikâyet ve gerekçesi, bir suç unsuru oluşturup oluşturmadığı, COPE akış şemasında karşılık bulup bulmadığı değerlendirildikten sonra ilgili karar editör kurulu tarafından oy çokluğu ile karara bağlanır.

Şikâyet ile ilgili sonuç şikâyet edene ve ilgili yazar(lar)a 30 gün içinde bildirilir. 30 gün içinde şikâyet sonucuna dair bildirim olmadysa şikâyet reddedilmiş sayılmalıdır.

### **Makalenin Yayından Kaldırılması:**

Yazarlar yayınlanmış makaleleri geri çekme hakkına sahip değildir. Keza yazarlar yayınlanan eserlerde fikri hak sahibi değildir.

Her ilgili gibi yazarlar da bir makale hakkında bir şikâyeti varsa şikâyet politikasının uygun olarak bildirimde bulunur.

Bu bildirim sonucunda makalenin yayınlanmasına editör kurulu tarafından COPE rehberine uygun olarak karar verilirse, online tüm veri tabanlarından da makaleye erişim sona erdirilir.

Bu süreçte kaldırmanın haksız olduğunu düşünen yazar tüm sorumluluğu alarak makaleyi yayınlamaya devam ederse dahi ERÜHFD ile ilgili makale arasındaki bağı sona erdirmekle yükümlüdür.

### **Düzeltilmeler:**

Dergide yayınlanan makalelerde yapılması gereken önemli düzeltmeler, özellikle dergi kurulları hataları tespit edilir ise düzeltilmiş yeni versiyon yayımlanır. İlgili veri tabanlarına düzeltmeye dair bildirim yapılır.

Yayımlanmamış olan yayın öntaslakları yazarlara gönderildiğinde yazarların düzeltme isteğinde bulunma hakları bulunmakta olup bu hakları en fazla 3 iş günü için geçerlidir.

### **ETİK İLKELER**

Dergimiz COPE (Committee on Publication Ethics) ve YÖK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesine uyumlu olmayı taahhüt eder.

### **Yazarlara İlişkin ilkeler:**

Dergimize 18 yaşından büyük herkes hukuk ile ilgili çalışmalarını yollayabilir.

Yazarlarımızın hepsinin ORCID kimliğine sahip olması ve başvuru ile yollaması gerekmektedir.

Dergimiz danışma, yayın, editör kurulları veya Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi mevcut/eski çalışanlarının durumları makale sonlarında yer alan çıkar çatışmasında gösterilir.

Yazarların gönderdikleri çalışmalar özgün olmalı, daha önce yayınlanmamış olmalıdır. Yazarlar, çalışmanın halihazırda başka bir dergide değerlendirme aşamasında olmadığını beyan etmelidir.

Çalışmada adı geçen tüm yazarlar, çalışmadaki deneysel tasarıma ve uygulanmasına ya da verilerin analizi ve yorumlanmasına katkıda bulunmuş olmalıdır.

Yazarların yayınlanan makalelerinde önemli bir hata olduğunu fark etmeleri halinde editör kurulunu bilgilendirmeleri gerekmektedir.

Yazarlar, Etik kurul onayı gerektiren çalışmalar için etik kurul onayını dergiye sunmalıdır. Araştırmada “Etik Kurul Onayı” alınması gerekli ise; Etik Kurul onayına ilişkin bilgiler (etik kurulun adı, onay belgesinin numarası ve tarihi) makalede belirtilmelidir.

Yazar, eseri göndermekle 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanuna, YK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesine, COPE tarafından açıklanan araştırma ve yayın etiği standartlarına uygun olarak eserin hazırlandığını taahhüt eder.

### **Editrlere İlişkin İlkeler:**

Dergi bünyesindeki görevli editörler ve editör yardımcıları, her türlü önyargıdan uzak, objektif ve tarafsız bir şekilde görevlerini yerine getirmekle mükelleftir.

Dergi bünyesindeki görevli editörler ve editör yardımcıları, görevlerinin gerektirdiği ölçüde gizlilik içerisinde hareket etmekle mükelleftir.

Dergi bünyesinde görevli editörler ve editör yardımcıları, dergiye ilişkin her türlü iş ve işlemdede tam iş birliği içerisinde hareket eder. Dergi bünyesinde adil görev dağılımı yapılması iş birliğinin özünü oluşturmaktadır.

### **Hakemlere İlişkin İlkeler:**

Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil şekilde değerlendirilmelidir.

Hakem değerlendirme sürecinin gizliliğine saygı gösterilmeli; değerlendirilen esere ya da değerlendirme süreci ve sonrasına ilişkin bilgiler cnc kişilerle paylaşılmamalıdır.

Hakem değerlendirmeleri, düşmanca veya kışkırtıcı olmayacak ve küçümseyici kişisel yorumlar barındırmayacak biçimde, nesnel ve yapıcı olarak gerçekleştirilmelidir.

Değerlendirme süreci sırasında çıkar atışması gözlemlendiği takdirde, durum Editör kuruluna bildirilmelidir.

Hakem değerlendirmesi yoluyla elde edilen bilgi veya fikirler gizli tutulmalı ve kişisel avantaj için kullanılmamalıdır.

Hakem görüşlerine ilgili editörün müdahalede bulunma yetkisi yoktur. Ton, kullanılan kelime ve ifadeler TCK gereğince suç niteliği taşımadığı sürece (hakaret, tehdit vs.) hakem görüşlerine dair düzenleme yapılmaz. Suç niteliği taşıyan ifadeler için editör hakem görüşünü yazar(lar)ja iletmeme hakkına sahiptir. Hakem görüşlerinin ifade tarzına ilişkin ilgili editör yalnızca hakeme bildirimde bulunarak hakem tarafından değişiklikte bulunmasını isteyebilir. Hakemler değişiklik talebinde kararlarını serbestçe tayin edebilirler.

### **Çıkar Çatışması:**

Dergimiz çıkar çatışması baştan bilinen makalelerde çıkar çatışmasının açıkça makale sonunda belirtilmesini sağlamaktadır.

Sonradan ortaya çıkan çıkar çatışmalarında yayın politikasındaki şikâyet süreci işletilir.

### **ÜCRET POLİTİKASI**

Dergimize gönderilen makalelerle ilgili, yazarlardan herhangi bir ücret alınmamaktadır.

Makale değerlendirme süreçlerinde görev alan hakemlere ve makalesi yayımlanan yazarlara dergimiz tarafından herhangi bir ücret ödenmemektedir.

Yazarlar dergimizde yayımlanan makalelerinin telif haklarını tamamen dergi yönetimine devretmiş sayılır ve mevcut dergi baş editörünün izni olmadıkça makalelerini herhangi bir ortamda (basılı, elektronik, online vb.) yayımlayamazlar.

Dergimizde herhangi bir reklam yapılması yasaktır.

Dergimiz gönüllülük esasına göre ücretsiz yayım, ücretsiz editörlük, ücretsiz yazarlık, DOAJ COPE ve OASPA ilkelerine uyumlu açık erişim ve ücretsiz bilgiye erişimi desteklemektedir.

### **AÇIK ERİŞİM VE FİKRİ HAK POLİTİKASI**

Dergimiz DOAJ COPE ve OASPA ilkeleri ile uyumlu, açık erişim politikasına sahiptir.

Dergimizdeki eserler Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

## **DANIŞMA KURULU (Advisory Board)**

---

### **Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Muhittin ASTARLI**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
İŞ ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Cem BAYGIN**

Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Enver BOZKURT**

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCI**

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Erdal ONAR**

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK**

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Mehmet ÜNAL**

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Feridun YENİSEY**

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Turan YILDIRIM**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**YAYIN KURULU (Editorial Board)**

---

Prof. Dr. Osman İSFEM - FernUniversität in Hagen, Almanya

Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. – University of Freiburg, Almanya

Prof. Dr. Yong Eui Kim - Dong-A University, Güney Kore

Prof. Dr. Murat DOĞAN – Erciyes Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Şafak NARBAY – Sakarya Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Yücel OĞURLU – Balıkesir Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Ayhan DÖNER – Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Muzaffer ŐEKER – İstanbul Ticaret Üniversitesi, Türkiye  
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA – Akdeniz Üniversitesi, Türkiye  
Prof. Dr. Burak ADIGÜZEL – Erciyes Üniversitesi, Türkiye  
Prof. Dr. Cengiz GÜL – Erciyes Üniversitesi, Türkiye  
Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŐ – Erciyes Üniversitesi, Türkiye  
Dr. Ilaria Aquironi - Ferrara Üniversitesi, İtalya

### **BAŞ EDİTÖR (Editor in Chief)**

Prof. Dr. BURAK ADIGÜZEL

### **EDİTÖRLER (Editors)**

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Prof. Dr. Cengiz GÜL

Doç. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL

Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŐ

Doç. Dr. Özlem İLBASMIŐ HIZLISOY

Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN

Dr. Öğr. Üyesi Ramazan AYDIN

Dr. Öğr. Üyesi Çiçek ÖZGÜR

### **YABANCI DİL EDİTÖRLERİ (Language Editors)**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Dr. Öğr. Üyesi Harun Mirsad GÜNDAY

Arş. Gör. Dr. Ranegül Camız

### **TEKNİK EDİTÖR (Technical Editor)**

Arş. Gör. Alperen POLAT

## **EDİTÖR YARDIMCILARI (Editors Assist.)**

---

Arş. Gör. Dr. Alı YEŞİLYURT DURAN

Arş. Gör. Ayşe KARAKİMSELİ SEZGİN

Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK MELEZ

Arş. Gör. Şüheda Nur APAYDIN

Arş. Gör. Rumeysa İSPİR

Arş. Gör. Zeynep AYAR BİRKİN

Arş. Gör. Muhammed Esat EMEK

Arş. Gör. Numan DOĞAN

Arş. Gör. Alihan ÇELİK

Arş. Gör. Ufuk Bedir

Arş. Gör. İrem Nur Şimşek





# İÇİNDEKİLER\*

## ÖZEL HUKUK

|   |     |
|---|-----|
| TURİZM AMAÇLI KONUT KİRAŞI SÖZLEŞMESİ<br><i>Doç. Dr. Hakkı Mert DOĞU</i> .....  | 609 |
| DOWN SENDROMUNUN TESPİTİNDE İNVAZİV OLMAYAN PRENATAL TEST<br>(NIPT) UYGULAMASININ ETİK VE HUKUKİ YÖNÜ<br><i>Doç. Dr. İpek Sevda SÖĞÜT</i> .....   | 635 |
| 2023'DEN GÜNÜMÜZE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TÜRK MEDENİ<br>KANUNU'NDA İPTAL ETTİĞİ HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ<br><i>Dr. Öğr. Üyesi Zehra Gizem ATEŞ</i> .....   | 675 |
| MEDENİ USUL HUKUKU AÇISINDAN ESKİ HÂLE GETİRME BAŞVURUSU<br>ÜZERİNE VERİLEN KARAR<br><i>Mahnur AFANDİYEVA</i> .....   | 725 |
| TÜRK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA (TMK m. 166/III)<br><i>Arş. Gör. Dr. Burak DOĞAN</i> .....   | 755 |
| YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI İNCELEMESİ: KARAYOLU İLE<br>YAPILAN TAŞIMALARDA TAŞIYICININ YÜKLEMeye NEZARET<br>YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE TTK M. 863/1 HÜKMÜNÜN NEZARET<br>YÜKÜMLÜĞÜNÜN TESPİTİNDEKİ ROLÜ<br><i>Arş. Gör. Büşra Nur TAŞKIN</i> ..... | 789 |
| İSLAM - OSMANLI HUKUKUNDA VAKFA MÜDAHALE KAVRAMI<br><i>Arş. Gör. Esmâ Nur TOPCU</i> .....   | 833 |
| AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI KAPSAMINDA SINIR<br>ÖTESİ TAŞIYICI ANNELİK YÖNTEMİYLE DOĞAN ÇOCUĞUN SOYBAĞININ<br>KURULMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ<br><i>Arş. Gör. Gülşah ULUBAY</i> .....   | 885 |

\* Dergideki eser sıralamaları makale kabul tarihlerindeki akademik unvan ve soyisim alfabetik sırası esas alınarak yapılmaktadır.

## KAMU HUKUKU

|  |      |
|--|------|
| ADLİ ARAMADA GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HAL KAVRAMI<br><i>Dr. Öğr. Üyesi İlhan BULUT</i> .....   | 907  |
| KAMU İHALE SUÇLARINDAN ÖTÜRÜ UYGULANAN HÜKMÜN<br>AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ İDARE HUKUKU<br>AÇISINDAN SONUÇLARI<br><i>Doç. Dr. Aynur HASOĞLU - Öğretim Görevlisi Hasan KOÇYİĞİT</i> .....   | 963  |
| YÜRÜTME KUVVETİNİN KURAMSAL TEMELLERİ<br><i>Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA</i> .....  | 1017 |
| İSLAMİYET ÖNCESİ TÜRK DEVLETLERİNDEN OSMANLI DEVLETİ'NE HÂKİM<br>YARDIMCILIĞI<br><i>Dr. Öğr. Üyesi Betül KAYAR</i> .....   | 1057 |
| TÜRK HUKUKUNDA LPG PİYASASI FAALİYETLERİNİN KAPSAMI VE ENERJİ<br>PİYASASI DÜZENLEME KURUMU TARAFINDAN DENETİMİ<br><i>Arş. Gör. Dr. Ezgi PALAS DAĞLI</i> .....  | 1083 |
| AKİM KALMIŞ AZMETTİRMEDE CEZAİ SORUMLULUĞUN İLKE VE SINIRLARI<br>-AYNI ZAMANDA HAMM EYALET YÜKSEK MAHKEMESİNİN KARARININ<br>TARTIŞILMASI (OLG HAMM V. 22.10.1991 - L WS 249/91)-<br><i>Yazar: Professor Dr. René Bloy, Freiburg/Br -</i><br><i>Çeviren: Dr. Öğr. Üyesi Sercan TOKDEMİR</i> ..... | 1133 |
| TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ SEÇENEK YAPTIRIMLAR'IN İSLÂM<br>HUKUKUNDAKİ TA'ZİR CEZASIYLA KARŞILAŞTIRILMASI<br><i>Dr. Öğretim Üyesi Taha YILMAZ</i> .....   | 1157 |
| TEMEL YAPI DOKTRİNİNDEN DEĞİŞTİRİLEMEZ MADDELERE GEÇİŞ:<br>BANGLADEŞ ÖRNEĞİ<br><i>Arş. Gör. Dr. Gizem GÜNER YAŞAR</i> .....  | 1189 |

# CONTENTS\*

## PRIVATE LAW

|   |     |
|---|-----|
| Residential Rental Agreement for Tourism Purposes<br><i>Assoc. Prof. Dr. Hakkı Mert DOĞU</i> .....  | 609 |
| The Ethical and Legal Aspects of Non-Invasive Prenatal Testing (NIPT) in<br>the Detection of Down Syndrome<br><i>Assoc. Prof. Dr. İpek Sevda SÖĞÜT</i> .....  | 635 |
| The Constitutional Court From 2023 to The Present Evaluation of The<br>Annulled Provisions of the Turkish Civil Code<br><i>Asst. Prof. Dr. Zehra Gizem ATEŞ</i> .....   | 675 |
| Decisions Taken on the Application for Restitution in Terms of Civil<br>Procedure Law<br><i>Mahnur AFANDİYEVA</i> .....   | 725 |
| Agreed Divorce in Turkish Law (TCC Art. 166/III)<br>Res. Asst. Dr. Burak DOĞAN  |     |
| Review of the Decision of the General Assembly of the Court of<br>Cassation: The Carrier's Obligation to Supervision the Loading in Road<br>Transportation and the Role of Article 863/1 of the TCC in Determining<br>the Obligation of Supervise<br>Res. Asst. <i>Büşra Nur TAŞKIN</i> ..... | 789 |
| The Concept of Intervention in Waqf in Islamic-Ottoman Law<br>Res. Asst. <i>Esmâ Nur TOPCU</i> .....  | 833 |
| Evaluation of the Establishment of the Paternity of the Child Born by<br>Surrogate Motherhood within the Scope of the Decisions of the European<br>Court of Human Rights<br>Res. Asst. <i>Gülşah ULUBAY</i> .....   | 885 |

---

\* The order of the works in the journal is based on the alphabetical order of the academic title and surname-name on the date of acceptance of the article.

## PUBLIC LAW

|  |      |
|--|------|
| The Concept Of Exigent Circumstances in Judicial Search<br><i>Asst. Prof. Dr. İlhan BULUT</i> .....  | 907  |
| Consequences of the Decision to Suspension of the Pronouncement of<br>the Judgement due to Public Procurement Crimes in Terms of<br>Administrative Law<br><i>Assoc. Prof. Dr. Aynur HASOĞLU - Lect. Hasan KOÇYİĞİT</i> .....   | 963  |
| Theoretical Foundations of the Executive Branch<br><i>Asst. Prof. Dr. Semih Batur KAYA</i> .....   | 1017 |
| Assistant Judgeship from Pre-Islamic Turkish States to the Ottoman<br>Empire<br><i>Asst. Prof. Dr. Betül KAYAR</i> .....   | 1057 |
| Scope of LPG Market Activities and Supervision by The Energy Market<br>Regulatory Authority in Turkish Law<br><i>Res. Asst. Dr. Ezgi PALAS DAĞLI</i> .....   | 1083 |
| Grund und Grenzen der Strafbarkeit der mißlungenen Anstiftung -<br>Zugleich eine Besprechung des Beschlusses des OLG Hamm v. 22.10.1991<br>- I Ws 249/91-<br><i>Author: Professor Dr. René Bloy, Freiburg/Br</i><br><i>Translator: Asst. Prof. Dr. Sercan TOKDEMİR</i> ..... | 1133 |
| Comparison of Optional Sanctions in Turkish Criminal Law With Ta'Zir<br>Punishment In Islamic Law<br><i>Asst. Prof. Dr. Taha YILMAZ</i> .....  | 1157 |
| Transition from the Basic Structure Doctrine to Unamendable Articles:<br>Bangladesh Example<br><i>Res. Asst. Dr. Gizem GÜNER YAŞAR</i> .....   | 1189 |

***Özel Hukuk /  
Private Law***

---



## **TURİZM AMAÇLI KONUT KİRASI SÖZLEŞMESİ**

*Residential Rental Agreement for Tourism Purposes*

**Doç. Dr. Hakkı Mert DOĞU\***

### **ÖZET**

Kira sözleşmesi, kiraya verenin kira konusu şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanır. Kira sözleşmesinin bir çeşidi olan konut kirasının alt türü turizm amaçlı konut kirasıdır.

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesi, 7464 Sayılı Konutların Turizm Amaçlı Kiralanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Konutların Turizm Amaçlı Kiralanması Faaliyetlerinin Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik'te düzenlenir. Kanun ve buna bağlı çıkarılan Yönetmelik'te konutların gerçek ve tüzel kişilere turizm amaçlı kiralanmasına ilişkin usul ve esaslar belirlenmektedir. Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinde turizm amacıyla hareket etme ön plana çıkar. Yasal düzenlemelere de bakıldığında turizm amacının öncelikli olduğu ve yapılan tespitlerin bu amaç dikkate alınarak ortaya koyulduğu söylenebilir.

---

\* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD., e-posta: hakkimertdogu@trabzon.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4695-9623.

**Makale Geliş Tarihi:** 10.07.2024

**Makale Kabul Tarihi:** 03.09.2024

⇒ **Atıf Şekli:** Hakkı Mert Doğu "Turizm Amaçlı Konut Kirası Sözleşmesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 609-633.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.





**Anahtar Kelimeler:** Kira Sözleşmesi, Konut, Turizm Amaçlı Konut Kirası, Yükümlülük, İzin Belgesi

### **EXTENDED ABSTRACT**

Rental agreement is defined as a contract in which the landlord undertakes to leave the use of the thing subject to rental or the benefit from it along with use to the tenant, and the tenant undertakes to pay the agreed rental amount in return. A special type of rental agreement, which is a type of rental agreement, can be referred to as a residential rental agreement for tourism purposes.

Residential rental agreements for tourism purposes are regulated in the Law No. 7464 on Renting of Residentials for Tourism Purposes and Amending Certain Laws and the Regulation on the Regulation of Activities of Renting Houses for Tourism Purposes. The Law and the Regulation issued accordingly determine the procedures and principles regarding the rental of residentials to real and legal persons for tourism purposes. Acting for tourism purposes comes to the fore in the residential rental agreement for tourism purposes. Considering the legal regulations, it can be said that tourism is the primary purpose and the findings are made taking this purpose into consideration.

In rentals for tourism purposes, the subject of the contract is residential. Residential using refers to any independent section that is registered in the land registry for residential purposes or has a residential floor easement or condominium on it. However, the subject of a residential rental agreement for tourism purposes can also be high quality residential. In addition, a residential rental agreement for tourism purposes can be made for tiny houses and buildings that have a building registration certificate.

The parties to the residential rental agreement for tourism purposes are the landlord and the tenant. In a residential rental agreement for tourism purposes, the landlord may be a real or legal person who owns the property or who possesses the property by establishing usufruct or superficies. In this agreement, the tenant is the renter. It is possible for the tenant to be a real or legal person.

In a residential rental agreement for tourism purposes, the tenant must pay a fee to the landlord. It is possible to benefit from comparable rents when determining the rental amount in this type of rental agreement. However, since the rental period cannot exceed one hundred days, the daily rental fee must be determined and the rental amount must be determined by calculating the number of days used.

The residential rental agreement for tourism purposes will be made for a period of one hundred days or less than one hundred days for a one time. There is a limitation in terms of the duration of the contract. Although the subject of the residential rental agreement for tourism purposes is the residential, it is seen that there is a different application in terms of the rental period with the Law and Regulation.

Obligations arising within the scope of the contract are addressed in the Regulation from the perspective of the permit holder. To deliver accordingly, to carry out cleaning and maintenance works related to the residential after each user change, inform users about the rules taken by the site or building management, it is the obligation to fulfill the existing obligations in line with the Personal Data Protection Law and relevant regulations and to hang the plaque prepared by the Ministry at the entrance of the house.

A regulation regarding the termination of the contract is included in the ninth paragraph of Article 3 of the Law. Accordingly, the residential rental agreement for tourism purposes terminates automatically at the end of the rental period specified in the agreement. This regulation is especially applicable if the tenant evicts at the end of the term. However, there is no regulation on what to do if the tenant does not vacate the residential, neither in the Law nor in the Regulation.

**Keywords:** Rental Agreement, Residential, Residential Rental for Tourism Purposes, Obligation, Permit Certificate

## GİRİŞ

Kira sözleşmesi, mahiyeti gereği barınma veya işyeri ihtiyacının karşılanmasına imkân sağlar. Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) düzenlenen kira sözleşmesinin farklı çeşitlerinden bahsetmek mümkündür. TBK'de düzenlenmiyor olmakla birlikte bunlardan bir tanesini de turizm amaçlı konut kiralari oluşturur. Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesi, kiranın genel kurallarına tabi olmakla birlikte 7464 Sayılı Konutların Turizm Amaçlı Kiralanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Kanun) ile Konutların Turizm Amaçlı Kiralanması Faaliyetlerinin Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik'te (Yönetmelik) bu sözleşmeye ilişkin özellik arz eden hususlar düzenlenmektedir.

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesine ilişkin gerek Kanun gerek Yönetmelik'te yer verilen düzenlemelerin amacı, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın kontrol ve denetimini sağlayarak bunların dışında turizm amaçlı kullanımların oluşmasını engellemek, turizm sektörünün tek ve kapsayıcı bir stratejiyle geliştirilmesi hedefini gerçekleştirmektir. Özellikle günlük veya kısa süreli kiralama türünün önüne geçilerek turizm amaçlı kiralanmış konutların belgelendirilmesi ve kiralama ile elde edilen gelirlerin kayıt altına alınarak kayıt dışı kazancın engellenmesi arzulanmaktadır. Ayrıca turizm amaçlı konut kirası sözleşmelerine ilişkin standartların belirlenmesi ve ortaya koyulması, turizm sektöründe faaliyet gösteren paydaşların eşit ve güvenilir bir rekabet ortamında yatırımlarını yapmaları da istenmektedir (Genel Gerekeç).

Çalışmada konutların turizm amacıyla kiralanması ve buna ilişkin yapılacak kira sözleşmesi incelenmektedir. Bu çerçevede turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar bütün aşamalar anılan Kanun ve Yönetmelik çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. İncelemede hem Kanun hem de Yönetmelik'teki düzenlemelerden yararlanılmaktadır. Ayrıca TBK'nin ilgili hükümleri de dikkate alınarak bazı karşılaştırmalar yapılmaktadır.

### I. GENEL OLARAK KİRA SÖZLEŞMESİ

Kira sözleşmesi, ekonomik gelişmeler ve değişen hayat şartları sebebiyle son derece önemli yere sahiptir. Mülk edinme hususunda

yeterli maddi imkâna sahip olmayan kişiler, kira sözleşmesiyle malın maliki olmaksızın o malı kullanma ve ondan yararlanma imkânını elde etmektedirler.

Kira sözleşmesi, bir bedel karşılığında kira konusunun kullanılması ve ondan yararlanılması yetkisini vermektedir<sup>1</sup>. Kira sözleşmesi, kullandırma amacı güden sözleşmelerden biridir ve hem kiraya veren hem de kiracıya haklar ve borçlar yüklemektedir.

Kira sözleşmesi, TBK'nin Dördüncü Bölümünde 299 vd. maddelerinde düzenlenir. Bu bölüm üç ayrımdan meydana gelir. Birinci ayırım "*Genel Hükümler*" başlığı altında TBK'nin 299-338. maddeleri arasındaki ayırımdır. Kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler burada yer aldığından dolayı, her türlü kira sözleşmesinde bu hükümler uygulama alanı bulur<sup>2</sup>.

İkinci ayırmda konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerine ilişkin hükümlere yer verilir. Konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin hükümler, TBK'nin 339 vd. maddelerinde düzenlenir. TBK'nin 339. maddesinde uygulama alanı belirtilerek konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin hükümlerin, bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanacağı ancak bu hükümlerin, niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmalarında uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri barınma veya mesleki faaliyetlerin yürütülmesi amacıyla bir taşınmazın kiralanmasına ilişkindir.

Üçüncü ayırmda ise ürün (hasılat) kirası düzenlenir. TBK'nin 357 vd. maddelerinde yer alan ürün kirası, kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir.

---

<sup>1</sup> Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Cilt I/2), (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 1; Aydın Zevkililer ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 21. Bası, 2021), 195.

<sup>2</sup> Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Birinci Cilt) (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2022), 413; Faruk Acar, *Kira Hukuku Şerhi* (TBK m. 299-326) (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, B.3, 2016), 6; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Sözleşmeler Hukuku) (Ankara: Adalet Yayınevi, B.4, 2019), 343; Zevkililer ve Gökyayla, 209 vd.

## II. KONUTLARIN TURİZM AMACIYLA KİRALANMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞME

### A. Tanımı

Konutların turizm amacıyla kiralanmasına ilişkin sözleşme ya da tercih ettiğimiz adıyla turizm amaçlı konut kirası sözleşmesi, Kanun ve buna bağlı olarak çıkarılan Yönetmelikle düzenlenmektedir. Kanun ve Yönetmelik'e bakıldığında turizm amaçlı konut kirası sözleşmesini, konutların gerçek veya tüzel kişilerce, turizm amaçlı olacak şekilde kullanılması imkânını sağlayan sözleşme şeklinde tanımlamak mümkündür.

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinde, konutun kiraya verilmesi hususunda önem arz eden durum, bu kiralamanın "*turizm amaçlı kiralama*" olmasıdır. Gerek Kanun gerek Yönetmelik'te turizm amaçlı kiralamanın ne anlama geldiği ortaya koyulmaktadır. Kanun'un 2. maddesinin (g) bendinde "*Konutların kullanıcılara en fazla yüz gün süreyle her türlü amaçla kiralanması*" tanımı verilirken; Yönetmelik'te de 4. maddenin (i) bendinde benzer şekilde "*Konutların kullanıcılara tek seferde yüz gün veya yüz günden daha kısa süreyle her türlü amaçla kiralanması*" tanımına yer verilir.

Her iki düzenlemede turizm amaçlı kiralama tanımı yapılır. Ancak bu tanımların "*...her türlü amaçla kiralanması*" biçiminde sona erdiği görülmektedir. Kanaatimizce ilgili tanımlamalarla birlikte turizm amaçlı kiralamaların daha geniş bir çerçeveye yayılması arzulanmıştır. Başka ifadeyle turizm amacı dışında, örneğin günlük kirala- nan konutların da bu kapsama dahil edilmesi isteği, henüz tanımlar aşamasında belirlenmektedir.

### B. Sözleşmenin Konusu

#### 1. Konut

##### a. Genel Olarak

Konut (*Wohnraum*), kişinin özel hayatını devam ettirdiği ve barınma ihtiyacını karşıladığı yer olarak tanımlanabilir<sup>3</sup>. Konuttan söz

<sup>3</sup> Peter Gauch ve Peter Higi, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2b, Erste Lieferung: Art. 253-265 OR (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994), Art. 253a-253b, Rn. 7; David Lachat ve Gia-

edilebilmesi için kişinin uyku ve dinlenme ihtiyacı ile çevresel etkilerden korunmasının belirli süre devam etmesi gerekir<sup>4</sup>. Bununla bağlantılı olarak kiralananın gecelik konaklama için tasarlanmış, amaçlanan kullanıma uygun hâle getirilmiş olması da aranmaktadır<sup>5</sup>.

Konut kavramının belirlenmesi ve bir eşyanın konut olarak değerlendirilebilmesi için barınma ihtiyacını karşılıyor olmasının yanında sözleşme konusu kiralananın hangi amaçlarla kullanılacağına kararlaştırılmış ve belirli olması da önem arz etmektedir<sup>6</sup>. Bir taşınmazın konut olarak belirlenmesinde onun lüks olması, oda sayısının belirli sayıda bulunması, mutfağının olup olmaması, mobilyasının bulunup bulunmaması vb. kriterler dikkate alınmaz<sup>7</sup>.

Turizm amaçlı kiralamalarda sözleşmenin konusunu konut oluşturur. Konutun tamamının veya bir kısmının (örneğin bir odasının) turizm amacıyla kiralanması mümkündür. Ayrıca burada taşınır yapı niteliğine sahip hafif yapılar için de bir parantez açılmalıdır. Konut olarak kullanılmak amacıyla kiralanmış kulübe, baraka ve benzeri hafif yapıların, bu kapsama dahil olup olmadığı tartışmalıdır. Kanaatimizce TBK'nin 339. maddesinin 1. fıkrasında "taşınmaz" ifadesi geçiyor olsa da gerek mehz OR Art. 253a gerek kiracının korunması dü-

---

como Roncoroni, Mietrecht für die Praxis (Zürich: Stämpfli AG, 2016), 82; Heinrich Honsell, Kurzkommentar OR (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014), Art. 253a/253b, Rn. 5; Mustafa Alper Gümüş, "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356) (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 23.

- <sup>4</sup> M. Murat İnceoğlu, Kira Hukuku (Cilt 2) (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 10.
- <sup>5</sup> Volker Emmerich ve Jürgen Sonnenschein, Miete: Handkommentar §§ 535 bis 580a des Bürgerlichen Gesetzbuches (Berlin-Boston: Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, 2011), Vor § 535, Rn. 8; Klaus Lützenkirchen, Mietrecht Kommentar (Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2015), Vor § 535 BGB, Rn. 29.
- <sup>6</sup> Claire Huguenin, Obligationenrecht (Allgemeiner und Besonderer Teil) (Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2019), Rn. 2896c; Richard Permann, Kommentar zum Mietrecht (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2007), Art. 253b, Rn. 2; Honsell, Kurzkommentar, Art. 253a/253b, Rn. 4; Lachat ve Roncoroni, Mietrecht, 82; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Ankara: Yetkin Yayınları, B.10, 2022), 405; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Ankara: Yetkin Yayınları, B.15, 2022), 333; Gümüş, Kira Sözleşmesi, 23; Emre Gökyayla, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK. m. 339)", Aydın Zevkliler'e Armağan (Cilt II), Journal of Yaşar, 8 (2003): 1217.
- <sup>7</sup> Permann, Mietrecht, Art. 253b, Rn. 2; Eren, Borçlar Özel, 405; Aral ve Ayrancı, Borçlar Özel, 333.

şüncesinden hareketle kalıcı olmaksızın yapılan hafif yapıların TBK 339 vd. hükümlerine tabi olması ve konut kapsamına girmesi gerekir<sup>8</sup>. Bu çerçevede ilgili yapıların, turizm amacıyla kiralanması da mümkündür.

Kanun ve Yönetmelik'teki konut tanımlaması aynıdır. Buna göre konut, tapu sicilinde konut amaçlı kayıtlı olan veya üzerinde konut amaçlı kat irtifakı ya da kat mülkiyeti bulunan her türlü bağımsız bölümü ifade eder. İlgili tanıma bakıldığında özellikle konut amaçlı olması kaydıyla kat irtifakı veya kat mülkiyeti bulunan her türlü bağımsız bölümde turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinin yapılabilmesi mümkündür.

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesi yapılmadan önce ilgili konutların kiralanabilmesi için izin belgesi alınması zorunludur<sup>9</sup>. Kanun'un 3. maddesinin 5. fıkrası uyarınca izin belgesi alma yükümlülüğü kiraya verene aittir. Kiraya veren haricinde turizm amaçlı kiralama faaliyetinin yürütülmesi halinde bu kiralamalar, münhasıran 14/9/1972 tarihli ve 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu uyarınca belgelendirilmiş (A) grubu seyahat acentaları aracılığıyla yapılabilir<sup>10</sup>. Ayrıca turizm amaçlı konut kirası sözleşmelerine konu olacak konutların Yönetmeliğin 9. maddesinde belirtilen şartları da taşınması gerekir. Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasında izin belgesi için başvurulacak konutların taşınması gereken özellikler sayılırken; 2. fıkrasında ise izin belgesinin düzenlenmesinden sonra 1. fıkraya ek olarak sağlanması gereken diğer şartlar belirtilir<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> İnceoğlu, Kira Hukuku, 11-12; Gümüş, 24; Gökyayla, Uygulama Alanı, 1215 vd.

<sup>9</sup> Madde gereğince "Turizm amaçlı kiralanacak konutların belgelendirilerek kayıt altına alınabilmesini teminen turizm amaçlı kiralama sözleşmesi yapılmadan önce izin belgesi alınması ve bu konutların Bakanlıktan belgeli olduğunun bilinebilirliğini sağlamak adına Bakanlıkça hazırlanacak plaketin konutun girişine asılması zorunluluğu düzenlenmiştir." ifadelerine yer verilmiştir.

<sup>10</sup> (A) grubu seyahat acentaları, tüm seyahat acentalığı hizmetlerini görürler.

<sup>11</sup> **Yönetmelik Madde 9:** "(1) İzin belgesi için başvurulacak konutların aşağıdaki nitelikleri sağlanması zorunludur:

a) En az bir yatak, tuvalet-banyo, yaşam alanı ile mutfak düzenlemesi.

b) Konutta soğuk ve sıcak su, yatak odalarında nitelikli yatak, kişi başı bir yastık, yastık kılıfı, çarşaf, iklim koşullarına göre pike veya yorgan, banyoda kişi başı yüz ve banyo havlusu.

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesindeki konut kavramı ile TBK'deki konut kavramı, kişinin hayatını devam ettirmesi ve barınma ihtiyacını karşılaması noktalarında kanaatimizce farklılık gösterir. Her iki düzenlemede *konut* kavramı kullanılıyor olsa da turizm amaçlı kiralamalarda konutun daha sınırlı süreli ve turizm amacıyla kiralanması TBK'deki konut kavramına nazaran ek koşulları bünyesinde barındırır.

---

*c) Kimyevi yangın söndürücüler ile banyo-tuvalet hariç sabit ayrımı olan tüm bölümlerde yangına karşı duman dedektörü, kapı arkalarında kaçış merdiveninin yerini gösteren kroki.*

*ç) Konutta kullanılan tefriş, dekorasyon, donanım ve cihazların standartlara uygun, temiz ve bakımlı ve çalışır durumda olması.*

*d) Konutun kapasitesi; her yatak odası iki kişilik olacak şekilde hesaplanır, yatak odası sayıları haricinde en fazla iki kişilik kapasite ilave edilir. Bu şartları sağlayan oda sayısı daha fazla olsa dahi, aynı konutta konaklayabilecek kişi sayısı, üç yaşından küçük çocuklar hariç en fazla on iki kişidir. Belirlenen konut kapasitesi üzerinde kullanıcı alınamaz. Konutun bu koşullara aykırı olarak kiralanması durumunda izin belgesi sahibi hakkında Kanunun 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendi uyarınca idari para cezası uygulanır.*

*(2) İzin belgesi düzenlendikten sonra birinci fıkrada belirtilenlere ek olarak aşağıdaki niteliklerin de sağlanması zorunludur:*

*a) Konutun tanıtım ve pazarlamasının yapıldığı her türlü ortamda konutun izin belgesinin örneği okunaklı bir şekilde yayımlanır. Bu tanıtımlarda aşağıdaki bilgilerin yer alması zorunludur:*

*1) Konutun konumu, kişi kapasitesi, kaçınıcı katta yer aldığı, balkon/teras bulunup bulunmadığı, yatak odası, salon/yaşam alanı ve banyo-tuvalet sayısı, odalarda yer alan yatakların iki kişilik, tek kişilik bilgileri, tefriş malzemeleri, pişirme, yemek hazırlama, soğuk saklama, sıcak/soğuk içecek hazırlama, servis malzemeleri, çamaşır, bulaşık makinası, televizyon, saç kurutma makinesi gibi donanımlar ile ısıtma-soğutma sistemleri, şahsi veya ortak kullanımda olan spor üniteleri, spa, yüzme havuzu, otopark imkanı bulunup bulunmadığı, konuta erişimde ve konut dahilinde yer alan erişilebilirlik düzenlemeleri, evcil hayvan kabul edilip edilmediği, kablo- lu/kablosuz internet imkanının bulunup bulunmadığı gibi bilgiler ve sunulan diğer hizmetlere ilişkin bilgilendirme.*

*2) Site veya apartman yönetimi tarafından alınan kurallara ilişkin bilgilendirme.*

*3) Konutu teslim alma ve kullanım süresi sonunda boşaltılma saatleri ile temizlik hizmeti verilip verilmediğine ilişkin bilgilendirme.*

*(3) Aynı sitede, binada veya yüksek nitelikli konutta aynı gerçek veya tüzel kişi adına birden fazla konut için başvuru yapılması durumunda tek izin belgesi düzenlenir; ancak her konut için ayrı plaket düzenlenir.*

*(4) Yüksek nitelikli konutlarda tüm konutların konut işletmesi tarafından kiraya verilmesi durumunda konut işletmesi adına tek izin belgesi ve plaket düzenlenir; aksi halde üçüncü fıkra hükümleri uygulanır."*



## b. Yüksek Nitelikli Konutlar

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinin konusunu, yüksek nitelikli konutlar da oluşturabilir. Diğer adı rezidans olan bu tür konutlar, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 19. maddesinde belirtilen yerlerde yapılabilen, en az konut şartlarını sağlayan; resepsiyon, güvenlik ve günlük temizlik servisi mekânlarının bulunduğu, sağlık hizmetleri, kuru temizleme, çamaşırhane, taşıma, yemek ve alışveriş servisi hizmetleri ile spor salonu ve yüzme havuzu gibi hizmetlerin en az ikisinin verilebildiği birden fazla bağımsız bölümü ihtiva eden konut binaları olarak tanımlanabilir. Yüksek nitelikli konutlarda, farklı hizmetlerin bir arada bulunduğu ve bu hizmetlerden en az ikisinin sağlanması gerektiği söylenebilir<sup>12</sup>.

Yüksek nitelikli konutların turizm amacıyla kullanılabilmesi için yine izin belgesi alınması gerekir. Bu tür konutlar açısından Yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasında başvuruda sağlanması gereken asıl belgeler dışında bir takım ek belgeler de istenmektedir<sup>13</sup>.

## 2. Tiny House

Tiny house, tekerlek üzerindeki küçük ev yapıları ile belirli şartları taşıyan sabit yapıları da içine alır şekilde değerlendirmeye tabi tutulan

<sup>12</sup> Türk Hukuku'nda TBK 339 ve devamında bu tür bir ayırım olmamakla birlikte İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 253b/II hükmüne göre bazı özelliklere sahip olan konutlara, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı düzenlenmektedir. Buna göre lüks nitelikteki ve mutfak hariç altı ya da daha fazla odası bulunan konutlar (bağımsız bölüm/apartman dairesi) ile müstakil evler hakkında konut ve işyeri kiralarına ilişkin hükümler uygulanmaz. Ayrıca bkz., Das schweizerische Mietrecht Kommentar (SVIT-Kommentar) (Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2008), 44; Huguenin, Allgemeiner und Besonderer Teil, Rn. 2896f; Permann, Mietrecht, Art. 253b, Rn. 4.

<sup>13</sup> **Yönetmelik Madde 5/3:** "Yüksek nitelikli konut başvurularında ikinci fıkranın (d) bendi hariç ikinci fıkrada sayılan belgelere ek olarak aşağıdaki bilgi ve belgeler sunulur:

a) Konutun Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 19 uncu maddesinde belirtilen yerlerde yapıldığını gösterir resmî belge.

b) 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında düzenlenmiş tapu kütüğüne şerh edilen yönetim planı.

c) Başvurunun konut işletmesi tarafından yapılması durumunda ikinci fıkranın (b) bendinde sayılan belgeler ile kiraya verenin onayını gösterir belge.

ç) Başvurunun pazarlama işletmesi tarafından yapılması durumunda, ayrıca yönetim işletmesinin muvafakatini gösterir belge ile seyahat acentası belgesi."

bir kavramdır<sup>14</sup>. Tiny house'ların hangi çeşidi olursa olsun hepsinin belirli kriterler çerçevesinde kayıt altına alındığı görülmektedir<sup>15</sup>.

Tiny house'ların turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinin konu edilip edilememesi değerlendirilmelidir. Bunun için aslında tiny house'ların konut sayılıp sayılmamasına bakılmalıdır. Kanaatimizce tiny house'larda insanlar hayatlarını normal şekilde devam ettirebilirler ve buna ilişkin teknik donanım ve alt yapı bu tür yapılarda bulunmaktadır<sup>16</sup>. Tiny house'ların konut vasfı taşımaları, onların turizm amaçlı kira sözleşmesinin konusunu oluşturması açısından yeterli olur. Ancak hemen belirtilmelidir ki özellikle geçici nitelikte olan tiny house'ların Yönetmeliğin 9. maddesindeki şartları taşıyıp taşımadığı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

### 3. Yapı Kayıt Belgesi Alan Yapılar

İmar Kanunu'na eklenen Geçici 16. madde ile hukuka aykırı yapıların kayıt altına alınabilmesi ve "İmar Barışı"nın sağlanabilmesi amacıyla verilen belge, yapı kayıt belgesi adını almaktadır<sup>17</sup>. Bu belgenin alınmasıyla imar barışından yararlanmak amacıyla idareye başvuruda bulunulmuş olur. Yapı kayıt belgesinin alınmasına ilişkin usul ve esaslar, 30443 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Tebliği"yle belirlenmiştir.

İmar Kanunu'nun Geçici 16. maddesi ile hedeflenen amaç, afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanmasıdır<sup>18</sup>. Bu açıdan yapı kayıt belgesi almış olan yapılar, hukuka uygun yapılar addedilir.

<sup>14</sup> Seda Baş, Gonca Kozanoğlu ve Sezgin Baş, "Hukuki Boyutlarıyla Tiny House", Adalet Dergisi, 2/71 (2023): 1002; Hasan Gök, "Küçük Ev (Tiny House) ve Ağaç Evlerin (Bungalov) İmar Hukukundaki Yeri", Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/2 (2023): 560; Aysu Süzer ve Ruşen Yamaçlı, "Barınma Sorununa Sürdürülebilir Bir Çözüm Olarak Tiny House", Journal of Architecture, Engineering & Fine Arts, 5/1 (2023): 23.

<sup>15</sup> Baş, Kozanoğlu ve Baş, Tiny House, 1008.

<sup>16</sup> Baş, Kozanoğlu ve Baş, Tiny House, 1027.

<sup>17</sup> Ilgın Özkaya Özlüer, "İmar Barışı Düzenlemesine Hukuki Bir Yaklaşım", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9/2 (2018): 323; Hakkı Mert Doğu, "Yapı Kayıt Belgesinin Yalan ya da Yanlış Beyanlarla Düzenlenmesinden Doğan Hukuki Sorumluluk", Terazi Hukuk Dergisi, 14/153 (2019): 986.

<sup>18</sup> E. Saba Özmen vd., İmar Barışı ve Sonrasında Doğacak Uyuşmazlıklarda Çözüm Yolları (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2019), 23.

Yapı kayıt belgesi almış yapıların, turizm amaçlı konut kirası sözleşmelerine konu olup olmaması noktasında gerek Kanun gerek Yönetmelik'te herhangi düzenleme yoktur. Ancak kanaatimizce Kanun ve Yönetmelik'teki şartları taşıyan yapı kayıt belgesi almış yapıların da turizm amaçlı konut kirası sözleşmesine konu olmaları mümkündür. Bu durumu destekler düzenleme Yönetmeliğin 5. maddesinin 6. fıkrasında yer almaktadır<sup>19</sup>. İlgili fıkrada İmar Kanunu ile Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar'da yer alan bazı hükümlerin saklı kalacağı ortaya koyulmaktadır. Saklı tutulan hükümlerde yapı kayıt belgesinin, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerli olduğu; yapı kayıt belgesi düzenlenen yapıların yenilenmesi durumunda yürürlükteki imar mevzuatı hükümlerinin uygulandığı; yapının depreme dayanıklılığı ve yapının fen ve sanat norm ve standartlarına aykırılığı hususlarından yapı malikinin sorumlu olduğu düzenlenmektedir. Bütün bunlardan hareketle yapı kayıt belgesi düzenlenmiş konutların turizm amaçlı kullanıldığı ve kira sözleşmesine konu olduğu söylenir.

## C. Sözleşme Konusunun Kapsamı Dışında Kalan Yerler

### 1. İşyerleri

İşyeri, kişinin ticari, ekonomik, sınai ve mesleki faaliyetlerini yürüttüğü, mesleğini icra ettiği yer olarak ifade edilebilir<sup>20</sup>. İşyerinden bahsedilebilmesi için baskın amacın ticari veya mesleki faaliyetin o yerde yürütülüyor; kiralama ile ticari ya da mesleki faaliyet arasında bağlantının bulunuyor olması gerekir<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> **Yönetmelik Madde 5/6:** "3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun geçici 16 ncı maddesi uyarınca yapı kayıt belgesi düzenlenmiş konutlarda, aynı maddenin onuncu fıkrası ile 6/6/2018 tarihli ve 30443 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esasların 9 uncu maddesinin birinci fıkrası hükümleri saklıdır."

<sup>20</sup> Permann, Mietrecht, Art. 253b, Rn. 10; Gauch ve Higi, Obligationenrecht, Art. 253a-253b, Rn. 21; Lachat ve Roncoroni, Mietrecht, 89-90; Gümüş, Kira Sözleşmesi, 24.

<sup>21</sup> Rainer Burbulla, Aktuelles Gewerberaummietrecht (Berlin: Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, 2017), Rn.3; Lachat ve Roncoroni, Mietrecht, 90; Huguenin, Allgemeiner und Besonderer Teil, Rn. 2896i; Aral ve Ayrancı, Borçlar Özel, 334; Gümüş, Kira Sözleşmesi, 25; Aydoğdu ve Kahveci, Borçlar Hukuku, 559. "...İçtihat ve doktrin, kiralanan bir mülkün, kâr amacı gütmeyen bir faaliyet, yarı zamanlı kullanım veya ticari olmayan bir amacın peşinde olması durumunda, yasanın anlamı dahilinde bir işyeri olarak nitelendirilebileceğini haklı olarak göz ardı etmemektedir." BGE 118 II 40, www.bger.ch, Erişim Tarihi: 7.09.2023. Kiralama ile ticari ya da mesleki faaliyet arasında doğrudan

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinin konusunu Kanun ve Yönetmelik düzenlemelerinden hareketle sadece konutlar oluşturabilir. Bu nedenle işyerlerinin, turizm amaçlı kiraya verilmeleri mümkün değildir.

## **2. Arsalar**

Arsa, parsellenmiş halde bulunan, üzerine bina yapılabilen ve belediye sınırları içinde yer alan toprak parçasıdır. Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde arsa, “*İmar planı ve imar mevzuatına göre oluşmuş imar parseli*”; Emlak Vergisi Kanunu’nun 12. maddesinin 2. fıkrasında ise belediye sınırları içinde belediyece parsellenmiş araziler olarak ifade edilmektedir. Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinin konusunu arsalar oluşturulamaz. Bu tür sözleşmelerin konusu konut niteliğindeki taşınmazlar olduğundan arsaların kapsam dışı kaldığı açıktır.

## **3. Karavanlar**

Karavanlar açısından da ayrı bir başlık açılmalıdır. Karavanlar hayatın minimum şekilde devam ettirilebildiği hareketli yaşam mekânlarıdır. Karavanlar, çekme karavan ve motokaravan olmak üzere ikiye ayrılır. Karavanların, konut kirası sözleşmesine konu olması mümkün değildir<sup>22</sup>. Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinin konusunu konutlar oluşturduğundan dolayı karavanlar bu kapsamda da değerlendirilmez.

## **D. Sözleşmenin Tarafları**

### **1. Kiraya Veren**

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinin taraflarından biri kiraya verendir. Kanun ve Yönetmeliğe bakıldığında her iki düzenlemede de aynı şekilde kiraya veren tanımı yapıldığı görülmektedir. Buna göre turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinde kiraya veren, konutun mülkiyetine sahip olan veya konutu intifa hakkı ya da üst hakkı tesis edilmek suretiyle tasarrufunda bulunduran gerçek veya tüzel kişidir. İlgili tanımdan hareketle turizm amaçlı konut kirası sözleşmelerinde kiraya verenin

---

bir bağlantının varlığının zorunlu olmadığı; dolaylı bir bağlantının varlığının da yeterli olacağı hususunda bkz., İnceoğlu, Kira Hukuku, 15.

<sup>22</sup> Gökyayla, Uygulama Alanı, 1218; Gümüş, 24; Permann, Mietrecht, Art. 253a-b, Rn. 1.

malik, intifa ile üst hakkı sahibi gerçek veya tüzel kişiler olabilir. Bu durum madde gerekçesinde de *“Konutun mülkiyetine sahip olanlar ile mülkiyet hakkı sahibinin intifa hakkı ya da üst hakkı tesis edilerek konut üzerindeki tasarruf haklarının bir kısmının devri durumunda, konutun öncelikli olarak kullanım hakkına sahip sınırlı aynı hak lehtarları da kiraya veren kapsamında değerlendirilmiştir.”* şeklinde ortaya koyulmuştur.

### a. Konutun Maliki

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinde konutun mülkiyetine sahip kişi yani malik, kiraya veren sıfatına sahip olabilir. TBK hükümleri çerçevesinde yapılan konut kirası sözleşmelerinde kiraya verenin malik olması gerekmez<sup>23</sup>. Ancak kanun koyucu, turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinde farklı değerlendirmede bulunur. İntifa ve üst hakkı sahipleri dışında sadece konutun maliki bu kira sözleşmesini yapabilir. Bu açıdan malik veya intifa ya da üst hakkı sahipleri dışında bir kişinin turizm amaçlı konut kirası sözleşmesi yapması mümkün olmadığından, ilgili Kanun ve Yönetmelik kapsamında, kiraya veren sıfatının kapsamı daraltılmıştır.

Kanun ve Yönetmelik'te kiraya verenin malik olması gerektiği hususunun açıkça ortaya koyulması bu tür kira sözleşmelerinde alt kiranın mümkün olup olmaması tartışmasını doğurur. Alt kira, kiracının kiralananın kısmen veya tamamen başka kişiye kiraya vermesidir<sup>24</sup>. Turizm amaçlı konut kiralalarında kiraya verenin, intifa ve üst hakkı sahipleri dışında, sadece malik olabileceği dikkate alındığında burada alt kira sözleşmesinden bahsedilmesi söz konusu olmaz. Nitekim Kanun'un 3. maddesinin 7. fıkrasında bu durum açıkça ifade edilmektedir<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Yavuz, Acar ve Özen, Borçlar Hukuku, 421; Aral ve Ayrancı, Borçlar Özel, 325; Acar, Kira Hukuku, 77; Eren, Borçlar Özel, 325; Zevkliler ve Gökyayla, Özel Borç İlişkileri, 197; Aydoğdu ve Kahveci, Borçlar Hukuku, 347.

<sup>24</sup> Nalan Kahveci, Alt Kira ve Kiranın Devri (İzmir: Güncel Yayınevi, 2005), 69; Yasemin Erol Durak, Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 43-44; İpek Yücer, “Alt Kira”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57/3 (2008): 796.

<sup>25</sup> **Kanun Madde 3/7:** *“İzin belgesi sahibinden kiralanan konutun kullanıcılar tarafından kendi nam ve hesabına üçüncü kişilere kiralanması veya kendi adına mesken olarak kullanılmak amacıyla kiralanan konutun kiracısı tarafından kendi nam ve hesabına turizm amaçlı olarak üçüncü kişilere kiralanması yasaktır. Ancak kullanıcı tüzel kişilerin turizm amaçlı kiraladıkları konutu, kendi personeline kullandırması bu fıkra kapsamı dışındadır.”*

Konut üzerinde birlikte mülkiyet varsa maliklerin birlikte hareketi paylı ve elbirliğiyle mülkiyet durumlarında farklıdır. Paylı mülkiyete tabi konutun, turizm amaçlı konut kirası sözleşmesine konu olabilmesi için pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması gerekir. Kanaatimizce burada Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 691. maddesinin uygulanması mümkündür. Nitekim Yönetmeliğin "İzin Belgesi Başvurusu" başlığını taşıyan 5. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendinin 1 numaralı alt bendinde de "Paylı mülkiyet durumunda, pay ve paydaş çoğunluğunu sağlayacak şekilde başvuruya onay veren maliklere ilişkin..." ifadeleri benzer durumu ortaya koymakta ve söz konusu düzenleme, TMK'nin 691. maddesinin tekrarından ileri gidememektedir. Elbirliği mülkiyetine tabi konutta ise ancak tüm maliklerin onayıyla turizm amaçlı konut kirası sözleşmesi yapılabilir.

Konut birden fazla bağımsız bölüm içeren binada bulunuyorsa turizm amaçlı konut kirası için diğer kat maliklerinin oy birliği aranır (Yönetmelik Md. 5/2-(d-1)).

### **b. İntifa veya Üst Hakkı Sahibi**

İntifa hakkı, hak sahibine intifa konusunu kullanma ve yararlanma yetkisi veren sınırlı ayni haktır<sup>26</sup>. İntifa hakkı, TMK'nin 794. maddesinin 1. fıkrasına göre taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilir. Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinde Kanun ve Yönetmelik hükümlerinde belirtildiği gibi intifa hakkı sahibi, kiraya veren sıfatına sahip olabilir. Başka ifadeyle intifa hakkı sahibi, turizm amaçlı konutu kiraya verebilir. Çünkü kira sözleşmesinde kiracıya sadece kullanım imkânı bırakılır; mülkiyetin devri gündeme gelmez<sup>27</sup>.

Üst hakkı, hak sahibine başkasının arazisinin altında veya üstünde yapı yapmak ya da mevcut yapıyı korumak yetkisi veren sınırlı ayni haktır<sup>28</sup>. Üst hakkı, yapı yapma düşüncesi içerisinde olup da bunun için arsa almaya maddi gücü yetmeyenlerin arsa sahibi olması-

<sup>26</sup> M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, B.23, 2021), 947; Burak Özen, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 20.

<sup>27</sup> Acar, Kira Hukuku, 77; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 948; Aydoğdu ve Kahveci, Borçlar Hukuku, 347. Ayrıca bkz., Özen, İntifa Hakkı, 297 vd.

<sup>28</sup> Osman Berat Gürzumar, Türk Medeni Hukuku'nda Üst Hakkı (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1998) 31; Ağâh Kürşat Karauz, Üst Hakkının Süresinin Sona Ermesi (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 22.

zın inşa yapma imkânına ulaşmasını sağlar<sup>29</sup>. Üst hakkı sahibinin, turizm amaçlı konutu kiraya vermesi mümkündür. Genel hükümler çerçevesinde zaten kiraya verme hakkı olan üst hakkı sahibinin turizm amaçlı konutu kiraya verebilmesi ayrıca yine Kanun ve Yönetmelik'te de belirtilmiştir. Üst hakkı sahibinin, turizm amaçlı konut kirası sözleşmesini yapması, üst hakkının süresiyle sınırlıdır. Üst hakkının kurulduğu süre içerisinde üst hakkı sahibi turizm amaçlı konut kirası sözleşmesi yapabilir. Üst hakkı sona erince yapılar, arazi malikine kalacağı için üst hakkı sahibinin turizm amaçlı konut kirası sözleşmesi akdedebilmesi mümkün olmaz.

## 2. Kullanıcı

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinin diğer tarafını kullanıcı oluşturmaktadır. Bu sözleşmede kullanıcıdan maksat kiracıdır. Ancak hem Kanun hem de Yönetmelik'te "kiracı" yerine "kullanıcı" ifadesi tercih edilmiştir. Kanun ve Yönetmelik'te kullanıcı, kiraya verenle turizm amaçlı kirası sözleşmesi yapan gerçek veya tüzel kişilerdir. Kanaatimizce kiracı yerine kullanıcı ifadesinin tercih edilmesinden maksat, konutun turizm amacıyla kiralınması ve kullanılmasının vurgulanmasıdır. Burada TBK anlamında konut kiracısından bahsedilemez. Çünkü bu tür kira sözleşmesinde, diğer konut kiralardan farklı olarak kısa süreli kullanım söz konusudur; turizm amacı ön plandadır. Ayrıca gerçek veya tüzel kişiyi birlikte kapsar şekilde kullanıcı ifadesi tercih edilmiştir. Bu kapsamda örneğin bir şirketin de turizm amaçlı kira sözleşmesinin tarafı olması mümkündür ve şirketin personeli ya da diğer ilgilileri bu konuda kalabilecektir. Bununla birlikte turizm amaçlı konut kirası sözleşmesindeki kiracı, barınma ya da işyeri ihtiyacını karşılayan TBK'deki kiracılar gibi korunmamaktadır. Çünkü konut ya da işyeri ihtiyacı, yaşamın devamı için zorunludur fakat turizm keyfidir. Bütün bunlardan hareketle *kullanıcı* ifadesinin tercih edilmesi yerinde olmuştur.

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesi kapsamında birden fazla kullanıcı olabilir. Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendine göre konut kapasitesinden hareketle aynı konutta konaklayabilecek kişi sayısı, üç yaşından küçük çocuklar hariç en fazla on iki kişidir ve konut kapasitesi üzerinde kullanıcı alınmaz. Alınırsa idari para cezası gündeme gelir.

<sup>29</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 991.

## **E. Kira Bedeli**

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesi ivazlıdır. Kira bedeli, kullanımın karşılığıdır. Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinde kira bedelinin ne olacağı ve nasıl ödeneceğinin belirlenmesi gerekir. Bu tür kira sözleşmesinde kira bedeli belirlenirken emsal kiralardan faydalanmak mümkündür. Bununla birlikte kira süresi yüz günden fazla olamayacağı için günlük kira bedeli belirlenebilir ve kullanılan güne göre hesaplama ile kira bedeli ortaya koyulabilir.

Kira bedelinin ödeme zamanına ilişkin Kanun ve Yönetmelik'te düzenleme bulunmamaktadır. TBK'nin 314. maddesinde kira bedelinin ödeme zamanı ortaya koyulur. Buna göre kiracı, aksine sözleşme ve yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür. Konutların turizm amacıyla kiralanmasında kira bedelinin kanaatimizce toptan sözleşmenin başında ya da sonunda ödenmesi mümkündür. Ödemenin banka aracılığıyla yapılması gerekir. 29.07.2008 tarih ve 26951 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 268 seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'ne göre 1/7/2017 tarihinden itibaren tutarı ne olursa olsun haftalık, günlük veya benzeri şekilde kısa süreli konut kiralamaalarının kiraya ilişkin tahsilat ve ödemelerinin banka veya Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenen belgelerle tevsik edilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenleme turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinden elde edilen gelirin vergilendirilmesi hususunda önem arz etmektedir<sup>30</sup>.

## **F. Sözleşmenin Süresi**

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesi, tek sefer için yüz gün veya yüz günden daha kısa süreli olabilir. Sözleşmenin süresi açısından sınırlama getirilmiş; alt süre sınırı belirtilmeden üst süre sınırı öngörülmüştür. Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrasında tek seferde yüz günden fazla süreli yapılan kiralarda ilgili Kanun'un hükümlerinin uygulanmaması esastır. Yönetmeliğin 1. maddesinde de konutların tek seferde yüz gün veya yüz günden daha kısa süreyle kiralanması yinelenmiştir.

---

<sup>30</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Erol Demir, "Kısa Süreli (Saatlik, Günlük, Haftalık) Konut Kiralama Faaliyetinden Elde Edilen Gelirin Vergilendirilmesi", Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, 5/11 (2015): 53 vd.



Türk Borçlar Kanunu'nun 339. maddesinin 1. fıkrasında konut kirasından bahsedilebilmesi ve konut kirasına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulabilmesi için birtakım kriterler öngörülür. Buna göre ilgili hükümler, niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmalarında uygulama alanı bulmaz. Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinin konusunu da konutlar oluşturmakla birlikte Kanun ve Yönetmelik'le kira süresi açısından farklı uygulamaya gidildiği görülmektedir. Aşağıda kısaca incelendiği gibi söz konusu düzenlemeler ve yapılan ayrımlar, özellikle sözleşmenin sona ermesi hususunda uygulanacak hükümler açısından farklılıkların doğmasına sebep olur.

## G. Sözleşme Kapsamında Doğan Yükümlülükler

### 1. Genel Olarak

Sözleşme kapsamında doğan yükümlülükler Yönetmelik'te izin belgesi sahibi açısından ele alınmaktadır. Yönetmeliğin 10. maddesinin 1. fıkrası uyarınca kiraya verenin ilgili konutu yasal düzenlemelerde belirtilen nitelikleri sağlar şekilde kullanıcıya teslim etmek, her kullanıcının değişmesinden sonra konuta ilişkin temizlik ve bakım işlerini yapmak; site ya da bina yönetimi tarafından alınan kurallar hakkında kullanıcıları bilgilendirmek; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve ilgili düzenlemeler doğrultusunda mevcut yükümlülükleri yerine getirmek ve Bakanlıkça hazırlanan plaketi konutun girişine asmak bu yükümlülüklerin başlıcalarını oluşturmaktadır<sup>31</sup>.

Yönetmelik'in 10. maddesinin 2. fıkrasında izin belgesi konutun odalarının ayrı ayrı sözleşmeye konu edilerek farklı kişilere kiraya

<sup>31</sup> **Yönetmelik Madde 10/1:** "İzin belgesi sahibinin yükümlülükleri aşağıda sayılmaktadır:

a) Kiralanan konutu 9 uncu maddede belirtilen niteliklerini sağlar şekilde kullanıcıya teslim etmek.

b) Asgari olarak, her kullanıcı değişiminde konutun temizlik ve bakımını düzenli olarak yapmak/yaptırmak, haşere ile düzenli olarak mücadele etmek ve buna ilişkin kayıtları muhafaza etmek.

c) Site veya bina yönetimi tarafından alınan kuralları yazılı olarak veya çevrim içi ortamda kullanıcılara bildirmek.

ç) 26/6/1973 tarihli ve 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu ile 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve bu Kanunlara dayanılarak yürürlüğe konulan mevzuat kapsamında yükümlülükleri yerine getirmek.

d) Bakanlıkça hazırlanacak plaketi konutun girişine asmak."

verilemeyeceği belirtilmektedir. Benzer şekilde Yönetmeliğin 6. maddesinin 6. fıkrasında da kiraya verenin mesken amaçlı kullanımında olan belgesiz konutun bir ya da birkaç odasının turizm amacıyla konu edilmesi için izin belgesi düzenlemesine izin verilmemiştir.

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinde izin belgesi sahibi kiraya verenin, tıpkı diğer kira sözleşmelerinde olduğu gibi, kira sözleşmesi kapsamında konutu kullanıma uygun temiz olarak hazır bulundurması ve konuta ilişkin bakım işlerini yapması gerekir. Bununla birlikte turizm amaçlı konut kirası sözleşmelerine özgü birtakım yükümlülüklerden de bahsedilebilir. Bunlardan bir tanesi, Yönetmeliğin 10. maddesinin 1. fıkrasında da belirtildiği üzere plaket düzenlenmesi ve asılmasıdır.

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesi kapsamında her bir konut için plaket hazırlanması gerekir. Plaketin hazırlanması Yönetmeliğin 8. maddesinde düzenlenmektedir. Maddenin 1. fıkrasına göre Kültür ve Turizm Bakanlığınca hazırlanarak soğuk damga ile işaretlenmiş bir plaketin hazırlanması ve bu plaketin turizm amaçlı kiralanacak konutların girişine asılması zorunludur. Maddenin 2. fıkrasında da bu plaketin yer verilmesi gereken bilgilerin neler olduğu belirtilmiştir. Buna göre plaketin turizm amaçlı konut ibaresi ile konutun Bakanlık denetimine tabi olduğuna ilişkin bilgilerin yanı sıra izin belgesi tarihi, konutun bulunduğu ilin plaka kodu ile başlayan belge numarası, izin belgesi sahibinin irtibat numarası ve konutun adres bilgileri yer almalıdır.

## **2. Tanıtım ve Bilgilendirme Yükümlülüğü**

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinde kiraya verenin tanıtım ve bilgilendirme yükümlülüğü söz konusudur. Tanıtım ve bilgilendirme yükümlülüğü, tüketici hukuku kapsamında gündeme gelir. Tanıtım ve bilgilendirme, sözleşmenin tarafları arasındaki dengesizliği ortadan kaldırırken; zayıf konumda olan tüketicinin (kiracının) pozisyonunu güçlendirir<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Ayrıca bkz., Seda Kara Kılıçarslan, "Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 5/2 (2015): 198; Pelin Işıktan, "Bankacılık İşlemlerinde Tüketicinin Aydınlatılması Yükümlülüğü", içinde Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları, ed. Gözde Zeytin Çağrı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020): 246.

Yönetmeliğin 11. maddesinde tanıtım ve bilgilendirme başlığı altında bir düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre konut tanıtımında tüketici hakları açısından doğru bilgilere yer verilir; yanıltıcı olabilecek veya ülke turizmini zedeleyecek tanıtımlarda bulunulamaz. Burada sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü akla gelir. Taraflar, sözleşmeyi akdetmeden önce, kiraya verenin, konut hakkında doğru bilgiler vermesi gerekir.

İzin belgesi sahibi kiraya veren, konut hakkında bilgilendirmede bulunurken kullanıcıları yanıltıcı ve aldatıcı ifadelerden kaçınmalıdır. Konutun özellikleri ne ise, bu özellikler çerçevesinde doğru bilgilerin verilmesi şarttır. Konut hakkında doğru bilgilerin verilmemesi, kiracının sözleşme yapma iradesini olumsuz yönde bozar. Bununla birlikte yapılacak yanıltıcı ve aldatıcı tanıtımlar ve bilgilendirmeler, ülke turizm açısından da istenmeyen sonuçlar doğurabilir. Çünkü yabancıların da turizm amaçlı konut kirası sözleşmeleri yapmaları mümkündür ve konut hakkında yanlış bilgilerin verilmesi, ülke turizmini etkiler.

## **H. Sözleşmenin Sona Ermesi**

Kanun'un 3. maddesinin 9. bendinde sözleşmenin sona ermesi düzenlenir. Buna göre turizm amaçlı konut kirası sözleşmesi, sözleşmede belirtilen sürenin sonunda kendiliğinden sona erer. Söz konusu düzenleme özellikle kiracının sürenin sona ermesiyle birlikte tahliye-yi gerçekleştirmesini gerektirir. Bu düzenleme TBK'nin 327. maddesinin 1. fıkrasının tekrarıdır. Ancak kiracının konutu tahliye etmemesi ne Kanun'da ne de Yönetmelik'te yer alır. Elbette tahliyeye zorlama TBK ile İcra ve İflas Kanunu (İİK) çerçevesinde gerçekleşir.

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinde, konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümler, TBK'nin 339. maddesinden hareketle uygulanmaz. Çünkü ilgili maddenin 1. fıkrasında altı ay ve daha uzun süreli kiralar için TBK 339 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulacağı açıktır. Kanaatimizce sözleşmenin sona ermesi ve sonuçlarına ilişkin - özellikle taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkarsa- adi kira hükümlerine başvurulabilir. Örneğin TBK'nin 334 ve 335. maddelerinin turizm amaçlı konut kirasından da uygulanması makuldür. Geri verme davası turizm amaçlı konut kirasının amacına uygundur<sup>33</sup>. Turizm amaçlı

---

<sup>33</sup> Geri verme davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Hicret Doğu, Kira Sözleşmesinde Kiralananın Geri Verilmesi (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 139 vd.

konut kirası sözleşmesinin süresinin sona ermesine rağmen konutu teslim etmeyen kiracıya karşı, kiralananın kendisine verilmesi için kiraya veren geri verme davası açabilir<sup>34</sup>. Benzer şekilde kiraya verenin, geri verme sırasında kiralananın durumunu gözden geçirmek ve kiracının sorumlu olduğu eksiklikleri ve ayıpları ona hemen yazılı olarak bildirmesi gerekir<sup>35</sup>.

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinin sona ermesinde taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkarsa bu noktada arabuluculuk sürecinin işleyip işlemeyeceği meselesi gündemde yerini bulur. 7445 Sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 37. maddesi ile 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 18/A maddesinden sonra gelmek üzere 18/B maddesi eklenmiş ve maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Taraflar arasında geçerli kira ilişkisinin ve bu kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların varlığı halinde öncelikle arabuluculuk süreci işletilmelidir<sup>36</sup>. Turizm amaçlı konut kirası sözleşmeleri de özü itibarıyla kira sözleşmesi olduğundan, uyuşmazlığa ilişkin dava ikamesinden önce arabuluculuk sürecinin işlenmesi zorunludur.

## **SONUÇ**

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesi, konutların gerçek veya tüzel kişilerce, turizm amaçlı kullanılması imkânını sağlayan sözleşmedir. Bu tür kira sözleşmesine ilişkin usul ve esaslar çıkarılan Kanun ve Yönetmelik ile sağlanmaktadır. Konutların turizm amacıyla kiralanmasına özgü düzenlemelerle aslında otel, pansiyon vb. işletme sahiplerinin ödedikleri vergilerin, konutlarını günlük ya da kısa süreli

---

<sup>34</sup> Doğu, Geri Verme, 139.

<sup>35</sup> Aziz Erman Bayram, "Kira Sözleşmesinde Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21/4 (2017): 157 vd.; Esra Dursun, "Kiralananın Geri Verilmesi Kapsamında Kiraya Verenin Gözden Geçirme ve Kiracıya Bildirme Külfetleri", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11/1 (2023): 412 vd.

<sup>36</sup> Aytakin Çelik ve Hakkı Mert Doğu, "Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk ve Ticari Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 32/2 (2024): 815; Süleyman Burak Gündoğdu, "Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6/2 (2023): 853.

olarak kiraya verenler tarafından ödenmemesi nedeniyle gündeme gelen haksızlıkların önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinin konusunu konutlar oluşturmaktadır. Bu kapsamda şartları sağlayan tiny houselar ve yapı kayıt belgesi almış yapıların da sözleşmenin konusu olabilecektir. İşyerleri ve arsalar ve karavanlar ise bu sözleşmeye konu teşkil etmez.

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinin taraflarını kiraya veren ve kullanıcı oluşturur. Kanun ve Yönetmelik'te kiracı yerine kullanıcı ifadesinin seçilmesi dikkat çekicidir. Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinde kira bedeli belirlenirken emsal kiralardan faydalanılabilir. Ayrıca, kira süresi yüz günden fazla olamayacağı için günlük kira bedeli belirlenebilir ve kullanılan gün sayısına göre hesaplama ile kira bedeli ortaya koyulabilir.

Turizm amaçlı konut kirası sözleşmesi, sözleşmede belirtilen sürenin sonunda kendiliğinden sona erer. Ancak Kanun ve Yönetmelik'te kiracının konutu tahliye etmemesi durumunda nasıl bir yol izleneceğini düzenlenmemiştir. Bu durumda TBK'nin adi kiraya ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmalı ve özellikle geri verme davası gündeme gelmelidir. Ayrıca turizm amaçlı konut kirası sözleşmesinde taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce dava şartı arabuluculuğun dikkate alınması ve uygulanması gerekmektedir.

| <b>YAZAR BEYANI</b>                       |  |
|---|--|
| <b>Mali Destek/Teşekkür Beyanı:</b>       | Bulunmamaktadır.   |
| <b>Yazarların Katkıları</b>               | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.                                  |
| <b>Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı</b> | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| <b>Etik Kurul Onayı:</b>                  | Gerekmemektedir.   |

## **KAYNAKÇA**

Acar, Faruk. Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, B.3, 2016.

Aral, Fahrettin ve Ayrancı, Hasan. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara: Yetkin Yayınları, B.15, 2022.

Aydoğdu, Murat ve Kahveci, Nalan. Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku). Ankara: Adalet Yayınevi, B.4, 2019.

Baş, Seda, Kozanoğlu, Gonca ve Baş, Sezgin. "Hukuki Boyutlarıyla Tiny House". Adalet Dergisi. 2/71 (2023): 999-1038.

Bayram, Aziz Erman, "Kira Sözleşmesinde Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21/4 (2017): 131-181.

Burbulla, Rainer. Aktuelles Gewerberaummietrecht. Berlin: Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, 2017.

Çelik, Aytekin ve Doğu, Hakkı Mert. "Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk ve Ticari Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 32/2 (2024): 811-860.

Das schweizerische Mietrecht Kommentar (SVIT-Kommentar). Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2008.

Demir, Erol. "Kısa Süreli (Saatlik, Günlük, Haftalık) Konut Kiralama Faaliyetinden Elde Edilen Gelirin Vergilendirilmesi". Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi. 5/11 (2015): 51-65.

Doğu, Hakkı Mert. "Yapı Kayıt Belgesinin Yalan ya da Yanlış Beyanlarla Düzenlenmesinden Doğan Hukuki Sorumluluk". Terazi Hukuk Dergisi. 14/153 (2019): 985-990.

Doğu, Hicret. Kira Sözleşmesinde Kiralananın Geri Verilmesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

Dursun, Esra, "Kiralananın Geri Verilmesi Kapsamında Kiraya Verenin Gözden Geçirme ve Kiracıya Bildirme Külfetleri", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11/1 (2023): 403-442.

Emmerich, Volker ve Sonnenschein, Jürgen. *Miete: Handkommentar §§ 535 bis 580a des Bürgerlichen Gesetzbuches*. Berlin-Boston: Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, 2011.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, B.10, 2022.

Erol Durak, Yasemin. *Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.

Gauch, Peter ve Higi, Peter. *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2b, Erste Lieferung: Art. 253-265 OR*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994.

Gök, Hasan. “Küçük Ev (Tiny House) ve Ağaç Evlerin (Bungalov) İmar Hukukundaki Yeri”. *Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1/2 (2023): 559-574.

Gökyayla, Emre. “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK. m. 339)”. *Aydın Zevkliler’e Armağan (Cilt II)*, *Journal of Yaşar*. 8 (2003): 1203-1251.

Gümüş, Mustafa Alper. “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.

Gündoğdu, Süleyman Burak. “Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler”. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 6/2 (2023): 851-880.

Gürzumar, Osman Berat. *Türk Medeni Hukuku’nda Üst Hakkı*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1998.

Honsell, Heinrich. *Kurzkommentar OR*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.

Huguenin, Claire. *Obligationenrecht (Allgemeiner und Besonderer Teil)*. Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2019.

Pelin Işıktan, “Bankacılık İşlemlerinde Tüketicinin Aydınlatılması Yükümlülüğü”, içinde *Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları*, ed. Gözde Zeytin Çağrı, 245-280, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

İnceoğlu, M. Murat. *Kira Hukuku (Cilt 2)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.

Kahveci, Nalan. Alt Kira ve Kiranın Devri. İzmir: Güncel Yayınevi, 2005.

Kara Kılıçarslan, Seda. "Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü". Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi. 5/2 (2015): 183-222.

Karauz, Ağâh Kürşat. Üst Hakkının Süresinin Sona Ermesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Lachat, David ve Roncoroni, Giacomo. Mietrecht für die Praxis. Zürich: Stämpfli AG, 2016.

Lützenkirchen, Klaus. Mietrecht Kommentar. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2015.

Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer ve Oktay-Özdemir, Saibe. Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, B.23, 2021.

Özen, Burak. Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

Özkaya Özlüer, Ilgın. "İmar Barışı Düzenlemesine Hukuki Bir Yaklaşım". İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 9/2 (2018): 313-340.

Özmen, E. Saba vd., İmar Barışı ve Sonrasında Doğacak Uyuşmazlıklarda Çözüm Yolları. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2019.

Permann, Richard. Kommentar zum Mietrecht. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2007.

Süzer, Aysu ve Yamaçlı, Ruşen. "Barınma Sorununa Sürdürülebilir Bir Çözüm Olarak Tiny House". Journal of Architecture, Engineering & Fine Arts. 5/1 (2023): 17-32.

Tandoğan, Halûk. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Cilt I/2). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

Yavuz, Cevdet, Acar, Faruk ve Özen, Burak. Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Birinci Cilt). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, B.11, 2022.

Yücer, İpek. "Alt Kira". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 57/3 (2008): 791-829.

Zevkliler, Aydın ve Gökyayla, K. Emre. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. İstanbul: Vedat Kitapçılık, B.21, 2021.





## **DOWN SENDROMUNUN TESPİTİNDE İNVAZİV OLMAYAN PRENATAL TEST (NIPT) UYGULAMASININ ETİK VE HUKUKİ YÖNÜ**

*The Ethical and Legal Aspects of Non-Invasive Prenatal  
Testing (NIPT) in the Detection of Down Syndrome*

**Doç. Dr. İpek Sevda SÖĞÜT\***

### **ÖZET**

Doğum öncesi genetik tarama ve tanı testi uygulamaları, doğmamış bir çocuktaki genetik bozuklukları tespit etmek için kullanılan işlemler olup, bu işlemle genetik bozukluğu olan bir çocuğa sahip olma riski araştırılarak elde edilen sonuçlar, ebeveynlerle prenatal dönemde paylaşılmaktadır. Günümüzde biyoteknolojik gelişmelerin hızı ile, girişimsel olmayan yeni bir prenatal tarama testi olarak NIPT, farklı genetik durumlara göre gebelere, engelli bir bebeğe sahip olu-

---

\* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku ABD., e-posta: ipek.sogut@ozyegin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3501-6593.

**Makale Geliş Tarihi:** 30.07.2024

**Makale Kabul Tarihi:** 06.08.2024

⇒ Atıf Şekli: İpek Sevda Söğüt "Down Sendromunun Tespitinde İnvaziv Olmayan Prenatal Test (NIPT) Uygulamasının Etik ve Hukuki Yönü", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 635-674.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



nup olunamayacağına dair olasılığın sunulduğu bir test uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Henüz tanı testi olmayıp, ileri bir tarama testi olarak rutin tarama testleri arasında da sayılmayan bu uygulamanın endikasyonları ve kullanım yaygınlığı, Down sendromunun tespitinde başvurulmasının avantajları, zarar vermekten kaçınma, seçim, özerklik ve rıza, eşitlik, adalet ve kapsayıcılık etik ilkeleri bakımından NIPT uygulamasının değerlendirilmesi, girişimsel olmayan bir prenatal test olarak ilgili uygulamanın hukuki niteliğinin ortaya konulması, NIPT uygulamasını öneren hekimin hastasını aydınlatmasının önemi ve hukuki sorumluluğu, Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezlerinde yapılması gereken aydınlatmanın içeriği ve özellikleri bu çalışma kapsamında ele alınmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Girişimsel Olmayan Prenatal Test, Serbest Fetal DNA Testi, Down Sendromu, Prenatal Tarama Testi, NIPT Uygulamasında Aydınlatma

## **EXTENDED ARSTRACT**

The Committee of Ministers of the Council of Europe defines prenatal genetic screening as a test conducted on healthy individuals to determine whether there is a risk of passing a genetic disorder to their offspring, while prenatal diagnosis is defined as the detection of whether an embryo or fetus has a specific disease. These non-invasive tests, known as double, triple, and quadruple tests, are performed at different stages of pregnancy to provide insights into whether the fetus has chromosomal anomalies. These tests are not diagnostic but rather screening tests, relying on statistical foundations. Additionally, a new screening test has been introduced over the past decade. Non-Invasive Prenatal Testing (NIPT) is a test that presents various genetic conditions and the probability that the pregnant woman may have a child with a disability. Down syndrome is considered the most prominent condition associated with neurodevelopmental abnormalities, affecting short-term memory, learning difficulties, delays in motor skills, speech, and reading, or overall intellectual failure.

Compared to invasive prenatal tests, NIPT can be conducted very early, specifically after the fetus is 10 weeks old, and it determines

whether the fetus has Down syndrome or another chromosomal disorder. To perform the test, a blood sample is taken from the mother. NIPT is noted for not causing miscarriages or posing a risk to the fetus, and it is recognized for its high sensitivity and specificity. The definitive diagnosis of chromosomal anomalies such as Down syndrome is currently made through genetic examination of fetal or placental tissue obtained via invasive procedures. Due to the risks associated with invasive procedures, NIPT is used to identify fetuses at high risk for chromosomal anomalies like Down syndrome, trisomy 13, and trisomy 18. However, NIPT is not a routine screening test due to its high cost, the requirement for advanced laboratory infrastructure, and the lack of necessary equipment in all institutions. Thus, it is recommended for use in cases with a high risk of chromosomal anomalies, such as advanced maternal age or a significant family history, to reduce the need for invasive procedures.

A study investigating current NIPT usage in Europe, Australia, and the United States found that the highest usage, over 75%, was in Belgium, while in the United States, despite the absence of a national consensus policy on NIPT usage, it is widely used. In most European countries offering NIPT to pregnant women, the usage rate is below 25%, while in the Netherlands, Austria, Italy, Spain, and most states in Australia and the United States, NIPT is used by 25-50% of women as a non-invasive prenatal screening test.

This study aims to highlight the indications and prevalence of NIPT applications, as described above, to determine whether these indications are clearly defined in guidelines to inform the recommending physician, and to identify the ethical issues of the application based on ethical principles of non-maleficence, autonomy, consent, equality, justice, and inclusivity. The legal nature of the relevant prenatal test application has also been evaluated in terms of the legal conditions of medical intervention. Given the increasing number of malpractice lawsuits filed by parents of children with Down syndrome against the attending physician, the importance of recommending such applications and appropriately informing patients about the differences between screening and diagnostic tests is evident. Therefore, the study emphasizes the importance of the content of information provided about NIPT, the legal liability of the physician, and the significance of information and

genetic counseling provided at Genetic Disorders Evaluation Centers. The study also addresses concerns and criticisms regarding the increase in voluntary abortions due to the widespread use of NIPT within the framework of maternal autonomy, potential eugenics related to Down syndrome, the importance of considering fetal benefits in addition to maternal benefits in NIPT counseling, social injustice in access due to the lack of state-funded financing for the application, the need to balance the rights of the fetus concerning human dignity with the pregnant woman's autonomy and right to decide about her future, and the necessity of improving the social and legal status of individuals with disabilities in society.

**Key Words:** Non-Invasive Prenatal Testing (NIPT), Cell Free DNA Testing, Down Syndrome, Prenatal Screening Test, Informed Consent in NIPT Applications

## GİRİŞ

Genel olarak bir kişinin genleri ve kromozomları hakkında bilgi sahibi olmak üzere yapılan testler “genetik test” olarak adlandırılmaktadır. İlk defa 1970’li yıllarda yapılmaya başlanan ve DNA<sup>1</sup> incelemesi ile gerçekleştirilen genetik tanı, kalıtsal bir hastalığın varlığını veya böyle bir hastalığa yakalanabilme olasılığının belirlenmesi için genetik testler kullanılmak suretiyle yapılan tanı işlemidir.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> DNA, insanlar gibi çok hücreli canlılarda, bireylerin hücrelerinin her birinde çekirdeğin içinde konumlandırılmış kromozomları oluşturmaktadır. Her bir kromozomda tek bir DNA molekülü bulunmakta ve bir organizmanın oluşumuna dair tüm bilgileri taşımaktadır. DNA’nın yapısı incelendiğinde, birbirine zıt iki zincir üzerinde bulunan timin (T), adenin (A), sitozin (C) ve guanin (G) bazlarının diziliminden oluştuğu ve karşılıklı zincirlerde bazların özgün eşleşmesi ile bükülmüş merdiven gibi bir yapı halinde bulunduğu tespit etmiştir. Bu dört baz, DNA’nın alfabetini oluşturmaktadır ve bunların dizilimi de genetik şifreyi meydana getirmektedir. Genler ise DNA’nın belirli bölgelerinde tanımlanmış, kalıtımı en temel fiziksel ve fonksiyonel birimleridir. Sağlıklı bir bireyin 46 kromozomunun 23’ü anneden, 23’ü ise babadan kalıtılmaktadır. Bu kalıtım modeli ise, genetik hastalıkların araştırılmasındaki temeli oluşturmaktadır. Feyza Nur Tuncer, “Genetik Çalışmaların Önemi ve Etik İlkeleri”, içinde Uluslararası Gen Hukuku Sempozyumu, ed. Özlem Yenerer Çakmut, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 25-26.

<sup>2</sup> Hakan Hakeri ve Zeynep Reva, “Etik ve Boyutlarıyla Tasarım Bebek”. Tıp Hukuku Dergisi. 16/1 (2019): 179.

Günümüzde genetik testlere fiziksel olarak etkilerini göstermeye başlamış olan bir hastalığın varlığını doğrulamak adına doğum öncesinde veya doğumdan sonra her hangi bir zamanda başvurulabildiği gibi; belirli bir hastalığa neden olan geni taşıyan ancak hastalığın hiçbir etkisinin görülmediği ve “taşıyıcı” olarak adlandırılan bireylerin, ilgili geni bir sonraki nesle aktarması olasılığı karşısında, genetik hastalığa yol açan gen mutasyonunun tek bir parçasını taşıyan heterozigotların belirlenmesi amacıyla taşıyıcılık testi olarak da başvurulabilmektedir.<sup>3</sup>

Bu şekilde yapılan genetik tarama ve testlerin amacı, genetik hastalıkların taşıyıcılarını ve ilgili hastalıkları çocuklarına taşıma riski olan bireyleri tespit etmektir. Böylelikle, bu hastalıkları gösterebilecek bir çocuğa sahip olma riski hakkında, kendilerine doğru bilgi verilerek, bireylerin ebeveynlik seçimleri hakkında bilinçlendirilmesi amaçlanmaktadır.<sup>4</sup>

Genetik testlerin, yeni doğanın genetik tarama testi, teşhis testi, taşıyıcılık testi, preimplantasyon testi, prediktif ve presemptomatik test ve prenatal testler (doğum öncesi testler) olmak üzere çeşitli türleri bulunmaktadır.<sup>5</sup> Prenatal testler ceninin gen veya kromozomlarındaki değişikliklerin anne karnında tespiti amacıyla yapılan bir işlemdir.<sup>6</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, “prenatal genetik tarama”yı bir genetik hastalığı kendi çocuklarına aktarma riski bulunup bulunmadığına yönelik sağlıklı bireylere yönelik yapılan tarama testi olarak tanımlarken, “prenatal tanı”yı ise, bir embriyonun veya fetüsün belirli bir hastalığının bulunup bulunmadığının tespiti şeklinde tanımlamaktadır.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Medlineplus, “Genetic Testing” (Erişim Tarihi 19.07.2024), <https://medlineplus.gov/genetic/testing.html>.

<sup>4</sup> Hugh Fletcher, Ivor Hickey ve Garland Science, Bios Instant Notes Genetik, çev. Hasan Acar (İstanbul: Nobel Kitabevi, 2015), 311.

<sup>5</sup> Next Genetic Center, “Genetik Test Türleri Nelerdir?” (Erişim Tarihi 19.07.2024), <https://www.nextgenetic.com/genetik-test-turleri-nelerdir/>

<sup>6</sup> Özge Özalp Yüreğir vd., “Prenatal (Doğum Öncesi) Tanı”, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, (2012): 80.

<sup>7</sup> Güler Temizkan, “Tıpta Genetik Mühendisliği Uygulamaları ve Etik”, içinde İleri Teknoloji Tıbbı ve Hekim-Hasta İlişkisi, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, ed. Öztan Öncel ve diğerleri (İstanbul: Nobel Kitabevi, 2006), 76.

Bu testler bebeğin belirli bir genetik hastalığa yakalanma ihtimalinin yüksek olduğu hallerde önerilir ve böylece çocuk sahibi olma konusunda emin olmayan ailelere karar verme de yardımcı olur. Ancak doğum öncesi yapılan bu testler ile kalıtsal tüm hastalıkların tespit edilmesi mümkün değildir. Geleneksel prenatal tarama testleri; hamileliğin ilk üç aylık döneminde yapılan tarama testi (1.trimester ya da kombine/ikili test), ikinci üç aylık dönemde (2. trimester) yapılan tarama testleri olan üçlü ve dördümlü testlerdir. Girişimsel olmayan bu testler ikili test, üçlü test, dördümlü test gibi isimlerle anılmakta, gebeliğin farklı haftalarında uygulanmakta ve anne rahmindeki bebekte kromozom anomalisi bulunup bulunmadığı yolunda fikir edinilmesini sağlamaktadır. Söz konusu testler teşhise imkan veren testler olmayıp, sadece tarama testi niteliği taşıdığından istatistiksel bir temele oturmaktadır.<sup>8</sup>

Yukarıda sayılan testlere ek olarak son yıllarda yeni bir tarama testi uygulandığı görülmektedir. İnvaziv (girişimsel) olmayan prenatal test (Non-Invasive Prenatal Testing=NIPT), farklı genetik durumların tespitini sağlayan ve buna göre doğacak bebeğin engelli olma olasılığı hakkında hamile anneye/ebeveyne bilgi veren bir testtir. NIPT, serbest fetal DNA testi/anne kanında serbest fetal DNA (cell free DNA testing) ve hücre dışı DNA testi isimleriyle de anılmaktadır. Bebeğin hücre dışında bulunan DNA'sı annenin kanına plasenta (eş) yoluyla geçmektedir. Anne kanında dolaşan bu DNA sayesinde bebekten genetik inceleme yapılabilmektedir. NIPT taraması bebek üzerinden örnek almaya dayanmadığından, güvenli uygulamalardan biri olarak kabul edilen bir tarama testidir.<sup>9</sup>

Down sendromu genetik nedeni olan, insan 21. kromozomu (Hsa21) trizomisi yaklaşık 60 yıl önce Lejeune ve arkadaşları tarafından bildirilmiştir.<sup>10</sup> O zamandan günümüze, klinik olarak genetik faktörlerle dış görünümde çevreyle de etkileşim içinde üretilen gözlem-

---

<sup>8</sup> Hilal Yener Coşkun, "Gebelikte Yapılan Prenatal Tarama Testleri ve Bu Testlere İstinaden Uygulanan Girişimsel Tanı Yöntemlerinin Hukuki Boyutu", Tıp Hukuku Dergisi. 5/1 (2014): 27.

<sup>9</sup> Kadriye Esen, Emine Gerçek Öter ve Hale Uyar Hazar, "İnvaziv Olmayan Prenatal Teste Etik Bakış", Arşiv Kaynak Tarama Dergisi. 31/1 (2022): 60.

<sup>10</sup> Sabriye Korkut vd., "Down Sendromunda İzlem, Prenatal İzleminde Karşılaşılan Zorluklar", Jinekoloji-Obstetrik ve Neontoloji Tıp Dergisi. 15/2 (2018): 90.

lenebilir özellikleri başlatan, hastalığa neden olan mekanizmaları tanımlamak için gösterilen yoğun uğraşa karşın; Down sendromunda genotip (genetik varlık)-fenotip (dışyapı) korelasyonu belirsizliğini korumaktadır. Down sendromu, kısa süreli bellek bozukluğu ve öğrenme güçlükleri ile motor yetilerin, konuşma ve okumada gecikme ya da genel entelektüel başarısızlığı belirleyen nörogelişimsel anormalliklerle ilişkili en belirgin durum olarak kabul edilir.<sup>11</sup>

Girişimsel prenatal testler ile kıyaslandığında, hamileliğin onlara nazaran daha erken dönemlerinde uygulanarak sonuç alınabilen NIPT testi, bebeğin 10 haftalık olmasından sonra yapılabilen ve anne karnındaki bebekte down sendromu veya kromozom bozukluğuna dayanan başka bir rahatsızlığın olup olmadığının tespitine imkân vermektedir. Söz konusu testin yapılması için, anneden kan örneği alınır. NIPT'in, invaziv testler gibi düşüğe neden olmaması, fetüse zarar verme riski oluşturmamasının yanında, hamileliğin erken döneminde yapılabilen, sonuçları bakımından güvenilirliği yüksek bir test olduğu ifade edilmektedir.<sup>12</sup>

## **I. İNVAZİV OLMAYAN PRENATAL TEST (NIPT)**

Doğum öncesi tanı (prenatal tanı), gebelik sırasında ultrason, doppler, genetik inceleme gibi çeşitli yöntemler kullanılarak, fetüste mevcut olan anomali, genetik bozukluk ve diğer bazı hastalıkların tanısının konulmasıdır.<sup>13</sup> Burada amaçlanan, hastalığın gebeliğin mümkün olan en erken döneminde, en güncel ve uygun tekniklerle doğru tanınması ve varsa tedavi seçeneklerinin belirlenmesi, ailenin bilgilendirilerek gebelikle ilgili kararların verilmesidir.<sup>14</sup>

Gebelikte, tarama testlerinin yapılma nedeni, hasta fetüslerin saptanarak ciddi patoloji varlığında ailenin onayı ile bu gebeliklerin

- 
- <sup>11</sup> Timur Tuncalı, "Down Sendromunun Nörobiyolojisi", Tıbbi Genetik Özel Sayı-Down Sendromu, ed. Hatice İlgin Ruhi (Türkiye Klinikleri:2024): 1.
  - <sup>12</sup> Esen, Gerçek Öter ve Uyar Hazar, "İnvaziv Olmayan Prenatal Teste Etik Bakış", 61. Mohammad Kazemi, Mansoor Salehi ve Majid Kheirollahi, "Down syndrome: current status, challenges and future perspectives", Int J Mol Cell Med. 5/1 (2016): 126-133.
  - <sup>13</sup> Sebahat Atar ve N. Yasemin Yalım, "Kişisel Nedenler İle Yapılan İnvaziv Olmayan Prenatal Test ve Etik Değerlendirme", Türkiye Biyoetik Dergisi. 6/1 (2019): 27.
  - <sup>14</sup> Seher Başaran, "Türkiye'de Prenatal Tanımın Tarihçesi", Türkiye Klinikleri J Med Genet-special Topics. 3/2 (2018): 1.



sonlandırılması veya ailenin gebeliğin sonlandırılmasını istememesi halinde ise, fetüste bulunan patolojiye göre gebelik ve doğumun anne ve fetus açısından en uygun şekilde yönetiminin yapılabilmesidir. Kromozom anomalisi tarama testinde yüksek risk saptanması halinde koryonik villüs örnekleme<sup>15</sup> (CVS), amniyosentez<sup>16</sup> gibi invaziv girişimler ile bunun doğrulanması gerekmektedir. İnvaziv girişimlerin başta gebelik kaybı olmak üzere, bazı riskleri söz konusu olduğundan, güvenilirliği yüksek olan ve girişimsel olmayan test arayışına neden olmuş ve invaziv olmayan prenatal testlerin (NIPT) geliştirilmesi ile sonuçlanmıştır. NIPT, gebenin plazmasından elde edilen serbest fetal DNA kullanılarak gerçekleştirilen yeni bir genetik yöntemdir.<sup>17</sup>

Down Sendromu gibi kromozom anomalilerinin günümüzde kesin tanısı invaziv girişim ile alınan fetal veya plasental dokudan genetik inceleme ile konulmaktadır. İnvaziv girişimlerin bazı risklerinin bulunması nedeniyle Down Sendromu, trizomi 13, trizomi 18 gibi kromozom anomalisi olma riski yüksek olan fetüsleri saptamak için NIPT tarama testi kullanılmaktadır.

### **A. NIPT Uygulamasının Endikasyonları ve Kullanım Yaygınlığı**

Tüm dünyada yeni bir uygulama olan NIPT'in hangi endikasyonlarda kullanılacağına dair ilgili komite ve uzman görüşleri bildirilmeye baş-

<sup>15</sup> Trofoblastik hücrelerin plasentadan alınması işlemidir.1970'lerde ilk kez Çin'de tanımlanmış, 1980'lerin başında klinik kullanıma girmiştir. Ultrason eşliğinde iğne ile plasentaya giriş yapılır. Bu işlem ya serbest el tekniği kullanılarak ya da biyopsi adaptörü kullanılarak yapılabilir. Pınar Çalış ve Merih Bayram, "Prenatal İnvaziv Tanı Tekniklerinin Uygulamaları, Komplikasyonları ve Karşılaşılan Zorluklar", Türkiye Klinikleri J Med Genet-special Topics. 3/1 (2018): 40.

<sup>16</sup> İlk kez 1970 yılında tanımlanmıştır, uterin kaviteden transabdominal yolla amniyotik sıvı aspirasyonu için kullanılan işlemin adıdır. 1990'lardan itibaren amniyosentezin erken (14 hafta ve altında) ve ikinci trimesterde (15 hafta üzerinde) yapılması ile ilgili çeşitli güvenlik çalışmaları bulunmaktadır. Bunlar arasından 4374 hasta ile yapılan randomize kontrollü çalışmada, erken amniyosentezin ikinci trimestere göre fetal kayıp (%7,6-5,9), fetal talipes (%1,3-0,1) ve amniyosentez sonrası sıvı kaçağı (%3,5-1,7) artışına sebep olduğu görülmüştür. Bu sonuçlar dikkate alınarak, günümüzde bilimsel otoriteler, amniyosentezin 15+0 ve sonrasında yapılmasını bildirmişlerdir. Çalış ve Bayram, "Prenatal İnvaziv Tanı Tekniklerinin Uygulamaları, Komplikasyonları ve Karşılaşılan Zorluklar", 39.

<sup>17</sup> Atar ve Yalım, "Kişisel Nedenler İle Yapılan İnvaziv Olmayan Prenatal Test ve Etik Değerlendirme", 26.

lanmıştır.<sup>18</sup> Kromozom anomalisi riskinin arttığı durumlar, NIPT'in endikasyonlarını oluşturur. Annelik yaşının 35 ve üstünde olduğu gebeliklerde, trizomi 21 / trizomi 18 için ultrasonografik belirteçlerin varlığında ve ailenin girişimsel bir uygulama istemediği durumlar, trizomi 21 ve 18'li fetus/bebek doğum öyküsü olması, trizomi tarama testlerinin pozitif olması durumu ve parental dengeli Robertsonian Trizomi 21 ve trizomi 13 translokasyonu olması durumları NIPT uygulamasının endikasyonları olarak sayılmaktadır.<sup>19</sup> Karyotip (kromozom) analizi gerektiren majör fetal anomalilerde ise, fetal kromozom analizi yapılması gerekmektedir.

NIPT'in pahalı bir test olması, yapılabilmesi için ileri düzey laboratuvar altyapısı gerektirmesi ve bunu karşılayacak donanımın her kurumda bulunmaması nedeniyle, rutin bir tarama testi değildir. Bu nedenle ileri gebe yaşı, aile hikâyesi gibi kromozom anomalisi riski yüksek olan veya rutinde kullanılan testlerde riski yüksek saptananlarda invaziv girişim ihtiyacını azaltmak için kullanılması önerilmektedir.<sup>20</sup>

Daha önce de ifade edildiği üzere, NIPT koryonik villus örnekleme ve amniyosentezin yerine kullanılan girişimsel bir uygulama değildir. Belçika ve Hollanda'da yapılan araştırmalar, girişimsel olmayan prenatal test olan bu uygulamanın, trizomi 21, 18 ve 13'ü tespit etmek bakımından güvenilir sonuçlar vermesi dolayısı ile, yukarıda sayılan girişimsel uygulamaların yerine geçebileceğini ortaya koymaktadır.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Halil Aslan vd., "Maternal Kanda Hücre Dışı Fetal DNA (cffDNA) ile "Non-Invasive Prenatal Test (NIPT)-Uzman Görüşü", (Erişim Tarihi 21.07.2024), <https://tjodistanbul.org/konu/dosyalar/cffDNA-2014.pdf>.

<sup>19</sup> McCullough tarafından yapılan bir araştırmada, yüz bin vakalık bir seride en fazla NIPT isteme nedeninin %59.7 ile ileri gebe yaşı olduğu, bunu %13.9 ile pozitif ultrason bulgusu, %11.3 ile serum biyokimyasal tarama testinde yüksek risk saptanmasının izlediği, vakaların %4'ünde ise nedenin kişisel veya anomalili bebeğe ilişkin bir aile hikayesinin bulunması olduğu bildirilmiştir. Atar ve Yalım, "Kişisel Nedenler İle Yapılan İnvaziv Olmayan Prenatal Test ve Etik Değerlendirme", 29; Halil Aslan vd., "Maternal Kanda Hücre Dışı Fetal DNA (cffDNA) ile "Non-Invasive Prenatal Test (NIPT)-Uzman Görüşü", (Erişim Tarihi 21.07.2024), <https://tjodistanbul.org/konu/dosyalar/cffDNA-2014.pdf>.

<sup>20</sup> Atar ve Yalım, "Kişisel Nedenler İle Yapılan İnvaziv Olmayan Prenatal Test ve Etik Değerlendirme", 29.

<sup>21</sup> Patrick Willems vd., "The first 3,000 non-invasive prenatal tests. (NIPT) with the harmonytest in Belgium and the Netherlands", *Facts Views Vis Obgyn*, 6/1 (2014):7-12.

Geleneksel çoklu markör taramasına kıyasla NIPT ile alınan hatalı pozitif oranlarındaki anlamlı azalma göz önünde bulundurulduğunda, çok sayıda profesyonel tıp kurumu NIPT kullanımına yönelik birtakım endikasyonları destekleyen görüş beyanları yayınlamıştır. Özellikle International Society for Prenatal Diagnosis, American College of Obstetricians and Gynecologists (ACOG) /Society for Maternal Fetal Medicine (SMFM), American College of Medical Genetics and Genomics (ACMG) ve European Society of Human Genetics/American Society of Human Genetics tüm hamile kadınlara NIPT teklif edilmesini desteklemektedir. Test öncesi danışmanlık, bilgilendirilmiş olur ve pozitif serbest fetal DNA taraması sonucunu teyit etmek için tanı testi, tavsiye edilmektedir.<sup>22</sup>

NIPT'in, ABD, Avustralya ve Avrupa'da kullanımını araştıran bir çalışma; hamile kadınların %75'inin üzerinde kullanım oranı ile en yaygın kullanımın Belçika'da olduğunu, ABD'de ise, NIPT kullanımına ilişkin ulusal bir fikir birliği politikası olmadığı halde kullanımın yaygın olduğunu ortaya koymaktadır. Avrupa ülkelerinde ise, kullanım oranının %25'in altında kalarak, İtalya, İspanya, Hollanda, Avusturya ve ABD ile Avustalya'da kadınların %25-%50 oranında NIPT testine başvurduğu görülmektedir.<sup>23</sup>

NIPT, daha önce de ifade edildiği üzere, anne kanında mevcut fetusa ait serbest DNA parçalarından tüm genoma ya da hedef kromozomlara yönelik dizileme yapılarak uygulanan bir testtir. NIPT ile anomali taraması ilk kez 2011 yılında klinik kullanıma girmiştir. Bu dönemde Amerikan Obstetrik ve Jinekoloji Cemiyeti ve Maternal Fetal Tıp Cemiyeti NIPT kullanımını, anomali için yüksek risk taşıyan kadınlara bir tarama seçeneği olarak sunulmasını önermişlerdir.<sup>24</sup>

Türkiye'de ise, Sağlık Bakanlığı bünyesinde Sağlık Teknolojisi Değerlendirme Dairesi Başkanlığı tarafından yürütülen "Gebelikte

<sup>22</sup> Peter Benn, "Position statement from the Chromosome Abnormality Screening Committee on behalf of the Board of the International Society for Prenatal Diagnosis", *Prenat Diagn* 35 (2015): 725-734.

<sup>23</sup> Kasper Gadsbøll vd., "Current use of noninvasive prenatal testing in Europe, Australia and the USA: A graphical presentation", *Acta Obstet Gynecol Scand*, 99 (2020): 722-730.

<sup>24</sup> ACOG Practice Bulletin No. 163 Summary: Screening for Fetal Aneuploidy. *Obstet Gynecol*, 127/5 (2016) :979-981.

Fetal Kromozomal Anomalilerin Taramasının Yapılması Amacıyla Uygulanan Kombine Test, Üçlü, Dörtlü ve Anne Kanında Fetal DNA Örneklemesi (cfDNA) Testlerinin Etkililiğinin Analizi” konulu Sağlık Teknolojisi Değerlendirme projesi/çalışması raporunda;<sup>25</sup>fetal kromozom anomalilerinin taramasında klinik olarak en etkili testin anne kanında fetal DNA örnekleme (serbest fetal DNA testi) diğer bir ifade ile NIPT olduğu ancak hamileliğin ilk üç aylık döneminde tarama testi olarak kombine test/ikili testin tercih edilmesi gerektiği, NIPT’in maliyet-etkililik açısından kombine testin gerisinde olduğu ve maliyeti düşene kadar hamilelere uygulanan rutin bir tarama testi olarak kabul edilip karşılanmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir.

## **B. Down Sendromunun Tespitinde NIPT Uygulamasının Kullanımı**

Sendromla ilgili olarak, “*belirli sayıda hastalıkla aynı anda oluşan belirti grubunun ortaya çıkması*”, “*nedensel olarak bağlantılı olduğu bilinen ve şüphelenilen birden fazla anormallik modeli*”, “*bir nedene bağlı olarak ortaya çıkan birçok defekt ve anomalinin bir arada bulunması*” gibi tanımlamalar yapılmaktadır.<sup>26</sup>

Yaklaşık 800-1000 doğumda bir görülen doğuştan gelen anomalilerden olan Down sendromunda, normalde bir çift yani iki tane olması gereken 21. kromozomdan üç tane bulunmaktadır. Kromozom anomalileri genetik hastalıklar içinde önemli bir yer tutmaktadır. Kendiliğinden oluşan gebelik kayıplarının %50, ölü doğumlarda %5 ve canlı olarak dünyaya gelen çocuklarda da %0,5 oranında kromozom anomalisi bulunduğu ve bunların da yarısından çoğunun Down sendromu olduğu belirtilmektedir.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> T.C Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Araştırma, Geliştirme ve Sağlık Teknolojisi Değerlendirme Dairesi Başkanlığı. Ankara, 2020. Gebelikte Fetal Kromozomal Anomali Taraması Amacıyla Uygulanan Testlerin Etkililik Analizi, (Erişim Tarihi 21.07.2024), <https://argestd.saglik.gov.tr/Eklenti/36631/0/gebeliktarama20200225pdf.pdf>.

<sup>26</sup> Işıl Güney Tunalı, Down Sendromundan Kaynaklanan Tazminat Davalarında Aydınlatmanın Kapsamı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 28.

<sup>27</sup> Güney Tunalı, Down Sendromundan Kaynaklanan Tazminat Davalarında Aydınlatmanın Kapsamı, 28, dn. 20.

Tarama testlerinin kullanılma sıklığının düşük olması, Down sendromlu bebeğe sahip olma riskini arttıran faktörlerden birisidir.<sup>28</sup> Kesin tanı konulabilmesi için, girişimsel yöntemlerinin tüm gebelerde kullanılması durumunda ise; yapılan araştırmalar, bir Down sendromlu bebek tanısı konulurken, üç sağlıklı gebeliğin ise, bu girişimsel uygulamaların komplikasyonları olarak düşükle sonuçlandığından, günümüzde NIPT gibi girişimsel olmayan tetkiklerin tercih edilmesini sağlamaktadır.<sup>29</sup>

Fetüsün Down sendromu kromozom anomalisi olup olmadığına yönelik kesin tanı, sadece girişimsel tanı yöntemleri ile mümkündür. 10-14. gebelik haftasında, koryonik villüs örneği, gebeliğin 16. haftası sonrası amniyosentez, 18-20. hafta sonrası ise kordosentez yöntemi ile alınan örneklerin genetik incelemesi ile trizomi 21 varlığı tespit edilip, Down sendromu tanısı konulmaktadır.<sup>30</sup> Bu girişimsel yöntemlerin %0,5-1,5 arasında bir oranda düşüklere neden olduğu bilinmektedir. Bu sebeple, girişimsel olmayan tetkiklerde risk oranının 1/270 ve üzerinde olması durumunda invaziv tanı testleri önerilmektedir.<sup>31</sup>

Günümüzde, anne kanında bulunan serbest fetal DNA incelemesi yöntemi olan NIPT ile %99,2'lere ulaşan Down sendromu tanısı konulabilmektedir.<sup>32</sup> Ancak Sosyal Güvenlik Kurumu, sadece, gebe takibinde kullanılan ikili-üçlü testlerin maliyetini karşılamaktadır.

## **II. NIPT UYGULAMASI VE ETİK**

### **A. Zarar Vermekten Kaçınma İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi**

Dünya Sağlık Örgütü'ne göre, prenatal tanı yalnızca ebeveynlere ve hekimlere fetüsün sağlığı hakkında bilgi vermek için yapılır. Cinsi-

<sup>28</sup> Erkan Doğan, Yasin Koca ve Mehmet Ali Selçuk, "Down sendromlu olgularda prenatal aydınlatma yükümlülüğündeki tartışmalar ve maluliyet değerlendirmesine adli tıbbi yaklaşım", J For Med 37/1 (2023): 27.

<sup>29</sup> İsmail Dölen, "How Should a Fetus with Down Syndrome be Diagnosed in Prenatal Care?", Turk J Womens Health Neanotol, 3/2 (2021): 39-49.

<sup>30</sup> Dölen, "How Should a Fetus with Down Syndrome be Diagnosed in Prenatal Care?", 40.

<sup>31</sup> Erkan Doğan, Yasin Koca ve Mehmet Ali Selçuk, "Down sendromlu olgularda prenatal aydınlatma yükümlülüğündeki tartışmalar ve maluliyet değerlendirmesine adli tıbbi yaklaşım", 27.

<sup>32</sup> Tanja Schlaikjaer Hartwig vd., "Discordant non-invasive prenatal testing (NIPT) - a systematic review", Prenat Diagn, 37/6 (2017): 527-539.

yet seçimi için prenatal tanının, cinsiyete bağlı bozukluk riski olan durumlar dışında, kabul edilemez olduğu kabul edilmektedir.<sup>33</sup>

NIPT testi girişimsel bir uygulama olmaması dolayısı ile gebe kadında ya da fetüste herhangi bir zarara neden olmadığından, “zarar vermektan kaçınma” ilkesine uygunluk arz etmektedir. Ancak, ilgili test sonucu yanlış pozitiflik vererek, doğru yorumlanmadığı olasılığında, endişeye ve sonucu kesinleştirebilmek için, girişimsel olan uygulamalara başvurulmasına neden olması bakımından zarar verici olabilmektedir.<sup>34</sup>

NIPT testinin sonucu; ebevyinin Down sendromlu bir bebeğe sahip olmak istememeleri düşüncesi ile, gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılmasına neden olabilmesi bakımından, fetüsün yaşam hakkının ve annenin istemli kürtaja ilişkin kararının karşı karşıya getirilerek, ilgili kararın zarar vermeme ilkesi açısından etik yönü sorgulanabilmektedir.<sup>35</sup> Dünya Sağlık Örgütü’ne göre, ilgili test sonucuna göre genetik bozukluğu tespit edilen bir fetüsle ilgili gebe kadının ve/veya çiftin seçimleri, ailenin ve ülkenin yasaları, kültürü ve sosyal yapısı çerçevesinde saygı görmeli ve korunmalıdır. Kararı sağlık profesyoneli değil, çift vermelidir.<sup>36</sup>

Devletin, ilgili tarama testinin özel ya da kamuya ait sağlık merkezinde yapılmasından bağımsız olarak, fetüsün, bireylerin ve genel olarak toplumun zarar görmesi ihtimalini önleme veya azaltmaya yönelik sorumluluğu olduğundan, NIPT ile ilgili doğru aydınlatmaların yapılmasını sağlama, tıbbi olarak endikasyonlarını ortaya koyarak, sonuçlarını açıklamaya yönelik aksiyon alması, bu sorumluluğunun gereği olduğu ifade edilmektedir.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> World Health Organization (WHO) Human Genetics Programme, “Review of Ethical Issues in Medical Genetics 2003”, (Erişim Tarihi 25.07.2024), [https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/68512/WHO\\_HGN\\_ETH\\_00.4.pdf](https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/68512/WHO_HGN_ETH_00.4.pdf).

<sup>34</sup> Nuffield Council on Bioethics Report, Published 01.03.2017, “Non-invasive prenatal testing: ethical issues”. (Erişim Tarihi 25.07.2024), <https://www.nuffieldbioethics.org/publications/non-invasive-prenatal-testing>.

<sup>35</sup> Esen, Gerçek Öter ve Uyar Hazar, “İnvaziv Olmayan Prenatal Teste Etik Bakış”, 64.

<sup>36</sup> World Health Organization (WHO) Human Genetics Programme, “Review of Ethical Issues in Medical Genetics 2003”, (Erişim Tarihi 25.07.2024), [https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/68512/WHO\\_HGN\\_ETH\\_00.4.pdf](https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/68512/WHO_HGN_ETH_00.4.pdf).

<sup>37</sup> Nuffield Council on Bioethics Report, Published 01.03.2017, “Non-invasive prenatal testing: ethical issues”. (Erişim Tarihi 25.07.2024), <https://www.nuffieldbioethics.org/publications/non-invasive-prenatal-testing>.

## **B. Seçim-Özerklik-Rıza İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi**

Aydınlatılmış onam (ya da bilgilendirilmiş rıza), iyi hekimlik uygulaması önkoşullarından biridir ve tıp etiğinin temel ilkelerinden olan özerk-liğe saygı ilkesine dayanmaktadır. Özerklik, bir kişinin kendisine ilişkin konularda, kendi değerlerine dayanarak kararlar vermektir. Aydınlatılmış onam süreci; hastanın kendisine uygulanacak herhangi bir tıbbi işleme onam verebilmesi ya da reddedebilmesi için yeterince bilgilendirilmesi ve bu bilgilere dayanarak özgür iradesi ile kararını vermesidir.<sup>38</sup>

Hamile kadınlara, gebeliklerinin takibinde başvurulacak testlerden bahsedildiğinde, durumun gereklerine göre bu testlerden hangilerini yaptırabileceklerine karar verebilmeleri için, tüm seçenekler hakkında detaylı ve anlaşılır bilgilendirmenin, yetkin bir sağlık personeli tarafından yapılması gerekir.<sup>39</sup> Gebenin özerkliğinin sağlanabilmesi ve özgür şekilde bilgilendirilmiş onamlarının alınabilmesi için yeterli bir bilgilendirme yapılması gerekir. Ancak NIPT testi bakımından, yeterli danışmanlığın nasıl yapılacağı ve uygun bilgilendirilmiş onamlarının nasıl alınacağı konusunda bazı tereddütler bulunduğu belirtilmektedir.<sup>40</sup>

Ülkemizde, doğum öncesi dönemde rutin olarak kullanılan ikili test, dördümlü test gibi tarama testleri esas olarak Down sendromu taraması amacıyla yapılmakta, beraberinde trizomi 13, trizomi 18 ve nöral tüp defekti ile ilgili sonuçlar da verilmektedir. NIPT testi bu bahsi geçen rutin tarama testleri arasında yer almamakta, ancak daha önce ifade edildiği üzere, bu testlere oranla hamileliğin erken haftalarında yapılabilmesi, anne adayı ve fetüs bakımından uygulama riskleri taşımayan daha avantajlı ve girişimsel olmayan bir uygulama olarak, yüksek risk olarak rapor edilen sonuçlarının girişimsel testlerle doğrulanması gerekmektedir. Test sonucunda Down sendromu riskinin yüksek gelmesi halinde, kesin tanı konulması için yapılması gereken

<sup>38</sup> Nesrin Çobanoğlu, "Genetik tarama testleri ve etik", içinde Güncel Genetik Tabanlı Tarama Testleri, ed. Haluk Akın, (Ankara: Türkiye Klinikleri, 2020), 76.

<sup>39</sup> Esen, Gerçek Öter ve Uyar Hazar, "İnvaziv Olmayan Prenatal Teste Etik Bakış", 63.

<sup>40</sup> Peter A. Benn ve Audrey R. Chapman, "Ethical challenges in providing noninvasive prenatal diagnosis", *Curr Opin Obstet Gynecol*, 22/2 (2010):128-134.

girişimsel uygulamalar ve bunların riskleri, tanının doğrulanması halinde ise, gebelik sonlandırma seçeneği gibi konularda daha ayrıntılı bilgilendirme yapılması gerekmektedir.<sup>41</sup>

NIPT'in tanı amaçlı kullanılması halinde, invaziv girişim öncesinde olduğu gibi, ayrıntılı bilgilendirmenin yapılmasının gerekli olduğu bildirilmiştir.<sup>42</sup> Ancak bu bilgilendirmeyi yapacak yeterli sayıda genetik danışmanın bulunmaması da bir sorun teşkil edebilecektir. Özellikle NIPT ile bakılan patoloji sayısı arttıkça, bilgilendirmenin kapsamı da genişleyecek ve bu bilgilendirmeyi yapacak sağlık profesyonelinin de belirli bir yeterlilikte olmasını gerektirecektir.<sup>43</sup>

### **C. Eşitlik-Adalet ve Kapsayıcılık İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi**

Dünya Sağlık Örgütü'ne göre genetik hizmetlerin sunumunda öncelik ihtiyacı olana sağlandıktan sonra, ekonomik yeterliliğe bakılmaksızın eşit olarak erişim güvence altına alınmalıdır. Gebe kadın fetüs ile ilgili herhangi kromozom anomalisi olasılığı olup olmadığını öğrenmek için NIPT uygulamasına başvurmak isteyebilir. Bu durumda, bu anomalilere dair doğru bir sonucun ailelere verilebilmesi için, ilgili testin kaliteli bir bilgi ve destek ile sunulabilmesi gerekir.<sup>44</sup>

Dünya Sağlık Örgütü'nün "Prenatal Tanı İçin Önerilen Etik İlkeler Rehberi"ne göre, genetik hizmetlerin, prenatal tanı da dahil olmak üzere, adil dağılımı, ödeme gücü veya diğer herhangi bir değerlendirmeden bağımsız olarak, öncelikle en büyük tıbbi ihtiyacı olanlara ve

---

<sup>41</sup> Benn ve Chapman, "Ethical challenges in providing noninvasive prenatal diagnosis", 128 vd.

<sup>42</sup> Dünya Sağlık Örgütü'ne göre, prenatal tanı gönüllü olmalıdır. Aday ebeveynler, genetik bir bozukluğun prenatal tanı veya etkilenen bir fetüsle gebeliğin sonlandırılmasını gerektirip gerektirmediğine karar vermelidir. Prenatal tanı tıbben gerekliyse, çiftin kürtaj konusundaki beyan edilmiş görüşlerinden bağımsız olarak erişilebilir olmalıdır. Prenatal tanı, bazı durumlarda, bir bozukluğu olan bir çocuğun doğumuna hazırlık yapmak için kullanılabilir. World Health Organization (WHO) Human Genetics Programme, "Review of Ethical Issues in Medical Genetics 2003", (Erişim Tarihi 25.07.2024), [https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/68512/WHO\\_HGN\\_ETH\\_00.4.pdf](https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/68512/WHO_HGN_ETH_00.4.pdf).

<sup>43</sup> Atar ve Yalım, "Kişisel Nedenler İle Yapılan İnvaziv Olmayan Prenatal Test ve Etik Değerlendirme", 28-29.

<sup>44</sup> World Health Organization (WHO) Human Genetics Programme, "Review of Ethical Issues in Medical Genetics 2003", (Erişim Tarihi 25.07.2024), [https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/68512/WHO\\_HGN\\_ETH\\_00.4.pdf](https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/68512/WHO_HGN_ETH_00.4.pdf).



rilmesi gerekmektedir. Tıbbi belirtiler olmadığında, sadece anne kaygısını hafifletmek amacıyla yapılan prenatal tanı, tıbbi belirtilerle yapılan prenatal tanıya kıyasla kaynak tahsisinde daha düşük önceliğe sahip olmalıdır.<sup>45</sup>

NIPT testine eşit erişim sağlanırken, adaletin sağlanabilmesi için engelli vatandaşların haklarını korumak bakımından da gerekli tedbirler alınmalıdır. Zira özellikle NIPT testinin Down sendromunun tespitinde kullanılması ve bu tespite göre ebeveynin engelli bir çocuk sahibi olmak isteyip istemediğine dair özerk kararlarını verebilmelelerinde, devletin engelli vatandaşlarına sağladığı hakları dikkate almaları son derece normaldir. Sağlıklı vatandaşlara olduğu gibi, Down sendromlu bireylere de, herhangi bir ayırımcılığa maruz bırakılmadan, yüksek kalitede bakım ve hizmet sunmak sosyal devlet olmanın gereğidir. Diğer yandan, NIPT testine adil ve eşit erişimin sağlanması, popülasyonun özelliklerini iyileştirmek, saf üstün ırk oluşturmak, sakatlıkları engellemek gelecek nesilleri acı çekmekten kurtarmak, ülkenin sağlık giderlerini azaltarak ekonomiyi iyileştirmek gibi sosyal sebeplerle, insanların üremesi yönündeki özgür seçimlerini zor kullanarak kontrol etmek anlamına gelen “öjeni” ye de yol açmamalıdır.<sup>46</sup>

### III. DOWN SENDROMUNUN TESPİTİNDE NIPT UYGULAMASININ HUKUKİ BOYUTU

#### A. İnvaziv Olmayan Prenatal Test İşleminin Hukuki Niteliği

Genel olarak tıbbi müdahale, *“kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyet”*<sup>47</sup> olarak tanımlanmaktadır.

<sup>45</sup> World Health Organization (WHO) Human Genetics Programme, “Review of Ethical Issues in Medical Genetics 2003”, (Erişim Tarihi 25.07.2024), [https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/68512/WHO\\_HGN\\_ETH\\_00.4.pdf](https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/68512/WHO_HGN_ETH_00.4.pdf).

<sup>46</sup> Çobanoğlu, “Genetik tarama testleri ve etik”, 76.

<sup>47</sup> Özlem Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003), 24.

Bu bakımdan test işlemlerinin de bir tıbbi müdahale olduğu ve hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin unsurlarını taşıması gerektiği söylenebilir. Tıbbi müdahalenin bir sağlık personeli tarafından yapılması, aydınlatma ve rıza, tıp biliminin verilerine göre zorunlu ve bu verilere uygun tıbbi müdahale olması olarak sayılan tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları, girişimsel olmayan tarama testi olan NIPT bakımından da gündeme gelecektir.

Daha önce ifade edildiği üzere, NIPT bir tarama testi olarak nitelendirilmekte, maliyeti dolayısı ile rutin tarama testleri arasında yer almamakta, günümüzdeki kullanılan tarama testlerinin ve invaziv girişimlerle elde edilen materyallerden yapılan fetal karyotiplenmenin (fetal kromozom analizi) yerine kullanılmamaktadır. Tıbbi açıdan NIPT'in bu konumlandırması sonrasında, bu tarama testi, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları bakımından değerlendirildiğinde, ilgili testin yetkili bir sağlık personeli tarafından yapılması gerekmektedir.

Mülga 10/6/1998 tarihli ve 23368 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği'nin 14. maddesinde, kural olarak genetik alanında uzman veya bilim doktoru unvanını almış bir hekime bu yetki verilmişse de, yönetmelik tıbbi biyoloji veya genetik uzmanına veya biyokimya ve klinik biyokimya uzmanı veya doktorası olan kişilere de yetki vermişti. 10/1/2020 tarihli ve 31004 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezleri Yönetmeliği" nin 15/1-b maddesinde ise, tıbbi genetik uzmanı veya geçici 1. maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan<sup>48</sup> bir kişi merkez sorumlusu olarak görevlendirileceği ifade edilmektedir.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> 18/7/2009 tarihinden sonra doktora yapmış olan hekimler hiçbir şekilde uzman yetkisi kullanamazlar. 18/7/2009 tarihinden önce doktora yapmış ve bir genetik hastalıklar tanı merkezinde en az 2 yıl aktif olarak çalışarak genetik tetkikler yapmış ve raporlamış olduğunu belgeleyen hekimlerin hakları saklıdır.

<sup>49</sup> 2010 tarihli Alman Genetik Teşhis Kanunu ise, bütün genetik testlerin, hekimler tarafından yapılmasını öngörmektedir (md. 7). Bu yükümlülük, genetik test öncesi danışma ve sonucun bildirilmesi açısından da geçerlidir. Ancak hekimin, genetik alanında uzman olması aranmamaktaysa da, 1 Şubat 2011 itibarıyla, bütün genetik test ve analizler ancak uzmanlar tarafından yapılabilecektir. Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Cilt II Özel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 909.

İkinci olarak tıp biliminin verilerine göre zorunlu ve bu verilere uygun tıbbi müdahale olması şartının varlığına bakıldığında, girişimsel olmayan prenatal testin endikasyonu, diğer bir ifade ile tıbbi gerekliliği, yukarıda ayrıntılı şekilde ifade edildiği üzere, kromozom anomalisi riskinin arttığı durumlardır. Annelik yaşının 35 ve üzerinde olduğu gebelikler, ultrasonografik belirteçlerin varlığında, ailenin girişimsel bir uygulama istemediği durumlar ve trizomi 21, trizomi 18 fetüs/bebek öyküsü olması gibi durumlardır.

Burada ele alınabilecek bir diğer husus da, kadın doğum uzmanı hekimin gebe bakımından böyle bir testi önerme zorunluluğu olup olmadığıdır. Şayet ilgili hamilelikte, yukarıda bahsedilen endikasyonları görüyorsa hekimin girişimsel olmayan bu tarama testini önermesi tedavi yükümlülüğünün bir parçası olarak değerlendirilebilir. Ancak NIPT rutin tarama testleri arasında yer almadığından ve finansmanı devlet tarafından karşılanmadığından, testi yaptırap yaptırmama kararı ebeveyne bırakılmalıdır. Ancak herhangi tıbbi endikasyon söz konusu değilse, testi yaptırmaya ilişkin öneride bulunmayan hekimin tedavi hatasından bahsedilemeyecektir.<sup>50</sup>

NIPT testinde tıbbi gereklilik konusu ile ilgili bir başka ele alınması gereken konu da, kişisel nedenler ile makul bir endikasyon olmaksızın ilgili testin yapılıp yapılamayacağı hususudur. Kişisel nedenler ile NIPT uygulamasına ebeveynin başvurmak istemesinin bir takım etik endişeleri barındırdığı ifade edilmektedir.<sup>51</sup> İlk olarak, ilgili testin maliyetinin yüksek olması sebebi ile gereksiz yere yapılmasının ebeveyn açısından kaynak israfına yol açmasıdır. Türkiye’de ikili, üçlü, dörtlü testin ve tanısal testlerin Sağlık Uygulama Tebliği’nde fiyatlandırması yapılmıştır. Ancak NIPT testinin komplike bir test olarak yüksek ücreti (yaklaşık 550 euro), özel laboratuvarlar tarafından belirlenmektedir.<sup>52</sup> Kişisel nedenlerle NIPT testine başvurulmasının, testte alınacak önemsiz sonuçların aile tarafından fazlaca önemsen-

<sup>50</sup> Bununla beraber, Alman Hukuku’nda hekimin önleyici genetik test tavsiyesinde bulunmak zorunda olduğu, aksi takdirde, sözleşme ihmal nedeniyle meydana gelen zararlardan dolayı sorumlu tutulabileceği belirtilmektedir. Hakeri, Tıp Hukuku, 909.

<sup>51</sup> Atar ve Yalım, “Kişisel Nedenler ile Yapılan İnvaziv Olmayan Prenatal Test ve Etik Değerlendirme”, 31.

<sup>52</sup> Fevziye Burcu Şirin, “Prenatal Tarama Testleri ve Hücreden Bağımsız Fetal DNA”, Med J SDU, 27/ 2 (2020): 259.

mesi sonucu, yasal süresi içinde isteğe bağlı kürtaja başvurulmasında artışa neden olabileceği gibi bir diğer etik soruna yol açacağı da ifade edilmektedir.<sup>53</sup>

Ancak tıbbi endikasyonun mevcut olmayıp, ebeveynin kişisel nedenlerle isteğe bağlı olarak başvurmak istemesi durumunda hukuki bir engel bulunmayıp, ilgili girişimsel olmayan uygulamanın yasal endikasyonunu “Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezleri Yönetmeliği” çerçevesinde yapılması oluşturacaktır. Böyle bir durumda, tıbbi endikasyonu mevcut olmayan bir olasılıkta, kadın doğum uzmanı hekimin ilgili testi önermemesi ile ilgili hukuki bir sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.

Yukarıda izah edilen etik sorunlar dikkate alındığında; NIPT test ile taramanın etkili bir şekilde yapılabilmesi için tıbbi endikasyonları net olarak belirlenmeli, aydınlatılmış onam ile ilgili hekim ve ailelere yol gösterecek kılavuzlar hazırlanmalı, test öncesi gebeye bilgilendirme yapılırken, sadece kişisel nedenler ile testin yapılmasının neden olacağı etik sorunlar iyi anlatılmalıdır.<sup>54</sup>

Son olarak, girişimsel olmayan prenatal tarama testinin uygulanması öncesinde, hamile kadının gereği gibi aydınlatılması ve müdahaleye ilişkin rızasının hukuka uygun şekilde alınması gerekmektedir. NIPT tarama testi öncesinde aydınlatma özellikle önem arz ettiğinden, kadın doğum uzmanı hekimin ilgili teste dair önerisindeki aydınlatma ve testin yapılacağı merkezde ilgili işleme dair yapılacak aydınlatma olarak iki ayrı başlıkta ele alınacaktır.

## **B. NIPT Uygulamasında Aydınlatma**

### **1. Hekimin İnvaziv Olmayan Prenatal Test Önerisinde Aydınlatma ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu**

Halen kullanılmakta olan tarama testlerinde bilgilendirmenin daha basit olmasına rağmen, yapılan bilimsel araştırmalar, ilgili aydınlatmaların yeterli düzeyde yapılmadığını ortaya koymaktadır. Bu nedenle, bilgilendirmenin kapsamının tam olarak netleşmediği, daha kompleks

<sup>53</sup> Atar ve Yalım, “Kişisel Nedenler ile Yapılan İnvaziv Olmayan Prenatal Test ve Etik Değerlendirme”, 31.

<sup>54</sup> Atar ve Yalım, “Kişisel Nedenler ile Yapılan İnvaziv Olmayan Prenatal Test ve Etik Değerlendirme”, 31-32.

olan ve giderek gelişen test teknolojisine paralel olarak daha da karmaşık hale gelmesi beklenen NIPT bakımından yeterli aydınlatmanın nasıl yapılacağı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>55</sup>

Göreceli olarak yakın zamanda kullanıma girerek yaygınlaşmaya başlayan anne karnında serbest fetal DNA testi olarak da adlandırılan NIPT uygulaması, yüksek saptama oranlarıyla kromozom anomalilerinin taramasına büyük katkı sunmaktadır. Sağlık Bakanlığı Doğum Öncesi Bakım Rehberi<sup>56</sup>'nde, fetal anomaliler ve kromozomal anomali tarama testleri ve ultrason incelemeleri hakkında hekimlerin hastalarını bilgilendirmesi önerilmektedir. Riskli Gebelikler Yönetim Rehberi'nde<sup>57</sup> de, benzer şekilde, 11-14. hafta gebelik haftasında yapılacak olan izlemde, fetüsün ultrasonografik değerlendirilmesinin yapılması ve ultrason ile ense kalınlığı ölçümü ve erken anomali taraması için perinatoloji uzmanına (yüksek riskli gebeliklerin gözlemine de içeren, kadın doğum branşının yan dalı olan maternal fetal tıp uzmanı) yönlendirilmesi öngörüsü bulunmaktadır.<sup>58</sup> Burada özellikle gebeliğin diğer haftalarındaki rutin tarama testlerinden ziyade, NIPT uygulamasının söz konusu olabileceği gebelik haftalarında, ilgili rehberlerde girişimsel olmayan bu serbest fetal DNA testinin önerilmesine ilişkin bir öngörünün bulunup bulunmadığı üzerinde durulmaktadır.

Tarama testlerinin yüksek saptama oranları nedeni ile, gebelik takiplerinde, yukarıda bahsedilen rehberler çerçevesinde de, rutin kullanımı önerilmektedir. Testlerin sonucunun yüksek riskli/pozitif çıkması anomali yönünde artmış riski göstermekle birlikte, tanı koyucu değildir. Tarama sonuçlarının risk sınırı üstünde olması, fetüste

<sup>55</sup> Atar ve Yalım, "Kişisel Nedenler ile Yapılan İnvaziv Olmayan Prenatal Test ve Etik Değerlendirme", 31.

<sup>56</sup> T.C Sağlık Bakanlığı, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, Doğum Öncesi Bakım Yönetim Rehberi, Kadın ve Üreme Sağlığı Dairesi Başkanlığı Ankara, 2018, (Erişim Tarihi 25.07.2024), <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/28085/0/dogumoncesibakimyonetimrehberipdf.pdf>.

<sup>57</sup> T.C Sağlık Bakanlığı, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, Riskli Gebeliklerde Yönetim Rehberi, Kadın ve Üreme Sağlığı Dairesi Başkanlığı Ankara, 2014, (Erişim Tarihi 25.07.2024), <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/21958/0/riskli-gebelik-yonetim-rehberipdf.pdf>.

<sup>58</sup> Güney Tunalı, Down Sendromundan Kaynaklanan Tazminat Davalarında Aydınlatmanın Kapsamı, 31.

mutlaka Down sendromu kromozom anomalisi olduğu ya da test sonucunun risk sınırının altında çıkması kesinlikle down sendromu bulunmadığı anlamlarına gelmediği ifade edilmektedir. Ancak başkaca nedenlerden dolayı yüksek riskli grubunda olmayan gebelerde, ilgili prenatal tarama testlerinin düşük riskli gelmesi halinde, girişimsel prenatal tanı yöntemlerinin uygulanması bakımından endikasyon oluşmadığı kabul edilmektedir.<sup>59</sup>

T21 ve T18 ve kısmen T13 açısından yüksek riskli gebeliklerde, ilgili haftalarda NIPT uygulamasının önerilmesi, kadın doğum hekimi bakımından, rutin bir tarama testi olmaması bakımından hukuki bir zorunluluk gibi gözükmemekle beraber; özellikle gebeliğin erken haftalarında Down sendromu riskinin tespiti ile annenin isteğe bağlı olarak gebeliğin sonlandırılması kararını alabilmesine imkan tanınması, anne ve fetüs açısından risk taşımayan, girişimsel olmayan bir uygulama olması, yüksek saptama oranına sahip olması nedeniyle NIPT kullanımının % 0,1-0,2 oranında prosedürel fetal kayıp riski olan girişimsel tanı testlerinin kullanımını azaltabileceği<sup>60</sup> hususlarını dikkate alarak hareket etmesi, hekimin tıbbi standartlara uygun, özenli tedavi yükümlülüğüne ve mesleki bilgisini geliştirme yükümlülüğüne uygun olacaktır.

Bu noktada kadın doğum uzmanı hekimin, tüm dünyada görece yeni bir uygulama olan NIPT hakkında yayınlanan uzman görüşlerini ve hangi endikasyonlarda başvurulabileceğine dair kılavuzları takip etmesi, bu endikasyonları taşıyan yüksek riskli gebeliklerde, ilgili uygulamanın ileri bir tarama testi olduğu, rutin bir tarama testi olmadığı, henüz bir tanı testi olmadığı, ilgili testin maliyeti ve finansmanının devlet tarafından karşılanmadığı bilgileri ile birlikte imkan ve sınırlamaları izah ederek hastasını aydınlatması önem arz etmektedir. Diğer bir ifade ile, tarama ve tanı testleri arasındaki farklılığın açıklanması ve invaziv tanı testleri hakkında bilgi verilip seçenek olarak NIPT testinin de sunulması, ilgili testin yukarıda açıklanan avantajları da dikkate alındığında, hekimin özenli tedavi yükümlülüğünü yerine getirmesi anlamına gelecektir. Hekim açısından ilgili öneri ve aydın-

---

<sup>59</sup> Güney Tunalı, Down Sendromundan Kaynaklanan Tazminat Davalarında Aydınlatmanın Kapsamı, 31.

<sup>60</sup> Şirin, "Prenatal Tarama Testleri ve Hücreden Bağımsız Fetal DNA", 258.

latma bahsedildiği şekilde mesleğini tıbbın standartlarına uygun, özenli ifasını sonuçlarken, ebeveyn bakımındansa, girişimsel tanı testlerine fetüs ve anne bakımından riskleri dolayısı ile endişeli yaklaşımı öncesinde, gerçekten bu tanı testlerine ihtiyaç olup olmadığı noktasında önemli bir belirteç işlevi görecektir, Down sendromlu doğma riski olan bir bebeğe sahip olup olmama konusunda özgür iradeleri ile karar vermelerine zemin hazırlayacaktır.

Kadın doğum uzmanı olan hekimin, rutin tarama testleri, yüksek riskli gebeliklerde tarama ve tanı testleri ve sonuçları hakkında hastasını doğru, açık ve anlaşılır şekilde aydınlatması, ilgili aydınlatmanın, NIPT’de dahil olmak üzere önerilerin ve hastanın ilgili önerileri kabul ya da reddinin de tıbbi kayıt altına alınması, özellikle son yıllarda Down sendromlu bebeğe sahip olan ailelerin hekimin hukuki sorumluluğuna gidilmesi yönündeki hukuki girişimlerinde, hekim açısından önemli bir ispat kolaylığı sağlayacaktır.

Prenatal genetik tarama testine göre, Down sendromu için yüksek riskli çıkan gebeye kesin tanı testi önerilmesi mesleki standart haline geldiği ifade edilmektedir.<sup>61</sup> Hekim yaptığı bilgilendirme sonrası, kesin tanı testi olarak amniyosentez önerdiğinde, hamile kadın bu öneriyi kabul veya reddeder. Kabul ederse ve bu kadın doğum uzmanı hekimin çalıştığı yerde amniyosentez işlemi yapılmıyorsa, hasta, amniyosentez yapılan bir merkezdeki kadın doğum uzmanlarına yönlendirilir. İşlem önerisini kabul eden gebeyi sevk eden, sadece bilgilendirme yapan hekimden; tıbbi müdahaleyi (tanı testi uygulaması) kendisi yapmadığı için, işlemle ilgili hastanın aydınlatılmış onamını alması hukuken beklenmez. Ancak sonradan ortaya çıkan hukuki ihtilaflar göstermektedir ki, bu yönlendirmenin yapıldığının ve hastanın bu bilgilendirmeyi anlayıp kendisini takip eden hekime ilgili tanı testini yaptırma yönünde iradesi bulunduğu (en azından o görüşme sırasında) kayıt altına alınması, hekime yöneltilen aydınlatma yapılmadığı iddialarının karşılık bulmamasına yardımcı olacaktır. Gebe ilk anda amniyosentezi kabul etmediğini beyan ederse, bu önerinin reddedildiğinin de kayıt altına alınması önemlidir.

---

<sup>61</sup> Dölen, “How Should a Fetus with Down Syndrome be Diagnosed in Prenatal Care?”, 45.

NIPT'in bir tarama testi olup tanı testi olmamasından, önerilmesi dolayısı ile tanısı konulmadığı iddiası ile bebeğin Down sendromlu doğmasından hekimin tıbbi uygulama hatasından kaynaklı hukuki sorumluluğuna gitmek mümkün olamayacaktır. Ancak, annede yüksek risk bulunduğu halde ya da tarama testlerinin sonuçlarının yüksek çıkmasına rağmen, prenatal girişimsel tanı testlerinin önerilmemesi, gerekli aydınlatmanın yapılmaması, hekimin sorumluluğunu gündeme getirebilecektir.

Annede veya yapılan tarama testleri sonuçlarında yüksek risk bulunmadığı için, prenatal girişimsel tanı testleri yapılmasına gerek duyulmayan, fakat çocuğun Down sendromlu doğduğu olgular sebebi ile tıbbi uygulama hatası iddiasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat taleplerini içeren davalar yüksek yargı kararlarına pek çok kez konu olmuştur. Bunlardan biri olan, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin, 12.03.2024 tarihli, E. 2023/2997, K. 2024/1111 sayılı kararına<sup>62</sup> konu olan taraflar arasında görülen davada; davacılar gebelik süresince yapılması gereken tetkiklerin davalı hekim tarafından yapılmadığını, bebeğin Down sendromlu olabileceğinin ultrason ölçümleri ile neredeyse kesin biçimde belliyken, durumun davalı hekim tarafından kendilerine söylenmemesi sebebi ile, bebeklerinin Down sendromlu olarak dünyaya gelmesine neden olduğunu ileri sürerek kendisine karşı maddi ve manevi tazminat taleplerini ileri sürmüşlerdir. Davalı tarafından, İlk Derece Mahkemesinde yapılan yargılamada, ultrason tetkiki ile down sendromunun kesin olarak anlaşılamayacağı, ense kalınlığının fazla olması nedeni ile birinci testimer kombine tarama testi yapılmasına karar verildiğini, yapılan test sonucu Down sendromu riskinin düşük çıktığını, bununla yetinmeyerek ikinci testimer dördü tarama testi yapılmasına karar verildiğini ve bu test sonucunda da Down sendromu riskinin düşük çıkması üzerine, amniyosentez girişimsel uygulamasına<sup>63</sup> düşük riskini arttırması sebebi ile gidilme-

---

<sup>62</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 12.03.2024, E. 2023/2997, K. 2024/1111, <https://kazanci.com.tr>, 28.07.2024.

<sup>63</sup> Obstetrik ve Jinekoloji kılavuzlarına göre, invaziv prenatal tanı testi endikasyonları, anormal biyokimyasal tarama sonucu, ultrasonda fetal anomali izlenmesi, en saydamlığının artmış olması, kistik higroma saptanmış olması, fetal karyotip için hastanın test isteğinin olması, ebeveynde veya önceki gebelikte kromozom anomalisi olması, ebeveynin tek gen hastalıklarından biri için taşıyıcı olması şeklinde açıklanmaktadır. Fetal karyotip endikasyonları da, benzer şekilde, ileri maternal yaş,



diğini, gereken tüm tetkiklerin yapılarak, ebeveynin bilgilendirildiği savunulmuş ve davanın reddi talep edilmiştir. İlk derece mahkemesi, Adli Tıp Kurumu raporu doğrultusunda davalıya atfı kabil bir kusur tespit edilemediği gerekçesi ile davanın reddine karar vermiştir. Davacı tarafın temyiz istemi üzerine, Yargıtay (Kapatılan) 13. Hukuk Dairesi'nin 16.12.2018 tarihli ve 2016/4694 E., 2018/11768 K. sayılı kararıyla, davacıların Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu'nun raporuna itirazlarının karşılanması amacıyla ve davacıların talebi doğrultusunda Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan rapor alınmak suretiyle hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle İlk Derece Mahkemesinin vermiş olduğu karar bozulmuştur. Bozmaya uyularak verilen kararda ise; Adli Tıp 3. Üst Kurulu'nun raporuna göre, gebelik sürecinde ilgili tarihlerde yapılan tarama testlerinde risk sınırının altında saptandığı, ayrıca ulusal ve uluslararası rehberlerde tarama testlerinde düşük risk gruplarındaki gebelere invaziv yöntem önerilmediğinin; tıbben zorunluluk dahilinde olmayan ve uygulandığı takdirde anne yaşamını tehlikeye sokacak, ayrıca düşük riskine yol açacak amniyosentez işleminin ilgili hekim tarafından önerilmemesinin bir eksiklik olarak değerlendirilmediği, dolayısıyla ilgili hekimin eylemlerinin tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olduğu gerekçesiyle davacıların maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar verilmiştir. Davacılar ilgili kararı da temyiz ederek, davalı hekim tarafından kendilerine tüm olasılıkların anlatılarak, gerekli aydınlatmanın yapılmadığını, bu sebeple özerk şekilde karar verebilme imkanına sahip olmadıklarını, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirilmemesi sebebi ile Down sendromlu bir bebeğe sahip oldukları gerekçesi ile kararın bozulmasını talep etmişlerdir. Temyizen incelenen karara esas alınan bilirkişi raporlarında; hastanın ilgili tarihlerde yapılan tarama testlerinin risk sınırının altında saptandığı, ayrıca ulusal ve uluslararası rehberlerde tarama testlerinde düşük risk gruplarındaki gebelere invaziv yöntem önerilmediğinin tıbbi bilgiden olduğu hususları dikkate alındığında; tıbben zorunluluk dahilinde olmayan ve uygulandığı takdirde anne ya-

---

anormal karyotipli çocuk öyküsünün bulunması, ebeveynlerde yeniden kromozom düzenlenmesi, ultrasonda fetal yapısal anomali izlenmesi, açıklanamayan intrauterin gelişme geriliği olması, anormal biyokimyasal tarama veya anormal ense saydamlığı taraması olarak açıklanmaktadır. Güney Tunalı, Down Sendromundan Kaynaklanan Tazminat Davalarında Aydınlatmanın Kapsamı, 37, dn. 27.

şamını tehlikeye sokacak, ayrıca düşük riskine yol açacak amniyosentez işleminin ilgili hekim tarafından önerilmemesinin bir eksiklik olarak değerlendirilmediği, dolayısıyla ilgili hekimin kusurlu olmadığı belirtilmiştir. Somut olayda davacıların bebeğinin Down sendromlu olarak dünyaya gelmesi nedeniyle davalı hekimin kusurunun bulunmadığının tespiti dikkate alındığında, davacılar temyiz itirazlarını reddederek, temyiz olunan mahkeme kararı onanmıştır.

İlgili mahkeme kararı, hekimin girişimsel tanı testi uygulamasına (amniyosentez), rutin olarak yapılması gereken tarama testi sonuçlarının düşük riskli göstermesi üzerine, ilgili kılavuzlar ve tıp biliminin standartlarına göre girişmemesi sebebi ile tanısı konulmadığı için ebeveynin Down sendromlu bir bebeğe sahip olmasına neden olduğu iddiasını konu almaktadır. Her ne kadar Down sendromlu bir bebeğe sahip olmakla, hekimin hareketi arasında hukuken gerekli nedensellik ilişkisi kurulmadığı ve kendisine kusur atfı gerçekleşmediğinden, davacıların iddiası yargı düzeninde karşılık bulmasa da, bu karar göstermektedir ki; tıp biliminin verilerine göre hekimlik uygulaması hakkında hekim karar verici konumda olsa da, tarama ve tanı testleri, girişimsel ve girişimsel olmayan uygulamalar hakkında, ilgili testlerin risk ve sonuçları hakkında hastanın anlayabileceği şekilde gereği gibi aydınlatılması, bu aydınlatmanın kayıt altına alınması hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisinin tesisi ve ileride doğacak muhtemel ihtilafların önlenmesi için çok büyük önem arz etmektedir.

Girişimsel olmayan ileri tarama testi olarak NIPT uygulamasının sonuçları; yukarıda da ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, ilgili uluslararası kılavuzlara göre,<sup>64</sup> doğumda 35 yaş ve üzerinde olacak gebe bakımından, artmış fetal anomali riski gösteren ultrasonografik bulguların varlığı, önceki gebeliğinde trizomi öyküsü olması, hasta veya yakınlarında 21. ve 13. kromozom trizomisi riskini arttıran dengeli translokasyon taşıyıcılığı durumları ile birlikte değerlendirilerek, girişimsel tanı testlerinin endikasyonunu oluşturmakta önemli rol oynayacaktır. Böylelikle, hastanın tarama ve tanı testleri alternatifleri ve sonuçları ile ilgili aydınlatılması, Down sendromunun tespiti ile ilgili

---

<sup>64</sup> Amerikan Obstetrik ve Jinekoloji Derneği verilerine göre, invaziv tanı testleri yönünde endikasyonun oluşturan hallerin bu şekilde sayıldığı ifade edilmektedir. Güney Tunalı, Down Sendromundan Kaynaklanan Tazminat Davalarında Aydınlatmanın Kapsamı, 37, dn. 27.

menfaat ve gereksiz yere girişimsel tanı testi yapılması durumunun yaratacağı düşük riski karşılığının yaratacağı kararsızlığı, büyük ölçüde bertaraf edecektir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin, 23.11.2023 tarihli, E. 2022/4807, K. 2023/6782 sayılı kararına<sup>65</sup> konu olan davada ise, somut uyuşmazlıkta Down sendromlu doğan çocuk için açılan davada, davacı çocuk bakımından, *"hekim, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirseydi, belki benim yaşam hakkım elimden alınacaktı, oysa şimdi alınmadı"* şeklinde yorumlanabilecek bir sebebe dayalı maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulmuştur. İlk derece mahkemesi, aydınlatılmış onamin yapıldığını ve özen yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispat yükü tedaviyi yapan hekime yüklendiği, bu ispat yükü yerine getirilirken tek taraflı tutulan belge ve kayıtların ilişkinin diğer tarafı olan kişiyi bağlamayacağı, gebelik takibi yapan dava dışı hekimin düzenlediği tedavi evrakları ve raporların incelenmesi sonucunda davacının aydınlatıldığına ve bilgilendirildiğine dair kanaat oluşmadığı ve davacı çocuğun sürekli iş göremezlik zararının taleple bağlılık ilkesi gereği kabulünün gerektiği, davacıların bakıcı gideri taleplerinin feragat nedeniyle reddine, diğer maddi ve manevi tazminat istemlerinin kabulüne karar verilmiştir. İlgili mahkeme kararının Yargıtay 11. Hukuk Dairesince temyizden incelemesinde ise; özellikle davacı çocuk açısından, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirseydi, ebeveynin kürtaj hakkını kullanacağı ve bu sebeple bu şekilde dünyaya gelmiş olmasından aydınlatmayı yapmayan hekimin sorumlu olduğu, çocuğun bizzat kendi yaşam hakkının bir zarar kalemi oluşturduğu yönündeki iddiaya dayalı maddi ve manevi tazminat isteminde, hukuki yarar bulunmadığı, istemin özünde davacı çocuğun kişilik haklarını ihlal ettiği, neticede parasal bir değere tekabül eden bir menfaatin, kişilik haklarını ihlal eder şekilde talep ve dava konusu edilemeyeceği, sosyal devlet ilkesi çerçevesinde engelli bireylere tanınan tüm haklardan davacı çocuğun da yararlanacağı gerekçeleri ile, davacı çocuk hakkında kurulan hükmün bozulması gerekmiştir.

Yargıtay vermiş olduğu kararda, aydınlatmaya ilişkin ise; İlk Derece Mahkemesince hükme esas alınan raporlarda, davacının gebelik

---

<sup>65</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 23.11.2023, E. 2022/4807, K. 2023/6782, <https://kazanci.com.tr>, 28.07.2024.

takiplerinin davalı hekim tarafından yapıldığını, hastaya ikili test önerildiği, hastanın ikili test yaptırmak istemediği ve buna dair imza alındığına dair gebe takip formuna yazıldığı, bir diğer muayenede hastadan üçlü test istendiği, üçlü test ile ilgili bilgi verildiği, hastanın yaptırmak istemediği ancak bir hafta sonra net kararını bildireceği konusunda gebe takip formuna yazıldığı, takip eden muayenede fetal ultrasonda femur kısa olarak tespit edildiği, hastadan detaylı USG istendiği, davalı tarafından detaylı USG bakıldığı, femur boyunun beklenenden kısa olması sebebiyle karyotip analiz önerilebileceğinin not alındığı, hastanın detaylı USG sonucu ile ilgili bilgilendirildiği, karyotip analiz önerildiği ve fakat hastanın invaziv test yaptırmak istemediğinin gebe takip formuna yazıldığı hususlarının belirtildiğine dikkat çekmektedir. Aynı kararında, Türk Hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün yazılı olarak yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yer almadığı dikkate alınarak, hekimin aydınlatmayı sözlü ya da yazılı şekilde gerçekleştirilebileceğine, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği hususunun, hekim ve zorunlu sorumluluk sigortacısı tarafından her türlü delille ispatlanabileceğine, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği hususunun, somut olay özelinde hastanın eğitimi, yaşı, kültürel seviyesi ve hekim veya hastane tarafından tutulan kayıtlarla serbestçe değerlendirilerek tespit edilmesi gerektiğine, bilirkişi raporlarında belirtilenler ve mahkemece yapılan diğer değerlendirmeler bir bütün olarak incelendiğinde, davacının Down sendromu konusunda sözlü olarak bilgilendirme yapıldığına ilişkin kayıtların aksinin, davacı tarafından ispatlanamadığı gözetilerek bir hüküm kurulması gerekirken, yanılığın değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması ve bu hükme yönelen istinaf isteminin Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddi doğru görülmüştür.

Bu kararda da üzerinde durulduğu gibi, Down sendromlu çocuğun yaşamının kendisini bir zarar kalemi olarak görmek ya da diğer bir ifade ile, bebeğin Down sendromlu olarak doğacağına dair kesin tanı konulmuş olsa idi, ebeveynin kesinlikle kürtaj yolunu seçeceğine dair bir faraziyeyle dayanarak tazminat talebinde bulunmak, çocuğun kişilik haklarının ihlalini sonuçlayacağından, hukuki bir yarar içermediği yönünde mahkemece kabul görmemiştir.

Burada bu karar vesilesi ile açıklanmaya muhtaç olduğu düşünülen konular, “*wrongful life*” ve “*wrongful birth*” davalarıdır. Doğum

öncesi genetik tanı, çiftlerin gelecekteki hayatı ciddi veya hafif fiziksel ve zihinsel engellerle engellenebilecek bir fetüsün doğumunu engellemelerini sağlar. Bu olasılık, “*wrongful birth-zarar olarak doğum (sağlık çalışanlarının yetersiz bilgilendirmesi nedeniyle engelli çocuk sahibi olan ailenin bu konuda açtığı dava)*” ve “*wrongful life-zarar olarak yaşam (yanlış teşhis sonucu) sakat doğan çocuğun (maddi manevi) tazminat talebinde bulunması*” adı verilen yeni tür tıbbi ihmâl davalarına yol açmıştır.<sup>66</sup>

“*Zarar Olarak Yaşam*” davaları bebeğin; tıbbi yetkililere (başlıca genetik danışmanlar ve jinekologlar) dava açmasına ve fetal anormalliği yeterince tespit etmeyen veya gelecekteki ebeveynleri bu olasılık hakkında yeterince bilgilendirmeyen, teşhislerindeki ihmâl iddiası nedeniyle tazminat talep etmesine olanak tanır. Böylece, ebeveynler kürtaj seçeneğini kullanmamıştır ve doğmaması gereken çocuk dünyaya gelmiştir. Sonuç olarak, yaşamı zarar olarak kabul edilen çocuk tazminat alabilir.<sup>67</sup>

“*Zarar Olarak Doğum*” davaları ise, haksız yaşam davalarından farklıdır çünkü ebeveynler tarafından tıbbi yetkililere karşı açılır. Ebeveynler, belirli bir teşhis veya riskler hakkında uygun ve zamanında bilgilendirilmiş olsalardı, hamileliği sonlandıracaklarını iddia ederler. Bu bilgiden yoksun bırakılarak, hamileliği sonlandırma ve çocuğun doğumunu engelleme hakkından mahrum kalmışlardır. Diğer bir ifade ile, davacı ebeveyn “sağlıksız bir çocuğa sahip olmama şansını” yitirmişlerdir.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için, bkz. Fulya İlçin Gönenc, “Kadın Doğum Vakalarının Tazminat Hukuku Yönünden Taşındığı Özellikler”, içinde Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, eds. Pervin Somer ve İpek Sevda Söğüt, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 143-158.

<sup>67</sup> Yael Hashiloni-Dolev, ““Wrongful Life”, In the Eyes of the Law, the Counselors and the Disabled” içinde A Life (Un) Worthy of Living-Reproductive Genetics in Israel and Germany, Yael Hashiloni-Dolev (Springer, 2007), 119.

<sup>68</sup> Hashiloni-Dolev, ““Wrongful Life”, In the Eyes of the Law, the Counselors and the Disabled”, 120. Türk Hukuku’nda şans kaybı doktrini ve bundan doğan zarar üzerinde ayrıca durulmadığı ancak Yargıtay’ın özellikle hekimlerin sorumluluğuna ilişkin verdiği kararlarda şans kaybı doktrininin etkisinin hissedildiği ifade edilmektedir. Gönenc, “Kadın Doğum Vakalarının Tazminat Hukuku Yönünden Taşındığı Özellikler”, 149.

Görüldüğü üzere bu iki dava arasındaki fark, iddia türünden değil, zarar gören tarafın kimliği bakımındandır. Aslında, dünyadaki çoğu benzer dava, hukuken daha az sorunlu olan zarar olarak doğum davası ile çözülmektedir. Bunun nedeninin, zarar olarak doğum davalarının, çocuğu reşit olana kadar koruması olduğu ve reşit olduktan sonra ciddi şekilde engelli bir çocuğun hayatta kalma olasılığının düşüklüğü olduğu ifade edilmektedir.<sup>69</sup>

Aslında, zarar olarak yaşam davaları, yalnızca ebeveynlerin ölümlü durumunda veya yetişkin olarak çocukların gebenin takibini yapan dava açmalarına izin verdiği için daha kapsamlıdır. Dolayısıyla, iki iddia arasındaki önemli fark, daha çok felsefi bir farklılıktır. Bir çocuğa “zarar olarak kabul edilen yaşamı” için tazminat ödemek ile, ebeveynlerine çocuğu kürtaj etme seçeneğini kaybetmeleri veya engelli bir çocuğu yetiştirme ek maliyetleri için tazminat ödemek arasında büyük bir etik fark vardır. Zira bu ikisi arasındaki etik farkı; yaşamın engellilikle bile olsa zarar olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, insan yaşamının en yüksek değere sahip olarak hukuki bir koruma altında olup olmayacağı ve var olmama hakkının kabulünün mümkün olup olmadığı yönündeki yaklaşım belirlemektedir.<sup>70</sup>

Sonuç olarak, Türk Hukuku’nda, hastayı aydınlatma yükümlülüğü ve hamilelik sırasında gerekli tıbbi test ve incelemeleri yapmakta hekimin kusurlu olduğunun kabul edildiği davalarda, davacıların yaptıkları tüm masraflar ile Down sendromlu doğan çocuğun normal çocuğa nazaran eğitim ve bakım masraflarının fazla olacağı nazara alınarak bilirkşi marifeti ile zararın tespit edilmesi ve davalı hekimin kusuru oranında hüküm tesisi gerektiği kabul edilmiş ancak ana babanın çocuktan ileride alacağı destek kaybı yönünde veya çocuğun yaşamının kendisinin bir zarar olarak kabul edilerek, var olmama hakkının ihlalden kaynaklanan zarar iddiasını karşılayacak bir tazminat öngörülmemiştir.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Hashiloni-Dolev, ““Wrongful Life”, In the Eyes of the Law, the Counselors and the Disabled”, 121.

<sup>70</sup> Hashiloni-Dolev, ““Wrongful Life”, In the Eyes of the Law, the Counselors and the Disabled”, 121.

<sup>71</sup> Gönenç, “Kadın Doğum Vakalarının Tazminat Hukuku Yönünden Taşıdığı Özellikler”, 151.

Günümüzde, Down sendromlu gebelikte ortaya çıkabilen olası senaryolara<sup>72</sup> istinaden, tıbbi uygulama hatası iddiasına dayanan davalardaki artış, kadın doğum hekimlerinin Down sendromunun malpraktis davalarına konu olmaması yönündeki görüşleri ile karşılık bulmaktadır. Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneği tarafından da ileri sürülen görüşte; hekimlere karşı yüksek tazminat taleplerini konu alan davalar açıldığı, ortalama her 800 doğumda bir Down sendromlu bebek dünyaya geldiği, kromozom anomalisinin yol açtığı sendromun daha çok 35 yaş üstü hamileliklerde görüldüğü ancak genç kadınların fizyolojik olarak genç kadınların üreme fonksiyonlarının daha sağlıklı olması dolayısı ile daha fazla bebek doğurdularından, esasen Down sendromlu çocukların annelerinin %75-80 oranında belirtilen yaşın altında olabildiklerini, bebeğin gelişimini takip ederken tarama testlerinin gebelik haftasına göre adım adım yapıldığı, sık görülen anomalileri arayan tarama testlerinde risk saptanması halinde, daha kesin sonuçlu pahalı ve girişimsel genetik tanı testlerine (amniyosentez, koryon villüs örnekleme) geçildiği, bu testlerin neredeyse %100'e yakın doğrulukta sonuç vermesine rağmen, düşük riski dolayısı ile önerildiği durumda da hastanın ilgili girişimsel tanı testini yaptırmaktan imtina ettiği, bu noktada hekimlerin hastanın red kararına müdahale edemediği, uygulamayı zorunlu olarak gerçekleştiremediği, diğer yandan çocuğun Down sendromlu doğacağını ilgili tanı testleri ile tespit edilmesine rağmen, pek çok ebeveynin gebeliği sonlandırmayı seçmediğini ifade edilmektedir. Özellikle hekimlerin zorunlu mali sorumluluk sigortalarına başvuru imkanı dolayısı ile, Down sendromlu çocukların geleceği için doktorun hekimlik sigortasından tazminat talep edilebileceği yönünde sosyal medyada yanıltıcı tanıtımlar yapıldığı, o zamana kadar Down sendromunun kesin tanısının konulabilmesi için amniyosentez girişimsel uygulamasını kabul etmeyen ya da Down sendromlu doğacağını bildiği halde kürtajı tercih etmeyen ailenin sonrasında hukuki bir mücadeleye girerek, hekimlere karşı yüksek tazminat talepli davaları açabildikleri vurgulanmaktadır. Down sendromunun kesin tanısının amniyosentez uygulaması ile konulabil-

---

<sup>72</sup> Bu senaryolar veya diğer bir ifade ile, bu davalara sebebiyet veren olasılıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güney Tunalı, Down Sendromundan Kaynaklanan Tazminat Davalarında Aydınlatmanın Kapsamı, 45 vd.

diği, bunun dışında yapılan bütün tarama testlerinin sonuçlarının, çok az da olsa yanılma payı taşıdığı ve en yüksek doğruluk payı olan, anne kanında serbest fetal DNA analizine dayanan girişimsel olmayan bu tarama testinin (NIPT) finansmanın ise, SGK tarafından karşılanmadığı belirtilmektedir.<sup>73</sup>

## 2. Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezinde Yapılan NIPT Uygulamasına Dair Aydınlatma

NIPT testleri, prenatal ileri tarama testi türünde genetik testler oldukları için, yasal olarak T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsatlandırılan<sup>74</sup> Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezleri tarafından

<sup>73</sup> Mesude Erşan, "Kadın doğumcular: Down sendromu malpraktis davasına konu olmasın, 22.04.2022", (Erişim Tarihi 25.07.2024), <https://www.diken.com.tr/kadin-dogumcular-down-sendromu-malpraktis-davasina-konu-olmasin/>

<sup>74</sup> Yapılan incelemeler sonucunda, inceleme konusu internet sitesinin 04.01.2021 ve 08.11.2022 tarihli görünümünde (08.11.2022 tarihli görünümünde, "Sağlıklı bir bebek için NIPT testi yaptırın. (...) Hizmetlerimiz- Girişimsel Olmayan Prenatal (Doğum Öncesi) Test Nasıl Çalışır? Bebeğin az miktarda DNA'sı hamilelik döneminde annesinin kan dolaşımına geçer. Yeni teknoloji, bu DNA'yı doğrudan annenin kanından analiz etmemize ve kromozomal anormalliklerin taranmasına olanak sağlar. Yakın zamana kadar sadece koryonik villus biyopsisi veya amniyosentez gibi girişimsel yöntemlerle anomalilerin taranması mümkündü. Bu testler düşük yapma riski taşır ve yalnızca hamileliğin son dönemlerinde uygulanır. F3 ile yapılan başlangıç taraması, potansiyel olarak gereksiz testlerden ve girişimsel yöntemlerden kaçınmaya yardımcı olur. F3 ile, anne ve bebek için herhangi bir risk yoktur ve uygulanabilen en erken test yöntemidir.", "Daha Sağlıklı Bebekler, Uzman kontrolü, Bebeğinizin Sağlığı için NIPT Testi, NIPT testi ile sağlıklı bebek gelişimi", "F3 olarak bilgi birikim ve deneyimimizle sağlık sektörüne yön veriyoruz. Sağlık sektöründe 10 yılı aşkın tecrübe ile anne ve bebek sağlığını araştırmalarımızın odağına koyuyor, gelişmiş teknolojik altyapımız ve uzman kadromuzla anne ve bebeklerinin sağlığı için çalışıyoruz. En güncel teknolojik gelişmeleri takip ediyor, en iyi hizmeti sağlamak için çalışıyoruz. Alanında çeşitli firmalara danışmanlık hizmeti vererek, gelişime, öğrenmeye ve öğretmeye değer veriyoruz.", "Test sonucum ne zaman açıklanır? Optimize edilmiş çalışma süreçlerimiz 5-14 iş günü içerisinde yüksek kalitede, doğrulanmış sonuçları, kapsamlı tıbbi rapor olarak sunmamızı sağlar.", "12317 Test, 12317 Hasta Sayımız" gibi birtakım bilgilere yer verildiği tespit edilmiştir.) şikayet edilen firma tarafından doğum öncesi genetik test satışı yapıldığına ve genetik danışmanlık hizmeti verildiğine dair birtakım bilgilere yer verildiği, buna karşın reklam veren firmanın sağlık alanında hizmet sunma yetkisinin bulunmadığı ve bu alanda ruhsatlandırılmadığı tespit edilerek, söz konusu tanıtımların kamu sağlığını bozucu, tüketicileri yanıltıcı ve aldatıcı olduğu ve aynı zamanda ilgili mevzuata aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmiş olup, hakkında, 6502 sayılı Kanun'un 63 üncü ve 77/12 nci maddeleri uyarınca 155.712-TL (Yüzellişbeşbinedyüzoniki Türk Lirası) idari para ve anılan reklamları durdurma cezaları verilmesine karar verilmiştir. Reklam Kurulu Kararı, Reklam Kurulu, D. 2021/5145, T. No. 327, T. 8.11.2022, <https://lexpera.com.tr>, 28.07.2024.



gerçekleştirilmeleri gerekmektedir.<sup>75</sup> Bu merkezlerde yapılan testlerin tamamı kayıt altındadır ve genetik uzmanı hekim tarafından değerlendirilirler. Test sonuçlarına bağlı olarak ihtiyaca göre, genetik danışmanlık sunulması ancak Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezleri tarafından gerçekleştirilmektedir.

Girişimsel olmayan prenatal test öncesinde yapılması gereken genetik danışmanlığın içeriğinde; ilgili testin isteğe bağlı ileri bir tarama testi olup, tanı testi olmadığı, taramaya konu klinik özelliklerin tanımlanması, laboratuvarında uygulanacak özellikli yöntemlerin açıklanması, sonuçların hangi zaman diliminde belli olacağı ve pozitif ve negatif tahmin değerleri, gebeliğin kaçınıcı haftasında yapılabileceği, girişimsel uygulamalara nazaran NIPT'in avantajları, sonucun yüksek risk içerir şekilde pozitif çıkması halinde, girişimsel tanı testine başvurulması gerektiği noktalarına yer verilmelidir.<sup>76</sup>

Ayrıca, NIPT testini uygulayan Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezlerinin, danışmanlıktan öte sorumlulukları olduğu ve sağlık profesyonellerinin kendilerini gelişen tıbbi tanı ve tarama yöntemleri konusunda bilgi sahibi olmaları gerekmektedir. NIPT danışmanlığında sadece annenin yararları değil, fetüsün hakları ve görebileceği zararları da dikkate alınmalıdır.<sup>77</sup> Bu merkezlerde yürütülen genetik danışmanlık yönlendirici olmamalı, hamile kadın ve ebeveynin özerkliğine, tercihlerine saygı gösterilmelidir.<sup>78</sup>

Fetüse ait gen analizlerinde, babanın da genetik bilgilerine ulaşılabileceği için, anne ile birlikte babanın da onamı alınması gerektiği belirtilerek, bu analizlere dair yapılacak aydınlatmanın, alınacak onamın geçerliliğini de etkileyebileceği vurgulanmaktadır.<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezleri Yönetmeliği, RG.10.01.2020, Sayı: 31004.

<sup>76</sup> Hande Özkaya ve Elçin Bora, "Genetik Tabanlı Tarama Testlerinde Genetik Danışmanlık", içinde Güncel Genetik Tabanlı Tarama Testleri, ed. Haluk Akın, (Ankara: Türkiye Klinikleri, 2020), 14; Esen, Öter ve Uyar Hazar, "İnvaziv Olmayan Prenatal Teste Etik Bakış", 62.

<sup>77</sup> Nuran Nur Aypar Akbağ, Merlinda Aluş Tokat ve Özlem Çiçek, "Non-İnvaziv Prenatal Testlerde Güncel Yaklaşımlar: Hemşirelik, Danışmanlık ve Etik", Jinekoloji Obstetrik ve Neonatoloji Tıp Dergisi, 17/1 (2020): 303.

<sup>78</sup> Esen, Öter ve Uyar Hazar, "İnvaziv Olmayan Prenatal Teste Etik Bakış", 64.

<sup>79</sup> Esen, Öter ve Uyar Hazar, "İnvaziv Olmayan Prenatal Teste Etik Bakış", 64.

Özerklik ilkesinin sağlanması için, daha önce de ifade edildiği üzere, aydınlatılmış onam önemli bir kavramdır. Gebe kadın ve ebeveyn NIPT testine onam verebilmek için, ilgili tarama testi hakkında doğru ve yönlendirici olmayan bilgilere erişebilmeli ve bu bilgiler kendilerine anlayabilecekleri şekilde açıklanmalı, dış etkilere bağımsız verdikleri karar aydınlatılmış onam formu ile belgelendirilmelidir.<sup>80</sup>

Almanya’da, ilgili testlerin sonuçlarına dayanarak rahim tahliyesi yönünden kadının kararını verebilmesi için, Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezlerinde aydınlatılması, bu merkezlerden danışmanlık almasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca Down sendromlu bir çocuğa sahip olmakla, gelecekte ebevyini bekleyen hususlar konusunun da ayrıca bir aydınlatma yapıldığı belirtilmektedir.<sup>81</sup>

Belçika’da da, NIPT’in zorunlu bir uygulama olmadığı, hekimin önerisi ile 12. haftadan itibaren yapılabildiği ve test sonucundaki başarı oranının ise %99 olduğu ifade edilmektedir. NIPT sonucu %95 pozitif ise, rahim tahliyesi konusunda kadının karar verebildiği, ancak 12. haftayı geçen gebelikler bakımından, bu konuda karar verememesi için konunun etik kurula sevk edildiği belirtilmektedir. Konunun uzmanı hekimler, psikolog ve ebelerden oluşan kurulun raporu ile kadının bu konuda tıbbi ve sosyal içerikli olarak aydınlatılmasının önemi vurgulanmaktadır.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezleri Yönetmeliği’nin “Rıza”yı düzenleyen 20. maddesi: “(1) Merkezde, başvurana yönelik olarak aydınlatma yükümlülüğü yerine getirildikten sonra başvuranın bilgilendirilmiş açık rızası alınarak işlem yapılır. Sonuçlar, kişinin açık rızası olmadan üçüncü kişilere ve kurumlara bildirilemez. (2) Başvuranın açık rızası olmadan kişisel verilerin işlenebilmesi bakımından 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri saklıdır.” şeklindedir.

<sup>81</sup> Gülsün Ayhan Aygörmüş, “Alman Hukukunda Down Sendromlu Fetüs Bakımından Rahim Tahliyesi”, Down Sendromlu Fetüslerin Bireylerin Hukuku Çevrimiçi Sempozyumu, 3.Oturum, 26.11.2022, Sözlü Bildiri Sunumu, (Erişim Tarihi 25.07.2024), <https://dssempozyum.endlessfairs.com/seminars>.

<sup>82</sup> Kutluhan Bozkurt, “Belçika Hukukunda ve AİHM Kararlarında Down Sendromlu Fetüs Bakımından Rahim Tahliyesi”, Down Sendromlu Fetüslerin Bireylerin Hukuku Çevrimiçi Sempozyumu, 3.Oturum, 26.11.2022, Sözlü Bildiri Sunumu, (Erişim Tarihi 25.07.2024), <https://dssempozyum.endlessfairs.com/seminars>.

## **DEĞERLENDİRMELER VE SONUÇ**

Down sendromunun tespitinde invaziv olmayan prenatal test (NIPT) uygulamasının etik ve hukuki yönüne dair yapılan açıklamalar, değerlendirmeler dikkate alınarak, konuya ilişkin olarak aşağıda belirtilen sonuçlara varılmıştır:

1. Her ne kadar gebeliğin sonlandırılması kararında girişimsel olmayan ileri tarama testi olan NIPT, sonucu tek başına yeterli olmasa da kadınların özerklik çıkarlarına hizmet etmektedir. Bu bakımdan, kromozom anomalileri olan çocukların bakım ve desteği için gereken maliyeti azaltabileceği ileri sürülmektedir. Ayrıca, gebe kadınların kendilerinin ve fetüsün bu uygulama ile risk altında olduğu gibi, prenatal tarama testlerine dair mevcut yanlış anlamaların düzeltilmesine ve böylece aydınlatılmış onamın desteklenmesine yardımcı olacağı düşüncesi ile önerilmektedir.

2. Girişimsel olmayan ileri bir tarama testi olan NIPT'in, gebelik takibinden sorumlu hekim tarafından önerilebilmesi için, ilgili testin endikasyonlarının etik ve tıbbi kılavuzlarla belirlenmesi, NIPT'in yapısı itibari ile doğru sonucu verebilmesi için en erken uygulanabileceği hafta olarak 10. haftadan itibaren yapılabilmesi bilgisini de içeren uygulama kılavuzunun hazırlanması önemlidir.

3. Down sendromu bakımından yüksek risk pozitifliği veren NIPT uygulaması sonucunun, gebeliği sonlandırma kararının verilmesinde tek yeterli olmadığı hastaya yapılacak aydınlatmada belirtmesi, esas tanının ancak invaziv yöntemlerle alınan materyalden yapılan karyotip analizi ile konulabileceğine dair hastaya bilgilendirme yapılması ve bu aydınlatma ve önerilerin tıbbi kayıt altına alınması gereklidir.

4. Her ne kadar henüz bir tanı testi olmasa da, NIPT'in gebeliğin erken haftalarında yapılmasından dolayı NIPT'e başvurulmasının olumlu yönlerinin ön plana çıkartılması, başvuru amacının ortaya konulması önemlidir. Fetüs ve anne açısından daha riskli invaziv yöntemlere başvurulması öncesinde uygulanması ve gereksiz yere doğrudan bu yöntemlere başvuru sonucu, girişimsel yöntemlerden kaynaklı düşük riskinin gerçekleşmesinin de önüne geçecektir.

5. NIPT danışmanlığında sadece hamile kadının yararlarının değil fetüsün yararlarının da dikkate alınması önemlidir. Kadının/gebenin özerkliği, kendi geleceği hakkında karar verebilmesi hakkı ile fetüsün insan onurunun korunması bağlamında sahip olduğu hakların denge-lenmesi yönünde toplumsal farkındalığın oluşturulması, toplumda engelli bireylerin sosyal ve hukuki durumlarının iyileştirilmesi ge-rekmektedir.

6. NIPT gibi gelişmiş teknolojik tarama testlerinin kullanım ama-cının belirginleştirilmesi, bu uygulamaların esas amacının öjeniyi bes-lemek olmadığına ortaya koyulması önemlidir. NIPT testinin en er-ken 10. haftadan itibaren yapılması dolayısı ile annenin rahim tahli-yesi kararı alması durumunda, ilgili testin bir tanı testi olmadığı ve kesin tanının girişimsel tanı testi (amniyosentez) ile sağlanabileceği-nin belirtilerek önerilmesi, bu öneriye rağmen ilgili uygulamayı yap-tırmadan, yasal süresi içerisinde ise, annenin isteğe bağlı kürtaj hak-kını kullanabileceği konusunda özerkliğinin olduğunun kabul edilme-si gereklidir.

7. Engelli bireyin/down sendromlu çocuğun doğrudan zarar ka-lemi olarak değerlendirilemeyeceği, ancak bu çocuğa yapılan masraf-lar, ailenin katlanacağı maddi külfetin zarar olarak nitelendirilebile-ceği, ilgili tazminat davalarına dair yargı kararlarında bu hususların göz önünde tutulması gerektiği açıktır.

8. Gebenin takibini yapan hekimin, özen yükümlülüğü çerçeve-sinde hastasını yeterli düzeyde aydınlatarak NIPT testine yönlendir-mesi, bu yönlendirmesini ve hastasının bu testlerin yapılmasını iste-mediyine dair beyanını da tıbbi kayıtları altına alması gereklidir. An-cak kendisinin gerçekleştirmediği NIPT testi uygulaması bakımından, doğrudan Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezlerinde yapılma-sı gereken aydınlatma ya da danışmanlık hizmeti bakımından hekimin sorumlu tutulmaması, sorumluluğa yol açan kusura dayanan hukuka aykırılığın, kimin faaliyet alanında gerçekleştiğinin tespiti ve ilgili nedensellik bağının kurulması son derece önemlidir.

9. Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezlerinde yürütülen faaliyetin içeriğinin, hastaya yapılacak aydınlatmanın kapsamının, hastanın rızasının şartlarının tam olarak ortaya konulmasının gerekli-

liği, ilgili genetik verilerin hassas veri olarak korunmasının sağlanmasının önemi dikkate alındığında, bu merkezlerde verilecek danışmanlık hizmetinin önemi gibi hususların şekli olarak sadece bu kurumların idari işleyişine dair bir yönetmelikle düzenlemiş olması yeterli değildir.

10. İnsan haklarını gözeten ve engelliler için eşitliği öngören yasalarla devletin engelli bireylerin haklarına yönelik sorumluluğunu yerine getirmesi, Down sendromlu bireylerin ebeveynlerine mali ve sosyal açıdan desteklenmesi gerekmektedir.

11. Down sendromunun NIPT testi ile taraması oldukça maliyetlidir. Maliyetinin yüksekliği, ileri düzey laboratuvar gerektirmesi ve her kurumun bu donanımı karşılayamaması gibi sebeplerle, tüm gebelere rutin olarak sunulamadığından, eşit olarak erişim mümkün olamamaktadır. Özel sektördeki genetik test hizmetlerine erişim, bireylerin ekonomik yeterlilikleri ile sınırlıdır. Hamile kadından ve ebeveyninden NIPT maliyetini kendilerinin karşılamasını istemek, sosyoekonomik farklılıklar nedeniyle erişimde adaletsiz yaratmaktadır. Bu sosyal adalet sorunlarından kaçınmak için, NIPT'in finansmanının devlet tarafından karşılanması yönünde görüşler mevcuttur.

| YAZAR BEYANI                               |  |
|--|--|
| <b>Mali Destek/ Teşekkür Beyanı:</b>       | Bulunmamaktadır.   |
| <b>Yazarların Katkıları</b>                | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.                                  |
| <b>Çıkar Çatışması/ Ortak Çıkar Beyanı</b> | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| <b>Etik Kurul Onayı:</b>                   | Gerekmemektedir.   |

## KAYNAKÇA

Aslan, Halil vd. "Maternal Kanda Hücre Dışı Fetal DNA (cffDNA) ile "Non-Invasive Prenatal Test (NIPT)-Uzman Görüşü", (Erişim Tarihi 21.07.2024), <https://tjodistanbul.org/konu/dosyalar/cffDNA-2014.pdf>.

Atar, Sebahat ve Yalım, N. Yasemin. “Kişisel Nedenler İle Yapılan İnvaziv Olmayan Prenatal Test ve Etik Değerlendirme”, Türkiye Biyotetik Dergisi. 6/1 (2019): 26-33.

Aygörmez, Gülsün Ayhan, “Alman Hukukunda Down Sendromlu Fetüs Bakımından Rahim Tahliyesi”, Down Sendromlu Fetüslerin Bireylerin Hukuku Çevirimiçi Sem-pozyumu, 3.Oturum, 26.11.2022, Sözlü Bildiri Sunumu, (Erişim Tarihi 25.07.2024), <https://dssempozyum.endlessfairs.com/seminars>.

Aypar Akbağ, Nuran Nur, Aluş Tokat, Merlinda ve Çiçek, Özlem. “Non-İnvaziv Prenatal Testlerde Güncel Yaklaşımlar: Hemşirelik, Danışmanlık ve Etik”, Jinekoloji Obstetrik ve Neonatoloji Tıp Dergisi. 17/1 (2020): 301-304.

Başaran, Seher. “Türkiye’de Prenatal Tanının Tarihiçesi”, Türkiye Klinikleri J Med Genet-special Topics. 3/2 (2018): 1-4.

Benn, Peter A. ve Chapman, Audrey R. “Ethical challenges in providing noninvasive prenatal diagnosis”. Curr Opin Obstet Gynecol. 22/2 (2010):128-134.

Benn, Peter. “Position statement from the Chromosome Abnormality Screening Com-mittee on behalf of the Board of the International Society for Prenatal Diagnosis”, Prenat Diagn 35 (2015): 725-734.

Bozkurt, Kutluhan, “Belçika Hukukunda ve AİHM Kararlarında Down Sendromlu Fetüs Bakımından Rahim Tahliyesi”, Down Sendromlu Fetüslerin Bireylerin Hukuku Çevirimiçi Sem-pozyumu, 3.Oturum, 26.11.2022, Sözlü Bildiri Sunumu, (Erişim Tarihi 25.07.2024), <https://dssempozyum.endlessfairs.com/seminars>.

Coşkun, Hilal Yener. “Gebelikte Yapılan Prenatal Tarama Testleri ve Bu Testlere İstinaden Uygulanan Girişimsel Tanı Yöntemlerinin Hukuki Boyutu”, Tıp Hukuku Dergisi. 5/1 (2014): 25-62.

Çalış, Pınar ve Bayram, Merih. “Prenatal İnvaziv Tanı Tekniklerinin Uygulamaları, Komplikasyonları ve Karşılaşılan Zorluklar”, Türkiye Klinikleri J Med Genet-special Topics. 3/1 (2018): 38-43.

Çobanoğlu, Nesrin, “Genetik tarama testleri ve etik”, içinde Güncel Genetik Tabanlı Tarama Testleri, ed. Haluk Akın, 74-78. Ankara: Türkiye Klinikleri, 2020.

Doğan, Erkan, Koca, Yasin ve Selçuk, Mehmet Ali. “Down sendromlu olgularda prenatal aydınlatma yükümlülüğündeki tartışmalar ve maluliyet değerlendirmesine adli tıbbi yaklaşım”, J For Med. 37/1 (2023): 26-32.

Dölen, İsmail. “How Should a Fetus with Down Syndrome be Diagnosed in Prenatal Care?”, Turk J Womens Health Neanotol. 3/2 (2021): 39-49.

Erşan, Mesude, “Kadın doğumcular: Down sendromu malpraktis davasına konu olmasın, 22.04.2022”, (Erişim Tarihi 25.07.2024), <https://www.diken.com.tr/kadin-dogumcular-down-sendromu-malpraktis-davasina-konu-olmasin/>.

Esen, Kadriye, Gerçek Öter, Emine ve Uyar Hazar, Hale. “İnvaziv Olmayan Prenatal Teste Etik Bakış”, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi. 31/1 (2022): 60-69.

Fletcher Hugh, Hickey Ivor ve Science Garland, Bios Instant Notes Genetik, çev. Hasan Acar, İstanbul: Nobel Yayıncılık, 2015, 311.

Gadsbøll, Kasper vd. “Current use of noninvasive prenatal testing in Europe, Australia and the USA: A graphical presentation”, Acta Obstet Gynecol Scand. 99 (2020): 722-730.

Gönenç, Fulya İlçin, “Kadın Doğum Vakalarının Tazminat Hukuku Yönünden Taşıdığı Özellikler”. İçinde Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, eds. Pervin Somer ve İpek Sevda Söğüt, 143-158. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Güney Tunalı, Işıl. Down Sendromundan Kaynaklanan Tazminat Davalarında Aydınlatmanın Kapsamı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Hakeri, Hakan ve Reva, Zeynep. “Etik ve Boyutlarıyla Tasarım Bebek”. Tıp Hukuku Dergisi. 16/1 (2019): 157-188.

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Cilt II Özel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Hashiloni-Dolev, Yael, ““Wrongful Life”, In the Eyes of the Law, the Counselors and the Disabled” içinde A Life (Un) Worthy of Living-Reproductive Genetics in Israel and Germany, Yael Hashiloni-Dolev, Springer, 2007.

Kazemi, Mohammad, Salehi, Mansoor ve Kheirollahi, Majid. “Down syndrome: current status, challenges and future perspectives”, *Int J Mol Cell Med.* 5/1 (2016): 126-133.

Korkut, Sabriye vd. “Down Sendromunda İzlem, Prenatal İzleminde Karşılaşılan Zorluklar”, *Jinekoloji-Obstetrik ve Neontoloji Tıp Dergisi.* 15/2 (2018): 90-93.

Özkaya, Hande ve Bora, Elçin. “Genetik Tabanlı Tarama Testlerinde Genetik Danışmanlık”, içinde Güncel Genetik Tabanlı Tarama Testleri, ed. Haluk Akın, 12-15. Ankara: Türkiye Klinikleri, 2020.

Schlaikjaer Hartwig, Tanja vd., “Discordant non-invasive prenatal testing (NIPT) - a systematic review”. *Prenat Diagn.* 37/6 (2017): 527-539.

Şirin, Fevziye Burcu. “Prenatal Tarama Testleri ve Hücreden Bağımsız Fetal DNA”, *Med J SDU.* 27/ 2 (2020): 254-260.

Temizkan, Güler. “Tıpta Genetik Mühendisliği Uygulamaları ve Etik”, içinde İleri Teknoloji Tıbbı ve Hekim-Hasta İlişkisi, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, ed. Öztan Öncel ve diğerleri, 73-83. İstanbul: Nobel Kitabevi, 2006.

Tuncalı, Timur. “Down Sendromunun Nörobiyolojisi”, *Tıbbi Genetik Özel Sayı-Down Sendromu*, ed. Hatice Ilgın Ruhi (Türkiye Klinikleri:2024): 1-10.

Tuncer, Feyza Nur. “Genetik Çalışmaların Önemi ve Etik İlkeleri”, içinde Uluslararası Gen Hukuku Sempozyumu, ed. Özlem Yenerer Çakmut, 25-35. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Willems, Patrick vd. “The first 3,000 non-invasive prenatal tests. (NIPT) with the harmonytest in Belgium and the Netherlands”, *Facts Views Vis Obygn.* 6/1 (2014):7-12.

Yenerer Çakmut, Özlem *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi.* İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003.



Yüreğir, Özge Özalp vd. “Prenatal (Doğum Öncesi) Tanı”, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi. (2012): 80-94.

ACOG Practice Bulletin No. 163 Summary: Screening for Fetal Aneuploidy. *Obstet Gynecol*, 127/5 (2016) :979-981.

Medlineplus, “Genetic Testing” (Erişim Tarihi 19.07.2024), <https://medlineplus.gov/genetictesting.html>.

Next Genetic Center, “Genetik Test Türleri Nelerdir?” (Erişim Tarihi 19.07.2024), <https://www.nextgenetic.com/genetik-test-turleri-nelerdir/>

Nuffield Council on Bioethics Report, Published 01.03.2017, “Non-invasive prenatal testing: ethical issues”. (Erişim Tarihi 25.07.2024), <https://www.nuffieldbioethics.org/publications/non-invasive-prenatal-testing>.

T.C Sağlık Bakanlığı, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, Doğum Öncesi Bakım Yönetim Rehberi, Kadın ve Üreme Sağlığı Dairesi Başkanlığı Ankara, 2018, (Erişim Tarihi 25.07.2024), <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/28085/0/dogumoncesibakimyonetimrehberipdf.pdf>.

T.C Sağlık Bakanlığı, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, Riskli Gebeliklerde Yönetim Rehberi, Kadın ve Üreme Sağlığı Dairesi Başkanlığı Ankara, 2014, (Erişim Tarihi 25.07.2024), <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/21958/0/riskli-gebelik-yonetim-rehberipdf.pdf>.

T.C Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Araştırma, Geliştirme ve Sağlık Teknolojisi Değerlendirme Dairesi Başkanlığı. Ankara, 2020. Gebelikte Fetal Kromozomal Anomali Taraması Amacıyla Uygulanan Testlerin Etkililik Analizi, (Erişim Tarihi 21.07.2024), <https://argestd.saglik.gov.tr/Eklenti/36631/0/gebeliktarama20200225pdf.pdf>.

World Health Organization (WHO) Human Genetics Programme, “Review of Ethical Issues in Medical Genetics 2003”, (Erişim Tarihi 25.07.2024), [https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/68512/WHO\\_](https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/68512/WHO_)

Reklam Kurulu Kararı, Reklam Kurulu, D. 2021/5145, T. No. 327, (8.11.2022) <https://lexpera.com.tr>.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2023/6782 (23.11.2023) <https://kazanci.com.tr>.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, K. 2024/1111 (12.03.2024), <https://kazanci.com.tr>.

## 2023'DEN GÜNÜMÜZE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA İPTAL ETTİĞİ HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*The Constitutional Court From 2023 to The Present  
Evaluation of The Annulled Provisions of the  
Turkish Civil Code*

**Dr. Öğr. Üyesi Zehra Gizem ATEŞ\***

### ÖZET

Son yıllarda toplumun hızla gelişen ve değişen ihtiyaçları doğrultusunda Anayasa Mahkemesi tarafından Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) aile hukuku hükümlerinden bazıları iptal edilmiştir. İptal edilen hükümlerin yürürlük tarihi Anayasa Mahkemesi tarafından ileri tarihe bırakılmıştır. Yürürlük tarihi dolmasına rağmen kanun koyucu tarafından yeni bir yasal düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Bu durumda iptal edilen hükümlerin aile hukukuna yansımaları ve iptal sonucu oluşan boşluğun nasıl doldurulacağı üzerinde durulması ge-

---

\* İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD, zehragizem.ates@yeniuyuzuil.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3973-8630.

**Makale Geliş Tarihi:** 24.07.2024

**Makale Kabul Tarihi:** 09.09.2024

⇒ **Atıf Şekli:** Zehra Gizem Ateş "2023'den Günümüze Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu'nda İptal Ettiği Hükümlerin Değerlendirilmesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 675-724.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



rekmetedir. Bilhassa ard arda gelen iptal kararları neticesinde aile hukuku hükümlerinde önemli bir değişim gözlenmektedir. Bu çalışmanın amacı, 2023'den günümüze kadar Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen aile hukuku hükümlerini ortaya koymak ve iptal kararlarının olası sonuçlarını tartışmaktır. Öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları TMK sistematığına göre belirlenecek, ardından iptalin etkisi incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa Mahkemesi İptal Kararları, Türk Medeni Kanunu'nda İptal Edilen Hükümler, Boşanma, Kadının Soyadı, Soybağı.

### **EXTENDED ABSTRACT**

In Turkish law, the Constitutional Court has cancelled many family law provisions since 2023. Reasons such as changing social needs, social requirements, the need for modern legal regulation and modernisation have been effective in making these decisions. The aim of this study is to examine the provisions of Turkish family law that have been cancelled from 2023 to the present. In our study, the cancelled provisions will be examined in accordance with the systematic of the law, and the current regulation and practice will be discussed about each provision. The regulations in Swiss and German law regarding the cancelled provision will be discussed. Then, the cancellation decision of the Constitutional Court and its justification will be examined, and finally, the cancellation decision will be evaluated and suggestions will be made about the new legal regulation.

Article 166/f.4 of the Turkish Civil Code, which was cancelled by the decision of the Constitutional Court, was as follows 'In the event that the lawsuit filed for any of the grounds for divorce is dismissed and three years have elapsed from the date of the finalisation of this decision, if the common life cannot be re-established for whatever reason, the marriage union is deemed to be fundamentally shaken and divorce is decided upon the request of one of the spouses.' In this provision, it is regulated that divorce can be decided upon the request of one of the spouses due to the failure to re-establish a common life (de facto separation). In order for this provision to be applied, the

divorce case filed for any reason must have been rejected and although three years have passed since the finalisation of the decision, the common life must not be re-established within this period. In this case, in the divorce case filed by one of the parties, the court decides for divorce regardless of whether the marriage has been shaken from its foundations or not. Although this provision is a frequently used provision in practice, it was criticised in the doctrine due to the length of the waiting period and the condition that the previous lawsuit was rejected. The waiting period in the provision is two years in the Swiss Civil Code and three years in the German Civil Code.

With the decision of the Constitutional Court dated 22.02.2024 and numbered E. 2023/116, K. 2024/56, Article 166/f.4 of the Civil Code was cancelled. The decision was published in the Official Gazette dated 19.04.2024 and numbered 32522. The decision was decided to enter into force nine months after the date of publication in the Official Gazette, i.e. on 19.01.2025. In the justification of the decision, it is stated that divorce cases already take a long time, the three-year waiting period added on top of this is too long and this situation is contrary to the principle of proportionality.

To evaluate the cancellation decision, it is a fact that the three-year waiting period is too long. The period should be shortened by taking the opinions in the doctrine and the Swiss Civil Code as an example. However, a new provision with a shorter duration but with the same content should be introduced instead of this cancelled provision. In other words, in our opinion, the reason for divorce based on de facto separation due to the inability to re-establish a common life must be included in the law. Otherwise, it will be very difficult for the parties to divorce.

Another provision cancelled by the Constitutional Court was Article 187 of the TCC, which reads as follows 'A woman shall take her husband's surname upon marriage; however, she may also use her previous surname in front of her husband's surname upon a written application to the marriage officer or later to the civil registry office. A woman who has previously used two surnames can benefit from this right only for one surname.' In Turkish law, the issue of women's surnames has been debated for years. The doctrine criticised the fact that

a married woman takes her husband's surname and a married woman cannot use only her maiden name. In the 'Ünal Tekeli' case, the European Court of Human Rights accepted the application of a married woman who wanted to use only her maiden name. This judgement was a turning point in terms of legal regulations. In the individual applications made to the Constitutional Court on the subject, the Supreme Court stated in its previous judgements that it would be contrary to public order for a married woman to use a surname other than her husband's surname. In its recent judgements, the Constitutional Court ruled that a married woman can only use her maiden name. Following this, the Court of Cassation also changed its opinion and started to rule that married women can only use their maiden surname. Prior to the cancellation of the provision, married women who wanted to use only their maiden name by filing a lawsuit to the Family Court were accepted. However, this situation undermined the security of law and created a non-uniform practice. In Swiss and German law, married women are not obliged to take their husband's surname. Spouses may choose a 'family name' if they wish.

Another provision cancelled by the Constitutional Court was Article 187 of the TCC, which reads as follows 'A woman shall take her husband's surname upon marriage; however, she may also use her previous surname in front of her husband's surname upon a written application to the marriage officer or later to the civil registry office. A woman who has previously used two surnames can benefit from this right only for one surname.' In Turkish law, the issue of women's surnames has been debated for years. The doctrine criticised the fact that a married woman takes her husband's surname and a married woman cannot use only her maiden name. In the 'Ünal Tekeli' case, the European Court of Human Rights accepted the application of a married woman who wanted to use only her maiden name. This judgement was a turning point in terms of legal regulations. In the individual applications made to the Constitutional Court on the subject, the Supreme Court stated in its previous judgements that it would be contrary to public order for a married woman to use a surname other than her husband's surname. In its recent judgements, the Constitutional Court ruled that a married woman can only use her maiden name. Following this, the Court of Cassation also changed its opinion

and started to rule that married women can only use their maiden surname. Prior to the cancellation of the provision, married women who wanted to use only their maiden name by filing a lawsuit to the Family Court were accepted. However, this situation undermined the security of law and created a non-uniform practice. In Swiss and German law, married women are not obliged to take their husband's surname. Spouses may choose a 'family name' if they wish.

The Constitutional Court cancelled Article 187 of the Civil Code with its decision dated 22.02.2023 and numbered E. 2022/155, K. 2023/38. The decision was published in the Official Gazette dated 28.04.2023 and numbered 32174. The decision was decided to enter into force 9 months later. Thus, the decision entered into force on 28.01.2024. In the proposed law submitted to the Parliament, it is envisaged that Article 187 of the Civil Code will be amended as follows: 'A woman takes her husband's surname upon marriage. However, the woman may also use her own surname in front of her husband's surname with a written application to the marriage officer or later to the civil registry office. If the surname of the woman consists of her own surname and the surname of her former husband, she may use only one of these surnames in front of the surname of her husband.'

The surname of the woman is a very important issue. Because this issue also concerns the surname of the child. Since Article 187 of the TCC has been cancelled, Article 173 of the TCC should be revised in connection with this.

If the bill is enacted as it is, it will be enacted with almost no change in the content of the article. Therefore, it may again be the subject of an individual application to the Constitutional Court. The same discussions will continue again. We believe that the legislator should make a new regulation by taking the Swiss Civil Code and the German Civil Code as examples. Married couples should use a common surname if they wish, or keep their single surname if they wish. The joint surname can be the surname of one of them. However, if the legislator does not want to change the cancelled law too much due to social requirements, the married couple may be given a choice: As a rule, married couples can use the man's surname. If they wish, they can choose the surname of one of them as their joint surname or continue to use their maiden name.

The cancelled Article 286 of the TCC regarding the lawsuit for denial of paternity was as follows: 'The husband may refute the paternity by filing a lawsuit for denial of paternity. This action shall be brought against the mother and the child.' In this article, it is seen that the husband and the child can file a lawsuit for denial of paternity, but the mother cannot file a lawsuit for denial of paternity. The fact that this right was not given to the mother led to different interpretations in the doctrine. According to one opinion, it is objectionable for the mother to file a lawsuit for the denial of paternity, as it would lead her to obtain rights based on her own negligent behaviour. According to the other opinion, since the paternity of the child is closely related to the private life of the mother, the mother should be given the right to file a lawsuit for denial of paternity. In Swiss law, the mother is not given the right to file a lawsuit for denial of paternity. In German law, the mother is given the right to file a lawsuit for denial of paternity.

The Constitutional Court's decision numbered E. 2023/37, K. 2023/140 and dated 26.07.2023 was published in the Official Gazette. The decision entered into force nine months later (23.07.2024). During this period, the legislator did not make a new legal arrangement. In the justification of the Constitutional Court's decision, it was stated that the right of the mother to demand respect for her private life was violated (Article 20 of the Constitution) and that the person whose constitutional right is violated cannot be deprived of the opportunity to bring this before the judicial authorities (Article 40 of the Constitution). In the legislative proposal submitted to the Parliament, it is stated in Article 286 of the TCC that the mother may file a lawsuit for the denial of paternity, and in Article 289 of the TCC, it is stated that the lawsuit for the denial of paternity to be filed by the mother will be subject to a one-year prescription period starting from the birth of the child.

In our opinion, the enactment of the draft law in this form is positive. If it is enacted in this way, a new legal arrangement will be made in accordance with the grounds for annulment of the Constitutional Court.

Another provision that was cancelled was Art. 291/f.1 of the Civil Code, which reads as follows 'In cases where the husband dies before the expiry of the time limit for filing a lawsuit, or is declared absent, or permanently loses the power of discernment, the husband's des-

endants, mother, father or the person claiming to be the father may file a lawsuit for denial of paternity within one year starting from the date of birth and the date they learnt of the husband's death, permanent loss of the power of discernment or the decision of absenteeism.' The right of other interested parties to file a lawsuit for renunciation of paternity was conditional upon the husband's death, absence or permanent loss of capacity to distinguish before the time limit for filing a lawsuit expired. The dominant opinion in the doctrine did not find it right to give the biological father the right to file a lawsuit for the denial of paternity in terms of the peace of the family. According to one opinion, as in the German Civil Code, the right to file a lawsuit for denial of paternity should have been given to the biological father as primary and unconditional. In Swiss law, the biological father is not granted the right to file a lawsuit for denial of paternity, whereas in German law, the biological father can file a lawsuit for denial of paternity without any conditions.

The decision of the Constitutional Court dated E. 2023/135, K. 2024/18, 23.01.2024 was published in the Official Gazette dated 06.03.2024. The decision will enter into force nine months after its publication (06.12.2024). The draft law submitted to the Parliament does not contain any provision regarding this provision. Thus, unless a new legal arrangement is made in Article 291/f.1 of the TCC, the biological father will be able to file a lawsuit for denial of paternity without any conditions.

The last provision cancelled by the Constitutional Court, Art. 314/f.4 of the TCC was as follows 'The name of the adoptive spouses shall be written as the name of the parents in the civil registration of minors who are jointly adopted by spouses and who do not have the power of discernment.' This provision stipulates that if the minor is jointly adopted by the spouses, the name of the adoptive parents shall be written in the parental name of the minor. In Turkish law, a mixed system is applied in adoption. In Turkish law, spouses can adopt jointly as a rule. However, in exceptional cases, married persons may adopt alone. In the adoption of a minor, there are conditions related to the minor. Furthermore, there are certain conditions for the adoption of adult persons. In the adoption system, the confidentiality of the



adoption process is essential. However, in order for the name of the adopter to be written in the name of the adoptee's parents, the adoptee must be a minor who does not have the power of discernment. This is not the case for other adoption possibilities. The Constitutional Court's cancellation decision is based on the problem of the adoptee's parental name. In Swiss law, the name of the adopter is written as the name of the adoptee's parents.

In the justification of the Constitutional Court's decision, it was stated that the right to demand respect for the private life of the adopted adult was violated (Article 20 of the Constitution) and that the person whose constitutional right is violated cannot be deprived of the opportunity to bring this before the judicial authorities (Article 40 of the Constitution). The proposed law submitted to the Parliament contains the following provision: 'The names of the adoptive spouses shall be written in the civil registry of those who do not have the power of discernment as the names of the mother and father in case of joint adoption, and the name of the adopter as the name of the mother or father in case of sole adoption. This provision shall apply to other adopted persons upon their request.' If the draft law is enacted in this form, it will be in compliance with the Constitutional Court's grounds for cancellation. In our opinion, the enactment of the draft law in this form is positive.

**Key Words:** Constitutional Court Annulment Decisions, Annulled Provisions in the Turkish Civil Code, Divorce, Surname of the Woman, Paternity.

## GİRİŞ

Toplumun en küçük birimi olan aile, toplumun yapısını ve gelişimini çok yakından ilgilendirmekte ve bu nedenle son derece büyük önem arz etmektedir. Toplumun sosyal ve ahlaki değerleri aile birimi içinde şekillenmekte ve bu doğrultuda ilerleme kaydedilmektedir.

Son yıllarda ekonomik, toplumsal, kültürel, teknolojik vb. birçok alanda yaşanan gelişmeler şüphesiz aile yaşantısına da yansımıştır. Bu gelişmelere paralel olarak toplumun ihtiyaçları değişmiş ve Türk Medeni Kanunu (TMK) hükümleri ile çelişen ihtiyaçlar gündeme gel-

miştir. Bu ihtiyaçlara zaman zaman yanıt veremeyen TMK hükümleri karşısında Yargıtay uygulaması ortaya çıkmış ve ardından Anayasa Mahkemesi bazı TMK hükümlerini iptal etmiştir.

İptal edilen TMK hükümleri gerçekten toplum için o kadar büyük önem arz etmektedir ki, iptal kararları halk arasında konuşulmakta ve toplumun iptal kararı sonrası takınacağı tavırlar her yönüyle tartışılmaktadır. Şüphesiz iptal edilen hükümlerin TMK'daki yerinin hukuki açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü iptal kararında Anayasa Mahkemesi yürürlük tarihi olarak ileri bir tarihi belirlemiş olmasına rağmen kanun koyucunun yeni bir yasal düzenleme yapmadığı görülmektedir. Bazı hükümler (bu makale hazırlanırken) yeni iptal edildiği için yürürlük tarihi henüz gelmemiştir. Ancak kanun koyucunun iptal edilen hüküm yerine nasıl bir hüküm ihdas etmesi gerektiği ya da hiçbir hüküm ihdas etmezse nasıl bir boşluk olacağı bu çalışmada tartışılacaktır.

Çalışmamızda ilk olarak 2023 yılından günümüze kadar iptal edilen TMK md. 166/f.4, TMK md. 187, TMK md. 286/f.1, TMK md. 291/f.1, TMK md. 314/f.4 hükümlerinin her biri iptal edilmeden önceki mevcut düzenleme, varsa bu düzenleme ile ilgili tartışmalar, uygulamadaki durum ele alınacaktır. Her bir hüküm hakkında kanun sistematığına uygun olarak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının nedeni ve Yargıtay'ın yaklaşımı da ele alınacaktır. Ardından iptal edilen hükmün yerine yeni bir hüküm ihdas edilip edilmediği, iptal edilen hükümlerin ardından mevcut uygulama ortaya konulacak ve iptal edilen hüküm yerine getirilmesi gereken madde metni hakkında öneriler belirtilecektir.

## **I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TÜRK MEDENİ KANUNU MADDE 166/IV'ÜN İPTALİ HAKKINDA 22.04.2024 TARİHLİ KARARI**

### **A. İptal Kararından Önceki Mevcut Düzenleme**

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına konu olan TMK md. 166/f.4 şöyleydi: *“Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.”* Bu hükümle herhangi bir nedenle açılan boşanma davasında mahkeme davanın reddine karar

vermişse, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl süreyle taraflar arasında ortak hayat yeniden kurulamamışsa, taraflardan birinin açacağı boşanma davasında hâkim boşanmaya karar veriyordu.<sup>1</sup> İlk açılan boşanma davasında boşanma sebebi ispat edilememiş veya taraflar davadan feragat etmiş olmaları fark etmeksizin boşanma davası her ne sebeple reddedilmiş olursa olsun TMK md.166/f.4'ün uygulanması bakımından fark yaratmıyordu.<sup>2</sup> Önemli olan red kararının kesinleştiği tarihten itibaren üç yılın dolmuş olması ve bu süre içinde ortak hayatın her ne sebeple olursa olsun yeniden kurulamamış olmasıydı. Boşanma davasının reddine dair kararın kesinleşmesinden itibaren üç yıl içinde ortak hayat yeniden kurulamamışsa, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu kabul ediliyor ve boşanmaya karar veriliyordu.<sup>3</sup> Bir başka ifadeyle hâkim böyle bir durumda TMK md. 166/f.4'te yer alan şartlar mevcutsa evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığını araştırmıyordu. Yargıtay TMK md. 166/f.4'te yer alan koşulların yerine gelip gelmediğini, ortak hayatın yeniden kurulup kurulmadığını kararlarında titizlikle inceliyordu.<sup>4</sup>

TMK md. 166/f.4 doktrinde birçok yönden eleştirilmekteydi.<sup>5</sup> Öncelikle fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası açma imkânının önceden açılmış boşanma davasının reddedilmesine dayandırılması eleştiriliyordu.<sup>6</sup> Ayrıca bu hükümle boşanmada kusurlu olan eşe prim ve-

<sup>1</sup> Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024), 129; Mehmet Erdem ve Aslı Makarcı-Başak, *Aile Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023),143; Süleyman Yılmaz ve Abdülkerim Yıldırım, *Medeni Hukuk I Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku* (Ankara: 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023), 228; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku 2. Cilt* (İstanbul: Beta, 2020), 272.

<sup>2</sup> Yılmaz ve Yıldırım, *Aile Hukuku*, 228; Akıntürk ve Ateş, *Aile Hukuku*, 273.

<sup>3</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 128 vd; Erdem ve Makarcı-Başak, *Aile Hukuku*, 146; Akıntürk ve Ateş, *Aile Hukuku*, 273-274; Y. 2. Hukuk Dairesi, 12.01.2016, E. 2015/9130, K. 2016/365, www.kazanci.com, E.T. 30.06.2024.

<sup>4</sup> Y. 2. Hukuk Dairesi, 11.11.2019, E. 2019/7178, K. 2019/11166; Y. 2. Hukuk Dairesi, 23.06.2011, E. 2011/10841, K. 2011/11844; www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 30.06.2024.

<sup>5</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 131; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 704-705; Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1990), 196-197.

<sup>6</sup> Saibe Oktay-Özdemir, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", *Public and International Law Bulletin*, 35/ 1 (2015) 39; Gamze Turan Başara,

rildiği ve bu nedenle hükmün yerinde olup olmadığının tartışılması gerektiği belirtiliyordu.<sup>7</sup> Eleştirilerin odağında özellikle üç yıllık sürenin çok uzun olması, bu sürede evlilik dışı ilişki yaşama ihtimalinin artması bulunmaktaydı. Bu nedenle üç yıllık sürenin İsviçre hukukunda olduğu gibi kısaltılması gerektiği belirtiliyordu.<sup>8</sup>

## B. İsviçre ve Alman Medeni Kanun'larındaki Durum

İsviçre Medeni Kanunu'nda fiili ayrılık nedenine dayalı boşanma, 01.06.2004 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik<sup>9</sup> sonrasında ZGB Art. 114'de şöyle düzenlenmektedir: *“Eşlerden her biri davanın derdest olduğu süre içinde veya iki yıl ayrı yaşamış olmaları şartıyla boşanma talebinde değişiklik yaparak boşanma isteyebilirler.”* Maddeye göre eşlerin yasal ayrılık süresi boyunca ayrı yaşamaları, evliliğin sona erdiğine dair resmi bir kanıt teşkil eder; gerekli ayrılık süresi sona erdiğinde evliliğin sona erdiği reddedilemez bir şekilde varsayılır.<sup>10</sup> Bu anlamda ZGB Art. 114 boşanmayı talep eden eşe, boşanmaya karşı çıkan eşe karşı mutlak bir boşanma davası hakkı vermektedir.<sup>11</sup> Maddenin uygulanması bakımından kusur sorunu tamamen göz ardı edilmektedir.<sup>12</sup> Hükmün uygulanması için mahkeme tarafından verilmiş ayrılık kararı bulunmasına gerek bulunmamaktadır.<sup>13</sup> Hükmün anlamında ayrılık evlilik birliği nedeniyle bir hane halkı topluluğunun bulunmaması (eşler arasında bozulmuş bir ilişki ile ifade edilir) halinde mevcuttur.<sup>14</sup> Bu nedenle eşlerin bir ev birliği içinde yaşamamaları (yani kapsamlı bir zihinsel, fiziksel ve ekonomik birliktelik içinde

“Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı”, TAAD, 15/59 (2024), 400.

<sup>7</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 131.

<sup>8</sup> Görüşler ve detaylı açıklamalar için bkz. Mehmet Emin Özgül, “Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Nedeniyle Boşanma Davası”, SÜHFD, 29/3, 2021, 2363-2365; Oktay-Özdemir, “Revizyon İhtiyacı”, 39; Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku (Ankara: 2. Bası, 2016), 146; Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021), 124.

<sup>9</sup> AS 2004 2161; BBI2003 3927 5825; (değişiklik öncesinde 4 yıl olan süre 2 yıla indirilmiştir.)

<sup>10</sup> Schwander, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 114 N 1; Jungo, CHK III, ZGB. Art. 114, N 1.

<sup>11</sup> Jungo, CHK III, ZGB Art. 114, N 1; Schwander, ZGB Art. 114 N. 1

<sup>12</sup> BGE 126 III 404 E 4a; Fankhauser, FamKomm ZGB 114, N. 2f.

<sup>13</sup> Jungo, CHK III, ZGB. Art. 114, N. 2; Schwander, ZGB Komm, Art. 114 N.3.

<sup>14</sup> Jungo, CHK III, ZGB. Art. 114, N. 2; Schwander, ZGB Komm, Art. 114 N.3.

olmamaları; objektif gereklilik) ve eşlerden birinin evlilik birliğini reddettiği için bunu kurmak ya da sürdürmek istememesi (sübjektif gereklilik) gerekmektedir.<sup>15</sup>

İsviçre Medeni Kanunu md. 115'de ise şu düzenleme yer almaktadır: *“İki yıllık sürenin dolmasından önce, eşlerden biri, kendisinin sorumlu olmadığı zorlayıcı sebeplerden dolayı, evlilik birliğinin temelinden sarsılması halinde boşanma davası açabilir.”* “Geçimsizlik” boşanma gerekçesi ZGB Art.114 kapsamındaki ayrılık gerekçesi gibi (evliliğin) çöküş ilkesine dayanmaktadır. Ancak diğer iki boşanma gerekçesinden farklı olarak (ZGB Art.111-anlaşmalı boşanma, ZGB Art.114) hükmün nasıl uygulanacağı içtihatlarla bırakılmıştır; daha ziyade uygulanması her bir vakada evliliğin çöküşünün nedenlerinin ve derecesinin incelenmesini gerektirir.<sup>16</sup> Kusur sorunu da burada belirli bir rol oynamaya devam etmektedir.<sup>17</sup> Zorlayıcı sebep oluşturan durum, davacı eşe atfedilemeyecek ciddi nedenlerden kaynaklanıyorsa ya da davacı eşe yüklenebilecek kusur diğer eşe oranla daha azsa, ZGB Art. 115'e göre boşanmaya karar verilebilir.<sup>18</sup> ZGB Art. 115 genel bir hükümdür ve içeriğinin somutlaştırılması içtihat hukukuna bırakılmış olduğundan yerel mahkeme karar verirken bireysel davanın tüm koşullarını dikkate alarak mümkün olduğunca uygun bir karar vermelidir.<sup>19</sup> Evlilik birliği özellikle davacı eşin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne yönelik ciddi yaralanmalar veya davalı eşin şiddet eylemleri,<sup>20</sup> özellikle hareket özgürlüğünün ciddi şekilde engellenmesi (telefon takibi gibi),<sup>21</sup> cezai suçlar,<sup>22</sup> tek taraflı mantık (formalite) evliliği,<sup>23</sup> eşin bakım yükümlülüğünün ağır ve uzun süreli ihlali<sup>24</sup> gibi sebepler ZGB Art. 115'e göre boşanma sebebini teşkil edebilir.

<sup>15</sup> Fankhauser, FamKomm ZGB 114, N. 14 f; Jungo, CHK III, ZGB. Art. 114, N. 2.

<sup>16</sup> Jungo, CHK III, ZGB. Art. 115, N. 1.

<sup>17</sup> BGE 126 III 404.

<sup>18</sup> Jungo, CHK III, ZGB. Art. 115, N 5.

<sup>19</sup> BGE 127 III 347 E2a.

<sup>20</sup> BGE 127 III 129.

<sup>21</sup> BGE 5C, 141/2001.

<sup>22</sup> BGE 5A\_177/2012.

<sup>23</sup> BGE 127 III 347.

<sup>24</sup> Fankhauser, FamKomm ZGB 115, N 8.

Alman Medeni Kanunu'nun "evliliğin başarısızlığı" başlıklı § 1565 şöyledir: " (1) Bir evlilik başarısız olursa boşanma kararı verilebilir. Eşler arasındaki hayat ortaklığı artık mevcut değilse ve eşlerden bunu yeniden kurmaları beklenmiyorsa evlilik başarısız olmuştur. (2) Eşler bir yıldan daha az süredir ayrı yaşamışsa, ancak evliliğin devamının diğer eşle ilgili nedenlerden dolayı başvuru sahibi açısından makul olmayan zorluk teşkil etmesi durumunda evlilik boşanmayla sona erebilir." Kanunda "başarısızlık" ifadesi kullanılarak evlilik durumunun bağımsız bir şekilde belirlenmesi amaçlanmıştır.<sup>25</sup> Bir yıllık ayrı yaşama süresi dolmadan boşanmak kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte karşı tarafa ait sebeplerden dolayı evliliğin devamı boşanmaya başvuran taraf için çekilmez hale gelmişse, bir yıllık ayrı yaşama koşulu gerçekleşmeden boşanmaya hükmedilebilir. Metindeki "olabilir" kelimesi hâkime hiçbir takdir yetkisi vermez.<sup>26</sup>

Başarısızlık karinesi başlıklı BGB § 1566 ise şöyledir: " (1) Eşlerin bir yıldan beri ayrı yaşamaları ve her iki eşin de boşanma talebinde bulunması veya davalının boşanmayı kabul etmesi durumunda evliliğin başarısız olduğu reddedilemez bir şekilde kabul edilir. (2) Eşlerin üç yıldan beri ayrı yaşamaları halinde evliliğin başarısızlığa uğradığı inkar edilemez bir şekilde kabul edilir." Bu hüküm eşlerin bir yıldır ayrı yaşamaları durumunda evliliğin başarısızlığa uğradığı varsayımına temel olarak eşlerin davranışlarını dikkate alır.<sup>27</sup> Boşanma kararının dayanağı olan bir yıllık ayrılık süresine uyulmalıdır.<sup>28</sup> Ön koşul, eşlerin boşanma başvurusunu karşılıklı olarak yapmaları veya eşlerden birinin boşanmayı kabul etmesidir.<sup>29</sup>

Maddenin ikinci fıkrasında yer alan üç yıl şartı, evliliğin telafisi mümkün olmayan bir şekilde sona erdiği yönündeki fiili karineyi, reddedilemez bir hukuki karineye dönüştürür.<sup>30</sup> Böylelikle mahkeme evliliğin başarısız olduğunu tespit ettiyse bununla yetinir. Ayrıca eşle-

---

<sup>25</sup> MüKoBGB/Weber BGB § 1565 Rn.

<sup>26</sup> MüKoBGB/Weber BGB § 1565 Rn.

<sup>27</sup> MüKoBGB/Weber BGB § 1566 Rn.

<sup>28</sup> MüKoBGB/Weber BGB § 1566 Rn.

<sup>29</sup> Jauernig/Budzikiewicz BGB § 1566 Rn.

<sup>30</sup> MüKoBGB/Weber BGB § 1566 Rn; Jauernig/Budzikiewicz BGB § 1566 Rn; HK-BGB/Schulze BGB § 1566 Rn.

rin evlilik durumunu araştırmasına gerek yoktur.<sup>31</sup> Mahkemenin araştıracağı husus, üç yıllık ayrı yaşama süresinin dolmuş olup olmadığıdır. Üç yıllık süre yapılan son sözlü duruşmada dolmuş olmalıdır.<sup>32</sup>

### C. İptal kararı ve Gerekçesi

Anayasa Mahkemesi'nin E. 2023/116, K. 2024/56 sayılı ve 22.02.2024 tarihli kararı ile TMK md. 166/f.4 hükmünün iptal edilmesine karar verilmiştir. Karar 19.04.2024 tarihli 32522 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Ayrıca kararın Resmi Gazete'de yayım tarihinden dokuz ay sonra, yani 19.01.2025 tarihinde yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında, Anayasa'nın özel hayatın gizliliği başlıklı 20. maddesinin 1. fıkrasında özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının düzenlendiğini, boşanmanın da aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında olduğunu, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamanın ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir.<sup>33</sup> Ölçülülük ilkesinin ise elverişlilik, gereklilik, orantılılık olarak üç alt ilkeden ibaret olduğu, TMK md. 166/f.4 incelendiğinde elverişlilik ve gereklilik alt ilkelerine aykırılık olmadığı fakat orantılılık alt ilkesi yönünden ölçülülük ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.<sup>34</sup> Bunun gerekçesi olarak boşanma davalarının zaten uzun sürdüğü, bunun üzerine davanın reddi kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl beklenerek ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı olarak boşanma davası açılmasının ilgililere katlanamayacakları bir külfet yüklediği, tarafların çok uzun sürelerle boşanamadığı, bu sürelerin evlilik dışı ilişkileri körüklediği belirtilmiştir.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> MüKoBGB/Weber BGB § 1566 Rn; Jauernig/Budzikiewicz BGB § 1566 Rn; HK-BGB/Schulze BGB § 1566 Rn.

<sup>32</sup> MüKoBGB/Weber BGB § 1566 Rn; Jauernig/Budzikiewicz BGB § 1566 Rn; HK-BGB/Schulze BGB § 1566 Rn.

<sup>33</sup> AYM. TMK md.166/f.4'ün İptali Kararı, paragraf 28.

<sup>34</sup> AYM. TMK md.166/f.4'ün İptali Kararı, paragraf 29-30.

<sup>35</sup> AYM. TMK md.166/f.4'ün İptali Kararı, paragraf 32-33-34.

## D. İptal Kararının Değerlendirilmesi

Uygulamaya baktığımız zaman Aile Mahkemelerinde aşırı yoğunluk yaşandığı, bu nedenle davaların çok uzun sürdüğü görülmektedir. Hele boşanma davalarında taraf tanıklarının dinlenmesi bile en az bir yıl sürmektedir. Duruşma günleri yoğunluk nedeniyle çok ileri tarihlere verilmektedir. Bu esnada taraflar zaten ayrı yaşamaktadırlar. Boşanma davası reddedildikten sonra üç yıl beklemek ise bir an önce boşanmak isteyen taraflar için çekilmez bir hal almıştır.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında isabetli olarak Aile Mahkemeleri'ndeki yoğunluktan bahsederek yargılama sürelerinin çok uzadığına işaret etmiştir. Bu nedenle yıllar boyunca çekişmeli boşanma davası bitmeyen taraflar, bir de bunun üzerine kesinleşmeden itibaren üç yıl beklemek zorunda bırakılmaktadırlar. Bu süreler gerçekten de aile hayatını derinden zedelemektedir.

Hüküm iptal edilmeden önce boşanmak isteyen davacı tarafından açılan davanın reddine karar verildiyse son çare olarak TMK md. 166/f.4'e göre boşanmaya karar verilebiliyordu. Ancak hükmün iptal edilmesiyle birlikte boşanma davası reddedilen davacının böyle bir imkânı kalmamıştır. Mevcut duruma iki açıdan bakmak gerekir:

Birincisi TMK md. 166/f.4'ün iptal edilmesi kanaatimizce aile hukuku bakımından olumlu olmuştur. Çünkü hükümde geçen üç yıllık sürenin fazla uzun olduğu, bir veya iki yıla indirilmesi gerektiği zaten doktrinde belirtildiği için bu yolla daha makul bir çözüme ulaşılması mümkündür.<sup>36</sup>

İkincisi ise, TMK md.166/f.4 iptal edildiğine göre, hali hazırda açtığı boşanma davası reddedilen davacının elinde boşanmak için yeni deliller ve vakıalar ileri sürerek yeni bir boşanma davası açmaktan başka bir imkân bulunmamaktadır. Yani bu hükmün iptali ile boşanma zorlaştırılmıştır. Anayasa'nın 41. maddesine göre aile birliğini korumak devletin temel görevlerinden bir tanesidir. Bu temel görevi

---

<sup>36</sup> Aynı yönde bkz. Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Nedeniyle Boşanma Davası", 2371; Ayrıca söz konusu boşanma davasını açabilmek için reddedilmiş dayanak davanın mevcudiyeti şartının kaldırılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Turan Başara, "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", 402-403; Oktay-Özdemir, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", 39.



yerine getirebilmek için aile birliğinin devam etmesi özendirilmektedir. Ancak taraflara ağır külfetler yükleyen sürelerle boşanma gerçekleştirilememektedir. Zaten uzun olan boşanma davası süreci üç yılın eklenmesiyle daha da uzamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ardından kanun koyucu iptal edilen hükmün yerine yeni bir hüküm ihdas etmelidir. Kanaatimizce yeni düzenlemede ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle fiili ayrılık nedeni boşanma sebepleri arasında yer almalı fakat iptal edilen hükümdeki üç yıllık süre yerine "bir yıl" gibi beklemesi çok uzun olmayan bir süre konulmalıdır. İptal edilen hüküm yerine yeni bir yasal düzenleme yapılmaması kanaatimizce hak kayıplarına sebep olabilir. Her nasılsa evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını ispat edemeyen davacı için boşanma imkânsız hale gelmemelidir. Ortak hayatın yeniden kurulmasının mümkün olmadığı hallerde 1 yıl bekleme süresi içeren yeni bir yasal düzenleme yapılması Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesine de uygun düşecektir.

## **II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TÜRK MEDENİ KANUNU MADDE 187'NİN İPTALİ HAKKINDA 22.02.2023 TARİHLİ KARARI**

### **A. Türk Medeni Kanunu Madde 187'nin İptali Öncesindeki Mevcut Düzenleme ve Yaşanan Gelişmeler**

Evli kadının soyadı ile ilgili düzenleme içeren TMK md. 187 hükmü şu şekildeydi: *"Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir."* Türk hukukunda kişinin adı üzerindeki hakkı kişiliğin ayrılmaz parçası olan kişilik hakkının bir unsurunu oluşturur ve bu hak devredilmez, mutlak bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>37</sup> Soyadının kişi hakkında ayırt edici niteliğe sahip olması, özellikle aynı

<sup>37</sup> M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 118; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 165; Hüseyin Altaş, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 89-90; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt III Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015), 165; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020) 162-163; Yıldız Abik, *Kadının Soyadı* (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2005), 39.

soyadından gelen kişilerin aynı aileden olduklarının anlaşılması nedeniyle soyadı konusuna ayrı bir önem atfedilmektedir.<sup>38</sup> Kişiler hukukunda adın değişmezliği prensibi hâkimdir.<sup>39</sup> Bu prensip uyarınca TMK md. 27'ye göre ad ancak haklı sebeplerin varlığı halinde değiştirilebilir. Başka bir deyişle haklı sebep olmadığı sürece ad değiştirilemez.

4721 sayılı TMK md. 187'de evlenen kadına bekârlık soyadını kocasının soyadı önünde taşıma imkânı verilmiş ancak bu değişiklik bile kadın erkek eşitliğinin sağlanması için yeterli görülmemiş ve yoğun eleştirilerin odağı olmaya devam etmiştir.<sup>40</sup> Kanuni düzenlemelerin yanında kadının soyadı yargı kararlarına konu teşkil etmiş ve bu sebeple uzun tartışmalara yol açmıştır. Bunun en tipik örneği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) verdiği "Ünal Tekeli" davasıdır.<sup>41</sup> Bu davada özetle, kocasının soyadını kullanmak istemeyen başvuru, sadece bekârlık soyadını kullanmak istediğini, kocanın soyadının kullanılmasının evlenen kadına dayatılmasını kadın erkek eşitliğine aykırı olduğunu savunmuş ve mahkeme Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md. 8<sup>42</sup> ve md. 14<sup>43</sup>'ü ihlal ettiğine ka-

<sup>38</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 118-119; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 175 vd.

<sup>39</sup> Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk* (İstanbul: Legal, 2020), 103; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 133; Abik, *Kadının Soyadı*, 41 vd.

<sup>40</sup> Doktrindeki görüşler ve eleştiriler için bkz. Saibe Oktay-Özdemir, "Soyadı ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler İle Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması", *MÜHFAD*, Prof Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 22/23 (2016): 2017 vd; Süleyman Yılmaz ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu, "Soyadı Üzerine Güncel Hukuki Sorunlar", *Ankara Hacı Bayram Veli HFD*, C. 24, S. 1 (2020): 3 vd; Abik, *Kadının Soyadı*, 90 vd.

<sup>41</sup> Bkz. AİHM Kararları, Ünal Tekeli/Türkiye Davası, Başvuru no:29865/1996, <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-56-115>, Erişim Tarihi 09.05.2024.

<sup>42</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 8: "(1) Herkes, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. (2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamı tarafından, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin ya da ülkenin ekonomik refahının yararı, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması için yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, hukuka uygun olarak yapılan ve bir demokratik toplumda gerekli bulunanlar hariç, hiçbir müdahale olmayacaktır.

<sup>43</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 14: "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.

rar vermiştir.<sup>44</sup> Gerçekten bu dava Türk hukuku açısından adeta dönüm noktası olmuştur. Çünkü her ne kadar bu karardan sonra TMK’da yeni bir düzenleme yapılmış olmasa da yargı açısından emsal teşkil etmiş ve çalışmamızın konusu olan Anayasa Mahkemesi kararında da (aşağıda belirtileceği gibi) öncelikle “Ünal Tekeli” davasından bahsedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi evli kadının münhasıran bekârlık soyadını kullanması hakkında yapılan başvurularda önceleri evli çiftlerin farklı soyadları kullanmasını kamu düzenine aykırı bularak red kararı vermiş,<sup>45</sup> daha sonra ise yapılan bireysel başvuruları kabul etmiştir.<sup>46</sup> Bu kararların ardından Yargıtay da içtihat değiştirmiş, Anayasa Mahkemesi’nin verdiği karara dayanarak TMK md. 187 hükmünün AİHS hükümleri ile çatıştığı, bu nedenle uyumsuzluğu karara bağlayan ilk derece mahkemelerinin TMK md. 187 hükmünü kararlarına esas almayarak Anayasa (AY) md. 90/f.5 gereğince milletlerarası sözleşmelerin uygulanması gerektiğini belirtmiş ve yerel mahkemelerin haklı sebep aramaksızın evli kadının sadece bekârlık soyadını kullanmasına izin vermeleri gerektiğine karar vermiştir.<sup>47</sup> Buna dayalı olarak Aile Mahkemelerinde açılan davalarda evli kadının yalnızca bekârlık soyadını kullanmasına izin verildiği görülmekteydi. Bu uygulama ise fiili durum ile pozitif hukuk arasında uyumsuzluk olmasına yol açıyordu.<sup>48</sup> Oysa evli kadının sadece bekârlık soyadını kullanabilmesi her bir kadının dava açması yoluyla değil, yasal düzenleme yapılması yoluyla sağlanmalıdır. İşte TMK md. 187’nin iptali öncesinde yaşanan bu durum hâkimin insiyatifine kalmış, hukuki güvenliği zedeleyen, yeknesaklıktan uzak bir durum yaratıyordu. Bundan başka çocuğun velayeti kendisinde olan boşanan kadının dava açarak çocuğa kendi soyadının verilmesini talep etmesi durumunda mahkemeler (aksi bir bulgu yok-

<sup>44</sup> Bkz. AİHM Kararları, Ünal Tekeli/Türkiye Davası, Başvuru no:29865/1996, <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-56-115>, Erişim Tarihi 09.05.2024.

<sup>45</sup> AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011, RG. 21.10.2011, S. 28091.

<sup>46</sup> AYM. 19.12.2013, Başvuru No: 2013/2187; benzer karar analizleri için bkz. Özge Erbek Odabaşı, “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı”, Dokuz Eylül ÜHFD, 19/1 (2017), 65 vd.

<sup>47</sup> YHGK 30.09.2015, E. 2014/2-889, K. 2015/2011.

<sup>48</sup> İptal kararı öncesinde açılan bu davalar ve eleştirisi için bkz. Murat Oruç, “Evli Kadının Münhasıran Bekârlık Soyadını Kullanabilmesi”, TAAD, 7/27 (2016): 458 vd.

sa) talebi kabul ederek çocuğun soyadının annenin bekârlık soyadı ile değiştirilmesine karar vermektedirler.<sup>49</sup> Bu da son derece hatalı biçimde, sadece dava açanlar tarafından ileri sürülen ve elde edilen bir haktır.

## B. İsviçre ve Alman Medeni Kanun'larındaki Durum

İsviçre Medeni Kanunu'nun "soyadı" başlıklı 160. maddesi 2021'de yürürlüğe giren değişiklik sonrasında<sup>50</sup> şu şekilde düzenlenmiştir: "(1) Her eş kendi soyadını muhafaza eder. (2) Ancak müstakbel eşler nüfus memuruna kendi soyadlarından birini aile soyadı olarak taşımak istediklerini beyan edebilirler.

(3) Müstakbel eşler soyadlarını muhafaza ederlerse, çocuklarının hangi soyadını taşıyacağına kendileri karar verirler. Haklı durumlarda nüfus memuru eşleri bu yükümlülüktenden muaf tutabilir." Hükme göre eşler evlendikten sonra kendi soyadlarını taşıyabilirler, bunun yanında içlerinden birinin bekârlık soyadını aile soyadı olarak belirleyebilirler. Yani kadının veya erkeğin bekârlık soyadı aile soyadı olarak belirlenebilir. İsviçre Medeni Kanun'unda yapılan bu değişiklik ile hem kadın erkek eşitliği tam ölçüde sağlanmış hem de "adın değişmezliği ilkesi" tam olarak uygulanmış olmaktadır.<sup>51</sup> Ortak aile adının seçilmesi evlenmeden önce nüfus memurluğuna yapılacak bildirimle gerçekleştirilir.<sup>52</sup>

Eşler aile soyadı seçmişlerse doğacak çocuklara bu soyadı verilir. Eğer ortak soyadı seçmemişlerse nasıl bir yol izleneceği ZGB Art. 270'de belirtilmektedir: "(1) Ebeveynler birbirleriyle evli ve farklı soyadlarına sahiplerse, çocuk evlilik sırasında ortak çocuklarına vermek üzere belirledikleri bekârlık soyadlarından birini alır. (2) İlk çocuğun doğumundan itibaren bir yıl içinde, ebeveynler çocuğun diğer ebeveynin soyadını taşımasını birlikte talep edebilirler. (3) Eğer anne ve babanın ortak bir aile soyadı varsa, çocuk bu soyadını alır."

<sup>49</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Eşiner, Gülsüm. "Boşanma Sonrası Velayeti Anneye Verilen Çocuğun Soyadı". Beykent ÜHFD, (2021), 51.

<sup>50</sup> AS 2021 747, BBI 2019 8595; 2020 1273.

<sup>51</sup> Jungo, CHK III, ZGB. Art. 160, N. 1; Schmid, ZGB Art. 160, RZ 2; Hausheer/ Reuser/Geiser, BK, ZGB Art. 160, RZ 1-2.

<sup>52</sup> Schmid, ZGB Art. 160, RZ 3; Jungo, CHK III, ZGB. Art. 160, N. 2; Hausheer/ Reuser/Geiser, BK, ZGB Art. 160, RZ 12-13.

Anne babası evli olan çocuk, ebeveynler farklı soyadı taşıyorsa ortak çocuklarına vermek üzere belirledikleri soyadını alır.<sup>53</sup> Ebeveynler doğacak tüm çocuklar için tek bir soyadı belirlerler ve bu seçimi ilk çocuğun doğumundan itibaren 1 yıl içinde yapmaları gerekir.<sup>54</sup> Eşlerin çocuğa verilecek soyadı konusunda anlaşamamaları durumunda ne yapılacağına ilişkin bir düzenleme kanunda kasıtlı olarak yer almamaktadır.<sup>55</sup> Bu durumda çocuk koruma makamı arabuluculuk yapmalı ve anlaşma olmaması durumunda çocuğa (ZGB Art. 30 gereğince) çocuk koruma tedbiri kapsamında bir isim verilmelidir.<sup>56</sup>

Alman hukukunda eşlerin evlendikten sonra taşıyacakları soyadını düzenleyen BGB § 1355'e göre eşler evlenme sırasında (bu esnada seçmedikleri takdirde kamuya açıklanacak şekilde) aile adı seçerler. Eşler eğer aile adı seçmezlerse evlendikleri sırada kullandıkları soyadını kullanmaya devam ederler. Kendi bekârlık soyadı aile adı haline gelmeyen eş, diğerinin soyadını kendi bekârlık soyadının önünde kullanabilir. Ayrıca dul veya boşanmış eşin evlilik sırasında kullandığı soyadını korumaya devam edeceği maddenin 5. fıkrasında düzenlenmiştir.

Alman Medeni Kanunu'nda evli eşlerin (bekâr yaşayan partnerlerin aile adı seçmesi mümkün değildir) aile adı seçmeleri gerektiği belirtilmiştir<sup>57</sup>. Eşler kural olarak aile adı seçmelidirler ancak aile adı seçme zorunluluğu yoktur.<sup>58</sup> Eşler aile adı olarak ancak içlerinden birinin bekârlık soyadını seçebilirler, yoksa başka bir isim seçemezler.<sup>59</sup> Eşler evlilik ismi seçmezlerse önceki (bekârlık) isimlerini kullanmaya devam ederler.<sup>60</sup> Aile adı seçmeyen ebeveynler çocuk sahibi olduklarında çocuğa hangi soyadının verileceği ise BGB § 1616, 1617, 1617a, 1617b, 1617c hükümlerinde düzenlenmiştir. BGB § 1616'ya göre çocuk doğum adı olarak ebeveynlerinin aile adını alır. BGB § 1617'de ise aile adı olan ve

<sup>53</sup> Stehli, ZGB Art. 270, RZ 3.

<sup>54</sup> Stehli, ZGB Art. 270, RZ 3.

<sup>55</sup> Stehli, ZGB Art. 270, RZ 3.

<sup>56</sup> Stehli, ZGB Art. 270, RZ 3.

<sup>57</sup> MüKoBGB/v. Saksonya Gessaphe BGB § 1355, N.12.

<sup>58</sup> HK-BGB/Kemper BGB § 1355 Rn 2.

<sup>59</sup> MüKoBGB/v. Saksonya Gessaphe BGB § 1355 Rn. 20; HK-BGB/Kemper BGB § 1355 Rn 2.

<sup>60</sup> HK-BGB/Kemper BGB § 1355 Rn 5.

ortak velayete<sup>61</sup> sahip olan/olmayan ebeveynlerin çocuklarının soyadı meselesi düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre anne babanın aile adı yoksa ve müşterek velayete sahiplerse, nüfus dairesine beyanda bulunarak anne veya babanın soyadını çocuğun soyadı olarak belirleyebilirler. Belirledikleri soyadı tüm çocuklar için kullanılır. Maddenin ikinci fıkrasına göre, ebeveynler çocuğun doğumundan itibaren bir ay içinde çocuğun soyadı hakkında karar vermezlerse, aile mahkemesi çocuğun soyadını belirleme görevini ebeveynlerden birine sevk eder. Mahkeme soyadı belirlemesi için ebeveyne bir süre verir. Bu süre sonunda ebeveyn karar vermezse, çocuk sevk edilen ebeveynin soyadını alır. BGB § 1617a'ya göre ebeveynlerin aile adı yoksa ve velayet yalnızca bir ebeveyne aitse çocuk bu ebeveynin soyadını alır. Çocuğun velayetine sahip olan ebeveyn, diğer ebeveynin soyadının çocuğun soyadı olarak belirlenmesini talep edebilir. BGB § 1617b'ye göre çocuğun soyadı belirlendikten sonra ortak velayet tesis edildiğinde, çocuğun soyadı ortak velayetin tesisinden itibaren üç ay içinde yeniden belirlenebilir. Burada ebeveynler anlaşamazlarsa hukuki müdahale imkânı yoktur çünkü çocuk zaten bir soyadına sahiptir.<sup>62</sup> BGB § 1617c'ye göre ebeveynler çocuk beş yaşını doldurduktan sonra aile adı belirlemişse, aile adı, çocuğun isimlendirme sürecine katılması durumunda çocuğun doğum adını da kapsayacak şekilde olur.

### C. Anayasa Mahkemesi'nin İptal kararı ve Gerekçesi

Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi yoluyla 22.02.2023 tarihli E. 2022/155, K. 2023/38 sayılı kararı ile TMK md. 187 hükmünü iptal etmiştir. Karar 28.04.2023 tarih ve 32174 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Kararın 9 ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Böylece karar 28.01.2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında TMK md. 187'nin birinci cümlesi, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiş, aynı maddenin ikinci cümlesi de uygulama imkânı kalmadığından Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.<sup>63</sup> Anayasa Mahkemesi kararın-

---

<sup>61</sup> Ortak velayet, ebeveynlerin her ikisinin de velayete sahip olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Adem Yelmen, "Birlikte (Ortak) Velayete Yönelik İsviçre Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi", İstanbul Aydın ÜHFD, 6/ 2 (2020), 315 vd.

<sup>62</sup> MüKoBGB/v. Saksonya Gessaphe BGB § 1617b Rn 12.

<sup>63</sup> AYM, TMK md. 187'nin iptali hakkında Karar, paragraf 51.

da AİHM “Ünal Tekeli” davasında AİHS’nin 8. ve 14. maddelerinin ihlal edildiğine karar verildiğine değinmiş, ardından evli kadının bekârlık soyadını kullanamamasının AY md. 10’da yer alan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir.<sup>64</sup>

### D. İptal Kararının Değerlendirilmesi

TMK md. 187’nin eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle iptal edilmesi kanaatimizce yerindedir. Bu hükmün sadece içeriği değil esasen başlığı da eşitlik ilkesine aykırıydı: Evlilik neden sadece kadının soyadını değiştiriyor da erkeğin soyadı hiçbir koşulda değişmiyor? Bu bakımdan eşlerin soyadlarının ne olacağına ilişkin esnek, alternatifli yeni bir kanuni düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır. TMK md. 187 yerine ihdas edilecek yeni hüküm için doktrinde kanun maddesi metni önerilerinde bulunan yazarlar olmuştur.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> AYM, TMK md. 187’nin iptali hakkında Karar, paragraf 31 ila 48.

<sup>65</sup> Bazı yasal düzenleme önerileri şöyledir: “TMK md. 187 Evlenenin Eşlerin Soyadına etkisi- “Evlenmekle her eş, doğumla birlikte kazandıkları soyadını taşımaya devam ederler. Eşler dilerse kocanın soyadını aile soyadı olarak kullanabilirler. Aile soyadının tercih edilmesi durumunda kadın, kocasının soyadının önünde doğumla birlikte kazandığı soyadını da kullanabilir. Bu yöndeki beyanın en geç evlenme anında evlendirme memuruna veya evlenme sonrasında nüfus memurluğuna bildirilmesi gerekir.”, Seda Baş ve Sezgin Baş, “Anayasa Mahkemesi’nin TMK m. 187 Hükmüne İlişkin İptal Kararından Sonra Evlenen Kadının Soyadı”, Kırıkkafile Hukuk Mecmuası, 4/2 (2024): 518; Bir başka görüşe göre TMK md. 187 şöyle düzenlenmelidir: “(1) Eşler birlikte seçtikleri ortak aile adını taşırlar. Eşler ortak bir aile adı seçmemeleri halinde önceki soyadlarını muhafaza ederler. (2) Eşler ortak aile adını evlilik anında evlendirme memuruna veya evlendikten sonra nüfus müdürlüğüne yapacakları bildirim ile belirleyebilirler. Ortak aile adı kadın ya da erkeğin doğumla kazandıkları soyadı olabileceği gibi, bildirim anında taşıdıkları soyadı da olabilir. Eşler her ikisinin soyadını birleştirerek de ortak aile adını oluşturabilir. Bu halde farklı bir anlaşma yapılmadıkça eşlerin soyadı alfabetik sıra ile yazılır. Ortak aile adı en fazla iki isimden oluşabilir. (3) Soyadı ortak aile adı olarak seçilmeyen eş önceki soyadını, evlenme anında evlendirme memuruna veya evlendikten sonra nüfus müdürlüğüne yapacağı bildirimle aile adının önüne veya arkasına ekleyebilir. Ortak aile adının iki isimden oluşması halinde bu uygulanmaz. Ortak aile adı tek isimden oluşsa dahi, soyadı ortak aile adı olarak seçilmeyen eşin önceki soyadı iki isimden oluşuyorsa, bunlardan yalnızca biri ortak aile adına eklenebilir.”, ayrıca çocuğun soyadı ve geçiş hükmü önerisi için bkz. Zeynep Güler Özer, “Anayasa Mahkemesinin TMK m.187’nin İptaline İlişkin Kararının Analizi ve Düzenleme Önerisi”, TAAD, 14/55 (2023): 540 vd; Bir başka görüşe göre TMK md. 187’nin kenar başlığı “evlilik soyadı” veya “soyadı” ya da “aile adı” olabilir. Yasal düzenlemede toplumsal alışkanlıklar dikkate alınarak soyadının evliliği tanıtmaya görevi görmesi nedeniyle Alman hukukunda olduğu gibi öncelikli eşlerin ortak soyadı belirleyebilecekleri vurgulanmalı, ortak soyadının belirlenmemesi halinde eşlerin evlilik öncesi soyadını taşımaya devam edebilecekleri şek-

Kadının soyadını düzenleyen TMK md. 187 hükmüne ilişkin iptal kararı 28.01.2024 tarihinde yürürlüğe girdiğinden bu yana kanun koyucu hükmün yerine yeni bir yasal düzenleme yapmamıştır. Halen evli kadın kocasının soyadının önünde bekârlık soyadını kullanabilmektedir. Bu süre içinde evlenen kadınların yine kocanın soyadını aldıkları görülmektedir. Her ne kadar TMK md. 187 iptal edilmiş olsa da Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği (md. 24) hala yürürlükte-  
dir. Bu madde evlenen kadının kocasının soyadını alacağını düzenlemektedir. Bu sorun kanun koyucunun iptal edilen hüküm ve bu hü-

linde bir düzenleme getirilmelidir. Kadının soyadının değişmesi mecburiyeti kaldırılmalı, kadın erkek eşitliğinin sağlanması için kadının soyadının da ortak soyadı olarak belirlenmesine imkân sağlanmalıdır. Değerlendirmeler için bkz. Damla Özden Çelt, "TMK md. 187'nin İptal Kararının Çocuğun Soyadına Olası Etkileri ve Olması Gereken Hukuk Bağlamında Bir Öneri", Akdeniz ÜHFD, 13/2 (2023): 1087 vd; Doktrinde bir başka görüşe göre, evlilik eşlerin soyadında değişikliğe sebep olmamalıdır. Ancak eşler anlaşarak kendi soyadlarıyla sınırlı kalmak koşuluyla ortak bir soyadına karar verebilirler. Belirlenecek ortak soyadı ikiden fazla soyadından oluşmamalıdır. Anne babanın ortak soyadı belirlemeleri halinde onların ortak çocukları da bu soyadını kullanır. Anne babanın ortak bir soyadı bulunmuyorsa, çocuk nüfusa kayıt anında soybağı ile bağlı olduğu anne ve babasının soyadını birlikte alfabetik bir sırayla taşınmalıdır. Ancak çocuğun soyadı, ikiden fazla soyadının birleşiminden oluşamaz. Çocuğun anne ve babasının birden fazla soyadına sahip olması halinde çocuk, anne ve babasının önceki (ilk) soyadlarını alacaktır. Görüşler ve geniş değerlendirmeler için bkz. Başak Başoğlu, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", İnönü ÜHFD, 8/1 (2017): 373; Bir başka kanun metni önerisi şöyledir: TMK md. 187 Soyadı: "(1) Eşler evlendikten sonra kendi soyadlarını korurlar. Ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapılacak yazılı bir başvuruyla kadın ya da erkek kendi soyadını terk ederek diğerinin soyadını alabilir veya kadın ya da erkek kendi soyadı önünde diğerinin soyadını kullanabilir. (2) Eşler, evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacakları yazılı bir başvuruyla bir defaya mahsus olmak üzere kendi belirleyecekleri ortak bir aile soyadı da seçebilirler. Eşler evlendikten sonra yalnızca belirledikleri ortak aile soyadını kullanabilecekleri gibi, bu aile soyadını kendi soyadları önünde de kullanabilirler. (3) Erkek ya da kadının evlenmeden önceki soyadının birden çok olması durumunda, eşler kendi soyadı önünde diğerinin soyadını ya da ortak aile adını kullanacaksa bu adlardan yalnızca bir tanesini seçmelidirler.", Tuğçem Seçer, "Eşlerin Soyadı ve Kanun Metni Önerisi", İstanbul Medeniyet ÜHFD, 9/1 (2024), 285; başka bir görüşe göre madde metni şöyle olmalıdır: TMK md. 187 Ailenin Soyadı: "(1) Eşler dilerse kendi bekârlık soyadını tek başına ya da eşinin soyadı ile de birlikte taşıyabilir. (2) Eşler dilerse ortak bir aile soyadı belirleyebilir. Bu erkeğin veya kadının bekârlık soyadı olabileceği gibi her ikisinin bir arada kullanılması ya da üçüncü bir soyadı belirleme şeklinde de olabilir. (3) Mevcut düzenlemeden ilgili madde yürürlüğe girmeden önce yapılan evliliklerdeki eşler de yararlanabilir.", Yasemin Durak ve Nurşen Ayan, "Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu'nun 187. Maddesini İptal Etmesi Çerçevesinde Kadının ve Çocuğun Soyadının Değerlendirilmesi", Çankaya ÜHFD, 8/2 (2023), 381.



kümle bağlantılı diğer hükümler hakkında yeni bir düzenleme getirilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır.

İptal edilen hükümler yerine yeni yasal düzenleme yapılabilmesi amacıyla “Yargı Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağı” 2024 yılı başlarında meclise sunulmuştur. Kanun teklifi 12.07.2024 tarihinde TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilmiştir. Teklifte iptal edilen TMK md. 187 yerine getirilmesi düşünülen hüküm şu şekildedir: “Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır. Şu kadar ki, kadın evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde kendi soyadını da kullanabilir. Kadının soyadı, kendi soyadı ile önceki kocasının soyadından oluşuyorsa kadın bu soyadlarından sadece birisini evleneceği kocasının soyadının önünde kullanabilir.” Kanun teklifinin gerekçesi toplumun en küçük birimi olan ailede eşlerin farklı soyadı kullanmalarının çocuğu olumsuz etkileyeceği, çocuğun hangi soyadını kullanacağını ayrı bir tartışma konusu olacağı, bunun da aileyi büsbütün yıpratacak oluşu nedeniyle kanun maddesinde bu şekilde düzenlemeye gidildiği yönündedir.<sup>66</sup>

Görüldüğü gibi kanun teklifinde iptal edilen hüküm neredeyse aynı haliyle tekrar edilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı gerekçelerine ve doktrinde yer alan görüşlere itibar edilmediği görülmektedir. Ancak teklif bu şekilde yasalaşırca yine aynı tartışmalar devam edecek ve Anayasa Mahkemesi’nin yeni bir iptal kararı ile karşılaşılacaktır.<sup>67</sup> Kanaatimizce kanun teklifi AİHM kararlarına ve doktrindeki görüşlere uymamaktadır. Bu nedenle yeni bir taslak hazırlanması gerektiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte şu hususu da önemle belirtmek isteriz ki, kanun koyucu yeni yasal düzenleme yaparken toplumun sosyal, kültürel ve ahlaki yapısını göz önüne almalıdır. Bu bağlamda aynı aileden gelen kişilerin aynı soyadını taşımaları Türk toplumunda adeta gelenek haline gelmiştir. Bu nedenle kanun koyucu soyadının bu tanıtıcı etkisini ortadan kaldırmak istemeyerek evli kadının sadece bekârlık soyadını kullanmasına sıcak bakmayabi-

<sup>66</sup> <https://www.aslanpinar.com/bilgi-bankasi/guncel/yargi-hizmetlerinin-etkinliginin-arttirilmesi-amaciyla-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifi-taslagi?gdprAccept>, E.T. 01.07.2024.

<sup>67</sup> Aynı yönde bkz. Dural, Öğüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 177-178.

lır. Kanaatimizce bu bakış açısı Türk toplumunun örf ve adetleri düşünlüdüğünde yerindedir. Kanun teklifi taslağının gerekçesinde belirtildiği gibi, kanun koyucunun amacı TMK md. 187'nin iptal edilen halinden uzaklaşmamak ise Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı göz önüne alınarak şu şekilde düzenleme yoluna gidilebilir: Evli kadının soyadı hakkında öncelikle evli çiftlere aksi bildirimde bulunmadıkları sürece (kural olarak) erkeğin soyadını kullanma hakkı verilmelidir. Eğer bunu istemezlerse içlerinden birinin soyadını ortak soyadı olarak belirleme ya da eşlerin bekârlık soyadlarını kullanmaya devam etme seçeneği sunulmalıdır. Evlenen çiftin tercih hakkı olmalıdır. Bu seçenekte madde başlığı "eşlerin soyadı" olabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin kadının soyadına ilişkin maddeyi tek başına iptal etmesi, aile hukuku bağlamında kesin bir sonuç getirmektedir. Çünkü bu hükmün bağlı olduğu diğer maddeler, iptal kararından sonra adeta havada kalmışlardır. Bunlardan en önemlisi TMK md. 173'dür. Boşanan kadının evlenmeden önceki soyadını tekrar alacağını, boşandıktan sonra hâkimin izniyle eski kocasının soyadını kullanmaya devam edebileceğini düzenleyen hükmün, TMK md. 187'nin iptalinden sonra anlamı kalmamıştır. Aslında burada hem md. 187 hem de md. 173 yerine eşitlik ilkesine uygun yeni hükümler getirilmelidir.

Önemle şu noktayı belirtmek isteriz ki, TMK md. 187 yerine ihdas edilecek hükmün başlığı "kadının soyadı" değil, "eşlerin soyadı" olmalıdır. Çünkü evlenmekle soyadı değişebilecek olan kişi sadece kadın olmamalıdır. Çünkü cinsiyet vurgusu yapılarak ele alınan düzenleme eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Eğer kanun koyucunun amacı daha yenilikçi bir yasal düzenleme yapmak ise, ikinci bir çözüm önerisi olarak evlendikten sonrası için eşlere "aile soyadı" kavramı getirilebilir ve madde başlığı "aile adı" olabilir. Zaten kanun koyucu TMK md. 321'de evlilik içinde doğan çocuğun "aile adını" alacağını hükme bağlamıştır.<sup>68</sup> Öyleyse kanaatimizce bu kavram devam ettirilerek TMK md. 187'de "aile adının" nasıl belirleneceğine ilişkin bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Bu konuda İsviçre ve Alman Medeni Kanunu'nun yol gösterici olacağı kanaatindeyiz.

---

<sup>68</sup> Bununla birlikte doktrinde Türk Hukukunda "aile adı" kavramının mevcut olmadığı belirtilmektedir, bu görüş için bkz. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 475.

Eğer kanun koyucu “aile adı” kavramının getirilmesinden yana ise, bunun zorunluluk haline getirilmemesi gereklidir. Çünkü adın değişmezliği ilkesi göz önüne alınarak eşitlik ilkesine göre düzenleme yapılmak isteniyorsa, eşlere aile adı belirleme konusunda tercih hakkı sunulmalıdır.<sup>69</sup> Yani adın değişmezliği ilkesi gereğince asıl olan evlenen eşlerin adının değişmemesi olmalı, eğer isterlerse “aile adı” seçme imkânı verilmelidir.

Ayrıca hem kadının hem de erkeğin bekârlık soyadlarının aile adı olarak seçilmesi imkânı eşlere verilmelidir. Kanaatimizce ancak kadına da bu imkânın tanınması yoluyla AY md. 10'a göre eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacak bir düzenleme yapılmış olur. Bir de buradaki önemli noktalardan biri, aile adının ne zaman seçileceği sorunudur. Kanaatimizce kanun koyucu BGB § 1355'de belirtildiği gibi eşlere esnek bir düzenleme getirerek, evlenme işlemleri sırasında (evlenme töreninden önce) nüfus müdürlüğüne yazılı beyanda bulunarak aile adını seçebileceklerini, eğer evlenme anından sonra aile adını seçmek isterlerse bunun (kamu düzenini sağlaması açısından) noter onayıyla yapılması ve ilan edilmesi gerektiğini hüküm altına almalıdır. Eğer kanun koyucu “aile adı” kavramını getirmeyip eşlerin bekârlık soyadlarının birlikte kullanılacağını belirtirse, o zaman doktrindeki genel yaklaşıma uygun olarak<sup>70</sup> alfabetik sırayla eşlerin soyadlarının bir araya getirilmesi yoluna gidilmelidir.

Aslında soyadı konusu sadece kadını ilgilendiren bir konu olmayıp çocuğu da çok yakından ilgilendirmektedir. Evlilik içinde doğan çocuğun, anne ve babasının soyadı farklı ise hangi soyadını alacağı, kadının bekârlık soyadının çocuğa verilir verilemeyeceği konuları yeni kanuni düzenlemede önemle yer alması gereken konulardır.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Aynı yönde Nazan Moroğlu, “Kadının Kimlik Sorunu: Kadının Soyadı”, TBB Dergisi, 25/99 (2012), 21; Başoğlu, “Çocuğun Soyadı”, 373; Güler Özer, “Anayasa Mahkemesinin TMK m.187'nin İptaline İlişkin Kararının Analizi ve Düzenleme Önerisi”, 545; Özden Çelt, “ TMK md. 187'nin İptal Kararının Çocuğun Soyadına Olası Etkileri ve Olması Gereken Hukuk Bağlamında Bir Öneri”,1087-1088.

<sup>70</sup> Baş ve Baş, “Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 187 Hükümüne İlişkin İptal Kararından Sonra Evlenen Kadının Soyadı”, 518; Güler Özer, “Anayasa Mahkemesinin TMK m.187'nin İptaline İlişkin Kararının Analizi ve Düzenleme Önerisi”, 545; Başoğlu, “Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi”, 373.

<sup>71</sup> Bu konuda yasal düzenleme önerisi için bkz. Durak ve Ayan, “Kadının ve Çocuğun Soyadının Değerlendirilmesi”, 381; İmge Işıklar Ülgen, “Evlendikten Sonra Kadınların Münhasıran Kendi Soyadlarını Kullanması”. TBB Dergisi, 168 (2023): 41.

Bunlar belirlenirken elbette öncelikle çocuğun menfaati üstün tutulacaktır. Medeni Kanunumuz çocuğun soyadının velayete bağlı olarak değil soybağına bağlı olarak belirlenmesi yöntemini benimsemiştir.<sup>72</sup> Fakat TMK'da velayeti boşanmış annede olan çocuğun soyadının anne ile aynı olabileceğine dair bir hüküm olmamasına rağmen, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurular<sup>73</sup> ve Yargıtay uygulaması ile yine çocuğun soyadı boşanan annenin bekârlık soyadı ile değiştirilmektedir.<sup>74</sup> Bu konuda da kadının soyadına paralel olarak çocuğun soyadıyla ilgili yeni düzenleme yapılmalıdır. Boşanmadan sonra velayet kendisine verilen kadının çocuğa soyadını verebilme hakkı açık olarak kanunda düzenlenmeli, anne babanın evli olması halinde çocuğun hangi soyadını alacağı kanunda açıkça belirtilmelidir. Bu düzenlemeler yapılırken şüphesiz çocuğun menfaati göz önüne alınmalıdır. Benzer bir durum ortak (birlikte) velayet için de söz konusudur. Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmemiş olan bu kurum halen Yargıtay kararları ile yerel mahkemelerce kabul edilmektedir. Ancak böyle bir uygulama hukuk güvenliğini zedeleyen bir durumdur. Bu nedenle ortak velayetle ilgili yasal düzenleme mutlaka getirilmelidir.

Soyadı ile ilgili karşımızda olan bir diğer sorun, yeni yasal düzenleme yapılmadan önce evlenen çiftlerin soyadlarının ne olacağıdır. Bunun için kanaatimizce yeni kanun yürürlüğe girmeden önce evlenmiş olan kadınlara da evlenmeden önceki soyadlarını kullanmalarının yolu açılmalıdır. Yeni düzenleme yürürlüğe girmeden önce evlenen çiftler için geçiş hükmü mahiyetinde bir düzenleme getirilerek, bu çiftlere aile adı seçmeleri ya da içlerinden birinin soyadını aile adı olarak belirlemeleri veya dilerlerse eşlerin bekârlık soyadlarını kullanmalarına imkân verilmelidir.<sup>75</sup> Böyle bir uygulama için kanaatimizce eşlere nüfus müdürlüklerine başvurmak için bir yıldan az olmamak üzere süre tanınmalıdır. Bununla birlikte kanun koyucunun yapacağı yeni düzenlemeye

---

<sup>72</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 272-273; Başoğlu, *Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi*, 352 vd; Gülsüm Eşiner, "Boşanma Sonrası Velayeti Anneye Verilen Çocuğun Soyadı", *Beykent ÜHFD*, 2021, s. 56-57.

<sup>73</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Bahar Öcal Apaydın, "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümü Kavuşturulmuş mudur", *İNÜHFD*, 6/2 (2015): 425 vd.

<sup>74</sup> Y. 2. HD. E. 2021/1042, K. 2021/2206, T. 03.03.2021, Y. 2. HD. E. 2018/1306, K. 2018/4719, T. 09.04.2018, [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr), Erişim Tarihi 10.05.2024.

<sup>75</sup> Aynı yönde bkz. Güler Özer, "Anayasa Mahkemesinin TMK m.187'nin İptaline İlişkin Kararının Analizi ve Düzenleme Önerisi", 547-548.

göre bu çiftlerin çocuğun soyadını da belirlemeleri gerekmektedir. Ancak ilgili kanun teklifinde maalesef burada anılan hususların hiçbirinin yer almadığı görülmektedir. Kanun koyucunun Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ve doktrinindeki görüşler/öneriler doğrultusunda yeni bir yasal düzenleme yapması gerektiği kanaatindeyiz.

### **III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TÜRK MEDENİ KANUNU MADDE 286/F'İN İPTALİ HAKKINDA 26.07.2023 TARİHLİ KARARI**

#### **A. İptal Kararı Öncesinde Mevcut Düzenleme**

Soybağının reddi davası hakkında düzenleme içeren TMK md. 286/f.1 şöyleydi: *“Koca soybağının reddi davasını açarak soybağını çürütebilir. Bu dava ana ve çocuğa karşı açılır.”*

Soybağının reddi davası, maddenin ilk cümlesinde belirtildiği gibi babalık karinesinin çürütülmesine yönelik olarak açılan bir davadır. Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca olduğu TMK md. 285/f.1'de belirtilmiştir. Bu fıkrada yer alan süreler içinde dünyaya gelen çocuğun babasının “koca” olarak kabul edilmesi, hükmün kenar başlığından da anlaşılacağı üzere “babalık karinesi” olarak adlandırılmaktadır.<sup>76</sup> Anılan hükme göre babalık karinesinin işlerlik kazanması için iki seçenek vardır: çocuk ya evlilik devam ederken doğmuş olmalıdır ya da evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğmuş olmalıdır.<sup>77</sup> Evlilik devam ederken çocuğun dünyaya gelmesi durumunda kanunda evliliğin başlamasından itibaren ne kadar süre geçmesi gerektiğiyle ilgili bir düzenleme yer almamaktadır. Yani evlilik başladıktan kısa bir süre sonra (söz gelimi 1 ay sonra) çocuk dünyaya gelse bile babalık karinesine göre koca ile çocuk arasında soybağı kurulur.<sup>78</sup> Diğer seçenek ise evliliğin sona ermesinden (boşanma ka-

<sup>76</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 274-275; Yılmaz, Yıldırım, Aile Hukuku, 249; Erdem ve Makaracı-Başak, Aile Hukuku, 340; Şirin Aydın-cık Midyat, “Genetik Babanın Türk Soybağı Hukukundaki Yeri” İstanbul Hukuk Mecmuası, 8/2 (2022): 463.

<sup>77</sup> Babalık karinesi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 274 vd; Yılmaz ve Yıldırım, Aile Hukuku, 249 vd; Erdem ve Makaracı-Başak, Aile Hukuku, 339 vd.

<sup>78</sup> Beşir Acabey, Soybağı: Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, (İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2002) , 110; Öztan,

rarının kesinleşmesinden) itibaren çocuğun üç yüz gün içinde doğmuş olmasıdır.<sup>79</sup>

Babalık karinesi adi karine olduğu için aksi ispatlanabilir.<sup>80</sup> Babalık karinesinin düzenlendiği TMK md. 285'de sayılan her iki durumun da gerçekte var olmaması ve aslında biyolojik babanın kocadan başka bir erkek olması ihtimali vardır. İşte bu nedenle kanun koyucu soybağının reddi davası açma imkânı getirmiştir.

İnceleme konumuz açısından asıl önemli olan TMK md. 286/f.1'e göre soybağının reddi davası açmaya kimlerin yetkili olduğudur. İptal edilmeden önceki halinde hükümde kocanın ve çocuğun soybağının reddi davası açabileceği belirtiliyordu. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına konu olması bakımından şunu belirtmek gerekir ki, soybağının reddi davasını açabilecek kişiler arasında "ana" sayılmıyordu. Yargıtay ise soybağının reddi davasını ananın açamayacağı görüşündeydi.<sup>81</sup> Soybağının reddi davası açma hakkı olanlardan koca ve çocuk TMK md. 286'da belirtilmişken TMK md. 291'de ilgililerin dava hakkı düzenlenmiş olup Yargıtay bunların tahdidi olarak sayıldığı görüşündeydi.<sup>82</sup> Özetle Yargıtay her ne olursa olsun ananın soybağının reddi davasını açamayacağını belirtiyordu.

İptal kararından önce doktrinde anaya soybağının reddi davası açma hakkı verilmesinin gerekip gerekmediği tartışılıyordu. Anaya soybağının reddi davası açma hakkı verilmemesini yerinde bulan görüşe göre,<sup>83</sup> anaya böyle bir imkân verilmesi ananın kendi zinasını

---

Aile Hukuku, 874; Aydıncık Midyat, "Genetik Babanın Durumu" 463-464; Erdem ve Makaracı-Başak, Aile Hukuku, 340-341.

<sup>79</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 276-278; Acabey, Soybağı, 111; Erdem ve Makaracı-Başak, Aile Hukuku, 340.

<sup>80</sup> Acabey, Soybağı, 117; Yılmaz, Yıldırım, Aile Hukuku, 249.

<sup>81</sup> Y. 18. Hukuk Dairesi, E. 2013/11364, K. 2013/15966, [https://karararama.yargitay.gov.tr/Erişim\\_Tarihi\\_17.05.2024](https://karararama.yargitay.gov.tr/Erişim_Tarihi_17.05.2024); Y. 8. Hukuk Dairesi, 18.05.2017, E. 2017/1316, K. 2017/7298, Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 17.05.2024.

<sup>82</sup> Y. 2. Hukuk Dairesi, 23.05.2023, E. 2023/2975, K. 2023/2609, Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 17.05.2024.

<sup>83</sup> Rona Serozan, Çocuk Hukuku (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 191-192 (yazara göre anaya soybağının reddi davası açma hakkı verilmesinin sakıncalı tarafları da vardır; baba soybağının reddi davası açamazsa anaya baskı yapabilir, yazar terazinin iki kefesine ananın dava açmasının olumlu ve olumsuz yönlerinin konularak tartılması gerektiğini belirtmektedir.)

itiraf edeceği ve buna dayanarak hak elde etmeye çalışacağı anlamına gelmektedir.<sup>84</sup> Ananın açtığı soybağının reddi davası ile ananın ahlaki yoksunluğu tamamen ortaya çıkacağından bu kabul edilemez bir durumdur.<sup>85</sup> Ayrıca ananın soybağının reddi davası açması kimsenin kendi kusuruna dayanarak hak elde edemeyeceği temel ilkesine aykırı olduğu için ana soybağının reddi davası açamamalıdır.<sup>86</sup> Diğer görüşe göre çocuğun menfaatinin üstün tutulması ve çocuğun gerçek babasını öğrenme hakkı bağlamında anaya soybağının reddi davası açma imkânı tanınmalıdır.<sup>87</sup> Bir başka görüşe göre ilgililerin soybağının reddi davası açma hakkını düzenleyen TMK md. 291’de örtülü kanun boşluğu mevcut olup, kocanın dava açmasının imkânsız olduğu halde anaya soybağının reddi davası açma hakkı tanınmalıdır.<sup>88</sup> Ayrıca başka bir görüş, anaya tanınacak soybağının reddi davası açma hakkının bir yıllık hak düşürücü süreye tabi olması gerektiği ve bu sürenin ananın görünüşteki babanın biyolojik baba olmadığını öğrendiği tarihten itibaren başlaması gerektiğini belirtmektedir.<sup>89</sup>

## B. İsviçre ve Alman Medeni Kanun’larındaki Durum

Babalık karinesi İsviçre hukukunda ZGB Art. 255’de şöyle düzenlenmiştir: *“(1) Çocuk evlilik içinde doğmuşsa koca baba kabul olunur. (2) Koca ölmüş ise, çocuğun ölümden sonra 300 gün içinde doğması veya daha sonra doğması halinde gebeliğin ölümden önce meydana geldiğinin kanıtlanması şartıyla koca baba sayılır. (3) Kocanın kaybolduğuna karar verilmişse, çocuğun ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren 300 gün içinde doğmuş olması halinde koca çocuğun*

<sup>84</sup> Acabey, Soybağı, 145.

<sup>85</sup> Acabey, Soybağı, 145.

<sup>86</sup> Acabey, Soybağı, 145.

<sup>87</sup> Öztan, Aile Hukuku, 884-885; Cem Baygın; Soybağı Hukuku (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2010), 37; Selahattin Sulhi Tekinay, “Anaya Kocanın Nesebini Red Hakkı Tanınmalı mıdır?”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 11/14 (1977): 3-4; Ahmet Türkmen, “Özellikle Medeni Hukuk Perspektifinden Anayasa Mahkemesi’nin ‘Ananın Soybağının Reddi Davası Açamaması’ ve ‘Evlad Edinmede Ana Baba Adı Meseleleriyle İlgili 26.07.2023 Tarihli İptal Kararları Üzerine Düşünceler”, Terazi HD, 207 (2023), 60.

<sup>88</sup> Alper Gümüş, “Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki ‘Diğer İlgililerin’ (Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin(!)) Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı (TMK md. 291/I,III), Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, (Filiz Kitabevi: 2013), 574.

<sup>89</sup> Türkmen, 62.

*babası sayılır.*" Babalık karinesi, evliliğin kocanın ölümüyle sona ermesi veya kocanın gaipliğine karar verilmesi halinde uygulanırken boşanma ile evliliğin sona ermesi halinde uygulanmaz.

Soybağının reddi davası İsviçre hukukunda ZGB Art. 256'da düzenlenmiştir. Dava hakkı başlıklı maddenin ilk fıkrasına göre *"Babalık karinesine mahkeme önünde itiraz edilebilir."* İsviçre kanun koyucusu da soybağının reddine ilişkin itiraz hakkının ancak dava açarak kullanılacağını hükme bağlamıştır. Maddenin ilk fıkrası iki bent halinde dava hakkı olanları düzenlemiştir: Birinci bende göre bu davayı koca açabilir. Kocanın dava hakkı herhangi bir sınırlamaya (şarta) tabi tutulmamıştır. İkinci bende göre, *"eşler çocuğun ergin olmadığı dönemde birlikte yaşamayı bırakmışlarsa çocuk tarafından"* soybağının reddi davası açılabilir. Görüldüğü gibi ergin olmayan çocuğun dava hakkı, ana babanın ayrı yaşaması şartına bağlanmıştır. Burada çocuğun menfaati ön planda tutulmuştur. Gerçekten küçüğün koca ile arasında kurulan sosyal ilişki ve aile bağlarını zedelememek için bu hüküm getirilmiştir. Biyolojik babanın babalık hakkı ile çocuğun görünüşteki baba ile arasında yaşanan sosyal ilişki ve aile bağları karşılaştırıldığında elbette çocuğun aile ilişkileri ön planda tutulmalıdır. En azından çocuk ergin olana dek bu çözümün benimsenmesi çocuğun menfaatinin öncelikli olduğunun kanıtıdır. İsviçre hukukunda anaya soybağının reddi davası açma hakkı verilmemiştir.

Alman Medeni Kanunu'nda ise biraz daha farklı bir düzenleme yapılmıştır. Alman Medeni Kanunu'nda babalık karinesi TMK'dan farklı düzenlenmiştir. BGB § 1593'e göre evlilik ölüm nedeniyle sona ermişse, evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.<sup>90</sup> Evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde bu hüküm uygulanmaz.<sup>91</sup> Soybağının reddine gelince, BGB § 1600 Abs. 1 uyarınca soybağının reddi davasını açmaya hakkı olanlar, BGB § 1592 ve BGB § 1593 uyarınca babalık bağı olan erkek, gebe kalma sırasında çocuğun annesiyle birlikte olduğunu yeminle teyit eden erkek, anne

---

<sup>90</sup> MüKo BGB/Wellenhofer, §1593 Rn; Jauernig/Budzikiewicz, 19. baskı 2023, BGB § 1593 Rn.

<sup>91</sup> MüKo BGB/Wellenhofer, §1593 Rn; Jauernig/Budzikiewicz, 19. baskı 2023, BGB § 1593 Rn.



ve çocuktur.<sup>92</sup> Alman Medeni Kanunu'nda açık düzenlemeyle anaya soybağının reddi davası açma hakkı verilmiştir. Soybağının reddi davası açma hakkı, hak sahibi kişinin babalığa aykırı koşulları öğrenmesinden itibaren iki yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır.<sup>93</sup> Bu süre sosyal babalığın devam etmesi durumunda kesintiye uğramaz.<sup>94</sup> Bunun yanında BGB § 1600 Abs. 2'ye göre biyolojik babanın dava açma hakkı, görünüşteki baba ile çocuk arasında sosyal aile ilişkisi bulunmaması şartına bağlanmıştır.<sup>95</sup> Sosyal aile ilişkisinin ne olduğu BGB § 1600 Abs. 3'de şöyle açıklanmıştır: Görünüşteki baba çocuğun fiili sorumluluğunu taşıyorsa ya da taşımışsa, sosyal aile ilişkisi kurulmuş demektir. Kural olarak görünüşteki babanın çocuğun annesiyle evli olması ya da çocukla daha uzun süre aynı evde yaşamış olması halinde fiili sorumluluk üstlenilmiş sayılır.<sup>96</sup> Alman hukukunda çocuk ile görünüşteki baba arasındaki sosyal babalık ilişkisinin önemi son derece büyüktür. Bu bakımdan Alman Hukukunda çocuğun menfaatinin, sosyal aile ilişkilerinin çok daha fazla ön planda tutulduğunu görmektedir.

### C. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı ve Gerekçesi

Türk Medeni Kanunu md. 286/f.1'in iptal edilmesine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin E. 2023/37, K. 2023/140 sayılı 26.07.2023 tarihli kararı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.<sup>97</sup> Karar dokuz ay sonra 23.07.2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu süre zarfında kanun koyucu yeni bir yasal düzenleme yapmamıştır.

Anayasa Mahkemesi kararında anaya tanınmanın iptali ve babalık davası açma imkânları verilmesine rağmen soybağının reddi davası açma hakkının TMK'da tanınmadığı, koca ile çocuk arasında kurulan soybağı ilişkisinin tabii olarak anayı da ilgilendirdiği, bu ilişkinin ananın anayasal haklarıyla yakından ilgili olduğu, babalık karinesinin ortaya çıkardığı sonuçların ananın özel hayatını ilgilendirmediğinin

<sup>92</sup> MüKo BGB/ Wellenhofer, § 1600 Abs. 1; SCHULZ, Werner/HAUB, Jörn, Familienrecht, Hand Kommentar, (FamR), 3. Auflage 2018, BGB, § 1600 Abs. 1.

<sup>93</sup> SCHULZ/HAUS, FamR, BGB, § 1600 Abs. 1.

<sup>94</sup> SCHULZ/HAUS, FamR, BGB, § 1600 Abs. 1; MüKo BGB, § 1600 Abs. 1

<sup>95</sup> MüKo BGB, Wellenhofer, § 1600 Abs. 2.

<sup>96</sup> MüKo BGB, Wellenhofer, § 1600 Abs. 3.

<sup>97</sup> RG. 23.10.2023, S.32345.

söylenemeyeceği belirtilmiştir.<sup>98</sup> Biyolojik baba olmayan kocanın babalık karinesine göre baba olarak kabul edilmesinin kadının özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal ettiği (AY md. 20) ve bu itibarla anayasal hakkı ihlal edilen kişinin bunu yargı mercilerine taşıma imkânından yoksun bırakılamayacağı (AY md. 40) ifade edilmiştir.<sup>99</sup> Anayasa Mahkemesi'nin kararına göre TMK md. 286 ve TMK md. 291'de soybağının reddi davası açabilecek kişiler sınırlı sayıda gösterilmiş olup bunlar arasında ana yer almamaktadır.<sup>100</sup> Her ne kadar çocuğa atanacak kayyımın soybağının reddi davası açma hakkı olsa da, ana bu davada davacı sıfatına sahip olamayacak ve davacı olarak iddialarını ileri süremeyecektir.<sup>101</sup> Bu nedenle TMK md. 286 ve 291'de anaya soybağının reddi davası açma hakkının verilmemesi Anayasa'nın 20. ve 40. maddelerine aykırı bulunarak TMK md. 286/f.1 iptal edilmiştir.

#### **D. İptal Kararının Değerlendirilmesi**

Anayasa Mahkemesi kararı ile TMK md. 286'nın iptal edilmesi, ananın özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal etmekte ve bu ihlali yargı mercilerine taşıyamadığından AY md. 40'a aykırılık meydana getirmesine dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin kararı eşitlik ilkesine aykırılığa dayanmamaktadır.

Yargı Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinde şu düzenleme yer almaktadır: "Koca, ana veya çocuk soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebilir. Bu dava, dava açma hakkına sahip diğer kişilere karşı açılır." Eğer bu haliyle yasalaşırsa anaya soybağının reddi davası açma hakkı açıkça verilmiş olacaktır. Ayrıca kanun teklifinde, anaya soybağının reddi davası açma hakkı tanınması ile bağlantılı olarak "hak düşürücü süreler" başlıklı TMK md. 289/f.2'nin şöyle düzenlenmesi önerilmiştir: "Ana doğumdan, çocuk ise ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde dava açmak zorundadır."

---

<sup>98</sup> AYM, TMK md.286/f.1'in iptali hk. Karar, paragraf 15-16.

<sup>99</sup> AYM, TMK md.286/f.1'in iptali hk. Karar, paragraf 16-17.

<sup>100</sup> AYM, TMK md.286/f.1'in iptali hk. Karar, paragraf 21.

<sup>101</sup> AYM, TMK md.286/f.1'in iptali hk. Karar, paragraf 23.

TMK md. 286'nın iptal edilmesiyle birlikte soybağının reddi davası açabilecek kişiler arasında ananın da olması yolu açılmıştır. Ancak şunu önemle belirtmek isteriz ki, TMK md. 286'da soybağının reddi davası açabilecek kişiler (BGB § 1600 Abs. 1'de olduğu gibi) açıkça sayılmıyordu. Sadece bu davayı kocanın ve çocuğun açabileceği belirtiliyordu. Eğer kanun teklifi yasalaşırsa anaya da bu hak verilecektir.

TMK md. 286'nın iptali sonrasında babanın ve çocuğun soybağının reddi davası açma hakları devam etmektedir. TMK md. 286/f.2 vd. hükümlerinde çocuğun ve kocanın açacağı davanın özellikleri belirtildiğine göre kocanın ve çocuğun bu hakkı bakidir. Kanaatimizce kanun teklifinde soybağının reddi davasını açabilecek kişilerin sınırlı sayıda gösterilmesi yerinde olmuştur. Böylelikle kimlerin bu davayı açabileceği sorusu açıklığa kavuşacaktır.

Soybağının reddi davası açma hakkının anaya da tanınması bizce isabetli olacaktır. Bunun gerekçesine gelince, çocuğun biyolojik babası ile soybağının kurulması, miras vb. konular bakımından anayı da ilgilendirmektedir. Anaya soybağının reddi davası açma hakkı verilirken, ananın içinde bulunduğu ahlaki durumun ne olacağı vb. sorular bir kenara bırakılarak çocuğun menfaati herşeyden üstün tutulmalıdır. Çocuğun menfaati ön plana alındığında biyolojik baba ile arasında soybağı kurulması yolunun açılması elbette çocuğun yararına olacaktır. Ancak yine de dikkat edilmesi gereken noktalar vardır: Öncelikle ergin olmayan çocuğun görünüşteki baba ile arasındaki ilişki, aile bağları irdelenmeli ve bunlar göz önünde tutularak soybağının reddi yoluna gidilmelidir.<sup>102</sup> Bunun için kanaatimizce Alman Medeni Kanunu örneğinde olduğu gibi soybağının reddi davası açılması davacılar için her durumda mümkün olmamalı, ancak görünüşteki baba ile çocuk arasında ailevi ilişki yoksa bu dava açılabilir. Kanun teklifinde buna ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak Alman Medeni Kanunu örnek alınarak yasal düzenleme yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

---

<sup>102</sup> Aynı yönde bkz. Özgür Güvenç, "Anaya Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı Tanınması: Olması Gereken Hukuk Bakımından Öneriler", TAAD, 15/58 (2024), 318-319.

Soybağının reddi davasının açılabilmesi için anaya tanınacak hak düşürücü süre kanun teklifine göre bir yıldır. Öncelikle babanın bile dava açma süresi hak düşürücü süreye tabi olduğuna göre ananın dava açma süresinin de hak düşürücü süreye tabi olması isabetli olacaktır. Kanaatimizce kanun teklifine göre, anaya babayla aynı sürede soybağının reddi davası açma imkânı tanınacak olması isabetli olmuştur.

#### IV. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TÜRK MEDENİ KANUNU MADDE 291/F'in İPTALİ HAKKINDA 23.01.2024 TARİHLİ KARARI

##### A. İptal Kararından Önce Mevcut Düzenleme

Soybağının reddi davasını açma hakkı olan diğer ilgililer hakkında düzenleme içeren TMK md. 291/f.1 şöyleydi: *"Dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde kocanın alt soyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi, doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davası açabilir."*

Diğer ilgililerin dava hakkı, TMK md. 291/f.1'e göre dava açma süresi geçmeden kocanın ölmesi, gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü yitirmesi şartına bağlanmıştır.<sup>103</sup> Başka bir ifadeyle eğer koca dava açma süresi içinde soybağının reddi davası açmamış ise dava açma süresi bittikten sonra ölse, gaipliğine karar verilse veya ayırt etme gücünü yitirse bile diğer ilgililer dava açma hakkına sahip değildirler. Bu kişilerin dava açma hakkı birbirinden bağımsızdır.<sup>104</sup>

Biyolojik babaya soybağının reddi davası açma hakkının (şarta bağlı olsa da) tanınması, aile birliğinin mahremiyetinin zarar göreceği gerekçesiyle eleştirilmekteydi.<sup>105</sup> Bununla birlikte kanaatimizce isa-

<sup>103</sup> Baygın, Soybağı, 31-32; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 303-304; Öztan, Aile Hukuku, 882; Serozan, Çocuk Hukuku, 189.

<sup>104</sup> Baygın, Soybağı, 32; Acabey, Soybağı, 140; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 305; Erdem ve Makaracı-Başak, Aile Hukuku, 347.

<sup>105</sup> Öztan, Aile Hukuku, 882; Acabey, Soybağı, 142; Baygın, Soybağı, 35; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 303, dn 59.

betli olan başka bir görüşe göre, koca ve annenin evliliğinin ölüm dışı bir sebeple sona erdiği veya annenin biyolojik baba ile evlendiği ya da babalık karinelerinin çakıştığı durumlarda biyolojik babaya soybağının reddi davasını şartsız açma hakkı tanınması gerekmektedir.<sup>106</sup> Biyolojik babaya soybağının reddi davası açma hakkı verilmesi doğru bulunmamasına rağmen kanunda anılan düzenleme yer alıyordu.

## B. İsviçre ve Alman Medeni Kanunlarındaki Durum

İsviçre Medeni Kanunu'na göre babalık karinesinin kapsamı (Türk hukukuna kıyasla) daha dar tutularak sadece evliliğin ölümle sona ermesi halinde üç yüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca olduğu kabul edilmektedir (ZBG Art. 256). Bu düzenlemeyle birlikte kocanın soybağının reddi davası açmasının önemi kalmamaktadır. İsviçre hukukunda biyolojik babaya soybağının reddi davası açma hakkı tanınmamıştır.

Alman Medeni Kanunu'nda da benzer düzenleme ile babalık karinesinin kapsamı daraltılmıştır.<sup>107</sup> BGB § 1593 uyarınca evlilik ölümle sona ermesi durumunda üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.<sup>108</sup> Biyolojik babanın soybağının reddi davası açma hakkı 23.04.2004 tarihli değişiklikle getirilmiştir.<sup>109</sup> Alman hukukunda (BGB § 1600 Abs. 2) çocuğun menfaati gereği görünüşteki baba ile çocuk arasında sosyal babalık ilişkisinin olup olmadığına bakılır. Biyolojik babanın soybağının reddi davası açma hakkı, çocuğun görünüşteki baba ile sosyal ilişkisinin olmamasına veya anne ile babanın ayrı yaşamamaları koşuluna bağlanmıştır. Çocuk ile görünüşteki baba arasında sosyal aile ilişkisinin olması, erkeğin aslında çocuğun sorumluluğunu üstlendiği yani çocuğun bakımı ve yetiştirilmesiyle gerçekten ilgilendiği anlamına gelir.<sup>110</sup>

<sup>106</sup> Gümüş, "Diğer İlgililerin Soybağının Reddi Davası Açması", 572-573.

<sup>107</sup> MüKoBGB/Wellenhofer BGB § 1593 N.1.

<sup>108</sup> Burada boşanmadan farklı olarak eşler arasındaki ilişkinin bozulduğu ve çocuğun evlilik dışı olduğu varsayılmaz, MüKoBGB/Wellenhofer BGB § 1593 N. 2.

<sup>109</sup> MüKoBGB/Wellenhofer BGB § 1600 N. 24.

<sup>110</sup> MüKoBGB/Wellenhofer BGB § 1600 N. 26-29.

### C. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı ve Gerekeşi

Türk Medeni Kanunu md. 291/f.1'in "... baba olduğunu iddia eden kişi..." ibaresi yönünden iptaline karar verildiği Anayasa Mahkemesi'nin E. 2023/135, K. 2024/18, 23.01.2024 tarihli kararı 06.03.2024 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.<sup>111</sup> Karar yayımlanmasından dokuz ay sonra, 06.12.2024 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında öncelikle TMK md. 291/f.1'de yer alan biyolojik babanın soybağının reddi davası açma hakkını irdelemiş ve yasal düzenlemede bu hakkın davacının iradesi dışında gerçekleşen şartlara bağlandığını tespit etmiştir.<sup>112</sup> Bu şartlar gerçekleşmeden biyolojik babanın soybağının reddi davası açabilmesi mümkün değildir. Ancak baba olduğunu iddia eden kişinin kendi iradesi dışında gerçekleşen şartlara bağlı olarak soybağının reddi davası açabilmesi kişinin başvurulacak yargı yolunun erişilebilir oluşunu ortadan kaldırmaktadır.<sup>113</sup> Bunun dışında soybağının reddi davasını açma hakkının çocuğa veya kayyımına verilmesi, baba olduğunu iddia eden kişi bakımından yeterli güvence sağlamamaktadır.<sup>114</sup> Baba olduğunu iddia eden kişinin soybağının reddi davası açma hakkını elinde bulundurması aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında değerlendirilmelidir.<sup>115</sup> Görünüşteki baba ile çocuk arasında kurulan soybağına biyolojik babanın itiraz etmesi, kişinin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı bağlamında değerlendirilmelidir.<sup>116</sup> Bu nedenle biyolojik babanın kendi iradesine bağlı olmayan sebeplerin varlığı halinde soybağının reddi davası açabiliyor olması Anayasa'ya aykırı bulunmuştur.

### D. İptal Kararının Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi biyolojik babanın soybağının reddi davası açma hakkı kapsamında yaptığı değerlendirmede, bu hakkın kişinin özel hayatına saygı hakkı kapsamında olduğunu ve bunu yargı merci-

---

<sup>111</sup> RG. 32481.

<sup>112</sup> AYM. TMK md. 291/f.1'in iptali hakkında karar, paragraf 40-41.

<sup>113</sup> AYM. TMK md. 291/f.1'in iptali hakkında karar, paragraf 41.

<sup>114</sup> AYM. TMK md. 291/f.1'in iptali hakkında karar, paragraf 44.

<sup>115</sup> AYM. TMK md. 291/f.1'in iptali hakkında karar, paragraf 24-26.

<sup>116</sup> AYM. TMK md. 291/f.1'in iptali hakkında karar, paragraf 32.

lerinin önüne götürme imkânının verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Biyolojik babanın soybağının reddi davasını açma hakkına ilişkin şartların varlığı, iptal kararının odak noktasını oluşturmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'muza göre sadece belirli şartların varlığı halinde biyolojik baba soybağının reddi davası açabilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yürürlüğe girdiğinde biyolojik baba TMK md. 291/f.1'de yer alan şartları gerçekleştirmeden soybağının reddi davası açabilecektir.

İptalin değerlendirilmesine gelince, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile güttüğü amacın biyolojik babanın hiçbir şarta bağlı olmadan soybağının reddi davası açacak olmasıdır. Kanun koyucu bu hakkı ailenin selametini düşünerek belli şartlarla bu kişiye vermiş olmasına karşın, Anayasa Mahkemesi biyolojik babanın şarta bağlı dava açabilecek kişiler arasından çıkarılması yönünde karar vermiştir.

Yargı Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinde TMK md. 291 ile ilgili düzenleme yer almamaktadır. Öyleyse kanun koyucunun iradesinin yeni bir hüküm ihdas etmemek yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Kanun teklifi bu haliyle yasalaşırsa, biyolojik baba hiçbir koşula tabi olmadan soybağının reddi davası açacaktır. Bunun yanında biyolojik babanın dava hakkının kanun metninden çıkarılmış olması artık söz konusu davayı açma hakkı olmadığı, bu hakkın elinden alındığı şeklinde yorumlanmaya da müsaittir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçesi doğrultusunda kanaatimizce biyolojik baba hiçbir şarta tabi olmadan soybağının reddi davası açabilecektir.

## **V. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TÜRK MEDENİ KANUNU MADDE 314/IV'ÜN İPTALİ HAKKINDA 26.07.2023 TARİHLİ KARARI**

### **A. İptal Kararından Önce Mevcut Düzenleme**

İptal kararına konu olan TMK md. 314/f.4 şöyleydi: *"Eşler tarafından birlikte evlat edinilen ve ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin nüfus kaydına ana baba adı olarak evlat edinen eşlerin adı yazılır."* Evlat edinme soybağının kurulması yollarından bir diğeri-

dir.<sup>117</sup> Küçüklerin ve erginlerin evlat edinilmesi farklı açılardan ele alınarak TMK'da düzenlenmiştir.<sup>118</sup>

Evlat edinme yoluyla tıpkı biyolojik ana babalıkta olduğu gibi ana baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulur. İşte bu soybağı ilişkisinin gereği olarak evli kişilerin evlat edindikleri ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğe ana baba adı olarak kendi adlarını verme imkânı TMK md. 314/f.4'te tanınmıştır. Hemen şunu belirtmek gerekir ki bu imkân evlat edinen bakımından yalnızca evli kişiler tarafından birlikte evlat edinilmesi halinde mümkündür. Evlat edinmede söz konusu olabilecek diğer ihtimallerde, bu imkân kanun koyucu tarafından tanınmamıştır. Tek başına küçüğü evlat edinene bu imkân tanınmamıştır. Ayrıca evlat edinilen bakımından, sadece ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük evlat edinildiğinde evlat edinenin ana baba adını almasına izin verilmiştir. Öyleyse ayırt etme gücüne sahip küçük evlat edinildiğinde ana baba adı olarak evlat edinenin adı yazılmayacaktı. Bununla birlikte erginlerin evlat edinilmesinde, evlat edinenin adı evlatlığın ana baba adı olarak yazılamazdı. Evli kişilerin istisnaen tek başına evlat edinmelerinde, evli kişilerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesinde, ana baba adı olarak evlat edinenin adı ile ilgili kanunda düzenleme yoktur. Görüldüğü gibi kanun koyucu evlatlığın ana baba adı bakımından son derece kısıtlı bir düzenleme getirmişti.

Türk Medeni Kanunu'nda evlat edinilenin ana baba adının sadece ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük hakkında düzenlenmiş olması doktrinde farklı yorumlara yol açmıştır: Bir görüşe göre burada kanun boşluğu vardır ve TMK md. 314/f.4 geniş yorumlanarak diğer evlat edinme ihtimallerinde de uygulanmalıdır.<sup>119</sup> Başka bir görüşe göre hükmün diğer evlat edinme hallerine uygulanması mümkün değildir.<sup>120</sup> Yargıtay evlat edinilen ergin kişinin ana baba hanesine evlat edinenlerin adının yazılmasının kanuna aykırı olduğu görüşündey-

---

<sup>117</sup> Evlat edinme hakkında detaylı bilgi için bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 337 vd; Erdem ve Makaracı-Başak, Aile Hukuku, 380 vd; Murat Aydoğdu, Evlat Edinme, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), 565 vd.

<sup>118</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 339 vd; Erdem ve Makaracı-Başak, Aile Hukuku, 381 vd.

<sup>119</sup> Öztan, Aile Hukuku, 994.

<sup>120</sup> Baygın, Soybağı, 220.



di.<sup>121</sup> Yargıtay bir başka kararında tek başına evlat edinme durumunda küçüğün ana baba adı olarak evlat edinmenin adının yazılmasının mümkün olmadığına karar vermişti.<sup>122</sup>

## B. İsviçre ve Alman Medeni Kanunlarındaki Durum

İsviçre hukukunda ZGB Art. 267 ve Art. 270 konuya ilişkin düzenleme içermektedir. ZGB 267/f.3'e göre evlat edinilen çocuğa yeni bir ad verilebilir. "Aile adı" başlıklı ZGB Art. 270'e göre ebeveynler evlilerse çocuk onların adını alır. Eğer evli değilse çocuk annesinin soyadını annenin önceki evliliğinden dolayı çift soyadı varsa onun ilk soyadını alır. İsviçre hukukunda adın değişmezliği ilkesi esas olarak alındığından, kişinin doğumla kazandığı soyad, evlat edinme ve evlenme olarak ortaya çıkan durum değişikliği haricinde yalnızca mahkeme kararıyla değiştirilebilir.<sup>123</sup>

İsviçre Medeni Kanunu Art. 267a hükmünün 3. paragrafı şöyledir: *"Dikkate alınmaya değer sebepler var ise yetkili kamu idaresi ergin evlatlığın daha önceki adlarını kullanmaya devam etmesine karar verebilir."* İsviçre hukukunda erginlerin evlat edinilmesi soyadı değişikliğine yol açmaktadır. Burada ergin evlat edinilenin soyadının değiştirilmesi hakkında açık bir düzenleme olmasa da erginin soyadı değişikliğinin ancak onun rızasıyla yapılabileceği anlaşılmaktadır. Ergin evlat edinilen, evlat edinilenin soyadını almak istemezse, haklı sebeplerin varlığı halinde yetkili kurum tarafından eski soyadını kullanmasına devam etmesine izin verilebilir.

Alman Medeni Kanunu § 1770 şöyledir: *"(1) Bir yetişkinin evlat edinilmesinin etkileri, evlat edinen kişinin akrabalarına uygulanmaz. Evlat edinilenin eşi veya hayat arkadaşı, kabul edilen kişiyle evlilik yoluyla akraba olmadığı gibi, onun eşi veya hayat arkadaşı da evlat edinilenle akraba değildir. (2) Evlat edinilen kişinin ve onun soyundan gelenlerin akrabalarıyla olan aile ilişkisinden doğan hak ve yükümlülükler, ka-*

<sup>121</sup> Y. 18. Hukuk Dairesi, 11.06.2015, E. 2014/21067, K. 2015/10109; Y. 18. Hukuk Dairesi, 05.05.2015, E. 2014/19323, K. 2015/7581, www.kazancı.com, Erişim Tarihi 03.06.2024.

<sup>122</sup> Y. 2. Hukuk Dairesi, 02.07.2009, E. 2008/1914, K. 2009/13138, www.kazancı.com, Erişim Tarihi 03.06.2024.

<sup>123</sup> Cyril Hegnauer, Berner Kommentar, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Kommentar zu Art. 270-275, 1997, RZ 13-14.

nunda aksi öngörülmediği sürece, evlat edinme işleminden etkilenmez. (3) Evlat edinen, evlat edinilen kişiye ve onun soyundan gelenlere, evlat edinilen kişinin biyolojik akrabaları nezdinde nafaka sağlamakla yükümlüdür." Alman hukukunda BGB § 1770'e göre, evlat edinilen yetişkin önceki doğum adını tek aile adı olarak sürdüremez, bunun yerine evlat edinenin soyadını doğum adı olarak alır.<sup>124</sup>

### C. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı ve Gerekçesi

Anayasa Mahkemesi kararında öncelikle evlat edinmenin evlat edinen ve evlat edinilen bakımından bazı şartlara tabi olduğunu, TMK md. 314/f.1'e göre evlat edinme ile ana babaya ait olan hak ve yükümlülüklerin evlat edinene geçeceğini, evlat edinme işlemi ile soybağının kurulduğunu, böylelikle evlat edinen ile evlat edinilen arasında manevi aile bağlarının olduğunu belirtmiştir.<sup>125</sup> Anayasa Mahkemesi'nin kararına göre evlat edinilenin ana baba adı hanesine evlat edinenlerin adının yazılması, yani evlat edinme ilişkisinin sağladığı ebeveyn bağının nüfus siciline yansıtılmasını isteme hakkı, Anayasa md. 20'de öngörülen özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı ile doğrudan bağlantılıdır.<sup>126</sup>

TMK'da ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün evli kişiler tarafından birlikte evlat edinilmesi dışında diğer ihtimaller için ana baba adının nüfus siciline yazılmasına imkân verilmemesi biyolojik aile görüntüsünün dış dünyaya yansıtılmasını engellemekte, sosyal çevrelerde evlat edinme ilişkisini açığa çıkarabilmektedir.<sup>127</sup> Ana baba adının nüfus siciline yazılmaması kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal etmekte, Anayasa'nın 5. maddesinde yer alan insanın maddi manevi varlığının gelişmesi için temel şartları hazırlamayı devletin temel amaç ve görev edinmesine aykırılık teşkil ettiği, üstelik bu hakkın ihlalinin yargı organları önüne taşımamanın mümkün olmamasının Anayasa'nın 40. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir.<sup>128</sup>

---

<sup>124</sup> MüKoBGB/Maurer BGB § 1770 N.4.

<sup>125</sup> AYM TMK md.314/f.4'ün iptali hakkında karar, paragraf 30-31.

<sup>126</sup> AYM TMK md.314/f.4'ün iptali hakkında karar, paragraf 32.

<sup>127</sup> AYM TMK md.314/f.4'ün iptali hakkında karar, paragraf 33-34.

<sup>128</sup> AYM TMK md.314/f.4'ün iptali hakkında karar, paragraf 35-36-37.

Anayasa Mahkemesi kararında TMK md. 314/f.5 ve 6'da evlat edinilen ve evlat edinenin aile kütükleri arasında her türlü bağ kurulacağı, evlat edinilen istemediği veya mahkeme kararı olmadıkça evlat edinme ilişkisinin açıklanmayacağı belirtilmiştir. Böylelikle evlat edinme ilişkisinin gizliliği esas alınmıştır. Ancak buna rağmen her ihtimalde nüfus kaydına evlat edinilenin ana baba adı olarak evlat edinenin adının yazılmaması gizlilik ilkesine aykırıdır.<sup>129</sup>

#### **D. İptal Kararının Değerlendirilmesi**

Anayasa Mahkemesi'nin TMK md. 314/f.4'ün iptali talepli kararı, anılan maddenin kural olarak evlat edinme ilişkisinin gizli tutulması ve manevi aile bağlarının dış dünyaya yansıtılmaması gerekçelerine dayanmaktadır. TMK'da İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemenin aksine evlat edinilenlerin ana baba adı hanesine yazılmalarının sınırlı şartlara tabi olması yerinde değildir. Yukarıda belirtildiği gibi Medeni Kanunu'muzda ana baba adı hanesine evlat edinenin adının yazılması sadece ayırt etme gücüne sahip olmayan evlat edinilen bakımından getirilmiş, diğer ihtimaller göz ardı edilmiştir. Ancak sosyal çevrelerde biyolojik aile görüntüsünün bulunması, evlat edinilenin psikolojik ihtiyaçları bunu gerektirdiği gibi aynı durum diğer evlat edinilenler için de geçerlidir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına konu olan olayda ergin evlat edinilen ana baba adı hanesine evlat edinilenlerin adının yazılmaması nedeniyle birçok açıdan sorun yaşamıştır. Yukarıda belirttiğimiz Yargıtay kararlarında kanunda sayılan hal haricinde kalan evlat edinme ilişkilerinde ana baba adı noktasında hak ileri sürülmesine izin verilmemektedir. İşte bu da hem özel hayatta saygı ilkesini ihlal etmekte hem de etkili başvuru hakkına aykırılık oluşturmaktadır.

Yargı Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinde TMK md. 314/f.4 hakkında şu düzenleme yer almaktadır: "Ayırt etme gücüne sahip olmayanların nüfus kaydına birlikte evlat edinmede ana ve baba adı olarak evlat edinen eşlerin adları; tek başına evlat edinmede ise ana veya baba adı olarak evlat edinenin adı yazılır. Evlat edinilen diğer kişiler hakkında, talepleri halinde bu hüküm uygulanır." Kanun

---

<sup>129</sup> AYM TMK md.314/f.4'ün iptali hakkında karar, paragraf 39-40-41.

teklifinde farklı evlat edinme ihtimallerini kapsayacak şekilde düzenleme yapıldığı görülmektedir. Eğer teklif bu haliyle yasallaşırsa sonuçlarının olumlu olacağı ve ihtiyaç duyulan yasal düzenlemeyi karşılayacağı kanaatindeyiz.<sup>130</sup> Teklifte yer alan haliyle yasal düzenleme yapılması hem Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı gerekçesine hem de doktrindeki görüşlere paralellik göstermektedir. Bu bakımdan kanaatimizce teklifin isabetli olduğu belirtilmelidir.

## **SONUÇ**

Son yıllarda yaşanan sosyal gelişmeler, toplumsal ihtiyaçlar vb. sebeplerle 2023 yılından günümüze kadar Anayasa Mahkemesi tarafından TMK'da yer alan bazı aile hukuku hükümleri iptal edilmiştir. Bu iptal kararlarının sonuçlarına ilişkin olarak aşağıdaki değerlendirmelere varılmıştır:

Türk Medeni Kanunu md. 166/f.4'ün iptal edilmesi, kanaatimizce isabetli olmuştur. Anayasa Mahkemesi bu fıkrayı boşanma davaları zaten çok uzun sürdüğü için, üç yıllık bekleme süresinin taraflara katlanılamaz bir külfet getirdiğini isabetli olarak belirtmiştir. Bu doğrultuda kanun koyucu bu hükmün yerine mutlaka yeni bir yasal düzenleme yapmalıdır. Boşanma davasında verilen davanın reddine dair kararın kesinleşmesinden itibaren üç yıl süreyle ortak hayatın yeniden kurulamamış olması nedeniyle fiili ayrılık, boşanma sebepleri arasında yer almaya devam etmelidir. Aksi takdirde, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını (her nasılsa) ispatlayamayan taraf için boşanma imkânsız hale gelecektir. Türk Medeni Kanunu md.166/f.4 yerine mutlaka benzer içeriğe sahip yeni bir hüküm getirilmeli, ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle fiili ayrılık boşanma sebepleri arasında yer almalıdır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı doğrultusunda dava açma süresi kısaltılarak (bir öneri olarak) bir yıla indirilmelidir.

Kadının soyadını düzenleyen TMK md. 187'nin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi, esasen daha modern ve toplumsal ihtiyaçlara cevap verebilecek, daha çağdaş bir düzenleme getirilmesi bakımından olumlu olmuştur. Ancak meclise sunulan kanun teklifinde maalesef TMK md. 187 yerine yine neredeyse aynı içeriğe sahip bir

---

<sup>130</sup> Aynı yönde bkz. Türkmen, 67-68.

hüküm getirilmesi öngörülmektedir. Kanun teklifinde maddenin eski halinin hemen hemen aynen tekrar edilmesi son derece hatalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçeleri ve vardığı iptal kararı isabetli olmasına rağmen buna riayet edilmemesi kanaatimizce yeni uyumsuzluklara ve tartışmalara yol açacaktır. Kanun teklifi bu haliyle yasallaşırsa yine Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurulara konu olacaktır. Bununla birlikte soyadının tanıtıcı etkisi göz ardı edilmek istenmemektedir. Toplumun sosyal ve kültürel yapısının evli çiftlerin kadının soyadını kullanmaya başlamasına hazır olmadığı düşünülüyorsa, seçenekli bir yasal düzenleme getirilebilir. Bu bağlamda evlenen çiftler hiçbir bildirimde bulunmazlarsa kural olarak erkeğin soyadını kullanabilir. Eğer içlerinden birinin soyadını ve sadece bekârlık soyadlarını kullanmak isterlerse bildirimde bulunabilirler.

Daha yenilikçi bir düzenleme yapmak istiyorsa, kanun koyucunun İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemeyi örnek alarak, evlenen kişilere bekârlık soyadlarını kullanma veya içlerinden birinin soyadını "aile adı" olarak belirleme imkânı verilmeli, bu konuda eşlere tercih hakkı tanınmalı, buna bağlı olarak çocuğun soyadını belirleme yetkisi de eşlere verilmelidir.

Türk Medeni Kanunu md. 286'nın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi kanaatimizce yerinde olmuştur. Ananın özel hayatını yakından ilgilendiren çocuğun soybağı konusunda soybağının reddi davası açma hakkı anaya verilmesi isabetli olacaktır. Bu hükümle ilgili kanun teklifinde anaya soybağının reddi davası açma hakkı verileceği ve bu hakkın (TMK md. 289'a göre) çocuğun doğumundan itibaren 1 yıllık hak düşürücü süreye bağlanacağı görülmektedir. Kanun teklifinin bu haliyle kabul edilmesi kanaatimizce isabetli olacaktır. Anaya soybağının reddi davası açma hakkı verilmesi önem taşımaktadır. Bu davanın hak düşürücü süreye tabi tutulması ve bir yıllık sürenin babanın sahip olduğu hak düşürücü süre ile aynı olması yerinde olacaktır.

Türk Medeni Kanunu md. 291/f.1'de "baba olduğunu iddia eden kişi" ibaresi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal kararının amacının, biyolojik babanın soybağının reddi davası açma hakkının kendisine bağlı olmayan sebeplere dayandırılmış olması, davacının özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal

edildiği ve ihlal edilen anayasal hakkı yargı mercileri önüne taşıma imkânı verilmemesinin anayasaya aykırı olduğu görülmektedir. Kanun teklifi taslağında bu hükümle ilgili herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durum bize kanun koyucunun TMK md. 291/f.1'de yeni bir yasal düzenleme yapmayacağını göstermektedir. Öyleyse iptal kararı yürürlüğe girdikten sonra biyolojik babanın soybağının reddi davası açma hakkı herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın gerçekleşecektir. Bu sonuç ulaşılması istenen bir durumdur. Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesine uyumlu olduğu için olumlu olacaktır.

Ayırt etme gücüne sahip olamayan küçüğün evlat edinilmesinde ana baba adı hanesine evlat edinenlerin adının yazılması hakkında düzenleme içeren TMK md. 314/f.4'ün iptal edilmesi yerinde olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile güttüğü amaç, evlat edinme ilişkisinin gizli tutulması amacıyla diğer evlat edinme seçeneklerinde de ana baba adı hanesine evlat edinenlerin adının yazılmasıdır. Kanun teklifinde bu doğrultuda düzenleme yapıldığı görülmektedir. Teklifte yalnızca ayırt etme gücüne sahip olmayan evlat edinilen değil, diğer evlat edinme seçeneklerinin de göz önüne alındığı anlaşılmaktadır. Böyle bir yaklaşım son derece isabetli olmuştur. Kanun teklifinin bu haliyle yasallaşmasının olumlu olacağı kanaatindeyiz.

Bu çalışmada incelemiş olduğumuz Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen hükümler aslında birçok aile hukuku hükmünü yakından ilgilendiren hükümlerdir. Aile hukuku hükümlerinin bir bütün olduğu düşünüldüğünden aralarından bazı önemli hükümlerin iptal edilmesi adeta dengesizliğe yol açacaktır. Bu nedenle esasen aile hukuku hükümleri hakkında topyekün bir yenilik yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Son olarak Anayasa Mahkemesi tarafından (henüz) iptal edilmeyen fakat yasal düzenleme ile uygulamanın örtüşmediği bazı durumlar gözlenmektedir: Bunlardan biri ortak (birlikte) velayettir. Türk hukukunda boşanma sonrasında küçüğün velayeti mahkeme kararı ile eşlerden birine verilirken İsviçre ve Alman hukukunda ortak velayet olarak adlandırılan kurum yer almaktadır. Buna göre boşanma sonrasında küçüğün velayeti ortak velayet yoluyla eşlerin her ikisine birden verilebilir. Her ne kadar ortak velayet TMK'da düzenlenmemiş olsa da uygulamada Yargıtay kararları ile kabul edilmektedir. Bu da hukuk

güvenliğini sarsmakta ve uygulamada yeknesaklıktan uzaklaşılmasına sebep olmaktadır. Yakın bir gelecekte bu konu da Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına konu olacak ve kanun boşluğu oluşacaktır. Bu nedenle bahsedilen aşamaya gelinmeden önce toplumsal gereklilik ve aile yapısı göz önüne alınarak TMK'da ortak velayete ilişkin yeni yasal düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Benzer durum velayet kendisinde olan boşanmış kadının çocuğuna kendi soyadını vermesi ile ilgili olarak yaşanmaktadır. Bilindiği gibi Türk hukukunda çocuğun soyadı velayete değil soybağına bağlanmıştır. Dolayısıyla boşanan kadın boşanma sonrasında bekârlık soyadına geri dönmekte, çocuk ise babanın soyadını kullanmaya devam etmektedir. Velayet boşanan kadına verildiğinde çocuk ile soyadı farklı olan kadın, dava açarak kendi soyadının çocuğa verilmesini talep ettiğinde uygulamada bu talebin kabul edildiği görülmektedir. İşte burada da yasal düzenleme ile uygulama çelişmektedir. Bu konuda İsviçre Medeni Kanunu'nda açık düzenleme bulunmasına rağmen TMK'da yasal düzenleme yoktur. Boşanan kadının çocuğun velayetine sahip olması halinde çocuğa kendi soyadını vermesi hakkında yasal düzenleme yapılmalı, yeknesaklıktan uzak uygulamanın önüne geçilmelidir.

| <b>YAZAR BEYANI</b>                        |  |
|--|--|
| <b>Mali Destek/ Teşekkür Beyanı:</b>       | Bulunmamaktadır.   |
| <b>Yazarların Katkıları</b>                | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.                                  |
| <b>Çıkar Çatışması/ Ortak Çıkar Beyanı</b> | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| <b>Etik Kurul Onayı:</b>                   | Gerekmemektedir.   |

## KAYNAKÇA

Abik, Yıldız. Kadının Soyadı. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2005.

Acabey, Beşir. Soybağı: Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2002.

Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku 2. Cilt. İstanbul: Beta, 2020.

Altaş, Hüseyin. Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

Apaydın, Bahar Öcal. "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş mudur". İnÜHFD, 6/2 (2015): 425-458.

Aydıncık Midyat, Şirin. "Genetik Babanın Türk Soybağı Hukukundaki Yeri". İstanbul Hukuk Mecmuası, 80/2 (2022): 455-506.

Aydoğdu, Murat. Evlat Edinme. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.

Baş, Seda ve Sezgin Baş. "Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 187 Hükümüne İlişkin İptal Kararından Sonra Evlenen Kadının Soyadı". Kırıkkale Hukuk Mecmuası, 4/2 (2024): 493-526.

Başoğlu, Başak. "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi". İnönü ÜHFD, 8/1 (2017): 351-378.

Baygın, Cem. Soybağı Hukuku. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2010.

Çelt, Damla Özden. " TMK md. 187'nin İptal Kararının Çocuğun Soyadına Olası Etkileri ve Olması Gereken Hukuk Bağlamında Bir Öneri". Akdeniz ÜHFD, 13/2 (2023): 1065-1095.

Durak, Yasemin ve Nursen Ayan. "Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu'nun 187. Maddesini İptal Etmesi Çerçevesinde Kadının ve Çocuğun Soyadının Değerlendirilmesi". Çankaya ÜHFD, 8/2 (2023): 359-388.

Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024.

Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz. Türk Özel Hukuku Cilt III Kişiler Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.



Erdem, Mehmet ve Aslı Makarcı-Başak. Aile Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Erdoğan, İhsan. “Şahsiyeti İncitici Soyadı Meselesi”. Selçuk Üniversitesi HFD, 6/1-2 (1998): 705-712.

Eşiner, Gülsüm. “Boşanma Sonrası Velayeti Anneye Verilen Çocuğun Soyadı”. Beykent ÜHFD, (2021): 51-58.

Gümüş, Alper. “Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki ‘Diğer İlgililerin’ (Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin(!)) Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı (TMK md. 291/I,III). Prof. Dr. Mustafa Durral’a Armağan, (Filiz Kitabevi: 2013): 568-578.

Güvenç, Özgür. “Anaya Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı Tanınması: Olması Gereken Hukuk Bakımından Öneriler”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 15/58 (2024): 297-325.

Hatemi, Hüseyin. Aile Hukuku. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021.

Hausheer Heinz und Reusser Ruth E und Geiser Thomas. Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Berner Kommentar. 2. Auflage, 1999.

Hegnauer, Cyril. Berner Kommentar, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Kommentar zu Art. 270-275. 1997.

Helvacı, Serap ve Fulya Erlüle. Medeni Hukuk. İstanbul: Legal, 2020.

Işıklar Ülgen, İmge. “Evlendikten Sonra Kadınların Münhasıran Kendi Soyadlarını Kullanması”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 168 (2023): 1-47.

Kılıçoğlu, Ahmet. Aile Hukuku. Ankara: 2. Bası, 2016.

Kostkiewicz, Jolanta Kren und Stephan Wolf, und Marc Amstutz und Roland Fankhauser. ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch. 4. Auflage, 2021.

Moroğlu, Nazan. “Kadının Kimlik Sorunu: Kadının Soyadı”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 25/99 (2012): 245-268.

Odabaşı, Özge Erbek. “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı”. Dokuz Eylül ÜHFD, 19/1 (2017): 43-110.

Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. Medeni Hukuk. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

Oğuzman, M. Kemal ve Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. Kişiler Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.

Oktay-Özdemir, Saibe. "Soyadı ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler İle Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması". MÜHFHAD, Prof Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan,22/23 (2016): 2017-2023.

Oktay-Özdemir, Saibe. "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı". Public and International Law Bulletin, 35/1 (2015): 29-46.

Oruç, Murat. "Evli Kadının Münhasıran Bekârlık Soyadını Kullanabilmesi". Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 7/27 (2016): 451-466.

Özer, Zeynep Güler. "Anayasa Mahkemesinin TMK m.187'nin İptaline İlişkin Kararının Analizi ve Düzenleme Önerisi". Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 14/55 (2023): 523-556.

Öztan, Bilge. Aile Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.

Roland, Fankhauser. Scheidung, Band I: ZGB und Band II, FamKomm. 4. Auflage, 2022.

Ruth Arnet und Peter Breitschmid und Alexandra Jungo. CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB - Partnerschaftsgesetz. 4. Auflage, 2023.

Schulze, Reiner. Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Auflage, 2024.

Schulz, Werner und Jörn Haub. Familienrecht, Hand Kommentar, (FamR). 3. Auflage 2018.

Schwab, Dieter. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKoBGB), Band 10, Familienrecht II, § 1589-1921. 9. Auflage, 2024.

Schwander, Ivo. ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, (Hrsg. Jolanta Kren Kostiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser). (3. Auflage, Orell Füssli 2021).

Seçer, Tuğçem. “Eşlerin Soyadı ve Kanun Metni Önerisi”, İstanbul Medeniyet ÜHFD, 9/1 (2024), 253-291.

Serozan, Rona. Çocuk Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.

Tekinay, Selahattin Sulhi. Türk Aile Hukuku. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1990.

Stehli Claudia, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021, Art. 270 N 1 f.)

Stürner, Rolf. Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch. 19. Auflage, 2023.

Stürner, Rolf und, Christian Berger und, Christine Budzikiewicz und Christoph Kern, und Astrid Stadler und Heinz-Peter Mansel. Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar. 19. Auflage, 2023.

Tekinay, Selahattin Sulhi. “Anaya Kocanın Nesebini Red Hakkı Tanınmalı mıdır?”. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 11/14 (1977): 1-5.

Turan Başara, Gamze. “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 15/59 (2024): 387-406.

Yelmen, Adem. “Birlikte (Ortak) Velayete Yönelik İsviçre Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”. İstanbul Aydın ÜHFD, 6/2 (2020): 315-325.

Yılmaz, Süleyman ve Çavuşoğlu, Gökçe Filiz. “Soyadı Üzerine Güncel Hukuki Sorunlar”. Ankara Hacı Bayram Veli ÜHFD, 24/1 (2020): 3-30.

Yılmaz, Süleyman ve Abdulkerim Yıldırım. Medeni Hukuk I Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku. Ankara: 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.

## **MEDENİ USUL HUKUKU AÇISINDAN ESKİ HÂLE GETİRME BAŞVURUSU ÜZERİNE VERİLEN KARAR**

*Decisions Taken on the Application for Restitution  
in Terms of Civil Procedure Law*

**Mahnur AFANDİYEVA \***

### **ÖZET**

Hukuk yargılamasında taraflarca yapılan işlemler genel olarak sürelerle tabi tutulmuştur. Bazı süreler kanunda açıkça düzenlenmişken, bazıları ise hâkimin takdirine bırakılmıştır. Taraflar bazen kendi iradeleri dışında ortaya çıkan sebeplere ilişkin olarak belirlenen süreleri kaçırabilmektedirler. Bu hâlde belirlenen sürenin belirli şartlarla, eski hâle getirme yolu ile canlandırılması mümkündür. Eski hâle getirme kurumu, yargılama hukukuna bağlı bazı hakları, kişinin kendi kusuru dışında süresinde kullanamaması hâlinde başvurulabilecek bir usul hukuku kurumudur. Çalışmamızda eski hâle getirme kurumu öncelikle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu düzenlemeleri çerçevesinde ele alınmış, ancak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakeme-

\* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, e-posta: mahnurefendiyeva1@gmail.com, ORCID: 0009-0002-5441-2273

**Makale Geliş Tarihi:** 13.07.2024

**Makale Kabul Tarihi:** 19.09.2024

⇒ **Atıf Şekli:** Mahnur Afandiyeva, “Medeni Usul Hukuku Açısından Eski Hâle Getirme Başvurusu Üzerine Verilen Karar”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024):725-753.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



leri Kanunu'nun eski hâle getirme kurumuna dair farklı düzenlemelerine ve doktrinde ve uygulamada ortaya çıkan farklı görüşlere yer verilmiş, eski ve yeni tarihli kaynaklar ile Yargıtay kararlarından yararlanılmıştır. Çalışmadaki amaç, eski hâle getirmeye ilişkin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine (m. 95-101), yeri geldikçe 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun'un eski hâle getirme kurumuna dair farklılık gösteren düzenlemelerine de değinmek suretiyle ilgili Yargıtay kararları ışığında açıklık getirmektir. Bu sebeple, çalışmamızda öncelikle eski hâle getirme kurumunun amacı, hukuki niteliği, eski hâle getirmenin şartları, başvuru koşullarından bahsedilmekle eski hâle getirme başvurusu üzerine verilen kararlar incelenmiş ve ilgili kararların ortaya çıkardığı sonuçlar irdelenmiş, konuya dair Yargıtay kararları ele alınmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Kesin Süreler, Kesin Sürenin Kaçırılması, Elde Olmayan Sebepler, Eski Hâle Getirme, Başka Bir Hukuki Yola Başvuru İmkanının Kalmaması.

## **EXTENDED ABSTRACT**

The actions to be taken by the parties in civil proceeding are generally fixed on certain duration. While some of the periods are clearly regulated in the law, some periods are left to the discretion of the judge. The parties sometimes miss the specified periods depending on the reasons that arise out of their will. In this case, it is possible to revive the determined period by reinstatement under certain conditions. The institution of reinstatement is a procedure of adjective law that may be applied if a person cannot exercise some rights related to the judicial law for a period of time without his/ her own fault. In this study, the restitution concept is analyzed within the scope of Civil Procedure Law; the conditions of application to the procedures of restitution, the decisions of the related competent authority are explained.

The request for reinstatement is subject to certain conditions. Firstly, the deadline for filing a claim must be missed for unavoidable reasons. The acceptance of the request is committed to the discretion of the judge to be determined according to the circumstances of the

concrete case. Moreover, in order to make a claim, the party must not have any legal remedy to make up for the missed time for the untimely action. Because, reinstatement can be applied as a last remedy. The request in question shall be made within two weeks from the removal of the obstacle from the court where the case is heard at the first instance stage, and from the relevant legal department that will hear the case at the legal remedy stages of appeal and cassation. Since the period is a forfeiture period, the court must take this period into consideration *ex officio*. In addition, reinstatement cannot be applied in cases where the deadlines regulated in the substantive law are missed. For example, if the statute of limitations or prescription period is missed, reinstatement cannot be requested. Reinstatement shall be requested with a petition showing the signs and evidences. In the petition, the requester shows the reasons for requesting reinstatement, the obstacles that cause the inability to take action in due time and the evidence related to them.

Upon a request for reinstatement, the court shall investigate the evidence and the reasons on which the request is based. The burden of proof is on the requesting party, and the party must prove the circumstances that need to be proved. The request for reinstatement of the party who cannot prove the reason for reinstatement and cannot fulfil the burden of proof shall be rejected. Since approximate proof is deemed sufficient in this regard, full proof is not required. The request for reinstatement before the courts of first instance or regional courts of appeal shall be made and examined in accordance with the procedure on preliminary issues, and the request for reinstatement before the Court of Cassation shall be made and examined in accordance with the appellate procedure. The judge hearing the request for reinstatement shall announce his/her decision on the rejection or acceptance of the request to the parties by way of notice or notification. It is not possible for the judge to continue the proceedings by leaving the request unanswered, and it is obligatory to make a decision on the request. The decision of the court must be clear, and no indirect or implied decision should be given.

If the court concludes that the formal conditions for the acceptance of the request for reinstatement are fulfilled and there is con-

vincing evidence that the request is justified, and if it concludes that the transaction could not be made in a timely manner due to reasons other than the fault of the party requesting reinstatement, the court shall decide to accept the request, otherwise it shall decide to reject the request. The decision on the acceptance or rejection of the request for reinstatement during the pendency of the proceedings is an interim decision and is not final. However, unlike the decision on the rejection of the request, the decision on the acceptance of the request must be given as a separate decision. Because, unlike the rejection decision, the acceptance decision leads to a change in the existing legal situation. The decision to reject the request does not change the existing legal situation, and the case is continued as it is. With the decision to accept the request for reinstatement, the transaction made after the time shall be deemed to have been made on time, and the legal transactions and provisions affected by the deemed timeliness of the transaction shall be deemed invalid, since the adverse consequences arising as a result of missing the deadline shall be eliminated retroactively.

As a result, the institution of reinstatement contributes to the decision in accordance with the material truth at the end of the proceedings and prevents the loss of rights of the parties by complying with the conditions determined by the law.

**Keywords:** Peremptory Periods, Missing The Peremptory Periods, Reasons Beyond Control, Restitution, Absence of Means to Take Further Legal Action.

## **GİRİŞ**

Medenî usul hukukunda, belirli zaman diliminde ve düzenli bir şekilde yargılama yürütmek adına usul işlemlerinin yapılması belirli sürelerle tabi tutulmuştur. Kanunda veya hâkim tarafından belirlenen kesin sürelerle uyulmaması, kesin süre içerisinde mahkemece ve taraflarca yapılan usul işlemlerinin yapılmaması söz konusu işlemleri yapma hakkının ortadan kalkmasına neden olur. Fakat kesin sürelerle riayet edilmemesi, usuli işlemlerin öngörülen sürelerde yapılmaması bazen tarafın elinde olmayan sebeplerle kaçırılmış olabilir. Bu yüzden

kanun koyucu, tarafın kesin süre içinde yapması gereken işlemi haklı bir sebebe dayanarak süresinde yapamaması, sürenin elde olmayan sebeple kaçırılması durumunda, ilgiliye süresinde yapamadığı işlemi eski hâle getirme yoluyla daha sonra yapabilme imkanı tanımıştır.<sup>1</sup>

Eski hâle getirme, hâkimin yargılama sonunda maddi gerçeğe uygun ve adaletli karar vermesine katkıda bulunur. Diğer taraftan, eski hâle getirme adil yargılanma, hukuki dinlenilme hakkı ve hak arama özgürlüğü ile yakın ilişki içerisindedir.<sup>2</sup> Söz konusu ilkeler çerçevesinde taraflardan herhangi birine ayrıcalık tanımadan, her iki tarafa eşit şekilde iddia ve savunma hakkının tanınması, delil gösterme yetkisinin verilmesi gerekir.<sup>3</sup> Bu yüzden eski hâle getirme kurumu elde

<sup>1</sup> Ayhan Önder, "Eski Hâle Getirmenin Hukuki Mahiyeti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 30 (1964): 951; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 13.09.2005, E. 2005/5427, K. 2005/5735 "...Eski hâle getirme, belirli bir süre içinde belli bir işlemi yapması gereken kişinin (tarafın) veya vekilinin arzu ve ihtiyari (iradesi) dışında o işlemi yapmaktan aciz bulunduğu tahakkuk etmiş bulunması hâlidir. Bu husus HUMK'nun 167/1. bendinde açıkça ifade edilmiştir. Davacının 25.01.2005 günlü oturuma yukarıda açıklandığı şekilde, solunum yetmezliği tanısıyla hastanede yatarak tedavi görmesi nedeniyle yargılama oturumuna katılmadığı açıktır. Bu tipik HUMK'nun 167/1. bendinde yer alan (aciz) tabiri ile açıklanan zorunlu hâli ifade eder..." (Kazancı). "(Yasa deyimi ile) hâli sabıka irca, olanaksızlar sonucu kesin sürelere uyulmaması nedeniyle düşmüş olan bir hakkın kazanılmasıdır." (Asım Turgut Yeşiltan, "Eski Hâle Getirme (Hâli Sabıka İrca)", Ankara Barosu Dergisi, 28/2 (1971): 237). "Eski hâle getirme, kesin mehillerin kanunda mazret addedilen sebep yüzünden geçirilmesi hâlinde, hakkın düşmemesi için alakadara tanınan son bir imkan olup, aynı müddetten tekrar faydalanmayı sağlayan bir müessesedir." (Şakir Berki, "Eski Hâle Getirme", Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, (Ankara: 1964), 151).

<sup>2</sup> Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt:V (İstanbul: Demir Yayıncılık, 2001), 5487; Erdal Tercan, Medenî Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Hâlinde) Eski Hâle Getirme-Hâli Sabıka İrca (Ankara: Yetkin Yayınları, 2006), 33; Hakan Pekcanitez, Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku, Cilt: I (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 856; Hülya Taş Korkmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Eski Hâle Getirme", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15/2 (2016): 638.

<sup>3</sup> Hakan Pekcanitez, "Medeni Yargıda Adil Yargılama", İzmir Barosu Dergisi, 2 (1997): 45; Hakan Pekcanitez, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları (2000): 754-757; Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku'nda Hukuki Dinlenilme Hakkı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), 50-52; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 14.10.2014, E. 2014/19718, K. 2014/23678, "...davanın taraflarının yargılama ile ilgili bilgi sahibi olma açıklama ve ispat hakkı bulunmaktadır. Bu hakkı, adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Taraflar silahların eşitliği ilkesi gereği iddia ve savunmalarını ileri sürme ve ispat hakkına sahiptirler. Hakim tarafları dinlemeden veya açıklama ve ispat hakkı-



olmayan nedenlerle sürenin kaçırıldığı hâllerde işlemlerin sonradan yapılmasına fırsat tanıyarak taraflar arasındaki eşitliği sağlar.

Çalışmamızın birinci bölümünde, eski hale getirme kurumunun tanımı, hukuki niteliği ve amacına yer verilmiş akabinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'u çerçevesinde eski hale getirmenin şartları ile bu talebin mahkeme tarafından incelenme usulüne değinilmiştir. İkinci bölümde eski hâle getirme talebinin incelenip karara bağlanması, verilen kararların ortaya çıkardığı sonuçlardan bahsedilmiştir.

## I. GENEL OLARAK ESKİ HÂLE GETİRME

### A. Eski Hâle Getirmenin Konusu ve Amacı

Yargılama hukukuna ilişkin bir kavram olan eski hâle getirme, hukuk dilinde "eski hâle iade" veya "hâli sabıka irca" şeklinde açıklanmaktadır.<sup>4</sup> Kavram olarak eski hâle getirme yanıltıcı olmakla, burada eski hâle getirilen bir işlem söz konusu olmayıp, sadece süresi içinde yapılamayan işlemin yapılabilmesi mümkün hâle gelmektedir.<sup>5</sup> Eski hâle getirme, kişinin kendi iradesi dışında oluşan, karşı koyamayacağı bir doğa olayı ya da herhangi bir kaza veya üçüncü bir kişinin sebep olduğu olaylar sonucu süreye uyamamasından dolayı makul görülebilecek bir sebeple, kanunda öngörülen veya hâkim tarafından kesin olarak belirlenmiş olan sürede yapılması gereken usuli işlemi yerine getiremeyen tarafa, söz konusu sebebin ispatlanması koşuluyla, yapılamamış olan usuli işlemi öngörülen süreler içerisinde yapma imkanı tanıyan bir usul hukuku kurumudur.<sup>6</sup> Yargıtay bir kararında

---

*nı kullanmaları için davet etmeden hükmünü veremez. Taraflar duruşmaya çağrılmadan, taraf teşkili sağlanmadan hüküm verilmemesi, iddia ve savunma hakkının kullanılmasına imkan tanınması ilkesinin doğal bir sonucudur..."* (Pekcanitez, Pekcanitez Usul, 856, dn.176).

<sup>4</sup> Mustafa Reşit Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi (İstanbul: M. Sıralar Matbaası, 1956), 150; Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları (İstanbul: Beta Basımevi, 2009), 171; Asuman Çapar, "Eski Hâle Getirme Kurumunun İdari Yargı Alanında Uygulanabilirliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 28/1 (2022): 185.

<sup>5</sup> Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, Medenî Usul Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 309.

<sup>6</sup> Ergün Önen, Medenî Yargılama Hukuku (Ankara: Sevinç Matbaası, 1979), 118-119; Ramazan Serdar Erkut, "Eski Hâle Getirme", Ankara Barosu Dergisi, 1(1987):

eski hâle getirmeyi, “...geçerli bir işlem için ve elde olmayan nedenlerle, belirli sürenin geçirilmiş olması yüzünden düşen bir hakkın, yeniden elde edilmesi amacıyla yönelik, usul kanununun tanıdığı bir yol”<sup>7</sup> şeklinde tanımlamıştır.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun (HUMK) 166-174. maddeleri arasında “Hâli Sabıka İrca” başlığı altında düzenlenen eski hâle getirme kurumu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’da (HMK) “Eski Hâle Getirme” başlığı altında 95-101. maddeler arasında düzenlenmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 166’ncı maddesine göre, eski hâle getirme, sadece HUMK’da düzenlenen veya hâkim tarafından belirlenen kesin süre içinde yapılması gereken işlemler hakkında geçerli olmaktadır.<sup>8</sup> İlgili metinde yer alan “bu kanun” ifadesinden bu sonuca varılmaktaydı. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’da ise “bu kanun” ifadesi yerine “kanun” ifadesi kullanılmıştır. HMK’nın 95. maddesine göre elde olmayan sebeplerle, kanunda belirtilen veya hâkimin kesin olarak belirlediği süre içinde bir işlemi yapamayan kimse, eski hâle getirme talebinde bulunabilir.<sup>9</sup> Madde metninden anlaşıldığı üzere, eski hâle getirme hükümleri sadece HMK’da değil, yargılama hukukuna dair diğer ka-

---

86; Önder, “Eski Hâle Getirme”, 951 vd., Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku*, Cilt: I (Ankara: Yetkin Basımevi, 2024), 507; İlhan Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medenî Usul Hukuku Dersleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 370; Ömer Ulukapı, *Medenî Usul Hukuku* (Konya: Mimoza Yayınları, 2015), 142; Hakan Pekcanitez, *Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 136; Abdurrahim Karşlı, *Medenî Muhakeme Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 390; Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoglu, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 167; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 146; Timuçin Muşul, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 185; Tercan, *Hâli Sabıka İrca*, 50-51; Taş Korkmaz, “HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl”, 635, 637; Meltem Ünlü Usta, “Medenî Usul Hukuku’nda Eski Hâle Getirme”, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2018), 19-20; Gökçe Yazar, “Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler, Eski Hâle Getirme ve Adli Tatil”, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, 2021), 61.

7 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 3.6.1982,13-1612/748 (Lexpera).

8 Berki, “Eski Hâle Getirme”, 165; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt: II (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 2250; Tercan, *Hâli Sabıka İrca*, 50.

9 Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt: II (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 1649; Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*, Cilt: I (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 474; Yasin Köse, *Hukuk Yargılamaında Süreler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), 64.

nunlarda öngörülen kesin sürelerin geçirilmesi hâlinde de başvurulabilecek bir yol olabilmektedir.<sup>10</sup> Örneğin, iş mahkemelerine, aile mahkemelerine, kadastro mahkemelerine veya tüketici mahkemelerine ilişkin özel hükümlerle belirlenen sürelerin elde olmayan sebeplerle kaçırılmış olması hâlinde de bu hükümler uygulanacaktır.<sup>11</sup>

İcra ve iflas organları için öngörülen süreler, hak düşürücü nitelikte olmadığı ve süresinden sonra yapılan işlemler de geçerli olacağı için, icra organları için konulmuş sürelerin elde olmayan sebeplerle kaçırılması hâlinde eski hâle getirme yoluna başvurmaya imkan yoktur.<sup>12</sup> Örneğin, ödeme emrine itiraz süresinin elde olmayan sebeplerle kaçırılması hâli için öngörülen gecikmiş itiraz, icra ve iflas hukukuna has özel bir eski hâle getirme yoludur.<sup>13</sup> İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 65/1'e göre; "Borçlu kusuru olmaksızın bir mani sebebiyle itiraz edememiş ise paraya çevirme muamelesi bitinceye kadar itiraz edebilir." Fakat borçlu, mazeretin kalktığı günden itibaren üç gün içinde, mazeretini gösterir sebeplerle birlikte itiraz ve sebeplerini bildirmeye mecburdur (İİK m. 65/2). Görüldüğü üzere gecikmiş itiraz, ödeme emrine bir engel sebebiyle süresi içerisinde itiraz edilememesi hâlinde başvurulabilecek bu yönüyle itiraz süresinin kesin ve hak düşürücü olması kuralının istinası olan, icra ve iflas hukukuna özgü kurumdur. Eski hâle getirmenin diğer bir şartı da sürenin kaçırılması ile ortaya çıkan hak kaybının telafi edilebilmesi için eski hâle getirme dışında hukuki bir imkanın bulunmaması olduğundan, itiraz süresinin kaçırılması hâlinde icra ve iflas hukukunun öngördüğü özel bir imkan olan gecikmiş itiraz kurumu nedeniyle eski hâle getirme yoluna başvurulamaz.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Kuru ve Aydın, Usul Hukuku, 1649; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, Medenî Usul Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 191; Yılmaz, HMK Şerhi, 2250; Muşul, Usul, 186 dn. 222; Ulukapı, Usul, 142; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 167.

<sup>11</sup> Muşul, Usul, 186 dn. 222; Kuru ve Aydın, Usul Hukuku, 1649; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 191; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 167.

<sup>12</sup> Erdal Tercan, "İcra ve İflas Hukuku Açısından Eski Hâle Getirme", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 19/4 (1998): 120; Tercan, Hâli Sabıka İrcâ, 161.

<sup>13</sup> Tercan, "İcra ve İflas Hukuku", 120; Tercan, Hâli Sabıka İrcâ, 162; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 642.

<sup>14</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrcâ, 162.

## B. Eski Hâle Getirmenin Şartları

Eski hâle getirme yoluna başvurulabilmesi için işlem yapma hakkının ortadan kalkmış olması gerekir. Bu hakkın ortadan kalkması ise ancak işlemin yapılması için belirtilen kesin sürenin kaçırılması ile oluşmaktadır.<sup>15</sup> Sadece kesin sürelerin kaçırılması hâlinde eski hâle getirmeye başvurulabileceği için kesin nitelikte olan sürelerin tespiti gerekmektedir.<sup>16</sup> HMK m. 94/1’de kanunun belirlediği sürelerin kesin olduğu ifade edilmiştir. HMK m. 94/2’ye göre, “Hâkim, tayin ettiği sürenin kesin olduğuna karar verebilir. Bu takdirde hâkim, tayin ettiği kesin süreye konu olan işlemi hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklar ve süreye uyulmamasının hukuki sonuçlarını açıkça tutanağa geçirerek ihtar eder. Kesin olduğu belirtilmeyen süreyi geçirmiş olan taraf yeniden süre isteyebilir; bu şekilde verilecek ikinci süre kesindir ve yeniden süre verilemez.”

Maddi hukukta düzenlenen sürelerin kaçırıldığı durumda eski hâle getirme yoluna başvurulamaz.<sup>17</sup> Örneğin, zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin geçirilmesi hâlinde eski hâle getirme talep edilemeyecektir.<sup>18</sup> Aynı zamanda mahkemelerin uyması gereken sürelerin geçirilmesi hâlinde eski hâle getirme yoluna başvuru imkanı bulunmamaktadır. Çünkü mahkemeler için belirlenen süreler hak düşürücü süre değildir; bu süreler mahkemelerin bir işlemi hangi zaman dilimi

<sup>15</sup> Köse, Süreler, 67; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 83-84.

<sup>16</sup> Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 31.10.2012, E. 2012/3897, K. 2012/6616, “... mahkemece davanın açılmamış sayılmasına dair verilen karar nihai bir karardır. Nihai kararlara karşı temyiz yolu açık olup eski hâle getirme talebinde bulunulduğu tarih itibarıyla henüz temyiz süresi dolmamıştır. Süresinde yapılamayan işlemle ulaşılmak istenen sonuca, nahi kararın temtizi edilmesi suretiyle ulaşılmaması mümkün olduğundan eski hâle getirme talebinde bulunulamaz. Yargılamadan el çekmiş olan mahkemelerin eski hâle getirme yoluyla verdikleri nihai kararları değiştirme ya da ortadan kaldırmaları da usulen mümkün değildir...” (Lexpera).

<sup>17</sup> Berki, “Eski Hâle Getirme”, 164; Tanrıver, Medenî Usul Hukuku, 508; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usul, 137; Erdönmez, Pekcanitez Usul, 474; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 310; Budak ve Karaşlan, Medenî Usul Hukuku, 146; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 85; Taş Korkmaz, “HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl”, 641; Ünlü Usta, “Eski Hâl”, 62-63.

<sup>18</sup> Muhammet Özkes, “Medenî Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Hakkın Bazı Güncel Sorunları”, Legal Hukuk Dergisi, 28 (2005): 1298; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usul, 137; Erdönmez, Pekcanitez Usul, 474; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 310; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 167; Taş Korkmaz, “HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl”, 641.

içerisinde yerine getirmesi gerektiğini belirler. Mahkemeler, Kanun'da belirlenen süre içinde işlemi yapmak zorunda olsalar da süresinden sonra yapılan işlemler hakkında verilen kararlar geçerli olmaktadır.

Eski hâle getirme talebi<sup>19</sup> objektif ve sübjektif sebeplere dayanılarak yapılabilir. Tarafın kendi kusuruna dayanmayan, süreyi geçirmesini haklı kabul edecek hâller sübjektif sebepler sayılabilir.<sup>20</sup> Adresinden seyahat nedeni ile geçici olarak ayrılan ve yeni adres bildirmeyen davacıya tebligat yapılamaması, kendi kusuruna dayalı engel olarak nitelendirilir. Fakat bu durumda mahkeme, seyahat nedeniyle eski hâle getirme yoluna başvurulup vurulamayacağını somut olayın koşulları çerçevesinde takdir edecektir.<sup>21</sup> Kişinin kendisinden kaynaklanmayan deprem, sel baskını ve yangın gibi mücbir sebepler objektif sebeplerdir. Söz konusu sebeplerden herhangi birinin eski hâle getirme sebebi olarak kabul edilmesi somut olayın koşulları çerçevesinde hâkim tarafından değerlendirilmektedir.<sup>22</sup>

Elde olmayan sebep kavramı, işlemi yapamayan tarafın iradesi dışında meydana gelen, kusuru olmaksızın gerçekleşen haklı, objektif

<sup>19</sup> İzmir Bölge Adliye Mahkemesi. 14. Hukuk Dairesi, T. 4.6.2020, E. 2017/1839, K. 2020/470 "Hal böyle olunca, mahkemeye 24/05/2016 tarihli celsede dosyanın takipsiz bırakıldığı kabulü ile işlem den kaldırılmasına karar verilmesi doğru olmadığı gibi, mahkemenin kabulüne göre de 24/05/2016 tarihli celsede dosya üçüncü kez takipsiz bırakılmış olduğundan ve aynı tarihli celse için davacı vekilinin mazeret beyan eden ve durumun eski hale getirilmesini talep eden dilekçesi hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmeden ve bu talep kabul edilmeden, yasal düzenlemelere ve mahkemenin gerekçedeki kabulüne göre üçüncü kez dosya yenilenemeyeceği halde, bu dilekçenin yenileme talebi olarak kabul edilerek, yargılamaya devamlı sonuçta davanın HMK'nın 150/6.maddesi uyarınca açılmamış sayılmasına karar verilmiş olması dairemizce doğru görülmemiş ve davacı avukatının istinaf başvurusu bu sebeple kabulü gerekmiştir." (Lexpera).

<sup>20</sup> Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht (Zürich: Schulthess Verlag, 2010), 409.

<sup>21</sup> Erdönmez, Pekcanitez Usul, 477; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 168. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 18.02.2005, E. 2005/203, K. 1411, "...seyahat nedeni ile adresinden geçici olarak ayrılan davacının, tebliğ yapılacak yeni adres bildirilmeyerek veya terk ettiği adresine gelecek tebliğatları takip etmeyerek, duruma kendi kusuru nedeniyle sebebiyet verdiği anlaşılmış bulunmasına göre, eski hâle getirme isteminin reddine karar verilmiş gerekmiştir..." (Kazancı).

<sup>22</sup> Ulukapı, Usul, 143; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usul, 137; Muşul, Usul, 186; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 310; Meier, Zivilprozessrecht, 409-410; Turgay Elbir, "Medenî Usul Hukukunda Süreler", (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2021), 167-170.

ve genel nitelikte olan bir sebep olarak ifade edilebilir.<sup>23</sup> Söz konusu kusursuzluk şartı, eski hâle getirme yolunun asıl temelini teşkil eden merkez kavramdır.<sup>24</sup> Talepte bulunmak için ilgili tarafın sürenin kaçırılmasında kusurunun olmaması, talebin her somut olaya göre incelenmesi gerekmektedir.<sup>25</sup> Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.<sup>26</sup> Vekil veya kanunî temsilci ile takip edilen bir davada, sürenin vekilin veya kanunî temsilcinin elinde olmayan bir sebeple kaçırılmış olması,<sup>27</sup> doktor raporu ile belirlenen bir mazeretin bulunması, ağır hastalık,<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Postacıoğlu ve Altay, Usul, 370; Tanrıver, Medenî Usul Hukuku, 508; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usul, 137; Erdönmez, Pekcanitez Usul, 476; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 310.

<sup>24</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 177.

<sup>25</sup> Önen, Yargılama, 118; Tanrıver, Medenî Usul Hukuku, 508; Muşul, Usul, 186; Ulukapı, Usul, 143; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usul, 137; Erdönmez, Pekcanitez Usul, 476; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 191; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 167.

<sup>26</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 18.06.2018, E. 2016/8866, K. 2018/4495, "...davacı vekiline Tebligat Yasası hükümlerine göre usulünce tebliğ edilmiş ve davacı vekili, temyiz süresinin bitişi tarihi ve önceki gün ağır dış eti rahatsızlığı geçirdiğini ve bu sebeple de temyiz süresinin kaçırıldığını belirtmiş ise de ileri sürülen rahatsızlık temyiz dilekçesini gönderme veya başka vekile yetki vermeye engel olmayıp söz konusu mazeretin HMK'nun 95/1. maddesindeki "Elde olmayan sebeplerle, kanunda belirtilen veya hâkimin kesin olarak belirlediği süre içinde bir işlemi yapamayan kimse, eski hâle getirme talebinde bulunabilir." kapsamında değerlendirilmesi mümkün görülmediğinden..." (Kazancı).

<sup>27</sup> Önen, Yargılama, 118; Berki, "Eski Hâle Getirme", 153; Muşul, Usul, 186; Kuru ve Aydın, Usul Hukuku, 1651; Postacıoğlu ve Altay, Usul, 371; Yılmaz, HMK Şerhi, 2251; Ulukapı, Usul, 143; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 192; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 168. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 22.04.2020, E. 2020/1482, K. 2020/3594, "...davalı vekili tarafından hastalık özüne dayanılarak yasal süresi içerisinde muhtıra gereğinin yerine getirilmediğinden bahisle, eski hâle getirme talebinde bulunulmuşsa da, salt doktor raporunun varlığı yeterli olmayıp, hastalığın kişiyi yapması gereken işlerden alıkoyacak derecede acze düşürmüş olması gerektiği - HMK'nun 97/1. maddesi gereğince; eski hâle getirme talebinde bulunurken süresinde yapılamayan işlemin de eski hâle getirme talebinde bulunmak için öngörülen süre içinde yapılması zorunlu olup, davacı tarafından eski hâle getirme talebinde bulunulurken nispi temyiz harcı ile temyiz giderlerini yatırmadığı anlaşıldığından, davacının eski hâle getirme talebinin reddi ile, verilen kesin süre içerisinde muhtıra gereği yerine getirilmediğinden kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verilmesi için dosyanın geri çevrilmesine karar verilmesi gerektiği..." (Lexpera).

<sup>28</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 8.5.2019, E. 2019/843, K. 2019/5617, "...davalı vekili dilekçesi ekinde sunduğunu ifade ettiği sağlık raporları uyarınca eski hale getirme talebinde bulunmuş ise de; dilekçe ekinde eski hale getirme talebinin dayanağını teşkil edebilecek herhangi bir delil ve sağlık raporu bulunmamaktadır. Bu itibarla eski hale getirme talebi yerinde görülmemiş, temyiz müddeti aşıldığından temyiz dilekçesinin de süre aşımı sebebiyle reddine karar verilmesi gerekmektedir..." (Lexpera).

kaza, deprem, su baskını, yangın gibi bir doğal afet,<sup>29</sup> pandemi nedeni ile karantina alınma, yurt dışında bulunma,<sup>30</sup> tarafın hiçbir kusuru olmamak şartıyla süresi içinde vermek istediği temyiz dilekçesi için mesai saati içerisinde müracaat ettiği hâlde dilekçeyi kayıt ve kabul ettirecek bir memur bulamaması veya dilekçenin memur tarafından kanuna aykırı olarak kaydedilmemesi<sup>31</sup> elde olmayan sebepler olarak nitelendirilmektedir. Ortaya çıkan sebebin, yapılması gereken işlemin belirtilen süre içinde yapılmasına engel olacak bir sebep olması gerekir. Bir durum daha kısa sürede yapılması gereken bir iş için eski hâle getirme sebebi teşkil ederken, daha uzun sürede yapılması gereken bir iş için eski hâle getirme sebebi teşkil etmeyebilir.

Süresinde yapılamayan hukuki işlemle hedeflenen sonuca, eski hâle getirme dışında, başka bir hukuki yoldan ulaşılabiliyorsa eski hâle getirme kurumuna başvurulamayacağı HMK m. 95'te belirtilmiştir. Burada belirtilen hukuki yol, kanun yolu değil, hukuksal çare anlamındadır.<sup>32</sup> Eski hâle getirme kurumuna son çare olarak başvurulabilir.<sup>33</sup> Yani yapılamayan işlemi başka bir hukuki yolla yapma imkanı mevcutsa eski hâle getirme kurumuna başvurulamaz.<sup>34</sup> Kanun koyucu taraflara, kesin sürelerden bazılarının kaçırılması hâlinde yaranacak hak kaybını önlemek adına ikame hukuki imkanlar tanıdığı için eski hâle getirme yoluna başvurmaya gerek kalmamaktadır.<sup>35</sup> Örneğin,

<sup>29</sup> Berki, "Eski Hâle Getirme", 152-153; Kuru ve Aydın, Usul Hukuku, 1650; Postacıoğlu ve Altay, Usul, 370; Erdönmez, Pekcanitez Usul, 476.

<sup>30</sup> Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 03.12.2019, E. 2019/386, K. 2019/8144 (Lexpera).

<sup>31</sup> Berki, "Eski Hâle Getirme", 152-153.

<sup>32</sup> Önder, "Eski Hâle Getirme", 955; Yılmaz, HMK Şerhi, 2254.

<sup>33</sup> Önder, "Eski Hâle Getirme", 955; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 192. Berki, başka hukuki yola başvurmanın mümkün olmaması konusuna ilişkin olarak şu örneği vermiştir: "...mesela davacı alacağın muayyen miktarını ispat için senet ibraz edeceği cihetle kat"i mehil alsın, mücbir sebeple bu mehil geçse, fakat davalı alacağın bu kısmını ikrar eylese, mahkeme bütün şartları mevcut olsa bile, senedin ibrazı hakkını siyanet için eski hâle getirme talebini kabul etmez. Çünkü mehil için sebep ikrarla zail olmuştur." Bkz. Berki, "Eski Hâle Getirme", 153.

<sup>34</sup> Önen, Yargılama, 119; Berki, "Eski Hâle Getirme", 153; Kuru ve Aydın, Usul Hukuku, 1651; Postacıoğlu ve Altay, Usul, 372; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, Esaslar, 172; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usul, 138; Erdönmez, Pekcanitez Usul, 478; Ulukapı, Usul, 144; Muşul, Usul, 186; Yılmaz, HMK Şerhi, 2254; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 192; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 310; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 169; Budak ve Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, 147; Köse, Süreler, 65; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 234-235.

<sup>35</sup> Erdönmez, Pekcanitez Usul, 478.

katılma yoluyla istinaf veya temyiz imkanının olduğu hâllerde bu yola başvurmaya gerek yoktur.<sup>36</sup> Elde olmayan nedenlerden dolayı duruşmanın kaçırılması durumunda da yenileme talebinde bulunmak mümkün ise yenileme yolu kullanılmalıdır. Usulsüz tebligatta, süre daha işlemeye başlamadığından, tarafın eski hâle getirme yoluna başvurmaya gerek kalmamaktadır (Tebliğat Kanunu m. 32).<sup>37</sup> Eski hâle getirme yolu istisnai bir yoldur.<sup>38</sup>

HMK'nın süre başlıklı m. 96/1 hükmüne göre, "eski hâle getirme, işlemin, süresinde yapılamamasına neden olan engelin ortadan kalktığı andan itibaren, iki hafta içinde talep edilmelidir."<sup>39</sup> Örneğin, kaza geçirmesi veya tedavi görmesi nedeniyle davadaki herhangi bir kesin süreyi kaçıran taraf, kazanın ardından tedavisinin tamamlanmasından sonra iki hafta içerisinde talepte bulunabilir. Söz konusu süre hak düşürücü süre olduğu için mahkemenin bu süreyi re'sen dikkate alması gerekmektedir,<sup>40</sup> ve süre kanun tarafından belirlendiğinden,

<sup>36</sup> Erdönmez, Pekcanitez Usul, 478; Budak ve Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, 147; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 169; Köse, Süreler, 65; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 238; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 649.

<sup>37</sup> Kuru ve Aydın, Usul Hukuku, 1651; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, Esaslar, 171; Postacıoğlu ve Altay, Usul, 373; Ulukapı, Usul, 144; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usul, 138; Erdönmez, Pekcanitez Usul, 479; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 192; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 310; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 169. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 31.05.2005, E. 2005/6130, K. 2005/5996, "...eski hâle getirme HUMK'nun 166. ve devam eden maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre kanunun veya hâkimin tayin ettiği kesin süre içerisinde ilgili tarafın ihtiyarında olmayan bir engel nedeni ile yapılması gereken işlemin yapılamaması hâlinde eski hâle getirme talebinde bulunulabilir. Davalı vekili, dava dilekçesinin müvekkiline tebliğ edilemediğini öne sürmüştür. Kendisine tebliğat yapılamayan taraf yönünden herhangi bir süre işlemesi söz konusu olamaz..." (Yılmaz, HMK Şerhi, 2255).

<sup>38</sup> Yılmaz, HMK Şerhi, 2254.

<sup>39</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 19.12.2017, E. 2017/6203, K. 2017/9054, "...inceleme konusu olayda; davacının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 96. maddesinin öngördüğü süre içerisinde sunduğu 20.09.2017 tarihli dilekçe ve eki istirahat raporuyla 18.09.2017 tarihli oturuma HMK'nın 95. madde hükmü kapsamında istemi dışında duruşmaya katılmaması sebebiyle eski hâle getirme talebinde bulunduğu ve anılan resmi sağlık kurumundan alınmış sağlık raporunun sahteliğinin de iddia edilmemiş olması karşısında; belgelendirilmiş mazeret durumu gözetilerek anılan 20.09.2017 tarihli dilekçe eski hâle getirme istemi olarak değerlendirilip, bu istemin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi yönünde karar tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir..." (Kazancı).

<sup>40</sup> Erdönmez, Pekcanitez Usul, 479; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 192. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 04.07.2013, E. 2013/8387, K. 2013/14463, "...somut olayda, davacının sunduğu hekim raporu davacının 26.2.2013 tarihli oturuma HMK'nın 95. maddesi anlamında istemi dışında katılmadığını göstermektedir ve



hâkim tarafından arttırılıp azaltılamaz. Süre içerisinde taraf işlem yapmazsa işlemi yapma hakkı ortadan kalkar ve bu işlemin yapılmasını talep edemez.<sup>41</sup> HMK m. 96/2'de ilk derece yargılamasında ve istinaf aşamasında nihai karar verilene kadar eski hâle getirme talebinde bulunmanın mümkün olduğu; ancak bir tarafın yokluğunda nihai karar verilmişse, tahkikat aşamasında kaçırılan süreler için tarafın, karar verilmiş olsa bile eski hâle getirme talebinde bulunabileceği belirtilmekle bu duruma istisna getirilmiştir.<sup>42</sup> Madde metninde de belirtildiği üzere taraf, yokluğunda nihai kararın verilmesi durumunda tahkikat aşamasında kaçırmış olduğu bir süreden dolayı kararın verilmesinden sonra eski hâle getirme talebinde bulunabilir.<sup>43</sup>

---

*aynı Kanununun 96. maddesinde öngörülen iki haftalık süre içinde bu durum mahkemeye dilekçeyle usulüne uygun olarak bildirilmiştir. O hâlde davacının 5.3.2013 tarihli dilekçesinin eski hâle getirme istemi olarak değerlendirilerek istem hakkında olumlu yada olumsuz bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir..."* (Kazancı).

- <sup>41</sup> Köse, Süreler, 67. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 23.03.2013, E. 2012/6680, K. 2013/5773, "...mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, davanın daha önceden 30.03.2011 ve 03.11.2011 tarihlerinde takipsiz bırakıldığı, 02.02.2012 tarihli celsede de takip edilmediği, böylece dosyanın ilk yenilemeden sonra iki kez işlemden kaldırıldığı gerekçesiyle 6100 sayılı HMK'nun 150/1-6 maddeleri uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacının tüm temyiz itirazları yerinde değildir.." (Lexpera).
- <sup>42</sup> Kuru ve Aydın, Usul Hukuku, 1652; Tanrıver, Medenî Usul Hukuku, 509; Postacıoğlu, Altay, Usul, 373; Ulukapı, Usul, 145; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usul, 138; Erdönmez, Pekcanitez Usul, 480; Muşul, Usul, 187; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 193; Yılmaz, HMK Şerhi, 2261; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 310; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 170; Köse, Süreler, 67.
- <sup>43</sup> Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 26. 03. 2015, E. 2015/2714, K. 2015/3076, "...davacı alacaklının açtığı itirazın kaldırılması davası üzerine mahkemece 13.06.2014 tarihli celsede davanın ikinci kez takipsiz bırakılması üzerine HMK 320/4 uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Davacı vekili 20.06.2014 tarihli dilekçesi ile duruşma günü hasta olduğu gerekçesiyle HMK 95 vd uyarınca eski hâle getirme talebinde bulunmuş, dilekçe ekilmede İstanbul Hâlk Sağlığı Maarif ASM ye ait 13.06.2014 tarihinden itibaren 3 gün istirahat raporu sunmuştur. Mahkemece 25.06.2014 tarihli ek karar ile HMK 95 uyarınca nihai karar verilmiş olduğu gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiş, ret kararının 16.01.2015 te davacı vekiline tebliğ edilmesi üzerine, davacı vekili 27.01.2015 tarihli dilekçesi ile mahkemece verilen ek kararın bozulması için temyiz talebinde bulunmuştur..Mahkemece davacının sunduğu istirahat raporu incelenerek eski hâle getirme talebinin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde HMK 96/2 ye aykırı olacak şekilde karar verilmesi doğru değildir.Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir..." (Kazancı).

### **C. Eski Hâle Getirme Usulü**

Eski hâle getirme, emare ve delillerin gösterildiği dilekçeyle talep edilir. Talepte bulunan, dilekçede eski hâle getirme talebinde bulunma nedenlerini, süresinde işlem yapamamasına sebep olan engelleri ve bunlara ilişkin delilleri gösterir. Eğer dayanılan sebep, o yerde oluşan ve herkesin bildiği deprem, yangın, sel baskını gibi herhangi bir doğa olayından kaynaklanıyor ise hâkimin özel bir ispat vasıtası aramasına gerek kalmayabilir.<sup>44</sup> Diğer taraftan HMK m. 97'ye göre, "süresinde yapılamayan işlemlerin de eski hâle getirme talebinde bulunmak için öngörülen sürelerde yapılması gerekir."<sup>45</sup> Yoksa öncelikle mahkemenin eski hâle getirme talebi hakkında bir karar vermesi beklenemez. Örneğin, cevap süresini kaçırın davalı bu süreyi neden kaçırdığına dair delillerle birlikte cevap dilekçesini; istinaf süresini kaçırın taraflardan biri de hangi gerekçeyle süreyi kaçırdığına ilişkin delillerle birlikte istinaf dilekçesini hazırlayıp mahkemeye sunmalıdır. Aynı şekilde süresi içinde delil avansı yatıramayan veya cevap dilekçesi veremeyen taraf, eski hâle getirme talebinde bulunabileceği iki hafta içerisinde, cevap dilekçesi vermek veya delil avansını da yatırmak zorundadır.<sup>46</sup> Yahut yurtdışında olduğundan dolayı usulüne uygun olarak tebliğ edilen dava dilekçesinden haberdar olmayan taraf, ülkeye döndükten sonra iki hafta içinde mazeretini bildirerek talepte bulunması gerektiği gibi bu iki haftalık zaman diliminde cevap dilekçesi de vermesi gerekir.<sup>47</sup> Eski hâle getirme talebi ile daha önce yapılmamış ve yeni yapılacak olan işlemlerin her ikisinin aynı dilekçede yapılması şart değildir. Süre içerisinde olmak kaydıyla, söz konusu işlemler aynı dilekçede yapılabileceği gibi ayrı ayrı dilekçelerde de yapılabilir.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Yılmaz, HMK Şerhi, 2264.

<sup>45</sup> Muşul, Usul, 189; Kuru ve Aydın, Usul Hukuku, 1653; Postacıoğlu ve Altay, Usul, 373; Ulukapı, Usul, 145; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usul, 139; Erdönmez, Pekcanitez Usul, 481; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 193; Yılmaz, HMK Şerhi, 2263; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 311; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 171; Budak ve Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, 148; Köse, Süreler, 69.

<sup>46</sup> Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 194.

<sup>47</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 311.

<sup>48</sup> Kuru ve Aydın, Usul Hukuku, 1653; Yılmaz, HMK Şerhi, 2264. Alman ve İsviçre hukukunda da benzer düzenleme bulunmakta, süresinde yapılmayan işlemin eski hâle getirme süresi içerisinde yapılma zorunluluğu ile birlikte, aynı dilekçeyle yapılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bkz. Markus Gehrlein, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (München: 2013), 233; Paul Oberhammer, Kurzkomentar ZPO (Zürich: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010), 610.

Yapılamayan işlem için başvuru eski hâle getirme, o işlemin inceleme yapılacağı mahkemeden talep edilir;<sup>49</sup> istinaf yoluna başvuru hakkının düşmesi hâlinde, eski hâle getirme, bölge adliye mahkemesinden, temyiz yoluna başvuru hakkının düşmesi hâlinde ise Yargıtay'dan talep edilir (HMK m. 98)<sup>50</sup>

Eski hâle getirme talebi, yargılamanın ertelenmesini gerektirmediği gibi hükmün icrasına da engel olmayacaktır (HMK m. 99). Örneğin, davalı, elinde olmayan nedenlerle cevap verme süresini kaçırdığı bir durumda, cevap verme hakkını kaybeder ve yargılama bu minvalde devam eder. Davalının davayı gören mahkemeden eski hâle getirme talebinde bulunması, yargılamayı kendiliğinden durdurmaz veya ertelemez. Örneğin, yargılama sonunda alınan kararlar, ödeme yapmaya mahkum edilmiş davalı elinde olmayan sebeplerle kanun yolu süresini kaçırmış, davacı ise ilamı icraya koymuş olabilir. Bu halde davalının Yargıtay'dan eski hâle getirme talebinde bulunması, hükmün icrasını engellemez, davacı ise başlattığı ilamlı icra takibine devam eder.<sup>51</sup> Aynı zamanda talebi inceleyen mahkeme, talebi haklı görmesi durumunda teminat gösterilmesi şartıyla yargılamanın ertelenmesine ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilir (HMK m. 99).

HMK m. 100/1'de eski hâle getirme talebi üzerine hâkimin yapacağı inceleme düzenlenmiş; "ilk derece mahkemeleri veya bölge adli-

<sup>49</sup> Benzer şekilde Alman Medenî usul hukukunda da, süresinde yapılamayan işlemle ilgili eski hâle getirme talebinin karar verme yetkisine sahip mahkemeye yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bkz. Gehrlein, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 237. İsviçre Medenî usul hukukunda da, eski hâle getirme talebini incelemek için görevli ve yetkili mahkemenin, süresinde yapılamayan işlemin inceleneceği mahkeme olduğu belirtilmiştir. Konuya dair bkz. Oberhammer, Kurzkomentar ZPO, 612.

<sup>50</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 15.03.2013, E. 2012/12101, K. 2013/7028, "...hüküm davalı vekiline 11.04.2012 günü tebliğ edilmiş, davalı vekili on beş günlük temyiz müddetinden sonra 27.04.2012 günü verdiği temyiz dilekçesiyle hükmü temyiz etmiş; davalı vekili bu dilekçesinde 24.04.2012 günü babasını acı bir olay sonucu kaybettiğini, bu olay sebebiyle temyiz dilekçesini yasal süresi zarfında veremediğini ileri sürerek, eski hâle getirme talebinde de bulunmuştur. Eski hâle getirme talebi, temyiz yoluna başvurma süresinin geçirilmesi ve temyize başvuru hakkının düşmesiyle ilgili olduğundan dairemizce incelenmiş (HMK m. 98/2), temyiz dilekçesine ekli olarak sunulan belgelerden, eski hâle getirme talebinin haklı ve geçerli bir sebebe dayandığı anlaşılacakla, talebin kabulü ile, davalı vekilinin temyiz başvurusunun bu sebeple süresinde olduğuna karar verilerek, temyiz itirazlarının incelenmesi gerekmektedir..." (Lexpera).

<sup>51</sup> Yılmaz, HMK Şerhi, 2266.

ye mahkemelerinde eski hâle getirme talebinin ön sorunlar<sup>52</sup> hakkındaki usule, Yargıtayda ileri sürülecek eski hâle getirme talebinin ise temyiz usulüne göre yapılıp inceleneceği” belirtilmiştir.<sup>53</sup> Eski hâle getirme talebi, ilk derece ve istinaf yargılamasında ön sorunlar hakkındaki usul kuralları kapsamında inceleneceğinden, HMK m. 164 uyarınca, hâkim, taraflardan birinin ileri sürdüğü ön sorunu incelemeye değer bulursa belirleyeceği süre içinde, varsa delilleriyle birlikte cevabını bildirmesi için diğer tarafa tefhim veya tebliğ eder. Eski hâle getirme talebine bakan hâkim de talebin reddi veya kabulüne ilişkin kararını taraflara tefhim veya tebliğ usulüyle açıklar. Hâkimin talebi cevapsız bırakarak yargılamaya devam etmesi mümkün olmayıp, talep hakkında bir karar vermesi zorunludur.<sup>54</sup> Mahkeme kararı açık olmalı, dolaylı veya zımnî olarak anlaşılan kararın verilmemesi gerekir.<sup>55</sup> Yargıtayda ileri sürülecek eski hâle getirme talepleri, temyiz usulüne göre incelense de ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemelerinde olduğu gibi talebin kabulü veya reddine dair karar verilmekte, verilecek karar onama veya bozma niteliğini taşımamaktadır.<sup>56</sup>

Eski hâle getirme talebi üzerine mahkeme, delilleri ve talebin dayandığı nedenleri araştırır. İspat yükü talepte bulunan tarafta olup, ispatı gereken hâlleri ispat etmesi gerekir. Eski hâle getirme nedenini ispat edemeyen, ispat yükünü yerine getiremeyen tarafın eski hâle getirme talebi reddedilir.<sup>57</sup> Bu konuda yaklaşık ispat yeterli sayıldı-

<sup>52</sup> Bir yargılamada yargılamaya devam edilerek karar verilebilmesi için çözümlenmesi gereken sorunlara ön sorun denir. Mahkeme, ön sorun olarak ileri sürülen talebi kendisinin karar verebileceği bir husus olarak tespit ederse, HMK m. 164’teki inceleme prosedüründe belirtildiği şekilde inceleyerek bir karar verir. Bkz. Ünlü Usta, “Eski Hâl”, 146.

<sup>53</sup> Kuru ve Aydın, Usul Hukuku, 1654; Postacıoğlu ve Altay, Usul, 374; Tanrıver, Medenî Usul Hukuku, 510; Muşul, Usul, 189; Ulukapı, Usul, 146; Pekcantez, Atalay ve Özekes, Usul, 139; Erdönmez, Pekcantez Usul, 481; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 194; Yılmaz, HMK Şerhi, 2267; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 313; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 171; Köse, Süreler, 70.

<sup>54</sup> Yılmaz, HMK Şerhi, 2268; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 288 dn. 107; Taş Korkmaz, “HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl”, 665-666 dn. 125.

<sup>55</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 288.

<sup>56</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 288; Ünlü Usta, “Eski Hâl”, 153.

<sup>57</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 285.

ğından tam ispat aranmaz.<sup>58</sup> Ayrıca doktrinde, eski hâle getirme talebinin şartlarının re'sen araştırılacağı ifade edilmektedir.<sup>59</sup> Hatta bir görüş, burada açıkça re'sen araştırma ilkesinin uygulanacağını kabul etmektedir.<sup>60</sup>

Sonuç itibarıyla, mahkemece yapılan inceleme sonucunda, eski hâle getirmenin şartları gerçekleşmemiş veya gerçekleşmiş olmakla birlikte talebin dayandığı sebep yaklaşık olarak bile ispatlanmamış ise eski hâle getirme talebinin reddine; aksi hâlde talebin kabulüne karar verilir.<sup>61</sup>

## II. ESKİ HÂLE GETİRME BAŞVURUSU ÜZERİNE ALINACAK KARAR

### A. Eski Hâle Getirme Talebinin Kabulü

Eski hâle getirme talebinin kabulü için gerekli şekli şartların gerçekleştiği, talebin haklı olduğuna dair inandırıcı delillerin olduğu ve eski hâle getirme talebinde bulunan tarafın kusuru dışında oluşan sebepten dolayı işlemin zamanında yapılamadığının sonucuna varan mahkeme, talebin kabulüne karar verir. Gerekli koşulların gerçekleştiğinin ve ileri sürülen sebebin talebi haklı kıldığı kanaatine vardıldıktan sonra, mahkemenin talebin kabul edilip edilmemesine dair takdir yetkisi olmayıp, talebin kabul edildiğine dair karar vermesi gerekmektedir.<sup>62</sup>

Talebin kabulü hâlinde, düşen hak yeniden başlar ve düşen hakka bağlı olarak ortaya çıkan durum iade edilir. Örneğin, yazılı yargılama usulünde taraflardan birinin üçüncü kez mazeretsiz duruşmaya katılmaması (HMK m. 150/6) sebebiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Ancak taraf, iradesi dışında ortaya çıkan bir sebep-

<sup>58</sup> Önen, Yargılama, 120; Postacıoğlu ve Altay, Usul, 375; Tanrıver, Medenî Usul Hukuku, 510; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usul, 139; Erdönmez, Pekcanitez Usul, 482; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 171; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 285; Yazar, "Süreler", 93.

<sup>59</sup> Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 665.

<sup>60</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, s. 281; Erdönmez, Pekcanitez Usul, s. 481; Seda Özmumcu, Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Ön Sorun (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), s. 106.

<sup>61</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 288; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 665, Ünlü Usta, "Eski Hâl", 153.

<sup>62</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 290; Ünlü Usta, "Eski Hâl", 155; Yazar, "Süreler", 94.

ten dolayı duruşmaya üçüncü kez katılmadığı için, eski hâle getirme talebi kabul edilmişse, davanın açılmamış sayılması sonucu ortadan kalkar ve davaya devam edilir.<sup>63</sup>

HMK m. 100/2'e göre, eski hâle getirme talebinin kabulü hâlinde, hâkim, kabul kararı ile birlikte hangi işlemlerin geçersiz hâle geldiğini belirtmekle kararını verir.<sup>64</sup> İlgili hüküm gereğince, mahkeme talebin kabulüne ilişkin karar verirse daha önce yapılmış olup, eski hâle getirmenin kabulüyle birlikte etkisiz hâle gelen işlemlerin geçersiz sayılmasına ve bununla birlikte yeniden yapılması gereken işlemlerin yapılmasına dair kararını verir.<sup>65</sup> Bununla taraf, yapamadığı işlemi yapma fırsatını elde etmiş olur.<sup>66</sup> İşlemlerin süresinde yapılamamasının sonucunda ortaya çıkan istenmedik hâllerin eski hâle getirme yoluyla düzeltilmesi, kesin sürenin kaçırılmasından önceki hukuki duruma dönülebilmesi için yapılmış işlemlerin geçersiz hesap edilmesi ve verilen bazı kararların da kaldırılması gerekir.<sup>67</sup> Elde olmayan sebepten dolayı zamanında dava dilekçesine cevap veremeyen ve ön inceleme aşamasında kendisine gelen tebliğat ile davadan haberdar olan davalının, bu aşamada eski hâle getirme talebinde bulunması örnek gösterilebilir. Mahkeme, talebi kabul ederse geçersiz hâle gelen işlemleri tespit edip kararında göstermeli, dilekçeler aşaması geçersiz sayılmakla dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmeli ve dilekçeler aşaması yeniden başlatılmalıdır.<sup>68</sup>

Yargılamanın devam ettiği sürede eski hâle getirme talebinin kabulüne dair verilen karar bir ara karar<sup>69</sup> olup, kesin değildir.<sup>70</sup> Diğer

<sup>63</sup> Yılmaz, HMK Şerhi, 2257.

<sup>64</sup> Yeşiltan, "Hâli Sabıka İrca", 240; Kuru, Usul V, 5486; Önen, Yargılama, 120; Kuru ve Aydın, Usul Hukuku, 1654; Postacıoğlu ve Altay, Usul, 374; Tanrıver, Medenî Usul Hukuku, 510; Muşul, Usul, 189; Ulukapı, Usul, 145; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usul, 139; Erdönmez, Pekcanitez Usul, 482; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 194; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 313; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 172; Budak ve Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, 148; Köse, Süreler, 70; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 294; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 669.

<sup>65</sup> Berki, "Eski Hâle Getirme", 159; Önen, Yargılama, 120; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 313; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 295; Yeşiltan, "Hâli Sabıka İrca", 240; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 669.

<sup>66</sup> Yılmaz, HMK Şerhi, 2271.

<sup>67</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 290; Yazar, "Süreler", 95.

<sup>68</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 313; Yazar, "Süreler", 95.

<sup>69</sup> Ara kararlar, doğrudan doğruya uyumsuzluğa ilişkin olmayan, bazı ön sorunları halleden, uyumsuzluğa son vermeyen, hâkimin davadan elini çekmediği ve yargılamanın

ifadeyle, nihaî karar verilmesine kadar yapılacak eski hale getirme taleplerinin reddine veya kabulüne dair ilk derece ve bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı herhangi bir kanun yolu bulunmamaktadır.<sup>71</sup> Bu kararlara karşı, ancak esas hükümle birlikte kanun yoluna başvurulabilir.<sup>72</sup> Kabul kararı taraflar lehine, hususen talebi kabul edilen taraf lehine usuli kazanılmış hak kazandırmadığı durumda, haklı bir sebeple mahkeme kabul kararından dönebilir.<sup>73</sup> Fakat talebin reddine dair karardan farklı olarak talebin kabulüne dair kararın ayrı bir karar şeklinde verilmesi gerekmektedir. Çünkü ret kararından farklı olarak, kabul kararı mevcut hukuki durumda değişikliğe yol açmaktadır. Yargılama, bu değişikliklerin yarattığı etkilere nazaran yürütüleceği için davanın sonunda verilen nihai kararda talebin kabul edildiği belirtilemez.<sup>74</sup>

Talebin kabulü, zamanında yapılamayan işlem için yeni bir süre verildiği veya geçirilen sürenin uzatıldığı anlamına gelmemektedir.<sup>75</sup> Buradaki işlemin kaçırılan kesin süre içerisinde yapılamayıp, eski hâle getirme talebiyle birlikte veya talepten ayrı olmakla fakat eski hâle getirme talebi için belirtilen iki haftalık süre içerisinde yapılan bir işlem olduğunu belirtmek gerekir. Talebin kabulü kararı, sürenin hiç kaçırılmamış ve işlemin süresinde yapılmış gibi hüküm ve sonuç etkisini doğurmaktadır. Sonuç itibarıyla, kesin sürenin kaçırılması netice-

---

yürütülmesi için verilen kararlardır. Nihaî kararın varlığı halinde hâkim, davada ileri sürülen talep hakkında kesin olarak karar vermekte ve dosyadan elini çekmektedir. Bkz. Nilüfer Boran Güneysu, "Medenî Usûl Hukukunda Karar", (Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi, 2010), s. 123; Tuna Acar, "Türk ve Mukayeseli Medenî Yargılama Hukuku Açısından Ara Karar", (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2022), 27-28.

<sup>70</sup> Özmumcu, Ön Sorun, 115; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 663; Ünlü Usta, "Eski Hâl", 155; Acar, "Ara Karar", 110; Elbir, "Süreler", 182; Yazar, "Süreler", 95.

<sup>71</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25.11.2020, E. 2017/1590, K. 2020/941, "...Bir mahkeme kararına karşı başvurulabilecek kanun yolunun hiç olmaması veya mevcut olan kanun yollarının tüketilmesi ya da süresinde kanun yollarına başvurulmaması hâllerinde şekli anlamda kesinlik gerçekleşir. İstisnaen olağanüstü kanun yoluna başvurarak ya da eski hâle getirme mümkün ise bu suretle şekli anlamda kesin hükmü sona erdirmek mümkündür..." (Lexpera).

<sup>72</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 289; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 666; Acar, "Ara Karar", 110.

<sup>73</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 291; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 666 dn. 128; Yazar, "Süreler", 95; Acar, "Ara Karar", 110.

<sup>74</sup> Ünlü Usta, "Eski Hâl", 155; Yazar, "Süreler", 95.

<sup>75</sup> Erdönmez, Pekcanitez Usul, 482; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 291-292; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 666; Ünlü Usta, "Eski Hâl", 156.

sinde ortaya çıkan aleyhe hususlar geçmişe yönelik olarak ortadan kaldırılır, işlemin süresinde yapılmış sayılmasından etkilenen kararlar geçersiz sayılır, meydana gelen yeni hukuki durumun gerektirdiği işlemler yapılmakla yargılama yürütülür.<sup>76</sup>

HMK'nun 100/2. maddesinde eski hâle getirme talebinin incelenmesine dair özel bir düzenleme yapılarak, ıslahla geçersiz kılınmayan işlemlerin eski hâle getirme talebinden de etkilenmeyeceği belirtilmiştir.<sup>77</sup> Örneğin, bilirkişi raporu, ikrar, keşif ıslah ile hükümsüz kılınmayacağı için eski hâle getirilemeyecektir.<sup>78</sup> Bu konuda eski hâle getirme talebinin kabulünün oluşturduğu etkinin ıslahın etkisi ile benzerlik teşkil ettiği söylenebilir.<sup>79</sup> HMK m.179'da, ıslahın etkisi düzenlenerek, ıslah eden tarafın teşmil edeceği noktadan itibaren, bütün usul işlemlerinin yapılmamış sayılması sonucunu doğuracağı ifade edilmiş; ikrar, tanık ifadeleri, bilirkişi rapor ve beyanları, keşif ve isticvap tutanakları, yerine getirilmiş olan veya henüz yerine getirilmemiş olmakla beraber, karşı tarafın yerine getireceğini ıslahtan önce bildirmiş olması koşuluyla, yeminin teklifi, reddi veya iadesinin ıslah ile geçersiz kılınmayacağı düzenlenmiştir.<sup>80</sup> Örneğin, tarafın cevap dilekçesi verememesine dair eski hâle getirme talebi kabul edilmiş, bu arada diğer taraf talebine ilişkin tanık dinletmiş, mahkemece bilirkişiye başvurulmuş veya keşif yapılmışsa, ilgili tanık beyanı, bilirkişi raporu veya keşif tutanağı, eski hâle getirme talebinin kabulünden son-

<sup>76</sup> Erdönmez, Pekcanitez Usul, 482; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 292; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 666; Yazar, "Süreler", 96.

<sup>77</sup> Yeşiltan, "Hâli Sabıka İrca", 240; Berki, "Eski Hâle Getirme", 159; Kuru, Usul V, 5486; Kuru ve Aydın, Usul Hukuku, 1654; Postacıoğlu ve Altay, Usul, 375; Tanrıver, Medenî Usul Hukuku, 510; Muşul, Usul, 189; Ulukapı, Usul, 145; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usul, 139; Erdönmez, Pekcanitez Usul, 483; Yılmaz, HMK Şerhi, 2271; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, Usul, 194; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 313; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 172; Budak ve Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, 148; Köse, Süreler, 70; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 296; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 670.

<sup>78</sup> Kuru, Usul V, 5486; Postacıoğlu ve Altay, Usul, 375; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 172; Yazar, "Süreler", 96.

<sup>79</sup> Yeşiltan, "Hâli Sabıka İrca", 240; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 296; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 670; Ünlü Usta, "Eski Hâl", 158.

<sup>80</sup> Kuru, Usul V, 5486; Ulukapı, Usul, 147; Erdönmez, Pekcanitez Usul, 483; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 314; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 296; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 670; Köse, Süreler, 70; Ünlü Usta, "Eski Hâl", 159; Elbir, "Süreler", 183.



ra da geçerliliğini korur. Fakat eski hâle getirme talebi ile ortaya çıkan durum, söz konusu işlemleri geçersiz sayarsa işlemler yapılmamış sayılır (HMK m.179/3).<sup>81</sup>

Türk hukukunda, eski hâle getirme talebinin kabulüyle kararın şekli anlamda kesinliği ortadan kalkar.<sup>82</sup> Örneğin, hükmün kesinleşmesinden sonra mahkeme, tarafın tahkikat aşamasında kaçırılmış olduğu sürelerle ilişkin yaptığı eski hâle getirme talebini kabul ederse yeniden tahkikat yapılacağı için hükmün kaldırılması gerekir<sup>83</sup> ve şekli anlamda kesin hüküm etkisi de son bulmuş olur.<sup>84</sup> Taleple birlikte kaçırılan işlem de yapılırsa, mahkeme o işlemi yargılamaya dahil eder. Bunun aksine, eski hâle getirme talebiyle birlikte kaçırılan işlem yapılmamışsa, yine talebin kabulüyle birlikte şekli anlamda kesinlik sona ermelidir. Süresinde yapılamayan işlem, hâkim tarafından verilen sürede yapılırsa, yargılama bu işleme göre devam etmekte, yapılmadığı takdirde ise eski hâle getirme talebinin kabulü ile doğan işlemi yeniden yapma hakkı sona ereceğinden, talepten önceki hukuki duruma dönüldüğü ve hükmün şekli anlamda kesinliğini tekrar kazandığı kabul edilmelidir.<sup>85</sup> Maddi anlamda kesinlik için hükmün ilk önce şekli anlamda kesinleşmesi gerektiğinden, eski hâle getirme talebinin kabulüyle maddi anlamda kesinlik de sona erer.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> Erdönmez, Pekcanitez Usul, 483; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, Usul, 314; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 296; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 670; Elbir, "Süreler", 183.

<sup>82</sup> Görgün, Börü ve Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 172; Budak ve Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, 147.

<sup>83</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 13.10.1983, E. 1983/4450, K. 1983/4950, "...HUMK'nun 168/II. maddesi ile yalnız yüze karşı verilen hükümden sonra eski hâle getirme talebi yasaklanmış olup, gıyapta verilen hükümden sonra, yargılama sırasında kaçırılmış olan sürelerde dolayı gıyabi hükmü vermiş olan mahkemeden eski hâle getirme istenebileceği, gıyabi hükme karşı yapılan eski hâle getirme talebi mahkemece kabul edilirse bu hâlde gıyap kararı ile birlikte gıyabi hükmün de kaldırılacağı tartışmasızdır...Eski hâle getirme talebi yasal süre içinde yapıldığı ve usulen kanıtlandığı hâlde mahkemece verilen karardan dönülemeyeceğinden bahisle istenilen reddi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir..." (Lexpera).

<sup>83</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 297; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 670 dn. 143; Ünlü Usta, "Eski Hâl", 161.

<sup>84</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 297; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 670 dn. 143; Ünlü Usta, "Eski Hâl", 161.

<sup>85</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 299.

<sup>86</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 300.

Kanun yoluna başvuru sürelerinin kaçırılması hâlinde mahkemeye yapılan eski hâle iade talebinin kabul görülmesi ile şekli anlamda hükmün kesinliğinin sona erme etkisi doğmaktadır.<sup>87</sup> İlk derece yargılaması sonucu verilen karara karşı zamanında istinaf kanun yoluna başvurulmaması ile şeklen kesinleşen hüküm aleyhine olan taraf, istinaf kanun yoluna başvuru süresini elinde olmayan bir nedenden dolayı kaçırdığı gerekçesiyle eski hâle getirme talebinde bulunur ve ilgilinin talebi istinaf mahkemesi tarafından kabul edilirse, hükmün şekli anlamda kesinliği ortadan kalkar ve sanki bu kesinlik hiç olmamış, istinaf kanun yoluna süresi içerisinde başvurulmuş gibi istinaf incelemesi yapılır.<sup>88</sup> Temyiz incelemesinde de aynı kural geçerli olup, istinaf yargılaması sonunda verilen kararlara karşı temyiz süresinin elde olmayan bir nedenle kaçırılması durumunda bölge adliye mahkemesince verilen karar, şekli anlamda kesinleşir. Hüküm aleyhine olan taraf, temyiz süresini elinde olmayan bir sebeple kaçırdığına dair esasla Yargıtay'a eski hâle getirme talebinde bulunur ve tarafın talebi kabul edilirse, bölge adliye mahkemesi kararı sanki hiç kesinleşmemiş, karara karşı süresi içerisinde temyiz yoluna başvurulmuş gibi hükmün şekli anlamda kesinliği geriye etkili olarak son bulur.<sup>89</sup>

Belirtildiği üzere sürenin kaçırılmamış olması durumunda, eski hâle getirme kararı ile yargılama mevcut olacak duruma geri döndürülür. Sürenin kaçırılmasından sonra verilen bir çok karar etkisiz hâle gelir. Sürenin kaçırılmasında tarafın kusuru olmadığı durumda, sonradan yapılan işlem ise zamanında yapılmış gibi hukuki etki yaratır.<sup>90</sup>

## **B. Eski Hâle Getirme Talebinin Reddi**

Eski hâle getirme talebini inceleyen hâkim, talebin esasına yönelik incelemeye geçmeden önce eski hâle getirmenin kabulü için gerekli şekli şartları dikkate alır. Şekli şartlara, tarafın talepte bulunmasın-

<sup>87</sup> Kuru, Usul V, 4984; Yazar, "Süreler", 97.

<sup>88</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 299.

<sup>89</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 297-298; Ünlü Usta, "Eski Hâl", 161.

<sup>90</sup> Erdönmez, Pekcanitez Usul, 482; Nur Centel, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Eski Hâle Getirme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 51/1-4 (2011): 197, 219; Çapar, "Eski Hâle Getirme", 189.

<sup>90</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 288; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 665; Ünlü Usta, "Eski Hâl", 153.

da hukuki yararının olmaması, kaçırılan sürenin eski hâle getirme için uygun görülen süre olmaması, başka hukuki yollara başvurma mümkün olduğu veya talebin belirlenen usulde yapılmadığı durumları örnek gösterilebilir.<sup>91</sup> Bu durumlarda bir eksiklik tespit edildiği zaman esasa girmeden talebin reddine ilişkin karar verilmesi gerekir.

Şekli şartların gerçekleştiği ve şartlarda bir eksiklik olmadığı takdirde, mahkeme, talebin esasına ilişkin incelemede, eski hâle getirme talebinin haklı olup olmadığını, talebi haklı kılabilecek nedenlerin mevcut olup olmadığını incelemeye başlar. Burada önemli husus, eski hâle getirme sebebinin tarafın iradesi ve kusuru dışında gerçekleşen haklı, mantıklı, ispatı caiz geçerli bir sebep olup olmadığının tespiti-dur. Talebi haklı kılabilecek nedenler olmadığı durumda, ileri sürülen delillerin incelenmesine geçilmeden, ispat faaliyeti yürütülmeden talebin reddine karar verilmesi gerekir.<sup>92</sup> İspatı uygun olduğuna karar verilen sebebin gerçekleştiğine dair delillerin değerlendirilmesi sonucunda mahkeme, ortaya çıkan sebebi, işlemin zamanında görülmesine engel olarak görmüyor veya bu sebepten dolayı ilgili tarafın kusurunu tespit etmişse, talebi reddetmesi gerekir.<sup>93</sup>

Eski hâle getirme talebinin uygun görülmediği durumda, talebin reddedilmesi ve görülmesi gereken işlemlerle ilgili karar verilmesi gerekmektedir. Örneğin, Yargıtay, temyiz süresinin kaçırılması gerekçesi ile eski hâle getirme talebinin reddine dair kararında talebi reddetmekle beraber, aynı zamanda temyiz talebinin süresinde olmadığı gerekçesi ile temyiz istemini reddetmektedir.<sup>94</sup>

Eski hâle getirme talebinin reddi hâlinde davaya mevcut hâliyle devam edilir. Kesin süre içerisinde görülmesi gereken işlemin sonradan görülmesi mümkün olmadığından, ret kararı, hâlihazırdaki hukuki durumda herhangi bir değişikliğe sebebiyet vermemektedir.<sup>95</sup>

<sup>91</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 288; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 665; Ünlü Usta, "Eski Hâl", 153.

<sup>92</sup> Erdönmez, Pekcanitez Usul, 481-482; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 281; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 665; Ünlü Usta, "Eski Hâl", 153; Elbir, "Süreler", 182.

<sup>93</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 288-289; Ünlü Usta, "Eski Hâl", 154.

<sup>94</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 01.06.2020, E. 2020/1383, K. 2020/2392 (Lexpera).

<sup>95</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 289; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 666; Ünlü Usta, "Eski Hâl", 154.

Talebin kabulü kararında olduğu gibi yargılamanın devam ettiği sürede verilen talebin reddi kararı, ara karar niteliğini taşımaktadır.<sup>96</sup> Fakat bu durumda, talebin reddine dair ara karar verilmesi zorunlu olmayıp, yargılama sonunda verilen nihai kararda da talebin reddedildiği belirtilebilir.<sup>97</sup> Çünkü usuli kazanılmış hak yaratmamak şartıyla, mahkemelerin ara kararlarından dönebileceklerine ilişkin kural burada da geçerlidir. Talebin reddine dair ara karar, hususen karşı taraf lehine usuli kazanılmış hak doğurmamışsa, haklı bir gerekçe ile hâkim ret kararından dönebilir.<sup>98</sup> Bunun aksine, ret kararı ile taraf, özellikle karşı taraf lehine usuli kazanılmış hak doğarsa, ret kararından dönülemez.<sup>99</sup>

## SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, sürelerin belirlenmesi herhangi bir hak kaybına uğramamak adına büyük önem arz eder. Kesin süreler hak düşürücü süre niteliğini taşıdığından, bu sürelerin kaçırılması hâlinde tarafın o işlemi yapma hakkı ortadan kalkmaktadır. Bu yüzden kanun koyucu, sürelerin, sübjektif nedenlerle ve savaş hâli, ağır hastalık, doğal afet gibi tarafın elinde olmayan objektif nedenlerle kaçırması durumunda, eski hâle getirme kurumunu düzenlemiştir. Bu usulle tarafın elinde olmayan nedenlerle kullanamadığı hakkını kullanabilmesi

<sup>96</sup> Özmumcu, Ön Sorun, 115; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 663; Ünlü Usta, "Eski Hâl", 155; Acar, "Ara Karar", 110; Elbir, "Süreler", 182; Yazar, "Süreler", 95.

<sup>97</sup> Yılmaz, HMK Şerhi, 719; Tercan, Hâli Sabıka İrca, 289 dn. 114, Ünlü Usta, "Eski Hâl", 154; Acar, "Ara Karar", 112. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10.06.1983, E. 1980/4-2091, K. 1983/640, "...Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına dosyadaki tutanak ve kanıtlara mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle davacı vekilin 7.11.1977 ve 24.1.1978 günlü eski hale getirme istemleri mahkemece önceki gerekçeli kararda değerlendirilerek uygun görüldüğü açıklandığına ve eski hale getirme isteklerinin ara kararları ile değil nihai kararda incelenmesi ve kabul edilmiş olması sonuca etkili bulunmadığına göre direnme kararı usûl ve yasaya uygun bulunduğundan işin esasının incelenmesi için dosyanın görevli Özel Daireye gönderilmesi gerekir..." (Kazancı).

<sup>98</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 289; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 666 dn. 128; Ünlü Usta, "Eski Hâl", 154.

<sup>99</sup> Tercan, Hâli Sabıka İrca, 289. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28.06.1985, E. 1985/443, K. 1985/684, "...Temyiz süresinin kaçırılmasından dolayı Yargıtay'a yapılan eski hâle getirme talebinin reddi hâlinde tarafın temyiz talebi incelenmeden karar kesinleşir. 01.02.1984 tarihli, 83/9, 84/2 sayılı İBK gereğince süresi geçtikten sonra yapılan temyiz talebi Yargıtay'ca reddedilmeli, dosyanın yerel mahkemeye geri gönderilmesi ihtiyacı ortadan kalkmaktadır..." Bkz. Tercan, Hâli Sabıka İrca, 289-290; Taş Korkmaz, "HMK Hükümlerine Göre Eski Hâl", 669 dn. 136; Elbir, "Süreler", 182.

için yeni bir fırsatın tanınması, tarafın kusuru dışında oluşan bir sebepten dolayı hak kaybının önlenmesi amaçlanmaktadır. Fakat çalışmamızda da ifade edildiği üzere eski hâle getirme talebinde bulunma bazı şartlara bağlı kılınmıştır. Öncelikle talepte bulunmak için kesin sürenin elde olmayan sebeplerle geçirilmesi gerekmektedir. Talebin kabulü somut olayın koşullarına göre tespit edilmekle hâkimin takdirine bırakılmıştır. Ayrıca talepte bulunmak için tarafın zamanında yapamadığı işleme dair kaçırılan süreyi gidermesi için herhangi bir hukuki yolun bulunmaması gerekir. Söz konusu talep, engelin ortadan kalkmasından itibaren iki hafta içerisinde ilk derece yargılaması aşamasında davanın bakıldığı mahkemedен, istinaf ve temyiz kanun yolu aşamalarında ise davaya bakacak olan ilgili hukuk dairesinden talep edilir.

Talebi inceleyen mahkeme talebin kabulüne veya reddine ilişkin karar vermektedir. Talebin reddi kararı, var olan hukuki durumu değiştirmemekte, davaya mevcut hâliyle devam edilmektedir. Eski hâle getirme talebinin kabulü kararı ile, zamanından sonra yapılan işlem zamanında yapılmış gibi kabul edilir, sürenin kaçırılması neticesinde oluşan aleyhe sonuçlar geçmişe dönük olarak ortadan kaldırılacağı için işlemin zamanında yapılmış sayılmasından etkilenen hukuki işlemler ve hükümler geçersiz sayılır. Belirtmek gerekir ki, ıslah yoluyla geçersiz kılınamayan işlemler eski hâle getirme talebinin kabulü kararından da etkilenmemektedir. Dikkat edilmesi gereken diğer husus, hüküm, eski hâle getirme talebinin kabulünden önce kesinleşmişse, talebin kabulü kararı, hükmün şekli anlamda kesinliğini ortadan kaldıran bir etki doğurmaktadır. Sonuç itibarıyla, eski hâle getirme kurumu yargılama sonunda maddi gerçeğe uygun karar verilmesine katkıda bulunarak kanunun belirlediği şartlara uymakla tarafların hak kaybının önlenmesini sağlamaktadır.

| <b>YAZAR BEYANI</b>                       |  |
|---|--|
| <b>Mali Destek/Teşekkür Beyanı:</b>       | Bulunmamaktadır.   |
| <b>Yazarların Katkıları</b>               | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.                                  |
| <b>Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı</b> | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| <b>Etik Kurul Onayı:</b>                  | Gerekmemektedir.   |

## **KAYNAKÇA**

Acar, Tuna. “Türk ve Mukayeseli Medenî Yargılama Hukuku Açısından Ara Karar”. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2022.

Alangoya, Yavuz, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım. Medenî Usul Hukuku Esasları. İstanbul: Beta Basımevi, 2009.

Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. Medenî Usul Hukuku. Ankara: Yetkin Basımevi, 2022.

Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. Medenî Usul Hukuku. Ankara: Yetkin Basımevi, 2023.

Belgesay, Mustafa Reşit. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi. İstanbul: M. Sıralar Matbaası, 1956.

Berki, Şakir. “Eski Hâle Getirme”. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan. Ankara (1964): 149-168.

Boran Güneysu, Nilüfer. “Medenî Usûl Hukukunda Karar”. Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi, 2010.

Budak Ali Cem ve Varol Karaaslan. Medenî Usul Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.

Çapar, Asuman. “Eski Hâle Getirme Kurumunun İdari Yargı Alanında Uygulanabilirliği”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 28/1 (2022): 184-204.

Centel, Nur. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Eski Hâle Getirme”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 51/1-4 (1985): 197-220.

Elbir, Turgay. “Medenî Usul Hukukunda Süreler”. Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2021.

Erdönmez, Güray. Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku. İstanbul: Cilt: I, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Erkut, Ramazan Serdar. “Eski Hâle Getirme”. Ankara Barosu Dergisi. 1 (1987): 85-92.

Görgün, Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. Medenî Usul Hukuku. Ankara: Yetkin Basımevi, 2023.

Karşlı, Abdurrahim. Medenî Muhakeme Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.

Köse, Yasin. Hukuk Yargılamasında Süreler. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014.

Kuru, Baki. Hukuk Muhakemeleri Usulü. İstanbul: Cilt: V, Demir Yayıncılık, 2001.

Kuru, Baki ve Burak Aydın. Medenî Usul Hukuku El Kitabı. Ankara: Cilt: II, Yetkin Yayınları, 2021.

Meier, Isaak. Schweizerisches Zivilprozessrecht. Zürich: Schulthess Verlag, 2010.

Muşul, Timuçin. Medenî Usul Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

Gehrlein, Markus. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. München: 2013.

Oberhammer, Paul. Kurzkommentar ZPO. Zürich: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.

Önder, Ayhan. "Eski Hâle Getirmenin Hukuki Mahiyeti". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 30 (1964): 950-973.

Önen, Ergün. Medenî Yargılama Hukuku. Ankara: Sevinç Matbaası, 1979.

Özekes, Muhammet. Medeni Usul Hukuku'nda Hukuki Dinlenme Hakkı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.

Özekes, Muhammet. "Medenî Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı ve Hakkın Bazı Güncel Sorunları". Legal Hukuk Dergisi. 28 (2005): 1295-1308.

Özmumcu, Seda. Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Ön Sorun. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Pekcanitez, Hakan. "Medeni Yargıda Adil Yargılama". İzmir Barosu Dergisi. 2 (1997): 35-55.

Pekcanitez, Hakan. "Hukuki Dinlenme Hakkı". Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan. Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları. (2000): 753-793.

Pekcanitez, Hakan. Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku. İstanbul: Cilt: I, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.

Postacıoğlu İlhan ve Sümer Altay. Medenî Usul Hukuku Dersleri. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

Tanrıver, Süha. Medenî Usul Hukuku. Ankara: Cilt: I, Yetkin Yayınları, 2024.

Taş Korkmaz, Hülya. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Eski Hâle Getirme". İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 15/2 (2016): 635-679.

Tercan, Erdal. "İcra ve İflas Hukuku Açısından Eski Hâle Getirme". Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi. 19/4 (1998): 117-130.

Tercan, Erdal. Medenî Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Hâlinde) Eski Hâle Getirme-Hâli Sabıka İrca. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.

Ulukapı, Ömer. Medenî Usul Hukuku. Konya: Mimoza Yayınları, 2015.

Ünlü Usta, Meltem. "Medenî Usul Hukuku'nda Eski Hâle Getirme". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2018.

Yazar, Gökçe."Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler, Eski Hâle Getirme ve Adli Tatil". Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, 2021.

Yeşiltan, Asım Turgut. "Eski Hâle Getirme (Hâli Sabıka İrca)". Ankara Barosu Dergisi. 28/2 (1971): 237-240.

Yılmaz, Ejder. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi. Ankara: Cilt: II, Yetkin Yayınları, 2021.





## **TÜRK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA (TMK m. 166/III)**

*Agreed Divorce in Turkish Law (TCC Art. 166/III)*

**Arş. Gör. Dr. Burak DOĞAN\***

### **ÖZET**

Eşlerin serbest iradeleri ile evliliklerinin sona erdirebilmelerine imkân tanıyan anlaşmalı boşanma, genel ve mutlak bir boşanma sebebi olup, bu nedenle açılan dava çekişmesiz yargı işi niteliğindedir. Anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi evlilik en az bir yıl sürmüş olmalıdır. Ayrıca, eşler mahkemeye birlikte başvurmalı veya bir eşin açtığı davayı diğer eş kabul etmelidir. Hâkim, eşlerin serbest iradelerini tespit edebilmek için mutlaka eşleri dinlemek zorundadır. Eşler boşanma konusunda anlaşmalıdırlar. Boşanma anlaşmasının hukuki niteliği, kendine özgü yapısı olan aile hukuku sözleşmesidir. Boşanma anlaşmasının zorunlu içeriğini oluşturan, boşanmanın mali sonuçları ibaresinden nafaka ve tazminata, çocukların durumu ibaresinden ise velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin düzenlemeler an-

---

\* İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, e-posta: b.dogan@izu.edu.tr, ORCID: [0000-0002-3168-6581](https://orcid.org/0000-0002-3168-6581).

**Makale Geliş Tarihi:** 13.05.2024

**Makale Kabul Tarihi:** 26.08.2024

⇒ **Atıf Şekli:** Burak Doğan "Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma (TMK m. 166/III)", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 755-787.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



laşılır. Son olarak, hâkim boşanma anlaşmasını uygun bulmalıdır. Hâkim anlaşmada eşlerin ya da çocukların yararına değişiklik yapılabilir. Anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için söz konusu değişikliklerin eşler tarafından kabul edilmesi gerekir.

**Anahtar Kelimeler:** Anlaşmalı Boşanma, Boşanma Protokolü, Nafaka, Mal Rejimi, Velayet

### **EXTENDED ARSTRACT**

In an uncontested divorce, the spouses may terminate the marriage with their common will. Uncontested divorce was not included in the first version of the abrogated code numbered 743, and was included in our law for the first time with a regulation of code numbered 3444. The reason for the inclusion of uncontested divorce not in a separate provision of the law but in the provision on the breakdown of the marriage union is that it is accepted that there is a presumption that the marriage union has been broken down in the event of uncontested divorce. The existence of a specific fact is not required for an uncontested divorce to be granted. Therefore, uncontested divorce is a general reason for divorce. The fact that the judge cannot conduct any investigation in the presence of the necessary conditions indicates that it is an absolute reason for divorce. An uncontested divorce case is a noncontentious judgement. In this case, the existence of the defendant and the plaintiff cannot be mentioned. Article 166/III of the TCC, which regulates uncontested divorce, requires the existence of certain conditions for uncontested divorce. The first of these is that the marriage must have lasted for at least one year. The spouses do not have to actually live together during the one-year period in question. The moment of determination of the one-year period is the starting moment of the proceedings. Since the relevant period is a condition of the lawsuit, it is observed *ex officio* by the judge. If the relevant period of time has not expired, the case shall not be dismissed, and the proceedings shall continue as contentious according to Article 166/I of the TCC. Another condition for uncontested divorce is the application of the spouses. The relevant application may be made jointly or in the event that one spouse files a lawsuit, the other spouse may accept the lawsuit. In case the

spouses apply jointly, the dispute is from the very beginning of the judgement, while in case of acceptance, it arises with the acceptance. The declaration of acceptance can be made until the judgement is finalized. Likewise, the acceptance can be revoked until the finalization of the judgement. In an uncontested divorce, it is possible for the other party to waive the lawsuit as well as the party who filed the lawsuit. In an uncontested divorce case, only divorce can be requested, the spouses do not have the right to demand separation. Another condition in an uncontested divorce case is that the spouses are heard by the judge in person. This condition remains even if the parties are represented by an attorney. This condition enables the determination of whether the spouses have free will for an uncontested divorce. The judge uses his/her discretion in determining the free will. The obligation to determine the free will of the spouses prevents the uncontested divorce from being favorable to mediation. The judge must hear the parties in person. Another condition of uncontested divorce is the agreement of the spouses regarding the financial consequences of the divorce and the custody of the children, if any. The divorce agreement is not subject to any form. The divorce agreement is a unique family law contract. The financial consequences and the status of the children constitute the mandatory content of the divorce agreement. If there is a disagreement on one of these issues, an uncontested divorce cannot be granted. The financial consequences of divorce are material and moral compensation, poverty alimony and precautionary alimony. Issues such as the division of the property and the costs of the proceedings are not mandatory elements. Similarly, the liquidation of the property regime is not considered within the scope of mandatory elements. The parties should clearly agree on the mandatory financial elements. It is not possible to make a claim after the divorce for the financial consequences that are not included in the divorce agreement. In this case, it is accepted that the request for the relevant financial elements is waived. Another mandatory element of the divorce is the status of the children, which refers to the custody of the children, the personal relationship of the spouse who does not have the right of custody with the child and the maintenance of the child. The financial consequences and the status of the children under Article 166/III of the TCC constitute the minimum element of the agreement. If the parties wish, they may include other is-

sues in the text of the agreement as subjective essential elements. In this context, issues such as property regime, family residence, the divorced spouse to continue to use the surname of the divorced spouse, judgement expenses may be included in the agreement. The divorce agreement must be approved by the judge. The judge may make changes in the agreement on the grounds of the interests of the parties or the children. The divorce agreement must be approved by the judge. If the judge makes changes, the spouses must approve the changes. Otherwise, an uncontested divorce cannot be granted. The judge can only examine the agreement in terms of the financial consequences of the divorce. He/she cannot investigate the reasons for divorce. Article 166/III of the TCC stipulates that the provision of Article 184/III of the TCC stating that the judge shall not be bound by the admissions of the parties in the divorce case shall not be applied. It is not possible for the judge to decide for separation instead of divorce. Because such a decision is incompatible with the purpose of Article 166/III of the Civil Code, which provides the possibility of divorce by giving superiority to the will of the parties.

**Key Words:** Uncontested Divorce, Divorce Protocol, Alimony, Property Regime, Custody

## GİRİŞ

Modernleşen dünyada geçmişe oranla eşlerin evlilik birliğini devam ettirme yönünde çabaları azalmış ve bu durum da boşanma oranlarının artmasına neden olmuştur. Boşanma nedenlerine bakıldığında ise, oransal olarak en fazla görülen boşanma nedeni genel boşanma nedenlerinden birisi olan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır<sup>1</sup>. Özel bir boşanma sebebine dayanmama halinde dava süreci uzamaktadır. Bu nedenle genel boşanma sebebiyle açılan davalarda alternatif

---

<sup>1</sup> İlgili istatistik için bkz.; Evlenme ve Boşanma İstatistikleri, TÜİK, 2023, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2023-53707#:~:text=Evlenen%20C3%A7iftlerin%20say%C4%B1s%C4%B1%202022%20y%C4%B1%C4%B1nda,binde%206%2C63%20olarak%20ger%C3%A7ekle%C5%9Fti.&text=Bo%C5%9Fanan%20C3%A7iftlerin%20say%C4%B1s%C4%B1%202022%20y%C4%B1%C4%B1nda,y%C4%B1%C4%B1nda%20171%20bin%20881%20oldu,01.04.24>.

arayışına girilmiş ve süreci kolaylaştırmak ve hızlandırmak amacıyla eşlerin anlaşması yoluyla boşanmaya olanak tanınmıştır. Gerçekten de anlaşmalı boşanma davasında taraf iradesine üstünlük tanınarak eşlerin beyanları doğrultusunda evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilmektedir. Bundan dolayı da hâkim boşanma nedenine yönelik araştırma yapmamakta ve yargılama daha hızlı bir şekilde sonuçlanmaktadır.

Anlaşmalı boşanma, aile kurumunu, eşleri ve çocukları korumak amacıyla birtakım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Çalışmamızda da bu sınırlamalar incelenecek olup, öncelikle anlaşmalı boşanmaya ilişkin kanuni düzenlemeler açıklanacak ve anlaşmalı boşanmanın hukuki niteliği irdelenecektir. Daha sonra ise anlaşmalı boşanmanın şartları doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları ışığında incelenecektir.

## **I. Anlaşmalı Boşanmaya İlişkin Kanuni Düzenleme ve Anlaşmalı Boşanmanın Hukuki Niteliği**

### **A. Kanuni Düzenleme**

Anlaşmalı boşanma, en yalın haliyle eşlerin serbest iradeleriyle evliliğe son verebilmesidir<sup>2</sup>. Tarafların anlaşması yoluyla boşanmaya 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi'nin<sup>3</sup> ilk halinde yer verilmemiş olup, 3444 sayılı Kanunla<sup>4</sup> yapılan bir değişiklik sonucu anlaşma yoluyla boşanma kabul edilmiştir. Tarafların anlaşması yoluyla boşanma 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda<sup>5</sup> ise, 166'ncı maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca eşlerin ortak iradelerinin oluşması ve birtakım şartların da varlığı halinde boşanma mümkündür.

TMK m. 166/III'te en az bir yıl sürmüş olan evliliklerin, eşlerin birlikte başvurusuyla ya da eşlerden biri tarafından açılmış davanın diğer eş tarafından kabulü halinde sona erdirebileceği kabul edilmiştir. Ancak, sadece bu şartların varlığı anlaşmalı boşanma için yeterli sayılmamış, yine aynı düzenlemede, eşlerin serbest iradesiyle bu yola

---

<sup>2</sup> Kemal Tahir Gürsoy, "Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma", Ankara Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı, Boşanma Hukuku Haftası Cilt II, (Ankara, 1977), 127.

<sup>3</sup> R.G., 4.4.1926, 339.

<sup>4</sup> R.G., 12.5.1988, 19812.

<sup>5</sup> R.G., 8.12.2001, 24607.

başvurdukları hususunda hâkimin kanaati aranmıştır. Ayrıca, tarafların boşanmanın mali sonuçlarına ve çocuklara ilişkin anlaşmasının da hâkim tarafından uygun bulunması ya da hâkim tarafından uygun bulunmayarak değiştirilmiş anlaşmanın taraflarca kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>6</sup>.

Kanun koyucu, anlaşmalı boşanmayı ayrı bir kanun maddesinde düzenlememiş olup, evlilik birliğinin sarsılması kenar başlığı altında düzenlemiştir. Zira ilgili düzenlemede eşlerin evlilik birliğini sona erdirmek için birlikte başvurmaları ya da biri tarafından açılmış davanın diğer tarafça kabulü halinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı yönünde bir karinenin varlığını kabul edilmiştir<sup>7</sup>.

## B. Anlaşmalı Boşanmanın Hukuki Niteliği

Boşanma sebepleri bakımından öğretide ikili bir ayırım yapılmakta olup, bunlardan ilki genel ve özel boşanma sebepleridir<sup>8</sup>. Anlaşmalı boşanma, belirli bir olgunun varlığını gerektirmemesi nedeniyle genel bir boşanma sebebi olarak kabul edilir. Bir diğer ayırım olan, mutlak ve nispi boşanma sebepleri açısından ise, tarafların kanun maddesin-

<sup>6</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2024), 111; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, İkinci Cilt, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2024), 271-272; Bahattin Aras, "Anlaşmalı Boşanma Davalarında Tarafların Tazminat ve Nafaka Taleplerinin Karara Bağlanması", *Terazi Hukuk Dergisi*, 47, (Temmuz, 2010), 75.

<sup>7</sup> Aydın Zevkliler, Emre Cumaloğlu, Mehmet Beşir Acabay, *Medeni Hukuk III Aile Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 285; Ebru, Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2006), 26; Helin Neval Tekin, *Anlaşmalı Boşanma*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 65; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt: 3 - Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), N. 647; Nevzat, Özdemir, *Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2003), 88; Özge Öncü, "Eşlerin Anlaşmalı Boşanma Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 19/Özel Sayı, (2017), 796; Sevtap Yücel, "Yargıtay Kararları Işığında Anlaşmalı Boşanma Davası Sonrasında Nafaka ve Tazminat Talepleri", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/1, (2018): 241; Feride, Demirbaş, "Anlaşmalı Boşanma Protokolünün Taşınmazlar Üzerindeki Aynı Haklara İlişkin Hükümleri ile İlgili Bazı Hukuki Sorunlar", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 0/2(2020): 561.

<sup>8</sup> Sena Çetin, *Aile Mahkemesi Kararları ve Bu Kararlara Karşı Denetim Yolları*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 59; Süleyman, Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023), 203; Yücel, *Anlaşmalı Boşanma*, 240.

de belirtildiği üzere anlaşması halinde hâkimin bir başka hususu araştırma konusu yapamaması nedeniyle mutlak bir boşanma sebebidir.

Anlaşmalı boşanmanın yargı işi bakımından çekişmeli mi, yoksa çekişmesiz mi olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki ilk görüşe göre, diğer boşanma sebeplerine dayalı açılan davalarda olduğu gibi anlaşmalı boşanma sebebine dayalı açılan dava da çekişmeli yargı niteliğindedir<sup>9</sup>. Anlaşmalı boşanma ancak bir eşin açmış olduğu davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi sureti ile yani gerçek anlamda davacı ve davalı sıfatlarının kazanılması ile gerçekleşmesi de bu hususu destekler niteliktedir<sup>10</sup>. Söz konusu görüş, eşlerin birlikte başvurması durumunu göz ardı etmektedir. Yargıtay ve tarafımızca da kabul edilen aksi yöndeki görüşe göre ise, anlaşmalı boşanma çekişmesiz yargı işi niteliğini haizdir<sup>11</sup>. Zira eşler birlikte başvurdukları ihtimalde daha davanın başında gerçek anlamda davacı ve davalı sıfatına sahip olmazken, bir eşin açmış olduğu davayı diğer eşin kabulü ihtimalinde de kabulden itibaren gerçek anlamda davalı ve davacı sıfatları yitirilmektedir.

## **II. Anlaşmalı Boşanmanın Şartları**

### **A. Evliliğin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması**

TBK m. 166/III'e göre evliliğin sona erdirilebilmesi için gerekli olan ilk şart, evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasıdır. Tarafların aralarında anlaşarak bu bir yıllık süreyi kısaltmaları mümkün değildir<sup>12</sup>. Bir yıllık sürenin hukuki niteliği hak doğurucu süre olduğundan

<sup>9</sup> Namık Yalçınkaya, Şakir Kaleli, Yeni Boşanma Hukuku Cilt I. (Ankara: Türk Hava Kurumu Basımevi, 1988), 2061; Akıntürk ve Ateş, Aile Hukuku, 273.

<sup>10</sup> Yalçınkaya ve Kaleli, Yeni Boşanma Hukuku, 2061; Akıntürk ve Ateş, Aile Hukuku, 273.

<sup>11</sup> Bilge Öztan, Aile Hukuku, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 700; Zeynep Yargıç, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 26; Mehmet Akif Tutumlu, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 1066; Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 115; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 08.05.2014, E. 2013/26237, K. 2014/10618 "*Davalının anlaşmalı boşanma talebine karşı çıkmasıyla dava kendiliğinden çekişmeli hale gelmiştir.*" [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.04.2024.; Doğrudan çekişmesiz yargı olarak nitelenemeyeceği görüşü için bakınız. Aybüke Basım, "Anlaşmalı Boşanma Bir Çekişmesiz Yargı İşidir?", Adalet Dergisi, 69 (2022): 541 vd.

<sup>12</sup> Mehmet Akif, Tutumlu, Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2006), 235; Aras, Anlaşmalı Boşanma, 73; Yılmaz, Aile Hukuku, 204.



hâkim tarafından re'sen incelenir<sup>13</sup>. Bir yıllık sürenin tespitinde hâkim davanın açıldığı an yerine, yargılamanın başını esas alarak süreyi hesaplamalıdır<sup>14</sup>. Süre şartı sağlanmamışsa diğer hususlara bakılmaksızın dava reddedilir. Bu bağlamda bir yıllık süre, dava şartı niteliğindedir<sup>15</sup>. Yargıtay ise, bir yıllık sürenin dolmamış olması halinde, davanın reddedilmesi yerine taraflardan delil toplayarak TMK m. 166/I'e göre evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığına bakılması gerektiği kanaatindedir<sup>16</sup>. Dava açıldığı tarihte bir yıllık süre dolmasına rağmen yargılama devam ederken süre dolarsa dava şartı sonradan yerine getirilmiş olduğundan davanın kabulü gerekir<sup>17</sup>.

Bir yıllık süre zarfında eşlerin ayrı yaşayıp yaşamamasının önemli olup olmadığı doktrinde tartışma konusudur. Bu husustaki ilk görüşe göre, bir yıllık süre koyulmasının esas amacı evlilik birliğinin eşlerin henüz bir-birlerini yeterince tanımadıkları aşamada verecekleri fevri kararlar sonucu sona ermesini engellemektir. Bu durum göz

<sup>13</sup> Ahmed Awzar Khalael, "Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak Anlaşmalı Boşanma", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2019), 33; Yücel, Anlaşmalı Boşanma, 242.

<sup>14</sup> Tutumlu, Evliliğin Butlanı, 235.

<sup>15</sup> Hande Atmaca Ülkü, "Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü", (Yayınlanmamış Doktora, Yeditepe Üniversitesi), 2017, 44; Hande Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü Nasıl Düzenlenmelidir?, (İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2021), 24; Ömer, Ergün, "TMK'nin 166'ncı Maddesinde Düzenlenen Boşanma Nedenleri", Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, 6, (Eylül 2005), 450; Akıntürk ve Ateş, Aile Hukuku, 272; Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 114; Doğan, Anlaşmalı Boşanma, 1935; Tutumlu, Evliliğin Butlanı 235.

<sup>16</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 13.01.2014, E. 2013/24061, K. 2014/275. [Ömer Uğur Gençcan, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 684].

<sup>17</sup> Bilal Köseoğlu, Köksal Kocaağa, Aile Hukuku ve Uygulaması, (Bursa: Ekin Basım Yayın, 2011), 110; Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 44; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 24; Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 123-124; Mehmet Erdem, Ashı Makaracı Başak, Aile Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 134; Basım, Anlaşmalı Boşanma, 523-524; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.03.1995, E. 1994/5-835, K. 1995/215, www.kazanci.com.tr, 02.04.2024; Öte yandan Yargıtay'ın bir başka kararındaki aksi yöndeki görüşü şu şekildedir: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 15.1.2018, E. 2016/16989, K. 2018/553, "Kanun maddesinde öngörülen evliliğin en az bir yıl sürmüş olması koşulu, dava şartı (HMK madde 114) olmayıp, yasada gösterilen eşlerin birlikte başvurusu, ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi durumuyla birlikte, birliğin temelinden sarsılmış sayılacağına ilişkin yasal karinenin temel unsurudur. Bu nedenle bir yıllık sürenin davanın açıldığı tarihte mevcut olması gereklidir. Dava açıldıktan sonra bir yıllık sürenin gerçekleşmesi de, açıklanan yasal karinenin oluşması için yeterli değildir." www.kazanci.com.tr, 03.04.2024; Aynı yönde görüş için bkz. Yılmaz, Aile Hukuku, 204.

önünde bulundurulduğunda da eşlerin birlikte yaşaması gerekmektedir<sup>18</sup>. Kanaatimizce, kanunun lafzında böyle bir ibare olmaması ve eşlerin birbirlerini tanınması için günümüz şartlarında birlikte yaşamının zorunlu bir durum olmaması nedenleriyle birlikte yaşama şartının aranmaması gerekir<sup>19</sup>.

## **B. Eşlerin Boşanmak Üzere Mahkemeye Birlikte Başvurmaları veya Bir Eşin Açtığı Davayı Diğerinin Kabul Etmesi**

Anlaşmalı boşanmanın şartlarından ikincisi, maddenin ifadesiyle “*eşlerin birlikte başvurusu ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi*”dir. Bu şartın getirilmesindeki amaç, eşlerin boşanma yönünde ortak iradeye sahip olmasının bir sonucu olarak evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı yönünde karinenin varlığının kabul edilebilecek olmasıdır<sup>20</sup>.

### **1. Eşlerin Birlikte Başvurmaları**

Eşlerin anlaşmalı boşanma için birlikte başvuruda bulunmaları halinde davanın tarafları hususu doktrinde tartışma konusudur. Bu konudaki ilk görüşe göre, esasen boşanma davaları çekişmeli yargı işi olduğundan, anlaşmalı boşanma yalnızca bir eş tarafından açılmış olan davanın diğer eş tarafından kabulü halinde mümkün olur<sup>21</sup>. Bu görüşün kabulü halinde, eşlerin anlaşmalı boşanmaya birlikte başvuru imkânı ortadan kalkmaktadır.

---

<sup>18</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, N. 649; Demirbaş, Anlaşmalı Boşanma, 562; Aksi görüş için bkz., Gençcan, Boşanma, 683; Atmaca Ülkü, “Anlaşmalı Boşanma”, 44-45; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 25; Köseoğlu ve Kocağa, Aile Hukuku, 110.

<sup>19</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Topak, Süleyman, Boşanma Davalarında Yargılama Usulü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, 52; Gençcan, Boşanma, 683.

<sup>20</sup> Ali Öztürk, Aile Hukukunda Ayrılık, (İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2015), 134; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Aile Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 237; Öz Seçer, İsviçre ve Türk Hukuklarında Anlaşmalı Boşanma ve Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanma, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, , 63-64, (2009) 42; Atmaca Ülkü, “Anlaşmalı Boşanma”, 46; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 27; Hüseyin, Hatemi, Aile Hukuku. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 126; Yücel, Anlaşmalı Boşanma, 242; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 4.2.2014, E. 2013/11644, K. 2014/1866, www.kazanci.com.tr, 03.04.2024.

<sup>21</sup> Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 113.

Bir diğer görüşe göre ise, kanun hükmünde yer alan eşlerin birlikte başvurabileceği ifadesi yanlış anlaşılabilir şekilde düzenlenmiştir. Hükümde ifade edilmek istenen eşlerin boşanma hususundaki iradelerinin uyuşması varlığının aranmasıdır. Bu bağlamda, söz konusu irade uyuşması hâkimin tarafları bizzat dinlemesi sırasında ortaya çıkacağından, birlikte başvuru ile irade uyuşmasının varlığını aramaya gerek olmadığı savunulmaktadır<sup>22</sup>.

Bir başka görüşte, önceki görüşün aksine eşlerin birlikte başvuramaları halinde anlaşma iradesinin daha işin başında olmadığından davanın hâkim tarafından başkaca bir inceleme ve araştırma yapılmaksızın redde-dilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>23</sup>.

Konuya ilişkin son görüşte ise, diğer boşanma davalarının aksine anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi niteliğinde olduğu, eşlerin birlikte başvurusu halinde baştan beri mevcut olan çekişmesiz yargının, eşlerden biri tarafından açılmış davada diğer eşin davayı kabulü halinde sonradan ortaya çıktığını belirtilmiştir. Ayrıca, bu bağlamda anlaşmalı boşanmada gerçek anlamda bir davanın varlığı olmadığından artık davacı ve davalıdan değil ancak “dilekçe verenler, talepte(istemde) bulunanlar, boşanmak iste-yenler” sıfatlarının kullanılabilmesi savunulmuştur<sup>24</sup>. Kanaatimizce de bu görüşün kabulü yerinde olacaktır. Zira anlaşmalı boşanmada diğer boşanma sebeplerinde olduğu gibi çekişmeli bir husus olmadığından karşı iki tarafın varlığından bahsedilemeyecektir.

Eşlerin boşanma yerine TMK m. 167 uyarınca anlaşmalı ayrılık talep edip edemeyeceği tartışma konusudur. Bu konudaki ilk görüş, ayrılık talebini mümkün görmektedir<sup>25</sup>. Zira bu görüşe göre boşanma ve ayrılık sebepleri aynı olduğundan anlaşmalı ayrılık talebini engelleyen bir durum yoktur<sup>26</sup>. Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre ise, anlaşmalı ayrılık mümkün değildir.<sup>27</sup> Zira tazminat gibi fer'i sonuçla-

---

<sup>22</sup> Yalçınkaya ve Kaleli, Yeni Boşanma Hukuku, 2061.

<sup>23</sup> Esra Pınar, Yılmaz Bilgin, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, (İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016), 47.

<sup>24</sup> Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 128; Öztan, Aile Hukuku, 693.

<sup>25</sup> Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 195; Öztan, Aile Hukuku, 420.

<sup>26</sup> Öztan, Aile Hukuku, 420.

<sup>27</sup> Hatemi ve Serozan, Aile Hukuku, 134; Tutumlu, Boşanma Yargılaması, 1122.

rın ayrılığın niteliğine aykırıdır<sup>28</sup>. Ayrıca, TMK m. 170/I'de boşanma sebebinin ispatlanması ifadesi yer almaktadır. Anlaşmalı boşanmada ise eşler, boşanma sebebine yönelik herhangi bir ispat yükü altında olmadıklarından, anlaşmalı boşanmanın TMK m. 170/I düzenlemesiyle bağdaşmadığı açıktır<sup>29</sup>.

## 2. Bir Eşin Açtığı Davayı Diğerinin Kabul Etmesi

Anlaşmalı boşanmanın birlikte başvuru dışında, bir tarafın yapmış olduğu başvuruyu diğer tarafın kabulü şeklinde gerçekleşmesi de mümkündür. Buna göre, eşlerden yalnızca birinin anlaşmalı boşanma için başvuruda bulunması halinde dava usulden reddedilmemelidir<sup>30</sup>. Taraflardan birinin açmış olduğu davanın anlaşmalı boşanma davası olması gerekmez<sup>31</sup>.

Başvuruda bulunmayan eşin yargılamanın hangi aşamasına kadar kabul beyanında bulunabileceği hususu doktrinde tartışma konusudur. Bu konudaki ilk görüş, kabul beyanının ilk duruşmanın sonuna kadar gelmesi gerektiği yönündedir<sup>32</sup>. Yargıtay tarafından da benimsenen katıldığımız aksi görüşe göre ise, karar kesinleşene kadar kabul beyanında bulunmak mümkündür<sup>33</sup>.

Davanın evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle açılmış olması durumunda kabul gerçekleşirse, dava anlaşmalı boşanma davasına dönüşür<sup>34</sup>. Ancak, özel boşanma sebeplerine dayalı olarak

<sup>28</sup> Tutumlu, Boşanma Yargılaması, 1122.

<sup>29</sup> Öztürk, Ayrılık, 134.

<sup>30</sup> Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 126-127.

<sup>31</sup> Erdem ve Makaracı Başak, Aile Hukuku, 134.

<sup>32</sup> Özlem Kırbaş, "Türk Hukuku'nda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma, MK m. 134/III", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1994), 37.

<sup>33</sup> Yılmaz Bilgin, Anlaşmalı Boşanma, 54; Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 50; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 31; Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 141; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 3.11.2015, 2015/5653 E., 2015/19986 K. "Taraflar Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesi uyarınca boşanmışlar, hüküm taraflarca temyiz edilmiştir. Boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşler kanunun çizdiği sınırlar içerisinde dava hakkında diledikleri tasarrufa gidebilirler, bu durumu engelleyici bir yasal hüküm bulunmamaktadır. Somut olayda, taraflar 14.10.2015 tarihli dilekçe ile anlaşmalı boşanma konusunda anlaştıklarına işbu dilekçeye, kararlaştırılan protokol evrakını da eklemek suretiyle imzalamışlardır. Bu durumda mahkemece protokol konusunda tarafların beyanları alınarak sonucuna göre bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir." www.kazanci.com.tr, 03.04.2024.

<sup>34</sup> Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 51; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 33.

açılmış olan davalarda bu durumun uygulanabilirliği doktrinde tartışma konusudur. Doktrindeki ilk görüş, özel boşanma sebebiyle açılmış olan davaların da anlaşmalı boşanma davasına dönüşebileceği yönündedir<sup>35</sup>. Aksi görüşe göre ise, özel boşanma sebepleri açısından diğer eşin kabulünün mümkün olmayacağı savunulmaktadır<sup>36</sup>. Bu görüş savunucuları dayanak olarak, özel sebeplerle açılmış olan boşanma davasının kabulüne imkân vermenin, TMK m. 184/III'te düzenlenen " *tarafların bu konudaki ikrarları hâkimi bağlamaz*" hükmünün tamamen iptal edilmesini gerektireceğini göstermektedirler<sup>37</sup>. Bu görüşe karşı çıkanlar ise, kabulün ikrardan farklı olduğunu, ikrarın vakıalara ilişkin, kabulün talep sonucuna yönelik olduğunu bu nedenle TMK m. 184/III'ün kabul açısından uygulanamayacağını savunmaktadır<sup>38</sup>.

Bir başka görüşe göre ise, TMK m. 165 ve TMK m. 166/II-III dışındaki hallerde açılmış davanın sebebinin ıslah yoluyla davanın evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine çevrilmesi sonucunda kabul beyanı mümkün hale gelir<sup>39</sup>. Kanaatimizce de, akıl hastası kişinin anlaşmalı boşanmada kabul beyanında bulunması düşünülemeyeceğinden ve diğer özel boşanma sebeplerine bakıldığında aslında hepsinin evlilik birliğinin temelinden sarsılması sonucunu doğurduklarından söz konusu görüşün kabulü yerinde olacaktır.

Anlaşmalı boşanmada kabul beyanından tam olarak ne zaman dönüle-bileceği hususunda tam bir görüş birliği yoktur. Bu husustaki Yargıtay ta-rafından da benimsenmiş olan ilk görüş, karar şekli anlamda kesinleşene kadar kabulden dönmenin mümkün olduğu yönündedir<sup>40</sup>. Diğer görüşe göre ise, hâkimin tarafları bizzat dinleme-

<sup>35</sup> Kırbaş, Anlaşmalı Boşanma, 35; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, N. 650.

<sup>36</sup> Bilge Öztan, "3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun'un 134'üncü Maddesi", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1990), 128.

<sup>37</sup> Kırbaş, Anlaşmalı Boşanma, 35.

<sup>38</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, N. 651; Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 140.

<sup>39</sup> Şeyda Şanlı Yalın, "Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi, 2017, 30; Yılmaz Bilgin, Anlaşmalı Boşanma, 52; Tekin, Anlaşmalı Boşanma, 85.

<sup>40</sup> Öztan, Medeni Kanununun 134. Maddesi, 129; Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 144; Tekin, Anlaşmalı Boşanma, 86; Şanlı Yalın, Anlaşmalı Boşanma, 32; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 25.05.2015, 2014/25160 E., 2015/10495 K. "*Taraflar Türk Mede-*

sinden sonra kabul beyanından dönülmesi mümkün değildir<sup>41</sup>. Kanaatimizce, ilk görüşün kabulü yerinde olacaktır. Zira taraf iradelerine üstünlük tanıyan anlaşmalı boşanmada taraf iradelerinin öneminin sınırlanması kanun hükmünün amacıyla çelişecektir.

Davacı sıfatını haiz olan taraf davadan feragat edebilir. Anlaşmalı boşanmada ise, davayı açan tarafın yanı sıra diğer tarafın da davadan feragat etmesi mümkündür. Aynı şekilde birlikte başvuru halinde de taraflar arasında zorunlu dava arkadaşlığı olmadığından her birinin bağımsız feragat hakkı vardır<sup>42</sup>. Taraflardan biri davadan feragat eder ve diğer taraf davaya devam etmek isterse, davaya TMK m. 166/1'e göre devam edilir<sup>43</sup>.

### **C. Hâkimin Eşleri Bizzat Dinlemesi**

Anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için gerekli bir diğer şart hâkimin eşleri bizzat dinlemesidir. Eşlerin anlaşmalı boşanma için birlikte başvurmuş olmaları ya da bir eşin açtığı davayı kabul hâkimin bizzat dinlemesi şartını ortadan kaldırmaz. Zira hâkimin eşleri bizzat dinlemesindeki amaç, eşlerin serbest iradeleriyle anlaşmalı boşanmayı istediklerine kanaat getirmesidir<sup>44</sup>.

Hâkim eşleri bizzat dinlemelidir. Eşlerden birinin ya da her ikisinin anlaşmalı boşanma davasını vekil aracılığıyla açmış olması ihtima-

---

*ni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca boşanmışlar, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiş-tir. Anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki diğer bir ifadeyle gerek boşanmanın mali sonuçları, gerekse çocukların durumu hususunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Anlaşmanın bozulması ile anlaşmalı boşanma hükmü bütünüyle geçersiz hale gelir (HUMK.md.439/2). Bu halde anlaşmalı boşanma davasının "çekişmeli boşanma" (TMK m. 166/1-2) olarak görülmesi gerekir.", www.kazanci.com.tr, 04.04.2024.*

<sup>41</sup> Alper Keskin, Boşanma Davaları, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 47; Kırbaş, Anlaşmalı Boşanma, 38-39; Öncü, Anlaşmalı Boşanma, 806; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma, 55; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 33; Ceylan, Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 131.

<sup>42</sup> Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 53; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 33; Yargıtay'ın aksi yöndeki görüşü için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 22.05.2006, E. 2006/1503, K.2006/8003, www.kazanci.com.tr, 05.04.2024.

<sup>43</sup> Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 54; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 34.

<sup>44</sup> Hatemi, Aile Hukuku, 126; Seçer, Fiili Ayrılık, 49; Topak, Boşanma, 53; Yılmaz, Aile Hukuku, 205; Demirbaş, Anlaşmalı Boşanma, 563; Basım, Anlaşmalı Boşanma, 526; Yücel, Anlaşmalı Boşanma, 243; Zevkliler, Cumaloğlu ve Acabay, Aile Hukuku, 285.

linde yalnızca vekilin ya da eşlerden birinin bizzat dinlenilmesiyle yetinilemez<sup>45</sup>. Ayrıca, tarafların istinabe yoluyla dinlenilmesi de mümkün değildir<sup>46</sup>.

Eşlerin serbest iradelerinin tespiti hususunda hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır. Burada hâkimin takdir yetkisinin kaynağı kamu düzenidir. Zira eşlerin boşanma iradesini ortaya koyarken özgür olup olmadıkları hususu hâkim tarafından takdir edilecektir. Hâkimin özgür irade konusunda kesin kanaat getirmesi gerekmekte olup, bu faaliyeti sırasında takdir yetkisi oldukça geniştir. Bu bağlamda hâkim, gerçek iradeyi tespit edebilmek amacıyla eşleri birlikte veya ayrı ayrı da dinleyebilir. Ayrıca, burada hâkim taraf beyanlarıyla bağlı olmayıp her türlü araştırmayı da re'sen yapabilecektir<sup>47</sup>.

Anlaşmalı boşanma, 6325 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu<sup>48</sup> kapsamında değerlendirildiğinde, arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulabilecek uyuşmazlıklar arasında yer almamaktadır. Zira anlaşmalı boşanmada arabuluculuk kararına ilam niteliği verildiği takdirde, anlaşmanın tarafların serbest iradesi ürünün olup olmadığı hususu tespit edilemeyecektir<sup>49</sup>. *“İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa el-verişli olan aile hukukuna ilişkin*

<sup>45</sup> Akıntürk ve Ateş, Aile Hukuku, 273; Erdem ve Makaracı Başak, Aile Hukuku, 135; Seçer, Anlaşmalı Boşanma, 263; Tutumlu, Evliliğin Butlanı, 236; Yılmaz, Aile Hukuku, 206; Demirbaş, Anlaşmalı Boşanma, 563; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 19.6.2014, E. 2014/2775, K. 2014/14031, www.kazanci.com.tr, 05.04.2024.

<sup>46</sup> Doğan, Anlaşmalı Boşanma, 1937; Erdem ve Makaracı Başak, Aile Hukuku, 136; Gençcan, Boşanma, 697; Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 149; Seçer, Fiili Ayrılık, 48; Yılmaz, Aile Hukuku, 204.

<sup>47</sup> Basım, Anlaşmalı Boşanma, 528; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, N. 553; Gençcan, Boşanma, 697; Kırbaş, Anlaşmalı Boşanma, 52; Yalçınkaya ve Kaleli, Yeni Boşanma Hukuku, 2062; Yargıtay, 2. Hukuk Dairesi, 22.02.1990, 1989/10796 E., 1990/2176 K. *“Olayımızda cevap dilekçesini tekrarlayan davalının bu beyanın boşanma hususunda hakim önünden dinlenme ve serbest irade açıklaması niteliğinde kabulü mümkün bulunmamaktadır.”* www.kazanci.com.tr, 06.04.2024.

<sup>48</sup> R.G., T. 07.06.2012, 28331.

<sup>49</sup> Beyhan Kaplan Güler, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, (İstanbul: Sümer Kitabevi, 2014, 105- 106; Şükran Şıpka, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 12, Yıl 6, (Güz, 2007/2): 167; Alper Uyumaz, Kemal Erdoğan, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17/1 (2016): 147-148.

*uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.” ifadesi yer alan HUAK m. 18/3 bu hususu destekler niteliktedir. Hükümde de görül-düğü üzere hâkim duruşmada esasa ilişkin değerlendirme yapamayacağından serbest iradeyi tespit edemeyecektir<sup>50</sup>.*

#### **D. Eşlerin Anlaşması**

Anlaşmalı boşanmadaki en önemli şartlardan biri eşlerin boşanmanın mali sonuçlarına ve varsa çocukların velayetine dair anlaşmalarıdır. Eşler, gerek boşanma davasından önce gerekse de boşanma davası sırasında anlaşma yapabilirler<sup>51</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>52</sup> sözleşmelerin kurulması, geçerliliği ve hükümlerine ilişkin düzenlemeleri, boşanma hukukunda aksine bir düzenleme olmadıkça boşanma anlaşmaları için de geçerlidir<sup>53</sup>.

Taraflarca yapılan yazılı metne yönelik gerek Yargıtay kararlarında gerekse de doktrinde farklı adlandırmalar yapılmaktadır. Yargıtay bazı kararlarında<sup>54</sup> anlaşma bazı kararlarında<sup>55</sup> ise protokol ifadesini kullanmıştır. Ayrıca Yargıtay bazı kararlarında<sup>56</sup> boşanma protokolü, bazı kararlarında ise anlaşma protokolü<sup>57</sup> terimlerini kullan-

<sup>50</sup> Kaplan Güler, Arabuluculuk, 107.

<sup>51</sup> Gülçin Elçin Grassinger, Boşanma Davalarında Eşlerin Boşanmasının Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İstanbul Hukuk Mecmuası, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, LV/3, (1997), 237; Öncü, Anlaşmalı Boşanma, 803; Demirbaş, Anlaşmalı Boşanma, 564; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.06.2019, E. 2019/4268 E., 2019/6909 K., www.kazanci.com.tr, 06.04.2024.

<sup>52</sup> R.G., 4.2.2011, 27836.

<sup>53</sup> Öz Seçer, Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7/2, (2016), 264.

<sup>54</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.06.2005, 2005/7276 E., 2005/9531 K., www.kazanci.com.tr, 07.04.2024; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 19.10.2023, 2023/861 E., 2023/2797 K., www.kazanci.com.tr, 07.04.2024.

<sup>55</sup> Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 18.6.2019, 2016/12215 E., 2019/7723 K., www.kazanci.com.tr, 07.04.2024; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 1.4.2024, 2023/5684 E., 2024/2249 K., www.kazanci.com.tr, 07.04.2024.

<sup>56</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 4.7.2019, 2019/11-25 E., 2019/874 K., www.kazanci.com.tr, 07.04.2024; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 1.4.2024, 2023/5684 E., 2024/2249 K., www.kazanci.com.tr, 07.04.2024.

<sup>57</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 1.10.2019, 2019/571 E., 2019/9411 K., www.kazanci.com.tr, 07.04.2024; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 25.3.2024, 2023/5353 E., 2024/2058 K., www.kazanci.com.tr, 07.04.2024.



mayı tercih etmiştir. Doktrinde, proje<sup>58</sup>, düzenleme<sup>59</sup>, tasarı<sup>60</sup> gibi terimler de kullanılmaktadır.

Boşanma anlaşmasının şekline dair herhangi bir düzenleme yoktur. Bu bağlamda sözlü olarak yapılması mümkündür<sup>61</sup>. Ancak, anlaşmanın hüküm fıkrasında yer alması gerektiğinden sözlü yapılması halinde anlaşmanın zapta geçirilmesi gerekir<sup>62</sup>. Öte yandan, madde metninde yer alan düzenleme kelimesinden yazılı şeklin anlaşılması gerektiği yönünde bir görüş de mevcuttur<sup>63</sup>. Ayrıca, eşlerin boşanma anlaşmasında bir taşınmazın mülkiyetinin devri ya da herhangi bir sınırlı ayni hak tesisine yer vermeleri de anlaşmayı şekle tabi hale getirmez<sup>64</sup>.

<sup>58</sup> Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 157.

<sup>59</sup> Gençcan, Boşanma, 701.

<sup>60</sup> Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 157.

<sup>61</sup> Akıntürk ve Ateş, Aile Hukuku, 274; Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 134; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 118; Erdem ve Makaracı Başak, Aile Hukuku, 136; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 113; Cavit Hoşlan, "Anlaşmalı Boşanma Protokollerine İlişkin Kararların Değerlendirilmesi", içinde Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Aile Hukuku Cilt II, ed. Baki İlkey Engin, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017) 205; Çetin, Aile Mahkemesi, 58; Öztan, Aile Hukuku, 694; Seçer, Anlaşmalı Boşanma, 265; Demirbaş, Anlaşmalı Boşanma, 564.

<sup>62</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, Aile Hukuku, N. 555; Elçin Grassinger, Boşanma Davaları, 237; Ergün, TMK m. 166, 450; Demirbaş, Anlaşmalı Boşanma, 564; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 113; Yücel, Anlaşmalı Boşanma, 244; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10.12.1997, E. 1997/2-803, K. 1997/1045, "Niteliği itibariyle bu tür sözleşmeler başkaca bir şekil şartına da bağlı değildir. Yazılı olarak mahkemeye verilebilecekleri gibi, tutanağa geçirilmeleri de mümkündür. Ancak taraflarca mahkemeye yazılı olarak verilmeleri ya da duruşma tutanağına geçirilmeleri aktin oluşması için yeterli değildir. Bunun boşanma kararının hüküm kısmında gösterilmesi, başka bir anlatımla infaz olanağını sağlayacak mahkeme hükmü haline gelmesi gerekir. Böylece hâkimin tasvibine iktiran ettiği belgelenmiş olur. Bu nedenle ki, taraflarca sözleşme mahkemeye verilmiş olmasına rağmen, hakim bu konuyu incele-memesi olumlu olumsuz bir karar vermemesi halinde sözleşme hukuki sonuç doğurmaz." www.kazanci.com.tr, 08.04.2024.

<sup>63</sup> Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 170; Yılmaz Bilgin, Anlaşmalı Boşanma, 76.

<sup>64</sup> Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 135-137; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 121-122; Özge Uzun Kazmacı, "Anlaşmalı Boşanma Kararı ile Tescilsiz Kazanımda Uygulamaya İlişkin Değerlendirmeler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17/206 (2022): 112; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 26.2.2014, E. 2014/2564, K. 2014/3993, www.kazanci.com.tr, 08.04.2024.

## **1. Anlaşmanın Hukuki Niteliği**

Boşanma anlaşmasının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu husustaki ilk görüşe göre, boşanma anlaşması, özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir<sup>65</sup>. Bu görüş, boşanma anlaşmasının mali sonuçlar içermesiyle ve taraf iradelerinin anlaşma içeriğini belirlemesiyle temellendirilmektedir<sup>66</sup>. Boşanma anlaşmasının özel hukuk sözleşmesi olduğunu savunanlardan bir kısım yazar<sup>67</sup>, boşanma anlaşmasının hüküm doğurabilmesi için hâkim onayı gerektiğini ve bu bağlamda geciktirici şarta bağlı bir özel hukuk sözleşmesinin olduğunu savunurken, diğer bir kısım yazar<sup>68</sup>, hâkimin onayının sözleşmenin niteliğine etkisi olmadığını savunmaktadır.

Hukuki niteliğe yönelik bir diğer görüşe göre ise, başta özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan boşanma anlaşması hâkimin onayı sonrasında ilam niteliği kazanmaktadır<sup>69</sup>.

Bir diğer görüşe göre, boşanma anlaşması bir usul hukuku sözleşmesi olan sulh sözleşmesi niteliğindedir<sup>70</sup>. Boşanma anlaşmasının sulh sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde kuruluşu ve geçerliliği haricindeki hu-suslara usul hukukuna ilişkin kurallar uygulanacaktır<sup>71</sup>.

Hukuki niteliğe ilişkin bir diğer görüş ise, sözleşmeden bahsedilemeyeceği, zira tarafların irade beyanlarını birbirlerine değil mahkemeye yönelttiği ve bu irade beyanlarının da tek taraflı olduğudur<sup>72</sup>.

---

<sup>65</sup> Elçin Grassinger, *Boşanma Davaları*, 237; Özdemir, *Anlaşmalı Boşanma*, 154; Yalçın-kaya ve Kaleli, *Yeni Boşanma Hukuku*, 1580; Sulhi Selahattin Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayımevi, 1990), 290; Yılmaz Bilgin, *Anlaşmalı Boşanma*, 72.

<sup>66</sup> A. Egger (Ç. Tahir Çağa), *Aile Hukuku*, (Ankara: Ankara Yeni Cezaevi Basımevi, 1943), s. 277-278; Yalçınkaya ve Kaleli, *Yeni Boşanma Hukuku*, 1580; Özdemir, *Anlaşmalı Boşanma*, 154.

<sup>67</sup> Yalçınkaya ve Kaleli, *Yeni Boşanma Hukuku*, 1580; Özdemir, *Anlaşmalı Boşanma*, 154.

<sup>68</sup> Egger, *Aile Hukuku*, 277-278.

<sup>69</sup> Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, 290.

<sup>70</sup> Turhan Esener, "Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, VIII/3-4, (1951), 612.

<sup>71</sup> Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 66; Atmaca Ülkü, *Anlaşmalı Boşanma Protokolü*, 46.

<sup>72</sup> Arsebük, Esat, *Medeni Hukuk II, Aile Hukuku*, (Ankara: Recep Ulusoglu Basımevi, 1940), 767-769.

Bizim de katıldığımız son görüşe göre ise, boşanma anlaşması kendine özgü yapısı olan aile hukuku sözleşmesidir<sup>73</sup>. Zira boşanma anlaşmasında eşlerin karşılıklı irade beyanlarının varlığı, boşanmanın fer'i sonuçlarında anlaşma zorunluluğu ve hâkimin anlaşmayı uygun bulması şartları, kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde yoktur<sup>74</sup>.

## 2. Boşanma Anlaşmasının İçeriği

### a. Genel Olarak

Boşanma anlaşmasının TBK m. 166/III gereği asgari olarak mali sonuçları ve çocukların durumunu içermesi gerekmektedir. Ancak, tarafların zorunlu unsurlar dışındaki birtakım unsurları boşanma anlaşmasına dahil etmesi sözleşme serbestisi ilkesi gereği mümkündür<sup>75</sup>.

### b. Zorunlu Unsurlar

TBK m. 166/III'te "*boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu*" ifadelerine yer verilmiştir. Buna göre, boşanmanın mali sonuçları ibaresinden nafaka ve tazminata, çocukların durumu ibaresinden

<sup>73</sup> Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 75; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 48; Demirbaş, Anlaşmalı Boşanma, 565; Nihan Koyuncu Aktaş, "Anlaşma Temeline Dayalı Boşanma Davalarında Hâkimin Yoksulluk Nafakasına Müdahalesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 79/3 (2021): 768; Özlem Tüzüner, "Genel Olarak Boşanma ve Boşanma Sebepleri", Medeni Hukuk II Aile Hukuku, ed. Metin İkizler ve Özlem Tüzüner, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 158; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.5.2019, E. 2017/2-1895, K. 2019/630, "*anlaşmalı boşanmanın koşullarından biri olan bu anlaşmanın yapılabilmesi için hem eşler hem de boşanma kararı verecek hâkim bakımından bazı koşulların yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle eşler arasında yapılan anlaşmanın boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin taraflarca düzenlenen ve hâkimin onay şartına bağlı, kendine özgü bir sözleşme olduğu söylenebilir.*" www.kazanci.com.tr, 09.04.2024.

<sup>74</sup> Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 75; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 49; Demirbaş, Anlaşmalı Boşanma, 565; Nihan Koyuncu Aktaş, "Anlaşma Temeline Dayalı Boşanma Davalarında Hâkimin Yoksulluk Nafakasına Müdahalesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 79/3 (2021): 76; Tüzüner, "Boşanma", 158; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.5.2019, E. 2017/2-1895, K. 2019/630, "*anlaşmalı boşanmanın koşullarından biri olan bu anlaşmanın yapılabilmesi için hem eşler hem de boşanma kararı verecek hâkim bakımından bazı koşulların yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle eşler arasında yapılan anlaşmanın boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin taraflarca düzenlenen ve hâkimin onay şartına bağlı, kendine özgü bir sözleşme olduğu söylenebilir.*" www.kazanci.com.tr, 09.04.2024.

<sup>75</sup> Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 77; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 49.

ise velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin düzenlemeler anlaşılır<sup>76</sup>.

Eşlerin anlaşmalı şekilde boşanabilmeleri için öncelikle mali konular- larda anlaşmaları gerekmektedir. Mali konulara maddi, manevi tazminat ve yoksulluk nafakası girdiği gibi tedbir nafakası da girmektedir. Bu hususlar- dan birinde anlaşmazlık çıkarsa, anlaşmalı boşanmaya karar verilemeyecektir. Bu durumda davaya TMK m. 166/I ve II'e göre devam edilecektir<sup>77</sup>. Eşyaların paylaşımı, yargılama masrafları gibi hususlar zorunlu unsur niteliğinde değildir<sup>78</sup>. Bunun bir sonucu olarak boşanma davasından sonra da ilgili kalemlere yönelik dava açılması mümkün görülmektedir<sup>79</sup>.

Taraflar zorunlu mali unsurlara yönelik olarak açık şekilde anlaşmalıdırlar. Bu bağlamda, tarafların anlaşmada nafaka ve tazminat haklarını saklı tuttuklarını belirtmeleri yeterli sayılmaz<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Demirbaş, Anlaşmalı Boşanma, 564; Koyuncu Aktaş, Anlaşma, 764-765; Uzun Kazmacı, Anlaşmalı Boşanma, 110.

<sup>77</sup> Aras, Anlaşmalı Boşanma, 78; Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 159; Seçer, Anlaşmalı Boşanma, 268; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2019/3660 E., 2019/7254 K., "Davacı erkek Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesine dayalı olarak anlaşmalı boşanma talebiyle dava açmıştır. Mahkemece yapılan duruşmada tarafların anlaşamamaları sebebiyle anlaşmalı olarak açılan boşanma davası, çekişmeli boşanma davasına dönüşmüştür. Bu durumda anlaşmalı boşanma davasının "çekişmeli boşanma" (TMK m. 166/1-2) olarak görülmesi gerekir. O halde mahkemece taraflara iddia ve savunmalarının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini içeren beyanları ile iddia ve savunmalarının dayanağı olarak ileri sürdükleri her bir vakıanın ispatını sağlayacak delillerini sunmaları ve dilekçelerin karşılıklı verilmesini sağlamak üzere süre verilip, ön inceleme yapılarak tahkikata geçildikten sonra usulüne uygun şekilde gösterilen deliller toplanmak suretiyle gerçekleştirilecek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, açıklanan hususlar yerine getirilmeden tahkikat yapılarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." www.kazanci.com.tr, 09.04.2024.

<sup>78</sup> Özge Öztürk, "Genel Boşanma Sebepleri", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mar-mara Üniversitesi, 2010), 106; Ali İhsan İpek, Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), 113.

<sup>79</sup> Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 02.05.2011, 2010/11930 E., 2011/5632 K., "Anlaşmalı boşanma davasında maddi manevi tazminat, nafaka, yargılama giderleri talep edilmemiş olması o davadaki haklara ilişkin olduğundan, bu davada davacı tarafından talep edilen zîynet eşyalarının, anlaşmalı boşanma davasının maddi, manevi sonucu olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Davacının dava açarak zîynet eşyalarını davalıdan istemesi konusunda yasal bir engel yoktur." www.kazanci.com.tr, 10.04.2024.

<sup>80</sup> Seçer, Anlaşmalı Boşanma, 268; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 13.1.2015, 2014/16344 E., 2015/169 K. "Tarafların irade beyanları esas alınarak boşanmalarına karar verilebilmesi için, diğer şartların yanında boşanmanın mali sonuçları

Tarafların mali sonuçlara boşanma anlaşmasında yer vermeme-lerine rağmen boşanma gerçekleşmişse eşlerin daha sonra yoksulluk nafakası ve tazminat talep haklarının olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki ilk görüş, talebin sehven yapılmamış olup olmadığından bağımsız olarak dava sonrası talebin mümkün olduğunu savunmaktadır<sup>81</sup>. Öte yandan katıldığımız aksi görüşe göre ise, tarafların anlaşmada söz konusu hususlara yer vermemelerinin vazgeçme iradesi olarak anlaşılmalıdır<sup>82</sup>. Aksinin kabulü mali sonuçlara ilişkin anlaşma olmadan boşanmanın gerçekleşebileceği sonucunu ortaya çıkarır. Ancak, hâkim ihmal sonucu boşanmaya karar vermişse taraflar talepte bulunabilmelidir<sup>83</sup>. TMK m. 174'te belirtilmiş olan "*Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusura veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir.*" ifadesiyle maddî tazminat düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün boşanma anlaşması bakımından incelenmesi gerekirse daha fazla kusurlu olan ya da zarara uğramamış olan eşin de maddî tazminat isteyebileceği sonucuna varılır. Zira anlaşmalı bo-

ile çocukların durumu hususunda tam olarak anlaşmış olmaları, hâkimin de taraflarca kabul edilen düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Tazminat haklarının saklı tutulması, bu husustaki ihtilafın devam ettiğini ve bu ihtilafın çözümünün ileriye bırakıldığını gösterir. Başka bir ifade ile "tazminat hakları saklı tutulmak" suretiyle anlaşmalı boşanma kararı verilemez. Bu husus nazara alınmadan "tazminat haklarının saklı tutulması" suretiyle Türk Medeni Kanununun 166/3 maddesi gereğince boşanma kararı verilmesi doğru bulunmamıştır. Taraflar boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşamadıklarına göre, gösterdikleri deliller toplanarak davanın Türk Medeni Kanununun 166/1-2 maddesi çerçevesinde değerlendirilip, hâsıl olacak neticesine göre karar verilmesi gerekirken, bu yön nazara alınmadan hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.", www.kazanci.com.tr, 10.04.2024.

<sup>81</sup> Öztan, Aile Hukuku, 697; Tekin, Anlaşmalı Boşanma, 110.

<sup>82</sup> Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 54; Seçer, Anlaşmalı Boşanma, 269-270; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 02.05.2019, E. 2017/2-3067, K. 2019/512 "*Somut olayda da davacının maddî ve manevî tazminat taleplerinin TMK'nın 178. maddesi uyarınca talep edildiği, kesinleşen boşanma kararında ise kusura ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı gibi tarafların mahkeme huzurunda boşanma ve boşanmanın mali sonuçları hakkında uzlaştıkları, bu husustaki imzalı beyanlarının tutanağa geçirildiği, böylelikle mahkemece TMK'nın 166/3. maddesine dayalı olarak boşanma kararı verildiği anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda tarafların boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin aralarındaki ihtilafı nihai olarak çözdükleri ve ilişkilerini tasfiye ettikleri kabul edilir. Bu itibarla anlaşmalı boşanmadan sonra artık boşanma sebebiyle ( TMK madde 174/1,2 ) maddî ve manevî tazminat istenemez.*", www.kazanci.com.tr, 10.04.2024.

<sup>83</sup> Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 54; Seçer, Anlaşmalı Boşanma, 269-270.

şanmada kusur ve zarar incelemesi yapılamaz<sup>84</sup>. Aynı husus manevi tazminat açısından da geçerlidir. Anlaşmada istenilen tazminatın türü açıkça belirtilmelidir. Belirleme yapılmamış olması halinde hâkim tazminatın türünün açıklanmasını isteyebilir<sup>85</sup>.

Boşanma anlaşmasında TBK m. 166/III'te belirtildiği üzere “*çocukla-rın durumu*” da yer almalıdır. Bu bağlamda çocukların velayeti, velayet hakkı olmayan eşin çocukla kişisel ilişki kurması ve iştirak nafakası husus-ları belirlenmelidir<sup>86</sup>. Anlaşmalı boşanmada evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylar incelenmediğinden, hâkim velayete ilişkin takdir hakkını kullanırken zorlanmaktadır. Bu nedenle hâkim, velayete karar verirken küçüğün menfaati gereği her türlü araştırmayı re’sen yapmalıdır<sup>87</sup>. Ancak, velayet hususunda hâkimin takdir yetkisi olması nedeniyle eş-ler velayete ilişkin anlaşma yapmayarak konuyu hâkimin takdirine bırakmaz<sup>88</sup>.

Boşanma anlaşmasında velayet hakkı olmayan eşin çocukla kişisel ilişki kurması hususunun da yer alması zorunludur. Ancak, eşlerin kişisel ilişki hususunu hâkimin takdir yetkisine bırakmaları da mümkündür<sup>89</sup>. Eş-lerin anlaşmada velayet hakkını sürekli olarak bir eşe vermesi yanında, belirlili süreli olarak vermesi de ihtimal dâhilindedir.

<sup>84</sup> Atmaca Ülkü, “Anlaşmalı Boşanma”, 99; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 75.

<sup>85</sup> Atmaca Ülkü, “Anlaşmalı Boşanma”, 104; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 81.

<sup>86</sup> Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 162; Öztan, Aile Hukuku, 698.

<sup>87</sup> Öztan, Medeni Kanununun 134. Maddesi, 132; Ceylan, Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 26; Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 166.

<sup>88</sup> Hoşlan, Anlaşmalı Boşanma, 214; Ülkü Atmaca, Anlaşmalı Boşanma, 82; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 56.

<sup>89</sup> Atmaca Ülkü, “Anlaşmalı Boşanma”, 83; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 62; Seçer, Anlaşmalı Boşanma, 271; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 9.5.2016, E. 2015/17609, K. 2016/9479, “*Taraflar arasında görülen anlaşmalı boşanma davasında velayeti anlaşma uyarınca anneye bırakılan müşterek çocuk ile baba arasındaki kişisel ilişki konusunda herhangi bir düzenleme yapılmayarak konu hâkimin takdirine bırakılmıştır. Mahkemece kişisel ilişki düzenlenmiş, davacı kadın tarafından kişisel ilişki yönünden uzman raporu alınmaması sebebiyle hüküm temyiz edilmiştir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, kişisel ilişki konusunda taraflara bir öneride bulunmak, kabul edildiği takdirde buna göre karar vermek, kabul edilmediği ve taraflarca anlaşmaya varılarak bir düzenleme de yapılmadığı takdirde, davanın Türk Medeni Kanununun 166/1-2. maddesi uyarınca çekişmeli boşanma olarak sürdürülmesi, 4787 Sayılı Kanun'un 5. maddesi gereğince uzman kişilerden yardım alınması, taraflarla ve çocukla da görüşme sağlanarak rapor hazırlanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek karar vermekten ibarettir.*” www.kazanci.com.tr, 11.04.2024.

Bu ihtimalde eşlerin de-ğişen velayet sonrası kişisel ilişkiyi de karar-laştırması gerekecektir<sup>90</sup>. An-cak, eşlerin diğ er eşin daha sonra vela-yet davası açmayacağını karar-laştır-maları kişilik haklarını ihlal ede-ceğinden bu tarz bir anlaşma yapılamaz<sup>91</sup>.

Velayet kendisine bırakılmamış olan eşin maddi durumuna göre ço-cu-ğun masraflarına katılma yükümlülüğü nedeniyle mutlaka bir miktar iştirak nafakası ödemesi gerekir<sup>92</sup>. Bu bağlamda iştirak nafakası da bo-şanma an-laşmasında yer alması zorunlu unsurlardandır. Zira iştirak nafakası niteliği itibariyle hem çocukların durumuna hem de mali husus-lara girer<sup>93</sup>. Eşlerin henüz mali durumlarının net olmadığı gerekçesiyle iştirak nafakasını anlaş-mada belirlememeleri mümkün değildir<sup>94</sup>.

### c. İhtiyari unsurlar

TMK m. 166/III'te yer alan mali sonuçlar ve çocukların durumu an-laşmanın asgari unsurunu oluşturmaktadır. Taraflar isterlerse diğ er husus-ları da sübjektif esaslı unsur olarak anlaşma metnine dâhil edebilirler<sup>95</sup>.

- <sup>90</sup> Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 87; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 63.
- <sup>91</sup> Seçer, Anlaşmalı Boşanma, 271-272; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 4.2.2014, E. 2013/11644, K. 2014/1866 "Taraflarca düzenlenip hâkime sunulan, hâkim tarafından da "aynen tasdikine" karar verilen protokolde ... çocuklar ergin oluncaya kadar velayet hak-kının anneden alınması veya kaldırılması ve kişisel ilişki süresinin genişletilmesi için talepte bulunmayacağı, ... belirtilmiştir. Protokolde yer alan "velayetin kaldırılması ve ki-şisel ilişkinin genişletilmesi davası açılmayacağına" ilişkin medeni hakları kullanmak-tan feragate ilişkin taahhütler, medeni hakları kullanma ehliyetinden önceden vazgeç-me niteliğinde olup, Medeni Kanununun 23. maddesi ve çocukların yüksek yararlarına açıkça aykırıdır. Bu hükümler olmaksızın ortak irade ile boşanmanın gerçekleşmeyeceği açıkça belli olduğuna göre, içerdiği şartlardaki kısmi hükümsüzlük boşanma protokolü-nün tamamını hükümsüz kılar." www.kazanci.com.tr, 12.04.2024.
- <sup>92</sup> Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 91; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 65; Tüzüner, "Boşanma ", 157; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 21.1.2015, E. 2014/14833, K. 2015/1207: "TMK 182/2.maddesine göre; boşanma veya ayrılık vuku-unda, velayet kendisine verilmeyen eş, küçüğüün bakım ve eğitim giderlerine "gücü ora-nında" katılmak zorundadır. Bu husus, kamu düzenine ilişkin olup, tarafların iradesine tabi kılınmamıştır. Dolayısıyla, anlaşmalı boşanma ile iştirak nafakası istenmemiş olsa bile sonradan bu ist-tem gündeme gelebilir." www.kazanci.com.tr, 12.04.2024.
- <sup>93</sup> Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 89; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Proto-kolü, 65; Feyzioğlu, 326.
- <sup>94</sup> Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 91; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Proto-kolü, 66.
- <sup>95</sup> Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 113, Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Proto-kolü, 88; Elçin Grassinger, Boşanma Davaları, 236; Hatemi/Serozan, Aile Hukuku, 260; Yılmaz Bilgin, Anlaşmalı Boşanma, 74; Koyuncu Aktas, Anlaşma, 765.

Boşanma anlaşmasında mal rejiminin tasfiyesine ilişkin hüküm yer almasının zorunlu olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bu konudaki ilk görüş kanun lafzında yer alan boşanmanın mali sonuçları ibaresinden yola çıkarak, mal rejimi tasfiyesinin de mali sonuçlara dâhil olduğunu ve bu nedenle mal rejiminin tasfiyesine ilişkin anlaşma yapılmamışsa anlaşmalı boşanmaya karar verilemeyeceğini savunmaktadır<sup>96</sup>. Ayrıca, bu görüş, kanun koyucunun mal rejimlerini anlaşmadan ayrı tutmayı amaçlasaydı, mali sonuçlar yerine fer'i sonuçlar ifadesine yer vermesi gerektiğini belirtmektedir<sup>97</sup>. Bizim de katıldığımız ve Yargıtay tarafından da kabul edilen aksi görüşe göre ise, mal rejimi tasfiyesinin sonraya bırakılması mümkündür. Zira mal rejimi tasfiyesi niteliği gereği boşanmanın fer'i sonucu niteliğinde değildir ve mal rejiminin tasfiyesi konusunda yedek hukuk kuralı niteliğini haiz kanuni düzenleme bulunmaktadır<sup>98</sup>. Tarafların mal rejiminin tasfiyesine boşanma anlaşmasında yer vermesi ihtimalinde, eşlerin malvarlıklarının tek tek anlaşmada yer almasının gerekip gerekmediği hususunda görüş birliği yoktur. Bu konudaki ilk görüşe göre her bir malın nitelikleriyle birlikte yer alması gerekir<sup>99</sup>. Katıldığımız diğer görüşe

<sup>96</sup> Suat Sarı, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi. (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2007), 105; Ceylan, Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 62; Köseoğlu ve Kocaağa, Aile Hukuku, 112.

<sup>97</sup> Suat Sarı, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 105; Ceylan, Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 62; Köseoğlu ve Kocaağa, Aile Hukuku, 112.

<sup>98</sup> Şükran Şıpka Ayça, Özdoğan, Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 321; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 112; Khalael, Anlaşmalı Boşanma, 61; Köseoğlu ve Kocaağa, Aile Hukuku, 112; Öncü, Anlaşmalı Boşanma, 817; Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 168; Seçer, Anlaşmalı Boşanma, 273-274; Tekin, Anlaşmalı Boşanma, 111; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 24.2.2010, E. 2010/2-96, K. 2010/106 www.kazanci.com.tr, 13.04.2024.

<sup>99</sup> Yusuf Uluç, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, (Ankara: Yetkin Kitabevi, 2014), 568; Aynı yöndeki karar şu şekildedir: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.11.2013, E. 2013/8-185, K. 2013/1601 "Söğüt Asliye Hukuk Mahkemesi'nin (Aile Mahkemesi sıfatıyla) 13.10.2009 tarih 2009/160 Esas, 2009/244 Karar sayılı dosyası arasında bulunan "Protokol" başlığını taşıyan davacı K. ile davalı E. K. tarafından imzalanan 7.10.2009 tarihli protokolün 3 numaralı bendinde; "tarafların mal talepleri yoktur" ibaresi yer almaktadır. Bunun dışında malla ilgili başka bir açıklama ve belirleme söz konusu değildir. Anılan protokol anlaşmalı boşanma için hazırlanmış ve dosyaya sunulmuştur. Yargılama oturumunda da, davacı, protokolün içeriğini kabul ediyor, açıklamasında bulunmuştur. Kural olarak, boşanma davalarıyla birlikte mal rejimine dair açıklamaların ve eşler arasında varılan sonuçların anlaşma protokolünde yer almalarında herhangi bir sakınca bulunmayıp bunu engelleyen bir kanun hükmü de yoktur. Yine ilke olarak, dar kapsamlı olarak ifade edilen ibarelerin bo-



göre ise, tasfiyesi istenen mallara tek tek anlaşmada yer verilmesi halinde anlaşmada yer almayan mallar hakkında tasfiye talebinde bulunmaları mümkündür<sup>100</sup>. Zira aksinin kabulü halinde, malvarlığının bir kısmı için talepte bulunulursa mal rejimi sadece sayılan mal kalemleri üzerinden yapılacak ve bu da tam bir tasfiyeyi engelleyecektir.

Mal rejiminin tasfiyesine yönelik yapılmış olan anlaşmaya ilişkin hâkim, tarafların serbest iradesiyle yapıldığı kanaatine varmalıdır. Eşler anlaşmada mal rejimine dair taleplerinden feragat etmiş ve hâkim tarafın-dan da uygun görülmüşse, boşanma kararı kesinleştikten sonra mal rejimi tasfiyesine yönelik talepte bulunamazlar. Öte yandan, bir feragat söz konusu değilse, boşanmanın kesinleşmesinden sonra talepte bulunulabilir<sup>101</sup>.

---

*şanmanın ferî niteliğinde bulunan nafaka, maddî-manevî tazminat gibi istekleri kapsadığı kabul edilebilir. Mal rejiminden kaynaklanan istekler boşanmanın eki niteliğinde istekler olmadığından anlaşma ya da protokol, mal rejimlerini de kapsıyor ise bu taktirde taşınır ve taşınmaz mal niteliğinde bulunan katkı payı ya da artık değere konu olan bu tür eşyaların açık bir biçimde tek tek, bentler halinde protokole yer alması gerekir. Somut olayda, herhangi bir açık ibare bulunmamaktadır. Sadece, "mal talepleri yok-tur" ibaresi yer almaktadır. Mal tabirinin tüm taşınır ve taşınmazları kapsadığını kabul etmek mal rejimi davalarının mantığına ve hakkın özüne aykırı düşer. Mal tabiri oldukça dar bir kavramdır. Bu sebeple bu tabirin katkı payı ya da edinilmiş mallardan kaynaklanan taşınmaz ya da taşınır niteliğindeki eşyaları da kapsadığının kabulüne olanak bulunmamaktadır." www.kazanci.com.tr, 13.04.2024.*

<sup>100</sup> Hoşlan, Anlaşmalı Boşanma, 217; Şıpka ve Özdoğan, Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 325.

<sup>101</sup> Seçer, Anlaşmalı Boşanma, 275-276; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 7.6.2022 , E. 2019/8-335, K. 2022/850, "Tarafların İzmir 5. Aile Mahkemesi'nin 05.02.2013 tarihli ve 2012/648 E., 2013/101 K. sayılı kararı ile TMK'nın 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı olarak boşanmalarına karar verildiği, kararın 21.03.2013 tarihinde temyiz edilmeyerek kesinleştiği, anlaşmaya dayanak 05.02.2013 havale tarihli protokolün 5. bendinde "Taraflar yukarıdaki şartlarda anlaşmış olup birbirlerinden başkaca maddî ve manevî talepleri ile mahkeme masrafı ve avukatlık ücreti talep etmeyecektir" hükmünün imza altına alındığı, Mahkemece yapılan yargılamanın 05.02.2013 tarihli duruşmasında eşlerin hazır bulunduğu, protokolün doğru olduğunu ve onayladıklarını, anlaşma metni dışında birbirlerinden karşılıklı maddî ve manevî tazminat taleplerinin bulunmadığını beyan ettikler, Mahkemece gerekçeli kararın 7. bendi ile 05.02.2013 tarihli protokolün onaylanmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda; eşlerin gerek anlaşmalı boşanmaya dayanak protokol metninden gerekse duruşmadaki beyanlarından aralarındaki mal rejimini tasfiye ettikleri sonucuna varılmadığı gibi, salt "davalının davacıya ait evde oturacağına" ilişkin anlaşma hükmünden eşlerin mal rejimini tamamen tasfiye ettiklerini değerlendirmek mümkün değildir." www.kazanci.com.tr, 13.04.2024.

Eşlerin boşanma anlaşmasında aile konutuna ilişkin de düzenleme yapması mümkündür. Eğer böyle bir anlaşma yoksa aile konutuna malik olan eş serbestçe tasarruf hakkına sahiptir<sup>102</sup>.

Boşanma anlaşmasıyla kadının evlilik soyadını kullanmaya devam edebileceği de kararlaştırılabilir. Bu durumda hâkim TMK m. 173/II'de yer alan şartların varlığını aramadan ilgili anlaşmayı onaylar<sup>103</sup>.

Boşanma anlaşmasıyla bir eşin diğerinin kredi borcu taksitlerini öde-meyi üstlenmesi de kararlaştırılabilir. Bu durumda borcun iç üstlenilmesi-nin varlığından bahsedilecektir<sup>104</sup>. Son olarak, boşanma anlaşmasıyla karar-laştırılabilecek bir diğer ihtiyari unsur da yargılama giderleridir<sup>105</sup>.

## **B. Eşler Tarafından Yapılmış Anlaşmanın Hâkim Tarafından Uygun Bulunması**

TMK m. 166/III gereği hâkimin tarafların yapmış olduğu anlaşmayı uygun bulması gerekmektedir. Hâkim tarafların ve çocukların menfaati ge-reği anlaşmada değişiklik yapabilir. Bu halde tarafların hâkim tarafından değiştirilmiş anlaşmayı kabul etmesi gerekecektir. Aksi halde, anlaşmalı boşanma gerçekleşmeyecektir<sup>106</sup>.

Hâkimin anlaşmayı onaylamadan önce ayrıntılı şekilde incelemesi ge-rekir. Bu bağlamda hâkim, öncelikle anlaşmada zorunlu unsurların yer alıp almadığına bakarak, bu unsurlara yönelik anlaşmanın tarafların serbest iradelerinin ürünü olup olmadığını tespit etmeye çalışır. Hâkim tespiti sırasında tarafların ekonomik durumlarını da göz önünde bulundurur. Hâkim anlaşmayı incelerken anlaşmanın kanunun emredici hükümlerine aykırı olup olmadığına, tarafların ehliyetine, herhangi bir irade sakatlığı olup olmadığına dikkat eder<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 169.

<sup>103</sup> Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 188; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 180.

<sup>104</sup> Seçer, Anlaşmalı Boşanma, 276; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 25.2.2014, E. 2014/1890, K. 2014/3858 www.kazanci.com.tr, 14.04.2024.

<sup>105</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10.04.2019, 2019/245 E., 2019/4371 K., www.kazanci.com.tr, 14.04.2024.

<sup>106</sup> Akıntürk ve Ateş, Aile Hukuku, 274-275; Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 171; Öztan, Aile Hukuku, 695; Yılmaz Bilgin, Anlaşmalı Boşanma, 82.

<sup>107</sup> Atmaca Ülkü, "Anlaşmalı Boşanma", 160-164; Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 152.

Hâkim, eşlerin anlaşmalı boşanmayı hangi amaçla istediğini kanun hükmünün getiriliş amacı olan taraf iradesinin üstünlüğü ilkesine aykırılık oluşturacağından araştıramaz. Bu bağlamda eşlerin alacaklılardan mal kaçırma, dul ya da yetim aylığı alma amacıyla boşanmaları halinde hâkim tarafların gerçek amacını araştıramayacağından davayı reddedemez<sup>108</sup>. Öte yandan, doktrinde kanuna karşı hilenin önü açılacağı gerekçesiyle gerçek amacın araştırılması gerektiğini belirten görüş de mevcuttur<sup>109</sup>. Yargıtay tarafından önceleri hâkimin gerçek amacı araştıramayacağı yönünde karar verilmişken<sup>110</sup>, daha sonra araştırmanın mümkün olduğu belirtilmiştir<sup>111</sup>.

TMK m. 166/III'te, TMK m. 184/III'te yer alan hâkimin boşanma da-vasında tarafların ileri sürdükleri olguları ikrarlarıyla bağlı olmayacağı hük-münün uygulanmayacağı belirtilmiştir. Zira anlaşmalı boşanma davasında hâkimin boşanmaya etken vakıaların gerçekten de meydana gelip gelmediğini araştırmasının gerekmemesi bu sonucu ortaya çıkarmaktadır<sup>112</sup>.

Hâkim, eşlerin yapmış olduğu boşanma anlaşmasını uygun bulursa ya da uygun bulmayıp değişiklik yapar ve eşler de bu değişiklikleri kabul ederse boşanmaya karar verir. Boşanmaya karar verilmesi üzerine taraflar kararın kesinleşmesinden önce anlaşmadan dönerek kanun yoluna başvurabilirler. Bu durumda yargılamaya çekişmeli boşanma olarak devam edilir<sup>113</sup>.

Hâkimin boşanma yerine ayrılığa karar verip veremeyeceği ise tartışmalıdır. Bu konudaki doktrinde baskın olan ve bizim de katıldık-

<sup>108</sup> Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 150-151; Öztürk, Genel Boşanma Sebepleri, 103.

<sup>109</sup> İpek, Genel Boşanma Sebepleri, 108; Tekin, Anlaşmalı Boşanma, 97.

<sup>110</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.10.1993, E. 8625, K. 9559 *"Tarafların hür iradelerini ortadan kaldıracak herhangi bir durum bulunmamaktadır. Mahkemece davanın reddine esas alınan "davanın babasından dulluk maaşı almak düşüncesi ile davayı açmış olabileceği" şeklinde ifade edilen konu saike ilişkin olup boşanma konusunda serbest iradeyi ortadan kaldırmaz. Söz konusu madde koşulları olduğundan boşanmaya karar verilmesi gerekirken yasa hükmünün yorumunda yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir"* ( İpek, Genel Boşanma Sebepleri, 108).

<sup>111</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 30.01.2006, E.21176, K.499 (Gençcan, Boşanma, 562).

<sup>112</sup> Akıntürk ve Ateş, Aile Hukuku, 274; Özdemir, Anlaşmalı Boşanma, 150-151.

<sup>113</sup> Çetin, Aile Mahkemesi, 59; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 4.3.2024, E. 2024/1544, K. 2024/1429, www.kazanci.com.tr, 15.04.2024; Aksi yönde görüş için bkz. Öztan, Aile Hukuku, 410; Topak, Boşanma, 55.

ğımız görüşe göre, hâkim re' sen ayrılık kararı veremez. Zira böyle bir karar taraf iradelerine üstünlük tanıyarak boşanma imkânı getiren TMK m. 166/III'ün düzenlenme amacı ile bağdaşmaz. Şöyle ki, hâkimin boşanma davalarında ayrılık kararı vermesinin nedeni evlilik birliğinin ileride devam edebileceğine kanaat getirmesidir. Anlaşmalı boşanma halinde ise, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı yönünde karine mevcuttur ve hâkimin temelden sarsılmanın olup olmadığına yönelik takdir yetkisi olmadığından hâkim ayrılığa re' sen karar veremeyecektir<sup>114</sup>. Diğer görüşe göre, hâkim eğer tarafların evlilik birliğini devam ettirebileceğine kanaat getirirse ayrılığa karar verebilir<sup>115</sup>.

## **SONUÇ**

Türk Kanunu Medenisi döneminde yapılan bir kanun değişikliğiyle hukukumuza giren anlaşmalı boşanma TMK m. 166/III'te düzenlenmiştir. Kanun koyucu, anlaşmalı boşanmayı ayrı bir kanun maddesinde düzenlenmemiş olup, bu kuruma evlilik birliğinin sarsılması kenar başlığı altında yer vermiştir. Bu düzenlemenin sebebi anlaşmalı boşanmada evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına karine olarak kabul edilmesidir. Anlaşmalı boşanma, boşanma nedenlerine bakıldığında akıl hastalığı ile birlikte boşanmaya karar verilebilmesi için kusur incelemesi yapılmayan boşanma nedenlerindedir.

Genel ve mutlak bir boşanma nedeni olan ve çekişmesiz yargı niteliğini haiz anlaşmalı boşanmanın gerçekleştirilmesi için kanun koyucu birtakım şartların varlığını aramıştır. Bu şartlardan ilki evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasıdır. Bir yıllık süre hâkim tarafından re' sen incelenecek olup, mevcut olmaması halinde dava TMK m. 166/I ve II'ye göre çekişmeli davaya dö-nüşecektir. Bir yıllık süre içerisinde eşlerin fiilen birlikte yaşamaları gerekmez. Yargılama sürelerinin uzunluğu düşünülüğünde bir yıllık süre dolmadan davanın açılmış olması ih-

---

<sup>114</sup> Haluk Burcuoğlu, "Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu", Bülent Davran' a Armağan, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 1998), 69; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, N. 715; Öztan, Aile Hukuku, 421; Öztürk, Ayrılık, 135-136; Tutumlu, Boşanma Yargılaması, 1066-1067.

<sup>115</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, "Medeni Kanununun 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hâkim Ayrılığa Hükmeyebilir mi?", Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 1990, 116; İdil Tuncer Kazancı, "Anlaşmalı Boşanma Kararlarının Medeni Usul Hukuku Bakımından Niteliği", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11/145-146 (2016): 763.

timalinde dava sürecinde bir yıllık sürenin dolma ihtimali kuvvetle muhtemel olduğundan bir yıllık süre çok bir anlam ifade etmemektedir. Bir yıllık sürenin anlam ifade edebilmesi için kanun metninde mahkemeye başvuru anında bir yıllık sürenin dolmuş olmasının gerektiği şeklinde değişiklik yapılması gerekir.

Anlaşmalı boşanmada bir diğer şart ise eşlerin birlikte başvurusu ya da başvurmayan eşin kararın kesinleşmesine kadar diğerinin açtığı davayı kabul etmesidir. Kabul beyanı, TMK m. 165 ve TMK m. 166/I-II dışındaki hallerde açılmış davanın sebebinin ıslah yoluyla davanın evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine çevrilmesi sonucunda mümkün hale gelir. Eşler mahkeme karşısında boşanmayı talep edebilecek olup, ayrılık talebinde bulunamayacaklardır.

Eşlerden birinin başvurusu üzerine ya da başvurmayan eşin davayı ka-bulü halinde hâkim, bir yıllık süre şartı da sağlanmışsa, eşleri bizzat dinlemek zorundadır. Eşlerin bizzat dinlenmesinin amacı, hâkimin tarafların serbest iradesi sonucu anlaşmalı boşanma yolunu seçtiklerine kanaat getirebilmesidir.

Anlaşmalı boşanmadaki en önemli şartlardan biri de eşlerin boşanma-nın mali sonuçları ve varsa çocukların velayetine ilişkin anlaşmalarıdır. Bu bağlamda kendine özgü bir aile hukuku sözleşmesi olan boşanma anlaşma-sında nafaka, tazminat, çocuğun velayeti ve çocukla kişisel ilişki kurulma-sına yönelik düzenlemeler zorunlu olarak yer almalıdır. Ayrıca, eşlerin iste-meleri halinde mal rejimi tasfiyesi, kadının soyadı ve aile konutunun akıbeti gibi hususlara da yer vermeleri mümkündür.

Anlaşmalı boşanmada son olarak, anlaşmanın hâkim tarafından onay-lanması gerekmektedir. Hâkim boşanma anlaşmasında istediği değişiklik-leri yapabilecektir. Burada hâkimin takdir yetkisinin sınırlı olduğu kabul edilmelidir. Mali sonuçlara yönelik anlaşmada mümkün olduğunca tarafların iradesine üstünlük tanınmalıdır. Ayrıca, mali sonuçlarda tarafların alacaklılarından mal kaçırmaya yönelik hareket edebileceği de göz ardı edilmemelidir. Mal kaçırmanın önüne geçebilmek için TMK m. 213'te olduğu gibi alacaklıları koruyan kanuni düzenleme yapılması isabetli olur. Hâkim tarafından anlaşmanın değiştirilmesi halinde eşler anlaşmanın değiştirilmiş halini kabul etmez-

lerse hâkim anlaşmalı boşanmaya karar vermeyecek ve davaya çekişmeli boşanma davası olarak devam edilecektir. Hâkim anlaşmayı uygun bulursa, ayrılığa karar veremeyecek olup, yalnızca boşanmaya ilişkin karar verebilecektir. Eşlerin zorunlu unsurlarda anlaşamamaları halinde hâkimin takdir yetkisine bırakma kararı alabilecekleri kabul edilmelidir. Zira ilgili hususlarda anlaşmış olsalar dahi hâkimin onayı gerekeceğinden benzer sonuçlar elde edilecektir.

| <b>YAZAR BEYANI</b>                       |  |
|---|--|
| <b>Mali Destek/Teşekkür Beyanı:</b>       | Bulunmamaktadır.   |
| <b>Yazarların Katkıları</b>               | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.                                  |
| <b>Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı</b> | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| <b>Etik Kurul Onayı:</b>                  | Gerekmemektedir.   |

## **KAYNAKÇA**

Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2024.

Aras, Bahattin. “Anlaşmalı Boşanma Davalarında Tarafların Tazminat ve Nafaka Taleplerinin Karara Bağlanması”, Terazi Hukuk Dergisi. 47, (Temmuz, 2010).

Arsebük, Esat. Medeni Hukuk II, Aile Hukuku. Ankara: Recep Uluoğlu Basımevi, 1940.

Atmaca Ülkü, Hande. Anlaşmalı Boşanma Protokolü Nasıl Düzenlenmelidir?. İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2021.

Atmaca Ülkü, Hande. “Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü”. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi, 2017.

Basım, Aybüke. “Anlaşmalı Boşanma Bir Çekişmesiz Yargı İşidir?”. Adalet Dergisi. 69 (2022): 513-554.

Burcuoğlu, Haluk. “Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu”, Bülent Davran’ a Armağan. İstanbul: Beta Basım Yayın, 1998.

Ceylan, Ebru. Türk Ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2006.

Çetin, Sena. Aile Mahkemesi Kararları ve Bu Kararlara Karşı Denetim Yolları. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.

Demirbaş, Feride. “Anlaşmalı Boşanma Protokolünün Taşınmazlar Üzerindeki Aynî Haklara İlişkin Hükümleri ile İlgili Bazı Hukuki Sorunlar”. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi. 0/2(2020): 559-598.

Doğan, İzzet. “Anlaşmalı Boşanma”, İstanbul Barosu Dergisi. 81/5, 2007.

Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. Türk Özel Hukuku Cilt: 3 - Aile Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.

Egger, A.. (Ç. Tahir Çağa), Aile Hukuku. Ankara: Ankara Yeni Cezaevi Basımevi, 1943.

Elçin Grassinger, Gülçin. Boşanma Davalarında Eşlerin Boşanmasının Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İstanbul Hukuk Mecmuası, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan. LV/3, 1997.

Erdem, Mehmet ve Aslı Makaracı Başak. Aile Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.

Ergün, Ömer. “TMK'nin 166'ncı Maddesinde Düzenlenen Boşanma Nedenleri”, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan. 6, Eylül 2005.

Esener, Turhan. “Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. VIII/3-4, 1951.

Gençcan, Ömer Uğur. Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.

Gürsoy, Kemal Tahir. “Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma”, Ankara Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı, Boşanma Hukuku Haftası Cilt II. Ankara, 1977.

Hatemi, Hüseyin. Aile Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.

Hatemi Hüseyin ve Rona Serozan, Aile Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Hoşlan, Özkan Cavit. “Anlaşmalı Boşanma Protokollerine İlişkin Kararların Değerlendirilmesi”. İçinde Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Aile Hukuku Cilt II, ed. Baki İlkey Engin, 203-285. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

İpek, Ali İhsan. Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.

Kaplan Güler, Beyhan. Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, (İstanbul: Sümer Kitabevi, 2014

Keskin, Alper. Boşanma Davaları. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.

Khalael, Ahmed Awzar. “Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak Anlaşmalı Boşanma”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2019.

Kılıçoğlu, Ahmet M.. Aile Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 2024.

Kırbaş, Özlem. “Türk Hukuku’nda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma, MK m. 134/III”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1994.

Kocayusufoğlu, Necip. “Medeni Kanununun 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. Ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmedebilir mi?”, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 1990.

Aktaş, Nihan Koyuncu. “Anlaşma Temeline Dayalı Boşanma Davalarında Hâkimin Yoksulluk Nafakasına Müdahalesi”. İstanbul Hukuk Mecmuası. 79/3 (2021): 761 - 796

Köseoğlu, Bilal ve Köksal Kocaağa. Aile Hukuku ve Uygulaması. (Bursa: Ekin Basım Yayın, 2011)

Öncü, Özge. “Eşlerin Anlaşmalı Boşanma Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Prof. Dr. Şeref Ertas’a Armağan, 19/Özel Sayı, 2017.

Özdemir, Nevzat. Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2003.



Tüzüner, Özlem, “Genel Olarak Boşanma ve Boşanma Sebepleri”. İçinde Medeni Hukuk II Aile Hukuku, ed. Metin İkizler ve Özlem Tüzüner, Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

Öztan, Bilge Aile Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.

Öztan, Bilge. “3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun’un 134’üncü Maddesi”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1990.

Öztürk, Ali. Aile Hukukunda Ayrılık. İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2015.

Öztürk, Özge. “Genel Boşanma Sebepleri”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2010.

Sarı, Suat. Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2007.

Seçer, Öz. Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7/2, 2016.

Seçer, Öz. İsviçre ve Türk Hukuklarında Anlaşmalı Boşanma ve Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanma, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi,, 63-64, 2009.

Şanlı Yalın, Şeyda. “Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi, 2017.

Şükran, Şıpka. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 12, Yıl 6, Güz, 2007/2.

Şıpka Şükran ve Ayça, Özdoğan, Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Tekin, Helin Neval. Anlaşmalı Boşanma, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Tekinay, Sulhi Selahattin, Türk Aile Hukuku, İstanbul: Beta Yayınevi, 1990.

Tuncer Kazancı, İdil. “Anlaşmalı Boşanma Kararlarının Medeni Usul Hukuku Bakımından Niteliği”. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 11/145-146 (2016): 755-776.

Tutumlu, Mehmet Akif. Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları. Ankara: Adalet Yayınevi, 2006.

Tutumlu, Mehmet Akif. Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

Uluç, Yusuf. Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Ankara: Yetkin Kitabevi, 2014.

Uyumaz Alper, Kemal Erdoğan. "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 17/1 (2016): 119-169.

Uzun Kazmacı, Özge. "Anlaşmalı Boşanma Kararı ile Tescilsiz Kazanımda Uygulamaya İlişkin Değerlendirmeler". Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 17/206 (2022): 107-126.

Yargıç, Zeynep Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Yalçinkaya, Namık ve Şakir Kaleli. Yeni Boşanma Hukuku Cilt I. Ankara: Türk Hava Kurumu Basımevi, 1988.

Yılmaz Bilgin, Esra Pınar. Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma. İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016.

Yılmaz, Süleyman. Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023.

Zevkliler, Aydın, Emre Cumalıoğlu, Mehmet Beşir Acabey. Medeni Hukuk III Aile Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.

### **İnternet Kaynakları**

Evlenme ve Boşanma İstatistikleri, TÜİK, 2023, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2023-53707#:~:text=Evlenen%20%C3%A7iftlerin%20say%C4%B1s%C4%B1%202022%20y%C4%B1%C4%B1nda,binde%20%2C63%20olarak%20ger%C3%A7ekle%C5%9Fti.&text=Bo%C5%9Fan%C3%A7iftlerin%20say%C4%B1s%C4%B1%202022%20y%C4%B1%C4%B1nda,y%C4%B1%C4%B1nda%20171%20bin%20881%20oldu>

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)



**YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI  
İNCELEMESİ: KARAYOLU İLE YAPILAN TAŞIMALARDA  
TAŞIYICININ YÜKLEMeye NEZARET YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE  
TTK M. 863/1 HÜKMÜNÜN NEZARET YÜKÜMLÜĞÜNÜN  
TESPİTİNDEKİ ROLÜ**

*Review of the Decision of the General Assembly of the Court of  
Cassation: The Carrier's Obligation to Supervise the Loading  
in Road Transportation and the Role of Article 863/1 of the  
TCC in Determining the Obligation of Supervise*

**Arş. Gör. Büşra Nur TAŞKIN\***

**ÖZET**

Çalışma, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, taraflar arasında akdedilen emtia taşımaya ilişkin taşıma sigorta poliçesiyle sigortalı emtianın davalı tarafından İtalya'dan Türkiye'ye hasarlı şekilde taşınması ve bu sebeple sigorta ettirene ödenen tazminat sebebiyle

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: bus-ranuryavuzer@erciyes.edu.tr; Orcid ID: 0000-0002-5743-2248.

**Makale Geliş Tarihi:** 31.01.2024

**Makale Kabul Tarihi:** 26.04.2024

⇒ **Atıf Şekli:** Büşra Nur Taşkın, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi: Karayolu ile Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Yüklemeye Nezaret Yükümlülüğü ve TTK M. 863/1 Hükmünün Nezaret Yükümlülüğünün Tespitindeki Rolü", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 789-831.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



taşıyıcıya rücu talebine ilişkin 13.05.2015 T., 2013/2206 E., 2015/1324 K. sayılı ilamının incelenmesini içermektedir. Çalışmada öncelikle, öne gelen dava hakkında mercilerin vermiş olduğu kararlar aktarılmış, daha sonra özellikle uluslararası nitelik taşıyan taşımalar da, taşıyıcının sorumluluğu ve sorumluluktan kurtulma açısından özel sebepler CMR hükümlerince incelenmiş, sonrasına taşıyıcının nezaret etme yükümlülüğü ve bunun ihlal edilmesinin taşıyıcının sorumluluğuna etkisi açıklanarak müterafik kusur yönünden inceleme yapılmıştır. Türk Hukuku bakımından önem arz eden TTK m. 863 hükmü de taşıyıcının nezaret etme yükümlülüğünün belirlenmesi açısından incelemeye dâhil edilmiştir. Çalışmanın son kısmında ise bu teorik incelemeye istinaden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu karar çeşitli yönlerden irdelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** CMR, Taşıyıcının Sorumluluğu, Nezaret Etme Yükümü, Müterafik Kusur.

## **EXTENDED ABSTRACT**

The transportation relationship, which has been on the agenda in all periods of time from the early ages of history to this day, has increased especially after the industrial revolution, and today, contracts of carriage made in the nature of commercial business have started to be seen in all areas of our lives. Contract of carriage by road is also widely used. The route of transportation plays an important role in determining the responsibility of the carrier in transportation by road. According to Turkish law, the provisions of CMR shall apply to international carriage of goods by road. In cases where there is no regulation in CMR, the dispute is resolved according to the rules of jurisdiction.

CMR Art. 17/1 regulates the liability of the carrier. CMR Art. 17/2 and 4 regulate the cases where the carrier is released from liability. However, CMR does not regulate who is responsible for loading. Generally, the consignor does the loading, but the loading can also be done by the carrier. According to CMR Art. 17/4-c, the loading of the goods by the consignor, consignee or persons acting on their behalf relieves the carrier from liability. Therefore, it is important who does the loading. Even if the consignor does the loading, the carrier has the obligation to supervise the loading.

CMR does not regulate the obligation of supervision of the carrier. Art. 863/1.c.1 of the TCC regulates that loading is the obligation of the consignor, and the consignor does this according to the safety of transportation. Article 863/1.c.2 of the TCC states that the carrier is obliged to ensure operational safety. In other words, the carrier shall supervise the loading according to operational safety. Safety of transportation and operational safety are different concepts, but it is difficult to separate them from each other. The carrier is not obliged to supervise the safety of transportation. The carrier supervises whether the loading is carried out properly within the framework of operational safety.

Even if the carrier is obliged to supervise the loading in terms of operational safety, it is obliged to notify the consignor in cases where the loading is clearly faulty. In other words, the carrier shall warn the consignor in case the loading is clearly faulty. The basis of this obligation is Article 2 of the Turkish Civil Code. If the carrier fails to notify the consignor, he shall be deemed to be at fault and CMR Art. 17/4-c shall not apply. In other words, the carrier may have to bear the loss.

Similarly, according to Article 17/4-b of CMR, the carrier is relieved from liability for not using the required packaging or for using faulty packaging. This is because the packaging is made by the consignor. Pursuant to Article 10 of CMR, the carrier does not make a special inspection to detect packaging defects. The carrier is only obliged to notify the consignor of packaging defects that are clearly visible from the outside. If the packaging is clearly faulty he may not carry out the transportation.

When the carrier notices faulty loading and packaging, he puts a reservation on the letter of shipment. Thus he can avoid liability, arising from the loss and damage which is concerned with the existing reservation on the transport document. Putting a reservation in the consignment note is important for proof. Thus, the carrier can prove that he warned the consignor. However, he may also prove it with other evidence.

If the carrier fails to warn the consignor or fails to prove that he warned the consignor, he is deemed to be at fault and cannot benefit from special relief from liability. According to CMR Art. 17/5, the carrier is jointly at fault and bears the damage in proportion to its fault. According to this provision, in the event that the damage occurred as

a result of the fault and negligence of the carrier and the consignor, the parties shall be liable in proportion to their contribution from the damage. The same situation is also regulated in the Turkish Commercial Code and Art. 52 of the Turkish Civil Code.

The decision of the Civil General Assembly of the Court of Cassation is related to the carrier's obligation of supervision. The Board examined whether the carrier breached its obligation of supervision in the case of an insurance payment for damage caused during transportation between Italy and Turkey. In the case, the consignor carried out the loading. The Board stated that the carrier must "take all necessary precautions to ensure the safe transportation of the goods, supervise such of consignor's operations, and if any, oppose faulty packaging, loading and unloading". We believe that this approach is not correct. Because the obligation of supervision of the carrier should not be interpreted broadly in this way. Otherwise, this interpretation would contradict the provisions of CMR Art. 17/4-b and c. Similarly, it also contradicts Art. 863/1.c.2 of the TCC. In our opinion, the carrier is only obliged to ensure that the loading is in compliance with operational safety. The carrier is not required to take every precaution. Therefore, the Court of Cassation should change its decisions regarding the obligation of supervision of the carrier.

**Keywords:** CMR, Carrier's Liability, Obligation of Supervision, Contributory Negligence.

## GİRİŞ

Eşyanın, bir yerden başka bir yere taşınması maksadı ile tarafların karşılıklı ve birbirine uygun beyanları ile kurulan taşıma ilişkisi, taşıyıcıya belli bir zaman zarfında özen yükümlülüğü yükleyerek eşyada meydana gelecek zararlardan taşıyıcıyı sorumlu kılmaktadır. Taşıyıcının sorumluluğunun tesellüm ile bağlantısı dikkate alındığında, eşyayı taşıma aracına kimin yükleyeceği önem arz etmektedir. Uluslararası nitelik taşıyan ve karayolu kullanılarak yapılan eşya taşıma sözleşmelerinde uygulanacak olan CMR<sup>1</sup>, yükleme ve boşaltma

---

<sup>1</sup> Uluslararası karayolu taşımacılığında yeknesaklaşmayı hedefleyen "Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı için Mukavele Sözleşmesi (CMR)", 07.12.1993 tarih ve 3939 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş ve bu Sözleşmeye ek 05.07.1978

masraflarının kimin üzerinde olduğunu düzenlememekle beraber, uygulamada gerek yabancı mahkeme kararlarında gerekse ulusal nitelikteki mahkeme kararlarında bu durumda yükleme ve boşaltma yükümlülüğü ve buna bağlı sonuçlara rastlanmaktadır. İlgili kararlar ve doktrin görüşleri incelendiğinde, taraflara bu konuda bir tercih hakkı vermenin yanında ayrıca hüküm olmamakla birlikte somut olayın özellikleri de dikkate alınarak gönderenin bu yükümlülükle yüklendiği görülmektedir. Bununla birlikte Türk hukuku açısından TTK m. 863/1'de yer alan açık düzenleme, hükümde yer alan bazı durumlar dışında yükleme ve boşaltmanın gönderen üzerinde olduğunu ortaya koymaktadır.

Her ne kadar yükleme, gönderenin yükümlülüğü olsa da taşıyıcının buna bağlı olarak nezaret yükümlülüğünün varlığı kabul edilmektedir. Bu yükümlülüğün kapsamı ise Yargıtay tarafından oldukça geniş tutularak neredeyse taşıyıcıya dolaylı olarak yüklemekten kaynaklı zararları üstlenme yükümlülüğü yüklemektedir. Bu açıdan nezaret yükümlülüğünün sınırlarının çizilmesi oldukça önemlidir. Özellikle 6102 sayılı TTK ile kabul edilen 863/1 hükmü, bu konuda Türk hukukunun uygulanacağı uyuşmazlıklar bakımından dikkate alınmalıdır.

Çalışmada, bu minvalde taşıyıcının nezaret yükümlülüğünün sınırları çizilmeye çalışılarak özellikle taşıma ve işletme güvenliği çerçevesinde değerlendirme yapılmış, yükleme hatasının açıkça görüldüğü durumlarda taşıyıcının nezaret yükümlülüğünün sonuçları ortaya konmuş ve bunun yanında nezaret yükümlülüğünün ambalajlama hatalarındaki görünümü incelenmiştir. Nezaret yükümlülüğünün ihlal edildiği durumlarda sorumluluğun belirlenmesi ve tazminatın tespiti açısından önem arz eden müterafik kusur değerlendirilmesi yapılarak güncel Yargıtay kararları ile Türk hukukunda durumun nasıl değerlendirildiği ortaya konmuştur. Son bölümde ise eldeki kararın değerlendirilmesi yapılarak teorik bilgi somut olay üzerinde yorumlanmaya çalışılmıştır.

---

tarhli Protokol ve Sözleşmenin 47. maddesine ihtirazi kayıt konularak 02.12.1994 tarihinde ülkemizin bahsi geçen Sözleşmeye katılması Bakanlar Kurulu tarafından kararlaştırılmış ve sözleşmenin Türkçe metni 04.01.1995 tarih 22161 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanmıştır.



## 1. İNCELEME KONUSU YARGITAY KARARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU,

E. 2013/11-2206, K. 2015/1324, T. 13.5.2015.

**“DAVA :** Taraflar arasındaki “tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul Anadolu 3.Asliye Ticaret (Kapatılan Kadıköy 3.Asliye Ticaret) Mahkemesince davanın reddine dair verilen 05.11.2009 gün ve 2008/579 E-2009/753 K. Sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11.Hukuk Dairesi-nin 21.02.2012 gün ve 2010/11566 E-2012/2438 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacı vekili, müvekkili nezdinde emtia taşıma sigorta poliçesiyle sigortalı emtianın davalı tarafından İtalya'dan Türkiye'ye hasarlı şekilde taşındığını, sigorta ettirene tazminat ödediğini, rücu koşullarının oluştuğunu ileri sürerek, 7.370.00 TL'nin tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının aktif dava ehliyetinin olmadığını, hasarın yükleme ve istifleme hatasından kaynaklandığını, müvekkiline kusur izafe edilemeyeceğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, satışın ex-work satış olduğu, alıcının emtiayı sigorta ettirtmede yararı bulunduğu, davacının sigorta ettirene ödeme yaptığı, aynı zamanda sigorta ettirenin haklarını davacıya temlik ettiği, dava hakkının bulunduğu, hasarın makinelerin araca sabitlenmesindeki yetersizlikten kaynaklandığı, davalının, yüklemeye ve istiflemeye nezaret etmesinin gerektiği, ancak emtianın 4 parça ve 6 tondan fazla ağırlıkta bulunduğu, yükleme ve istiflemesinin davalı taşıyıcının mesleki bilgisini ve imkanlarını aştığı, nezaret yükümlülüğünün ihlal edildiğinin de kanıtlanmadığı, CMR 17/4-b-c maddeleri uyarınca sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz edilmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen ve aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Dava, taşıma sigorta poliçesine dayalı rucuan tazminat istemine ilişkindir.

Davacı nezdinde sigortalı emtianın davalı tarafından İtalya'dan Türkiye'ye taşınması sırasında hasarlandığı, bu taşımanın CMR hükümlerine tabi olduğu hususları uyuşmazlık konusu değildir. CMR hükümlerine tabi taşımalarda da taşıyıcının eşyanın kendisine teslim edildiği tarihten gönderilene teslim edildiği tarihe kadar meydana gelen hasar ve kayıplardan sorumlu olacağı esastır. Ancak, anılan Konvansiyonun 17/4-c maddesinde, yükün gönderici, alıcı veya bunların adına hareket eden kişiler tarafından alınması, yüklenmesi, istiflenmesi veya boşaltılması özel bir risk durumu olarak kabul edilmiş, hasar veya kaybın anılan nedenlerden kaynaklanması halinde taşıyıcının sorumlu olmayacağı hükme bağlanmıştır. Fakat, bu halde de taşıyıcının yükün sağlıklı taşınabilmesi için yükleme ve istiflemeye gerekli özeni gösterme, nezaret etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bahse konu yükümlülüğün ihlali, taşıyıcı bakımından kusur oluşturmaktadır. Somut olayda taşınan emtianın özellikli yük olduğu ve araca yüklenmesinin gönderici firma tarafından yapıldığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporu ile ekspertiz raporunda emtiaların hasara uğramasının nedeni, paletlerin gereği gibi sabitlenmemesi olarak açıklanmıştır. Nitekim, dosya kapsamından da aracın ani fren yapması sonucu emtianın sabitlendiği paletlerden kurtularak devrildiği ve hasarın bu şekilde meydana geldiği anlaşılmaktadır. Davalı taşıyıcı tacir olup, basiretli şekilde hareket etmek zorundadır.

Bu durum karşısında, davacı vekilinin rapora yönelik itirazları dikkate alınıp, davalı taşıyıcının yükleme ve istifleme bakımından nezaret yükümlülüğünü ihlal ettiği ve kusurlu olduğu kabul edilip, kusur oranları bakımından gerektiğinde ek rapor alınması veya yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle karar bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

**KARAR :** Dava; taşıma sigorta poliçesine dayalı rücuun tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemenin, davanın reddine dair verdiği karar davacı vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece, yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur.

Yerel mahkemece, "...Taşıyıcının yüklemeye nezaret görevini yerine getirip getirmediği, buna göre müterafik kusurunun bulunup bulunmadığı hususu, çözümü teknik bilgi gerektiren nitelikte olduğundan, uzman bilirkişi kurulundan rapor alındığı ve rapordaki teknik tespitlere göre hüküm verildiği, taşıyıcının kusurlu olup olmadığının tespiti sadece hukuk bilgisiyle çözüme kavuşturulacak bir husus olmayıp, tıpkı kusur oranlarının tespiti gibi, özel ve teknik bilgi gerektiren bir husus olduğu, dosyadaki teknik bilirkişi raporu yeterli değilse yeni bir rapor alınması ve müterafik kusurun bulunup bulunmadığının yeni bir bilirkişi heyetine değerlendirilmesinin düşünülebilecek bir yol olduğu, kusurun varlığı ya da yokluğu hakimin hukuki bilgisiyle belirlenebiliyorsa, kusurun oranının da belirlenmesi gerektiği, kusurun varlığı veya yokluğu yargısına da ancak uzman teknik bilirkişinin bilgileri ışığında varılabileceği..." gerekçeleriyle önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını, davacı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı taşıyıcının yükleme ve istifleme bakımından nezaret etme yükümlülüğünü ihlal ettiği ve kusurlu (müterafik kusuru) olduğuna ilişkin bozma ilamındaki kabulün hakimin hukuki bilgisi kapsamında mı olduğu yoksa teknik bilirkişinin çözmesi gereken bir olgu mu olduğu; varılacak sonuca göre, tarafların kusur oranları bakımından gerektiğinde bilirkişiden ek rapor alınması veya yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekip gerekmediği noktalarında toplanmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, ülkemizin de 02.12.1994 gün ve 94/6322 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katıldığı 04.01.1995 gün ve 22161 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Karayolu ve Milletlerarası Mal Nakliyatı Mukavelesi İle İlgili Anlaşma (CMR)'nin 17/1.maddesi uyarınca kural olarak taşıyıcı malları teslim aldığı andan teslim edilinceye kadar, bunların tamamen veya kısmen kaybından ve vukubulacak hasardan sorumlu ise de, aynı Konvansiyon'un 17/4-b bendinde malların hatalı ambalajlanmış olması, "c" bendinde ise malların gönderici, alıcı veya

*bunlar adına hareket eden şahıslar tarafından taşınması, yüklenmesi, istif edilmesi veya boşaltılması, hallerinde oluşan hasarlardan taşıyıcının sorumlu olmayacağı hükme bağlanmıştır.*

*Ne var ki, ambalajın hatalı olması veya yükleme ve boşaltmanın hatalı yapılması hallerinde bile taşıyıcının, malın emniyetle taşınmasını sağlamak üzere gereken her türlü tedbiri alması, anılan işlemlere nezaret etmesi, varsa hatalı ambalaja, yükleme ve boşaltmaya karşı çıkması, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun dürüstlük kuralına işaret eden 2. maddesi gereği olduğu gibi 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 20. maddesi gereğince, basiretli bir taşıyıcıdan beklenen davranışı göstermeli ve durumu gönderene veya alıcıya bildirerek gereken uyarıda bulunmalıdır.*

*Dolayısıyla bu uyarının yapılmadığı hallerde zararın ambalaj, yükleme ve boşaltmadan sorumlu bulunan kimseler ile taşıyıcı arasında 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.52) uyarınca paylaştırılması gerekir.*

*Yukarıda vurgulandığı üzere, karayolu taşıyıcısının yükleme ve istifleme bakımından nezaret etme yükümlülüğüne ilişkin benimsenen ilke, Yargıtay tarafından denizde eşya taşımalarında da istikrarlı biçimde uygulanmaktadır.*

*Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; dosya içerisinde bulunan 24.09.2007 tarihli ekspertiz raporunda belirtildiği üzere, yükün yerden takozlarla çivilenmesine karşın, dorseinin keskin virajlarda/dönüşlerde havaleli makinelerin sağ yan veya sol yana yatması/devrilmesine karşı üst kısımlarından spanzetle dorse yanlarına sabitlenmesi gerektiği gibi, kaymaya karşı ve sağ yan-sol yan tarafa devrilmesine karşı herhangi bir spanzet bağlantısının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yalnızca bir adet spanzet kullanılarak dorseinin arkasındaki makine harici rulo halinde paletli kağıt yüklerle makinelelerin bulunduğu kısım arasına bir spanzet gerilmiş, ancak bu spanzet ise kopmuştur.*

*Taşımaya konu yapılan yük, kimyasal madde veya ilaç ve benzeri nitelikte bulunmaması nedeniyle, istiflenmesi veya yüklenmesi özel veya teknik nitelikte bir bilgiyi gerektirmemektedir.*

*Zira, dosyada bulunan fotoğraflardan da açıkça görüleceği üzere, yüklemenin hatalı yapıldığı çıplak gözle görülebilecek nitelikte olup, bu durumun tespiti uzmanlık gerektiren veya araştırma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunmamaktadır.*

*Şu durumda, davalı taşıyıcı tacir olup, basiretli şekilde hareket etmek zorunda olduğundan, davacı vekilinin rapora yönelik itirazları dikkate alınıp, davalı taşıyıcının yükleme ve istifleme bakımından nezaret yükümlülüğünü ihlal ettiği ve müterafik kusurlu olduğu kabul edilip, kusur oranları bakımından gerektiğinde ek rapor alınması veya yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.*

*Hal böyle olunca; yerel mahkemece, aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.*

*Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.*

**SONUÇ:** *Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 13.05.2015 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.” (www.kazanci.com) (E.T.:22.11.2023).*

## **II. OLAYIN ÖZETİ**

Dava konusu, akdedilen taşıma sözleşmesi uyarınca İtalya’dan Türkiye’ye taşınan emtianın hasarlı şekilde taşınması sonucu sigorta ettirene ödenen tazminatın davalıdan tahsiline ilişkin taleptir. Davacı dava dilekçesinde, müvekkilinin yapılan hasarlı taşıma sonucu sigorta ettirene tazminat ödemediğini, rücu koşullarının oluştuğunu ve bu sebeple 7.370.00 TL’nin tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı cevap dilekçesinde, davacının aktif dava ehliyetinin var olmadığını öne sürerek hasarın yükleme ve istifleme hatası olduğunu, müvekkiline kusur izafe edilemeyeceğini ifade ederek davanın reddini istemiştir.

### **III. MERCİLERİN ÇÖZÜMÜ**

#### **1. İlk Derece Mahkemesi Kararı**

İlk derece mahkemesi, dava dosyasında yer alan hususlara göre satışın ex-work satış olduğunu, alıcının yaptırmış olduğu sigorta neticesinde davacının tazminat ödediğini ve sigorta ettirenin haklarını davacıya temlik ettiğini, bu sebeple davacının dava hakkı bulunduğunu, hasarın, makinelerin araca sabitlemesindeki yetersizlikten kaynaklandığını, davalının, yükleme ve istiflemeye nezaret etmesi gerektiğini, fakat emtianın 4 parça ve 6 tondan fazla ağırlıkta olduğu da dikkate alındığında yükleme ve istiflemenin taşıyıcının mesleki bilgi ve imkanlarını aştığını, nezaret yükümlülüğünün ihlalinin ise kanıtlanmadığını belirterek CMR m. 17/4-b-c bentleri uyarınca taşıyıcının sorumluluğunun bulunmadığına karar vererek davayı reddetmiştir.

Karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

#### **2. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Kararı**

İlgili Daire, sigortalı emtianın İtalya'dan Türkiye'ye taşınırken hasarlandığını, taşımanın CMR hükümlerine tabi olduğunu, CMR m. 17/4-c'nin ise taşıyıcının sorumluluğunu ortadan kaldıracağını, fakat bu halde dahi taşıyıcının yükleme ve istiflemeye gerekli özeni gösterme ve nezaret etme yükümlülüğü bulunduğunu, bu yükümlülüğünün ihlalinin taşıyıcının kusuruna sebep olduğunu, somut olayda yüklemenin gönderici firma tarafından yapıldığı, dava kapsamında alınan bilirkişi ve ekspertiz raporlarına göre hasarın paletlerin sabitlenememesi sebebiyle oluştuğunun belirtildiği; ani fren neticesinde emtianın paletlerden kurtularak devrildiği, taşıyıcının ise tacir olmak sebebiyle basiretli şekilde hareket etmek zorunda olduğu ifade edilerek taşıyıcının yükleme ve istiflemeye nezaret yükümlülüğünü ihlal ettiği ve kusurlu olduğunun kabulünün gerektiğini, kusur oranı açısından ise ek rapor veya yeni bir bilirkişi raporu alınarak karar verilmesi gerektiğini belirterek kararın bozulmasına karar vermiştir.

#### **3. İlk Derece Mahkemesinin Direnme Kararı**

İlk derece mahkemesi, yeniden yapılan yargılama sonunda önceki kararda direnmiştir. Buna göre ilk derece mahkemesi, taşıyıcının yükleme nezaret yükümlülüğünün ve buna ilişkin müterafik kusur

tespitinin teknik bilgi gerektirdiği, taşıyıcının kusurunun tespitinin sadece hukuk bilgisi ile ortaya konamayacağı, bu yüzden tıpkı kusur oranının tespiti gibi bu durumun da özel ve teknik bilgi gerektirdiği; aksi halde kusurun varlığını ya da yokluğunu hâkimin hukuk bilgisi ile belirleyebildiği durumda kusur oranının da belirlenebileceği gerekçelerine dayanmıştır. Direnme kararı süresinde temyiz edilerek dava, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir.

#### **4. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı**

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, uyuşmazlığın, yükleme ve istiflemeye taşıyıcının nezaret etme yükümlülüğünü ihlal ettiği ve müterafik kusuru olduğuna dair verilen bozma kararındaki kabulün, hakim hukuki bilgisi kapsamında mı çözüleceği yoksa teknik bilirkişinin çözmesi gereken bir olgu mu olduğu; bununla beraber varılacak sonuca göre, tarafların kusur oranlarının belirlenmesi hususunda gerektiğinde bilirkişiden ek rapor alınması veya yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasının gerekli olup olmadığı noktalarında toplandığını belirtmiştir. Kurul, CMR m. 17/1 uyarınca taşıyıcının sorumluluğu olsa da CMR m. 17/4-b ve c hükümlerince sorumluluktan kurtulabileceğini, fakat bu halde dahi taşıyıcının malın emniyetle taşınması için her türlü önlemi alacağı, yükleme ve istifleme işlemlerine nezaret edeceğini, hatalı ambalajlama, yükleme ve istiflemeye karşı çıkması gerektiğini, bu durumun TMK m. 2 ve eTTK m. 20'nin gereği olduğunu; bu cihetle taşıyıcıdan beklenen davranışı göstermesi ve gönderen ya da alıcıya bildirim yaparak gereken uyarıda bulunması gerektiğini ifade etmiştir.

Bununla beraber Kurul, emtianın niteliğini de dikkate alınarak yükleme ve istiflemenin özel veya teknik bir bilgi gerektirmediğini, dosyada bulunan fotoğraflarda yer aldığı üzere çıplak gözle görülecek nitelikteki hatalı yüklemenin nezaret yükümü ihlali olduğu ve taşıyıcının müterafik kusurlu kabul edilmesi gerektiğini belirtilerek kusur oranlarının belirlenebilmesi için gerektiğinde ek rapor alınması veya yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması ve buna göre sonuca varılması gerektiğini ortaya koyarak direnme kararının usul ve yasaya aykırı olduğuna ve direnme kararının bozulmasına karar vermiştir.

#### IV. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

TTK genel olarak taşıma sözleşmesine ilişkin bir tanım ihtiva etmemekle birlikte, TTK m. 850/2’de taşıma sözleşmesinin unsurlarını düzenlemektedir. Bu hüküm uyarınca taşıma sözleşmesi, taşıyıcının, ücret karşılığında, eşyayı bir yerden bir yere taşımayı, yolcuyla bir yerden bir yere götürmeyi taahhüt ettiği bir sözleşme olarak tanımlanabilir<sup>2</sup>. Taşıma sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, iradi bir sözleşme olması sebebiyle, şekle bağlı olmaksızın TTK m. 856’ye göre taşıma senedi düzenlenmesi dahi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulur<sup>3</sup>.

Karayolu taşımalarında, taşımanın uluslararası nitelik taşıması halinde CMR hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir. CMR m. 1 hükmü dikkate alındığında bir taşıma ilişkisine CMR’nin uygulanabilmesi için taşıma sözleşmesinden kaynaklanan bir borç ilişkisi söz konusu olmalı, taşıma karayolu ile gerçekleştirilmeli ve taşımanın konusu eşya taşımacılığı olmakla beraber taşınacak eşya CMR’nin kapsamı dışında yer almamalı, taşıma bir ücret karşılığı yapılmalı ve yükleme ile teslim yeri en az birinin CMR’ye taraf olduğu iki ayrı ülkede bulunmalıdır<sup>4</sup>. Çalışma konusu olay, İtalya’dan Türkiye’ye taşınacak emtia açısından bu şartları sağladığından CMR hükümleri uyarınca inceleme yapılması gerekmektedir. CMR’de yer almayan hususlar bakımından ise milletlerarası yetki kuralları bağlamında Türk Hukuku’nda yer alan ilgili düzenlemeler<sup>5</sup> ve Türk doktrini ile içtihatları dikkate alınmalıdır.

<sup>2</sup> Arslan Kaya, “Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (CMR)’de Öngörülen Sorumluluğun Esasları (II)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 56/1-4: 1998, 239; Burak Adıgüzel, *Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 28.

<sup>3</sup> Adıgüzel, *Taşıma Hukuku*, 31-32.

<sup>4</sup> Ziya Akıncı, *Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999), 26-28. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Ercan Erdem, *CMR Konvansiyonu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Karayolu Taşıma Hukuku*, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2013), 114-138. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Sinan Misili, “Karayolunda uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon (CMR) Uygulama Alanına İlişkin Şartlar ve CMR m. 2 Uygulaması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 14/151, 2019, 545-555; Murat Uslu, “Ara Taşıyıcıların, Asıl Taşıyıcıya Karşı Gecikmeden Doğan Sorumluluklarının CMR Hükümleri Çerçevesinde Kapsamı ve Sınırları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2/15: 2007, 35.

<sup>5</sup> Kaya, “CMR”, 249. Örneğin İstanbul BAM 16. HD., 09.10.2020 tarihli, 2017/5619 E., 2020/1658 K. sayılı ilamında, eşyanın gümrükten geçişinde gönderenin evraklarda yapmış olduğu hata neticesine eşyanın göndericiye iade edildiği olayda CMR yerine TTK hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir (bkz. Osman



## A. CMR Hükümlerince Taşıyıcının Sorumluluğu ve Özel Sorumluluktan Kurtulma Halleri

Taşıma sözleşmesinde esas konu eşyanın taşınması işi olmakla beraber sözleşmenin belirleyici ve ayırt edici özelliklerinden biri de eşyanın, taşıyıcı tarafından belirli süre için muhafazası yükümlülüğüdür<sup>6</sup>. CMR’de taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin temel prensip CMR m. 17/1’de “*Taşımacı, yükü teslim aldığı andan, teslim edinceye kadar, bunların kısmen veya tamamen kaybından ve doğacak hasardan sorumludur.*” şeklinde düzenlenmiştir<sup>7</sup>. Bu anlamda taşıyıcının sorumluluğu, teslim ve tesellüme yani fiili hakimiyete dayanır<sup>8</sup>. Böylece taşıyıcının özen yükümlülüğü, henüz taşıma fiilen başlamasa dahi eşyanın teslim alındığı andan itibaren başlar ve eşyanın teslimi ile son bulur<sup>9</sup>. Doktrinde hükmün taşıyıcının sorumluluğunu kusur sorumluluğu minvalinde düzenlediği, fakat ispat yükü yönünden genel prensiplere bir istisna getirilerek taşıyıcının kusurlu olduğu karine olarak kabul edildiği belirtilmektedir<sup>10</sup>. Bununla birlikte bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, CMR m. 17/1’e uyarınca taşıyıcının eşyayı taşınmak üzere teslim almasından teslim etmesine kadarki sürede eşyada meydana gelecek zararlardan sorumlu olduğu dikkate alındığında, taşıyıcının sorumluluğunun kusursuz sorumluluk niteliğinde karine olarak kabul edildiği fakat aynı düzenlemenin 2. ve 4. fıkraları ile taşıyıcıya bu sorumluluktan kurtulma imkanı verilmesiyle bu sorumluluğun yumuşatıldığı söylenebilir<sup>11</sup>.

CMR m. 17/1 dikkate alındığında taşıyıcının sorumluluğunun eşyanın kısmen veya tamamen kaybı ve hasarı ile sınırlı olduğu görülür. CMR hükümleri dikkate alındığında Türk Hukukunda zıya olarak ifade edilen durumlar için kayıp teriminin kullanıldığı görülmektedir<sup>12</sup>.

---

Uyaroğlu, “CMR’ye Göre Taşıyıcının Eşyanın Kaybı ve Hasarından Doğan Zararlardan Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 51: (2022), 538, dp. 16.

<sup>6</sup> Kaya, “CMR”, 239.

<sup>7</sup> Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 87; Alihan Aydın, *CMR’ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, (İstanbul, Beta Yayınları, 2002), 34.

<sup>8</sup> Hakan Karan, *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), 295.

<sup>9</sup> Erdem, *Taşıma Hukuku*, 201.

<sup>10</sup> Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 87.

<sup>11</sup> Adıgüzel, *Taşıma Hukuku*, 161-162.

<sup>12</sup> Kaya, “CMR”, 239; Erdem, *Taşıma Hukuku*, 198-199.

Zıya, nedeni önemli olmaksızın taşıyıcının, eşyayı gönderilene teslim edemeyecek durumda olmasını ifade eder ve genel anlamda eşyadan istifade imkanını ortadan kaldırır<sup>13</sup>. Zıya halinin eşyanın tamamında meydana gelmesi tam zıya, bir kısmında meydana gelmesi ise kısmi zıya halini oluşturur. Hasar ise eşyanın, teslim alındığı biçim, miktar ve durumda teslim edilememesi ve taşınan eşyada iktisadi değer düşmesine sebep olan maddi kötüleştirmedir<sup>14</sup>. Hasar da benzer şekilde eşyanın tamamında olabileceği gibi bir kısmında da gerçekleşebilir<sup>15</sup>.

Bununla birlikte CMR m. 20 uyarınca taraflar eşyanın teslimi için tarih kararlaştırdı ise bu tarihin sonra ermesini izleyen 30 gün içinde veya tarih kararlaştırılmamış ise taşıyıcının eşyayı teslim almasından sonra 60 gün içinde teslim edilmemesi, eşyanın kaybolduğuna kesin kanıt oluşturur ve bunun üzerine hak sahibi eşyayı kaybolmuş varsayarak haklarını kullanabilir. Eşyanın taşıyıcı tarafından geçici olarak teslim edilememesi halinde ise zıya karinesi gündeme gelmez<sup>16</sup>. Ayrıca bu sürelerin geçtiği fakat gönderilenin kendi rızasıyla eşyayı teslim almayı kabul ettiği durumlarda da zıya söz konusu olmadığı için bu karine uygulanmaz ve gecikmeye ilişkin hükümler uygulanır<sup>17</sup>.

CMR m. 17/1 taşıyıcının sorumluluğunu bu şekilde düzenlemekle beraber aynı maddenin 2. fıkrası, taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebepleri düzenlemiştir. Hükme göre zarar, istek sahibinin<sup>18</sup> hatası veya ihmalden, taşıyıcının hatası olmaksızın istek sahibinin verdiği talimattan, eşyaya has bir kusurdan veya taşıyıcının önleyemeyeceği durumlardan ileri gelmesi halinde, taşıyıcı, meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz. Sorumluluktan kurtul-

<sup>13</sup> Adıgüzel, *Taşıma Hukuku*, 148.

<sup>14</sup> Adıgüzel, *Taşıma Hukuku*, 150-151.

<sup>15</sup> Erdem, *Taşıma Hukuku*, 209.

<sup>16</sup> Erdem, *Taşıma Hukuku*, 203.

<sup>17</sup> Uslu, "CMR", 36.

<sup>18</sup> Hükümde istek sahibi olarak nitelendirilen kişi gönderen ve gönderilen olarak ifade edilebilir; ayrıca bu kişilerin yardımcılarının kusurları da taşıyıcıyı sorumluluktan kurtarabilmektedir (bkz. Sümeyye Akburak, "Taşıyıcının Sorumluluğu Alanında CMR'nin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na İktibas", (İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2011, 101. Benzer şekilde Kaya, hükmün devamında yer alan taşıyıcıya emir ve talimat vermeye yetkili kişilerin aktif dava ehliyeti olan gönderen ve gönderilen olduğunu ifade etmektedir (bkz. Kaya, "CMR", 251, dp. 66).

mak isteyen taşıyıcı, en yüksek özeni gösterdiğini ve kaçınmayacağı veya sonuçlarını önleyemeyeceği bir olayın gerçekleştiğini ispat etmelidir<sup>19</sup>. Böylece sorumluluktan kurtulmak için taşıyıcı genel ispat kurallarına göre ispat faaliyeti gerçekleştirir. Hükümde yer alan diğer sorumluluktan kurtulma halleri de aynı şekildedir. Hüküm CMR m. 17/1 'in aksine açıkça kayıp, hasar ve gecikmeden bahsettiği için taşıyıcının zıya ve hasarın yanında gecikmeden de sorumlu olacağı, gecikme bakımından çeviri hatasının bu duruma sebebiyet verdiği belirtilmektedir<sup>20</sup>. Doktrinde taşıyıcının gecikme zararlarından sorumluluğunun doğabilmesi için kararlaştırılan ya da mutata olan taşıma süresinin geçirilmiş olmasının yeterli olduğu, gecikmenin CMR m. 3 uyarınca taşıyıcının ya da yardımcılarının kusuru ile gerçekleşmesi gerekmediği ifade edilmektedir<sup>21</sup>. Bu açıdan CMR m. 17/2'de açıkça düzenlendiği üzere gecikme bakımından da taşıyıcı bu hükümde yer alan hususları ispat ile sorumluluktan kurtulur<sup>22</sup>.

Bununla birlikte aynı maddenin 4. fıkrasında ise taşıyıcının sorumluluktan kurtulması açısından özel sebepler düzenlenmiştir ve bu halde mevcut durumun varlığı ve zarar ile arasındaki illiyet bağı değil, zararın, hükümde yer alan hallerden bir veya birkaçının varlığı sebebiyle meydana geldiğini ispat etmek yeterlidir<sup>23</sup>. Böyle bir halde davacı, taşıyıcının dayandığı özel riskin gerçekleşmediğini ortaya koymalıdır; fakat bu halde dahi taşıyıcı CMR m. 17/2'den yararlanma hakkını haizdir<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Adıgüzel, *Taşıma Hukuku*, 163. Her ne kadar hükümde taşıyıcının en yüksek özeni göstermesi gerektiği açıkça ifade edilmese de Alman Federal Mahkemesince bu hükmün mücbir sebebi değil, önlenemez olayı kapsadığını, taşıyıcının sorumluluktan kurtulmak için tedbirli bir taşıyıcının göstereceği özenin yeterli olmayacağı ve olayın şartlarına göre taşıyıcıdan beklenecek en yüksek özeni göstermesi gerektiği kabul edilmiş; bu durum diğer ülke mahkemelerince de kabul görmüştür (bkz. Doğuş Taylan Türkel, "Taşıyıcının En Yüksek Özeni Üzerine Bir İnceleme (TTK m. 876)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22/1: 2020, 258-260). Türk hukukunda Yargıtay'ın bunun aksine tutumda olduğu ve buna ilişkin verdiği kararlar için ayrıca bkz. Türkel, "En Yüksek Özen", 261-263.

<sup>20</sup> Erdem, *Taşıma Hukuku*, 213.

<sup>21</sup> Kaya, "CMR", 240, dp. 7.

<sup>22</sup> Kaya, "CMR", 263; Elif Akıncı, "CMR Hükümleri Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulma Halleri (Genel Sebepler)", *Konya Barosu Dergisi*, 1/2: 2017, 14.

<sup>23</sup> Adıgüzel, *Taşıma Hukuku*, 175.

<sup>24</sup> Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 96.

## **B. Taşıyıcının Nezaret Yükümlülüğü**

CMR m. 17/1, taşıyıcının eşyayı teslim aldığı andan itibaren meydana gelecek zıya ve hasardan taşıyıcıyı sorumlu tuttuğu için taşıyıcı tarafından taşıma başlamadan önce birtakım yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekmektedir<sup>25</sup>. CMR m. 8, taşıyıcıya, eşyayı teslim aldığı sırada birtakım hususları kontrol yükümlülüğü yüklemiştir; fakat bu kontrol yükümlülüğü ve kapsamı doktrinde tartışmalıdır<sup>26</sup>. Bu hükme göre taşıyıcı, eşyayı teslim aldığı sırada, parça sayısı ve bunlar üzerinde yer alan marka ve numaraların sevk mektubundaki beyanlarla olan doğruluğu, eşyanın ve bunların görünüşteki durumunu kontrol eder. Taşıyıcının bunları kontrol etme imkanı olmadığı hallerde ise itiraz kayıtlarını sevk mektubuna yazması ve bunların geçerli nedenlerini belirtmesi beklenir.

Bunula beraber CMR m. 17/4-c hükmü, eşyanın, “gönderici, alıcı veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından alınması, taşınması, yüklenmesi, yığılması veya boşaltılması,” halini taşıyıcının sorumluluktan kurtulması açısından özel risk olarak kabul etmiş ve bu halde taşıyıcının zarardan sorumlu olmayacağını düzenlemiştir.

CMR hükümleri incelendiğinde, taşıma sözleşmesinde yükleme ve boşaltmanın kim tarafından yapılması gerektiğine dair hüküm bulunmadığı görülür<sup>27</sup>. Bu sebeple taraflar, taşıma sözleşmesinde, söz-

<sup>25</sup> Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 57.

<sup>26</sup> Eşyanın kontrol yükümü ve buna ilişkin tartışmalar için bkz. Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 57-59.

<sup>27</sup> Yükleme ve istifleme yükümlülüğünün kim tarafından gerçekleştirileceğinin belirlenmesi açısından somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Kaya, “CMR”, 257. Örneğin, uçak, prefabrik ev, tank gibi ağırlık ve hacim bakımından normal sayılacak gabari sınırının üzerinde kalan ağır taşımlarda özel yükleme ve boşaltma tedbirleri ile özel ekipmanlar vasıtasıyla bu işlemlerin yapılacağından, bu taşımalarda yükleme ve boşaltmadan taşıyıcı sorumlu tutulmuş ve bunun derece en yüksek özeni gösterme yükümlülüğü ile açıklanmıştır (bkz. Türkel, “En Yüksek Özen”, 285). Benzer şekilde parsiyel taşımalarda da taşıyıcının birden çok parçayı bir araya getirmesi ve deposunda toplaması yüklemeyi de kendisinin yapacağını göstermekte, tarafların zımnen yüklemeyi taşıyıcının yapacağı konusunda anlaşmalarını göstermektedir (bkz. Aydın, *CMR*, 38). Doktrinde CMR açısından yükleme ve boşaltmanın taşıyıcının borcu olduğunu düşünen yazarlar olmakla birlikte (bkz. Murat Uslu, *CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010), 63) aksini düşünen yazarlar da vardır (bkz. Aydın, *CMR*, 38; Adıgüzel, *Zıya ve Hasar*, 49); Erdem ise ulusal mevzuatın uygulanacağını savunmaktadır (bkz. Erdem, *Taşıma Hukuku*,

leşme serbestisi uyarınca yükleme ve boşaltmanın kim tarafından yapılacağına ilişkin bir düzenleme yapabilir. Böylece tarafların yükleme ve boşaltmayı, gönderici, alıcı veya bunlar adına hareket eden kimselerce yapılmasına karar verebilecekleri, bu durumda ise CMR m. 17/4-c hükmü uyarınca, meydana gelecek zararlardan taşıyıcının sorumlu olmayacağı söylenebilir.

Bununla birlikte yükleme kavramından ne anlaşılması gerektiğinin de ifade edilmesi gerekir. Yükleme dar anlamda eşyanın, araca konulması anlamına gelmekte iken geniş anlamda ise eşyanın araca konulmasını, uygun bir biçimde istiflenmesini, gerekli hallerde bağlanmasını ve sabitlenmesini barındırır<sup>28</sup>. Bu açıdan yüklemeyi yapacak gönderen, eşyanın araca konulması ve diğer faaliyetleri gerçekleştirir. Böyle bir halin varlığında dahi taşıyıcının eşyayı kontrol yükümünden bahsedilebilir fakat artık buradaki kontrol yükümü, yüklemeye nezaret etme yükümüne dönüşür. Zira yükleme ve istifleme taşıyıcı tarafından yapılmasa dahi taşıyıcının basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü devam etmektedir<sup>29</sup>. Bu açıdan CMR, taşıyıcının nezaret etme yükümlülüğünü açıkça düzenlemese de doktrinde CMR m. 8/1 uyarınca taşıyıcının nezaret etme yükümlülüğünün varlığı kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Yargıtay da incelemede yer alan kararlarda görüldüğü üzere taşıyıcının bu halde dahi nezaret etme yükümlülüğünün varlığını kabul etmektedir.

## 1. Nezaret Yükümlülüğünün Sınırları

Her ne kadar CMR, nezaret yükümlülüğünden bahsetmese de yukarıda izah edildiği üzere taşıyıcı yükleme ve boşaltmanın kendi üzerinde olmadığı durumlarda bu yükümlülüğü yerine getirecektir. Fakat nezaret yükümlülüğüne ilişkin açık bir düzenleme olmaması nezaret yükümlülüğünün sınırlarının ortaya konmasını gerektirmektedir. Buna ilişkin sınırlamalar aşağıda evvela CMR düzenlemesi ekseninde sonrasında TTK m. 863 çerçevesinde değerlendirilecektir.

227). TTK'da yer alan yükleme yükümlülüğünün dağılımı için ayrıca bkz. Özel, *Gönderenin Sorumluluğu*, 178-179.

28) Türkel, "En Yüksek Özen", 303. Benzer şekilde yüklemenin istiflemeyi de kapsadığı yönünde bkz. Burak Adıgüzel, *Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Ziya ve Hasardan Sorumluluğu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 173; Özel, *Gönderenin Sorumluluğu*, 177-178. Tanımlar için ayrıca bkz. Aydın, *CMR*, 81.

29) Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 111.

30) Erdem, *Taşıma Hukuku*, 320.

Taşıyıcının nezaret etme yükümlülüğü CMR m. 8/1 üzerinden temellendirildiğinden CMR m. 8/1 uyarınca taşıma senedine konulacak olan bir kayıt taşıyıcının nezaret yükümlülüğünden dolayı doğacak olan sorumluluğunu bertaraf eder<sup>31</sup>. Ancak böyle bir kayıt konmaksızın taşıyıcının eşyayı teslim alması ve yolculuğa bu şekilde başlaması eşyanın tam ve sağlam alındığına karine teşkil edeceğinden aksini ispat taşıyıcı üzerine düşmektedir<sup>32</sup>.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bir kararında taşıyıcının yüklemeye nezaret etmesi gerektiğini, yüklemenin yol koşullarına uygun yapıp yapılmadığını denetlemekle yükümlü olduğunu belirtmiştir<sup>33</sup>. Bu açıdan yükleme ve boşaltma taşıyıcı tarafından yapılmasa dahi yolculuk sırasında ek yükleme yapılması halinde eşyanın taşıttan düşmesini engellemek üzere gerekli önlemleri almak ya da daha önceden yüklenmiş eşyaların zarar görmesini önlemek için gerekli özeni göstermek taşıyıcının CMR m. 8/1’de yer alan eşyayı kontrol etme borcunun bir sonucudur<sup>34</sup>.

Taşıyıcının sevk mektubuna çekince koymadığı durumlarda ise taşıyıcının yükleme ve istiflemeye nezaret etme yükümlülüğünün sınırları açısından somut olayın özelliklerine göre taşıyıcının nezaret etme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. CMR’ye taraf bazı devletlerin yargı mercileri, taşıyıcının yükleme ile ilgili sorumluluğunun eşyanın, taşıtın seyir güvenliğini bozup bozmadığını incelemekten ibaret olduğu, yükleme ve istif konusunda endişelerin dile getirilmesinin yeterli olduğu, taşıyıcının, gönderenin yükleme ve istiflemesini kontrol etme yükümlülüğü olmadığı şeklinde kararlar vermiştir<sup>35</sup>. Bu açıdan mahkemelerin vermiş

---

<sup>31</sup> Erdem, *Taşıma Hukuku*, 320.

<sup>32</sup> Erdem, *Taşıma Hukuku*, 321.

<sup>33</sup> Karar için bkz. Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 111.

<sup>34</sup> Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 109. CMR m. 8/1 de yer alan kontrol eşyanın tesellüm ederken yapılması gerektiğinden, yüklemenin gönderen tarafından yapıldığı hallerde eşyanın tesellümü yükleme işlemlerinden sonra gerçekleşeceğinden aslında taşıyıcının kontrol yükümlülüğü taşıtta icra edilir (bkz. Karan, *CMR Şerhi*, 170). Bu açıdan kanaatimizce taşıyıcının yükleme sırasında yüklemeye refakat etmesi gerekmemektedir. Yükleme işlemi bittikten sonra tesellümden bahsedileceği için taşıyıcının yükleme hatalarına ilişkin koyacağı çekince de tesellümden sonra yapılacaktır.

<sup>35</sup> Kararlar için bkz. Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 109-110.

olduğu kararlar taşıyıcının nezaret etme yükümlüğünün sınırlarını çizmek açısından dikkat çekidir.

Türk hukuku bakımından ise Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu bir kararında gönderenin, taşınacak eşyanın istifini üstlenmesi ve bu istifi yanlış yapması halinde CMR m. 17/4-c hükmünce taşıyıcının tazminatla sorumlu tutulması düşünülemezse de yükleme ve istif hatasının, ayrıca bir araştırmaya gerek olmaksızın kolaylıkla fark edilebildiği durumlarda, taşıyıcının durumu gönderene bildirerek onu uyarmasının TMK m. 2 hükmünce dürüstlük ilkesinin bir gereği olduğu, bu sebeple TBK m. 44 uyarınca zararın taşıyıcı ve gönderen arasında paylaşılması gerektiği belirtilmiştir<sup>36</sup>. Daire, başka bir kararında ise benzer şekilde CMR m. 17/4- b ve c'nin söz konusu olduğu bir taşımada, eşyanın sağlıklı bir şekilde taşınabilmesi için taşıyıcının yükleme ve istiflemeyi gözetmesi, hatalı bir yüklemenin varlığı halinde buna karşı çıkması ve eşyanın güvenli taşınabilmesi için gereken her türlü tedbiri alması gerektiğini belirterek hasarın paletlerin sağlamlaştırılmaması nedeniyle meydana geldiğini, davalı taşıyıcının ise basiretli bir taşıyıcıdan beklenen davranışta bulunmadığı, bu sebeple müterafik kusurlu olduğuna karar verilmiştir<sup>37</sup>.

Her iki karar da gösteriyor ki Yargıtay, her ne kadar yükleme ve istifleme yükümü gönderene ait olsa da taşıyıcının yükleme ve istif hatalarının söz konusu olduğu hallerde birtakım yükümlülükleri olduğuna kanaat getirmektedir. Nezaret etme yükümlülüğü bağlamında değerlendirilen bu yükümlülüklerin sınırı konusunda da görüldüğü üzere farklı kararlar verilmiştir. Aynı daire, bir olayda taşıyıcın gözle görülen istif hatasının TMK m. 2 uyarınca bildirilmesi ve gönderenin uyarmasını ararken bir diğer kararda yüklemeye karşı çıkmasını ve buna uygun her türlü tedbiri almasını gerekli görmektedir. Fakat kanaatimizce taşıyıcının her türlü tedbiri alması, CMR m. 17/4-c hilafına

<sup>36</sup> Yargıtay 11. HD. 20.10.2003 T., 2003/6234 E., 2003/9575 K. (bkz. Erdem, *Taşıma Hukuku*, 200-201). Yargıtay 11. HD. 26.10.2005 T., 2004/12682 E., 2005/318 K. sayılı ilamında da benzer şekilde taşıyıcının gönderileni uyarmasını yeterli bulmuştur (bkz. Erdem, *Taşıma Hukuku*, 318-319).

<sup>37</sup> Yargıtay 11. HD. 11.11.2002 T., 2002/5585 E., 2002/10202 K. (bkz. Erdem, *Taşıma Hukuku*, 311). Yargıtay 11. HD. 22.01.2001 T., 2000/9445 E., 2001/252 K. sayılı ilamında da aynı şekilde taşıyıcının her türlü tedbiri alması gerektiği ifade edilmiştir. (bkz. Erdem, *Taşıma Hukuku*, 314-315).

bir düzenlemedir. Bu şekilde bir tedbir alma yükümü, gönderenin yükleme ve istif hatasından kaynaklı sorumluluğu daraltmakta; onun yerine bundan kaynaklı sorumluluğu taşıyıcıya yüklemektedir. Bu ise taşıyıcının sorumluluğunu yorum yoluyla genişletmek anlamına gelecektir. Zira böyle bir durumda taşıyıcının bilgisi olmasa dahi araç sürücüsünün alacağı fiziki bir tedbir, yükleme ve istifleme işlemlerine iştiraki niteliğinde sayılabilir ve onun yükleme ve istife dahil olması sonucunu doğurur; bu hal ise taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasına engel olur<sup>38</sup>.

Bu açıdan taşıyıcının nezaret yükümlülüğünü gördüğü eksikler hususunda göndereni ikaz etmesi ve sevk mektubuna koyacağı kayıt ile bu hususu ortaya koyması veya benzer bir şekilde durumu bildirdiğini ortaya koyması nezaret yükümlülüğünün yerine getirilmesi için yeterli kabul edilmelidir<sup>39</sup>. Taşıyıcının açık bir yükleme hatasının var olduğu hallerde taşımaya başlaması ise bu yükümlülüğünün ihlaline sebep olmaktadır<sup>40</sup>. Bunun haricinde bir yükümlülüğünün taşıyıcıya yüklenmesi ise taşıyıcının uzmanlık alanı dışında, bir yükümlü yüklenmesi anlamına gelir<sup>41</sup>. Sevk mektubuna konacak kayıt söz konusu itiraz ve çekincelerin kanıtlanması için gereklidir; sözlü uyarıda bulunma delil olarak kabul edilmeyeceğinden taşıyıcı gerekli uyarılarda bulunduğunu ancak bu şekilde ispat edebilir<sup>42</sup>.

## **2. Taşıma ve İşletme Güvenliği**

CMR'de tanımlanmamakla birlikte taşıma ve işletme güvenliği kavramları, Türk hukuku açısından taşıyıcının yükleme ve istiflemekten nezaret yükümlülüğü sebebiyle doğacak sorumluluğun sınırlandırılmasında irdelenmesi gereken kavramlardır. Taşıma ve işletme güvenliği kavramları 6102 sayılı TTK ile hüküm altına alınmış olsa da doktrinde bu Kanunun kabulünden önce de taşıyıcının nezaret yükümlülüğü çerçevesinde benzer kavramlardan yararlanılmıştır.

---

<sup>38</sup> Adıgüzel, *Zıya ve Hasar*, 176.

<sup>39</sup> Kaya, "CMR", 258.

<sup>40</sup> Kaya, "CMR", 258.

<sup>41</sup> Türkel, "En Yüksek Özen", 304. Taşıyıcının işletme güvenliğini sağlamakla yükümlü tutulması ise genel olarak işletme güvenliğine ilişkin hususlarda taşıyıcının, gönderene nazaran daha bilgili olmasıdır (bkz. Oyal, "İşletme Güvenliği", 1283).

<sup>42</sup> Adıgüzel, *Zıya ve Hasar*, 192.



Buna göre doktrinde, taşıyıcının, aracın işletme gerekleri bakımından yükleme ve istiflemeyi kontrol edeceği, onun dışında yükleme ve istiflemenin eşyanın taşınmasında eşyanın zararına sebep olup olmayacağını kontrol etmesi gerekmediği belirtilmektedir<sup>43</sup>. Örneğin, taşıyıcının nezaret yükümlülüğü kapsamında, istifleme hatası sebebiyle aracın devrilmesi halinde, eşyanın uğrayacağı zarar sebebiyle taşıyıcının müterafik kusuru gündeme gelebilecektir<sup>44</sup>. Böylece bu görüşe göre, aracın devrilmesinin işletme gereklerine aykırılık neticesinde meydana gelmesini taşıyıcının sorumluluğuna sebep olan bir olgu olarak yorumlanmaktadır. Benzer şekilde doktrinde, yükleme ve istiflemenin taşıyıcı tarafından yapılmadığı durumlarda gönderenin eşyanın, taşıma güvenliğine uygun bir biçimde yüklenmesi konusunda özen göstermek zorunda olduğu ifade edilmektedir<sup>45</sup>. Buna göre eşyanın taşıma güvenliğine uygun biçimde yüklenip yüklenmediğinin tespiti ise teknik bir konudur ve tespitinde taşıma sektöründe uygulanan mühendislik biliminin ortaya koyduğu kurallar dikkate alınır<sup>46</sup>. Benzer şekilde doktrinde yükleme ve istifleme işinin teknik bir iş olduğu, dolayısıyla uzmanlık gerektirdiği ve bu sebeple taşıyıcının nezaret yükümlülüğünün çok geniş düşünülmemesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>47</sup>. Tüm bunlar dikkate alındığında ise taşıyıcının, yüklemenin, taşınan eşyaya zarar verecek nitelikte olup olmadığını denetleme yükümlülüğü olmadığını söylemek mümkündür<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Sabih Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, (Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1982), 122-124.

<sup>44</sup> Arkan, *Sorumluluk*, 122-123.

<sup>45</sup> Türkel, "En Yüksek Özen", 303-304. Eşyanın paketlenmesi, yüklenmesi ve istiflenmesi konusunda en iyi bilgi sahibinin gönderen olduğu, taşıyıcının yükleme ve istiflemenin sorumlu tutulmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu yönündeki görüşler için bkz. Burak Adıgüzel, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Eşya Taşıma Hukuku Alanında Getirilen Yenilikler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18/2, 2012, 782; Süleyman Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli Eşya Taşınması*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015) 64; Oyal, "İşletme Güvenliği", 1265. Yargıtay 11. HD. 23.05.2022 T, 2020/8446 E. ve 2022/3933 K. sayılı ilamında, yurt dışından ithal edilen ilaçların hastaneye satışı neticesinde yapılacak olan taşımada soğuk zincirle yapılmayan taşımada meydana gelen zararlar bakımından TTK m. 863/1 uyarınca değerlendirme yaparak davanın kabulü yönünde değerlendirme yapmıştır.

<sup>46</sup> Türkel, "En Yüksek Özen", 304.

<sup>47</sup> Aksoy Yavaş, *Karayolunda Konteyner İle Yapılan Yük Taşınmasında Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde)*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 44-45.

<sup>48</sup> Kaya, "CMR", 258; Türkel, "En Yüksek Özen", 304.

6102 sayılı Kanunda, 6762 sayılı Kanun'un aksine, yükleme ve boşaltmadan kaynaklanacak sorumluluk açıkça düzenlenmiştir<sup>49</sup>. TTK m. 863/1 hükmü, yükleme ve boşaltmayı, kanunda yer alan durumlar hariç olmak üzere gönderene ait bir yükümlülük olarak düzenlemiş ve gönderenin bu görevini taşıma güvenliğine uygun bir biçimde yapması gerektiğini belirtmiştir<sup>50</sup>. Bununla birlikte aynı fıkranın ikinci cümlesi ise taşıyıcının, yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmektedir. Bu açıdan taşıyıcının yükümlülüğü yükleme ve boşaltmanın işletme güvenliğine uygunluğunu sağlamaktır. Hüküm gerekçesinde taşıyıcının denetleme yükümü olduğu belirtilse de bu ifade oldukça muğlaktır. Denetlemeden ne kast edildiği ya da taşıyıcının neyi denetleyeceği ifade edilmemiştir. Fakat açıkça taşıma ve işletme güvenliği ayrımı yapılarak yükleme ve boşaltmada sorumluluğun çerçevesinin ayrılması ve böylece taşıyıcının nezaret etme yükümlülüğünün bir Kanun hükmü ile belirlenebilir olması en azından nezaret yükümlülüğünün sınırlarını çizmek açısından faydalı bir nitelik arz etmektedir.

TTK m. 863/1.c.2, gönderenin taşıma güvenliği yanında taşıyanın da ayrıca yüklemenin işletme güvenliğine uygun hareket etmesini

<sup>49</sup> Hüküm gerekçesinde bu hüküm esin kaynağının CMR m. 17/4-c ve Alman Ticaret Kanunu'nun 412. Paragrafı olduğu ifade edilmektedir.

<sup>50</sup> Gönderenin taşıma güvenliğine uygun hareket edip etmediğinin tespitine ilişkin kanunda hüküm bulunmamasıyla beraber doktrinde, normal bir taşıma sırasında meydana gelebilecek şok ve sarsıntılara, ani frenler gibi eşyanın hareket etmesi, devrilmesine, düşmesine sebep olacak durumlara karşı önlem alması olarak ifade edilmiştir. (bkz. Bilal Özel, *Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Karayolu İle Eşya Taşımalarında Gönderenin Sorumluluğu*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 185). Bu açıdan yüklenen eşyanın, normal şartlarda, araçtan kaymayacak, düşmeyecek, özellikle hareket halinde iken kavislerde merkezkaç kuvveti ile veya sürüş anındaki devinimle hareket edip aracın dengesini bozmayacak, diğer taşıyan eşyalara zarar vermeyecek şekilde araca konması, istiflenmesi ve sabitlenmesi gerekmektedir (bkz. Oyal, "İşletme Güvenliği", 1272). Bununla birlikte taşıyıcının buradaki sorumluluğu ise eşyanın gönderen tarafından taşıma güvenliğine uygun şekilde yüklenebilmesi için taşıma aracını yüklemenin yapılacağı yere getirmek taşıma esnasında aracın kaymaması için gerekli önlemler alınmak, gerekli ise aracın tekerleklerinin altına takoz koymak ve kaymasını veya hareket etmesini engellenmek olarak ifade edilebilir (bkz. Ahmet Batuhan Oyal, "Taşıyıcının Yüklemenin İşletme Güvenliğine Uygun Olarak Yapılmasını Sağlama Yükümlülüğü", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/2: 2022, 1278. Taşıma güvenliğinin esasen dürüstlük ilkesinin bir görünümü olduğu; böyle bir düzenlemeye yer verilmesi dahi aynı hususun TMK m. 2 ile gündeme geleceği yönünde bkz. Kiran, *Tehlikeli Eşya*, 64.

gerektirmektedir. Yani bu hükme göre yükleme ve boşaltmanın gönderenin sorumluluğunda olduğu hallerde dahi hem gönderen hem taşıyıcı bu işlemlerin yapılması konusunda yükümlendirilmiştir. Her ne kadar gönderen yükleme ve istiflemeye taşıma güvenliğine uygun hareket etmek zorundaysa da bu aşamada dahi taşıyıcının gönderenin bu yükümlülüğünü yerine getirmesi için yapması gereken işlemler vardır<sup>51</sup>. Bunlardan ilki, gönderenin eşyayı taşıma güvenliğine uygun şekilde yükleyebilmesi için taşımada kullanılacak uygun ve yeterli kapasitedeki aracın, taşıyıcı tarafından yüklemenin yapılacağı yere kadar getirilmesidir<sup>52</sup>. Ayrıca taşıyıcı, yükleme ve istifleme faaliyetleri sırasında aracın kaymaması için gerekli önlemleri almalı, örneğin takoz marifetiyle tekerlerin hareket etmesini engellemeli, gönderenin veya adamlarının yüklemeyi gerçekleştirebilmesi için aracı uygun park haline getirmelidir<sup>53</sup>. Taşıyıcının bunların aksine yapacağı bir davranış taşıyıcının nezaret yükümlülüğü çerçevesinde sorumluluğunu doğuracaktır. Fakat bunlar işletme güvenliği ile ilgili yükümlülükler olmayıp yüklemenin gerçekleştirilebilmesi için gereken hazırlık hareketleridir. Gönderenin, taşıyıcının buna aykırı hareket ettiği durumlarda taşıyıcıdan taşıma güvenliğini destekleyici hareketlerde bulunmasını talep etme; aksi halde yükleme ve istiflemeyi gerçekleştirmeme imkanı vardır. Örneğin, taşıyıcının getirdiği aracın kapasitesinin eşyanın tamamını taşımayacağına açıkça anlaşılması durumunda gönderen, taşıyıcının uygun araç temin etmesini isteyebilir; aksi halde yüklemeye başlamayabilir. Benzer şekilde taşıyıcının yükleme alanına ters bir şekilde aracı park ederek yüklemeyi imkansız kıldığı bir durumda gönderen, aracın yönünün değiştirilmesini talep edebilir.

Bununla birlikte taşıyıcının sorumluluğu açısından işletme güvenliğinin ne anlama geldiğini belirlemek gerekir. İşletme güvenliği, eşyanın idari nitelikteki trafik ve taşıma kurallarına uygun bir biçimde taşınmasını ifade etmektedir<sup>54</sup>. Taşıma aracının özellikle taşımanın

<sup>51</sup> TTK m. 863/1.c.2'de taşıyıcının yükümlülüğü, "ayrıca" işletme güvenliğine uygunluğu sağlama şeklinde ifade edildiğinden taşıyıcının işletme güvenliği dışında da birtakım yükümlülüklerinden bahsetmek mümkündür. Doktrinde TTK'nın bu şekilde düzenlenmesi eleştirilerek bu hükmün aslında "sadece" şeklinde değiştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir (bkz. (Mertol Can, *Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2017, 41).

<sup>52</sup> Oyal, "İşletme Güvenliği", 1278.

<sup>53</sup> Oyal, "İşletme Güvenliği", 1278.

<sup>54</sup> Türkel, "En Yüksek Özen", 305.

yapılacağı güzergah üzerindeki trafikte ortaya çıkabilecek durumların üstesinden gelebilecek şekilde yüklendiği hallerde aracın işletme güvenliğine uygun olduğu söylenebilir<sup>55</sup>. Taşımanın işletme güvenliğine uygunluğundan bahsedebilmek için taşımanın, idari nitelikteki taşıma ve trafik kurallarına uygun bir şekilde yapılması ve bununla birlikte yükleme sonrasında aracın, olağan trafik akışı içerisinde, taşınan eşyaya ve trafikteki diğer araçlara zarar vermeksizin, taşımanın gerektirdiği her türlü manevrayı yapabilecek durumda olması, aracın fren yapma yeteneğinde eksilmeye sebep olmaması gerekmektedir<sup>56</sup>. Doktrinde, işletme güvenliği açısından taşıyıcının, eşyanın, seyir halinde iken aracın stabilitesini bozmayacak şekilde yerleştirilmesi, istiflenmesi ve sabitlenmesini sağlamakla yükümlü olduğu, aracın yapacağı ani manevralar ve fren neticesinde eşyanın yola düşmeyecek, dökülmeyecek, araçtan sarkmayacak, aracın devrilmesine sebep olmayacak şekilde yüklendiğinden emin olması gerektiği ifade edilse<sup>57</sup> de taşıyıcının bu şekilde bir denetim yapması kanaatimizce CMR m. 17/4-c, TTK m. 878/1-c ve m. 863/1 ile çelişecektir<sup>58</sup>. Aksi halde taşıyıcı taşıma güvenliğine ilişkin denetimi dolaylı olarak yapmak zorunda kalacaktır. Taşıyıcı ancak bu hallerin açıkça görülmesine rağmen taşımayı çekince koymaksızın yapması halinde meydana gelecek zarardan sorumlu olur. Bu açıdan taşıyıcının sorumlu olacağı işletme güvenliğine aykırılığın eşyanın brüt ağırlığının aracın taşıma kapasitesi ile uyumlu olup olmadığı, taşınan eşyanın, üçüncü kişilere zarar verici nitelikte olup olmadığı, aracın azami yükseklığının mevzuata uygun olup olmadığı, takip edilecek güzergah üzerinde aracın geçişi-

<sup>55</sup> Oyal, “İşletme Güvenliği”, 1284. Karan ise eşyanın aracın dengesini bozmayacak şekilde yükleme yapılmasına nezareti doğrudan taşıta nezaret yükümlülüğü olarak nitelendirmekte ve bu halde taşıyıcının CMR m. 17/3 gereği sorumluluktan hiçbir surette kurtulamayacağını ifade etmektedir (bkz. Karan, *CMR Şerhi*, 343). Fakat kanaatimizce CMR m. 17/3 içeriği itibarıyla taşımada aracın kusurlu olmasını düzenlediğinden yüklemenin araçtaki dengesizliğe sebep olduğu durumlar bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Zira bu durumda aracın kusurundan değil yüklemenin hatalı yapıldığından bahsedilir.

<sup>56</sup> Oyal, “İşletme Güvenliği”, 1284-1285.

<sup>57</sup> Oyal, “İşletme Güvenliği”, 1285.

<sup>58</sup> Alman Hukukunda da yeni düzenlemeden önce aracın manevra kabiliyeti ve teknik aksamı etkileme gibi durumları denetleme yükü bulunduğu fakat sonra TTK m. 863/1.c.2’de yer alan hüküm benzer bir hüküm konarak yargı kararları ve doktrindeki görüşler çerçevesinde hükmün düzenlenmesi (bkz. Adıgüzel, *Ziya ve Hasar*, 174) de bu durumu destekler niteliktedir.

nin gerektirdiği bir sınırlama olup olmadığı gibi hususlar açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

TTK'nın taşıyıcı işletme güvenliğinden sorumlu tutmasına ilişkin düzenlemenin kabulünden önce de doktrinde Alman hukukundan hareketle, yüklemenin gönderen tarafından yapıldığı durumlarda, yüklemenin aracın dengesini bozduğu yahut teknik aksamının düzgün çalışmasını engellediği hallerde taşınan eşyada meydana gelen zararlardan taşıyıcının da sorumlu tutulması gerektiği, taşıyıcının yükleme ve istifin aracın uygun bir şekilde seyretmesini önleyip önlemediğini denetlemesi ve yüklemenin böyle bir netice doğuracağı tespit edilmiş ise aksaklıkların giderilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>59</sup>.

Böylece taşıyıcı, araca yüklenen ve istiflenen eşyanın taşıma güvenliğinden sorumlu olmamakla beraber aracın işletilmesine zarar verecek nitelikteki işletme güvenliğine aykırı yükleme ve istifleme hatalarından sorumlu olacaktır. Örneğin, yükleme ve istiflemenin yanlış yapılması sonucu gönderenin ezilebilecek malzemedeki eşyalarının bu sebeple hasara uğradığı bir durumda taşıyıcının nezaret yükümlülüğünü ihlal ettiğinden bahsedilemeyecektir<sup>60</sup>. Böyle bir durumda taşınan eşyaya gelecek zararlar taşıma güvenliği çerçevesinde değerlendirilecektir. Taşıyıcının, işletme güvenliğine uygunluğu sağlama yükümlülüğü açısından en yüksek özeni göstermekle mükellef olduğunu söylemek mümkündür<sup>61</sup>.

Fakat çoğu kez taşıma güvenliği ve işletme güvenliği kavramları kolayca birbirinden ayrılamaz<sup>62</sup>. Bununla birlikte taşıma güvenliği taşınacak eşya ile işletme güvenliğinin ise eşyanın yüklenmiş olduğu taşıma aracı ve üçüncü kişilerin bu araçtan kaynaklanacak tehlikelerden korunmasıyla ilgili olduğu söylenebilir<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Arkan, *Sorumluluk*, 122-124.

<sup>60</sup> Kaya, "CMR", 258; Türkel, "En Yüksek Özen", 306. Yargıtay 11. HD. 13.05.1993 T., 1992/3228 E., 1993/3480 K. sayılı ilamında istifleme hatasından kaynaklı olarak yüklenen sandıkların zedelenmesinden taşıyıcıyı sorumlu tutmamıştır (bkz. Adıgüzel, *Zıya ve Hasar*, 173, dp. 74.

<sup>61</sup> Türkel, "En Yüksek Özen", 305.

<sup>62</sup> Özel, *Gönderenin Sorumluluğu*, 184.

<sup>63</sup> Oyal, "İşletme Güvenliği", 1284.

CMR’de nezaret etme yükümlülüğüne ilişkin açık düzenleme bulunmaması sebebiyle 6102 sayılı TTK’nın uygulamaya başlanması ile nezaret yükümlülüğünün Türk hukukunun yetkili hukuk kabul edildiği CMR taşımalarına da uygulanması gerektiğini söylemek mümkündür<sup>64</sup>. Bu açıdan 6102 sayılı TTK’nın yürürlüğe girmesi ile beraber taşıyıcının yükleme ve boşaltmaya nezaret etme yükümünün kapsamı aslında kanaatimizce bu hüküm ile çizilmiştir<sup>65</sup>. Zira Hükümün gerekçesinde, bu hükümün esin kaynağı olarak CMR m. 17/4-c ile Alman Ticaret Kanunu’nun 412. paragrafı gösterilmiştir. CMR m. 17/4-c’nin taşıyıcının nezaret yükümlülüğü ile olan ilişkisi dikkate alındığında bu yükümlülüğün ancak işletme güvenliği ile sınırlı olduğu ortaya çıkar<sup>66</sup>. Gözle görülen, açıkça anlaşılan hatalardan dolayı gönderene yapılacak uyarı ise TMK m. 2 hükmüne gündeme gelebilecektir.

### **3. Yükleme ve İstiflemenin Açıkça Hatalı Yapıldığı Durumlar**

Taşıyıcının nezaret yükümlülüğü çerçevesinde sorumluluğunun belirlenebilmesi için gönderenin yapmış olduğu yükleme ve istiflemenin taşıma güvenliğine uygunluğunu denetleme yükümlülüğünün olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Kanaatimizce, taşıyıcının, gönderenin yapmış olduğu yükleme ve istiflemenin taşıma güvenliğine uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığını denetleme yükümlülüğü

---

<sup>64</sup> Türkel, “En Yüksek Özen”, 306. Zira bu halde konuya ilişkin uyumsuzluklar milli hukuk hükümlerince çözülecektir (bkz. Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 89). Davanın Türkiye’de açıldığı durumlarda bu sebepten TTK m. 863 hükmü uygulanacaktır.

<sup>65</sup> Yargıtay 11. HD. 11.12.2019 T., 2019/4882 E., 2019/8088 K. sayılı ilamında CMR ve TTK m. 863 birlikte değerlendirilerek yükleme ve istifleme hatalarından gönderen sorumlu tutulmuş; yükleme ve istiflemenin taşımaya uygun yapılıp yapılmadığı konusundaki kontrol ve nezaret yükümlülüğünden ise taşıyıcı sorumlu tutulmuştur. Karar, CMR’nin uygulandığı kararlar açısından da TTK m. 863/1’in değerlendirilmesi ve nezaret yükümlülüğünün belirlenmesinde esas alınması açısından önemlidir.

<sup>66</sup> Fakat Yargıtay kararlarında bu durum hala tam olarak ifade edilmemektedir. Örneğin, Yargıtay 11. HD. 2021/8233 E. 2023/2184 K. sayılı ve 10.04.2023 Tarihli güncel bir kararında “6102 Sayılı Kanun’un 863. maddesi uyarınca somut olayda her ne kadar yükleme ve sabitleme görevi taşıma güvenliğini sağlama yükümlülüğü olan gönderene ait ise de; taşıyıcının da yüklemenin işletme güvenliğine uygun olarak yapılmasına ve nezaret borcu bulunmaktadır.” diyerek taşıyıcının sorumluluğunu yüklemenin işletme güvenliğine uygun yapılmasına ve nezaret borcu ile ifade etmiştir. Cümlenin anlatım bozukluğu içermesi bir kenara bırakılırsa Daire’nin nezaret yükümlülüğünü işletme güvenliğinden ayırarak ortaya koyduğu görülmektedir.

yoktur; aksi bir düşünce TTK m. 863/1'in amacı ile çelişir<sup>67</sup>. Zira böyle bir durumda Kanun Koyucu, yükleme ve boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun olarak yapılmasını gönderene yüklemiş olsa da bunun denetimini taşıyıcının yapması taşıyıcının dolaylı bir şekilde o yükleme ve boşaltmadan sorumluluğunu doğurur<sup>68</sup>. Kaldı ki böyle bir kabul CMR m. 17/4-c ve TTK m. 878/1-c hükümlerinde yer alan özel risk niteliğindeki sorumluluktan kurtulma hallerinin konulma amacı ile de çelişeceğinden taşıyıcının taşıma güvenliğine uygunluk denetimi yapması beklenemez. Fakat taşıma güvenliğine aykırılığın açıkça görüldüğü durumlarda taşıyıcı TMK m. 2 hükmü gereğince göndereni bu konuda uyarması gerekmektedir<sup>69</sup>. Taşımanın konteyner taşıması olduğu durumda taşıyıcının makul ve gözle görülebilen ya da duyu organları ile fark edilebilen aksaklıklar hakkında göndereni uyarması ya da bu durumu taşıma senedine şerh düşmesi lazımdır<sup>70</sup>. Taşıyıcının buradaki sorumluluğu TTK'dan değil TMK'dan kaynaklanır. Yani bu sorumluluğun dayanağı dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilir<sup>71</sup>.

Taşıyıcının, taşıma senedine koyacağı şerh, göndereni bu konuda uyardığını ispat etme amacı taşımaktadır<sup>72</sup>. Taşıma senedi düzenlenmeyen taşımalar bakımından ise taşıyıcı, bir tutanak düzenleyerek yükleme ve istiflemenin hatalı yapıldığının açıkça görüldüğünü, bu durum hakkında gönderenin uyarıldığını bu tutanağa geçirmelidir. Fakat bu halde taşıma senedinde mevcut olan karine olma özelliği söz konusu olmayacağından bahsi geçen tutanak ancak HMK anlamında bir belge olarak kabul görecektir<sup>73</sup>. Benzer şekilde uluslararası nitelikteki taşımalar açısından da sevk mektubu düzenlenmemesi CMR'nin uygulan-

<sup>67</sup> Benzer görüş ve Alman hukukundaki düşünceler için bkz. Oyal, "İşletme Güvenliği", 1280.

<sup>68</sup> Oyal, "İşletme Güvenliği", 1280.

<sup>69</sup> Türkel, "En Yüksek Özen", 304.

<sup>70</sup> Yavaş, *Konteyner*, 45. Yazar, kötü kokudan kaynaklı olan durumları da bu şekilde değerlendirmiş fakat bu durum doktrinde taşıma güvenliği kapsamında değerlendirilerek eleştirilmiş (Bkz. Türkel, "En Yüksek Özen", 306, dp. 248).

<sup>71</sup> Türkel, "En Yüksek Özen", 305.

<sup>72</sup> Taşıma güvenliğine aykırılığın açıkça görülmediği durumlarda ise taşıyıcının taşıma güvenliğine uygunluğu denetleme yükümü olmadığına taşıma senedine şerh konup konmaması, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun yapıldığı konusunda bir karine doğurmaz (bkz. Oyal, "İşletme Güvenliği", 1281).

<sup>73</sup> Adıgüzel, *Taşıma Hukuku*, 64.

masına engel olmayacağından sevk mektubu düzenlenmeyen bir taşı-mada taşıyıcı, bir tutanakla durumu ortaya koymalıdır.

Taşıyıcının, TMK m. 2 uyarınca yapacağı uyarının sadece yük-lemenin taşıma güvenliğine uygun olmadığı hallerde eşyaya verece-ği zararlar için değil; taşıma güvenliğine aykırılığın gerek taşınacak olan araca gerekse üçüncü kişilere verebileceği zararlar bakımın-dan da yapılması gerektiği söylenebilir. Bu açıdan taşıma güvenliğ-i-ne aykırılığın açıkça işletme güvenliğine etki edebileceği fark edil-diğinde taşıyıcı hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçmek ama-cıyla gönderene bu durumu bildirmelidir. Doktrinde, taşıyıcının hatalı yüklemeyi fark etmesi halinde CMR m. 14 ile m. 16 arasındaki hükümler çerçevesinde hareket etmesi ve gerekli ihbarlarda bulu-narak talimat almasının gerektiği de ifade edilmektedir<sup>74</sup>. İlgili hü-kümlerin taşıma ve teslim engellerini düzenlediği dikkate alındı-ğında yüklemenin hatalı yapılmasının bir taşıma engeli olarak de-ğerlendirilmesi güçtür<sup>75</sup>. Bu çerçevede açıkça hatalı istiflemeyi fark eden taşıyıcı durumu gönderene bildirerek yüklemenin düzgün yapılmasını talep edebileceği gibi bu koşullarda taşımayı yerine getirmeyeceğini de öne sürebilir.

#### **4. Ambalaj Hatalarında Nezaret Yükümlülüğü**

CMR m. 10 uyarınca esasen eşyanın ambalajlanması yükümlülü-ğü gönderene aittir. Taşıyıcı ise taşıma başlamadan önce eşyanın ve paketlerin dış görünüşünü kontrol etmekle yükümlü tutulmamıştır<sup>76</sup>. CMR m. 8/1'de yer alan kontrol etme kaydı aslında taşıyıcıya yüklen-miş bir yükümlülük değil, taşıyıcının aleyhine olacak nitelikteki huku-ki olumsuzluğu bertaraf edebilmesi için eşya veya ambalajdaki açık noksanlığı gönderene bildirerek ve bu durumu sevk mektubuna geçi-rerek ispat bakımından kendisine kolaylık sağlanmasıdır<sup>77</sup>. CMR m.

---

<sup>74</sup> Karan, *CMR Şerhi*, 342.

<sup>75</sup> Zira taşıma engelinden bahsedebilmek için taşıma safhasının başlamış olması gerekmektedir ve ortaya çıkan durum taşımının sözleşmeye uygun yapılmasını ön-lemelidir (bkz. Can, *Genel Esaslar*, 56). Taşıma engeli hakkında ayrıca bkz. Aydın, *CMR*, 47.

<sup>76</sup> Kaya, "CMR", 257; Adıgüzel, *Zıya ve Hasar*, 188.

<sup>77</sup> Kaya, "CMR", 257. Akıncı, eşyanın tesliminde açıkça belli olan taşıyıcı tarafından bilinen ve çekince beyan edilmeyen ambalaj hatalarının CMR m. 10'u geçersiz kı-lacağını ifade etmektedir (bkz. Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 63).



17/4-b bendi ile ambalajlamama ya da kötü ambalajlanma sebebiyle eşyanın özelliği gereği fire verdiği ya da hasara uğradığı durumlarda ambalajlanmama ya da ambalajlanmada hata taşıyıcının sorumluluğunu bertaraf etmektedir. Bu açıdan taşıyıcının, her ne kadar taşıyıcının taşıma başlamadan evvel eşyanın ve paketlerin dış görüşünü kontrol etme yükümlülüğü olmasa da aleyhine olan durumları ispatı için ambalaj hatalarını gönderene bildirmesi ve bunu sevk mektubuna kaydetmesi gerekmektedir<sup>78</sup>. Bu yüzden ambalaj hatalarından kaynaklı zararlar bakımından da taşıyıcının nezaret yükümlülüğünün var olduğu kabul edilebilecektir. Yargıtay da benzer şekilde, eşyanın ambalajlanması gönderene ait olduğu hallerde dahi kargo taşımamasının niteliği gereği, taşıyıcının da eşyanın ambalajı hususunda nezaret yükümlülüğü olduğunun kabul etmiştir<sup>79</sup>.

Ambalajdan kaynaklı zararlar bakımından da kanaatimizce TTK m. 863/1.c.2 gündeme gelmeli ve nezaret yükümlülüğü bu minvalde değerlendirilmelidir. Böylece taşıyıcı, ambalaj hatalarından kaynaklı olarak ancak işletme güvenliği çerçevesinde sorumlu tutulmalıdır<sup>80</sup>. Bununla beraber taşıyıcının buradaki yükümlülüğünün dışarıdan yapılan kontrol neticesinde fark edilebilen ambalaj hataları bakımından söz konusu olacağı, özel bir inceleme ile tespit edilecek ambalaj hataları bakımından ise taşıyıcının sorumluluğuna gidilemeyeceği söyle-

<sup>78</sup> Kaya, "CMR", 256-257.

<sup>79</sup> Yargıtay 11. HD. 10.10.2018 T., 2016/4798 E., 2018/130 K. www.kazancı.com, 15.12.2023. Benzer yönde bkz. Yargıtay 11. HD. 04.04.2018 T., 2016/9813 E., 2018/2379 K.

<sup>80</sup> Yargıtay 11. HD. 25.02.2021 T., 2020/1869 E., 2021/1757 K. sayılı ilamında Daire, konteyner ile taşınan eşyanın, konteyner ve römorka sabitlenmemesi sebebiyle meydana gelen zararda TTK m. 863/1 uyarınca değerlendirme yaparak göndereni kusurlu kabul etmiş; taşıyanı ise merkezkaç kuvveti etkisini dikkate alarak yüklemenin aracın manevra kabiliyeti ve sürüş güvenliğine olumsuz etkisini öngörüp gönderene bildirim yapması gerektiğini, bu sebeple kusurlu olduğunu ifade etmiştir. Bu açıdan Daire, TTK m. 863/1 uyarınca taşıyanın nezaret yükümlülüğünü işletme güvenliği çerçevesinde değerlendirerek taşıyıcının, yüklemenin, manevra ve sürüş güvenliğine olan etkisini öngörmesi gerektiğini belirtmiştir. Doktrinde ise taşıyıcının ambalajı kontrol yükümlülüğünün derecesi, ikili bir ayrıma gidilerek açıklanmıştır. Bu görüşe göre eşyanın özelliklerine vakıf olanın gönderen olduğu, güzergaha vakıf olanın ise gönderilen olduğu göz önüne alınarak eşyanın niteliğinden kaynaklı ambalajlamanın gönderen, yapılacak taşıma sebebiyle ortaya çıkabilecek risklere karşı yapılması beklenen ambalajlamanın ise gönderilen taraftan bilinmesi gerektiği ifade edilmiştir (Özel, *Gönderenin Sorumluluğu*, 115).

nebilir<sup>81</sup>. Bunun hilafına taşıyıcının ambalajların içini açarak gönderenin yaptığı ambalajlamanın yapılacak olan taşımaya uygun olup olmadığını denetlemesi beklenemez<sup>82</sup>. Bu açıdan taşıyıcı, ancak işletme güvenliği çerçevesinde dışarıdan yapılacak kontrolle tespit edilebilecek ambalaj hatalarından dolayı meydana gelen zararlardan sorumlu olacaktır. Bununla birlikte ambalajlamanın açıkça uygunsuzluğu fark ediliyor ise taşıyıcı durumu gönderene bildirecek ve gerekli hususları taşıma senedine şerh düşecektir<sup>83</sup>. Sevk mektubunun buradaki fonksiyonu ispattır<sup>84</sup>. Böylece taşıyıcı kendisine karşı açılacak davada hasarın kötü ambalajlamadan kaynaklandığını ve CMR m. 8/1’de yer alan kontrol yükümlülüğünü yerine getirdiğini savunabilecektir<sup>85</sup>. Taşımanın ambalaj hatalarından dolayı uygun bir şekilde yapılamayacağına kanaat getiren taşıyıcı, taşımayı yapmaktan kaçınabilecektir.<sup>86</sup>

### **C. Taşıyıcının Nezaret Yükümlülüğünü İhlali Neticesinde Müterafik Kusuru**

CMR m. 17/1 taşıyıcının sorumluluğunu, m. 17/2 ve 4 ise taşıyıcının bu sorumluluğunu ortadan kaldıran halleri; CMR m. 17/5 ise taşıyıcı-

<sup>81</sup> Adıgüzel, *Ziya ve Hasar*, 188; Demet Yürük Yeniocak, *CMR Hükümleri Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulması*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 68. Yargıtay 11 HD. 22.04.2021 T., 2019/4433 E. ve 2021/3986 K. sayılı ilamında meydana gelen zarar bakımından uygun ambalajlama yapılmaması sebebiyle davacının %25 oranında tali kusurlu olduğunu, davalının ise taşımaya uygun ambalaj yapılmadığını gördüğü ve bildiği halde taşıma işlemini yapmaktan kaçınmadığı ve makinelerin gelişigüzel indirme, bindirme ve taşıma yapılarak taşınması sebebiyle %75 oranında asli kusurlu olduğuna karar verilmiştir. Böylece daire, eşyanın yeterli ambalajlamaya sahip olmadığını gören ve bilen taşıyıcıyı zarardan sorumlu tutmuştur.

<sup>82</sup> Kiran, *Tehlikeli Eşya*, 71.

<sup>83</sup> Adıgüzel, *Ziya ve Hasar*, 188. Karan, taşıyıcının, eşyanın görünür durumunu bizzat araştırmakla yükümlü olduğunu, bunun da beş duyu organı marifetiyle yapılacak basit bir gözlem ile yapılacak dış haldeki tespit olduğunu belirtmektedir (bkz. Karan, *CMR Şerhi*, 171).

<sup>84</sup> Muharrem Gençtürk, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuk (Gecikmeden Doğan Sorumluluk)*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), 47, dp. 7. Zira CMR m. 8’de yer alan kontrol yükümlülüğünün hâkim görüşe göre bir yükleniti niteliğinde sayılması, yüklenitin tipi özelliği neticesinde kendisine ait hakkın kaybı sonucunu doğurur (bkz. Aydın, *CMR*, 76-77).

<sup>85</sup> Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 63.

<sup>86</sup> Aydın Alber Yüce, “Karayolu Taşımalarında Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluktan Kurtulmasında Özel Sebepler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25/1: (2019) 370.

cının sorumluluğunu etkileyen bir başka olayın varlığının bu sorumluluğa ne şekilde etki edeceğini düzenlemiştir. Yükü ilgilinin taşıyıcının sorumluluğunu etkileyecek nitelikteki fiilleri veya taşıyıcının sorumluluktan kurtulma hallerinden yaralandığı durumlarda yükü ilgilinin durumun aksini ispatı tarafların sorumluluklarını etkileyecektir. Bu açıdan CMR m. 17/5 hükmü, meydana gelen zararın, taşıyıcı ve davacının kusur ve ihmali neticesinde meydana gelmesi halinde tarafların zarara yapmış oldukları katkı oranında sorumlu olacaklarını düzenlemektedir<sup>87</sup>. Hükme göre meydana gelen zarar, taraflar arasında kusur ve ihmalleri oranında paylaşılacaktır<sup>88</sup>. Böyle bir durumda davacı, zararın meydana gelmesinde karşı tarafın katkı yapan davranışlarını; sorumluluktan kurtulmak isteyen davalı taşıyıcı ise CMR m. 17/2 uyarınca zarardan sorumlu tutulamayacağını ispat etmek durumundadır<sup>89</sup>.

Müterafik kusur, üçüncü kişinin kusuruyla zarara uğrayan ve bu sebeple tazminat isteme hakkına sahip olan kimsenin, zararın doğmasında kendisinin de iştiraki olması halinde gündeme gelir ve böyle bir durumda tazminatta tenkisat yapılır<sup>90</sup>. TBK m. 52, zarar görenin, zararı doğuran fiile razı olması veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olması veya hüt tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması halinde hâkimin, tazminatı indirebileceği veya tamamen kaldırebileceğini düzenlemiştir. Hükümün devamında zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsünün, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşmesi ve hakkaniyetin de bunu gerektirmesi halinde hâkim, tazminatı indirebilir demektedir.

<sup>87</sup> Yargıtay 11. HD. 24.10.2019 T. 2018/1170 E., ve 2019/6712 K. sayılı ilamında taşıyıcının taşınmak üzere yüklenen ahşap paletlerdeki kusuru görmesine rağmen nezaret yükümlülüğü gereği buna karşı çıkmamasını müterafik kusur olarak değerlendirmiştir.

<sup>88</sup> Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 118; Erdoğan, *Hasar*, 260. CMR m. 17/5'in gündeme gelmesinin taşıyıcının CMR m. 17/2 ve 4 hükmünden yararlanmasını engelleyeceği gibi gönderenin de CMR m. 7 ve m. 10'daki sorumluluklarından kurtulabileceği yönünde bkz. Karan, *CMR Şerhi*, 170.

<sup>89</sup> Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 118-119. Böyle bir halde dahi taşıyıcının eşyanın hasarı sebebiyle sorumluluktan kurtulabilmesi için azami özeni göstermiş olmasına rağmen hasarın meydana gelmiş olduğunu ispat etmesi gerektiği, aksine bir davranışın m. 17/2'den faydalanma imkanını ortadan kaldıracağı yönünde bkz. Mustafa Erdoğan, *CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 220-221.

<sup>90</sup> Halil Yılmaz Günel, "Müterafik Kusur", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 16/1 (1961), 208.

Türk hukukunda TTK m. 864/3 hükmü, benzer bir düzenleme barındırmakta, zarar ve giderlerin doğmasına taşıyıcının davranışının da etki etmesi halinde, tazmin yükümlülüğü ve tazminatın kapsamının belirlenmesinde, bu durumun dikkate alınacağı belirtilmektedir<sup>91</sup>. Hükümün gerekçesinde bu hükmün, ortak (müterafik) etkiyi veya başka bir deyişle ortak sebebiyet vermeyi düzenlediği belirtilerek ortak etkinin ne olduğu da tanımlanmıştır. Gerekçede -"ortak etki (veya sebebiyet verme)- kesinlikle ortak kusuru ifade etmez. Ortak etki kanunda zararların ve giderlerin doğmasında taşıyıcının davranışlarının etkisi" şeklinde belirtilmiştir. Hükümde bu ifadenin yer alma sebebi ise "ortak kusur" veya benzeri bir yoruma engel olunmak istenmesi olarak ifade edilmiştir. Bununla birlikte hükmün bir diğer özelliği ise ortak etkinin zarar doğurmayıp giderlere sebep olması halinde de 2. fıkranın gündeme gelebilmesi olarak açıklanmıştır. Gerekçeye göre ortak etkinin (veya sebep olma) tazminatın kapsamının nasıl belirleneceğinin ise tamamen yargıcın takdirindedir. Benzer şekilde TTK m. 875/2'de de zararın oluşmasına gönderen ya da gönderilenin bir davranışın ya da eşyanın özel bir ayıbının sebep olduğu hallerde, tazminat borcunun doğumu ve kapsamının belirlenmesinde bu durumun ne ölçüde etkili olduğunun dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Hükümün gerekçesinde düzenlemenin ortak etkiyi (ortak sebep olmayı) hükme bağladığı ifade edilerek bu düzenlemenin de tıpkı TTK m. 864/3 gibi ortak kusur şeklinde anlaşılamayacağı, zararın paylaşılması ilkesinin kabul edildiğini ve tazminatın kapsamının hakime bırakıldığı ifade edilmiştir<sup>92</sup>.

Bu açıdan hüküm ve gerekçe, CMR m. 17/5'in yorumlanmasında da gündeme gelir ve taşıyıcının zararın meydana gelmesindeki katkısı sorumluluğunun belirlenmesinde dikkate alınır. Fakat CMR açıkça zarar terimini kullandığından TTK'nın aksine giderlerin doğmasına sebebiyet veren eylemleri dolayısıyla taşıyıcının sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

---

<sup>91</sup> Yargıtay 11. HD. 12.04.2018 T., 2016/11528 E., 2018/2670 K. sayılı ilamında TTK m. 864/3 hükmünü dikkate alarak zararın veya giderin doğmasında taşıyıcının davranışının etkisi olması halinde tazmin yükümlülüğünün ve ödenecek tazminatın belirlenmesinde bu davranışın ne ölçüde etkili olduğunun araştırılması gerektiğinden cihetle ilk derece mahkemesince verilen kararı bozmuştur. Benzer karar için bkz. Yargıtay 11. HD. 04.04.2018 T., 2016/9813 E., 2018/2379 K.

<sup>92</sup> Doktrinde bu düzenleme çerçevesinde artık TBK m. 52'ye uygulamaya gerek kalmadığı ifade edilmektedir (bkz. Adıgüzel, *Ziya ve Hasar*, 175).

Müterafik kusur, meydana gelen zarara etki eden olayların dikkate alınması ile belirlendiğinden kusur veya ihmalin ağırlığına göre bir oranlama yapılmakta ve böylece zarar o minvalde taşıyıcıya yansıtılmaktadır<sup>93</sup>. Sorumluluk oranlarının tespit edilemediği durumlarda ise Yargıtay bazı kararlarında, sorumluluğun eşit olarak paylaştırılmasına karar vermiştir<sup>94</sup>.

## V. KARARA KONU OLAY BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Davaya konu olay ex-works satış niteliğinde yapılan satışın, taşıma sigortası ile sigorta ettirilmesi ve yapılan taşımada eşyanın hasara uğraması neticesinde sigortacının sigortalının zararını ödemesi üzerine rücu yönünde açmış olduğu tazminat davasıdır<sup>95</sup>. Ex-works satış uyarınca, bütün satış türlerinde, uluslararası satış sözleşmesinin tarafları olan ithalatçı ve ihracatçı, yapacakları sözleşme ile eşyanın

<sup>93</sup> Yargıtay 11. HD'nin bir kararında, kararına konu olayda taşıyıcının nezaret yükümüne aykırı davranışı sebebiyle %25 oranında müterafik kusuru olduğu belirtilmiştir (Yargıtay 11. HD. 06.02.2006 T., 2005/13923 E., 2006/997 K. bkz. Erdem, *Taşıma Hukuku*, 322). Benzer şekilde Yargıtay 11. HD, bir kararında, mahkemece gönderici ve taşıyıcının eşit kusurlu ve sorumlu olduklarının kabul etmiştir (Yargıtay 11. HD. 18.12.1995 T., 1995/9297 K. bkz. Kaya, "CMR", 261).

<sup>94</sup> Yargıtay 11. HD. 07.06.2017 T., 2016/4677 E., 2017/3500 K. (bkz. Erdoğan, *Hasar*, 262). Yargıtay 11. HD. 25.02.2021 T., 2020/1869 E., 2021/1757 K. sayılı ilamında konteyner ve römorka sabitlenmeyen eşyanın uğradığı zarar bakımından TTK m. 863/1 uyarınca göndereni kusurlu kabul ederken, taşıyanın ise yüklemenin aracın manevra kabiliyeti ve sürüş güvenliğine olumsuz etkisini öngörüp gönderene bildirim yapmaması sebebiyle kusurlu olduğunu belirterek tarafların kusur oranını %50 oranında kusurlu olduklarına kanaat getirmiştir. Benzer yönde bkz. Yargıtay 11. HD. 11.12.2019 T., 2019/4882 E., 2019/8088 K.

<sup>95</sup> MTO tarafından, ex work satışın da içerisinde yer aldığı bir dizi ticari terimin yeknesak hale getirilip yayınlanması ile INCOTERMS® olarak adlandırılan ve günümüze kadar birçok kez değişikliğe uğrayan kurallar, özellikle eşyanın teslimi, hasarın geçişi ve buna bağlı masraflar, ambalajlama, tarafların yükümlülüklerini yerine getirdiklerinin ispatı gibi konular üzerine duran fakat satılan eşyanın özellikleri, ödemenin yer ve zamanı, gecikme veya diğer aykırılıkların sonuçları gibi birtakım durumları dışarıda bırakan kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır (bkz. Cahit Ağaoğlu, "Incoterms ® 2020", *Public and Private International Law Bulletin*, 40/2: 2020, 1119). Anılan bu kurallar MTO'nun bir markası olmanın yanında, satış sözleşmelerinde eşyanın teslim şekline göre satıcı ve alıcıların sorumluluklarının farklılık arz etmektedir (Ağaoğlu, "Incoterms ® 2020", 1113). Bununla birlikte bu kuralların ana işlevi risk transferidir; risk dağıtımının en basit yolu olarak değerlendirilmektedir (bkz. Özge Elmas Günaydın, "Incoterms 2000, 2010 ve 2020 Revizyonlarına Genel Bakış", *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 11/2:2021, 759).

satıcının adresi ve unvanı belirlenen işyerinden teslim alınmasını kararlaştırabilir; bu halde satıcı, sözleşmeye uygun olarak eşyayı belirlenen işyerinde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak zorundadır<sup>96</sup>. Aksine bir sözleşme olmadığı durumlarda ex-works satışlarda ihracaatçı, eşyanın, taşınacak araca yüklenmesinden ve eşyaların gümrükten geçişinden sorumlu değildir; ayrıca taşıma giderleri ve taşımadan kaynaklı riskler de ihracatçı üzerinde değildir<sup>97</sup>.

Çalışma konusu olay dikkate alındığında CMR m. 17/1-b ve c hükmünün incelenmesi gerekmektedir. CMR m. 17/1-b uyarınca ambalajlanmadığı veya kötü ambalajlandığı zaman, özelliği gereği fire veren veya hasara uğrayan eşyaların ambalajlanmaması veya hatalı ambalajlanması taşıyıcıyı sorumluluktan kurtarır. CMR m. 17/4-c hükmüne göre ise eşyanın gönderici, alıcı ya da bunlar adına hareket eden kişilerce yüklenmesi ve istiflenmesi halinde meydana gelen zararlarda taşıyıcı, bu zararlardan sorumlu tutulamaz.

Ambalajlama ile ilgili kusur veya eksiklikleri taşıyıcı kanıtlar<sup>98</sup>. Yargıtay'a göre ambalajlamadan kaynaklı hasarlarda, hasarın bundan ileri geldiğini kanıtlanmadıkça taşıyıcı sorumluluktan kurtulamaz<sup>99</sup>. Taşıyıcı, sevk mektubuna ambalajlama hatasına ilişkin koyacağı bir çekince ile bu durumu ispatlayabilmektedir. Yükleme ve istifleme açısından ise böyle bir zararın varlığında taşıyıcı, zararın yükleme ve istifleme sırasında meydana geldiğini ispatlaması gerekmemektedir<sup>100</sup>. Taşıyıcı, zararın ilgili kişilerin yüklemeye ve istiflemesinden kaynaklanabileceğini ortaya koyacak, böylece ispat yükü davacıya geçecektir<sup>101</sup>. Ayrıca yükleme ve istiflemenin kusurlu olmasına da gerek yoktur; önemli olan zararın, yükleme sebebiyle meydana gelmesidir<sup>102</sup>.

Türk hukukunda, CMR'nin uygulandığı uluslararası nitelikteki taşımalarda taşıyıcının nezaret etme yükümlülüğü açıkça düzenlenmese

---

<sup>96</sup> Erdem, *Taşıma Hukuku*, 175.

<sup>97</sup> Erdem, *Taşıma Hukuku*, 175.

<sup>98</sup> Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 108.

<sup>99</sup> Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 108.

<sup>100</sup> Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 109.

<sup>101</sup> Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 111. Zira CMR m. 17/4-c'de yer alan bu durum taşıyıcıyı sorumluluktan kurtaracak özel risk hallerinden biridir.

<sup>102</sup> Akıncı, *Eşya Taşımacılığı ve CMR*, 109.

de ilk derece mahkemesi ve Yargıtay kararlarında taşıyıcının bu yükümlülüğü dikkate alınarak kararlar verilmekte; bu yükümlülüğün çerçevesi ise farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Benzer şekilde ulusal nitelik taşımalar bakımından da 6102 sayılı TTK kabul edilmeden önce uygulanan 6762 sayılı TTK, yükleme ve boşaltmanın kimin görevi olduğu ve taşıyıcının bu anlamdaki sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme getirmediğinden, buna ilişkin talepler doktrin ve yargı içtihatları çerçevesinde belirlenmekteydi<sup>103</sup>. Bu açıdan yüklemenin ve istiflemenin taşıyıcı tarafından yapılmadığı durumlarda taşıyıcının bu işlemlere nezaret etme yükümlülüğünün sınırları da bu çerçevede değerlendirilmekteydi. Fakat 6102 sayılı TTK'nın 863/1 hükmü, yükleme ve boşaltmayı yapan kimsenin yükümlülüğü ile taşıyıcının bu sebeple söz konusu olabilecek yükümlülüğünün sınırlarını ortaya koymaktadır. Hüküm uyarınca, taşıyıcının nezaret etme yükümlülüğü işletme güvenliği çerçevesinde değerlendirilerek buna ilişkin alınan önlemler, taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için yeterlidir. Bu açıdan kanaatimizce, Yargıtay'ın TTK'nın kabulü öncesinde vermiş olduğu kararlarda yer alan içtihatları, TTK'nın uygulanacağı uyuşmazlıklar açısından bu minvalde değiştirilmeli ve taşıyıcının nezaret etme yükümlülüğü geniş yorumlanmamalıdır. Kanaatimizce, TTK'nın uygulanmayacağı uyuşmazlıklar bakımından da nezaret yükümlülüğünün sınırlarını belirlemede bu hükümden yararlanılması mümkündür.

Yükleme ve istif hatalarının açıkça görülmesi halinde ise taşıyıcının TTK m. 18/2 uyarınca basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü dikkate alınmalı ve buna aykırı davranışlar taşıyıcının sorumluluğunu gündeme getirebilmelidir. Bununla birlikte TMK m. 2'de yer alan dürüstlük ilkesi, açıkça görülen hatalar bakımından taşıyıcıya, eşyanın zarar görebileceği, taşıma ve işletme güvenliğine aykırılık meydana getirebileceği yönünde uyarıda bulunma yükümlülüğü yüklemektedir. Buna aykırı davranışın korunmaması ise CMR ve TTK'dan değil TMK'dan kaynaklı olarak gündeme gelir.

<sup>103</sup> 6762 sayılı Kanun m. 777/2 ve m. 778 bu durum ile ilişkilendirildiğinde yüklemenin taşıyıcının borcu olduğuna dair bir yorumlamaya elverişli olduğu yönünde bkz. Kaya, "CMR", 242, dp. 19. Kara taşımaları bakımından bu dönem de de yükleme ve istifleme birbirinden ayrılmamakta; ihtilaf halinde istiflemenin de yüklemeyi yapan tarafından yapıldığı varsayılmaktaydı (bkz. Arkan, *Sorumluluk*, 121, dp. 75).

Bu sebeple taşıyıcının nezaret yükümlülüğü uyarınca gördüğü eksikler hususunda göndereni ikaz etmesi ve sevk mektubuna koyacağı kayıtla veya benzer bir şekilde durumu bildirdiğini ortaya koyması gerekmektedir; bunun aksine taşıyıcının açık bir yükleme hatasının var olduğu bir halde bunu bile bile taşımaya başlaması ise bu yükümlülüğünü ihlal ettiği anlamına gelir<sup>104</sup>. Böylece taşıyıcının kusurundan bahsedilebilir.

Tüm bu açıklamalar ışığında inceleme konusu olayda meydana gelen hasarın incelenmesi gerekir. Hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporu ve ekspertiz raporunda eşyanın hasara uğramasının nedeni, paletlerin gereği gibi sabitlenmemesi olarak açıklanmıştır. Ayrıca dosya kapsamından, aracın ani fren yapması sonucu eşyanın sabitlendiği paletlerden kurtularak devrildiği ve hasarın bu şekilde meydana geldiği anlaşılmaktadır.

İlgili ekspertiz raporunda *“yükün yerden takozlarla çivilenmesine karşı, dorsenin keskin virajlarda/dönüşlerde havaleli makinelerin sağ yan veya sol yana yatması/devrilmesine karşı üst kısımlarından spanzete dorse yanlarına sabitlenmesi gerektiği gibi, kaymaya karşı ve sağ yan-sol yan tarafa devrilmesine karşı herhangi bir spanzet bağlantısının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yalnızca bir adet spanzet kullanılarak dorsenin arkasındaki makine harici rulo halinde paletli kağıt yüklerle makinelerin bulunduğu kısım arasına bir spanzet gerilmiş, ancak bu spanzet ise kopmuştur.”* ifadeleri kullanılarak eşyanın takozlarla yere çivilendiği, dorsenin arkasındaki makine harici rulo halinde paletli kağıt yüklerle makinelerin bulunduğu kısım arasına bir adet spanzet gerildiği belirtilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise ambalaj, yükleme ve boşaltma hatalarında, taşıyıcının, eşyanın emniyetle taşınmasını sağlamak amacıyla gereken her türlü tedbiri alması gerektiğini, anılan işlemlere nezaret etmesini ve varsa hatalı ambalaja, yükleme ve boşaltmaya karşı çıkmasını TMK m. 2 uyarınca gereklilik olarak görmektedir. Ayrıca dosyada bulunan fotoğraflardan, açıkça, yüklemenin hatalı yapıldığı çıplak gözle görülebilecek nitelikte olduğunun, bu durumun tespitinin ise uzmanlık veya araştırma yapılmasını gerektirecek nitelikte olmadığını belirtmektedir.

---

<sup>104</sup> Kaya, “CMR”, 258.



Ekspertiz raporu ve Kurul'un açıklamaları dikkate alındığında, kanaatimizce, nezaret yükümlülüğünün olması gerekenden geniş yorumlandığı, gönderenin yükümlülüğünü daraltarak zarara ilişkin sorumluluğu taşıyıcıya yüklediği görülmektedir. Zira, yükleme ve boşaltma hakkında en iyi bilgi sahibinin gönderen olduğu dikkate alındığında<sup>105</sup> taşıyıcının nezaret yükümlülüğünü bu şekilde geniş tutmak hakkaniyete aykırıdır. Nezaret etme yükümlülüğünün geniş yorumlanması ise CMR m. 17/4-c hükmü ile çelişmektedir.

Yükleme, ekspertiz raporunda görüldüğü üzere eşyanın takozlarla çivilenmesi, bir tane de olsa spanzet gerilerek sabitlenmesi şeklinde gerçekleştirilmiştir. Taşıyıcının bu şekilde alınan önlemleri yeterli görmesi, onun basiretli bir tacir gibi davranmadığı sonucunu doğurmaz. Çünkü yükleme esnasında birtakım tedbirler alınmış ve eşya sabitlenmiştir. Spanzetin kopması ve ani fren neticesinde eşyanın sabitlendiği paletlerden kurtularak devrilmesi neticesinde eşyanın hasar görmesi, onun sabitlenmediği anlamına gelmez. Kaldı ki bu durum yüklemeyi yapanın sorumluluğunu doğuracak bir durumdur<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> Adıgüzel, "Yenilikler", 782; Oyal, "İşletme Güvenliği", 1265. Gerçekten de taşıyıcı, eşya taşınması bakımından birçok farklı türde eşyanın taşınmasını sağlamakta; bu açıdan taşınan eşyaların karakteristik özellikleri açısından en iyi bilgiye gönderen sahip olmaktadır. Kaldı ki Aydın'ın da haklı olarak ifade ettiği gibi uygulamada taşıyıcı, yükleme ve istifleme anında ancak sürücüsü ile alanda bulunmakta; yükleme ve istifleme için taşıyıcının ayrıca personel tahsisinin taşıyıcıdan beklenmesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı söylenebilecektir (bkz. Aydın, *CMR*, 38).

<sup>106</sup> Doktrinde, işletme güvenliği çerçevesinde taşıyıcının ani fren dolayısıyla eşyanın dengesinin bozulmaması veya düşmemesi için gerekli özeni göstermesi gerektiği ifade edilse de (bkz. Türkel, "En Yüksek Özen", 304; Oyal, "İşletme Güvenliği", 1285) kanaatimizce ani fren, normal taşıma sırasında olağan bir şekilde vuku bulabilir ve bu sebeple de öngörülebilir niteliktedir. Bu sebeple yüklemeyi ve istiflemeyi yapan gönderenin bu riske karşı tedbir alması gerekmektedir. Alman hukukunda da aracın ani fren yapması, taşıma sırasında olağan ve öngörülebilir nitelikte sayılarak gönderenin yüklemeyi aracın ani fren yapabileceği ihtimaline uygun olarak yapması gerektiği belirtilmektedir (bkz. Oyal, "İşletme Güvenliği", 1272). Ani kaçış manevraları da bu yönde gönderenin dikkate alması gereken bir ihtimal iken aracın trafik kazası yapma ihtimalinin dikkate alınması ise öngörülebilirliği mümkün olmadığından gerekmemektedir (bkz. Oyal, "İşletme Güvenliği", 1272-1273) Aynı durumun taşıyıcıdan da beklenemeyeceği yönünde bkz. Türkel, "En Yüksek Özen", 304. Benzer şekilde aksine bir düzenleme söz konusu değilse, taşıma güzergahının taşıyıcı tarafından belirlendiği dikkate alındığında gönderenin bu yolun iyi veya kötü durumda olup olmadığını bilmesi beklenemeyeceğinden taşıyıcının, kötü yol güzergahı konusunda göndereni bilgilendirmesi ve yükleme ve istifleme için gerekli tedbirleri almasını talep etmesi gerekir (bkz. Oyal, "İşletme Güvenliği", 1276).

Eşyanın yeterince sıkı bağlanmaması veya yeterli şekilde sabitlenmemesi taşıma güvenliği ile ilişkilidir<sup>107</sup>.

Her ne kadar Dairenin vermiş olduğu kararda uyuşmazlığın, “taşıyıcının yükleme ve istifleme bakımından nezaret etme yükümlülüğünü ihlal ettiği ve kusurlu (müterafık kusuru) olduğuna ilişkin bozma ilamındaki kabulün hakimın hukuki bilgisi kapsamında mı olduğu yoksa teknik bilirkişinin çözmesi gereken bir olgu mu olduğu; varılacak sonuca göre, tarafların kusur oranları bakımından gerektiğinde bilirkişiden ek rapor alınması veya yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekip gerekmediği noktalarında” toplandığı ifade edilse de bu hususa ilişkin açıklama yapılmayarak taşıyıcının kusurunun tespitinin hakimın hukuki bilgisi ile mi yoksa teknik bilirkişinin marifetiyle mi yapılacağı açıklanmamış ve taşıyıcı müterafık kusurlu olarak addedilmiştir. Tarafların kusur oranları ise inceleme konusu yapılmamıştır<sup>108</sup>. Kurulan hüküm bu sebeple de eksiktir.

Açıklanan tüm bu sebeplerle, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun öngelen uyuşmazlıkta, 6102 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce uyuşmazlık meydana gelse dahi taşıyıcının nezaret etme yükümlülüğünü geniş yorumlayarak taşıyıcıya hatalı yükleme ve istif konusunda gerekli tüm önlemleri alma yükümlülüğü ile yüklemesinin CMR m. 17/4-c hükmü ile çelişmekte; uzmanlık gerektirmeden anlaşılan hatalar bakımından ise sevk mektubuna çekince koymak suretiyle bu durumun ifade edilmesi gerektiği ve dosya kapsamında alınan uzman raporları neticesinde de yükleme hatasının açıkça gözlemlenebildiğine dair ibare yer almadığı da dikkate alınarak konunun özel ve teknik bilgi gerektirmesi hasebiyle bu hususun uzmanlarca ortaya konması gerektiğine ilişkin karar vermesinin daha yerinde olacağını düşünülmektedir.

---

<sup>107</sup> Oyal, “İşletme Güvenliği”, 1274.

<sup>108</sup> Yargıtay 11. HD. 13.09.2017 T. 2016/7258 E., 2017/4332 K. sayılı ilamında tarafların kusur durumu ve kusur oranı belirtilmeksizin zararın tamamının taşıyıcıların sorumluluğunda tutulmasını doğru bulmayarak verilen kararı bozmuştur.

| YAZAR BEYANI                        |   |
|-------------------------------------|---|
| Mali Destek/ Teşekkür Beyanı:       | Bulunmamaktadır.  |
| Yazarların Katkıları                | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.   |
| Çıkar Çatışması/ Ortak Çıkar Beyanı | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.<br>Yazar Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi çalışanıdır. |
| Etik Kurul Onayı:                   | Gerekmemektedir.  |

### KAYNAKÇA

Adıgüzel, Burak. “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Eşya Taşıma Hukuku Alanında Getirilen Yenilikler”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 18/2 (2012), 769-792. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/48277/616861>

Adıgüzel, Burak. *Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Ziya ve Hasardan Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

Adıgüzel, Burak. *Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

Ağaoğlu, Cahit. “Incoterms ® 2020”, *Public and Private International Law Bulletin*, 40/2: 2020, 1113-1149. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ppil/issue/56082/840334>

Akburak, Sümeyye. “Taşıyıcının Sorumluluğu Alanında CMR’nin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na İktibası”. İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. 2011.

Akıncı, Elif. “CMR Hükümleri Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulma Halleri (Genel Sebepler)”. Konya Barosu Dergisi. 1/2 (2017), 13-44. <https://www.jurix.com.tr/article/12749>

Akıncı, Ziya. *Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.

Arkan, Sabih. *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1982.

Aydın, Alihan. *CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*. İstanbul, Beta Yayınları, 2002.

Erdem, Ercan. *CMR Konvansiyonu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Karayolu Taşıma Hukuku*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2013.

Erdoğan, Mustafa. *CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Gençtürk, Muharrem. *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuk (Gecikmeden Doğan Sorumluluk)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.

Günal, Halil Yılmaz. "Müterafik Kusur". Ankara Üniversitesi SBF Dergisi. 16/1 (1961), 208-220. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3177/44207>

Günaydın, Özge Elmas. "Incoterms 2000, 2010 Ve 2020 Revizyonlarına Genel Bakış", *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 11/2:2021, 755-779. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ckuiibfd/issue/66366/871338>

Karan, Hakan. *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.

Kaya, Arslan. "Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (CMR)'de Öngörülen Sorumluluğun Esasları (II)". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası., 56/1-4 (1998), 239-267. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9068/113093>

Kıran, Süleyman. *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli Eşya Taşınması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

Misili, Sinan. "Karayolunda uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon (CMR) Uygulama Alanına İlişkin Şartlar ve CMR m. 2 Uygulaması". *Terazi Hukuk Dergisi*. 14/151 (2019), 545-555. <https://www.jurix.com.tr/article/18471>

Oyal, Ahmet Batuhan. "Taşıyıcının Yüklemenin İşletme Güvenliğine Uygun Olarak Yapılmasını Sağlama Yükümlülüğü". Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 12/2 (2022), 1261-1315. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/issue/74806/1227511>

Özel, Bilal. *Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Karayolu ile Eşya Taşımalarında Gönderenin Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Türkel, Doğuş Taylan. “Taşıyıcının En Yüksek Özeni Üzerine Bir İnceleme (TTK m. 876)”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 22/1 (2020), 255-320. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/54409/704816>

Uslu, Murat. “Ara Taşıyıcıların, Asıl Taşıyıcıya Karşı Gecikmeden Doğan Sorumluluklarının CMR Hükümleri Çerçevesinde Kapsamı ve Sınırları”. Terazi Hukuk Dergisi. 2/15 (2007), 33-47. <https://www.jurix.com.tr/article/236>

Uslu, Murat. *CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.

Uyaroğlu, Osman. “CMR’ye Göre Taşıyıcının Eşyanın Kaybı ve Hasarından Doğan Zararlardan Sorumluluğu”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 51: (2022), 535-564. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/71085/1140219>

Yavaş, Aksoy. *Karayolunda Konteyner İle Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Yüce, Aydın Alber. “Karayolu Taşımalarında Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluktan Kurtulmasında Özel Sebepler”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 25/1 (2019), 360-388. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/46464/583736>

Yürük Yeniocak, Demet. *CMR Hükümleri Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

## **YARGI KARARLARI**

Yargıtay 11. HD. 1993/3480 K. 13.05.1993 T.

Yargıtay 11. HD. 1995/9297 K. 18.12.1995 T.

Yargıtay 11. HD. 2002/10202 K. 11.11.2002 T.

Yargıtay 11. HD. 2003/9575 K. 20.10.2003 T.

Yargıtay 11. HD. 2005/318 K. 26.10.2005 T.

Yargıtay 11. HD. 2006/997 K. 06.02.2006 T.

Yargıtay 11. HD. 2017/3500 K. 07.06.2017 T.

Yargıtay 11. HD. 2017/4332 K. 13.09.2017 www.kazanci.com 12.10.2023  
Yargıtay 11. HD. 2018/130 K. 10.10.2018 T. www.kazanci.com 15.12.2023  
Yargıtay 11. HD. 2018/2379 K. 04.04.2018 www.kazanci.com 15.12.2023  
Yargıtay 11. HD. 2018/2670 K. 12.04.2018 www.kazanci.com 18.01.2024  
Yargıtay 11. HD. 2019/6712 K. 24.10.2019 T. www.kazanci.com 27.01.2024  
Yargıtay 11. HD. 2019/8088 K. 11.12.2019 www.kazanci.com 24.01.2024  
Yargıtay 11. HD. 2021/1757 K. 25.02.2021 www.kazanci.com 24.01.2024  
Yargıtay 11 HD. 2021/3986 K. 22.04.2021 www.kazanci.com 24.10.2023  
Yargıtay 11. HD. 2022/3933 K. 23.05.2022 www.kazanci.com 11.11.2023  
Yargıtay 11. HD. 2023/2184 K. 10.04.2023 T. www.kazanci.com 16.11.2023

#### **KISALTMALAR**

|           |  |
|-----------|--|
| BAM       | : Bölge Adliye Mahkemesi   |
| bkz.      | : Bakınız  |
| CMR       | : Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi |
| dp.       | : Dipnot   |
| E.        | : Esas   |
| E.T.      | : Erişim Tarihi  |
| HD.       | : Hukuk Dairesi  |
| INCOTERMS | : International Commercial Terms   |
| K.        | : Karar  |
| m.        | : Madde  |
| MTO       | : Milletlerarası Ticaret Odası   |
| SBF       | : Siyasal Bilgiler Fakültesi   |
| T.        | : Tarih  |
| TBK       | : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu  |
| TMK       | : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu   |
| TTK       | : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu  |



## **İSLAM - OSMANLI HUKUKUNDA VAKFA MÜDAHALE KAVRAMI<sup>1</sup>**

*The Concept Of Intervention in  
Waqf in Islamic-Ottoman Law*

**Arş. Gör. Esmâ Nur TOPCU\***

### **ÖZET**

Önceki hukukumuzda vakıf, diğer tüm müesseselerden farklı olarak ebediyete kadar işlemesi amacıyla binaen dizayn edilmiş bir kurumdur. Bu nedenle, mülkiyeti yaratıcıya nispet edilerek menfaati kamuya tahsis edilen bu kurumun her bir unsuruna, başka hiçbir hukuki özneye tanınmamış bir dokunulmazlık zırhı biçilmiştir. Vakfın varlığının ve işleyişinin ebedi kılınması, ancak onun hukuki veya maddi varlığına yönelik her nev’iden müdahalenin bertaraf edilmesiyle mümkün olabilir. Ancak önceki hukukumuzda vakıf kurumu, hayatın her noktasına tesir etmiş en önemli içtimai müessese olarak, daima müdahalelerin hedefinde olmuştur. Öte yandan Osmanlı hukuk pratiğinde ziyadesiyle geniş bir yer işgal eden vakfa müdahale kavramı, teorik düzlemde

<sup>1</sup> Bu eser yazarın yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

\* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türk Hukuk Tarihi ABD., e-posta: esmanur.topcu@ogu.edu.tr, ORCID: [0000-0001-5177-4666](https://orcid.org/0000-0001-5177-4666).

**Makale Geliş Tarihi:** 30.07.2024

**Makale Kabul Tarihi:** 14.09.2024

⇒ **Atıf Şekli:** Esmâ Nur Topçu “İslam - Osmanlı Hukukunda Vakfa Müdahale Kavramı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 833-883.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.





yeterince incelenmemiştir. Bu çalışmanın iki temel hedefi bulunmaktadır: i) Vakfa müdahale fiilinin İslam hukuku kapsamında kavramsal çerçevesini ve unsurlarını tayin edebilmek için fıkıh literatürünü ve fetva mecmualarını inceleyerek hukuki bir analiz yapmak, ii) Pratikteki görünüm şekillerini ortaya koyabilmek için vakfa müdahale fiillerini ahkâm-ı şikâyet defterleri, mühimme defterleri ve şer'iyye sicillerindeki kayıtlar üzerinden örneklendirmek.

**Anahtar Kelimeler:** Vakıf, Vakfa Müdahale, Haksız Müdahale, Osmanlı Vakıfları, Vakıf Hukuku

### **EXTENDED ARSTRACT**

Waqf is the most important of the legal institutions that influenced the social life of the Ottoman period. During this period, waqfs undertook and successfully performed many public services that are today performed by the state. The charitable waqfs did not stop there and performed very important functions in terms of preventing class conflicts and injustice in the distribution of wealth, as well as establishing social solidarity. However, there is something that distinguishes waqfs in Islamic law from similar institutions in other systems: Its eternal establishment. In fact, it is essential that the establishment of a waqf is not subject to any condition or time limit, otherwise the waqf is not established. There is only one way for such an institution to function in perpetuity: to protect it from all interventions. However, waqfs have been the target of interventions in every period as an institution that manages a small or large amount of material assets and allows many people to benefit in different ways due to its nature. The aim of this study is to make a legal analysis of the acts of intervention in waqf and to examine their practical appearances by exemplifying them.

When fiqh literature, fatwa journals and muhimme and verdicts-complaint registers are analyzed, it has been determined that the intervention in the waqf, as a tort, consists of three elements: illegality, intent and act. Illegality element, on the other hand, has three norm sources within the framework of waqf law. The first one is the sharia provisions as the general cause of illegality in Islamic law. In this context, the

acts that need to be mentioned separately are the acts that are illegal only due to the violation of sharia provisions without the need for other reasons of illegality. This includes, first of all, acts that themselves constitute an offence. Such as stealing waqf property, usurping waqf property, and destroying waqf property. It also includes acts that are normally legitimate but become illegitimate when they are done with waqf property, such as selling waqf property, inheriting waqf property and cancelling the waqf. The second source of illegality that has the force of a norm is the waqfiyyah (waqf deed). The conditions of the founder of the waqf are absolutely binding, unless they are contrary to the sharia provisions. Many details such as who will benefit from the waqf and how, who will be the personnel of the waqf, and how the property of the waqf will be managed are determined in the waqfiyyah. Therefore, all acts carried out in violation of these conditions should be considered as intervention in the waqf. In the sources we have analyzed, we have come across another norm of waqf law that is not permitted to be changed or interfered with: “amel-i kadim” as the third ground of illegality. Amel-i kadim is the reflection of the concept of customary practice (teamül) in the law of waqf. In cases where the conditions of the waqf are not known, even the judge or the mutawalli (trustee) cannot intervene in this practice, which has become a rule after a long period of practice.

The second element of the act of intervention in the waqf is intent, which consists of knowingly and willingly performing an act of interference that is illegal. As seen in the case examples, in order for legal accountability to arise, intention is required only for the act itself, not for the result of the act. And the third element of intervention in the waqf is the act. And in order for the element of the act to be deemed completed, it is not required that the result of the damage occurs. On the other hand, although the main form of the act of intervention in the waqf is by executive action, it is seen that it can also be committed by negligent action by persons who have the responsibility of ‘guarantor’.

In this study, the structural elements of the waqf institution that may be subject to intervention are determined as the assets of the waqf, the officers of the waqf and the functioning/operating principles of the waqf. In the next step, the interventions against the assets of

the waqf were also categorized according to the components of the assets, so that the identity of the interventions in this category with the standard types of crimes and torts could be revealed. In order to better analyze the interventions they are subjected to, the elements of the assets are also divided into three categories: the “ayn” (tangible entity) of the waqf property, the benefits of the waqf property and the income of the waqf property. The interventions against the ayn of the assets consist of legal transactions regarding the transfer of the ownership of the waqf property, as well as acts of property damage. The acts directed against the benefit of waqf property are mostly of the usurpation type and there are many examples of them in the verdict-complaint registers. In the case of interventions in the income of waqf property, the variety of types of acts increases: extortion, pressure to confiscate, bribery, betrayal of the waqf are examples of such acts. It was also possible to intervene indirectly in the income of the waqf. In fact, and especially in the 18th century Jerusalem waqfs, the majority of those who intervened in waqfs in this way were members of the “ehl-i örf”, in other words, those authorized by the state.

One of the most interesting findings of this study is that most of the interventions in the waqf took place as interventions against the officers of the waqf. This suggests that people see holding waqf positions as a safer and more respectable way to manage the waqf's financial resources, or at least to benefit from its facilities on a regular basis, as more attractive than holding any property, benefit or income of the waqf.

In summary, waqf is one of the most well-protected legal institutions in Islamic law. On the other hand, this institution, which penetrates social and economic life to such an extent, is also one of the most subject to intervention. The most common concept we encounter in the sections on waqfs in both fatwa journals and verdict-complaint registers, is the concept of intervention. The sanction for this tort is very clear: the intervention is immediately stopped, the perpetrator is obliged to compensate for any damage, and if necessary, is expelled from the waqf through various means.

**Key Words:** Waqf, Ottoman waqfs, Intervention in the waqf, Waqf law, torts against waqfs.

## GİRİŞ

Vakıf, Osmanlı dönemi toplumsal hayatına tesir eden hukuki müesseselerin en önemlisidir. Günümüzde devlet kurumları tarafından yerine getirilen birçok kamusal görevi üstlenen vakıflar, sınıf çatışmalarını ve servet dağılımındaki adaletsizliği önlemek, bununla beraber sosyal dayanışmayı tesis etmek bakımından çok mühim fonksiyonlar icra etmişlerdir. İslam hukukunda vakıflar, bu fonksiyonlarını ebediyen icra etmeleri üzerine kurgulanmış ve bu özellikleri ile karakter bulmuş kurumlardır. Öyle ki, vakfın geçerli olarak kurulabilmesi için herhangi bir koşul veya zamanla kayıtlanmamış olması şarttır. Dolayısıyla her vakıf kurucusu, vakfının ebediyen varlığını sürdürmesini ummakta; bunun için de ilk olarak vakfının daima ve kendi çizdiği çerçevede işlemesi arzusuyla detaylı bir senet hazırlamaktadır. Vakfiye adı verilen bu senetlerde, günlük hayatta ve olağanüstü durumlarda karşılaşılabilecek ihtimaller değerlendirilerek vakıf işlerinin aksamadan ve vakfın menfaatine uygun şekilde işlemesi temin edilmiş olmaktadır. Vakıf kurucuları genelde bununla yetinmemekte; kendi vefatlarından sonra da vakfın sürekliliğini sağlamak ve her türlü müdahaleden muhafaza etmek için vakfiyelerinin son kısmında insanların vicdanlarına seslenerek vakfını değiştirmeye veya zarara uğratmaya yeltenecek kimselere ağır beddualar yöneltmektedirler.

İslam-Osmanlı hukukunda vakıflar, kanunun ve devlet mekanizmasının da en az vakıf kurucuları kadar müdahil olduğu, sıkı bir hukuki dokunulmazlık alanı çerçevesinde korunurlar. Zira diğer tüzel kişilere nispetle oldukça sui generis (kendine özgü) bir yapı arz eden bu kurumlar, sıradan bir özel hukuk kurumu olmayıp, Allah haklarının (*hukukullah*), yani İslam hukuk telakkisine göre kamu yararının ağır bastığı organizasyonlardır. Vakfedilen malların Allah'ın mülkü olduğu kabul edilirken, menfaatleri ise kamuya tahsis edilmekte; buna mukabil devlet başkanından başlayarak toplumun her ferdine, vakıfların zarar görmemesi hususunda mesuliyet yüklenmektedir. Yani Allah'ın mülkü sayılan vakıflar, İslam toplumuna emanet edilmiş olmaktadır. Öte yandan vakıflara zarar verecek bir tasarruf, devlet makamları, denetim makamı pozisyonundaki hâkim, vakfın kurucusu, mütevellisi yahut mürtezikası dahil hiç kimsenin salahiyet dairesinde değildir. Vakıf hakkında uygulanacak kararlar, her ne olursa olsun

vakfın menfaatine olmak zorundadır, aksi halde hukuken geçersiz olurlar. Vakıf kurulduktan sonra, bizzat vâkıf dahil hiç kimse, vakıfta değişiklik yapmaya kural olarak yetkili değildir. Vakfı zarara uğratan her kim olursa olsun, müdahalesine derhal son vermekle ve vakfın zararını tazmin etmekle yükümlüdür.

Vakıf müessesesinin, Osmanlı toplumunda zikrettiğimiz fonksiyonları yüz yıllarca icra edebilmesinin sırrı, işte bu hukuki dokunulmazlık zırhında saklıdır. Çalışmamızda bu zırhı delme girişimi anlamına geldiğini düşündüğümüz vakfa müdahale fiillerinin hukuki analizini yapmaya ve fıkıh literatürü, fetva mecmuaları, ahkâm-ı şikâyet defterleri ile şer'îye sicilleri çerçevesinde örneklendirmeye gayret edeceğiz.

Genel anlamıyla vakfa müdahale, vakıfla ilgili herhangi bir hususa karışmak, el atmak anlamına gelmektedir. Dar anlamıyla ise vakfın mal varlığına, vakfın işleyişine veya vakıf görevlisinin görevine yönelen ve vakıfla ilgili şer'î ahkâma, vakfiyeye veya o vakıfta öteden beri uygulanmakta olan amel-i kadime aykırılık teşkil eden bir fiilî hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmek demektir. Bu tanımdan üç unsur ortaya çıkmaktadır: Hukuka aykırılık, fiilî hareket ve kasıt.

## **I. BİR HAKSIZ FİİL OLARAK VAKFA MÜDAHALENİN UNSURLARI**

### **A. Hukuka Aykırılık Unsuru**

Hukuka aykırılık, hukuk düzeninin işlenmesine izin vermediği bir fiil meydana getirildiğinde söz konusu olmaktadır. İslam-Osmanlı hukukunda hukuka aykırılığın temel ve kapsayıcı sebebinin şer'î hükümler olduğu kuşkusuzdur. Bununla birlikte; vakıf hukukuna ilişkin fıkhi literatürü, fetvaları ve hukuki vesikaları incelediğimizde, kendisi ile çatışarak gerçekleştirilen fiili hukuka aykırı hale getiren yaptırım gücüne sahip iki olgu daha karşımıza çıkmaktadır: Vakıf kurucusunun belirlediği şartlar ve vakfın işleyişiyle belirlenen amel-i kadim.

Bahis mevzuu bu üç hukuka aykırılık kaynağının, kendi aralarında da bir hiyerarşiye tâbî olduğu mâlumdur. Vakıf kurucusunun belirlediği şartların ve amel-i kadimin hukuken geçerli ve dokunulmaz alana dahil olması, şer'î hükümlere aykırı olmamalarına bağlıdır. Aynı şekilde, vakfa ait bir pratiğin, amel-i kadim mahiyeti kazanabilmesi için, vakıf kuru-

cusunun iradesiyle çatışma halinde gelişmemiş olması şarttır. Her bir unsura aykırılığın hukuki çerçevesini ayrı ayrı inceleyeceğiz.

### 1. Şer'i Hükümlere Aykırılık

Şer'i hükümlere aykırılığın, İslam hukuk düzeninde bir fiilin hukuka aykırılık unsurunu esasen tek başına ve tamamen karşıladığını zikretmiştik. Bununla birlikte İslam hukuku, vakıf kurucusuna, şer'i hükümlere ve vakfın menfaatine aykırı olmamak kaydıyla çok geniş bir kural koyma yetkisi verir ve bu kurallara aykırı tasarruflar, başka hiçbir sebebe gerek kalmadan hukuka aykırı kabul edilir. Amel-i kadim de, vakıf hukuku pratiğinde benzer şekilde dokunulmazlık kazanmış bir kavramdır. Bu nedenle bu iki unsura aykırılığın hukuki sınırları ayrı başlıklarda incelenecektir. Öyleyse bu başlıkta değinilmesi gereken husus, bu iki unsura aykırı bir durum oluşturmayıp, salt şer'i hükümlere aykırılık nedeniyle hukuka aykırılık ve dolayısıyla vakfa müdahale oluşturan tasarruflardır. Burada karşımıza temel olarak iki fiil kategorisi çıkmaktadır: i) Gasp, mala zarar verme gibi standart suç tiplerinin vakıf malı konu alarak işlenmesi ile ortaya çıkan müdahaleler, ii) Normalde meşru olup, vakfi konu alarak işlendiğinde, vakfın hukuki mahiyetini ortaya koyan şer'i hükümlere aykırılık oluşturduğu için müdahale teşkil eden fiiller.

Hırsızlık, tamamlanması için ağır maddi unsurların bir araya gelmesi gereken bir suç tipi olduğundan, vakıf mallara yönelik müdahale fiillerinde bu suçun teşekkülüne rastlanılması zordur. Ancak gasp ve itlaf suçlarına, vakfa müdahale görünümünde sıklıkla rastlanmış bulunmaktayız.<sup>2</sup> Bu suç tipleri tabiatıyla sadece vakfın mal varlığına

<sup>2</sup> Gasp görünümünde ortaya çıkan vakfa müdahale örnekleri için bkz. Yenişehirli Abdullah Efendi, Behcetü'l-Fetâvâ maa'n-Nukûl, haz. S. Kaya, B. Algın, Z. Trabzonlu ve A. Erken (İstanbul: Klasik Yayınları, 2011), m. 1257, 1280, 1350; Çatalcalı Ali Efendi, Açıklamalı Osmanlı Fetvaları: Fetâvâ-yı Ali Efendi, açıklayan H. Necati Demirtaş (İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 2014), 366/12, 368/ 20, 370/26; es-Seyyid Ahmed ve es-Seyyid Mehmed b. Ahmed el-Gedûsi (ed.), Netîcetü'l-Fetâvâ, haz. S. Kaya, B. Algın, A.N. Çelikçi ve E. Kaval (İstanbul: Klasik Yayınları, 2014), m. 649, 656, 751, 763; Feyzullah Efendi, Fetâvâ Feyziyye maa'n-Nukûl ve's-Şevâhidi'l-Kaviye, haz. Süleyman Kaya, (İstanbul: Klasik Yayınları, 2009), m. 1028, 1049, 1150; İbn Abidin, Reddül-muhtâr Ale'd-Dürri'l-muhtâr, cilt 9, çev. Ahmed Davudoğlu (İstanbul: Şamil Yayınevi, 1983), 262; Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, cilt 5 (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985), 44-47. Kudüs vakıflarında vuku bulan ve men'i emredilen, vakıf taşınmazın gaspı şeklindeki müdahale örnekleri için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 51/2, (2): 50/1, (2): 161/4, (4): 35/2, (4): 62/2, (4): 143/3, (5): 96/3 (2): 161/4, (4): 152/2, (4): 152/6, (5): 16/1. Kudüs'teki aile vakıflarında, evlat-

yönelik müdahalelerde ortaya çıkmakta; vakıf görevlilerine veya vakfın işleyişine yönelik müdahaleler daha ziyade vakıf hukukuna özgü hukuka aykırılık unsurları içermektedir.

Kural olarak meşru olan fiillerin, vakfı konu olarak işlenmesi durumunda hukuka aykırı hale geldiği müdahalelere en güzel örnek, satım, rehin, bağışlama, miras bırakma gibi temlikî tasarrufların vakıf malları konu olarak gerçekleştirilmesidir.<sup>3</sup> Bu kapsamdaki fiiller, sıhhatli bir şekilde kurularak bağlayıcı hale gelmiş, gerçekleştirmek için kurulduğu iş ve hizmetleri uzun süredir devam ettiren ve piyasa metayı olmaktan çıkan vakıfların bir anda yok olmasına sebebiyet verebilecek özelliğe sahiptir. Başka bir ifadeyle bu fiiller, vakfın ebediyete kadar var olması ve işlemesi istenen hukuki şahsiyetine ve maddi mevcudiyetine zarar verdiğinden ve kimse bu temlikî işlemleri yapmak hususunda yetkili olmadığından müdahale olarak kabul edilmiştir. Mevcut bir vakfı konu olarak yapıldığında şer'i hükümlere aykırılık kabilinden vakfa müdahale kapsamına giren bu tarz fiillerin, kurulmak istenen bir vakfın vakfiyesinde şart olarak yer alması durumunda ise, vakfın sıhhatine engel olacağını belirtmek gerekir.<sup>4</sup>

Vakıf kurucusunun vakıftan dönme isteğiyle vakıf mala müdahalesi,<sup>5</sup> vakıf kurucusunun alacaklılarının vakıf mallara el koymak iste-

---

lardan bazılarının hissesiyle kanaat etmeyerek diğerlerinin hakkına müdahale etmesine ilişkin örnekler için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 41/2, (4): 29/3, (4): 34/1. İtlaf görünümünde ortaya çıkan vakfa müdahale örnekleri için bkz. Fetâvâ-yı Ali Efendi, 358/4. Kudüs vakıflarında gerçekleşen itlaf fiillerine örnekler için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 41/3, (1): 49/2, (1): 51/2, (2): 166/1, (2): 161/4, (3): 64/3, (3): 121/3, (3): 147/3, (3): 156/2, (4): 70/1, (4): 149/2, (4): 152/2, (4): 152/6, (4): 163/1, (5): 11/1, (5): 16/1, (5): 20/1, (5): 96/3.

<sup>3</sup> Zira vakıf müessesesi, menfaati vakıftan yararlananlara tahsis edilmiş malın ayn'ının, yani rakabesinin hapsedilerek satılamayacak, bağışlanamayacak ve mirasla intikal edemeyecek şekilde muhafaza edilmesinden ibarettir.

<sup>4</sup> Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, Mabsût, cilt 12, ed. Mustafa Cevat Akşit (İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008) 73 ve 82; Ebü'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr Merginani, el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l- mübtedi, cilt 2, thk. Muhammed Muhammed Tamir ve Hafız Aşur Hafız (Kahire: Dârü's-Selam, 2000), 931; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 968, 985; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 248; Bilmen, Kamus, cilt 4, 355; Ömer Hilmi Efendi, Eski Vakıfların Temel Kitabı, haz. İsmet Sungurbey (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978), 37.

<sup>5</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 334/12, 336/18; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 974, 1149; Neticetü'l Fetâvâ, m. 606; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 251 ve 397; Ali Haydar, Tertibü's-sunuf fi ahkâmi'l-vukuf, cilt 1 (Bağdad: Matbuat-u Bağdad, 1950), m. 586; Necati Demirtaş, Fetvalarla Osmanlı Vakıfları (İstanbul: Akıl Fikir Yayınları, 2019), 135 ve 211.

meleri,<sup>6</sup> vakıf kurucusunun mirasçılarının, onun ölümünden sonra vakıf malları terekeye dâhil etmek istemeleri<sup>7</sup> de bu kabilden müdahalelerdir. Mütevellinin vakfa hıyanet niteliğindeki fiilleri de, doğrudan ve başka bir sebep gerekmeksizin şer'i hükümlere aykırılık sebebiyle vakfa müdahale teşkil eder. Öyle ki, vakıf kurucusu kurduğu vakfa kendisini müteveli tayin etmiş ancak sonrasında vakfa hıyanet niteliğinde fiiller gerçekleştirmiş olsa, kendi kurduğu vakıftan azledilecektir.<sup>8</sup> Örneğin mütevellinin vakıf malı kendi mülkü imiş gibi tasarruf etmesi,<sup>9</sup> vakıf adına işlemler yaparken rüşvet alması,<sup>10</sup> vakfın taraf olduğu hukuki işlemlerde vakfı zarara uğratması<sup>11</sup> bu kapsamda de-

<sup>6</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 336/20; Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 975- 976.

<sup>7</sup> Zeylaî, Tebyînü'l-hakâ'ik fi şerhi Kenzi'd-dekâ'ik (Bulak: el-Matba'atü'l-Kübrâ el-Emîriyye, 1314), 327; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 332/5, 335/15, 336/19, 341/2 ve 4, 342/6, 345/2, 348/ 3-4, 349/5; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1193, 1209, 1215, 1247, 1324; Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 965, 966, 973, 984, 1051; Neticetü'l Fetâvâ, m. 675; Bilmen, Kamus, cilt 4, 299; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 35; Şeyhülislam Ebussuud Efendi, Ma'rûzat, haz. Pehlul Düzenli (İstanbul: Klasik Yayınları, 2013), no: 42.

<sup>8</sup> İbn Abidin, Reddû'l-muhtâr, 290 ve 354; Bilmen, Kamus, cilt 5, 87-88; Ömer Hilmi Efendi, Eski Vakıflar, 89; Ali Haydar, Tertîbu's-Sunuf, m. 11 ve 30.

<sup>9</sup> Neticetü'l Fetâvâ, m. 639, 678, 679; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1350; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 367/16, 391/4, 404/14, 420/9; Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 1103, 1114; Bilmen, Kamus, cilt 5, 49.

<sup>10</sup> Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 1098-1099; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 421/4-6. Örneğin mütevellinin vakıf bir akarı ecr-i mislinden daha ucuza kiralamak için kiracıdan kendisi için "hizmet" adıyla para alması durumunda, alınan para da ecr-i misle dahil olacağından müteveli bu parayı vakıftan gasp etmiş olur. bkz. İbn Abidin, Reddû'l-muhtâr, 385.

<sup>11</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 401/34; Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 1082, 1102; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1291, 1352; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 108; Ali Haydar, Tertîbu's-Sunuf, m. 10; Nazif Öztürk, Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1995), 171; Ertuğrul Düzdağ, Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı (İstanbul: Enderun Yayınları, 1983), no: 315; Demirtaş, Fetvalarla Osmanlı Vakıfları, 296. Bir müteveli vakıf bir yeri ecr-i mislinden pek noksan bir ücretle bilerek kiraya verirse hıyanet etmiş olur. bkz. İbn Abidin, Reddû'l-muhtâr, 328; Bilmen, Kamus, cilt 5, 23, 24 ve 89. Vakıf için ecr-i mislinden yüksek bir meblağla kiralama yapan müteveli, zararı tazminle sorumlu olur. bkz. Ebû Muhammed Gıyaseddin Ganim b. Muhammed Ganim el-Bağdadi, Mecmaü'd- damânât fi mezhebi'l-İmami'l-A'zam Ebî Hanife en-Nu'man (Beirut: Âlemü'l-Kütüb, 1987), 331; Burhanpurlu Şeyh Nizam (der.), Fetâvâ-yı Hindiyeye (Fetâvâyi Alemgiriyye), cilt 5, çev. Mustafa Efe (Ankara: Akçağ Yayınları, 1985), 55. Kudüs'te de istibdal işlemine izin almak için başvuran mütevellilere ilişkin verilen hükm-i hümayunda, istibdal işlemine eksik veya fazla bedel ödenmeksizin yapılması şartıyla izin verildiğine dair hükümlere rastlamaktayız. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (4): 85/3. Yine Kudüs'te vakıf akarları ecr-i mislinden düşük fiyata vererek vakfa zarar veren mütevellinin şikayet edildiği hüküm için bkz. BOA,



ğerlendirilebilir. Tüm bu sayılan işlemler, vakfiyeye aykırılık söz konusu olmasa dahi salt şer'i hükümlere aykırılık nedeniyle geçersizdir ve mütevellî, vakfın uğradığı zararı tazminle sorumlu olur.

## 2. Vakıf Şartlarına Aykırılık

Vakfiye veya vakıf-nâme, vâkıfın vakfa dair şartlarını ve vakfın sarf ve idare bakımından işleyişini tanzim ettiği, kadı tarafından tescil edilmiş hukuki belgedir.<sup>12</sup> Toplumun her tabakasından fertlerin vakıf kurduğu Osmanlı Devleti'nde, vakfiyelerden yola çıkılarak toplumun iktisadî, içtimai ve kültürel yapısının, vakıf kuran fertlerin hayır işleme saiklerinin ve dahi hayata bakışlarının tahlil edilebilmesi, şüphesiz bu vesikaların ehemmiyetine işaret etmektedir. Ancak çalışmanın kapsamı bakımından ilgileneceğimiz husus, vakfiyelerin *korunması gereken bir hukuki değer* olmasıdır.

Vakfiye hukuki anlamda vakıf tasarrufunun senet ve hücceti, vakıf tüzel kişiliğinin nizamnamesi, tüzüğüdür.<sup>13</sup> Vakıf tüzüğü mahiyetinde olan vakfiyelerin en önemli kısmı ise, bu tüzüğün hükümleri niteliğinde olan vakfiyedeki şartlardır.<sup>14</sup> Vâkıf, vakfa tahsis edilen taşınır ve taşınmaz bütün mülkleri ve gelir kaynaklarının işleme usullerini bu şartlarla belirleyebildiği gibi, vakıf gelirlerinde hak sahibi olacak kişileri veya bu gelirlerle yapılacak hizmetleri, vakıf organizasyonunda çalışacak görevlilerin isimlerini veya belirlenme usûlünü, vasıflarını, ücretlerini ve daha birçok hususu ayrıntılı bir şekilde belirleyebilmektedir. Vakıf kurucusu böylece, vakfının ebediyete kadar, bizzat belirlediği kapsamda ve şekilde işleyebilmesi için, onun anayasasını ihdas etmiş olmaktadır. Vakfiyenin, ilgili vakıf için anayasa mesabesinde kabul edilmesi hususiyeti, İslam hukukunun külli kaideleri arasında "*Şart-ı vâkıf, nass-ı şârî gibidir.*" şeklinde ifade edilmiştir.

ADVNS.AHK.ŞM (1): 210/2. Mütevellinin vakıf taşınmazları kendine, eşine, oğluna veya babasına kiralaması da vakfa hıyanet niteliğindedir. bkz. Bilmen, cilt. 5, 29 ve 89; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 94, 107; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1333; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 392-393.

<sup>12</sup> Şemseddin Sami, Kâmûs-ı Türkî (İstanbul: İdeal Kültür ve Yayıncılık, 2011), 1154.

<sup>13</sup> Tayyib Gökbilgin, Osmanlı Müesseseleri Teşkilatı ve Medeniyeti Tarihine Genel Bakış (İstanbul: Edebiyat Fakültesi Matbaası, 1977), 92.

<sup>14</sup> Halil Cin ve Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, cilt 2 (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1995), 58.

Kesinleşen bir vakıf muamelesinin bina edildiği vakfiyedeki şartların, bazı istisnalar<sup>15</sup> dışında, vâkıf tarafından dahi değiştirilmesi mümkün değildir. Sahih bir vakıfta vâkıfın şer'i hükümlere mugayir olmayan şartlarına riayet zorunlu olup, bu kabilden şartlara muhalefet edecek tasarruflar caiz değildir.<sup>16</sup> Bu münasebetle, vakıf şartlarına aykırı tasarrufların her birinin, vakfa müdahale teşkil edeceği kabul edilmelidir. Çünkü bu nitelikteki tasarruflar, yukarıda belirttiğimiz gibi vakıf tüzel kişiliğinin, kendisine karakter veren vakfiyeye uygun şekilde ebediyen işlemesine engel olmaktadır. Mezkûr müdahalenin faili, tazminat sorumluluğunu da yüklenmiş olur. Bilmen'in ifadesiyle "*Şart-ı vâkıfa muhalefet, zamânı müstelzimidir.*"<sup>17</sup>

Vakıf muamelesinde ortaya konulan iradeye aykırı olarak gerçekleştirilen fiiller neden bu denli kat'i bir şekilde yasaklanmıştır? Bu noktada İslam hukukundaki, özel mülkiyetin korunmasını önceleyen telakkinin önemli bir tesiri olduğunu söyleyebiliriz. Zira vakıf kurucusu, vakfettiği mal üzerindeki mülkiyet hakkından, hayır işleme amacıyla feragat etmekte ve bu yöndeki iradesinin daima hâkim olmasını arzu etmektedir. Bu noktada hukuka ve dolayısıyla onun uygulayıcısı olan devlete düşen, vakıf kurucusunun bu iradesinin gerçekleşmesi sürecine zarar veren her türlü fiili yasaklamak ve engellemek; böylelikle vakıfların gerçekleştirmek için kuruldukları amaca ebediyen hizmet etmelerini temin etmek olmuştur. Öte yandan vakıf kurucuları da hayır işleme amacıyla mülkiyetinden feragat ettikleri malları ile kurdukları vakıfların iptal edilmesi, değiştirilmesi veya zarar görmesi

<sup>15</sup> Bu haller, şartların şer'i ahkâma aykırı olması, mahkeme kararı ile vakıf açısından ihtiyaç ve zaruret bulunması, vâkıfın vakfederken şartları değiştirme hakkını elinde tutmuş olması, kadı hükmüyle vakfın idaresine dair koşulların değiştirilmesi, gayrisahih vakıflarda devlet başkanının vakıfla ilgili şartları değiştirebilmesi şeklinde özetlenebilir. Detaylı bilgi için bkz. Hassâf, *Kitab-u Ahkami'l-evkâf* (Kahire: Mektebü's-Sekafeti'd-Diniyye), 1904/1322, 23-24; Bilmen, *Kamus*, cilt 5, 67; İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, 302; Ahmet Akgündüz, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2013), 266-269.

<sup>16</sup> Bilmen, cilt 4, 345 ve 353; Ömer Hilmi, *Eski Vakıflar*, 6 ve 47; İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, 245, 250 ve 256; Düzdağ, *Ebussuud Fetvaları*, no: 309. Günümüzde eski vakıfların yönetim şartlarının değiştirilmesi gereği hâsıl olduğunda, vakıf kurucusunun iradesinin dikkate alınmakta olduğuna dair örnekler için bkz. Sena Başpınar, "Vakıflarda Yönetim Şeklinin Değiştirilmesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 15/1, (2020): 55-58.

<sup>17</sup> Bilmen, cilt 5, 66.

ihtimallerinden duydukları endişe ve korkuyu, vakfiyelerde açıkça ortaya koymuş; bunu yapacak kimselere beddua ve lanetler okumuş ve bu tip müdahaleleri en baştan men' etmek istemişlerdir.<sup>18</sup>

Örnekler üzerinden vakfiyeye aykırılık teşkil eden müdahaleleri izaha çalışalım. Vakıf kurucusu, vakfettiği malların gelirlerini belli cihetlere, vakıf bünyesindeki görevleri de belli kişi veya gruplara şart edebilir. Vakıf kurucusu, bu belirlemeleri yaparken, ilgili kişilerde belirli vasıfların olmasını şart ettiyse, o vasıflar, istihkakın kaynağı olacaktır. Bu vasıflara sahip olmayanlar vakıfta hak veya görev sahibi olamadıkları gibi, bu kişilerin vakıf gelirine veya görevlerine tasallut etmesi de vakfa müdahale teşkil edecektir. Belli bir cihete şart edilmiş vakfın geliri, başka bir ciheti olan vakfa harcanamaz, velev ki vâkıfları aynı kişi olsun.<sup>19</sup> Vâkıf, vakfın gelirini belli bir evladına şart ettiyse diğer evlatları,<sup>20</sup> erkek evlatlarına şart ettiyse kız evlatları,<sup>21</sup> kız evlat-

<sup>18</sup> “Bundan sonra vakfın bozulmasına ve eksiltilmesine imkân kalmamıştır. Değiştirilip tebdil edilmesi ihtimali yok olmuştur. Kim onu işittikten sonra değiştirirse, bunun günahı değiştirenler üzerinedir. Allah şüphesiz işitir ve bilir. (Bakara/58) ve kim onu tağyir eder, değiştirirse Allah’ın, meleklerin ve bütün insanların laneti onun üzerine olsun.” bkz. İbrahim Ateş (haz.), Kanuni Sultan Süleyman’ın Su Vakfiyesi (Ankara: Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 1987), 33. “...anın gibi kadınlar ve naibler ve sair ehl-i örften şart-ı vâkıfla amel etmeyip cebren ve kahren vakfın akçasına tecavüz murad ederler ise Allah’ın, meleklerin ve insanların laneti üzerlerinde olsun...” bkz. Rebi’u’l-ahir 1064, Göynük, Katip Mahmud Cud Vakfı, VGMA., Def. No: 581/2, 429/413; Def. No: 2229/188 Aktaran: Hasan Yüksel, Osmanlı Sosyal ve Ekonomik Hayatında Vakıfların Rolü (1585-1683) (Sivas: Dilek Matbaası, 1989), 67. Başka örnekler için bkz. Mübahat Kütükoğlu, Osmanlı Belgelerinin Dili (Diplomatik) (İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 1994), 365-366; İbrahim Ateş, “Vakfiyelerde Dua ve Beddualar”, Vakıflar Dergisi, 17 (1983): 34-54.

<sup>19</sup> Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 1052, 1075-1077, 1105; Behcetü’l Fetâvâ, m. 1248, 1358, 1399; Neticetü’l Fetâvâ, m. 747; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 352/5, 405/18; Fetâvâ-yı Hindiyye, 72; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 54; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 275; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 96.

<sup>20</sup> Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 1047; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 408. 1755 senesinde Kudüs’te Sahratulah Evkafı müteselliminin, uzun süreden beri Seyfeddin Hakkâri Vakfı ile yarı yarıya mahsulat ve rüsumatını paylaştıkları karyedeki hissesinden fazlasına tecavüz ederek diğer vakfın hakkına müdahalesinin men’i emredilmiştir. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (2): 13/3. Söz konusu anlaşmazlığın, yine aynı taraflar arasında, daha önce mahkeme sicillerine de yansımış ve kadı naibinin de aynı hükmü vermiş olduğunu görüyoruz. bkz. KŞS, 212:331. Benzer hüküm örnekleri için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (5): 34/1 ve (4): 144/1.

<sup>21</sup> Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 1019; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 354/16, 365/7, 8; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 366; Bilmen, Kâmus, cilt 4, 342 ve 361; Ali Haydar, Tertibu’s-Sunuf, m. 805.

larına şart etti ise erkek evlatları,<sup>22</sup> yalnızca sulbî evlatlarına şart ettiyse torunları<sup>23</sup> bu gelirden faydalanamazlar ve faydalanmak niyetiyle müdahalede bulunamazlar. Yine vâkif, vakfın gelirini fakir evlatlarına/akrabalarına şart ettiyse fakir olmayanları, bülüğ çağına gelmemiş olan evlatlarına şart ettiyse bülüğ çağına ermiş olanları, belli bir beldede yaşayan evlatlarına şart ettiyse orada yaşamayan evlatları veya ulemadan olan kimselere şart ettiyse ulemadan olmayanlar vakıftan yararlanamazlar.<sup>24</sup>

Vakfın menfaatlerinden yararlanma hakkının devamı, belli bir şartın varlığının devamına bağlanmış da olabilir. Bu durumda, hâlihazırda artık bu şartı sağlamayan kişilerin vakfa müdahale etmesi de gayrimeşru hale gelir. Örneğin zevcesinin veya ümmü'l veledin evlenmemesi şartına bağlı olarak tahsis edilen vakıf gallesine, evlenen kadının müdahalesinin men'i gerekir.<sup>25</sup> Aynı şekilde, evlatlarına bir beldeden çıkmamaları şartıyla vakfedilen bir vakfın gallesinden o beldeden çıkan evlatlar, geri dönseler dahi, bir şey almaya muktedir olamazlar.<sup>26</sup>

Vâkif genellikle vakıftan yararlanacak kişileri belirler iken, bu kişilerin vakıftan ne şekilde, hangi sırayla veya hangi oranda/miktarda yararlanacağını da belirler. Örneğin vâkif, yararlanmaya ilişkin bir sıra belirlediyse, henüz kendisine sıra gelmemiş olanlar veya hariçten kişi veya gruplar, bu sıraya müdahale edemezler.<sup>27</sup> Aynı şekilde vâkif, ya-

<sup>22</sup> Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 993; Neticetü'l Fetâvâ, m. 615; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 404; Ali Haydar, Tertîbu's-Sunuf, m. 806.

<sup>23</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 364/3; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1050; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 406; Bilmen, Kâmus, cilt 4, 340; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 42; Ali Haydar, Tertîbu's-Sunuf, m. 624; Demirtaş, Fetvalarla Osmanlı Vakıfları, 60-61.

<sup>24</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 349/2; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 366, 386, 405; Bilmen, Kâmus, c. 4, 341 ve 380; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 43; Ali Haydar, Tertîbu's-Sunuf, m. 780-782.

<sup>25</sup> Fetâvâ-yı Feyziyye, 1013, 1046; Serahsî, Mabsût, 82; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 386.

<sup>26</sup> İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 386; Ali Haydar, Tertîbu's-Sunuf, m. 803.

<sup>27</sup> Hassâf, Ahkami'l-evkâf, 29; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1246, 1248, 1250, 1257, 1272; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 369/23-25, 353/11, 355/20, 366/14; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 990, 1009, 1030, 1032, 1045, 1048; Neticetü'l Fetâvâ, m. 635, 652, 654, 659; Ali Haydar, Tertîbu's-Sunuf, m. 863. Örneğin Kudüslü bir vakıf kurucusu, vakfının gallesini ölümünden sonra evlatlarına şart etmiş; ancak evlatlarından ölen olursa, onun evladının yalnız babalarının hissesine mutasarrıf olacağı şekilde bir paylaşım usûlü

rarlanacak kişiler arasında bir paylaşım oranı belirlediyse, bu orana mugayir şekilde bir paylaşım usûlü de belirlenemez.<sup>28</sup> Örneğin vakfa dair menfaatlerden yararlanma hakkına sahip birden fazla kişi varken içlerinden yalnız birisinin söz konusu menfaatleri zorbalıkla tek başına zabt etmesi, men'î acil ve ağır bir müdahale teşkil eder.<sup>29</sup> Sonuç olarak, vakıftan yararlanma hakkı tanınmamış kimseler vakfa müdahale edemeyeceği gibi, yararlanma hakkına sahip olan kişilerin de vakıf şartlarına aykırı şekilde vakıftan yararlanmaya çalışmaları, yine vakfiyeye aykırılık kabilinden müdahale teşkil eder. Haksız bir şekilde yahut haklıktan fazlasından yararlanan kimselerin, bu yolla ele geçirdikleri miktarı iade ve/veya tazmin etmeleri gerekir.<sup>30</sup> Yararlanılan şey bir vakıf taşınmaz ise, vakıf şartlarına aykırı şekilde o taşınmazdan yararlanmış olan kimsenin ecr-i misil ödemesi talep ve dava edilebilir.<sup>31</sup>

belirlemiştir. Babası ölen Seyyid Abdülhak, vâkıfın şartı üzere babasının hissesini almak istediğinde, diğer evlatlar kendi hisseleri ile kanaat etmeyip Seyyid Abdülhak'ın babasından kalan hisseyi de paylaşmak istemişlerdir. Seyyid Abdülhak çareyi Şeyhülislamdan fetva alarak bu haksız müdahaleyi durdurmak için şikayet yoluna başvurmakta bulunmuştur. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (4): 29/3.

- <sup>28</sup> Hassâf, Ahkami'l-evkâf, 141; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1027, 1028; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 369/25; Ali Haydar, Tertîbu's-Sunuf, m. 416.
- <sup>29</sup> Neticetü'l Fetâvâ, m. 649, 656, 751, 763; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1028, 1049, 1150; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 366/12, 368/20, 370/26, 371/32; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1257, 1280; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 262; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 44. Örneğin Kudüs'te bulunan ve gallesi vâkıfın evladına eşit şekilde şart edilmiş vakfın gelirlerini tek başına zabt ederek hissesini isteyen diğer evlatlara hakkını vermeyen kişinin şikayet edilmesi üzerine, vakfiye uyarınca hareket edilmesine hükmedilmiştir. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 41/2. Benzer örnekler için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (4): 29/3, (4): 34/1.
- <sup>30</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 367/16, 368/20, 370/26, 371/34, 404/14; Neticetü'l Fetâvâ, m. 639, 678, 679, 684; Behcetü'l Fetâvâ, m. 135; Fetâvâ-yı Hindiyye, 56-57; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1049, 1100; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 330; İbrahim Halebî, Mültekâ el Ebhur, cilt 1-2, thk. Vehbi Süleyman Gaveci (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1989), 404; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 44. Haseki Sultan vakıflarının mütevellî vekillerinin zimmete geçirdiği vakıf gelirlerinin iadesine ilişkin hüküm için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 4/2. Edhemiyeye Zaviyesi Vakfı gelirlerine el koyan bazı kimselerin aldıkları paranın tamamını iade etmelerinin emredildiği hüküm için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (5): 53/1. Benzer örnekler için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (4): 144/1, (5): 96/3.
- <sup>31</sup> El-Bağdadî, Mecmaü'd-damânât, 326-327; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 371; Neticetü'l Fetâvâ, m. 729; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1334; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 261, 264, 287, 327-329, 357; Ali Haydar, Tertîbu's-Sunuf, m. 849. Kudüs Sahratullahü'l Müşerrefe Vakfı müsakkafatından bir akarı haksız şekilde zabt eden Yahudiden ecr-i misil talep edildiğine, buna muvafık fetva alındığına dair hüküm için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (5): 16/1.

Vakıf kurucusu için, ebediyen işlemesi amacıyla dizayn ettiği vakıfta çalışacak personelin belirlenmesi de tabiatıyla çok önemlidir. Çoğu vakıf kurucusu, mütevellî başta olmak üzere vakıf görevlilerinin atamasını bizzat yapar veya bu görevlilerin seçilme usullerini yahut taşımaları gereken vasıfları belirler. Personelin çalışma usûllerini ve alacakları ücretleri belirlemek de vakıf kurucusunun yetkisi dahilindedir. Vâkıf tarafından veya vakfiyede belirtilen şartlara uygun olarak görevlendirilmemiş bir kimse, tevliyyete veya başka bir göreve müdahale edemez.<sup>32</sup> Örneğin vâkıf, tevliyyet görevini erkek evladına şart etmişse kızları ve kızlarından olan evlatları,<sup>33</sup> evlâdının eslah ve erşed olanına şart etmişse, bu niteliğe sahip olmayan evlatlar<sup>34</sup> göreve müdahale edemezler. Vakıf kurucusu görevlilerde belli bir aileye, tarıkata, sınıfa veya bir belde ehline mensup olmak gibi özellikler bulunmasını şart etmiş ise, görevler bu sınıfların dışına tevcih olunamaz.<sup>35</sup>

Yüksel'e göre vakıf kurucuları, vakıfları için görevlendirdikleri kimselerde belirli nitelikleri aramakla, ebedi bir gaye için tesis ettikleri vakfın devamını teminat altına almak istemektedirler.<sup>36</sup> Vakıf kurucularının vakıf personeline dair şartları bu açıdan okunur ise, bu şartlara aykırı olarak vakıf görevlerine tecavüz edenlerin ve yine bu şartlara aykırı şekilde vakıfta görevlendirme yahut azletme işlemleri yapan hâkim veya mütevellî gibi yetkililerin tasarruflarının, vakfa müdahale niteliği daha net anlaşılacaktır.

Vakıf kurucusu, görevlilere veya vakıftan yararlananlara ne kadar ücret ödeneceğini belirlemişse, bu kimseler söz konusu ücretten fazlası için vakfa müdahale edemezler.<sup>37</sup> Vâkıfın bizzat atadığı veya vak-

<sup>32</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 355/19, 369/22, 391/5; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1286, 1287, 1288; Neticetü'l Fetâvâ, m. 676, 745; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1025, 1043.

<sup>33</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 369/22. Örnekler için bkz. KŞS, 262: 108-109, 218: 253, 232: 87.

<sup>34</sup> Bilmen, Kâmus, cilt 4, 340; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 86; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1022, 1039; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 296, 356, 394; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 368/19. Örnekler için bkz. KŞS, 230: 4, 202: 12, 264: 48.

<sup>35</sup> Öztürk, Yazır Gözüyle Vakıflar, 182.

<sup>36</sup> Yüksel, Vakıfların Rolü, 70.

<sup>37</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 403/13, 405/19-21; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1119, 1121, 1125, 1136; Neticetü'l Fetâvâ, m. 691. Kudüs'te bulunan ve geliri vâkıfın evlatlarına şart edilmiş vakıfta, evlattan bazı kimselerin haklarını aldıkları halde fazla para talebiyle mütevelliyi taciz ettikleri olayda, vakıf şartlarına aykırı olarak gerçekleştirildikleri müdahalenin men'ine hükmedilmiştir. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 115/4.

fiyede belirtilen şartlara uygun olarak nasbolunan bir görevli, azlini mücib kılan bir hal söz konusu değil iken<sup>38</sup> azledilip görev başkasına tevcih olunamaz.<sup>39</sup> Kâdı ve dahi vâkıf, tevliyyete ilişkin şartları değiştirme yetkisini elinde tutmamışsa, vakfiye ile belirlenmiş görevlilere sebepsiz müdahale hakkına sahip değildir.<sup>40</sup>

Vakıf malların işletilme usulü de vakfın devamlılığını sağlamak bağlamında önem arz eder. Örneğin para vakıflarında, vakıf kurucusu bir ribh (kâr payı) oranı belirlemiş ise, mütevellinin bu oranı dikkate almayarak parayı işletmesi, vakfa müdahale teşkil eder.<sup>41</sup> Vâkıf, paranın nemalandırılması için üçüncü şahıslara verilmesinde, örneğin rehin veya kefalet alınması, paranın şahitler huzurunda verilmesi gibi bazı şartlar belirlemişse, bu şartlara aykırı olarak para işletilemez. İşletilir ve vakıf bu suretle zarara uğrar ise, işletenden tazmin edilir.<sup>42</sup> Mütevellî vakıf malları kiralama, istidane ve istibdal işlemlerinde de vâkıfın şartlarına müdahale edemez.<sup>43</sup> Ederse denetim makamınca müdahaleden men'i lazım olur.

<sup>38</sup> Hıyaneti sabit olan bir vakıf görevlisinin ise azli vaciptir. Velew ki hain bizzat vâkıf olsun. bkz. Bilmen, Kâmus, cilt 5, 87-88. Ayrıca bkz. İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 290, 354; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 89; Ali Haydar, Tertîbu's-Sunuf, m. 11, 30.

<sup>39</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 372/1, 374/6, 375/11; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 297, 370, 372; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 88; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 90.

<sup>40</sup> Ebu Yusuf'a göre vâkıf, şart koşmamış olsa dahi mütevelliyi azletmeye yetkilidir. İmam Muhammed'e göre vâkıfın dahi, şart etmemişse, fakirlerin vekili olan mütevelliyeye müdahale etme hakkı yoktur. bkz. İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 356, Behcetül Fetâvâ, m. 1241, 1318, 1319, 1389, Fetâvâ-yı Ali Efendi, 351/2-4, Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1017, 1021, 1024, Ebül-Mehasin Fahreddin Hasan b. Mansur b. Mahmûd Kadıhan, Fetâvâ Kadıhan, cilt 3 (Kahire: Muhammed Şahin Efendi, 1865), 282, Bilmen, Kâmus, cilt 5, 88; Ali Haydar, Tertîbu's-Sunuf, m. 8. Vâkıfın vakıf şartlarını değiştirebilmesine dair tafsilatlı bilgi için bkz. İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 399; Bilmen, Kâmus, cilt 4, 352-353; Ali Himmət Berki, Vakıflar (Ankara: Cihan Kitaphanesi, 1940), 87; Akgündüz, Vakıf Müessesesi, 266-269; Murat Çizakça, İslam Dünyasında Vakıflar, çev. Elif Süreyya Genç, (Konya: KTO Karatay Üniversitesi Yayınları, 2017), 28-29.

<sup>41</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 390/2.

<sup>42</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 392/3-6, 396/6; Bilmen, Kâmus, cilt 4, 49, 80; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 94; Demirtaş, Fetvalarla Osmanlı Vakıfları, 271-272, 277-279. Bu şartları ihtiva eden vakfiye örnekleri için bkz. Yüksel, Vakıfların Rolü, 86.

<sup>43</sup> Bilmen, Kâmus, cilt 4, 345; cilt 5, 18, 23; Ali Haydar, Tertîbu's-Sunuf, m. 843; Behcetül Fetâvâ, m. 1475; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 359/7; Halebî, Mülteka'l-ebhur, 403; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 319-320; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 79. İlgili fetva örnekleri için bkz. Murteza Bedir, Buhara Hukuk Okulu: Vakıf Hukuku Bağlamında 10-15. Yüzyıl Orta Asya Hanefî Hukuku Üzerine Bir İnceleme (İstanbul: İSAM Ya-

### 3. Amel-i Kadim'e Aykırılık

Vakfiyeler, kurucu iradesini ortaya koyduğu vakfa dair oldukça ayrıntılı şartlar içerebilir ve bazı durumlarda yüzlerce sayfayı bulan bir hacme<sup>44</sup> erişebilirler. Ancak nihayetinde bu metin, belirli bir kişinin tercihleri doğrultusunda ve belirli bir zamanın şartları dahilinde hazırlandığından, hayata dair tüm olasılıkları gözetmesi ve her durumda atılacak adımları içermesi imkân dahilinde değildir. Zaten vakıf kurucusunun, vakfa dair yukarıda örneklendirdiğimiz tüm hususlarda iradesini beyan etmesi, vakfın rüknü veya sıhhat şartı da değildir. Pekâlâ bu hususlar zikredilmeden, hatta hiç vakfiye hazırlanmadan da vakıf kurulabilir. Bununla birlikte, vakfiyenin düzenlenmiş ancak çeşitli sebeplerle sonradan zayı olmuş olması da bir ihtimaldir.

Öyleyse vakıf kurucusunun adeta hukuki boşluk bıraktığı hususlarda ne yapılması gerekir? Vakıf hukukunda esas olan, her durumda vakfın menfaatinin gözetilmesi ve devamlılığının temin edilmesidir. Bu sebeptir ki, vakıf kurucusunun iradesinin tespit edilemediği hususlarda bir pratik geliştirilmesi zorunludur. İşte vakıf kurucusunun şartlarının tespit edilemediği hallerde, eğer varsa vakfiyenin mevcut şartlarına aykırılık teşkil etmeyecek şekilde, uygulaması uzun süredir devam eden ve bu şekilde kurallaşan tasarruflar *amel-i kadim* adıyla anılmaktadır. Fetvalarda ve arşiv belgelerinde bu ve benzeri isimlerle rastladığımız bu müessese ile, oluşum ve geçerlilik esaslarının uyum içinde olduğu göz önüne alınırsa, *vakıf hukuku pratiğine özgü bir teamül sisteminin* işaret edildiğini görürüz. Farklılık arz eden hususlar, amel-i kadimin yalnızca söz konusu vakıf için bağlayıcı olması ve teamüle nazaran yaptırım gücünün daha kuvvetli olmasıdır.

---

ynları, 2014), 213-214. Kudüs'te vâkıfının bir seneden daha uzun süreyle kiralanmasını yasakladığı vakıf taşınmazları hem ecr-i mislinden aşağı bir fiyata hem de icareteyn ile kiralayan önceki müteveli, halefi olan müteveli tarafından 1749 yılında şikayet edilmiştir. bkz.BOA,ADVNS.AHK.ŞM(1): 210/2.

<sup>44</sup> Vakfiyelerin uzunluğu bir ilâ dört yüz sayfa arasında değişmektedir. Mesela 1178/1764 tarihli olup 3. Mustafa'ya ait bir vakfiye (VGMA=Vakıflar Genel Müdürlüğü Arşivi, Kasa no: 187) tam 329 sayfa ihtiva etmektedir. bkz. Bahaeddin Yediyıldız, 18. Yüzyılda Türkiye'de Vakıf Müessesesi (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2003), 4. 216 sayfa uzunluğundaki Kanunî vakfiyesi için bkz. Yasin Yılmaz, Kanuni Vakfiyesi Süleymaniye Külliyesi (Ankara: Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, 2008), 367-584.



Vakıfla ilgili bir hususta vakıf kurucusunun şartları bilinemediği takdirde, önceki mütevelliler kadimden beri o hususta ne şekilde hareket ediyorlarsa o şekilde hareket etmek vacip olup, amel-i kadimin hilafına hareket etmek caiz olmaz.<sup>45</sup> Zira, “*Kadîm kıdemi üzere terk olunur.*” Mecelle’de de yer alan bu külli kaide, amel-i kadimin hukuki dokunulmazlığına doğrudan işaret etmektedir. Amel-i kadimin hilafına gerçekleştirilen tasarrufların kaderi, hukuken geçersiz olmaktadır. Daha da ötesinde, vakıf mallara dair menfaatlerde veya vakıf görevlerinde hak iddiası olan kişiler, kadim ameli değiştirecek bir uygulama talebiyle dava açsalar dahi, iddiaları dinlenmez.<sup>46</sup>

Mesela vakfiyesi bilinemeyen bir vakfın gallesinin kadimden beri belirli bir cihete sarf edildiğini düşünelim. Bir gün bu uygulamanın geçerli bir sebep olmaksızın değiştirilmesi ve gallesinin farklı bir yere harcanmak istenmesi, amel-i kadime aykırılık kabilinden vakfa müdahale teşkil edecektir. Örneğin vakfiyesi malum olmayan, ancak gallesi kadimden beri bir cihete sarf olunagelen bir vakfın mütevellisinin, vakfiyenin bilinemediği yahut mevcut uygulamanın vakfın lisanından şahitlerle sabit olmadığı gibi gerekçelerle veya sebepsiz olarak bu kadim uygulamaya müdahale etmesine müsaade verilmemiştir.<sup>47</sup>

İncelediğimiz fetvalarda sıklıkla rastladığımız bir başka amel-i kadime müdahale örneği şudur: Vakıf şartları tespit edilemeyen bir vakıfta, galleden ve akarlardan kimlerin, ne şekilde yararlanacağına dair amel-i kadim mevcuttur. Bu uygulamanın dışında kalan bir kimse, vâkıfın iradesinin bu vecih üzere olduğunun ispatını istemekte, ispatlanamaması durumunda mevcut uygulamaya müdahale edeceğini söylemektedir.<sup>48</sup> Elbette bu müdahalelere cevaz verilmemiştir. Zira

<sup>45</sup> Bilmen, Kâmus, cilt 4, 350; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 48-49; Ali Haydar, Tertîbu’s-Sunuf, m. 397.

<sup>46</sup> Neticetü’l Fetâvâ, m. 623.

<sup>47</sup> Vakfın gelirinin sarf edileceği yerler ve gelirinde hissesi olanlara ne kadar verileceği bilinmese, o vakfın mütevellilerinin eski zamandan beri nasıl muamele ettiklerine ve geliri kimlere sarf ettiklerine bakılır ve aynı muameleye devam edilir. bkz. İbn Abidin, Reddû’l-muhtâr, 337; Bilmen, Kâmus, cilt 4, 350; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 49. Ayrıca bkz. Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1018; Neticetü’l Fetâvâ, m. 643; Behcetü’l Fetâvâ, m. 1234-1235.

<sup>48</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 353/12, 354/14, 16, 389/15; Behcetü’l Fetâvâ, m. 1239; Neticetü’l Fetâvâ, m. 597, 614, 623, 645, 659, 742; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 999, 1020, 1142, 1147; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 93.

amel-i kadim dediğimiz mefhum, hukukî varlık ve geçerliliğini, kendisinde bulunan “kadim” vasfı vasıtasıyla kazanmıştır. Kıdemi tespit edilen uygulama, vakıf kurucusunun iradesinin de bu yönde olup olmadığına tespitine ihtiyaç duyulmaksızın, tağyir ve tebdil edilemeyeceği bir hukuki koruma alanına dahil olacaktır.

Vakıf hukuku pratiğinde ameli-i kadimin yaptırım gücünün hayli yüksek olduğunu belirtmiştik. Öyle ki; hâkim dahi amel-i kadimi değiştirmek yönünde hüküm verse geçersiz olacaktır.<sup>49</sup> Yine sultan beratlarındaki ifadelerin de amel-i kadim karşısında nazar-ı itibara alınmadığını söylemek mümkündür. Örneğin kadimden beri belli bir ücreti alan vakıf görevlisinin ücretini, beratında farklı bir miktar yazdığı gerekçesiyle değiştirmeye çalışan mütevellinin müdahalesine meşruiyet tanınmamıştır.<sup>50</sup> Amel-i kadim öyle mühimdir ki; vakfiyedeki şartlar ile Defter-i Hakanî kayıtlarının vakfa ilişkin bir hükümde birbiriyle çelişiyor olmaları durumunda, amel-i kadim hangisindeki kayıtlar ile uyuyor ise o kayıtlar muteber kabul edilmiştir.<sup>51</sup>

## **B. Vakfa Müdahale Fiilinin Manevi Unsuru**

Müdahale failinde aranan kasıt, salt müdahale teşkil eden fiili gerçekleştirme kasıtı olup, zarara/ neticeye yönelik bir kastın varlığı aranmamaktadır. Zira işlenmekte olan müdahale fiili, mağdur için hukuki çareler arama zorunluluğu doğuracak bir rahatsızlığa yol açsa da, henüz maddi zarara yol açmamış olabilir. Öte yandan zarara yönelik kasıt içeren bir müdahalede, zarar doğmayabileceği gibi, zarar kasıtı olmaksızın gerçekleştirilen bir müdahale neticesinde zarar doğabilir. Bu nedenle doğrudan veya dolaylı olarak, icraî veya ihmâlî hareketle ama “bilerek ve isteyerek”, vakfın mal varlığına, görevlilerine veya işleyişine yönelik hukuka aykırı bir fiili işlemeye yönelmiş kasıt, vakfa müdahale fiilinin manevi unsurunun oluşması için yeterlidir. Özetle; hukuka aykırı bir fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirme veya özen yükümlülüğünü bilerek ve isteyerek ihmal etmek anlamına geldiğinden; hukuka aykırılık, fiile ilişkin kasıt ve kural olarak

---

<sup>49</sup> Bkz. Neticetü'l Fetâvâ, m. 597-598; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 999-1000.

<sup>50</sup> Neticetü'l Fetâvâ, m. 707.

<sup>51</sup> Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1042; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 354/15; Bilmen, Kâmus, cilt 4, 351; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 49; Berki, Vakıflar, 83; Akgündüz, Vakıf Müessesesi, 273; Demirtaş, Fetvalarla Osmanlı Vakıfları, 165 ve 230.

kusur unsurlarını içeren, ancak zorunlu olarak zarara yönelik kastı içermeyen *teaddi* kavramı<sup>52</sup> ile bu haksız fiilin manevi unsurunu tanımlamak isabetli olacaktır.

Kastın hukuka aykırı bir fiile yönelmiş olması, işlenen fiile vakfa müdahale karakteri kazandırmak hususunda en önemli ölçüttür. Şer’i hükümlere, vakfiyeye yahut amel-i kadime aykırı olduğu bilinen bir fiilin kasten işlenmesi söz konusu değilse, müdahalenin varlığından da söz edilemeyecektir. Örneğin mütevellî vakıf malları emanet alan kişi konumunda olduğundan, mütevellinin elinde bulunan bir vakıf mal yahut para, kendisinin kusuru bulunmadan zayi olsa zararı tazmin etmesi gerekmez.<sup>53</sup> Aynı şekilde, bir para vakfının mütevellisi, vakıf şartlarına aykırılık oluşturmayacak şekilde, bazı kimselere muamele kapsamında belli miktarlarda para ödünç verse, ancak müflis olarak vefat etme yahut kaçma, kayıplara karışma gibi sebeplerle bu parayı tahsil edemese, tahsilat yapamamış olması nedeniyle kusurlu ve sorumlu tutulamaz.<sup>54</sup>

Kendisini tayin eden makamın vekili olarak görev yapan mütevellî, vakfiyedeki şartlar ve kendisine tanınan yetki dahilinde gerçekleştirdiği hiçbir tasarrufun sonucunda meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz. Örneğin, para vakfı kurucusunun nukûdun akarla tebdilini şart etmesi durumunda, şart edildiği şekilde akar satın alan mütevellî, bu akarın yanması durumunda sorumlu tutulmaz.<sup>55</sup> Aynı şekilde vakfın mütevellisinin usulüne uygun olarak hâkim onayıyla vakıf işlerini görmek için vekâlet verdiği kişinin, vakfın parasını ele geçirip kendi

<sup>52</sup> Teaddi kavramının içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal Yerlikaya, “Hanefi Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddî Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddî-Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme”. *Diyanet İlmî Dergi*, 53/3 (2017) 25-41.

<sup>53</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 394/12, 399/27, 419/8; İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, 384; Bilmen, *Kâmus*, cilt 5, 82; Öztürk, *Yazır Gözüyle Vakıflar*, 170; Ahmet Akgündüz (haz.), *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları: 2018), 318; Fetâvâ-yı Tosyevî, Osman B. Muhammed, vrk 91 a., 92 b. Aktaran: İsmail Kurt, *Para Vakıfları Nazariyat ve Tatbikat* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 1996), 120; Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 1095, 1096, 1101. Câbinin topladığı parayı kast ve taksiri olmadan zayi etmesi durumunda sorumlu tutulmayacağına dair bkz. *ibid.*, m. 1097.

<sup>54</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 393/7, 394/11-12, 395/13-15, 399/30; Fetâvâ-yı Tosyevî (n 55) 91-92; Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 1065; Bilmen, *Kâmus*, cilt 5, 81.

<sup>55</sup> Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 1107.

işlerine harcaması ve müflis olarak vefat etmesi durumunda, bu kişiye vekâlet veren müteveli sorumlu tutulmamıştır.<sup>56</sup> Ancak aksi durumda, yani *mütevellinin hukuka aykırı bir fiile yönelik kasıtlı hareket etmesi durumunda* hüküm değişir. Söz gelimi yukarıdaki gibi bir para vakfının mütevellisi, yine bazı kimselere ödünç para verse, ancak bu işlemi vakfiyede belirtilen şartlara muhalefet ederek gerçekleştirirse, sırf bu sebepten ortaya çıkan zararın tazmini ile sorumlu olacaktır.<sup>57</sup> Örneğin vakıf kurucusu, muamele yapılırken borca karşı kuvvetli rehin alınmasını şart kılmış iken müteveli borcu karşılamayacak miktarda rehni kabul eder ve sonrasında borcun kalanını tahsil edemezse, kalan borçtan sorumlu tutulur.<sup>58</sup> Bunun gibi, usulüne uygun şekilde vekâlet veren müteveli, vekilin verdiği zarardan sorumlu tutulamaz iken; vekâlet verdiği kişi güvenilir bir kimse olmamasına rağmen görevi ona tevdi eden müteveli, zararı tazminle yükümlü olur.<sup>59</sup>

Kasta bağlı tazmin sorumluluğuna ilişkin ince ayırımın daha net şekilde görülebildiği müteveli ile ilgili örneklerden farklı olarak, vakıf dışından kimselerin gerçekleştirdiği, örneğin gasp veya itlaf görünümündeki müdahalelerde, hukuka aykırı fiile yönelik kasıt zaten aşıkardır. Özetle; bir fiilin vakfa müdahale teşkil etmesi ve dolayısıyla tazminat sorumluluğu doğurması için, I) söz konusu fiilin vakıf hukuku çerçevesinde bir hukuka aykırı mahiyet taşıması ve II) failin bu fiili — neticesini değil— bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi aranmaktadır.

## C. Vakfa Müdahalenin Fiil Unsuru

### 1. Genel Olarak

Haksız fiil, “*hukuk düzeninin izin vermediği ve hoş karşılamadığı zarar verici eylem veya davranış*” olarak tanımlanmaktadır.<sup>60</sup> Ancak vakfa müdahale fiillerinin, vakfın mal varlığına yönelenler dışında, unsurları net bir şekilde belirlenmiş ve sık karşılaşılan haksız fiiller-

<sup>56</sup> Behcetü'l Fetâvâ, m. 1349; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 82. Benzer örnekler için bkz. Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1104.

<sup>57</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, m. 3-6; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1094; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 80-81.

<sup>58</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 396/16-17; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 94; Hamdi Döndüren, Günümüzde Vakıf Meseleleri (İstanbul: Erkam Yayınları, 1998), 241.

<sup>59</sup> Bilmen, Kâmus, cilt 5, 82; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 93.

<sup>60</sup> Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri (İstanbul: Beta Yayınları, 2014), 87.

den olmadığını belirtmek gerekir. Göreve ve salt işleyişe yönelen müdahalelerde, zararın niteliği standart haksız fiillerden farklıdır. Zira vakıf görevlisine yönelen müdahalelerde fiilin icrası, hiçbir maddi zarara sebep olmasa dahi, vakıf görevlisinin görevinin hukuk çerçevesinde yerine getirilmesine engel olunması ile tamamlanmaktadır. Vakıf işleyişine yönelen müdahalelerde de müdahale fiili, vakfın şer'i hükümler, vakfiye şartları veya kadim uygulama tarafından belirlenen şekilde işlemesine engel olduğu için zararlı kabul edilir ve men'i zaruri hale gelir; ayrıca maddi zararın varlığı aranmaz.

## **2. Müdahale Hareketinin Meydana Geliş Şekline İlişkin Değerlendirme: İcrai Hareket ile ve İhmalî Hareket ile Müdahale**

Fiil (eylem) sözlük anlamıyla olumlu bir davranışı, bir şey yapmayı ifade etse de; hukukta daha geniş bir anlam taşımakta; bazen olumsuz bir tutumu (yapmamayı) da kapsamaktadır.<sup>61</sup> İhmalî suç kavramının İslam hukukuna yabancı olduğu yönünde iddialar olmakla beraber, yükümlülüğün ihlali, İslam hukukunda da sorumluluk doğurabilir.<sup>62</sup> Vakfa müdahale fiili de hem icrai hem ihmali hareket ile işlenebilen bir haksız fiildir. Örneğin mütevellinin vakıf gelirini kendi ihtiyaçlarına harcaması<sup>63</sup> doğrudan ve icraî hareketle vakfa müdahale iken, vakıf parasını vakıf şartlarına uygun olarak işletme görevini yerine getirmeyerek vakfi zarara uğratması<sup>64</sup> ihmali hareketle müdahaledir.

İcrai hareket, haksız fiilin meydana gelmesinin asıl şeklidir. İhmalî hareket ise, ancak hukuk normlarıyla kişiye belli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği hallerde, başka bir deyişle kişinin garantör sıfatını haiz olduğu durumlarda, kişinin bu

<sup>61</sup> M. K. Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt 2 (İstanbul: Vedat Yayınları, 2014), 13.

<sup>62</sup> Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku (Konya: Mimoza Yayınları, 2014), 55-56.

<sup>63</sup> Neticetü'l Fetâvâ, m. 639, 678, 679; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1350; Fetâvâ-ı Ali Efendi, 367/16, 391/4, 404/14; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1103, 1114; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 49. Konuyla ilgili Kudüs'te şikayete konu olan örnekler için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 4/2; BOA, A.DVNS.MSR.MHM (117): 146/642.

<sup>64</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 397/21, 398/25; Neticetü'l Fetâvâ, m. 674; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 50; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 102; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1103. Ayrıca bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 174/3, (2): 154/2.

yükümlülüğü yerine getirmemesi ile haksız fiile dönüşmektedir. İslam hukukuna göre, bu mükellefiyeti doğuran şeyler; hukuk kuralları, örfe ve adet ve genel hayat tecrübeleri olup, bunlardan birine göre kaçınmaması gereken bir hareketten kaçınan kişi hukuken sorumludur.<sup>65</sup> Yukarıda saydığımız vakıf hukuku normları dikkate alındığında, vakıf hukuku çerçevesinde garantör/mükellef sıfatını haiz kişiler başta müteveli olmak üzere vakıf görevlilerinden birisi veya hâkim olabileceği gibi, örneğin vakfiye veya sözleşme ile vakıf bünyesinde herhangi bir haktan yararlanma hakkına mukabil bir yükümlülüğe tâbi kılınmış kişiler de olabileceği görülmektedir.

Mütevellinin başat yükümlülüğü, vakfiyede özel olarak şart edilmiş olsa dahi, vakfın işleyişinin ve verimliliğinin devamını sağlayan vazifelerin ifasıdır. Örneğin, vakfa ait bir akar harap olmuş ve tamiri zaruri hale gelmiş ise, mütevellinin tamir işlemini öncelikle ve vakfın gelirlerini de öncelikle bu yönde harcaması gerekir.<sup>66</sup> Bu nedenle mütevellinin tamire ihtiyacı olan vakıf malı tamir ettirmeyip ziyana sebep olması, azlını gerektiren bir hıyanet olarak kabul edildiği gibi,<sup>67</sup> hukuki çerçevesini çizmiş olduğumuz vakfa müdahale fiilinin de ihmali hareketle meydana getirilmesinin örneğini teşkil eder.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Abdulkâdir Üdeh, *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku*, cilt 1, çev. Ali Şafak (İstanbul: Kayıhan Yayınları, 2012), no: 59. Ayrıca bkz. M. Rahmi Telkenaroğlu, *İslam Hukukunda İhmalî Suçlar* (Konya: Hüner Yayınevi, 2014), 27-28.

<sup>66</sup> Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâ'ik*, 327; el-Mavsîlî, *el-İhtiyâr metni el-Muhtar li'l-fetvâ*, çev. Celal Yeniçeri (İstanbul: Şamil Yayınevi, 2015), 320; *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, 399/26; *Serahsî, Mabsût*, 55; *Merginânî, el-Hidâye*, 928; İbn Abidin, *Reddül-muhtâr*, 283; Bilmen, *Kâmus*, cilt 5, 51; Ömer Hilmi, *Eski Vakıflar*, 113; Öztürk, *Yazır Gözüyle Vakıflar*, 220.

<sup>67</sup> İbn Abidin, *Reddül-muhtâr*, 286, 294. Detaylı bilgi için bkz. Osman Safa Bursalı "Ebedi Fakat Tamire Muhtaç: Osmanlı Hukukunda Vakıf Malın Tamiri", (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019), 65 vd.

<sup>68</sup> Örneğin 1760 yılında Kudüs'te Salhane Mahallesi sakinlerinden Seyyid Musa, mülk evinin yanında olan vakıf mektebin son derece harap olmuş vaziyette olduğunu, öyle ki; yıkılacağından korkarak bitişindeki evlerinde oturamadıklarını, vakfın yıkılmak üzere olan kısımlarının tamiri için mütevellilerini defalarca uyardıklarını ve mütevellilerin hiçbir şekilde kulak asmadığını bildirerek şikayette bulunmuştur. bkz. BOA, *ADVNS.AHK.ŞM* (2): 154/2. Kudüs Şer'iyye sicillerine yansıyan bir hükümde de, vakfın harap hale gelmiş taşınmazının mahalle sakinlerinin şikayetine konu olduğunu ve yapılan keşif sonrasında istibdaline karar verildiğini görüyoruz. *KŞS*, 201:39.

Vakıf hukuku kapsamında garantör sıfatını haiz önemli figürlerden birisi şüphesiz hâkimdir. Hâkimin vakıfların yönetim ve denetimine dair yükümlülüklerini, ihtiyaç hâsıl olduktan sonra derhal yerine getirmesi gerekir. Bu sebeple, örneğin herhangi bir sebeple mütevellisiz kalan vakfa derhal müteveli atamakla yükümlü olup; bu yükümlülüğünü ihmal ederek vakfı işlemez, gallesini de zayi olacak şekilde bırakması hukuka aykırıdır.<sup>69</sup> Yine hâkimin vakfın muhasebesini belli periyotlarla denetleme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğü ihmal etmesi vakfi fiilî müdahalelere açık hale getirecek ve çeşitli zararlara uğratacaktır. Örneğin hâkimin vakfa hıyaneti sabit olan mütevellinin azlini ihmal etmesi, sorumluluğunu doğuracaktır.<sup>70</sup> Sorumluluklarını ihmal ederek vakfı zarara uğratan kişi, bu zararı tazminle yükümlü olup, zararın tazmini talep ve dava edilebileceği gibi, vakıfla ilgili görevlerinden de azledilmesi lazım olur.<sup>71</sup>

## II. VAKFA MÜDAHALENİN PRATİKTEKİ GÖRÜNÜMLERİ

Vakfa müdahale, birçok fiil tipini içine alan ve hukukun daha çok pratik sahasını ilgilendiren bir olgu olup; bize bu fiili inceleme imkânı veren kaynaklar fıkıh kitapları veya kanunnamelerden çok, somut olaylara binaen hüküm inşa edilen fetva mecmuaları ve ahkâm-ı şikâyet defterleri olmuştur. Çalışmamızın bu bölümünde, zikredilen kaynaklar ışığında, vakfa müdahale fiilinin vakfın hangi unsuruna yönelerek işlendiğine dair bir ayrıma giderek pratikteki görünüm şekillerini daha yakından inceleyeceğiz. Vakıf kurumunun müdahaleye elverişli yapısal unsurları; vakfın mal varlığı, vakıf görevlileri ve vakfın işleyişi/işleyiş esasları olarak belirlenebilir. Esasında vakfa müdahale fiilinin pratik hayattaki görünümünü bu ayrıma binaen incelemek, hem faili söz konusu fiili işlemeye yönelten saik dahil olmak üzere manevi unsuru, hem de varsa fiilin bağdaştığı suç veya

<sup>69</sup> Bilmen, Kâmus, cilt 5, 72; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 85. Hâkimlerin vakıfları verimli kılma görevlerini ihmal etmelerinin kaçınılmaz bir sona dönüştüğüne dair bir yorum için bkz. Hamilton Gibb ve Harold Bowen, *Islamic Society and the West* (London: Oxford University Press, 1971), 177.

<sup>70</sup> İbn Abidin, *Redd'ül-muhtâr*, 293.

<sup>71</sup> bkz. *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, 397/21, 398/25; *Neticetü'l Fetâvâ*, m. 674; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 50 ve 66; Ömer Hilmi, *Eski Vakıflar*, 102; Demirtaş, *Fetvalarla Osmanlı Vakıfları*, 290 ve 292. Neticede maddi zarar oluşmasa dahi, bu görevi ihmal etmesi mütevellinin azlini gerektirir. bkz. *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, 397/19-20; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 50.

haksız fiil ile neticeyi daha net bir şekilde ortaya koymayı mümkün kılmaktadır.



## **A. Vakıf Mal Varlığına Yönelen Müdahaleler**

Vakfın mal varlığı denildiğinde, vakfedilmiş taşınır ve taşınmaz bütün mallar, bu mallardan elde edilen her türlü menfaatler ile aylık ve yıllık gelirleri anlamak gerekir. Bu başlıkta incelenecek müdahale örneklerinin, vakıf görevlilerine veya işleyişine yönelik müdahalelere nazaran hukuki mahiyetinin ve maddi unsurlarının daha kolay tespit edilecek bir çizgide yer aldığını belirtmiştik. Zira bu kapsamdaki müdahalelerinin çoğunu gasp ve itlaf kapsamında değerlendirmek mümkündür. Vakıfların mal varlıklarına yönelik müdahaleleri de, ilgili fiilin, mal varlığının hangi unsurunu tehdit ettiği üzerinden bir ayrıma giderek; vakıf malın ayn'ına, menfaatlerine ve gelirlerine yönelik müdahaleler olarak inceleyeceğiz.

### **1. Vakıf Malın Ayn'ına Yönelik Müdahale**

Elle tutulup gözle görülen, müstakil bir varlığı olan, mekan işgal eden, fiilen muhafaza altına alınabilen, zimmette sabit olabilen ve eşyanın maddi yapısını yani çıplak olarak malın kendisini ifade eden şey, ayndır.<sup>72</sup> İslam hukuku düşüncesi, malın ayn'ını ve maldan elde edilen menfaati ayrı ayrı ele aldığı gibi, "ayndan elde edilen ayn" niteliğindeki galleyi de menfaat mefhumundan belirgin şekilde ayırmaktadır. Vakıf muamelesi, bu ayrımın anlaşılabilmesi adına oldukça elverişli bir örnektir. Zira bir mal vakfedildiğinde, o malın ayn'ı hapsedilerek ebediyen özel mülkiyet alanı dışına çıkarılmakta ve yalnızca menfaati tasadduk edilmekte, yani ayn'ı ile menfaati kat'i şekilde ayrılmaktadır. Vakıf malın ayn'ına yönelik müdahaleler de, işte bu ayrıma binaen müstakil bir görünümde ortaya çıkmaktadır.

Vakıf muamelesiyle gerçekleştirilen haps-i asıl, bir ayn'ın rakabesini, tebdil ve tahvil edecek tasarruflardan; yani alıp satmaktan, miras, hibe, vasiyet gibi aslın mübadelesine, temlik ve temellüküne delalet edecek hususlardan kaçınılmaktadır.<sup>73</sup> Şu hâlde vakıf malı konu alan bu tarz hukuki tasarruflar İslam hukukçularının tabiriyle vakıf malın

<sup>72</sup> Hasan Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2007), 93-94; MAA, m. 159; Hayrettin Karaman, "Ayn", *İçinde Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, cilt 4 (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1991), 257. Ayrıca bkz. Sa'düddin et-Taftâzânî, *Şerhu'l Akâid*, çev. Talha Hakan Alp (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2017), 103.

<sup>73</sup> Öztürk, *Yazır Gözüyle Vakıflar*, 51.

rakabesini, yani ayn'ını, zatını hedef alan müdahalelerdir. Bu nitelikteki hukuki işlem ve fiiller, özel mülkiyetten çıkarılarak çeşitli hayır işlerine tahsis edilmiş ve muhtemeldir ki, uzun yıllar bu şekilde hizmet etmiş vakıfların hükmi şahsiyetini ve maddi mevcudiyetini sona erdirebilecek müdahalelerdir.

Vakfın sağlığında, hukuki anlamda bağlayıcı hale gelmiş bir vakıftan rüçû ederek vakıf malları temellük etmeye, satmaya, bağışlamaya, miras bırakmaya çalışması, yine vakıf malları vâkıfın mirasçılarının veya alacaklılarının temellük etme girişimleri, vakıf malın ayn'ına müdahale niteliğindedir; ki bu hususa “Şer’i Hükümlere Aykırılık” başlığında değinmiştik. Mütevellinin de vakıf malı satmak,<sup>74</sup> zimmetine geçirmek<sup>75</sup> veya rehin vermek<sup>76</sup> gibi teşebbüsleri bu kapsamda değerlendirilmelidir. Vakıf mal, kural olarak temlikî tasarruflara konu edilemeyeceğinden bu tür müdahalelerin hukuken geçerli sonuçlar doğuramayacağında şüphe yoktur. Bununla birlikte bu tür işlemlere teşebbüs dahi edilmesinin yahut denetimin yeterli olmadığı zamanlarda fiilen gerçekleştirilmesinin vakıflara büyük zararlar verdiğini belirtmek gerekir.

Bir malın ayn'ına müdahalenin bir başka yolu da, o mala zarar vermektir. Doğrudan veya dolaylı bir şekilde başkasına ait bir mala zarar vermek, onu tamamen veya kısmen ortadan kaldırmak anlamına gelen ve zamanla hırsızlık ve gasp dışında kalan mala zarar verme

<sup>74</sup> Neticetü'l Fetâvâ, m. 677, 686; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1053, 1055; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 294; Demirtaş, Fetvalarla Osmanlı Vakıfları, 36-38. İlgili hüküm örnekleri için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 49/2, (1): 288/2.

<sup>75</sup> Örneğin Haseki Sultan Evkafında vekâleten mütevellilik görevini icra eden Ömer isimli kimsenin, vakıf gelirlerini tahsil ederek zimmetine geçirdiği, gerekli ödemelerin yapılamaması üzerine anlaşarak Bâbüssaâde Ağası tarafından şikayet edilmiş; bunun üzerine zimmetinde biriken vakıf malının tahsil edilmesi için Şam valisine ve Kudüs mollasına hüküm gönderilmiştir. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 186/1. Ömer'in vefatı sonrası zimmetindeki vakıf mallarının terekesinden tahsil edilmesine ilişkin hüküm için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 191/1. Aynı olayın daha sonra da farklı bir hükme konu olduğunu görüyoruz. Öyle ki, Ömer'in terekesinden ilgili parayı tahsil etmesi gereken müteveli vekili, paranın bir kısmını bazı kişilerin gasp ettiğini, bir kısmının ise reâyâ zimmetinde kaldığını belirtmektedir. Verilen hüküm ilgili kişilerden vakıf paranın tamamen tahsil emrini içermektedir. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 191/2. Söz konusu olaylar zinciri farklı müdahale örnekleriyle daha sonra iki hükme daha konu olmuştur. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 206/1 ve 233/2.

<sup>76</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 361; Demirtaş, Fetvalarla Osmanlı Vakıfları, 39.

fiillerinin tamamını içine alan bir kapsam kazanan “*itlaf*”<sup>77</sup> fiilinin de vakıf malları konu alacak şekilde sıklıkla işlendiği görülmektedir. Vakıf malı harap etmek, istihlak etmek, yıkmak, harcamak veya zimmetine geçirmek, zayi etmek veya zayi olmasına sebep olmak gibi birçok şekilde meydana gelebilen ve vakıf malın kısmen veya tamamen yok olması sonucunu doğuran tüm fiilleri, vakıf malı itlaf etmek çerçevesinde değerlendirebiliriz. Ahkâm-ı şikâyet defterlerinde sıklıkla rastladığımız üzere, vakıf mescitlere tasallut edilerek bu yapıların kirletilmesi<sup>78</sup> veya harap edilmesi,<sup>79</sup> mescitlere ait bazı kısımların tuvalete çevrilmesi,<sup>80</sup> vakıf arsalara izinsiz şekilde çeşitli yapılar inşa edilmesi<sup>81</sup> vakıf arsanın tuvalet veya çöplük olarak kullanılması<sup>82</sup> gibi çok çeşitli yollarla vakıf mallara zarar verildiğini söylemek mümkündür. Vakıf mala zarar veren kimse, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Örneğin vakıf bir evi kiralayıp bazı kısımlarını yıkan ve enkazını da zayi eden kiracıdan, yıktığı kısımların mebniyyen (sağlam haldeki) kıymeti talep ve dava edilebilir.<sup>83</sup>

Para vakıfları bu bakımdan farklı bir özellik arz eder. Bu tür vakıflarda vakfedilen mal, paradır. Bu nedenle vakıf malın ayn'ına zarar verme, vakfın asıl sermayesini azaltıcı fiillerle gerçekleşir. Para vakıflarında asıl sermayenin nemalandırılması sonucu elde edilen para ise,

<sup>77</sup> Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta Yayınları, 2014), 389.

<sup>78</sup> BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 41/3.

<sup>79</sup> BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 7/1; (1): 49/2; (4): 152/5. Mescid-i Aksa dahilinde sancakbeyinin ikamet ettiği sarayın altına yapılan bazı odalar ve çevresinde, yenicerilik iddiasında olan bazı kimselerin içki içmek dahil türlü taşkınlıklar yaparak Mescid'e zarar vermeleri üzerine verilen hüküm için bkz. BOA, A.DVNS.MSR.MHM (111): 508/1761. Hırsızlar ve evsizler tarafından harap edilmesine göz yumulan vakıf yapılarla ilgili hükümler için bkz. KŞS, 201:39, 201:59. Vakıf gayrimenkullerinin harâbına, ehl-i örf taifesinden kimselerin sebep olduğu olay örnekleri için bkz. KŞS, 202:238, 202:250, 253; BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 7/1; BOA, A.DVNS.MSR.MHM (162): 60/149.

<sup>80</sup> BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 51/2.

<sup>81</sup> BOA, ADVNS.AHK.ŞM (2): 161/4; (3): 147/3; (3): 156/2; (4): 152/6. Vakıf arsanın zorla yabancı kimselerce zabt edilip ziraate konu edilmesiyle ilgili başka bir hüküm örneği için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (4): 152/2.

<sup>82</sup> BOA, ADVNS.AHK.ŞM (2): 166/1; (3): 64/3; (3): 121/3; (4): 70/1, (5): 11/1; BOA, A.DVNS.MSR.MHM (121): 331/1311. Mescid-i Aksa ve çevresini tetkike giden kâdî'nın, bu esnada rastladığı tuvaletin, harem-i şerife necaset bulaşmaması için yıkılmasını emrettiği hüküm için bkz. KŞS, 201:394.

<sup>83</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 358/4.

vakfin gelirini oluşturur. Dolayısıyla para vakıflarında, malın ayn'ı da geliri de paradan teşekkül etmekle beraber, bu iki çeşit paraya yönelen müdahaleler, tazmin sorumluluğu doğurmak bakımından birbirinden ayrılır. Örneğin para vakfı mütevellisi asıl sermayeden para alır ve bu parayla ne yaptığı bilinmeden vefat ederse, aldığı para terekesinden tazmin edilirken; vakfin gallesinden aldığı para ile ne yaptığı bilinmeden ölürse, bu miktar terekesinden tahsil olunmaz.<sup>84</sup> Çünkü bu örneklerden birincisi vakıf malın ayn'ına zarar verme, onu zayi etme hükmünde iken ikincisi vakıf gelirinin idare ve tasarrufu ile ilgilidir. Yine örneğin mütevellî vakfın gelirinden ödenmesi gereken vazifeleri asıl sermayeden öder ise, asıl sermayede oluşan eksilmeyi kendi malından tazminle yükümlü olur.<sup>85</sup> Yahut vakfiyeye aykırı muameleler yapan mütevellî, herhangi bir şekilde vakfın asıl sermayesinden verdiği parayı tahsil edemezse, zayi ettiği miktarı tazminle yükümlü olur.<sup>86</sup>

## 2. Vakıf Malın Menfaatine Yönelik Müdahale

Menfaat, bir malın ayn'ının kullanılması ile meydana gelen faydadır.<sup>87</sup> Menfaatlerin gaspı ve tazmininin imkânı meselesi, İslam hukukçuları arasında en derin tartışma konularından birisidir. Ancak konumuz itibarıyla bu ihtilaf bizi ilgilendirmemektedir. Zira Hanefiler, menfaati, “mal” kategorisine dâhil etmezler ve bu nedenle kural olarak gasp edilmesi ve dolayısıyla tazminini mümkün görmezler. Ancak vakıf mal, yetimlere ait mallar ve muaddün li'l-istiğlâl<sup>88</sup> olan mallar ile birlikte bu hükmün istisnasını oluşturur.<sup>89</sup> Dolayısıyla bir vakıf mal gasp edilir ise, yararlanılmış olsun yahut olmasın, muaddün li'l-istiğlâl niteliğinde olsun veya olmasın menfaatinin tazmin edilmesinin şart olduğu hususunda ittifak mevcuttur. Alıkonularak menfaat sağlanan şey bir vakıf gayrimenkul ise, mütevellinin izni ile dahi olsa, haksız bir

<sup>84</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 391/1-2; el-Bağdadi, Mecmaü'd-damânât, 324; Demirtaş, Fetvalarla Osmanlı Vakıfları, 270-271, 275-277. Ayrıca detaylı bilgi için bkz. Bilmen, Kâmus, cilt 5, 84; Akgündüz, Vakıf Müessesesi, 339-341.

<sup>85</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 397/21.

<sup>86</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 392/3-6, 396/16-17; Demirtaş, Fetvalarla Osmanlı Vakıfları, 273.

<sup>87</sup> Hacak, Atomcu Evren Anlayışı, 95; Ali el-Hafif, Buhûs ve Makâlât fi't-teşrî'i'l-İslâmî (Kahire: Darü'l-Fikri'l-Arabi, 2010), 179; Yunus Araz, İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini (Bursa: Emin Yayınları, 2016), 96-97.

<sup>88</sup> “Muaddün li'l-istiğlâl mala gelince, bu mal kiraya verilmek üzere belirlenmiş ve hazırlanmış nesnedir.” MAA, m. 417.

<sup>89</sup> İbn-i Abidin, Reddû'l-muhtâr, 506; Araz, Menfaatin Tazmini, 119-122, 227-245.

şekilde o akarı elinde tutmuş olan kimsenin ecr-i misil ödemesi talep ve dava edilebilir.<sup>90</sup> Gasp edilen vakıf mal, derhal gâsıbın elinden alınır, vermezse gâsıp hapsedilir.<sup>91</sup> Vakıf bir maldan ücretsiz şekilde yararlanılması da gasp hükmündedir ve ecr-i misil tahakkuk eder.<sup>92</sup>

Vakıf kurucusu, kimi zaman vakıf mallardan elde edilen geliri şart ederken, kimi zaman da vakıf mallardan elde edilebilen çeşitli menfaatleri şart eder. Bu yolla en çok şart edilen hakkın, sükna hakkı olduğunu söylemekte beis yoktur. Sükna hakkından yalnızca vâkıfın belirlediği kimseler, vâkıfın belirlediği sıraya ve şekle uygun olarak yararlanabilirler. Bu nedenle bu hakka sahip olmayan yahut henüz kendisine bu haktan yararlanma sırası gelmemiş kimselerin, sükna hakkının kullanılmasına müdahale etmeleri hukuka aykırıdır.<sup>93</sup>

Eğer sükna hakkına sahip birden fazla kişi var ise, hak sahiplerinden yalnızca birisinin vakıf gayrimenkulü tek başına zabt ederek diğer hak sahiplerini engellemesi de gasp teşkil edecektir.<sup>94</sup> Örneğin

<sup>90</sup> el-Bağdadî, Mecmaü'd-damânât, 326-327; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 371; Neticetü'l Fetâvâ, m. 729; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1334; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 261, 264, 265, 287, 327-329, 357; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 111-112; Araz, Menfaatin Tazmini, 234-235; Döndüren, Vakıf Meseleleri, 273. Kudüs'te Sahratullahül Müşerrefe Vakfı musakkafatından bir taşınmazı haksız şekilde zabt eden bir Yahudiden ecr-i misil talep edildiğine, buna muvafık fetva alındığına dair hüküm için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (5): 16/1. Benzer örnekler için bkz: BOA, ADVNS.AHK.ŞM (4): 32/2; (4): 149/2.

<sup>91</sup> Fetâvâ-yı Hindiyye, 33; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 44-47.

<sup>92</sup> Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 111; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 44; Araz, Menfaatin Tazmini, 235. Ücret istemeden vakıf maldan yararlanılmasına izin veren müteveli de zardan sorumlu olur. bkz. el-Bağdadî, Mecmaü'd-damânât, 326.

<sup>93</sup> Fetâvâyı Feyziyye, m. 1009, 1030; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 354/16, 355/20, 369/24, 371/33; Neticetü'l Fetâvâ, m. 635, 644, 655, 659; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1239, 1246, 1248, 1396. Örneğin 1793 yılında Kudüs hayırseverlerinden Şeyh Mansur Mısır isimli kimse, yaptırdığı odaların süknasını Mısır'dan Kudüs'e gelen ehl-i ilimden fakir kimselere şart etmiştir. Vâkıfın şartı uyarınca odalardan birisinde ikamet eden Mısır ulemasından bir kimseye, Kudüs sakinlerinden Seyyid Mehmed ve Seyyid İbrahim isimli kimselerin zorbalıkla müdahale ederek vakfa zarar vermeleri üzerine, vâkıfın şartı ne ise o şekilde icra olunup müdahalenin men' edilmesine, şer'e aykırı durumlara izin verilmemesine karar verilmiştir. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (4): 186/1. Benzer örnekler için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (4): 35/2; BOA, ADVNS.AHK.ŞM (2): 50/1; BOA, ADVNS.AHK.ŞM (2): 150/4; BOA, ADVNS.AHK.ŞM (2): 161/4; (4): 62/2; (4): 143/3. Kudüs'te vakfa ait çiftliğe yapılan müdahalenin men'i gayesiyle mahkemeye yapılan başvuru için bkz. KŞS, 201: 253. Bir vakfın başka bir vakfa ait taşınmazı gasp ettiği hüküm örneği için bkz: BOA, ADVNS.AHK.ŞM (5): 96/3.

<sup>94</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 366/12; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 262; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 44; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 112.

süknası evlada ve evlad-ı evlada şart edilmiş olan bir vakıf evi, birden fazla evlat hayatta iken içlerinden birisinin veya bir kısmının zabt ederek tek başlarına oturmak istemeleri hukuka aykırıdır.<sup>95</sup> Başka bir örnekte süknası vâkıfın azatlı kölelerine şart edilmiş bir vakıf evde, azatlı kölelerden yalnızca birinin diğerlerinin rızası olmaksızın zorla tek başına oturması durumunda, diğer hak sahiplerinin hisselerinin ecr-i mislini ödemesi gerekeceği kayıt altına alınmıştır.<sup>96</sup>

Literatürde sık karşılaştığımız bir müdahale örneği, vakfın süknasının şart edildiği kimsenin vakıf akar üzerinde tasarruf etmeye çalışmasıdır. Oysa ona tanınan hak, yalnızca vakıf akarın ayn'ından bizzat yararlanmayı içerir; bu akar üzerinde herhangi bir tasarruf hakkı yoktur. Bu nedenle sükna hakkı sahibinin, vakıf evde oturmayıp onu başkasına kiralaması ve kira bedelinden yararlanması yahut mütevellinin, vakıf ev üzerinde sükna hakkı olan birisi varken bu evi başkasına kiralaması vakıf kurucusunun iradesine aykırı bir durum olarak hukuka aykırıdır.<sup>97</sup> Tersî durumda, örneğin vâkıf, vakıf akardan elde edilen galleyi evladına şart etmiş ise, vâkıfın evlatları gallesinin kendilerine ait olduğundan bahisle vakıf akarın sükna hakkını zabt ve mütevelliyi başkasına kiralamaktan men edemezler.<sup>98</sup> Mütevellinin de vakıf evde vâkıfın şartı üzere oturan kimseleri, evi başkasına kiralamak için ihraç etmesi sükna hakkına yönelik ağır bir müdahaledir.<sup>99</sup> Nadiren de olsa sükna hakkı dışındaki vakıf menfaatlerine müdahale edilmesi mevzu bahis olmuştur. Çeşme,<sup>100</sup> suyolu<sup>101</sup> veya değirmen<sup>102</sup>

<sup>95</sup> Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1028; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1280. Vakıf akar tüm hak sahiplerinin yararlanmasına müsait değil ise, nöbetleşerek oturmaları gerekir. bkz. Hassâf, Ahkami'l-evkâf, 64; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 366/12; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 262.

<sup>96</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 371/32; el-Bağdadî, Mecmaü'd-damânât, 332.

<sup>97</sup> Hassâf, Ahkami'l-evkâf, 64; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 358/1-3, 359/6; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1037, 1044; Neticetü'l Fetâvâ, m. 657; Merginani, el-Hidâye, 929; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 28; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 108; Ali Haydar, Tertîbu's-Sunuf, 850 ve 853.

<sup>98</sup> Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 109; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1083. Ayrıca bkz. ibid m. 1040.

<sup>99</sup> bkz. Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1044.

<sup>100</sup> Örneğin vakıf bir çeşme yaptırırken mahalle sakinlerinden birisinin evine döşediği özel bir mecra ile su bağlayan vâkıf öldükten sonra, mirasçılarının bu kişinin evine akıtılan suyu kesmeye ve kendi evlerine akıtmaya hakları olmadığı yönündeki fetva için bkz. Fetâvâ-yı Ali Efendi, 337/21.

<sup>101</sup> Örneğin Kudüs'te bir vakfın musakkafatından olan değirmenlerden diledikleri gibi yararlanma izni olan Yahudi kimseleri, sadece bir değirmenden yararlanmaları,

şeklinde kurulan vakıflarda mutasarrıfların menfaatlerine yönelen haksız müdahaleler, fetvalar ile ahkam ve mühimme defterlerine konu olmuştur.

### **3. Vakıf Maldan Elde Edilen Gelire (Galleye) Yönelik Müdahale**

Galle, kiralanın taşınmazdan elde edilen kira ücreti gibi, bir maldan elde edilen maddi faydadır.<sup>103</sup> Ev, han, dükkân gibi gayrimenkullerin kirasını, bağ, bahçe ve tarlaların ürününü ve paranın getirisini ifade eden galle terimi, daha çok vakıf mallardan sağlanan gelir anlamında kullanılmakta olup, bir vakfa gelir sağlamak üzere tahsis edilen taşınır taşınmaz her türlü malın tabii ve hukuki semerelerini ifade etmektedir.<sup>104</sup> Vakıf malın ayn'ına değil, gelirine müdahale edilmesi çok daha sık rastlanan bir müdahale şeklidir. Ancak galleye yönelen müdahalelerin çoğunlukla göreve ve işleyişe de müdahale teşkil ettiğini belirtmek gerekir. Zira vakıf gelirinin gereken yerlere sarf edilmesi mütevellinin görevi, vakfın da en önemli amacıdır.<sup>105</sup>

Vakıf gelirinde istihkak, yalnızca vâkıfın yararlanma için belirlemiş olduğu şartlar gerçekleştiğinde meydana gelir ve bu haktan yalnızca vâkıfın belirlediği şekilde/sırayla faydalanılabilir. Bu nedenle vakfiye çerçevesinde kendisine henüz yararlanma sırası gelmemiş olan kimseler, vakıf gelirine müdahale edemeyeceklerdir. Örneğin “batnen ba'de batnin” yararlanılan bir vakfın gallesine, önceki batından bir evlat mevcut iken sonraki batından bir evlat müdahale ede-

---

diğerlerini kullanmamaları talebiyle açgözlü bazı kimseler taciz etmiş; bunun üzerine durumun araştırılması ve bu Yahudilerin istedikleri değirmenden yararlanmalarına engel olunmaması hükme bağlanmıştır. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 153/1.

<sup>102</sup> Örneğin Kudüs'te, saray erkânı tarafından vakıf olarak inşa ettirilen suyollarına zarar veren veya suya haksız şekilde el koyan kimselerin müdahaleleri de, zaman zaman mühimme defterlerindeki hükümlere konu olmuştur. bkz. BOA, A.DVNS.MSR.MHM (139): 215-216/864, (139): 331/1303, (140): 109/396.

<sup>103</sup> el- Hafif, Buhûs ve Makâlât, 179.

<sup>104</sup> Ahmet Akgündüz, “Galle”, İçinde Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, cilt 13 (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 1996), 338; Araz, Menfaatin Tazmini, 105.

<sup>105</sup> Örneğin Şeyh Mehmed Sun'ullah el-Hâlidî Vakfı'nın meşru bir müteveli ve nazırı var iken Kudüs halkından bir kimsenin, vâkıfın evladı olduğunu iddia ederek hiçbir kanıt göstermeden vakfın yönetimine müdahale etmesi ve gallesini zor kullanılarak alması, hem vakfın gelirine hem de mütevelinin görevine müdahale teşkil etmektedir. Nitekim bu müdahalenin men edilmesine ve zorla el konulan gallenin tahsil edilmesine karar verilmiştir. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 135/2.

mez.<sup>106</sup> Başka bir örnek olarak, vâkıfın evladına ve evladının soyunun tükenmesinden sonra Mekke, Medine veya Kudüs fakirlerine veya başka bir vakfına şart ettiği vakfın gallesine, evladından kimseler mevcut iken Medine mütevellisinin veya diğer vakfın mütevellisinin müdahalesine cevaz verilmeyecektir.<sup>107</sup> Bu hususla ilgili detaylı örnekleri, “Vakıf Şartlarına Aykırılık” başlığında incelemiştik.

Vakıf gelirinden belli miktarda pay sahibi olan kimselerin, hisseleriyle kanaat etmeyerek fazlasını almak için mütevelliyi zorlamaları<sup>108</sup> da sıklıkla anlaşmazlıklara sebebiyet vermiştir. Örneğin vâkıf, vakfın gelirini evladı arasında farklı oranda hisselerle bölüştürerek şart etti ise, evlatlar kendi hisselerinden fazlasına müdahale edemeyeceklerdir.<sup>109</sup> Vakıf malına olduğu gibi vakıf görevlilerinin görevine de müdahale teşkil eden bu türden fiillere, hakkından fazlasını fiilen almak unsuru da eklenince gasp suçu meydana gelir; ki buna ilişkin örnekleri de yukarıda incelemiştik. Örneğin galle üzerinde birden fazla kişinin hak sahipliği söz konusu iken içlerinden yalnızca birinin tüm galleyi alması durumunda, diğer hak sahipleri hisselerinin iade

<sup>106</sup> Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 999, 1030, 1048.

<sup>107</sup> Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1020, 1032; Demirtaş, Fetvalarla Osmanlı Vakıfları, 73 ve 77. Yine örneğin erkek ve kız evlatların soyu kesildikten sonra tevliyeti ve geliri Halilürrahman Vakfı'na şart edilmiş vakfa, henüz kız evlatların soyu kesilmemiş iken Halilürrahman Vakfı'nın mütevellisinin müdahale etmesi şeklindeki benzer bir örnek, Kudüs'te varid olmuştur. Müdahaleyi önlemek için vâkıfın evlatları fetva alarak şikayette bulunmuş; yapılacak yargılama sonrasında fetvaya ve vakıf şartlarına uygun hareket edilmesi hükme bağlanmıştır. Üstelik müdahalenin men'i için verilen emr-i şerife rağmen on iki yıl sonra aynı müdahale tekrarlanmıştır. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (4): 105/3 ve BOA, ADVNS.AHK.ŞM (5): 90/2.

<sup>108</sup> Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1125, 1136, 1153. Hüküm örneği için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (2): 222/4.

<sup>109</sup> Neticetü'l Fetâvâ, m. 624; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1027, 1045. Kudüs'teki aile vakıflarında, evlatlardan bazılarının hissesiyle kanaat etmeyerek diğerlerinin hakkına müdahale etmesine ilişkin örnekler için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 41/2, (4): 29/3, (4): 34/1. Kudüs'te bulunan ve geliri vâkıfın evlatlarına şart edilmiş başka bir vakıfta, evlattan bazı kimselerin haklarını aldıkları halde fazla para talebiyle mütevelliyi taciz ettikleri olayda da, vakıf şartlarına aykırı olarak gerçekleştirildikleri müdahalenin men'ine hükmedilmiştir. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 115/4. Benzer bir örnekte Kudüs'te bulunan Câmî-i Kebîr Vakfı'nın mütevellileri, hak ettikleri vazifeleri dağıtmakta hiçbir kusur göstermemelerine rağmen, mürtezikadan bazılarının fazladan vazife talep ederek kendilerini zor durumda bıraktıklarını ifade ederek şikayette bulunmuşlardır. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (2): 222/4.



ve/veya tazminini talep edebilirler.<sup>110</sup> Zira böyle bir durumda gâllenin tamamını zapt eden, diğerk hak sahiplerinin hisselerini gasp etmiş olacaktır.

Vakıf gelirleri, vâkıfın veya yetkili devlet görevlilerinin belirlediği kişilere, belirlenen oranlarda ve şer'i hükümler uyarınca belli bir öncelik sırasına göre verilir. Bu nedenle ne hizmet mukabilinde vazifeye hak kazanan görevliler<sup>111</sup> ne de hizmet karşılığında olmayan vazifenin şart edildiği mürtezikadan kimseler<sup>112</sup> hak ettikleri ücretten fazlası için vakıf gelirine müdahale edemezler. Fetâvâ-yı Ali Efendi'de, vakfın mürtezikasından bazı kimselerin vazifelerine bir miktar zam ve berat ettirmeleri durumunda, vâkıfın şartına aykırı olan bu zamları mütevellinin vermekten kaçınabileceği ve bu kimseler söz konusu meblağı mütevelliden zorla alırlarsa iade ile yükümlü olacakları kayıt altına alınmıştır.<sup>113</sup> Vakıf gelirinden faydalanabilmek için vakfiyeye aykırı olarak kendilerine vazife ihdas ve berat ettiren kimseler, söz konusu vazifelere kesinlikle hak kazanamaz ve vakıf gelirinden bu şekilde yararlanmak için mütevelliyeye müdahale edemezler.<sup>114</sup> Öyle ki, bu kimselere ödeme yapan müteveli hukuken sorumlu olur.<sup>115</sup>

Vakıf gelirine müdahalenin bir başka görünümü, vakfın gelir getiren kaynaklarına musallat olunmasıdır. Vakıf reayası olan kişilerin ödemekle yükümlü olduğu birtakım vergilerin kim tarafından tahsil edileceği konusunda ehl-i örf ile vakıf idarecileri arasında sıklıkla karşılaşılan ihtilafların bir gerilime yol açtığı ve bu konularda zaman zaman çeşitli düzenlemelere gidildiği görülmektedir. Bu hususta vakıf reayasının ödeyeceği her türlü verginin vakıf idarecileri tarafından tahsil edil-

<sup>110</sup> Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1049. Kudüs'te bulunan ve gallesi vâkıfın evladına eşit şekilde şart edilmiş vakfın gelirlerini tek başına zabt ederek hissesini isteyen diğerk evlatlara hakkını vermeyen kişinin şikayet edilmesi üzerine, vakfiye uyarınca hareket edilmesine hükmedilmiştir. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 41/2.

<sup>111</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 403/13; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1119, 1121.

<sup>112</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 405/19-21; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1125, 1153.

<sup>113</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 409/2-3.

<sup>114</sup> Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1117; Neticetü'l Fetâvâ, m. 708; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 407/7, 409/4, 410/5, 7, 8; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1286, 1287, 1288, 1289, 1375, 1376, 1381; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 366; Bilmen, Kâmus, cilt 4, 349; cilt 5, 67, 71. Ayrıca bkz. VGMA, 814: 106/1 Aktaran: Şerife Eroğlu Memiş, Hurufat Defterlerinde Kudüs-i Şerif: Vakıflar, Görevler ve Görevliler (İstanbul: Yeditepe Yayınevi, 2017), 306.

<sup>115</sup> Behcetü'l Fetâvâ, m. 1290; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 81; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 94.

mesi, vakfa ait olanların gerekli yerlere harcanması, hazineye ait olanların ise uygun şekilde hazineye ulaştırılması yolunun tercih edildiği söylenebilir. Örneğin sınırları belli bir köyün mahsullerini veya vergilerini, Defter-i Hakanî'de kayıtlı olan hakkına binaen uzun süreden beri almakta olan bir vakıf var iken, köyün bu gelirlerine ehl-i örf taifesinden kimselerin musallat olarak vakfı zarara uğratmaları, vakfın gelir getiren kaynaklarına müdahalenin en çok rastlanılan şeklidir.<sup>116</sup> Mezkur hükümlerde vakıf gelirlerini gasp eden kişilerin, zimmetlerine geçirmiş oldukları vakfa ait paraların bütünüyle tahsil edilmesine ve müdahaleye derhal son verilmesine hükmedildiğini görmekteyiz.

Aynı köyün gelirlerinde, hisseleri belli şekilde hem has ve tımar sahiplerinin hem de vakıfların mutasarrıf olması söz konusu olabilir. Bu durumda vakıf görevlileri vakfın hakkı olan mahsulü/geliri almak istediklerinde, ehl-i örf'ten olan diğer mutasarrıfların kendi paylarıyla yetinmeyerek vakıfların hisselerine haksız müdahale etmeleri sıklıkla şikayetlere konu olmuştur. Defter kayıtları incelendiğinde, bu gibi durumlarda vakıfların haklarına müdahale edilmemesinin, Defter-i Hakanî kayıtları mucebince hareket edilmesinin hüküm altına alındığını görüyoruz.<sup>117</sup> Benzer bir şikayet kaydında Kanuni Sultan Süleyman'ın Kudüs'teki vakıflarının nazırı olan Bâbüssaâde Ağası Ahmed Ağa, Kamame Kilisesi girişinde alınan ziyaret ücretlerinden elde edilen gelir başta olmak üzere vakıf gelirlerine Kudüs mütesellimlerinin musallat olduğunu bildirerek her bakımdan serbest olan bu vakıfların gelirlerine yönelen müdahalelerin men'ini talep etmiştir.<sup>118</sup>

<sup>116</sup> BOA, ADVNS.AHK.ŞM, (2): 76/2, (2): 156/1, (2): 184/2, (2): 314/5, (3): 153/3, (5): 13/1. Örneğin 1743 yılında Kudüs kadısına gönderilen bir hükümde, Kudüs kazasına tâbi ve vergilerinin vakıf tarafından tahsil edilmesi gereken bir köyün civarında bulunan sipahinin köyün vergilerine el koyması üzerine, kanun hilafına gerçekleşen bu müdahalesinin men'i emredilmiştir. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 37/3. Köy sakinlerinin vakıf gelirlerine müdahalesine ilişkin örnekler için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 30/5, (3): 40/5. "Ecânibden olan kimseler" veya "Ecânib ve aşhab-ı ağrazdan bazı kimseler" olarak ifade edilen köye yabancı kimselerin vakıflara müdahalelerine dair örnekler için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 148/1, (3): 152/2, (3): 156/1, (4): 129/3, (4): 162/2, (5): 53/1, (5): 95/1, (5): 129/2; ayrıca bkz. BOA, A.DVNS.MSR.MHM (121): 161/624. Kudüs Şer'iyye Sicillerinden örnekler için bkz. KŞS, 200: 60, 214: 151, 229:1, 261: 26.

<sup>117</sup> BOA, ADVNS.AHK.ŞM (2): 56/4, (3): 127/1, (4): 110/3, (4): 150/1 ve 160/3, (5): 30/2.

<sup>118</sup> BOA, A.DVNS.MSR.MHM (148): 163/507.

Vakıf gelirlerine dolaylı olarak müdahale edilmesi söz konusu olabilir mi? Örneğin gelirleri bir vakfa tahsis edilmiş olan köylerde, halktan haksız yere vergi toplayarak<sup>119</sup> veya haraç keserek,<sup>120</sup> köy halkını vakfa ödemesi gereken vergileri ödeyemez hale getirmek bu kapsamda değerlendirilebilir. Yine halk arasında çeşitli sebeplerle fitne ve düşmanlık yayarak yerleşim yerlerinde kargaşaya, mal ve can kayıplarına ve dolayısıyla vakfa tâbî köylerde düzenin bozulmasına ve vergilerin toplanılamamasına sebep olunması<sup>121</sup> vakıf gelirlerine dolaylı müdahale görünümündeki fiillerdir. Vakfa tâbî köylerdeki halkın, vakfa vergi ödememeleri için kışkırtılmaları<sup>122</sup> da vakıf gelirlerine müdahale amacına hizmet etmektedir. Failin genellikle ehl-i örften olduğunu gördüğümüz bu nitelikteki müdahalelerin başka bir örneği şudur: Haseki Sultan Vakfı'na tâbî Kamame Kilisesi'ne ziyarete gelen Rum ve Ermenilerin resmi giriş ücreti dışında bir şey ödemeleri gerekmez iken, ehl-i örf taifesinden kimseler kiliseye varmadan yol üzerinde ziyaretçileri durdurarak zorla para almayı âdet edinmişlerdir. Vakıf gelirlerine dolaylı müdahale dışında yol güvenliğini ve genel asayişini tehdit eden nitelikte ağır suçlar içeren bu uygulamanın önüne geçilmesi için birçoğ merkezi ve yerel yönetici görevlendirilmiştir.<sup>123</sup>

## B. Vakıf Görevlilerine Yönelik Müdahale

Bir fiilin vakıf görevlisinin görevine yönelik müdahale teşkil edebilmesi için, bir kimsenin meşru bir sebebi, hak veya yetkisi olmaksızın, meşruiyet üzere vakıf görevini ifa eden bir görevliye, görevini hukuka uygun şekilde ifa etmesine engel olacak şekilde müdahalede bulunması gerekir. Örneğin Haseki Sultan vakıflarında babalarından intikal eden kitabet görevine mutasarrıf olan ve görevlerini hakkıyla ifa eden kardeşlere, vakfın kâtibinin olmadığı iddiasıyla müdahale eden ve ortalığı karıştırarak vakfa zarar veren Abdülhay isimli kimsenin müdahalesinin men edilmesi ve kardeşlerin elindeki beratlarla,

<sup>119</sup> bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (2): 189/3, (2): 156/1, (3): 110/4, (3): 156/3, (4): 92/1, (4): 191/4. Ayrıca bkz. BOA, A.DVNS.MSR.MHM (9): 234/427.

<sup>120</sup> BOA, ADVNS.AHK.ŞM (2): 9/1. Şer'iyye sicillerinde de, vakıflara bağlı köylerin ahalilerinden talep edilen haksız vergi ve ücretlerin kaldırılmasının emredildiği hükümlere rastlanmaktadır. bkz. KŞS, 201: 311, 248: 46.

<sup>121</sup> BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 186/2.

<sup>122</sup> BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 86/4, (2): 12/2, (2): 76/3, (4): 160/2.

<sup>123</sup> BOA, ADVNS.AHK.ŞM (2): 289/3.

vakıfta yürürlükte olan şartlara ve kadim uygulamaya uygun şekilde hareket edilmesi, 1752 tarihli hükümlerle emredilmiştir.<sup>124</sup>

Vakıflara yönelen müdahaleleri ele alan çalışmalara bakıldığında, vakfa müdahale fiillerinin büyük bir kısmının göreve müdahale biçiminde gerçekleşmiş olduğu görülür.<sup>125</sup> Bu durum, insanların vakfın kaynaklarını yönetme veya en azından vakıf olanaklarından uzun süreli ve düzenli şekilde yararlanabilme imkânları sunan daha güvenli ve muhtemelen daha prestijli bir yol olarak vakıf görevlerine sahip olmayı, vakfın herhangi bir malını elinde tutmaktan veya gelirinden pay almaktan daha cazip gördüğüne işaret etmektedir.

İncelediğimiz fetva mecmualarında da vakıf görevlilerinin görevlerine müdahaleye dair misallere sıklıkla rastlanılmaktadır. Örneğin beratla tevcih edilen tevliyet veya cibayet gibi bir vakıf görevini, önceki görevlinin oğlunun “Daha önce babam/annem bu görevi mutasarrıf idi.” diyerek ele geçirmeye çalışması<sup>126</sup> veya önceki görevlinin, daha önce o görevi yaptığından bahisle yeni görevliye müdahale etmesi<sup>127</sup> durumlarında bu müdahale gerekçelerine meşruiyet tanınmamıştır. Önceki görevlinin geçersiz bir şekilde görevi ferağ ettiği kimsenin, bu ferağa binaen görevin kendisine ait olduğunu söyleyerek görevi hak sahiplerine zabt ettirmemesi<sup>128</sup> veya vakıfta hâlihazırda görev yapan bir görevlinin vakıftaki diğer bir görevi de yapacağını söyleyerek görev sahibini engellemesi<sup>129</sup> de bu kabildendir.

---

<sup>124</sup> BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 66/4.

<sup>125</sup> Esmâ Nur Topcu, “Önceki Hukukumuzda Vakfa Müdahale Kavramı” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2020), 113-121; Alaattin Dolu, Osmanlı Kudüs’ü Kent Kimliği Nüfuz ve Meşruiyet 1703-1789 (İstanbul: Küre Yayınları, 2020).

<sup>126</sup> Neticetü’l Fetâvâ, m. 734, 741; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 296. Ayrıca bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (5): 127/1.

<sup>127</sup> Neticetü’l Fetâvâ, m. 739; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 350/1, 422/3. Örneğin Kudüs’te geliri vâkıfın evladına şart edilmiş bir vakıfta, kira gelirini paylaşmak isteyen evlatlara, Mehmed isimli yabancı bir kimse önceden vakfın mütevellisi olduğunu iddia ederek müdahale etmiştir. Mehmed’in vakıf şartlarına aykırı müdahalesinin men edilmesi ve meselenin mahallî yargıda görülmesi emredilmiştir. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (5): 127/1.

<sup>128</sup> Neticetü’l Fetâvâ, m. 737, 740.

<sup>129</sup> Neticetü’l Fetâvâ, m. 676; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 391/5.

Vakıf görevlilerinin ve çalışma şekilleri ile ücretlerinin tayini hususunda da ölçütün, öncelikle vakfiyedeki şartlar olduğundan bahsetmiştik. Özellikle aile vakıflarında, vâkıfın tevliyet ve nezaret gibi önemli görevleri belli şartlarla evlatlarına verdiği sıklıkla rastlanır.<sup>130</sup> Bu realite, evlatlarından veya aile bireylerinden birileri buldukça vakıf kurucusunun, vakfın yönetimine ve işletimine dışardan kimseleri müdahale ettirmeme arzusu olarak yorumlanabilir. Bu hususta vâkıfın ihdas ettiği şartlar mevcut ve bu şartlar doğrultusunda göreve hak kazanmış bir kimse var ise, diğerleri bu şartlara aykırı bir hak iddiasıyla göreve müdahale edemezler.<sup>131</sup>

Vakfiyede bu şekilde tayin edilen görevliler bulunmuyor ise, beratla mutasarrıf kılınan görevliler iş başı yapacaktır. Beratla mutasarrıf kılınmış bir görevliye de hukuken geçersiz gerekçelerle müdahale edilmesinin meşru olmadığı izahıtan varestedir. Eğer söz konusu görev üzerinde hak sahipliği iddiasında olan bir kimse var ise, bu kişinin iddiasını ispatlaması gerekir;<sup>132</sup> aksi takdirde göreve müdahalesine izin verilmez.<sup>133</sup> Vakfiyeye veya gerçek duruma aykırı olarak vazife

<sup>130</sup> bkz. Ali Himmet Berki, "Vakıflar ve Vakıfların Maruz Kaldığı Tecavüz ve İhmaller". Vakıflar Dergisi, 8 (1969): 337; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1272; Yüksel, Vakıfların Rolü, 59-60, 68; Akgündüz, Vakıf Müessesesi, 309; Yedi yıldız, Vakıf Müessesesi, 177; Eroğlu Memiş, Kudüs-i Şerif: Vakıflar, 251; Demirtaş, Fetvalarla Osmanlı Vakıfları, 54; Döndüren, Vakıf Meseleleri, 53. 18. yüzyıl Kudüs'ünden hüküm örnekleri için bkz. BOA, ADVNS.ŞM (4): 1/1, (4): 34/1, (4): 105/3, (4): 125/2, (5): 27/1, (5): 90/2, (5): 127/1.

<sup>131</sup> Behcetü'l Fetâvâ, m. 1272, 1286, 1287; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 999, 1022, 1025, 1039, 1043; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 368/19, 369/22. Örneğin, Haseki Sultan vakıflarında babalarından intikal eden kitabet görevine mutasarrıf olan ve görevlerini hakkıyla ifa eden kardeşlere, vakfın kâtibinin olmadığı iddiasıyla müdahale eden ve ortalığı karıştırarak vakfa zarar veren Abdülhay isimli kimsenin müdahalesinin men' edilmesi ve kardeşlerin elindeki beratlarla, vakıfta yürürlükte olan şartlara ve kadim uygulamaya uygun şekilde hareket edilmesi, 1752 tarihli hükümlerle emredilmiştir. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 66/4.

<sup>132</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 353/9; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 92. Kudüs'te Hazret-i Yahyâ ve Hazret-i Zekeriyâ vakıfları mütevellisinin çocuksuz vefat etmesi üzerine, mütevellinin tevliyet görevini kendisine şahitler önünde bıraktığını iddia eden kişinin, iddialarının doğru olup olmadığının araştırılması emredilmiştir. bkz. BOA, ADVNS.ŞM (1): 279/4, ayrıca bkz. BOA, ADVNS.ŞM (3): 32/2.

<sup>133</sup> Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1011. 1780 senesinde Şeyh Mustafa isimli kimse, Kudüs'ün Remle kazasında bulunan cami ve Ebu Hureyre Evkafının mütevelliliğini yaparken hâlihazırda resmîyette müteveli ve nazır olarak görünen kişinin hukuka aykırı şekilde görevi kendisine berat ettirdiğini ve aslında tevliyet ve nezaretin kendi hakkı olduğunu güvenilir kimselerin şahitliği ile ispatlayarak önceden olduğu

ihdas ve berat ettirilmesi durumunda ise, bu kimselerin ücrete hak kazanamayacağını belirtmiştik. Tabiatıyla, hak iddia ettikleri görevin sahibine de müdahale edemezler.<sup>134</sup>

1787 senesinde Kudüs kadısına yazılan bir hüküm, tevliyete beratla mutasarrıf birisi var iken, dışardan bir kimsenin tevliyet görevinde hak iddia ederek berat sunması üzerine, muhasebe ve ruznamçe defterleri incelenerek böyle bir beratın verilmediğinin anlaşılması nedeniyle, yetkili mütevelliyeye sahte berat ibrazı ile yaptığı müdahalenin men' edilmesi kararını ihtiva etmektedir.<sup>135</sup> Aynı sene, tevliyeti evladı ve utekasının soyu kesildikten sonra Kudüs'te bulunan Halilürrahman Vakfı'na şart edilmiş vakfın tevliyetinin, evladın ve utekanın soyunun kesilmesi üzerine mezkur vakfın mütevellisine verilmesi üzerine, bazı kimseler vâkıfın evladından olduklarını iddia ederek göreve müdahale etmişlerdir. Ancak belde ahalisinden çok sayıda güvenilir kişinin şahitliğiyle iddianın asılsızlığı ortaya çıkınca, tevliyetin Halilürrahman Vakfı mütevellisine verilmesine hükmedilmiştir.<sup>136</sup>

Göreve müdahale, yalnızca o görev üzerinde kendi adına hak iddia eden kişilerin başvurduğu bir fiil değildir. Somut durumda göreve müdahale yetkisi olmayan hâkim veya vâkıf gibi makamların da vakıf görevlilerine müdahale etmeleri ihtimal dahilindedir. Eğer görevlileri değiştirme yetkisini elinde tutmaya yönelik bir şart koymamış ise, vakıf kurucusu da kural olarak sahih ve bağlayıcı bir vakfın görevlile-

---

gibi tevliyet ve nezaret görevini üzerine almıştır. bkz. BOA, ADVNS.ŞM (3): 32/2. Şer'iyye sicillerinde rastladığımız başka bir örnekte, Sultan Kayıtbay Vakfı mütevellisi Carullah Efendi'ye dava açan Abdülkadir Mağribi, elinde tevliyet vazifesi için kendisine verilmiş 1701 tarihli sultan beratı olduğunu iddia etmiş ve teskilini istemiştir. Carullah Efendi ise söz konusu vazife için kendisinde iki sultan beratı olduğunu ve Abdülkadir'in elindeki beratın sahte olduğunu öne sürmekteydi. Kâdının hükmü, Abdülkadir'in beratını reddederek Carullah'ın görevde kalmasına karar vermek olmuştur. bkz. KŞS, 201:264. Benzer bir dava için bkz. 201:270.

<sup>134</sup> bkz. 113. dipnot. Kudüs vakıflarına dair sahte berat veya hüccet ile müdahale fiilinin vuku bulduğu ve müdahalenin men edilerek görevin asıl sahibine zabt ettirilmesi kararının verildiği örnekler için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (2): 222/6, (4): 59/3, (4): 128/1 ve KŞS, 201:263. el-Halil vakfı mütevellisi, bazı insanların vakıfta duran sandığı açıp içine sahte hüccetler koyarak vazife elde etme çabalarını engellemek için mahkemeye başvurmuştur. bkz. KŞS, 201:249.

<sup>135</sup> BOA, ADVNS.ŞM (4): 128/1. Kudüs vakıflarına sahte berat ibrazı ile yapılan diğer müdahale örnekleri için bkz. BOA, ADVNS.ŞM(3):139/1, (5):7/2,(5):89/2ve KŞS,201:263.

<sup>136</sup> BOA, ADVNS.ŞM (4): 1/1. Benzer bir hüküm için bkz. BOA, ADVNS.ŞM (5): 27/1.

rine müdahale edemez.<sup>137</sup> Örneğin berat veya hüccet ile atanan vakıf görevlilerini azledemez.<sup>138</sup> Hâkimin de meşru bir sebep yok iken vakıf görevlilerine müdahale etme yetkisi yoktur. Vâkıfın vakıf görevlilerini tayin ve azletme yetkisini verdiği belirli kişiler, vakfiyeye uygun şekilde görevlilerin tayini ve azli işlemlerini gerçekleştirirken, hâkimin bu işlemleri kabul etmeyerek kendi istediği kişileri görevlendirmesi veya istemediği kişileri azletmesi, hâkim müdahalesinin sık karşılaşılan bir örneğidir.<sup>139</sup> Hâkimin müdahalesine ilişkin ilginç bir örnek, kurduğu vakfın tevliyetini hayatta olduğu müddetçe kendisine şart eden ve bu görevi yürütmekte olan vâkıfın, azlini gerektiren bir hali yok iken, hâkim kararıyla azledilerek tevliyetin başkasına tevcih edilmesidir.<sup>140</sup>

Göreve müdahale, ihtilaf konusu olmuş görevde hak sahipliğine değil, onun yapılış şekline de yönelmiş olabilir. Müteveli görevin ifasına ilişkin hiçbir kusur işlememiş iken, hâkimin vakfın işlerine müdâhil olması, mütevellinin görevini yapma şekline müdahale teşkil edecektir. Zira mütevellinin hukuka uygun şekilde yürüttüğü vakıf işlemlerine hâkimin müdahale etmesi, bu işlemleri iptal etmesi mümkün değildir. Mesela mütevellisi bulunan bir vakfın taşınmazlarını doğrudan hâkim kiralayamaz.<sup>141</sup> Yine örneğin vakıfta istibdal şartları oluşmuş ve gerekli izinler alınmış iken, hâkim bu istibdal işlemini iptal etmeye muktedir olamaz.<sup>142</sup> Aynı şekilde hâkimin, mevcut mütevellinin hiçbir kusuru yok iken müteveli naibi ataması da, bu naibin vakıf işlerine müdahale ederek galleden pay istemesi de mütevellinin işlerine usulsüz ve haksız müdahale teşkil eder.<sup>143</sup> Hâkimin bir vakfın gallesinin başka bir vakfa harcanmasını emretmesi ve görevlileri buna

<sup>137</sup> Ebu Yusuf'a göre vâkıf, şart koşmamış olsa dahi mütevelliyi azletmeye yetkilidir. İmam Muhammed'e göre vâkıfın dahi, şart etmemişse, fakirlerin vekili olan mütevelliyeye müdahale etme hakkı yoktur. bkz. Fetâvâ Kadıhan, 282; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 356; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 88; Öztürk, Yazır Gözüyle Vakıflar, 183.

<sup>138</sup> Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 1017; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 297, 354.

<sup>139</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 351/2-4, 374/6; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1318-1319, 1389; Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 1021; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 290.

<sup>140</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 372/1.

<sup>141</sup> İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 288.

<sup>142</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 382/2; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1329; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 115; Bilmen, Kâmus, cilt 4, 357.

<sup>143</sup> İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 297; Behcetü'l Fetâvâ, m. 1376; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 88; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 75; Öztürk, Yazır Gözüyle Vakıflar, 171.

cebretmesi de bu kabildendir.<sup>144</sup> Vakfın muhasebesinin hâkim tarafından ne sıklıkta denetleneyeceği, vakfiyede tayin edilmiş olabilir. Vakfiyede buna ilişkin bir şart yer almamışsa, birkaç yılda bir denetlenmesi yeterlidir. Vakfın periyodik muhasebesi hukuka uygun şekilde görülmüş ve şüphe gerektiren bir durum mevcut değil iken, vakfın muhasebesinin hâkim veya selef mütevellî tarafından yeniden görülmek istenilmesi de göreve müdahale teşkil eder.<sup>145</sup>

Vakıfta çeşitli hak sahiplikleri olan kimselerin de görevli kişiye değil, bu kişinin görevi yapma şekline müdahale etmeleri söz konusu olabilir. Bir diğer deyişle, vakıf görevlisinin hukuki çerçevede değil; kendi istek ve arzuları doğrultusunda hareket etmesini talep eden insanlar olabilir. Bu durumun en belirgin örneği, mürtezikanın veya görevlilerin ücretle ilgili hususlar sebebiyle görevini hukuk çerçevesinde yerine getirmekte olan mütevellîye baskı yapmalarıdır.<sup>146</sup> Örneğin bir süredir ödenmekte olan vazife miktarına kanaat etmeyerek fazlasını ödemesi için mütevellîyi zorlamaları,<sup>147</sup> aydan aya ödenen ücretlerin tamamını peşin almak için mütevellîye cebir uygulamaları,<sup>148</sup> mütevellînin vakıf gelirini nasıl harcayacağına müdahale ederek mesela vakfın tamirine bütçe ayırmasına mâni olmaları<sup>149</sup> bu çeşit müdahalelerdendir. Bu kişilerin mütevellîden fazladan istedikleri miktarları zorla almaları<sup>150</sup> durumunda yine gasp suçu vücut bulmuş olacaktır. 1743 yılında Kudüs'te bulunan Halilürrahman Vakfı mütevellîsinin, türlü yalanlar uydurmak

<sup>144</sup> Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 1076.

<sup>145</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 376/14-15, 377/16-17; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 382; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 87; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 90.

<sup>146</sup> bkz. Fetâvâ-yı Ali Efendi, 408/9, 417/6; Fetâvâ-yı Fezziyye, 1133. Ayrıca vakıf görevlilerinin ücretlerini aldıktan sonra mütevellîyi taciz etmemeleri, atanan görevliye müdahale etmemeleri, vakfın muhasebe işlerine dâhil olmak isteyen görevlilerin engellenmesi gibi konularda fermanlar sadır olduğunu da görmekteyiz. bkz. VGMA, 763: 488/4; 489/27; 490/50.

<sup>147</sup> Neticetü'l Fetâvâ, m. 698; Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 1111, 1119, 1125, 1136; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 405/19-21. Ayrıca bkz. Bilmen, Kâmus, cilt 5, 64.

<sup>148</sup> Neticetü'l Fetâvâ, m. 691.

<sup>149</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, m. 3-4; Neticetü'l Fetâvâ, m. 640. 1760 tarihli bir hükümdede Kudüs'teki Medrese-i Hamrâ Vakfı'nın mütevellîsi Seyyid Mustafa bin Ebülfazl el-A'lemî'nin, usulüne uygun şekilde vakfın tamirine ödediği parayı geri almasına, şeyhülislam tarafından verilen fetvaya aykırı olarak engel olan mürtezikanın müdahalesinin engellenmesini talep ettiğini görmekteyiz. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (2): 163/2.

<sup>150</sup> Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 1120, 1121.



ve zor kullanmak suretiyle vakfın mütevellilerinden para almanın, vakfın mürtezikasının âdeti haline geldiğini bildirerek şikayetçi olduğunu görmekteyiz.<sup>151</sup> Mütevellinin de görevini hukuka uygun şekilde yerine getiren diğer vakıf görevlilerine müdahale edemeyeceği, fetva mecmualarında kayıt altına alınmıştır.<sup>152</sup>

### **C. Vakfın İşleyişine Yönelik Müdahale**

Vakfın işleyişi, vakfın amacı doğrultusunda ve hukuki çerçeveye uygun şekilde işletilmesini sağlayan her türlü iş ve işlemi kapsamına alır. Özellikle vakıfta görev yapacak uygun personelin seçilmesi, vakfa ait gelirlerin toplanılması ve gerekli yerler ile kişilere sarf edilmesi, vakıf malların muhafaza, bakım ve onarımı, vakıf gayrimenkullerin kiraya verilerek işletilmesi bu kapsamda zikredilmelidir. Vakfın işleyişi, tabiatıyla vakıf mala veya vakıf görevlisine yönelen tüm müdahalelerde öyle ya da böyle zarara uğratılmış olur. Ancak doğrudan mala veya göreve yönelmemiş olup müdahale teşkil eden fiiller de vardır ki; bu fiiller, vakfın işleyişine yönelen müdahaleler olarak ayrıca ele alınmayı gerektirmektedir. Örneğin vakıf yöneticilerinin meşru bir gerekçe olmaksızın diğer vakıf görevlilerine veya mürtezikalara hak ettikleri vazifelerini vermemelerini, vakıf mala veya vakıf görevlisine müdahale kapsamında değerlendirmek zordur. Ancak böyle bir tasarruf şekli, vâkıfın yahut o bildirmemiş ise devlet görevlilerinin tayinleriyle belirlenen vakıf işleyişini sekteye uğratabacaktır. Ahkâm defterlerinde vakfın gallesini evladına şart eden vâkıfın iradesine aykırı şekilde, vakfa yaptığı masrafları gerekçe göstererek vâkıfın evlatlarına ödeme yapmayan mütevellinin şikayet edilmesi üzerine, durumun mahallinde incelenmesine, vâkıfın şartlarına riayet edilmesine ve mütevellinin zimmetinde biriken vazifelerin ödenmesine karar verildiği örnek hadiseler mevcuttur.<sup>153</sup> Yine vakfın mütevellisinin veya

<sup>151</sup> BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 22/3. Vakfa yabancı kimselerin de vakıftan menfaat temin etmek için mütevelliyeye baskı yapmaları söz konusu olmuştur. Örneğin Kuddüs'te Mescid-i Aksa-i Zülfikariye Medresesi Evkafı'nın nakit hiçbir geliri yok iken, yabancı kimselerin vazife talebiyle rencide ettikleri müteveli şikayette bulunarak almış olduğu fetva gereğince müdahalenin men'ini talep etmiştir. bkz. BOA, A.DVNS.MSR.MHM (118): 397/1621.

<sup>152</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 424/13; Fetâvâ-yı Fezziyye, m. 1084.

<sup>153</sup> bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (4): 32/1. Yine örneğin vakfın gallesinin hizmet karşılığında veya karşılıksız olarak bazı kimselere şart edildiği bir vakıfta, vakfın icareteyn usulüyle kira geliri kazandığı akarlar var iken, mütevellinin "İcare-i mu-

mürtezikanın, vakıf görevlilerin vazifeleri karşılığında hak ettikleri ücretlerini almalarına engel olmaları vakfın işleyişine müdahale oluşturur.<sup>154</sup>

Vakfın verimli bir şekilde işletilebilmesi, çoğu zaman vakfa gelir getirmesi için tahsis edilen taşınmazların kiralanmasına bağlıdır. Mütevellilerin, bu sözleşmelerin yapılış aşamasında veya yapıldıktan sonra muhataplarını çeşitli şekillerde taciz ederek sözleşmelerin gerektiği gibi ilerlemesine engel olmaları söz konusu olabilir. Örneğin mütevellinin, vakıf adına sözleşmeler yaparken rüşvet alması veya almak için baskı yapması<sup>155</sup> veya bu sözleşmelerde alınan ücreti haksız bir şekilde artırmak isteyerek kiracıları tehdit etmesi<sup>156</sup> yahut geçerli bir kira sözleşmesini, süresi dolmadan feshederek kiracıyı çıkarmaya çalışması<sup>157</sup> ne vakıf mala ne de vakıf görevlisinin görevine müdahaledir. Ancak bu şekilde görevin kötüye kullanılmasının, vakıf işlerinin sıhhatle ilerlemesine engel olacağı açıktır ve işaret edilen fetvalarda da görüleceği üzere mütevellinin bu tasarrufları gerçekleştirme yetkisi yoktur. İncelediğimiz bir örnekte, Sahratullah

---

accele galleye dâhil değildir.” diyerek hak sahiplerine vazifelerini dağıtmaması, vakıf işleyişinin hem vakfiyeye hem de şer’i hükümlere aykırı bir müdahaleyle zarara uğratılması demektir. Fetva örnekleri için bkz. Neticetü’l Fetâvâ, m. 689, 690; Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1110, 1112; Behcetü’l Fetâvâ, m. 1369, 1479, 1510.

<sup>154</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 402/8, 406/2, 407/5-6. Mütevellinin “Beratın vakıf defterine kaydolunmamış idi.” diyerek ücreti vermektan kaçındığı örnek için bkz. Neticetü’l Fetâvâ, m. 706. “Sırada sizden önce gelen mutasarrıf, tasarruf hakkı doğmadan öldüğü için ücret vermem.” dediği örnek için bkz. ibid, m. 650. “Beratında yazandan fazla ücret vermem.” dediği örnekler için bkz. ibid m. 707; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 403/11-12. “Vakfiyede beratından daha az ücret şart edildiği için fazlasını vermem.” dediği örnekler için bkz. Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1139, 1144; “Beratın askerî berat olduğundan ücret vermem.” dediği örnekler için bkz. Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1113, 1123. “Muhasebeden tezkere almadığın için ücret vermem.” dediği örnek için bkz. ibid m. 1141. Kudüs vakıflarında mütevellilerin gerekçesiz bir şekilde ücret ödememeleri sebebiyle şikayet edildikleri örnekler için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (2): 290/2, (3): 37/1, (4): 32/1.

<sup>155</sup> Fetâvâ-yı Feyziyye, m. 1098-1099; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 421/ 2, 4-6; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 385.

<sup>156</sup> Behcetü’l Fetâvâ, m. 1326; Fetâvâ-yı Ali Efendi, 387/9, 430/6.

<sup>157</sup> Behcetü’l Fetâvâ, m. 1338, 1469; İbn Abidin, Reddül-muhtâr, 390; Bilmen, Kâmus, cilt 5, 25; Ömer Hilmi, Eski Vakıflar, 109. Babasından intikal eden mukataalı vakıf arsa üzerinde tasarruf eden ve mukataa ücretini edada kusur etmeyen Kudüslü bir zimmî, arsayı elinden almakla kendisini tehdit eden mütevellinin müdahalesini durdurmak için önce fetva almış; sonrasında şikayet yoluna başvurmuştur. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (5): 79/1.

Vakfı taşınmazlarından birisine mutasarrıf olan kimsenin annesinin vefatı üzerine, mütevellinin vakıf taşınmazı gasp etmesi ve hukuka aykırı şekilde başkasına kiralamakla tehdit etmesi şeklinde gerçekleştirdiği fuzuli müdahalenin men'i emredilmiştir.<sup>158</sup> Hiçbir sebep yok iken vakıf menzili mutasarrıfından alıp başkasına vermesi de, bizzat mütevellinin vakfın işleyişine yönelik şer'an geçerli bir sebebi olmayan müdahalesidir.<sup>159</sup>

Müteveli başta olmak üzere vakıf görevlilerinin, gelirleri vakfa ait olan köylerde ikamet eden reayadan, kanuna aykırı vergiler talep ederek halka zulmettiklerine dair hükümler de ahkâm-ı şikayet defterlerinde yer almıştır. Örneğin Kudüs kazasına bağlı ve Sahratu'llâhu'l-Müşerreffe ve Şeyh Musa el-Hakkârî Vakıflarına tâbi olan köylerin reayası, öşür, rüsûm-u raiyyet ve sair vergilerini olması gerektiği şekilde öderken, mezkûr vakıfların mütevellilerinin ödenenlerle kanaat etmeyip hukuka aykırı olarak daha fazla akçe talep ederek ve zorla alarak halkı perişan etmeleri üzerine, 1746 senesinde Şam valisine ve Kudüs kadısına, müdahalenin men' edilmesi için hüküm gönderilmiştir.<sup>160</sup>

Esasen yukarıda "Amel-i Kadim'e Aykırılık" başlığı altında incelemiş olduğumuz müdahaleler ile "Vakıf Görevlilerine Yönelik Müdahale" başlığında incelemiş olduğumuz görevin yerine getirilme şekline ilişkin müdahaleler, doğrudan vakfın işleyişine müdahale teşkil ettiklerinden örneklerin burada hatırlanması yerinde olacaktır. Vakfın işleyişine müdahale ile ilgili münferit örnekler vermek de mümkündür. Örneğin vakıf korudaki ağaçları kesmek isteyen mütevelliyeye, civar köy halkının

<sup>158</sup> BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 288/2. Yine örneğin 1743 yılında Sahratullah ve Hatuniye Vakfı musakkafatından taşınmazlarda vakıf mütevellisinin verdiği temessük ile tasarruf eden ve kira bedellerini ödemekte hiçbir kusuru olmayan Yahudileri, fazla kira talebiyle zulme uğratan mütevellinin müdahalesinin engellenmesi ve durumun mahallinde kanun çerçevesinde incelenmesi hükmü Kudüs kadısına gönderilmiştir. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 43/1. Başka bir belgede vakıf arsayı üç seneliğine kiralayarak ücreti peşin veren Şeyh Yunus'un, 1781 yılında vakıf mütevellisinin fazla ücret talebiyle süresinden önce kira sözleşmesini fesh ettiğini bildirerek, davasına muvafık olarak Şeyhülislamdan aldığı fetva gereğince müdahalenin engellenmesini talep ettiğinden bahsedilmektedir. bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 47/4.

<sup>159</sup> Düzdağ, Ebussuud Fetvaları, no: 79.

<sup>160</sup> BOA, ADVNS.AHK.ŞM (1): 158/2. Benzer bir hüküm için bkz. BOA, ADVNS.AHK.ŞM (3): 28/4.

korunun köylerine yakın olduğunu söyleyerek engel olması,<sup>161</sup> mütevellîye vekâlet eden kişinin, bir vakıf araziden uzun süredir tahsil edilen verginin oranını reaya ile anlaşarak düşürmesi,<sup>162</sup> ölümlerin defnedildiği bir vakıf arsada, mütevellî izniyle gömülen ölümlerin bir sonraki mütevellî zoruyla çıkarılması <sup>163</sup> gibi durumlar bu türden müdahalelerdir.

## SONUÇ

Vakfa müdahale fiili, üç unsurdan teşekkül etmektedir: Hukuka aykırılık, kasıt ve fiil. Vakıf hukukunda, hilafına tasarrufta bulunulduğunda hukuka aykırılık sebebi olan üç kaynak norm tespit edilmiştir: Şer'i hükümler, vakfiyede yer alan şartlar ve amel-i kadim. Şer'i hükümlere aykırılık sebebiyle müdahale fiilinin vücuda gelmesi, hırsızlık, gasp veya itlaf gibi bizatihi suç teşkil eden fiillerin vakfa yönelerek işlenmesiyle söz konusu olabilir. Bununla birlikte normal şartlarda meşru olan ancak vakfın şer'an belirlenen hukuki mahiyetine aykırı olduğu için, vakfı konu alarak işlendiğinde haksız fiil haline gelen fiiller de bu kapsamdadır. Vakıf malın satımı, miras bırakılması, rehni veya vakfın iptal edilmesi bunun örnekleridir. İkinci olarak, "*Şart-ı vakıf, nass-ı şâri gibidir.*" genel kaidesi gereğince, vakıf kurucusunun şer'i hükümlere aykırı olmayan tüm şartlarına riayet zorunludur. Bu iradeye aykırı şekilde gerçekleştirilen her türlü fiilin, vakfa müdahale olarak değerlendirildiğini, hem fetva mecmualarında hem de ahkâm-ı şikayet defterleri ile şer'iyeye sicillerinde bu fiillerin men' edildiğini ve eski halin iadesinin yahut zararın tazmininin icabına hükmedildiğini görmekteyiz. Vakıf hukukuna özgü hususiyet gösteren bir başka norm kaynağı "amel-i kadim"dir. Yukarıda incelediğimiz hüküm örnekleri neticesinde, amel-i kadim'in teamül kavramının vakıf hukuku pratiğindeki görünümü olduğu, ancak yaptırım gücünün teamül hukukuna nispetle daha kuvvetli olduğu tespit edilmiştir. Öyle ki; hâkimin veya mütevellinin dahi amel-i kadime müdahalesine izin verilmemekte, sultan beratlarındaki ifadeler yahut Defter-i Hakanî kayıtları amel-i kadim karşısında nazar-ı itibara alınmamaktadır.

---

<sup>161</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, 419/7.

<sup>162</sup> Behcetü'l Fetâvâ, m. 1300.

<sup>163</sup> Behcetü'l Fetâvâ, m. 1410.

Vakfa müdahale fiilinin kasıt unsurunun ise, neticeye yönelik de-ğil salt müdahale teşkil eden haksız fiile yönelik kasıt ile tamamlandı-ğı görülmüştür. İncelediğimiz fetva örneklerinde, bu nitelikte bir ka-sıtla gerçekleştirilen fiillerin, zarar ortaya çıksa bile failini tazmin yükümlülüğü altına sokmadığı, bu kastı taşıyan faillerin de zarar söz konusu olmasa dahi sorumluluk yüklendiği görülmektedir. Vakfa müdahale fiilinin faili konumunda ise birçok aktörü zikretmiş bulunmak-tayız. Vakıf kurucusu, mütevellisi, hâkim gibi vakıf üzerinde kısmen söz hakkı bulunan kişilerin, yetkisiz oldukları alana müdahalelerine dair örnekler incelediğimiz gibi, vakfın mürtezikası, kiracıları, vâkıfın mirasçıları yahut alacaklıları gibi vakıfla bir şekilde bağlantılı kişilerin de müdahale teşkil eden fiiller meydana getirebildiklerini gördük. Bununla birlikte, vakıfla hiçbir bağlantısı olmayan yabancıların, özel-likle ehl-i örf mensuplarının vakıflara müdahalelerine dair bol mik-tarda kayıt, ahkâm-ı şikâyet defterlerinde tespit edilmiştir.

Vakfa müdahale kavramının fiil unsurunun tafsilatlı şekilde incele-nip örneklendirildiği son kısımda, vakıf kurumunun müdahaleye elve-rişli yapısal unsurları; vakfın mal varlığı, vakıf görevlileri ve vakfın işleyişi/işleyiş esasları olarak belirlenmiştir. Bir sonraki adımda, vakfın mal varlığına yönelik müdahalelerin de mal varlığının bileşenlerine göre kategorize edilebileceği tespit edilmiş; böylece bu kategorideki müdahalelerin standart suç ve haksız fiil tipleriyle özdeşliği ortaya ko-nulabilmiştir. Öyle ki, vakıf malın ayn'ına yönelik müdahaleler, vakıf mal üzerinde temlikî tasarruflarda bulunmak dışında itlaf fiilinin çeşitli görünüşlerinden oluşmakta iken, vakıf malın menfaatlerine yönelik müdahaleler çoğunlukla gasp suçu görünümündedir. Vakıf malın geliri-ne yönelik müdahalelerde ise fiil tipi çeşitliliği artmaktadır. Yukarıda bu kapsamda gasp, rüşvet, zimmete geçirme, vakfa hıyanet gibi fiil tip-lerine ilişkin örnekler incelenmiştir. Vakıf malın gelirine, bilhassa ehl-i örf mensupları tarafından, dolaylı şekilde müdahale edilerek vakıfların zarara uğratılmasına dair, ahkâm-ı şikâyet defterlerinde oldukça zengin bir malzemenin mevcut olduğu görülmüştür.

Vakfa müdahale fiillerinin çoğunluğunun, vakıf görevlilerine müdahale olarak vücuda getirildiğinin tespit edilmiş olması dikkate de-ğerdir. Bu durum kanaatimizce, insanların vakfın maddi kaynaklarını idare etme veya en azından vakfın olanaklarından düzenli şekilde

yararlanabilme gibi imkanlar sunan, daha güvenli ve daha saygın bir yol olarak vakıf görevlerine sahip olmayı, vakfa ait herhangi bir mal veya menfaati elinde tutmaktan daha cazip gördüğüne işaret etmektedir. Vakfın işleyişine yönelen müdahaleler başlığında ise, doğrudan mala veya doğrudan göreve yönelik olmayan ve vakfın, olması gerektiği şekilde işlemesine engel olan münferit fiil tipleri ele alınmıştır.

Vakıf şartlarına muhalefet, vakıf şartlarının tebdil ve tağyiri, vakfın tahrif ve iptali, vakıf malların gaspı, vakıf mallara zarar vermek, vakıf malları temlikî tasarruflara konu etmek, vakfın gelir kaynaklarına musallat olmak, vakfi ihmâl edip kendi haline bırakmak gibi çok farklı vakfa müdahale şekillerini ve bunlara bağlanan hükümleri incelediğimiz bu çalışmanın sonucunda, vakıf kurumuna, müdahaleden korunma hususunda başka hiçbir hukuki kuruma sağlanmayan bir dokunulmazlık alanı sağlandığı görülmüştür. Bu dokunulmazlık alanıdır ki; vakfi kuranın, idare edenin, denetleyenin veya vakıftan faydalananın dahi tecavüzünden kat'i şekilde korunmuştur. Fetva mecmualarının vakıf ile ilgili kısımlarında da, ahkâm-ı şikâyet defterlerinin vakfi konu alan hükümlerinde de en çok karşılaştığımız meselenin vakfa müdahale olması, hem vakıf kurumunun toplumsal hayata nüfuzunu, hem de vakfa müdahalelerin men'î noktasındaki talebin yoğunluğunu ortaya koymaktadır. Müdahalelerin çözüm formülü ise nettir: Müdahale derhal men' edilir, vakfa verilen zarar tazmin ettirilir, vakfın maslahatı gerektirirse müdahaleyi gerçekleştiren kişi, vakıftan azledilir/uzaklaştırılır.

| <b>YAZAR BEYANI</b>                        |  |
|--|--|
| <b>Mali Destek/ Teşekkür Beyanı:</b>       | Bulunmamaktadır.   |
| <b>Yazarların Katkıları</b>                | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.                                  |
| <b>Çıkar Çatışması/ Ortak Çıkar Beyanı</b> | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| <b>Etik Kurul Onayı:</b>                   | Gerekmemektedir.   |

## **KAYNAKÇA**

### **Arşiv Kaynakları**

Başbakanlık Osmanlı Arşivi

Divan-ı Hümâyûn Şâm-ı Şerîf Ahkâm Defterleri (A.DVNS.AHK.ŞM.d):

1. defter (1155-1167) 2. defter (1167-1177) 3. defter (1193-1197)

4. defter (1197-1208) 5. defter (1208 -1219)

Bab-ı Asafi Divan-ı Hümayun (A.DVNS.MSR.MHM.d) Sicilleri  
Mühimme-i Mısır Defterleri

Uluskan, Murat, Çelik, Yüksel, Hut, Davut ve Tomar, Cengiz. Mühimme Defterlerinde Kudüs. Editör Halit Eren, Cilt 3-6, İstanbul: IRCICA, 2016. Defterlerin zaman aralığı: 1700-1799.

Kudüs Şer'iyye Sicilleri

KŞS: 201, 202, 209, 218, 230, 232, 248, 256, 262, 264.

### **Kaynak Eserler, Araştırmalar ve İncelemeler**

Akgündüz, Ahmet. İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2013.

Akgündüz, Ahmet (haz.). Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2018.

Akgündüz, Ahmet. "Galle". İçinde Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 13: 338-339. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996.

Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş Karaman. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri. İstanbul: Beta Yayınları, 2014.

Ali Haydar. Tertibü's-sunuf fi ahkâmi'l-vukuf. Cilt 1, Bağdad: Matbuat-u Bağdad, 1950.

Araz, Yunus. İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini. Bursa: Emin Yayınları, 2016.

Ateş, İbrahim. (haz.) Kanuni Sultan Süleyman'ın Su Vakfiyesi. Ankara: Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 1987.

Ateş, İbrahim. "Vakfiyelerde Dua ve Beddualar". Vakıflar Dergisi. 17 (1983): 5-54.

- Avcı, Mustafa. Osmanlı Ceza Hukuku. Konya: Mimoza Yayınları, 2014.
- Aydın, Mehmet Akif. Türk Hukuk Tarihi. İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- el-Bağdadi Ebû Muhammed Gıyaseddin Ganim b. Muhammed Ganim. Mecmaü'd- damânât fî mezhebi'l-İmami'l-A'zam Ebî Hanife en-Nu'man. Beyrut: Alemü'l-Kütüb, 1987.
- Başpınar, Sena. "Vakıflarda Yönetim Şeklinin Değiştirilmesi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 15/1, (2020): 42-77.
- Bedir, Murteza. Buhara Hukuk Okulu: Vakıf Hukuku Bağlamında 10-15. Yüzyıl Orta Asya Hanefî Hukuku Üzerine Bir İnceleme. İstanbul: İSAM Yayınları, 2014.
- Berki, Ali Himmet. Vakıflar. Ankara: Cihan Kitaphanesi, 1940.
- Berki, Ali Himmet. "Vakıflar ve Vakıfların Maruz Kaldığı Tecavüz ve İhmaller". Vakıflar Dergisi. 8 (1969): 335-340.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu. Cilt 4 ve 5, İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985.
- Burhanpurlu Şeyh Nizam (der.). Fetâvâ-yı Hindiyeye (Fetâvâyı Alemgiriyye), Çeviren Mustafa Efe, Ankara: Akçağ Yayınları, 1985.
- Bursalı, Osman Sefa. "Ebedi Fakat Tamire Muhtaç: Osmanlı Hukukunda Vakıf Malın Tamiri". Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019.
- Cin, Halil ve Ahmet Akgündüz. Türk Hukuk Tarihi. Cilt 2, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1995.
- Çatalcalı Ali Efendi. Açıklamalı Osmanlı Fetvaları: Fetâvâ-yı Ali Efendi. Açıklayan H. Necati Demirtaş, İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 2014.
- Çizakça, Murat. İslam Dünyasında Vakıflar, Çeviren Elif S. Genç, Konya: KTO Karatay Üniversitesi Yayınları, 2017.
- Demirtaş, Necati. Fetvalarla Osmanlı Vakıfları. İstanbul: Akıl Fikir Yayınları, 2019.
- Dolu, Alaattin. Osmanlı Kudüs'ü Kent Kimliği Nüfuz ve Meşruiyet 1703-1789. İstanbul: Küre Yayınları, 2020.
- Döndüren, Hamdi. Günümüzde Vakıf Meseleleri. İstanbul: Erkam Yayınları, 1998.
- Düzdağ, Ertuğrul. Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı. İstanbul: Enderun Kitabevi, 1983.



Ebü'l-Mehasin Fahreddin Hasan b. Mansur b. Mahmûd Kadıhan. Fetâvâ Kadıhan. Cilt 3, Kahire: Muhammed Şahin Efendi, 1865.

Eroğlu Memiş, Şerife. Hurufat Defterlerinde Kudüs-i Şerif: Vakıflar, Görevler ve Görevliler. İstanbul: Yeditepe, 2017.

es-Seyyid Ahmed ve es-Seyyid Mehmed b. Ahmed el-Gedûsî. Ne-tîcetü'l-Fetâvâ, Hazırlayan S. Kaya, B. Algin, A.N. Çelikçi ve E. Kaval, İstanbul: Klasik, 2014.

Gibb, Hamilton and Harold Bowen. Islamic Society and the West. London: Oxford University, 1971.

Gökbilgin, Tayyip. Osmanlı Müesseseleri Teşkilatı ve Medeniyeti Tarihine Genel Bakış. İstanbul: Edebiyat Fakültesi Matbaası, 1977.

Hacak, Hasan. Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2007.

el-Hafif, Ali. Buhûs ve Makâlât fi't-teşrî'i'l-İslâmî. Kahire: Darü'l-Fikri'l-Arabi, 2010.

Halebî, İbrahim. Mültekâ El Ebhur. Tahkik Eden Vehbi Süleyman Gaveci, Cilt 1-2, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1989.

Hassâf. Kitab-u Ahkami'l-evkâf. Kahire: Mektebü's-Sekafeti'd-Diniyye, 1904/1322.

İbn Abidin. Reddü'l-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar. Çeviren Ahmed Davudoğlu, Cilt 9, İstanbul: Şamil Yayınevi, 1983.

Karaman, Hayrettin. "Ayn". İçinde Türkiye Diyanet İslam Ansiklopedisi, 4: 257-258. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1991.

Kurt, İsmail. Para Vakıfları Nazariyat ve Tatbikat. İstanbul: Ensar Neşriyat, 1996.

Kütükoğlu, Mübahat. Osmanlı Belgelerinin Dili (Diplomatik). İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 1994.

el-Mavsılî. el-İhtiyâr metni el-Muhtar li'l-fetvâ. Çeviren Celal Yeniçeri, İstanbul: Şamil Yayınevi, 2015.

Merginani, Ebü'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr. el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l- mübtedi. Tahkik Eden Muhammed Muhammed Tamir ve Hafız Aşur Hafız, Cilt 2, Kahire: Dârü's-Selam, 2000.

Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî. Meksûr. Editör M. C. Akşit, İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008.

Öğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Cilt 2, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2014.

Ömer Hilmi Efendi. Eski Vakıfların Temel Kitabı. Hazırlayan İsmet Sungurbey, İstanbul: İÜHF Yayınları, 1978.

Öztürk, Nazif. Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1995

Şeyhülislam Ebussuud Efendi. Ma'rûzat. Hazırlayan Pehlul Düzenli, İstanbul: Klasik Yayınları, 2013.

Şemseddin Sami. Kâmûs-ı Türkî. İstanbul: İdeal Kültür ve Yayıncılık, 2011.

et-Taftâzânî, Sa'düddün. Şerhu'l Akâid. Çeviren Talha Hakan Alp, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Yayınları, 2017.

Telkenaroğlu, M. Rahmi. İslam Hukukunda İhmalî Suçlar. Konya: Hüner Yayınevi, 2014.

Topcu, Esmâ Nur. "Önceki Hukukumuzda Vakfa Müdahale Kavramı. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2020.

Üdeh, Abdulkâdir. Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku. Çev. Ali Şafak, Cilt 1, İstanbul: Kayhan Yayınları, 2012.

Yedi yıldız, Bahaeddin. 18. Yüzyılda Türkiye'de Vakıf Müessesesi. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2003.

Yenişehirli Abdullah Efendi. Behcetü'l-Fetâvâ maa'n-Nukûl. Hazırlayan S. Kaya, B. Algın, Z. Trabzonlu ve A. Erken, İstanbul: Klasik 2011.

Yerlikaya, Ünal. "Hanefi Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddî Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddî-Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme". Diyanet İlmî Dergi. 53/3 (2017): 25-51.

Yılmaz, Yasin. Kanuni Vakfiyesi Süleymaniye Külliyesi. Ankara: Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, 2008.

Yüksel, Hasan. Osmanlı Sosyal ve Ekonomik Hayatında Vakıfların Rolü (1585-1683). Sivas: Dilek Yayınları, 1989.

Zeylaî. Tebyînü'l-hakâ'ik fi şerhi Kenzi'd-dekâ'ik. Bulak: el-Matba'atü'l-Kübrâ el- Emîriyye, 1314.



## **AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI KAPSAMINDA SINIR ÖTESİ TAŞIYICI ANNELİK YÖNTEMİYLE DOĞAN ÇOCUĞUN SOYBAĞININ KURULMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Evaluation of the Establishment of the Paternity of the Child  
Born by Surrogate Motherhood within the Scope of the  
Decisions of the European Court of Human Rights*

*Arş. Gör. Gülşah ULUBAY\**

### **ÖZET**

Taşıyıcı annelik, dünya çapında farklı yaklaşımlara tâbi tutulan etik açıdan tartışmalı karmaşık bir konudur. Bu konu, sosyolojik, hukukî ve etik bakımdan çeşitli şekillerde ele alınmaktadır. Bu nedenle

\* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD., e-mail: [gulsah.ulubay@omu.edu.tr](mailto:gulsah.ulubay@omu.edu.tr), ORCID: [0000-0002-0979-0382](https://orcid.org/0000-0002-0979-0382).

\* Bu makale, "Milletlerarası Özel Hukukta Taşıyıcı Annelik" başlıklı doktora tezimin "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında Taşıyıcı Annelik Yöntemiyle Doğan Çocuğun Soybağının Kurulmasının Değerlendirilmesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 885-903. başlığının genişletilmiş hâlidir.

**Makale Geliş Tarihi:**31.01.2024

**Makale Kabul Tarihi:**27.05.2024

⇒ **Atıf Şekli:** Gülşah Ulubay "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında Sınır Ötesi Taşıyıcı Annelik Yöntemiyle Doğan Çocuğun Soybağının Kurulmasının Değerlendirilmesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 885-903.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



bazı ülkelerde taşıyıcı anneliğe yasal olarak izin verilirken, bazılarında ise taşıyıcı annelik yasaklanmıştır. Ülke hukuklarının bu farklı yaklaşımlarımdan dolayı çocuk sahibi olmak isteyen çiftler taşıyıcı anneliğin yasal olduğu ülkelere gitmektedir. “Sınır ötesi taşıyıcı annelik” olarak adlandırılan bu durum, hukukî açıdan birçok soruna yol açmaktadır. Çalışmamızda, gönüllü babanın üreme hücrelerinin kullanıldığı ve gönüllü baba ile çocuk arasında yurtdışında yasal olarak kurulan soybağının *forum* devletinde tanınmasına ilişkin sorun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Sınır Ötesi Taşıyıcı Annelik, Taşıyıcı Annelik, Soybağı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

### EXTENDED ABSTRACT

Humanity, driven by the desire to have children, has explored various methods throughout history, and with the advancement of modern medicine, artificial insemination methods have emerged. Surrogacy, a heterologous artificial insemination method, involves a woman carrying and giving birth to a child for someone else. Surrogacy sparks debates in ethical, sociological, and legal realms due to concerns about violating the dignity of the child and surrogate mother, turning them into subjects of a contract.

In the literature, surrogacy has been subject to various distinctions, with a crucial one being whether the surrogate mother's reproductive cells are used in the process. If the surrogate mother's reproductive cells are used, it is termed traditional surrogacy; if not, it is gestational surrogacy. Another important distinction is whether surrogacy is compensated; if so, it is called commercial surrogacy, and if not, altruistic surrogacy. The doctrine also differentiates surrogacy based on whether the intended parents and the surrogate mother are in the same country or different countries, categorizing it as domestic surrogacy or international surrogacy, respectively.

Countries have diverse approaches to surrogacy. Some legal systems prohibit all forms of surrogacy, while others permit altruistic or both altruistic and commercial surrogacy. Additionally, some countries

lack regulations on surrogacy altogether. Due to these varying legal approaches, couples seeking to have children may travel to countries where surrogacy is legal, leading to the phenomenon of surrogacy tourism. With surrogacy tourism, the number of individuals resorting to international surrogacy has increased, raising questions about the legal status of children born through this method, resulting in numerous cases before the European Court of Human Rights (ECHR).

The European Convention on Human Rights (ECHR) does not explicitly regulate surrogacy. The ECHR protects the right to private and family life under Article 8, encompassing a couple's desire to have children and use assisted reproductive technologies. The ECHR also considers international surrogacy under the scope of Article 8. ECHR decisions on international surrogacy can be categorized into four groups based on the fundamental legal issues addressed in the cases.

The first group of court decisions pertains to the recognition in the home country of the parent-child relationship legally established abroad through international surrogacy, involving a genetic link between the child and the intended parent. The second group addresses travel restrictions imposed on children born through international surrogacy. The third group focuses on the recognition in the home country of the parent-child relationship in cases where there is no genetic link between the child and the intended parent legally established abroad. The fourth group deals with posthumous surrogacy and the right to become a grandparent.

The ECHR acknowledges that surrogacy is an ethically sensitive issue. According to the court, a state's prohibition of surrogacy generally does not violate the ECHR. However, the non-recognition of legally established parent-child relationships from surrogacy abroad should be limited, as it may negatively impact the child's identity. Therefore, the discretionary power granted to the state should be restricted.

In our study, the legal parentage relationship between the child and couples who desire to have a child, where gestational surrogacy is employed and at least one of the couples uses their reproductive cells, has been examined within the framework of decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR). Initially, the general stance of

the ECtHR on surrogacy has been determined. Subsequently, the decisions *Menesson v France* and *Labassee v France*, as well as the case *K.K. and Others v Denmark*, have been analyzed. The reason for examining the *Menesson v France* and *Labassee v France* decisions in our study is that these decisions represent the first rulings on establishing the legal parentage of a child born through surrogacy. The reason for examining the case of *K.K. and Others v Denmark* is that it is the latest decision by the ECtHR regarding the determination of parentage for a child born through cross-border surrogacy involving at least one intended parent's reproductive cells.

**Keywords:** Surrogate Motherhood, Paternity, European Court of Human Rights, Right to Respect for Private Life, Right to Respect for Family Life

## GİRİŞ

İnsanoğlu çocuk sahibi olma arzusuyla tarih boyunca farklı yöntemler denemiş ve günümüzde modern tıbbın gelişmesiyle birlikte yapay dölllenme yöntemleri ortaya çıkmıştır<sup>1</sup>. *Heterolog* bir yapay dölllenme yöntemi olan taşıyıcı annelik, bir kadının başkası için çocuk taşıması ve onu doğurmasıdır<sup>2</sup>. Taşıyıcı annelik, etik, sosyolojik ve hukukî olmak üzere birçok alanda tartışmalara neden olmaktadır. Taşıyıcı annelik, özellikle çocuğun ve taşıyıcı annenin insanlık onurunu ihlâl ettiği ve onları bir sözleşmenin konusu hâline getirdiği için eleştirilmektedir<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Amerikan Kızılderililerinin kültüründe, eğer bir kadın kısırlık sorunu yaşıyorsa, kabile reisi tarafından, kocasının başka bir kadından çocuk sahibi olması için izin verilirdi. Benzer şekilde, Orta çağ Avrupa'sında, kralların erkek bir varis sahibi olana kadar partner değiştirdikleri gözlemlenmiştir. Antik ve orta çağda IVF gibi modern teknolojiler bulunmadığı için, kısırlık sorunu yaşayan bir partnerin çocuk sahibi olabilmemesinin tek çözümü bu yoldu. Bkz. Harleen Kaur, *Laws and Policies on Surrogacy Comparative Insights from India* (Singapore: Springer, 2021), 16.

<sup>2</sup> Taşıyıcı anneliğin *heterolog* dölllenme olduğuna ilişkin bkz. Funda Özpulat, "Yardımcı Üreme Teknikleri, Etik ve Sağlık Personelinin Sorumlulukları", *Kastamonu Sağlık Akademisi*, 2/2 (2017): 32; Yiğit İltaş, "Taşıyıcı Annelik ve Soybağı Meselesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16/201-202 (2021): 1030.

<sup>3</sup> Susanne L Gössl, "Germany" içinde *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, ed. Katarina Trimmings ve Paul Beaumont, (North America: Bloomsbury Publishing, 2013), 131.

Taşıyıcı annelik, literatürde farklı ayrımlara tâbi tutulmuştur. Çalışmamız bakımından bunlardan en önemlisi taşıyıcı annelik yönteminde taşıyıcı annenin üreme hücrelerinin kullanılıp kullanılmadığına ilişkin ayrımdır. Bu ayrıma göre taşıyıcı annelik taşıyıcı annenin üreme hücresi kullanılarak gerçekleştirilmişse geleneksel taşıyıcı annelik, taşıyıcı annenin üreme hücresi kullanılmamışsa *gestasyonel* taşıyıcı annelik söz konusudur<sup>4</sup>. Diğer önemli bir ayırım ise taşıyıcı anneliğin ivaz karşılığı yapıp yapılmamasına ilişkindir. Taşıyıcı annelik, ivazlı bir şekilde gerçekleştirilmişse ticari taşıyıcı annelik, ivazsız bir şekilde gerçekleştirilmişse özgecil taşıyıcı annelik söz konusudur<sup>5</sup>. Doktrinde ayrıca taşıyıcı annelik, gönüllü ebeveynler ile taşıyıcı annenin farklı ülkelerde bulunup bulunmamasına göre aynı ülkede gerçekleşen taşıyıcı annelik ve sınır ötesi taşıyıcı annelik (sınır aşan taşıyıcı annelik) olarak da bir ayrıma tâbi tutulmaktadır<sup>6</sup>.

Ülkelerin taşıyıcı anneliğe yaklaşımı birbirinden oldukça farklıdır. Bu nedenle bazı ülke hukukları taşıyıcı anneliğin her çeşidini yasaklarken bazıları sadece özgecil taşıyıcı anneliğe veya hem özgecil hem de ticari taşıyıcı anneliğe izin vermektedir<sup>7</sup>. Bununla birlikte taşıyıcı anneliğe ilişkin olumlu veya olumsuz düzenleme yapmayan ülke hukukları da bulunmaktadır<sup>8</sup>. Ülke hukuklarının bu farklı yaklaşımlarımdan dolayı çocuk sahibi olmak isteyen çiftler taşıyıcı anneliğin yasal olduğu ülkelere gitmekte ve orada taşıyıcı annelik yöntemi-ne başvurmaktadır. Bu durum da taşıyıcı annelik turizmine sebep olmaktadır<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Neşe Baran Çelik, *Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması* (Ankara: Yetkin, 2021), 42.

<sup>5</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları* (İstanbul: Vedat, 2006), 70

<sup>6</sup> Nuray Ekşi, "Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 36/2 (2016): 6-7.

<sup>7</sup> Cahit Ağaoğlu, "Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu", *Public and Private International Law Bulletin*, 40/1 (2020): 437.

<sup>8</sup> Ağaoğlu, "Sınıraşan Taşıyıcı Annelik", 438.

<sup>9</sup> Şafak Parlak Börü, "Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakışı Açısıyla Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler", *PPIL*, 39/1 (2019): 63.



Taşıyıcı annelik turizmiyle birlikte sınır ötesi taşıyıcı annelik yöntemine başvuran kişi sayısı artmaktadır. Bu artışla birlikte sınır ötesi taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuğun yasal statüsü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde birçok davaya konu olmuştur.

Çalışmamızda *gestasyonel* taşıyıcı annelik şeklinde gerçekleştirilen ve çocuk sahibi olmak isteyen çiftlerden en az birinin üreme hücresinin kullanıldığı durumlarda çocuk ile çocuk sahibi olmak isteyen çiftler (gönüllü ebeveynler) arasındaki yasal ebeveynlik ilişkisinin tanınması durumu AİHM kararları çerçevesinde incelenecektir. Öncelikle, AİHM'in taşıyıcı anneliğe ilişkin genel tutumu tespit edilecektir. Daha sonra ise *Mennesson v. Fransa Kararı* ve *Labassee v. Fransa Kararı* ile *K.K. ve Diğerleri v. Danimarka kararı* incelenecektir. Çalışmamızda *Mennesson v. Fransa Kararı* ve *Labassee v. Fransa Kararı*ni inceleme sebebimiz bu kararların taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuğun soybağının tespitine ilişkin ilk kararlar olmasıdır. *K.K. ve Diğerleri v. Danimarka kararının* incelenme sebebi ise gönüllü ebeveynlerden en az birinin üreme hücresinin kullanıldığı sınır ötesi taşıyıcı annelikten doğan çocuğun soybağının tespitine ilişkin AİHM tarafından verilen son karar olmasıdır.

## I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI KAPSAMINDA TAŞIYICI ANNELİK YÖNTEMİYLE DOĞAN ÇOCUĞUN SOYBAĞININ KURULMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS veya Sözleşme) taşıyıcı anneliğe ilişkin açık bir düzenlenme bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme), bir çiftin çocuk sahibi olmasını ve bu amaçla yardımcı üreme tekniklerinden yararlanmasını AİHS'in "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlığını taşıyan 8. madde kapsamında korumaktadır<sup>10</sup>. AİHM, sınır ötesi taşıyıcı anneliği de AİHS m.8 hükmü kapsamında değerlendirmektedir<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> James J Fawcett, Máire Ní Shúilleabháin ve Sangeeta Shah, *Human Rights and Private International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2016) 777; Candan Yasan Tepetaş, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararlarının Türk Kamu Düzeni Bakımından Anlamı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14/177-178 (2019): 1227; *S.H. and Others v. Austria*, Application no. 57813/00, 01/04/2010, para. 82; *Evans v. the United Kingdom*, Application no. 6339/05, 10/04/2007, para.71; *Richard Blauwhoff ve Lisette Frohn*,

AİHM'in sınır ötesi taşıyıcı anneliğe ilişkin kararları, davalarda ele alınan temel hukukî meseleye göre dört grupta toplanabilir<sup>12</sup>.

İlk grupta yer alan mahkeme kararları, sınır ötesi taşıyıcı annelik yöntemi sonucunda yurtdışında geçerli bir şekilde kurulan çocuk ile gönüllü ebeveyn arasındaki soybağı ilişkisinin *forum* devletinde tanınmasına ilişkindir ve bu davalarda çocuk ile gönüllü baba arasında genetik bir bağ bulunmaktadır. Bu grupta *Mennesson v. Fransa* kararı<sup>13</sup>, *Labassee v. Fransa* kararı<sup>14</sup>, *A.M. v. Norveç* kararı, *D.B. ve Diğerleri v. İsviçre* kararı, *K.K. ve Diğerleri v. Danimarka* kararı yer almaktadır.

İkinci grupta yer alan tek mahkeme kararı olan *D. ve Diğerleri v. Belçika* kararı<sup>15</sup> ise sınır ötesi taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuklara yönelik seyahat kısıtlamalarına ilişkindir.

Üçüncü grupta yer alan mahkeme kararları ise çocuk ile gönüllü ebeveyn arasında genetik bağ olmadığı durumlarda yurtdışında kurulan gönüllü ebeveyn ile çocuk arasındaki soybağının *forum* devletinde tanınmasına ilişkindir. Bu grupta *Paradiso ve Campanelli v. İtalya* ka-

---

“International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law” içinde Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives, ed. Christophe Paulussen vd. (Hague: Springer, 2016), 230.

<sup>11</sup> *Mennesson v. France*, Application no. 65192/11, 26/06/2014; *Labassee v. France*, Application no. 65941/11, 26/06/2014; *D. and Others v. Belgium*, Application no. 29176/13, 08/07/2014; *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application no. 25358/12, 27/01/2015; *Valdis Fjölfnisdóttir and Others v. Iceland*, Application no. 71552/17, 18/05/2021; *A.M. v. Norway*, Application no. 30254/18, 24/03/2022; *D.B. and Others v. Switzerland*, Application no. 58817/15 58252/15, 22/11/2022; *K.K. and Others v. Denmark*, Application no. 25212/21, 06/12/2022. AİHM'in taşıyıcı anneliği etik tartışmalara girmeden özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında ele aldığına dair bkz. Cemile Turgut ve Göksu Işık, “Türk Medeni Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında Taşıyıcı Annelik”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/7 (2018): 226.

<sup>12</sup> Diana Coutinho, “Cross-border Surrogacy in the Case Law of the European Court of Human Rights: Contributions and Challenges”, *JusGov Research Paper*, 3 (2022): 1-10.

<sup>13</sup> *Mennesson* kararına konu olay için ayrıca bkz. Parlak Börü, “Güncel Gelişmeler”, 81-82; Baran Çelik, “Soybağının Kurulması”, 206-209; Ekin Tuna, “Milletlerarası Özel Hukukta Çocuğun Üstün Yararı”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kadir Has Üniversitesi, 2022) 99; Yasan Tepetaş, “Taşıyıcı Annelik”, 1238-1240.

<sup>14</sup> *Labassee* kararına konu olay için ayrıca bkz. Baran Çelik, “Soybağının Kurulması”, 206-209-211; Yasan Tepetaş, “Taşıyıcı Annelik”, 1240.

<sup>15</sup> Kararla ilgili detaylı bilgi için bkz. Baran Çelik, “Soybağının Kurulması”, 216-218; Ekşi, “Mahkeme kararlarında”, 36-38; Yasan Tepetaş, “Taşıyıcı Annelik”, 1235-1237.

rarı<sup>16</sup> ve *Valdís Fjölisdóttir* ve Diğerleri v. İzlanda kararı<sup>17</sup> yer almaktadır.

Son olarak dördüncü grupta ise ölüm sonrası taşıyıcı annelik ve büyükanne olma hakkı konularını AİHM'nin gündemine taşıyan *Lanzmann v. Fransa*<sup>18</sup> kararı yer almaktadır. Ancak AİHM, büyükanne veya büyükbaba olma hakkının AİHS m.8 hükmü kapsamında korunmadığına ve başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

AİHM, taşıyıcı anneliğin etik açıdan hassas bir konu olduğunu kabul etmiştir. Avrupa Konseyi üyesi ülke hukuklarında taşıyıcı annelik konusunda bir fikir birliği bulunmadığını ve bu ülke hukuklarındaki taşıyıcı anneliğe ilişkin düzenlemelerin birbirinden oldukça farklı olduğunu da belirtmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme, devletlere taşıyıcı annelik hususunda kural olarak geniş takdir yetkisi tanımıştır<sup>19</sup>. Böylece bir devlette taşıyıcı anneliğin yasaklanması kural olarak AİHS'e aykırılık teşkil etmez<sup>20</sup>. Ancak bir bireyin varlığının veya kimliğinin kısıtlanması söz konusu olduğunda Devlete tanınan takdir yetkisi sınırlıdır<sup>21</sup>. Taşıyıcı annelikte ise yurtdışında yasal olarak kurulan ebeveyn-çocuk ilişkisinin tanınmaması çocuğun kimliğini olumsuz yönde etkileyeceği için bu durumda Devlete tanınan takdir yetkisinin sınırlandırılması gerekir<sup>22</sup>. Bir başka deyişle taşıyıcı annelik hususunda devletlere verilen geniş takdir yetkisi, sınır ötesi taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuğun yüksek menfaatinin özellikle de AİHS'in 8. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkının korunması çerçevesinde yabancı bir ülkede yasal olarak kurulan soybağının tanınmasını reddetmesine izin vermemelidir<sup>23</sup>.

AİHM'e sınır ötesi taşıyıcı annelik ile ilgili yapılan başvurular genellikle gönüllü anne ve/veya baba ile çocuk tarafından yapılmaktadır. Taşıyıcı annenin ve yumurta veya sperm bağışında bulunan kişi-

<sup>16</sup> Kararla ilgili detaylı bilgi için bkz. Baran Çelik, "Soybağının Kurulması", 211-215; Yasan Tepetaş, "Taşıyıcı Annelik", 1243-1246.

<sup>17</sup> Kararla ilgili detaylı bilgi için bkz. Baran Çelik, "Soybağının Kurulması", 218-219.

<sup>18</sup> *Petithory Lanzmann v. France*, Application no. 23038/19, 12/11/2019.

<sup>19</sup> *Mennesson v. France*, Application no. 65192/11, 26/06/2014, para. 79.

<sup>20</sup> Yasan Tepetaş, "Taşıyıcı Annelik", 1234.

<sup>21</sup> *Mennesson v. France*, Application no. 65192/11, 26/06/2014, para. 77.

<sup>22</sup> *Mennesson v. France*, Application no. 65192/11, 26/06/2014, para.80.

<sup>23</sup> Coutinho, "Cross-border Surrogacy", 2.

nin henüz AİHM'e başvurduğu bir karar mevcut değildir. Ancak doktrinde bu kişilerin de AİHS m.8 hükmü uyarınca korunması gerektiği ifade edilmiştir<sup>24</sup>.

## **II. ÇOCUK İLE GÖNÜLLÜ EBEVEYNLERDEN EN AZ BİRİ ARASINDA GENETİK BAĞ OLMASI DURUMUNDA ÇOCUĞUN SOYBAĞININ KURULMASINA İLİŞKİN AİHM KARARLARI**

Çalışmamızda birinci grupta yer alan kararlardan AİHM'in tarih olarak ilk ve son vermiş olduğu kararları incelenecektir.

### **A. Mennesson v. Fransa Kararı ve Labassee v. Fransa Kararı**

Sınır ötesi taşıyıcı annelikle ilgili ilk kararlardan olan 2014 tarihli *Mennesson v. Fransa*<sup>25</sup> ile *Labassee v. Fransa*<sup>26</sup> kararları ele aldıkları temel hukukî mesele bakımından oldukça benzerlik göstermektedir<sup>27</sup>. Bu nedenle bu kararlar tek başlık altında incelenecektir.

*Mennesson* kararına konu olan somut olayda Fransız vatandaşı Bay ve Bayan *Mennesson* çifti, Kaliforniya'da *gestasyonel* taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmış ve bunun sonucunda taşıyıcı annelik yöntemiyle ikiz çocuk sahibi olmuşlardır. Taşıyıcı annelikte, gönüllü baba Bay *Mennesson*'a ait sperm hücresi ile bir donörden alınan yumurta hücresi kullanılmıştır. Bay *Mennesson* ile çocuklar arasında genetik bağ mevcut iken gönüllü anne Bayan *Mennesson* ile çocuklar arasında genetik bağ bulunmamaktadır. Kaliforniya Mahkemesi, çocuğun yasal anne ve babasının Bay ve Bayan *Mennesson* olduğuna ve doğum belgelerinde de bu kişilerin ikizlerin anne ve babası olarak belirtilmesine karar vermiştir. Doğumdan hemen sonra Bay *Mennesson*, doğum belgelerinin kaydedilmesi ve çocuklara Fransız pasaport almak için Los Angeles'taki Fransız konsoloslughuna başvurmuştur. Ancak yetkililer, taşıyıcı annelikten şüphelenerek Bay *Mennesson*'un talebini reddetmiş ve durumu savcılığa bildirmiştir<sup>28</sup>. Ancak daha sonra savcılığın talimatı üzerine, ikizlerin

---

<sup>24</sup> Fawcett, Shúilleabháin, Shah, "Human Rights", 778.

<sup>25</sup> *Mennesson v. France*, Application no. 65192/11, 26/06/2014.

<sup>26</sup> *Labassee v. France*, Application no. 65941/11, 26/06/2014.

<sup>27</sup> Fawcett, Shúilleabháin, Shah, "Human Rights", para. 778.

<sup>28</sup> Savcılığın talebi üzerine Aralık 2000'de bir ön soruşturma yürütülmüştür. Mayıs 2001'de ise taşıyıcı annelik sözleşmesinde aracılık eden kişi/kişiler hakkında soruşturma başlatılmıştır. 2004 tarihinde hâkim, eylemlerin ABD topraklarında işlendiği,

doğum belgelerinin kaydı Los Angeles'taki Fransız konsolosluğu tarafından gerçekleştirilmiş ve savcılık bu belgelerin iptali için Bay ve Bayan *Menesson* aleyhine dava açmıştır. Fransız pasaportu alamayan ikizlere ABD pasaportu verilmiş; böylece ikizler Bay ve Bayan *Menesson* ile Fransa'ya dönebilmiştir. Uzun süren davaların ardından Fransız Yüksek Mahkemesi, Kaliforniya Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararın Fransız kamu düzenine aykırı olması nedeniyle Fransa'da uygulanamayacağına ve bu karara dayanarak düzenlenen doğum belgelerinin iptal edilmesine karar vermiştir. Bunun üzerine Bay ve Bayan *Menesson* çifti ile taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan ikizler, Fransa Cumhuriyeti aleyhine AİHM'e başvurmuşlardır.

Bay ve Bayan *Menesson* çifti, yurtdışında ikizler ile yasal kurdukları ebeveyn-çocuk ilişkisinin Fransa'da tanınmamasının çocukların yüksek menfaatine zarar vereceği gerekçesiyle şikayetçi olmuşlar ve AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir

AİHM, ilk olarak *Wagner*<sup>29</sup> ve *Negrepontis-Giannisis*<sup>30</sup> davalarına atıfta bulunmuş ve ebeveyn-çocuk ilişkisinin Fransa'da tanınmamasının başvuruçuların hem özel hayatına hem de aile hayatına bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Daha sonra mahkeme, bu müdahalenin haklı olup olmadığını AİHS m.8/2 hükmü kapsamında incelemiştir. Öncelikle müdahalenin haklı olabilmesi için müdahalenin yasayla öngörülmüş olması gerekir. Mahkeme, kararda bu şartın yerine getirildiğini ifade etmektedir. Zira Fransız Medeni Kanunu'nda taşıyıcı

---

burada suç olarak sınıflandırılmadığı ve bu nedenle Fransa'da cezalandırılabilir bir suç teşkil etmediği gerekçesiyle dava açılmasına yer olmadığına karar vermiştir. Bu arada, 25 Kasım 2002 tarihinde, savcılığın talimatı üzerine, ikizlerin doğum belgelerinin kaydı Los Angeles'taki Fransız konsolosluğu tarafından gerçekleştirilmiştir. Ancak, 16 Mayıs 2003 tarihinde savcılık, Bay ve Bayan *Menesson* aleyhine, kayıtların iptali için dava açmıştır. Savcılık, Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nin 14 Temmuz 2000 tarihli kararının Fransız kamu düzenine aykırı olması nedeniyle, Fransa'da uygulanamayacağı ve bu karara dayanarak düzenlenen medeni durum belgelerinin geçerliliğinin Fransa'da tanınamayacağını ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi, 13 Aralık 2005 tarihli bir kararla, ikizlerin doğum belgelerinin tescilinin savcılığın kendi talebiyle gerçekleştirildiğini ve bu nedenle savcılığın kendi ihlâl ettiği kamu düzeni gerekçesine dayanamayacağını belirterek davanın kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Savcılık bunun üzerine istinaf yoluna başvurmuştur.

<sup>29</sup> *Wagner and J.M.W.L. v. Lüksemburg*, Application no. 76240/01, 28/06/2007.

<sup>30</sup> *Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan*, Application no. 56759/08, 05/12/2013.

annelik sözleşmelerinin açıkça geçersiz olduğuna ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Mahkeme'ye göre, Fransa'nın söz konusu müdahalesi Sözleşmenin m.8/2'de sayılan *sağlığın korunması* ile *başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması* amaçlarına dayanmaktadır<sup>31</sup>. Mahkeme, son olarak böyle bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelemiştir. Kararda çocuk-ebeveyn arasındaki yasal ilişkinin tanınmamasının çocuğun kimliğini olumsuz yönde etkileyebileceği ve bu nedenle Devlete tanınan takdir yetkisinin sınırlandırılması gerektiği belirtilmiştir<sup>32</sup>.

Mahkeme, davada, *Menesson* çifti ve ikizlerin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı ile ikizlerin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlâl edilip edilmediğini ayrı bir şekilde değerlendirmiştir<sup>33</sup>.

Mahkeme, ebeveyn-çocuk ilişkisinin Fransız hukuku tarafından yasal olarak tanınmamasının, *Menesson* çifti ile ikizlerinin Fransa'da aile hayatına saygı hakkından yararlanmalarını engellemediğini ifade etmiştir. Zira *Menesson* çifti doğumdan kısa bir süre sonra çocuklarıyla Fransa'ya yerleşebilmiştir. Mahkeme, ailenin Fransa'da diğer ailelerinkine benzer koşullarda birlikte yaşayabilecek durumda olduklarını ve aile birliğinin Fransız yetkilileri tarafından bozulacağına ilişkin bir kanıt olmadığını tespit etmiştir<sup>34</sup>. Mahkeme, bu tespiti ve davalı Devlet'e tanınan takdir yetkisini göz önünde bulundurarak ebeveyn-çocuk ilişkisinin Fransız hukuku tarafından yasal olarak tanınmaması sonucu ortaya çıkan durumun, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlâli olmadığı kanaatindedir. Zira Mahkeme'ye göre davalı Devlet, başvuruçuların menfaatleri ile Devletin menfaatleri arasında adil bir denge kurmuştur<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Fransa'nın taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucunda yurtdışında doğan çocuklar ile gönüllü ebeveynler arasında yasal bir ebeveyn-çocuk ilişkisini tanımayı reddetme sebebi, kendi ülkesinde yasak olan bu yönteme başvurmak isteyenleri caydırmak ve taşıyıcı anneleri korumaktır. Bkz. *Menesson v. France*, Application no. 65192/11, 26/06/2014, para.62.

<sup>32</sup> *Menesson v. France*, Application no. 65192/11, 26/06/2014, para.80.

<sup>33</sup> AİHM'in somut olayda aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı ile özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlâl edilip edilmediğini ayrı şekilde incelediğine dair bkz. Baran Çelik, "Soybağının Kurulması", 208.

<sup>34</sup> *Menesson v. France*, Application no. 65192/11, 26/06/2014, para.92.

<sup>35</sup> *Menesson v. France*, Application no. 65192/11, 26/06/2014, para.94.

Mahkeme, çocukların özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlâl edilip edilmediğini incelerken çocukların hukukî bir belirsizlik içerisinde bulduklarını belirtmiştir<sup>36</sup>. Zira çocukların anne ve babasının Bay ve Bayan Mennesson olduğu ABD’de kabul edilirken, Fransa’da bu statüden mahrum bırakılmaktadırlar ve bu sonuç da çocukların Fransız toplumu içerisindeki kimliklerine zarar vermektedir<sup>37</sup>. Mahkeme, ayrıca ebeveyn-çocuk ilişkisinin Fransa’da tanınmamasının çocukların vatandaşlık ve miras hakları bakımından da olumsuz sonuçlar doğuracağını belirtmiştir<sup>38</sup>.

Mahkeme, Fransa’nın kendi vatandaşlarının, ülkesinde yasak olan yardımcı üreme tekniklerinden yararlanmak için yurtdışına gitmelerini engellemek istemesinin kabul edilebilir olduğunu ifade etmiş; bununla birlikte yasak olan yardımcı üreme teknikleri sonucunda dünyaya gelen çocuk ile gönüllü ebeveynler arasındaki ilişkinin ülkede yasal olarak tanınmamasının etkilerinin sadece gönüllü ebeveynler ile sınırlı olmadığına ve bu çocukların kimliklerinin dolayısıyla özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını önemli ölçüde etkilediğine de dikkat çekmiştir<sup>39</sup>.

Mahkeme’ye göre gönüllü ebeveynlerden birinin çocuğun biyolojik ebeveyni olduğu durumlarda, biyolojik ebeveynliğin herkesin kimliğinin bir parçası olarak taşıdığı önem göz önünde bulundurularak<sup>40</sup>, bu ilişkinin biyolojik gerçekliği tespit edilir ve ilgili çocuk ile ebeveyn bunun tanınmasını talep ederse çocuğu bu yasal ilişkiden mahrum bırakmak çocuğun menfaatine uygun olmaz<sup>41</sup>.

AİHM, genetik bağın önemine dikkat çekmiş ve hem genetik hem de gönüllü baba olan Bay *Mennesson*’ın çocukları ile yurtdışında kur-

<sup>36</sup> Çocuk ile gönüllü ebeveynler arasında soybağı ilişkisinin kurulmaması nedeniyle çocuğun vatandaşlık, miras, nafakaya ilişkin durumlarının belirsiz olduğuna ilişkin bkz. Tuna, “Çocuğun Üstün Yararı”, 99.

<sup>37</sup> *Mennesson v. France*, Application no. 65192/11, 26/06/2014, para.96.

<sup>38</sup> *Mennesson v. France*, Application no. 65192/11, 26/06/2014, para.97-98.

<sup>39</sup> *Mennesson v. France*, Application no. 65192/11, 26/06/2014, para.99.

<sup>40</sup> AİHM’in bu kararda biyolojik bağa verdiği önemin eleştirisi ve bu kararın fazlasıyla tutucu ve milliyetçi öğeler içerdiğine ilişkin bkz. Hazal Ungan Çalışkan, “Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22/1 (2016): 495.

<sup>41</sup> *Mennesson v. France*, Application no. 65192/11, 26/06/2014, para.100.

muş oldukları ilişkinin iç hukukta tanınmamasının ve ilişkinin kurulmasının engellenmesinin Devletin takdir yetkisinin kendisine izin verilen sınırları aştığına hükmetmiştir<sup>42</sup>. Ayrıca Mahkeme, çocuğun yüksek menfaatine verilmesi gereken önemi göz önünde bulundurarak çocukların özel hayatına saygı hakkı bakımından AİHS m.8 hükmünün ihlâl edildiği sonucuna varmıştır<sup>43</sup>.

*Labassee* v Fransa kararına konu olan somut olayda da gönüllü babanın sperm hücresi ile donör bir kadından alınan yumurta hücresi kullanılmıştır. Gönüllü baba ile çocuk arasında genetik bağ bulunmaktadır. *Labassee* çifti taşıyıcı anne ile *gestasyonel* taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmış ve bunun sonucunda da bir kız çocuğu sahibi olmuşlardır. Minnesota'da verilen mahkeme kararı ile Bay ve Bayan *Labassee* çocuğun yasal ebeveynleri olarak kabul edilmiş ve ABD'de çocuğun ebeveynlerinin Bay ve Bayan *Labassee* olduğunu gösteren bir doğum belgesi düzenlenmiştir. Ancak aynı *Menesson* olayında olduğu gibi Fransız makamları doğum belgesinin nüfus kayıtlarına tescilini reddetmiştir. Bunun üzerine çift konuyu mahkemeye taşımış, daha sonra ise Bay ve Bayan *Labassee* çifti ile kızı AİHM'e Fransa Cumhuriyeti aleyhine başvuru yapmıştır. Mahkeme *Menesson* kararında olduğu gibi ebeveynlerin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlâl edilmediğine; ancak çocukların özel hayatına saygı gösterilmesi hakkıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir<sup>44</sup>.

Özetle, AİHM hem *Menesson* hem de *Labassee* kararında çocuğun yüksek menfaatini üstün tutmuştur<sup>45</sup>. Ayrıca çocuğun soybağı da dâhil olmak üzere kimliğinin özünü bilme hakkını AİHS m.8'de yer alan özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirmiştir<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> *Menesson v. France*, Application no. 65192/11, 26/06/2014, para.100.

<sup>43</sup> *Menesson v. France*, Application no. 65192/11, 26/06/2014, para.101.

<sup>44</sup> *Labassee v. France*, Application no. 65941/11, 26/06/2014, para.81.

<sup>45</sup> Baran Çelik, "Soybağının Kurulması", 210. AİHM kararlarında çocuğun yüksek menfaatinin taşıyıcı annenin ve gönüllü ebeveynlerin menfaatinden üstün tutulduğuna ilişkin bkz. Ekşi, "Mahkeme Kararlarında", 43.

<sup>46</sup> Baran Çelik, "Soybağının Kurulması", 210.



## B. K.K. ve Diğerleri v. Danimarka Davası

AİHM'e Danimarka Krallığı aleyhine yapılan başvuru<sup>47</sup> Danimarka vatandaşı olan Bayan K.K. (birinci başvuran) ve ikizleri (ikinci ve üçüncü başvuran) tarafından yapılmıştır. Bayan K.K. ve eşi taşıyıcı annelik yöntemiyle çocuğu sahibi olmak için Ukrayna'daki bir kadınla taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmıştır. Bu sözleşmenin ardından taşıyıcı anne Bayan K.K. ve eşi için ikiz çocuk dünyaya getirmiştir. Bayan K.K.'nın eşi olan gönüllü baba ile ikiz çocuklar arasında genetik bağ bulunmaktadır. Ukrayna makamları tarafından çocukların gönüllü ebeveynlerinin yasal ebeveynleri olarak gösteren doğum belgeleri düzenlenmiştir. Danimarka'ya getirilen ikizler, babalarıyla aralarındaki genetik bağ sebebiyle Danimarka vatandaşlığını elde etmişlerdir. Danimarka makamları bakımından gönüllü ebeveynlere ortak velayet verilmiştir.

Danimarka hukuku uyarınca bir çocuğu doğuran kadın yasal anne olarak kabul edildiği için Ukrayna'da yapılan taşıyıcı annelik sözleşmesinin Danimarka'da hiçbir etkisi olmamış ve Bayan K.K. Danimarka'da çocukların yasal annesi olamamıştır. Bunun üzerine Bayan K.K., çocuklar ile gönüllü baba arasında soybağı kurulduğu için "kocasının çocuklarını" evlat edinmek için evlat edinme başvurusunda bulunmuştur. Ancak bu başvuru Bayan K.K. ve çocukların Danimarka'da yalnızca on altı gün birlikte yaşamış olmaları nedeniyle reddedilmiştir. Bayan K.K. bu meseleyi mahkemelere taşımıştır. Sonuç olarak Danimarka Yüksek Mahkemesi, Bayan K.K. ve kocası tarafından Ukrayna'daki bir kliniğe yapılan 32.265 avroluk ödemenin, taşıyıcı anneye çocukları doğurması ve Bayan K.K. ile kocasının çocukların yasal ebeveynleri olmasına rıza göstermesi ve çocukları evlat edinmesi karşılığında ödenen ücreti içerdiğini tespit etmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, evlat edinme işleminin Evlat Edinme Kanunu'nun 15. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Başvuranlar, AİHM'e kararın, AİHS m.8 hükmünde güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı haklarının ihlâli anlamına geldiğinden dolayı şikâyetçi olmuşlardır.

Mevcut kararda, birinci başvuranın ikinci ve üçüncü başvuranları evlat edinmesine izin verilmemesinin, başvuranların aile ve özel hayata saygı hakkına bir müdahale teşkil ettiği, bu müdahalenin yasayla

<sup>47</sup> K.K. and Others v. Denmark, Application no. 25212/21, 06/12/2022.

(Evlad Edinme Kanunu'nun 15. maddesiyle) öngörüldüğü ve başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak gibi meşru bir amaç güttüğü taraflar arasında ihtilafli değildir. Mahkeme, birinci başvuranın ikinci ve üçüncü başvuranları evlat edinmesine izin verilmemesi nedeniyle, başvuranların birlikte aile yaşamını sürdürmede herhangi bir engelle veya pratik bir güçlükle karşılaşmadıklarını ve davalı Devlete tanınan takdir yetkisini göz önünde bulundurarak başvuranların aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı söz konusu olduğunda, başvuranların menfaatleri ile Devletin menfaatleri arasında adil bir denge kurduğunu ifade etmiştir. Zira Danimarka makamları, gönüllü ebeveynler ile çocukların aile hayatlarını sürdürebilmeleri için çocuklara Danimarka vatandaşlığı verilmesi, gönüllü ebeveynlere ortak velayet verilmesi gibi birtakım çözümlere başvurmuştur. Dolayısıyla, başvuranların AİHS m.8 hükmü kapsamındaki aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı bakımından m.8 hükmü ihlâl edilmemiştir.

Mahkeme, müdahalenin AİHS m.8 hükmü kapsamında özel hayata saygı hakkının ihlâlini teşkil edip etmediğini incelerken *Mennesson* ile *Paradiso ve Campanelli* kararlarındaki açıklamalara atıfta bulunmuştur. Mahkeme, çocuğun durumu söz konusu olduğunda çocuğun yüksek menfaatinin her şeyden önemli olduğunu ve bunun sonucunda da Devletin takdir yetkisinin azalacağını belirtmiştir. Mevcut kararda, Mahkeme, kamu menfaatlerinin birinci başvuranın özel hayatına saygı hakkından, çocuklarla olan ilişkisi aracılığıyla kişisel gelişim hakkı ve onlarla olan ilişkisini sürdürme menfaatinden daha ağır bastığı görüşündedir. Buna göre, birinci başvuranın özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin olarak AİHS m.8 hükmü ihlâl edilmemiştir.

İkinci ve üçüncü başvuranları olan çocukların özel hayatına saygı gösterilmesi hakkı bakımından AİHS m.8 hükmünün ihlâl edilip edilmediğini inceleyen Mahkeme, çocukların gönüllü anne tarafından evlat edinilmesinin reddedilmesinin çocukların toplum içindeki kimliklerine ilişkin yasal bir belirsizlik konumuna sokacağını ve Danimarka hukuku tarafından öngörülen kümülatif çözümlerin birinci başvuran tarafından evlat edinilmelerine izin verilmemesini telafi edebilecek kadar etkili olmayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre çocukların özel hayatına saygı gösterilmesi hakkı bakımından AİHS m.8 hükmü ihlâl edilmiştir.

## SONUÇ

Çalışmamızda AİHM'in, gönüllü ebeveynlerden en az birinin üreme hücrelerinin kullanılarak gerçekleştirilen sınır ötesi taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuk ile gönüllü ebeveynler arasındaki yasal ebeveynlik ilişkisinin tanınmasına yönelik yaklaşımı incelenmiştir.

AİHM, *Menesson v. Fransa, Labassee v. Fransa ve K.K. ve Diğerleri v. Danimarka* kararında, bir kişinin kimliğini belirleme hakkının AİHS m.8 kapsamında olduğunu değerlendirmiştir. Ayrıca kişinin kimliğinin biyolojik ebeveynlikle bağlantılı olduğunu vurgulamıştır. AİHM'in sınır ötesi taşıyıcı annelik yoluyla yurtdışında kurulan ebeveyn-çocuk ilişkisinin tanınmasına yönelik yaklaşımı, ister bir kararla ister başka bir şekilde olsun, yurtdışında edinilen bir ebeveynlik statüsünün, baba adayının çocukla biyolojik olarak bağlantılı olması ve ebeveynlik statüsünün baba aday(lar)ı tarafından yabancı hukuk kapsamında yasal olarak edinilmiş olması koşuluyla, AİHS'in 8. maddesi kapsamında korunma hakkına sahip olduğu anlamına gelmektedir.

AİHM, m.8'de yer alan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını ayrı bir şekilde değerlendirmiştir. Mahkeme'nin ifadesiyle, 8. madde kapsamındaki özel hayata saygı hakkı, herkesin, yasal ebeveyn-çocuk ilişkisi de dahil olmak üzere, kimliğinin özünü belirleyebilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Mahkeme özellikle, yasal ebeveynlik söz konusu olduğunda Devlete tanınan takdir yetkisinin azaltılması gerektiği görüşündedir. Yukarıda bahsedilen davalarda olduğu gibi AİHM, gönüllü ebeveynlerden birinin özellikle babanın aynı zamanda çocuğun biyolojik ebeveyni olduğu durumlarda, yurtdışında gönüllü-biyolojik baba ile çocuk arasında kurulan soybağının tanınmamasını, çocuğun özel hayatına saygı gösterilmesi hakkı bakımından AİHS m.8'in ihlâli olarak değerlendirmiştir. Bununla birlikte, AİHM'in aynı yaklaşımının, üreme hücrelerinin baba yerine anneden alındığı durumlarda da geçerli olup olmayacağı belirsizdir. Zira AİHM kararlarında yer alan "biyolojik ebeveynlik" kavramı bir erkek için kullanıldığında erkeklerin üremeye katkıda bulunduğu tek biyolojik unsur olarak genetiğe atıfta bulunur<sup>48</sup>. Ancak, bir kadınla ilgili olarak kullanıldığında, "biyolojik ebeveynlik" kavramı hem üreme hücreleri kullanılan kadını (genetik anne) hem de doğumu yapan kadını (taşıyıcı anne) kap-

---

<sup>48</sup> Baran Çelik, "Taşıyıcı Annelik", 204.

sar<sup>49</sup>. Kanaatimizce “biyolojik ebeveyn” kavramı bir kadınla ilgili kullanıldığında da genetik unsur esas alınmalıdır. Bu doğrultuda AİHM’in “biyolojik ebeveynlik” ile ilgili yaklaşımı, gönüllü annenin aynı zamanda genetik anne olduğu durumlar için de geçerli olmalıdır. Aksi yorum AİHS m.14’te yer alan ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil eder. Başka bir deyişle, AİHM, sınır ötesi taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuk ile gönüllü-genetik baba arasında yabancı ülkede kurulan soybağı ilişkisinin hangi yolla tanınabileceğini kabul ediyorsa, aynı durum gönüllü-genetik anne için de geçerli olmalıdır. Eğer AİHM’e göre çocuk ile gönüllü-genetik anne arasındaki soybağı evlat edinme ile kuruluyorsa bu durumda çocuk ile gönüllü-genetik baba arasındaki soybağı ilişkisi de yalnızca evlat edinme ile kurulmalıdır.

AİHM’in yukarıdaki kararlarına bakıldığında kararlarda yalnızca çocuğun özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına odaklanıldığı ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının arka planda kaldığı görülmektedir. AİHM, sınır ötesi taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuğun aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını incelerken çocuk ile gönüllü ebeveynlerin bir arada yaşamaları için gerekli önemlerin alınmasını, çocuğun ülkeye girişinin sağlanmasını, çocuğa vatandaşlık verilmesi gibi hususları dikkate almıştır. Bu hususların gerçekleşmesi koşuluyla AİHM, gönüllü ebeveynler ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin tanınmadığı durumlarda bile aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır.

| <b>YAZAR BEYANI</b>                        |  |
|--|--|
| <b>Mali Destek/ Teşekkür Beyanı:</b>       | Bulunmamaktadır.   |
| <b>Yazarların Katkıları</b>                | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.                                  |
| <b>Çıkar Çatışması/ Ortak Çıkar Beyanı</b> | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| <b>Etik Kurul Onayı:</b>                   | Gerekmemektedir.   |

<sup>49</sup> Baran Çelik, “Taşıyıcı Annelik”, 204.

## KAYNAKÇA

Ağaoğlu, Cahit. “Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşiyıcı Annelik ile Taşiyıcı Annedenden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu”, *Public and Private International Law Bulletin*. 40/1 (2020): 437-480.

Baran Çelik, Neşe. *Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması*. Ankara: Yetkin, 2021.

Blauwhoff, Richard ve Frohn, Lisette. “International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law” içinde *Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives*, ed. Christophe Paulussen vd., 211-241. Hague: Springer, 2016.

Coutinho, Diana. “Cross-border Surrogacy in the Case Law of the European Court of Human Rights: Contributions and Challenges”. *JusGov Research Paper*. 3 (2022): 1-4.

Ekşi, Nuray. “Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşiyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar”. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*. 36/2 (2016): 1-51.

Fawcett, James J, Shúilleabháin Máire Ní ve Shah Sangeeta. *Human Rights and Private International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Gössl, Susanne L. “Germany” içinde *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, ed. Katarina Trimmings ve Paul Beaumont, 131-142. (North America: Bloomsbury Publishing, 2013).

İltaş, Yiğit. “Taşiyıcı Annelik ve Soybağı Meselesi”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 16/201-202, (2021): s.1013-1054.

Kaur, Harleen. *Laws and Policies on Surrogacy Comparative Insights from India*. Singapore: Springer, 2021.

Kırkbeşoğlu, Nagehan. *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları*, İstanbul: Vedat, 2006.

Özpuat, Funda. “Yardımcı Üreme Teknikleri, Etik ve Sağlık Personelinin Sorumlulukları”. *Kastamonu Sağlık Akademisi*. 2/2 (2017): 112-131.

Parlak Börü, Şafak. “Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşiyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler”. *PPIL*. 39/1 (2019): 63-110.

Tuna, Ekin. "Milletlerarası Özel Hukukta Çocuğun Üstün Yararı". Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kadir Has Üniversitesi, 2022.

Turgut, Cemile ve Göksu Işık. "Türk Medeni Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında Taşıyıcı Annelik". Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 4/7 (2018): 221-240.

Ungan Çalışkan, Hazal. "Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış". Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 22/1 (2016): 489-510.

Yasan Tepetaş, Candan. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararlarının Türk Kamu Düzeni Bakımından Anlamı". Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 14/177-178 (2019): 1219-1262.

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

S.H. and Others v. Austria, Application no. 57813/00, 01/04/2010.

Evans v. the United Kingdom, Application no. 6339/05, 10/04/2007.

Mennesson v. France, Application no. 65192/11, 26/06/2014.

Labassee v. France, Application no. 65941/11, 26/06/2014.

D. and Others v. Belgium, Application no. 29176/13, 08/07/2014.

Paradiso and Campanelli v. Italy, Application no. 25358/12, 27/01/2015.

Valdís Fjölfnisdóttir and Others v. Iceland, Application no. 71552/17, 18/05/2021.

A.M. v. Norway, Application no. 30254/18, 24/03/2022.

D.B. and Others v. Switzerland, Application no. 58817/15 58252/15, 22/11/2022.

K.K. and Others v. Denmark, Application no. 25212/21, 06/12/2022.

Petithory Lanzmann v. France, Application no. 23038/19, 12/11/2019.

Wagner and J.M.W.L. v. Lüksemburg, Application no. 76240/01, 28/06/2007.

Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, Application no. 56759/08, 05/12/2013.



***Kamu Hukuku /  
Public Law***

---





## **ADLİ ARAMADA GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HAL KAVRAMI**

*The Concept Of Exigent Circumstances In Judicial Search*

**Dr. Öğr. Üyesi İlhan BULUT\***

### **ÖZET**

Bu çalışma, adli aramada gecikmesinde sakınca bulunan haller ile ilgili temel sorunları incelemeyi amaçlamaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan haller, hakim kararı olmadan arama yapılabilmesine imkan tanıyan istisnai durumlar arasındadır.

Çalışmamızda yasal düzenlemeler, mahkeme kararları ve akademik literatür taranarak, gecikmesinde sakınca bulunan haller ile ilgili temel sorunlar araştırılmıştır.

Gecikmesinde sakınca bulunan haller kavramı geniş ve belirsizdir. Mevzuattaki düzenlemeler de bu kavramı yeterince açıklığa kavuşturamamaktadır. Uygulamada da ciddi keyfiliklerin bulunduğu görülmektedir.

---

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD, email: ibulut@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1246-7137

**Makale Geliş Tarihi:** 26.05.2024

**Makale Kabul Tarihi:** 26.08.2024

⇒ **Atıf Şekli:** İlhan Bulut "Adli Aramada Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 907-961.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



Mahkeme kararları incelendiğinde; Yargıtay'ın çeşitli kararlarında katı bir denetim yaptığı fakat istikrarlı bir tutum izlemediği görülmektedir. Yabancı mahkeme kararlarında yapılan incelemeler ise gecikmede sakınca kavramı ile ilgili sağladığı önemli değerlendirme ve ölçütler ile Türk hukukuna önemli katkılar sağlama imkanına sahiptir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama ile ilgili sorunların çözümü için mevzuat düzenlemesi, adli teşkilata ilişkin yapısal sorunların çözülmesi ve uygulamacıların bilinçlendirilmesi gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Arama, Koruma Tedbirleri, Gecikmesinde sakınca bulunan haller, arama kararı, gece vakti yapılacak arama.

### **EXTENDED ABSTRACT**

Search is one of the most frequently used protection measures in the fight against crime. Search measure is divided into two; judicial and preventive search. In this study, the cases of exigent circumstances within the framework of judicial search will be examined.

The search represents a significant intervention on basic rights and freedoms. Therefore, the legislator has required a judge's decision to search, as in other protection measures. However, due to the effective fight against crime and the needs in practice, exceptions to the requirement of a judge's decision have been introduced. The most important of these exceptions is the exigent circumstances.

The public prosecutor will be able to issue a search warrant in the presence of an exigent circumstance. In cases where the public prosecutor cannot be reached, a search may be conducted with the order of the chief of law enforcement. However, the search warrant authority of the law enforcement officer is limited to unenclosed areas.

The exigent circumstances are one of the most problematic areas regarding the search. The main problems related to exigent circumstances in judicial search are examined under three main headings: the ambiguous nature of the concept of exigent circumstances, the problems arising from the regulations in the legislation and the problems arising from the practice.

The concept of exigent circumstances is very broad and ambiguous. This concept should be limited with objective criteria and its judicial scrutiny should be more effective. Otherwise, it will be possible to apply this exception completely arbitrarily. In our study, we have tried to provide objective criteria regarding the exigent circumstance, especially by benefiting from court decisions.

There are also problems arising from the regulations in the legislation regarding the exigent circumstances. To eliminate the deficiencies in the legislation, it is necessary to clarify the conditions of transfer of authority to the chief of law enforcement and to ensure that all search orders are submitted to the approval of the judge.

The problems in practice constitute the biggest problem area regarding the exigent circumstances in judicial search. To solve the problems in practice, a comprehensive examination has been made within the framework of the Court of Cassation, the Constitutional Court, the European Court of Human Rights (ECHR) and comparative law.

It is observed that there is no consistent practice in the decisions of the Court of Cassation about the exigent circumstances. Some decisions of the Court of Cassation only superficially deal with the objections regarding the exigent circumstances. On the other hand, there are also decisions of the Court of Cassation in which the Court has made a strict examination of the exigent circumstances and has set important criteria.

The Constitutional Court, on the other hand, give priority to the assessment of the investigating authorities in exigent circumstances. The Constitutional Court, which refrains from taking an interventionist attitude in this regard, states that it may decide on a violation of rights if there is a clear arbitrariness in the restriction of the guarantees regarding the inviolability of residence and the right to privacy.

There are decisions of the European Court of Human Rights (ECHR) that examine in detail the exigent circumstances within the scope of the search measure. The ECHR states that in searches conducted without a judge's decision due to the existence of exigent circumstances, the reasons for not obtaining a decision from the judge should be justified in detail with concrete information in the search

warrant. Furthermore, the ECtHR attaches great importance to an effective ex-post factum judicial review after the search as a guarantee mechanism of basic rights.

The German Federal Constitutional Court has set basic criteria such as the exigent circumstances should not be speculative or hypothetical and should be related to the concrete event.

The US Supreme Court has addressed this issue in different decisions and stated that the gravity of the offence alone is not sufficient to decide the existence of exigent circumstances. Furthermore, the US Supreme Court has ruled that exigent circumstances cannot be accepted in minor crimes due to the possibility of destruction of evidence.

As a result of this examination, we are of the opinion that in order to solve the problems related to cases of exigent circumstances, it is necessary to increase the guarantees regarding basic rights and freedoms through legislative regulation, to solve the structural problems identified regarding the judicial organisation and to deal with the concept of exigent circumstances within the framework of the principles and criteria embodied in court decisions. However, the most important step would be to change the perspective in practice that sees the guarantee of a judge's decision as a burden or a formal procedure.

**Key Words:** Search, Protection Measures, Exigent Circumstances, Search Warrant, Search in the Night Hours.

## ***GİRİŞ***

Bir suçun işlendiği şüphesinin ortaya çıkmasından itibaren yetkili makamlarca suç şüphesi ortadan kaldırılmaya ve nihai bir sonuca ulaşılmaya çalışılmaktadır. Bu süreç içerisinde kanunlar tarafından ilgili makamlara kişilerin temel hak ve özgürlükleri üzerinde etki doğuran bazı işlemler yapma yetkisi tanınmıştır. Üstün devlet gücünü kullanan bu makamların keyfi, haksız veya ölçüsüz uygulamalarına karşı bireylerin korunması için yine yasal çerçevede bazı güvenceler getirilmiştir.

Suçun önlenmesi ve işlenmiş bir suç ile ilgili delillere ulaşılması için soruşturma makamlarına tanınan en önemli yetkilerden biri aramadır. Konut başta olmak üzere bireylerin en mahrem alanlarına kamu gücüyle yapılan bir müdahale olarak arama oldukça ağır bir koruma tedbiridir. Bu müdahalelerin keyfi ve haksız uygulamalarını sınırlandırmak amacıyla 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) arama tedbirinin hakim kararıyla ve gündüz yapılması gibi bazı güvence ve sınırlamalar getirilmiştir.

Arama kararının ancak hakim tarafından verilmesi temel hak ve özgürlüklerin en önemli güvencelerinden biridir. Suç soruşturmaları Cumhuriyet savcısı ve onun emrindeki kolluk görevlileri tarafından yürütülür. Soruşturma makamları soruşturmanın etkinliğini, işlemlerin çabuk olmasını, delillerin mümkün olduğu kadar hızlı toplanmasını önceler. Bu nedenle özellikle temel hak ve özgürlüklere ağır müdahale niteliği taşıyan tedbirlere soruşturmanın bir parçası olmayan, objektif bakabilen bir organ olarak hakim karar vermesi keyfi ve haksız uygulamalara karşı güvence teşkil edecektir. Arama tedbirinde hakim kararı şartı bu nedenle büyük önem taşımaktadır.

Aynı şekilde aramanın kural olarak gündüz yapılması arama tedbirine ilişkin önemli bir sınırlama teşkil etmektedir. Gece vakti insanların mahrem alanlarında aile ve arkadaşları ile birlikte vakit geçirdikleri ve dinlendikleri bir vakittir. Bu vakitte arama yapılması temel hak ve özgürlüklere müdahalenin ağırlığını çok daha fazla arttırmaktadır. Aramanın gündüz yapılması kuralı bu nedenle önemli bir sınırlamayı ifade etmektedir.

Bunun yanında, özgürlük ve güvenlik dengesinin sağlanması amacıyla bu güvence ve sınırlamalara getirilen istisnalar bulunmaktadır. Suçla mücadelenin etkili olabilmesi, toplumsal güvenliğin sağlanması, delillerin kaybolmadan toplanabilmesi ve suçluların yakalanması için soruşturma makamlarının istisnai durumlarda bazı yetkiler ile donatılması gerekmektedir. Arama tedbiri açısından bu istisnaların en önemlisi "*gecikmesinde sakınca bulunan hal*" kavramına ilişkindir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hakim kararı ve gündüz vakti arama kuralı uygulanmayacaktır.

Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hal ile ilgili düzenlemelerde kullanılan kavramlar oldukça muğlak ve belirsizdir. Bunun yanında kanunda düzenlenen güvence hükümlerini etkisiz kılan çeşitli uygulamalar bulunmaktadır. Hatta istisnaların kural olduğu eleştirisi oldukça yaygındır. Bunun neticesinde hem temel hak ve özgürlükler ciddi ölçüde ihlal edilmekte hem de hukuka aykırı olarak elde edilen deliller nedeniyle çoğu zaman ceza adaleti sağlanamamaktadır. Bu ince dengenin gözetilmemesi hem bireylerin hem de toplumun mağdur olduğu, bu esnada ciddi emek ve zaman israfının gerçekleştiği bir tabloyu karşımıza çıkarmaktadır.

Yukarıda ifade edilen kötü tablonun ortadan kaldırılmasına katkı sağlamak adına bu çalışmamızda adli aramada gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının içeriğini, sınırlarını ve kapsamını tespit etmeye ve çözüm önerileri sunmaya çalışacağız. Bu doğrultuda arama tedbirinde gecikmesinde sakınca bulunan hallere ilişkin doktrindeki tartışmaları, ulusal ve yabancı mahkeme kararlarını ve iki büyük hukuk sistemini temsilen Alman ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukunu inceleyeceğiz. Bu çalışmanın, arama tedbiri bağlamında gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının daha belirli hale getirilmesine ve temel ölçütlerin ortaya konulmasına katkıda bulunacağına inanıyoruz. Türkçe literatürde gecikmesinde sakınca bulunan hallere ilişkin az ama kıymetli çalışmalar bulunmaktadır. Bununla birlikte adli aramaya münhasır olarak gecikmesinde sakınca bulunan halleri inceleyen bir çalışma bulunmamaktadır.

Adli arama uygulamada en sık başvurulmuş ve temel haklara müdahale anlamında en ağır koruma tedbirlerinden biridir. Bu nedenle gecikmesinde sakınca bulunan hallerin uygulama alanı içerisinde arama tedbirinin öncelik ve önem arz ettiği kanaatindeyiz. Önleme aramasına ilişkin tartışmalara ise hem aramanın adli boyutuna yoğunlaşmak hem de çalışmanın hacmini daha fazla genişletmemek adına yer vermedik. Fakat adli aramada gecikmesinde sakınca bulunan hallere ilişkin ölçüt ve eleştiriler öz olarak önleme aramasına ve diğer koruma tedbirlerine de ışık tutacaktır.

## I. GENEL OLARAK ARAMA TEDBİRİ

Arama, ceza muhakemesi hukukunda genel olarak “*şüpheli veya sanığın, delillerin veya müsadereye konu olan eşyanın ele geçirilmesi amacıyla konutta veya kişi üzerinde gerçekleştirilen gizli tutulan bir şeyin ortaya çıkarılmasına yönelik araştırma işlemi*” olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>.

Arama amacına göre değerlendirildiğinde suç işlenmesini önlemek amacıyla yapılan “*önleme araması*” ve bir suç soruşturması ve kovuşturması esnasında yapılan “*adli arama*” şeklinde ikiye ayrılabilir<sup>2</sup>. Bu çalışmamızda üzerinde duracağımız esas arama türü adli arama olacaktır için önleme araması konumuz dışında kalmaktadır.

Diğer koruma tedbirleri gibi arama da muhakemenin temel amacı olan gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet etmektedir. Arama ile sanık veya şüpheli yakalanacak veya tutuklanacak, muhakemede kullanıla-

<sup>1</sup> Bahri Öztürk vd., Anahatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2023), 318; Ahmet Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi 2023), 461-462; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2023), 298; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi 2022), 403; Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınları 2020), 461; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2019), 411; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınevi 2010), 1033; Tahir Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü (İstanbul: Duygu Matbaası, 1950), 184. Alman hukukunda aynı yönde tanım için; Claus Roxin ve Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, (Beck C. H. 2017), 288; Jörn Hauschild, "StPO § 105 [Anordnung; Ausführung]", içinde Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, Band 1: §§ 1-150 StPO, ed. Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider, (München: C. H. Beck Verlag 2023), kn 2; Lutz Meyer-Grossner ve Bertram Schmitt, Strafprozessordnung, (München: Verlag C.H. Beck 2015), §103 kn 4-7; Werner Beulke, Strafprozessrecht, (Augsburg: C.F. Müller Verlag 2004), 139. Doktrinde genel kabul gören bu tanımın yanında 01.05.2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY) m. 5'te de adli arama "*bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.*" şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>2</sup> Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Seçkin Yayınevi 2023), 340-341.



cak olan delillere de elkonulacaktır. Dolayısıyla arama yakalama, tutuklama ve elkoyma gibi tedbirler için bir vasıta niteliğindedir<sup>3</sup>.

Aramanın amacı gizli olan bir şeyin açığa çıkarılmasıdır. Dolayısıyla duyu organlarıyla algılanan ve varlığı tespit edilen delil ve emareler arama kapsamında değildir. Bu nedenle polisin bir vasıta yoluyla veya gözlem ile delil veya emare oluşturabilecek bir varlığı görmesi, fotoğrafını çekmesi veya dinlemesi arama kapsamına girmez<sup>4</sup>. Arama bir kimsenin evinde, işyerinde, vasıtalarında, etrafı çevrili sair mahallerinde, üzerinde ve eşyasında yapılabilir. Aramaya konu olan kişi, şüpheli sanık veya herhangi bir şahıs olabilir<sup>5</sup>.

Arama soruşturma sürecinde en çok başvurulana koruma tedbirlerinden biridir. Duruma göre arama kişi dokunulmazlığı, özel hayat, aile hayatı veya konut dokunulmazlığına müdahale eden bir koruma tedbiridir. Arama aynı zamanda uygulamada en çok hata ve ihlalin gerçekleştiği koruma tedbirlerinden biridir<sup>6</sup>. Bu nedenle Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve 5271 s. CMK başta olmak üzere mevzuatımızda aramaya ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır<sup>7</sup>.

Aramanın koşulları veya şartları adı altında doktrinde yapılan incelemelerde bir birlik yoktur. Aramanın tek şartının aramanın konu-

<sup>3</sup> Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, (Ankara: Adalet Yayınevi 2022), 515; Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları 2018), 317; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 412; Faruk Erem, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), (Ankara: 1996), 202.

<sup>4</sup> Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2023), 419; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 298.

<sup>5</sup> Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 317; Yenisey ve Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 379.

<sup>6</sup> Hauschild, Münchener Kommentar, § 102 kn. 1.

<sup>7</sup> Erem, CMUK (Şerh), 201-202; Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1033-1034; Öztürk vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 319; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Savaş Yayınevi 2021), 283; Murat Volkan Dülger ve Şaban Cankat Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2023), 428; Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 462. Arama ile ilgili temel düzenlemeler 5271 s. CMK'da bulunmaktadır. Bunun yanında 2559 s. PVSK, 2803 s. Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu, 5607 s. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 6831 s. Orman Kanunu, 211 s. TSK İç Hizmet Kanunu m. 56/A ve 1136 s. Avukatlık Kanunu gibi diğer bazı kanunlarda da aramaya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Son olarak adli ve önleme aramalarının nasıl uygulanacağına dair 01.06.2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY) arama mevzuatında önem arz etmektedir.

sunu oluşturan kişi veya şeylerin elde edilebileceği hususundaki şüphe olduğunu ileri süren yazarlar olduğu gibi<sup>8</sup>; aramanın makul şüphe, hakim kararı veya yetkili merciin yazılı emri ve aramanın yapılacağı kişi, yer ve zamana ilişkin koşullar olmak üzere daha geniş bir incelemede bulunan yazarlar da bulunmaktadır<sup>9</sup>.

Arama tedbiri ile ilgili özet bilgileri bu şekilde verildikten sonra aşağıda gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı üzerinde durulacaktır.

## **II. GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HAL KAVRAMI**

### **A. Tanım ve Teorik çerçeve**

Toplumsal huzur ve güvenliğin sağlanması ve bu amaçla suçla mücadele edilmesi devletin temel vazifelerinden biridir. Bu vazifenin icrası sırasında bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale etme mecburiyeti ortaya çıkmaktadır. Bu müdahalenin mümkün olduğu kadar az ve sadece gerekli olduğu zaman yapılması için mevzuatta çeşitli güvence ve sınırlamalar öngörülmüştür. Fakat suçların aydınlatılması ve kamu güvenliğinin sağlanması ile temel hak ve özgürlüklerin korunması arasında makul bir dengenin bulunması gerekmektedir<sup>10</sup>.

Arama tedbirine ancak hakim kararıyla başvurulabilmesi temel hak ve özgürlüklerin korunması adına öngörülmüş en önemli güvenecedir. Çünkü koruma tedbirlerine başvurma konusunda suç soruşturmasının tarafı ve yürütücüsü olan savcılık ve kolluktan objektif olmaları her zaman beklenemeyecektir. Bunun yanında kamu gücü kullanan soruşturma makamları ile birey arasında birey aleyhine keskin bir asimetrik güç ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle hakimlik makamı, soruşturmanın dışında yer alan, objektif ve tarafsız bir makam olarak koruma tedbirlerinde karar merciî tayin edilmiştir. Özgürlük ve güvenlik dengesi bağlamında bireyin temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmesi, suç soruşturmalarının da kanunda öngörülen sınırlar

---

<sup>8</sup> Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 342; Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 423; Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku, 516 ; Dülger ve Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku, 430; Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 463.

<sup>9</sup> Öztürk vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 320 vd; Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 466 vd; Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 408 vd.

<sup>10</sup> Özbeke, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 321.

lar içerisinde yapılabilmesi, hakimin objektif konumunu ve tarafsızlık rolünü en iyi şekilde ifa etmesine bağlıdır<sup>11</sup>.

Aramada hakim şartı kuraldır. Bununla birlikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerde suç soruşturmasını yürüten savcılık makamı ile kolluk amirinin hakim kararı olmadan arama emri vermesi mümkün olmaktadır<sup>12</sup>. Bu istisna, uygulamada aciliyet arz eden bazı durumlara hızlı bir müdahale ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan hal düzenlemesinin öncelikli amacı delillerin ortadan kaybolmasını veya yok edilmesini önlemek ve şüphelilerin kaçmadan yakalanmasını sağlamaktır<sup>13</sup>. Ayrıca soruşturmanın en kısa sürede bitirilmesi, hükmün infazının sağlanması ve sosyal düzenin etkin bir şekilde korunması gecikmesinde sakınca bulunan hal düzenlemesi ile ulaşılmak istenen hedefler arasındadır<sup>14</sup>.

11 Hâkim kararının güvence niteliğine ilişkin uygulamadan kaynaklanan önemli bir itiraz getirilebilir. Buna göre sulh ceza hâkimleri koruma tedbirlerine ilişkin karar verirken etkili ve titiz bir inceleme yapmamakta, Cumhuriyet savcısından gelen talepleri yeterli bir inceleme yapmadan onaylamakta, dolayısıyla hâkim kararı şartı uygulamada temel hak ve özgürlüklerin güvencesinden ziyade bir formaliteye dönüşmektedir. Bu itirazın ciddi haklılık payı bulunmaktadır. Fakat uygulamada koruma tedbirlerine karar verirken etkili bir denetim ve inceleme yapan hâkimler de bulunmaktadır. Yargıtay kararlarını incelediğimiz başlıkta kanun yararına bozmaya konu olan hâkimlik kararları buna örnek teşkil edecektir. Bunun dışında soruşturmanın dışında olan bir makam olarak karar yetkisinin hâkimde olması ilkesel olarak olması gereken durumu yansıtmaktadır. Yetki ve sorumlulukların kamu gücü kullanan makamların birinde temerküz etmesi yerine bu makamlar arasında bölüştürülmesi, bir sürecin farklı sùjeler tarafından görülmesi ve incelenmesi bütün sorunlara rağmen temel hak ve özgürlüklerin lehine olacaktır. Dolayısıyla uygulamadaki sorunların arama tedbirinin de dahil olduğu koruma tedbirlerinde hâkim kararının önemini ve işlevini azaltmayacağı düşüncesindeyiz. Benzer eleştiriler ve tartışmalar için ayrıca bkz. Z. Özen İnci, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65/4 (2016): 2018.

12 Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 427; Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 344-345. Kolluk ifadesi; jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlilerini kapsamaktadır. Kolluk âmiri de konuyla ilgili yetkili ve görevli olan kolluk biriminin âmirini ifade edilmektedir (AÖAY m.4).

13 Mert Karakoyunlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Ekseninde Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı", International Anatolia Academic Online Journal Social Sciences Journal, 8/1 (2022): 9.

14 Hakan Serdar Çöpöğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma, (Ankara: Adalet Yayınevi 2023), 93; Karakoyunlu, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 9 vd.

5271 s. CMK'da gecikmesinde sakınca bulunan hal düzenlemesine arama dışında başka koruma tedbirleri ve yargısal işlemlerde de yer verilmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal, 5271 s. CMK'nın sistematüğinde kendisine yer verilen durumlarda kuraldan istisnaya geçişi sağlama işlevi görmektedir<sup>15</sup>.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının kanuni bir tanımı bulunmamaktadır. Bunun yerine çeşitli yönetmeliklerde bu hale ilişkin tanımlara yer verilmiştir<sup>16</sup>. Bu tanımlar arasında konumuz açısından önem arz eden tanım Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğİ (AÖAY) m. 4'te düzenlenmiştir. Buna göre adli aramalar bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hal; *“derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini”* ifade eder<sup>17</sup>.

Mülga 1412 s. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda (CMUK), gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı *“tehirinde mazarrat bulunan hal”* olarak ifade edilmekteydi<sup>18</sup>. Mülga CMUK'taki ifadede zarar anlamına gelen *“mazarrat”* kelimesi<sup>19</sup>, 5271 s. CMK'da *“sakınca”* olarak değiştirilmiştir. Sakınca kelimesinin sözlük anlamı ise *“çekinilmesi, dikkatli olunması gereken, sakınmayı gerektiren durum, mahzur”*

<sup>15</sup> 5271. s. CMK şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması (75/1), yakalama (m. 90/1), arama (m. 118/2 ve m. 119/1 ), elkoyma (m. 127/1 ve m. 129/1), telekomünikasyon yolu ile iletişimin denetlenmesi (m. 135/1-5) ve teknik araçlarla izleme (m. 140/2) gibi koruma tedbirlerinde gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına yer vermiştir. Bunların yanında temel hak ve özgürlüklere müdahalenin olmadığı; mahkemelerin yetkisine ilişkin durumlarda ( CMK m. 21), reddi istenen hâkimin yapabileceğİ işlemler (CMK m. 29), tanıkların dinlenmesi (CMK m. 52/2) ve keşifte (m. 83) de gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına yer verilmektedir.

<sup>16</sup> 2000 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) Tasarısı m. 2/7 maddesinde gecikmesinde sakınca bulunan hal, *“derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun delil, iz ve emarelerinin ortadan kaybolması olasılığının ortaya çıkması hali”* şeklinde tanımlanmıştır. İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2001. Bu tanım daha sonra Kanun taslağından çıkarılıp çeşitli yönetmeliklerde kullanılmıştır.

<sup>17</sup> Bunun dışında Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğİ'nde (m. 4) ve Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'te (m. 3) AÖAY'de adli aramaya ilişkin tanım aynen tekrarlanmaktadır.

<sup>18</sup> Erem, CMUK (Şerh), 203, 206.

<sup>19</sup> Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, (Son Erişim Tarihi: 04.01.2024).

olarak ifade edilmektedir<sup>20</sup>. Sakınca kavramı, zarar kavramına göre daha soyut ve oldukça geniştir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (Al. CMK), gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına karşılık "*gecikmede tehlike*" anlamına gelen "*gefahr im verzug*" ifadesi kullanılmaktadır. Tehlike "*büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum*"<sup>21</sup> olarak tanımlanmaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının istisnai nitelikte olması ve dar yorumlanması gerektiği göz önünde bulundurulduğunda kanunda "*sakınca*" yerine "*tehlike*" kavramının kullanılması daha doğru görünmektedir<sup>22</sup>.

Kanunda kullanılan ifadelerin anlamı, maddenin yorumuna ilişkin sınırları belirlediği için oldukça önem taşımaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan haller kural olan hakim kararının istisnalarıdır. İstisnalar ise dar yorumlanmak mecburiyetindedir. Temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak getirilen hakim kararına karşı bu istisnai hallerde yetki devri meydana gelmekte ve güvencenin getirdiği koruma azalmakta veya ortadan kalkmaktadır.

Nitekim 5271 s. CMK'nın kanunlaşması sürecinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM), Kanun'da gecikmesinde sakınca bulunan hal istisnalarının çokluğu nedeniyle, bu yasanın "*gecikmesinde sakınca bulunan hal yasası*"na dönüştüğü, böyle bir yasada özgürlüklerin olmayacağı, bu hallerin istisna olarak konulsa dahi uygulamada esas haline geleceği, bu nedenle gecikmesinde sakınca bulunan hallerin teker teker tanımlanması gerektiği ifade edilmiştir<sup>23</sup>. TBMM'deki komisyon görüşmelerinde, gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının belirsiz bir kavram olması nedeniyle Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde kolluk amirine yetki verilmesi gerekip gerekmediği uzun uzun tartışılmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerin çok olmasının antidemokratik uygulamalara yol açabileceği endişesinden dolayı 5271 s. CMK'da kolluğa arama yetkisi verilmemişti. Fakat daha

<sup>20</sup> Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, (Son Erişim Tarihi: 04.01.2024).

<sup>21</sup> Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, (Son Erişim Tarihi: 05.01.2024).

<sup>22</sup> İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2003; Yenisey ve Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 333. Nitekim 5271 s. CMK'nın kabulünden önce doktrinde "*gecikmede tehlike*" kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Nurlah Kunter ve Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (İstanbul: Beta Yayınevi, 1998), 683.

<sup>23</sup> Erdal Noyan, Ceza Muhakemesi, (Ankara: 2005), 273.

sonra 5353 s. Kanun m. 15 ile konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılan aramalar istisna olmak üzere Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde kolluk amirine de arama yetkisi verilmiştir<sup>24</sup>.

## **B. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramının Temel Özellikleri**

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerin en önemli özelliği soruşturma makamları arasında yetki devrine neden olmasıdır. Anayasa, AİHS ve CMK'da garanti altına alınan temel hak ve özgürlüklere müdahale eden ceza muhakemesi tedbirleri kural olarak hakim kararına bağlanmıştır. Çünkü şüpheli veya sanığın suçluluğu hükümle sabit değildir. Bu yüzden temel hak ve özgürlükler hakim kararı güvencesi ile koruma altına alınmıştır<sup>25</sup>. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise bu tedbire karar verme yetkisinin Cumhuriyet savcısına veya adli kolluğa geçeceği öngörülmektedir. Dolayısıyla bu hallerde etkin soruşturma yürütülebilmesi adına hakim güvencesinden taviz verilmektedir.

Gecikmesinde sakınca bulunan halin yasal bir dayanağının olması gerekmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan haller yukarıda ifade edildiği üzere esas olarak koruma tedbirlerindeki yetki devirlerine ilişkindir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale eden koruma tedbirleri AY m. 13 gereği kanun ile düzenlenir. Koruma tedbirlerinde kıyas yasaktır ve bu tedbirlerdeki kavramlar dar yorumlanır. Gecikmesinde sakınca bulunan haller, koruma tedbirlerindeki hakim şartı gibi güvenceleri esnetmelerinden ötürü daha sıkı bir "*istisna*" rejimine tabi tutulmalıdır<sup>26</sup>.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal, soruşturma evresine ait bir kavramdır. Kovuşturma evresinde bu tür tedbirlere karar verme yetkisi münhasıran mahkemeye aittir<sup>27</sup>. Ayrıca temel hak ve özgürlüklere müdahalenin ağırlığı nedeniyle tutuklama, adli kontrol ve gizli soruşturma görevlendirilmesi tedbirlerinde gecikmesinde sakınca bulunan hal düzenlemesine yer verilmemiştir.

---

<sup>24</sup> Noyan, Ceza Muhakemesi, 274.

<sup>25</sup> İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2006; Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 478.

<sup>26</sup> Karakoyunlu, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 11-12.

<sup>27</sup> İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2007.

Bu konuya ilişkin ifade edebileceğimiz bir diğer husus gecikmesinde sakınca bulunan halin “belirsiz” bir kavram olduğudur<sup>28</sup>. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının tanımına baktığımızda “*derhal işlem yapılmadığı takdirde, suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali söz konusu ise gecikmede sakınca var*” denilmektedir. Bu kavramlar soyut ve objektiflikten uzaktır. Dolayısıyla her somut olayda Cumhuriyet savcısı veya adli kolluk gecikmesinde sakınca bulunan hal olup olmadığını subjektif olarak değerlendirecek ve buna göre hareket edecektir. Kavramın belirsizliği yetki devri yapılan makamlar için geniş bir takdir alanı oluşturmaktadır<sup>29</sup>. Bu takdir hakkı kullanılırken her bir olayda hukuki ve olgusal olarak meselenin karmaşıklığı ve bunların incelenmesi için gereken zaman dilimi de göz önüne alınmalıdır<sup>30</sup>. Aksi takdirde yakalama, arama, elkoyma, telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti gibi temel hak ve özgürlüklere müdahale eden koruma tedbirlerine, kolayca keyfiliğe kaçabilecek nitelikte subjektif ve takdiri gerekçelerle karar verilebilecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına ilişkin bu belirsizlik ve muğlaklık en önemli tartışma noktalarından birini oluşturmaktadır. Bu çalışmanın temel hedefi de özellikle yargısal içtihatlardan yararlanarak bu kavramsal belirsizliği azaltmaktır.

### III. ADLİ ARAMADA GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HAL KAVRAMI

#### A. Arama Mevzuatında Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal

Arama tedbiri ile ilgili Anayasa, AİHS, CMK, PYSK ve bazı özel kanunlarda çeşitli hükümler bulunmaktadır. Öncelikle Anayasa m. 13, temel haklara olağan dönemde getirilebilecek sınırlamaları düzenlemektedir. Bu maddeye göre “*temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*”. Bir koruma tedbiri olarak arama da de temel hak ve hürriyeti sınırlandıran bir işlem olduğu için kanunla düzenlenmiştir. Temel hak ve özgürlüklere müda-

<sup>28</sup> İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2011.

<sup>29</sup> İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2011.

<sup>30</sup> Michael Greven, “StPO § 98 Verfahren bei der Beschlagnahme”, içinde Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, ed. Christoph Barthe ve Jan Gericke, (München: Verlag C.H.Beck 2023), § 98 kn 13-14a.

haleyi kolaylaştıran bir etken olarak gecikmesinde sakınca bulunan haller de bu nedenle kanun ile düzenlenmek zorundadır<sup>31</sup>.

Özel hayatın gizliliğini düzenleyen Anayasa m. 20/2'ye göre "milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara elkonulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içerisinde açıklar." Bu Anayasa hükmü ile arama kararı verilebilmesi kural olarak usulüne göre verilmiş hakim kararına bağlı kılınmış, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla "yetkili kılınmış merciin yazılı emri şartı" getirilmiştir. Anayasa'nın bu hükmünde getirilen yazılılık şartı ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde keyfilik önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Konut dokunulmazlığı başlığı altında Anayasa m. 21'de yukarıda saydığımız dayanak ve şartlar tekrar edilerek bu şart ve koşullar oluşmadan "kimsenin konutuna girilemeyeceği, arama yapılamayacağı ve buradaki eşyaya el konulamayacağı" belirtilmiştir. Konutta arama açısından Anayasa m. 20'de öngörülen hakim kararı güvencesi ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama için yazılı emir şartı burada da düzenlenmiştir. Bu iki hüküm gecikmesinde sakınca bulunan hallerde özgürlük ve güvenlik dengesini en iyi şekilde yansıtmaya çalışan ve somut güvencelere tabi tutan bir sistem getirmeye çalışmıştır<sup>32</sup>.

5271 s. CMK'da adli aramayı düzenleyen hükümler arasında gecikmesinde sakınca bulunan haller iki maddede düzenlenmiştir. İlk olarak CMK m. 118'de "konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz" denilerek belirtilen yerlerde aramanın kural olarak gündüz yapılacağı düzenlenmiştir. Sonrasında CMK m. 118/2'de "Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalarda,

<sup>31</sup> Öztürk vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 319.

<sup>32</sup> Veli Özer Özbek ve Pınar Bacaksız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", Ceza Hukuku Dergisi, 1/1 (2006): 177.



*birinci fıkra hükmü uygulanmaz”* denilerek gecikmesinde sakınca bulunan halin ilk fıkrada getirilen kısıtlamanın istisnası olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla gecikmesinde sakınca bulunan hallerde gece vakti konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde arama yapılabilecektir. Bu hükümde kastedilen aramanın gece başlayamayacağıdır. Yoksa gündüz başlayan bir arama gece vaktine kadar devam edebilir<sup>33</sup>.

Gecikmesinde sakınca bulunduğu gerekçesiyle gece vakti arama yapılabilmesi için aramanın gündüz vaktine bırakılması halinde şüpheli veya sanığın kaçacak olması, arama ile elde edilmesi amaçlanan delillerin yok edilmesi veya kaybolması, kısaca aramanın sonuçsuz kalacak olması gerekmektedir. Bu gerekçelerin soyut olarak beyan edilmesi ya da sadece ilgili hükme atıfla yapılması yeterli olmayacak, gecikmede sakınca bulunan hale ilişkin gerekçelerin somut ve detaylı bir şekilde arama kararında belirtilmesi gerekecektir<sup>34</sup>.

Çalışmamızın esas konusunu teşkil eden düzenleme adli aramada arama kararını düzenleyen CMK m. 119’da yer almaktadır. Madde hükmüne göre *“hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir.”*

CMK m. 119’dan anlaşılacağı üzere adli aramada arama kararını kural olarak hakim<sup>35</sup> verecek, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde

<sup>33</sup> Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 466; Süheyl Donay, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, (İstanbul: Beta Yayınevi 2009), 192; Mehmet Kahraman, "Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama", Yargıtay Dergisi, 33/3 (2007): 365. CMK m. 118/2’de sayılan haller dışında gündüz başlayan aramanın gündüz bitirilmesi gerektiği, dolayısıyla gece aramaya devam edilemeyeceği yönünde bkz. Osman Yaşar ve Cengiz Otacı, Yeni İçtihatlarla Yorumlu ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu I. Cilt (Ankara: Seçkin Yayınevi 2022), 917. Gece vakti, 5237 s. Türk Ceza Kanunu m. 6/1-e’de *“güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi”* olarak tanımlanmıştır.

<sup>34</sup> Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 432.

<sup>35</sup> Adli aramaya soruşturma evresinde karar vermeye yetkisi aramanın yapılacağı yerdeki sulh ceza hâkimidir (CMK m. 162/1). Kovuşturma evresinde ise arama kararını mahkeme acele hallerde mahkeme başkanı (CMK m. 192) verecektir.

ise Cumhuriyet savcısı, ona da ulaşılamadığında kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri<sup>36</sup> arama yapılabilir.

Arama kararının veya emrinin içermesi gereken şartlar bulunmaktadır. Öncelikle arama kararı veya emrinin genel ifadeler içermesi yeterli olmayacaktır. Aramanın hangi fiile dayanarak yapıldığı, aramanın yapılacağı konut veya yerlerin adresleri, aramanın konusu olan eşya ve arama kararının veya emrinin geçerli olduğu süre gösterilmek zorundadır<sup>37</sup>.

Genel aramayı düzenleyen CMK m. 119'a göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetki iki aşamalı olarak devredilebilmektedir. İlk aşamada yetki Cumhuriyet savcısına devredilmektedir. Buna göre gecikmesinde sakınca bulunması ve hakimden karar alınmasına imkan bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılabilir. Cumhuriyet savcısının arama yetkisinin kapsamına CMK'da bir tahdit getirilmemiştir. Dolayısıyla konut, işyeri ve kapalı alanlar dahil bu kapsamda aranabilecektir. Bu tür durumlar göz önüne alınarak arama kararı vermesi için Cumhuriyet başsavcılıkları 24 saat süre ile nöbetçi Cumhuriyet savcısı görevlendirmektedir<sup>38</sup>. Cumhuriyet savcısı arama kararını yazılı vermek zorundadır. Ayrıca arama emrinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerin de belirtilmesi gerekmektedir<sup>39</sup>.

CMK m. 119'a göre yetki devrinde ikinci aşama kolluk amirinin emri ile arama yapılmasıdır. CMK m. 119 Cumhuriyet savcısına da ulaşılamaması halinde kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlilerinin konut, işyeri veya kamuya açık olmayan yerler dışında arama yapabileceğini belirtmiştir. Yetki alanı sınırlandırılmış olsa dahi kolluk amirine tanınan bu yetki oldukça titiz uygulanmalıdır. Yetki devrinin gerçekleşebilmesi için hakim veya Cumhuriyet savcısına ulaşıl-

<sup>36</sup> AÖY m. 4'te kolluk kavramı "*jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlileri*" şeklinde tanımlanmaktadır. "*En yüksek kolluk amiri; il ve ilçe emniyet müdürleri, il ve ilçe Jandarma komutanlarıdır. Bu durumda, ilgili kurumların yönetmeliklerine göre emniyet müdür yardımcısı, şube müdürleri, karakol amir veya komiseri, jandarma karakol komutanı olarak kabul edilmelidir*". Murat Koper, Ceza Yargılamasında Arama ve Elkoyma (Ankara: Seçkin Yayınevi 2023), 111.

<sup>37</sup> Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 345.

<sup>38</sup> Hüsnü Aldemir, Adli - Önleme Arama ve Elkoyma, (Ankara: Bilge Yayınevi 2012), 27.

<sup>39</sup> Koper, Arama ve Elkoyma 111.

maya çalışılmış olması, bütün çabalara rağmen bunun gerçekleşmesi halinde gecikmede sakınca bulunan hal hükümlerinin uygulanması gerekir. Mesai saatleri içerisinde yetkili mercilere ulaşamama gibi bir ihtimalin olmadığı kabul edilmelidir. Mesai saatleri dışında ise nöbetçi hakim ve savcılar bulunmakla birlikte uygulamada nöbetçi hakim ve savcılara ulaşmakta sorunlar yaşandığı görülmektedir<sup>40</sup>.

Arama mevzuatında gecikmesinde sakınca bulunan haller ile ilgili en önemli düzenlemelerden bazıları AÖAY'de düzenlenmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal tanımı adli ve önleme aramaları için Yönetmelik m. 4'te ayrı ayrı yapılmıştır. Bunun dışında Yönetmelik m. 7'de arama kararı ile ilgili olarak CMK m. 119'da bulunan düzenlemeler tekrar edilmiştir. Konumuz açısından özellikle önem taşıyan bir düzenlemeye Yönetmelik m. 7/3'te yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amirinin yazılı emriyle gerçekleştirilen arama ve elkoyma işlemi üzerine; ilgili kolluk görevlilerince "*neden Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı, Cumhuriyet savcısının hangi vasıtalarla arandığını*" belirten ayrıntılı tutanak düzenlenerek soruşturma evrakına ekleneceği belirtilmiştir. Bu düzenlemenin önemi kolluğun gecikmesinde sakınca bulunduğu ve Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı gerekçesiyle kolluk amirinin emriyle yaptığı aramaların hukuka uygunluğunu denetlemek ve keyfilik önüne geçmektir. Kanaatimizce bu kadar önemli bir hükmün yönetmelik yerine CMK'da yer alması daha doğru olacaktır.

## **B. Aramada Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal ile İlgili Temel Tartışmalar**

Bu kavram ile ilgili tartışmalar temel olarak; kavramın belirsizliği, mevzuattaki düzenlemeler ve uygulamadaki sorunlar olarak ayrılabilir. Aşağıda her bir başlık ayrı ayrı ele alınarak incelenecektir.

### **1. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramının Belirsizliğinden Kaynaklanan Tartışmalar**

Öncelikle gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının belirsiz olduğu, uygulamada bu kavramın geniş yorumlanarak çoğu durumun bu kapsamda incelenebileceği, bu şekilde istisnanın kural haline gele-

<sup>40</sup> Donay, CMK Şerhi, 195; Yaşar ve Otacı, Ceza Muhakemesi Kanunu, 925; Karakoyunlu, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 14-15.

bileceği, dolayısıyla da temel hak ve özgürlüklere müdahale eden koruma tedbirleri için öngörülen tedbirlerin anlamsız kalabileceği ifade edilmektedir<sup>41</sup>. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Kanun'un kullandığı ifade kavramın uygulama alanının oldukça geniş yorumlanmasına imkân tanımaktadır. Kanun'da kullanılan ve geniş yorumlanmaya müsait olan "sakınca" kavramı bu kurumun istisnai niteliği ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla bu kavram yerine "tehlike" kavramının kullanılması daha uygun düşmektedir. Çünkü tehlike kavramı daha somut ve yoğun bir durumun varlığını gerektirmektedir.

Ayrıca CMK m. 119/1'de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde "Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde" arama emri verme yetkisinin kolluk amirine geçeceği düzenlenmiştir. Bu maddede yer alan "ulaşılamadığı haller" kavramı da muğlaklık taşımaktadır. Bu nedenle "gecikmesinde sakınca" kavramı gibi yeterince belirsiz bir kavramın yanına "Cumhuriyet savcısına ulaşılamama" gibi başka bir belirsiz kavramın getirilmesi eleştirilmektedir<sup>42</sup>. AÖAY m.7/3'te bu konuyla ilgili kolluk görevlilerinin neden C. Savcısına ulaşılamadığı, C. Savcısın hangi vasıtalarla arandığını belirten ayrıntılı tutanak düzenleyerek ilgili soruşturma evrakına eklenmesi öngörülmüştür. Bu düzenleme ile buradaki C. savcısına ulaşılamaması kavramındaki belirsizliğin somut olay çerçevesinde ortadan kaldırılması ve denetlenebilir hale gelmesi amaçlanmaktadır<sup>43</sup>.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının belirsiz olması esasında kavramın tabiatıyla ilişkilidir. Gündelik hayatta bu kavramın kapsamına giren çok çeşitli olaylar meydana gelebilmektedir. Bütün ihtimalleri tüketecek belirlilikte bir tanım mümkün değildir. Dolayısıyla her somut olayda ilgili memur durumun özellikleri çerçevesinde subjektif bir değerlendirme yaparak karar verecektir<sup>44</sup>. Fakat kolluğun subjektif değerlendirmesi de oldukça sorunludur. Subjektif değerlendirmeye dayanılması durumunda hemen her durumun gecik-

<sup>41</sup> Özbek ve Bacaksız, Arama, 183; Çöpoğlu, Arama ve Elkoyma, 96.

<sup>42</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 325-326; Donay, Ceza Yargılama Hukuku, 143.

<sup>43</sup> Dülger ve Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku, 432; Yaşar ve Otacı, Ceza Muhakemesi Kanunu, 924.

<sup>44</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 320; Süheyl Donay, Ceza Yargılama Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2012), 143

mede sakınca bulunan hal olarak değerlendirilebileceği, bir delilin hemen arama yapılmadığı takdirde kaybolmayacağına hiçbir zaman garanti edilemeyeceği eleştirisi getirilmektedir<sup>45</sup>. Bu durum kavramın belirsizliğini belli ölçüde giderebilecek, belli bazı objektif kural ve mekanizmaların uygulanması ile çözülebilecektir. Doktrinde Özbek şöyle bir çözüm yolu önermektedir; hâkim özellikle kolluk amiri tarafından verilen arama emrini ilgili kıstaslara göre değerlendirecek ve aynı koşullarda başka bir memurun da aynı değerlendirmeyi yapacağı sonucuna ulaşıyorsa arama emrini hukuka uygun bulmalıdır<sup>46</sup>. Kurumsal bir çözüm olarak da gecikmesinde sakınca bulunan haller vasıtasıyla yapılabilecek keyfi ve haksız aramaları önlemek adına “*her zaman ulaşılabilecek hâkim*” kurumunun yaratılması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>47</sup>.

## 2. Mevzuattaki Düzenlemelerden Kaynaklanan Tartışmalar

Gecikmesinde sakınca bulunan haller ile ilgili bir diğer önemli tartışma konusu bu kavramın mevzuatta düzenlenme şekli ile ilgilidir. Bu konuda kanunlaşma sürecinde de yoğun şekilde tartışılan kolluğa gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama yetkisi verilip verilmeyeceği hususu ilk olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>48</sup>. Kolluğa bu yetkinin verilmek istenmemesinin nedeni kolluğa duyulan güvensizliktir. Nitekim CMK m. 119’un ilk halinde kolluğa hiçbir şekilde tek başına arama emri verme yetkisi tanınmamışken, 5353 s. Kanunla Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile kolluğun “*konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar*” dışında arama yapabileceği hükmü getirilmiştir<sup>49</sup>. Bu değişiklikle kolluğun sadece hâkim ve savcının verdiği kararları yerine getirmekle yükümlü bir kurum olarak görüldüğü anlayışı değişmiş ve denge sağlanmaya çalışılmıştır<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Ayhan Önder, "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Arama", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 29/3 (1963): 437.

<sup>46</sup> Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, (Ankara: Seçkin Yayınevi 1999), 101.

<sup>47</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 325.

<sup>48</sup> Noyan, Ceza Muhakemesi, 273.

<sup>49</sup> Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2005), 337-338.

<sup>50</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 326.

5271 s. CMK'nın ilk taslağında kolluk amirine arama emri verme yetkisi verilmediği de göz önüne alınarak kolluğa arama emri verme yetkisinin kaldırılması gerektiği ileri sürülmektedir. Çünkü gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının belirsizliğinin en büyük risk alanı kolluk amirinin emri ile yapılacak aramalardır. Elkoyma işlemi gerçekleşmediği takdirde sadece Cumhuriyet savcısına bildirilen ve hâkim onayına sunulmayan bu arama kararları keyfiliğe açık büyük bir denetimsiz alana işaret etmektedir. Bu nedenle doktrinde iletişimin bu kadar ilerlediği bir çağda yürütmenin yargıya müdahalesi anlamına gelebilecek böyle bir istisnaya yer vermenin doğru olmayacağı, teknik alt yapı ve gerekli düzenlemeler ile ulaşılamama sorununun çözülebileceği ifade edilmektedir<sup>51</sup>. Her halükarda özellikle kolluk amirinin emri ile aramanın yapılabilmesine ilişkin istisnanın sıkı bir şekilde denetlenmesi gerekmektedir. Kolluk amirinin arama emri yetkisi sıkı bir şekilde denetlenmediği takdirde kolluğun kendisine tanınan istisnai yetkiyi en geniş şekilde, bazı durumlarda keyfi olarak kullanması, ilgisiz kişileri de araştırması söz konusu olabilecektir<sup>52</sup>.

Kanaatimizce yargı kararı olmadan temel hak ve özgürlüklere müdahale eden koruma tedbirlerinin uygulanmasında, verilen yetkinin istisnai olması, denetlenebilir olması ve sıkı şartlara tabi tutulması halinde kolluğa da belli durumlarda yetki verilebilir. Bu, suçla etkin mücadele için gerekli bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Farklı hukuk sistemlerinde de bu tür yetkilerin tanındığı görülmektedir<sup>53</sup>. Önemli olan kolluğun keyfi uygulamalarını denetleyen kurumların varlığı ve etkililiğidir.

Arama tedbirinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tartışma konusu olan bir diğer düzenleme, Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin emri ile yapılan aramalarda elkoyma işleminin gerçekleşmemesi halinde arama emrinin hâkim denetimine sunulmasının yanında düzenlenmemiş olmasıdır. Dolayısıyla ne Cumhuriyet savcısının ne de kolluk amirinin emriyle gerçekleşen aramalarda bu işleme-

---

<sup>51</sup> Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku, 520; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 417.

<sup>52</sup> Kahraman, Adli Arama, 351.

<sup>53</sup> Bkz. Al. CMK §105. ABD'de de gecikmesinde tehlike bulunan hallerde kolluğun arama yapma yetkisi bulunmaktadır. Bkz. Alman ve ABD Hukukunda Arama ve Gecikmesinde Sakınca Bulunan Haller, "ABD" Başlığı.

re yönelik onay suretiyle denetim olanağı tanınmamış ve istisnai yetkiyle yapılan bu aramalar hâkim güvencesi dışında bırakılmıştır<sup>54</sup>.

CMK m. 119 ve CMK m. 127 birlikte incelendiğinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı ve kolluk amiri tarafından verilen arama emirlerinde eğer bu aramalar neticesinde elkoyma tedbiri uygulanmışsa, bu kararların yirmi dört saat içerisinde hakim onayın sunulması gerektiği, eğer Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından verilen arama emirleri neticesinde elkoyma tedbiri uygulanmamışsa bu arama emirlerinin hakim onayına sunulmasına gerek olmadığı anlaşılmaktadır.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde istisnai yetkiyle verilen arama emirlerinin hakim onayına sunulmasını arama sonucunda elkoyma yapılması şartına bağlayan bu düzenleme eleştiri konusu olmuştur. Öncelikle arama ve elkoyma tedbirleri arasında neden bu şekilde bir ayırım yapıldığı anlaşılamamaktadır. Bu farklılık nedeniyle arama tedbirine başvurulması noktasında keyfi uygulamalara imkan verilmektedir. Uygulamada bu tedbirlere gecikmesinde sakınca bulunma hal gerekçesiyle daha çok Cumhuriyet savcısı ve kolluk amiri tarafından karar verilmektedir. Bu durum çok sayıda arama kararının hakim denetiminden geçmediği denetimsiz bir gri alanın oluşmasına neden olmaktadır. Arama tedbirinin temel hak ve özgürlüklere müdahalesinin ağırlığı da göz önüne alındığında karşımıza vahim bir tablo çıkmaktadır. Bu nedenle hakim güvencesini daha etkin kılmak için Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından verilen ve neticesinde elkoyma tedbirine başvurulmayan arama emirleri için zorunlu hakim onayının getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>55</sup>. Kanaatimizce böyle bir düzenleme arama tedbirine istisnai yetkiyle başvuru-

<sup>54</sup> Yaşar ve Otacı, Ceza Muhakemesi Kanunu, 926; İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2031. Benzer bir durum Al. CMK §105'te bulunmaktadır. İlgili madde de arama emrinin hâkim onayına sunulması düzenlenmemiştir.

<sup>55</sup> İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2032. Uygulamada arama kararlarının çoğunlukla Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin emriyle yapılması, keyfi ve haksız bir uygulamaya işaret edebileceği gibi bu hallerin uygulamada çok sık karşılaşılmaması nedeniyle de olabilir. Önder, 1963 tarihli makalesinde "*tatbikatta tehirinde zarar umulan hallerin fazlalığı nedeniyle*" arama işlemine istisnaen yetkili makamların başvurduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre uygulamadaki durumun esas nedeni karşılaşılan olayların mahiyetinin hâkim kararı prensibinin uygulamasına mahal vermemesinden kaynaklanmaktadır. Önder, Arama, 428.

rulmasında keyfiligi azaltacağı ve objektifligi arttıracığı yerinde olacaktır.

Doktrinde mevzuat değişikliğine gerek olmadan Anayasanın “*kendiliğinden uygulanabilecek nitelikteki*” hükümleri yoluyla bu tür emirlerin derhal hakim onayına sunulması gerektiği de ileri sürülmektedir<sup>56</sup>. Fakat uygulamada bu tür arama kararlarının hakim onayına sunulmadığı görülmektedir.

5271 s. CMK’da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yukarıda ifade edilen tartışmaların yanında eleştirilen bazı ifade ve düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 5271 s. CMK m. 119’da konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama ile özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarının daha ağır bir müdahaleye maruz kalacağı, dolayısıyla bu alanların daha etkin bir koruma altında olması gerektiği düşüncesi ile kolluk amirine bu alanlarda arama emri verme imkanı tanınmamıştır. Bu alanlarda sadece hakim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının emriyle arama yapılabilecektir. Kolluk amirinin istisnai yetkiyle arama yapabileceği kişinin üstü ve eşyası konut veya belirtilen diğer kapalı yerlerden daha az korumaya layık değildir. Ayrıca kişinin üstü ve eşyasında ya-

<sup>56</sup> Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 431; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan ve Mustafa Ruhan Erdem, Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: 2022), 549; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 327; Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 470; Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku, 521. Her ne kadar CMK’da savcılık veya kolluk amiri tarafından verilen arama emrinin hâkim onayına sunulması düzenlenmemişse de kamu davası açıldıktan sonra yargı makamlarının arama emrini ve ona dayanak olan gecikmede sakınca bulunan hal koşullarını denetlemesi mümkündür. Özbek, Arama, 75. Bunun yanında denetim yolu olarak aramanın ölçüsüz gerçekleştirilmiş olması nedeniyle tazminat yoluna başvurulması (CMK m. 141/1-i) ve söz konusu aramanın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru imkanı bulunmaktadır. Yaşar ve Otacı, Ceza Muhakemesi Kanunu, 926. Fakat bu durum aramanın sonuçsuz kaldığı ya da tazminat koşullarını sağlamadığı durumlar için yeterli bir çözüm ve güvence sunmamaktadır. Kovuşturma aşamasında aramanın hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesinin sanık açısından somut bir faydası bulunmamaktadır. Çünkü arama neticesinde bir delil bulunamadığı için hukuka aykırı delil tartışması da söz konusu olmayacaktır. Bunun yanında iddianamenin düzenlenmediği durumlar için aramanın hukuka aykırılığının tespiti dahi yapılamayacaktır. Bireysel başvurunun amacı ve kapsamı da bu sorunu çözecek genişlikte değildir. Sonuç olarak savcılık veya kolluk amiri tarafından verilen arama emrinin hâkim onayına sunulmadığı durumlar için etkili ve kapsamlı bir denetim yolunun bulunmadığı ve bir mevzuat değişikliği ile bu sorunun çözülmesi gerektiği düşüncesindeyiz.



pılan arama ile özel hayatın gizliliğine yapılan müdahale, konut ve diğer kapalı alanlara yapılan müdahaleden daha ağır sonuçlar doğurabilmektedir. Dolayısıyla bu düzenleme hem kişinin üstü ve eşyası üzerinde yapılacak bir aramaya daha az önem atfedildiği izlenimi uyandırmakta hem de uygulamada bu haklara daha kolay müdahale edilebileceği algısına neden olmaktadır<sup>57</sup>.

### **3. Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar**

Gecikmesinde sakınca bulunan haller ile ilgili en önemli sorunlar uygulamada yaşanmaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan hal terimi son derece belirsiz ve geniş yorumlanmaya müsait bir kavramdır. Nitekim uygulamada da bu kavram oldukça geniş yorumlanarak kötüye kullanılmaktadır<sup>58</sup>. Gece arama yapılması istisna iken uygulamada bu kavram kullanılarak gece arama yapılması kural haline gelmiştir. Kavramın muğlaklığı ve sınırlarının belli olmaması açıkça kötüye kullanılmaktadır<sup>59</sup>. Kişinin üstünün ve eşyasının aranması uygulamada genellikle kolluk amirinin emri ile gerçekleşmektedir. Halbuki kolluk amirine yetki devrinin gerçekleşebilmesi için Cumhuriyet savcısına ulaşamıyor olması gerekmektedir<sup>60</sup>.

Uygulamadaki bu durum arama tedbirinde hakim kararı ile getirilen güvencenin anlamını ve etkisini kaybetmesine neden olmaktadır. Fakat uygulamanın kötü olması bu düzenlemeyi de kötü hale getirmez. Aksine gecikmesinde sakınca bulunan hal düzenlemesi suçla mücadele açısından oldukça önem taşımaktadır. Gecikmede sakınca halinin varlığı bir zarurettir. Burada düzeltilmesi gereken uygulamadır.

Uygulamada anayasal ve kanuni güvencelerin bu şekilde dolaşması ve etkisizleştirilmesi hukuk devleti kültürünün eksikliği ve uygulamacı tarafından özümsememesinin bir neticesi olarak değer-

---

<sup>57</sup> İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2031-2032.

<sup>58</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 325-326.

<sup>59</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 320.

<sup>60</sup> İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2032; Özbek ve Bacaksız, Arama, 183. Alman hukukunda uygulamada benzer bir sorunun varlığı konusunda bkz. Martin Hussels, Strafprozessrecht-schnell erfasst, (Springer-Verlag 2014), 90. Alman Anayasa Mahkemesi de 2001 yılındaki kararında arama tedbirinde kural olan hâkim kararı şartının uygulamada istisna haline geldiğine değinmektedir. Bkz. BVerfG, 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, <https://dejure.org/> (E.T.: 11.02.2024).

lendirilebilir. Fakat kültürel boyutunun yanında soruşturma makamlarının ve özellikle kolluğun suçla mücadele görevinin tabiatından kaynaklanan ve hemen hemen bütün ülkelerde görülen benzer sorunlar bulunmaktadır. Şüpheliye ulaşma ve delil elde etme amacıyla kolluk tarafından kuralların esnetilmesi, geniş yorumlanması ve hatta ihlal edilmesi yaygın olarak görülen bir problemdir. Bu durumun engellenmesi ancak koruyucu yasal düzenlemeler ve hakim kararına dayanan etkili bir denetim mekanizması ile gerçekleştirilebilir.

Özellikle uygulama ile ilgili sorunların çözümünde temel hakları koruyucu ve yapılan adli işlemleri denetleyici bir mekanizma olarak yargısal içtihatlar büyük önem taşımaktadır. Hukuka aykırı bir arama neticesinde elde edilen delilin yargılamada kullanılamaması, soruşturma makamlarını daha dikkatli olmaya itecektir. Bu nedenle yargısal içtihatların gecikmesinde sakınca bulunan hallere ilişkin yorum ve değerlendirmeleri büyük önem taşımaktadır. Aşağıda ulusal ve yabancı mahkeme kararları incelenecektir.

#### **IV. MAHKEME KARARLARI ÇERÇEVESİNDE ARAMADA GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HAL KAVRAMI**

##### **A. Yargıtay Kararları**

Arama tedbiri, uygulamada en çok başvurulanan koruma tedbirlerinden ve en önemli delil elde etme yollarından biridir. Bu nedenle pek çok davada usule uygun arama yapıp yapılmadığı önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Uyuşturucu suçları, kaçakçılık suçları, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen suçlar başta olmak üzere suçun konusunun somut bir nesne olduğu suçlara ilişkin soruşturmalarda arama tedbiri uygulanırken gecikmesinde sakınca bulunan hallere sıkça başvurulduğu görülmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal olmadığı halde aramanın bu gerekçe ile yapılması bu tür davalarda en çok ileri sürülen itirazlardan biridir. Yargıtay'ın bu konuyu nasıl ele aldığı bu nedenle büyük önem taşımaktadır.

Yargıtay ceza daireleri bazı kararlarında gecikmesinde sakınca bulunan halin yokluğuna veya bu halin dayandığı gerekçelerin belirtilmemiş olmasına dayalı itirazları tartışma konusu dahi yapmamak-

tadır<sup>61</sup>. Buna karşın başta Yargıtay 7. Ceza Dairesi olmak üzere farklı ceza daireleri gecikmesinde sakınca bulunan hale dayanarak yapılan aramaların hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle pek çok bozma kararı vermiştir.<sup>62</sup>

- <sup>61</sup> Y. 10. CD., E. 2022/352 K. 2023/10693 T. 6.12.2023; Y. 10. CD., E. 2023/17627 K. 2023/10997 T. 13.12.2023; Y. 10. CD., E. 2023/12126 K. 2023/10643 T. 6.12.2023; Y. 7. CD., E. 2013/14070 K. 2014/8491 T. 5.5.2014; Y. 7. CD., E. 2013/17333 K. 2014/9493 T. 12.5.2014. "Lexpera İçtihat Veritabanı", <https://www.lexpera.com.tr>, E.T.:02.03.2024).
- <sup>62</sup> "Cumhuriyet Savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunduğundan bahisle verilmiş yazılı bir arama izni bulunmasına rağmen arama kararında gecikmesinde sakınca bulunan halin gerekçesinin belirtilmediği, dosya içerisinde bulunan 02.02.2011 tarihli arama tutanağının tarih ve saati incelendiğinde aramanın hafta içi mesai saatleri içerisinde yapılmış olması nedeniyle arama kararının savcılık tarafından verilemeyeceği, buna göre yapılan aramanın usul ve yasaya aykırı olduğu, sanık aşamalarda ki savunmalarında ise sigaraları içmek amacıyla aldığını, ticari amacının olmadığını beyan etmiş olup işyerinde yapılan aramada da herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı, usulsüz arama sonucu kanuna aykırı olarak elde edilen delil (eşya) dışında sanığın mahkumiyetini gerektirecek başkaca bir delil de elde edilemediği ve kaçak eşyanın miktar ve mahiyeti gözetildiğinde, dava konusu eşyayı ticari amaçla bulundurduğuna dair sanığın savunmasının aksine mahkumiyeti için her türlü şüpheden uzak, kesin, yeterli ve inandırıcı delil bulunmadığı halde, beraati yerine yazılı gerekçeyle mahkumiyetine karar verilmesi(...)" Y. 7. CD., E. 2014/1269 K. 2014/20809 T. 08.12.2014, "Legalbank Elektronik Hukuk Bankası", <https://legalbank.net>, E.T.: 10.03.2024). "(...)Arama kararında gecikmesinde sakınca bulunan halin gerekçesinin belirtilmediği, kaldı ki bir gün önce aynı olayla ilgili mahkemenin adli arama kararı alınabilmesi nedeniyle ortada gecikmede sakınca bulunan bir halden de bahsedilemeyeceği, dosya içerisinde bulunan 25.11.2011 tarihli arama tutanağının tarih ve saati incelendiğinde aramanın hafta içi mesai saatleri içerisinde yapılmış olması nedeniyle arama kararının gecikmesinde sakınca olduğuna dair gerekçe belirtilemeksizin savcılık tarafından verilemeyeceği buna göre yapılan aramanın usul ve yasaya aykırı olduğu, (...)" Y. 7. CD., E. 2021/4375 K. 2021/15668 T. 24.11.2021. Aynı yönde; "Cumhuriyet Savcısından arama kararı talep edilmesini gerektirir nitelikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerin neler olduğu açıkça gösterilmeden, Cumhuriyet Savcısı tarafından da gecikmesinde sakınca bulunan ve aciliyeti haklı kılan halin ne olduğu belirtilmeden gündüz vakti saat 14:00 ila 16:00 saatlerini kapsayacak şekilde CMK.nun 119. maddesine ve hukuka aykırı şekilde arama kararı verilmesini, (...)" Y. 7. CD., E. 2015/18389 K. 2017/9112 T. 9.11.2017; "Arama kararı hâkim tarafından verilmemiş, jandarma komutanlığının istemi üzerine Cumhuriyet savcısı tarafından verilen yazılı arama ve el koyma kararında gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığından ve derhal arama yapılmaması halinde delillerin kaybolacağından bahsedilmediği (...) Bu tespitlere göre, yasanın emredici hükümlerine uyulmadan yapılan arama sonucu elde edilen deliller ve bu kapsamda el konulan eşyanın, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil niteliğinde olması nedeniyle hükme esas alınamayacağı ve dosya içeriğinde bundan başkaca sanığın cezalandırılmasına yeterli delillerin bulunmadığı gözetilerek, atılı suçtan sanığın beraati yerine, delillerin takdirinde yanılığa düşülmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması", Y. 7. CD., E. 2014/2979 K. 2015/15219 T.

Yargıtay ceza dairelerinin kararları incelendiğinde; arama emrinde gecikmesinde sakınca bulunan halden ya da derhal arama yapılmaması halinde delillerin kaybolacağından bahsedilmemesi, arama kararında gecikmesinde sakınca bulunan halden bahsedilmekle birlikte gerekçesinin belirtilmemesi ve son olarak aramanın hafta içi mesai saatleri içerisinde yapılmış olması aramanın gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle hukuka aykırılığına karar verilmesindeki temel nedenler olarak görülmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2009 yılında verdiği bir kararda<sup>63</sup>; sahte rakı imal edildiği ihbarı üzerine kolluğun yaptığı bir aramada, sahte rakı imalatında kullanılan çok çeşitli alet ve suç eşyası bulunmasına karşın “düzenlenen tutanakta gecikmede sakınca bulunduğuna ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmediği gibi, dosya içeriğinde de, gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu (...)” kararını vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014 yılında verdiği bir başka kararda; konutta arama talebi sulh ceza hakimi tarafından reddedilen Cumhuriyet savcısının bu karara karşı kanun yoluna başvurmadan ret kararından bir gün sonra gecikmede sakınca bulunan hal nedeniyle arama emri vermesi hukuka aykırı bulunmuştur. Kararda gecikmede sakınca bulunan halin varlığından bahsetmenin yeterli olmadığı, soruşturma evraklarından şüphelinin konutundan ayrılacağına, suça konu eşyanın kaybolmasına, elden çıkarılmasına veya yok edilme riskine ilişkin ek bilginin bulunmadığı, hakime karar için başvurmanın deliller için ne gibi sakıncalar ortaya çıkaracağıнын somut olgular ile ortaya konma-

15.4.2015; “Cumhuriyet savcısından arama kararı talep edilmesini gerektirir nitelikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerin neler olduğu açıkça gösterilmeden, Cumhuriyet savcısı tarafından da gecikmesinde sakınca bulunan ve aciliyeti haklı kılan halin ne olduğu belirtilmeden gündüz vakti saat 15:00 ila 17:00 saatlerini kapsayacak şekilde CMK'nin 119. maddesine ve hukuka aykırı şekilde arama kararı verilmesi ve hukuka aykırı elde edilen delillere göre mahkumiyet hükmü kurulması, (...)” Y. 7. CD., E. 2014/23490 K. 2015/20388 T. 19.10.2015; Y. 7. CD., E. 2014/30389 K. 2016/9769 T. 29.9.2016; Y. 20. CD., E. 2018/1394 K. 2018/4241 T. 15.10.2018; Y. 8. CD., E. 2021/9409 K. 2023/9760 T. 11.12.2023. (Lexpera)

<sup>63</sup> Y. CGK., E. 2009/160 K. 2009/264 T. 17.11.2009. (Lexpera)

dığı veya aciliyeti gösteren haklı bir halden söz edilmediği gerekçe olarak gösterilmiştir<sup>64</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun arama tedbirini ve gecikmesinde sakınca bulunan hali ayrıntılı olarak ele aldığı 2019 tarihli bir kararında ise arama tedbirinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerle ilişkin çok daha esnek bir tutum sergilediği görülmektedir. Bu kararda Cumhuriyet savcısının emriyle yapılan aramada arama emrinde gecikmesinde sakınca bulunan hale ilişkin şekli, yüzeysel ve hatta örtük ifadelerin yeterli olduğunu, gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına ilişkin açık ve anlaşılır ifadelerle gerek olmadığını kabul etmiştir<sup>65</sup>.

Arama tedbirinde gecikmesinde sakınca bulunan haller ile ilgili sorunlar kanun yararına bozma yoluyla da Yargıtay dairelerinin önüne gelmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı gerekçeyle yapılan arama ve elkoyma işlemlerinin onay için sunulduğu Sulh Ceza Hakimliği tarafından; gecikmesinde sakınca bulunan halin şartlarının yokluğu, arama emrinde bu gerekçeden bahsedilmemesi, gecikmede sakınca bulunduğu dair bilgi ve belgenin bulunmayışı gerekçeleriyle reddedildiği görülmektedir. Kanun yararına bozma yoluyla Yargıtay önüne gelen bu dosyalarda gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı geniş yorumlanarak Cumhuriyet savcısının kararı ile yapılan aramanın hukuka uygun olduğuna karar verilmektedir<sup>66</sup>.

Yargıtay kararları birlikte değerlendirildiğinde istikrarlı bir uygulamanın görülmediği anlaşılacaktır. Bazı kararlarda gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına ilişkin itirazlar tartışma konusu dahi yapılmamaktadır. Buna karşın çeşitli Yargıtay Ceza Daireleri'nin ve Ceza Genel Kurulu'nun verdiği pek çok kararda; gecikmesinde sakınca bulunan halin somut gerekçeleri ile birlikte arama emrinde belirtilmesi gerektiği, mesai saatleri içerisinde gecikmesinde sakınca hal kavramına başvurulamayacağı ve hakim şartını dolanmaya yönelik tutumların aramayı hukuka aykırı hale getireceği ifade edilmektedir.

---

<sup>64</sup> Y. CGK., E. 2014/166 K. 2014/514 T. 25.11.2014. (Lexpera)

<sup>65</sup> Y. CGK., E. 2016/75 K. 2019/18 T. 17.1.2019. (Lexpera)

<sup>66</sup> Y. 10. CD., E. 2018/786 K. 2018/4486 T. 24.5.2018; Y. 1. CD., E. 2016/6175 K. 2017/253 T. 6.2.2017; Y. 7. CD., E. 2021/419 K. 2021/2555 T. 22.2.2021. (Lexpera)

Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının daha esnek yorumlandığı kararlar da mevcuttur. Kanun yoluna bozma yoluyla önüne gelen dosyalarda ise Yargıtay'ın gecikmesinde sakınca bulunan halin şartlarını yüzeysel olarak ele aldığı ve bu hükümlere dayanarak arama tedbirini hukuka uygun bulduğu, daha açık bir ifadeyle elde edilen delilleri koruyucu bir tavır sergilediği görülmektedir. Bununla birlikte Yargıtay kararlarında, pek çok istisnaya rağmen, gecikmesinde sakınca bulunan hale ilişkin soruşturma makamlarını daha titiz davranmaya yönelten genel bir tavrın varlığından söz edilebilir.

## B. Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi (AYM), hukuka aykırı arama iddiası ile yapılan Mehmet Cengiz ve Rıdvan Cengiz başvurusunda, soruşturma makamlarının gecikmesinde sakınca bulunan halin olup olmadığını değerlendirmede Anayasa Mahkemesine göre daha iyi konumda olduğunu ifade etmekte ama kendi denetim yetkisinin varlığını da saklı tutmaktadır. AYM somut olayda gecikmesinde sakınca bulunan halin değerlendirilmesinde “*bariz bir takdir hatası veya açık bir keyfilik*” olmadığı gerekçesiyle bu karara müdahale etmeye gerek görmemiştir<sup>67</sup>.

Jakop Gabriel başvurusunda, başvurusunun konutunda savcılık kararı ile gece vakti arama yapılmış, başvuru gecikmesinde sakınca bulunmadığı halde gece ve savcılık kararı ile arama yapılması nedeniyle aramanın ve elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. AYM, başka bir nedenden dolayı aramayı hukuka aykırı bulmakla birlikte mezkur iddiayı ayrıca tartışmamıştır<sup>68</sup>.

AYM'nin konuyla ilgili verdiği kısıtlı sayıdaki kararda elde edilen delillerin niteliğine ve soruşturma makamlarının değerlendirmesine ağırlık verdiği görülmektedir. Fakat AYM verdiği kararlarda konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğine ilişkin güvencelerin kısıtlanmasında bariz bir keyfilik bulunması halinde hak ihlali kararı verebileceğini vurgulamaktadır.

<sup>67</sup> Mehmet Cengiz ve Rıdvan Cengiz, B. 2019/21704 T. 20.9.2023, §66-§73. Aynı yönde bkz. Ali Turan, B. 2016/11516 T. 28.11.2019, §32. Bu çalışmada atıf yapılan bütün Anayasa Mahkemesi kararları için; “Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası”, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

<sup>68</sup> Jakop Gabriel, B. No: 2013/2392, 15/4/2015, § 43 vd; Hasan Akboğa, [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019 §55, §96.

### C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

AİHS m. 8'de "Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı" başlığı altında herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Maddede kamu makamları tarafından bu hakkın kullanılmasına yapılacak bir müdahalenin ancak "müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabileceği" belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığı ya da aciliyet arz eden durumların bulunduğu gerekçesiyle hakim kararı alınmadan yapılan aramaları AİHS m. 8'in sağladığı ölçütler çerçevesinde incelemektedir. Bu konuda verilen pek çok karar olmakla birlikte aşağıda AİHM'nin bu konuda verdiği belli başlı kararlar incelenecektir.

AİHM 2021 tarihli Tortladze/Gürcistan kararında belirttiği üzere, AİHS m.8'de yer alan hak ve özgürlüklere müdahale edilebilmesi için müdahalenin hukuka uygun olması, meşru bir amaç doğrultusunda gerçekleştirilmesi ve demokratik bir toplumda gerekli olması kriterlerine uygunluğu aramaktadır<sup>69</sup>. Acil durumlar nedeniyle hakim kararı olmadan yapılan arama, yürütülen suç soruşturmalarında kullanılacak delillerin elde edilmesi amacıyla yönelik olduğundan, AİHM tarafından kamu güvenliği, suçun önlenmesi ve başkalarının haklarının korunmasına hizmet ettiği gerekçesiyle meşru bir amaca yönelik bir müdahale olarak görülmektedir<sup>70</sup>. Demokratik toplumda müdahalenin gerekliliği kavramı ise AİHM tarafından söz konusu müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığına göre değerlendirilmektedir. Arama ve elkoyma tedbiri özelinde, bu tedbirler için ileri sürülen gerekçelerin yeterli ve ilgili olup olmadığı, orantılılık ilkesine bağlı

<sup>69</sup> Tortladze/Gürcistan, B. No: 42371/08, (AİHM 18 Mart 2021) §55; Aynı yönde; K.S. ve M.S./Almanya, B. No: 33696/11, (AİHM 6 Ekim 2016) §43; Smirnov/Rusya, B. No 71362/01, (AİHM 7 Haziran 2007) §38-41. Bu çalışmada yer verilen bütün AİHM kararları, mahkemenin resmi sayfasında (<https://www.echr.coe.int/hudoc-database>) yer alan karar bilgi bankasından alınmıştır.

<sup>70</sup> Tortladze/Gürcistan §57.

kalınıp kalınmadığı, kötüye kullanıma ilişkin mevzuat ve uygulamada yeterli ve etkili güvencelerin varlığı göz önüne alınmaktadır. Hakim kararı olmadan yapılan aramalarda AİHM, sözleşmecî devletlerin takdir yetkisinin varlığını kabul etmekle birlikte takdir yetkisi kullanan makamların bu konuda dikkatli olmaları gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede AİHM'e göre her somut olayda suçun ağırlığı, arama emrinin verildiği şartlar ve usul, mevcut delil durumu, arama emrinin içerik ve kapsamı ve arama nedeniyle kişinin itibarı üzerinde oluşacak etkiler gibi durumlar dikkat alınmalıdır<sup>71</sup>.

Tortladze/Gürcistan kararındaki somut olaya ilişkin olarak AİHM, aramanın aciliyetini gösteren şartların neler olduğuna ilişkin bir açıklama yapılmamasına değinmiş ve aramadan bir gün önce konsolosluk binasında arama yapılmasının uygunluğu için Dışişleri Bakanlığı ile görüştükleri halde aynı sürede hakim kararının alınmamasının gerekçesiz kaldığını ifade etmiştir. Ayrıca aramadan sonra yeterli ve etkili bir hakim denetimi de yapılmamıştır. Sonuç olarak aramanın aciliyet koşulları içinde yapılmasına ilişkin prosedürlerin makul bir gerekçesinin olmadığı ve aramadan sonra etkili ve detaylı bir hakim denetiminin yapılmadığı anlaşılmıştır. AİHM bu nedenle söz konusu aramanın makul ve yeterli güvencelere sahip olmadığına ve AİHS m. 8'in ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>72</sup>.

AİHM yine 2021 yılında verdiği Kuzminas/Rusya kararında;<sup>73</sup> bir evin içerisinde uyuşturucu olduğuna ilişkin bilgi alındıktan bir gün sonra aramanın yapıldığını, bu sürede neden hakim kararı alınamadığının belirsiz bırakıldığını, savcılığın "*acilen arama yapılmadığı takdirde delillerin kaybolacağı*" ifadesi dışında aramanın aciliyetini gösteren ek bir bilgi ve açıklamanın olmadığını tespit etmiştir<sup>74</sup>. AİHM'e göre aciliyet arzettiği gerekçesiyle hakim kararı olmadan yapılan bu tür aramaların daha sonra geçmişe dönük olarak (ex post factum) detaylı ve özenli bir yargısal inceleme ile dengelenmesi gerekmektedir. Fakat somut olayda arama kararını denetleyen mahkemenin aciliyet koşullarını detaylı ve

<sup>71</sup> Tortladze/Gürcistan §58; Smirnov/Rusya §44; K.S. ve M.S./Almanya §44.

<sup>72</sup> Tortladze/Gürcistan §64, §68. Aynı yönde bkz. Bakradze/Gürcistan, B. No:21074/09, (AİHM 10 Aralık 2020) §25, §26.

<sup>73</sup> Kuzminas/Rusya, B. No: 69810/11, (AİHM 21 Aralık 2021)

<sup>74</sup> Kuzminas/Rusya §23.



özenli bir şekilde incelemeyeceği anlaşılmıştır. Mahkeme ayrıca arama kararını inceleyen mahkemeye sadece arama kararı ve arama tutanağının sunulduğunu, bu durumun aramanın aciliyet koşullarını incelemek için yeterli olmadığını ifade etmiştir. Sonuç olarak AİHM, gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle (*urgent procedure*) başvurusunun evinde savcılık kararıyla yapılan aramanın hukuka aykırı olduğuna, aramanın yapılmasından sonra gerçekleştirilen hakim denetiminin de yetersiz olduğuna hükmetmiştir<sup>75</sup>.

Smirnov/Rusya kararında savcılığın arama emrinin çok geniş terimler ile ifade edilmesi, arama emrinde herhangi bir sınırlama olmaksızın soruşturması dosyası ile ilgili olabilecek herhangi bir belge ve nesnenin bulunmasının istenmesi, arama emrinin soruşturmaya ilişkin bir bilgi içermemesi ve aramanın amacının belirtilmemesi eksiklik olarak tespit edilmiş, aramadan sonra arama emrini inceleyen mahkemenin de yüzeysel bir denetim yaptığı ifade edilmiştir. Sonuç olarak AİHM savcılık emriyle yetersiz ve ilgisiz sebeplere dayanarak aramanın yapıldığına, etkili koruyucu mekanizmaların olmadığına ve (diğer gerekçeler ile birlikte) AİHS m. 8'in ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>76</sup>.

K.S. ve M.S./Almanya kararından anlaşılacağı üzere AİHM gecikmede sakınca bulunan hallerde yapılan aramanın bir hakim denetiminden geçerek onaylanmasını önemli bulmakta, fakat bu durumun tek başına müdahalenin keyfiliğine ve kötüye kullanımına karşı bir koruma sağlamadığını belirtmektedir. AİHM'e göre incelemeyi yapacak mahkemenin olaya özgü şartları inceleyerek yasal çerçeve ve yetkilere ilişkin sınırların yetkililerin keyfi kararlarına karşı yeterli bir koruma sağlayıp sağlamadığını değerlendirmesi gerekmektedir<sup>77</sup>.

Kararlar bir bütün olarak incelendiğinde, AİHM'in adli aramada şekli bir mekanizmaya değil, mevzuat ve uygulamadaki güvencelerin somut varlığına ve bunların etkililiğine baktığı anlaşılmaktadır. Aramanın acilen yapılmasını gerektiren koşulların bulunduğu gerekçesiyle hakim kararı alınmadan yapılan aramalarda; hakimden karar alınmama nedenlerinin gerekçelendirilmesi, aramanın aciliyet arz etti-

<sup>75</sup> Kuzminas/ Rusya §24-§26.

<sup>76</sup> Smirnov/Rusya §47, §49.

<sup>77</sup> K.S. ve M.S./Almanya §45. Benzer değerlendirme için bkz. Smirnov/Rusya §45.

ği aksi takdirde delillerin kaybolacağı gibi genel ifadeler ile yetinilmemesi, bu durumun ek bilgiler ile somutlaştırılması gerektiği ifade edilmektedir. AİHM aramadan sonra arama kararı hakkında yapılacak etkili bir yargısal denetime bir güvence mekanizması olarak önem atfetmektedir. Hakim kararı olmadan yapılan aramanın detaylı ve özenli bir yargısal denetimden geçmesi, geçmişe dönük yapılacak olan incelemenin (ex post factum) şekli ve yüzeysel olmaması ve bu incelemenin gerekli bütün evraklar incelenerek yapılması AİHM için bu güvencenin etkiliğini sağlayan asgari ölçütlerdir.

AİHM kararları Türkiye'deki hukuksal durum ile karşılaştırıldığında Türk hukukunda özellikle aramadan sonra etkili bir hakim denetiminin eksikliği göze çarpmaktadır. Türk hukukunda gecikmesinde sakınca bulunan hal ile verilen arama emirleri ancak elkoyma kararına ihtiyaç duyulursa hakim onayına sunulmaktadır. Bu durumda yapılan hakim denetimlerinin etkili olmadığı, hukuka aykırı arama yapıldığı gerekçesiyle sulh ceza hakimleri tarafından onaylanmayan arama ve elkoyma kararlarının da kanun yoluyla bozulduğunu daha önce ifade etmiştik. Arama emri ile yapılan ve sonuçsuz kaldığı için sulh ceza hakiminden onay istenmeyen kararlar ise bu tür bir *ex post factum* hakim denetiminden tamamen yoksundur. Dolayısıyla Türk hukuku ve uygulamasında adli arama ve gecikmesinde sakınca haline ilişkin güvencelerin AİHM kriterlerini karşılamadığı açıkça ortadadır.

## V. ALMAN VE ABD HUKUKUNDA ARAMA VE GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HALLER

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına ilişkin başka ülkelerin mevzuat ve mahkeme kararlarının incelenmesi büyük önem taşımaktadır. Fakat çalışmamızın kapsamı karşılaştırmalı hukuk açısından geniş bir inceleme yapmaya imkan vermemektedir. Bu nedenle Kita Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde önde gelen ülkeler olarak sadece Alman ve ABD hukuku ele alınacaktır.

### A. Almanya

Türk hukukunda "*gecikmesinde sakınca bulunan hal*" olarak adlandırılan kavram Alman hukukunda "*gecikmesinde tehlike bulunan hal*" (Gefahr in Verzug) olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla Alman hukuku ile ilgili açıklamalarda biz de "*gecikmesinde tehlike bulunan hal*" ifadesini kullanacağız.

Alman hukukunda arama ile ilgili düzenlemeler, konunun öneminden dolayı Anayasada ve Alman Ceza Muhakemesi Kanununda (Al. CMK) düzenlenmiştir. Alman Anayasası (Grundgesetz) m. 13'te konut dokunulmazlığı düzenlenmiştir<sup>78</sup>. Mezkur maddenin ilk fıkrasında konut dokunulmazlığı hakkı düzenlendikten sonra, ikinci fıkrada aramaların kural olarak hakim kararı, gecikmesinde tehlike bulunan hallerde ise kanunlar tarafından öngörülen organlar tarafından ve ancak önceden belirlenen şekilde yürütülerek yapılabileceği düzenlenmiştir. Al. CMK'nda ise arama (Durchsuchung) ile ilgili düzenlemeler §102 ve §107 arasında düzenlenmiştir. Gecikmesinde tehlike bulunan hal kavramına ilk olarak kapalı yerlerde gece vakti yapılacak aramayı düzenleyen §104'te yer verilmiş ve suçüstü hali ile firar eden tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması ile birlikte gecikmesinde tehlike bulunan hal gece arama yapılmasının istisnaları arasında sayılmıştır. Gecikmesinde tehlike bulunan hal kavramının yer aldığı diğer düzenleme ise aramanın usulünü düzenleyen Al. CMK §105'dir. Alman Anayasası m. 13'e uygun olarak burada da aramanın kural olarak hakim kararı ile yapılacağı düzenlenmiştir. Gecikmesinde tehlike bulunan hallerde ise savcılık ve ona bağlı kolluğun arama yapabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca Al. CMK §103'de sayılan belli bazı suçlardan dolayı şüphe altındaki kişilerin yakalanması için konutta ve diğer kapalı alanlarda arama yapılabilmesine sadece hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı karar verebilecektir. Bu düzenlemede kolluğa yetki tanınmamıştır<sup>79</sup>.

Arama kararlarında gereken hakim kararının şekline dair Anayasa'da bir hüküm bulunmamaktadır. Al. CMK § 34'ten yola çıkarak kural olarak hakimlik kararlarında yazılı bir gerekçenin emredildiği düşünülse de doğrudan arama kararını düzenleyen Al. CMK § 105'te

<sup>78</sup> Alman Anayasası m. 13 "(1) Konuta dokunulamaz. (2) Aramalar, ancak yargıç kararı, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda yasaların öngördüğü diğer organların kararı üzerine ve yalnız yasalarda yazılı şekilde yapılabilir. (...)" Çeviri için bkz. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>

<sup>79</sup> Roxin ve Schünemann, Strafverfahrensrecht, 288. Al. CMK § 98'e göre elkonulması sadece hâkim kararıyla mümkün olan basın ve yayın araçlarının bulunduğu yerlerde arama da ancak hâkim kararıyla olabilir. Bu tür yerlerde gecikmesinde tehlike bulunan hallerde dahi hâkim kararı olmadan savcı veya kolluk arama yapamayacaktır. Hans Kudlich, Strafrecht Allgemeiner Teil, (München: C. H. Beck Verlag 2006), 1341.

belli bir şekil öngörülmemiştir. Dolayısıyla hakim kararının yazılı olmasına gerek yoktur. Zamanın kısıtlı olmasından dolayı delillerin kaybolması tehlikesi varsa ve hakim tarafından arama kararının faks ya da email ile gönderilmesi mümkün değilse, telefon yoluyla sözlü olarak da arama kararı verilebilir<sup>80</sup>. Dolayısıyla Anayasa tarafından öngörülen hakim güvencesinin etkin olarak kalabilmesi ve yargılama aşamasında bu tedbirlere ilişkin etkili bir denetimin yapılabilmesi için, soruşturma makamları mümkün olduğunca arama için bir hakim kararı elde etmeye çalışmalıdırlar. Bu anlamda telefon ile yapılan bir konuşma dahi yeterlidir<sup>81</sup>. Fakat sözlü olarak alınan arama emrinin hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi için sonradan yazıya dökülmesi gerekmektedir<sup>82</sup>.

Al. CMK §105 hükmü gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk ve savcılık arasında açık bir öncelik sıralaması yapmamıştır. Al. CMK §105 lafzında Türk CMK 119/1’de olduğu gibi savcıya ulaşılamayan hallerde kolluğa arama yapma yetkisi tanınmamış, onun yerine gecikmesinde tehlike bulunan hallerde savcı ve ona bağlı kolluğun arama yapmaya yetkili olduğu ifade edilmiştir. Her ne kadar Al. CMK §105’te savcılık ve kolluk arasında yetki devri açısından bir öncelik sonralık sırası açıkça ifade edilmemiş olsa da, arama tedbiri ile temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin yoğunluğu nedeniyle öğretilerde kolluğun öncelikle savcılıktan bir arama emri almaya çalışması gerektiği ifade edilmektedir<sup>83</sup>. Savcılık veya kolluk tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hale dayanarak Al. CMK §105’e göre alınan arama emirleri için hakim onayına sunma şartı düzenlenmemiştir<sup>84</sup>. Bu yönüyle Türk hukuku ile benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Fakat arama devam ederken veya tamamlandıktan sonra gecikmesinde tehlike bulunan hal nedeniyle Cumhuriyet savcısı ve kolluk tara-

---

<sup>80</sup> Sigrig Hegmann, "StPO § 105 Verfahren bei der Durchsuchung", içinde Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, ed. Jürgen Graf, (München: 27. Edition C. H. Beck Verlag 2024), § 105 kn 8.

<sup>81</sup> Meyer-Grossner ve Schmitt, Strafprozessordnung, §105, kn. 2; Kudlich, Strafrecht AT, 1342; Hauschild, Münchener Kommentar, § 105 kn 9.

<sup>82</sup> Björn Gercke, "StPO § 105 Verfahren bei der Durchsuchung", içinde Heidelberger Kommentar zur StPO. ed. Björn Gercke, vd. (Freiburg: Verlag C. F. Müller 2012), § 105 kn. 42.

<sup>83</sup> Gercke, Heidelberger Kommentar, §105 kn. 46; Kudlich, Strafrecht AT, 1343..

<sup>84</sup> Meyer-Grossner ve Schmitt, Strafprozessordnung, §105, kn. 2.

findan verilen arama emirlerinin hukuka aykırılığı için Al. CMK §98'e dayanarak mahkemeye başvurulabilir. Mahkeme yapacağı incelemede gecikmesinde tehlike bulunan halin yokluğuna hükmederse arama emrini iptal eder<sup>85</sup>. Mahkeme gecikmesinde tehlike halini her yönüyle değerlendirecektir. Fakat mahkemenin bu incelemeyi *ex ante* olarak yapması gerekmektedir<sup>86</sup>.

Alman hukukunda başta arama tedbiri olmak üzere gecikmesinde tehlike bulunan hallerin sağladığı yetkiler uzun süre cömertçe kullanılmıştır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi 2001 yılında arama ile ilgili önemli bir karar<sup>87</sup> vermiş ve bu kurumun uygulanmasına ilişkin çeşitli kriterler tespit etmiştir<sup>88</sup>. Karara göre aramada hakim kararı kuralı (Richtervorbehalt), tarafsız ve bağımsız bir mercii olarak arama tedbirini kontrol etme imkanı vermektedir. Soruşturmayı yürüten kamu makamları olan savcılık ve kolluğun hakimler gibi tarafsız ve bağımsız olması beklenemeyeceği için hakim kararı kuralı önem taşımaktadır. Bütün devlet organları, temel hakların korunmasını sağlayan hakim kararı kuralının pratikte etkisiz hale gelmemesi için çaba göstermelidir. Mahkeme buna karşın gecikmede yakın tehlike gibi acil durumlarda kolluğa tanınan yetkilerin kullanımında aşırıya kaçılması ve kötüye kullanma eleştirileri bulunduğunu belirtmektedir<sup>89</sup>. Mahkeme bir diğer önemli sorun olarak denetimi sağlayacak olan soruşturma hakimlerinin personel yetersizliği, zaman baskısı, kapsamlı dosyalarda yeterli bilgi sahibi olamaması gibi önemli eksiklikler nedeniyle yeterli denetimi sağlayamadığını ifade etmiştir.

Alman Anayasa Mahkemesi, bu kararında gecikmede tehlike halinin hem istisnai karakteri hem de temel hakları koruyucu işlevi nedeniyle dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme gecikmede tehlike halinin saf spekülasyona, varsayımsal düşüncelere ya da yalnızca suçluluğa ilişkin gündelik tecrübeye ve somut olaydan bağımsız tahminlere dayandırılmayacağını ifade etmiştir. Gecikmede

<sup>85</sup> Meyer-Grossner ve Schmitt, Strafprozessordnung, §105, kn. 16.

<sup>86</sup> Gercke, Heidelberger Kommentar, §105 kn 56.

<sup>87</sup> BVerfG, 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00. Aynı yönde; BVerfG, 3. 12. 2002 - 2 BvR 1845/00; BVerfG, 16.6.2015 - 2 BvR 2718/10; BGH, 19.7.2023 - 5 StR 165/23.

<sup>88</sup> Roxin ve Schünemann, Strafverfahrensrecht, 234; Beulke, Strafprozessrecht, 140.

<sup>89</sup> Aynı yönde bkz. Hussels, Strafprozessrecht, 90.

tehlike halinin yalın bir delil kaybı olasılığına dayandırılması yeterli olmayıp, olgusal olarak gerekçelendirilmesi ve somut olay ile ilişkilendirilmesi gerekmektedir.

Alman Anayasa Mahkemesi aynı kararında arama gerçekleştikten sonra hakimin gecikmede tehlike halini etkili bir şekilde denetleyebilmesinin şartlarını da ifade etmiştir. Gecikmede tehlike haline dayanarak aramayı yapan kolluğun aramadan önce veya hemen sonra suç şüphesine ilişkin belirtileri, aranan delilleri, içinde bulunulan koşulları tasvir ederek gecikme halinde delillerin kaybolması tehlikesini izah etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sadece gecikmede tehlikenin varlığından bahsedilemeyecek, hakim ayrıca gecikmede tehlike kararının verilmesinin koşulları ile ilgili olarak ayrıntılı şekilde bilgilendirilecektir<sup>90</sup>.

Gecikmede tehlike haline dayanarak alınan bir arama emrinin hukuka aykırı olduğunun tespiti bu aramada elde edilen delillerin her zaman hukuka aykırı olduğunu göstermeyecektir. Ciddi, kasıtlı veya keyfi usul ihlallerine söz konusu olduğu, soruşturma makamlarının gecikmede tehlike halini hakim kararı şartını dolanmak için kullandığı durumlarda arama sonucunda elde edilen deliller kullanılamayacaktır<sup>91</sup>. Fakat bu şekilde kasıtlı ve keyfi olmayan, gecikmesinde tehlike bulunduğunu yeterince belgelemeyen arama emirleri, gece aramaları için nöbetçi bir mahkemenin bulunmaması vs. gibi daha hafif veya keyfi nitelikte olmayan durumlarda delil değerlendirme yasağı olmadığı kabul edilmektedir<sup>92</sup>. Maddi veya hukuki bir hata nedeniyle gecikmesinde sakınca bulunan hal hükmüne başvurulduğu takdirde

---

<sup>90</sup> Gecikmesinde sakınca bulunan halin ilgili memur tarafından en kısa sürede ayrıntılı olarak belgeye dökülmesi şartı için ayrıca bkz. Meyer-Grossner ve Schmitt, Strafprozessordnung, §105, kn. 3. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, koruma tedbirlerinde hâkim kararının aranması kuralını özgürlüklerin korunması için temel bir kavram olarak görmekte ve önem atfetmektedir. Uygulamada ise bu kural daha çok bir formalite olarak görülmektedir. Mahkemenin bu kararında da özgürlüklere müdahale eden koruma tedbirlerine ilişkin hâkim kararı şartına yaptığı vurgu görülmektedir. Bu kararların temel hakların korunmasına ilişkin fiili duruma etkisi ise belirsizdir. Christoph Gusy, "BVerfG, 20. 2. 2001—2 BvR 1444/00. Richtervorbehalt bei „Gefahr im Verzug“, JuristenZeitung, /Nr. 20 (2001 (51 Jahrg.)): 1033.

<sup>91</sup> Hussels, Strafprozessrecht, 90; Meyer-Grossner ve Schmitt, Strafprozessordnung, §105, kn. 11; Beulke, Strafprozessrecht, 141.

<sup>92</sup> Roxin ve Schünemann, Strafverfahrensrecht, 289; Hauschild, Münchener Kommentar, § 105 kn. 37-38.

keyfi veya kasti bir yetki aşımı olmadığından elde edilen delillerin hukuka aykırı hale gelmeyeceği kabul edilmektedir<sup>93</sup>.

Sonuç olarak Alman hukukunda aramaya ilişkin hukuki mekanizma temel olarak Türk hukukuna benzemektedir. Alman hukukunda arama için hakim kararı şartı bulunmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 2001 yılındaki kararında belirttiği ölçütler bizim için de önem taşımaktadır. Buna göre gecikmede tehlike halinin spekülasyon veya varsayımlara dayandırılmaması, somut olayla ilişkilendirilmesi temel ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Aramadan sonra yapılacak hakim incelemesi için gecikmede sakınca halinin ayrıntılı bir şekilde belgelendirilmesi bir diğer önemli gerekliliktir.

## B. ABD

ABD federal bir ülke olduğundan dolayı ceza ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin hüküm ve düzenlemelerin kaynağını federal anayasa ve yasalar, eyalet yasaları ve Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararlar teşkil etmektedir. Arama hukukuna ilişkin en önemli düzenleme ise Amerikan Anayasası'na IV. Değişiklik (IV. Amendment) ile eklenen düzenlemedir<sup>94</sup>. IV. Değişiklik düzenlemesi "*herkesin evi onun kalesidir*" kavramını kabul etmiş ve özel mülkler ile kişilerin üstlerinin haksız arama ve elkoymalara karşı federal düzeyde korunmasını sağlamıştır<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> Tido Park, *Beschlagnahme and Durchsuchung*, (C.H. Beck 2022), kn 113.

<sup>94</sup> ABD Anayasası IV. Değişiklik : "*Kişilerin, üstlerinin, evlerinin, belgelerinin ve eşyalarının gereksiz aranması ve bunlara el konulmasına karşı bağımsızlıkları ihlal edilemeyecek ve bu yetkiyi veren müzekkere mutlaka muhtemel bir nedene dayanacak, yemin ve beyanla desteklenecek ve özellikle aranacak yeri, tutuklanacak kişi ile el konacak eşyaları belirleyecektir.*" Amerika Hakkında Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, <http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>, E.T. 21.02.2024. IV. Değişikliğin kabulünden önce Haklar Bildirisi (Bill of Rights) garantisi Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından sadece federal hükümeti kısıtlayacak şekilde yorumlanıyordu. Buna göre haksız arama ve elkoymaya maruz kalmama hakkı gibi temel haklar sadece federal mahkemelerdeki davalarda korunuyordu. Eğer eyalet anayasası ve yasalarındaki bir hüküm bu hakları koruma altına almamışsa, sanığın veya şüphelinin eyalet mahkemelerinde bu hakları ileri sürme imkanı bulunmamaktaydı. 1868'de ABD Anayasasında IV. Değişiklik kabul edildi. Bu değişiklik ile haksız arama ve elkoymaya maruz kalmama hakkı eyaletlerin yasal düzenlemelerine karşı da korunma altına alınmıştır. Daniel E. Hall, *Criminal Law and Procedure*, (New York: Delmar Cengage Learning 2012), 339.

<sup>95</sup> Walter P. Signorelli, *Criminal Law, Procedure, and Evidence*, (Florida: CRC Press 2011), 179; John M. Scheb, *Criminal Law and Procedure*, (Belmont: 2008), 390.

IV. Değişiklik ile ABD Anayasasına arama ile ilgili iki temel koşul getirilmiştir. Bunlardan ilki, kişileri makul olmayan arama ve elkoyma işlemlerine karşı koruyan uygunluk/makuliyet (reasonableness) ilkesidir. İkincisi de hukuka uygun bir arama için arama emrinin varlığını zorunlu kılan (hakimden alınacak) arama kararı (search warrant) ilkesidir<sup>96</sup>. Fakat arama kararı olmadan yapılan aramaların nasıl olacağı ve ne tür etkiler doğuracağı madde metninden anlaşılamadığı gibi Amerikan Yüksek Mahkemesi de maddenin bu konuda nasıl yorumlanması gerektiği konusunda daimi ve tutarlı bir yorum geliştirememiştir<sup>97</sup>.

ABD’de arama için hakim kararı kural olmakla birlikte gecikmesinde tehlike bulunan hallerde arama kararı olmadan arama yapma (warrantless search) imkanı bulunmaktadır. Ülkemizde gecikmesinde sakınca bulunan hallere karşılık gelen durumlar ABD’de “exigent circumstances” adlandırılmaktadır<sup>98</sup>. Gecikmesinde sakınca bulunan hal (exigent circumstances) bir arama kararı alınmasının elverişsiz, faydasız, tehlikeli ya da gereksiz olduğu acil durumları<sup>99</sup>; kolluğun bir yakalama veya arama emri için geçerli bir sebebinin (probable cause) olduğu fakat bu kararı almak için süresinin olmadığı bir durumu<sup>100</sup>; kolluğun kanıtların ortadan kaldırılması, şüphelinin kaçması veya herhangi bir kişinin ciddi şekilde yaralanmasının veya ölmesinin engellenmesi için bir arama kararı almaya vakti olmayacak kadar hızlı hareket etmesi gereken zamanlar olarak tarif edilmektedir<sup>101</sup>. Fakat sadece delillerin yok olması bir arama emri olmadan kolluğun arama yapabilmesi için yeterli görülmemekte, örneğin bir ev araması için öncelikle evin güvenliğinin sağlanması, eve girişlerin engellenmesi ve bir arama kararının beklenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>102</sup>. Ayrıca

---

<sup>96</sup> Di Jia, Kallee Spooner ve Rolando V. Del Carmen, "An Analysis and Categorization of US Supreme Court Cases Under the Exigent Circumstances Exception to the Warrant Requirement", *George Mason University Civil Rights Law Journal*, 27/1 (2016): 37.

<sup>97</sup> Mack Allen Player, "Warrantless Searches and Seizures", *Georgia Law Review*, 5/2 (1970): 269.

<sup>98</sup> Scheb, *Criminal Law* 407.

<sup>99</sup> Jia, Spooner ve Del Carmen, *Exigent Circumstances*, 38.

<sup>100</sup> Signorelli, *Criminal Law*, 185-186.

<sup>101</sup> Hall, *Criminal Law and Procedure*, 386.

<sup>102</sup> Signorelli, *Criminal Law*, 186.



delillerin yok edilmesi sadece bir ihtimale dayanıyorsa arama kararı olmadan arama yapılmasını mümkün kılacak bir gecikmenin varlığından söz edilemeyecektir<sup>103</sup>.

Gecikmede tehlike oluşturacak ağır ve acil durumlar dışında IV. Değişiklik, vatandaş ile kolluk arasına hakimi yerleştirerek, kanunların uygulanması adına mahremiyetin ihlaline gerek olup olmadığını objektif bir zihnin tartmasını istemiştir. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkı, görevi suçun tespiti ve suçluların yakalanması olan kişilerin takdirine emanet edilmek için fazla kıymetli bulunmaktadır<sup>104</sup>.

Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında sıcak takip, delillerin ortadan kaldırılması ve kamu/polis güvenliği olmak üzere üç temel koşulda zaruret nedeniyle (exigent circumstances) arama kararı olmadan arama yapılabileceği kabul etmektedir<sup>105</sup>.

Sıcak takip durumu ile ilgili olarak; Amerikan Yüksek Mahkemesi Warden v. Hayden<sup>106</sup> davasında, silahlı soygun yapan kişinin polisler gelmeden hemen önce o eve girdiğinin tanıklar tarafından bildirildiği olayda, soyguncuyu ve silahları bulmak ve kendilerine karşı saldırının önlenmesi amacıyla hakim kararı olmadan kolluk memurunun eve girme ve arama yetkisi olduğunu kabul edilmiştir<sup>107</sup>.

Delillerin korunması ile ilgili olarak; Amerikan Yüksek Mahkemesi Johnson<sup>108</sup> kararında, ev içinde “*delilin kaybolmasını ve yok olmasını önlemek amacıyla derhal harekete geçmek zaruretinin olduğu hallerde*” hakimden karar alınmasına gerek görmemiştir<sup>109</sup>. Aynı şekilde Roaden v. Kentucky kararında<sup>110</sup> kolluğun mevcut bir olayda anlayış ve tecrübesine göre hemen arama yapmadığı takdirde o delilin ortadan kaybolacağını düşündüğü ve “*ya şimdi ya da asla*” (now or never) ola-

<sup>103</sup> Scheb, Criminal Law 409.

<sup>104</sup> Hall, Criminal Law and Procedure, 378.

<sup>105</sup> John Mark Huff, "Warrantless Entries and Searches Under Exigent Circumstances: Why Are They Justified and What Types of Circumstances Are Considered Exigent", University of Detroit Mercy Law Review, 87/3 (2009): 381.

<sup>106</sup> Warden v Hayden, 387 U.S. 294 (1967). Bu çalışmada yer verilen Amerikan Yüksek Mahkemesi kararları <https://supreme.justia.com/> sitesinden alınmıştır.

<sup>107</sup> Jia, Spooner ve Del Carmen, Exigent Circumstances, 50.

<sup>108</sup> Johnson v United States, 333 U.S. 10 (1948).

<sup>109</sup> Huff, Exigent Circumstances, 375.

<sup>110</sup> Roaden v Kentucky, 413 U.S. 496 (1973).

rak ifade edilen bir durumda hakim kararı olmadan arama yapılmasının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir<sup>111</sup>.

Kamu ve polis güvenliği ile ilgili olarak; Amerikan Yüksek Mahkemesi *Brigham City, Utah v. Stuart*<sup>112</sup> davasında kolluğun bir kişinin ağır bir şekilde yaralandığı veya yaralanma tehlikesi altında olduğuna ilişkin objektif olarak makul bir temele sahip olması halinde bir arama kararı olmadan eve girebileceğini ve arama yapabileceğini kabul etmiştir<sup>113</sup>.

Yukarıda yer verilen kararlarda genel olarak hakim kararı olmadan bir arama yapılmasında zaruret bulunan hallerin (*exigent circumstances*) varlığı kabul edilmiştir. Fakat bazı kararlar hakim kararının gerekliliğine istisna teşkil eden zaruret hallerine sınır çizmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin gecikmesinde sakınca bulunan halleri (*exigent circumstances*) kavramsal olarak incelediği iki temel karardan *Mincey v. Arizona*<sup>114</sup> kararında; cinayet, yaralama ve uyuşturucu suçlarının söz konusu olduğu bir olayda sadece olaydaki suç ve/veya suçların ağırlığının hakim kararı olmadan arama yapılması için yeterli olmadığını ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı için zaman baskısı ve delillerin ortadan kaybolması riskinin varlığı olmak üzere iki şartın varlığını aramıştır<sup>115</sup>. Amerikan Yüksek Mahkemesi *Riley v. California* kararında<sup>116</sup> ise başka bir suçtan dolayı yakalanan kişinin arabasının ve cep telefonunun hakim kararı olmadan aranmasını, cep telefonlarının günümüzde özel alana ilişkin taşıdığı devasa bilgiler nedeniyle hukuka aykırı bulmuştur<sup>117</sup>. *Vale* davasında Yüksek Mahkeme suç belirti ve emarelerinin ortadan kaldırılacağını veya başka bir yere götürüleceğini gösteren bir olgu bulunmadığı için polisin hakim kararı olmaksızın arama yapma yetkisini doğuracak gecikmede tehlike koşullarının oluşmadığına karar vermiştir<sup>118</sup>. Amerikan Yüksek Mahkemesi *Welsh* kararın-

---

<sup>111</sup> Jia, Spooner ve Del Carmen, *Exigent Circumstances*, 45.

<sup>112</sup> *Brigham City v. Stuart*, 547 U.S. 398 (2006).

<sup>113</sup> Signorelli, *Criminal Law*, 188 vd.

<sup>114</sup> *Mincey v. Arizona*, 437 U.S. 385 (1978)

<sup>115</sup> Jia, Spooner ve Del Carmen, *Exigent Circumstances*, 41.

<sup>116</sup> *Riley v. California*, 573 U.S. 373 (2014).

<sup>117</sup> Jia, Spooner ve Del Carmen, *Exigent Circumstances*, 41.

<sup>118</sup> *Vale v. Louisiana*, 399 U.S. 30 (1970).

da delillerin ortadan kaldırılmasının basit suçlar için (minor crimes) aramada gecikmesinde sakınca bulunan hal teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir<sup>119</sup>.

Sonuç olarak, Amerikan hukukunda kişilerin özel alanı IV. Değişiklik ile koruma altına alınmıştır. Hakim kararı olmadan yapılan arama ve elkoymalar hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bu kurala istisna olarak getirilen zaruret hallerinde ise kriterlerin ne olacağı Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında çizilmeye çalışılmıştır. Bütün bu kararların özünde başta konut olmak üzere özel alanın mümkün olduğu kadar güçlü şekilde korunması, hakim kararına getirilen istisnanın da ancak gerçekten gerekli olduğunda kullanılmasıdır. Bu gereklilik sınırı ise somut olaylar çerçevesinde belirlenmeye çalışılmıştır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları'nın Türk hukuku açısından faydalı görüş ve değerlendirmeler taşıdığı kanaatindeyiz. Yukarıda yer verilen kararlarda daha önceki incelemelerimizde yer verilmeyen ölçütler olarak; sadece olaydaki suç ve/veya suçların ağırlığının hakim kararı olmadan arama yapılması için yeterli olmaması ve delillerin ortadan kaldırılmasının basit suçlar için aramada gecikmesinde sakınca bulunan hal teşkil etmeyeceği değerlendirmeleri önem taşımaktadır. Yüksek Mahkeme kararlarında zaman baskısı, delillerin kaybolma tehlikesinin bulunması iki temel şart olarak kabul edilmekle beraber bunların varsayıma veya sadece bir ihtimale dayalı olarak kabul edilmesi hukuka aykırı olacaktır.

## **VI. KANUN YOLU DENETİMİ**

Gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle yapılan yetki devrinin kanun yolu ile denetlenmesi ve hukuka aykırı olarak yapılan aramaların yargısal bir karar ile tespit edilmesi gerekmektedir. Fakat diğer pek çok koruma tedbirinin aksine aramaya özgü bir itiraz kanun yolu düzenlenmemiştir. Bu nedenle hukuka aykırı aramaların yargısal denetimi için ancak genel hükümlere başvurulabilecektir<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> Welsh v Wisconsin, 466 U.S. 740 (1984).

<sup>120</sup> Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 407; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 341-342.

Olağan kanun yolları; itiraz, istinaf ve temyiz olduğundan gecikmesinde sakınca bulunan hale dayanarak yapılan yetki devrinin bu kanun yolları bakımından nasıl denetleneceğini ele almamız gerekmektedir.

İtiraz kanun yolu hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı yapılabilir (CMK m. 267). Dolayısıyla itiraz kanun yoluna konu olabilmesi için öncelikle bir hakim kararının mevcut olması gerekir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal ise hakimlik makamından diğer makamlara yetki devri sağlayan bir kurumdur. Bu nedenle gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı gerekçesiyle arama emri veren Cumhuriyet savcısı ya da kolluk amirinin yaptığı işlemlere doğrudan itiraz etme imkanı bulunmamaktadır. Bu kararlar sulh ceza hakiminin denetiminden geçtikten sonra sulh ceza hakiminin kararına itiraz etmek mümkündür<sup>121</sup>. Gecikmesinde sakınca bulunan hale dayanılarak verilen arama emirlerinin neticesinde elkonulacak bir delil bulunmadığında tek başına arama emrinin hakim onayına sunulma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durum söz konusu işlemlerin itiraz kanun yolu ile denetlenmesine engel olacaktır. Bu tür arama kararları için de hakim onayı ve denetimine ihtiyaç olduğunu tekrardan belirtmekte yarar bulunmaktadır.

İtiraz kanun yolu dışında yapılan soruşturma işlemlerinin hukuka aykırılığı istinaf ve temyiz aşamasında kanun yolu denetimine tabi olacaktır. Bu aşamalarda gecikmesinde sakınca bulunan hale dayanılarak yapılan yetki devirlerinin hukuka uygun olup olmadığı incelenebilecektir. Fakat bu denetim kendiliğinden gerçekleşen bir denetim olmayıp ancak ilgili kişilerin başvurusu ile mümkün olacaktır.

---

<sup>121</sup> Karakoyunlu, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 17. Cumhuriyet savcısının kararlarına karşı da itiraz yoluna gidilebileceği dolayısıyla Cumhuriyet savcısının usulsüz arama kararına karşı sulh ceza hâkimine itiraz edilebileceği yönünde bkz. Kahraman, Adli Arama, 356. Cumhuriyet savcısının kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebileceği yönünde ayrıca bkz. Cengiz Apaydın, Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2020), 125.

## VII. GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HAL HÜKÜMLERİNE AYKIRI YAPILAN ARAMANIN SONUÇLARI

Gecikmede sakınca bulunan hallerin şartları bulunmadığı halde bu halin varlığına dayanarak hakim kararı olmadan yapılan aramalar hukuka aykırılık taşıyacaktır. Gecikmede sakınca bulunan hale ilişkin tartışmaların asıl önemi hukuka aykırı bir uygulamanın elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasını engelleme gücünden kaynaklanmaktadır<sup>122</sup>.

Türk hukukunda mevzuat göz önüne alındığında kanun koyucunun hukuka aykırı yollar ile edilmiş deliller için mutlak değerlendirme yasağını kabul ettiği görülmektedir. Anayasa m. 38/6 “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” hükmü ile hukuka aykırı delillerin kullanımına kesin bir yasak getirmektedir. Bunun yanında, 5271 sayılı CMK m. 206/2-a, kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada reddedileceğini, CMK m. 217/2, yüklenen suçun hukuka uygun deliller ile ispat edilebileceğini, CMK m. 230/1-b, mahkumiyet hükmünde hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla mevzuatta hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinin açık ve istisnasız olarak yasaklandığı, ispat vasıtası yapılamayacağı, hükümde ayrıca ve açıkça gösterileceği belirtilmiştir<sup>123</sup>. Türk ceza hukuku öğretisinde de baskın görüş mutlak değerlendirme yasağının kabulü yönündedir<sup>124</sup>. Mutlak değerlendirme yasağı sisteminde kabul

<sup>122</sup> Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 468.

<sup>123</sup> Çöpoğlu, Arama ve Elkoyma, 159. Fakat Türk hukukunda kanun maddelerindeki ifadelerden de anlaşılacağı üzere kavram birliği yoktur. Kanuni düzenlemelerde bazı yerlerde “*kanuna aykırılık*” bazı yerlerde de “*hukuka aykırılık*” ifadesi kullanılmıştır. Fakat açık olan husus Türk hukukunda delile değil hukuka üstünlük tanınmasıdır. Fatih Birtek, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, (Ankara: Adalet Yayınevi 2016), 281 vd; Cem Şenol, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2018), 73-74.

<sup>124</sup> Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 479; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 344-345; Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 848-849; Öztürk vd., Ceza Muhakemesi Hukuku; Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 409; Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku, 538-539; Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 470-471; Dülger ve Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku, 432; Birtek, Delil ve İspat, 314-315. CMK m. 217'nin açık hükmüne karşın, Türk öğretisi ve uygulamasında yaygın görüşün sanığın haklarını ihlal etmeyen hukuka aykırılıkların

edilen “Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” prensibi gereğince hukuka aykırı elde edilen delillerden yola çıkarak elde edilen deliller de hukuka aykırılık taşıyacaktır<sup>125</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2009 yılında verdiği bir kararda, gecikmesinde sakınca bulunan halin şartları oluşmadığı halde bu hükme dayanarak yapılan aramada elde edilen suç delillerini hukuka aykırı kabul etmiş ve bu hukuka aykırılığın sonuçlarını geniş bir şekilde tartışmıştır. Bu tartışmanın neticesinde, hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen delillerin yargılamada değerlendirilemeyeceğine karar verilmiştir<sup>126</sup>. Yargıtay’ın sonraki yıllarda verdiği kararlarında gecikmede sakınca bulunan hale dayanılarak yapılan hukuka aykırı aramalarda elde edilen delillerin hükme esas alınmayacağı görüşü devam etmiştir<sup>127</sup>.

delil yasağına yol açmayacağı yönünde olduğu değerlendirmesi de mevcuttur. Bkz. Birtek, Delil ve İspat, 307-312. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda mutlak kabul, nispi değerlendirme ve mutlak red olmak üzere üç temel yaklaşım bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şenol, Hukuka Aykırı Deliller, 79 vd.

<sup>125</sup> Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 597; Birtek, Delil ve İspat, 338.

<sup>126</sup> Y. CGK., E. 2009/160 K. 2009/264 T. 17.11.2009 (Lexpera).

<sup>127</sup> “Esrar bulundurduğu yönünde gelen ihbar üzerine, hâkim kararı alınmaksızın yapılan aramada ele geçen suça konu kurusıkıdan çevrilme tabancaya elkonulmuş ise de, arama emrinin verilmesinden bir gün önce arama kararı verilmesi talebinin sulh ceza hâkimi tarafından reddedildiği ve bu karara karşı kanun yoluna başvurulmadığı gibi, gerçekleştirilen arama için hâkim kararı alınmasının ya da hâkim tarafından verilen ret kararına karşı kanun yoluna başvurulmasının gecikmeye neden olacağı ve bunun da telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de dosyada mevcut değildir. Dolayısıyla, Cumhuriyet savcısının arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken kanuni şartlar oluşmadan, verilen arama emri ile buna dayalı olarak gerçekleştirilen arama işleminin hukuka aykırı olduğu ve arama sonucu elde edilen suça konu tabanca ve eklerinin de hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delil olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.” Y. CGK., E. 2014/166 K. 2014/514 T. 25.11.2014; “(...) Gecikmesinde sakınca bulunan hal bulunduğu belirtilerek Cumhuriyet Savcılığından arama kararı talep edilen olayda; Cumhuriyet Savcısından arama kararı talep edilmesini gerektirir nitelikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerin neler olduğu açıkça gösterilmeden, Cumhuriyet Savcısı tarafından da gecikmesinde sakınca bulunan ve aciliyeti haklı kılan halin ne olduğu belirtilmeden gündüz vakti saat 14:00 ila 16:00 saatlerini kapsayacak şekilde CMK.nun 119. maddesine ve hukuka aykırı şekilde arama kararı verilmesi, bu şekilde; Hukuka aykırı arama sonucu ele geçen eşyanın yasak delil niteliğinde olduğu, bu eşyanın kaçak olmasının durumu değiştirmeyeceği, Anayasa’nın 38/2, 5271 sayılı CMK.nun 206/2-a, 217/2, 230/1. Madde ve firkalarına göre hukuka aykırı surette elde edilen delillere dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması, Yasaya aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK.nun 321. maddesi uyarınca bozulmasına (...) oybirliğiyle karar verildi.” Y. 7. CD., E. 2015/18389 K. 2017/9112 T.

Türk hukukunda hukuka aykırı delillere ilişkin kabul edilen mutlak değerlendirme yasağı görüşü Amerikan hukuku kaynaklıdır. Amerikan hukukunda da hukuka aykırı deliller yargılamada hükme esas alınmamaktadır. “Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” prensibinin kaynağı da Amerikan hukukudur<sup>128</sup>. Yukarıda değinildiği üzere gecikmede tehlike bulunmadığı halde hakim kararı alınmadan yapılan aramalarda elde edilen delillerden yola çıkılarak elde edilen deliller de hukuka aykırı olarak kabul edilmekte ve yargılamada kullanılmamaktadır<sup>129</sup>.

Gecikmede sakınca bulunan hal istisna olmasına rağmen uygulamada yaygın olarak kullanılmaktadır. Soruşturma makamları ve kolluk soruşturmanın bir tarafı olduğundan dolayı bazen keyfiliğe varan bir yaklaşım içerisinde bulunabilmektedir. Ev ve işyerlerinin aranması başta olmak üzere arama tedbiri oldukça ağır etkileri ve sonuçları olan bir tedbirdir. Hukuka aykırı delilleri değerlendirme yasağına ilişkin katı tutum kolluk başta olmak üzere soruşturma makamlarının bu konuda daha disiplinli ve dikkatli olmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu meselenin ülkemizde de büyük bir sorun olduğu açıktır. Bu gerekçeler ile gecikmede sakınca bulunan hallere ilişkin hukuka aykırı aramalarda elde edilen delillerin mutlak bir değerlendirme yasağına tabi tutulmasını isteyen görüşe katılmaktayız.

## SONUÇ

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı adli aramada hakim kararı şartının ve aramanın gündüz yapılması kuralının en önemli istisnasını oluşturmaktadır. Bu istisnai halin uygulamada yoğun ve keyfi kullanımları temel hak ve özgürlüklere ölçsüz bir şekilde müdahale edilmesine neden olmaktadır.

---

9.11.2017; “Bu tespitlere göre, yasanın emredici hükümlerine uyulmadan yapılan arama sonucu elde edilen deliller ve bu kapsamda el konulan eşyanın, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil niteliğinde olması nedeniyle hükme esas alınmayacağı ve dosya içeriğinde bundan başkaca sanığın cezalandırılmasına yeterli delillerin bulunmadığı gözetilerek, atılı suçtan sanığın beraati yerine, delillerin takdirinde yanılıya düşülmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması (...)” Y. 7. CD., E. 2014/2979 K. 2015/15219 T. 15.4.2015. (Lexpera)

<sup>128</sup> Öztürk vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 256; Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 853; Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 597.

<sup>129</sup> Çöpoğlu, Arama ve Elkoyma, 163.

Adli aramada gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle ortaya çıkan sorunlar; bu kavramın belirsizliğinden kaynaklanan sorunlar, mevzuattaki düzenlemelerden kaynaklanan sorunlar ve uygulamadan kaynaklanan sorunlar olmak üzere üç temel başlık altında incelenmiştir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının belirsizliğine ilişkin yaptığımız incelemede öncelikle kavramın kendisinin çok geniş bir kavram olduğu, “*sakınca*” ifadesi yerine “*tehlike*” ifadesinin kullanılmasının kavramın dar yorumlanması için daha uygun olacağı görüşüne katılmaktayız. Bu kavramla ilgili bir diğer belirsizlik “*Cumhuriyet savcısına ulaşılamaması halinde*” ifadesinden kaynaklanmaktadır. Bunun çözümü olarak hem yargı kararlarında hem de AÖAY m.7/3’te kolluğun Cumhuriyet savcısına neden ulaşamadığını veya nasıl ulaşmaya çalıştığını ayrıntılı olarak belgelendirip soruşturma evrakına eklemesi gerektiği belirtilmektedir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının genişlik ve belirsizliğinden ötürü somut olayda ilgili memurun gecikmesinde sakınca bulunan halin uygulanması hakkında bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Bu değerlendirme subjektif bir değerlendirme olup kötüye kullanıma da alan açmaktadır. Bu durumun engellenmesi için kolluğun her zaman ulaşabileceği adli makamların varlığı ve bu mercilerin “*pratikte de ulaşılabilir olması*” sağlanmalıdır. Ayrıca kolluk amirinin emrine ilişkin incelemenin sıkı ve titiz bir şekilde yapılması gerekmektedir. Kolluk amiri tarafından verilen arama emirlerinin keyfi olmaması, kurları dolanma amacı taşımaması ve mesleğin ortalama tecrübe ve standartlarına uygun olması özellikle göz önüne alınmalıdır.

Mevzuattaki düzenlemelerden kaynaklanan tartışmalardan ilki Cumhuriyet savcısına ulaşılamaması halinde kolluk amirine “*konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar*” dışında arama emri verme yetkisine ilişkindir. 5237 s. CMK’nın ilk halinde bulunmayan kolluk amirine arama yetkisi daha sonra sınırlı olarak kanuna eklenmiştir. Bu düzenleme Türk hukukunda kolluğa olan güvensizliği göstermektedir. Bu sınırlı yetkinin kaldırılması ileri sürülmüşse de buna gerek olmadığı, suç ile mücadele çerçevesinde böyle bir hükme ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. Nitekim farklı ülkelerde de benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Temel sorun uygulamadır ve kötü uygulamanın çözülmesi gerekmektedir.



Mevzuatta asıl düzenlenmesi gereken sorun Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin emriyle yapılacak aramaların elkoyma tedbirine başvurulmaması halinde hakim onayından geçmemesine ilişkindir. Doktrinde bu sorunun Anayasa'daki hükümlerin uygulanması ile çözülebileceği ifade edilmekte, fakat uygulamada buna başvurulmamaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan haller ile somutlaşan istisnalar rejimi üzerinden kuralların ve yasal güvencelerin aşındırılmasına ve geniş bir denetimsiz alanın inşasına neden olan bu durumun hakim onayı şartı ile düzeltilmesi gerekmektedir.

Son olarak uygulamadaki sorunlar adli aramada gecikmesinde sakınca bulunan haller ile ilgili en önemli sorunu oluşturmaktadır. Uygulamada istisnalar kurala dönüşmüş, haksız ve keyfi uygulamalar normalleşmiş, hakim kararı şartı bir formalite dönüşmüştür. Hem Türk hukukunda hem de örnek olarak incelediğimiz Alman ve ABD hukukunda uygulamadaki bu durum ciddi eleştiri konusu olmuştur. İncelediğimiz yargı kararları çerçevesinde bu sorunun çözümüne ilişkin çeşitli kriterlere değinmekte fayda bulunmaktadır.

Uygulamadaki sorunlar öncelikle keyfiligi azaltacak kriter ve yükümlülüklerin ihdası ile mümkündür. Bunun için bu hale dayanılarak yapılan aramaların açık ve denetlenebilir şekilde belgelendirilmesi gerekmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hale başvuran makamlar aciliyet arz eden koşulları, delillerin neden kaybolma tehlikesi altında olduğunu, zaman baskısının gerekçesini somut olayla ilişkilendirerek arama emrinde açıklamak zorundadırlar. Genel ve yüzeysel ifadeler gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı için yeterli olmayacaktır. Spekülasyona, varsayımlara dayanarak bu tehlikenin varlığı kabul edilemeyecektir. Somut olayla ilişkilendirilen gerekçelerin arama emrinde belirtilmesi keyfiligin azaltılması için hayati önem taşımaktadır. Nitekim AÖAY m. 7/3'te Cumhuriyet savcısına ulaşamayan haller için düzenleme yapmıştır. Fakat bütün gecikmesinde sakınca bulunan haller için bu şartın sıkı bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Ulusal yargı kararları, AİHM ile Alman ve ABD hukukunda incelediğimiz mahkeme kararları bu hususa önemle vurgu yapmaktadır.

Uygulamadaki sorunları çözmek için bir diğer önemli gereklilik aramadan sonra etkin ve titiz bir hakimlik denetiminin yapılmasıdır. AİHM hakim kararı olmadan yapılan aramalarda etkili ve titiz bir ex

post factum denetimin önemine hemen her kararında vurgu yapmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunan halin şartları oluşmadan yapılan haksız bir aramanın hakim onayı alamayacağı ve hukuka aykırı kabul edileceğini bilen soruşturma makamları delillerin zayi olmaması adına çok daha dikkatli hareket edecektir. Türk hukukundaki durum ise maalesef tam tersidir. Titiz bir denetim yapan ve hukuka aykırılık kararı veren sulh ceza hakimlerinin kararları kanun yararına bozma yoluyla Yargıtay'dan dönmektedir. Aramanın sonuçsuz kaldığı aramalar ise zaten hakimlik denetiminin dışında kalmaktadır. Kanaatimizce bu konuyla ilgili en temel sorun burada yatmaktadır. Yapılabilecek en güçlü çözüm hamlesi de bütün arama kararlarını hakim onayına sunmak ve uygulamanın daha etkili ve temel hak özgürlükleri de gözetilen dengeli bir yol izlemesini sağlamaktır.

Sonuç olarak mevzuattaki düzenlemelere ve uygulamadan kaynaklanan sorunlara ilişkin çözüm önerimiz mevzuatta belirtilen değişikliklerin yapılması ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelerin artırılmasıdır. Uygulamaya ilişkin sorunlar kısmen mevzuatla kısmen hukuk kültürünün ve bilincinin daha çok içselleştirilmesi ile çözülebilecektir.

| <b>YAZAR BEYANI</b>                       |  |
|---|--|
| <b>Mali Destek/Teşekkür Beyanı:</b>       | Bulunmamaktadır.   |
| <b>Yazarların Katkıları</b>               | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.                                  |
| <b>Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı</b> | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| <b>Etik Kurul Onayı:</b>                  | Gerekmemektedir.   |

### **KAYNAKÇA**

Aldemir, Hüsnü. Adli - Önleme Arama ve Elkoyma. Ankara: Bilge Yayınevi, 2012.

Apaydın, Cengiz. Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.

Beulke, Werner. Strafprozessrecht. Augsburg: C.F. Müller Verlag, 2004.

Birtek, Fatih. *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

Centel, Nur ve Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.

Çöpoğlu, Hakan Serdar. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

Donay, Süheyl. *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2009.

Donay, Süheyl. *Ceza Yargılama Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.

Dülger, Murat Volkan ve Taşkın, Şaban Cankat. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.

Erem, Faruk. *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh)*. Ankara: 1996.

Gercke, Björn, "StPO § 105 Verfahren bei der Durchsuchung". İçinde Heidelberg Kommentar zur StPO. ed. Björn Gercke, Karl-Peter Julius, Dieter Temming ve Mark A. Zöllner. Freiburg: Verlag C. F. Müller, 2012.

Gökçen, Ahmet vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

Greven, Michael, "StPO § 98 Verfahren bei der Beschlagnahme". İçinde Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, ed. Christoph Barthe ve Jan Gericke. München: Verlag C.H.Beck, 2023.

Gusy, Christoph. "BVerfG, 20. 2. 2001—2 BvR 1444/00. Richter vorbehalt bei „Gefahr im Verzug“". *JuristenZeitung*. Nr. 20 (2001 (51 Jahrg.)): 1029-1036.

Hall, Daniel E. *Criminal Law and Procedure*. New York: Delmar Cengage Learning, 2012.

Hauschild, Jörn, "StPO § 105 [Anordnung; Ausführung]". İçinde Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, Band 1: §§ 1-150 StPO, ed. Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider. München: C. H. Beck Verlag, 2023.

Hegmann, Sigrid, "StPO § 105 Verfahren bei der Durchsuchung". İçinde Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, ed. Jürgen Graf. München: C. H. Beck Verlag, 2024.

Huff, John Mark. "Warrantless Entries and Searches Under Exigent Circumstances: Why Are They Justified and What Types of Circumstances Are Considered Exigent". *University of Detroit Mercy Law Review*. 87/3 (2009): 373-414.

Hussels, Martin. *Strafprozessrecht-schnell erfasst*. Berlin: Springer-Verlag, 2014.

İnci, Z. Özen. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 65/4 (2016): 1997-2046.

Jia, Di, Spooner, Kallee ve Del Carmen, Rolando V. "An Analysis and Categorization of US Supreme Court Cases Under the Exigent Circumstances Exception to the Warrant Requirement". *George Mason University Civil Rights Law Journal*. 27/1 (2016): 37, 76.

Kahraman, Mehmet. "Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama". *Yargıtay Dergisi*. 33/3 (2007): 327, 390.

Karakoyunlu, Mert. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Ekseninde Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı". *International Anatolia Academic Online Journal Social Sciences Journal*. 8/1 (2022): 6-23.

Koper, Murat. *Ceza Yargılamasında Arama ve Elkoyma* Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.

Kudlich, Hans. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck Verlag, 2006.

Kunter, Nurullah ve Yenisey, Feridun. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1998.

Kunter, Nurullah ve Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2010.

Meyer-Grossner, Lutz ve Schmitt, Bertram. *Strafprozessordnung*. München: Verlag C.H. Beck, 2015.

Noyan, Erdal. *Ceza Muhakemesi*. Ankara, 2005.

Önder, Ayhan. "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Arama". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 29/3 (1963): 424, 457.

Özbek, Veli Özer. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.

Özbek, Veli Özer, Bacaksız, Pınar. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama". Ceza Hukuku Dergisi. 1/1 (2006): 145, 206.

Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar. Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.

Özen, Mustafa. Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Öztürk, Bahri vd. Anahatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi 2023.

Öztürk, Bahri ve Tezcan, Durmuş ve Erdem, Mustafa Ruhan. Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara, 2022.

Park, Tido. Beschlagnahme and Durchsuchung. Münschen: C.H. Beck, 2022.

Player, Mack Allen. "Warrantless Searches and Seizures". Georgia Law Review. 5/2 (1970): 269, 293.

Roxin, Claus ve Schünemann, Bernd. Strafverfahrensrecht. Münschen: C. H. Beck, 2017.

Scheb, John. M. Criminal Law and Procedure. Belmont: Cengage Learning, 2008.

Signorelli, Walter P. Criminal Law, Procedure, and Evidence. Florida: CRC Press, 2011.

Soyaslan, Doğan. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.

Şahin, Cumhur. Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.

Şahin, Cumhur ve Göktürk, Neslihan. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.

Şenol, Cem. Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Taner, Tahir. Ceza Muhakemeleri Usulü. İstanbul: Duygu Matbaası, 1950.

Toroslu, Nevzat ve Feyzioğlu, Metin. Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.

Ünver, Yener ve Hakeri, Hakan. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Yaşar, Osman ve Otacı, Cengiz. Yeni İçtihatlarla Yorumlu ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu I. Cilt. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.

Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.

Yurtcan, Erdener. Ceza Yargılaması Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.

### **İnternet Kaynakları**

- “ABD Anayasası”, <http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>.
- “Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası”, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.
- “Büyük Türkçe Sözlük”, <http://www.tdk.gov.tr>.
- “Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası”, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>.
- “HUDOC ECHR Database”, <https://www.echr.coe.int/hudoc-database>.
- “Legalbank İçtihat Veritabanı”, <https://legalbank.net>.
- “Lexpera İçtihat Veritabanı”, <https://www.lexpera.com.tr>.
- <https://dejure.org/>

### **Mahkeme Kararları**

#### **Yargıtay**

Y. CGK., E. 2009/160 K. 2009/264 T. 17.11.2009. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2013/14070 K. 2014/8491 T. 5.5.2014. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2013/17333 K. 2014/9493 T. 12.5.2014. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. CGK., E. 2014/166 K. 2014/514 T. 25.11.2014. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2014/1269 K. 2014/20809 T. 08.12.2014. <https://legalbank.net>

Y. 7. CD., E. 2014/2979 K. 2015/15219 T. 15.4.2015. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2014/23490 K. 2015/20388 T. 19.10.2015. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2014/30389 K. 2016/9769 T. 29.9.2016. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 1. CD., E. 2016/6175 K. 2017/253 T. 6.2.2017. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2015/18389 K. 2017/9112 T. 9.11.2017. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 10. CD., E. 2018/786 K. 2018/4486 T. 24.5.2018. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 20. CD., E. 2018/1394 K. 2018/4241 T. 15.10.2018. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. CGK., E. 2016/75 K. 2019/18 T. 17.1.2019. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2021/419 K. 2021/2555 T. 22.2.2021. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2021/4375 K. 2021/15668 T. 24.11.2021. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 10. CD., E. 2022/352 K. 2023/10693 T. 6.12.2023. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 10. CD., E. 2023/12126 K. 2023/10643 T. 6.12.2023. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 8. CD., E. 2021/9409 K. 2023/9760 T. 11.12.2023. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 10. CD., E. 2023/17627 K. 2023/10997 T. 13.12.2023. <https://www.lexpera.com.tr>

#### **AYM**

Mehmet Cengiz ve Rıdvan Cengiz, B. 2019/21704 T. 20.9.2023. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

Ali Turan, B. 2016/11516 T. 28.11.2019. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

Jakop Gabriel, B. No: 2013/2392, 15/4/2015. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

Hasan Akboğa, [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

### **AİHM**

Bakradze/Gürcistan, B. No:21074/09, (AİHM 10 Aralık 2020). <https://www.echr.coe.int/hudoc-database>.

K.S. ve M.S./Almanya, B. No: 33696/11, (AİHM 6 Ekim 2016). <https://www.echr.coe.int/hudoc-database>.

Kuzminas/Rusya, B. No: 69810/11, (AİHM 21 Aralık 2021). <https://www.echr.coe.int/hudoc-database>.

Smirnov/Rusya, B. No 71362/01, (AİHM 7 Haziran 2007). <https://www.echr.coe.int/hudoc-database>.

Tortladze /Gürcistan, B. No: 42371/08, (AİHM 18 Mart 2021). <https://www.echr.coe.int/hudoc-database>.

### **Alman Anayasa Mahkemesi**

BVerfG, 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00. <https://dejure.org/> (E.T.: 11.02.2024).

### **Amerikan Yüksek Mahkemesi**

Warden v Hayden, 387 U.S. 294 (1967). <https://supreme.justia.com/>  
Johnson v United States, 333 U.S. 10 (1948). <https://supreme.justia.com/>

Roaden v Kentucky, 413 U.S. 496 (1973). <https://supreme.justia.com/>  
Brigham City v Stuart, 547 U.S. 398 (2006). <https://supreme.justia.com/>

Mincey v Arizona, 437 U.S. 385 (1978). <https://supreme.justia.com/>

Riley v California, 573 U.S. 373 (2014). <https://supreme.justia.com/>

Vale v Louisiana, 399 U.S. 30 (1970). <https://supreme.justia.com/>

Welsh v Wisconsin, 466 U.S. 740 (1984). <https://supreme.justia.com/>





## **KAMU İHALE SUÇLARINDAN ÖTÜRÜ UYGULANAN HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ İDARE HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI**

*Consequences of the Decision to Suspension of the  
Pronouncement of the Judgement due to Public Procurement  
Crimes in Terms of Administrative Law*

**Doç. Dr. Aynur HASOĞLU\***

**Öğretim Görevlisi Hasan KOÇYİĞİT \*\***

### **ÖZET**

Kamu ihale suçlarından verilen Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB), mahkûmiyeti askıya alan bir karardır. Onun belli bir süre daha hukuki sonuç yaratmayacak olması, ihalede gerçekleştirilen yasak fiillerden ötürü uygulanan; kamu ihalelerine katılmaktan

---

\* Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku ABD., e-posta: aynurhasoglu@erciyes.edu.tr, ORCID: [0000-0003-4293-2749](https://orcid.org/0000-0003-4293-2749).

\*\* Kayseri Üniversitesi Sosyal Bilimler MYO, Adalet Programı, Öğretim Görevlisi, Erciyes Üniversitesi, e-posta: hasankocyigit@kayseri.edu.tr, ORCID: [0000-0001-6461-2944](https://orcid.org/0000-0001-6461-2944).

**Makale Geliş Tarihi:** 31.01.2024

**Makale Kabul Tarihi:**05.07.2024

⇒ **Atıf Şekli:** Aynur Hasoğlu ve Hasan Koçyiğit “Kamu İhale Suçlarından Ötürü Uygulanan Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının İdare Hukuku Açısından Sonuçları”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 963-1016.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



yasaklanma, görevden el çektirme, kamu görevlisine para cezası uygulanması, tüzel kişiler hakkında idari para cezası uygulanması, zarar ziyanın tazmini, ihalenin iptali ve feshi, memuriyetten çıkarılma ve disiplin cezası gibi idari yaptırımlar üzerinde 'belirsiz' bir olumsuz etkide bulunabilmektedir.

Çalışmamız bir bütün halinde; kamu ihale suçlarından verilen HAGB kararının, idare hukuku açısından sonuçlarının neler olduğuna ilişkin bir değerlendirme amacı taşımaktadır. Bu sebeple öncelikle kamu ihale suçları açısından geçerli olan cezai ve idari yaptırımlar incelenmiş, daha sonra cezai yaptırımın sonucu olarak uygulanabilen HAGB kurumu değerlendirilmiş ve nihayetinde HAGB kurumunun idare hukuku açısından sonuçları üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda konu hakkında hem idare hem ceza hukuku çalışmalarına hem de güncel yüksek mahkeme kararlarına yer verilmiştir.

Çalışmanın sonuç kısmında, HAGB kurumu ile idari yaptırımların birbirine uygun hale getirilmesi için yapılması gerekenler konusunda hem uygulayıcılara hem de Kanun Koyucu'ya yol göstereceğini düşündüğümüz sonuçlara ulaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu İhalesi, İdari Yaptırımlar, Kamu İhale Suçları, Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması.

## **EXTENDED ABSTRACT**

Public institutions and organizations in Turkey, for their needs like goods procurement, service procurement, construction, and leasing activities, can conduct these either directly through administrative units or by outsourcing to private legal entities. However, unlike private individuals, administrative authorities are bound to operate within a set of pre-established rules, a necessity for achieving public welfare. These rules are generally referred to as public procurement. Public procurement can be defined as the process and procedures related to the selection of private legal entities for various activities such as procurement of goods, services, construction, and leasing. There are two primary laws governing the procurement activities of administrative authorities: the State Procurement Law (No. 2886 of

1983) and the Public Procurement Law (No. 4734 of 2002), with the addition of the Public Procurement Contracts Law (No. 4735 of 2002). The Public Procurement Law has a broader scope than the State Procurement Law, both in terms of administrative units and activities covered. In the context of public procurement contracts, various administrative sanctions can be applied in certain situations, including bans from public tenders, removal from office, financial penalties to public officials, administrative fines for legal entities, compensation for damages, cancellation and termination of contracts, removal from public service, and disciplinary actions. Additionally, there are crimes specifically related to public procurement, such as bid rigging and fraudulent performance of a contract, outlined in Articles 235 and 236 of the Turkish Penal Code. Apart from these, during the procurement process and the execution phase of the contracts, crimes like forgery, embezzlement, bribery, extortion, and abuse of office can also occur. However, this study will specifically focus on the crimes of bid rigging and fraudulent performance of a contract.

In this study, the focus will initially be on both criminal and administrative sanctions applicable in public procurement processes. Administrative sanctions are penalties imposed directly by administrative authorities without judicial intervention, as allowed by law. These sanctions are of an administrative nature and are executive in character. Criminal sanctions, on the other hand, are punishments or measures imposed by judicial authorities for acts defined as crimes by law prior to their commission. These can include imprisonment, life imprisonment, and judicial fines. After discussing the administrative and criminal sanctions in public procurement, the study will examine the concept of deferred announcement of verdicts, evaluating its application within the context of criminal sanctions.

The concept of deferring the announcement of a verdict, in the context of intentional crimes committed by first-time offenders with no criminal record, involves suspending the disclosure of a court-imposed judicial fine or imprisonment sentence of less than two years for a probation period. If the probation is completed satisfactorily, the offender's sentence may be dropped, effectively suspending the conviction's legal consequences and preventing the individual from

acquiring a criminal record, contingent upon meeting certain conditions. This study aims to assess the implications of this mechanism within the realm of administrative law, particularly concerning public procurement crimes. It will first address both criminal and administrative sanctions relevant to public procurement processes, then evaluate the deferral mechanism within the criminal sanctions process, and finally, discuss the consequences of this mechanism in administrative law. This analysis will incorporate aspects of both administrative and criminal law, and judicial decisions will be referenced as appropriate.

**Keywords:** Public Procurement, Administrative Sanctions, Public Procurement Crimes, Ban on Participation in Public Tenders, Suspension of the Pronouncement of the Judgement.

## **GİRİŞ**

Gerçek ve tüzel kişiler, kişisel ve temel ihtiyaçlarını karşılamak için hizmetlere ve mallara ihtiyaç duyar. Bu ihtiyaçlar genelde serbest piyasadan özgürce temin edilir. Benzer şekilde kamu kurum ve kuruluşları, görevlerini ifa etmek için birçok hizmet ve mala ihtiyaç duyar. Bu ihtiyaçlar; eğlence, sosyal aktivite, sağlık, eğitim, temiz suya erişim, elektrik ihtiyacını karşılama, tarımsal gelişmenin desteklenmesi gibi geniş bir yelpazeye yayılır. Kamu kurum ve kuruluşları ihtiyaç duyduğu bu mal ve hizmetleri kendisi üretebilir fakat daha ucuza bunlara ulaşmanın mümkün olduğu serbest piyasa ekonomisinde genelde bu yöntem benimsenmez. Bu nedenle kamu kurum ve kuruluşlarının serbest piyasadan ihtiyaçlarını temin etmesine daha sık rastlanır. Bu temin işlerinin daha sağlıklı yapılabilmesi, kamu kaynaklarının en tasarruflu şekilde kullanılması için kamu kurum ve kuruluşları için ihale yöntemleri benimsenmiştir. Bir ihtiyaca ilişkin ihalenin onaylanmasından itibaren, ihaleye çıkılması, ihale sonucunun sözleşmeye bağlanması, sözleşmedeki yükümlülüğün yerine getirilmesi sırasında bir takım kurallar devreye girer. Bu kurallar ihale kanunlarıyla getirilmiştir. İhaleye ilişkin bu kurallara aykırılığın sonucunda; cezai, idari ve hukuki birçok yaptırım gündeme gelebilmektedir.

Kanun Koyucu, ihaleler konusunda tek bir kanuni düzenleme ile yetinmemiştir. Seksenli yıllarda tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihaleleri Devlet İhale Kanunu (DİK) çerçevesinde yürütülmekteydi. DİK; alım, satım, yapım, kiralama, taşıma, hizmet gibi tüm kamu ihalelerini kapsayıcı hükümler barındırmaktaydı (DİK m.1/1). Bu Kanun, sayılan bu ihale işlemleri ve bunların sözleşmelerinin ifasına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler barındırmaktaydı. Zamanla bu Kanun kamu ihaleleri için yetersiz kalınca, 2002 tarihinde Kamu İhale Kanunu (KİK) yürürlüğe girmiştir. Bu kanun DİK'i yürürlükten kaldırmamış, sadece sınırlandırmıştır. KİK, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan; her türlü mal, hizmet alımı ve yapım işlerinin sadece ihale sürecine ilişkin düzenlemeler barındırmaktadır. KİK'de düzenlenmemiş konularda DİK hükümleri uygulanmaya devam etmektedir (KİK m.68). DİK sadece; kamuya gelir getirici<sup>1</sup>; satım, kiralama, trampa ve mülkiyetten ayrı aynı hak tesisine ilişkin ihaleler için uygulanacak şekilde daraltılmıştır.<sup>2</sup> KİK'e göre yapılan ihalelerinin sözleşme sürecinin düzenlenmesi için, KİK ile aynı tarihte Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) yürürlüğü girmiştir. Bu Kanun'un amacı sözleşme sonrası uygulanacak kuralları belirlemektir. Şu an kamu ihaleleri konusunda her üç kanunda yürürlükte. Bu kanunların dışında ihale hükümleri barındıran özel kanunlar da vardır.<sup>3</sup> Kısaca; DİK, kamuya gelir getiren satım, kira, trampa gibi işlerin ihale ve sözleşme sürecine uygulanır.<sup>4</sup> KİK; hizmet ve mal alımı, yapım işleri konusunda yapılacak ihalelere uygulanır. KİSK ise, KİK hükümlerine göre yapılan ihalelerinin sonucunda imzalanacak sözleşmelere ve sözleşme sonrasına ilişkin hükümlere uygulanır.

---

<sup>1</sup> Ünal Nurdoğan, Ramazan Erol ve Mesut Erol, İhale ve Sözleşme Yönetimi Süreçlerinde Kamu Görevlilerinin Cezai-İdari-Mali Sorumlulukları (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2015), 35; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, 2022), 303; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, 2023), 943; Ramazan Yıldırım ve Serkan Çınarlı, Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt-1, (Ankara: Astana Yayınevi, 1. Baskı, 2018), 374.

<sup>2</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, 2023), 534.

<sup>3</sup> Leyla Bakır Az, Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uyarınca Verilen İhaleden Yasaklanma Kararları, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2023), 20.

<sup>4</sup> Bakır Az, İhaleden Yasaklanma Kararları, 13, 23.

HAGB; kasıtlı suçlardan sicili temiz olan faile, işlediği bir suçtan ötürü mahkemece verilen adli para cezası veya iki yılın altındaki hapis cezasının, hükmedilen denetim süresi boyunca açıklanmamasına hizmet eden, cezalandırma baskısı altında yürüyen denetim süresinin iyi halli geçirilmesi halinde, sürenin sonunda failin cezasının düşmesine olanak sağlayan, ceza mahkûmiyetinin hüküm doğurmasını askıya alan, faili hükümlü konumuna sokmaya mani olan, mahkûmiyetin şarta bağlı düşmesine hizmet eden bir kurumdur.

Bu çalışmada önce kamu ihale suçları, arkasından HAGB kurumu incelenmiştir. Bundan sonra ise; hem cezai hem de idari yaptırımlar barındıran kamu ihale suçları ile suça ilişkin hükmün açıklanmasını öteleyen HAGB kurumunun idare hukuku yaptırımları üzerindeki etkileri irdelenmiştir.

## I. KAMU İHALE SUÇLARI

Kamu ihale suçları, Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) düzenlenmiş olan ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarıdır (TCK m.235,236). Bunun yanında ihale sürecinin yürütülmesi veya sözleşmenin ifası sırasında tarafların TCK'de düzenlenmiş başka suçları işlemesi de mümkündür. Bunlar; belgede sahtecilik, zimmet, rüşvet, irtikap, görevi kötüye kullanma gibi suçlardır. İhale sürecinde işlenebilecek diğer suçların incelenmesi bu makalenin sınırlılıklarını aşacağı için çalışmada sadece ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları incelenecektir. Bunun yanında ileride yapılan açıklamalar sırasında, ihale suçları denince TCK'de düzenlenmiş diğer suçlar da akla gelmelidir.

### A. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

İhaleye fesat karıştırma suçu; KİK ve DİK'e tabi bir ihalede, kamu kurum ve kuruluşları adına mal ve hizmet alımı, satımı, kiralaması yapılırken ihalenin, kanunlara uygun şekilde yapılmasını sağlamak, kamu zararına sebep olacak davranışları engellemek amacıyla TCK'ye eklenmiş bir suçtur.

İhaleye fesat karıştırma suçu, seçimlik hareketli bir suçtur.<sup>5</sup> Bazı seçimlik hareketleri gerçekleştirebilmek için mutlaka hileli hareketler

<sup>5</sup> Veli Özer Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2021),764.

sergilemek gerekir (TCK m.235/2-a). Sadece hileli davranışlarla işlenebildiği için bunlar bağlı hareketli suçtur. Bazı seçimlik hareketleri işleyebilmek için Kanun Koyucu, bağlı hareketler öngörmemiştir. Bunlar her türlü hareketle işlenebildiği için serbest hareketli suçlardır (TCK m. 235/2-b,d). Suçun bazı hallerini gerçekleştirebilmek için ise; cebir ve tehdit kullanmak gerekir. Bunlar en az iki hareketle işlenebilen ‘birden fazla hareket’ gerektiren suçlardır (TCK m. 235/2-c).

Kanun Koyucu, failin cezalandırılabilmesi için kamu kurum ve kuruluşunun zarar görmesini suçun unsuru olarak göstermemiştir.<sup>6</sup> Bu nedenle zarar suçu değil, tehlike suçudur. Bunun yanında zararın oluşmadığı durumlarda faile daha az ceza verilmektedir. Kanun Koyucu bu durumu daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlemiştir (TCK m. 235/3-b).

Fail, kişilerin ihale sürecine katılmasını engellemek amacıyla cebir veya tehdide başvurursa; cebir ve tehditten ayrıyeten cezaya hükümlenmez. Bu durumda bileşik suç hükümleri uygulanır<sup>7</sup> (TCK m. 42, 235/3-a). Fail, kasten yaralamanın daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hallerini işlerse veya cebirde ölçüyü aşarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hallerinden birini gerçekleştirirse, faile ayrıyeten nitelikli yaralama veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçlarından ceza verilir. Ayrıca fail, tehdit suçunun nitelikleri hallerini uygulayarak suçu işlerse, tehdit suçundan ayrıca ceza verilir. Bu durumda bileşik suç hükümleri uygulanmaz, gerçek içtima hükümleri uygulanır (TCK m. 86/3, 87; 106/2,3).

İhaleye fesat karıştırma suçuna, özel bir içtima hükmü eklenmiştir. “İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar” (TCK m.235/4). İhaleye fesat karıştırma suçunda menfaat temin eden görevliler, menfaate konu; rüşvet, irtikap, nüfuz ticareti, göçmen kaçakçılığı gibi suçlardan ötürü ayrıyeten cezalandırılır. Bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanır (TCK m. 235/4).

---

<sup>6</sup> Fatih Birtek, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Bakımından Kamu Zararı ve Tespiti”, CHD, 44/ Aralık (2020): 745, Özbek’e göre ise bir zarar suçudur. Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku,754.

<sup>7</sup> Behiye Eker Kazancı, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2011), 203.



Kanun Koyucu suçta konu ihaleleri, kamu kurum ve kuruluşlarının nezdinde düzenlenen ihalelerle sınırlanmamıştır. Kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma ve eksiltmeleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ihalelerini, bunların iştiraki ile kurulan şirketler ve vakıfların ihalelerini, kamu yararına çalışan derneklerin ihalelerini, kooperatifler için tertip edilen 'alım, satım ve kiralama' işlerinin söz konusu olduğu ihaleleri de kapsamına almıştır (TCK m.235/5).

İhaleye fesat karıştırma suçunun özgü suç olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide çoğunluk, ihaleye fesat karıştırma suçunu herkesin işleyebileceğini, bu nedenle özgü bir suç olmadığını savunur.<sup>8</sup> Bunun yanında bazı fıkralar yönünden özgü suç olduğunu savunanlar da vardır.<sup>9</sup> Yargıtay ise, bazı fıkralarda düzenlenen seçimlik hareketlerin özgü suç olduğu görüşündedir.<sup>10</sup>

## **B. Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu**

Kamu kurum ve kuruluşlarının düzenlediği ihalelerde, taraflar arasında kurulan sözleşmenin ifasına, Kanun Koyucu'nun gösterdiği seçimlik davranışlarla hile katılması, edimin ifasına fesat karıştırma suçu olarak düzenlenmiştir (TCK m. 236). Öğretide; suçun işlemesi için ihale sonrası imzalanan bir sözleşmenin söz konusu olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide bazı görüş sahiplerine göre; bu suçun söz konusu olabilmesi için ihale sonrası, ilgili kuruluşla yapılan sözleş-

<sup>8</sup> Ercan Poyraz, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", Terazi Hukuk Dergisi, 8/83 (Temmuz 2013): 19; Berrin Akbulut, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", CHD, 9/ Nisan (2009): 75; Salim Demirel, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Maddi Unsurunun 4734 Sayılı İhale Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, 9/ 100, (Aralık 2014): 575; Eker Kazancı, İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, 125; Necati Meran, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2014), 127.

<sup>9</sup> Evik'e göre; 235/2-a,d bentleri hariç özgü suç değildir. Ali Hakan Evik, "İhaleye Fesat Karıştırma suçunun Failin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", CHD, 12/ 33 (Nisan 2017): 34; Özbek'e göre ise; 235/2-b,d bentleri hariç özgü suç değildir. Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku,763.

<sup>10</sup> Hangi fıkraların özgü suç olduğu konusunda Yargıtay kararları arasında istikrar yoktur. Yargıtay bir kararında 235/2-a bendindeki suçların özgü suç olduğunu kabul eder, Yargıtay 5.CD'nin 05.05.2016 gün ve 2014/2923 E ve 2016/4679 K sayılı kararı. Bir başka kararında ise 235/2-a,b,d bentlerindeki suçları özgü suç olarak kabul eder. Yargıtay 5.CD'nin05.05.2014 gün ve 2013/14650 E ve 2014/5011 K sayılı kararı (kazancı.com Erişim Tarihi 19.12.2023).

meyle yükümlülük altına girilmiş olması gerekir<sup>11</sup>. Bazı görüş sahiplerine göre ise; ihale sonrası sözleşme ile yükümlülük altına girilmiş olması şart değildir. Kamu kurum kuruluşlarına karşı taahhüt altına girilen sözleşmeye aykırı davranarak suçun işlenmesi mümkündür.<sup>12</sup> Kanun Koyucu, suçun konusunu kamu kurum ve kuruluşları ile ihale sonrası yapılan sözleşmelerin ifası ile sınırlamadığını birinci fıkrada göstermiştir. Zira kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşları, bunların iştiraki ile kurulmuş şirketler ve bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girildiğinde bile suçun işlenebilmesi mümkündür. Bu kurumlar çoğunlukla ihale yöntemine başvurmaz. Bu nedenle bu kurumlarla ihale sonrası, ihale sözleşmesi yapma yükümlülüğü de söz konusu olmaz. Örneğin; bir kooperatife karşı yükümlülük altına giren kişi, bu suçu işleyebilir.<sup>13</sup> Yargıtay'ın bu görüşe uygun kararları vardır.<sup>14</sup>

TCK'de suçun işlenebilmesi için birçok seçimlik hareket sunulmuştur. Fail bu seçimlik hareketlerden en az birisini gerçekleştirerek suçu işleyebilir<sup>15</sup>. Bu seçimlik hareketlerin bazıları özgü suçtur.<sup>16</sup> Öğretide, özgü suç olmadığını savunanlar da vardır.<sup>17</sup> Bunun yanında tüm seçimlik hareketlerin hepsini özgü suç sayanlar da vardır.<sup>18</sup>

- 
- 11 Nazlı Hilal Demir, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", *Fasikül Hukuk Dergisi*, 41/ Nisan (2013): 25; Berrin Akbulut, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", *CHD*, 10 (Ağustos 2009): 43; Eker Kazancı, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*, 216.
- 12 Nurdoğan Ünal, *İhale Suçları, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2017), 157.
- 13 Kanun Koyucu her ne kadar ikinci fıkrada; her seçimli hareket için 'ihaleden' bahsetmiş olsa da birinci fıkra ile birlikte değerlendirildiğinde ihale sonrası imzalanmış bir sözleşmenin varlığına ihtiyaç olmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür.
- 14 Yargıtay 5.CD'nin 10.06.2015 tarih ve 2013/8687 E ve 2015/12335 K sayılı kararı (kazancı.com, Erişim Tarihi09.01.2024).
- 15 İlhan Gülel, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", *TAAD*, 9/ 33 (Ocak 2018): 775; Hatice Sarıtaş, "İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları", *Sayıştay Dergisi*, 20/ 73 (Nisan 2009): 63.
- 16 Akbulut, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", 54; Gülel, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu" s. 775.
- 17 Gülel, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", 760; Demir, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", 27.
- 18 Özбек, *Ekonomi Ceza Hukuku*, 848; Nurdoğan, *İhale Suçları, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma*, 161.

Suç ancak Kanun Koyucunun gösterdiği hareketlerle işlenebildiği için bağlı hareketli bir suçtur.<sup>19</sup>

Edimin ifasına fesat karıştırma suçuna ilişkin özel bir içtima hükmü düzenlenmiştir. “Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar” (TCK m. 236/3). Suçun işlenmesi için failin menfaat temin etmesi unsur olarak düzenlenmemiştir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlerken menfaat temin eden görevliler, menfaate konu; rüşvet, irtikap, nüfuz ticareti, göçmen kaçakçılığı gibi suçlardan ötürü ayrıyeten cezalandırılır. Bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanır.

## II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

HAGB, mahkemelerin hükmettiği belirli ağırlıktaki mahkûmiyetleri, belli bir süre askıya alan, denetim süresinin iyi halli geçirilmesi ile askıdaki mahkûmiyeti şarta bağlı olarak düşürebilen, cezaya alternatif bir kurumdur. İstisnai bazı suçlar dışında hemen her suçta HAGB kurumuna başvurulması mümkündür.<sup>20</sup> Kanundaki soyut ceza miktarı ne olursa olsun, cezanın bireyselleştirilmesi nihayetinde, somut ceza iki yıl<sup>21</sup> ve daha az miktarda çıkarsa, HAGB’ye ilişkin aşağıda açıklanan ön şartları taşıyan fail hakkında HAGB kararı verilmesi mümkündür.

### A. Şartları

Faile mahkeme tarafından hükmedilen mahkûmiyetin miktarı, iki yıl ve daha az hapis veya adli para cezası olmalıdır. Kanun Koyucu’nun esas aldığı, ceza normundaki soyut ceza miktarı değildir. Ceza bireyselleştirildikten sonra hükmedilen miktar esas alınmaktadır.

<sup>19</sup> Akbulut, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, 55; Eker Kazancı, İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, 225.

<sup>20</sup> İnkılap Kanunlarında düzenlenen suçlar (Anayasa 174, Ceza Muhakemesi Kanunu m.231/14), Çek Kanununda düzenlenen suçlar (Çek K. m.5/10), şike ve teşvik primi suçlarında (Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun m. 11/9) hakkında HAGB kararı verilemez.

<sup>21</sup> İhaleye fesat karıştırma suçunda, suçun temel hali üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasını gerektirmektedir. Kamu kurumunda zarar meydana gelmezse kural olarak bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasını gerektirmektedir. Nitelikli bazı hallerde ceza miktarı beş yıl olarak kabul edilmiştir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Soyut cezanın hesaplanması sonucunda somut ceza miktarı iki yıl ve daha az çıkarsa HAGB kararı verilebilir (TCK m. 61).

Suçun özel görünüş yöntemleri, nitelikli haller ve manevi unsur gibi ceza hukukuna ilişkin kurumlar bu çalışmanın sınırlılıkları dışında kalmaktadır. Fakat ihale suçlarından ötürü faile verilecek hapis cezalarının miktarı hesaplanırken; olası kast, daha az cezayı gerektiren nitelikli haller, teşebbüs, iştirak, takdiri indirim nedenleri gibi ceza hukuku kurumları önem kazanmaktadır.<sup>22</sup> İndirim ve artırımların tatbik edilmesi nihayetinde sonuç ceza, iki yıl ve daha az miktarda hapis veya adli para cezası çıkarsa, HAGB kararı verilebilir (TCK m. 61, CMK m.231/5).

Mahkeme iki yıl ve daha az hapis cezasına hükmettikten sonra, diğer şartları da değerlendirerek HAGB kararı verebilir. Bu şartlar şunlardır: Failin daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkûmiyeti olmamalıdır. HAGB'ye konu mahkûmiyet, daha önce verilen bir HAGB kararının denetim süresinde işlenmemiş olmalıdır. Sanık, suçtan meydana gelen zararı karşılamış olmalıdır. Sanığın mahkemede ki tutum ve davranışlarından tekrar suç işlemeyeceği konusunda bir kanaat oluşmalıdır (CMK m.231/6).

HAGB kararı verilebilmesi için zarar; aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle giderilmiş olmalıdır. HAGB kararı verilmeden önce hangi zarar kalemlerinin tazmin edildiğinin belirlenmesi gerekir. Aşağıda ayrıntılı inceleneceği üzere, aynı zamanda ihale suçlarında da tazmin yükümlülüğü gündeme gelmektedir. Öncelikle ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçunda, zarar meydana gelmiş olması suçun oluşması için bir unsur değildir. Zira bu fiiller çoğunlukla tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Diğer ihale suçları için ise; ayrıca değerlendirme yapmak gerekir. Bu nedenle HAGB kararı verilmesi için tazmin edilmesi gereken zarar kalemlerinin neler olduğunun belirlenmesi gerekir. Öğretide çoğunlukla; sadece doğrudan oluşan maddi zararların istenebileceği, dolaylı ve yansıma zararların istenemeyeceği savunulur.<sup>23</sup> Ayrıca manevi

---

<sup>22</sup> Hasan Koçyiğit, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Özel Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adli Yargı Hakimliği Sınavlarına Hazırlık Kitabı-1”(Ankara: Murat Yayınları, 2015), 719.

<sup>23</sup> Ilgın Albayrak, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması(Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 137, 256; Rezan Epözdemir, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 217; Erhan Günay, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, 2010), 132; Enver Kumbasar,

zararların, bu zarar kalemlerine dahil edilemeyeceği görüşü hakimdir.<sup>24</sup> Yargıtay ise, istikrarlı bir şekilde ‘somut ve maddi olarak belirlenebilir’ zararların tazmin edileceğini, manevi zararların istenemeyeceğini söylemektedir..<sup>25</sup> Yargıtay birçok kararında sadece zarar suçlarında, tazminin gündeme geleceğini de söylemektedir.<sup>26</sup> Bu nedenle çoğu tehlike suçu olan ihale suçlarında, maddi zarar oluşmadığı için tazmin yükümlülüğü genellikle gündeme gelmez.<sup>27</sup>

Sanık hakkında birden fazla ihale suçundan yargılama yapıldığında bunların her biri için HAGB şartları ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

---

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012), 173; Ersan Şen ve Mert Maviş, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), 32; Emre Tulay, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25/ 4 (2021): 486; Mustafa Yabanoğlu, Ceza Muhakemesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, (Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2023), 66; Akif Yıldırım, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 298; Murat Volkan Dülger ve Şaban Cankat Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 11. Baskı, 2023), 754; Bahri Öztürk ve Diğerleri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, 2023), 659; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 11. Baskı, 2023), 852.

- <sup>24</sup> Epözdemir, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 211, 215; Kumbasar, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 175; Şen ve Maviş, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 29; Tulay, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme, 487; Can Yalçın, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2021), 210; Yıldırım, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 298.
- <sup>25</sup> Yargıtay CGK’nun 07.10.2021 tarih ve 2017/11-925 E ve 2021/452 K sayılı kararı; Yargıtay 9.CD’nin 23.06.2020 tarih ve 2020/4308 E ve 2020/671 K sayılı kararı; Yargıtay 4.CD’nin 5.10.2009 tarih ve 2009/13696 E ve 2009/15351 K sayılı kararı; Yargıtay 4.CD’nin 17.9.2012 tarih ve 2012/18549 E ve 2012/17156 K sayılı kararı; Yargıtay 11.CD’nin 19.1.2011 tarih ve 2009/2269 E ve 2011/132 K sayılı kararı (kazancı.com Erişim Tarihi09.01.2024).
- <sup>26</sup> Yargıtay 5.CD’nin 16.09.2014 tarih ve 2013/3678 E ve 2014/8473 K sayılı kararı; Yargıtay 3.CD’nin 21.12.2011 tarih ve 2011/38876 E ve 2011/24909 K sayılı kararı; Yargıtay 4.CD’nin 09.07.2008 tarih ve 2008/11256 E ve 2008/16085 K sayılı kararı (kazancı.com, Erişim Tarihi09.01.2024).
- <sup>27</sup> Kumbasar, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 169; Epözdemir, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması 202; Yalçın, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 206.

## **B. Hukuki Sonuçları**

HAGB'ye ilişkin yukarıda belirtilen şartlar mevcutsa mahkeme hesaplamış olduğu mahkûmiyetin açıklanmasını beş yıl boyunca geri bırakabilir.

HAGB, mahkemenin hükmettiği bir son karar değildir. HAGB kararı, iki parçalı bir yapıya sahiptir. Mahkemenin hesapladığı fakat açıklamayı askıya aldığı 'hüküm' ilk parçayı oluşturur. Bu hükme dayanarak verilen 'HAGB Kararı' ise ikinci parçayı oluşturur (CMK m.231/12). Birinci parçayı oluşturan 'hüküm', sanık hakkında beş yıl boyunca hukuki bir sonuç doğurmaz.<sup>28</sup> Hakkında HAGB kararı verilen sanık, beş yıl boyunca kasıtlı bir suç işlemez ve mahkemenin hükmettiği yükümlülükler uygun davranırsa beşinci yılın sonunda açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine hükmedilir (CMK m. 231/10). HAGB kararı bu haliyle şartlı bir düşme kararıdır.<sup>29</sup> Beşinci yılın sonunda iyi halli sanık hakkında düşme kararı verildiği için verilen cezanın bir mahkûmiyet kararı olduğu söylenemez. Bu süre zarfında sanık, kasıtlı yeni bir suç işlese veya yükümlülüklerine aykırı davranırsa hüküm açıklanır (CMK m. 231/11).

## **III. KAMU İHALE HUKUKUNDA YAPTIRIMLAR**

Kamu ihale hukukunda yasaklanan fiile aykırı davranış gerçekleştirilen kişiler için, hem cezai hem de idari yaptırımlar gündeme gelir.

### **A. Ceza Hukukuna İlişkin Yaptırımlar**

Kamu ihale suçlarını işleyen fail için; hapis cezası, adli para cezası ve güvenlik tedbirleri söz konusu olabilir. Mahkemenin hükmettiği cezalar; ertelenebilir, adli para cezasına veya alternatif yaptırımlara çevrilebilir. İhale suçlarından ötürü uygulanabilecek güvenlik tedbirleri; belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, müsadere, sınır dışı edilme ve tüzel kişiler için iznin iptalidir. Bütün yaptırımlara değinmek bu makalenin sınırlılıklarını aşacağı için, sadece idari yaptırımlar ile birbiri üzerinde etki doğurabilecek yaptırımlara değinilecektir.

---

<sup>28</sup> 2024 tarihinde 7499 sayılı Kanun'la CMK'nin 231. maddesinin 6. fıkrasında yapılan değişiklik ile müsadere kararları bundan istisna tutulmuştur. İhale suçuna mahkûmiyetle birlikte müsadere kararı verilirse, HAGB kararı verilse bile müsadere kararı uygulanmaya devam eder.

<sup>29</sup> Albayrak, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 75.

## 1. Ceza Yaptırımları

İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma, ceza yaptırımı olarak sadece hapis cezasını gerektiren suçlardandır. İhaleye fesat karıştırma suçunun temel hali üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasını gerektirmektedir (TCK m.235/1). Suçun işlenmesi sırasında failin cebir veya tehdit kullanması nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu durumda faile verilen cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Soyut cezanın üst sınırı gösterilmediğinde üst sınır 20 yıl kabul edilir. Bu durumda faile verilecek ceza, beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasını gerektirir (TCK m. 49/1). Kamu kurum ve kuruluşunun zarar görmemesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Suçun işlenmesi sonucu ilgili kamu kurum ve kuruluşu zarar görmemiş ise, suçun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Nitelikli halin uygulanabilmesi için failin cebir veya tehdit kullanmamış olması gerekir (TCK m. 235/3-b). Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun temel cezası ise üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasını gerektirmektedir (TCK m. 236/1).

Kamu ihale suçlarından HAGB kararı verilmesine kanunen bir engel yoktur. Fakat öğretilerde bazı yazarlar soyut cezayı dikkate alıp bu suçlardan HAGB kararı verilemeyeceğini savunur.<sup>30</sup> Normlarda gösterilen hapis cezası, soyut cezadır. Ceza hesaplanırken, TCK'nin 61. fıkrasında gösterilen sıra ile bu ceza failin kişiliğine uydurulur (TCK m.61). Bunun için öncelikle maddenin 1. fıkrasında gösterilen kriterler dikkate alınarak, alt ve üst sınırlar arasında temel ceza belirlenir. Bundan sonra 61. maddede yer alan sıra dikkate alınarak artırım ve indirimler uygulanır. İndirim sebebi olarak; suçun olası kastla işlenmiş olması, daha az cezayı gerektiren nitelikli haller, teşebbüs, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, cezada indirim yapılması gerektiren şahsi sebepler ve takdiri indirim nedenleri gündeme gelebilir. Artırım ve indirimlerin uygulanması nihayetinde somut ceza belirlenmiş olur. Somut cezanın miktarı, iki yıl ve daha az ise, fail hakkında HAGB kararı verilebilir. Zira müebbet hapis cezasını gerektiren bir suçtan ötürü bile, somut cezanın miktarı iki yıl ve daha az çıkabilir. Bu

---

<sup>30</sup> Gülel, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", 781; Poyraz, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", 27.

durumda HAGB' ye hükmetmek mümkün olabilir. Yargıtay'ın bu yönde birçok kararı vardır.<sup>31</sup> Örneğin; on yedi yaşındaki fail, haksız tahrik altında, müebbet cezaı gerektiren kasten öldürme suçunu işlese ve suç teşebbüs halinde kalırsa, faile verilen somut hapis cezasının miktarı iki yıldan daha az bile çıkabilir.

## **2. Güvenlik Tedbiri Yaptırımları**

Kamu ihale suçlarından ötürü hapis cezasına mahkûm edilen gerçek kişi fail hakkında, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri uygulanır.<sup>32</sup> Bu hak yoksunluğu, hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucudur (TCK m.53/1). Bu tedbirler TCK hükmü gereği hapis cezası kesinleşen her fail için uygulanır. İhale suçlarından hapis cezasına mahkûmiyet kararı verilen bir kişi hakkında; *"bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak ifa etmekten yasaklama"*(TCK m.53/1-e) güvenlik tedbiri uygulanır.<sup>33</sup> Bir ihalede istekli veya yüklenici olan fail, ihale işini bir meslek kuruluşunun iznini aldıktan sonra ifa eden kişiyse, verilen hapis cezasının infazı tamamlanana kadar bu hakkını kullanamayacaktır. Örneğin yapım işlerini üstlenen kişi, müteahhit siciline kayıtlı bir kişi<sup>34</sup> ise bu hakkını hapis cezasının infazı devam ederken kullanamayacaktır.

İhale suçunu işleyen kişi, bu yetkisini kötüye kullanarak TCK'nin 53'ncü maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş olan fiili gerçekleştirirse, ayrıca cezanın infazı tamamlandıktan sonra hükmedilen cezanın yarısından bir katına kadar bu yetkisini kullanmaktan yasaklanır (TCK m.53/5). Yetkisini kötüye kullanarak yasaklanan fail hakkında

---

<sup>31</sup> Yargıtay 5.CD'nin 19.10.2023 gün ve 2021/852 E ve 2023/10103 K sayılı kararı, Yargıtay 5. CD'nin 18.10.2023 gün ve 2020/6064 E ve 2023/10083 K sayılı kararı (kazancı.com Erişim Tarihi 25.12.2023).

<sup>32</sup> Bazı hapis cezalarından ötürü birinci fıkrada düzenlenmiş olan bu hak yoksunlukları uygulanmaz. Kısa süreli hapis cezası ertelenen veya on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında bu hak yoksunlukları uygulanamaz (TCK m. 53/4).

<sup>33</sup> Bu hak yoksunluğu bazı hapis cezalarında uygulanmaz. *Hapis cezası ertelenen veya denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz edilen ya da koşullu salıverilen hükümlü hakkında bu hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir* (TCK m.53/3).

<sup>34</sup> Yapı Müteahhitlerinin Sınıflandırılması ve Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik m.5/1.



hem hapis cezasının infazı sırasında hem de infaz tamamlandıktan sonra mahkemenin hükmettiği süre kadar hak yoksunluğu uygulanacaktır. Bunu bir örnekle anlatmak gerekirse; yapım işini yüklenmiş bir müteahhit, ihale suçlarından birisini müteahhitlik yetkisini kötüye kullanarak işlemiş ve iki sene hapis cezası almışsa, hem iki yıllık cezanın infazı boyunca, hem de cezanın infazından sonra müteahhitlik yetkisini kullanamayacaktır. Müteahhit, bu süreler boyunca yapım ihalelerinde görev alamayacaktır. Görüldüğü gibi bu durum aslında yüklenici hakkında, TCK ile getirilmiş, mahkeme kararı ile uygulanan 'örtülü bir ihaleden yasaklanma' kararı niteliğindedir.

İhaleye fesat karıştırma ve ediminin ifasına fesat karıştırma suçları, bir tüzel kişinin faaliyeti etrafında işlendiğinde, ilgili tüzel kişi hakkında iznin iptali veya müsadere güvenlik tedbirine hükmedilebilir (TCK m. 60, 242).

## **B. İdare Hukukuna İlişkin Yaptırımlar**

İdare hukukuna ilişkin yaptırımların bir kısmı sadece ihale görevlilerine uygulanabilirken, bir kısmı; istekli, yüklenici (müteahhit) ve diğer ilgililer hakkında uygulanmaktadır.

### **1. Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklanma**

İhaleden yasaklanma, ihale süreci başladıktan sonra, sözleşme öncesi ve sonrası dönemde, Kanun Koyucu'nun öngördüğü yasak fiillere aykırı davranan gerçek veya tüzel kişinin, belli süreler boyunca kamu ihalelerine katılmasının engellenmesidir. İhaleden yasaklanma hem KİK hem DİK hem de KİSK'de düzenlenmiştir. Bu kanunların kapsamına giren ihalelerden yukarıda bahsetmiş olduğumuz için yeniden değinmiyoruz.

Kamu ihalelerinden yasaklanma tedbirine üç farklı şekilde karar verilebilir. Öncelikle, ceza yargılamasını gerektiren veya gerektirmeyen yasak fiillerden ötürü idari merciler tarafından hükmedilebilir. Cumhuriyet savcısının düzenlediği iddianamenin mahkeme tarafından kabulü ile kendiliğinden<sup>35</sup> uygulanır. Son olarak yargılamanın

<sup>35</sup> KİK kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin 2. fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz (KİK m. 59/2). Bu düzenleme

sonunda Mahkeme hükmedebilir. Adli ve idari yapıya dahil üç farklı merci tarafından hükmedilmesi, yasaklama kararının hukuki niteliğini tartışmalı hale getirmektedir. Öncelikle, Cumhuriyet savcısı ve mahkeme tarafından hükmedilebilmesi için muhakkak suça konu bir ceza yargılaması söz konusu olmalıdır. Fakat idari merciler tarafından hükmedilebilmesi için 4734, 2886, 4735 sayılı ihale kanunlarında gösterilen yasak fiillerin ihlal edilmiş olması yeterlidir. Bu yasak fiillerin suça konu bir fiil olup olmaması önemli değildir.

İhalden yasaklama kararı hakkında doğru sonuca ulaşmak için üç farklı merci tarafından hükmedilenler ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Karar, idari merci tarafından verildiğinde, idari bir yaptırımdır.<sup>36</sup> Danıştay'ın idari yaptırım olarak değerlendirdiği kararları vardır.<sup>37</sup>

---

lafzi olarak sorunludur. Kamu davası, ceza soruşturmasının sonunda Cumhuriyet savcısı tarafından açılmaktadır. Cumhuriyet savcısı kamu davasını açtıktan sonra ise kovuşturma başlamaktadır. Bu fıkranın yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Çünkü ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmaz. Fıkranın doğru telaffuzu "*hakkında ceza soruşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler*" şeklinde algılanmalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre kamu davasını açma görevi Cumhuriyet savcısına verilmiştir (CMK m. 170/1). Fakat kamu davasının açılması adına iddianameyi düzenleyerek mahkemeye sunmak, kamu davasını açmak için yeterli değildir. Zira iddianameyi alan mahkemenin bunu açıkça veya zımnen kabulü ile kovuşturma evresi başlar (CMK m.175/1). Aslında her ne kadar Kanun Koyucu kamu davasını Cumhuriyet savcısının açtığından bahsetmiş olsa da, iddianamenin açıkça veya zımnen kabulü ile kamu davasını mahkemeler açmaktadır. Bunun yanında Cumhuriyet savcısı, iddianame hazırlayıp sunmazsa mahkeme kabul edemeyecek, kamu davası açamayacaktır. Bu nedenle her iki maddenin beraber değerlendirilmesi sonucu, kamu davasının Cumhuriyet savcısı ve mahkeme tarafından birlikte açıldığını söylemek daha doğru olacaktır. Mahkeme tarafından iddianamenin kabulü kararının verilmesi ile aynı zamanda örtülü olarak 'ihalden yasaklanma' kararı da verilmiş olmaktadır. KİK'in 59. maddesinin 2. fıkrası her ne kadar hakkında '*kamu davası açılmasına karar verilenler*' ibaresini kullanarak bu yasaklama kararının bir mercii tarafından verildiği izlenimini yaratmış olsa da bu doğru değildir. Bu nedenle kovuşturma boyunca uygulanan kamu ihalelerinden yasaklama kararının kamu davasının açılması ile kendiliğinden uygulandığını, herhangi bir merci tarafından karar verilmediğini söylemek daha doğru olacaktır.

<sup>36</sup> Bakır Az, "İhalden Yasaklanma Kararları", 46, 47, 51; Arif Naci Sucuoğlu, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2019), 127; Bülent Torun, "Kamu İhale Hukukunda İdari Yaptırımlar", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019), 57; Ömer Tuğrul Zor, "Ceza Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararları", Terazi Hukuk Dergisi, 9/ 90 (Şubat 2014): 78.

<sup>37</sup> Danıştay 13. Dairenin 15.06.2022 tarih ve 2022/2209 E ve 2022/2673 K sayılı (kazancı.com Erişim Tarihi 24.12.2023).

İdari merciler tarafından hükmedilen yasaklama, 'idari yaptırım' gerektiren bir kabahattir. Bunun güvenlik tedbiri veya fer'i bir ceza yaptırımını olduğunu söylemek mümkün değildir. Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianamenin, mahkeme tarafından kabulü üzerine kovuşturma boyunca kendiliğinden uygulanan ihaleden yasaklanma, öğretilde çoğunlukla; 'koruma tedbiri' veya 'tedbir' olarak nitelendirilir.<sup>38</sup> Kovuşturmanın sonunda mahkemenin hükmettiğine ise; çoğunlukla 'güvenlik tedbiri' denir.<sup>39</sup> Mahkemenin hükmettiği bu yasaklanmayı 'ceza mahkûmiyetinin sonucu' olarak kabul edenler de vardır.<sup>40</sup> İhaleden yasaklanma kararını, üç merciden hangisi verirse versin hepsi de aynı amaca hizmet eder. Öncelikle farklı hukuki yapılarıdaki kurumlar için; 'kanunla düzenleme zorunluluğu', 'lehe kanunun geçmişe yürümesi' gibi birçok ilkenin uygulanmasında farklılıklar oluşabilecektir. İdari yaptırım, tedbir ve güvenlik tedbiri şeklinde kabul edilen her üç 'ihaleden yasaklama yaptırımı' genelde birbirini takip ederek uygulanmaktadır.<sup>41</sup> Farklı uygulamalar ve sonuçlara sebep olmamak adına her üçünün de aynı hukuki yapıda düzenlenmesi daha doğru olacaktır. Örneğin; "*bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmışsa sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanır*" (KK m. 15/3). Tek fiil, hem kabahat hem de suç oluşturduğu zaman sadece suçtan ötürü yaptırım uygulanacağı düşünüldüğünde idari yaptırımın uygulanmaması gerekir. Bunun yanında güvenlik tedbiri denen yaptırımın suçla beraber uygulanması gerekir. Görüldüğü gibi farklı hukuki tasahihler farklı sonuçlara sebep olabilmektedir.

### **a. KİK ve KİSK Hükümlerine Göre İhaleden Yasaklanma Kararı**

KİK ve KİSK'e göre idari merciler tarafından ihaleden yasaklama kararı verilebilir. Kamu ihalelerinde yasak fiil ve davranışlar KİK'de

<sup>38</sup> İzzet Özgenç, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, 2023), 105; Sucuoğlu, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", 338.

<sup>39</sup> Bakır Az, İhaleden Yasaklanma Kararları", 50, 134; Sucuoğlu, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", 339; Özgenç, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, 103, Özgenç; mahkemenin hükmettiğine açıkça güvenlik tedbiri demektir. Fakat açıkça söylemese de, idari merci tarafından hükmedilenin, idari yaptırım olduğuna işaret eder.

<sup>40</sup> Eker Kazancı, İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, 211.

<sup>41</sup> Özgenç, mahkemenin hükmettiği yasaklamanın, ceza kesinleşince uygulanması gerektiğini, idari yaptırımdan sonra uygulanmasının sorun yaratacağını söyler. Özgenç, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, 104.

farklı maddelerde sayma suretiyle gösterilmiştir (KİK m.17, 58/1). Kamu ihaleleri yapıldıktan sonra, sözleşmenin ifası döneminde yasaklanan fiil ve davranışlar ise; KİSK'de farklı maddelerde sayma suretiyle gösterilmiştir (KİSK m. 21,22/son,25, 27,29,30, 32,33, 34). Bu yasak davranışları sergileyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında, kural olarak ilgili bakanlık<sup>42</sup> tarafından, tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanma kararı verilir.

KİK ve KİSK'de belirtilen yasaklara aykırı davranmanın sonucunda uygulanan 'ihaleden yasaklanma' her iki kanunda ayrı ayrı fakat birbirine benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu yasaklara aykırı davranan kişiler bir yıldan iki yıla kadar kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanır. İhaleyi kazanmasına rağmen sözleşme yapmaya yanaşmayanlar ise altı aydan bir yıla kadar kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine girmekten yasaklanır. Bu yasaklama sadece ihalelerle sınırlı değildir. Zira yasaklı kişiler, KİK'in 2 ve 3. maddesinde düzenlenmiş olan 'ihalesiz alım işlerine katılmaktan' da yasaklı hale gelir (KİK m. 2, 3, 58/1; KİSK m. 26/1).

Yasaklama kararı, hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler hakkında uygulanabilir. Hakkında yasaklama kararı tatbik edilen şirket; hem şahıs hem de sermaye şirketi olabilir. Temsilcisi yasağa aykırı davrandığı için bir şahıs şirketi hakkında hükmedilen yasaklama kararı, kusuru olup olmadığına bakılmaksızın kolektif ve komandit şirketinin tüm ortakları hakkında uygulanır. Yani şahıs şirketi hakkında uygulanan yaptırım, ortakların kusuruna bakılmaksızın onlara sirayet eder. Yasaklama kararı, temsilcisi yasaklara aykırı davrandığı için bir sermaye şirketi hakkında verilmişse, ancak sermayenin yarısından fazlasına sahip olan bu pay sahibi hakkında da uygulanır. Sermaye şirketlerinde kural olarak diğer ortaklara sirayet yoktur. Kanun Koyucu bunun tam tersi durumlara da yer vermiştir. Eğer yasaklama kararına bir gerçek kişi hakkında hükmedilmişse, bu karar şirket hakkında uygulanabilir. Hakkında yasaklama kararı verilen gerçek veya tüzel kişinin şahıs veya sermaye şirketi ortağı olmasına göre uygulama farklılık gösterir. Yasak-

---

<sup>42</sup> Bu bakanlık; sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlıktır. Bakanlıkla bağlantısı bulunmayan idarelerde idarenin ihale yetkilileri, il özel idarelere veya bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı, belediye ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde Çevre ve Şehircilik Bakanlığıdır (KİK m. 58/1; KİSK m. 26/1).

lamaya maruz kalan gerçek kişi, şahıs şirketi ortağı ise, şirket tüzel kişiliği hakkında yasaklama kararı uygulanır. Hakkında yasaklama kararı verilen gerçek kişi ortak, sermaye şirketinde sermayenin yarısından fazlasına sahipse, ortak yanında şirket tüzel kişiliği hakkında da ihaleden yasaklanma söz konusu olur. Görüldüğü gibi ortak için hükmedilen yaptırım şirkete, şirket için hükmedilen ise ortağa sirayet edebilmektedir (KİK m. 58/2, KİSK m. 26/2).

Yasaklama kararı, ilgili bakanlık tarafından fiilin tespitinden itibaren kırk beş gün içinde verilir. Bakanlık bu kararı verene kadar ilgili idare tarafından geçici yasaklama kararı verilir. Karar verildikten sonra on beş gün içinde Resmi Gazete'ye gönderilmek zorundadır. Yasaklama kararı Resmi Gazete'de yayımlandıktan sonra yürürlüğe girer (KİK m. 58/3, KİSK m.26/3,4).

Yasaklama kararları ile ilgili Kamu İhale Kurumu tarafından özel bir sicil tutulur. Bu sicil kayıtları, Kamu İhale Kurumu tarafından takip edilir (KİK m. 58/3, KİSK m. 26/5).

Kanun Koyucu, mükerrer yasaklama kararı verilenler için özel bir yaptırım öngörmüştür. Her iki kanundaki yasak fiillere aykırılıktan dolayı ikinci kez yasaklama kararı verilenler sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır. Bu kişi bir sermaye şirketi ortağı ise ve şirketin sermayesinin yarısından fazla paya sahipse şirket hakkında da sürekli yasaklama söz konusu olur. Hakkında yasaklama kararı verilen kişi şahıs şirketi ortağı ise payı önemli olmaksızın şahıs şirketi de sürekli olarak ihalelere girmekten yasaklanır (KİK m.59/3, KİSK m. 27/2).

Kovuşturmanın sonunda mahkeme kararı ile ihaleden yasaklanma kararı verilebilir. KİK ve KİSK'de yer alan yukarıda bahsedilen yasaklanmış fiil ve davranışlar aynı zamanda suç oluşturuyorsa fail hakkında ceza kovuşturması yapılır. Yargılamanın sonunda fail hakkında yukarıdaki yasaklamaya ek olarak, bir ila üç yıl arasında mahkemenin takdir edeceği bir süreye kadar ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilir. Bu yasaklamanın süresi yukarıda bahsedilen idari merci tarafından verilen yasaklama kararının bitmesinden itibaren uygulanmaya başlar. Mahkeme, yukarıda idare tarafından verilen yasaklama kararında anlattığımız; ortağın yanında şirket, şirketin yanında ortak hakkında da ihalelere katılmaktan yasaklanma kararına hükmeder (KİK 59/1, KİSK 27/1).

Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan iddianame, mahkeme tarafından kabul edildiğinde kovuşturma boyunca ihaleden yasaklanma tedbiri uygulanır. KİK kapsamında yapılan ihalelerden dolayı hakkında kamu davası açıldığı için kovuşturma devam edenler, hüküm kesinleşene kadar<sup>43</sup>bu Kanun kapsamında, tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklı olur (KİK m.59/2). Tedbirin süresi Kanun'da gösterilmemiştir. Tedbirin uygulanma süresi kovuşturmanın süresine göre farklılık gösterebilir.

Kovuşturma sırasında devam edecek ihalelere katılmaktan yasaklanma, sadece hakkında kamu davası devam eden sanıkla sınırlı değildir. Yukarıda idare tarafından verilen yasaklama kararında anıldığı gibi; ortağın yanında şirket, şirketin yanında ortak hakkında da yaptırım uygulanır. KİK kapsamında işlenen fiillerden ötürü yürüyen kovuşturma boyunca yasağın uygulanmasına devam edilir. Fakat KİSK kapsamında açılan kovuşturmalar sırasında bu yasaklamanın uygulanacağına dair düzenlemeye yer verilmemiştir.

Kovuşturmanın sonunda mahkûmiyet kararı verilirse, aynı zamanda ihalelere katılmaktan yasaklama kararına da hükmedilir(KİK 59/1, KİSK 27/1). Mahkemenin verdiği yasaklama kararı bilahare uygulanır. Bu yasaklama hüküm kesinleşince değil de idarenin verdiği yasaklama kararının infazı tamamlandıktan sonra uygulanmaya başlar.

Kamu İhale Kurumu tarafından tutulan sicillere bildirim görevi Cumhuriyet savcısına verilmiştir. KİK'de yer alan fiillerden kamu davasını açan Cumhuriyet savcısı, sicilleri tutmak zorunda olan Kamu İhale Kurumuna, kovuşturma boyunca sürecek yasaklama kararını bildirmekle yükümlüdür<sup>44</sup> (KİK m. 59/2). KİSK'e göre; mahkeme tarafından hükmedilen yasaklama kararı da, yine Cumhuriyet savcısı tarafından sicile bildirilir (KİSK m. 27/3).

---

<sup>43</sup> Kanun Koyucu, tedbirin; "yargılamanın sonuna kadar" uygulanacağını düzenlemiştir. TCK'de yargılamanın sonu, kovuşturmanın sonudur (CMK m. 2/1/f). Kanun yolları da kovuşturmaya dahildir.

<sup>44</sup> KİK'de kovuşturmanın sonunda verilen yasaklama kararının bildirim ile ilgili hüküm yoktur. Bu bildirim KİSK'in 28. maddesinin 3. fıkrasının kıyasen uygulanması gerekir. Bu nedenle karar, Cumhuriyet savcısı tarafından Kamu İhale Kurumuna bildirilmelidir.

## **b. Devlet İhale Kanununa Göre İhaleden Yasaklanma**

Kanun Koyucu, DİK kapsamında yapılan ihalelerde yasak fiilleri tek tek saymak suretiyle göstermiştir (DİK m. 83, 84/3). Bu yasaklara aykırı davrananlar hakkında tüm kamu kurum ve kuruluş ihalelerine katılmaktan geçici olarak yasaklama kararı verilir. Bu kararı, kural olarak ihale ilgilisi bakanlık verir. Süresi, bir yıla kadar olabilir (DİK m. 84/1). Bu karar, yasaklılık kararı verilen kişinin ortaklık payı miktarına bağlı olarak, ortak olduğu şirket hakkında da uygulanır. Bunun için yasaklılık kararı verilen ortağın, şirketteki sermayenin çoğunluğunu elinde bulunduruyor olması gerekir (DİK m. 84/2).

Mahkeme kararı ile ihaleden yasaklanma kararı verilebilir. Yukarıda bahsedilen yasak fiillerden suç oluşturanlar hakkında kovuşturma yapılır. Mahkeme tarafından yapılan yargılamanın sonunda mahkûmiyet kararı verilmesi durumunda bir ile üç yıl arasında ihalelere katılmaktan yasaklılık kararı verilir (DİK m. 85/1). KİK’de olduğu gibi ihalelere katılmaktan yasaklanma, kovuşturma sırasında da uygulanır (DİK m. 85/2). Kovuşturma sırasında karara kimin hükmedeceği konusunda Kanunda açık hüküm yoktur. Kovuşturmada mahkeme görevli olduğu için bu kararı mahkemenin vermesi veya KİK ve KİSK’de yer alan yukarıda anlattığımız düzenlemeye kıyasen, kovuşturmanın başlaması ile yani iddianamenin mahkemece kabulü ile kendiliğinden uygulanacağı düşünülebilir.

DİK kapsamında işlenen; rüşvet, resmi belgede sahtecilik gibi bazı suçlardan haklarında tekerrür hükümleri uygulananlar, sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır (DİK m. 85/4).

## **2. Teminatın Gelir Kaydedilmesi**

Sözleşme öncesi ve sonrası dönemi kapsayan ihale sürecinin sağlıklı şekilde yürütülmesi, oluşabilecek kamu zararlarının en aza indirilmesi, istekli ve yüklenicilerin edimlerini daha ciddi yürütmeleri amacıyla ihalelerde teminat gösterme zorunluluğu getirilmiştir. İhaleye katılmak isteyen isteklilerden geçici teminat alınır (KİK m. 33, DİK m. 25). İhalenin sonuçlanması ile ‘üzerine ihale kalan yükleniciden’ sözleşme yapılmadan önce kesin teminat<sup>45</sup> alınır (KİK m. 43, DİK

<sup>45</sup> “Sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi durumunda ek kesin teminat alınabilir” (KİSK m.12)

m. 54). Teminat olarak nelerin gösterilebileceği kanunlarda gösterilmiştir. Bunlar; para, teminat mektubu, devlet iç borçlanma senetleri gibi değerlerdir (KİK m.34, DİK m. 26) . Kanunda gösterilen yükümlülüklerini yerine getiren ve yasaklamalara aykırı davranmayan istekli ve yüklenicinin teminatları iade edilir (KİK m.44/1; DİK m. 54/4, 56; KİSK m.13).

Kanun Koyucu'nun gösterdiği yasak fiiller ihlal edildiğinde veya hukuki durumlar oluştuğunda, istekli veya yüklenicinin teminatı idareye gelir kaydedilir. KİK'de (KİK m.10/son, .11/son, 37/2, 44/2-3, 52/12; 54/10), KİSK'de (KİSK m.19, 20/son; 21/1) ve DİK'de teminatın idareye gelir kaydedilmesine sebep olan haller sayma suretiyle tek göstermiştir (DİK m. 54/2; 57/3).

Teminatın gelir kaydedilmesi kararı kural olarak idari yaptırım içeren bir idari işlemdir. Kararın ihale yetkilisi tarafından verilmesi doğru olacaktır. Fakat kanunlarda, irat kaydetme kararını kimin vereceğine ilişkin açık düzenleme yoktur.<sup>46</sup>

### **3. Disiplin Cezası**

Kamu kurum ve kuruluşlarına ait ihaleler; istekli, yüklenici ve bunların ilgililerini görmezden gelirsek, bu süreçte görev alan kamu görevlileri tarafından yürütülmektedir. Kamu görevlilerinin görevlerini layıkıyla yerine getirmeleri için, kamunun zarar görmemesi adına bazı fiiller disiplin suçu haline getirilmiştir. İhale mevzuatına göre, kamu görevlilerinin birçok fiili disiplin cezasını gerektirmektedir.

KİK ve KİSK'de, ihale sürecinde görev alan kamu görevlilerinin disiplin yönünden cezalandırılmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. KİK'e göre; ihale sürecinde görev alan; ihale yetkilisi başkan ve üyeleri ile ihale sürecinin herhangi bir aşamasında görev alan diğer ilgililer hakkında, yasak fiillere aykırı davranması halinde disiplin cezası hükümleri uygulanır (KİK m. 60/1). Bu yasak fiillerin birçoğu KİK'in 17. maddesinde sayma suretiyle gösterilmiştir (KİK m.17). Kanun Koyucu, disiplin cezası uygulanmasını bunlarla sınırlamamıştır. Zira görevini kanuni gereklere uygun veya tarafsız bir şekilde yapmayan, taraflardan birinin zararına yol açacak kusur sergilemiş olan görevliler hakkında da disiplin cezası hükümleri uygulanır. Bu kişiler bu

---

<sup>46</sup> Torun, "Kamu İhale Hukukunda İdari Yaptırımlar", 153, 178.



kanun kapsamında ki ihalelerde bir daha görevlendirilemezler (KİK m. 60/1). Bu hükümler Kanunun 5. ve 62. maddesinde belirtilen fiillere aykırı davranarak, ihaleye çıkılmasına izin veren ve ihale yapanlar ile süresinde sözleşme imzalamayan kamu görevlileri hakkında da tatbik edilir (KİK m.60/3, 45). Disiplin cezasına ilişkin düzenleme barındıran bu hüküm, ihale yapıldıktan sonra kurulan ihale sözleşmesinin ifasında görev alanlar için de uygulanır. Muayene ve kabul komisyonunda görev yapan başkan ve üyeler, yapı denetim görevlileri ve sözleşmenin ifası sırasında görev alan tüm ilgililer bu hükümlere tabidir (KİSK m. 28/1).

KİK kapsamındaki işlerden dolayı hakkında yargı organları tarafından ceza verilmiş olanların, bu Kanun kapsamında düzenlenecek ihalelerde görevli ve yetkili olarak atanması yasaklanmıştır (KİK m. 60/2,3). Benzer şekilde ihale sözleşmesinin ifası sırasında görev alan tüm ilgililer hakkında da bu yasaklama söz konusu olur (KİSK m.28/2).

DİK hükümleri kapsamında yürütülen ihalelerde sözleşme öncesi ve sonrası dönemde görev alan; ihale, muayene ve kabul komisyonu başkanları ile üyeleri ve diğer tüm görevliler hakkında yasaklanan fiillere aykırılık halinde disiplin cezası hükümleri uygulanır. Bu yasak fiiller Kanunda tek tek sayma suretiyle gösterilmemiştir. Kamu görevlisinin görevini kanunda belirtilen gereklere göre tarafsızlıkla ifa etmeme si, taraflardan birinin zararına sebep olacak davranışlar sergilemesi disiplin cezasını gerektirir. Ayrıca kamu görevlisi bu fiil aynı zamanda suç oluşturuyorsa, ceza kovuşturmasına da maruz kalır (DİK m. 86).

Kamu görevlileri hakkında disiplin suçları, genel olarak Devlet Memurları Kanunu'nda (DMK) düzenlenmiştir. Fakat kamu ihalelerinde görev alan kamu görevlileri sadece DMK'ye tabi kamu görevlileri ile sınırlı değildir. Örneğin; askeri hizmetler veya üniversitedeki hizmetler için yapılan ihalelerde görev alan kamu görevlileri ayrı disiplin mevzuatına tabidir.<sup>47</sup> Diğer disiplin mevzuatında ki hükümlerin incelenmesi bu makalenin sınırlılıklarını aşacağı için biz sadece DMK'de düzenlenmiş disiplin hükümleri açısından konuyu inceleyeceğiz.

---

<sup>47</sup> 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu bunlara örnek verilebilir.

DMK'de düzenlenmiş disiplin cezaları sayma suretiyle gösterilmiştir. Bunlar; uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarmadır. Hangi fiillerin bu yaptırımları gerektirdiği Kanun'da tek tek sayma suretiyle gösterilmiştir (DMK m.125).

İhale mevzuatında açıkça disiplin yaptırımı uygulanması gerektiğini düzenleyen hallerde, kamu görevlisine disiplin cezası verilmesi zorunludur. Fakat ihale mevzuatında herhangi bir atıf olmasa bile, kamu görevlisine DMK'de gösterilen fiillere aykırı davranması halinde, disiplin yaptırımı uygulanmasına engel bir düzenleme yoktur.

İhale mevzuatında düzenlenmiş yasak fiillere aykırılık halinde kamu görevlileri hakkında disiplin yaptırımı uygulanacağından yukarıda bahsetmiştik. Disiplin yaptırımı gerektiren bu fiillerin aynı zamanda suç oluşturması gerekmez. Fakat bir fiilin hem suç hem de disiplin yaptırımını gerektirmesi mümkün olabilir.

Yukarıda anlattığımız ihale suçlarının birçoğu özgülü suçtur. Bazılarına sadece kamu görevlileri fail olabilir. Kamu görevlisi olmayanlar ise özgülü suçlara şerik yani azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edebilirler. Bu suçları işleyen kamu görevlisine hem suçtan ötürü ceza yaptırımı hem de disiplin yaptırımı uygulanması gündeme gelebilir.<sup>48</sup> Kamu görevlisine tek fiilden ötürü her iki yaptırımın uygulanması mümkündür.

DMK'ye göre; kamu görevlisi hakkında disiplin kovuşturması yapılması sanık hakkında ceza kovuşturması açılmasına engel değildir (DMK m.125/Son). Disiplin soruşturmaları, ceza kovuşturması bahane edilerek geciktirilemez. Üstelik ceza yargılaması sonucunda sanığın mahkûm olmaması, disiplin cezasına engel olmaz (DMK m. 131).

#### **4. Görevden El Çektirme**

DİK kapsamında yürütülen ihalelerde görev alan kontrol teşkilatı görevlileri hakkında, belgede sahtecilik suçundan kovuşturma açılması halinde, kovuşturmanın sonuna kadar görevlerinden el çektirileceğine ilişkin açık düzenleme vardır (DİK m. 85/3). Bu durumda kamu

---

<sup>48</sup> Muradiye Çevikçelik, "Devlet Memurluğundan Çıkarma", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5/ 1 (Haziran 2015): 150.

görevlisi hakkında el çektirme tedbiri uygulanması zorunludur. Bunun yanında diğer ihale suçlarından ötürü kamu görevlisi hakkında soruşturma ve kovuşturma sırasında görevden el çektirme tedbiri uygulanmasına mani bir hal yoktur<sup>49</sup> (DMK m. 137, 140). HAGB kararı verilen sanık hakkında, dava görülmeye devam ettiği yani dava derdest olduğu için kamu görevlisinin hüküm kesinleşene kadar görevden el çektirilmesi mümkündür (DMK m.140). Fakat uzunca bir süre daha hukuki sonuç doğurmayacak HAGB kararının verilmesi ile kamu görevlisinin işine iade edilmesi<sup>50</sup> daha doğru olacaktır.<sup>51</sup>

## 5. Kamu Görevlisine Para Cezası

Kamu görevlilerinin kusurlarıyla sebep oldukları kamusal zararlar,<sup>52</sup> kendilerinden genel hükümlere göre tahsil edilir. Bunun yanında kamu ihalelerinde kamu zararına sebebiyet verecek şekilde gerçeğe aykırı belge düzenleyen kamu görevlilerine, Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (KMYKK) hükümlerine göre bir aylık net ödemenin iki katına kadar para cezası verilir (KMYKK m. 71/4). Kamu görevlisine kesilen para cezası, karar verilmesini izleyen aydan itibaren, hak edeceği gelirden kesilerek tahsil edilir (KMYKK m.73).

<sup>49</sup> Ramazan Çağlayan, İdare Hukûku Dersleri, (Ankara: Adalet Yayınevi, 11. Baskı, 2023),602; Epözdemir, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 341.

<sup>50</sup> DMK'nin 143. maddesinin (ç) bendine göre; memuriyete engel olmayan bir suçtan iki yıl ve daha az süreli hapis cezası alıp cezası 'ertelenen' kamu görevlileri için görevden el çektirme tedbirine son verilir ( DMK m. 143/1-ç, TCK m. 51). Erteleme, failin hapis cezasının cezaevine sokulmadan infaz edilmesidir. Bir nevi infazın gevşetilmesidir. Mahkeme tarafından belirlenen süreyi iyi halli geçiren failin cezası infaz edilmiş sayılır. İnfazın gerçekleştiği de ayrıca failin adli siciline işlenmektedir. Bu yönüyle erteleme, HAGB'ye göre çok daha aleyhe bir kurumdur. Fakat HAGB kurumu 2006 tarihinde yürürlüğe girdiği için DMK'de, sadece 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nda da yer alan erteleme kurumuna yer verilmiştir. DMK'de değişiklik yapılmadığı sürece, erteleme hakkında ki bu hüküm, HAGB kurumu hakkında uygulanamaz. Fakat Kanun'da açık düzenleme olmasa bile, HAGB kararı verilen kamu görevlisi için yetkili amir tarafından DMK'nin 144. maddesinde yer alan yetki kullanılarak, görevden el çektirme tedbirinin kaldırılmasına karar verilmesi daha uygun olacaktır.

<sup>51</sup> Aynı yönde; Yasin Sezer ve Ali İhsan İpek, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri", TAAD, 1/ 3 (2010): 71.

<sup>52</sup> Kamu zararları; kontrol, denetim, inceleme, Sayıştay'ca kesin hükme bağlama, adli, idari yargılama sonucunda tespit edilir (KMYKK m.71/3).

## **6. Zarar Ziyanın Tazmini**

Kamu ihale mevzuatında, ihalede görev alanlar, istekli ve yüklenicinin fiillinden ötürü bir zarar oluştuğunda, bu zararın kimlerden nasıl isteneceğine ilişkin hükümler vardır.

İhale suçları sebebiyle kamu zararı oluşması muhtemeldir. Kamu zararının ne olduğu KMYKK'da tanımlanmıştır. *“Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır”* (KMYKK m.71/1). Kamu görevlisinin kusuru ile sebep olduğu kamu zararı, kamu görevlisine ödetilir. Kamu zararının nasıl tespit edileceği ve tahsil yönteminin nasıl olacağı KMYKK'da ayrıntıları ile düzenlenmiştir.

Kamu ihale mevzuatına göre; ihalede ve ihale sonrası sözleşmenin ifasında yükümlü olan görevlilerin, verdikleri zararlardan sorumlu olacağına ilişkin birçok düzenleme vardır. İhale mevzuatındaki genel bir düzenleme; kamu görevlilerinin sebep olduğu kamu zararlarından sorumlu olacağını söyler. Bu zarar genel hükümler<sup>53</sup> çerçevesinde kendilerinden tahsil edilir (KİK m.60/1, KİSK m.28/1, DİK m.86, 87/son). İhale mevzuatında bu genel düzenlemenin dışında özel düzenlemelere de yer verilmiştir. Örneğin; ihale sonuçlandıktan sonra idare, kanunda gösterilen süre zarfında istekli ile sözleşme yapmak zorundadır. İdare bu süreler geçmiş olmasına rağmen sözleşmeyi imzalamaya yanaşmazsa istekli, geri ödenecek teminatına ilişkin belgelendirilmiş giderlerini istemeye hak kazanır. Bu giderler, sebep olan görevlilerden tazmin edilir<sup>54</sup> (KİK m. 45/1DİK m. 60). Kamu görevlile-

<sup>53</sup> KİK ve KİSK'e göre oluşan zararın tazmini konusunda genel hükümlerin uygulanacağı gösterilmiştir. Fakat DİK'de buna ilişkin bir düzenleme yoktur. Kamu görevlilerinden zararın tazmini konusunda hükümler içeren KMYKK 2003 tarihinde kabul edilmiştir. DİK daha önce yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle oluşan zararın tazmini konusunda sonraki tarihli KMYKK hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

<sup>54</sup> Bunlarda başka örnekler de verilebilir. Sözleşmenin ifasında görev alan; yapı denetim görevlileri, danışmanlık hizmet sunucuları, kanundaki denetim görevini yerine getirirken, kusurlu davranışları ile meydana getirdikleri zararlardan on beş yıl daha yüklenici ile birlikte müteselsilen sorumludur (KİSK m. 31, 32). Hizmet sunucuları da oluşan zararlardan sorumludur. Hatta bunlar oluşan zarardan müteselsilen değil doğrudan sorumlu tutulmuştur (KİSK m. 34).

ri tarafından sebep olunan zararlar, kamu ihale mevzuatında gösterilenlerle sınırlı değildir. Zira Kamu Mali Yönetimi Kontrol Kanununda yapılan tanıma göre; kamu gelirlerinde azalmaya sebep olan, kamu gelirlerinin artmasına engel olan birçok şey kamu zararıdır (KMYKK m.71/1).

İhaleler sebebiyle zarar gören ilgililer, zararlarını ancak idareden isteyebilirler. İhale mevzuatı sebebiyle zarar gören, zararını idareden talep ettiğinde bu zarar ilgili idare tarafından ödenir. İdare, kusurlu personele rücu eder (Anayasa 40/3, 129/5). İdare tarafından ödenen zarar, ilgili personelden, zararın oluştuğu tarihten itibaren faiziyle tahsil edilir<sup>55</sup> (KMYKK m.71/3).

Kamu zararına sadece kamu görevlileri sebep olmaz. Kamu görevlisi dışındaki kişiler, işledikleri ihale suçlarından ötürü kamu zararına sebep olabilir. Bu kişilerden de kamu zararlarının genel hükümler çerçevesinde tahsil edilmesi mümkündür.<sup>56</sup>

Kamu ihalelerinde istekli veya yüklenicilerin sorumluluğuna ilişkin ihale mevzuatında birçok hüküm bulunmaktadır. Kamu kaynaklarının zarar görmemesi adına eklenen bu fiiller, kanunda farklı yerlerde düzenlenmiştir. KİSK'e göre; mali acz sebebiyle veya sözleşmeye aykırı ifa veya sürenin aşılması sebebiyle, ihale sürecinde yasak faaliyetleri tespit edilen yüklenicinin sözleşmesi feshedilir (KİSK m.19,20,21). Sözleşmesi feshedilen yükleniciler, idarenin zararını tazmin etmek zorundadır (KİSK m.22). Yapım işleri yüklenici ve alt yüklenicisi, sözleşmenin ifası sırasında kesin kabule kadar ortaya çıkan zarar ve ziyandan sorumludur. Bu sorumlulukları kesin kabulden itibaren on beş yıl daha müteselsilen devam eder (KİSK m.30/1). Tedarikçiler sözleşmeye/şartnameye uygun malzeme teslim etmeme gibi sebeplerle zarar ziyana sebep olabilirler. Bu durumda genel hükümlere göre tazmin yoluna gidilir (KİSK m. 33). Gayrimenkul yapım onarım ihalelerinde yükleniciler sebep oldukları zarar ve ziyandan ötürü Borçlar Kanunu hükümlerine göre sorumludur. Zararlar bu kişilere ikmal ve tazmin ettirilir (DİK m.87).

---

<sup>55</sup> Ünal, Erol ve Erol, . İhale ve Sözleşme Yönetimi Süreçlerinde Kamu Görevlilerinin Cezai-İdari-Mali Sorumlulukları, 198.

<sup>56</sup> Epözdemir, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 239.

## **7. Tüzel Kişiler Hakkında İdari Para Cezası**

Kabahatler Kanunu'na (KK) göre; bir gerçek kişi, ihaleye fesat karıştırma veya edimin ifasına fesat karıştırma suçunu bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlerse, ilgili tüzel kişiye idari para cezası kesilir.<sup>57</sup> Ceza kesilebilmesi için failin tüzel kişinin organ veya temsilcisi olması veya tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenmiş olması gerekir (KK m. 43A/1-3,4). Bu ceza, yargılamayı yapan mahkeme tarafından kesilir.<sup>58</sup>

## **8. İhalenin İptali ve Sözleşmenin Feshi**

Kamu ihale hukukunda, ihalenin idare tarafından geçersiz kılınmasına 'ihalenin iptali' denir. Yüklenici ve idare arasında yapılan ihale sözleşmesinin geçersiz kılınmasına ise fesih denir. Fesih ileriye etki doğuran, yenilik doğurucu ve bozucu bir haktır.<sup>59</sup> İhale mevzuatında birçok yerde ihalenin iptali ve sözleşmenin feshi sebepleri gösterilmiştir.

KİK'de; ihalenin iptaline ilişkin birçok düzenleme vardır.<sup>60</sup> KİSK'de ise; sözleşmenin feshi sebepleri birçok farklı maddede düzenlenmiştir.<sup>61</sup> DİK'de farklı maddelerde hem ihalenin iptali hem de sözleşmenin feshi sebeplerine yer verilmiştir<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> Özgenç, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, 111.

<sup>58</sup> Torun, kararın mahkeme tarafından verilmesi, onun idari yaptırım olduğunu tartışmalı hale getirir. Bu nedenle mahkeme tarafından verilmiş cezai yaptırım sayılmalıdır der. Torun, Kamu İhale Hukukunda İdari Yaptırımlar, 147.

<sup>59</sup> Eren Toprak, Kamu İhale Hukuku Türkiye'de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 455.

<sup>60</sup> Bunlar; ihaleye katılmaktan yasaklı bir kişinin üzerine ihale kaldırılmasının, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilmesi (KİK m.11/son), ihale dokümanında düzeltilmesi mümkün olmayan bir engel bulunduğu sonradan anlaşılması (KİK m. 16/1), belli istekliler arasında yapılan ihaleye teklif verenlerin üçten az, davet edilecek adayların ise beşten az olması (KİK m.20/3), ihale komisyonu kararı ile bütün tekliflerin reddedilmesi (KİK m.39), en düşük teklif veren istekliye ilişkin değerlendirmenin olumsuz sonuçlanması (KİK m. 40/6,7,8, 41/2), ihale üzerine kalan isteklinin sözleşmeyi imzalamaması üzerine, ikinci en yüksek teklif verenin de sözleşmeyi imzalamaya yanaşmaması (KİK m. 44), şikayet üzerine kamu ihale kurumu veya idare tarafından ihalenin iptaline karar verilmesidir (KİK m. 54/9-a, 56).

<sup>61</sup> Bunlar; ihale sözleşmesinin başkasına devrinde usulsüzlük yapılması (KİSK m.16), yüklenicinin; ölümü, iflası, ağır hasta olması, tutuklanması, hapis cezasına çarptırılması nedeniyle yükümlülüklerini yerine getirememesi (KİSK 17, 18), yük-

Kamu ihale sözleşmesi, iki taraflı bir sözleşmedir. Fakat fesih yetkisi idareye hasredilmiştir. Yükleniciye sadece mali acze düştüğünde<sup>63</sup> veya mücbir sebeplere dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır (KİSK m. 19, 23). Fakat bize göre, yüklenicinin sözleşmeyi genel hükümlere göre feshedebilmesine kanunen bir engel yoktur.<sup>64</sup> Örneğin; yüklenici, hak edişleri zamanında ödemediği için idare temerrüde düşerse, genel hükümlere göre sözleşmeyi feshedebilmelidir.

#### IV. HAGB KARARININ İDARE HUKUKU YAPTIRIMLARI ÜZERİNE ETKİLERİ

HAGB, 'HAGB'ye entegre ceza yaptırımı' ve 'cezaya bağlı güvenlik tedbirleri'<sup>65</sup> açısından hüküm doğurmayan, onu belli bir süre askıya alan bir mahkeme kararıdır. Kanun'da bu durum; "*kurulan hüküm sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmaz*" (CMK m.231/5) şeklinde düzenlenmiştir. Düzenlemeden, 'hukuki olarak hüküm doğurmayacak şey' ile, sanığı temsil eden bireyin mi yoksa ceza muhakemesi ve onun

lenicinin mali acz nedeniyle yükümlülüklerini yerine getiremeyeceğini bildirmesi (KİSK m.19), yüklenicinin ısrarla; sözleşme ve ihale dokümanına aykırı ifaya devam etmesi, süresinde işi bitirememesi, yüklenicinin sözleşmenin ifası sırasında yirmi beşinci maddedeki yasak fiillerden birini gerçekleştirdiğinin tespit edilmesi ( KİSK m.20), yüklenicinin ihale aşamasında yasak fiillerden birini gerçekleştirdiğinin sözleşme yapıldıktan sonra anlaşılması (KİSK m.21,22), ihalenin ifası sırasında mücbir sebeplerin meydana gelmesidir ( KİSK m.23). Kanunda bunların dışında başka özel fesih sebepleri de düzenlenmiştir (KİK ek madde 3, 4,5,6).

<sup>62</sup> İptal sebepleri şunlardır: İhale ilanlarının usulsüz yapılması ( DİK m. 20/1), ihale komisyonu tarafından alınan ihale kararının ita amiri tarafından onaylanmaması (DİK m. 31) iptal sebebidir. Sözleşmenin fesih sebepleri ise şunlardır. Sözleşmenin ifası sırasında taahhütten vazgeçilmesi veya taahhüdün şartname ve sözleşmeye göre yerine getirilmemesi (DİK m. 62), yapım ihalelerinde keşif ve sözleşmede öngörülmeyecek şekilde, keşif bedelinin yüzde otuzdan daha fazla artması (DİK m. 63/2), taşınır malları satın alan müşteri ile sözleşme yapıldıktan sonra, müşterinin malları teslim alması (DİK m. 59/2), sözleşme yapılan müteahhit veya müşterinin iflas etmesi (DİK m.68) fesih sebebi olarak düzenlenmiştir.

<sup>63</sup> Öğretide bazı görüş sahiplerine göre yüklenici acze düştüğünde bunu idareye bildirmekle yetinmekle sözleşmeyi yine idare feshetmektedir. Kerem Canbazoğlu, "İhalelere Katılma Yasağı", (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2017), 323.

<sup>64</sup> Toprak, Kamu İhale Hukuku Türkiye'de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi, 465.

<sup>65</sup> 2024 tarihine kadar HAGB, güvenlik tedbirleri için hukuki sonuç yaratmayan bir kurum olarak düzenlenmiştir. Fakat 2024 tarihinde 7499 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle ile yapılan değişiklikle *müsadere güvenlik tedbiri* bundan istisna edilmiştir.

süjesinin mi kastedildiği açıkça anlaşılammaktadır. Şayet Kanun Koyucu, bireyi kastetmiş ise askıdaki hükümün; idare hukuku, borçlar hukuku gibi hukukun diğer dallarında da hukuki bir sonuç doğurması beklenir. Kanun Koyucunun sanık ile kastettiği onun kişiliği olamaz. Kanun Koyucunun tüm hukuk dalları için 'etkisizlik' yaratma gibi bir amacı yoktur. Kanunun gerekçesinde de böyle bir düşünceye yer verilmemiştir. Kanun Koyucunun kastettiği ceza muhakemesi süjesi sanıktır. Ceza muhakemesinde hükümler sayma suretiyle gösterilmiştir. Bu hükümlerin sonuçları ise TCK ve Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Kanunu'nda gösterilmiştir. Bu hüküm, sadece ceza hukuku açısından, Kanun Koyucu'nun gösterdiği hukuki sonuçları doğurmayacaktır.<sup>66</sup> Bu nedenle hukuki sonuç doğurmama işlemi sadece sanık hakkında yani ceza hukukuyla sınırlı düşünülmelidir.<sup>67</sup> Diğer hukuk dalları ve başka kurumlarla karşılaştırma yaparken, sadece cezai anlamda hüküm doğurmayacak bir kararın varlığının kabul edilmesi uygun olacaktır.

#### **A. Kamu İhalelerinden Yasaklanma Açısından Sonuçları**

Kamu ihalelerinden yasaklamayı gerektiren fiil, aynı zamanda suç oluşturan fiillerden biri değilse, HAGB kapsamında değerlendirme yapmaya gerek yoktur. Bu yasaklama, idare tarafından verilmiş idari bir yaptırım olarak infaz edilecektir.

İhale mevzuatı kapsamında yasaklamaya konu fiil aynı zamanda suç oluşturan bir fiil ise; öncelikle yetkili idare tarafından "*ihalelere katılmaktan yasaklanma idari yaptırımı*" uygulanacaktır. Fail hakkında kamu davası açıldıktan sonra ise kovuşturma süresi boyunca "*ihalelere katılmaktan yasaklanma tedbiri*" uygulanacaktır. Kovuşturmanın sonunda cezaya mahkûmiyet kararı kesinleştiğinde; mahkemenin hükmettiği "*ihalelere katılmaktan yasaklanma güvenlik tedbiri*" infaz edilecektir. Mahkemenin hükmettiği yasaklama, cezanın kesinleşmesinden sonra fakat idarenin verdiği yasaklama kararı tamamlandıktan sonra infaz edilebilecektir.

---

<sup>66</sup> Kumbasar, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 236; Dülger ve Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku, 753.

<sup>67</sup> Albayrak; düşüncemizin aksine mahkûmiyet hükümünün denetim süresi boyunca herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağını söylemektedir. Albayrak, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 197.



İhale mevzuatı kapsamında yukarıda anlatılan suçlardan ötürü yürüyen kovuşturmada HAGB kararı veren mahkeme, hem ceza mahkûmiyetine hem de ihalelerden yasaklama şeklinde uygulanacak güvenlik tedbirine hükmedecektir. Fakat ceza mahkûmiyetinden ötürü HAGB kararı verildiğinde hem mahkûmiyet hem de güvenlik tedbiri, HAGB'ye ilişkin beş yıllık denetim süresi boyunca askıya alınacaktır. Fail, denetim süresini iyi halli geçirirse yani kasıtlı bir suç işleme ve yükümlülöklere aykırı davranmazsa, beşinci yılın sonunda mahkemece düşme kararı verilecektir. Düşme kararı kesinleştiğinde, hem ceza mahkûmiyeti hem de ihaleden yasaklanma şeklinde güvenlik tedbiri, infaz edilemeyecektir. Kısaca söylemek gerekirse iyi halli geçirilen sürenin sonunda ceza düşeceği için mahkemece hükmedilen ihaleden yasaklama kararı da onunla birlikte düşecektir.

İdarenin hükmettiği yasaklama kararında süre önceden bellidir. Bunun suça ilişkin soruşturma sırasında devam edebilmesi mümkündür. Kanun Koyucu, soruşturma sırasında hükmedilecek yasaklılık ile ilgili özel bir düzenlemeye yer vermemiştir. Kovuşturma başladıktan sonra, kendiliğinden ihalelerden yasaklama tedbiri uygulanacağı için idarenin hükmettiği ile kendiliğinden uygulanan yasaklamanın da çakışma ihtimali vardır. İkisinin çakışması durumunda her ikisi de aynı amaca hizmet ettiği için beraber uygulanmasında bir sakınca yoktur. Bunun yanında idarenin hükmettiği yasaklamanın son süresi kovuşturma sırasında bitmiş olsa bile, kamu davasının açılması ile kendiliğinden uygulanan yasaklama devam edeceği için yasaklamanın uygulanması konusunda bir kesinti olmayacaktır. Kovuşturma sırasında kendiliğinden uygulanan ihalelerden yasaklama tedbiri, kovuşturmanın sonlanması ile kendiliğinden son bulur.

Ceza yargılamalarında kovuşturma, iddianamenin kabulü ile başlayıp, kanun yolunun tüketilmesi yani hükmün kesinleşmesi ile son bulan aşamaya verilen isimdir (CMK m.2/1-f). HAGB, kovuşturma evresinde verilen, kovuşturmayı bitirmeyen aksine onun süresini uzatan bir kurumdur. İdare ve mahkeme tarafından hükmedilen ihalelerden yasaklama kararında önceden belli bir süre vardır. Fakat kovuşturma evresinde kendiliğinden uygulanan ihaleden yasaklama tedbirine ilişkin bir süre sınırlaması yoktur. Yasaklamanın süresi, kovuşturmanın uzunluğuna göre değişebilir. Hüküm kesinleşene ka-

dar uygulanabildiği için HAGB' ye ilişkin denetim süresi boyunca ihaleden yasaklanma tedbirinin uygulanmasına devam edilebilir.

İhale mevzuatına ilişkin bir suçtan ötürü HAGB kararı verilen fail, bu süreyi iyi halli geçirmezse hakkında hüküm açıklanır. Açıklanan mahkûmiyet kesinleşirse; hem cezanın infazı hem de mahkemenin hükmettiği 'ihaleden yasaklanma güvenlik tedbiri' infaz edilecektir. Mahkûmiyetin kesinleşmesi üzerine TCK'nin 53. maddesinde düzenlenmiş belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirinin infazına da başlanacaktır (TCK m.53/1). Bu durumu yukarıda açıklamıştık. Burada mahkemenin ihale mevzuatında emredildiği için hükmettiği yasaklama tedbiri ile TCK'de düzenlenen ve yasaklama sonucunu doğurabilecek hak yoksunluğunun birbiri ile çakışma ihtimali vardır. Fakat TCK'de düzenlenmiş hak yoksunluğunu uygulama konusunda mahkemenin takdir yetkisi vardır. Bu nedenle karışıklığa sebep olmaması adına mahkemelerin TCK'ye göre 53. maddenin 1. fıkrasının "e" bendinde yer alan hak yoksunluğuna hükmetmemesi uygun olacaktır (TCK m.53/3). Bunun yanında TCK'ye göre yetkisini kötüye kullanarak suç işleyen fail hakkında hükmün infazından sonra belli bir süre daha yasaklama sonucu doğurabilecek hak yoksunluğu uygulanacaktır (TCK m.53/5). Bunun uygulanması zorunludur. Böyle bir durumda mahkemenin, ihale mevzuatında emredildiği için hükmettiği yasaklama ile belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri beraber infaz edilecektir. Bu durumda hangisi daha geç bitiyor ise, o sürenin sonuna kadar yasaklamanın uygulanması gerekir.

Fail, tek fiili ile ihale hukukuna ilişkin suç olan yasak fiili gerçekleştirdiğinde; idare tarafından hükmedilen 'yasaklamayla' kovuşturmanın sonunda mahkeme tarafından verilen 'yasaklamaya' aynı fiil için hükmedilip hükmedilmeyeceği konusunda karar vermek gerekir. KK'ye göre; *"bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanır. Ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır"* (KK m.15/3). KK'nin lafzi yorumundan; *"bir fiil hem kabahat hem de suç teşkil ediyorsa, yargılamanın sonunda mahkeme tarafından yasaklama kararı verileceği için idare tarafından yasaklama kararı verilmesi gerekir"* sonucuna ulaşılır. Fakat İhale mevzuatında da tam aksine bir hüküm vardır. *"Mahkemenin hükmettiği yasaklama tedbiri, ida-*

*renin yasaklama tedbirinin infazı bittikten sonra uygulanır*” (KİK m.59/1, KİSK m.27/1). İhale mevzuatındaki bu hükmün yorumundan ise; “hem kabahat hem de suça ilişkin yaptırımın beraber uygulanması zorunludur” sonucuna ulaşılır. Birbirine tezat bu iki hükmün aynı anda uygulanması mümkün görünmemektedir. Bize göre, bu iki tezat hükmü şu şekilde yorumlamak doğru olacaktır. KK, KİK ve KİSK’den iki yıl daha sonra yürürlüğe girmiştir. Sonraki kanun olan KK, KİK ve KİSK’de yer alan hükmü zımnen yürürlükten kaldırmıştır. Bu durumda bir fiil hem suç hem kabahat oluşturuyorsa suça ilişkin yasaklama tedbiri uygulanacak, kabahat ise uygulanamayacaktır. Ayrıca ceza mahkemelerinin hükümleri, kesinleşme ile infaz edilir. KİK ve KİSK’deki bu düzenleme ceza hukukunda yer alan genel kurala aykırılık teşkil etmektedir. Zira ceza mahkemesinin kararı kesinleşmesine rağmen idarenin hükmettiği bir kararın sonlanması beklenecektir. Aslında bu, ceza mahkemesi hükmünün infazını, idarenin takdirine terk etmek anlamına gelecek, bir düzenlemedir. Bunun yanında KK’ye göre; yargılamanın sonunda suçtan ötürü yaptırım uygulanamaması durumunda, idarenin yasaklamaya hükmedebilmesi mümkün olabilir. Bu nedenle aynı zamanda suç olan fiillerden ötürü idarenin yasaklama kararı verebilmesi için, öncelikle ceza mahkemesinin kararının beklenmesi doğru olacaktır.

## **B. Disiplin Hukuku Açısından Sonuçları**

Disiplin soruşturması, kural olarak ceza soruşturma ve kovuşturmasından bağımsız yürüyen bir faaliyettir. Kanun Koyucu, yargılamanın sonunda sanığın mahkûm olup-olmamasının disiplin cezasına herhangi bir tesirinin olmayacağını açıkça düzenlemiştir (DMK m. 125/son, 131). HAGB, sanığın suçlu/suçsuz ilan edilmesini öteleyen bir kavramdır. HAGB, beraat anlamına gelebilecek bir karar değildir. Bunun yanında hüküm açıklanıp sanığın beraatına karar verilmiş olsa bile, kural olarak kararın disiplin soruşturması üzerinde etkisi yoktur. Fakat öğretilerde; beraat kararı, failin suçu işlemediği sabit olduğu için verilmişse, disiplin soruşturmasında da yaptırım uygulanmaması gerektiğini savunulur.<sup>68</sup> Anayasa Mahkemesi’nin kararları da bu yönde-

<sup>68</sup> İbrahim Keskin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir Değerlendirme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 14/ 54 (2023): 31; Torun, “Kamu İhale Hukukunda İdari Yaptırımlar”,

dir.<sup>69</sup> Bu istisnai durum dışında HAGB'nin kural olarak disiplin soruşturmaları üzerinde etkisinin olmayacağını düşünüyoruz.<sup>70</sup> Danıştay'ın bu yönde birçok kararı vardır.<sup>71</sup> Fakat Danıştay'ın ceza yargılamasının sonucunun beklenmesi yönünde kararları da bulunmaktadır.<sup>72</sup>

İhale suçlarından hakkında ceza yaptırımı uygulanan kamu görevlisine disiplin yaptırımı da uygulanmalıdır.<sup>73</sup> Danıştay'ın görüşü de bu yöndedir.<sup>74</sup>

Devlet memurluğundan çıkarma, disiplin yaptırımlarından biri olarak DMK'de düzenlenmiştir. Kamu görevlisi hakkında HAGB kararı verilmesi tek başına devlet memurluğundan çıkarmak için yeterli

---

213; Akif Yıldırım, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 496; Cihan Yüzbaşıoğlu, "Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi", Galatasaray Ü. Hukuk Fak. Dergisi, 13/ 1 (Ocak 2014): 688; Çevikçelik, "Devlet Memurluğundan Çıkarma", 157. Epözdemir, ceza mahkemesinde verilen mahkûmiyet kararının disiplin soruşturmasını bağlayacağını bu yüzden disiplin soruşturmasında ceza verilmesi gerektiğini savunur. Epözdemir, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 340; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, Türk İdare Hukuku,747; Çağlayan, İdâre Hukûku Dersleri, 564.

<sup>69</sup> AYM' nin Mehmet Akif Korkmaz başvurusu, Başvuru No: 2015/16027 13.09.2018 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr Erişim Tarihi 31.12.2023).

<sup>70</sup> Aynı yönde; Günay, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 47; Kumbasar, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 239; Sümeyra Sena Kurt, "Ceza Muhakemesi Kararlarının Devlet Memurluğundan Çıkarma Cezasına Etkisi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 9/ 17 (Haziran 2021), 412; Yabanoğlu, Ceza Muhakemesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 98; Albayrak, aksine adi suçlarda suça ilişkin kovuşturmanın bitmesinin beklentici mesele yapılmasını, görev suçlarında ise HAGB kararı verilmişse alt sınırdan disiplin cezasına hükmedilmesi gerektiğini söyler. DMK'de bulunan açık hükümlerden dolayı bu görüşe katılmak mümkün değildir. Ayrıca kanunda disiplin soruşturmasına ilişkin zaman aşımının durması konusunda bir hüküm bulunmadığı ve disiplin yaptırımlarında çok kısa zaman aşımı süreleri olduğu için teknik olarak bunu uygulamanın mümkün olmadığını da düşünüyoruz. Albayrak, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 253.

<sup>71</sup> Danıştay 12.D'nin 08.11.2022 tarih ve 2020/1534 E ve 2022/5224 K sayılı kararı; Danıştay 12.D'nin 18.04.2022 tarih ve 2020/3645 E ve 2022/2059 K sayılı kararı; Danıştay 12. D'nin 28.11.2017 tarih ve 2017/908 E ve 2017/6060 K sayılı kararı; Danıştay 16. D'nin 24.03.2016 tarih ve 2015/896 E ve 2016/1858 K sayılı kararı; Danıştay 12.D'nin 25.05.2012 tarih ve 2011/9670 E ve 2012/3553 K sayılı kararı (kazanci.com Erişim Tarihi 31.12.2023).

<sup>72</sup> Danıştay 12. D'nin 29.03.2023 tarih ve 2021/2030 E ve 2023/1480 K sayılı kararı; Danıştay 8. D'nin 28.01.2005 tarih ve 2004/2701 E ve 2005/281 K sayılı kararı (kazanci.com Erişim Tarihi 31.12.2023).

<sup>73</sup> Aynı yönde; Epözdemir, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 340.

<sup>74</sup> Danıştay 8.D'nin 21.03.2019 tarih ve 2014/179 E ve 2019/2059 K sayılı kararı (kazanci.com Erişim Tarihi09.01.2023);

değildir<sup>75</sup> fakat fiil için disiplin soruşturması yapıp, kamu görevinden çıkarma kararı verilmesine engel bir hal de yoktur.<sup>76</sup> Anayasa Mahkemesi; kural olarak ceza ve disiplin soruşturmasının birbirinden bağımsız yürüdüğünü kabul eder. Fakat disiplin soruşturması yapıp deliller tartışılmadan salt HAGB kararının varlığına dayanarak disiplin yaptırımını uygulanmasını Anayasa'daki suçsuzluk karinesine aykırı bulur (Anayasa m.15/2, 38/4).<sup>77</sup>

### C. Kamu Görevine Atanmaya Engel Oluşturması Açısından Sonuçları

TCK'ye göre; fail kasıtlı bir suçtan ötürü hapis cezası aldıktan sonra infaz süresince tüm memuriyet ve kamu hizmetlerinde istihdam edilmekten yasaklanır (TCK m.53/1). Hak ve yetkisini kötüye kullanarak kasıtlı suç işleyen fail hakkında, infaz tamamlandıktan sonra da tüm memuriyet ve kamu hizmetlerinde istihdam edilmekten yasaklanma şeklinde hak yoksunluğu uygulanır (TCK m.53/5). Bu süreler geçtikten yani hak yoksunluğu bittikten sonra failin memur olarak atanması veya kamu hizmetlerinde görev alması mümkün olmayabilir. Zira DMK'ye göre; *'bu süreler geçmiş olsa bile'* fail kasıtlı bir suçtan bir yıl ve daha uzun süreli hapis cezası almışsa veya Kanun Koyucu'nun sayma suretiyle gösterdiği suçlardan birinden mahkûm olmuşsa bu mahkûmiyet, kişinin memur olarak atanmasına engel oluşturur (DMK m.48/A-5).

Devlet memurluğuna atanabilmek için genel ve özel şartlar DMK'nin 48. maddesinde gösterilmiştir. Bu şartlardan birisi de failin daha önceden Kanun Koyucu'nun gösterdiği bazı suçlardan mahkûmiyeti olmamasıdır. Memur olmaya engel kasıtlı suçlar iki grup halinde düzenlenmiştir. İlki, sayma suretiyle gösterilen suçlardan birinden mahkûm olunmasıdır. İkincisi ise; bu sayılanlar dışında kasıtlı bir suçtan bir yıl ve daha uzun süreli hapis cezası alınmasıdır.

<sup>75</sup> Tulay, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme, 507; Akif Yıldırım, "Disiplin Soruşturmalarında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına Dayanılması Masumiyet Karinesinin İhlali Sayılır mı?", Terazi Hukuk Dergisi, 9/ 95 (Temmuz 2014): 123.

<sup>76</sup> Şen ve Maviş, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 85.

<sup>77</sup> AYM'nin, Mehmet Akif Korkmaz başvurusu, Başvuru No: 2015/16027 13.09.2018 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr Erişim Tarihi 31.12.2023).

Kanun Koyucu'nun memur olmaya engel olan, sayma suretiyle gösterdiği suçlar; “Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama ve kaçakçılık” suçlarıdır. Sayma suretiyle gösterilen bu suçlardan ötürü verilen hapis cezası, affa uğramış olsa bile memur olmaya engel teşkil eder (DMK m.48/A-5) . Kanun Koyucu, hapis cezasının süresine ilişkin sınır göstermediği için sayılan bu suçlardan kesinleşen bir günlük<sup>78</sup>mahkûmiyet<sup>79</sup> bile memur olmaya engel olur.

TCK'nin 53. maddesi, kasıtlı suçtan hapis cezası alan failin kamu hizmetlerine girmesini belli bir süre yasaklamıştır (TCK m.53). Madde, süre bitince kişinin kamu görevine girebileceği şeklinde yorumlanmaya müsaittir. Fakat DMK, yukarıda gösterilen suçların işlenmesi halinde “TCK’de belirtilen süreler geçse bile” kişinin memuriyet görevine giremeyeceğini düzenler (DMK m.48/A-5). DMK’ye göre, kişinin bir daha memuriyete girmesinin mümkün olmadığı sonucu çıkmaktadır.

2005 tarihli 5237 sayılı yeni TCK’de ‘müebbeden hak yoksunluğu’na<sup>80</sup> yer verilmediği için aynı tarihli Adli Sicil Kanunu’muzda da memnu hakların iadesi kurumuna yer verilmemiştir. Fakat TCK dışındaki kanunlarda müebbeden hak yoksunluğu bulunduğunu fark eden Kanun Koyucu, bu hak yoksunlukları için, memnu hakların iadesi kurumunu Adli Sicil Kanunu’na 2006 tarihinde eklemiştir (Adli Sicil Kanunu m.13/A). TCK dışında ki kanunlardan kaynaklanan müebbeden hak yoksunluğu durumunda; üç veya beş yıllık süre iyi halli geçirilirse, mahkeme kararı ile bu hakkın geri alınması mümkündür. Fakat başka kanunlarda düzenlenmiş suçlar hakkında da TCK’nin genel hükümleri

---

<sup>78</sup> Bir günlük mahkûmiyet adli para cezalarını da kapsar, zira adli para cezaları da gün üzerinden hesaplanır.

<sup>79</sup> Aynı yönde; Serkan Çınarlı ve Sevinç Arslan Hızal, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi”, Terazi Hukuk Dergisi, 12/ 134 (Ekim 2017): 20; Yıldırım, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 492.

<sup>80</sup> TCK’de bir durumda müebbet hak yoksunluğu uygulamasına devam edilmektedir. Din hizmetlerini kötüye kullanan kamu görevlisi “*müebbeden din hizmetlerinde görev almaktan*” yasaklanır (TCK m.219/2). Üstelik bu durumda memnu hakların iadesi de mümkün değildir (Adli Sicil Kanunu m.13/A)

uygulanacağı için (TCK m. 5, 53) bu kişinin DMK'de düzenlenen “*bu süreler geçtikten sonra bile*” memur olarak atanması mümkün değildir.<sup>81</sup> Öğretide de DMK'de ki bu hükümden dolayı kişinin bir daha memuriyete atanamayacağını söyleyenler bulunmaktadır.<sup>82</sup> Danıştay, güncel kararlarında; mahkûmiyetin adli sicilden silinmesinin kişiye, memuriyete/kamu görevine girme hakkı vermeyeceğini, bu hak yoksunluğunun sürekli nitelikte olduğunu belirtmektedir. <sup>83</sup> Öğretide bazı görüş sahipleri ise; kayıtlar adli sicilden silinince memur olma engelini ortadan kalkacağını savunur.<sup>84</sup> Öncelikle kamu görevine girme Anayasal bir haktır. Zira Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sına göre “*her Türk vatandaşının kamu hizmetlerine girme hakkı*” vardır (Anayasa m.70). Ayrıca kişinin memuriyete atanmasına engel olan ve dikkate alınması gereken şey adli sicil kayıtlarıdır. Bunun dışında başka bir kayıt tutulması kanunen mümkün değildir. Adli Sicil Kanunu'na göre ise; adli sicil kayıtları şartlar gerçekleşince arşiv kaydına alınır. Arşiv kayıtları ise; beş, onbeş veya otuz yıl geçince silinebilir (Adli Sicil Kanunu m.12). Adli sicil arşiv kaydı silinmiş olan bir istekliye, memur olarak atanamayacağını söylemek hukuken mümkün değildir. Zira ortada hukuki sonuç doğuracak resmi bir kayıt yoktur. Bu nedenle sicilden silinen kayıtların, memuriyete atanmaya engel olmayacağını düşünüyoruz.

Bir suçtan ötürü HAGB kararı verildiğinde mahkûmiyet belli bir süre daha hüküm doğurmaz. Mahkûmiyete bağlı güvenlik tedbirleri de (hak yoksunlukları) belli bir süre askıya alınır.<sup>85</sup> Bu nedenle ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet bulunmadığı için hakkında HAGB kararı

<sup>81</sup> Baştürk; TCK dışındaki suçlar için Adli Sicil Kanunu 13/A maddesinde ki memnurların iadesi kurumu devreye gireceği için TCK dışındaki suçları işlemesinden ötürü müebbeden hak yoksunluğu uygulanan kişilerin memuriyete girebileceğini savunur. Fakat TCK'nin 5. maddesi gereğince TCK Genel Hükümleri, tüm suçları kapsadığı için bu fikre katılmak mümkün değildir. İhsan Baştürk; “Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2012), 617.

<sup>82</sup> Sezer ve İpek, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri”: 65; Torun, “Kamu İhale Hukukunda İdari Yaptırımlar”, 201.

<sup>83</sup> Danıştay 8. D'nin 08.11.2022 tarih ve 2018/6068 E ve 2022/6331 K sayılı kararı; Danıştay 12.D'nin 19.01.2011 tarih ve 2008/7785 E ve 2011/136 K sayılı kararı (kazancı.com Erişim Tarihi 08.01.2024).

<sup>84</sup> Mehmet Karaarslan, “Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi” AÜHFD, 58/ 1 (Mart 2009): 127,129.

<sup>85</sup> Epözdemir, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 254.

verilmiş bir kamu görevlisi, bu görevine devam edebilir. Ayrıca bu kişinin devlet memuru olarak atanmasına aykırı bir hal de yoktur.<sup>86</sup> Danıştay'ın kararları da bu yöndedir.<sup>87</sup> Yukarıda sayma suretiyle gösterilen suçlardan verilen mahkûmiyet ise; hem memur olarak atanmaya hem de memur olarak kalmaya engeldir. Hatta bu ceza affa uğrasa bile memuriyete engel oluşturur.<sup>88</sup> Fakat yukarıda sayma suretiyle gösterilen suçlardan birinden HAGB kararı verilmesi, memur atanmaya/kalmaya engel değildir.<sup>89</sup> Bu nedenle öğretilerde HAGB kararı verilmiş mahkûmiyetlerin aften daha kapsamlı olduğunu savunanlar vardır.<sup>90</sup> Öğretilerde, DMK'nin 48. maddesinde gösterilen suçlardan verilen HAGB kararının memur olarak atanmaya engel olduğunu savunanlar da bulunmaktadır.<sup>91</sup>

Kamu görevlisi hakkında bir suçtan HAGB kararı verilmesi memuriyeti sonlandırmaz. Fakat disiplin soruşturması kural olarak ceza yargılamasından bağımsızdır. Hakkında HAGB kararı verilen kamu görevlisinin, yürütülen disiplin soruşturması nihayetinde kamu göre-

---

<sup>86</sup> Keskin, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir Değerlendirme", 28,29; Albayrak, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 249; Epözdemir, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 338; Günay, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 424; Karaarslan, "Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi", 109; Kumbasar, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 238; Tulay, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", 507; Yabanoğlu, Ceza Muhakemesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 97; Yıldırım, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 494; Harun Kale, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Disiplin Cezalarına Etkisi", Terazi Hukuk Dergisi, 6/ 60 (2011): 46; Sezer ve İpek, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri", 62.

<sup>87</sup> Danıştay 12.D'nin 28.03.2023 tarih ve 2021/395 E ve 2023/1399 K sayılı kararı; Danıştay 12.D'nin 07.03.2023 tarih ve 2018/2454 E ve 2023/885 K sayılı kararı; Danıştay 12.D'nin 12.02.2013 tarih ve 2010/1591 E ve 2013/439 K sayılı kararı; Danıştay 12.D'nin 09.07.2008 tarih ve 2007/2534 E ve 2008/4502 K sayılı kararı (kazancı.com Erişim Tarihi 08.01.2024).

<sup>88</sup> Atay, İdare Hukuku, 493.

<sup>89</sup> Çınarlı ve Arslan Hızal, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi", 22; Kumbasar, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 238.

<sup>90</sup> Albayrak, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 250; Çınarlı ve Arslan Hızal, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi", 23.

<sup>91</sup> Çevikçelik, "Devlet Memurluğundan Çıkarma", 158.



viden çıkarılması mümkündür.<sup>92</sup> Disiplin soruşturması sırasında salt HAGB kararının varlığına dayanılmadığı sürece yani salt HAGB' nin varlığı disiplin soruşturmasına dayanak yapılmadığı sürece masumiyet karinesi de ihlal edilmiş olmaz.<sup>93</sup> HAGB kararı verilirken kullanılan benzer delillerin, disiplin soruşturmasında kullanılması da mümkündür.<sup>94</sup> Bunun yanında HAGB kararı verilmiş mahkûmiyet, failin denetim süresi içerisinde iyi halli olmamasından ötürü açıklanırsa, açıklanan ve kesinleşen mahkûmiyet; 'süresine' veya 'mahkûmiyete konu suçun türüne' göre memur olarak atanmaya engel olabilir.

Bazı kanunlarda HAGB kararı verilmiş mahkûmiyetlerin kamu görevlisi olarak atanmaya engel oluşturacağına veya kamu görevini sonlandıracağına ilişkin açık düzenlemeler vardır. Bu kanunlar çoğunlukla askeri personelle ilgili veya güvenlikle ilgili kanunlardır. Jandarma personeli ile ilgili bir kanunda yer alan düzenlemeye göre; iftira, hırsızlık, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma gibi suçlardan verilen veya kasıtlı bir suçtan ötürü verilen bir yıldan fazla mahkûmiyetler, HAGB'ye çevrilse bile; subay, astsubay, ve uzman jandarma olarak göreve devam etmeye engel oluşturur. Bu personelin TSK ile ilişkisi kesilir (Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu m. 15/2). Benzer şekilde uzman er ve erbaşlar hakkında düzenlemeler içeren başka bir kanuna göre; cinsel taciz, hırsızlık, firar gibi Kanun Koyucu'nun sayma suretiyle gösterdiği suçlardan verilen mahkûmiyet kararları ile bir ay ve daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı suça ilişkin bir mahkûmiyetten ötürü verilen HAGB kararları, sözleşmeli erbaş ve er olarak atanmaya engel oluşturur (Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu m. 3/(2)-d,e). Benzer düzenlemeler içeren başka kanunlarda vardır. Bunlar; Uzman Erbaş Kanunu (UEK m. 12/3-b,c,ç). Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun (TSKİESSAHK m. 4/3-e; 8/3-e; 13/3-d, e). Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun (ÖGHDK m. 10/1-

---

<sup>92</sup> Yıldırım, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 495; Yüzbaşıoğlu, "Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi", 707.

<sup>93</sup> Anayasa Mahkemesinin, 13/06/2013 karar tarihli 2012/665 Sayılı Kürşat Eysel Kararı (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr Erişim Tarihi 31.12.2023).

<sup>94</sup> Danıştay 12.D'nin 28.03.2023 tarih ve 2021/395 E ve 2023/1399 K sayılı kararı, Danıştay 12.D'nin 07.03.2023 tarih ve 2018/2454 E ve 2023/885 K sayılı kararı (kazancı.com Erişim Tarihi08.01.2024).

d). Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu (KDKK m. 10/1-f). Polis Meslek Yüksek Okulları Giriş Yönetmeliğidir<sup>95</sup>(PMYOGY m. 8/1-h).

HAGB'ye ilişkin istisnai hükümler içeren yukarıdaki kanunlardan bazıları; sayılan suçlardan verilen HAGB kararlarının; kamu görevlisi atanmaya engel oluşturduğunu düzenler. Bazıları hem kamu görevlisi atanmaya hem de kalmaya engel oluşturduğunu düzenler. Bazılarında ise sadece kamu görevinde kalmaya engel oluşturduğu düzenlenmiştir. Kamu görevlisi olarak atanmaya engel bir fiil, kamu görevinde kalmaya da engel olur.<sup>96</sup> Zira Kanun Koyucu, kamu görevlisi olarak atanmaya engel bir durumun, kamu görevlisi olduktan sonra anlaşılması veya gerçekleşmesinin kamu görevlisi olarak kalmaya engel oluşturduğunu açıkça düzenlemiştir (DMK m.98/b).

#### **D. Zararın Tazmini Açısından Sonuçları**

Kamu ihale suçlarından ötürü oluşan zararın tazmin edilmesinin kural olarak üç farklı boyutu vardır. Kamu görevlisinin sebep olduğu zararlar açısından tazmin zorunluluğu, çoğunlukla idare hukuku karakterlidir. İhale suçunu işleyen sanığına HAGB kararı verilebilmesi için oluşan maddi zararı ödemesi koşulu, ceza hukuku karakterlidir. Kişilerin ihale suçlarından ötürü sebep oldukları zararın tazmini ise borçlar hukuku karakterlidir. İhale suçlarından ötürü sebep olunan zararın tazmin yükümlülüğü ve HAGB kurumunun buna etkisinin doğru bir şekilde değerlendirilmesi için, üç farklı hukuk koluna ilişkin kurumların incelenmesi gerekir.

İhale suçlarını gerçekleştiren kişinin davranışı aynı zamanda haksız fillidir. Haksız fiil sebebiyle neden olunan zararlar failden tazmin edilir (TBK m. 49 vd). Tazminata ilişkin kurallar çoğunlukla Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) düzenlenmiştir. TBK'de, hukuk mahkemesi ve ceza mahkemesi kararlarının birbirini bağlamayacağına ilişkin genel bir kural vardır. Hukuk mahkemesi, haksız fiil sebebiyle kusura veya failin ayırt etme gücünün varlığına karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili düzenlemeleriyle bağlı değildir. Hatta hukuk mahkemesi ceza mahkemesinin verdiği beraat kararı ile bile bağlı

---

<sup>95</sup> Dayanak Kanunda böyle bir hüküm yok iken, hak yoksunluğunun doğrudan Yönetmelik ile düzenlenmiş olması, Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil eder.

<sup>96</sup> Albayrak, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 248.

değildir. Tam tersi bir durumda, ceza mahkemesi de hukuk mahkemesinin kararı ile bağlı değildir (TBK m.74).

TBK'de yer alan bu genel düzenleme, hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının birbirinden tamamen bağımsız olduğunu çağrıştıracak cinstedir. Öncelikle; borçlar hukuku, şekli gerçeğe, ceza hukuku maddi gerçeğe ilgilendirir. Bu nedenle her iki hukuk türü; kusur, zarar ve illiyet bağının tespiti, delillerin takdir edilmesi gibi birçok konuda birbirinden farklı usullere sahiptir. Fakat hukuk mahkemesi ile ceza mahkemesi birbirinden tamamen bağımsız da değildir. Öncelikle iki farklı mahkeme, aynı fiil için değerlendirme yapacaktır. Bu nedenle iki mahkemenin kararları arasında objektif bir kader birliği vardır. Aksini düşünmek hukukta ikiliğe sebep olur. Örneğin; meşru savunmacının fiilini değerlendiren ceza mahkemesi, fiilin meşru savunma kapsamında gerçekleştiğini söylemesine rağmen, hukuk mahkemesinin aynı fiili gerçekleştiren kişiyi tazminata mahkum etmesi bir çelişki oluşturur. Ceza mahkemesinin fiili, ihaleye fesat karıştırma olarak nitelediği bir durumda hukuk mahkemesinin, oluşan zarardan faili muaf tutması da bir çelişki olur.<sup>97</sup> Yargıtay HGK, iki mahkeme arasındaki ilişkiye dair bir kararında: *“ceza mahkemesinde verilen; beraat, kusurun belirlenmesi, zararın miktarı, temyiz gücünün varlığı, illiyet bağı gibi hususlar hukuk mahkemesini bağlamaz fakat maddi vakianın varlığı veya yokluğu, fiilin hukuka aykırı olup olmadığı hukuk hakimini bağlar”* demiştir.<sup>98</sup> HAGB kararı verildiğinde hukuken etki doğurmayacak, askıda bir hüküm vardır. Yargıtay HGK, buna ilişkin verdiği bir kararında; HAGB'ye hükmedildiğinde ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet yoktur. Bu nedenle hukuk mahkemesi, ceza mahkemesinin kararı ile bağlı değildir demiştir. Sonuç olarak hukuk mahkemesi kendi yöntemiyle yeni bir karar verebilir.<sup>99</sup> Hukuk hakimi, ceza mahkemesinde kullanılmış delilleri kıymetlendirip farklı bir sonuca ulaşabilir.<sup>100</sup>

Kamu görevlileri tarafından sebep olunan kamu zararlarının tazmini konusunda KMYKK' da belirtilen usuller uygulanır. Bu konuya

---

<sup>97</sup> Epözdemir, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 334.

<sup>98</sup> Yargıtay HGK'nın 09.04.2014 tarih ve 2013/4-1008 E ve 2014/490 K sayılı kararı (kazancı.com Erişim Tarihi09.01.2024).

<sup>99</sup> Yargıtay HGK'nın01.02.2012 tarih ve 2011/19-639 E ve 2012/30 K sayılı kararı (kazancı.com Erişim Tarihi09.01.2024).

<sup>100</sup> Epözdemir, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 336.

yukarıda yaptırımlar koşunda değindiğimiz için burada tekrar değinmeyeceğiz.

İhale suçlarından HAGB kararı verilebilmesi için sanığın oluşan zararı ödemesi zorunlu tutulmuştur. İhale suçlarından ötürü oluşabilecek zarar kalemleri maddi ve manevi zararlar olabilir. İhale suçlarından ötürü hakkında kamu davası açılan; kamu görevlisi, istekli veya yüklenici oluşan zararı, 'tazmin, aynen iade veya suçtan önceki hale getirme' suretiyle giderirse, hakkında HAGB kararı verilebilir (CMK m.231/6-c). Sanığın, zararı derhal gideremediği durumlarda, mağdura veya kamuya verdiği zararın taksitler halinde ödenmesine hükmedilerek, HAGB kararı verilebilir (CMK m.231/9). Sanık zararın tazminine ilişkin bu yükümlülüğünü yerine getirmemezse, mahkeme hükmü açıklar (CMK m.231/11).

HAGB kararının şartı olan zararın tazmini, oluşan bütün zararı gidermeye yeterli gelmeyebilir. Bu durumda HAGB için söz konusu olan somut maddi zararın dışında kalan diğer zarar kalemlerinin genel kurallara göre yani borçlar hukuku ve KMYKK' da belirtilen usullere göre tahsil edilmesi gündeme gelecektir. Bu durumda fiil için HAGB kararı verilmiş olması, kalan zararın genel kurallara göre tahsil edilmesine engel olmaz.<sup>101</sup> Fakat HAGB için tahsil edilen tazminat miktarı, sonradan genel kurallara göre tahsil edilecek tazminat tutarından mahsup edilmelidir.

### **E. Diğer Yaptırımlar Açısından Sonuçları**

İhale mevzuatında düzenlenen yukarıda saydığımız yasak davranışlar gerçekleştiğinde, kişinin yatırdığı geçici ve kesin teminatlar idareye gelir kaydedilir. Failin yasak fiili aynı zamanda suç oluşturabilir. Fail hakkında yürütülen kovuşturmanın sonunda HAGB kararı verilebilir. HAGB kararı üzerine kararın askıya alınmış olması, idari bir yaptırım olan teminatın gelir kaydedilmesine engel oluşturmaz.

İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işleyen gerçek kişinin, tüzel kişinin temsilcisi olması durumunda tüzel kişiye idari para cezası uygulanır. Para cezası, yargılamayı yapan mahkeme tarafından tatbik edilir (KK m. 43/A-2). Gerçek kişi hakkın-

---

<sup>101</sup> Epözdemir, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 239.

da yargılama yapan mahkeme, aynı zamanda bu suç için HAGB kararı verebilir. KK'ye göre; mahkemenin idari para cezasına hükmedebilmesi için gerçek kişinin, suçu tüzel kişinin yararına işlemesi şarttır. Fakat mahkemenin, kovuşturmanın sonunu beklemesi zorunlu değildir. Sonradan suçun tüzel kişinin yararına işlenmediği anlaşılırsa para cezası aynı mahkeme tarafından kaldırılacak veya tahsil edilmişse ilgiliye iade edilecektir (KK m. 43/A-3). Bu düzenleme doğrultusunda gerçek kişi hakkında HAGB'ye hükmeden mahkeme, aynı zamanda tüzel kişi hakkında da idari para cezasına hükmetmek zorundadır. İdari para cezası, hükmün açıklanması beklenmeden ilgiliden tahsil edilebilir. HAGB'ye ilişkin denetim süresi iyi halli geçirilirse hüküm açıklanmayacak, sürenin sonunda davanın düşmesine karar verilecektir. Bu durumda hukuki bir sonuç yaratmayacak olan suç, hukuk aleminden kalkacak, suçun tüzel kişinin yararına işlendiği de tespit edilememiş olacaktır. Bu durumda idari para cezası iptal edilecek veya tahsil edilmişse tüzel kişiye iade edilecektir (KK m.43/A-3). Fakat sanık, denetim süresinde iyi halli olmadığı için hüküm açıklanırsa, idari para cezası iptal edilmeyecek veya daha önceden tahsil edilmişse iade edilmeyecektir.

İhale mevzuatında yer alan yasak fiillerin gerçekleşmesi durumunda ihale iptal edilebilir. İhaleden sonra kurulan sözleşme ise feshedilebilir. Yasak fiil, aynı zamanda ihale suçlarından birini oluşturuyorsa kovuşturmanın sonunda HAGB kararı verilebilmesi mümkündür. HAGB kararı, idari yaptırım olan ihalenin iptali veya sözleşmenin feshi üzerinde hukuki bir etkide bulunmaz. Zira yargılamanın sonunda sanığın beraat etmiş olması halinde bile; ihalenin iptali veya sözleşmenin feshi bundan etkilenmez. Yani beraat kararı ile yaptırımlar kendiliğinden geçerli hale gelmez. Bu nedenle HAGB kararının iptal ve fesih üzerinde hukuki bir etkisi olmaz.

Kamu zararına sebep olan kamu görevlisine KMYKK hükümlerine göre, para cezası verilebilir. Kamu zararına sebep olan kamu görevlisi hakkında yapılan yargılamanın sonunda HAGB kararı verilmiş olması, kesilen idari para cezasının tahsiline engel oluşturmaz.

## **SONUÇ**

Kamu kurum ve kuruluşları tarafından gerçekleştirilen ihale sürecinin sağlıklı bir şekilde yürümesi için ihale mevzuatı ile getirilen yasak fiiller; hem ceza yaptırım, hem idari yaptırım, hem de tazmin yükümlülüğü doğurabilmektedir. İhale mevzuatı ile getirilen yasak fiilin suç olduğu gerekçesiyle; ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, belgede sahtecilik, zimmet, irtikap, rüşvet ve görevi kötüye kullanma gibi suçlardan verilen HAGB kararı, idari yaptırım veya tazmin sorumluluğu üzerinde hukuki etkiler yaratabilmektedir. HAGB kararı, mahkûmiyet görünümlü ama 'hukuki sonuç yaratmayacak' bir karardır. Bu nedenle özellikle idare hukukuna ilişkin yaptırımlar üzerinde farklı sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilmektedir.

Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı; idari merciler, Cumhuriyet savcısı ve mahkemeler tarafından verilebilmektedir. Aynı zamanda belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirinin 'örtülü bir ihaleden yasaklanma' kararı olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Dört ayrı mercii tarafından aynı sonuca hizmet eden yaptırımın uygulanması, kurumun hukuki niteliğini belirleme konusunda tartışmalara yol açabilecek cinstendir. Kanunun uygulanma zamanı, lehe kanunun geçmişe yürümesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği, objektif sorumluluğun gündeme gelip gelmeyeceği, kanunilik ilkesine riayet edilip edilmeyeceği gibi birçok konuda, hukuki yapıdaki farklılıklar nedeniyle farklı sonuçlar gündeme gelebilir. Sırasıyla; idari yaptırım, koruma tedbiri, güvenlik tedbiri olarak kabul ettiğimiz, ihaleden yasaklanma yaptırımı, çoğu zaman birbirini takip ederek uygulanmaktadır.

İhale mevzuatında düzenlenen ve idari yaptırım olarak hükmedilen kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanma yaptırımı ile mahkeme tarafından hükmedilen kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanma tedbiri, KK ile birlikte değerlendirildiğinde birbiri ile çelişecek hükümler barındırmaktadır. KK'ye göre; *"bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanır. Ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır"* (KK m.15/3). KK'ye göre; aynı fiil ile ihlal edildiği için, idarenin hükmettiği ihalelere katılmaktan yasaklanma tedbirinin uygulanmaması gerekir. Fakat ihale mevzuatında tam aksine *"mahkemenin hükmettiği yasaklama tedbiri, idarenin yasaklama tedbirinin*

*infazı bittikten sonra uygulanır*” şeklinde bir düzenleme vardır (KİK m.59/1, KİSK m.27/1). Bu hükme göre ise; iki tedbirin birlikte uygulanması zorunlu görünmektedir. KK ve ihale mevzuatındaki iki çelişik hükmün birlikte uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle sonraki kanun olan KK’nin ihale mevzuatında yer alan idarenin uygulayacağı yasaklama yönünde hükmünü, zımnen yürürlükten kaldırdığını düşünmekteyiz. Bu durumda mahkemenin hükmettiği ihalelere katılmaktan yasaklama tedbiri uygulanacaktır. İdari yaptırım niteliğinde ki yasaklama ise, ancak mahkemenin hükmetmemesi durumunda uygulanabilir. Özellikle bu değerlendirme ile; adli bir merci olan mahkeme tarafından hükmedilen yasaklama kararının infazının başlangıcını, idari bir merciin takdirine bırakan bu normun uygulamada yaşatacağı sıkıntının da önüne geçilmiş olur.

İhale mevzuatına göre; idare ve mahkeme tarafından hükmedilen yasaklama kararında, önceden bilinen bir infaz süresi vardır. Kovuşturma sırasında kendiliğinden uygulanan yasaklama tedbirinin süresine ilişkin Kanun’da bir sınırlama yoktur. Bu tedbir, kovuşturma boyunca uygulanır. Üstelik kovuşturma merciin ihalelere katılmaktan yasaklama tedbirini uygulamama gibi bir takdir yetkisi de yoktur. Kovuşturmanın başlaması, HAGB kararının verilmesi, beş yıllık denetim süresinin dolması, iyi halli geçirilen süresin sonunda verilen düşme kararına ilişkin kanun yolunun tüketilmesi onlarca yıl sürebilir. Kanun Koyucu tarafından tedbirin süresinin belirlenmemiş olması, hak yoksunluğunun uygulanma süresinde belirsizliğe yol açmaktadır. HAGB kararı verilebilmesi; 2010 yılında CMK’nin 231. maddesinin 6. fıkrasında yapılan değişiklikle sanığın kabulü şartına bağlanmıştır. Fakat 2024 tarihinde 7449 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu eskiye dönülmüş sanığın kabulü şartı kaldırılmıştır. İhale suçlusuna HAGB kararının verilmesi kovuşturmayı daha da uzatacağı için, ihale suçlusuna sanık 2024 tarihine kadar, uzun yıllar ihalelerden yasaklanmamak adına HAGB yoluna gitmemeyi tercih edebilmekteydi. Buda geçimini özellikle ihalelerden temin eden sanığın lehine bir durumdu. Kişinin temel hak ve özgürlüklerinde sınırlama açıkça<sup>102</sup> ve ancak kanunla

---

<sup>102</sup> Anayasa Mahkemesi; temel hak ve özgürlüklerdeki sınırlamanın kanunla yapılmış olmasını yeterli bulmaz bunun kanunda açıkça gösterilmesini de zorunlu tutar.

yapılabilir (Anayasa m. 13). Ceza muhakemesinde başvuru; gözaltı, tutuklama, adli kontrol gibi tüm koruma tedbirlerinde süre sınırı varken kovuşturma sırasında uygulanan yasaklama tedbiri için süre sınırı getirilmemesi, adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecek niteliktedir (Anayasa m.36). Farklı uygulama ve sonuçlara sebep olmak adına kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama tedbirine; sadece idari merciler tarafından, önceden belirlenmiş bir süre kadar hükmedilmesi, temel hak ve özgürlük konusunda yapılan bu belirsiz yasaklamayı ve yaşanabilecek hukuki yanlışları giderilebilecektir.

İhale mevzuatında yer alan yasak fiilden ötürü kamu görevlisi hakkında disiplin ve ceza soruşturması boyunca 'görevden el çektirme tedbiri' uygulanabilir. Bu tedbire kovuşturma boyunca devam edilebilmesinin önünde kanunen bir engel yoktur. Hakkında HAGB kararı verilmiş ihale suçlusunu kişi hakkında, fiil beş yıl daha hüküm doğurmayacaktır. Fakat hem kovuşturma hem de sanıklık devam etmektedir. Yani dava derdestir. Hukuki sonuç yaratmayacak HAGB kararı verildiğinde, görevden el çektirmenin uygulanmaması veya uygulanmaya başlanmışsa idari merci tarafından son verilmesi, hem kamu görevlisi için hem de kamu kaynaklarının boşuna harcanmaması adına daha uygun olacaktır.

DMK'nin 48'nci maddesinde memur olmaya engel suçlar tek tek sayma suretiyle gösterilmiştir. Bu suçlardan ikisi; ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçudur. Bu suçlardan verilen HAGB kararı, kişinin memur olarak atanmasına engel oluşturmaz. Fakat Kanun Koyucu 48'nci maddede sayılan bu suçlar için af kanunu çıkması halinde bile, memur olmaya engel oluşturacağını düzenlemiştir. HAGB kararı verilmiş ihale suçlusunun memur olarak atanabileceğini söylemek, DMK'nin amacına uygun değildir. DMK'nin 48'nci maddesine, askeri personeli ilgilendiren kanunlarda olduğu gibi HAGB'ye ilişkin özel bir düzenleme getirilmelidir. Aksi takdirde HAGB kurumu, af kanunlarından daha lehe olmaya devam edecektir.

Kamu görevlisi hakkında HAGB kararı verilmesi memuriyeti kendidliğinden sonlandırmaz. Fakat kamu görevlisi hakkında yürütülen disiplin soruşturması sonucu, onun kamu görevinden çıkarılmasına



karar verilmesi mümkündür. Disiplin soruşturmasında gerekçe olarak, 'hüküm doğurmayacak HAGB'ye dayanma' masumiyet karinesine aykırılık oluşturur. Fakat disiplin soruşturmasında HAGB'ye ilişkin kovuşturmada kullanılanlar dahil, var olan diğer delillerin de kıymetlendirilmesi ile verilen, memuriyetten çıkarma şeklinde disiplin cezası, masumiyet karinesine aykırılık oluşturmayacaktır.

İhale suçundan HAGB'ye hükmedilirken sanık tarafından kamu zararları ödenmektedir. Borçlar Kanunu ve Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre tazmin gerçekleştirilirken, HAGB sırasında ödenen tazminat miktarı mahsup edilmelidir. Genel hükümlere göre tazminata daha önce hükmedilmişse, HAGB'ye hükmedilirken bu ödemeler dikkate alınmalıdır.

İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçundan HAGB kararı verilen fail, suçu tüzel kişinin yararına işlediğinde idari para cezası uygulanır. Fakat HAGB ile birlikte uygulanan idari para cezası tartışma yaratacak cinstendir. Tüzel kişiye idari para cezası uygulanması gerçek kişinin, suçu tüzel kişinin yararına işlemesi halinde mümkündür. Fakat HAGB kararı ile suçun mevcudiyeti belli bir süre daha askıya alındığı yani hukuki sonuç yaratmayacağı için, bu yararın tespiti mümkün olamaz. KK'ye göre; para cezası için hükmün kesinleşmesini beklemek gerekmez. İleride iyi halli geçen denetim süresi sonunda dava düşeceği için, paranın iadesi veya tazmin edilmemişse iptali gerekir. HAGB' de düşme kararı verilme ihtimali, ileride hükmün açıklanması ihtimalinden daha yüksek olduğu için, tüzel kişiye uygulanacak idari para cezasına hükmetmek veya tahsil etmek için, HAGB'nin sonucunun beklenmesi daha doğru olacaktır. Bu nedenle HAGB'nin sonucunun beklenmesi yönünde KK'ye hüküm eklenmesi, bu yapılamazsa idare tarafından para cezası kesildikten sonra, tahsil için HAGB'nin sonucunun beklenmesi hak kayıplarını engelleyebilir.

| YAZAR BEYANI                         |   |
|--------------------------------------|---|
| <b>Mali Destek/ Teşekkür Beyanı:</b> | Bulunmamaktadır.  |
| <b>Yazarların Katkıları</b>          | Birinci yazar % 50, ikinci yazar % 50 oranında katkı sağlamıştır. |

|  |  |
|--|--|
| <b>Çıkar Çatışması/ Ortak Çıkar Beyanı</b> | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. Birinci yazar Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi çalışanıdır. |
| <b>Etik Kurul Onayı:</b>                   | Gerekmemektedir.   |

## **KAYNAKÇA**

Akbulut, Berrin. "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", CHD. 9/Nisan (2009): 41-116.

Akbulut, Berrin. "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", CHD. 10/Ağustos (2009): 41-72.

Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. Türk İdare Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, 2023.

Albayrak, İlgin. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Atay, Ender Ethem. İdare Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, 2022.

Bakır Az, Leyla. "Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uyarınca Verilen İhaleden Yasaklanma Kararları". Ankara: Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2023.

Baştürk, İhsan. "Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi". Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2012.

Birtek, Fatih. "İhaleye Fesat Karıştırma Suçu Bakımından Kamu Zararı ve Tespiti", CHD.44/Aralık (2020): 711-745.

Çağlayan, Ramazan. İdâre Hukûku Dersleri, Ankara: Adalet Yayınevi, 11. Baskı, 2023.

Canbazoğlu, Kerem. "İhalelere Katılma Yasağı". Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2017.

Çevikçelik, Muradiye. "Devlet Memurluğundan Çıkarma", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.5/1 (Haziran 2015): 145-162.

Çınarlı, Serkan ve Sevinç Arslan Hızal, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi", Terazi Hukuk Dergisi. 12/ 134 (Ekim 2017): 14-30.

Demir, Nazlı Hilal. "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", Fasikül Hukuk Dergisi.41/Nisan (2013): 21-38.

Demirel, Salim. "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Maddi Unsurunun 4734 Sayılı İhale Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi. 9/100 (Aralık 2014): 571-577.

Dülger, Murat Volkan ve Taşkın, Şaban Cankat. Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, 11. Baskı, 2023.

Eker Kazancı, Behiye. İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2011.

Evik, Ali Hakan. “İhaleye Fesat Karıştırma suçunun Failin Niteliklerine ve bu Suça İştirake ilişkin Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, CHD.12/33 (Nisan 2017): 7-46.

Epözdemir, Rezan. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

Günel, İlhan. “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, TAAD. 9/33 (Ocak 2018): 753-783.

Günay, Erhan. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, 2010.

Kale, Harun. “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Disiplin Cezalarına Etkisi”, Terazi Hukuk Dergisi. 6/60 (2011): 45-47.

Karaarslan, Mehmet. “Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi”, AÜHFD. 58/1 (Mart 2009):95-138.

Keskin, İbrahim. “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir Değerlendirme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi.14/ 54 (2023):1-38.

Koçyiğit, Hasan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Özel Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adli Yargı Hakimliği Sınavlarına Hazırlık Kitabı-1, Ankara: Murat Yayınları, 2015.

Kumbasar, Enver. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012.

Kurt, Sümeyra Sena. “Ceza Muhakemesi Kararlarının Devlet Memurluğundan Çıkarma Cezasına Etkisi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. 9/ 17(Haziran 2021): 383-428.

Meran, Necati. İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2014.

Özbek, Veli Özer. Ekonomi Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi. 1. Baskı, Ankara 2021.

Özbek, Veli Özer; Doğan Koray ve Bacaksız Pınar. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, 2023.

Özgenç, İzzet. İhale Sürecinde İşlenen Suçlar. Ankara: Seçkin Yayınevi,4. Baskı, 2023.

Öztürk, Bahri ve Diğerleri. Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, 2023.

Poyraz, Ercan. “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi.8/83 (Temmuz 2013): 14-30.

Şahin, Cumhur ve Göktürk, Neslihan. Ceza Muhakemesi Hukuku-II. Ankara: Seçkin Yayınevi, 12. Baskı, 2022.

Sarıtaş, Hatice. “ihaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, Sayıştay Dergisi. 20/73 (Nisan 2009): 51-68.

Sezer, Yasin ve Ali İhsan İpek. “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri”, TAAD. 1/3 (2010): 43-74.

Sucuoğlu, Arif Naci. “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2019.

Şen, Ersan ve Mert Maviş. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014.

Tulay, M. Emre. “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 25/4(2021): 477-525

Torun, Bülent. “Kamu İhale Hukukunda İdari Yaptırımlar”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019.

Toprak, Eren. Kamu İhale Hukuku Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.

Yabanoğlu, Mustafa. Ceza Muhakemesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması. Ankara: Adalet Yayınevi,1. Baskı, 2023.

Yalçın, Can. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2021.

Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu Ayşe. Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, 11. Baskı, 2023.

Yıldırım, Akif. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018 (Geri Bırakma).

Yıldırım, Akif. “Disiplin soruşturmalarında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına Dayanılması Masumiyet Karinesinin İhlali Sayılır mı?”, Terazi Hukuk Dergisi. 9/95 (Temmuz 2014): 119-123.

Yıldırım, Ramazan ve Çınarlı, Serkan. Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt-1. Ankara: Astana Yayınevi, 1. Baskı, 2018.

Yüzbaşıoğlu, Cihan. “Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi”, Galatasaray Üniv. Hukuk Fak. Dergisi.13/1 (Ocak 2014): 687-716.

Ünal, Nurdoğan. İhale Suçları, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2017.

Ünal, Nurdoğan, Ramazan Erol ve Mesut Erol. İhale ve Sözleşme Yönetimi Süreçlerinde Kamu Görevlilerinin Cezai-İdari-Mali Sorumlulukları. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2015.

Zor, Ömer Tuğrul. “Ceza Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararları”, Terazi Hukuk Dergisi. 9/90 (Şubat 2014): 77-86.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi. K. 2016/4679 (05.05.2016) www. kazancı.com.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi. K. 2014/5011 (05.05.2014) www. kazancı.com.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi. K. 2015/12335 (10.06.2015) www. kazancı.com.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi. K. 2023/10103 (19.10.2023) www. kazancı.com.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi. K. 2023/10083 (18.10.2023) www. kazancı.com.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2014/490 (09.04.2014) www. kazancı.com.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2012/30 (01.02.2012) www. kazancı.com.

Danıştay 13. Dairesi. K. 2022/2673 (15.06.2022) www.kazancı.com.

Danıştay 12. Dairesi. K. 2022/5224 (08.11.2022) www.kazancı.com.

Danıştay 12. Dairesi. K. 2022/2059 (18.04.2022) www.kazancı.com.

Danıştay 12. Dairesi. K. 2017/6060 (28.11.2017) www.kazancı.com.

Danıştay 16. Dairesi. K. 2016/1858 (24.03.2016) www.kazancı.com.

Danıştay 12. Dairesi. K. 2012/3553 (25.05.2012) www.kazancı.com.

Danıştay 12. Dairesi. K. 2021/2030 (29.03.2023) [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com).

Danıştay 8. Dairesi. K. 2005/281 (28.01.2005) [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com).

Danıştay 8. Dairesi. K. 2019/2059 (21.03.2019) [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com)

Danıştay 8. Dairesi. K. 2022/6331 (08.11.2022) [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com)

Danıştay 12. Dairesi. K. 2011/136 (19.01.2011) [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com)

Danıştay 12. Dairesi. K. 2023/1399 (28.03.2023) [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com)

Danıştay 12. Dairesi. K. 2023/885 (07.03.2023) [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com)

Danıştay 12. Dairesi. K. 2013/439 (12.02.2013) [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com)

Danıştay 12. Dairesi. K. 2008/4502 (09.07.2008) [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com)

Anayasa Mahkemesi. Mehmet Akif Korkmaz başvurusu, Başvuru No: 2015/16027 (13.09.2018) [kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr](http://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr)

Anayasa Mahkemesi. Kürşat Eyol başvurusu, Başvuru No: 2012/665 (13.06.2013) [kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr](http://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr)

Anayasa Mahkemesi. K 2023/107 (01.06.2023) [kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr](http://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr)

## **YÜRÜTME KUVVETİNİN KURAMSAL TEMELLERİ**

### *Theoretical Foundations of The Executive Branch*

**Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA\***

#### **ÖZET**

Kuvvetler ayrılığı, kökleri ve gelişimi çok öncesine dayansa da anayasacılığın temel ilkelerinden birisidir. Buna göre devlet kudreti yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç ayrı erke bölünmelidir. Bu şekildeki iktidar paylaşımı demokratik bir devletin garanti edici özelliğini ortaya koymaktadır. Ne var ki günümüzde gelinen aşamada yürütme kuvvetinin söz konusu kuvvetler arasında ön plana çıktığını, politika yapma sürecini yönetme ve hukuk yapımı da olmak üzere demokrasinin bir gereği olarak yasama kuvvetinde tecelli etmesi gereken nitelikleri bünyesine kattığını görmekteyiz. Elbette yürütmenin bu şekildeki yetki genişlemesinde pek çok etken söz konusu edilebilir. Ancak burada bizim araştırdığımız temel husus, yürütmenin doğası ve anlamı bakımından bu yetki genişlemesine eğilim gösterip göstermediğidir. Ulaştığımız netice ise yürütme kuvvetinin tabiatı gereği iktidarı elinde bulundurmaya, tek elde toplanmaya ve yetkisini genişletmeye olan istekliliğidir.

---

\* Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD, e-posta: drsemihbatur@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5888-1750.

**Makale Geliş Tarihi:** 07.01.2024

**Makale Kabul Tarihi:** 12.06.2024

⇒ Atıf Şekli: Semih Batur Kaya, "Yürütme Kuvvetinin Kuramsal Temelleri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/II (2024): 1017-1055.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.





**Anahtar Kelimeler:** İktidar, Kuvvetler Ayrılığı, Devlet, Yürütme Kuvveti, Yürütmenin Üstünlüğü

### **EXTENDED ABSTRACT**

How can we make sense of executive power, which is now the ubiquitous form of political governing ability? Of course, this may vary depending on the form of the political system (parliamentary system, semi-presidential system, presidential system, etc.). There are many studies carried out in this direction in the doctrine. However, here we will look at what we have with executive power, how it works and whether it works. Indeed, in this context, it can be said that the phenomenon of political executive requires more study effort from a political scientist or lawyer since it is the universal acceptance of the political. Today, when we observe the rise of the executive power, at least in its modern political form, it is important to reveal the structural conditions and functioning of the executive power. So how should we understand the relevance of executive power to modern developments? What is executive power, what is it generally expected to do, and what is its connection to modern governments? In this regard, it is emphasized that executive power should be universally accepted as a modern necessity. Therefore, a modern doctrine needs to be developed here. Because no modern state can be considered standing unless it is equipped with a strong executive body; Any state that does not have this government is thought to be inviting disaster, and is viewed with pity and contempt by the more fortunate. The real executive power actually begins with Aristotle. From this it is understood that executive power is a prehistoric reality. However, the creation of the executive power does not represent a definite progress in state power and administrative functioning. Because political thought before the invention of executive power did not reveal a primitive or thoughtless understanding, and subsequent views do not show clear progress. In this respect, it is said that the executive power covers and conceals the issues it deals with. In our opinion, the implicit problem here is; It is the resistance that man develops against pure power by discovering modern law. Indeed, the insistence of the executive power, which is a modern compass, in charting one's path,

breaks this resistance. In a result, separation of powers is one of the fundamental principles of constitutionalism, although its roots and development date back to ancient times. Accordingly, state power should be divided into three separate powers: legislative, executive and judicial. This form of power sharing reveals the guaranteeing feature of a democratic state. However, at the current stage, we see that the executive power has come to the fore among the said powers and has incorporated the qualities that should be manifested in the legislative power as a requirement of democracy, including managing the policy-making process and law making. Of course, many factors may be involved in this expansion of the executive's authority. However, the main issue we are investigating here is whether the executive is inclined to this expansion of authority in terms of its nature and meaning. The conclusion we have reached is that the executive power is inherently willing to hold power, concentrate it in one hand, and expand its authority.

**Keywords:** Power, Separation of Powers, State, Executive Power, Supremacy of the Executive

## **GİRİŞ**

Kuvvetler ayrılığı modern bir devlette anayasal ve dolayısıyla hukuksal kurguyu değerlendirmeye dair siyasal bir ilke olarak tasvir edilebilir. Kuvvetler ayrılığının temelinde “iktidar paylaşımı/dağılımı” gerçekleştirmek bulunur. Bu bakımdan kuvvetler ayrılığı ilkesi, devlet iktidarının herhangi bir kişi, grup veya kurumun elinde aşırı yoğunlaşmasından kaçınılması gerektiği konusunda bir yaklaşım ortaya koyar. Gelinen aşamada ise kuvvetler ayrılığının demokratik bir hukuk devletini gerçekleştirme işlevini yeterince yerine getirmediği ve dolayısıyla da fren ve denge ilkesi araçları ile de siyasal sistemin pekiştirilmesi zorunluluğu belirtilmektedir. Burada kuvvet paylaşımının yanında artık güç sahiplerinin dengelenmesi ve denetlenmesi öngörülmektedir.

Demokratik hukuk devletinin bu şekildeki kurgusu, devletin bir yandan organlar bazında yapısal şartlarını diğer yandan özgürlükler bakımından haklar şartını garanti eder. Ne var ki fren ve denge ilkesi

bir yana kuvvet paylaşımının dahi günümüzde gerçekleştirilmesi giderek zorlaşmaktadır. Çünkü iktidar yoğunlaşması giderek çeşitli gerekçelerle yürütme kuvveti etrafında yoğunlaştığı gözlemlenmektedir. Böyle olunca ve iktidarın klasik anlamda tarihsel olarak “egemen” ekseninde tecellisi dikkate alınınca “iktidar acaba aslına mı rücu etmektedir” sorusu akla gelmektedir. Haliyle söz konusu şekildeki bir çıkarım, bu çalışmanın gerçekleştirilmesindeki temel motivasyonu sağlamıştır.

Dikkatler devlet iktidarları arasında yürütme kuvvetine yönelince, yürütmenin doğası, anlamı ve boyutlarının kuramsal bakımından ortaya konulması gerekliliği ortaya çıkmıştır. İşte bu çalışmayla yürütmenin doğasının kuramsal gelişimi ele alınmak gaye edinilmiştir. Nihayetinde çalışmanın bütünü dikkate alındığında yürütme kuvveti etrafında iktidar yoğunlaşmasının yürütmenin doğası bakımından olağan karşılanması gerektiğine ulaşılmıştır. Bu doğrultuda aşağıda öncelikle yürütme kuvvetinin anayasal gelişimi dikkate alınarak çeşitli düşünürlerin görüşleri çerçevesinde bir inceleme gerçekleştirilmiştir. Ardından yürütme kuvvetinin modern anlamı belirlenmeye çalışılmıştır. Nihai olarak da, modern yürütmenin karakteristik özellikleri kuramsal perspektifle gözlemlenmiştir.

## **I. YÜRÜTME KUVVETİNİN KURAMSAL BAĞLAMI**

Siyasal yönetme kabiliyetinin artık her yerde görülen biçimi olan yürütme kuvvetini ne şekilde anlamlandırabiliriz? Elbette bu siyasal sistemin bulunduğu forma göre (parlamentar sistem, yarı-başkanlık sistemi, başkanlık sistemi gibi) değişebilmektedir. Bu yönde doktrinde gerçekleştirilen çalışmalar oldukça çoktur. Ne var ki burada biz, yürütme kuvveti ile neye sahip olduğumuza, nasıl çalıştığına ve işe yarayıp yaramadığına bakacağız.

Gerçekten de bu bağlamda siyasal yürütme olgusunun siyasal olanın evrensel kabulü olması nedeniyle bir siyaset bilimciden veya hukukçudan daha fazla bir inceleme çabası beklediği söylenebilir. En azından modern siyasal biçimiyle yürütme kuvvetinin yükselişini gözlemlediğimiz günümüzde yürütme kuvvetinin yapısal şartlarını ve işleyişini ortaya koymak önem arz etmektedir. O halde yürütme gücünün modern gelişmelerle olan bağlantısını nasıl anlamalıyız? Yü-

rütme gücü nedir, genel olarak ne yapması beklenmektedir ve modern hükümetlerle bağlantısı nedir?

Bu bakımdan Mansfield, yürütme yetkisinin modern bir gereklilik olduğunun evrensel olarak kabul edilmesinin gerekliliğini vurgulamaktadır. Dolayısıyla burada modern bir doktrinin geliştirilmesi gerekir. Çünkü hiçbir modern devlet, güçlü bir yürütme organıyla donatılmadıkça ayakta sayılmaz; bu yönetime sahip olmayan her devletin felakete davetiye çıkardığı düşünülür ve daha şanslı olanlar tarafından acıma ve küçümsemeyle karşılanır.<sup>1</sup>

Gerçek anlamıyla yürütme kuvveti esasen Aristoteles ile başlamaktadır. Buradan da yürütme kuvvetinin tarih öncesi bir gerçeklik olduğu anlaşılmaktadır. Fakat yürütme kuvvetinin meydana getirilişi devlet kudretinde ve yönetim işleyişinde kesin bir ilerlemeyi ifade etmemektedir. Çünkü yürütme gücünün icadından önceki siyasi düşünce, ilkel ya da düşüncesiz bir anlayış ortaya koymadığı gibi, sonraki görüşler de net bir ilerleme göstermemektedir. Bu açıdan Mansfield, yürütme gücünün ele aldığı konuları üstünü kapattığını ve gizlediğini söylemektedir.<sup>2</sup> Kanaatimizce buradaki üstü örtülen sorun; insanın modern hukuku keşfetmekle salt iktidara karşı geliştirdiği dirençtir. Gerçekten de modern pusula niteliğindeki yürütme kuvvetinin kişinin yolunu çizmekteki ısrarı, söz konusu direnci kırmaktadır.

### **A. Aristo ve Yürütme Kuvveti**

Aristoteles kuvvetler ayrılığı fikrinin öncülerindendir.<sup>3</sup> Burada biz özellikle yürütme kuvveti eksenindeki fikirlerine odaklanmaya çalışacağız. Aristoteles yönetme faaliyeti olarak siyasal olanı, esasen bir “ortaklık”, yani yönetimde paylaşım üzerine kurgulamaktadır. Bu bakımdan Aristoteles, vicdan kavramını yitirmiş, salt güç ve bunun bir yöntemi olarak sahtekârlık biçimini benimseyen hükümdar modelini kesinkes bir şekilde reddeder. Bu sebeple insan doğasını olumlu bir şekilde de ele alan Aristoteles, insanların yalnızca korkulu, hırslı ve

---

<sup>1</sup> Harvey C. Mansfield Jr, *Taming the Prince* (London ve New York: Collier Macmillan Publishers, (1989), 1.

<sup>2</sup> Mansfield, *Taming the Prince*, 23.

<sup>3</sup> Bkz. Edward Van Dyke Robinson, “The Division of Governmental Power in Ancient Greece”. *Political Science Quarterly*, 18/4 (1903): 629.

açgözlü olmadığını aynı zamanda düşünceli ve adil olabileceklerini de ortaya koyar. Şu halde bunu siyasal alana aktardığımızda menfaat ve adalet paylaşılabilir. Siyaset birimi bir ortaklık olarak tanımlanınca, siyasal yönetici de despot veya efendi olmaz.<sup>4</sup>

Elbette Aristoteles bu yaklaşımla, Mansfield'in vurguladığı üzere insanın "hırslı" bir varlık olduğunu inkâr etmemektedir.<sup>5</sup> Aristoteles bir siyasal yaklaşım biçimi ve hareket tarzı ortaya koymaktadır. Ne var ki Aristoteles bu konuda Machiavelli kadar ileri gitmez. Dolayısıyla insanın hukuka ve akla karşı direnişi, salt iktidar hırsı (passio animi) olarak ele alınmaz. Dolayısıyla Aristoteles'te bu hırs, kanun ve yaptırımların insanlar bakımından her zaman için zalimce görüldüğünü ortaya koymaz. Ancak insanların kanun ve yaptırımlardan kategorik olarak hoşlandığı da söylenemez. Burada önemli olan bunlarla ihdas edilen sınırlamaların makul olup olmadığıdır. Hukukun, yöneticilerin mantıksızlığını bazı hallerde ortaya koyduğu doğrudur; fakat her hukuk kuralı için geçerli değildir.

Aristoteles'in siyasal yönteminin "karma hükümet"<sup>6</sup> olduğunu yukarıda söyledik.<sup>7</sup> Burada siyasi iddialara sahip erklerin ve bunların

<sup>4</sup> Aristotle, *Politics*, çev. Carnes Lord (Chicago: University of Chicago Press, 1984), 1252a1 ve 1278b18-22.

<sup>5</sup> Mansfield, *Taming the Prince*, 23.

<sup>6</sup> Karma Rejim, en kötüsünden kaçınırken bu saf rejim türlerinin her birinin en iyi özelliklerini elde etmek amacıyla monarşi, aristokrasi ve demokrasinin unsurlarını birleştiren bir rejimdir. Karma Rejimin savunucularına göre, tek kişinin yönetimi dış politikada, savaşın yürütülmesinde ve güçlü iç çıkarlarla mücadelede enerji sağlama avantajına sahiptir. Ancak tek kişinin yönetiminin dezavantajı, genellikle tiranlığa dönüşmesiydi. Az sayıda kişinin yönetimi, bilge ve erdemli olanların yönetebilmesi avantajına sahiptir. Ancak kolaylıkla kendi çıkarlarını düşünen ve yozlaşmış bir oligarşiye dönüşebilmesi gibi bir dezavantajı vardı. Tüm halkın hükümeti, özgürlüğü teşvik etme ve kamu politikalarının oluşturulmasında halkın sağduyusunu getirme avantajına sahiptir. Ancak onun da çoğunluğun tiranlığı olan mafya yönetimine dönüşmesi gibi bir dezavantajı vardı. Birin, Azınlığın ve Çoğunluğun güçlerini birleştiren Karma Rejimin en büyük avantajı, hükümdar, aristokratlar ve halk tarafından temsil edilen üç sosyal sınıfın birbirini kontrol edip dengeleyebilmesi ve böylece birbirlerinin iktidara gelme şansını arttırabilmesiydi. Bkz. Steven G. Calabresi, Mark E. Berghausen ve Skylar Albertson, "The Rise and Fall of the Separation of Powers". *Northwestern University Law Review*, 106/2 (2012): 530.

<sup>7</sup> Aristoteles için iki çeşit karma anayasa söz konusudur. Birincisi, demokrasi ile oligarşi arasında aracı olan karma anayasa biçimi olan "politika" vardır. Burada bu anayasa, hem demokratik hem de oligarşik nitelikteki yasaların bir araya getirilmesiyle ortaya çıkar. İkincisi, demokrasi ve oligarşinin yanı sıra aristokrasi ve

bağlı bulunduğu geleneklerin uzlaştırılması ve uyumlaştırılması hedeflenmektedir. Haliyle bu, prensin (tekil ya da çoğul olsun) tematik olarak acımasız, kurnaz ve her şeyi mubah gören bir anlayışla pratik bir tiranlık inşa edebileceğini söylemez. Gerçekten de Aristoteles, tartışmaz ve tekil ve tekel olan bir iktidarı desteklemez. Böyle olmakla Aristoteles, çeşitli yönetme tarzları bakımından şekillenen gelenekleri, ahlak kurallarını dikkate almakla iktidarın oluşumu ve hareket tarzı açısından bir reformu ortaya koyar. Azınlıkta olanların ve çoğunluk teşkil edenlerin birbirine karıştığı bir paylaşım kurgusu Aristoteles'in özgür ve adil bir yönetimi<sup>8</sup> teşvik ettiğini göstermektedir.

Oluşumu ve işleyişi ile bu yönetim tarzı, Mansfield'e göre, teorik ve pratik karışımı haizdir. Bu husus İmparatorluk ve Kutsal Roma'da da varlık bulmuştur. Fakat bu tam anlamıyla gerçekleşmemiştir. Nitekim her iki Roma'da da Machiavelli tarzı hükümdarlar bulunmuş ve uygulamalar sergilenmiştir.<sup>9</sup> Dolayısıyla Roma döneminde de gerçek anlamıyla bir yürütme kurumu söz konusu değildir. Dolayısıyla Roma'da da siyasal özgürlük ve erdem gerçekleşmemiş, tersine yürütmenin bakış açısı siyasal alanın ve yaşamın tamamına yönelik kapsamlı sorumluluk ve muhakeme fırsatının dışında gerçekleşmiştir.

Aristoteles'in siyaset tarzı, makul olanı öncelemekle esasen özellikle doğa ve tanrılarla ilgili geleneksel güçlere yönelmektedir. Böyle olmakla O, tekil ve tekel iktidar kurgusuna uzaktır ve öyle ki özgür rejimi tehlikeye atmaları durumunda erdemli yöneticilerin dahi dışlanmasını öngörür. Bunu "siyasal adalet" felsefesi ile ortaya koyar. Buna göre de siyasal olan ortak yönetim adına, monarşiyi arzulayanlar, ne denli olağanüstü olsalar olsunlar, haklı olarak dışlanmalıdırlar.

---

monarşi unsurlarını da içeren karma bir anayasadır. Andre L. C. Sousa, "Book Review". *Journal of Ancient Philosophy*, 11/2, (2016): 162.

<sup>8</sup> Aristoteles'in zorunlu ahlaki eğitime yaptığı vurgu onu "pozitif" özgürlükçü kampa yerleştirir. Aristoteles'e göre özgür bir insan, yalnızca özgür bir toplumda yaşayan herhangi bir insan değildir. Özgür bir insan, kendisini sorumlu bir şekilde yönetmesine ve mutluluğa ulaşmasına olanak tanıyan belirli karakter özelliklerine sahiptir. Ancak bu özellikler uzun bir zorunlu vesayet sürecinin ürünüdür. Ancak böyle bir zorlama ancak özgür ve mutlu bir bireyin üretilmesiyle meşrulaştırılabilir ve dolayısıyla kapsamı bu hedefle sınırlıdır. Gregory R. Johnson, "The First Founding Father: Aristotle on Freedom and Popular Government", içinde *Liberty and Democracy*, ed. Tibor R. Machan, (Hoover: Hoover Inst. Press, 2002), 29-59, s. 37.

<sup>9</sup> Bkz. Mansfield, *Taming the Prince*, 72-82.

Doğal zorunluluk ile insan tercihini, her ikisine de çok yabancı görünen şeylerle, yani yasa ve gelenekle uzlaştırmalıdır. Hukukun belirsizliği ve insanın hırsı gibi derin sorunlar konusunda bilge olan Aristotelesçi filozof-kral, insanın “erdemini” ve “mükemmelliği” olan kendine özgü “seçiciliğine” ilişkin bilgisini mevcut materyale uyarlar.<sup>10</sup> Bu bilginin büyük ölçüde doğaya yönelik araştırmalarından geldiği açıktır. Bu yüzden Aristoteles, siyaset kuramı bakımından insanların makul-uyumlu bir şekilde yaşayabileceği entelektüel bir ortam oluşturur. Buna göre doğa ile insan, yani doğanın ilkesi demokrasi ile insanlığın ilkesi oligarşi uzlaştırılmalıdır. Bu şekildeki bir siyasal inşa, doğa koşulları ve inançlar arasında insanın pek çok açıdan bölünmüş rasyonel tercihlerini dikkate alarak bir bütün oluşturmaktadır.

Kanunların ve cezaların uygulanmasını ve görevlerin yerine getirilmesini sağlamak elbette önemlidir. Ne var ki yürütme eksenli işlerin “halledilmesi” hem politik hem ahlaki ciddi sonuçları da beraberinde getirir. Dolayısıyla ister prens, ister başkan, ister başbakan olsun tek bir kişi veya grubun belirleyici otoriteye sahip olması Aristoteles’e mesafe anlamına gelir. İktidar yoğunlaşması hem siyasi öz yönetimi hem de ortak hükümet ve müzakere kabiliyetini aşındırır. Bu nedenle, Aristoteles’in tipolojisine göre modern demokrasi, saf demokrasinin unsurlarının yanı sıra ek unsurlar da içerdiğinden, bir tür karma anayasa olarak görülmelidir.

Robert Faulkner’in belirttiği üzere,<sup>11</sup> her ne kadar modern siyasete yönelik bu tür Aristotelesçi eleştiri, siyasal katılıma yönelik çağdaş ilgiyi akla getirse de, hem Kantçı evrenselcilikten hem de irrasyonel ifadeye verilen postmodern ayrıcalıktan yoksundur. Doktriner değildir; ancak mantıklıdır. Ancak yine de Aristoteles, okuyucusuna sürekli olarak siyasal koşulların çeşitliliğini ve ciddi ve makul vatandaşların özgür siyasette oynadığı önemli rolü hatırlatır. Siyaset anlayışı, yumurta kartonlarını dengeleyen bir kişi olarak ele alınabilir. Özgür ve ortak siyasal müzakereyi defalarca teşvik eden argümanının çeşitli aşamaları; aynı zamanda yönetimi, hukuku, zulme en yatkın sınıfların,

---

<sup>10</sup> Manfield, *Taming the Prince*, 28 vd.

<sup>11</sup> Bkz. Robert Faulkner, “The Price of Efficacy: Aristotle and Executive Power”, içinde *Executive Power in Theory and Practice*, ed. Hugh Liebert, Gary L. McDowell ve Terry L. Price, (New York: Palgrave Macmillan, 2012), 11-30, s. 27.

rasyonel yasa koyucuların, orta sınıfın, sağduyulu devlet adamlarının ve düşünceli yazarların bir karışımını da övmektedir.

Netice olarak, yürütme gücü sınırlı bir hükümeti, hükümetin ise ortak ihtiyaçları sağlamakla sınırlı olmasını gerektirir. Aristoteles'in eleştirisini formüsel olarak ortaya koyarsak: Yöneticiler yalnızca insani ve etkili kontrolü değil, canlı ve ortak yönetimi hedeflemelidir. Aristoteles'in yürütme gücüne yönelik zımnî eleştirisi, insan için doğal olsa bile, siyasetin savunulmasının bir parçasıdır. O, nadir olsa da vazgeçilmez bir yol gösterici olan siyasi sağduyuyu da savunmaktadır. Görüldüğü gibi Aristoteles, yönetim biçimlerinin aşırısını (örneğin demokrasinin aşırılığını) dengeleme ve düzeltmenin bir yolu olarak çeşitli reformist öneriler öne sürer. Aristoteles'in teması, demokrasi ve oligarşinin özelliklerini karıştırarak veya hükümetin orta düzeyde zenginliğe sahip ve dolayısıyla Aristoteles'e göre ılımlı karaktere sahip insanlar tarafından kontrol edilmesini önererek bir yönetim biçimi inşa etmektir.<sup>12</sup> Diğer durumlarda, demokrasiyi reforme etmeyi ve ılımlılaştırmayı amaçlayan tavsiyeler yoluyla Aristoteles, bir anayasayı korumanın ve iç çekişmelerden kaçınmanın yollarını incelerken ortaya çıkar. Aristoteles'in yürütme kuvveti bakımından orijinalliği, Onun yürütmeyi parçalamasından ve çok sayıda paydaş etrafında şekillendirmesinden ileri gelmektedir.<sup>13</sup>

## B. Roma'da Yürütme Kuvveti

Hem Senato hem de imparator, siyaseti *potestas* aracılığıyla yönetmek yerine *auctoritas* aracılığıyla etkilediklerini iddia etmiştir. Bu bağlamda Cicero, cumhuriyette "güç (potestas) halkta bulunurken otoritenin (auctoritas) Senato'da bulunduğunu" söylemiştir.<sup>14</sup>

Esasen Roma'yla birlikte, on dokuzuncu yüzyıla kadar Batı'nın siyaset bilimini ve siyasal bilincini yönetecek rejimler arasında yeni bir ayrım ortaya çıktı. Artık öne çıkan anlaşmazlığın demokrasi ile oligarşi arasında olduğu düşünülüyordu; anlaşmazlık, bundan böyle cum-

<sup>12</sup> Charalambos Ioannou Papageorgiou, "Aristotle and Democracy" (Phd Thesis, University College University of London, 1991), 136.

<sup>13</sup> John A. Fairlie, "The Separation of Powers". Michigan Law Review, 21/4 (1923): 393-394.

<sup>14</sup> Marcus Tullius Cicero, "On the Laws", içinde On the Republic and On The Laws, ed. David Fott, (Ihaca ve London: Cornell University Press, 2014), Book III.



huriyet ile monarşi arasındaydı. Yunanlılar barbar monarşilerin farkındaydı, ancak yaygın inanış onları Yunanlıların ilk dönemlerine uygun olmayan ilkel rejimler olarak görüyordu. Yunan siyaset felsefesi bu kadar küçümseyici değildi. Platon bir filozof-kral hayal etti ve Aristoteles yukarıda incelediğimiz görünmez krallığı somutlaştırıp geliştirdi. Ancak bunlar eyleme yönelik hedefler olarak değil, hayal gücü ve anlayışa yönelik modeller olarak sunuldu.<sup>15</sup>

Yunan şehirlerinde, rakip iki grup ve iki egemen rejim demokratik ve oligarşikti. Gerçi bu mekanizma tek adam rejimine de açık kapı bırakıyordu. Fakat yine de Aristoteles'in Politika'nın III. Kitabında rejimlerle ilgili tartışmasına demokratlar ve oligarklar arasındaki partizan tartışmayla başlayabilmesinin nedeni budur. Onun krallığa yönelik bu anlaşmazlığa yönelik rehberliği, krallığı pratik bir olasılık olarak tanıtmayı veya cumhuriyet ile monarşi veya imparatorluk arasında yeni bir siyasi anlaşmazlık çerçevesi oluşturmayı amaçlamıyordu. Bunun yerine Aristoteles karma yönetim yaklaşımına yöneldi.<sup>16</sup> Ne var ki Roma'da Tarquin krallarının devrilmesi ve eş zamanlı olarak cumhuriyetin kurulması, siyasi anlaşmazlığın taraflarını değiştirdi.

Ancak imparatorluk fikrinin klasik siyaset felsefesinde gizli bir varlığı olduğu kadar belli bir doğal çekiciliği de vardır. Eğer tek bir adam gerçekten en iyisiyse, onun egemenliğinin bilinen dünyanın sınırlarına kadar genişletilmesini önyargı ve gelenekten başka ne engelleyebilir? Bu olasılığa Aristoteles'in Politika'sının VII. Kitabında

<sup>15</sup> Mansfield, Taming the Prince, 74 vd.

<sup>16</sup> Amerikan Kurucu Babaları, Federal Konvansiyon ve çevredeki tartışmalar sırasındaki argümanlarını desteklemek için Roma'dan belirli örneklerle başvurmuşlardır. John Adams, Alexander Hamilton, James Wilson ve diğer Kurucular, tasarladıkları hükümete bir kılavuz ve paralel sistem olarak Roma'ya işaret etmişlerdir. Gerçekten de Roma Cumhuriyetinin Amerikalılar için çekiciliği onun çoğulcu kültüründe, dayanıklılığında, politikadaki esnekliğinde, dengeli anayasasında, tarımsal ekonomisinde, dini hoşgörüsünde, büyük adamlarının övülen saflığında ve Romalı erdemlerinde (özellikle vatanseverlik, fedakarlık ve tutumluluk). Kurucular aynı zamanda hem Cumhuriyetçi hem de İmparatorluk Roma hükümetlerini, meclislerin büyüklüğü ve yürütme organının gücü gibi Anayasanın belirli maddeleri için bir anti-model olarak kullandılar. Kurucuların Roma Cumhuriyeti anayasasını model almasına yönelik eleştiriler karşısında şu ifadeler kullanılmıştır: "Ebedi, değişmez bir gerçek vardır; tüm insanlar, her yerde aynıdır ve bu nedenle antik çağ modern sorunlarla alakalıdır." Aktaran Sammy Carey, "The Influence of Rome's Mixed Constitution Upon the Founding Fathers". Honor Thesis-Political Science and Classical Civilizations, March 19 (2018): 7.

değnilmiş ve Dante'nin Monarşi'sinde geliştirilmiştir.<sup>17</sup> Bu bakımdan imparatorluk tarafsızdır çünkü insan doğasının evrenselliğine başvurur ve bu evrenselliğin politik ifadesini en iyi insanın yönetiminde bulmasını talep eder. Roma cumhuriyetinin çöküşünden sonra imparatorlar ve hükümdarlar egemen hale geldiklerinde cumhuriyetçi biçimlerden vazgeçmeye başlayabildiler. Öyle ki, söz konusu cumhuriyetin çalkantıları ve isyanları dikkate alınarak cumhuriyet kınanmaya başlandı. İmparatorluğun erdemleri cumhuriyetlerin kötülüklerine karşı tanımlanırken, siyasi tartışma demokrasi ile oligarşi arasındaki anlaşmazlıktan cumhuriyet ile imparatorluk arasındaki anlaşmazlığa dönüştü.

Roma'da polemik çerçevesinin yürütme gücünün gelişimine uygun olduğu düşünülebilir. Ancak insan doğasındaki evrensel ile ortak olanı uzlaştırmak mümkünse, yürütmenin düşüncesinde cumhuriyet ve imparatorluktan oluşan bir tür karma rejim mevcut gibi görünebilir.<sup>18</sup> Monarşiler tek adam yönetiminin erdemlerini kolayca keşfederken, cumhuriyetler onları korumak istiyorlarsa bunları gizlemeyi öğrenmek zorundadırlar. Görünüşe göre gerekli olan tek şey bu iki anlayışı birleştirmektir. Fakat aslında yürütme gücü, Yunan siyaset felsefesinden farklı olarak Roma siyasetinden de ortaya çıkmamıştır. Yürütme gücünün icat edilmesi gerekmektedir.

Bu rejimin ilkesi, Aristoteles'te gördüğümüz gibi işlevlerin uyumu değil, karşıt unsurlar arasındaki gerilim ve korkudur. Bize, birbirine karşı koyan ayrı güçlerden oluşan modern bir rejimi hatırlatacak şekilde, kontrol ve denge sistemiyle çalışır. Cezalandırma yetkisi, belirgin bir şekilde öne çıkan, her üç unsur (konsoloslar, Senato ve halk) tarafından paylaşılmaktadır. Gerginlik içindeki bir rejim imajı, rejimlerin döngüsü görünümüyle güçlendirilmekteydi. Döngü, adil ve asil olanın keşfiyle başlar, böylece bu kavramlar doğal olmaktan çok insan tarafından yaratılmış gibi görünür. Bu, onları dayatmak için insan tarafından yönetilen korku ihtiyacıyla tutarlıdır. Bu bakımdan erdemli bir eğitim yerine kurumsallaşmış korkuya dayanan gerçekçi bir modern analizle olan benzerliği tamamlamak için Polybius, girişimini "pragmatik tarih" olarak adlandırır. Polybius'a göre bu bağlamda do-

---

<sup>17</sup> Mansfield, *Taming the Prince*, 74-75.

<sup>18</sup> Mansfield, *Taming the Prince*, 75.

ğa, partizan tercihlerin sınırlı olduğunu, dolayısıyla istediğimiz gibi yaşayamayacağımızı, ancak karma bir rejimi kabul etmemiz gerektiğini göstermektedir.<sup>19</sup>

Burada nihai olarak Roma sistemini bir tablo eşliğinde incelemek yerinde olur. Bilimsel tartışmaların çoğu onu üç ana unsura ayırır: senato, yargıçlar ve meclisler. Senato, siyasi tartışmaların merkezi olarak siyasi açıdan önemlidir ancak resmi anlamda esas olarak danışma yetkilerine sahiptir. Yargıçları büyük yürütme ve idari yetkilere sahiptir, ancak aynı zamanda yargıç olarak da görev yapar ve halk meclislerini toplayarak ve yasa tasarılarını onayları için onlara sunarak yasama başlatır. Meclislerde hareket eden halk, yasa tasarılarını geçirir, yargıçları seçer ve belirli yargısal işlevleri yerine getirir.<sup>20</sup> Roma eyaletlerinin özerkliği yoktu ancak hükümetin temsilcileri tarafından yönetiliyorlardı.

Roma'da cumhuriyet, monarşik sisteme karşı bir isyandan ortaya çıktı ve Romalılar, bu isyanın yeniden başlamasını engellemeye çalıştı. Roma anayasasının bu kadar zayıf bir yürütme sistemi oluşturmasının nedeni budur. İki konsül, yetkilerini birbirleriyle ve bağımsız güç kaynaklarına sahip daha alt düzeydeki yargıçlarla paylaşıyordu. Konsololar halkın onayı olmadan yasa yapamazlardı; jürinin onayını almadan insanları cezalandıramazlardı.<sup>21</sup> Yalnızca bir yıl görevde kalabiliyorlardı, bu da onların iktidarlarını sağlamlaştırılmalarına ve kalıcı diktatörlükler kurmalarına engel oluyordu. Bu da Roma Anayasasındaki özellikle yürütmeye ilişkin kontrol ve dengelerle<sup>22</sup> açıklanabilir.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Mansfield, *Taming the Prince*, 75 vd.

<sup>20</sup> Bkz. Frank Frost Abbott, *A History and Description of Roman Political Institutions* (New York ve London: Ginn and Company, 1901-1907), 400 vd.

<sup>21</sup> Ayrıca bkz. Ahmet Karakocalı, "Magistrate: The Most Important Political Body of Roman Republic". *Ankara Bar Review*, 2, (2013): 80.

<sup>22</sup> Polybius, Roma Anayasasının kontrol ve dengelerini ayrıntılı olarak anlatmaktadır. Konsololar, askeri savaş onayı, savaş sırasındaki erzak ve üstün hizmet karşılığında kazanılan zaferler için Senato'ya güveniyordu. Halk aynı zamanda konsolosu da kontrol ediyordu, çünkü yıllık görev süresinin sonunda görevden ayrılması üzerine konsolos, eylemlerini anlatmak için bir denetim hazırlamak zorunda kalırdı. Senato'ya gelince, bu kurum esas olarak siyasi soruşturmalar ve cezai yaptırımlar, en önemlisi de ölüm cezası ile ilgili tüm senato kararlarını onaylamak zorunda olan kişiler tarafından kontrol ediliyordu. Halk ayrıca, temsilcileri tribün aracılığıyla tüm senato yasalarını veto etme yetkisine sahipti. Son olarak, Senato'nun tüm mülkiyet sözleşmeleri üzerindeki kontrolü ve konsülün ordu üzerin-

Sonuç olarak Posner izlenerek<sup>24</sup> şu tespitler yapılabilir. Roma'daki anayasal çatışma iki tema (yürütme gücü korkusu ve seçkinler ile kitleler arasındaki çatışma) olarak ortaya konulabilir ve bu Roma tarihi ile yakından bağlantılıdır. Romalı seçkinler, kendi sınıflarından gelen popüler demagoglardan; yani zenginliği soylulardan pleblere yeniden dağıtma sözü vererek ve dolayısıyla meclislerdeki desteklerini güvence altına alarak güç toplayabilecek bireylerden korkuyorlardı. Pek çok anayasal normun arkasında bu korkunun yatığı söylenmelidir. Gerçekten de eğer bu normlara saygı gösterilseydi, başarılı bir generalin ya da karizmatik demagogun bile kişisel bir diktatörlük kurması imkânsız olurdu. Çünkü ilgili aktör bir yıldan fazla konsül olamazdı; iktidarı başkalarıyla paylaşmak zorunda kalacaktı; senato üyesi olarak yalnızca bir oy hakkına sahipti vb. Sorunun, anayasal geleneklerin bunun olmasını engelleyecek kadar güçlü olmaması olduğu ortaya çıktı. İnsanlar, örneğin askerlere ve diğer destekçilere şiddet tehdidinde bulunmaya güvenerek, anayasa dışı yollarla güç elde edebiliyorlardı. Nitekim Sezar'la doruğa ulaşan şey buydu.

### C. Machiavelli ve Yürütme Kuvveti

Machiavelli'nin orijinal planını tartışırken Mansfield, *Prens*in bazı özelliklerini listelemektedir:<sup>25</sup>

- a. Prens in yüceliğinin olması,
- b. Ceza ve yaptırımın politik kullanımı,

---

deki idari otoritesi sayesinde insanlar dengelendi. Bu iki unsur da hemen hemen her Romalının hayatının bir noktasında etkileşime girdiği toplum unsurlarıydı. Genel olarak, Polybius'un tartıştığı bu kurumların her biri, diğeri üzerinde monarşik, aristokratik ve demokratik unsurların Roma Cumhuriyeti içinde dengelenmesine olanak tanıyan ve yerli Romalıların bile sistemlerinin hangi bölümünün baskın rol oynadığını belirlemelerini engelleyen önemli kontroller gerçekleştirdi. Bkz. Polybius, *The Histories*, çev. Robin Waterfield (New York: Oxford University Press, 2010), Book VI.

<sup>23</sup> Bunlar arasındaki ilişki ve devletin bu kurucu kısımlarının kesin oranı pleblerin tribünlüğü tarafından garanti edilir ve korunurdu. Valentina Arena, "Roman Republic of Jean-Jacques Rousseau", (Erişim Tarihi 1.01.2024), <https://core.ac.uk/download/pdf/79558576.pdf>.

<sup>24</sup> Eric A. Posner, "The Constitution of the Roman Republic: A Political Economy Perspective". University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper No. 327, (2010): 17.

<sup>25</sup> Mansfield, *Taming the Prince*, 130-131.

- c. Savaş ve bu bağlamda dış ilişkilerin öncelenmesi,
- d. Olağanüstü yetkilerin genişletilmesi,
- e. Gerektiğinde dolaylı olarak yönetimin ve sorumluluğun kullanımı,
  - a. f. Farklı rejimlerin amaca giden yolda kullanımı, sabit bir rejime karşı gelinmesi,
  - g. Tüm rejimlere uyum sağlayan yönetim tekniğinin geliştirilmesi,
  - h. Kararlı, gizemli yöneticiliğin benimsenmesi,
  - i. Tekil ve tekel yönetim tarzını haiz olunması.

Klasik siyaset felsefecilerine göre, siyasi yönetim ruh sanatıdır ve siyaset doğal olarak en iyi ruha yönelik olmalıdır. Machiavelli, eskilerin doğayı ve adaleti doğal hakkı oluşturmak için nasıl birleştirdiklerinin fazlasıyla farkındadır, ancak yine de bu bağlantıyı reddeder. Onun döneminde siyaseti ölümlü ruhun doğal mükemmelliğine bağlayan yol, istemeden de olsa, Tanrı ve ölümsüz ruh adına hükmettiğini iddia edenleri desteklemiştir.<sup>26</sup> Bu amaçla Machiavelli, bilinçli olarak klasik doğal haklardan kısmi veya partizan bir soyutlamaya girişir ve insan olgularını “devletin şeyleri” açısından yeniden sınıflandırır.<sup>27</sup>

Gerçekten de doğanın standardı onun siyaset biliminde mevcuttur; ancak yeniden nitelenmektedir. Machiavelli’ye göre, devlet zanaatı *Platoncu* ruhsal zanaattan bedensel gereksinime doğru yeniden yönlendirilir. Aristoteles, edininim bilimini bayağı ve doğal olmayan bir şey olarak nitelendirirken, Machiavelli ise elde etme arzusunu “doğal ve sıradan” olarak nitelendirir. Fakat insan bazında bunun hiçbir zaman tam anlamıyla tatmin edilemeyeceğini de kabul etmektedir. İnsanlar, her şeyi arzularlar ama her şeye ulaşamazlar.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Nicolo Machiavelli, *The Prince*, çev. Leo Paul de Alvarez, (IL: Waveland Press, 1989), Book 21.

<sup>27</sup> Machiavelli, *The Prince*, Book 3.

<sup>28</sup> Nicolo Machiavelli, *Discours on Livy*, çev. Harvey C. Mansfield ve Nathan Tarcov (Chicago: University of Chicago Press, 1996), Book I.

Machiavelli'ye göre, klasik anlamıyla siyasal rejim, siyaset bilimi açısından artık geçerliliğini yitirmiş bir analiz birimidir; çünkü kavram yetersizliğe işaret etmektedir. Devlet, akla gelebilecek herhangi bir rejim veya bölgeden daha geniştir ve hukuki, dini veya askeri olsun, insanlar üzerinde egemenlik iddiasında bulunan tüm yapı birimlerini kapsar.<sup>29</sup> Siyaset sınırlı hükümet ve sivil toplum düzlemine dayanır. Ne var ki Machiavelli'nin siyaset bilimi klasik yönetim iddiasıyla ölçülemez.

Machiavelli'ye göre Prens'in yönetim tarzı, tüm egemenlikleri; buna bağlı olan yöntem-biçim uygulamaları, düzenleme, genişletme, edinme ve elde edileni koruma usullerini içerir.<sup>30</sup> Özetle, bir prensin devlet yönetim biçimi hakkında öğrenmesi gereken en önemli ders, beynini, durumunu kim, ne veya neden yerine nasıl ile güvence altına almayı düşünecek şekilde eğitmektir. Kurumlar ve uygulamalar sabit değildir. Zaman zaman değiştirilmeleri veya tadil edilmeleri gerekir ve prensler, doğal veya doğaüstü bir otoritenin saldırıya uğramasından korkmadan, sağduyulu bir şekilde bu tür değişiklikleri veya icatları yapmaya istekli olmalıdır. Yönetici olarak prens, etrafındaki biçim-tarz-durum ve düzenlerin salt insan yapımının ürünleri olduğunu kabul etmeli ve başkalarının geride bıraktıklarını değiştirmek veya ortadan kaldırmak konusunda hiçbir vicdan azabı veya çekincesi olmamalıdır. Gerçek prens tamamen yalnız olduğunu (*uno solo*), koltuk değneği gibi kullanacağı gerçek "durumlar" veya "düsturlar" olmadığını, devletini güvence altına almak için her şeyi kendisinin çözmesi gerektiğini bilir.<sup>31</sup>

Bu şekildeki bir çözüm tekil ve tekel bir iktidar kurgusu ile geliştirilebilir. Nitekim Machiavelli, diktatörlük okumasını Roma cumhuriyetinin korkulmaması gereken anayasal aracı olarak geliştirir.<sup>32</sup> Buna göre her cumhuriyet, er ya da geç, uygun şekilde ele alınmazsa onu

<sup>29</sup> Machiavelli, *The Prince*, Book 1.

<sup>30</sup> Leo Paul de Alvarez, *The Machiavellian Enterprise* (DeKalb: Northern Illinois University Press, 1999), 9.

<sup>31</sup> Thomas Karako, "Understanding the Things of State", içinde *Executive Power in Theory and Practice*, ed. Hugh Liebert, Gary L. McDowell ve Terry L. Price, (New York: Palgrave Macmillan, 2012), 55-82, s. 67.

<sup>32</sup> A. B. Mathur, "Machiavellian Theory of the State". *The Indian Journal of Political Science*, 52/3 (1991): 418.

mahvedebilecek istisnai durumlarla yüzleşmek zorundadır. Machiavelli burada bir cumhuriyetin siyasi yaşamını ve onun zaman içindeki gelişimini karakterize eden karmaşık ve düzensiz ritimler sorununu ele alır. Koşullar gerektiriyorsa her cumhuriyet kendi yaşam ritmini ve siyasi metabolizmasını hızlandırabilmelidir. Böyle bir ivme, cumhuriyetin sürekli olarak onu parçalamaya çalışan, hem içeriden hem de dışarıdan saldıran güçlerle yüzleşmesine yardımcı olabilir. Kanunlar böyle bir işlevi yerine getirmek için vardır. Ancak olağan hukuk akışı istisnai durumlarda yeterli olmayabilir. Bu nedenle hukukun kendisi, bu istisnai olaylarla yüzleşmeye yardımcı olacak istisnai araçlara başvurulmasını öngörmelidir.<sup>33</sup> Diktatörlük, tam da cumhuriyetin olağandışı durumlarla sıradan yollarla yüzleşme konusundaki yetersizliğini kabul etmesini sağlayan -yasal ve anayasal- araçtır. Bu nedenle acil ve gerekli müdahale için hazırlıkları yapar, yasal olarak düzenlenmiş ve belirlenmiş mekanizmalar kurar. Her tesadüfi olayı tahmin etmek hem imkansız hem de gereklidir. Bu gereklidir, çünkü ani ve aceleci mutasyon, cumhuriyetlerin tarihinde somut bir olasılıktır ve onların hayatını tehlikeye atan bir olasılıktır. Mümkün de değil, çünkü özgürlükleri tehdit eden, zarar veren, hatta cumhuriyet kurumlarını yok eden her olaya yasalar hiçbir zaman gereken cevabı veremeyecek. Dolayısıyla diktatörlüğün olağanüstü aracı, soyut veya önceden öngörülemeyen olaylara sınırlı bir süre için ve kesin yetkilerle zamanında, somut ve etkili bir şekilde yanıt verebilecek sınırsız bir otoritenin yaratılmasına olanak tanır.<sup>34</sup>

#### **D. Thomas Hobbes ve Yürütme Kuvveti**

Hobbes'ta temel anlayış şudur: eğer insanlar belirli kurullarla sınırlandırılmamış olsaydı, hükümete öyle bir kafa karışıklığı ortaya çıkacaktı ki, doğru ile yanlış, adil ile hukuka aykırı arasındaki farklar hiçbir zaman ayırt edilemeyecekti. İşte Hobbes'un Leviathan'daki erdemleri ve kötülükleri yeni bir şekilde ele almasının nedeni de elbette bu kaygıdır.

---

<sup>33</sup> Filippo Del Lucchese, "Machiavelli and Constituent Power: The Revolutionary Foundation of Modern Political Thought". *European Journal of Political Theory*, 16/1, (2014): 6.

<sup>34</sup> Del Lucchese, Machiavelli and, 7.

İnsanı alet yapan bir hayvan (*homo faber*) olarak gören anlayış, politik yaşam için derin anlamlara sahiptir. Çünkü *Hobbesçu* insanı diğer hayvanlardan ayıran şehvet, spekülâtif aklın boş merakı değildir. Zenginlik ve onur açlığı gibi, bu şehvet de “güç arzusu”dur.

Üretilen güç arayışı zamanla kişiyi hemcinsleriyle karşı karşıya getirir. Burada *logosun* topluluk için bir temel oluşturmadaki yetersizliği göz önüne alındığında, kaçınılmaz olarak temas kurduğu her şey gibi karşılaştığı insanları da tamamen çevresine hükmetmenin araçları olarak görür. Bu şekilde insanlar bir kişinin gücünün diğerinin gücüne direndiğinin ve onu engellediğinin farkına varırlar. Sonunda ise şunu fark ederler: güç artık bir şey değildir, birinin gücünün diğerinin üzerindeki aşırılığında başka bir şey değildir.<sup>35</sup>

Yürütme kuvveti bakımından pratik bir mesele olarak, gerek Machiavelli gerek Hobbes siyasi önceliği egemene, karar veren tek kişiye (*uno solo*) verir. Çünkü buna göre en önemli şey, kararların zamanında alınması ve uygulanmasıdır. Bu anlamda Rahe'nin belirttiği gibi,<sup>36</sup> her iki düşünür de celladın şarkısını seslendirmektedir. İnsanın müzakere kapasitesinin sınırlandırıldığı düşünüldüğünde, kelimenin her anlamında icraya öncelik verilmelidir.

Hobbes'a göre egemenlik bir şekilde kurulduktan sonra;<sup>37</sup>

- a. Kişiler, devletin şeklini değiştirilemez,
- b. Egemen kudret cezalandırılmaz,
- c. Herkes çoğunlukça ilan ve tesis edilen egemen kudreti protesto edemez,
- d. Egemenin eylem ve işlemleri, kişiler tarafından itham edilemez,
- e. Egemen, herhangi bir fiilinden ötürü cezalandırılmaz,
- f. Egemen, kişiler için her şeye (örneğin güvenlik konusunda) karar verir,

<sup>35</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan* (Harmondsworth: Penguin, 1968), Book I.

<sup>36</sup> Bkz. Paul A. Rahe, “Hobbes, Niccolo Machiavelli, and the Executive Power”, içinde *Executive Power in Theory and Practice*, ed. Hugh Liebert, Gary L. McDowell and Terry L. Price, (New York: Palgrave Macmillan, 2012), 90-91.

<sup>37</sup> Yahya Zabunoğlu, “Thomas Hobbes Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14/1 (1957): 151 vd.



g. Hukuk yapmak hakkı doğrudan doğruya egemene aittir ve hiç kimse bu hakkı ondan alamaz,

h. Hukuki uyumsuzlukları da karara bağlama yetkisi egemene aittir,

i. Savaş ve barış yapma hakkı da egemene aittir,

j. Memurları tayin etme hakkı egemene aittir,

k. Önceden bir kanunla tespit edilmediği takdirde egemen, ceza ve mükafatın ölçüsünü keyfi olarak tayin eder,

l. Nihayet, şeref payesi ve nişan verme hakkı da egemene aittir.

Görüldüğü gibi Hobbes klasik egemen etrafında mekanik bir iktidar ağı örüyor. Bu elbette insan alanının doğal nedensellik alanından ayrı olduğu anlamına gelmez. Hobbes, insanların da doğadaki canlı veya cansız her şey gibi doğal nedenler ve sonuçlar tarafından belirlendiğini açıkça ortaya koyar. Ancak bu nedenler ve sonuçlar, insan bireyleri ve insan niyetleri düzeyinde değil, bazı maddi alt katmanlar düzeyinde işler. Sebepler ve sonuçlar her zaman olduğu gibi devam eder, ancak doğa durumunda bunların insan amaçlarıyla neredeyse hiçbir bağlantısı yoktur; çünkü insan niyetleri hiçbir şeyin etkili nedeni değildir.<sup>38</sup> Hobbes'un yeni iktidar anlayışı yalnızca anlamsal ya da tanımsal bir değişime işaret etmemekte, aynı zamanda bunun esasen farklı bir toplumsal ontolojiye yol açtığını ortaya koymaktadır. İktidar tartışması, insanların resmi bir birlik içinde bir araya getirilmedikçe izolasyon ve parçalanma eğilimini vurgulamaktadır.<sup>39</sup>

Hobbes'un teorisinin şu ana kadar sunulan unsurları, onun hiçbir şeyle sınırlandırılmayan ve yalnızca kendi iyiliğine yönelik egemen gücün savunucusu olduğu sonucunu akla getirmektedir. Ne var ki Charchula'ya göre,<sup>40</sup> bu tür asılsız ve hatalı yorumların önüne geçmek için bu İngiliz düşünürün ifadelerinin bir nevi sentezini sunmak yerinde olacaktır. Egemenin gücünün mutlak karakterini öne sürdüğün-

---

<sup>38</sup> James H. Read, "Thomas Hobbes: Power in the State of Nature, Power in Civil Society". *Polity*, 23/4 (1991): 514.

<sup>39</sup> Sandra Field, "Hobbes and the Question of Power". *Journal of the History of Philosophy*, 52/1 (2014): 61-86, s. 75.

<sup>40</sup> Jaroslaw Charchula, "Hobbes's Theory of State: The Structure and Function of State as the Key to Its Enduring". *Forum Philosophicum*, 15 (2010): 197.

de, bunu egemenin özel çıkarı için değil, devletin gücü uğruna yapar. Devletin gücü onun için çok önemlidir çünkü devlet bu güç sayesinde üyelerini etkili bir şekilde koruyabilmektedir. Bölünmemiş güç, savaş tehdidiyle karşı karşıya kalma gibi kritik durumlarda son derece önemli olan hızlı karar almayı mümkün kılar. Böyle anlarda acil ve kararlı eylem hayati önem taşır. Bu tür bir karar verme biçimi Hobbes tarafından güçlü bir devletin tek olmasa da en önemli koşulu olarak kabul edilir. Bir diğer önemli koşul ise uygun yetkililerin seçilmesi ve bunların kontrol edilmesidir. Netice olarak monarşi hakkında yazan Leviathan'ın yazarı, bunun yanlış bir şekilde tiranlık olarak adlandırıldığını belirtir. Bunun nedeni, birçok insanın bir hükümdarın yönetimine aşırı duygusal tepki vermesidir. Onun politikasına katılmadıkları için ona böyle bir isim verirler. Hobbes, bu tür davranışların uygunsuz olduğunu, çünkü insanların eylemlerini yönlendirmesi gereken şeyin duygular değil mantık olduğunu savunur.

### E. John Locke ve Yürütme Kuvveti

Locke'un yazılarına baktığımızda belirgin bir “egemenlik teorisi” dile getirmediği söylenebilir. Egemenlik sözcüğü *İkinci İnceleme*'de pek kullanılmaz ve bu sözcüğün birkaç kez kullanılması genellikle makama ilişkin olası hak sahiplerinin unvanı reddetme amacına hizmet eder. Burada yürütme kuvvetini iki dönem şeklinde ele alabiliriz.

a. Locke, *Birinci İnceleme*'de terimin anlamını ve önemini iyi değerlendirdiğini belirtir. Orada, savaş ve barış üzerindeki gücün “egemenliğin işaretleri” olduğu konusunda Jean Bodin'le aynı fikirdedir. Ne var ki Locke, doğaüstü bir fenomen olarak egemenliği tasvir eder. Locke ayrıca bu otoriteyi “yüce güç” tanımlar.<sup>41</sup> Dolayısıyla egemenlik kuvvetle eşdeğer değildir; egemenlik, kuvvetin “yönetimde olanı”nda bulunur. Kuvvet kullanımı -en azından doğa durumunda ya da sivil toplumda meşru kullanımı- her zaman yürütme ya da federatif güç olarak tanımlanır.<sup>42</sup> Egemenliğin bazen yanlışlıkla kılıcı kullanan elinde olduğu varsayılır. Locke, eli nihai olarak yönlendiren beden için de tam olarak egemenliğin bulunduğunu açıkça belirtir. Bir piyade bir

<sup>41</sup> Burada yapılan çıkarımlar şu eserin bölümlerinden ileri gelmektedir. John Locke, *Two Treatises of Government* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), *First Treatise*.

<sup>42</sup> Locke, *Second Treatise*.

topluluğun gücünü oluşturabilir, ancak iyi eğitilmiş bir asker komutanının direktiflerine uyar, o da general tarafından yönlendirilir. Egemenlik bu güç akışının kaynağında bulunur. Locke'ta doğa durumundaki yürütme, yaptırımı yürüten ve uygulayan olarak karşımıza çıkar. Burada insanlar, doğa durumunda yürütme yetkisine sahip olma hakkına eşit olarak sahiptirler. Çünkü Tanrı tarafından egemenlik yetkisi henüz hiç kimseye verilmemiştir. Locke'ta "doğas yasası" esasen yürütme yetkisinin bu mükemmel dağılımıdır. Fakat hemen belirtelim ki bu dağılım bir tercih değil, bir zorunluluğun eseridir.<sup>43</sup> Görüldüğü üzere burada yürütme yetkisi dağınık ve düzensiz bir şekilde kullanılır. İnsan, doğal olarak, doğa durumunda mümkün olandan daha verimli ve tarafsız bir yürütme yetkisinin kullanılmasını ister. İşte bu güç aktarımını gerçekleştirmek için bireylerin birbirleriyle bir anlaşma yapmaları ve çoğunluk tarafından yönlendirilen tek bir organ olarak hareket etmeyi kabul etmeleri gerekir. Bu durumda çoğunluğun tek işlevi her bireyi ortak bir siyasi yapı altında birleştirmektir. Ancak, daha görünür ve aktif bir otorite tesis edildikten sonra bile "halkın" temelinde yatan otoritenin tamamen ortadan kalkmayacağı ortaya çıkacaktır. Sivil topluma giren herkes, yasaların uygulanması için kendi kuvvetlerini yönlendirme hakkından (acil meşru müdafaa hariç) tamamen feragat eder; aslında Locke'ta bireysel egemenliğin bu şekilde feragat edilmesi sivil toplumun tanımlayıcı özelliğidir.<sup>44</sup>

b. Locke'a göre, her durumda, hükümet varlığını sürdürdüğü sürece yasama, üstün güçtür. Çünkü bir başkasına yasalar verebilen şeyin ondan daha üstün olması gerekir. Yasama organı başka türlü topluluğun yasama organı olamayacağından, hakkı gereği topluluğun tüm bölümleri ve her üyesi için kurallar belirleyen yasalar yapmak zorundadır. Eylemlerine ilişkin ve bunların ihlal edildiği durumlarda yürütme yetkisi veren yasama organının, üstün olması ve topluluğun herhangi bir üyesi veya bölümündeki tüm diğer güçlerin ondan türetilmiş ve ona bağlı olması gerekir.<sup>45</sup> Bu nedenle yürütme yetkisi yasama organının emrindedir. Her ne kadar ilki "topluluğun gücünün kullanılmasını" gerektirse de, ikincisi "eylemlerine kurallar koyarak" "yürütme yetkisi" ortaya koyar. Federatif güç ise, insanın doğa duru-

---

<sup>43</sup> Locke, Second Treatise.

<sup>44</sup> Locke, Second Treatise.

<sup>45</sup> Locke, Second Treatise.

mundaki doğal güçlerinin sivil sonucu olarak tanımlanır. Uygulamasında yargıyı ve gücü birleştirir, ancak her bireyin gücünü diğerine göre yönlendirmek yerine, bir rejimin diğerlerine yönelik birleşik gücüdür. Her ne kadar federatif güç, yalnızca iç meselelerle ilgilenen yürütme organından kavramsal olarak farklı olsa da, Locke iki gücün her zaman neredeyse birleşmiş olduğunu söylemektedir.<sup>46</sup> Locke'un, yasamanın hem yürütme hem de federatif güçler üzerinde üstün olmaya devam ettiği ve bu nedenle de güvenlerini kötüye kullanan yargıçlardan iktidarı alma hakkını elinde tuttuğu yönündeki ihtiyatlı güvencesine rağmen, Locke, bu teorik üstünlüğün pratikteki açıklamasını yapmamaktadır. Öte yandan Locke, yürütme kuvvetinin türev niteliğini çeşitli vesilelerle şu açıklamayla ortaya koymaktadır: yürütme, geçici kararnamele değil, yalnızca yerleşik, yürürlükteki kanunlarla, ilan edilen ve halk tarafından bilinen kanunlarla, yönetmelidir.<sup>47</sup>

Nihai olarak Locke'un yürütme gücüne ilişkin tüm tartışması, prensipte bölünmez olanı bölme eğilimi taşır. Gerçekten de <sup>48</sup> Onun siyasi çözümü herkese bir miktar yetki vermeyi ve hiç kimseye tartışmasız bir yetki tevdi etmemeyi amaçlar. Egemenliğin yer değiştirmesi ve iç içe geçmesinden oluşan bu ayrıntılı model, nihai tedavi olan şiddetli devrimin hiçbir zaman uygulanmasına gerek olmadığı sürece, insanın kanunsuzluğu sorununa takdire şayan bir çözümdür. Ancak bu yıpratıcı çözüm, Locke'un varsaydığı krallık yönetiminin zorunlu bir sonucudur. Öte yandan halkın hizmetkarları olarak hareket ettiklerinde, gerek yasama gerek yürütme olarak her iki tür kamu gücü de halkı temsil eder ve onun iradesini somutlaştırır. Bu nedenle Locke, yalnızca yasama meclisinin halkı temsil ettiğinden değil, aynı zamanda “tek bir kişiye devredilmiş” olsa da yürütme organının da bunu yaptığından söz eder. O halde Locke'a göre yürütme yetkisi, yasama gücünden daha az doğrudan topluluk tarafından yetkilendirilmemektedir. Dolayısıyla her ne kadar hükümdarın doğrudan seçilebileceğini hiçbir zaman öne sürmese de, Locke'un yüksek yürütme yetkisine

---

<sup>46</sup> Locke, Second Treatise.

<sup>47</sup> Örneğin Locke, Second Treatise, 131.

<sup>48</sup> Lynn Uzzell, “Locke’s Latent Sovereign”, içinde Executive Power in Theory and Practice, ed. Hugh Liebert, Gary L. McDowell and Terry L. Price, (New York: Palgrave Macmillan, 2012), 108.

yönelik yaklaşımının tartışmasız bir başkanlık yönü vardır.<sup>49</sup> Nihayet Locke'ta yürütme gücünün yasama gücünden ayrılması, hukukun tarafsızlığını güçlendirmek için tasarlanmıştır. Yürütme, yasama iradesinin biçimsel olarak uygulanmasına odaklanmalıdır.<sup>50</sup>

## II. YÜRÜTME KUVVETİNİN MODERN ANLAMI

### A. Montesquieu

Montesquieu, anayasal anlamda güçler ayrılığı üzerinde belki de herhangi bir siyaset teorisyeni arasında en fazla etkiye sahip olan kişi olmuştur. Çünkü 1748'de yayınlanan *Kanunların Ruhunu*, başta ilk Amerikan anayasalarını olmak üzere, özellikle de özgürlüğün gelişmesi için üç hükümet gücünün ayrı tutulması gerektiği yönündeki düsturunun şekillendirmiştir. Bu bakımdan Montesquieu'nün anayasal kuvvetler ayrılığı formülasyonu, yürütmenin yetkilerine bir sınır getirmesi ve bu yetkilerin keyfi kullanımını önlemesi açısından önemlidir. Zaten Aydınlanma, hükümdarların ilahi yönetim hakkına meydan okunduğu ve yasaların seçilmiş bir meclis mekanizması tarafından seçilen yasama organından çıktığı kabul edildiği Avrupa hukuk tarihinde yeni bir dönemin başlangıcını sunarak<sup>51</sup> modern hukukun temellerini oluşturdu.

Belki de Locke'un öncülüğünü takip eden Montesquieu başlangıçta hükümet gücünü üç kategoriye ayırdı: yasama, yürütme ve yargı. Ancak yargının artan önemini yansıtan Montesquieu son kategoriye ikiye ayırmıştır. Böyle olmakla da burada, suçluları cezalandırması veya bireyler arasında ortaya çıkan anlaşmazlıkları karara bağlaması şeklinde ikili bir kategori ortaya çıkmıştır.

Ortaya çıkan tanıdık sınıflandırma (yasama, yürütme ve yargı) daha sonraki tartışmaların odak noktasını teşkil etmiştir. Ayrıca hükümet yetkilerini teorik olarak bölen Montesquieu, bu yetkilerin ayrı tutulması gerektiğini de ilan etmiştir. Ona göre, yasama ve yürütme

<sup>49</sup> Mark Goldie, "Locke and Executive Power", içinde *The Lockean Mind*, ed. Jessica Gordon-Roth, Shelley Weinberg, (New York: Routledge, 2022), 446-455, s. 449-450.

<sup>50</sup> John Uhr, "Executive-Legislative Relations: Learning from Locke". *Canadian Parliamentary Review*, Spring (1987): 10.

<sup>51</sup> Zia Akhtar, "Montesquieu's Theory of the Separation of Powers, Legislative Flexibility and Judicial Restraint in an Unwritten Constitution". *Amicus Curiae*, 4/3 (2023): 552-577, s. 553.

yetkileri aynı kişide veya aynı yargıçlar kurulunda birleştğinde özgürlük olamaz; çünkü aynı hükümdar veya senatonun zalimce kanunlar çıkarması ve bunları zalimce uygulaması konusunda endişeler ortaya çıkabilir.

Montesquieu benzer şekilde yargı gücünün de yürütme ya da yasama gücüyle birleştirilmesine karşı uyarıda bulundu. Bu birleşimler yeterince yıkıcı olsa da, eğer tek bir kişi veya kuruluş üç gücün (yasa çıkarma, kamu kararlarını uygulama ve bireylerin davalarını yargılama) tümünü kullanırsa, bu “her şeyin sonu olurdu”.

Montesquieu'nün, yürütme yetkisinin yasaları uygulama yetkisinden oluştuğu yönündeki doğrudan beyanının yanı sıra, yaptığı çeşitli tartışmalar da açıkça aynı şeyi varsaymaktadır. Örneğin Montesquieu, “kanunları uygulamak için kurulmuş olan” ifadesini kullanmaktadır. Ayrıca bir başka hususta Montesquieu, yasama organlarının kanunlar üzerinde çok fazla nüfuz kullanma eğilimini kınamaktadır. Buna göre örneğin, yürütme organının yasama işlemlerini veto edebilmesi gerekirken, yasama organının yürütme üzerinde benzer bir denetimi olmamalıdır. Zira zaten yasaların uygulanmasının doğal sınırları söz konusudur, dolayısıyla onu ayrıca sınırlamanın faydası yoktur. Aynı zamanda, yasama yetkisi yasaların ne şekilde uygulandığını inceleme hakkına sahiptir. Dahası, yasama organı hiçbir zaman yürütme yetkisine, iyi halleri karşılığında güvence verebilecek kişileri hapsedme hakkını bırakmamalıdır. Bu nedenle, yasama organı, yürütme organının yasa uygulamasını gereğinden fazla kısıtlamamalı, aynı zamanda yürütme organının yasaları denetimsiz ve tamamen kısıtlamasız uygulamasına da izin vermemelidir.<sup>52</sup>

Locke'ta olduğu gibi, Montesquieu yürütme yetkisini tartışırken, genellikle yöneticilerin sahip olduğu ikincil yetkilerin ötesinde bir şeye açıkça atıfta bulundu.<sup>53</sup> Memurları atama ve görevlendirme ya da yasama organını toplantıya çağırma yetkisi, yasama organı ya da yargı tarafından kullanıldığında özgürlüğün sonu anlamına gelmez. Bunun yerine Montesquieu, yasaları yapma ve yürütme konusundaki ortak

---

<sup>52</sup> Bkz. Saikrishna Prakash, “The Essential Meaning of Executive Power”. *University of Illinois Law Review*, 2003 (2003): 746-747.

<sup>53</sup> Prakash, *The Essential*, 747.

otoritenin tehlikeli olabileceğini de anlamıştı. Bu bakımdan Locke'un ötesine geçen Montesquieu, yürütmenin yargılama yetkisini ortadan kaldırarak, açıkça modern bir tanımla yürütme yetkisini miras bıraktı. Genel düzeyde, yürütme gücü hâlâ Locke için olduğu gibi yasaları uygulama gücü anlamına geliyordu. Ancak yürütme yetkisi artık yargısal davalarda hüküm verme yetkisini kapsamıyordu. Onun yürütme yetkisine (yasaları uygulama yetkisi) ilişkin temel tanımı, yöneticilerin, nihai kararı verme yetkisi dışında, yasaları yürürlüğe koyma konusunda genel yetkiye sahip olduğu fikrine dayanıyordu.

Aslına bakılırsa, Montesquieu'nün ünlü ayırma düsturunu ancak Onun modern yürütme gücü anlayışını, yargı yetkisi dışında, "yasayı uygulayan tüm güçler" olarak benimsediği kabul edilirse anlamlandırabiliriz. Yasama ve yürütmeyi birleştiren hükümetlere yönelik korkusu da bundan kaynaklanır; çünkü eğer bir varlık her ikisinden de yararlıysaydı, zalimce yasaların ardından zalimce infaz gelirdi. Sonuçta yürütme, yasaları çıkarmış olsaydı, kovuşturmadan vazgeçerek korkunç yasaları hafifletmezdi. Yargı ve yürütmeyi birleştiren rejimlere karşı duyduğu alarm da doğal olarak bunu takip etti. Gerçekten de eğer bir taraf her iki otoriteye de sahip olsaydı, yargı kendi yürütme eylemlerini kontrol etmeyeceği için baskıya tabi tutulurdu. Üç gücün tamamen birleşmesinden duyduğu belirgin dehşet zaten izahatın varestedir.

Kuvvetler ayrılığı teorisi, bazı hukukçular tarafından "Westminster Parlamenter demokrasi modeli yerine açık bir kuvvetler ayrılığının olduğu Başkanlık sistemleri" ilkesini yansıttığı şeklinde yorumlanmıştır.<sup>54</sup> Çünkü buna göre, parlamenter sistemler güçler ayrılığına değil, güçlerin birleşimine dayanır denilmektedir.<sup>55</sup> Bunun nedeni, parlamenter sistemde yürütme organının yasama organında en fazla temsilciye sahip partiden oluşması ve yürütmenin yasa çıkarma yetkisi açısından yasama organına bağımlı kalmasıdır. Anayasal yapılara rağmen buradaki esas sorun, yürütme, yasama ve yargı organları arasındaki yetki paylaşımının boyutu veya bunların tek bir birleştirilmiş güç halinde entegrasyonudur.

---

<sup>54</sup> Bkz. Steven G. Calabresi ve Kyle Bady, "Is the Separation of Powers Exportable?". Harvard Journal of Law and Public Policy, 33/1, (2010): 5-16.

<sup>55</sup> Bkz. Bagehot, The English Constitution (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 5.

Bizim konumuz açısından Birleşik Krallık anayasası parlamento üstünlüğüne dayalı bu tür anayasaların en önemli örneğidir. Yasama organının yasa çıkarmasına izin verir ve yasa yapma kaynağı olarak egemenliğine itiraz edilemez. Yürütme, yasaları uygulama ve devletin politikasını uygulama yetkisine sahiptir ve yasama organı ve mahkemeler tarafından belirlenen sınırlar dâhilinde eyalet yasalarını şekillendirmede rol oynar. Yürütme, yasaların uygulanmasını düzenleyen kuralları formüle eder.<sup>56</sup> Tüm bu hususlar, yürütme kuvvetinin modern görünümünü kazanması için önem arz etmektedir.

Öte yandan anayasa hukukçusu Viscount Bryce bize bir gerçeği hatırlatmaktadır. Bryce benzer anayasaları analiz ederken, Roma ve İngiliz anayasaları arasında bir paralellik kurmakta ve anayasaların bir ülkenin geleneklerinin bir ürünü olduğunu ve onların kadim arka planının uzun bir asimilasyon sürecinin sonucu olduğunu savunmaktadır.<sup>57</sup> Burada konumuz açısından tartışmanın merkezinde yer alan husus, oldukça muğlak olarak nitelendirilen “iktidar” ve bunun dağılımıdır. Prensipite, genellikle kuvvetler ayrılığı doktrini altında birleştirilen birkaç ayrı bileşenin bulunduğunu ileri sürülmektedir. Bunun nedeni, ayrılık fikrinin tek başına uygulanabilir bir anayasal düzen oluşturmak için yeterli olmadığı ve karma hükümet teorisi, denge fikri veya denetim ve kontrol kavramı gibi diğer kavramlarla desteklenmesi gerektiği ileri sürülmesidir.<sup>58</sup>

## B. William Blackstone

1765-69 yılları arasında yayınlanan William Blackstone'un İngiltere Yasalarına İlişkin Yorumlar (Commentaries on the Laws of England) Amerika'da yetkin bir eser olarak kabul görmüştür. Gerçekten de ABD anayasa yapımı sürecinde gerek muhalif kanatta yer alanlar gerek savunucular, Anayasal tasarıma dair incelemelerine bir ölçüt olarak bu eseri kullanmışlardır.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> Akhtar, Montesquieu's Theory, 558.

<sup>57</sup> James Bryce, Studies in History and Jurisprudence: Flexible and Rigid Constitutions C. II (New York: Oxford University Press, 1901), Book I.

<sup>58</sup> Bkz. M. J. C. Vile, Constitutionalism and the Separation of Powers (Oxford: Oxford University Press, 1967), 13.

<sup>59</sup> Örneğin *Federalist Papers* No. 69'da Hamilton Blackstone'a atıf yaparak şu ifadeleri kullanmıştır: “Başkan, Senatonun tavsiyesi ve onayıyla, mevcut senatörlerin üçte ikisinin mutabakatı halinde anlaşmalar yapma yetkisine sahip olacaktır. Büyük Bri-



Nitekim Hamilton Federalist Yazılar'da<sup>60</sup> şu ifadeleri kullanmaktadır: "Bunların genel olarak bu Devletin anayasasında bulunanlarla eşit önemde olup olmadığı bir soru olabilir. Habeas corpus emrinin oluşturulması, fiilen kanunların yasaklanması belki de özgürlük ve cumhuriyetçilik için içerdiğinden daha büyük güvencelerdir. Olayın işlenmesinden sonra suç yaratılması, başka bir deyişle, yapıldığı zaman hukuka aykırı olmayan fiillerden dolayı kişilerin cezalandırılması ve keyfi hapis cezası uygulaması, her halükarda suç teşkil etmektedir. Sağduyulu Blackstone'un ikincisine ilişkin gözlemleri tekrar edilmeye değerdir: 'Bir adamı hayattan mahrum etmek ya da onun mülküne, herhangi bir suçlama ya da yargılama olmaksızın, şiddet kullanarak el koymak çağların en zorlu tiranlık araçlarıdır.'"

Blackstone yürütme yetkisini ilk kez parlamentoyla ilgili bölümünde uzun uzadıya tartışmıştır. Montesquieu'dan alıntı yapan Blackstone, tüm zalim hükümetlerde yasaları yapma ve uygulama

---

tanya Kralı, tüm dış işlemlerde ulusun tek ve mutlak temsilcisidir. Kendi isteğiyle barış, ticaret, ittifak ve diğer her türden anlaşmalar yapabilir. Bu konudaki yetkisinin kesin olmadığı ve yabancı güçlerle yaptığı anlaşmaların parlamentonun revizyonuna tabi olduğu ve onayına ihtiyaç duyduğu ima edildi. Ancak bu doktrinin şu anki olayda gündeme gelene kadar hiç duyulmadığına inanıyorum. Bu krallığın her hukukçusu ve Anayasasını bilen herkes, yerleşik bir gerçek olarak, antlaşma yapma ayrıcalığının tahta en geniş şekilde mevcut olduğunu bilir. Kraliyet otoritesi tarafından imzalanan sözleşmelerin diğer yaptırımlardan bağımsız olarak en eksiksiz yasal geçerliliğe ve mükemmelliğe sahip olduğu söylenmelidir. Parlamentonun bazen mevcut kanunları yeni bir anlaşmanın hükümlerine uygun hale getirmek için değiştirmeye çalıştığı doğrudur ve bu muhtemelen anlaşmanın zorunlu etkililiği için işbirliğinin gerekli olduğu hayalini doğurmuş olabilir. Ancak bu parlamententer müdahale farklı bir nedenden kaynaklanmaktadır. Çok yapay ve karmaşık bir gelir ve ticaret kanunları sisteminin ayarlanması gerekliliğinden, anlaşmaların işleyişiyle bunlarda yapılan değişiklikler olağan karşılanmıştır. Dolayısıyla bu bakımdan Başkanın amaçlanan gücü ile İngiliz hükümdarının fiili gücü arasında bir karşılaştırma yoktur. Birinin yapabildiği işi diğerinin ancak yasama organının mutabakatı ile yapması mümkündür. Bu durumda federal Yürütmenin gücünün herhangi bir Eyalet Yürütmesinin yetkisini aşacağı kabul etmek gerekir. Ancak bu doğal olarak anlaşmalarla ilgili egemen güçten kaynaklanmaktadır." Federalist Yazılar'da Amerikan Kurucu Babaları, Amerikalılara Başkan'ın potansiyel bir kral olmayacağına dair güvence vermeye çalıştı. Alexander Hamilton, başkanlıkla ilgili makaleleri yazdı ve onun önermesi, kraliyet ayrıcalıklarının, başkanlık yetkisinin kapsamını ölçmek ve en aza indirmek için bir ölçüt sağladığı yönündeydi. Bu, onay döneminde başkanlığın en kapsamlı ve en önemli incelemesiydi ve bu nedenle yürütme yetkisinin kapsamının incelenmesi için uygun bir başlangıç noktası teşkil etmektedir. Bkz. Federalist Papers, No. 67-77. Ayrıca bkz. Robert J. Reinstein, "The Limits of Executive Powers". American University Law Review, 59/2 (2009): 265-266.

<sup>60</sup> The Federalist Papers, No. 84.

hakkı tek ve aynı kişiye verilmiştir demektir. Böyle olduğu halde de kamu özgürlüğü olamaz. Çünkü yargıç zalimce kanunlar çıkarabilir ve bunları zalimce uygulayabilir. Bununla birlikte, yasama ve yürütme otoritesinin farklı ellerde olduğu durumlarda, yasama ve yürütme otoritesi, kendi bağımsızlığını ve dolayısıyla tebaanın özgürlüğünü ortadan kaldırmaya neden olabilecek kadar büyük bir yetkiyi ikincisine emanet etmemeye dikkat edecektir. Blackstone'a göre,<sup>61</sup> yasa yapma hakkının genel olarak halka ait olduğu bir demokraside, kamu erdeminin veya iyi niyetin bulunması, yönetimin diğer niteliklerinden daha muhtemeldir. Halk meclisleri sıklıkla entrikaları bakımından aptalcadır ve uygulamaları konusunda zayıftırlar; ancak genel olarak doğru ve adil olanı yapmayı amaçlarlar ve her zaman bir dereceye kadar vatanseverlik veya kamusal ruha sahip olurlar. Aristokrasilerde, diğer yönetim çerçevelerine kıyasla daha fazla bilgelik bulunur; en deneyimli yurttaşlardan oluşur veya oluşması amaçlanır: ancak cumhuriyetten daha az dürüstlük ve monarşidekinden daha az güç vardır. Bir monarşi gerçekten de monarşilerin en güçlüsüdür; çünkü yasama ve yürütme güçlerinin bir araya gelmesiyle hükümetin tüm sınırları birbirine örülmüş ve prensin elinde birleşmiştir: ancak o zaman prensin bu gücü doğaçlama veya baskıcı amaçlar için kullanması yönünde büyük bir tehlike vardır.

Dolayısıyla Blackstone'a göre,<sup>62</sup> bu üç tür yönetimin hepsinin çeşitli mükemmellikleri ve kusurları vardır. Demokrasiler genellikle bir yasanın sonunu yönlendirmek için en iyi şekilde hesaplamadır; aristokrasiler bu amacın elde edileceği araçları icat etmektir; monarşiler bu araçları hayata geçirmek için vardır. Nitekim Cicero kendi görüşünü beyan ederek, en iyi teşkilatlanmış cumhuriyet, bu üç zümrenin usulüne uygun olarak birleştirilmesinden oluşan cumhuriyettir demiştir. Gerçi Tacitus, hepsinden oluşan ve her birinin avantajlarından pay alan bu karma hükümet nosyonunu, vizyoner bir heves olarak ve gerçekleştirildiği takdirde asla kalıcı veya güvenli olamayacak bir fikir olarak ele alır.

---

<sup>61</sup> Bkz. William Blackstone, "Introduction, Section 2: Of the Nature of Laws in General", içinde Commentaries on the Laws of England, (Australia: The University of Adelaide South Australia, 2014).

<sup>62</sup> William Blackstone, "Introduction, Section 2: Of the Nature of Laws in General", içinde Commentaries on the Laws of England, (Australia: The University of Adelaide South Australia, 2014).

Karma yaklaşım Blackstone'a göre İngiltere'de mevcuttur. Şöyle ki;<sup>63</sup> burada, yasaların yürütme gücü tek bir kişide toplanmıştır; onlar, en mutlak monarşide bulunabilecek güç ve hız gibi tüm avantajlara sahiptir. Burada birbirinden tamamen bağımsız üç ayrı güç söz konusudur; birincisi kral, ikincisi dindarlıklarına, doğumlarına, bilgeliklerine, yiğitliklerine veya mülklerine göre seçilmiş kişilerden oluşan aristokrat bir topluluk olan manevi ve dünyevi lordlar ve üçüncüsü, halkın kendi aralarından özgürce seçtiği ve onu bir tür demokrasi haline getiren Avam Kamarası. Farklı kaynaklar tarafından harekete geçirilen ve farklı çıkarları gözeten bu toplu organ, İngiliz parlamentosunu oluşturduğundan ve her şeyin en yüksek tasarrufuna sahip olduğundan söz konusu üç daldan herhangi biri tarafından herhangi bir rahatsızlığa uğrayamaz.

Netice olarak selefleri gibi Blackstone da yürütme yetkisinin yasaları uygulama gücü olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Blackstone, Montesquieu'den yola çıkarak, yasama ve yürütme yetkilerini birleştirmenin tiranlıkla sonuçlanacağı, çünkü tiranca yasamanın ardından tiranca yasa uygulamasının gelmesi ihtimalinin daha yüksek olduğu iddiasını benimsemiştir. Benzer şekilde Blackstone, Locke'un doğa durumunda herkesin yürütme yetkisine sahip olmasına karşın sivil toplumda yürütme yetkisinin tek bir kişiye verildiği yönündeki iddiasını tekrarlamıştır. Öte yandan Blackstone'a göre tarihsel olarak özgürlüğe en büyük tehdidi oluşturan şey taçtı (kral). Dolayısıyla İngiliz özgürlüğünün tarihi, büyük ölçüde keyfi bir kralın özgürlük seven bir parlamento tarafından dizginlenmesinin tarihi<sup>64</sup> olmuştur.

### III. MODERN YÜRÜTME VE ÖZELLİKLERİ

19. yüzyılın sonunda akademik bir disiplin olarak siyaset bilimi ortaya çıktığında eski kurumsalcılık, liderlerin görevdeki resmi yetkileri açısından yasal bir yaklaşımla yürütme gücüne odaklanmıştı.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> William Blackstone, "Introduction, Section 2: Of the Nature of Laws in General", içinde Commentaries on the Laws of England, (Australia: The University of Adelaide South Australia, 2014).

<sup>64</sup> Howard L. Laubert, "Sovereignty and Liberty in William Blackstone's Commentaries on the Laws of England". The Review of Politics, 72 (2010): 291-292.

<sup>65</sup> Ludger Helms, "Institutional Analysis", içinde The Oxford Handbook of Political Leadership, ed. R. A. W. Rhodes ve P. Hart, (Oxford: Oxford University Press, 2014), 196.

Ancak, Richard Neustadt'ın 1960'da yayınlanan ve Amerikan başkanlığına ilişkin davranışçı çalışmaların başlıca örneklerinden birini temsil eden *Presidential Power* adlı eserinde bile kurumların önemi hiçbir şekilde inkâr edilmedi. Aslına bakılırsa, Amerikan güçler ayrılığı sisteminin doğasında var olan mantığına ilişkin en çok alıntı yapılan ifadelerden birini icat eden Neustadt'tı; kendisi bunu “gücü paylaşan ayrı kurumların hükümeti” olarak tanımlıyordu. Neustadt'ın meşhur bir şekilde iddia ettiği gibi, başkanlık gücü ikna etme gücüdür ve ikna etme gücü pazarlık yapma gücüdür. Ancak statü ve otoritenin pazarlık avantajı sağladığını da kabul etmek gerekirdi.<sup>66</sup>

Kurumsal teoride artık yaygın olarak “yeni kurumsalcılık” olarak adlandırılan paradigma ise 1980'lerin ortalarında ortaya çıktı. Siyaset biliminde yeni paradigmayı başlatan belirli bir çalışmayı isimlendirmek istendiğinde, çoğu akademisyen muhtemelen James G. March ve Johan P. Olsen'in eserini takip edecektir.<sup>67</sup> Çağdaş uluslararası siyaset biliminde yeni kurumsalcılık, kurumsal teori ve araştırmanın temelde farklı en az üç yönünü içerdiği düşünülen, olağanüstü derecede geniş ve heterojen kurum anlayışları bütününe ifade eder: rasyonel seçim kurumsalcılığı, tarihsel kurumsalcılık ve sosyolojik kurumsalcılık.

Gerçekten de çağdaş siyaset teorileri, siyaseti toplumun bir yansıması olarak, siyasi olguları bireysel davranışın toplu sonuçları olarak, eylemi hesaplanmış kişisel çıkara dayalı seçimlerin sonucu olarak, tarihi benzersiz ve uygun sonuçlara ulaşmada etkili ve karar alma olarak tasvir etme eğilimindedir. Ancak siyaset bilimindeki bazı yeni teorik düşünceler, bu teorik tarzların unsurlarını kurumlarla ilgili daha eski bir ilgiyle harmanlamaktadır. Bu yeni kurumsalcılık, siyasi kurumların göreceli özerkliğini, tarihteki verimsizlik olasılıklarını ve siyaset anlayışında sembolik eylemin önemini vurgular. Bu tür fikirlerin elbette makul bir ampirik temeli vardır.<sup>68</sup> Farklı yeni kurumsalcılıkları eski kurumsalcılıktan ayıran ortak temel özelliklerin şunları içerdiği düşünülmektedir: Tamamen resmi kurumlara ilişkin yasal

---

<sup>66</sup> R. Neustadt, *Presidential Power and the Modern Presidents: The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan* (New York: Free Press, 1990), 11, 29-32.

<sup>67</sup> Bkz. James G. March ve Johan P. Olsen, “The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life”. *The American Political Science Review*, 78, (1984): 734-749.

<sup>68</sup> March ve Olsen, *The New Institutionalism*, 734.

anlayışların ötesine geçen oldukça geniş bir kurum kavramı, kurumların rolüne ilişkin determinist varsayımların reddedilmesi, kurumların rolüne ilişkin daha büyük bir ilgi, politikaların bütünü yerine kurumsal düzenlemelerin belirli yönlerini incelenmesi ve kurumsal araştırmayı karmaşık teoriler ve yöntemlerle birleştirme konusunda güçlü bir kararlılık.<sup>69</sup>

Geleneksel olarak tanınan üç yeni kurumsalcılığın (rasyonel seçim, tarihsel ve sosyolojik) daha spesifik bir ortak özelliği, kurumları öncelikli olarak aktörlere yönelik kısıtlamalar olarak görme eğilimindedir. Bu kısıtlamaların nasıl kavrandığına daha yakından bakmak, rasyonel seçim, tarihsel ve sosyolojik kurumsalcılık arasındaki bazı temel farklılıkları odağa çıkarır.<sup>70</sup> Rasyonel seçim kurumsalcılığı perspektifinden bakıldığında, yapılar ve teşvikler açısından anlaşılan kurumlar, bir “hesaplama mantığı” kurarak rasyonel aktörlerin davranışlarını etkili bir şekilde kısıtlar. Kurumları düzenli kalıplar ve rutinleşmiş uygulamalar olarak düşünen tarihsel kurumsalcılık, kurumsal evrim ve gelişmelerin “yol bağımlılığını” vurgular. Son olarak, bunun tersine, kurumları sosyal olarak oluşturulmuş ve kültürel olarak çerçevelenmiş kurallar ve normlar olarak düşünen sosyolojik kurumsalcılık, siyasi kurumlar içinde hareket eden sosyal aktörlerin bir “uygunluk mantığı” tarafından etkili bir şekilde sınırlandırıldığını düşünür.

Bu şekildeki bir yaklaşım yürütme kuvvetinin anlamı ve fonksiyonel değeri bakımından sorgulanmaya değerdir. Yürütme kuvvetinin bu parametreler açısından fonksiyonel değeri, kurumsalcılığın rasyonel kısmına indirildiği ve sosyolojik kurumsalcılığa mesafe koyduğu ölçüde demokratiklik ve anayasacılık bakımından bir anlama işaret etmektedir. Bu arada, İtalyan elitizm ekolünün ana temsilcileri (Pareto ve Mosca), siyasi rejime bakılmaksızın siyasetin her zaman çoğunluğa hükmeden bir azınlıkla ilgili olduğunu savunmuştur. Bu akademisyenler, üstün kişisel nitelikler ve oligarşik örgütsel ilkeler gibi faktörlere atıfta bulunarak, yürütme gücünün neden her zaman nispe-

---

<sup>69</sup> Helms, *Institutional Analysis*, 199.

<sup>70</sup> Bkz. Vivien Schmidt, “Taking Ideas and Discourse Seriously: Explaining Change through Discursive Institutionalism as the Fourth ‘New Institutionalism’”. *European Political Science Review*, 2 (2010): 2.

ten az sayıda birey tarafından kullanıldığını keşfetmeye çalıştılar. Bu katkılar siyaset biliminde yürütme yetkisine ilişkin modern ampirik çalışmanın kurulmasına öncülük etmiştir. Yıllar geçtikçe siyasetin güç arayışı ve güç kullanımıyla karakterize edildiği disiplinde geleneksel bir görü oluştu. Şöyle ki, siyaset özünde bir “güç mücadelesi”dir.<sup>71</sup> Burada da güç mücadelesinin yoğunlaştığı en etkin alan olarak yürütmenin; egemen bazında, çıkışı olmayan ve yaptırıma tabi olan kolektifleştirilmiş kararlar olduğunu<sup>72</sup> belirtmek gerekir.

Sonuç olarak modern yürütme, gücün oluşum ve yönlendirilme şekli bakımından siyasi yöneticilerin kurumsal örgütlenmesine göre tanımlanır.

Böyle olmakla da yürütme organı, bir anayasanın kurumsal tasarımında merkezi öneme sahip olan devletin üç organından biri olarak karşımıza çıkar. Kuvvetlerin tahsisi ve devletin üç organı (yürütme, yasama ve yargı) arasındaki karşılıklı ilişki, böyle bir yapının temel unsurlarıdır. Yasama organının kanunları yapması ve bütçeyi onaylaması, yürütme organının kanunları uygulaması ve yargının kanunlar hakkında karar vermesi şeklindeki geniş ve genel ayrımın ötesinde, Böckenförde'nin belirttiği üzere, bu üçü arasında uygun dengenin tasarlanabilmesi için pek çok sorunun ele alınması ve yanıtlanması gerekmektedir. Bu organların birbirinden ne ölçüde ayrılması gerektiği ve aralarındaki farklı derecelerdeki karşılıklı kontroller, yeni bir anayasa taslağının hazırlanması veya mevcut bir anayasanın reforme edilmesi sürecinde sürekli bir tartışma kaynağı olmaktadır. Bu nedenle, yürütme organının tasarımı klinik izolasyonda tartışılmaz; ancak içinde faaliyet gösterdiği hükümet yapısının anlaşılmasını gerektirir.<sup>73</sup> Öte yandan uygulamada, yürütme benzersiz derecede güçlü bir rol oynayabilir ve genellikle bir ülkenin doğal lideri veya yöneticisi olarak görülür ve ülkenin ulusal ve küresel imajını temsil eder. O halde, şaşırtıcı olmayan bir şekilde, yürütme organının şefinin seçimi, özellikle

---

<sup>71</sup> Bkz. Ferdinand Müller-Rommel ve Michelangelo Vercesi, “Executive Power”, içinde *Handbook of Political Science*, ed. D. Berg-Schlosser, B. Badie ve L. Morlino, (London: SAGE, 2020), 761-762.

<sup>72</sup> Giovanni Sartori, “Will Democracy Kill Democracy? Decision-Making by Majorities and by Committees”. *Government and Opposition*, 10/2 (1975): 132.

<sup>73</sup> Markus Böckenförde, *Constitution Building: The Design of the Executive Branch* (Stockholm: International IDEA, 2014), 1.

belirgin “bölünmüş toplumlarda” toplumlarda büyük uyumsuzluk yaratabilecek önemli bir olaydır. Gerçekte, birçok iç çatışma, ister anayasal çerçeve içinde ister anayasal çerçevenin ötesinde olsun, yürütme yetkisini elinde tutma, toplama ve/veya genişletme mücadelesinin bir parçası olarak başlar veya yeniden ortaya çıkar.<sup>74</sup>

Yürütme kuvvetine ilişkin kurumsal tasarımın iki farklı yönü vurgulanabilir:<sup>75</sup>

a. Yürütmenin kurumsal tasarımı yatay ve dikey olmak üzere iki farklı boyutta karşımıza çıkar. Yatay boyut, ulusal düzeyde yürütme yapısının dağıtılmasına yönelik seçenekleri araştırır: bu, başkanlık işlerinin yürütülmesinde birden fazla kişinin yer alması, ikili bir yürütme (Devlet Başkanı ve Başbakan) ya da başkanlığın görev süresi sınırlamalarına ilişkin düzenleme. Dikey boyut, yürütme yetkilerinin farklı ademi merkezîyetçilik biçimleri aracılığıyla hükümetin çeşitli düzeylerine tahsisini ele alır. Ayrıca yürütme organındaki anayasal tasarımın yanı sıra, devletin organları arasındaki kurumsal ilişkiler de büyük önem taşır. Farklı hükümet sistemlerinin, kuvvetler ayrılığı ve kontrol ve dengenin genel olarak tesis edildiği bir ortamda yürütme üzerinde farklı etkileri vardır. Ayrıca, daha spesifik kurumsal tasarım seçenekleri, yöneticinin performansının kontrol edilmesi için çeşitli fırsatlar ve bunun yapılabileceği farklı dereceler sunmaktadır.

b. Yürütme başkanına verilen özel yetkiler, yürütme yetkilerinin esaslı yoğunlaşma derecesini belirler. Olağanüstü hal ilan etmek, af veya af çıkarmak veya savaş ilan etmek gibi geleneksel olarak yürütme organına ait olan yetkiler ile geleneksel olarak yasama organının yetkisi altında olan ancak yürütmenin katılımıyla gerçekleşen görevler arasında bir ayırım yapılabilir. Yürütme organının yasama yetkileri arasında, yasama organı tarafından onaylanan yasa tasarılarını veto etme, kanun hükmünde kararname ile yasa çıkarma, bazı politika konularında yürütme inisiyatifi üstlenme, referandum veya plebisit çağırısı yapma ve bütçeyi şekillendirme yetkisi yer alabilir.

---

<sup>74</sup> Böckenförde, Constitution Building, 11.

<sup>75</sup> Böckenförde, Constitution Building, 12-13.

Görüldüğü gibi burada ilk olarak yürütmenin kurumsal tasarım seçeneklerini alınmaktadır. İkincisi daha çok kurumsal tasarım içerisinde yürütmeye verilen esaslı yetkilere odaklanmaktadır.

Netice olarak Böckenförde'nin belirttiği üzere, hükümet sistemleri yürütme gücünün yapısını farklı bir şekilde şekillendirebilir, ancak burada yalnızca gerçek bağlamdan türetilen güç dinamiklerini gösterebilir. Güçlü anayasal yetkilere sahip bir Başkan, oldukça parçalı bir siyasi parti sistemi ve yasama organındaki güvenilmez bir destek tabanı karşısında yine de zayıf olabilir. Benzer şekilde, oldukça zayıf anayasal yetkilere sahip bir Başkan, eğer partisi yasama meclisindeki sandalyelerin çoğunluğunu kontrol ediyorsa ve oldukça disiplinliyse, politika oluşturma sürecine hâkim görünebilir. Öte yandan, yasama çoğunluğunun Başbakanı seçtiği parlamenter sistemlerde bile, parlamento seçimlerinde mücadele eden siyasi partiler genellikle kampanyayı belirli programlardan ziyade liderlerinin kişiliği ve karakterine bağlamaktadır. Medya, seçim sonuçlarını açıklarken bireysel bir "kazanana" ön plana çıkarmaktadır. Rusya örneğinde olduğu üzere, gerçek güç tasarımı söz konusu olduğunda bireysel aktörler de önem taşır.<sup>76</sup>

Öte yandan günümüzde yürütme kuvvetinin siyasal rejimde oldukça etkin bir aldığını ve hatta anayasal düzenek içerisinde yürütmenin üstünlüğünden bahsedildiğini söylemek gerekir. Gücün neden yürütmeye yoğunlaştığına dair sunulan nedenler, bu makamı elinde bulunduranların hırslarının ve kişiliklerinin çok ötesine geçmektedir. Gerçekten de çeşitli faktörleri kapsayan teknolojik, sosyal ve yasal değişikliklerin kaçınılmaz sonuçları<sup>77</sup> da burada söz konusudur. ABD bakımından yapılan bir çalışmada bu nedenler şu şekilde belirtilmiştir:<sup>78</sup> 1) başkanlık yetkisinin anayasal belirsizliği, 2) yürütme organı-

---

<sup>76</sup> Böckenförde, *Constitution Building*, s. 16.

<sup>77</sup> Ayrıca bkz. Adil Özkol, "Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26/1 (1969): 49 vd.

<sup>78</sup> Bkz. William P. Marshall, "Eleven Reasons Why Presidential Power Inevitably Expands and Why It Matters". *Boston University Law Review*, 88 (2008): 509, 521-522. Marshall yürütme yetkisinin bu genişlemesine yönelik çeşitli öneriler de sunmaktadır:

- a. İlk olarak, yürütme organının emsal rolünü yeniden düşünmek gerekir. Önceki Başkanların eylemleri, bu eylemlerin yasallığı konusunda bir miktar emsal teşkil edebilirken, yürütme organının içtihatları, anayasaya uygunluğun tesis edilmesinde kesin ve hatta zorunlu olarak ikna edici olarak görülmemelidir.



nın eylemlerinin emsal etkileri, 3) yürütme organı hukuken ön plana çıkması 4) federal yürütme organının genişlemesi, 5) idari devletin başkanlık kontrolü, 6) başkanın bilgiye erişimi ve kontrolü, 7) medya ve Başkanlık arasındaki karşılıklı ilişki, 8) Başkanlığın popüler kültürdeki rolü, 9) askeri ve istihbarat yetenekleri, 10) hükümetin hızlı hareket etmesi ve 11) parti sadakatinin kurumsal ayrıcalıklara üstün geldiği güçlü iki partili sistemin yükselişi.

Ancak konumuz açısından önem arz eden yürütme yetkilerinin genişlemesine bir önlem olarak yürütme organının yönetimine veya yetkilerinin kontrol edilmesine daha fazla aktörün dâhil edilmesi hususu, aynı zamanda daha fazla potansiyel veto oyuncusu yaratarak karar alma süreçlerini geciktirir. Bu nedenle kapsayıcı ve etkili bir yönetim tasarımı arasında dikkatli bir dengenin bulunması gerekmektedir.

Ayrıca, diğer İdarelerin benzer durumlarda benzer eylemlerde bulunmama konusundaki hoşgörüsü de emsal otorite olarak değerlendirilmelidir. Bu şekilde, önceki yürütme organı eylemlerine atfedilen emsal değer artık yalnızca başkanlık yetkisine ilişkin geniş kapsamlı kavramları desteklemeyecektir.

- b. Ayrıca bir sonraki yönetimde kilit hukuki pozisyonlarda bulunanlar, hukuki sonuçları ile Başkanın siyasi gündemi arasındaki mesafeyi koruyarak mümkün olduğunca bağımsız olmaya çalışmalıdır.
- c. Üçüncüsü, yürütme organının gizliliğiyle mücadele için daha fazla çaba sarf edilmelidir. Eğer Başkanlık üzerindeki temel kontrol vatandaşlara karşı siyasi hesap verebilirlikse, bu tür bir hesap verebilirlik şeffaflık olmadan gerçekleşemez. Buna göre, eğer başkanın yetkisi kısıtlanacaksa, gizliliği en aza indirecek ve yürütme organına daha fazla hesap verebilirlik kazandıracak reformların ciddi şekilde düşünülmesi gerekir. Aynı derecede önemli olan, bu tür reformların kategorik olarak anayasaya aykırı olduğu yönündeki yürütme organının iddialarının reddedilmesi gerektiğidir.
- d. Dördüncüsü, Kongre, çoğunluktaki siyasi partinin siyasi talepleriyle çelişse bile kurumsal yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Bu nedenle, örneğin Başkanlık ve Kongre aynı partinin kontrolünde olsa bile, yürütme organının eylemlerinin Kongre tarafından canlı bir şekilde denetlenmesini sağlamak için çaba gösterilmelidir.
- e. Son olarak, herkesin Başkanların eylemlerini anayasal anlamda refleksif olarak destekleme eğilimine direnmek gerekir. Başkanlık yetkisinin içtihatlarla hala nispeten tanımlanmamış olması nedeniyle, içinde bulunduğumuz zaman, bu yetkinin kullanımına anayasal sınırlar koymak için son olmasa da en iyi fırsatı sağlayabilir. Bu hedefe ulaşmak, Başkan'ın rakiplerinin yanı sıra müttefiklerinin de sorumluluğu olmalıdır. Sonuçta, bir monarşiyi tahttan indirmek için devrimci bir savaşa girmiş olan Kurucu Babaların, ulusal güvenlik veya dış politika adına bu anayasayı oluşturacak bir anayasa yaratmadıkları iddiasını kabul etmek için orijinalist olmaya gerek yoktur. Güç tek bir kişinin elinde yoğunlaştığında kontrolsüz olur.

## SONUÇ

Yukarıdaki tüm açıklama ve değerlendirmeler dikkate alındığında, tarihsel olarak iktidarın toplandığı konumun genel itibarıyla klasik anlamda egemen etrafında modern anlamda ise yürütme kuvveti ekseninde olduğu görülmektedir. Yürütme kuvveti içerisinde de iktidar temelde tek elde toplanmaya eğilim göstermiştir.

Çağdaş liberal demokrasilerden önce, iktidar yürütme eksenli ya otoriter hükümetler tarafından ya da karşılıklı menfaat paylaşımına dayanan ve kısmen dengeli oligarşilerce kullanıldığı söylenebilir. Dolayısıyla bir anlamda iktidarın yürütme eksenli olması ve yürütmenin de tek elde toplanması kural olarak anlaşılmaktaydı. Gerçi günümüzde gelinen aşamada melez rejimlerin ortaya çıkışı yürütme kuvvetine ilişkin bu çıkarımların bulunduğu portreyi daha da karmaşık bir hale getirmiştir.

Dolayısıyla siyasi yöneticilerin gücü, farklı rejim türleri arasında büyük ölçüde farklılık gösterir. Örneğin demokratik rejimlerde resmi kurumsal ortam, yürütme aktörlerinin manevra alanını tanımlar ve sınırlar. Demokrasilerde yürütme yetkisinin kullanılması açık rekabetten kaynaklanır ve oyunun kurallarına (yani seçimler ve anayasal hükümler) ilişkin istikrarlı beklentilere dayanır. Otokratik rejimlerde rekabet genellikle kapalıdır, çok geçirgen değildir ve sonuçta başarılı olacak kral veya lider gibi rejimin tepedeki aktörlerinin onayına dayanır. Görüldüğü gibi yürütme içindeki ve kurumlar arasındaki güç dinamikleri çoğunlukla belirsiz ve değişkendir. İşte bu genel farklılıklar, Müller-Rommel ve Vercesi'nin belirttikleri üzere, demokrasilerde ve otokrasilerde yöneticilerin meşruiyet temelleriyle sıkı sıkıya bağlantılıdır. Bu bakımdan form ilkinde yasal-rasyonel iken kincisinde geleneksel/karizmatik/ideolojiktir.<sup>79</sup>

Netice olarak yürütmenin doğası iktidar eksenli bir anlayış sergiler. Bu anlayış dinamik bir yapı gösterir. Yürütme kuvveti rejimin mekanizması ne olursa olsun gücü elinde bulundurmaya ister. Dolayısıyla yürütme kuvvetinin temel işlevlerine ve rollerine bağlı olarak kuvvetler arasındaki ilişkiler bu yaklaşımla incelenmelidir. Şu halde temelde yürütme kuvvetinin doğası gereği birbirini tamamlayan iki rolü söz konusudur: birincisi iktidarı elinde tutmak, ikincisi tekil bir

---

<sup>79</sup> Bkz. Müller-Rommel ve Vercesi, *Executive Power*, 763.

yapı ile işleyiş göstermek. İşte bu yüzden rejim ile bağlı olmadan iktidar tabiatı gereği yürütme etrafında aslına rücu etmek ister.

| YAZAR BEYANI                               |  |
|--|--|
| <b>Mali Destek/Teşekkür Beyanı:</b>        | Bulunmamaktadır.   |
| <b>Yazarların Katkıları</b>                | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.                                  |
| <b>Çıkar Çatışması/ Ortak Çıkar Beyanı</b> | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| <b>Etik Kurul Onayı:</b>                   | Gerekmemektedir.   |

### KAYNAKÇA

Abbott, Frank Frost. A History and Description of Roman Political Institutions. New York ve London: Ginn and Company, 1901-1907.

Akhtar, Zia. "Montesquieu's Theory of the Separation of Powers, Legislative Flexibility and Judicial Restraint in an Unwritten Constitution". *Amicus Curiae*. 4/3 (2023): 552-577.

Alvarez, Leo Paul de. *The Machiavellian Enterprise*. Dekalb: Northern Illinois University Press, 1999.

Aristotle. *Politics*, Çeviren Carnes Lord, Chicago: University of Chicago Press, 1984.

Bagehot. *The English Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Blackstone, William, "Introduction, Section 2: Of the Nature of Laws in General". içinde *Commentaries on the Laws of England*, Australia: The University of Adelaide South Australia, 2014.

Böckenförde, Markus. *Constitution Building: The Design of the Executive Branch*. Stockholm: International IDEA, 2014.

Bryce, James. *Studies in History and Jurisprudence: Flexible and Rigid Constitutions* C. II. New York: Oxford University Press, 1901.

Calabresi, Steven G. ve Kyle Bady. "Is the Separation of Powers Exportable?". *Harvard Journal of Law and Public Policy*. 33/1 (2010): 5-16.

Calabresi, Steven G. Calabresi, Mark E. Berghausen ve Skylar Albertson. "The Rise and Fall of the Separation of Powers". *Northwestern University Law Review*. 106/2 (2012): 527-550.

Carey, Sammy Carey. "The Influence of Rome's Mixed Constitution Upon the Founding Fathers". Honor Thesis-Political Science and Classical Civilizations. March 19 (2018).

Charchula, Jaroslaw. "Hobbes's Theory of State: The Structure and Function of State as the Key to Its Enduring". *Forum Philosophicum*. 15 (2010): 191-203.

Cicero, Marcus Tullius, "On the Laws". içinde *On the Republic and On The Laws*, ed. David Fott, Book III. Ithaca ve London: Cornell University Press, 2014.

Fairlie, John A. "The Separation of Powers". *Michigan Law Review*. 21/4 (1923): 393-436.

Field, Sandra. "Hobbes and the Question of Power". *Journal of the History of Philosophy*. 52/1 (2014): 61-86.

Faulkner, Robert Faulkner, "The Price of Efficacy: Aristotle and Executive Power". içinde *Executive Power in Theory and Practice*, ed. Hugh Liebert, Gary L. McDowell ve Terry L. Price, 11-30. New York: Palgrave Macmillan, 2012.

Goldie, Mark, "Locke and Executive Power". içinde *The Lockean Mind*, ed. Jessica Gordon-Roth, Shelley Weinberg, 446-455. New York: Routledge, 2022.

Helms, Ludger, "Institutional Analysis". içinde *The Oxford Handbook of Political Leadership*, ed. R. A. W. Rhodes ve P. Hart, 195-209. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Hobbes, Thomas. *Leviathan*. Harmondsworth: Penguin, 1968.

Johnson, Gregory R., "The First Founding Father: Aristotle on Freedom and Popular Government". içinde *Liberty and Democracy*, ed. Tibor R. Machan, 29-59. Hoover: Hoover Inst. Press, 2002.

Karako, Thomas Karako, "Understanding the Things of State". içinde *Executive Power in Theory and Practice*, ed. Hugh Liebert, Gary L. McDowell ve Terry L. Price, 55-82. New York: Palgrave Macmillan, 2012.

Karakocalı, Ahmet. "Magistrate: The Most Important Political Body of Roman Republic". *Ankara Bar Review*. 2, (2013): 67-82.

Laubert, Howard L.. "Sovereignty and Liberty in William Blackstone's Commentaries on the Laws of England". *The Review of Politics*. 72 (2010): 271-297.

Locke, John. *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

Lucchese, Filippo Del. "Machiavelli and Constituent Power: The Revolutionary Foundation of Modern Political Thought". *European Journal of Political Theory*. 16/1, (2014): 1-21.

Machiavelli, Nicolo. *The Prince*, Çeviren Leo Paul de Alvarez, IL: Waveland Press, 1989.

Machiavelli, Nicolo. *Discours on Livy*, Çeviren Harvey C. Mansfield ve Nathan Tarcov, Chicago: University of Chicago Press, 1996.

Mansfield, Harvey C. *Taming the Prince*. London ve New York: Collier Macmillan Publishers, 1989.

March, James G. ve Johan P. Olsen. "The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life". *The American Political Science Review*. 78, (1984): 734-749.

Marshall, William P.. "Eleven Reasons Why Presidential Power Inevitably Expands and Why It Matters". *Boston University Law Review*. 88 (2008): 505-552.

Mathur, A. B.. "Machiavellian Theory of the State". *The Indian Journal of Political Science*. 52/3 (1991): 418-423.

Müller-Rommel, Ferdinand ve Michelangelo Vercesi, "Executive Power". içinde *Handbook of Political Science*, ed. D. Berg-Schlosser, B. Badie ve L. Morlino, 760-775. London: SAGE, 2020.

Neustadt, R.. *Presidential Power and the Modern Presidents: The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*. New York: Free Press, 1990.

Özkoç, Adil. "Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 26/1 (1969): 43-76.

Papageorgiou, Charalambos Ioannou. "Aristotle and Democracy". Phd Thesis, University College University of London, 1991.

Polybius. *The Histories*, Çeviren Robin Waterfield, New York: Oxford University Press, 2010.

Posner, Eric A. "The Constitutipon of the Roman Republic: A Political Economy Perspective". University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper No. 327. (2010): 1-35.

Prakash, Saikrishna. "The Essential Meaning of Executive Power". University of Illinois Law Review. 2003 (2003): 701-820

Rahe, Paul A. Rahe, "Hobbes, Niccolo Machiavelli, and the Executive Power". içinde Executive Power in Theory and Practice, ed. Hugh Liebert, Gary L. McDowell and Terry L. Price, 83-94. New York: Palgrave Macmillan, 2012.

Read, James H.. "Thomas Hobbes: Power in the State of Nature, Power in Civil Society". Polity. 23/4 (1991): 505-525.

Reinstein, Robert J.. "The Limits of Executive Powers". American University Law Review. 59/2 (2009): 259-337.

Robinson, Edward Van Dyke. "The Division of Governmental Power in Ancient Greece". Political Science Quarterly. 18/4 (1903): 614-630.

Sartori, Giovanni. "Will Democracy Kill Democracy? Decision-Making by Majorities and by Committees". Government and Opposition. 10/2 (1975): 131-158.

Schmidt, Vivien. "Taking Ideas and Discourse Seriously: Explaining Change through Discursive Institutionalism as the Fourth 'New Institutionalism'". European Political Science Review. 2 (2010): 1-25.

Sousa, Andre L. C. Sousa. "Book Review". Journal of Ancient Philosophy. 11/2 (2016): 158-172.

Uhr, John. "Executive-Legislative Relations: Learning from Locke". Canadian Parliamentary Review. Spring (1987): 9-11.

Uzzell, Lynn, "Locke's Latent Sovereign". içinde Executive Power in Theory and Practice, ed. Hugh Liebert, Gary L. McDowell and Terry L. Price, 95-112. New York: Palgrave Macmillan, 2012.

Valentina Arena, "Roman Republic of Jean-Jacques Rousseau", (Erişim Tarihi 1.01.2024), <https://core.ac.uk/download/pdf/79558576.pdf>.

Vile, M. J. C.. Constitutionalism and the Separation of Powers. Oxford: Oxford University Press, 1967.

Zabunoğlu, Yahya. "Thomas Hobbes Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 14/1 (1957): 219-240.



## İSLAMİYET ÖNCESİ TÜRK DEVLETLERİNDEN OSMANLI DEVLETİ'NE HÂKİM YARDIMCILIĞI<sup>1</sup>

*Assistant Judgeship from Pre-Islamic Turkish States to the Ottoman Empire*

**Dr. Öğr. Üyesi Betül KAYAR\***

### ÖZET

7413 sayılı kanun ile Hakim ve Savcılar Kanunu'nda değişiklik yapılmış ve yargı teşkilatımıza hakim savcı yardımcılığı getirilmiştir. Yargı teşkilatımız bakımından bir ilk olmakla birlikte bu kuruma benzer örneklerin tarihimizde mevcut olduğu bilinmektedir. Hakim savcı yardımcılığına hukuk tarihimizde en benzer kurum Osmanlı adli teşkilatında görev almış nâiblerdir. Osmanlı öncesi ve hatta İslamiyet öncesine gidildiğinde benzer bir kurumun mevcut olup olmadığı sorusu ise bu çalışmanın konusudur. Çalışmada İslamiyet öncesi Türk ve Moğol devletleri ile İslamiyet sonrası Türk ve Müslüman devletler hakkında önemli bilgiler veren literatür taranmış ve şu sonuçlara varılmıştır:

<sup>1</sup> \* Bu çalışma "Osmanlı Yargı Teşkilatında Nâib" adlı çalışmada yer alan "Ortaya Çıkışı ve Tarihsel Gelişimi" başlığının geliştirilmiş halidir.

\* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, betul.kayar@omu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0640-0457.

**Makale Geliş Tarihi: 03.01.2024**

**Makale Kabul Tarihi: 27.08.2024**

⇒ Atf Şekli: Betül Kayar "İslamiyet Öncesi Türk Devletlerinden Osmanlı Devleti'ne Hakim Yardımcılığı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 1057-1081.

⇒ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.





İslamiyet öncesi Türk devletlerinde devlet işlerinde yardımcıları olması önemsenmiş ve öğütlenmiştir. Fakat yargı işini yürütenlere yardımcı olan görevlilerden bahseden açık bir bilgiye rastlanılamamıştır. Çağatay Hanlığı ve İlhanlılar'da ise yargılama işlerini yürütenlerin yardımcıları olduğu görülmüştür. İslam Devleti'nde Hz. Peygamber döneminden itibaren yargı işlerini yürüten kimselerin çeşitli işlerle görevlendirdiği hakim yardımcısı benzeri kimseler olmuştur. Dört Halife döneminde de bu uygulama sürdürülmüştür. Abbasiler döneminde kadıların belirli işlerle yetkilendirdiği nâibler çeşitli açılardan kadılarına yardımcı olmuştur. Tarafların farklı mezhepten olması ve talep etmeleri halinde kadılar, ilgili mezhebe mensup kimseleri söz konusu uyuşmazlık için görevlendirebilmiştir. Bu noktada görev alanların da hakim yardımcılığına benzer işlev gördüğü söylenebilir. Memlûk Devleti'nde de Abbasi uygulamasına benzer uygulamalar mevcut olmuştur. İşlerin yoğunluğu sebebiyle yargı işlerine bakmak üzere veya farklı mezhepler söz konusu olduğunda vekiller görevlendirilebilmiştir. Ayrıca Memlûk Devleti mahkemelerinde görevleri açık olmamakla birlikte sayısı birden fazla olan nâiblerin bulunduğu görülmüştür.

**Anahtar Kelimeler:** Hakim Yardımcılığı, İslamiyet Öncesi, Türk, İslam hukuku, hukuk tarihi.

### **ABSTRACT (EXTENDED)**

The Law on Judges and Prosecutors was amended by the Law No. 7413 to include assistant judges and prosecutors in our judicial organization. By introducing these officials who will assist judges and prosecutors in our judicial system, it is both aimed to reduce the workload as well as them to gain experience before they become judges and/or prosecutors. It is important to study whether there had been examples of the current legal institutions in our history to be able to get a guidance in the functioning of these institutions. In this context, it must be asked if there has ever been a practice similar to assistant judges and prosecutors in our history although it is the first in the sense of Law No. 7413. It is also important to question which period did it emerge and how it was implemented if there was ever a similar institution. These are some of the questions to be answered in

this study. The most similar institution to the assistant judge-prosecutor practice in our legal history seems to be the nâibs who served in the Ottoman judicial organization. The nâibs, who were deputies of the kadi, were able to perform many legal and administrative procedures both inside and outside of the court, and also to act as a proxy for the kadi in case the kadi was absent from the court for some reason. Since the “nâibship” in the Ottoman Empire is examined in detail in our study titled “Nâib in the Ottoman Judicial Organization”, it will not be discussed in this study again. The question of whether any other similar practice existed before the Ottoman Empire and even before Islam will be the main target of this study. At this point, it should be noted that the practice of assistant prosecutor was excluded from this study and the examination was made solely on the context of assistant judgeship since the institution of the prosecutor’s office did not exist in Islamic legal practice until its entry into our judicial organization in the post-Tanzimat period of the Ottoman Empire. In the study, the literature providing important information about the pre-Islamic Turkish and Mongolian states and the post-Islamic Turkish and Muslim states was reviewed and the following conclusions were reached: In pre-Islamic Turkish states, having assistants in state affairs was considered important and recommended. However, there is no clear information about the officials assisting the judicial officials. In the states of Çağatay Hanlığı and the İlhanlılar, it had been seen that those who carried out judicial affairs had assistants. In the Islamic State, from the time of the Prophet Muhammad and onwards, those who carried out judicial affairs had people similar to assistant judges assigned with various tasks. This practice continued during the reign of the Four Caliphs. In the Abbasid period, the nâibs who were authorized by the kadi to perform certain tasks, assisted the kadi in various aspects. In the instances where the parties belonged to different sects requested it, the kadi could have appointed people from the relevant sect to deal with the dispute in question. At this point, it can be said that these officials functioned as similar to assistant judges. In the Mamluk State, there had been practices similar to the Abbasid practice. Deputies could have been appointed to take care of judicial affairs due to intensity of workload or in the case of parties belonging

to different sects. In addition, although their duties were not clear, it was observed that there were more than one nâib in some courts of the Mamluk State.

**Keywords:** Assistant Judgeship, Pre Islamic, Turk, Islamic Law, history of law.

## GİRİŞ

Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda 7413 sayılı kanun ile değişiklik yapılmak suretiyle getirilen hakim ve savcı yardımcılığı, Türkiye Cumhuriyeti yargı teşkilatı bakımından bir ilktir. Hakim ve savcılara yardımcı olacak bu görevlilerle yargıdaki iş yükünün hafifletilmesinin yanı sıra hakim ve savcılık mesleklerine başlayacak kimselerin tecrübe kazanmaları amaçlanmıştır<sup>2</sup>. Günümüz hukuk kurumlarının tarihimizde benzer örnekleri olup olmadığı araştırılması, bu kurumların işleyişinde yol gösterici olması bakımından kıymetlidir. Bu bağlamda ülkemiz yargı teşkilatında bir ilk olmakla birlikte hakim savcı yardımcılığına tarihimizde benzer bir kurum mevcut olmuş mudur? Eğer benzer bir kurum mevcut ise hangi dönemde ortaya çıkmış ve nasıl uygulanmıştır? Bu çalışmada yanıt aranacak sorulardan bazıları bu şekildedir.

Hukuk tarihimizde ilk olarak bakılması gereken hukuk sistemi Osmanlı hukuk sistemidir. Osmanlı Devleti'nin adli ve idari teşkilatında yer alan kurum ve görevliler pek çok incelemeye konu olmuştur. Zira Osmanlı adalet sisteminin, devletin yaklaşık altı yüz yıl gibi bir süre ayakta kalmasında rol oynadığı bilinen bir gerçektir. Osmanlı'nın yargı teşkilatının temel birimi olan şeriye mahkemelerinde kadılar görev almıştır. Kadının icra etmiş olduğu adli ve idari pek çok görevinde kendisine yardım eden çeşitli yardımcıları bulunmuştur. İşte bu yardımcıları arasından nâib, kadının vekili olması sebebiyle ön plana çıkmaktadır. Kadı vekili nâibler mahkeme içinde ve dışında pek çok

<sup>2</sup> Adalet Komisyonu'nun raporunda yer alan genel gerekçede de bu konuya dikkat çekilmiştir: "... hukuki sorunlar ve uyuşmazlıkların nitelik ve nicelik yönünden gösterdiği değişim hâkim ve savcılarının iyi yetiştirilmelerinin önemini daha da artırmaktadır. ... nitelikli hâkim ve savcılarının yetiştirilmesi amacıyla meslek öncesi eğitim süreci, eğitimin niteliği ... uygulamalı eğitimlerin gözden geçirilmesi gerekmektedir." Adalet Komisyonu Raporu, Dönem: 27/5 Esas No: 2/4484, Sıra Sayısı: 339, s. 8.

hukuki ve idari işlemi icra edebilmiş, kadının bir sebepten mahkemede bulunmaması halinde kadıya vekaleten mahkemede görev alabilmiştir. Dolayısıyla hukuk tarihimizde hakim savcı yardımcılığına oldukça benzer bir kurum olarak nâiblik zikredilebilir. Ayrıca Tanzimat sonrası nâibler hakkında getirilen düzenlemeler ile 7413 sayılı kanun, mesleğe alınacak nâib ve hakim savcı yardımcılarının geçeceği aşamalar bakımından oldukça benzer hükümler içermektedir. Osmanlı'da nâiblik kurumu ayrıntılı bir çalışmayla ele alınmış olduğundan bu çalışmada ilgili kuruma yer verilmeyecektir<sup>3</sup>.

Osmanlı Devleti yargı teşkilatında yer alan müstantiklerden de burada bahsedilmelidir. Tanzimat düzenlemeleriyle Osmanlı hukuk mevzuatı ve yargı teşkilatında yapılan köklü yeniliklerden birisi de ceza yargılama usulü çerçevesinde görev alacak olan müstantikler olmuştur. Bu kurum Cumhuriyet dönemi ceza usul yasasında varlığını devam ettirmesi bakımından önemlidir. Müstantikler ceza yargılama-sının soruşturma aşamasında çeşitli işler yürütmekle görevli olmuşlardır. Bu bakımdan nâiblerin ifa etmiş oldukları bazı görevlere benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte müstantikler mevzuattaki ilk düzenlemelerde sorgu eylemini yapan bir kolluk görevlisi şeklinde ifade edilmiş, daha sonra ise "*sorgu hakimi*" şeklinde düzenlenmiştir<sup>4</sup>. Dolayısıyla müstantikler hakim savcı yardımcısına benzer bir kurum olmaktan ziyade bir karar mercii olarak değerlendirilmelidir.

Bu çalışmada ise Osmanlı öncesi dönemde de benzer bir kurum olup olmadığı araştırılmıştır. Zira Osmanlı Devleti pek çok idari ve hukuki müesseseyi kendisinden önceki Türk ve Müslüman devletlerden almış, bu kurumları bulunduğu çağ ve ihtiyaçlar çerçevesinde şekillendirmiştir. Özellikle Abbasi Devleti ve Selçuklu Devletleri bu manada Osmanlı adli örgütüne örnek teşkil etmiştir. İslamiyet öncesi Türk devletleri, bu devletler ile pek çok bakımdan benzerlik gösteren Moğol devletleri ve İslamiyet sonrası dönemde kurulmuş Türk ve Müslüman devletler bu araştırmanın konusudur. İlgili devletlerin idari ve hukuki yapısı hakkında önemli bilgiler veren temel eserler ve literatürdeki ilgili çalışmalar incelenmiştir. Bu noktada şu da ifade edilmelidir: İslam hukuku uygulama-

---

<sup>3</sup> Betül Kayar, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Nâib* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2023).

<sup>4</sup> Müstantikler hakkında ayrıca bakınız: İbrahim Ülker, "Osmanlı Ceza Yargılama-sında Müstantik (Sorgu Hâkimi)", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 11/1 (2023), 41-57.

sında savcılık müessesesi bulunmamış olup yargılama sistemine bu kurumun gelişi Osmanlı Tanzimat sonrası dönemini bulmuştur. Bu bakımdan çalışmada savcı yardımcılığı dışarıda tutularak hakim yardımcılığı çerçevesinde incelemeler yapılmıştır.

## I. İSLAMİYET ÖNCESİ TÜRK VE MOĞOL DEVLETLERİNDE HAKİM YARDIMCILIĞI

İslamiyet öncesi Türk ve Moğol devletlerinin adli teşkilatı hakkında bilgi veren kaynak ve eserler bu başlık altında incelenmiştir. Söz konusu inceleme yapılırken İslamiyet öncesi Türk devletleri ve Moğol devletleri ayrı başlıklar halinde ele alınmıştır.

### A. İslamiyet Öncesi Türk Devletlerinde Hakim Yardımcılığı

İslamiyet öncesi Türk hukuk tarihi hakkında başlıca kaynak Orhon Yazıtları'dır. Söz konusu yazıtlardan Türklerin günlük yaşamlarını nasıl geçirdiklerinden savaşlardaki kahramanlıklarına kadar farklı konularda bilgi edinebilmek mümkün olmuştur. Yazıtlar devlet idaresindeki hakan, bey, şad, komutan, tarkan gibi kimselerden bahsetmekle birlikte<sup>5</sup> uyuşmazlıklar hakkında hüküm kuran bir görevlinin yardımcısına benzer bir kimseden söz etmemiştir.

Kaşgarlı Mahmud tarafından yazılan Divan-ı Lûgat-it Türk, İslamiyet öncesi Türk devletleri hakkında önemli bilgiler veren bir diğer kaynaktır. İlk Türk dili sözlüğü olarak kabul edilen<sup>6</sup> bu eserde Türklerin dillerinde "yardımcı" anlamına gelen "arka", "bala" ve "basut" ifadeleri yer almıştır. Arka, "arka; sırt; sıkıntılı anlarda yardım eden kişi"<sup>7</sup> anlamlarına gelmekte iken bala, "bir adamın işlerinde, çok kerre çiftlik işlerinde, yardımcısı, cırağı" şeklinde açıklanmış<sup>8</sup>, basut ise, "arka, yardımcı, acıyıcı, yardım" olarak ifade edilmiştir<sup>9</sup>. Ancak eserde hüküm kuran bir merciin yardımcısı şeklinde ifade edilen herhangi bir sözcüğe rastlanılamamıştır.

<sup>5</sup> Erhan Aydın, Orhon Yazıtları (Konya: Kömen Yayınları, 2015), 51, 56, 60, 61, 81.

<sup>6</sup> Mustafa S. Kaçalın, "Divânü Lugâti't-Türk", TDV İslam Ansiklopedisi, 9 (1994): 446.

<sup>7</sup> Kaşgarlı Mahmud, Divan-ı Lûgat-it Türk C. I-II-III. Çeviri: Besim Atalay (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2018), 128.

<sup>8</sup> Kaşgarlı Mahmud, Divan-ı Lûgat-it Türk C. IV. Çeviri: Besim Atalay (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2018), 64.

<sup>9</sup> Kaşgarlı Mahmud, Divan-ı Lûgat-it Türk I-II-III, 354.

Türk hukuk tarihi bakımından önemli bir kaynak olan Kutadgu Bilig, devlet idaresi, hukuk ve ahlak ile ilgili geleneksel anlayışlardan bahseder<sup>10</sup>. Eser incelendiğinde devlet yönetimine dair işlerde yardımcıları ihtiyaç duyulduğuna dair ifadelere rastlanılmıştır<sup>11</sup>. İdari

---

<sup>10</sup> Sadri Maksudi Arsal, Türk Tarihi ve Hukuk (Ankara: TTK Yayınları, 2014), 83, 85.

<sup>11</sup> "Dünyada büyük bilge bir bey vardı

*Bu beylik içinde uzun yaşadı*

...

*Kendi düzenledi il gün işini*

*Yanına almak istedi seçkin kişileri*

*Kendisine yardım edecek biri işe başlasa*

*Kendisi biraz dirlense, onlar işlese*

...

*Yalnız otururken bir gün bunaldı, dedi ki*

*Zor bu beyliğin sözü hem işi*

*Baş ağrıtır, görse ne çoktur işi*

*Bu işleri yapar akıllı kişi*

*Kendim yapamam bütün halkın işini*

*Bana işini bilir bir adam gerekli*

*Bana gereken şimdi yetkin birisi*

*Akıllı, bilgili, kişiler başı*

*Bana içten bağlı, tam doğru olmalı*

*Dili gönlü bir olup işten anlamalı*

*Yapıverse benim işlerimi*

*Görüverse iç ve dış işlerimi*

*Ne diyor işit sınımış kişi*

*Başından geçirmiş, yetirmiş yaşı*

*Destek gerek beye, yardımcılar*

*Akıllı, bilgili, bilge ilciler*

*Yardımcı gerek bütün işleri bilen*

*Bilip işleyerek dileğine erişen*

*Yardımcısı olursa bey zahmet çekmez*

*İşler yoluna girer, töre bozulmaz*

*Bil ki bütün işlerde yardımcı gereklidir*

*Bu beylik işinde daha çok yardımcı edinmelidir*

*Bey yardımcı aradı, bulamadı*

*Her işe kendi el atmak zorunda kaldı*

*Her gün pek çok emek verdi*

*Huzur istedi, zahmetle karşılaştı*

...

işlerde yardımcı olması durumunda işlerin yoluna gireceği ve törenin bozulmayacağı belirtilirken, yardımcı bulamaması halinde beyin pek çok emek verdiği, her işini kendisi yapmak zorunda kaldığı, zahmetle karşılaştığı ifade edilmiştir. Yine eserde, sayısı çok olsa da devlete yardımcı aranması, devletin bu şekilde düzenleneceği belirtilmiştir. Eserde geçen “*Bil ki bütün işlerde yardımcı gereklidir*” ifadesi, yargı işlerinde de yardımcı görevlilerin mevcut olmuş olabileceğini düşündürmektedir. Ancak bu duruma işaret eden açık bir ifadeye rastlanılamamıştır.

Cüveyni tarafından yazılan Tarih-i Cihan Güşa; Moğollar, Harezmsahlar, Karahıtaylılar ve Uygurlar hakkında önemli bilgileri günümüze ulaştırmıştır. Esere göre hakan ve idareciler başka bölgelere gittiklerinde, şehzadeler bir toplantıdan ayrıldıklarında yerlerine vekil bırakmışlardır<sup>12</sup>. Hakan, şehzade, idareci ve komutanların “*işleri çekip çeviren*” yardımcıları bulunmuş, söz konusu yardımcıları gerektiğinde idareci ve komutanlara vekalet etmiştir. Ayrıca hakan idarecilerine yetenekli yardımcıları edinmeleri konusunda tavsiyelerde bulunmuştur<sup>13</sup>. Dolayısıyla devlet görevlerini icra eden kimselerin yardımcıları olduğu açıktır. Eserde geçen bir uygulama ise yargılama işlerinde de yardımcıya başvurulabildiğine işaret etmesi bakımından dikkat çekicidir. Buna göre kağan, bir uyuşmazlığı araştırıp soruşturmak üzere bitikçisini (katip) tayin etmiş ve iki kişiyi de bitikçisine yardımcı olmak üzere görevlendirmiştir. Ancak söz konusu yardımcıların görevlerinin ne olduğu açık değildir<sup>14</sup>. Bitikçinin soruşturmayı tamamlamasının ardından ise yargılama, kağanın huzurunda gerçekleşmiştir. Dolayısıyla bitikçi ve yardımcıları uyuşmazlığın araştırma ve soruşturma kısmında görev alarak kağana yargılama işinde yardımcı olmuştur.

---

*Ne kadar çok olsa da ile yardımcı ara  
İl böyle düzenlenir, bey yatıp güle güle yer  
Çok olursa ilde yararlı ve zeki insanlar*

*Bey erince kavuşur, işleri onlar yapar.”* Yusuf Has Hacib, Kutadgu Bilig, Çeviri: Ayşegül Çakan (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017), 51-53, 242.

<sup>12</sup> Alaaddin Ata Melik Cüveynî, Tarih-i Cihan Güşa, Çeviri: Mürsel Öztürk (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2013), 13-14, 243, 277, 410, 419-420, 423-424, 464.

<sup>13</sup> Cüveynî, Tarih-i Cihan Güşa, 21-22, 24, 27-29, 32, 40-41, 63, 143, 166, 181, 229, 234, 237, 275, 295, 405, 496.

<sup>14</sup> Cüveynî, Tarih-i Cihan Güşa, 418-419.

İncelenen eserlere göre İslamiyet öncesi Türk devletlerinde devlet işlerine yardımcı memuriyetlerin bulunduğu, devlet başkanlarının memurlarını yardımcılar edinme yönünde teşvik ettiği, devlet işlerinde yardımcılarının gerekliliğinden söz edildiği ifade edilmelidir. Bununla birlikte hakim yardımcısı benzeri bir kurumdan açıkça bahsedilmemiştir. Ancak yargılamanın da devlet işlerinden biri olduğu ve her işte yardımcılarının gerektiğinin kaynaklarda geçmesi, açıkça rastlanılamasa da İslamiyet öncesi dönemde hakim yardımcısı benzeri görevlilerin bulunmuş olabileceğini düşündürmektedir.

### **B. Moğol Devletlerinde Hakim Yardımcılığı**

İslamiyet öncesi Türk hukuku hakkında önemli bilgiler veren bir diğer kaynak, Cengiz Han'ın yasası ve bu yasanın Moğol uluslarındaki uygulamasıdır. Yasada yargı işleri; ihtiyarlara, din adamlarına ve yerel yöneticilere bırakılmıştır<sup>15</sup>. Ancak yasada yargıçlara yardımcı olan herhangi bir görevliden bahsedilmemiştir. Cengiz Han ilk yasa uygulayıcısı olarak Şigi-Kutuk'u tayin etmiş, yasayı nasıl uygulayacağını ise bizzat bildirmiştir<sup>16</sup>. Buna göre Şigi-Kutuk'a yargı ve infaz yetkileri verilmiştir. Ayrıca mahkeme kararlarının kayıt altına alınması emredilmiştir. Cengiz Han'ın koyduğu esaslar baş yargıç tarafından yazıya dökülmüştür. Mahkeme kararlarının kayıt altına alınması veya cezai müeyyidelerin uygulanması noktasında ise baş yargıcın yardımcılardan faydalanmış olduğu düşünülebilir. Ancak buna dair açık bir bilgiye rastlanılamamıştır.

Cengiz Han'ın oğlu Ögedey Han döneminde devlet merkezinde baş yargıçlık görevini sürdüren Şigi-Kutuk 1234 yılında Kuzey Çin'de yar-

---

<sup>15</sup> Habibe Temizsu, Yasak Cengiz Han Yasası ve Moğol Devletleri Tarihinde Yaşadığı Değişim (İstanbul: Ötüken, 2018) 70-72.

<sup>16</sup> "Bütün halkı kendi adlarına göre ayırarak, analarımıza, bize, kardeş ve oğullarımıza taksim et, öyle ki, keçe çadırda oturanlar ile tahta kapılı evlerde oturanlar birbirlerinden ayırtdilsinler. Senin sözüne herkes itaat etsin. Bütün ulusun içindeki hırsızları cezalandır, yalamı ortadan kaldır, ölüm cezasına layık olanları öldürt, para cezasına müstehak olanlardan para cezası al." "Halkın taksim işi ve mahkeme kararları koko-debter (mavi defter)'e yazılıp, raptedilsin." "Şigi-kuthu'nun benimle iştişare ederek ak kağıda mavi yazı ile yazarak defter halinde tesbit ettiği esaslar nesilden nesile intikal etsin ve onu kimse değiştirmesin, değiştirmeye kalkışanlar cezalandırılsın." Moğolların Gizli Tarihi, Çeviri: Ahmet Temir (Ankara: TTK Yayınları, 2016) 135-136; Abdulkadir Yuvalı, İlhanlılar Tarihi I Kuruluş Devri (Kayseri: Erciyes Üniversitesi Yayınları, 1994), 130.



gıçlık görevine getirilmiştir. Bu dönemde Han'ın huzurunda kurulan mahkemelerde rütbelerine göre sıralanarak şikayetleri dinleyen emirlerden bahsedilmiş olmakla birlikte rütbe veya görevleri açık değildir<sup>17</sup>.

Cengiz Han'ın oğullarından Çağatay Han'ın kurmuş olduğu devlet, adını kurucusundan almış olup Çağatay Hanlığı'dır. Oğullarına devlet görevlerini dağıtan Cengiz Han, araştırma, soruşturma, suçlulara verilecek cezalar, kanunların uygulanması, yani adalet işleriyle Çağatay'ı görevlendirmiştir<sup>18</sup>. Çağatay Hanlığı'nda yargı işleri yargucular tarafından icra edilmiştir. Literatürde yargı işlerinin yargucular ve yardımcıları tarafından yürütüldüğünden bahsedilmiş olmakla birlikte yardımcılarının görevleri hakkında ayrıntı verilmemiştir<sup>19</sup>. Yine de Çağatay Hanlığı'nda yargılama yetkisini haiz görevlinin yardımcılarının bulunmuş olduğu bilgisi, hakim yardımcısı benzeri görevlilerin bu dönem itibarıyla mevcut olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

Cuci Hanlığı, Cengiz Han'ın en büyük oğlu Cuci Han'dan adını almakta olup İslamiyet'in kabulünden önce ve İslamiyet'in kabulü sonrası adli uyuşmazlıkların çözümlenmesinde farklı uygulamalar benimsemiştir. İslamiyet öncesi Moğol yasalarına göre uyuşmazlıklar giderilirken İslamiyet'in kabulünden sonra davalar; kadı ve yarguculardan oluşan mahkemeler tarafından görülmüştür. Şeri bir mesele söz konusu olduğunda kadı; diğer meseleler ise meclis tarafından karara bağlanmıştır. Bu uygulama Kutluğ Timur dönemi Harezm bölgesinde gerçekleşmiştir<sup>20</sup>. Dolayısıyla mahkemelerde şeri ve örfi davalar farklı görevliler tarafından görülmüştür. Diğer taraftan literatürde Harezm şehrinin kadısının iki nâibi olduğundan bahsedilmiştir<sup>21</sup>. İşlevlerine bakıldığında ise bu nâiblerin kadı olma olasılıkları yüksektir<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Temizsu, Yasak, 116-117.

<sup>18</sup> Cüveynî, Tarih-i Cihan Güşa, 94.

<sup>19</sup> Mustafa Kafalı, Çağatay Hanlığı (1227-1345) (Ankara: Berikan Yayınevi, 2005), 65-66.

<sup>20</sup> Ebû Abdullah Muhammed İbn Battûta Tancî, İbn Battûta Seyahatnâmesi, Çeviri: A. Sait Aykut, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2021), 346-347; Temizsu, Yasak, 186-187.

<sup>21</sup> İbn Battûta, Seyahatnâme, 345.

<sup>22</sup> İslam hukukunda kadılar nâib olarak anılabilmektedir. Zira kaza, halifenin görevlerinden biri olup devlet yönetimiyle ilgili pek çok meşguliyeti olan halife, kaza işlerini vekil yani nâib tayin etmek suretiyle yürütmüştür. Söz konusu nâibler esas itibarıyla kadılardır. İbn Haldun, Mukaddime, Hazırlayan: Süleyman Uludağ, (İstanbul: Dergah Yayınları, 2020), 463-464.

İlhanlılar Hülâgu tarafından kurulmuş ve devlette Moğol yasaları uygulanmıştır. İlk dönemlerde Büyük Hanlık'a bağlı bir adli teşkilat oluşturulmuş olup mahkeme heyetine yargu; yargılama işlerine bakan görevliye de yargucu denilmiştir. Mahkeme heyetinin başkanına diğer yargı emirleri yardımcı olmuştur<sup>23</sup>. Dolayısıyla İlhanlılar'ın adli teşkilatında yargucu yardımcılarının mevcut olduğu ifade edilebilir.

Yine İlhanlılar döneminde İslam tebaasının şeri işlerini görmek, kadı ve müderris tayin etmek üzere kadılıkudat bulunmuştur. Kadılıkudat aynı zamanda kadılara ait işlere bakan Divan-ı Kuzat-ı Memalik'e başkanlık etmiştir. Kadılıkudatın fazla ve çeşitli görevlerinde kendisine yardımcı olmak üzere nâibleri bulunmuştur. Söz konusu nâibler kadılıkudatın gerekli görmesi halinde önemli merkez ve şehirlere tayin edilmiştir<sup>24</sup>. Burada bahsi geçen nâibler de esasen kadı olmalıdır. Zira kadılıkudat kaza işlerine bakmakla ve kadı tayin etmekle görevlidir. Divan-ı Kuzat-ı Memalik'in görevi de kadılara ait işlerden müteşekkildir. Diğer taraftan İlhanlılar'da nâibler İslamiyet'in kabulünden sonra yer almış olup İslam yargı teşkilatında kadılar sıklıkla kendilerini tayin eden kadılıkudatın nâibi olarak ifade edilmiştir.

Sonuç itibariyle Moğol devletlerinden Çağatay Hanlığı'nda ve İlhanlılar'da yargılama işlerini yürüten görevlilerin yardımcılarını bulunduğu anlaşılmaktadır. Diğer yandan Emir Kutluğ Timur dönemi Harezm bölgesindeki şehir kadısının iki nâibi ve İlhanlılar'da kadılıkudat tarafından eyaletlere atanan nâiblerin esasında kadı olmaları kuvvetle muhtemeldir. Zira söz konusu nâibler İslamiyet'in kabulü sonrası görevlendirilmiş olup o dönem İslam yargı uygulamasında kadılar sıklıkla nâib şeklinde anılabilmıştır.

## **II. İSLAMİYET'İN KABULÜNDEN SONRA TÜRK VE MÜSLÜMAN DEVLETLERDE HAKİM YARDIMCILIĞI**

İslamiyet'in kabulü sonrası İslam devletleri ve Müslüman Türk devletlerinin yargı teşkilatında hakim yardımcılığına benzer bir uygulamanın var olup olmadığı bu başlık altında incelenmiştir.

---

<sup>23</sup> Abdulkadir Yuvalı, "Hülâgû", TDV İslam Ansiklopedisi, 18 (1998): 473; Yuvalı, İlhanlılar, 129; Temizsu, Yasak, 211.

<sup>24</sup> İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devleti Teşkilatına Medhal, (Ankara: TTK Yayınları, 1988), 245.

## A. Müslüman Devletlerde Hakim Yardımcılığı

İslam yargı teşkilatı İslamiyet'in gelişi ile birlikte ortaya çıkmıştır. İslam hukukunun asli kaynağı Kuran'da kaza fonksiyonuna işaret eden çeşitli ayetler bulunmuştur. Hz. Peygamber, devlet başkanlığının yanı sıra kadılık görevini de bizzat icra etmiştir. Ancak İslam ülkesinin sınırlarının genişlemesi, kaza işlerini yerine getirmek üzere farklı kimselerin yetkilendirilmesini gerektirmiştir. Bu çerçevede kaza işlerini görmek üzere ülkenin farklı bölgelerine kadılar tayin edilmiştir. Yine idari işleri yürüten valiler de adli işleri ifa edebilmiştir<sup>25</sup>.

Hz. Peygamber'in bazı söz ve uygulamaları hakim yardımcılarının icra edebileceği türden bazı işlerin bu dönemde de yapılabilmiş olduğunu göstermektedir. Örneğin hayatının sonlarına doğru Hz. Peygamber'in bir sahabeye "*Kazada, bazı işlerde (küçük davalarda) benim yerimi al, benim yerime sen muhakeme ve hükmeyle*" dediği aktarılmaktadır<sup>26</sup>. Buna göre Hz. Peygamber bazı davaları kendi adına görmek üzere vekil tayin etmiştir. Bu uygulama, nâibin kadı yerine hüküm kurması işlevi ile benzerlik göstermesi bakımından önemlidir. Yine veraset ile ilgili bir uyuşmazlığın yerinde giderilmesi için Hz. Peygamber tarafından Huzeyfe b. el-Yeman görevlendirilmiştir<sup>27</sup>. Mahallinde keşif için mahkeme tarafından bir kimsenin vekaleten görevlendirilmesi, Osmanlı yargı uygulamasında en sık başvurulan yöntemlerden olup bu işle nâibler görevlendirilmiştir<sup>28</sup>. Dolayısıyla İslam adli teşkilatının daha ilk dönemlerinde kadı yerine vekil atanması ve hukuki bir uyuşmazlığın mahallinde keşif yapılarak hükme bağlanması için vekil atanması usulü mevcut olmuştur. Bu uygulamalar da Osmanlı yargı teşkilatında görev almakta olup hakim yardımcılığına tarihimizde oldukça benzerlik göstererek nâiblik kurumunun icra ettiği işlerden olması bakımından önemlidir.

<sup>25</sup> Fahrettin Atar, İslam Adliye Teşkilatı (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1991), 25-26; Ömer Nasuhi Bilmen, Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, C. 8, (İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, 1970), 210; Ali Himmet Berki, "İslam'da Kaza Tarihi", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 17 (1969): 156.

<sup>26</sup> El-Heysemi (1967) Mecmau'z-zevaid, Beyrut, C. IV, s. 196'dan aktaran Hayrettin Karaman, İslam Hukuk Tarihi (İstanbul: İz Yayıncılık, 2017), 98.

<sup>27</sup> Dârakutnî (1966) es-Sünen, Kahire, C. IV, s. 229'dan aktaran Karaman, İslam Hukuk Tarihi, 98-99.

<sup>28</sup> Aynı hususta bir diğer görüş için bakınız: Ahmet Kılınç, Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 30-31.

Vekil atama suretiyle davalara bakılması Dört Halife döneminde de uygulanmıştır. Buna göre yargı teşkilatının başında halifeler yer almış, diğer yandan uyuşmazlıkları gidermek üzere kadılar da görevlendirilmiştir<sup>29</sup>. Halifeler mazeretleri olması durumunda bazı davaları ehil kimselere havale edebilmiş, davalar bu kimseler tarafından karara bağlanmıştır. Kadılar da aynı şekilde mazeretleri olması halinde tıpkı halifeler gibi davaları görmek üzere nâib tayin edebilmiştir<sup>30</sup>.

Hz. Ömer dönemi, İslam adli teşkilatında önemli gelişmelerin yaşandığı bir dönem olmuştur. Kaza işlerinin çoğalmasıyla birlikte adli teşkilat idari teşkilattan ayrılmaya başlamıştır. Adli işlerin valilerden ayrı bir kurum tarafından görülmesi amaçlanmış ve neredeyse tüm vilayetlerde bu işler, kadılar tarafından yerine getirilmiştir. Hz. Ömer Medine'de davaları karara bağlarken her kazada bu iş için bir kadı bulunmuştur<sup>31</sup>. Hz. Ömer de bazı hallerde kazai işleri görmesi için bir başkasına vekalet verebilmiştir<sup>32</sup>.

Emeviler dönemi adli teşkilatta önemli değişiklik veya yeniliklerin gerçekleşmediği bir dönemdir. Halife, vali, kadı, ordu komutanı, hisbe teşkilatı ve mezalim mahkemeleri adli işleri icra eden merciler olmuştur. Bu dönemde kadı seçimi ve yargı faaliyetleri bakımından Dört Halife dönemi uygulamaları örnek olmuştur. Kadı tayin ve azillerinde halife ve valiler yetkili olmaya devam etmiştir. Ancak bu yetkiyi daha çok valiler kullanmış olup halifelerin kadı ataması istisnai olmuştur<sup>33</sup>.

İslam yargı teşkilatını geliştirmek suretiyle kendisinden sonra gelen İslam devletlerine örnek oluşturan Abbasi Devleti, Osmanlı Devleti yargı teşkilatını da etkilemesi bakımından önemlidir<sup>34</sup>. Bu dönemde kadılıkudatlık müessesesi kurulmasına kadar kadıları halife ve valiler

<sup>29</sup> Atar, İslam Adliye Teşkilatı, 25-26.

<sup>30</sup> Berki, İslam'da Kaza, 157.

<sup>31</sup> Atar, İslam Adliye Teşkilatı, 66-67, 78; Fahrettin Atar, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, (İstanbul: M. Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2019), 85; Mustafa Fayda, Hulefâ-yı Râşidîn Devri, (İstanbul: Kubbealtı Neşriyatı, 2020), 330-332.

<sup>32</sup> Berki, İslam'da Kaza, 157-158.

<sup>33</sup> İsmail Yiğit, "Emevîler", TDV İslam Ansiklopedisi, 11 (1995): 96; Ali Hakan Çavuşoğlu, "Abbâsî Devleti'nin İlk Döneminde Yargı Bağımsızlığı Anlayışı", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 1997), 44-45; Atar, İslam Adliye Teşkilatı, 83, 86, 109.

<sup>34</sup> Ekrem Buğra Ekinci, Hukukun Serüveni (İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2017), 343.

tain etmiştir. Hicri 170 (786/787) yılında kadilkudatlığın kurulmasıyla bu yetki kadilkudata verilmiştir<sup>35</sup>. İlk kadilkudat Ebu Yusuf olup bu makama gelmenin öncesinde de kadı olarak görev almıştır. Ebu Yusuf kadı olarak görev almakta iken yerine vekaleten bir başkasını atayabilmiştir<sup>36</sup>. Bu durum Abbasiler’de henüz kadilkudatlık mevcut değilken de kadı yerine vekaleten bir başkasının görevlendirilebilmiş olduğunu göstermektedir.

Abbasi Devleti’nin eyaletlerine kadilkudat tarafından kadılar tayin edilmiş olup bu kadılar buldukları merkeze bağlı vilayet kadılarını atamak üzere yetkilendirilmiştir. Söz konusu vilayet kadıları ise kendilerini tayin eden kadıların nâibi olarak kabul edilmiştir. Eyalet kadıları tarafından tayin edilen nâiblerin sahip oldukları yetkiler bakımından farklı görüşler mevcut olmuştur. Hanefi hukukçular, atama esnasında herhangi bir yetki sınırlandırmasına gidilmemiş nâiblerin vereceği hükümlerin geçerli olacağı görüşündedir. Şafii hukukçu İbn Ebü’d-Dem ise eyalet kadısının nâibleri tayin ederken genel yetkili veya sınırlı yetkili nâib şeklinde yetkilerini belirleyebileceğini ifade etmiştir. Buna göre bir nâib genel yetki sahibi olabileceği gibi yalnızca delilleri dinlemek veya yalnızca şahitleri tezkiye etmek gibi sınırlı yetkiye sahip olabilir. Bu durumda genel yetkili nâibler kadı sıfatına sahip olacaktır. Sınırlı yetkili nâiblerin ise görevlendirildikleri konularda bilgi sahibi olması yeterli kabul edilecektir<sup>37</sup>. Bu çerçevede vilayetlere tayin edilen genel yetkili nâibler esas itibarıyla kadı olduğundan hakim yardımcılığı kurumundan farklı değerlendirilmelidir. Sınırlı yetkili nâibler ise icra ettikleri görevler bakımından hakim yardımcısı şeklinde değerlendirilebilir. Dolayısıyla hakim yardımcılığına benzer bir uygulamanın Abbasi Devleti’nde mevcut olduğu ifade edilebilir.

<sup>35</sup> Atar, İslam Adliye Teşkilatı, 109.

<sup>36</sup> El-Mehdi’nin halifeliliği döneminde Ebu Yusuf ve oğlu Musa el-Hadi Cürcan’a gitmiştir. Bu sırada kendisine vekaleten kadılık yapmak üzere oğlunu Bağdat’ta görevlendirmiştir. Halife el-Mehdi bu durumu uygun bulmuştur. El-Vekî, Ahbârü’l Kudât, Beyrut, III, s. 256’dan aktaran Ahmet Hamdi Furat, “Kâdilkudâtlık Müessesesinin Oluşumu ve İlk Kâdilkudâtlar”, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 18 (2008): 109.

<sup>37</sup> Casim Avcı, “Nâib”, TDV İslam Ansiklopedisi, 32 (2006): 311; Çavuşoğlu, Abbâsî, 69-70; Ali Himmet Berkî, İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi (Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1962), 63.

Abbasiler döneminde mezhepler ortaya çıkmış olup kadılar benimsedikleri mezheplerin hükümlerine göre karar vermiştir. Irak bölgesinde Hanefi mezhebine göre karar verilirken Şam ve Mağrib bölgelerinde Maliki mezhebine göre karar verilmiş; Şafii mezhebi ise Mısır'da etkili olmuştur. Ancak bu usul keskin bir şekilde uygulanmamış, mahkemeye gelen uyuşmazlıkta tarafların bölgedeki yaygın mezhebin dışında bir mezhebe tabi olmaları ve talep etmeleri halinde ilgili mezhebin hükümlerine göre karar verilebilmiştir. Bunun için kadı söz konusu uyuşmazlığı gidermek üzere taraflarla aynı mezhepten güvendiği bir kimseyi vekil olarak atayabilmiştir<sup>38</sup>. Bu uygulamada vekiller kadının yerine bir meseleyi çözümleyerek kadıya yargı işlerinde yardımcı olmuştur. Dolayısıyla bu uygulama hakim yardımcılığına benzer bir uygulama olarak değerlendirilebilir.

Endülüs Emevileri'nde yargı işleri, "*kadılcemaa*" olarak anılan baş kadı statüsündeki kadı ile büyük kaza ve şehirlere tayin edilen kadılar eliyle yürütülmüştür. Baş kadı ve taşra kadılarının tayin ve azilleri devlet başkanının yetkisinde olmuştur. Bu atamalar devlet başkanı tarafından bizzat yapılabildiği gibi başkanın bilgisi dahilinde olmak üzere de atamalar gerçekleştirilebilmiştir. Devlet başkanı taşra kadılarını atarken baş kadının görüşlerine başvurabilmiştir<sup>39</sup>. Endülüs Emevileri'nde görevli kadılar için bazı meslek kuralları kabul edilmiştir. Söz konusu kurallardan biri de "*müşavir ve yardımcılarını dürüstlükleri hakkında en ufak bir şüphe bulunmayan ilim adamları arasından seçme*" şeklinde ifade edilmiştir<sup>40</sup>. Bunun dışında yargılama faaliyeti esnasında kadı ve davanın taraflarının yanı sıra kadı yardımcıla-

---

<sup>38</sup> Ziya Kazıcı, *İslam Medeniyeti ve Müesseseleri Tarihi* (İstanbul, M. Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2013), 189. Buradaki uygulama Osmanlı döneminde de mevcut olmuş, Hanefi mezhebine tabi olmayan kimselerin uyuşmazlıkları, ilgili mezhebe tabi nâibler eliyle çözümlenmiştir. Osmanlı Devleti'nin bu uygulaması 16. yüzyılın ortalarına dek sürmüş, bu dönemden sonra resmi mezhebin katı bir şekilde uygulanmasına karar verilmesi üzerine Anadolu ve Rumeli'de son bulmuştur. Mekke, Medine, Kudüs, Halep, Kahire gibi bölgelerde farklı mezhepler çoğunlukta olduğundan bu bölgelerde baş kadı Hanefi mezhebinden olmuş, diğer mezheplerden ise nâibler bulunmuştur. M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, (İstanbul: Beta, 2014), 90-91.

<sup>39</sup> Mehmet Özdemir, *Endülüs Müslümanları Kültür ve Medeniyet* (Ankara: TDV Yayınları, 2020), 132.

<sup>40</sup> El-Huşenî (1372) Kudâtu Kurtuba, Tunus s. 22-25'den aktaran Özdemir, *Endülüs*, 134.

rının da bulunduğu belirtilmiştir. Ancak kadı yardımcılarının sıfatları veya görevlerine dair ayrıntılı bilgiye ulaşılamamıştır. Yine kadı tarafından kendisine havale edilen basit davalara bakan ve “*hakim*” olarak tanımlanan bir adli görevli de Endülüs Emevileri’nin yargı teşkilatında görev almıştır. Söz konusu hakimlerin daha çok taraflar arasında arabuluculuk yapmakla görevli oldukları anlaşılmaktadır<sup>41</sup>. Endülüs Emevileri’nin adli teşkilatına dair bir başka eserde de Kurtuba dışında görevlendirilen kadıların “*hakim*” olarak anıldığı ifade edilmiştir<sup>42</sup>. Bu bakımdan söz konusu hakimlerin hakim yardımcısı olmaktan ziyade kadı statüsünde oldukları değerlendirilebilir. Bununla birlikte yargılama esnasında buldukları ifade edilen kadı yardımcılarını, Endülüs Emevileri’nde hakim yardımcılığı benzeri bir kurumun olduğuna açıkça işaret etmektedir.

Netice olarak İslam devletlerinde hakim yardımcılığına benzer görevliler bulunmuştur. Hz. Peygamber yargılama mercii olarak kendisine yardımcı olmak üzere başkalarını tayin etmiştir. Halifeler de işlerinin yoğunluğu sebebiyle aynı yönteme başvurabilmiştir. Abbasi-ler döneminde kadılara vekalet etmek suretiyle yargılama işlerine yardımcı olanlar mevcut olmuş, eyalet kadıları; delil dinlemek, şahitleri tezkiye etmek gibi belli işlerle görevli nâibler tayin edebilmiştir. Yine bu dönemde farklı mezhepten tarafların talebi üzerine kadılar ilgili mezhebe mensup bir kimseyi davayı görmek üzere atayabilmiştir. Tüm bu uygulamalar hakim yardımcılığına benzer görevli ve uygulamaların İslam hukukunun teşekkül ettiği ilk dönemler itibarıyla mevcut olduğunu göstermektedir.

## B. Türk-İslam Devletlerinde Hakim Yardımcılığı

Osmanlı Devleti öncesi hüküm sürmüş Türk-İslam devletlerinden Büyük Selçuklu Devleti, çalışmada incelenecek ilk Müslüman Türk devletidir. Büyük Selçuklu’nun hukuk sistemine bakıldığında şeri ve örfi hukuktan meydana geldiği görülmektedir. Yargı teşkilatı da aynı

<sup>41</sup> Özdemir, Endülüs, 134-135. Osmanlı yargılama hukukunda arabulucular muslihun şeklinde ifade edilmiş olup ayrıntılı bilgi için bakınız: Ahmet Kılınç, “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu”, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, C. 2, (İstanbul: On İki Levha, 2016): 15-81.

<sup>42</sup> Atar, İslam Yargılama Hukuku, 88.

şekilde şeri yargı ve örfi yargı olmak üzere ikili bir yapıdan müteşekkildir. Şeri davalar eyalet, vilayet ve kazalarda bulunan kadılar tarafından karara bağlanırken, örfi davalar Emir-i Dad ve memurları tarafından yürütülmüştür. Yine devletin başkentinde kadılıkudat denilen bir baş kadı bulunmuştur. Kadılıkudat merkezdeki şeri davalara bakmış, aynı zamanda kadıları denetlemekle yetkili olmuştur<sup>43</sup>. Dönem hakkında önemli bilgiler sunan Siyasetname'de hükümdarların bizzat muhakeme yapması gerektiği ifade edilmiştir. Hükümdarın bir Türk veya İranlı veya Arapça bilmeyen, şeriat ahkâmını okumamış bir kimse olması halinde bu işi vekaleten yürütecek bir nâibe ihtiyacı olduğu belirtilmiştir. Bu noktada, Büyük Selçuklu'da bütün kadıların hükümdarın nâibi olduğu ifade edilmiştir<sup>44</sup>. Dolayısıyla söz konusu nâibler bir hakim yardımcısı statüsünde olmayıp esasında kadılardır.

Büyük Selçuklu Devleti'nin yargı teşkilatına benzer bir yapıya sahip olan Anadolu Selçuklu Devleti, kadılıkudattan ayrı bir kadileşker makamı oluşturmasıyla dikkat çekmektedir. Buna göre Anadolu Selçuklu'da kadılıkudat, yalnızca sivil halkın davalarına bakmış ve sivil halkın davalarını görmek üzere görevlendirilen kadıların başı statüsünde bulunmuştur. Kadileşker ise askeri sınıfın davalarına bakmış ve askeri sınıfın davalarına bakmakla görevli kadıların başı olmuştur. Gördükleri davalar farklı olsa da kadileşker, kadılıkudat ve kendilerine bağlı kadıların davaları görme usulleri aynı olmuştur<sup>45</sup>.

Selçuklu devletlerinde mahkeme kararları şer'îye sicillerinde kayıt altına alınmış fakat kadıların görevden ayrılırken bu kayıtları da beraberinde götürmesi sebebiyle günümüze pek azı ulaşabilmiştir<sup>46</sup>. Bunlardan Anadolu Selçuklu dönemine ait bazı kayıtlar Selçuklu yargı teşkilatı hakkında önemli bilgiler vermektedir. Örneğin Selçuklu Dev-

<sup>43</sup> İbrahim Kafesoğlu, Selçuklular ve Selçuklu Tarihi Üzerine Araştırmalar (İstanbul: Ötüken, 2019), 94-95; Gül Akyılmaz, "Selçuklu Adliye Teşkilatı ve Osmanlı Hukuk Sistemi Üzerindeki Etkileri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, (1995): 25; İbrahim Kafesoğlu, Sultan Melikşah Devrinde Büyük Selçuklu İmparatorluğu, (İstanbul: Ötüken, 2019), 157; Aydın Taneri, "Emîr-i Dâd", TDV İslam Ansiklopedisi, 11 (1995): 130.

<sup>44</sup> Nizâmü'l-Mülk, Siyâset-Nâme, Hazırlayan: Mehmet Altay Köymen (Ankara: TTK Yayınları, 2016), 37.

<sup>45</sup> Uzunçarşılı, Medhal, 122; Akyılmaz, Selçuklu, 28-31.

<sup>46</sup> M. Fuat Köprülü, "Anadolu Selçukluları Tarihi'nin Yerli Kaynakları", Belleten, 7/27 (1943): 409-410.



leti'ne kadilkudat ve kadileşker olarak atanan Ziyaeddin Mehmed'in görevleri arasında "*dindar, tamahkar olmayan nâibler tayin etmesi*" de sayılmıştır. Yine aynı kayıтта Selçuklu ileri gelenleri ve halkına "*onu ve hizmetindeki nâibleri şer'i işlerin infazında müstakil bilmeleri, şer'i ve dini mevzularda onlara müdahale etmemeleri*" emredilmiştir<sup>47</sup>. Burada ifade edilen nâibler, şeri işleri yürütmekle görevli olan kadılardır. Zira kadilkudat kadı tayin etme yetkisine sahip olmuş ve atadığı kadılar kadilkudatın nâibi olarak kabul edilmiştir<sup>48</sup>. Yine baş kadı olarak atanan Nizamettin Abdullah'ın ve Konya kadılığına atanan Muzaffereddin Mehmed el-Bağdadi'nin menşurlarında da benzer ifadeler yer almış olup burada da kadılar nâib şeklinde ifade edilmiştir.

Samsun şehir ve vilayeti kadılığına atanan Nizameddin Mehmed bin el-Nakib ile Karaman kadılığına atanan Nasreddin Osman'ın tayin menşurları da günümüze kadar ulaşan kayıtlardandır. Nizameddin Mehmed'in menşurunda Samsun ve civarının onu tanıması, kaza işlerinde ona ve nâiblerine başvurulması yazılmış; Larende kadısının menşurunda da benzer görevlerden bahsedilmiştir<sup>49</sup>. İlgili belgelerle atanan kimseler belli bir bölgeye tayin edilmiş olup kendilerinden kadilkudat olarak da bahsedilmemiştir. Söz konusu kadıların kadı tayin etme yetkileri var ise burada bahsi geçen nâiblerin kadı olması kuvvetle muhtemeldir. Selçuklu'nun adli teşkilatının büyük ölçüde benzerlik gösterdiği Abbasiler'de kadilkudatlar bölge kadılarına kadı tayin etme yetkisini devredebilmiştir. Örneğin Bağdat kadilkudatının nâibi olan Mısır kadısının Mısır bölgesinde görev alacak kadıları tayin ve azletme yetkisi bulunmuştur<sup>50</sup>. Benzer uygulamanın Anadolu Selçuklu Devleti'nde de yer almış olması mümkündür. Yine kadı sicillerinden bahseden bir başka çalışmada "*Anadolu Selçuklularında da merkezi idare tarafından tayin edilen kadıların ve onların nâiblerinin hususi arşivleri*" ifadesi kullanılmış olup bu özel arşivlerde "*salahiyetleri dairesinde olan bütün işler hakkındaki karar suretlerinin kaydedi-*

<sup>47</sup> Osman Turan, Türkiye Selçukluları Hakkında Resmî Vesikalar, (Ankara: TTK Yayınları, 2014), 40-41.

<sup>48</sup> Akyılmaz, Selçuklu, 27; Şükrü Özen, "Kadilkudât", TDV İslam Ansiklopedisi, 24 (2001): 77. Turan da baş kadının emrinde olup hukuki ve idari görevleri olan kadılara nâib denildiğine eserinde işaret etmiştir. Turan, Resmî Vesikalar, 60.

<sup>49</sup> Turan, Resmî Vesikalar, 41.

<sup>50</sup> Özen, Kadilkudât, 79.

*lerek saklandığı*" ifade edilmiştir<sup>51</sup>. Dolayısıyla Anadolu Selçukluları'na ait kayıtlarda nâibler kadılardan farklı statüde değildir. Bu da bahsi geçen nâiblerin kadı olarak değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir.

Anadolu Selçuklu Devleti'nin son dönemlerine ait bir başka kayıta bahsi geçen nâib ise hakim yardımcısı olarak değerlendirilebilir. İlgili kayıt, 1298 tarihli şer'ıye mahkemesi kaydında<sup>52</sup> geçmekte olup faizle para ikrazına dair bir senettir. Kaydın başında *"İçinde anlatıldığı üzere bu yazının muhtevası indimde cereyan etti. Kabul ederek doğruluğuna hükmettim ve hükümüne sözüne inanılır kimseleri şahid kıldım, bunu yazdım. Ben bu tarihte Amasya'da hakim Tebrizli Abdullah bin Abdurrahman'ım."* ifadesi yer almış, sonrasında borç ilişkisi yazılmış ve sonunda şahitlik eden kimselerin ilki *"Bunu yazan nâib Ahlatlı Muhammed bin Musa muhtevasına şahidlik eder"* şeklinde ifade edilmiştir<sup>53</sup>. Dolayısıyla ilgili kayıt nâib tarafından kaleme alınmış, başına ise kadı tarafından hükme dair not düşülmüştür. Bu da kayıta bahsi geçen nâibin kadı olmadığını göstermekte ve bir hakim yardımcısı olduğuna işaret etmektedir<sup>54</sup>.

Müslüman Türk devletlerinden Memlükler'in adli teşkilatı yukarıda bahsetmiş olduğumuz diğer devletlerle benzerlik göstermiştir. Kadılıkudatlık kurumu Memlükler'de de bulunmuştur. Başlangıçta yalnızca şafiiler arasından tayin edilen kadılıkudatlara, diğer mezhep mensuplarından nâibler yardımcı olmak üzere görevlendirilmiştir. şafii, Hanefi, Maliki ve Hanbeli mezheplerinden dört kadılıkudatın atanması da söz konusu olmuştur. Ayrıca kadılıkudatların yetişemedikleri veya bizzat göremeyecekleri işler için nâib atayabilecekleri kabul edilmiştir<sup>55</sup>. Yine Memlük Devleti eyaletlerinde kadılıkudatlar

---

<sup>51</sup> Köprülü, Anadolu Selçukluları, 409.

<sup>52</sup> Osman Turan, "Selçuk Türkiye'sinde Faizle Para İkrasına Dair Hukukî Bir Vesika", Belleten, 16/62 (1952): 253.

<sup>53</sup> Turan, Vesika, 259-260.

<sup>54</sup> Söz konusu nâib mahkeme kayıtlarını tutmakla görevli bir katip olarak da değerlendirilebilir. Zira Anadolu Selçuklu Devleti'nde kadı önünde yapılan akitlerin katipler tarafından mahkeme siciline kaydedildiği bilinmektedir. Mustafa Sabri Küçükaşcı, "Kâtip", TDV İslam Ansiklopedisi, 25 (2022): 50.

<sup>55</sup> Avcı, Nâib, 312; Atar, İslam Yargılama Hukuku, 92; Uzunçarşılı, Medhal, 386. İslamiyet'i benimseyen Delhi Sultanlığı'nda da benzer yöntem uygulanmıştır. Delhi

bulunmuş ve eyaletin kendi mezheplerine mensup tüm nâiblerini tayin etmişlerdir<sup>56</sup>. Memlûk yargı teşkilatında yargılama işlerini yürüten nâiblerin kadı olması kuvvetle muhtemeldir. Zira kadılıkudatların yetişemedikleri yargı işleri için kadı ataması İslam devletlerinin yaygın bir uygulamasıdır. Söz konusu kadılar, yukarıda da belirtildiği gibi İslam devletlerinde nâib olarak anılmıştır.

Memlûkler'de kadıların hastalık veya yoklukları halinde yerlerine vekaleten bir başkası geçerek hüküm verebilmiştir. Örneğin Memlûk hükümdarı Sultan Berkuk döneminde Maliki kadılığına atanan İbn Haldun daha sonra bu görevden azledilmiş ve buna sebep olarak kendisinin hastalığı veya yokluğu durumlarında Maliki kadılığına vekalet eden Nureddin b. Hilal'in suistimal ve fesatlıklarını göstermiştir<sup>57</sup>. Yine İbn Hacer'in aktardığına göre İbn Haldun tekrar kadı olduktan sonra mahkemede nâib, şahit ve âkit adı verilen memurların sayısını arttırmış, nâiblerden birinin görevine son vermiştir<sup>58</sup>. Bahsi geçen nâiblerin görevleri açık olmayıp mahkemede memur oldukları ve sayılarının birden fazla olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan söz konusu nâiblerin aslında kadı olduğunu söylemek güçtür. Diğer yandan icra etmiş oldukları işler açık değildir. Bu noktada mahkemede birden fazla sayıda bulunmalarından yola çıkılarak hakim yardımcılığına daha yakın bir statüde oldukları söylenebilir.

Bu çerçevede Türk İslam devletlerinde de hakim yardımcılarının bulunmuş olduğu ifade edilebilir. Selçuklu devletlerinden günümüze ulaşan az sayıda kayıta geçen nâibler, atanma yöntemleri ve görevleri göz önüne alındığında kadı olarak değerlendirilmelidir. Ancak Anadolu Selçuklu dönemine ait bir kayıta geçen nâib, söz konusu sicil kaleme alması ve sicilin konusu sözleşmeye şahitlik yapması bakımından kadı olmaktan ziyade hakim yardımcısı statüsünde bir kimse

---

hükümdarı Muhammed Tuğluk tarafından Delhi kadısı olarak görevlendirilen İbn Battûta; kendisi Maliki mezhebinden iken oradaki halkın Hanefi mezhebinden olduğunu ve dil bilmediğini ifade etmiş bunun üzerine hükümdar *"Sana nâib olsular diye Bahaeddin Multani'yi ve Kemaleddin Bicnevri'yi görevlendirdim. Onlar seninle görüşürler; sen sadece yapılan sözleşme ve akitlerin üstüne mühür vurursun."* diyerek iki nâib görevlendirmiştir. İbn Battûta, Seyahatnâme, 495-496.

<sup>56</sup> Uzunçarşılı, Medhal, 387.

<sup>57</sup> İbn Haldun, Mukaddime, 46.

<sup>58</sup> İbn Haldun, Mukaddime, 50-51.

olduğunu düşündürmektedir. Memlûkler'de kadilkudatlar, bizzat göremeyecekleri davalara bakmak üzere nâibler tayin edebilmiş veya farklı mezheplerden nâibler görevlendirebilmiştir. Yine Memlûk Devleti mahkemelerinde görevleri açık olmamakla birlikte sayısı birden fazla olan nâiblere rastlanılmıştır. Bu da ilgili görevlilerin kadı olmaksızın ziyade hakim yardımcılığını yürüten görevliler olduklarını düşündürmektedir.

## **SONUÇ**

İslamiyet öncesi Türk ve Moğol devletlerinde farklı devlet işleri için yardımcı memuriyetler bulunmuş, han tarafından memurlarına yardımcı edinmeleri doğrultusunda öğütler verilmiş ve her türlü devlet işinde yardımcıların gerekliliğinden söz edilmiştir. Bu çerçevede kaynaklarda açıkça ifade edilmemiş olsa da İslamiyet öncesi dönemde hakim yardımcısı benzeri memuriyetlerin bulunmuş olabileceği sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte Çağatay Ulusu ve İlhanlılar'ın yargı teşkilatında yargucu yardımcılarının mevcut olduğu bilgisi açıktır. Bu devletler arasında İslamiyet'i benimseyenlerin yargı işlerinde de nâiblerden bahsedildiği görülmüştür. İslam devletlerinde nâib ifadesinin kadılar için sıklıkla kullanıldığı ve ilgili nâiblerin fonksiyonları birlikte dikkate alındığında bahsi geçen nâiblerin kadı olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

İslam devletlerinde ve Müslüman Türk devletlerinde hakim yardımcılığına işaret eden uygulamalar bulunmuştur. Hz. Peygamber kendisine vekaleten bazı basit davalarda karar vermek veya keşif yapmakla bir başkasını görevlendirmiştir. Hz. Ömer devlet işlerinin yoğunluğu sebebiyle yargılama işlerinde kendisine vekaleten bir başkasını görevlendirmiştir. Bu uygulamalar İslam hukukunun henüz oluşmaya başladığı ilk dönemlerde dahi hakim yardımcılığına benzer uygulamalar olduğunu göstermektedir. Abbasiler döneminde kadılar yerine vekaleten bir başkasını bırakabilmiş, eyalet kadıları delil dinlemek, şahitleri tezkiye etmek gibi işlerle görevli nâibler tayin edebilmiştir. Ayrıca kadılar önlerine gelen meselenin tarafları farklı mezhepten ise talep üzerine ilgili mezhepten bir kimseyi meseleyi çözmek

üzere vekil olarak tayin edebilmiştir. İslam devletlerinden Anadolu Selçuklu döneminde de hakim yardımcılığına benzer görevlilerin bulunduğu, döneme ait bir şer'îye mahkemesi kaydından yola çıkılarak söylenebilir. Memlûkler'de görev alan kadilkudatlar, bizzat göremeyecekleri davalara farklı mezheplerden nâib tayin etmiştir. Kadilkudatların hastalığı veya yokluğu halinde yerine vekaleten bir başkası geçmek suretiyle davaları görebilmiştir. Yine Memlûkler'in yargı teşkilatında işlevi açık olmamakla birlikte nâib şeklinde anılan memurlara rastlanılmıştır. Bu çerçevede İslam devletlerinde ve Müslüman Türk devletlerinde hakim yardımcısı benzeri memuriyetlerin mevcut olduğu ifade edilebilir.

| YAZAR BEYANI                              |  |
|---|--|
| <b>Mali Destek/Teşekkür Beyanı:</b>       | Bulunmamaktadır.   |
| <b>Yazarların Katkıları</b>               | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.                                  |
| <b>Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı</b> | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| <b>Etik Kurul Onayı:</b>                  | Gerekmemektedir.   |

## KAYNAKÇA

Adalet Komisyonu Raporu, Dönem: 27/5 Esas No: 2/4484, Sıra Sayısı: 339.

Akyılmaz, Gül. "Selçuklu Adliye Teşkilatı ve Osmanlı Hukuk Sistemi Üzerindeki Etkileri". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı. (1995): 23-41.

Alaaddin Ata Melik Cüveynî. Tarih-i Cihan Güşa. Çeviri: Mürsel Öztürk, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2013.

Arsal, Sadri Maksudi. Türk Tarihi ve Hukuk. Ankara: TTK Yayınları, 2014.

Atar, Fahrettin. İslam Adliye Teşkilatı. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1991.

Atar, Fahrettin. İslam Yargılama Hukukunun Esasları. İstanbul: M. Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2019.

Avcı, Casim “Nâib”, TDV İslam Ansiklopedisi, 32 (2006): 311-312.

Aydın, Erhan. Orhon Yazıtları. Konya: Kömen Yayınları, 2015.

Aydın, M. Akif. Türk Hukuk Tarihi. İstanbul: Beta, 2014.

Berki, Ali Himmet. İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1962.

Berki, Ali Himmet. “İslam’da Kaza Tarihi”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 17 (1969): 153-167.

Bilmen, Ömer Nasuhi. Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, C. 8. İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, 1970.

Çavuşoğlu, Ali Hakan. “Abbâsî Devleti’nin İlk Döneminde Yargı Bağımsızlığı Anlayışı”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 1997.

Ebû Abdullah Muhammed İbn Battûta Tancî. İbn Battûta Seyahatnâmesi. Çeviri: A. Sait Aykut. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2021.

Ekinci, Ekrem Buğra. Hukukun Serüveni. İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2017.

Fayda, Mustafa. Hulefâ-yı Râşidîn Devri. İstanbul: Kubbealtı Neşriyatı, 2020.

Furat, Ahmet Hamdi. “Kâdılkudâtlık Müessesesinin Oluşumu ve İlk Kâdılkudâtlar”. İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi. 18 (2008): 103-121.

İbn Haldun. Mukaddime. Hazırlayan: Süleyman Uludağ. İstanbul: Dergah Yayınları, 2020.

Kaçalin, Mustafa S. “Dîvânü Lugâti’t-Türk”. TDV İslam Ansiklopedisi. 9 (1994): 446-449.

Kafalı, Mustafa. Çağatay Hanlığı (1227-1345). Ankara: Berikan Yayınevi, 2005.

Kafesoğlu, İbrahim. Selçuklular ve Selçuklu Tarihi Üzerine Araştırmalar. İstanbul: Ötüken, 2019.

Kafesoğlu, İbrahim. Sultan Melikşah Devrinde Büyük Selçuklu İmparatorluğu. İstanbul: Ötüken, 2019.

Karaman, Hayrettin. İslam Hukuk Tarihi. İstanbul: İz Yayıncılık, 2017.

Kaşgarlı Mahmud. Divan-ı Lûgat-it Türk C. I-II-III. Çeviri: Besim Atalay. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2018.

Kaşgarlı Mahmud. Divan-ı Lûgat-it Türk C. IV. Çeviri: Besim Atalay. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2018.

Kayar, Betül. Osmanlı Yargı Teşkilatında Nâib. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2023.

Kazıcı, Ziya. İslam Medeniyeti ve Müesseseleri Tarihi. İstanbul, M. Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2013.

Kılınç, Ahmet. "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu". II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, C. 2. İstanbul: On İki Levha, 2016: 15-81.

Kılınç, Ahmet. Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

Köprülü, M. Fuat. "Anadolu Selçukluları Tarihi'nin Yerli Kaynakları". Belleten. 7/27 (1943): 379-521.

Küçükaşçı, Mustafa Sabri. "Kâtip". TDV İslam Ansiklopedisi. 25 (2022): 49-52.

Moğolların Gizli Tarihi. Çeviri: Ahmet Temir. Ankara: TTK Yayınları, 2016.

Nizâmü'l-Mülk. Siyâset-Nâme. Hazırlayan: Mehmet Altay Köymen. Ankara: TTK Yayınları, 2016.

Özdemir, Mehmet. Endülüs Müslümanları Kültür ve Medeniyet. Ankara: TDV Yayınları, 2020.

Özen, Şükrü. "Kadılkudât". TDV İslam Ansiklopedisi. 24 (2001): 77-82.

Taneri, Aydın. "Emîr-i Dâd". TDV İslam Ansiklopedisi. 11 (1995): 130.

Temizsu, Habibe. Yasak Cengiz Han Yasası ve Moğol Devletleri Tarihinde Yaşadığı Değişim. İstanbul: Ötüken, 2018.

Turan, Osman. "Selçuk Türkiye'sinde Faizle Para İkrasına Dair Hukukî Bir Vesika". *Bellekten*, 16/62 (1952): 251-260.

Turan, Osman. *Türkiye Selçukluları Hakkında Resmî Vesikalar*. Ankara: TTK Yayınları, 2014.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı. *Osmanlı Devleti Teşkilatına Medhal*. Ankara: TTK Yayınları, 1988.

Ülker, İbrahim. "Osmanlı Ceza Yargılamasında Müstantik (Sorgu Hâkimi)". *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*. 11/1 (2023): 41-57.

Ünal Özkorkut, Nevin. *Osmanlı Hukukunda Müdde-i Umumilik Savcılık Kurumunun Türk Hukukuna Girişi ve Uygulanma Süreci*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.

Yiğit, İsmail. "Emevîler". *TDV İslam Ansiklopedisi*. 11 (1995): 87-104.

Yusuf Has Hacib. *Kutadgu Bilig*. Çeviri: Ayşegül Çakan. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.

Yuvalı, Abdulkadir. *İlhanlılar Tarihi I Kuruluş Devri*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi Yayınları, 1994.

Yuvalı, Abdulkadir. "Hülâgû". *TDV İslam Ansiklopedisi*. 18 (1998): 473-475.





## **TÜRK HUKUKUNDA LPG PİYASASI FAALİYETLERİNİN KAPSAMI VE ENERJİ PİYASASI DÜZENLEME KURUMU TARAFINDAN DENETİMİ**

*Scope of LPG Market Activities and Supervision by The  
Energy Market Regulatory Authority in Turkish Law*

*Arş. Gör. Dr. Ezgi PALAS DAĞLI\**

### **ÖZET**

Sıvılaştırılmış petrol gazı (LPG), kolay bulunabilir, depolanabilir ve dağıtılabilir bir enerji türüdür. LPG'nin temin edilmesinden satışına kadarki tüm aşamalarda LPG piyasasının varlığına ihtiyaç bulunmaktadır. LPG'nin dağıtımı, depolanması, taşınması, bayilik faaliyetleri, ithali ve ihracı piyasa faaliyetleri olarak düzenlenmiştir. LPG piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesinde görevli ve yetkili idare Enerji Piyasası Düzenleme Kurumudur. Kurum, LPG piyasası faaliyetlerinin rekabet ilkesine uygun olarak, istikrarlı ve eşitlikçi bir şekilde yürütülebilmesi için kamusal yetkiler kullanır. En önemli yetkilerinden birisi denetim yetkisidir. Bu çalışmada, LPG piyasası faaliyetlerinin kapsamı ve bu faaliyetler üzerinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun denetim yetkisinin sınırlarının çizilmesi amaçlanmaktadır.

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İzmir (ezgi.palas@deu.edu.tr), ORCID: 0000-0001-9437-9610.

**Makale Geliş Tarihi:** 18.01.2024

**Makale Kabul Tarihi:** 03.05.2024

⇒ **Atıf Şekli:** Ezgi Palas Dağlı "Türk Hukukunda LPG Piyasası Faaliyetlerinin Kapsamı ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Tarafından Denetimi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 1083-1131.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



**Anahtar Kelimeler:** Enerji, LPG piyasası, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Denetim Yetkisi, İdari Yaptırım.

### **EXTENDED ABSTRACT**

Liquefied Petroleum Gas (LPG) is composed of hydrocarbons such as propane and butane, or a mixture of these, obtained from petroleum or natural gas and liquefied under pressure. The existence of the LPG market is necessary for all stages from the procurement to the sale of LPG. The Energy Market Regulatory Authority (EMRA) is the regulatory and supervisory body tasked with ensuring that the market activities related to the safe and economically competitive provision of LPG, from domestic and international sources, are carried out appropriately within a fully competitive environment for users. This study aims to delineate the scope of LPG market activities and to establish the limits of the Energy Market Regulatory Authority's oversight authority over these activities. The study holds significance in determining the legal framework of the LPG market, which has received relatively less attention within the spectrum of energy markets.

The conceptual framework of LPG market activities in terms of energy law is established by Law No. 5307 and the relevant regulations and decisions of the Energy Market Regulatory Authority. In addition to this, the technical procedures and principles under which LPG products will be subject to market activities constitute the scope of various disciplines. This study relies on works that legally define the LPG market and analyze the powers of the Energy Market Regulatory Authority from the perspective of administrative law.

In this study, it was first determined that LPG market activities consist of import, export, storage, transportation, distribution, and dealership activities, and it was established that obtaining a license is required for the execution of these activities. The Energy Market Regulatory Authority is tasked with overseeing whether the relevant market activities are conducted in compliance with the law and secondary regulations. The legal boundaries of the Energy Market Regulatory Authority's supervisory and sanctioning authority have been

revealed through a detailed evaluation of the relevant legislation and Council of State decisions.

The authority to enforce sanctions has a particular importance because it restricts fundamental rights and freedoms. In the administrative measures and sanctions applied by the Energy Market Regulatory Authority, principles of criminal law and general legal principles must be applied to protect fundamental rights and freedoms. Otherwise, the annulment and full judicial review of such sanctions are possible.

In this study, the first conclusion we have obtained is related to the fact that administrative procedural principles are regulated not in the law but in the regulation. Procedural rules and principles related to administrative procedures, which are one of the crucial elements for the effective exercise of the principle of fair trial by individuals, should be regulated in the Law No. 5307. Another conclusion is related to the legality of exercising supervisory power through private individuals. According to Article 12 of Law No. 5307, the supervision of LPG market activities through the procurement of services from private organizations is made possible. The supervision authority, in accordance with Article 128/1 of the Constitution, which must be conducted according to the general administrative principles, is of primary and continuous service nature. Therefore, the supervisory power carried out through private organizations should not go beyond the preparatory process of reporting. Another conclusion is related to the lack of observance of the principle of proportionality in the administrative sanction and the failure to base the discretionary power used on concrete justifications. In accordance with the rule of law principle, the administration must act in accordance with the law in its activities. The most functional way to remedy the deficiencies and inaccuracies identified in this study is through judicial review. There is no obstacle to the annulment and full judicial review of the relevant decisions.

**Key Words:** Energy, LPG market, Energy Market Regulatory Authority, Supervision Authority, Administrative Sanction

## GİRİŞ

Sıvılaştırılmış (likid) petrol gazı (Liquified Petroleum Gas-LPG), petrol veya doğalgazdan elde edilerek basınç altında sıvılaştırılan propan ve bütan gibi hidrokarbonlar veya bunların karışımından oluşur. LPG piyasası dağıtım, depolanma, taşıma, bayilik faaliyetleri, ithalat ve ihracatı konu edindir. Yurt içi ya da yurt dışı kaynaklardan temin edilen LPG'nin güvenli ve ekonomik olarak tam rekabet ortamı içerisinde kullanıcılara sunulmasına ilişkin piyasa faaliyetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamakla görevlendirilmiş idare ise Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK)'dur. EPDK, LPG dışında elektrik, doğalgaz ve petrol piyasalarına ilişkin olarak da düzenleme yapmak, piyasa faaliyetlerinin yürütülmesi için lisans vermek ve mevzuata aykırılık durumunda idari yaptırım uygulamakla görevli ve yetkili kılınmış düzenleyici ve denetleyici bir kurumdur.

Bu çalışmada literatür incelemesine dayalı olarak, Türk Hukukunda LPG piyasası faaliyetlerinin kapsamı ve denetimine ilişkin bilimsel çalışmaların, hukuki düzenlemelerin ve mahkeme kararlarının incelenmesi metodu izlenecektir. Bu çalışmayla, EPDK'nin LPG piyasası faaliyetleri üzerindeki denetim yetkisinin hukuki sınırlarının ortaya konulması amaçlanmaktadır.

### I. Türk Hukukunda LPG Piyasası

Piyasa, arz ve talebin karşı karşıya geldiği ortamı ifade eder. Enerji piyasası ise elektrik, doğal gaz, akaryakıt ve petrol ürünlerinin; üretimi, dağıtımı, depolanması, taşınması gibi faaliyetlerinin sunulması için oluşturulmuştur. Enerji kaynağının elde edilmesi ve nihai tüketicilere ulaştırılması bir enerji piyasasının varlığını zorunlu kılar.

LPG piyasası, LPG'nin güvenli, sürekli, düşük maliyetli ve çevre hukuku ilkelerine uygun bir şekilde tüketicilere serbest rekabet koşullarının sağlandığı bir piyasada sunulması için oluşturulmuş ortam anlamına gelir. Söz konusu piyasa düzeni, LPG fiyatları, erişilebilirlik kriterleri, tüketicilere sunulan bilgi akışı, hizmetin etkinliği, piyasa aktörlerine zarar veren her türlü işlem ve eylemin kapsamını belirler.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> M.Kojima, The Role of Liquefied Petroleum Gas in Reducing Energy Poverty (World Bank, 2011), 34.

LPG, petrolün rafine edilmesi sırasında elde edilen doğalgazın işlenmesi sırasında ortaya çıkan bir yan üründür. LPG, dünya genelinde konut, endüstri, tarım-sanayi, ulaşım ve elektrik sektörlerinde kullanıldığı gibi imalat endüstrisindeki petrokimya işlemleri için de ham madde olarak kullanılmaktadır.<sup>2</sup> Türkiye’de LPG, 1960’lı yılların başında tüplü ve dökme tiplerde evde ve sanayi alanlarında kullanılmış, 1995 yılında ise otopaz tüketimi olarak kullanılmaya başlanmıştır.<sup>3</sup> Dağıtım şirketleri sayısının artması ve LPG piyasa faaliyetlerinin çeşitlenmesi ile LPG kullanımı hızla artış göstermiştir. Türkiye’de LPG’nin yüzde 74’ü ithalat yoluyla yüzde 26’sı yurt içi rafinerilerde üretilmektedir.<sup>4</sup> İlgili faaliyetler EPDK kurulmadan önce Petrol İşleri Genel Müdürlüğü (Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü olarak değiştirilmiştir) tarafından düzenlenmiş ve denetlenmiştir.

Türk hukukunda LPG piyasasına ilişkin ilk yasal düzenleme 2005 tarihli ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>5</sup> (5307 sayılı Kanun) ile yapılmıştır. Söz konusu Kanun’da, LPG piyasası faaliyetleri LPG’nin dağıtımı, depolanması, taşınması, bayilik faaliyetleri, ithali ve ihracı olarak düzenlenmiş ve söz konusu faaliyetlerin yürütülmesi için lisans alınması zorunlu kılınmıştır.

Dağıtım faaliyeti, 5307 sayılı Kanun m. 2/m’de “*LPG’nin, tüplü ve otopaz olarak kullanıcılara ve bayilere; dökme olarak kullanıcılara satış ve ikmal faaliyetlerinin bütünü*” şeklinde ifade edilmiştir. Dağıtım faaliyetini gerçekleştiren dağıtıcılar LPG’nin son kullanıcıya güvenli bir şekilde ulaşmasını sağlamak üzere lojistik destek sağlarlar.

Depolama faaliyeti, 5307 sayılı Kanun m. 2’de “*Piyasa faaliyetinde bulunanların, rafinericilerin veya kullanıcıların stok ihtiyaçlarını karşılamak üzere kendilerine ait veya yapılan sözleşmeler gereği kullanım*

---

<sup>2</sup> Carlos Yezid Rozo- Álvarez, Lindsay Alvarez-Pomar, Ernesto Gómez-Vargas, Imelda Lizcano-Carovd, “Sectorial analysis of liquefied petroleum gas”. *Visión, Electrónica*, 13/2 (2019): 359.

<sup>3</sup> EPDK, “Sıvılaştırılmış Petrol Gazlarının (LPG) Farklı Kullanım Alanlarının İncelenmesi”, (Erişim Tarihi 20.06.2023), file:///C:/Users/ezgip/Downloads/\_Portal Admin\_Uploads\_Content\_FastAccess\_3e419a6055766.pdf.

<sup>4</sup> EPDK, “Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası 2022 Yılı Sektör Raporu”, (Erişim Tarihi 20.06.2023), EPDK, “2022 Yılı Sektör Raporu”, ii.

<sup>5</sup> Resmî Gazete Tarihi: 13.03.2005, Resmî Gazete Sayısı: 27754

*hakkına sahip buldukları ve LPG'nin teknik düzenlemelere uygun olarak depolanmasını sağlayan tesisler ile buralarda yürütülen iş ve işlemleri*" olarak tanımlanmıştır. LPG dağıtıcı lisansı sahipleri, lisanslarına işlenmesi koşuluyla lisans almaksızın depolama faaliyetini yürütebilirler. Ayrıca 22.04.2021 tarihli ve 10169-4 sayılı EPDK kararı gereğince, rafinerici lisansı sahiplerinin rafineriye boru hattı ile bağlı lisanslı LPG depolama tesislerinden LPG depolama hizmeti alabilmelerine imkân tanınmıştır.

LPG piyasası faaliyetleri arasında taşıma faaliyeti de bulunmaktadır. 5307 sayılı Kanun m. 2/e'de "*LPG'nin teknik düzenlemelere uygun taşıma araçları ve boru hatları ile yapılan tüm nakil faaliyetleri*" şeklinde düzenlenen bu faaliyetler, Türkiye sınırları veya Türk karasuları içerisinde LPG'nin taşınmasını konu edinmektedir. LPG'nin denizyolu, demiryolu ve boru hatları ile taşınması faaliyetleri lisansa tabidir. Karayolu ile LPG taşıma faaliyeti ise Karayolu Taşıma Yönetmeliği<sup>6</sup> kapsamında yürütülen ve uygun yetki belgesine sahip olan kişiler tarafından yürütülür. Dağıtıcılar tarafından beyan edilmek sureti ile ilgili araçlar kullanılmaktadır. 715 sayılı Ham Petrol ve Jet Yakıtının Türkiye Üzerinden Karayolu veya Demiryolu ile Taşınmasına İlişkin Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar<sup>7</sup> uyarınca LPG ürününün kural olarak karayolu ve demiryolu aracılığı ile ithali, ihracı ve Türkiye üzerinden transit geçişi yasaktır. Ancak Ticaret Bakanlığının gerekli gördüğü hallerde LPG'nin karayolu ve demiryolu ile ithali, ihracı ya da transit geçişine izin verilebilir. LPG dağıtıcı lisansı sahipleri lisanslarına işlenmesi koşuluyla ayrıca lisans almaksızın taşıma faaliyeti yürütebilirler.

Otogaz LPG faaliyeti ise 5307 sayılı Kanun m. 2/p'de "*Yakıt olarak kullanılmak üzere akaryakıt ve otogaz istasyonlarında araçlara LPG ikmali işlemi*" olarak tanımlanmıştır. Dağıtıcı lisans sahipleri ile otogaz bayi arasında sözleşme akdedilerek LPG'nin kullanıcılara ikmali yetkisi verilir. Otogaz bayileri ile dağıtıcılar arasında tek elden satış söz-

---

<sup>6</sup> Resmî Gazete Tarihi: 11.06.2009, Resmî Gazete Sayısı: 27255.

<sup>7</sup> 18.07.2011 tarihli ve 2011/2033 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan "Ham Petrol ve Jet Yakıtının Türkiye Üzerinden Karayolu veya Demiryolu ile Taşınmasına İlişkin Karar"ın adı 07.02.2019 tarihli ve 30679 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Ham Petrol ve Bazı Petrol Ürünlerinin Karayolu veya Demiryolu ile İthali, İhracı ve Transitine İlişkin Karar" olarak değiştirilmiştir.

leşmesi imzalanır.<sup>8</sup> 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 80'de belediye sınırları ve mücavir alanları içinde, akaryakıt ile LPG ve sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) istasyonlarına nazım imar ve uygulama imar plânına uygun olmak kaydıyla belediye tarafından ruhsat verileceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca nazım imar planında ilgili alanın akaryakıt istasyonu olarak gösterilmesi şarttır.<sup>9</sup> İki akaryakıt ve/veya otopaz istasyonu arasındaki mesafe şehir içi veya şehirlerearası trafiğe açık yollarda aynı istikamette, aynı yönde olmak üzere; şehirlerearası yollarda on, şehir içi yollarda bir kilometre olarak belirlenmiştir.<sup>10</sup> Asgari mesafe tutanağının bayilik lisans başvurusunda EPDK'ye sunulması gerekmektedir.<sup>11</sup> Otopaz istasyonlarında teknik düzenlemelere uygun olarak idari büro, araç yıkama ve yağlama tesisleri ve market kurulabilir. Bunların dışında kurulacak lokanta ve ticari ve sosyal amaçlı tesislerin ruhsatlandırılmasında ise otopaz istasyonunu ruhsatlandırma yetkisine sahip idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır.<sup>12</sup>

- 
- <sup>8</sup> Tek elden satış sözleşmesi, otopaz bayilik sözleşmesine eklenen sözleşmelerden biridir. Otopaz bayilik sözleşmesine eklenen diğer tüm sözleşmeler kendilerine özgü vasıflarını kaybetmeksizin ortak bir amaç için bir araya getirilirler. Bu bakımdan otopaz bayilik sözleşmesi birleşik sözleşme niteliğindedir. Kerem Cem Sanlı, "Rekabet Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Akaryakıt Dağıtım Sektöründeki Dağıtım Sözleşmeleri II: Geline Nokta, Sorunlar ve Değerlendirmeler". Rekabet Dergisi, 11/3 (2010): 181.
- <sup>9</sup> Danıştay, nazım imar planında akaryakıt servis istasyonu olarak gösterilen alanlarda LPG istasyonu da açılabilmesine hükmetmiştir. Danıştay 6. Dairesi, 28.12.2021, E. 2018/3794, K. 2021/14507, www.hukukturk.com, 22.10.2023. Ancak söz konusu alanın "konut dışı kentsel çalışma alanı" olarak nitelendirilmesi yeterli değildir. Danıştay, LPG istasyonu kurulacak alanın hangi amaca özgülendiğinin imar planında kullanım lejantıyla birlikte düzenlenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Danıştay, 2. Dairesi, 02.12.2021, E. 2021/465, K. 2021/4688, www.hukukturk.com, 22.10.2023.
- <sup>10</sup> EPDK, 2016 tarihli ve 6664 sayılı kararı ile mesafe kısıtlamalarına ilişkin bir düzenleme yapmıştır. Söz konusu düzenlemede, kilometre hesabında istasyonun üzerinde bulunduğu yol ismi veya yol kodunun değil, yönün esas alınacağı belirtilmiş ve şehir içi yollar ile şehirlerearası yolların keşiştiği kesimlerde yer alan istasyonlar arasında en az bir kilometrelik mesafe bulunması gerektiği düzenlenmiştir.
- <sup>11</sup> İlgili tutanak, Büyükşehir belediyesi sınırları ve mücavir alanları içinde Büyükşehir Belediye Başkanlıklarınca, belediye sınırları ve mücavir alanları içinde Belediye Başkanlıklarınca, belediye sınırları ve mücavir alanları dışında İl Özel İdarelerince, organize sanayi bölgesi sınırları içinde Organize Sanayi Bölgesi tüzel kişiliğince verilmektedir
- <sup>12</sup> Danıştay 17. Dairesi, 29.04.2015, E. 2015/390, K. 2015/1559, www.hukukturk.com, 22.10.2023. Otopaz bayilerinin eklentisi niteliğinde olan bu alanların istas-



LPG'nin dağıtımını tüplü olarak da gerçekleştirilebilir. Tüplü LPG faaliyeti, LPG'nin tüplere doldurularak mutfak, sanayi ve ticari tüpleri vasıtasıyla piyasaya arz işlemi anlamına gelir. Tüplü LPG'nin kullanıcılara teslimi, dağıtıcı lisans sahipleri veya bunların tüplü LPG bayileri aracılığı ile yapılır. İlgili faaliyet lisansa tabi değildir. Ancak, LPG tüpü imalatı ve LPG tüplerinin muayenesi, bakımı ve tamiri faaliyetleri lisansa tabidir. Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Tüplerinin Piyasada Takip Edilmesine İlişkin Tebliğ'in 5. maddesi uyarınca dağıtıcılar, LPG tüplerinin izlenebilirliğini dolum aşamasından son kullanıcıya kadar sağlayacak karekodla takip sistemini kurmak ve uygulamakla yükümlü kılınmıştır. Tüplü LPG bayileri ise dağıtıcıları tarafından kurulan takip sisteminin Tebliğe uygun şekilde uygulanmasından ve sistemin kurulumu için gerekli altyapının sağlanamamasından sorumludur.<sup>13</sup>

LPG piyasası faaliyetleri arasında LPG'nin ithali ve ihracı da belirtilmiştir. LPG ithali faaliyetinde bulunabilmek için LPG dağıtıcı lisansına veya 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'na<sup>14</sup> (5015 sayılı Kanun) göre alınmış rafinerici lisansına sahip olunması gerekir. Ayrıca 5015 sayılı Kanun kapsamındaki işleme lisansı sahiplerinin de piyasa faaliyetine konu etmemek ve münhasıran petrokimya üretiminde kullanmak kaydıyla LPG ithal edebileceği düzenlenmiştir.<sup>15</sup> LPG'nin ithali EPDK'nin belirleyeceği teknik düzenlemelere uygunluk kararının ihtisas gümrüklerindeki laboratuvarlarda tespit edilmesi ile yapılır.<sup>16</sup> Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasasında Uygulanacak Teknik Düzenlemeler Hakkında Yönetmelik (LPG Teknik Düzenlemeler Hakkında Yönetmelik) m. 6/2 uyarınca, ihtisas gümrüklerinde yapılan analiz sonucunda

yonaya ait ruhsata tabi faaliyet konusu olarak eklenmesi de mümkün olabilir. Danıştay 10. Dairesi, 21.12.2020, E. 2016/4788, K. 2020/6598, www.hukukturk.com, 22.10.2023.

<sup>13</sup> Tüplü LPG karekod sistemine ilişkin koşullar Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Tüplerinin Piyasada Takip Edilmesine İlişkin Tebliğ m. 5 ve 6' da düzenlenmiştir. Tüplü LPG sisteminin kurulması için öngörülen son süre geçici m. 1'de 31.12.2024 olarak belirtilmiştir.

<sup>14</sup> Resmî Gazete Tarihi: 20.12.2003, Resmî Gazete Sayısı: 25322.

<sup>15</sup> Ayrıca 18.02.2021 tarihli ve 10035/2 sayılı EPDK Kurul kararı uyarınca, işleme lisansı sahiplerinin piyasa faaliyetine konu etmemek kaydıyla, petrokimya endüstrisinde hammadde olarak kullanmak amacıyla ihtiyaç duydukları LPG'yi, yurt içinde LPG üretimi yapan rafinerilerden doğrudan temin edebilmelerine de izin verilmiştir.

<sup>16</sup> Gümrük Genel Tebliği (Gümrük İşlemleri) (Seri No:98) uyarınca, Türkiye'de 12 adet LPG ihtisas gümrüğü belirlenmiştir.

bir rapor düzenlenir ve bu rapor EPDK'ye ve ilgili ithalatçıya ibraz edilir. LPG'nin ithaline, ihtisas gümrüklerindeki laboratuvarlarda yapılan analizler sonucunda izin verilmektedir. İhtisas gümrükleri tarafından yapılan analizler sonucunda sunulan raporlar EPDK'nin onayına tabi değildir. İlgili raporun hukuka uygun düzenlenmesinde görevli ve yetkili idare Ticaret Bakanlığıdır. LPG'nin ihracı da ithali gibi LPG dağıtıcı lisansı veya rafinerici lisansı sahiplerince yapılır<sup>17</sup>.

## **II. LPG Piyasasında Düzenleyici ve Denetleyici Otorite: EPDK**

### **A. Genel Olarak**

İlk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan düzenleyici ve denetleyici kurumlar (bağımsız idari otoriteler), kamusal alanın hassas sektörleri olarak nitelendirilen alanların düzenlenmesi ve denetlenmesi ihtiyacı için oluşturulmuştur. 1980'li yıllarda başlayan serbestleşme süreci ile devletin yürüttüğü birtakım görevler söz konusu kurumlara aktarılmıştır. Teknolojik gelişim ve dönüşümün zorunlu bir sonucu olarak Kara Avrupası Hukuk Sistemine dahil ülkelere de ihraç edilen bu kurumlar, devletin ekonomik alandaki rolünün değişime uğramasının sonucu olarak ortaya çıkmıştır<sup>18</sup> Piyasa ekonomisine geçiş sürecinde, devletin üretici rolünden düzenleyici role geçtiği bir sistem yaratılmış ve regülasyon kavramı içerisinde sermaye piyasası, bankacılık, rekabetin korunması gibi alanlarda bağımsız ve tarafsız kurumlar oluşturulmuştur.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> LPG ihracının kanunda bir düzenleme yapılmaksızın doğrudan yönetmelik ile düzenlenmesi idarenin kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

<sup>18</sup> Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkış gerekçelerinin ele alındığı ayrıntılı çalışmalar için bkz., Lütfi Duran, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler". Amme İdaresi Dergisi, 30/1 (1997); Turan Yıldırım, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi". 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, (Ankara: Danıştay Yayını, 2000); Turgut Tan, "Bağımsız İdari Otoriteler". Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları-4 (Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 2000); Ali Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler (Ankara: Turhan Kitabevi, 2003); Ayhan Tekinsoy, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı - Tartışmalar, Sorunlar". Ankara Barosu Dergisi, 65/2 (2007): 129; Dilşad Çiğdem Sever, "Türkiye'de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64/1 (2015): 195-218; Gündüz Alp Aslan, "Türk Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Yetki Unsurundaki Sakatlığın Düzenleyici İşleme Etkisi". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65/3 (2016): 572-585.

<sup>19</sup> Turgut Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 221-228.

Enerji piyasalarının serbestleşmesi ile Avrupa’da pek çok ülkede enerji piyasalarına ilişkin düzenleyici ve denetleyici kurumlar kurulmuştur.<sup>20</sup> Örneğin Fransa’da Commission de régulation de l’énergie (CRE) olarak adlandırılan Enerji Düzenleme Komisyonu bir düzenleyici ve denetleyici bir kurumdur. Komisyon, elektrik ve doğal gaz piyasalarının kanunda belirtilen amaçlara, gerekliliklere ve serbest rekabet koşullarına uygun olarak tüketiciler yararına faaliyet yürütmesini sağlar. Kamu düzenin sağlanması ve korunması için işlev yürüten bu kurum kamusal yetkiler aracılığı ile piyasa düzenini sağlar.<sup>21</sup> Gelişmekte olan ülkelerin bir kısmında da ilgili bakanlıktan ayrı olarak yapılandırılmış enerji otoriteleri kurulmuştur.<sup>22</sup> İlgili kurumların pek çoğunda LPG piyasası görev ve yetki alanlarında belirlenmemiştir.<sup>23</sup> Türk hukukunda ise enerji piyasaları üzerinde düzenleme ve denetleme yetkisi EPDK’ye aittir ve LPG piyasası da bu kurumun görev ve yetki alanına dâhildir.

Toplumsal yaşamın önemli sektörlerinin, kamu düzeni ve kamu yararı gereklerine uygun olarak düzenlemesi, düzenleyici ve denetleyici kurumların varlık sebebi olarak açıklanmaktadır.<sup>24</sup> İlgili kurumların sahip olduğu düzenleme yetkisi özel kolluğa yaklaşan niteliğiyle, kolluk ve kamu hizmeti gibi devletin sosyal işlevleri arasında gösterilmektedir.<sup>25</sup> Söz konusu yetki, Anayasa m. 123/1’de yer alan “İdare,

<sup>20</sup> Enerji piyasalarının düzenleyici ve denetleyici kurumları hakkında bilgi için bkz., Çağdaş Evrim Ergün, “Türkiye ve Avrupa Birliği’nde Enerji Alanındaki Bağımsız İdari Otoriteler”. TBB Dergisi, 17/50 (2004).

<sup>21</sup> J., Gola “Regulation of The Energy Sector In France and Its Judicial Review”. Eurasian Journal of Social Sciences, 7/4 (2019): 46.

<sup>22</sup> Kojima, Liquefied Petroleum Gas, 53-54.

<sup>23</sup> Ancak Portekiz ve Polonya gibi kimi ülkelerde LPG piyasasının ilgili kurumlar aracılığı ile düzenlendiği ve denetlendiği görülmektedir. Enerji otoritelerinin internet siteleri için ayrıca bkz. [https://energy.ec.europa.eu/topics/markets-and-consumers/energy-consumer-rights/protecting-and-empowering-energyconsumers/national-regulatory-authorities\\_en](https://energy.ec.europa.eu/topics/markets-and-consumers/energy-consumer-rights/protecting-and-empowering-energyconsumers/national-regulatory-authorities_en), 01.09.2023. LPG piyasası doğal tekel özelliklerini taşımamaktadır. Ancak altyapı maliyetleri ve şirketlerin kurumsal özellikleri gibi birtakım faktörler, bazı piyasa aktörlerinin hâkim durumda olmasına sebebiyet verebilir. Bu nedenle bağımsız bir otorite tarafından LPG piyasasına özgü bir düzenleme ve denetleme ihtiyacı bulunduğu varsayılmaktadır.

<sup>24</sup> Müslüm Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman (İstanbul: Beta Yayınevi, 1999): 133.

<sup>25</sup> K. Burak Öztürk, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 136.

*kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.”* hükmü uyarınca idarenin kanuniliği ilkesine uygun olarak kullanılır.<sup>26</sup> Ayrıca, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını konu edinen normların türevsel yetki kapsamında düzenleyici ve denetleyici kurumlar tarafından düzenlenmesi de mümkün değildir.<sup>27</sup> Aksi durum, ilgili düzenlemenin fonksiyon gaspı sebebiyle yok hükmünde olması sonucunu doğurur.<sup>28</sup> EPDK'nin LPG piyasası üzerindeki düzenleme yetkisi genel olarak, piyasa işleyiş kurallarının belirlenmesi, fiyat düzenlemesinin yapılması, fiyatlara müdahale etmeksizin kullanıcıların desteklenmesi ve LPG ürünün teknik gerekliliklerinin belirlenmesinden oluşmaktadır. Kurum, söz konusu yetkilerini yönetmelikler ile tesis edebileceği gibi tebliğ ve kurul kararları gibi çok çeşitli adsız düzenleyici işlem aracılığı ile de tesis edebilir.<sup>29</sup>

EPDK'nin enerji piyasası faaliyetleri üzerindeki bir diğer yetkisi lisans verme ve tadil yetkisidir. İlgili yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanılması gerekmektedir.<sup>30</sup>

- 
- <sup>26</sup> Konuya ilişkin bir Danıştay kararında da *“İdarelerin düzenleme yetkisinin kanunlarla getirilen hükümleri aşacak bir şekilde kullanılmayacağı açıktır”* şeklinde belirtilmiştir. Danıştay 13. Dairesi, 21.06.2022, Esas:2020/3553, K. 2022/2759, www.hukukturk.com, 23.10.2023. Ancak doktrinde düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluş kanunlarında, kanunun uygulanmasını gösterme işlevini aşar nitelikte geniş bir düzenleme yetkisi tanıdığı görülmektedir. İlgili piyasaların ilk elden düzenlenmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı değerlendirilmiştir. Taner Ayanoglu, “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 65/1 (2007): 55.
- <sup>27</sup> Meltem Kutlu Gürsel, “Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi”. Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı (2005): 536.
- <sup>28</sup> Oğuz Sancakdar, “İdari Hukuku Yönüyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Kısa Bir Değerlendirmesi”. Amme İdaresi Dergisi, 34/4 (2001): 114-115, Tekinsoy, “Bağımsız İdari Otoriteler”, 132.
- <sup>29</sup> Tan, “Bağımsız İdari Otoriteler”, 9; *“Nitekim petrol ve LPG piyasası ile ilgili olarak düzenlemeler yapma yetkisine sahip olan davalı idarenin, kendisine tanınan bu yetkiyi dava konusu Kurul kararını yürürlüğe koymak suretiyle kullandığı görülmektedir. İdarelerin düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu alanlarda, bu alanları düzenleyici işlemler ile objektif bir şekilde düzenlemesi gerekmektedir”*. Danıştay 13. Dairesi, 25.05.2021, E. 2019/4195, K. 2021/1852, www.hukukturk.com, 22.10.2023.
- <sup>30</sup> Örneğin “ülkenin döviz durumu” ve şirketin niteliği” gerekçeleri ile lisans başvurularının reddedilmesi hukuka uygun değerlendirilmemiştir., Turgut Tan, “Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi”. Amme İdaresi Dergisi, 8/2 (1975): 42.

## B. Denetim ve Yaptırım Uygulama Yetkisi

### 1. Genel Olarak

Düzenleyici ve denetletici kurumlar, görevli oldukları piyasanın sağlıklı işlemesi için ekonomik idare hukuku yetkileri ile donatılmıştır.<sup>31</sup> Ekonomik kamu düzeninin tesis edilmesi için kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanan bu kurumlar, türevsel yetki kullanarak düzenleme yaptıkları piyasa üzerindeki faaliyetleri denetler.<sup>32</sup> Etkin bir denetim mekanizması oluşturulmayan yapılanmalarda, kurumların işlevsel özelliklerinin karşılanmadığı kabul edilmektedir.<sup>33</sup>

Anayasa'nın 167. maddesi devlete, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasaları için bir inceleme ve denetleme görev ve yetkisi vermiştir. Genel olarak ilgili kurumlar aracılığı ile kullanılan bu yetki, düzenleme yetkisinin bir uzantısı niteliğindedir.

EPDK, enerji piyasası üzerindeki denetim yetkisini idari yaptırımlar aracılığı ile gerçekleştirir.<sup>34</sup> İdari yaptırım, kanunların açıkça yetki verdiği ya da yasaklamadığı durumlarda, bir yargı kararına gerek olmaksızın, idare tarafından doğrudan tesis edilen idari işlemlerdir.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> Kutlu Gürsel, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun", 500.

<sup>32</sup> Ekonomik kamu düzeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zehreddin Arslan ve Kahraman Berk, Rekabet Kurumu'nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi (İstanbul: Alfa Yayınları, 2000), 51; Müslüm Akıncı, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu". Rekabet Dergisi, 5, (2001); Ahmet Fatih Özkan, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", Ankara Barosu Dergisi, 67/4 (2009); Mutlu Kağıtçıoğlu, Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti (İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2016), 54; Oğuz Sancakdar vd., İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 293.

<sup>33</sup> F.G.I Inocencio, "Independent Regulatory Agencies in the Oil and Gas Industry". International Energy Law Review, 4 (2018): 138.

<sup>34</sup> Öğretide idari yaptırımların farklı şekillerde sınıflandırıldığı görülmektedir. Örneğin Ulusoy, öncelikle idari cezalar ile idari tedbirlerin farklılığını ortaya koymuş sonrasında ise idari cezaların, regülatif cezalar, kabahat cezaları ve disiplin cezaları olarak ayrıldığını ifade etmiştir. Ulusoy, İdari Yaptırım, 11. Tan ise idari yaptırımları idari para cezaları ve diğer yaptırımlar olarak sınıflandırmaktadır. Tan, "İdari Yaptırımlar", 311.

<sup>35</sup> İdari yaptırımlarla ilgili ayrıntılı çalışmalar için bkz. Feyyaz Gölcüklü, "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezaî Müeyyide Tatbiki". Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, XVIII/2 (1963); Guido Zanobini, İdari Müeyyideler, çev. Yılmaz Günel (Ankara: Sevinç Matbaası, 1964); İl Han Özay, İdari Yaptırımlar (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1985); Yücel Oğurlu, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001), 43;

EPDK, LPG piyasası faaliyetleri üzerinde idari yaptırım kararı vermeden önce ilgili mevzuatta düzenlenen idari usulleri<sup>36</sup> uygulamak zorundadır.<sup>37</sup> LPG piyasasındaki faaliyetler hakkında yürütülecek ön araştırma ve soruşturma usul ve esasları Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (LPG Ön Araştırma ve Soruşturmalar Hakkında Yönetmelik) ile düzenlenmiştir.<sup>38</sup> 5307 sayılı Kanun m. 18'e göre, ihbar veya şikâyet ya da re'sen tespit edilen bir hukuka aykırılık iddiası için Kurul'un soruşturma açılmasına gerek olup olmadığına ilişkin ön araştırma yapması gerekmektedir.<sup>39</sup> Bu aşama ile soruşturma öncesinde hukuka aykırı olmadığı açık olan işlem ve eylemlerin ortaya konulması sağlanmaktadır.<sup>40</sup> LPG piyasa faaliyetlerinde ön araştırma usulü sonrasında, Kurul<sup>41</sup> ön araştırma raporunu değerlendirerek soruşturma açılmasına karar verebilir.

EPDK, 5307 sayılı Kanun m. 12/4 uyarınca, LPG piyasasındaki denetim yetkisini kendi personeli, kamu kurum ve kuruluşları ya da

---

Ramazan Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku Kabahatler Kanunu Yorumu, (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2006), 104; Mustafa Karabulut, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 145; Gürsel Özkan, "İdari Yaptırımlar, Lehe Kanun Uygulaması ve Yargıya Güven". International Conference on Eurasian Economies, (İstanbul: Beykent Üniversitesi Yayınları, 2020):177; Çınar Can Evren, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Özelinde İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi (Ankara: Savaş Yayınları, 2020).

<sup>36</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Cumhuriyet Çanacık, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Tarafından Regülatif İdari Yaptırım Uygulanmasında İzlenen İdari Usullere Egemen Olan İlkeler (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020).

<sup>37</sup> Ancak 5307 sayılı Kanun m. 16'da idari para cezalarında soruşturma usulü açıkça düzenlenmemiştir.

<sup>38</sup> İlgili usul ve esasların kanunda yer alması gerektiği hakkında bkz. Ali Ulusoy, "EPDK Uygulamaları ve Yargı Kararları". Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (Ankara: Ankara Barosu Yayını, 2011): 186; Murat Balcı, Enerji Hukukunda Suçlar ve Kabahatler –I–, Petrol Kaçakçılığı Suçları ve Petrol Piyasası Kanununda Düzenlenen Kabahatler (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), 134.

<sup>39</sup> Ön araştırma yapılmaksızın doğrudan soruşturma açılacak haller 5307 sayılı Kanun'da sınırlı olarak düzenlenmiştir.

<sup>40</sup> Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2000), 128.

<sup>41</sup> 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (4628 sayılı Kanun) m.4/6'da yer alan "Kurum, bu Kanundan kaynaklanan görevlerini yerine getirirken yetkilerini Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu vasıtasıyla kullanır. Kurumun temsil ve karar organı Kuruldur" hükmü ile Kurulun karar organı olduğu düzenlenmiştir.

özel denetim kuruluşlarından hizmet alımı yoluyla yerine getirebilir. Denetim yetkisinin kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile yerine getirilmesi, bakanlıklar ile imzalanan iş birliği protokolleri kapsamında gerçekleşir.<sup>42</sup> Söz konusu denetim yetkisi, LPG piyasasının, doğal gaz ve elektrik piyasalarından farklı olarak daha rekabetçi olması gerekçesi ile açıklanmaktadır.<sup>43</sup> Ancak denetim yetkisinin özel hukuk kişileri aracılığı ile yerine getirilmesi Anayasa m. 128/1 çerçevesinde değerlendirilmelidir. EPDK tarafından yerine getirilen denetim, genel idare esaslara göre yürütülmesi zorunlu olan asli ve sürekli bir hizmet niteliğindedir. Özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilen hizmet, denetim yetkisine yardımcı nitelik taşımaktadır. Denetime yardımcı personel tarafından düzenlenen raporlar EPDK'ye sunulmakta ve idari yaptırım kararı EPDK tarafından alınmaktadır. Bu nedenle söz konusu raporlar hazırlık işlemi niteliğindedir.<sup>44</sup> Aksi yöndeki kabul, ekonomik kolluk faaliyeti<sup>45</sup> niteliğindeki yetkinin özel hukuk kişilerine devredilmesi sonucunu doğurur.

## 2. LPG Piyasası Faaliyetleri Üzerindeki İdari Tedbir ve Yaptırımlar<sup>46</sup>

LPG piyasası faaliyetleri üzerindeki idari yaptırımlar 5307 sayılı Kanun m. 17/1'de tedbirler, lisans iptalleri ve idari para cezaları olarak düzenlenmiştir.<sup>47</sup>

<sup>42</sup> "Petrol Piyasası ve LPG Piyasasında Yapılacak Denetimlere İlişkin İş Birliği Protokolleri kapsamındaki denetimler Kurumun koordinasyonunda yürütülmektedir." EPDK, "2022 Yılı Faaliyet Raporu", (Erişim Tarihi 08.02.2024) <https://www.epdk.gov.tr/Detay/Icerik/3-0-56/faaliyet-raporlari>, 182.

<sup>43</sup> Zeynep Çakmak, Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (Ankara: Çakmak Yayınevi, 2011), 156.

<sup>44</sup> Benzer yönde karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E. 2013/50, K. 2015/38, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 23.10.2023.

<sup>45</sup> Anayasa Mahkemesinin kesimhanelerde hizmet alım yöntemi ile görevlendirilecek veteriner hekim ile ilgili verdiği bir kararında "...kontrol ve denetim hizmetlerinin, "idari kolluk" faaliyetleri kapsamında Devletin görevleri arasında yer aldığı ve kamu hizmeti niteliği taşıdığı..." şeklinde görüş belirtilerek denetim yetkisinin idari kolluk faaliyeti niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 26.05.2016, E. 2015/72, K. 2016/44, T: 26.05.2016.

<sup>46</sup> Başlığın belirlenmesinde 5307 sayılı Kanun m. 17'deki sınıflandırma tercih edilmiştir.

<sup>47</sup> LPG piyasasındaki idari yaptırımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Emrah Uran, Türkiye'deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012).

### **a. İdari Tedbir: LPG Piyasası Faaliyetinin Geçici Durdurulması**

5307 sayılı Kanun m. 17/1'de, LPG piyasası faaliyetleri üzerindeki idari yaptırımlar arasında idari tedbir ifadesi kullanılmış ancak kavram tanımlanmamıştır. Doktrinde idari tedbirler, cezalandırma amacından ziyade kamu hizmetlerinin yürütülmesindeki aksaklıkları önleme ve kamu düzenini sağlama amacını taşıdıklarından idari yaptırımlardan farklı değerlendirilmektedir.<sup>48</sup> İdari tedbirlerde yalnızca idare hukuku ve idari usul ilkelerinin uygulanacağı,<sup>49</sup> idari yaptırımlarda ise idare hukuku ilkeleri ile birlikte ceza hukukunun temel ilkelerinin de uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir.<sup>50</sup>

5307 sayılı Kanun m. 17/2-a uyarınca, LPG piyasasında faaliyet yürüten lisans sahiplerinin, Kanuna, ikincil mevzuata, lisans hükümlerine veya Kurul kararlarına aykırı davranması durumunda, niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olan fiiller bakımından otuz gün içerisinde aykırılıkları gidermesi gerekmekte, aksi halde geçici durdurma kararı verileceği ihtar edilmektedir. Lisans sahibinin verilen süre içerisinde söz konusu aykırılığı gidermemesi durumunda, piyasa faaliyeti altmış gün süre ile geçici olarak durdurulur. 5307 Sayılı Kanun m. 17/2-b uyarınca, niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayan, kötü niyet veya tehlikeli eylem sonucunu doğuran fiillerin işlenmesi durumunda da faaliyetin geçici durdurulması yönünde karar verilebilir. 5307 Sayılı Kanun m. 17/2-c' de ise lisans almaksızın LPG piyasa faaliyeti yürütülmesi halinde lisans alınıncaya veya lisans gerektirmeyen faaliyet gösterecek hale getirilinceye kadar mühürleme işlemi yapılmaktadır. Söz konusu hükümlerdeki geçici durdurma kararı, Kurum ya da Kurum tarafından yetkilendirilmiş kuruluşlar tarafından verilebilen bir idari tedbir kararı niteliğindedir.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Oğurlu, İdari Yaptırımlar, 43; Özkan, "İdari Yaptırımlar", 177.

<sup>49</sup> Söz konusu ilkeler kanunilik, eşitlik, ölçülülük, tarafsızlık, geçmişe yürüme yasağı gibi ilkeler olarak belirtilmiştir. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, 30; Evren, Düzenleyici ve Denetleyici, 62-69.

<sup>50</sup> Ulusoy, İdari Yaptırımlar, 11; Konuya ilişkin diğer çalışmalar için bkz. Gölcüklü, "İdari Ceza", 129; Evren, Düzenleyici ve Denetleyici, 56-58.

<sup>51</sup> Petrol piyasası faaliyetlerinde verilen geçici durdurma kararının değerlendirildiği bir kararda "5015 Sayılı Kanun kapsamında petrol istasyonlarında gerçekleştirilen mühürleme işleminin 5607 Sayılı Kanun ve diğer kanunlar kapsamındaki mevzuata



LPG piyasa faaliyetinin geçici durdurulması işlemi, ilgili işletmenin mühürlenmesi suretiyle gerçekleştirilir. Mühürleme tutanağı, LPG'nin piyasaya arzının geçici olarak durdurulmasını sağlar. İlgili tutanakta işlemin dayanağı olan hukuka aykırı faaliyetlerin belirtilmesi zorunludur.<sup>52</sup> Mühürleme işlemi, işletmenin veya tesisin görünür bir yerine levha asılmak suretiyle üçüncü kişilere duyurulur.

LPG piyasa faaliyetinin geçici durdurulması tedbiri, mevzuata aykırı durumun ortadan kalkması durumunda sona erer. İlgili aykırılıkların giderilmemesi durumunda ise faaliyetin durdurulmasına devam edilerek soruşturma başlatılır ve gerekli idari yaptırımlar uygulanır.

### **b. Lisans İptali**

EPDK'nin LPG piyasa faaliyetleri üzerinde uyguladığı idari yaptırımlardan ilki lisans iptalidir. Lisans iptali, LPG Ön Araştırma ve Soruşturmalar Hakkında Yönetmelik m. 23 gereğince Kurul tarafından verilir.

Lisans iptali, yaptırımın sebep unsurunu oluşturan fiillerden ilki kanuna, ikincil mevzuata veya lisans hükümlerine ve Kurul kararlarına aykırı davranılması sebebiyle niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olan fiiller için verilen geçici durdurma süresi sonunda aykırılıkların giderilmemesi halidir. İlgili ihtimalde, faaliyetin geçici durdurulması yaptırımına devam edilerek soruşturma açılır ve lisansın iptaline karar verilir. Niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olan fiiller bakımından ise öncelikle otuz günlük süre içerisinde aykırılıkların giderilmesi, aksi halde hakkında geçici durdurma kararı verilebileceği ihtar edilir. İhtar süresi sonunda aykırılıkların devam etmesi durumunda hallerinde faaliyetin geçici durdurulmasına kararı verilir. Söz konusu fiiller bakımından söz konusu yaptırım uygulanmaksızın lisans iptali kararı verilemez.

Lisans iptalini gerektiren bir diğer durum niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayan fiiller ile 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele

---

*aykırı fiillerin önlenmesi veya sona erdirilmesi amacını taşıyan bir idari tedbir niteliğinde olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu kapsamda istasyonda gerçekleştirilen 21/01/2015 tarihli mühürleme işleminin de idari tedbir niteliğinde olduğu açık olup” şeklinde karar verilmiştir. Danıştay 13. Dairesi, 02.12.2021, E. 2016/1433, K. 2021/149, www.hukukturk.com, 23.10.2023.*

<sup>52</sup> Müslüm Akıncı, Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017), 261.

Kanunu'nda (5607 sayılı Kanun) belirtilen akaryakıt kaçakçılığına ilişkin fiillerin işlenmesi durumudur. Söz konusu fiillerin işlenmesi halinde açılan soruşturma neticesinde lisansın iptaline karar verilir. LPG Ön Araştırma ve Soruşturmalar Hakkında Yönetmelik m. 18/7'de kaçakçılık fiillerine ilişkin olarak kesinleşmiş mahkûmiyet kararı verilmesi durumunda lisansın iptaline ilişkin işlemlerin Yönetmelik'te yer alan soruşturma usullerine tabi olmaksızın lisans işlemlerini yürüten ilgili daire başkanlığı tarafından yerine getirileceği düzenlenmiştir.

Lisans iptali yaptırımının sebep unsurunu oluşturan son durum ise kanuna karşı hile veya yalan beyanda bulunulduğunun tespit edilmesidir.

Lisans iptali yaptırımı LPG lisansının geri alınması işlemi ile aynı hukuki sonucu doğurmaz. Lisans iptali, lisans alınmasından sonra ortaya çıkan bir mevzuat ihlalinde söz konusu iken; lisansın geri alınması işleminde başlangıçta sağlanması gereken koşulların sağlanmadığı veya kaybedildiği durumlarda söz konusu olur.<sup>53</sup> Nitekim Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Lisans Yönetmeliği (LPG Lisans Yönetmeliği) m. 17'de de lisansların sona ermesi ve iptali şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Lisansların sona erdirilmesinde, mevzuatta aksine hüküm yoksa yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince lisansı veren makamın sonlandırma yetkisi bulunmakta iken, lisans iptalinde EPDK yetkili kılınmıştır. Lisans iptali ileriye, lisansın geri alınması geçmişe etkilidir. İdari yaptırım niteliği taşıyan lisans iptalinde soruşturma açma ve savunma alma gibi ceza hukuku kurallarına da uygun davranılması gerekirken lisansın geri alınması işleminde böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Nitekim Danıştay, lisansın geri alınması işlemlerinde soruşturma açılmamasını hukuka aykırı bulmamıştır.<sup>54</sup> Lisans, hak yaratıcı bir niteliğe sahip olduğundan kural olarak dava açma süresinde geri alınabilir. Ancak yok hükmünde olan ya da ilgilinin hilesiyle yapılmış işlemler hak yaratıcı nitelikte olmadıklarından idare tarafından her zaman geri alınabilir.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Ulusoy, İdari Yaptırımlar, 179.

<sup>54</sup> Ulusoy, İdari Yaptırımlar, 181.

<sup>55</sup> Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt II (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 1251.

### c. İdari Para Cezası

EPDK'nin LPG piyasası faaliyetleri üzerinde uyguladığı bir diğer yaptırım idari para cezalarıdır. LPG piyasasında idari para cezası verme yetkisi LPG Ön Araştırma ve Soruşturmalar Hakkında Yönetmelik m. 23 gereğince Kurula aittir.

5307 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca Kanuna veya ilgili mevzuata aykırı faaliyet gösterilmesi halinde idari para cezası uygulanır. İlgili hükmün birinci fıkrasının a, b, c ve ç bentlerinde ve ikinci fıkrada, fiilin işlendiği tarihten bir önceki yılda ilgili lisansa konu LPG piyasası faaliyetine ilişkin net satış hasılatının işlenen fiile göre belirlenecek belli bir oranı kadar idari para cezası tesis edileceği düzenlenmiştir.<sup>56</sup> Söz konusu hükmün d bendinde ise eksik tutulan her bir ton ürün için idari para cezasının belirleneceği belirtilmiştir. Net satış hasılatının belirlenmemesi durumunda, tespit edilecek olan net satış hasılatı ya da emsal olabilecek LPG piyasası faaliyetinden elde edilen net satış hasılatı esas almak suretiyle hükmün ilgili fıkralarında belirlenmiş olan oranlar ve asgari azami had dâhilinde idari para cezası tesis edileceği düzenlenmiştir. Kurulun söz konusu yetkisi, genel kanun niteliği taşıyan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu<sup>57</sup> (5326 sayılı Kanun) m. 17/2'de yer alan "*kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu*" ölçütlerinde kullanılmalıdır.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> 5307 sayılı Kanun m. 16/1-a binde on dört, madde 16/1-b binde on iki, madde 16/1-c binde on bir ve madde 16/1-ç binde on olarak düzenlenmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında ise binde sekiz olarak belirlenmiştir.

<sup>57</sup> Resmî Gazete Tarihi: 31.03.2005, Resmî Gazete Sayısı: 25772. 5326 sayılı Kanun m. 17 uyarınca "*İdarî para cezası, maktu veya nispi olabilir. İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur.*" Maktu, nispi ve alt ve üst sınır göstermek suretiyle belirlenen idari para cezalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yaşar Güçlü, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 97-113

<sup>58</sup> 5015 s. Petrol Piyasası Kanunu'nun idari para cezalarına ilişkin kararında "*Bu itibarla bayilerin bağlı oldukları dağıtıcıya ait ürünleri pazarladıklarının anlaşılması için istasyonlarında dağıtıcıya ait marka ve logoları bulundurmamaları hâlinde, işlenen fiilin haksızlık içeriği, bayilerin kusuru dikkate alınmadan, ekonomik büyüklüklerine ve sınıflarına göre adil bir denge gözetilmeden, itiraz konusu kuralla ölçülü ve makul olmayan idari para cezası ile cezalandırılmaları, hukuk devletinin gereği olan "adalet" ve "hakkaniyet" ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.*" şeklinde hüküm kurularak maktu idari para cezasına ilişkin hüküm iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 07.04.2016, E. 2015/109, K. 2016/28, www.anayasa.gov.tr, 05.12.2023.

### **3. LPG Piyasası Faaliyetleri Üzerindeki İdari Tedbir ve Yaptırımların Yargısal Denetimi**

Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrası uyarınca idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır. Türk idari teşkilatında yerinden yönetim kuruluşları arasında yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumların faaliyetleri de yargı denetimine tabidir.<sup>59</sup> Nitekim düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemleri idari işlev kapsamındadır ve kesin hüküm oluşturmaz.<sup>60</sup> Fransız Danıştay'ı da düzenleyici ve denetleyici kurumların kararlarında yargısal bağımsızlığın söz konusu olmayacağını ifade etmiştir.<sup>61</sup> Her ne kadar söz konusu kurumların kararları maddi kriter açısından yargı kararlarına benzetilmekte ise de Anayasa m. 9'da yer alan "*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.*" hükmü uyarınca ilgili kararların yargı kararı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Fransa'da, ekonomik ve teknik yönü ağır basan idari işlemlerin, idari yargı organı tarafından yalnızca bariz değerlendirme hataları kapsamında denetlendiği durumlar minimum denetim olarak adlandırılmakta ve söz konusu idari işlemler esas yönden tam olarak denetlenmemektedir.<sup>62</sup> Düzenleyici ve denetleyici kurumların kararlarının da bu nitelikte olması nedeniyle idari yargı organının esas denetim konusunda sınırlı olduğu kabul edilmektedir.<sup>63</sup> Türk hukukunda söz

---

<sup>59</sup> Düzenleyici ve denetleyici kurumların yerinden yönetim kuruluşları içerisindeki yeri konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre ilgili kurumlar hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarından farklı olarak düzenleme yapma ve yaptırım uygulama yetkisine haizdir. Bu nedenle, ilgili kurumlar mahalli idareler ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının yanında üçüncü bir tür olarak kabul edilmektedir. Ulusoy, 93; Aksi yöndeki bir diğer görüşte ise devletten ayrı kamu tüzel kişiliğine sahip bu kurumlar hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında yer alır. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019, 666.

<sup>60</sup> Gözler, Cilt II, 664.

<sup>61</sup> Ender Ethem Atay, "Fransız İdare Hukukunda Bağımsız idari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi". Rekabet Kurumu Konferansı, (2000): 76. Bağımsız idari otoritelerin yargısal denetimi, hassas sektörlerin düzenlenmesi ve denetlenmesindeki eksikliklerin azaltılmasında önemli bir rol oynar. Gola, 46; Yseult Marique, *The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies*, ('QUANGOs'). *Electronic Journal of Comparative Law*. 11/3, (2007): 35.

<sup>62</sup> Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 54-55; Sedat Çal, "Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Kurulu". *Ankara Barosu Dergisi*, 3, (2001): 99.

<sup>63</sup> Yunanistan ve Kıbrıs'ta bağımsız idari otoritelerin teknik ve ekonomik açıdan yaptıkları değerlendirmelerin idari yargı organı denetimine tabi olmadığı belir-

konusu kurumların işlemlerinin yargısal denetimde idari yargı tarafından minimum ve maksimum denetim sınıflandırması yapılmamıştır. Bu husustaki tek sınır takdir yetkisine dayalı işlemlerin yargısal denetimine ilişkindir. Anayasa'nın 125/3. maddesi uyarınca yargı yetkisi yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.<sup>64</sup>

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, EPDK'nin LPG piyasası faaliyetlerine uyguladığı idari tedbir<sup>65</sup> ve yaptırımların hukuka uygunluk denetimi usul ve esas yönünden olmak üzere iki ayrı başlıkta incelenecektir.<sup>66</sup>

### a. Usul Yönünden Denetim

5326 sayılı Kanun m. 3/a'da idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerin diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı düzenlenmiştir. LPG piyasası faaliyetlerine ilişkin idari yaptırım kararlarının yargısal denetiminde görevli yargı düzeni 5307 sayılı Kanun m. 18 ve 4628 sayılı Kanun m.

tılmektedir. Bununla birlikte Fransa, Estonya, Almanya ve İtalya'da, bağımsız idari otoritelerin takdir yetkisi kullandığı durumlarda sınırlı bir inceleme yapıldığı, söz konusu durumun verilen kararların doğasından kaynaklandığı iletilmektedir. Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union (ACA), "Europe symposium Disputes concerning acts by regulatory authorities, General Report" (Erişim Tarihi 05.12.2023), chrome-extension://efaidnbmnmbpcajpcgclefindmkaj/https://www.aca-europe.eu/seminars/2021\_Paris/2021\_Paris\_General\_Report\_en.pdf, 25-26. Benzer şekilde Hollanda'da da bağımsız enerji otoritesinin kararları üzerinde esasa ilişkin denetimin sınırlı yapıldığı ifade edilmektedir. Zira ilgili idarelerin kararlarının teknik doğası nedeniyle idari yargı organı üzerindeki yükün çok fazla olacağı varsayılmaktadır. A. Veen, Regulation without Representation? Independent Regulatory Authorities and Representative Claim-Making in the Netherlands (Hollanda: Proefschrift, 2014), 40.

<sup>64</sup> Yargısal denetimi gerçekleştiren makamın EPDK politikaları ve enerji piyasası ile ilgili bilgi sahibi olması gerektiği hakkında bkz. Orhun Yet, "EPDK Uygulamaları ve Yargı Kararları". Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (Ankara: Ankara Barosu Yayını, 2011): 167.

<sup>65</sup> "Kanun dışı faaliyetin önlenmesi bakımından idarece yapılacak tespit üzerine faaliyetin geçici olarak durdurulması etkili bir araçtır...tedbir işlemine karşı Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca idari yargı yoluna başvurulması ve açık bir hukuka aykırılığın bulunduğu hâllerde idari mercilerince yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi mümkündür." Anayasa Mahkemesi, 28.09.2023, E. 2023/35, K. 2023/163, www.anayasa.gov.tr, 05.12.2023.

<sup>66</sup> Kurulun idari yaptırım kararları dışındaki kararlarına karşı da yargı yolunun açık olduğu hakkında bkz., Cengiz Ozan Örs, İdare Hukuku Açısından Petrol Piyasası (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 120.

12’de idari yargı olarak belirtilmiştir. 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertele­nenmesi Hakkında Kanun m. 68 ile 5307 sayılı Kanun m. 18’e yeni bir fıkra eklenmek suretiyle idari yaptırım kararlarına karşı görevli mah­keme idare mahkemesi olarak düzenlenmiştir.<sup>67</sup>

EPDK’nin LPG piyasası faaliyetlerine ilişkin verdiği idari yaptır­ımlara karşı açılacak iptal davalarında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’ndaki<sup>68</sup> (2577 sayılı Kanun) genel yetki kuralı uygula­nır. İlgili davalar, işlemi tesis eden idari merciin bulunduğu yer idare mahkemesi olan Ankara İdare Mahkemesinde açılır.<sup>69</sup> LPG piyasa faa­liyetinin durdurulmasına ilişkin kararın taşınmaz üzerinde gerçek­leşmesi durumunda da genel yetki kuralı uygulanır. Söz konusu uyuşmazlıklar taşınmaza bağlı bir hak niteliğinde değerlendirilme­miştir.<sup>70</sup>

EPDK tarafından verilen idari yaptırım kararlarına karşı açılacak iptal davalarında menfaat ihlali kendisine idari yaptırım uygulanan gerçek ya da tüzel kişi üzerinde oluşmaktadır.<sup>71</sup> Ancak, akaryakıt is-

---

<sup>67</sup> “Bu itibarla, davacıya idarî para cezası verilmesine dair Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davanın, işlemi tesis eden idarî merciin bu­lunduğu yer idare mahkemesi olan Ankara İdare Mahkemesi’nce çözümlenmesi ge­rekmektedir.” Danıştay 13. Dairesi, 25.04.2017, E. 2017/816, K. 2017/1161, www.hukukturk.com, 24.10.2023. Ancak, EPDK’nin ülke çapında uygulanacak dü­zenleyici işlemlerine karşı açılacak iptal davalarında 2575 sayılı Danıştay Kanunu m. 24/1-c uyarınca bakımından Danıştay görevli ve yetkilidir. İlgili düzenleyici iş­lem ile idari yaptırım kararlarının birlikte dava konusu yapılması durumunda gö­revli ve yetkili mahkeme Danıştaydır.

<sup>68</sup> Resmî Gazete Tarihi: 20.01.1982 Resmî Gazete Sayısı: 17580.

<sup>69</sup> Danıştay, kolluk kuvvetleri tarafından yapılan mühürleme işleminde işlemi tesis eden personelin bulunduğu yer mahkemesini yetkili görmüştür. Ancak kararın karşı oyunda denetimlerin EPDK görevlisi sıfatıyla EPDK adına yapıldığı, bu sebeple denetimler sonucu tesis edilen işlemlerin de EPDK işlemi olması sebebiyle Ankara İdare Mahkemesinin yetkili olduğu sonucuna varılmıştır. Danıştay 13. Dai­resi, 23.12.2014. E. 2014/5045, K. 2014/4501, Samet Altındağ, 5015 Sayılı Petrol Piyasası Kanunu Çerçevesinde İdari Yaptırımlar ve Yargısal Denetimi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2016), 118.

<sup>70</sup> Danıştay 13. Dairesi, 02.06.2021, E. 2018/2383, K. 2021/2062, www.hukukturk.com, 24.10.2023.

<sup>71</sup> “LPG Dolum Depolama Otogaz Dağıtım Pazarlama Nakliye İmalat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin kanuni temsilcisi ya da ortağı olmadığı, bu nedenle belirtilen şirket adına düzenlenen ihbarnamelerin davacının hukukunu ve

tasyonunun bulunduğu taşınmazın malikinin de faaliyetin durdurulması işleminde menfaatinin ihlal edildiği kabul edilmektedir.<sup>72</sup>

EPDK'nin tesis ettiği idari yaptırımlara karşı 4628 sayılı Kanun<sup>73</sup> ve 5307 sayılı Kanun'da dava açma süresi ile ilgili özel bir hüküm bulunmadığından genel dava açma süresi olan 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesi uygulanacaktır. Dava açma süresi usulüne uygun tebligat ile başlar.<sup>74</sup> Zira idari yaptırım kararlarının hüküm ve sonuçları tebliğ ile doğar.<sup>75</sup> 2577 sayılı Kanun m. 11 çerçevesinde Kuruma bir idari başvuru bulunması durumunda dava açma süresi durur. Faaliyetin geçici durdurulması tedbirine karşı açılacak iptal davalarında sürenin mühürleme tutanağının işyerine asılması ile başlayacağına hükmedilmiştir.<sup>76</sup>

İdari yaptırım kararları arasında maddi veya hukuki yönden bağıllık ya da sebep sonuç ilişkisi olmadığı sürece ayrı ayrı dava açılması gerekmektedir. Örneğin, farklı kabahatler sebebiyle tesis edilen idari para cezalarına karşı tek dilekçe ile dava açılmaz.<sup>77</sup>

## **b. Esas Yönünden Denetim**

EPDK'nin idari yaptırıma ilişkin kararları idari işlem niteliğindedir. Bu nedenle, mezkûr kararların hukuka uygunluk denetimi, idari işlemin yetki, şekil, konu, sebep ve amaç unsurlarına uygunluk çerçevesinde yapılır.

---

*menfaatine etkilemeyeceği ve davacı yönünden bir hukuki sonuç doğurmayacağı gerekçesiyle dava ehliyet yönünden reddedilmiştir...ONANMASINA" Danıştay 13. Dairesi, 18.02.2021, E. 2021/99, K. 2021/928, www.kazanci.com.tr, 24.10.2023. EPDK'nin talimatı ile tesis edilen mühürleme işlemine karşı EPDK'nin de hasım konumuna alınacağı yönünde karar için bkz. Danıştay 13. Dairesi, 12.11.2014, E. 2014/2895, K. 2014/3484 (Altındağ, 5015 sayılı, sayılı 127).*

<sup>72</sup> Danıştay 13. Dairesi, 11.01.2018, E. 2015/509, K. 2018/137, www.hukukturk.com, 24.10.2023.

<sup>73</sup> Resmî Gazete Tarihi: 03.03.2001 Resmî Gazete Sayısı: 24335.

<sup>74</sup> Danıştay 13. Dairesi, 24.02.2020, E. 2019/1529, K. 2020/587, www.kazanci.com.tr, 25.10.2023.

<sup>75</sup> Muhlis Öğütçü, Çevre Kanunu'ndaki İdari Yaptırımlar (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 91.

<sup>76</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 05.03.2009, E. 2007/922, K. 2009/396, www.hukukturk.com, 24.10.2023.

<sup>77</sup> Danıştay 13. Dairesi, 22.06.2011, E. 2011/2253, K. 2011/3006, www.hukukturk.com, 26.10.2023.

## **aa. İdari Yaptırım Kararının Yetkili Mercii Tarafından Verilmesi**

Yetki, idari organ, makam ve kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş karar alma gücüdür.<sup>78</sup> Enerji piyasa faaliyetlerindeki idari yaptırımlarda 4628 sayılı Kanun m. 5/C-h uyarınca Kurul yetkili kılınmıştır. Öncelikli olarak belirtmek gerekir ki, Kurul üyelerinin hukuka uygun olarak atanmış ve göreve başlamış olması gerekmektedir.

Kurul üyelerinden birisinin kendisi ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile ilgili bir konuda müzakere ve oylamaya katılması yasaktır. Söz konusu yasağa aykırı olarak verilen yaptırım kararı yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olur.<sup>79</sup> Zira adil yargılanma hakkının usule ilişkin güvenceleri arasında belirtilen tarafsızlık ilkesinin bir gereği olarak, idari yaptırımın objektif değerlendirme esaslarına uygun tesis edilmesi gerekmektedir.<sup>80</sup>

LPG piyasasındaki idari tedbir niteliğindeki faaliyetin durdurulması kararı EPDK veya yetkilendirilen kuruluşlar tarafından verilebilir. LPG lisanslarının iptali ve idari para cezalarında ise yetkili merci Kurul olarak belirtilmiştir.

Kaçakçılık fiiline ilişkin denetim ile yetkilendirilen kurum tarafından verilen faaliyetin durdurulması tedbirinde ise EPDK'nin ayrıca bir karar almasına gerek yoktur.<sup>81</sup>

LPG piyasası faaliyetleri üzerindeki idari yaptırım kararlarının 4628 sayılı Kanun m. 8/a-2 uyarınca toplantı ve karar yeter sayılarına uygun olarak alınması gerekir. Kurulun söz konusu yetkisini bir başka

---

<sup>78</sup> Turgut Tan ve Şeref Gözübüyük, *İdare Hukuku Cilt I* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 36.

<sup>79</sup> 4628 sayılı Kanun m. 8 uyarınca, kendileri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımlarıyla ilgili olaylarda müzakere ve oylamaya katılmaları mümkün değildir.

<sup>80</sup> Tan, "İdari Yaptırımlar", 109. Örneğin soruşturma yürüten kimsenin idari yaptırıma konu Kurul toplantısına da katılması tarafsızlık ilkesine aykırı değerlendirilmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu., 22.10.2009, E. 2007/2040, K. 2009/1868 [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com). 24.10.2023.

<sup>81</sup> Danıştay, görevli personel tarafından doğrudan doğruya mühürleme işleminin tesis edilebileceğine hükmetmiştir. Danıştay 13. Dairesi, 02.12.2021, E. 2016/1433, K. 2021/4149, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), 24.10.2023.



mercie devretmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak 4628 sayılı Kanun'un 5. maddesinin son fıkrasında, faaliyetin geçici olarak durdurulması ve lisans iptal etme yetkilerinin Başkanlık ve/veya ilgili hizmet birimine devredilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, genel bir yetki devrini konu etmesi ve EPDK'nin karar organının Kurul olması gerekçeleri ile hukuka uygun değerlendirilmemektedir.<sup>82</sup>

### **bb. İdari Yaptırım Kararının Sebep ve Konu Unsurlarında Hukuka Uygunluk**

İdari işlemin sebep unsuru, işlemin dayanağını oluşturan maddi vakıa, olgu, hukuksal bir durum ya da işlemdir. LPG piyasası mevzuatına aykırı olarak yürütülen faaliyetler Kurul tarafından verilen idari yaptırım kararlarının sebep unsurunu oluşturur. İdari yaptırım kararlarının verilebilmesi için mevzuatta belirlenen fiili durumun gerçekleşmesi ve ortaya konulması gerekir.<sup>83</sup>

İdari yaptırımların konu unsuru ise doğan hukuki sonuçtur. Lisans iptali yaptırımının konu unsuru verilmiş olan lisansın kaldırılmasıdır. İdari para cezası yaptırımının konu unsuru ise belli bir miktarda paranın alınmasıdır.

İdari yaptırımların sebep unsurunun hukuka uygunluk denetiminde idari yaptırımlar için geçerli olan temel ilkelerin gözetilmesi gerekmektedir. Söz konusu ilkeler, anayasa ile uluslararası sözleşme ve belgelerden kaynaklanmaktadır. İdari yaptırımların söz konusu ilkelere uygun olarak tesis edilmesi gerekir.<sup>84</sup> Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin esaslarının belirlendiği 38. maddesinde yer alan, suçta

<sup>82</sup> Aksi yönde verilen bir Danıştay kararında, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun idari yaptırım uygulama yetkisini Kurul başkanına devrettiği düzenleme hukuka uygun değerlendirilmiştir. "Bu durumda, Kurulun, sınırlarını ve gerekçesini belirtmek suretiyle idari yaptırım yetkisini de Kurul Başkanına devretmesi mümkündür." Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, www. kazanca.com. 24.11.2021, E. 2020/2080, K. 2021/2625, 24.10.2023

<sup>83</sup> LPG Lisans Yönetmeliği'nin 46. maddesinde, mücbir sebep halinin varlığı halinde yükümlülüklerin ertelenebileceği ya da kaldırılabilirliği düzenlenmiştir. Örneğin, mücbir sebebe dayalı olarak lisans iptali yaptırımı uygulanması durumunda ilgili işlem sebep unsuru yönünden sakatlanır.

<sup>84</sup> Oğuz Sancakdar, "İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri". İstanbul Kültür Üniversitesi Uluslararası İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009), 60; Burcu Erdiç, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezaî Yaptırımlarla Karşılaştırılması". Ankara Barosu Dergisi, 2 (2012): 251-254.

ve cezada kanunilik ilkesi, geçmişe yürüme yasağı, masumiyet karinesi ve şahsilik ilkeleri idari yaptırımlar için de uygulanır.<sup>85</sup> Zira idari yaptırımların hukuka uygunluğu ceza hukuku ilkelerinden hareketle değerlendirilmektedir.<sup>86</sup> İdari yaptırımlarda Anayasal esasların yanı sıra Avrupa Konseyi tarafından yürürlüğe konulan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 6'nın sağladığı güvencelerin de bulunması gerekmektedir. Nitekim söz konusu işlemler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından ceza alanı içerisinde değerlendirilmekte ve adil yargılanma ilkesinin usule ilişkin güvencelerinin idari yaptırımlar için de uygulanacağı kabul edilmektedir.<sup>87</sup> İdari yaptırımlar ile ilgili ilke ve esasların düzenlendiği bir diğer düzenleme Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1991 tarihli ve R(91)1 sayılı İdari Yaptırımlar Hakkında Tavsiye Kararı'dır. İlgili düzenlemede kanunilik, geçmişe yürüme yasağı, lehe kanun ilkesi, non bis in idem makul süre, savunma ve yargısal denetim ilkeleri düzenlenmiştir. İlgili ilkeler, üye devletlerin yasal düzenlemeleri ve uygulamalarında yol gösterici bir mahiyete sahiptir.

### **i. Soruşturma Usul ve Esaslarına Uygunluk**

EPDK'nin LPG piyasası faaliyetlerine ilişkin vermiş olduğu idari yaptırımlarda soruşturma usul ve esaslarını uygulanması gerekir.<sup>88</sup> Danıştay, LPG Ön Araştırma ve Soruşturmalar Hakkında Yönetmelik hükümleri gereğince soruşturmadaki idari usul kurallarının idari para cezaları ve lisansın iptali yaptırımları için uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> “Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir.” Anayasa Mahkemesi, 26.12.2013, E. 2013/43, K. 2013/168, hukukturk.com 21.02.2024.

<sup>86</sup> Sancakdar, “İdari Cezaların”, 62.

<sup>87</sup> Adrienne de Moor-Van Vugt, “Administrative sanctions in EU law”. Review of European Administrative Law, 5/1, (2012): 6. Söz konusu ilkelerin kapsamı konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Örneğin Tan, ilgili ilkeleri, suçta ve cezada kanunilik, ölçülülük, aynı fiilden dolayı birden fazla ceza verilememesi, cezaların şahsiliği, geriye yürümezlik, lehe hükmün derhal uygulanması savunma hakkı, gerekçeli karar hakkı, yargısal denetim kapsamında ele almıştır. Tan, “İdari Yaptırımlar”, 101; Çağlayan ise savunma hakkı, ispat, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve cezanın şahsiliği ilkeleri çerçevesinde incelemiştir. Çağlayan, İdari Yaptırım, 32.

<sup>88</sup> LPG Ön Araştırma ve Soruşturmalar Hakkında Yönetmelik'te doğrudan idari para cezası uygulanacak haller başlıklı 25. madde yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>89</sup> Danıştay konuya ilişkin bir kararında, LPG Ön Araştırma ve Soruşturmalar Hakkında Yönetmelik hükümleri uyarınca idari para cezaları bakımından da soruşturma yapılmasının zorunlu olduğuna yönelik bir karar bulunduğunu, ancak so-

5307 sayılı Kanun m. 18/A'ya göre soruşturma açılmadan önce soruşturma açılıp açılmayacağına ilişkin tespit için ön araştırma açılması yönünde karar verilebilir. Kurul, 4628 s. Kanun'un 5. maddesi uyarınca, ön araştırma veya soruşturma açılması yetkilerini Başkanlığa veya Daire Başkanlığına devredebilir. 5307 sayılı Kanun m. 12'de ise denetim yetkisinin Kurum adına denetim yapmakla yetkilendirilen diğer kamu kurum ve kuruluşları ile özel denetim kuruluşları tarafından yerine getirebileceği düzenlenmiştir. 5307 sayılı Kanun m. 12/3 gereğince, Kurum personeli, piyasa tarafları ve/veya tesisleri nezdinde, defterler de dahil olmak üzere her türlü evrak, belge ve emtianın incelenmesi, numune alınması, konuyla ilgili yazılı veya sözlü açıklama istenmesi, gerekli tutanakların düzenlenmesi, tesislerin ve işletiminin incelenmesi konularında yetkili kılınmıştır. LPG Ön Araştırma ve Soruşturmalar Hakkında Yönetmelik m. 5/3'te ise, denetim yetkisi kapsamındaki bilgi ve belge isteme, yasal defter kayıtlarını inceleme, bunların suretlerini alma ve yerinde inceleme yapma yetkilerinin, yetkilendirilmiş kurumlar ile özel denetim kurumları tarafından da kullanılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme Anayasa m. 123/1'de yer alan idarenin kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira kanunda yalnızca görevlendirilen kurum personelinin söz konusu yetkileri kullanabileceği düzenlenmişse de LPG Ön Araştırma ve Soruşturmalar Hakkında Yönetmelik'te kanuna aykırı olarak kapsama yetkilendirilmiş kurumlar ve özel denetim kuruluşları da dahil edilmiştir. Ön araştırma ve soruşturma kapsamındaki bilgi ve belgelerin EPDK dışında yetkilendirilmiş Kurum ya da özel denetim kuruluşları ile paylaşılması, Anayasa m. 20/3'te yer alan kişisel verilerin ko-

---

mut uyumsuzluk bakımından soruşturma açılmaksızın tesis edilen idari para cezasının Yönetmelik değişikliği öncesine dayanması sebebiyle hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Danıştay 13.D, 23.06.2020, E. 2015/3493, K. 2020/1535 [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), 26.10.2023. LPG piyasasındaki idari para cezalarında da soruşturma açılması zorunluluğuna ilişkin bir karşı oyda ise "Öte yandan, 18. maddenin başlığında ve içeriğinde 16. maddede öngörülen idarî para cezasını gerektiren hâllerin ön araştırma veya soruşturma zorunluluğundan muaf tutulduğuna dair hiçbir ifadeye yer verilmediğinden, 18. maddede tüm idarî cezalar için zorunlu tutulan idarî usulün, 16. maddede öngörülen idarî cezalar için de uygulanmasının yasal bir yükümlülük olduğu ortadadır." şeklinde hüküm kurulmuştur. Danıştay 13. Dairesi, 25.11.2021, E. 2019/1174, K. 2021/4031; Benzer yöndeki karşı oylar için bkz. Danıştay, 13. Dairesi, 18.12.2019, E. 2014/2753, K. 2019/4450; Danıştay 13. Dairesi, 20.02.2020, E. 2014/3693, K. 2020/582; Danıştay, 13. Dairesi, 28.01.2021, E. 2020/2389, K. 2021/357, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), 26.10.2023.

runması hakkına uygunluk yönünden de değerlendirilmelidir. Zira Anayasa m. 13 gereğince temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabileceğinden LPG Ön Araştırma ve Soruşturmalar Hakkında Yönetmelik ile yapılan sınırlamanın anayasaya uygun olmadığı kanaatine varılmıştır.

5307 sayılı Kanun'un 17. maddesinde 2019 tarihli ve 7164 sayılı Kanun'un 36. maddesinde yapılan değişiklik ile niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olan fiiller için otuz gün içerisinde aykırılığın giderilmesi yönünde bir ihtar usulü getirilmiştir.<sup>90</sup> Söz konusu usulün soruşturma açılmadan işletilmesi masumiyet ilkesi ve idari usul güvencelerine uygun değerlendirilmemiştir.<sup>91</sup> Zira LPG piyasası mevzuatına aykırılık durumunun tespiti ancak soruşturma aşamasında gerçekleşebilir.

Soruşturma usul ve esasları kapsamında ele alınması gereken bir diğer husus savunma hakkına ilişkindir. Anayasa'nın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesi ve kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümlerde yer alan görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence başlıklı 129. maddesinin 2. fıkrasında savunma hakkı güvence altına alınmıştır. Doktrinde Anayasa'nın 129. maddesinin 2. fıkrasındaki hükmün, disiplin cezalarının yanında diğer idari yaptırımlar bakımından da uygulanacağı değerlendirilmektedir.<sup>92</sup> LPG Ön Araştırma ve Soruşturmalar Hakkında Yönetmelik'te m. 22 gereğince, soruşturma aşamasında ilgilinin otuz gün içerisinde yazılı savunmasının alınması zorunlu kılınmış ve talep halinde on beş günlük ek süre verilebileceği düzenlenmiştir.<sup>93</sup> Savunma alınmaksızın idari para cezası veya lisans iptali kararı verilmesi durumunda ilgili yaptırım hukuka

---

<sup>90</sup> Ulusoy, ihtar usulündeki tutanağın icrai nitelikte olduğu görüşündedir. Ulusoy, "EPDK", 186. Aksi yönde görüş için bkz. Çakmak, Bağımsız İdari Otorite, 340; 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda yer alan ihtar usulünün icrai niteliği hakkında kararlar için bkz. Danıştay 13. Dairesi, 23.06.2009, E. 2007/10139, K. 2009/7034; Danıştay 13. Dairesi, 15.02.2022, E. 2016/2487, K. 2022/419, www.hukukturk.com, 24.10.2023.

<sup>91</sup> Ulusoy, "EPDK", 187.

<sup>92</sup> Tekin Akilloğlu, "Bireyin Yönetmelik İşlemleri Karşısında Korunması" ve Yönetim Hukukumuz". Amme İdaresi Dergisi, 14/3 (1981), 55.

<sup>93</sup> Söz konusu düzenlemenin kanunilik ilkesi gereğince kanunda yer alması gerektiği değerlendirilmektedir.

aykırı olur.<sup>94</sup> Savunma hakkının etkin kullanımı için soruşturulan kişiye isnat edilen fiilin somut bir şekilde bildirilmesi ve hukuka uygun tebliğ edilmiş olması<sup>95</sup> gerekmektedir.<sup>96</sup>

## ii. Gereke İlkesine Uygunluk

İdari yaptırım kararlarının usule ilişkin güvenceleri arasında yer alan gereke ilkesi, hukuki güvenlik ilkesinin tesis edilmesinde büyük bir öneme sahip bir alt ilke olarak kabul edilmektedir.<sup>97</sup> EPDK tarafından verilen idari yaptırım kararlarının somut bilgi ve belgelere dayandırılması gerekir.<sup>98</sup> Zira idari yaptırım kararlarının şüphe üzerine tesis edilmesi mümkün değildir.<sup>99</sup> Aksi halde söz konusu kararlar sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olur.<sup>100</sup>

İdari yaptırım kararlarında mevzuata aykırılığın kuşkuyla yer vermeyecek derecede açık bir tespit ile tutanak altına alınması ve

<sup>94</sup> Danıştay 13. Dairesi, 17.03.2022, E. 2019/459, K. 2022/1100; Danıştay 13. Dairesi, 13.10.2008, E. 2006/4709, K. 2008/6762, www.hukukturk.com, 26.10.2023.

<sup>95</sup> "Dava konusu Kurul kararı alınmadan önce usulüne uygun şekilde savunma istem yazısının tebliğ edilmesi gerektiği dikkate alındığında; davalı idarece, aktarılan mevzuatta öngörülen yol izlenilmeksizin yaptırılan tebligatın savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olduğu, savunma istem yazısının usule aykırı olarak tebliğ edilmesi dolayısıyla, idarî para cezası uygulanmasına ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır." Danıştay 13. Daire, 17.03.2022, E. 2019/459, K. 2022/1100.

<sup>96</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 20.10.2005, E. 2003/883, K. 2005/2501, www.hukukturk.com, 30.10.2023.

<sup>97</sup> "Ayrıca, işlemlerde gösterilen sebep ve gereke, işlemin hukuka uygunluğunu değerlendirmeye ve itiraz edip etmeme konusunda ilgililere yardımcı olmasının yanında, idarenin saydamlığı, savunma hakları ve idareye güven ilkeleri ve yukarıda belirtilen hukuk devleti anlayışının oluşumu bakımından da büyük öneme sahiptir." Danıştay 8. Dairesi, 15.01.2010, E. 2009/8191, www.kazanci.com.tr, E.T. 10.11.2023; "... idari işlemlerin gereke olması ilkesi; işlemi yapan idareyi yönetsel işlemin dayandığı maddi ve hukuksal nedenleri açıklamaya, uyguladığı yasayı kavramaya, doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlar. İşlemde, gösterilen gereke işlemin yasaya uygunluğunu değerlendirmeye, itiraz edip etmeme ve yargı yoluna gidip gitmeme konusunda işlemin ilgisine yardımcı olur..." Danıştay 10. Dairesi, 10.11.1994, E. 1993/1403, K. 1994/5633, Danıştay Dergisi, S.90, 1047.

<sup>98</sup> Gürsel Özkan, "Danıştay İçtihatlarına Göre Gerekenin Önemi", Yargı Kararlarında Gerekelendirme Çalışması (Raporlar ve Tebliğler) (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2021): 4.

<sup>99</sup> Özyay, İdari Yaptırımlar, 121; Akıncı, İdarenin Gözetim ve Denetim, 277.

<sup>100</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 24.12.2009, E. 2009/2335, K. 2009/3440, www.hukukturk.com, 24.10.2023.

ilgili tutanağın da yetkili personel tarafından tanzim edilmesi gerekir.<sup>101</sup>

LPG piyasasındaki faaliyetlerde, ilgili personel tarafından alınan numunelerin teknik düzenlemelere aykırılığı durumunda mevzuatta belirlenen idari yaptırım kararları tesis edilmektedir. İlgili numunelerin mevzuatta öngörülen usulde alınması ve laboratuvar analizi ile değerlendirilmesi gerekmektedir. Numune alma usulüne uyulmaması ya da analiz koşullarına aykırı bir değerlendirme yapılması ihtimallerinde gerekçe ilkesine aykırılık sebebiyle ilgili işlemlerin iptaline karar verilebilir.<sup>102</sup> Zira gerekçe ilkesinde, yaptırım kararının maddi ve/veya hukuki vakıalarının ve sonuca ulaşırken takip edilen idari usul sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin ortaya konulması gerekmektedir.<sup>103</sup>

### **iii. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesine ve Geçmişe Yürüme Yasağına Uygunluk**

LPG piyasası faaliyetleri üzerindeki idari yaptırım yetkisinin sınırını 5307 sayılı Kanun'da sayılan haller oluşturmaktadır. Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin esaslar başlıklı 38. maddesinde kimsenin, fiilin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı düzenlenmiş ve ceza ve ceza yerine geçecek tedbirlerin ancak kanun ile düzenleneceği belirtilmiştir. Söz konusu hükmün düzenleyici ve denetleyici kurumlar tarafından verilen idari yaptırım kararlarında da uygulama alanı bulur.<sup>104</sup> Avrupa Konseyi İdari Yaptırımlar Hakkında Tavsiye Kararı'nda da idari yaptırımın dayanağının geçerli

---

<sup>101</sup> Danıştay 13. Dairesi, 04.03.2020, E. 2014/3557, K. 2020/735, www.hukukturk.com, 10.11.2023; Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 8. İdari Dava Dairesi, 23.12.2020, E. 2020/1292, K. 2020/2492, www.kazanci.com.tr, 10.11.2023.

<sup>102</sup> Örneğin TSE standardına göre numune almadan önce tankın emme seviyesinin belirlenmesi gerekirken ilgili işlem yapılamadan alınan numuneye dayalı olarak tesis edilen işlem hukuka aykırı değerlendirilmiştir. Danıştay 13. Dairesi, 17.05.2022, E. 2017/2737, K. 2022/2084, www.hukukturk.com, 10.11.2023.

<sup>103</sup> Doktrinde gerekçe ilkesinin, maddi ve/veya hukuki vakıanın gösterildiği bir şekil kuralından öte, hangi sebeplerle uygulanacak hukuk normu kapsamında değerlendirildiğine ilişkin bir kapsama sahip olduğu belirtilmekte ve söz konusu ilkeye işlenmiş sebep nitelendirilmesi yapılmaktadır. K. Burak Öztürk, "İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi", Prof. Dr. Metin Günday Armağanı Cilt II, (Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020). 1045.

<sup>104</sup> Kutlu Gürsel, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun", 535; Mahmut Ceylan, İdari Yaptırımların Düzenlenmesinde ve Uygulanmasında Yetki (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021).

bir kanun hükmü olması zorunluluğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi de 5307 sayılı Kanun'un idari para cezalarına ilişkin hükmünün değerlendirildiği kararında "*Kanun'da, lisans sahipleri için öngörülen yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak yaptırımların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereğidir.*<sup>105</sup>" şeklinde hüküm kurarak yaptırımların kanunilik ilkesine uygun olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>106</sup> İdari yaptırımların kanunda düzenlenmesi zorunluluğu, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını konu edinmesinden kaynaklanmaktadır.<sup>107</sup> Ancak doktrinde idari ceza gerektiren fiillerin kanunla veya kanunun çizdiği çerçeveye uygun olarak idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenebileceğini kabul eden görüşler de bulunmaktadır.<sup>108</sup> Nitekim 5307 sayılı Kanun m. 17'de, lisans sahibi kişiler hakkında Kanuna, ikincil mevzuata, lisans hükümlerine veya Kurul kararlarına aykırı davranılması durumunda idari yaptırım uygulanacağı belirtilmiştir. İlgili hükümden idari yaptırıma konu fiillerin, idarenin düzenleyici işlemleri ile de düzenlenebildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Söz konusu fiillerin belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine uygun olması gerekmektedir.<sup>109</sup>

LPG piyasası faaliyetleri üzerindeki idari yaptırımlarda ilgili mevzuattaki fiilin işlenmesi ve Kanun'da belirtilen idari yaptırım kararının belirtilen koşullarda verilmesi gerekmektedir.<sup>110</sup>

<sup>105</sup> Anayasa Mahkemesi, 18.01.2018, E. 2017/129, K. 2018/6, www.kazanci.com.tr, 15.11.2023.

<sup>106</sup> Benzer yönde karar için bkz. "*Başka bir deyişle, eylem ile uygulanan idarî yaptırım örtüşmeli ve ilgisine kanunda karşılığı olmayan veya eylem ile örtüşmeyen bir idarî yaptırım uygulanmamalıdır.*" Danıştay 13. Dairesi, 29.06.2022, E. 2017/2274, K. 2022/2955, www.hukukturk.com, E.T. 10.11.2023. Aynı yönde görüş için bkz. Kutlu Gürsel, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun", 536; Şehnaz Gençay, "Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun Yaptırım Uygulama Yetkisi ve Yargısal Denetimi". Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 3 (2011): 180.

<sup>107</sup> Oğurlu, İdari Yaptırımlar, 57.

<sup>108</sup> Karabulut, İdari Yaptırım, 145; Ulusoy, İdari Yaptırımlar, 85-86; Murat Ekinci, "Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar", Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (2017): 30.

<sup>109</sup> Ahu Karakurt, "Sermaye Piyasası Kanunu Bağlamında İdari Yaptırımlar". TBB Dergisi, 85 (2009): 160.

<sup>110</sup> Örneğin tekerrür koşulları oluşmadan iki kat fazla idari para cezası verilmesi de konu unsuru bakımından yaptırımı hukuka aykırı kılar. "*...idari para cezalarında, ceza verilmesinin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme*

EPDK tarafından verilen idari yaptırım kararlarında fiilin işlendiği tarihteki mevzuat hükümleri uygulanır. İdari yaptırım kararının sebep unsuru mevzuat değişikliği ile kabahat olmaktan çıkarılabilir. Sebep unsurunu oluşturan ilgili mevzuat hükmünün değiştirilmesi ya da iptal edilmesi durumunda idari yaptırım kararının dayanağı ortadan kalkar.<sup>111</sup> Hukukun genel ilkeleri arasında yer alan suç ve cezaların geçmişe yürüme yasağı idari yaptırımlar için de geçerlidir. Anayasa m. 38/1 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>112</sup> (5237 sayılı Kanun) m. 7/1 uyarınca hiç kimse, işlendiği tarihte suç olarak nitelendirilmeyen bir fiil sebebiyle ceza alamaz. Fiilin işlendiği tarihte idari yaptırıma konu olmayan bir fiile verilen idari yaptırım kararı hukuka aykırıdır.

Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, LPG istasyonunda yapılan bir denetimde sorumlu müdür belgesinin ibraz edilmemesi üzerine idari para cezası tesis edilmiştir. İdari yargı organı, sorumlu müdür belgesi alma zorunluluğuna ilişkin düzenlemenin 2016 tarihinde Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Eğitim ve Sorumlu Müdür Yönetmeliği ile öngörüldüğünü ve söz konusu fiilin 2015 tarihinde meydana geldiğini belirterek davaya konu işlem tarihinde yürürlükte olmayan bir hükme dayanılarak tesis edilen idari para cezasının hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.<sup>113</sup>

Kanunilik ilkesinin gereklerinden bir diğeri de kıyas yasağıdır. İdari yaptırım kararının başka bir normu uygulamak suretiyle kıyasen tesis edilmesi mümkün değildir.<sup>114</sup>

---

*yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerekmektedir.” Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 05.03.2009, E. 2009/299, K. 2009/364 www.hukukturk.com, 20.11.2023.*

<sup>112</sup> Resmî Gazete Tarihi: 12.10.2004 Resmî Gazete Sayısı: 25611

<sup>113</sup> Ankara Bölge İdare Mahkemesi 7. İdari Dava Dairesi, 29.11.2017, E. 2017/576, K. 2017/562, www.kazanci.com.tr, 20.11.2023.

<sup>114</sup> “*Bu durumda; idarî yaptırıma konu eylemin üçüncü tekerrüründen sonra işyerinin geçici olarak kapatılacağına dair herhangi bir hükmün bulunmaması nedeniyle tekerrür zinciri sona ereceğinden, idarî yaptırım kararına konu eylemin üçüncü tekerrürden sonra ilk eylem gibi değerlendirmek suretiyle işlem tesis edilmesi gerekirken, kıyas yoluyla idarî yaptırımın süresi ve miktarı yönünden yeniden işyerinin kapatılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamakta” Danıştay 10.Dairesi, 08.11.2018, E. 2016/1510, K. 2018/3385, www.hukukturk.com, 20.11.2023.*



#### iv. Lehe Kanun İlkesine Uygunluk

Lehe kanun ilkesi, kanunların geçmişe yürüme yasağının istisnasını oluşturur. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 15/2. maddesinde lehe olan kanunun geçmişe uygulanabileceği düzenlenmiştir. Anayasa m. 38/1'de hiç kimseye işlendiği tarihte kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği düzenlenmiştir. 5236 sayılı Kanun'un zaman bakımından uygulama başlıklı 5. maddesinde, 5237 sayılı Kanun'un zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı belirtilmiş ve kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralının geçerli olduğu düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanun m. 7/2'de, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanunun uygulanacağı ve infaz olunacağı kurala bağlanmıştır. Ancak Danıştay, idari para cezaları bakımından, yaptırımın dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması durumunda, ortaya çıkan yeni hukuki durumun yargılama aşamasında dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>115</sup> Fiilin işlenmesinden infazın tamamlanmasına kadarki süreçte lehe yeni bir kanunun yürürlüğe girmesi durumunda yeni düzenlemenin geçmişe etkili olarak uygulanması gerekir.<sup>116</sup> Söz konusu değişiklik, idari yaptırımın ortadan kaldırılması ya da hafifletilmesi şeklinde olabileceği gibi yeni bir usuli müessesenin öngörülmesi şeklinde de olabilir. Ancak ilgili ilkenin cezalandırma işlevleri bulunmayan idari tedbirler bakımından uygulama alanı bulamayacağı belirtilmiştir.<sup>117</sup>

Lehe kanun ilkesinin uygulanabilmesi için hukuka uygun yasal bir dayanağın bulunması gerekmektedir. İdarenin düzenleyici işlemleri ile kanunun işlevsiz hale getirilmesi mümkün değildir.<sup>118</sup>

<sup>115</sup> Danıştay 13. Dairesi, 01.07.2021, E. 2021/1830, K. 2021/2607, www.kazanci.com.tr, 20.11.2023.

<sup>116</sup> Ramazan Çağlayan ve Beşir Fatih Doğan, "Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Verdiği Para Cezalarının Uygulanması". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XII/1-2 (2008): 581.

<sup>117</sup> Ulusoy, İdari Yaptırımlar, 175; Aksi Yönde Görüş İçin Bkz., F. Ebru Gündüz, "İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması". Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 8/32 (2017): 46.

<sup>118</sup> Sancakdar, "İdari Cezaların", 76; "Kanunda çerçevesi çizilmiş olmak ve kanuna aykırı olmamak koşuluyla düzenleyici işlemler ile kabahat, yani fiil belirlenebilecek

Danıştay, LPG piyasasındaki niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olan fiiller bakımından getirilen ihtar usulünün lehe kanun düzenlenmesi niteliğinde olduğunu belirtmiş ve ilgili usulü idari yaptırım kararı verilmeden önce uygulanması zorunlu bir yol olarak değerlendirmiştir.<sup>119</sup> Ancak ihtar müessesesini usule ilişkin değişiklik olarak nitelendiren ve sonraki olaylara uygulanabileceği sonucuna varan bir karşı oy da bulunmaktadır. İlgili karşı oyda, yeni düzenleme ile getirilen otuz günlük süre içerisinde hukuka aykırı durumun ortadan kaldırmaması durumunda uygulanacak faaliyetin altmış gün süre ile gecici olarak durdurulacağına ilişkin düzenlemenin, idari para cezasından daha ağır bir yaptırım olduğu tespiti yapılmış ve ilgili düzenlemenin lehe kanun niteliği taşımadığı sonucuna varılmıştır.<sup>120</sup> Petrol piyasası faaliyetlerindeki idari yaptırımlar için de düzenlenen ihtar usulüne ilişkin bir kararda da değişiklin şekli ceza normlarında bir değişiklik öngörmediği sonucuna varılmıştır.<sup>121</sup>

İhtar müessesesinin, idari yaptırım kararının verilmesine ilişkin işlemler yönünden yalnızca bir usul işlemi olup olmadığı, maddi hukuka da etki eden yönünün bulunup bulunmadığının değerlendirilme-

---

*ve bunun sonucunda sonraki düzenleme ile bir fiilin kabahat olmaktan çıkartılması veya koşullarının değişmesi durumunda lehe hüküm gündeme gelecektir; bunun yanında, mutlak kanunilik ilkesi doğrultusunda idari yaptırımın türü, süresi ve miktarı yönünden düzenleyici işlemler ile özel Kanun'da yaptırıma yönelik de takdir yetkisi tanınmış olması haricinde belirleme yapılamayacak, hukuka aykırı olarak yapılması durumunda ise bu belirleme lehe hüküm olarak değerlendirilmeyecektir.”* Danıştay 13. Dairesi, 10.09.2014, E. 2014/2632, K. 2014/2856 [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), 23.11.2023; Gündüz, idari yaptırıma konu fiillere ilişkin yeni bir lehe düzenleyici işlem tesis edildiğinde, lehe kanun ilkesinin uygulanacağı görüşündedir. Gündüz, “İdari Yaptırımlar”, 55.

<sup>119</sup> “Bu bağlamda, niteliği itibarıyla düzeltme imkânı bulunan fiilleri işleyenlerin önceki kanun döneminde doğrudan idarî para cezasına muhatap oldukları halde, söz konusu kanun değişikliğinden sonra aynı fiilleri işleyenlerin ihlalin ortadan kaldırılması hususunda ihtar edilmelerinin öngörülmesi, böylelikle ihtar edilen kişilerin söz konusu ihlali ortadan kaldırarak ceza almaktan kurtulabilmelerine imkân tanınması karşısında, ihtar müessesesinin maddî hukuka etkisinin bulunduğu ve lehe kanun kapsamında belirtilen fiilleri önceki kanun döneminde işleyenler yönünden de geçmişe etkili olarak uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.” Danıştay 13. Dairesi, 19.09.2019, E. 2019/2773, K. 2019/2680; Danıştay 13. Dairesi, 11.06.2022, E. 2022/1974, K. 2022/2393, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), 23.11.2023.

<sup>120</sup> Danıştay 13. Dairesi, 26.01.2021, E. 2020/1503, K. 2021/290, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), 23.11.2023.

<sup>121</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 29.01.2020, E. 2019/2414, K. 2020/134, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), 23.11.2023.

si ile ortaya çıkacaktır. 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un<sup>122</sup> "Lehe olan hükümlerin uygulanmasında usul" başlıklı 9. maddesindeki hüküm dikkate alınmalıdır. İlgili hükümde, lehe olan hükmün, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirleneceği kurala bağlanmıştır. İhtarın gereğinin yerine getirilmesi durumunda idari yaptırım kararının tesis edilmeyecek olması, söz konusu kanun değişikliğinin doğrudan maddî hukuka yönelik etki ve sonuçlarının olduğuna işarettir. Nitekim petrol piyasası ile ilgili yakın tarihli bir Danıştay kararında, 5015 sayılı Kanun'da idari para cezası verilmeden önce ihtarda bulunma kuralını getiren hüküm lehe kanun niteliğinde değerlendirilmiştir.<sup>123</sup> Lehe kanun niteliği, idari yaptırım kararının verilmesini zorlaştıran her türlü usuli değişikliğe ilişkin olabilir.<sup>124</sup> Söz konusu değişiklikler aynı anda hem usul hukukuna hem de maddi hukuka etki edebilir.<sup>125</sup> LPG piyasası faaliyetleri üzerinde uygulanacak idari yaptırımlar için öngörülen ihtar usulü, ihtar edilen kişilerin ihlali ortadan kaldırarak ceza almaktan kurtulabilmelerine imkân tanıdığından yalnızca usulü bir değişiklik niteliğinde değildir.<sup>126</sup>

LPG piyasası faaliyetlerine uygulanan idari para cezalarından tahsilatı tamamlanmamış olanlar bakımından da lehe kanun ilkesi uygulama alanı bulur. Nitekim 5307 sayılı Kanun geçici m. 8/2'de, Kurul kararına bağlanmış ancak tahsilatı tamamlanmamış olan idari

<sup>122</sup> Resmî Gazete Tarihi: 13.11.2004 Resmî Gazete Sayısı: 25642.

<sup>123</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 03.02.2022, E. 2021/344, K. 2022/316, www.hukukturk.com, 25.11.2023).

<sup>124</sup> Gündüz, "İdari Yaptırımlar", 46; Benzer yönde verilen örnek yargı kararları için bkz. Onur Kaplan, "Danıştay Kararları Çerçevesinde İdari Yaptırımlarda Lehe Hükümün Uygulanması İlkesi". Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVI/2 (2021): 471-473.

<sup>125</sup> Ulusoy, İdari Yaptırımlar, 77.

<sup>126</sup> Aksi yönde görüş bildiren Gülan "Bir fiile ilişkin süreçte, ihlal üzerine uyarıda bulunmak ve ek süre verilerek yerine getirilmesini beklemek ve uyarıya rağmen ihlal giderilmezse idari para cezasına hükmetmek şeklindeki "bir işlem sürecine ilişkin" düzenlemede, "uyarı", idari bir usul kuralı olarak boy gösterir." diyerek uyarının usul kuralı olduğuna kanaat getirmiştir. Aydın Gülan, "Kanun Değişikliğiyle İdari Para Cezası Verilmeden Önce "Uyarı Şartı Getirilmesi, Kimi Durumlarda Görülmekte Olan İptal Davasını Etkileyecek Lehe Bir Düzenleme Sayılabilir Mi?". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan), 21, (Özel Sayı), (2019): 2959.

para cezaları bakımından, daha düşük bir idari para cezası uygulanmasının öngörülmesi durumunda ilgili vergi dairesince Kanun'un 16. maddesinin ilgili bentlerinde belirlenmiş olan asgari maktu hadden tahsil edileceği düzenlenmiştir. Danıştayın onadığı bir ilk derece mahkemesi kararında ise lehe düzenleme getiren kanun hükümleri uyarınca şirketin bir önceki yıla ait net satış tutarının bulunamadığı durumlarda asgari maktu had üzerinden idari para cezasının tahsil edilebileceğine hükmedilmiştir.<sup>127</sup>

#### **v. Ölçülülük İlkesine Uygunluk**

EPDK tarafından verilen idari yaptırım kararlarında bağlı yetki ya da takdir yetkisi söz konusu olabilir. Bağlı yetki, bir hukuk normunun idarenin nasıl hareket edeceği, hangi idari usulleri izleyeceği konusunda belirleme yaptığı durumu ifade eder. Takdir yetkisi ise bir hukuk normu ile idarenin nasıl bir uygulama yapacağı konusunda herhangi bir belirleme yapmadığı durumlarda söz konusu olur. Takdir yetkisi sınırsız ve keyfi biçimde kullanılamaz. Takdir yetkisine dayalı olarak tesis edilen işlemler de yargı denetimine tabidir.<sup>128</sup> EPDK'nin takdir yetkisi ile belirlediği idari yaptırımlarda, idari yargı organının Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kurallara uygunluğunu denetlemesi gerekir.<sup>129</sup>

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından düzenlenen 1980 tarihli ve R(80)2 nolu İdari Makamlarca Takdir Yetkisi Kullanması Hakkında Tavsiye Kararı'nda, takdir yetkisi kullanımının objektif olarak gerçekleştirilmesi ve kanun önünde eşitlik ilkesini gözetmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca takdir yetkisi çerçevesinde tesis edilen işlemlerden olumsuz etkilenebilecek kişilerin hak, özgürlük ve menfaatleri ile işlemin güttüğü amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir.

---

<sup>127</sup> Danıştay 13.Dairesi, 22.06.2022, E. 2021/2147, K. 2022/27, www.hukukturk.com, 20.11.2023.

<sup>128</sup> Cemil Kaya, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2022), 120.

<sup>129</sup> Ölçülülük ilkesi yalnızca yargı organının değil, üst mercie yapılan başvuruda da dikkate alınması gereken bir ilkedir. Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002), 34.

Ölçülülük ilkesinin değerlendirildiği yaptırım türü idari para cezalarıdır. Mülkiyet hakkını sınırlayan idari para cezalarının ölçülülük ilkesine uygun olarak tesis edilmesi gerekir. Ölçülülük, idarenin yetkilerini kullanırken varmak istediği hukuki sonuca götürecekt en uygun ve zorunlu yetkiyi kullanmasını ifade eder. Söz konusu yetkinin meşru bir temele dayanması, ilgili mevzuatta belirtilen amaca yönelmesi ve gereklilik unsurları çerçevesinde kullanılması gerekir.<sup>130</sup> Ölçülülük ilkesi değerlendirilmesinde idari yaptırımın meşruiyeti, sağladığı faydanın, getirdiği yükten fazla olduğu durumlarda söz konusu olur.<sup>131</sup> İdari düzeni ihlal edici faaliyet ile uygulanan idari yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun bir nispet bulunmalıdır.<sup>132</sup> Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesi değerlendirmelerinde elverişlilik, gereklilik ve orantılılık kriterlerini incelemektedir.<sup>133</sup> EPDK tarafından verilen idari yaptırım kararlarında, yaptırımın hukuka aykırı piyasa faaliyetini önlemek için elverişli olup olmadığı ve yaptırımın hedeflenen amaca ulaşılması için mülkiyet hakkına en az müdahale niteliği taşıyıp taşımadığı incelenmektedir.<sup>134</sup>

5307 sayılı Kanun m. 16'da idari para cezalarının, işlenen fiilin türüne göre bir önceki yılda lisansa konu LPG piyasası faaliyetinden elde edilen net satış hasılatı üzerinden hesaplanacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. LPG piyasasında idari para cezaları bakımından EPDK'nin takdir yetkisi kullanılacağı tek durum LPG piyasası faaliyetleri için net satış hasılatının olmaması veya tespitin yapılamaması durumlarıdır. Söz konusu ihtimaller bakımından Kanun'da yer alan oranlar ve asgari azami hadler çerçevesinde belirlenecek olan satış hasılatı üzerinden idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. EPDK, LPG piyasası faaliyetlerinden elde edilen satış hasılatına ilişkin belirlemeyi takdir yet-

<sup>130</sup> Oğurlu, Ölçülülük, 34; Disiplin cezaları yönünden ölçülülük ilkesi değerlendirmesi için bkz. Egemen Karaca, Üniversitelerde Disiplin Rejimi (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019).

<sup>131</sup> J., Mathews "Proportionality Review in Administrative Law", The Judge and Proportionate Use of Discretion: The Comparative Administrative Law Study (London: Routledge, 2017), 3-4.

<sup>132</sup> Çağlayan, "İdari Yaptırım", 104.

<sup>133</sup> Anayasa Mahkemesi, 11.04.2012, E. 2011/111, K. 2012/56, www.kazanci.com.tr, 24.11.2023.

<sup>134</sup> Anayasa Mahkemesi, 20.10.2021, Başvuru Numarası: 2018/18975, www.kazanci.com.tr, 24.11.2023.

kisi çerçevesinde yapmaktadır. İdari para cezası miktarının hangi gerekçeye dayanılarak belirlendiğinin de somut bir şekilde ortaya konulması gerekir. Zira idarenin takdir yetkisine sahip olması gerekçeli karar alma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.<sup>135</sup> İdareye tanınmış olan takdir yetkisinin objektif hususlara bağlanması şarttır.<sup>136</sup> EPDK, temel hak ve özgürlükleri sınırlayacak bir karar alırken, ölçülülük ilkesine uygun olarak teknik araçlardan ve verilerden yararlanmak zorundadır. Takdir yetkisinin kullanımında teknik verilerden hiç yararlanılmaması işlemin sebep unsuru yönünden sakatlar.<sup>137</sup>

EPDK tarafından verilen idari para cezalarının ölçülülük ilkesine aykırılık gerekçesiyle idari yargı organı tarafından yeniden hesaplanmak suretiyle iptal edilmesi mümkün değildir. İdari yargı organı, ölçülülük ilkesine uygun olmayan bir idari para cezasını iptal eder ve ceza EPDK tarafından yeniden hesaplanır. Aksi durum Anayasa m. 125/4'te yer alan yerindelik denetimi yasağına aykırı olur. Bununla birlikte Fransa'da iptal davasında yargıcın düzeltme yetkisi kabul edildiğinden idari para cezasının ne kadar belirlenmesi gerektiği yönünde bir karar verilebilmektedir.<sup>138</sup>

LPG piyasası faaliyetlerinde düzeltme imkânı olan fiillerin işlenmesi sebebiyle yapılan ihtara rağmen faaliyetin tam düzeltilmemesi durumunda kanunda belirtilen idari yaptırımın tesis edileceği düzenlenmiştir. Ancak düzeltmenin kısmi olarak gerçekleşmesi ihtimalinde verilen idari para cezasının herhangi bir indirim yapılmaksızın verilmesinin ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı değerlendirmeye açıktır. Doktrinde söz konusu ihtimal bakımından kanunda idareye bir takdir yetkisi tanınması gerektiği belirtilmektedir.<sup>139</sup>

---

<sup>135</sup> Akıllıoğlu, 52.

<sup>136</sup> Akıncı, İdarenin Gözetim ve Denetimi, 204.

<sup>137</sup> Onur Karahanoğulları, İdare Hukuku (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 124.

<sup>138</sup> Tan, "Bağımsız İdari Otoriteler", 102-103. Hırvatistan, Litvanya, Lüksemburg, Slovenya, Slovakya, Finlandiya ve İsveç'te de bağımsız idari otoriteler tarafından verilen idari para cezaları idari yargı organı tarafından değiştirilebilir. Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union (ACA), "Europe symposium Disputes concerning acts by regulatory authorities, General Report" (Erişim Tarihi 05.12.2023), chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.aca-europe.eu/seminars/2021\_Paris/2021\_Paris\_General\_Report\_en.pdf, 28.

<sup>139</sup> Ulusoy, "EPDK", 187.

## vi. Çifte Cezalandırma Yasağına (Non bis in idem) Uygunluk

Bir kişinin aynı fiilden dolayı cezalandırılmamasını ifade eden çifte cezalandırma yasağı (non bis in idem ilkesi), AİHS'nin ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinde açıkça düzenlenen temel ceza hukuku ilkelerindedir. Bu ilke, kural olarak LPG piyasası faaliyetlerindeki idari yaptırımlar için sınırlı olarak uygulanmaktadır. 5326 sayılı Kanun m. 15'te aynı fiil nedeniyle birden fazla idari para cezası verilmesi yasaklanmıştır.<sup>140</sup> İlgili hükümde bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse, en ağır idari para cezasının verileceği düzenlenmiştir.<sup>141</sup> Ancak idari para cezası ile diğer idari yaptırımların uygulanması bu yasak kapsamında değerlendirilmemektedir.<sup>142</sup> Bu durum evrensel ceza hukuku ilkelerine ve hukukun genel ilkelerine aykırı değerlendirilmektedir.<sup>143</sup>

Hukuka aykırı fiilin hem idari yaptırım hem de idari tedbir gerektirmesi durumunda da söz konusu ilke uygulanmamaktadır.<sup>144</sup> Hukuka aykırı fiilin hem suç hem de idari yaptırıma konu olması durumunda ise 5326 sayılı Kanun m. 15/3 gereğince yalnızca suç nedeniyle ceza verilir. Ancak LPG piyasasında 5307 sayılı Kanun m. 16 ve 17'de kaçak LPG ile piyasa faaliyetinde bulunanlara idari yaptırım tesis edileceği ve 5607 sayılı Kanun hükümlerinin de uygulanacağı belirtilmiş-

<sup>140</sup> "...davacının otogaz LPG faaliyeti yaparken otogaz istasyonlarına tüplü ve dökme LPG ikmali yapmamakla yükümlü olduğu ve bu eylemin 5307 sayılı Kanun'un 5. maddesinin dokuzuncu fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendini ihlâl ettiği ve LPG'nin araçtan araca aktarılmasının doğal olarak bu fiilin işleniş biçimini oluşturduğu anlaşıldığından, işlediği bir fiil ile birden fazla kabahatin oluşmasına sebebiyet veren davacı hakkında en ağır idarî para cezasının verilmesi gerekirken anılan Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi uyarınca dava konusu 339.814,00-TL idarî para cezasının davacıya ayrıca uygulanmak suretiyle Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasında yer alan fikrî içtima kuralının ihlâl edildiği anlaşılmaktadır." Danıştay 13. Dairesi, 11.3.2021, E. 2015/3710, K. 2021/894, www.hukukturk.com, 10.12.2023.

<sup>141</sup> Benzer düzenlemenin bulunduğu petrol piyasasına ilişkin bir uyumsuzluk örneğinde de petrol piyasası mevzuatında iki ayrı ihlal olarak değerlendirilen bir fiilin karşılığında ağır olan cezanın verileceğine hükmedilmiştir. Danıştay 13. Dairesi, 30.09.2011, E. 2009/1618, K. 2011/4156, www.hukukturk.com, 10.12.2023.

<sup>142</sup> Ulusoy, İdari Yaptırımlar, 111.

<sup>143</sup> Ulusoy, İdari Yaptırımlar, 114.

<sup>144</sup> Ulusoy, İdari Yaptırımlar, 111.

tir.<sup>145</sup> Doktrinde ve yargı kararlarında iki ceza türü arasında korunan hukuki yarar arasındaki farklılık nedeniyle söz konusu ilkenin uygulanmayacağı ifade edilmiştir.<sup>146</sup> Ancak AİHM aynı fiile dayalı olarak tesis edilen adli ceza ve idari yaptırım kararlarında ilkenin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>147</sup>

## **SONUÇ**

Bu çalışmada LPG piyasası faaliyetleri üzerindeki idari yaptırımların kapsamı ve yargısal denetimi incelenmiştir. EPDK'nin LPG piyasasını denetleme yetkisi, regülasyon işlevinin en önemli unsurunu oluşturur. Denetleme yetkisi idari tedbir niteliğinde olan faaliyetin durdurulması ve idari yaptırım niteliğinde olan lisans iptali ve idari para cezaları aracılığı ile yerine getirilir. İdari işlem niteliğinde olan idari tedbir ve yaptırımlara karşı Anayasa 125/1 gereğince yargı yolu açıktır.

Çalışmada, LPG piyasasında ikincil mevzuata ya da kurul kararlarına aykırılığa dayalı olarak verilecek idari yaptırımlardaki idari usul kurallarının kanunda düzenlenmediği tespit edilmiştir. Benzer şekilde savunma hakkının kullanımı konusunda da kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Adil yargılanma ilkesinin bireyler tarafından etkin kullanımının en önemli unsurlarından birisi olan ilgili idari usul kurallarına ilişkin usul ve esasların 5307 sayılı Kanun'da düzenlenmesi gerekmektedir.

EPDK, 4628 sayılı Kanun'un 5. maddesinin son fıkrası uyarınca, faaliyetin geçici olarak durdurulması ve lisans iptali ile ön araştırma ve soruşturma işlemlerinin yürütülmesi konularındaki yetkilerinin bir kısmını veya tamamını Başkanlığa ve/veya ilgili hizmet birimine dev-

---

<sup>145</sup> Kaçakçılık suçuna ilişkin beraat veya mahkûmiyet kararı verilmesi, aynı fiil nedeniyle tesis edilen idari yaptırımın yargısal denetimine engel teşkil etmez. Danıştay 13. D, 05.02.2020, E. 2020/4, K. 2020/321, www.hukukturk.com, 10.12.2023.

<sup>146</sup> Oğurlu, İdari Yaptırımlar, 80; Özay, İdari Yaptırımlar, 64. Benzer yönde bir Anayasa Mahkemesi kararında ise "...konu bakımından birbirine benzeseler dahi, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle aynı fiilin ayrı hukuk disiplinleri kapsamında farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve "aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz" ilkesine aykırılık teşkil etmez." şeklinde hüküm kurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, 05.03.2015, E. 2014/124, K. 2015/24, www.kazanci.com.tr, 10.12.2023.

<sup>147</sup> AİHM, Gradinger/Avusturya, 23.10.1995, Başvuru No: 15963/9, www.hudoc.echr.coe.int



rededilmektedir. Soruşturma aşamasında kullanılan yetkilerin, yetki devri müessesine aykırı bir şekilde kapsamlı olarak devredilmesi ve temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı mahiyetteki yetkilerin yönetmelik ile tanınmış olması hukuka uygun değerlendirilmemiştir. Ayrıca idari yaptırım tesis etme yetkisinin yetki devrine konu olması kurulsallık ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

LPG piyasa faaliyetlerinin özel denetim kuruluşlarından hizmet alımı yoluyla denetlenmesi mümkün kılınmıştır. İlgili denetim yetkisi, Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrası uyarınca genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken, asli ve sürekli hizmet niteliğindedir. Bu nedenle özel kuruluşlar aracılığı ile yürütülen denetim hizmetinin yetki kapsamı, hazırlık işlemi niteliğindeki raporlama yetkisi ile sınırlı olmalıdır. LPG Ön Araştırma ve Soruşturmalar Hakkında Yönetmelik m. 26 gereğince, yetkilendirilmiş farklı kurum personeli ya da özel kuruluşlar tarafından hazırlanan denetim raporlarının, soruşturma raporu gibi değerlendirilebilme imkanının tanınmış olması, ekonomik kolluk yetkisinin devri niteliği taşıdığından, anayasaya uygun olmadığı kanaatine varılmıştır.

LPG piyasası faaliyetlerinden niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olan ve olmayan fiillerin EPDK kararlarıyla belirlenmesinin kanunilik ilkesine uygun olmadığı değerlendirilmektedir. Zira söz konusu fiillerin kapsamı temel hak ve özgürlüklere doğrudan etki etmektedir.

EPDK tarafından tesis edilen idari para cezalarında, net satış hasılatının belirlenemediği durumlarda, LPG ikmali, satışı veya benzeri deliller ile emsal olabilecek LPG piyasası faaliyetleri üzerinden belirlenecek olan oranlar ve asgari azami had dâhilinde bir hesaplama yapılmaktadır. Söz konusu belirlemede, ölçülülük ilkesine uygun karar verilmeli ve kullanılan takdir yetkisinin somut gerekçelere dayandırılması gerekmektedir.

LPG piyasası faaliyeti yürütenlere uygulanan idari yaptırım kararlarının hak kaybı yaratması da muhtemeldir. Hukuk devleti ilkesi gereğince, idari yaptırım kararlarının kusurlu olarak tesis edildiğinin ortaya konulması koşulu ile zararların EPDK tarafından tazmin edilmesi mümkün olmalıdır.<sup>148</sup>

---

<sup>148</sup> Düzenleyici ve denetleyici kurumların sorumluluğuna ilişkin bilgi için bkz., Meltem Kutlu Gürsel, "İdare Hukuku Bağlamında Bağımsız İdari Otoritelerin Sorumluluğu SPK ve BDDK Örneği". İzmir Barosu Dergisi, 69(2), (2004): 31.

| <b>YAZAR BEYANI</b>                       |  |
|---|--|
| <b>Mali Destek/Teşekkür Beyanı:</b>       | Bulunmamaktadır.   |
| <b>Yazarların Katkıları</b>               | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.                                  |
| <b>Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı</b> | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| <b>Etik Kurul Onayı:</b>                  | Gerekmektedir.   |

### **KAYNAKÇA**

Akıllıoğlu, Tekin. “Bireyin Yönetmelik İşlemler Karşısında Korunması” ve Yönetim Hukukumuz”, Amme İdaresi Dergisi, 14/3, (1981): 37-56.

Akıncı, Müslüm. Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, İstanbul: Beta Yayınevi, 1999 (Bağımsız İdari Otoriteler).

Akıncı, Müslüm. “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”. Rekabet Dergisi. 5, (2001): 2-16 (Ekonomik Kamu Düzeni).

Akıncı, Müslüm: Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017. (İdarenin Gözetim ve Denetim).

Akıncı, Müslüm. Bağımsız İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000.

Altındağ, Samet. “5015 Sayılı Petrol Piyasası Kanunu Çerçevesinde İdari Yaptırımlar ve Yargısal Denetimi”. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Gazi Üniversitesi Enstitüsü, 2016.

Arslan Zehreddin ve Kahraman Berk. Rekabet Kurumu’nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi. İstanbul: Alfa Yayınları, 2000.

Aslan, İ. Y. Enerji Hukuku. Cilt III, İstanbul: Ekin Yayınevi, 2009, (Enerji)

Aslan, Gündüz Alp. “Türk Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Yetki Unsurundaki Sakatlığın Düzenleyici İşleme Etkisi”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 65/3 (2016): 571-631. (Bağımsız İdari Otoritelerin).

Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union (ACA), "Europe symposium Disputes concerning acts by regulatory authorities, General Report" (Erişim Tarihi 05.12.2023), chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.aca-europe.eu/seminars/2021\_Paris/2021\_Paris\_General\_Report\_en.pdf.

Atay, Ender Ethem. "Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi". Rekabet Kurumu Konferansı, (2000): 51-94.

Ayanoğlu, Taner. "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 65/1 (2007): 39 – 83.

Balcı, Murat. Enerji Hukukunda Suçlar ve Kabahatler –I–, Petrol Kaçakçılığı Suçları ve Petrol Piyasası Kanununda Düzenlenen Kabahatler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.

Çağlayan, Ramazan. İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2006.

Çağlayan Ramazan ve Beşir Fatih Doğan, "Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Verdiği Para Cezalarının Uygulaması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XII/1-2 (2008): 565-583.

Çakmak, Zeynep. Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu. Ankara: Çakmak Yayınevi, 2011.

Çal, Sedat. "Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Kurulu". Ankara Barosu Dergisi, 3 (2001): 93-112.

Çanacık Cumhuriyet. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Tarafından Regülatif İdari Yaptırım Uygulanmasında İzlenen İdari Usullere Ege-men Olan İlkeler. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Ceylan, Mahmut. İdari Yaptırımların Düzenlenmesinde ve Uygulanmasında Yetki. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

De Moor-Van Vugt Adrienne. "Administrative Sanctions In Eu Law", Review of European Administrative Law. 5/1 (2012): 5-41.

Duran, Lütfi. "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler". Amme İdaresi Dergisi, 30/1 (1997): 3-10. (Bağımsız İdari Otoriteler).

Ekinci, Murat. "Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar". Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 3, (2017): 19-54.

EPDK, “Sıvılaştırılmış Petrol Gazlarının (LPG) Farklı Kullanım Alanlarının İncelenmesi”, (Erişim Tarihi 20.06.2023), file:///C:/Users/Ezqip/Downloads/\_Portaladmin\_Uploads\_Content\_Fastaccess\_3e419a6055766.Pdf.

EPDK, “Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası 2022 Yılı Sektör Raporu”, (Erişim Tarihi 20.06.2023), <https://www.epdk.gov.tr/Detay/Icerik/3-0-108-1002/Lpgyillik-Sektor-Raporlari>.

EPDK, “2022 Yılı Faaliyet Raporu”, (Erişim Tarihi 08.02.2024) <https://www.epdk.gov.tr/Detay/Icerik/3-0-56/faaliyet-raporlari>.

Erdinç, Burcu. “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”. Ankara Barosu Dergisi, 2 (2012): 241-276.

Ergün, Çağdaş Evrim. “Türkiye ve Avrupa Birliği’nde Enerji Alanındaki Bağımsız İdari Otoriteler”, TBB Dergisi, 17/50 (2004): 45-60.

Evren, Çınar Can. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Özelinde İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi. Ankara: Savaş Yayınları, 2020.

Gençay, Şehnaz. “Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu’nun Yaptırım Uygulama Yetkisi ve Yargısal Denetimi”. Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ocak 2010, Ankara Barosu Yayınları, 3, (2011): 177-184.

Gola, J. “Regulation of The Energy Sector In France And Its Judicial Review”. Eurasian Journal Of Social Sciences, 7/4 (2019): 40-47.

Gölcüklü, Feyyaz. “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi. XVIII/2 (1963):115-182.

Gözler, Kemal. İdare Hukuku. Cilt I, 2. Baskı. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019, (Cilt I).

Gözler, Kemal. İdare Hukuku. Cilt II, 2. Baskı. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019, (Cilt II).

Güçlü, Yaşar. İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar. Güncellenmiş 4. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Günday, Metin. İdare Hukuku. 10. Baskı. Ankara: İmaj Yayınevi, 2011, (İdare Hukuku).

Gündüz, F. Ebru. “İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 8/32 (2017): 33-60.

Inocencio, F.G. I. "Independent Regulatory Agencies In The Oil And Gas Industry". *International Energy Law Review*, 4 (2018): 136-146.

Kağıtçıoğlu, Mutlu. *Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Kaplan, Onur. "Danıştay Kararları Çerçevesinde İdari Yaptırımlarda Lehe Hükümün Uygulanması İlkesi". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVI/2 (2021): 445-486.

Karabulut, Mustafa. *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.

Karaca, Egemen. *Üniversitelerde Disiplin Rejimi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

Karahanoğulları, Onur. *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.

Karakurt, Ahu. "Sermaye Piyasası Kanunu Bağlamında İdari Yaptırımlar". *TBB Dergisi*, 85 (2009): 137-172.

Kaya, Cemil. *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim*. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2022.

Kojima, M. *The Role Of Liquefied Petroleum Gas In Reducing Energy Poverty*, World Bank, 2011.

Kutlu Gürsel, Meltem. "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi". Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7, Özel Sayı, (2005): 493-554, (Sermaye Piyasası Kurulu'nun).

Kutlu Gürsel, Meltem. "İdare Hukuku Bağlamında Bağımsız İdari Otoritelerin Sorumluluğu SPK ve BDDK Örneği". *İzmir Barosu Dergisi*, 69/2 (2004): 16-31, (Bağımsız İdari Otoritelerin).

Marique, Yseult. *The Rule-Making Powers Of Independent Administrative Agencies, ('Quangos')*. *Electronic Journal Of Comparative Law*, 11/3 (2007): 1-41.

Mathews J. *Proportionality Review In Administrative Law, The Judge And Proportionate Use Of Discretion: The Comparative Administrative Law Study*. London: Routledge, 2017.

Oğurlu, Yücel. *İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001. (İdari Yaptırımlar).

Oğurlu, Yücel. Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002. (Ölçülülük).

Öğütçü, Muhlis. Çevre Kanunu'ndaki İdari Yaptırımlar. Ankara: Adalet Yayınevi. Ankara, 2022.

Örs, Cengiz Ozan. İdare Hukuku Açısından Petrol Piyasası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Özay, İl Han. Günışığında Yönetim. Filiz Kitabevi, 2004. (Günışığında).

Özay, İl Han. İdari Yaptırımlar. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1985, (İdari Yaptırımlar).

Özkan, Ahmet Fatih. Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti. Ankara Barosu Dergisi, 67/4 (2009):75-94. (Ekonomik Kamu Düzeni).

Özkan, Gürsel. "İdari Yaptırımlar, Lehe Kanun Uygulaması ve Yargıya Güven". International Conference On Eurasian Economies, 175-185, İstanbul: Beykent Üniversitesi Yayınları, 2020, (İdari Yaptırımlar).

Özkan, Gürsel. "Danıştay İçtihatlarına Göre Gerekçenin Önemi", Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması (Raporlar ve Tebliğler). Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2021. (Gerekçe).

Öztürk, K. Burak. Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, (Düzenleme Yetkisi).

Öztürk K. Burak. "İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi", Prof. Dr. Metin Günday Armağanı Cilt II, Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020, (Sebep Unsuru).

Rozo- Álvarez, Carlos Yezid, Lindsay, Alvarez-Pomar, Ernesto, Gómez-Vargas, Imelda, Lizcano-Carod, "Sectorial analysis of liquefied petroleum gas". Visión, Electrónica. 13/2 (2019): 358-373.

Sancakdar, Oğuz. "İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri". İstanbul Kültür Üniversitesi Uluslararası İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 59-107. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009. (İdari Cezaların).

Sancakdar, Oğuz. "İdari Hukuku Yönüyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Kısa Bir Değerlendirmesi". Amme İdaresi Dergisi. 34/4 (2001): 97-136, (Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu).

Sancakdar, Oğuz vd. İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.

Sanlı Kerem Cem. "Rekabet Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Akaryakıt Dağıtım Sektöründeki Dağıtım Sözleşmeleri II: Gelinek Nokta, Sorunlar ve Değerlendirmeler". Rekabet Dergisi. 11/3 (2010): 177-230.

Sever, Dilşad Çiğdem. "Türkiye'de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü". AÜHFD, 64/1 (2015): 195-236

Sezginer, Murat. "İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Birleşik İradeli "Birleşme" Sözleşmeler". Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 17/2 (2013): 1589-1622.

Tan, Turgut. "Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi". Amme İdaresi Dergisi, 8/2 (1975): 33-49. (Ekonomik İdari Kararların).

Tan, Turgut. "Bağımsız İdari Otoriteler". Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları-4. 3-17. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 2000. (Bağımsız İdari Otoriteler).

Tan, Turgut. "İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Güvenceler". Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005. (İdari Yaptırımlar).

Tan, Turgut. Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015. (Ekonomik Kamu Hukuku).

Turgut Tan ve Şeref Gözübüyük, İdare Hukuku Cilt I. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.

Tekinsoy Ayhan. "Bağımsız İdari Otoriteler Ve Regülasyon Anlayışı - Tartışmalar, Sorunlar". Ankara Barosu Dergisi. 65/2 (2007): 119-134. (Bağımsız İdari Otoriteler)

Ulusoy, Ali. Bağımsız İdari Otoriteler. Ankara: Turhan Kitabevi, 2003. (Bağımsız İdari Otoriteler).

Ulusoy, Ali. İdari Yaptırımlar. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2013. (İdari Yaptırımlar).

Ulusoy, Ali. "EPDK Uygulamaları ve Yargı Kararları". Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 184-190. Ankara: Ankara Barosu Yayını, 2011. (EPDK).

Uran, Emrah. Türkiye'deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.

Veen, A. Regulation Without Representation? Independent Regulatory Authorities and Representative Claim-Making in The Netherlands. Hollanda: Proefschrift, 2014.

Yet, Orhun, "EPDK Uygulamaları ve Yargı Kararları", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 166-168. Ankara: Ankara Barosu Yayını, 2011.

Yıldırım, Turan. "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi". 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, 201-206. Ankara: Danıştay Yayını, 2000.

Zanobini, Guido. İdari Müeyyideler, Çeviren Yılmaz Günel), Ankara: Sevinç Matbaası, 1964.

### **Yargı Kararları**

AIHM, Gradinger/Avusturya, Başvuru No: 15963/90 (23.10.1995), [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

Anayasa Mahkemesi, K. 2012/56 (11.04.2012), [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

Anayasa Mahkemesi, K. 2012/101 (05.07.2012), [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

Anayasa Mahkemesi, K. 2015/24 (05.03.2015), [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

Anayasa Mahkemesi, K. 2015/38 (01.04.2015), [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

Anayasa Mahkemesi, K. 2016/28 (07.04.2016), [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr).

Anayasa Mahkemesi, K. 2018/6 (18.01.2018), [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

Anayasa Mahkemesi, K. 2023/163 (28.09.2023), [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr).

Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2018/18975 (20.10.2021), [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 8. İdari Dava Dairesi, K. 2020/2492 (23.12.2020), [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 7. İdari Dava Dairesi, K. 2017/562 (29.11.2017), [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

Danıştay 10. Dairesi, K. 1994/5633 (10.11.1994), Danıştay Dergisi, S.90, 1047.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, K. 2005/2501 (20.10.2005), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay 13. Dairesi, K. 2008/6762 (13.10.2008), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).



Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, K. 2009/396 (05.03.2009), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, K. 2009/364 (05.03.2009), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay 13. Dairesi, K. 2009/7034 (23.06.2009), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, K. 2009/1868 (22.10.2009), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, K. 2009/3440 (24.12.2009), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay 8. Dairesi, E. 2009/8191 (15.01.2010), [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

Danıştay 13. Dairesi, K. 2011/3006 (22.06.2011), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay 13. Dairesi, K. 2011/4156 (30.09.2011), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay 13. Dairesi, K. 2014/2856 (10.09.2014), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay 13. Dairesi, K. 2014/3484 (12.11.2014), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay 13. Dairesi, K. 2014/4501 (23.12.2014), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)

Danıştay 17. Dairesi, K. 2015/1559 (29.04.2015), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com),

Danıştay 13. Daire, K. 2017/1161 (25.04.2017), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay 13. Dairesi, K. 2018/137 (11.01.2018), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay 10. Dairesi, K. 2018/3385 (08.11.2018), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay 13. Dairesi, K. 2019/2680 (19.09.2019), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay, 13. Dairesi, K. 2019/4450 (18.12.2019), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, K. 2020/134 (29.01.2020), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, K. 2022/316 (03.02.2022), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay 13. Dairesi, K. 2020/321 (05.02.2020), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay 13. Dairesi, K. 2020/582 (20.02.2020), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay 13. Dairesi, K. 2020/587 (24.02.2020), [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

Danıştay 13. Dairesi, K. 2020/735 (04.03.2020), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

Danıştay 13. Dairesi, K. 2020/1535 (23.06.2020), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

- Danıştay 10. Dairesi, K. 2020/6598 (21.12.2020) [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).
- Danıştay 13. Dairesi, K. 2021/290 (26.01.2021), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).
- Danıştay, 13. Dairesi, K. 2021/357 (28.01.2021), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).
- Danıştay 13.Dairesi, K. 2021/928 (18.02.2021), [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).
- Danıştay 13. Dairesi, K. 2021/894 (11.03.2021), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com),
- Danıştay 13. Dairesi, K. 2021/1852 (25.05.2021), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).
- Danıştay 13. Dairesi, K. 2021/2062 (02.06.2021), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)
- Danıştay 13. Dairesi, K. 2021/2607 (01.07.2021), [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).
- Danıştay 13.Dairesi, K. 2021/4031 (25.11.2021), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).
- Danıştay, 2. Dairesi, K. 2021/4688 (02.12.2021), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).
- Danıştay 13.Dairesi, K. 2021/149 (02.12.2021), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).
- Danıştay 13. Dairesi, K. 2021/4149 (02.12.2021), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).
- Danıştay 6. Dairesi, K. 2021/14507 (28.12.2021), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).
- Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, K. 2021/2625 (24.11.2021), [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).
- Danıştay 13. Dairesi, K. 2022/419 (15.02.2022), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).
- Danıştay 13. Dairesi, K. 2022/1100 (17.03.2022), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).
- Danıştay 13. Dairesi, K. 2022/2084 (17.05.2022), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).
- Danıştay 13. Dairesi, K. 2022/2393 (11.06.2022), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).
- Danıştay 13. Dairesi, K. 2022/2759 (21.06.2022), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).
- Danıştay 13.Dairesi, K. 2022/27 (22.06.2022), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).
- Danıştay 13. Dairesi, K. 2022/2955 (29.06.2022), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).



**AKİM KALMIŞ AZMETTİRMEDE  
CEZAI SORUMLULUĞUN İLKE VE SINIRLARI  
-AYNI ZAMANDA HAMM EYALET YÜKSEK  
MAHKEMESİNİN KARARININ TARTIŞILMASI (OLG  
HAMM V. 22.10.1991 - L WS 249/91\*)-**

*Grund und Grenzen der Strafbarkeit der  
mißlungenen Anstiftung  
- Zugleich eine Besprechung des Beschlusses des  
OLG Hamm v. 22.10.1991 - I Ws 249/91-*

**Yazar: Professor Dr. René Bloy, Freiburg/Br\*\***

**Çeviren: Dr. Öğr. Üyesi Sercan TOKDEMİR\*\*\***

\* Bkz aşağıda s. 521. (Bu dipnottaki sayfa numarası, künyesi verilen mahkeme kararının çalışmanın yayınlandığı *Juristisch Rundschau* isimli derginin 1992 tarihli 12'inci sayısında bulunduğu yerin sayfa numarasını ifade etmektedir.). Karar için ayrıca bkz. beck-online, erişim tarihi: 30.07.2019).

\*\* Ceza hukuku profesörü olan *René Bloy* hakkında bkz [https://de.wikipedia.org/wiki/Ren%C3%A9\\_Bloy](https://de.wikipedia.org/wiki/Ren%C3%A9_Bloy). Çalışmanın orijinal metni için bkz René Bloy, "Grund und Grenzen der Strafbarkeit der mißlungenen Anstiftung", *JR/Heft 12*, 1992, 493-97. **Çalışma, yayımlamak amacıyla yazarın izni alınarak tercüme edilmiştir.** Çalışmanın orijinalinde bulunmayan Türkçe özet, genişletilmiş özet (*extended abstract*), kaynakça ve Almanca kısaltmaların Türkçe karşılıklarının olduğu başlıklar ile çevirenin notu şeklinde açıklamaların yapıldığı dipnotlar çeviren tarafından oluşturulmuştur.

\*\*\* Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: sercantokdemir28@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9749-688X.

**Makale Geliş Tarihi: 13.11.2023**

**Makale Kabul Tarihi: 15.06.2024**

⇒ Atf Şekli: René Bloy "Akım Kalmış Azmettirmede Cezai Sorumluluğun İlke Ve Sınırları - Aynı Zamanda Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesinin Kararının Tartışılması (OLG Hamm v. 22.10.1991 - L WS 249/91\*)-", Çeviren: Sercan Tokdemir, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 1133-1155.

## ÖZET

Suçta şerikliğin bir türü olan azmettirmenin cezalandırılabilmesi için kasten ve hukuka aykırı olarak işlenen fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, teşebbüs aşamasında kalmış bir asıl fiilin varlığı şarttır. Aksi halde azmettirenin, sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Asıl fiilin işlenmediği, yani azmettirmenin kendisinin teşebbüs aşamasında kaldığı durum doktrinde akim kalmış azmettirme (azmettirmeye teşebbüs) olarak ifade edilmektedir. Azmettirenin akim kalmış (zincirleme) azmettirmeden dolayı sorumlu tutulmasına ilişkin Alman Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasında genel bir düzenleme yapılmıştır. Alman hukukunda akim kalmış azmettirmenin cezalandırılmasının gerekçesi, hukuksal değerlerin tehlikeye girmesine yol açmak suretiyle olay üzerinde hâkimiyet kaybının tehlikeliliğine (*Kontrollverlust über das Geschehen*) dayandırılmaktadır. Buna göre bir kimseyi azmettirmekle; olay üzerinde hâkimiyet kaybı gerçekleşmekte, azmettiren ikna konusunda elinden geleni yaparak kriminal olayı elinden çıkarmakta ve artık hakimiyetini kuramayacağı nedensel bir süreci başlatmaktadır. Türk hukukunda ise bu fiilin cezalandırılmasına ilişkin kanunda genel bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak doktrinde azmettirmenin başlı başına bir haksızlık teşkil ettiğinden hareketle bu fiilin cezalandırılması gerektiği artık kabul edilmektedir. Çevirisi yapılan bu çalışmada mezkûr hükmün bir alt vakası olarak akim kalmış azmettirmede ceza sorumluluğunun prensipleri ve sınırları; Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 22.10.1991 tarih ve L WS 249/91 sayılı kararı çerçevesinde bu fiilin objektif ve sübjektif unsurları ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Haksızlık, Akim kalmış (zincirleme) azmettirme, Azmettirmeye teşebbüs, Bağlılık Kuralı, Kontrol kaybı.

## EXTENDED ABSTRACT

Instigation in criminal law means making someone, who does not yet have an idea about committing a certain crime, decide to commit the

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



crime. In order to hold the instigator responsible for participation, there must be an act that was committed intentionally and unlawfully and reached at least the stage of attempt. If the perpetrator does not begin the execution of the act directly, he/she cannot be held responsible for the participation since the quantitative element of the accessoriness rule is not yet fulfilled. In that case, where the main act was not committed and the instigation was attempted, a general provision regarding the punishment of the instigator has been regulated in the German Criminal Code (GCC). The first paragraph of Art. 30 of the GCC stipulates that a person who attempts to instigate someone else to commit a crime or to instigate a crime shall be liable according to provision regulating criminal attempts. The principles of criminal attempt are applied and the penalty of the instigator is determined by making a reduction under German Law. However, attempted instigation is punishable in crimes that require at least one year's imprisonment.

In this translation study, the decision of the The Hamm Higher Regional Court (*OLG Hamm*) dated 22.10.1991 and numbered L WS 249/91 is analyzed and the principles and limits of the criminal liability of the instigator in cases of unsuccessful (successive) instigation in criminal law are discussed. First of all, the place of the aforementioned provision of the GCC within the general systematics of the code is addressed. Under this title, the concepts of "attempted instigation" and "failed/unsuccessful instigation" are discussed in terms of terminology in terms of the doctrine of complicity. *Bloy* argues that although the concept of attempted instigation is technically incorrect, it is more preferred in doctrine and case law, that since the attempt and completion of the act are associated with participation and the rules concerning attempted instigation are applied, the concept of *versuchte Anstiftung*, meaning "attempted instigation", should not be preferred and thus, the concept of *mißlungene Anstiftung*, meaning "unsuccessful/failed instigation" is preferred in the study. However, in our opinion, it is clear that attempted instigation is inconclusive/resultless/unsuccessful instigation and it can be justified to use the concept "failed instigation" to express that the instigation was not completed for any reason. However, the concept of attempted instigation best explains the minimum criminal liability of the instigate both conceptually and in terms of the technique of criminal law. Moreover, attempted instigation is a more general concept that includes all types of attempted instigation. In

addition, it has been concluded that the aforementioned provision is neither in the field of participation nor in the field of attempt doctrine, on the contrary, it is a provision concerning the criminal liability of the instigator preliminary to participation.

Attempted instigation has been considered as a sub-title of Art. 30 of the GCC and explained as a situation in which the instigator fails to make the perpetrator decide to commit the act, and it has been stated that there is a failed case of chain instigation in the present case regarding the decision. It should be noted that in German law, both in practice and doctrine, the punishability of attempted successive instigation, which is considered worthy of punishment as a particular form of attempted instigation, has also been accepted at the normative scale. In this context, the difference between attempted chain instigation and instigation of attempted instigation is mentioned and the difference between the reference points of failure in both is indicated. In attempted chain instigation, this failure depends on whether the perpetrator (the main instigator) attempted to provide another instigator for his/her plan.

In the following part of the study, the formula in attempted instigation as “The instigator must have concretized the act in such a way that the other person can commit it if he wishes.” is explained and the ambiguity of such expression is mentioned. Then, the subjective and objective elements of criminal liability (*mens rea* and *actus reus*) in attempted instigation are explained in detail.

The intent of the instigator (*Anstifervorsatz*), which is an element of instigation is also a subjective condition in attempted instigation. However, the intent concerning instigative explanation must be serious. The seriousness of the intent means that the addressee takes the explanation seriously and at least the presumptive intent (*bedingter Vorsatz*) regarding the main act within the scope of the intent should be realized. Besides, the act of instigation, which is meant to be serious, requires that the instigator foresee that another person may eventually commit the act because he/she invited it. The aforementioned formula is allocated the subjective aspect of the act. However, the formula is also expressed as an explanation of the objective wrongdoing of the act. The ambiguity as to whether the formula relates to the objective or the subjective aspect of the act has also been the subject

of jurisprudence. *OLG Hamm* does not regard the formula as a criterion for determining the minimum concretization of the act plan in the person of the perpetrator, but rather as a criterion for determining the external (objective) stage of the act's realization, at least in the case of an attempted chain instigation. The reasons for punishing this act within the scope of the objective conditions of criminal liability in attempted instigation are discussed and the opinions put forward upon this subject are argued.

The justification for the punishment of this act within the scope of the objective conditions of criminal liability in the case of attempted instigation are discussed and the views put forward on this issue are given. The first of these views is based on the conspirative danger of the wills of the participants, the other on the instigator's activation of an independent causal process that will continue and the loss of dominance (influence/control) over this process being attributed to a certain moment of danger. Basically, the first view is not suitable for explaining the justification for the punishment of attempted instigation. However, *OLG Hamm* directly relies on this reason. In our opinion, by instigating another, the instigator initiated the criminal causality process, which is independent and over which his/her dominance can not be established anymore, and has lost dominance over the event. Loss of influence requires that the instigator, who decides to commit the act of instigation, already contribute to the main act and thus dispose of the case. Therefore, in a punishable attempted instigation, it is not necessary for the message to reach the addressee (whether the potential main perpetrator or the potential second instigation) in a sufficiently clear manner for the act to be committed. Because the punishment for attempted instigation depends on the person who decided to instigate realizing his contribution to the crime, or rather, getting rid of his contribution. However, *OLG Hamm* in its decision is of the opinion that the message must reach the addressee. In the paper, within the scope of objective typicality (*actus reus*), on the basis of the distinction between preparation for the act and attempt, the issue of when the direct execution of the instigation should have started in attempted instigation and, here, whether the message containing the instigative explanation should reach the addressee has been discussed. In addition, on the basis of the distinction between establishment and loss of dominance, a discus-



sion has been given regarding the beginning of the attempt in indirect perpetration and attempted instigation.

**Keywords:** Wrongdoing, Failed (chain) instigation, Attempted instigation, Accessoriness rule, Loss of dominance.

—

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (Strafprozessordnung, **StPO**) 210. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, davanın açılmaması kararına (Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 204. maddesi) karşı savcılığın derhal şikâyette bulunmasına ilişkin kararın bir parçası olarak, Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, suçun infazının muhtemel faili için daha fazla olgusal açıklama gerektirmesi nedeniyle mümkün olmaması halinde, cezai açıdan başarısız/akim kalmış<sup>1</sup> (zincirleme) bir azmettirmenin hali hazırda mevcut olup olamayacağı sorusunu ele almıştır. Bu, Ceza Kanunu'nun (Strafgesetzbuch, **StGB**) 30. maddesinin 1. fıkrasının temel anlayışını etkilemektedir. Bu nedenle Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, bu hükmün daha ayrıntılı olarak incelenmesi gerektiğine karar vermiştir.

<sup>1</sup> **Çevirenin notu:** *Bloy*, azmettirmeye teşebbüs kavramının teknik olarak hatalı bir kullanım olmasına rağmen doktrinde ve içtihatlarda daha çok tercih edildiğini, fiile ilişkin teşebbüs ve tamamlanmanın iştirak ile ilişkilendirildiğini ve fiile teşebbüse ilişkin kurallara müracaat edildiğinden “azmettirmeye teşebbüs” anlamına gelen *versuchte Anstiftung* kavramının tercih edilmemesi gerektiğini ileri sürmüş ve bundan hareketle çalışmada “başarısız/akim kalmış azmettirme” anlamına gelen *mißlungene Anstiftung* kavramını tercih etmiştir (bkz Bloy, “Grund und Grenzen der Strafbarkeit der mißlungenen Anstiftung”, 494, dn 7). Azmettirmeye teşebbüsün sonuçsuz/neticesiz/başarısız azmettirme olduğu açıktır ve azmettirmenin herhangi bir sebeple tamamlanmadığını ifade etmek için akim kalmış azmettirme kavramının kullanılması haklı görülebilir. Ancak azmettirenin asgari ceza sorumluluğunu hem kavramsal hem de ceza hukukunun tekniği bakımından en iyi anlatan azmettirmeye teşebbüs kavramıdır. Bunun yanında, azmettirmeye teşebbüs, azmettirmeye teşebbüsün tüm türlerini ihtiva eden daha genel bir kavramdır. Başarısız, akim kalmış ve neticesiz kavramları azmettirmeye teşebbüsün türleri için kullanılır. *Bloy*'un çalışmada kullandığı *mißlungene Anstiftung*, failin fiili işleme kararını almadığı ve fakat azmettirme fiilinin işlendiği azmettirmeye teşebbüs türüdür. Azmettirmeye teşebbüsün bu türünde azmettiren failin fiili işleme kararını almasında başarılı olamaz. Bir diğer ifadeyle, azmettirenin tüm ikna çabalarına rağmen fail suç davetine olumsuz yanıt verir. Bu yüzden, yazarın çalışmada kullandığı *mißlungene* kavramı azmettirmeye teşebbüsün tüm türlerini değil, sadece bir türüne karşılık gelmektedir. Sonuç itibarıyla azmettirmeye teşebbüs; daha açık, anlaşılır ve bütün türlerini kapsayıcı bir kavramdır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz Sercan Tokdemir, *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 187 vd, 213-18.

## **I. CEZA KANUNUNUN 30. MADDESİNİN 1. FIKRASININ, GENEL HÜKÜMLER SİSTEMATİĞİNDEKİ YERİ**

Kanun koyucu, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde cezalandırdığı davranış biçimlerini "iştirake teşebbüs" başlığı altında düzenlemiştir. Buna uygun olarak azmettirme bakış açısıyla Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasında azmettirenin bir başkasını bir cürüm işlemeye azmettirmeye teşebbüs etmesinden bahsedilir. Bu formülasyon, fiile teşebbüsün iştirak üzerinde bir rol üstlenebileceğini düşündürmektedir. Bundan dolayı literatürde ve içtihatlarda olsa olsa teknik olmayan anlamda kabul edilebilir ve meseleye ilişkin olarak kafa karıştırıcı olmasına rağmen her yerde haklı olarak tabiatı gereği azmettirmeye teşebbüsten bahsedilmektedir. Fiile teşebbüs ve fiilin tamamlanması kategorileri fiile iştirak etmeye ilişkin bir yapıya değil, aksine fiilin bizatihi kendisine dayanır. Ceza Kanunu'nun 22. maddesi faillğe teşebbüsü değil, faillik şeklinde işlenen teşebbüsü ifade eder. Şeriklik dikkate alındığında azmettirenin hatta yardım edenin fiile teşebbüsten dolayı sorumluluğu, yani teşebbüse şerikliği (teşebbüs aşamasında kalmış şerikliği) söz konusu olabilir.

Kelimenin gerçek anlamıyla azmettirmeye teşebbüs ancak azmettirme ile yardımın birbirinden bağımsız suç tipleri olarak anlaşılması durumunda mümkün olabilir. Genellikle iştirak suçu doktrini olarak adlandırılan bu görüş, iştirakçinin münhasıran kendi işlediği haksızlıktan sorumlu olduğu ve bu haksızlığın asıl fiilin haksızlığından (ana suçtan) kaynaklanmadığı fikrine dayanmaktadır.<sup>2</sup>

Dolayısıyla, iştirakin, bağımsız olduğu anlaşılanlar için cezai sorumluluk üzerinde sınırlayıcı bir etkisi olduğu kabul edilir ve her koşul altında cezai sorumluluk tesis etme işlevi reddedilir; bu da iştirak etmeyen bir iştirake (şerikliğe) teşebbüsü düşünülebilir kılar, ancak öte yandan tek tip olma eğiliminde olan bir haksızlık yapısı anlamına gelir ki bu da, yasal hükmün dayandığı bir suç işleme (faillik) ve suçta iştirak sistemi modeline ters düşer.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Şeriklik suçu görüşünü savunan Schmidhäuser Eberhard, *AT*, 2. Aufl, 1975, 14/1 vd; onu takip eden örneğin M.-K. Meyer, *GA*, 1979, 252 vd; şeriklik suçu görüşü farklı şekillerde savunulmaktadır. Örnek olarak ayrıca krş Klaus Lüderssen, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, özellikle 117 vd; Walter Sax, *ZStW* 90, 1978, 927 vd, özellikle 956 vd (zum „Teilnehmerdelikt der versuchten Anstiftung“); Rolf Dietrich Herzberg, *GA*, 1971, 1 vd.

<sup>3</sup> Şeriklik suçu öğretisi hakkında daha detaylı tartışma için bkz René Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, 172 vd.

Şu halde “şerikliğin teşebbüsü”, yani şerikliğe teşebbüs en azından mevcut kanun hükmü bağlamında bağlılık kuralı aracılığıyla iştirak formlarının şekillendirildiği bir hüküm olarak tanımlanırsa kavramsal olarak bir başarısızlık durumunun oluşturulması, Ceza Kanunu’nun 30. maddesinde gerçekten şerikliğin dışında sadece iştirakin ön aşamasında duran şerikliği ifade eder.<sup>4</sup> Bundan hareketle Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 1. fıkrasında teşebbüse ilişkin hareket biçimleri, Ceza Kanunu’nun 22. maddesindeki ölçütlerle bağdaştırılmaz-tam aksine bağımsız olarak tanımlanır.<sup>5</sup> Somut terimlerle bunun ne anlama geldiği ayrıca gösterilecektir. Bu noktada, bunun doğrudan kanun metniyle uyuşmadığı<sup>6</sup> vurgulanmış olsa bile aynı kavramın farklı olgusal bağlamlarda kullanılması kavramın farklı şekillerde yorumlanmasını hiçbir şekilde yasaklamaz. Aksine bu, amaçsal yorumun bir gereğidir.<sup>7</sup>

Her şeyden önce, Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 1. fıkrasının ne iştirak öğretisi ne de fiile teşebbüs öğretisi alanında yer alan bir hüküm olduğu belirtilmelidir, aksine ön alanda cezai sorumluluğa dayanan bir hükümdür, daha doğrusu burada haksızlık içeriği bağlılık kuralıyla açıklanamayan özel nitelikte bir hazırlık hareketinin ceza hukukunun koruma fonksiyonu ile öne çekilmesi durumu vardır. Terminolojik olarak iştirak formuna ilişkin bir fiile teşebbüs durumu olduğundan bahsetmeksizin hükmün dikkate alınması gerekir.

<sup>4</sup> Detaylı bkz Bloy, 185, 191, 255. Burada olduğu gibi ayrıca örneğin Claus Roxin, *LK*, 10. Baskı, 1985, §30, kn 2; ve (detaylı bkz) Klaus Letzgus, *Vorstufen der Beteiligung*, 1. Aufl (Berlin: Duncker & Humblot, 1972), 211 vd, özellikle 219 vd.

<sup>5</sup> Aynı şekilde örneğin Günter Stratenwerth, *AT I*, 3. Baskı, 1981, kn 917; Eser, *Strafrecht II*, 3. Aufl (München: C. H. Beck, 1980), Num 47 A 19; Erich Samson, *SK StGB*, 5. Baskı, t.y., §30, kn 14; Letzgus, *Vorstufen der Beteiligung*, 41, açıklama 89; Rolf Brose, “Die versuchte Verbrechensbeteiligung (§49 a StGB)” (Diss., Köln, 1970), 116 E; ayrıca Horst Schröder, “Grundprobleme des §49a StGB”, *JuS/Heft 7*, 1967, 289 vd; bununla birlikte daha eski bir görüşe atıf yapılmaktadır ki bu da, konu ile ilgili biraz farklı formüle edilmiş önceki kurallara değinmektedir. Jost-Dietrich Busch, “Die Strafbarkeit der Erfolglosen Teilnahme und die Gesischte des 49a StGB” (Marburg, Rechts und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Marburg, 1964), 172 vd.

<sup>6</sup> Fakat bkz Roxin, *LK*, § 30 kn 15.

<sup>7</sup> Alm CK md 274/f 1 Num 1’de yer alan ve dilin olağan kullanımının aksine, mülkiyet yapısına değil, delil sunma yetkisine atıfta bulunan aidiyet (ait olma) kavramı tartışmasız bir örnektir.

## II. CEZA KANUNUNUN 30. MADDESİNİN 1. FIKRASININ BİR ALT VAKASI OLARAK AKİM KALMIŞ AZMETTİRME

Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde, akim kalmış azmettirmenin (*missglückten Anstiftung*)<sup>8</sup> görünüş şekilleri arasında farklı ayırımlar yapılmaktadır. Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, bu kararında somut olayın yasal olarak nitelendirilmesinde başarısız azmettirme olarak bilinen akim kalmış azmettirme (azmettirmeye teşebbüs) türünü dikkate almıştır. Akim kalmış azmettirme, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası hükmünün alt başlığı olarak azmettirenin failde fiili işleme kararının aldırılmasında başarılı olamadığı bir durum demektir.<sup>9</sup> Bu, akim kalmış azmettirmenin ilginç bir durumudur ki, burada azmettirme erken bir aşamada sıkışıp kalmaktadır.

Bu, başarısız bir suç işlemeye (zincirleme) azmettirme vakası olduğundan, başarısızlık, ikinci azmettirici olarak hareket etmesi beklenen özel dedektif B'nin işe alınmasıyla ilgili olmalıdır. Ancak B, S'nin karısı için bir katil bulma talebini sadece bir bahane olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte, B tarafından yürütülen faaliyetler başarısız olmamıştır, çünkü bunlar S tarafından amaçlanan başarıya ulaşmayı hedeflememişlerdir ve B tarafından başka bir kişiyi cinayet işlemeye (öldürmeye) azmettirme kararına dayanmamaktadırlar.

## III. AKİM KALMIŞ ZİNCİRLEME AZMETTİRME VE AKİM KALMIŞ AZMETTİRMENİN AZMETTİRİLMESİ

S'nin neden olduğu olaylar nihayetinde–burada gerçekleşmeyen–akim kalmış azmettirmeye azmettirmeden ayrılan akim kalmış zincirleme azmettirmeden dolayı cezalandırılabilir.<sup>10</sup> Bu durum iki neden-

<sup>8</sup> Fiile teşebbüs terminolojisine dayanmayan bu kavramın, -bu alanda çok kullanılmayan, fakat kullanılmaması objektif olarak yanlış olan- kullanılmasını öneriyorum. Akim kalmış azmettirmenin görünüm şekilleri ve alışlagelmiş tanımlamaları hakkında bkz Roxin, *LK*, §30 kn 11. **Çevirenin notu:** Kavrama yönelik eleştiriler hakkında bkz Tokdemir, *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme*, 187-94.

<sup>9</sup> Akim kalmış azmettirme (*misslungene Anstiftung*) Dreher tarafından oluşturulan bir kavramdır. Eduard Dreher, "Grundsätze und Probleme des §49a StGB", *GA*, 1954, 14.

<sup>10</sup> **Çevirenin notu:** Akim kalmış zincirleme azmettirme; akim kalmış, azmettirmeye azmettirme (*misslungene Kettenanstiftung*) veya akim kalmış azmettirmeye, azmettirme (*Anstiftung zur misslungenen Anstiftung*). Kavram karışıklığını önlemek için azmettirmeye teşebbüs kavramının kullanılması daha yerinde bir tercih olur. Bu ayırım şu şekilde ifade edilebilir: Azmettirmeye azmettirmeye teşebbüs (ver-

den dolayı önemlidir. Bu nedenlerden biri, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası hükmünün sistematik bağlamından hareketle akim kalmış azmettirmeye, azmettirmenin cezalandırılabilir olduğu sonucunun çıkarılması mümkünken<sup>11</sup>, hükmün açık lafzıyla akim kalmış zincirlemeye azmettirmenin de cezalandırılabilmesidir.<sup>12</sup> Bir diğer neden, başarısızlığın referans noktasının farklı olmasıdır. Akim kalmış zincirleme azmettirmede bu başarısızlık, failin (asıl azmettirenin) kendi planı için bir (başka) azmettireni temin etmeye teşebbüs edip etmediğine bağlıdır.

Akim kalmış zincirleme azmettirme hareketinin haksızlığı, daha ziyade gelecekte ilk azmettirenin talimatlarına gerek kalmaksızın faili azmettiren ikinci azmettirenin ilk azmettiren tarafından harekete geçirilmesine dayanır. Failin, ikinci azmettiren tarafından Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin tipikliğine uygun olarak azmettirilmesi imkânı (ihtimali), ikinci azmettirme faaliyeti sonucunda asıl failin en azından teşebbüs aşamasında kalmasını gerektirir; bu kavrama göre bu, artık ilk azmettirenin failin işlenmesine yönelik bundan sonraki (gelecekteki) katkısına dayandırılmaz.

---

*suchte Anstiftung zur Anstiftung*) ve azmettirmeye teşebbüse azmettirme (*Anstiftung zur versuchten Anstiftung*). Bkz Tokdemir, *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme*, 112. Birincisinde zincirin ilk basamağında başarısızlık gerçekleşir, yani failin azmettirilmesi aşamasına geçilmeden aracı azmettirmede süreç biter. Bkz Richard Busch, "Zur Teilnahme an den Handlungen des §49a StGB", içinde *Festschrift für Reinhart Maurach*, ed. Friedrich-Christian Schröder ve Heinz Zipf (Karlsruhe: C. F. Müller, 1972), 249. İkincisinde bir kimse önce bir başkasını suç işlemeye azmettirmesi için azmettirir. Yani aracı azmettireni azmettirmeye ikna eder ve azmettirme tamamlanır. Ancak faili azmettirecek olanın (aracı azmettirenin) azmettirmesi teşebbüs aşamasında kalır, yani başarısız olur. Azmettirmeye teşebbüse azmettirmede azmettirmenin başarısız olması azmettirme zincirindeki aracı azmettirenin kaynaklanır. Zincirdeki asıl azmettirenin talimatları üzerine harekete geçirilen aracı azmettiren faili azmettirmeye teşebbüs eder. Ancak failin fiili en azından teşebbüs aşamasına varmadığından azmettirme başarısız olur. Bkz. Klaus Geppert, "Die versuchte Anstiftung (§30 Abs 1 StGB)", *JURA/Heft 10*, 1997, 551.

<sup>11</sup> Bu, eski Ceza Kanunu'nun 49a hükmünün kapsamı bakımından da geçerliydi. Durum henüz böyle olmayıp bu nedenle tartışmalıdır, bkz Letzgas, *Vorstufen der Beteiligung*, 147; Roxin, *LK*, §30 kn 45, diğer kaynaklar.

<sup>12</sup> Adolf Schönke, Horst Schröder, ve Peter Cramer, *StGB*, 24. Baskı, 1991, §30, kn 35; bu problem için Roxin, *LK*, §30, kn 46.

#### IV. “AZMETTİREN, FİİLİ DİĞER KİŞİNİN İSTEDİĞİ TAKDİRDE İŞLEYEBİLECEĞİ ŞEKİLDE SOMUTLAŞTIRMIS OLMALIDIR” FORMÜLÜNÜN BELİRSİZLİĞİ

Akim kalmış zincirleme azmettirmenin haksızlığı için Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından ileri sürülen hipotez, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasına göre cezai sorumluluğun asgari koşullarıyla ilgili ortaya çıkan soruna karşılık gelmektedir.-çünkü genel olarak akim kalmış “temel” azmettirme için cezai sorumluluk bu şekilde tespit edilir.- buna kıyasla başından beri, “asıl fail olarak tasarlanan kişinin ne zaman isterse fiili işleyebileceği” formülünün akim kalmış azmettirme için bir koşul olup olmadığı muhafaza edilmektedir.-görüldüğü üzere- akim kalmış zincirleme azmettirme için de *mutatis mutandis*<sup>13</sup> gerçekleşmektedir.

İçtihatların<sup>14</sup> ve doktrinin<sup>15</sup> şimdiye kadar bu formülü kullandığı kadarıyla davranışın tamamen veya en azından sadece dışsal yönünün kastedilmediğine dikkat edilmelidir. Bununla birlikte, öncelikle bir başkasının, fiil planının tamamını bildiği zaman fiili işleyebilmesi için bu fiilin, azmettirme fiilini icra edenin tasavvurunda somutlaştırılmış olması gerektiği önemlidir ve azmettirenin, muhatabın (failin) onun açıklamaları temelinde hareket edeceğini öngörmesi gerekir. Bu, fiilin sübjektif yönüne ilişkindir. Ölçütün birden fazla anlama gelmesi (belirsizliği), elbette daha fazla anlaşılmasına müsaade etmemektedir. Bu yüzden, sübjektif unsurların objektif unsurlardan ayrılması gerekir.

---

<sup>13</sup> Diğer bir ifadeyle, muhtemel ikinci azmettirenin birinci azmettiren tarafından kendisi için belirlenen rolü devralmasının ayrıca varsayımsal olarak kabul edilmesi gerekir. Elbette ki, muhtemel asıl failin ilk azmettirenin teklifi hakkında gerçek bir bilgi edinme ihtimaline sahip olması gerekmez; çünkü akim kalmış zincirleme azmettirme durumunda eksik olarak tanımlanan muhtemel ikinci azmettirenin fiili gerekir.

<sup>14</sup> Bu, yayınlanmamış BGH-Urteil v 2.9.1969 - I StR 280/69 kararından gelmektedir; ancak bu formülle ortaya konulan düşüncenin (içtihatlarda) önceden kabul edildiği BGHSt 18, 161 kararı ile krş.

<sup>15</sup> Maurach ve Karl Heinz Gössel, *AT 2*, 7. Baskı, 1989, §53, kn 20; Roxin, *LK*, §30, kn 24; Eduard Dreher ve Herbert Tröndle, *StGB*, 45. Baskı, 1991, §30, kn 7; Karl Lackner, *StGB*, 19. Baskı, 1991, §30, kn 3.

## V. CEZAI SORUMLULUK İÇİN FORMÜL VE SÜBJEKTİF KOŞULLAR

Genel prensip olarak denilebilir ki, Ceza Kanunu'nun 26. maddesine göre azmettirme için aranan azmettirenin kastı akim kalmış azmettirme için de aranan bir koşuldur.<sup>16</sup> Bu bağlamda, geleneksel olarak (kabul edildiği üzere) azmettirme açıklamasına ciddi bir şekilde (*ernst*) kastedilmiş olunması gerekir.<sup>17</sup> Günümüzde bunun salt anlamda bir kast problemi olduğu genel olarak kabul edilmektedir.<sup>18</sup> Sonuç olarak "ciddilik" ölçütü, muhatabın açıklamayı ciddiye alması ve ardından kastedilen fiili işlemesi bakımından en azından olası kastın mevcut olması gerektiği anlamına gelir. Bununla birlikte, bu anlamda ciddi olması gerektiği kastedilen azmettirme davranışı (fiili), azmettirenin fiile davet etmesi nedeniyle bir başkasının nihayetinde fiili işleyebileceğini öngörmesini gerektirir. Suça davet eden kişinin bakış açısıyla durum, başkasının ne zaman isterse fiili işleyebileceği şekilde olmalıdır. Aksi halde kast unsuru (daha doğrusu aynı şekilde ciddiyet unsuru) eksik kalır. Bunu izah eden, "azmettiren, fiili diğer kişinin istediği takdirde işleyebileceği şekilde somutlaştırmış olmalıdır." formülü, fiilin sübjektif yönüne özgülümlenmektedir.<sup>19</sup> Burada, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasındaki fiilden dolayı cezai sorumluluğa ilişkin koşul anlatılmaktadır.

<sup>16</sup> Aynı yönde Roxin, *LK*, §30, kn 17; Schönke, Schröder, ve Cramer, *StGB*, §30, kn 5; bir başka görüş için bkz Sax, 959.

<sup>17</sup> Örneğin, Schönke, Schröder, ve Cramer, *StGB*, §30, kn 26; Schröder, "Grundprobleme des §49a StGB", 294; RGSt 15, 360; BGHSt 7, 238.

<sup>18</sup> Aksi yönde Roxin, *LK*, §30, kn. 18; Schönke, Schröder, ve Cramer, *StGB*, §30, kn. 26; Schröder, "Grundprobleme des §49a StGB", 294.

<sup>19</sup> Bu anlamda açıklık için Roxin, *LK*, §30, kn 24; ayrıca krş Schönke, Schröder, ve Cramer, *StGB* Schönke, Schröder and Cramer (n 13), §30, kn 28 (ancak burada formül açık bir şekilde görünmemektedir.); daha fazlası için BGHSt 18, 161, (azmettirilenin katılımı olmaksızın fiilin uygulanmazlığı ciddiyet sorunuyla ve dolayısıyla fiilin sübjektif yönüyle de bağlantılandığı yer, bunun için Roxin, *LK*, §30, kn 19; Dreher ve Tröndle, *StGB*, §30, kn 9; ayrıca daima bilginin muhataba ulaşması gerektiğini düşünen söz konusu yazarlar sübjektif anlayışı kabul etmektedirler: Maurach ve Gössel, *AT 2*, §53, kn 16; Lackner, *StGB*, §30, kn 4.

## VI. CEZAI SORUMLULUĞA İLİŞKİN OBJEKTİF KOŞULLAR

### 1. Hareketin Objektif Haksızlığının Açıklaması Olarak Formül

Bununla birlikte formül, kuşkusuz “objektifleştirme” olarak da anlaşılabilir. Bu yüzden, literatürde bu husus sıklıkla işlenmekte ve fiilin objektif kısmının işlenmesiyle bağlantılı olarak buna atıf yapılmaktadır.<sup>20</sup>

Bu belirsizlik içtihatlarda da tespit edilebilir. 1969 yılında yayımlanmamış metninde BGHSt 18, 161sayılı kararında ciddilik meselesini ele alan Federal Mahkeme (BGH), çok yaygın bir şekilde kendisine atıfların yapıldığı bu formülü şekillendirerek fiilin objektif yönüne ilişkin söz konusu prensibi genişletmiştir, yani cezalandırılabilir fiil alanına girilmediğine göre henüz bir sınırlandırma ölçütü bulunamamıştır; işlenmesi istenilen fiile ilişkin azmettirilene kısmen doğru olmayan kısmen de belirsiz bir tablo çizildiği sürece azmettirilen kişi fiili istediği zaman işleyemez.<sup>21</sup> Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, buradan hareket etmekte ve aynı zamanda formülü; fiil planının failin şahsında asgari somutlaştırılmasıyla bağlantılı olarak değil, aksine bunu en azından akim kalmış zincirleme azmettirmede fiilin dışsal (objektif olarak) gerçekleşme aşamasının belirlenmesi için bir ölçüt olarak görmektedir. Bu yüzden Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 1. fıkrasına göre, tartışmanın cezaî sorumluluk için gerekli olan hareketin objektif haksızlığını kapsamaması gerekir.

### 2. Standardın Somutlaştırılması: Akim Kalmış Azmettirme Fiilinin Suç Sayılması

Burada makul bir sınır çizmek için Ceza Kanunu’nun 30. maddesinde cezalandırma sebebi üzerine düşünmek gerekir. Bunun gerçekte daha çok iki nedenden oluşan bir kombinasyon olduğu kabul edilmektedir: Birincisi iştirak edenlerin iradelerinin konspiratif tehlikeliğine, diğeri devam edecek bağımsız bir nedensellik sürecini harekete geçirmesi ve bu süreç üzerindeki hakimiyet kaybının belirli bir tehli-

<sup>20</sup> Bu şekilde özellikle *Maurach/Gössel* und *Dreher/Tröndle*’de (dn 13 gibi). Bu yazarların aynı zamanda bilginin muhataba ulaştığını ileri sürmekten kaçındıkları nispette (dn 17’de son kelime), bir çelişki ortaya çıkmaktadır.

<sup>21</sup> Urteil v 2.9.1969 - I StR 280/69.



kelilik anına bağlanmasına dayanır.<sup>22</sup> Her ne kadar bağların tehlikeliği düşüncesi akim kalmış azmettirmeye uygun düşmüyor olsa da,<sup>23</sup> Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi doğrudan bu sebebe dayanmaktadır.<sup>24</sup> Öte taraftan Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasında hareketin soyut olarak tehlikeli olması koşulunun belirtisinden başka bir şey olmayan etki kaybı (*Einflussverlust*) ikna edici görülebilir.

### 3. Objektif Olarak Hareketin Haksızlığının Tespitine İlişkin Sonuçlar

Etki kaybı, azmettirme fiilinin icrasına karar veren azmettirenin hâlihazırda asıl fiile katkıda bulunmasını (sadece doğrudan icraya başlamasını değil) ve böylece olayı elinden çıkarmasını gerektirir.<sup>25</sup> Öte taraftan, şayet azmettiren fiile olan katkısını devam ettirirse, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası için gerekli olan hareketin haksızlığı gerçekleşmemiş olur,<sup>26</sup> çünkü bu durumda hareketin tipik tehlikeliği gerçekleşmemiştir. Bu nedenle, fiili işleme kararını aldirmaya yönelik her hareket hukuki anlamda kesin surette akim kalmış azmettirme değildir. Özellikle, fiilin işlenmesine gerekli katkılar yerine getirilmeksizin Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası anlamında “azmettirmenin teşebbüsü” mümkün değildir.

<sup>22</sup> Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl (Berlin: De Gruyter, 1991), 27/2; Roxin, *LK*, §30, kn 3; Kristian Kühl, “Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung”, *JuS/Heft 12*, 1979, 875; aynı şekilde Claus Roxin, “Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§30 StGB)”, *JA/Heft 4*, 1979, 169, 170.

<sup>23</sup> Ayrıntılı bkz Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 27/1; ayrıca krş Roxin, *LK*, §30, kn 3; anlamlı olarak tek başına bağlanma tehlikesinin esas olduğu düşünün yazarlar, genellikle akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilirliğini isabetli olarak belirlemezler (örneğin Letzgus, *Vorstufen der Beteiligung*, 145); resmi gerekçe, akim kalmış azmettirmeden hiç bahsetmemekle birlikte bağlanma tehlikeliğine atıf yapmaktadır. §35 E 62 [BT-Drucks IV/650, s 154].

<sup>24</sup> Muhtemelen mahkeme, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasının kapsamı bir yorumuna varmak istemiş ve bunun sadece hâkimiyet kaybına dayanılarak meşrulaştırılmayacağını kabul etmiştir.

<sup>25</sup> Stratenwerth, *AT I*, kn 917 ile bağlantılı 910; *LK*, §30, kn 16; aynı yönde Roxin, “Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§30 StGB)”, 171; Kühl, “Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung”, 877. Bu düşünce ayrıca kısmen Schäfer'da, Büyük Ceza Hukuku Komisyonu toplantılarının tutanakları II, 1958, s 206 ve Albrecht Lüthke, *Wesen und Bedeutung des §49a StGB im Rahmen der Teilnahmelehre (Dissertation)* (Hamburg, 1963), 52; Brose, “Die versuchte Verbrechensbeteiligung (§49 a StGB)”, 117'de daha açıklar.

<sup>26</sup> Aynı şekilde Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 27/3; ayrıca krş Rolf Weber, *ZStW (Beiheft)*, 1987, 16.

Dolayısıyla, cezalandırılabilir bir akim kalmış azmettirmede fiilin işlenmesi için yeterli bir şekilde açıklık içeren mesajın muhatabına (isterse muhtemel asıl fail isterse muhtemel ikinci azmettiren olsun) ulaşması şart değildir,<sup>27</sup> çünkü akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilmesi azmettirmeye karar veren kişinin suça olan katkısını gerçekleştirmesine (katkısından kurtulmasına) dayanır. Bu, suçun işlenmesi için cezalandırılabilir hareketin gerekli tüm bilgileri içermesinin yeterli olmadığı ve ancak mesajın muhataba ulaşması gerektiğinden vazgeçilirse bunun çok az kabul gördüğü, Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin yaptığı gibi<sup>28</sup>, azmettirme hareketinin muhataba ulaşmasının şart olduğu kabul edilirse bu şekilde failin ne zaman isterse fiili işleyebilecek duruma getirmiş olması gerektiği ve bunun çok fazla kabul gördüğü sonucunu beraberinde getirir.

Bu genel kural, iki farklı olay grubunda ortaya konulmalıdır. Belli bir uzaklıktaki (mesafeli) azmettirme çabalarında (örneğin yazılı olarak) suça davet eden kişi bunları tamamen elden çıkarmış olmasına rağmen, bilgilerin muhataba ulaşmış olması gerekmemektedir. Mefhumu muhalifinden, mesafesiz azmettirme durumlarında (örneğin sözlü konuşma yoluyla) azmettiren mesajını elden çıkarmadan muhatap üzerindeki etkinin başlamış olmasından bahsedilemez. Bu, hiçbir zaman bilginin muhatabın alanına girip girmediğine bağlı değildir, aksine sadece azmettirenin alanını terk edip etmemesine bağlıdır. Federal Mahkeme'nin formülünün zayıflığı, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasında hareketin objektif haksızlığı davet edenin (azmettirenin) perspektifinden belirleniyorken, muhatabın (failin) perspektifinden formüle edilmesine dayanır. Bu, sübjektifleştirmeyle

---

<sup>27</sup> Aynı şekilde örneğin Maurach ve Gössel, *AT 2*, §53 kn 16; Roxin, *LK*, §53 kn 16; Dreher ve Tröndle, *StGB*, §30, kn 9; Schönke, Schröder, ve Cramer, *StGB*, §30, kn 19; Lackner, *StGB*, §30, kn 4; Kühn, "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollen dung und Beendigung", 877; BGHSt 8, 262.

<sup>28</sup> Aşağı yukarı aynı şekilde bir başkasının azmettirilmek suretiyle (azmettirme) konuşmasının başlamış olmasını arayan Schönke, Schröder, ve Cramer, *StGB*, §30, kn 19; gerçi neredeyse kelimesi kelimesine bunu kabul eden, diğer taraftan azmettirme açıklamasının azmettirenin hâkimiyet alanını terk edip etmediğini doğru bir şekilde ortaya koyan Roxin, *LK*, §30, kn 16. Roxin'in, bunun maddi olarak etki kaybının meydana geldiği zamana dayandığı gerçeğini ortaya koyduğunu yani talepte bulunan kişinin (azmettirenin) suçu işlemek için gerekli tüm bilgileri elden çıkarmış olması gerekliyse bir azmettirme konuşmasının başlangıcı için bunun yeterli olduğunu ileri sürdüğünü eklemek gerekir.

bağlantılı değildir. Sadece medeni hukuktaki hazırda olmayanlar arasında varması gerekli irade beyanının icap ve kabulü arasında olması gereken bir farktır.

#### **4. Ceza Kanununun 22. Maddesine Göre Fiile Hazırlık ve Teşebbüs Arasındaki Ayırımı Karşılaştırma**

##### **a) Ceza Kanununun 30. Maddesinin 1. Fıkrası ve Fiile Teşebbüsün Genel İlkeleri**

Ceza Kanunu'nun 22. maddesinde fiile teşebbüsün başlangıcıyla mukayese edildiğinde cezalandırılmaz ve cezalandırılabilir fiil arasındaki sınırın her iki dururumda farklı olduğu görülür. Bu, hukuken haklı görünmektedir; çünkü fiile teşebbüsün genel ilkeleri burada uygulanırsa baskın görüş tarafından savunulduğu gibi,<sup>29</sup> Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasının uygulama alanı (kapsamı) sınırsız bir şekilde genişlemiş olur, çünkü azmettirmenin doğrudan doğruya icrasına başlanması artık tamamlanmış azmettirme açıklamasının muhataba ulaşmasını gerektirmez.

Belirtilen fark, azmettirmenin her doğrudan doğruya icrasının bundan sonraki olay üzerinde hâkimiyetin kaybedilmesine dayandırılmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, gerçi azmettirmenin başladığı ve fakat azmettirme çabalarının erken bir aşamada kesintiye uğradığı, aynı şekilde fiilin işlenmesi için gerekli bilgilerin henüz bildirilmediği söylenebilir. Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından da ele alındığı gibi gerekli bilgiler burada eksik kalmış, kesin surette ortaya konulamamıştır.

Literatürde Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasında azmettirmede cezai sorumluluk sınırının fiile teşebbüsün genel ilkeleri üzerinden bağımsız olarak belirlenebilmesi kabul edildiğinden bu, genellikle mesajın muhataba ulaşmış olmasının gerekip gerekmediği tezine göre yapılır; öyle ki fail azmettirenenden mesaj hakkında bilgi edinebilsin.<sup>30</sup> Fakat suça davet edecek kadar ileri gitmese bile mesafeli suç da-

<sup>29</sup> Örneğin Maurach ve Gössel, *AT 2*, §53, kn 15; Schönke, Schröder, ve Cramer, *StGB*, §30, kn 19; Lackner, *StGB*, §30, kn 4; BGHSt 8, 262; ayrıca başlangıç noktası için Hans-Heinrich Jescheck, *AT*, 4. Baskı, 1988, 637.

<sup>30</sup> Daha öncesi için bkz Schröder, "Grundprobleme des §49a StGB", 289 vd; daha sonrası için ayrıca bkz Stratenwerth, *AT I*, kn 917; Eser, *Strafrecht II*, Num 47, A 19; Samson, *SK StGB*, §30, kn 14; Letzgus, *Vorstufen der Beteiligung*, 41, açıklama 89.

vetlerinde bilginin elden çıkarılması yeterlidir; dediğimiz gibi Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde cezalandırılabilir alanın başlangıcı doğrudan doğruya icra formülüne göre daha sonra gerçekleşmelidir, çünkü buna göre davranışın (fiilin) tamamlanmasının sınırı olmamalıdır.

### **b) Ceza Kanunu'nun 30. Maddesinin 1. Fıkrası ve Dolaylı Failin Fiile Teşebbüs Başlangıcı**

Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasında fiile teşebbüs başlangıcı için geçerli olan kurullarla uyumlu hale getirmek için *Herzberg*, dolaylı faillikte fiile teşebbüs başlangıcı için tekçi çözüm (*Einzel-lösung*) olarak adlandırılan prensibin burada uygulanmasına ilişkin ilginç bir öneri ortaya koymuştur.<sup>31</sup> Bu düşünce<sup>32</sup> nihayetinde ölçütlerin aynı şekilde uygulanmasına neden olsa bile bu, arkadaki kişi "olayı elden çıkardığında" dolaylı faillikte fiile teşebbüsten kaynaklı cezai sorumluluk ile akim kalmış azmettirmede fiile teşebbüsten kaynaklı cezai sorumluluğun aynı nedenlere dayandığı anlamına gelmemektedir. Diğer bir ifadeyle, her birinin farklı-evet tamamen zıt- arka planı vardır: Dolaylı faillikte olay üzerinde hâkimiyetin<sup>33</sup> kurulması, akim kalmış azmettirmede sonraki muhtemel olaylar üzerinde hâkimiyetin kaybı söz konusudur. Sonraki (akim kalmış azmettirme), öncekinden tamamen farklı bir anlamda daha tehlikelidir. Ancak fiile teşebbüs kavramı, sadece hâkimiyetin elde bulundurulmasıyla ilişkilendirilir. Buna karşılık hâkimiyet kaybının tehlikeliliği başlı başına bir haksızlık niteliğine sahiptir. Fiilin icrası aşamasında fiili hâkimiyetin kurulma-

<sup>31</sup> Rolf Dietrich Herzberg, *ZStW* 99, 1987, 78 vd; ayrıca aynı şekilde krş MDR 1973, 95; ; aynı yönde -eski örneklere göre-Georg Schilling, *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, 102 vd'daki diğer kaynaklarda bulunmaktadır.

<sup>32</sup> Tartışmalı olan tekçi çözümün kabul edilip edilmeyeceğine ve eğer kabul edilecekse ne ölçüde kabul edileceğine ilişkin en önemli temel sorun burada açık bir şekilde ortaya konulmalıdır (karşı görüş için bkz. Stratenwerth, *AT I* kn. 838; Kadel, *GA*, 1983, 307 vd; Georg Küpper, *GA*, 1986, 447; Kristian Kühl, *JuS*, 1983, 182; kural olarak bütüncü çözüm diye adlandırılan prensip için Wilfried Küper, *JZ*, 1983, 366 vd, tekçi çözümden oldukça farklı olan tartışma durumuna genel bir bakış için bkz s 364 vd). Aşağıdaki düşüncelerde, tekçi çözümün kendi içindeki mantığına göre, dolaylı failin fiile teşebbüs başlangıcının düşünülebilir daha erken zaman noktasının belirliliği söz konusudur.

<sup>33</sup> Bu yüzden kimi zaman, dolaylı failin fiile teşebbüs başlangıcında (tekçi çözüme göre), arkadaki kişinin hâkimiyeti elden çıkardığından bahsedilmektedir (bkz Jescheck, *AT*, 609; ayrıca krş Ingeborg Puppe, *JuS*, 1980, 348 vd; burada olduğu gibi Kadel, 307-Burada kastedilen hareketin hâkimiyetidir; fakat bu, arka plandaki kişinin faili kazanmak için onun üzerinde kurduğu iradenin hâkimiyetine dayanır.

sının haksızlığı, kanunun özel hükümlerindeki her bir tipiklikteki failin haksızlığının bir parçasıdır. Fiilin icrasından önceki (ön) alanda hâkimiyet kaybının haksızlığı, sadece bir başkası tarafından böyle bir haksızlığın koşullarının gerçekleşmesiyle oluşur. Bu, ne şeriklik ne de fiile teşebbüsün haksızlığıdır-ikisinin birleşiminden doğan haksızlık da değildir, aksine şerikliğin daha doğrusu azmettirmenin ön alanındaki haksızlığıdır.

Sonuç itibariyle, ortak payda olarak geriye kalan tek nokta mesajın terk edilmesiyle cezai sorumluluk sınırının aşılmış olmasıdır.<sup>34</sup> Ancak, kesin olarak söylemek gerekirse bu bile doğru değildir, çünkü dolaylı failin fiile teşebbüs başlangıcı en erken, (mesajın) kazanılan aracının arkasındaki kişinin (hareket-) hâkimiyet alanından çıkarılmasıyla tespit edilebilir,<sup>35</sup> çünkü arkadaki kişi vasıtasıyla irade üzerinde hakimiyetin kurulması için aracı kişinin kazanılmasında başarılı olunması gerekir. Şayet aracı kişinin kazanılması başarısız olursa, daha doğrusu iyi niyetli/saf muhtemel aracı kişi, kendisinden istenilen davranışı herhangi bir nedenle kabul etmediği için suçun işlenmesinde kendisine biçilen rolü üstelenmiyorsa, dolaylı fail olsa olsa aracı kişi üzerinde hâkimiyet kurmaya teşebbüs etmiş olur. Bununla birlikte, Ceza Kanunu'nun 22. maddesi anlamında gerçekleşen fiile teşebbüse dolaylı faillik (dolaylı faillikte aracı kişinin fiilinin teşebbüs aşamasında kalması) söz konusu olabiliyorken, dolaylı faillik durumunda fiile teşebbüs dolaylı failliğe “teşebbüs” (dolaylı failliğin teşebbüsü) şeklinde yanlış anlaşılmaktadır.<sup>36</sup>

Bu, dolaylı failin fiile teşebbüsünün akim kalmış azmettirmenin<sup>37</sup> teşebbüsünden daha geç başladığını göstermektedir, çünkü bir kere dolaylı faillikte fiile teşebbüs başlangıcına tamamlanmış teşebbüse

---

<sup>34</sup> Bazıları dolaylı faillikte fiile teşebbüsün daha erken başladığını kabul eder: Jürgen Baumann ve Ulrich Weber, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl (Bielefeld: Giesecking, 1985), 542 vd; Jürgen Baumann, *JuS*, 1963, 93; Schilling, *Der Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 101 vd'da eski literatürden diğer kaynaklar.

<sup>35</sup> Bu aynı zanda, Ceza Kanunu'nun 30. Maddesinin 1. fıkrasında cezai sorumluluk alanının başlamasına ilişkin BGH tarafından geliştirilen formülün dolaylı faillikte fiile teşebbüs başlangıcı için elverişli olmadığı anlamına gelir. Ancak, bu temelde standartlaştırılmış bir ölçüt için bkz. BGH-Urteil v 2.9.1969 - I StR 280/69.

<sup>36</sup> Bu anlamda ayrıca Kadel, 309.

<sup>37</sup> Ortaya çıkan uyum sağlama görevi üzerinde bkz Küper, 372.

ilişkin geçerli ilkelerin uygulanması hâlihazırda yeterli değildir. Sonraki savunulduğu müddetçe,<sup>38</sup> bununla birlikte, failin “mesajını” elden çıkarmada başarısız olması hiçbir zaman kabul edilemez; çünkü muhtemel aracı kişi (fiili işleme bakımından) kendisine biçilen rolü kabul etmemiştir. Burada detaylı olarak yapılan açıklamalar lafzi olarak kabul edilse bile;<sup>39</sup> yine de, daima aracıdan daha doğrusu araçtan bahsedilir; kabullenmesi öngörülen kişinin rolü üstlenmemesinde olduğu gibi durum bu şekilde değildir. Ancak aracı kişi olmaksızın dolaylı faillik ve ayrıca dolaylı faillikte fiile teşebbüs söz konusu olamaz! Buna göre, burada fiile elverişsiz teşebbüsü de kabul etmek mümkün değildir:<sup>40</sup> “Elverişsiz” bir aracı, tamamen de *bir aracı değildir*.

### 5. Ceza Kanunu’nun 30. Maddesinin 1. Fıkrası ve Tamamlanmış Teşebbüs

Akim kalmış azmettirmenin objektif hareket haksızlığı sonuçta tamamlanmış teşebbüsle belli bir paralellik gösterir.<sup>41</sup> Ancak tamamlanmış teşebbüste, fiile teşebbüsten kaynaklı cezai sorumluluğun alt sınırını belirleme görevi bulunmamaktadır. Fonksiyonel olarak bunun gerçek bir iştirak olmadığı temelinde Ceza Kanunu’nda fail bakış açısıyla fiile teşebbüs aşamasına karar veriliyorken, Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 1. fıkrasında icra aşamasının *objektif olarak* belirlenmesi gerektiğine açıklık getirilmelidir.<sup>42</sup> Akim kalmış azmettirme ile kast edilen sanki “objektif teşebbüstür”,<sup>43</sup> fakat fiile teşebbüs doktri-

<sup>38</sup> Öncelikle Claus Roxin, *Maurach-Festschrift*, 1972, 227 vd; aynı şekilde Roxin, “Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§30 StGB)”, 11; Jescheck, *AT*, 609; öneren örneğin Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 21/105; Johannes Wessels, *AT*, 21. Baskı, 1991, 185; Hans Joachim Rudolph, *SK StGB*, t.y., §22, kn 20a; Rolf Dietrich Herzberg, *JuS*, 1985, 6.

<sup>39</sup> Ancak Küper, 364 tamamen yanlış olmamakla birlikte, bu öğretiyi “elden çıkarma” formülünün sübjektifleştirilmesini kast etmektedir.

<sup>40</sup> Fakat krş BGHSt 30, 366; RGSt 53, 45.

<sup>41</sup> Akim kalmış azmettirmeye tamamlanmış teşebbüse ilişkin geçerli tanımın aktarılabileceği hakkında bkz Letzgus, *Vorstufen der Beteiligung*, 40; ayrıca bkz. haklı olarak bu olayları fiile teşebbüs kapsamında telakki etmenin yanlışlığını vurgulayan Heinrich Luden, *Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechtes I*, 1847, 463 vd, açıklama 5.

<sup>42</sup> Bkz Manfred Maiwald, *ZStW 88*, 1976, 714.

<sup>43</sup> Bununla birlikte Roxin’ in, *LK§30* kn 16’de cezalandırılabilir bir “tamamlanmamış teşebbüsün” hiçbir durumda kategorik olarak kapsam dışı bırakılmadığı yönündeki görüşünü belirten Roxin, *JA* 1979, 170 ile krş; elbette, önemsiz detaylar hak-

ninde bu şekilde yeni bir fiile teşebbüs kategorisinin oluşturulmasının bu doktrini verimli kılabilecek herhangi bir bilgi değeri bulunmamaktadır.

## VII. Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi

Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasının cezai sorumluluk sınırına varmak için azmettirme planının objektif olarak gerçekleştirilmesinin asgari ölçütü konusundaki görüşü kabul edilemez. Bu, her halükarda kamu davasının açılmış olmasıyla açıklanabilir. Bu da mahkemenin (yerel mahkemenin) doğru yolda olduğunu gösterir. Kararın tereddütlü olması, çözümün kanunun şüpheli bir şekilde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Savcılık tarafından yürütülen soruşturmanın sonuçlarına göre, suçun işlenmesi için S'nin artık iştirak fiillerini gerçekleştirilmesinin gerekli olmayacağından tek başına bu noktayı nihayetinde açıklığa kavuşturmak için duruşmanın bu temelde yürütülmesi gerekmiştir. Böylece, somut olayda Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası gereğinden fazla geniş yorumlanmamalıdır ve bu maddeyle sadece gelecekte muhtemel bir zararın gerçekleşebileceği ortaya konulmalıdır.

| YAZAR BEYANI                       |  |
|------------------------------------|--|
| Mali Destek/ Teşekkür Beyanı:      | Bulunmamaktadır.   |
| Yazarların Katkıları               | Eserin tamamı yazar tarafından çevirilmiştir.                                      |
| Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| Etik Kurul Onayı:                  | Gerekmemektedir.   |

kinda en iyisi bu farklılıkların muhtemelen uygun bir "objektif olarak tamamlama" tanımıyla ortadan kaldırılmasıdır.

## KAYNAKÇA

Baumann, Jürgen. *JuS*, 1963.

Baumann, Jürgen, ve Ulrich Weber. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 9. Aufl. Bielefeld: Gieseking, 1985.

Bloy, René. *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985.

———. “Grund und Grenzen der Strafbarkeit der misslungenen Anstiftung”. *JR/Heft 12*, 1992, 493-97.

Brose, Rolf. “Die versuchte Verbrechensbeteiligung (§49 a StGB)”. Diss., 1970.

Busch, Jost-Dietrich. “Die Strafbarkeit der Erfolglosen Teilnahme und die Gesichte des 49a StGB”. Rechts und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Marburg, 1964.

Busch, Richard. “Zur Teilnahme an den Handlungen des §49a StGB”. İçinde *Festschrift für Reinhart Maurach*, editör Friedrich-Christian Schröder ve Heinz Zipf. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972.

Dreher, Eduard. “Grundsätze und Probleme des §49a StGB”. *GA*, 1954, 11-22.

Dreher, Eduard, ve Herbert Tröndle. *StGB*. 45. Baskı., 1991.

Eberhard, Schmidhäuser. *AT*. 2. Aufl., 1975.

Eser. *Strafrecht II*. 3. Aufl. München: C. H. Beck, 1980.

Geppert, Klaus. “Die versuchte Anstiftung (§30 Abs 1 StGB)”. *JURA/Heft 10*, 1997, 546-53.

Herzberg, Rolf Dietrich. *GA*, 1971.

———. *JuS*, 1985.

———. *ZStW 99*, 1987.

Jakobs, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. Aufl. Berlin: De Gruyter, 1991.

Jescheck, Hans-Heinrich. *AT*. 4. Baskı., 1988.

Kadel. *GA*, 1983.

Kühl, Kristian. “Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung”. *JuS/Heft 12*, 1979, 874-77.



- . *JuS*, 1983.
- Küper, Wilfried. *JZ*, 1983.
- Küpper, Georg. *GA*, 1986.
- Lackner, Karl. *StGB*. 19. Baskı., 1991.
- Letzguş, Klaus. *Vorstufen der Beteiligung*. 1. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1972.
- Luden, Heinrich. *Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechtes I*, 1847.
- Lüderssen, Klaus. *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967.
- Lüthke, Albrecht. *Wesen und Bedeutung des §49a StGB im Rahmen der Teilnahmelehre (Dissertation)*. Hamburg, 1963.
- Maiwald, Manfred. *ZStW 88*, 1976.
- Maurach, ve Karl Heinz Gössel. *AT 2*. 7. Baskı., 1989.
- Meyer, M.-K. *GA*, 1979.
- Puppe, Ingeborg. *JuS*, 1980.
- Roxin, Claus. “Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§30 StGB)”. *JA/Heft 4*, 1979, 169-75.
- . *LK*. 10. Baskı., 1985.
- . *Maurach-Festschrift*, 1972.
- Rudolphi, Hans Joachim. *SK StGB*, t.y.
- Samson, Erich. *SK StGB*. 5. Baskı., t.y.
- Sax, Walter. *ZStW 90*, 1978.
- Schilling, Georg. *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975.
- Schönke, Adolf, Horst Schröder, ve Peter Cramer. *StGB*. 24. Baskı., 1991.
- Schröder, Horst. “Grundprobleme des §49a StGB”. *JuS/Heft 7*, 1967, 289-95.
- Stratenwerth, Günter. *ATI*. 3. Baskı., 1981.
- Tokdemir, Sercan, çev. “22.10.1991 Tarihli Ve 1 Ws 249/91 Sayılı Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararı (Zincirleme Azmettirmeye

Teşebbüste Azmettirilen Fiilin Yeterince Somutlaştırılması)". İçinde YBHD- (Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı), 7:1777-85, 2022.

Tokdemir, Sercan. *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Weber, Rolf. *ZStW (Beiheft)*, 1987.

Wessels, Johannes. *AT*. 21. Baskı., 1991.

### ÇALIŞMADA KULLANILAN ALMANCA KISALTMALARIN TÜRKÇE KARŞILIKLARI

**Allgemeiner Teil (AT)**: Genel Hüküm; **alte Fassung (aF)**: eski kanun metni; **andere Ansicht (aA)**: başka bir fikir, görüş; **Anmerkung (Anm)**: Açıklama; **Auflage (Auf)**: Baskı, bası, basım; **Besonderer Teil (BT)**: Özel Hüküm; **Bundesgerichtshof (BGH)**: Federal Mahkeme; **derselbe (ders)**: Aynı şekilde, aynı yönde, benzer; **Dissertation (Diss)**: Tez; **Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshof in Strafsachen (BGHSt)**: Federal Mahkeme'nin ceza hukukuna ilişkin kararı; **Fußnote (Fn.)**: dipnot (dn); **gegebenfalls (ggf)**: icabında; **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)**: Dergi ismi; **im Sinne (i.)**: anlamında; **insbesondere (insbes)**: özellikle; **in Verbindung mit (iVm)**: ile bağlantılı; **Leipziger Kommentar (LK)**: Leipzig Şerhi; **Juristische Arbeitsblätter (JA)**: Dergi ismi; **Juristische Rundschau (JR)**: Dergi ismi; **Juristische Schulung (JuS)**: Dergi ismi; **JuristenZeitung (JZ)**: Dergi ismi; **Monatsschrift für Deutsche Recht (MDR)**: Dergi ismi; **mit weiteren Nachweise (mwNachw)**: diğer kaynaklar için; **Nummer (Nr)**: Numara (Num); **Oberlandesgericht (OLG)**: Eyalet Yüksek Mahkemesi; **Reichsgericht in Strafsachen (RGSt)**: İmparatorluk Mahkemesi'nin ceza hukukuna ilişkin kararı; **Rundnummer (Rdn)**: kenar numarası (kn); **Seite (S)**: sayfa (s); **Strafrecht (StR)**: Ceza hukuku; **Strafgesetzbuch (StGB)**: Alman Ceza Kanunu; **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB)**: Sistematik Alman Ceza Kanunu Şerhi; **und die folgende Seiten (ff)**: ve devamı (vd); **von (v)**: nın, nin; **vergleich (vgl)**: karşılaştır (krş); **Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (ZStW)**: Dergi ismi; **Zum Beispiel (zB)**: Örneğin.



## **TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ SEÇENEK YAPTIRIMLAR'IN İSLÂM HUKUKUNDAKİ TA'ZİR CEZASIYLA KARŞILAŞTIRILMASI**

*Comparison of Optional Sanctions in Turkish Criminal Law  
With Ta'Zîr Punishment In Islamic Law*

**Dr. Öğretim Üyesi Taha YILMAZ\***

### **ÖZET**

Çalışmanın konusu Türk Ceza Hukukundaki seçenek yaptırımlar ile İslâm hukukunda mevcut olan ta'zir cezalarının karşılaştırılmasıdır. Hukuk tarihine baktığımızda cezalar infaz edilirken ödetme, kefare, caydırma, önleme, topluma kazandırma vb. hedefler gözetilmiştir. Bu makalenin amacı yapı ve kaynak bakımından her ne kadar birbirlerinden farklı olsalar da cezanın infazında fert ve toplum için gözettikleri bazı maslahatlar açısından bu iki hukukun benzeyen ve ayrılan noktalarını ortaya koymaktır. Sonuç olarak seçenek yaptırımlar ile İslâm ceza hukukundaki cezalarda evrensel ve tarihsel değerler açı-

---

\* Ardahan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, İslâm Hukuku, e-posta: tahayilmaz@ardahan.edu.tr, ORCID: [0000-0001-9503-3937](https://orcid.org/0000-0001-9503-3937).

**Makale Geliş Tarihi:** 27.07.2024

**Makale Kabul Tarihi:** 22.08.2024

⇒ Atıf Şekli: Taha Yılmaz "Türk Ceza Hukukundaki Seçenek Yaptırımlar'ın İslâm Hukukundaki Ta'zir Cezasıyla Karşılaştırılması", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024):1157-1187.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



sından gözetilen insanın sosyalleşmesi ve topluma kazandırılması hedefinin benzeştiği görülmektedir. Bu da iki hukukun da sosyolojik olarak cezanın infazında insanı öncelediğini göstermekte ve cezanın infazında hedefledikleri hususların kıyaslanmasını önemli kılmaktadır. Bu hedefler cezanın infazıyla birlikte kamu vicdanının rahatlatılması, toplumsal güvenin sağlanması, kişinin terbiye edilerek topluma kazandırılması ve sosyalleşmesidir. Bu hususlar Türk ceza hukukunda diğer cezaların infazında da var olmakla birlikte baskın olarak seçenek yaptırımlarda bulunmaktadır. İslâm ceza hukukunda ise bu alan ta'zir cezası adı altında oldukça geniş bırakılmıştır. Konu ele alınırken her iki hukuk sistemindeki suç ve ceza kavramları da değerlendirilmiştir. Bu çalışmada konu nitel yöntemin metin analizi, karşılaştırma ve tarihi, güncel doküman yöntemi esas alınarak irdelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İslâm Hukuku, Ceza, Suç, Ta'zîr, Seçenek Yaptırımlar.

### EXTENDED ARSTRACT

The subject of the article is the comparison of the alternative sanctions in Turkish Criminal Law and the ta'zir penalty in Islamic law. While discussing the subject, the concepts of crime and punishment in both legal systems were also evaluated in relation to the subject. Positive Turkish Law protects rights in society and imposes certain responsibilities on individuals, with a distinction between criminal law, civil law and law of obligations. Achieving social justice and ensuring the security of life and property is only possible with the rules of law. In the Turkish Penal Code, crimes are divided into two: reckless and intentional crimes. Although the punishment for many of these crimes is clear, the way in which some resulting penalties will be executed or deemed to have been executed has been left to the conscientious opinion of the judge by the legislator in case certain conditions are met. Although Islamic Law does not, in principle, base on a sharp distinction such as criminal, debts and civil law, like Turkish law, it has a section called criminal law/ukubat. In Islamic criminal law, punishments are divided into three types: hadd, retaliation-diyat and ta'zîr. The limits, quality and method of execution of hadd and retaliation punishments are determined by the texts. The legislature did not leave discretion to the

judge in the punishment of these crimes. However, in Islamic law, the punishment of some crimes is left to the discretion of the judge. The judge has the right to assess these penalties depending on the crime and the criminal's situation. These penalties are called ta'zir penalties. Ta'zîr punishments should be of a nature that prevents, modifies, deters and disciplines people from committing crimes. The purpose of this article is to evaluate the similarity of the alternative sanctions in the Turkish Penal Code with the Ta'zîr penalty in Islamic law and to reveal their similarities and points of difference in terms of some interests they pursue for the individual and the society, even though the two laws are different from each other in terms of structure and source. This issue makes the study current and important. When we look at legal systems, it is clear that legislators always consider the purpose, interests and justice dimension of the provisions. The judge can use his discretionary power in favor of the peace and security of the individual and society, based on the corridor that the legislator has given him freedom. As a matter of fact, the phenomenon of alternative sanctions in the Turkish Penal Code are criminal law sanctions other than imprisonment that do not deprive the person of his freedom, such as employing him in a job that is beneficial to the public if it is voluntary, restricting the right to go to certain places, electronic monitoring, and fines. This sanction is applied to convicts whose penalty amount is converted into a prison sentence of one year or less by various means after the sentence is determined, and to reckless crimes, excluding conscious negligence, without any time limit. In this context, alternative sanctions have been determined in a way that they are not as restrictive to freedom as imprisonment and are an alternative to imprisonment. TCK Art. Execution limits of 50 alternative sanctions have been drawn. In the Turkish Penal Code No. 5237, alternative sanctions to short-term imprisonment are judicial fines, working in an educational institution, banning from performing certain activities, withdrawal of driver's license and registration, and public benefits, depending on the personality of the criminal, his social and economic situation, his remorse during the trial process and the commission of the crime. It covers issues such as employment in certain jobs. In Islamic criminal law, in addition to penalties whose arbitrariness and implementation are clear, penalties whose arbitrariness and implementation are left to the discretion of the judge are also included in the agenda. The execution of these sentences

is carried out by the judge's jurisprudence. Especially in cases where the criminal elements were not fully established or the detection was not based on material evidence and was suspicious, it was generally implemented in the form of exile or deprivation of certain rights. Here, the defendant's remorse and previous good condition are also a determining factor. In this case, although the crime is clear, the punishment is not determined in advance and is left to the discretion of the judge. The similarity to alternative sanctions in Turkish criminal law is that the amount and quality of the punishment will be determined by the judge. What differentiates it is that in Turkish criminal law, in order for this to be implemented, the person's guilt must first be determined precisely. While no distinction is made in alternative sanctions in terms of the type of crime, tazir only covers crimes for which the amount and quality of punishment are not determined. In the Turkish penal code, consequential punishment is highlighted as the main rule, and negligent crimes are excluded due to this consequence. In this study, the subject was examined based on the qualitative method of text analysis, historical and current document method.

**Key Words:** Islamic Law, Punishment, Crime, Punishment, Optional Sanctions

## GİRİŞ

İnsanoğlu iyi ve kötü davranışları yapmaya kabiliyetli olarak yaratılmıştır.<sup>1</sup> Bu bakımdan fazilet ve erdem içeren davranışlara eğilim gösterdiği gibi bazı durumlarda ise çirkin kabul edilecek davranışlara eğilim gösterebilmiştir. Dolayısıyla İnsanoğlu yeryüzünün imarına çalıştığı gibi onun fesat ve tahribine yol açan davranışları da sergileyebilir.<sup>2</sup> İnsanın kendisinde her iki eğilimi de destekleyecek özellikler vardır.<sup>3</sup> Bu bakımdan hukuk sistemleri de insanın bu özelliklerini esas alarak bir takım kurallar ortaya koymuşlardır. Bu kurallar fert ve top-

---

<sup>1</sup> er-Ra'd, 13/6, 22; el-İsrâ, 17/7; en-Neml, 27/89; el-Kasas, 28/84; el-Fussilet, 41/46.

<sup>2</sup> el-Bakara, 2/30

<sup>3</sup> Muhammed Zuhaylî, 'Ukubeti'n-nefyi fi'l-fikhi'l-İslâmî (Beyrut: Dâru'l-Mektebe, 1998), 1-23; Nasi Aslan, İslâm Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri (Adana: Karahan Kitapevi, 2014), 2-3.

luma bazı haklar tanıdığı gibi bazı sorumluluklar da yüklemiştir.<sup>4</sup> Pozitif Türk hukuku ve İslâm hukuku da bu çerçevede bazı hükümler vaaz etmiştir. Bu hükümler ayrıca devlet tarafından da desteklenmiştir. Kanunlar çerçevesinde hak ve ödevlerini yerine getirenler mükâfatlandırılmış, hak ve ödevlerini yerine getirmeyen, toplum ve şahısların can ve mal güvenliğine kast eden şahıslar da cezalandırılmıştır.<sup>5</sup>

Pozitif Türk ceza hukuku ve İslâm hukukunda genel durum bu olmakla birlikte pozitif Türk ceza hukuku daha çok toplumsallaşma, eğitim ve sosyal psikoloji mekanizmaları çerçevesinde işlemektedir.<sup>6</sup> Kuvvetler ayrılığı, normlar hiyerarşisi ve anayasa kurumu gibi mekanizmaları vardır. İnsan aklının sonucu oluşmuş ve toplumsal tecrübeye dayanmaktadır. Bu bakımdan İslâm hukukunu pozitif Türk hukuk paradigmasıyla mukayese etme ihtiyacı da doğmaktadır.<sup>7</sup> Bu ihtiyaçtan dolayı pozitif Türk ceza hukukuna bakıldığında, onun formel bir bakışla oluşturulmuş hukukun bir norm sistemi olduğu ve kaynağının da devlet olduğu görülmektedir. Felsefi pozitivizme paralel olarak adalet, hak ve ahlak gibi kavramların metafizik, spekülatif ve bilinmez olduklarını iddia eder ve dolayısıyla bunların hukukun dışında tutulması gerektiğini vurgular. Tanrısal değerleri kabul etmeyip hukukun akıl kökenli olduğunu insan düşüncesinden bağımsız olmadığını ifade etmektedir.<sup>8</sup> İnsan var olan doğadaki hukuku oluşturduğu gibi aynı zamanda keşfeder. Kara Avrupası hukuk sistemi ve hâkim kararları büyük ölçüde bu hukukun sistemine kaynaklık etmektedir. Kendi arasında özel hukuk ve kamu hukuku olarak bir ayırım gösterir. Kişiler arası ilişkileri ele alan kısım özel hukuktur.<sup>9</sup> Kişiler ile devlet veya devleti oluşturan kurumlar arası ilişkileri ele alan kısım ise kamu hu-

---

<sup>4</sup> Ahmet Fethi Behnesi, el-Mevsûatü'l-cinaiyye fi'l-fıkhî'l-İslâmî (Beyrut: Dâru'l-Nahdati'l-Arabiyye, 1991), 4/73; Ali Bardakoğlu, " Fıkıh", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 13/ 22-27.

<sup>5</sup> Çetin Arslan, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı (İstanbul: Bilge Yayınevi, 2024), 45-67.

<sup>6</sup> Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 69-72.

<sup>7</sup> Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat (Ankara: İslık Yayınları, 2002), 23-29.

<sup>8</sup> Zeki Hafizoğulları - Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Us-A Yayıncılık, 2011), 35-45.

<sup>9</sup> Yenisey - Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 69-72.



kukudur. Kamu hukukunda egemen olan ilke hukukî güvenlik ve kanunîlik prensibidir. Özel hukukta ise egemen olan ilke irade serbestisidir. Genellik, soyutluk, süreklilik ve bağlayıcılık özelliği vardır. Hukukun işlevi düzeni sağlamak ve adaleti tesis etmektir. Genel irade kuramıyla toplumsal sözleşmeden bahseder.<sup>10</sup>

İslâm hukuk nazariyesine göre, İslâm hukuku yapı ve kökleri bakımından dört temel unsur üzerine kurulmuştur. Bunlar, Kur'ân-ı Kerim, Hz. Peygamber'in sünneti, icmâ ve kıyastır.<sup>11</sup> Naslar, akıl yürütme ve sosyal gerçeklik onun gelişimine yön vermektedir. İslâm hukukunun konuları ise ibadet/ibâdât, muâmelat/edimler ve ukûbât/ceza hukuku şeklindeki bir perspektifle düzenlenmiştir.<sup>12</sup> Sosyal gerçeklik dinamik olan hayatla bağı kurmakta ve sosyolojik boyutunu sağlamaktadır. Fıkıh usûlü kuralları işlettirilerek zihni bir çabayla bu durum gerçekleşmektedir.<sup>13</sup>

İslâm Hukuku prensipte Türk hukuku gibi ceza, borçlar ve medeni hukuk vb. şeklinde kesin bir ayrımı esas almasa da mahiyet itibarı ile ceza hukuku/ukûbât adı altında bir bölümü bulunmaktadır. İslâm ceza hukukunda suçun mahiyetine göre cezalar değişmektedir. Buna göre cezalar had, kısas/diyet ve ta'zîr cezaları şeklinde bir ayrımına tabi tutulmaktadır. Had ve kısas cezalarının sınırı, keyfiyeti ve infaz ediliş şekli naslarla belirlenmiştir. Kanun koyucu bu suçların cezasında hâkime takdir yetkisi bırakmamıştır. Ancak İslâm hukukunda bazı suçların cezası hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkim suçun ve suçlunun durumuna göre bu cezaları takdir etme hakkına sahiptir. Bu cezalar ta'zir cezası olarak isimlendirilmektedir.<sup>14</sup> Kısas/diyet ve had cezalarının dayanakları Kur'ân ve sünnettir.<sup>15</sup> Tarihi süreçte bu cezalardan bazılarının mevhum ve delilleri İslâm hukukçuları tarafından

<sup>10</sup> Hafızoğulları - Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 35-45.

<sup>11</sup> Abdulkadir Udeh, Mukayeseli İslâm Hukuku ve Beşerî Hukuk II, çev. Ali Şafak (Ankara: Kayıhan Yayınları, 1990), 1/69; Yaşar Yiğit, İslâm Ceza Hukuku (Ankara: Sistem Ofset Yayıncılık, 2012), 20.

<sup>12</sup> Talip Türcan, (ed.), İslâm Hukuku El Kitabı (Ankara: Grafiker Yayınları, 2012), 305.

<sup>13</sup> Mehmet Erdoğan, Fıkıh İlmine Giriş (İstanbul: Dem Yayınları, 2019), 141-158.

<sup>14</sup> Lutfullah Sâfi, et-Ta'zir envâuhu ve multekâtuhu (İran: Müessesetü'l-Neşrû'l-İslâmî, 2021), 1-13, 67-68.

<sup>15</sup> Muhammed Ebû Zehre, el-Cerîme ve'l-ukûbe fî'l-fikhi'l-İslâmî el-Ukûbe (Kahire: Dârü'l-fikri'l-Arabi, 2008), 28.

tartışılmış, onların içtihat ve yorumlarıyla bu cezalar yeniden şekillenmiş ve toplumda işlenen suçlara yönelik farklı uygulama şekilleriyle hâkimlerce taraflara infaz edilmiştir.<sup>16</sup>

Had cezaları miktarı ve keyfiyeti kanun koyucu tarafından takdir edilmiş, artırma ve eksiltme yapmaya kimsenin yetkili olmadığı ceza çeşididir. Bu suçlar mezhepler arasında tartışmalı olmakla birlikte genel olarak zina, içki/şüreb-sarhoşluk/sükr, zina iftirası/kazf, sirket/hırsızlık, yol kesme/hirabe-kat-i tarik, isyan/bağy ve dinden dönme/irtidat şeklinde tespit edilmiştir.<sup>17</sup> Kısas/cinâyât-cerâimu'l-kısas ve diyet ise fertlerin hakkı olarak Şârîi tarafından tayin edilmiş ve mağdurun ya da mirasçılarının isteği üzerine tatbik edilen cezalardır.<sup>18</sup> Miktarı belirlenmiş oluşu ile hadlere benzemekte olup kul hakkı olmaları nedeniyle de hadlerden ayrılmaktadır. Ayrıca bir takım kefaret cezaları da bulunmaktadır.<sup>19</sup> Bu zikredilen cezaların yanında sınırı takdir edilmemiş sanıklara tatbik edilen cezalardan birisi de ta'zîr'dir. Ta'zîr cezasının kapsamı ve keyfiyeti devlet başkanının yetkiyle hâkimlere bırakılmıştır. Bu cezanın sınırı suça ve suçluya göre sonra-

- <sup>16</sup> Muhammed Ebû Zahra, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, çev. İbrahim Tüfekçi (İstanbul: Kitabevi, 1994), 1/129-130; Ebû İshâk Şihâbüddîn İbrâhim b. Abdillâh b. Abdilmü'im b. Alî el-Hemdânî el-Hamevî İbn Ebü'd- Dem, Kitabu edebü'l- kazâ, nşr. Muhyî Hilâl es-Serhân (Bağdat: Matbaatu'l-İrşad, 1984), 3-23; Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb ez-Zûrafî el-Hanbelî İbn Kayyim, et-Turuku'l- hukmiyye fi's- siyaseti's- şer'iyye (Beyrut: Dâru'l- Cil, 1418/1998), 23-45.
- <sup>17</sup> Ebû Bekr Şemsül-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed Serahsî, el-Mebsût (İstanbul: Gümüşevi Yayıncılık, 1983), 9/36; Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî, Bedâiu's-sanâ'i' (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1986), 7/33; Ebû'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Mâverî, el-Ahkâmü's-sultâniyye (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1990), 364; Ali Bardakoğlu, "Delil", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 1994), 9/138 - 141.
- <sup>18</sup> Şamil Dağcı, "Kısas", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 2002), 25/488-495. Şamil Dağcı, "İhsan", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, İstanbul: 2002), 21/546-548.
- <sup>19</sup> Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dimeşkî İbn Âbidîn, Reddü'l-muhtâr (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1987), 3/140; Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd b. Hazm Edelüsî el- Kurtubî İbn Hazm, el-Muhallâ (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, ts), 12/3; Cezeri. el-Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa' (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1990), 5/12; Mustafa Ahmed Zerkâ, el-Medhalül-fikhi'l-âmm (Dimeşk: Dâru'l-Fikr, 1956), 2/605; Abdukadir Udeh, et-Tesrîu'l-cinaî fi'l-İslâm (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1985), 1/612; Hayreddin Karaman, İslâm Hukuku (İstanbul: İz Yayıncılık, 1982), 1/125.

dan İslâm hukuku ceza siyaseti çerçevesinde belirlenir.<sup>20</sup> Kişileri suç-  
tan önleyici, uslandırıcı, caydırıcı ve terbiye edici mahiyettedir.<sup>21</sup>

Türk Ceza Hukuku ve İslâm hukuku çerçevesinde bir değerlendirilmede bulunulduğunda kanun koyucunun Türk ceza hukukunda bilinçli boşluklar bırakmamış olduğunu, kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralından hareketle sadece cezanın infaz şekli çerçevesinde sanık lehinde olabilecek durumları hakime bırakmış olduğunu söyleyebiliriz. İslâm hukukunda ise kanun koyucu bazı suç ve cezaların infazını belirlemiş ise de bazı suç ve cezaları takdir etme yetkisini ihtiyat prensibi çerçevesinde hakime bırakmıştır.<sup>22</sup> Telmelde İslâm ceza hukukunda suç ve cezadan daha çok bu olguya dair genel ilkeler belirlenmiştir. Her ne kadar iki hukuk sistemi kaynak ve yapı bakımından birbirinden farklılık gösterse de suç ve cezanın infazında bireysel ve toplumsal hedeflerin daha anlaşılır olması açısından iki hukuk arasında bir kıyaslamanın yapılması da gerekmektedir. Nitekim yaşanan toplumda disiplinler arası bir köprünün kurulması hem bilim hem de bilimi öğreten ve öğrenenler için bu ihtiyacı ortaya koymaktadır. Pozitif Türk ceza hukukundaki seçenek yaptırımlar ile İslâm ceza hukukundaki ta'zîr cezasının benzeşen ve ayrılan yönlerinin değerlendirmesi olarak çalışmanın fayda sağlayacağı kanaatindeyiz.

## I. SUÇ KAVRAMI, SUÇUN MAHİYETİ, KONUSU, TASNİFİ VE UNSURLARI

Suç, işleyene cezaî bir müeyyide uygulanması öngörülmüş yasak fiiller olarak ifade edilmektedir.<sup>23</sup> Türkçe bir kelimedir. Arapça olarak da cerîme ve cinayet kelimeleri bu ifadeyi karşılamaktadır.<sup>24</sup> Türk ceza hukukunda suç, cürüm kelimesinin yanında cünha ve kabâhat kelimeleriyle de beyan edilmektedir. Sözlük anlamı ise “törelere, ahlak kurallarına aykırı davranış ya da bir toplumda haksız sayılıp yazılı

<sup>20</sup> İsmail Çalışkan, “İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları”, AÜİFD. 31/1-4, (1989), 367-397.

<sup>21</sup> Cevat Akşit, İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları (İstanbul: Gaye Vakfı Yayınları, 1980), 49.

<sup>22</sup> Ali İhsan Pala, İslâm Hukukunda İhtiyat İlkesi (Ankara: Fecr Yayınları, 2009), 2-8.

<sup>23</sup> Mehmet Boynukalın, “Suç”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 2009), 37/453-457.

<sup>24</sup> Muhammed Fuâd Abdülbâkî, el-Mu'cemül'l-müfehres li-elfâzi'l-Kur'âni'l-Kerîm, “crm mad.” (Kahire: Dârü'l-Kütübi'l-Mısriyye, 1364/1945).

yazısız kurallarla yasaklanan ve yaptırıma bağlanan eylemler manasına gelmektedir. Ayrıca yasalara aykırı davranış, cürüm manalarına da gelmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda suç kavramı klasik olarak "halkın güvenliğini korumak için devletçe neşir ve ilan edilen ve ceza tehdidini hâvî olan bir kamunun, sorunlu bir şahıs tarafından icra ve ihmali olabilen harici bir hareketle ve bir hak veya vazifeye müsterit olmayaarak ihlal edilmesidir"<sup>25</sup> şeklinde ifade edilmiş olmakla birlikte en güncel haliyle; "Türk Ceza Kanunun'da veya ceza hükmü içeren özel kanunlarda düzenlenen hukuka aykırı ve cezai yaptırıma bağlanmış eylemler, kanun tarafından ceza hukuku yaptırımı ile tehdit edilen bütün hareketler ya da kanunun bir ceza hukuku yaptırımı ile karşıladığı fiil" şeklinde de tarif edilmiştir.<sup>26</sup> Klasik İslâm hukukun da ise suça karşılık gelecek genel kabul görmüş herhangi bir terim yoktur. Ancak cürüm ve cerime kelimelerinin günah, suç ve haksız fiili kapsayacak şekilde oldukça geniş bir kullanım alanı olduğu görülmektedir. İslâm âlimleri suçu "Allah'ın had veya ta'zîr cezası ile cezalandırdığı şer'î yasaklar" olarak tarif etmişlerdir.<sup>27</sup>

İslâm Hukukunda ve Türk Ceza Kanunu'nda suç kavramına farklı anlamlar yüklenmiştir. İslâm hukukunda suçun hem dünyevi hem de diyanî/kefâret boyutu bulunmaktadır. Suçun diyanî boyutu günah, haram ve mâsiyet olarak değerlendirilmekte olup hadlerin suçlu için bir kefâret olduğu da dile getirilmiştir.<sup>28</sup> Dünyevî boyutu olan yasak fiil ise suç olarak değerlendirilmiştir. Bu bakımdan İslâm Hukuku'nda ceza, sadece devletin iradesi değil, aynı zamanda ahirette de varlığı kabul edilen bir husustur. Kefâret ilkesi çerçevesinde, vicdan azabı çeken kişi vicdanen huzurlu olur ve suçunu itiraf ederek teslim olduğunda manevi olarak rahatlamış olur.<sup>29</sup> Türk Ceza Kanunu'nda ise suçun sadece dünyevi boyutu bulunmaktadır. Bu bağlamda suçun ne olduğu ve diğer hukuka aykırı fiillerden nasıl ayrıştığı, suçun varlığı

---

<sup>25</sup> Tahir Taner, *Ceza Hukuku* (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1949), 79-80.

<sup>26</sup> Timur Demirbaş, *Kriminoloji* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), 42-43; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 1, 101.

<sup>27</sup> Mâverdî, *el-Akâmü's-sultâniyye*, 219.

<sup>28</sup> Serahsî, *Mebûsât*, 9/249; Muhammed Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdâresi* (İstanbul: Beyan Yayınları, 1998), 25; Rahmi Yaran, "Kefâret", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansilopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2022), 17/179-182.

<sup>29</sup> Ebû Zekeriyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref Nevevî, *el-Minhâc şerhi sahihi Müslim b. el-Haccac* (Beyrut: Dâru İhyai't-Turasi'l-Arabi, 1392/1972), 10/199.

için gerekli unsurların ne olduğu, suçta etki eden sebep ve şartlar, kişi ve mala karşı işlenen suçlar ele alınmakla birlikte suçun diyanî boyutu ele alınmamıştır. İslâm hukukunda ise suçlara dair bir genel teori ilk dönemlerde bulunmamakla birlikte suçlar: cinâyât, kısas, diyât, ukûbât, hudûd, serika, eşribe gibi başlıklar altında sistematize edilmiştir. Bugün bilinen şekliyle bir ceza hukuku teorisi olmamakla birlikte konuya dair zengin bir malzeme bulunmaktadır.<sup>30</sup>

Türk ceza hukukunda suçta biçime ve öze dair iki anlayış ortaya konulmuştur.<sup>31</sup> Biçime yönelik olan alan hukuk düzeninin ceza tehdidi ile yasakladığı fiil olarak ifade edilmiştir. Öze yönelik olan durum ise neyi ihlal ettiği ve niçin yasaklandığı durumudur.<sup>32</sup> Bu bağlamda suç, kanunun cezalandırdığı fiil, ahlâk ve adalete aykırı her türlü fiil ve hareket, belirli bir zamanda belirli bir halkın ortalama ahlâk anlayışına aykırı hareket veya bireyin toplumda uyması için zorunlu olan ortalama bir ölçü içerisinde dürüstlük ve merhamet duygularını ihlâl eden hareket, kolektif şuurun kuvvetli yerleşmiş durumlarını ihlâl eden fiil, sorumlu bir kimse tarafından olumlu veya olumsuz bir hareketle meydana getirilen ve ceza tehdidini taşıyan bir konumda yer alan tarife uygun bulunan hukuka aykırı fiil<sup>33</sup> olarak ifade edilmiştir. Türk hukukunda hukuka aykırı fiil ile suç arasında bazı farklılıkların da olduğu zikredilmiştir. Hukuka aykırı fiilden kast edilen amaç, hukuk kurallarını ihlal eden ve kendileri için ceza dışında müeyyideler öngörülen insan fiilleridir. Hukuka aykırı fiiller, haksız fiil, disiplin suçu, idarî suç, vergi veya tazminat cezasını gerektiren fiiller olarak dört kısma ayrılmıştır.<sup>34</sup> İslam hukukunda ise cezaî müeyyidesi olup had ve kısas-diyet suçları dışındaki hukuka aykırı her fiil tazîr suçu olarak nitelenmiştir.<sup>35</sup> İspat vasıtalarının yetersizliği, delillerin karartılması, maddî gerçeği tam teşhis edememe gibi nedenlerden dolayı

<sup>30</sup> Ebû Zehre, el-Cerîme ve'l-ukûbe fî'l-fıkhî'l-İslâmî el-ukube, 112-118.

<sup>31</sup> Nezat Toroslu - Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Savaş Yayınları, 2008). 87-91.

<sup>32</sup> Sulhi Dönmezer - Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku "Genel Kısım" (İstanbul: Beta Yayınları, 1994), 1/305.

<sup>33</sup> Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku "Genel Kısım", 1/311.

<sup>34</sup> Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku "Genel Kısım", 1/352-359.

<sup>35</sup> Davut Yaylalı, İslam Hukukunda Adli Deliller, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) (Bursa: Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1980), 2-11.

kazâî tarafın ağır bastığı durumlarda ta'zir uygulamasına gidilmiştir.<sup>36</sup> Türk Ceza Hukukunda ise kabahatler olan hafif suçlar ve cürüm/ağır suçlardır.

Türk Ceza Hukukunda suçun maddî ve hukukî iki yönü bulunmaktadır. Suçun maddî konusu suçun cismini oluşturan insan veya şeydir. Suçun hukukî konusu ise ceza normu ile korunan suçla ihlal edilen hak ve menfaattir. İslâm hukukunda ise suçun hukukî konusu beş temel hak olan din, can, akıl, ırz ve maldır. Emir bi'l-ma'rûf nehiy ani'l-münker hususu burada önemli bir role sahip olmaktadır.<sup>37</sup> Suçun oluşabilmesi için de genel ve özel unsurların olması gerekir. Suçların olması için kurucu unsurlar genel unsurlardır. Ancak suçları birbirinden ayıran unsurlar ise özel unsurlar olarak değerlendirilmektedir. Kanunî unsur, maddî unsur, hukuka aykırılık ve mânevî unsur suçun genel unsurları olarak beyan edilmiştir. İslâm hukukunda bu başlıklar ve unsurlar ilk dönemlerde ayrıntılı olarak ortaya konulmamıştır. Ancak sonraki İslâm hukukçuları modern hukuktaki ayırımdan hareketle bu unsurları açıklamaya çalışmış ve suçu işleyen fail ve mağdur konusunda detaylı bilgiler ortaya koyma çalışmışlardır.

## **II. CEZA KAVRAMI, CEZANIN GAYESİ VE ÇEŞİTLERİ**

Sözlükte “bir şeyin bedeli ve karşılığı”, “iyi veya kötü olan bir fiil veya davranışın tam ve yeterli olarak mukabilinde bulunmak” anlamına gelmektedir.<sup>38</sup> TDK'da ise uygunsuz davranışlarda bulunanlara uygulanan üzüntü, sıkıntı, acı verici işlem ve yaptırımları ifade etmektedir.<sup>39</sup> Devlet yani kamu gücü tarafından vaz edilen bir eylemin yapılması veya yapılmaması şeklinde tayin olunan yasağın, kusurlu bir insan davranışı ile gerçekleştirilmesi durumunda, bu fiili gerçekleştirilene uygulanan yaptırıma ceza ismi verilmektedir. Bu bağlamda ceza suçun karşılığında uygulanan yaptırım veya ihlale verilen tepki şek-

---

<sup>36</sup> Ali Bardakoğlu, “Had”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, İstanbul 1996), 14/547-551; Ali Bardakoğlu, “Beyyine”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 1992), 9/97- 98.

<sup>37</sup> Mahmut Çınar, “Zarûrât-ı Dîniyye”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 44/138.

<sup>38</sup> Ebü'l-Fazl Cemâlüddin Muhammed b. Mükerrrem b. Alî b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî İbn Manzûr, Lisânü'l-Arab (Beirut: Dâru's-Sâdr, 1994), 1-15 ukube maddesi.

<sup>39</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim: 05.06. 2024).

linde tezahür etmiştir.<sup>40</sup> Cezada kanunilik, belirlilik, ölçülülük, adil olma gibi özellikler aranmıştır.<sup>41</sup> Ayrıca verilen cezanın insan haysiyet ve şerefine uygun olması ve ahlak kurallarına da aykırı olmaması gerekir.<sup>42</sup> Yine cezanın bölünebilirlik, bireyselleştirilebilirlik, caydırıcılık, etkililik, geri alınabilirlik özelliklerinin de bulunması zorunludur. Bu özelliklerinin yanında cezalar faydalı, elverişli, masrafsız veya az masraflı olmalıdır. İslam hukukunda da cezalarda kanunilik, şahsilik, genellik, suç ve ceza dengesinin gözetilmesi, adalet ve hakkaniyet ilkeleri önemlidir.<sup>43</sup> Ceza kavramı bu günkü tanımına gelene kadar uzun bir süreç geçirmiştir. İlk dönemlerde ceza daha çok insana fiziki işkence olarak uygulanmış fakat sonradan insanın hürriyetinden mahrum olması, maddî tazminat, diyet, hapis veya bazı hakları kullanmaktan mahrumiyete dönüşmüştür.<sup>44</sup> Cezanın maddi boyutunun yanına manevi bazı unsurlar da eklenmiştir.<sup>45</sup> Ceza hukuku suçun oluşması, ortaya çıkış şekli ve oluşan suçun karşılığında uygulanacak yaptırımların neler olduğunu düzenleyen kamu hukuku alanında kendine yer bulmuş bir hukuk dalı olarak tezahür etmiştir. Ceza hukuku toplum düzenini sağlamaya yönelik kurallar bütünü ifade etmektedir.<sup>46</sup>

İslâm düşünce sisteminde ceza kavramına bakıldığında ise cezanın terim olarak biri genel diğeri özel olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Genel anlamda, dünyevî ve uhrevî bakımdan özendirici veya caydırıcı müeyyide şeklinde ifade edilmiştir. Bu anlamda ceza, in-

<sup>40</sup> Zeki Hafizoğulları, Ceza Normu (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1996), 142.

<sup>41</sup> Abdülaziz Bayındır, İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2015. 54-62, 123-139.

<sup>42</sup> Şamil Dağcı, "İşkence" Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 2002), 13/429-433.

<sup>43</sup> Abdülkerîm Zeydân, Nizamü'l- kaza fi'ş- şeriatü'l- İslâmiyye (Bağdat: Müessesetu'r- Risale li't- Tıbaa ve'Neşr ve't- Tevzi, 1982), 12-23; Ali Bardakoğlu, "Ceza", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 7/470-478.

<sup>44</sup> Mustafa Avcı, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimle Enstitüsü, 1994), 92-102.

<sup>45</sup> Muhammed Ebu Zehre, el-Ukûbe, 28; Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü (Ankara: Yetkin Yayınları, 1992), 158; Dönmezer - Sahir Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım 1/8; Ali Bardakoğlu, "İspat", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 22/492-495; Ali Bardakoğlu, "Diyet", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 1994), 9, 473-479.

<sup>46</sup> M. Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi (İstanbul: Beta Yayınları, 2010), 63.

sanın fiil ve davranışlarının dünya ve ahirette karşılığı olarak işlediği suça uygulanacağı maddi ve manevi müeyyidelerin tamamını kapsamaktadır.<sup>47</sup> Özel anlam da ise dünya hayatında hukuk düzeni tarafından suçluya uygulanacak maddî ve mânevî birtakım müeyyideleri ifade eder.<sup>48</sup> Bu bakımdan ceza, fiilden evvel işlemeye mâni, fiilden sonra da tekrarına mânidir.<sup>49</sup> İslâm Hukuku literatüründe ukûbât kelimesi, ceza hukukunda ise el-fıkhu'l-cinâî veya et-terû'l-cinâî terimleriyle beyan edilmektedir.<sup>50</sup>

İslâm'da ceza siyaseti açısından işlenen fiilin karşılığı yani cezada esas olan; işlenen fiil ile verilecek karşılık arasında makul ve adil bir denkliğin olması durumudur. Bu konuda Kur'ân-ı Kerim'de mâsiyet ve suçların ancak misliyle cezalandırılacağı haber verilmiştir<sup>51</sup> Dolayısıyla işlenen fiil ve verilecek ceza birbirinden kopuk olmamalı, işlenen fiil karşılığında caydırıcı veya özendirici bir ceza verilmelidir.<sup>52</sup> Burada denklikten maksat misliyet olmakla birlikte aynı şekilde kamu vicdanının rahatlaması da önemlidir.

Cezanın, insanları ıslah etmek, onları doğruya yönlendirmek, dünya ve ahiret mutluluğunu elde etmeye teşvik etmek, huzuru bozmak isteyenlere karşılaşılabilecek yaptırımları göstermek ve işlenecek suçun engellenmesini sağlamak, ilahi emirlere muhalefet etmekten alıkoymak gibi birçok gayesi vardır. Türk ceza hukukunda da cezadan maksat, bireyi ıslah etmek, kişiyi topluma yeniden kazandırmak, toplumsal düzeni sağlamak (ümanizm ilkesi/hümanizma), suç işlemesini önlemek olmuştur.<sup>53</sup> Bu sebeple daha önceki dönemlerde karşılık teorisi olarak ölç alma olgusu varken Türk ceza hukuku ölç alma ilkesi üzerine kurgulanmamıştır. Burada masumiyet karinesi önemli bir rol

---

<sup>47</sup> Hüseyin Kazım Kadri, Türk Lügatı (İstanbul: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1946), 2/300.

<sup>48</sup> Muhammed Ebu Zehra, el-Ukûbe, 28; Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 158; Dönmezer-Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 1/8.

<sup>49</sup> Kemalüddin Muhammed b. Abdülvahid es-Sivasi ibn'ül-Hümam, Şerhü fethu'l-kadîr (Beyrut, Dâru'l-Kütubi'l-İlmiyye, ts.), 5/212.

<sup>50</sup> Abdülkerîm Zeydân, el-Medhal li-dirâseti'ş-şer'ati'l-İslâmiyye (Bağdad: Müessesetür-Risale, 1976), 399-414.

<sup>51</sup> el-Bakara, 2/194.

<sup>52</sup> Şamil Dağcı, "İhsan", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 2002), 21/546-548.

<sup>53</sup> Devrim Aydın, Ceza Muhakemesinde Deliller (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 15.



oynamıştır. Mahkeme kararıyla bir kimsenin suçu sabit bulunmadıkça kişinin suçlu sayılamayacağı öngörülmüştür. İslâm hukukunda da berâet-i zimmet asıldır<sup>54</sup> kaidesiyle bu husus ifade edilmiştir.

İslâm hukukunda cezaî müeyyideler çeşitli yönlerden farklı ayrımlara tâbi tutulmuştur.<sup>55</sup> Hedef aldıkları hak ve menfaatlerin durumuna göre hayata, bedene, şahsiyete, mal varlığına veya ferdin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin olarak tayin edilmişlerdir. Bu bakımdan cezalar, uygulanması, miktarları, miktarların hâkim tarafından belirlenebileceği veya belirlenemeyeceği yer ve konuları bakımından çeşitlilik arz etmiştir.<sup>56</sup> Cezanın uygulanmasının mecburiliği açısından miktarı ve keyfiyeti belirtilmiş cezalar, had cezaları olarak beyan edilmiştir. Kısas ve diyet de keyfiyet ve miktar açısından had cezaları gibidir. Bu cezalar Şari'in tayin ettiği ve miktarı belli olan cezalardır. Hâkimin bu cezaları eksiksiz infaz etmesi gerekir. Bu cezaları diğer cezalarla değiştirmeye de yetkisi yoktur ve bu cezalar asli cezalardır. Cezayı hafifletme ve affetme yetkisi devlet başkanının uhdesinde değildir.<sup>57</sup> Miktarı belirlenmemiş cezalara gelince bunlar ta'zîr cezalarıdır. Bu cezaların miktarının tayininde ve cezanın tespitinde hâkim yetkilidir.<sup>58</sup> Hâkim suçun ve suçlunun durumuna göre ceza tayin edebilir<sup>59</sup> İslâm'da uygulama bakımından cezalar, öldürme, celd/sopa ve hapis gibi insan bedenine uygulanan cezalar; nasihat, kınama, azarlama ve tehdit gibi insan nefesine uygulanan cezalar; diyet ve para cezası gibi insanın mali gücüne uygulanan cezalar şeklinde tezahür etmiştir.<sup>60</sup> Görüldüğü gibi gerek İslâm toplumunda ve diğer toplumlarda tarihi süreçte cezalar daima ola gelmiştir. Türk Toplumunda da ceza

<sup>54</sup> Hocaeminefendizade Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017), 1/56; Ömer Nasuhi Bilmen, Hukûk-ı İslâmiyye ve ıstılâhât-ı fihriyye (İstanbul: Bimen Yayınevi, ts.) 1/31; Safet Köse, İslâm Hukukuna Giriş (İstanbul: Hikmetev, Yayınevi, 2012), 274; Ali Bardakoğlu, "Berâet", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 1992), 5/470-471; Eyyüp Said Kaya - Hasan Hacak, "Zimmet", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 44/424.

<sup>55</sup> İbrahim Kâfi Dönmez, "Müeyyide", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 2020), 31/485-488.

<sup>56</sup> Udeh, et-Teşrîu'l-cinaî fi'l-İslâm, 109.

<sup>57</sup> Udeh, et-Teşrîu'l-cinaî fi'l-İslâm, 109.

<sup>58</sup> Akşit, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, 49.

<sup>59</sup> Udeh, et-Teşrîu'l-cinaî fi'l-İslâm, 109.

<sup>60</sup> Udeh, et-Teşrîu'l-cinaî fi'l-İslâm, 109.

muhakemeleri kanunu çerçevesinde cezalar hâkim tarafından verilmek infaz edilmiştir.<sup>61</sup> İslâm hukukundaki cezaların kaynağı daha çok dinî naslar olmakla birlikte Türk Ceza Hukukunda kaynak insan aklı, tarihi tecrübe ve diğer normlar olmuştur.

### **III. TÜRK CEZA KANUNU'NDA SEÇENEK YAPTIRIMLAR**

Ceza suçun karşılığında uygulanan yaptırım veya ihlale verilen tepki şeklinde tezâhür etmiştir.<sup>62</sup> Eski çağlarda ceza uygulaması daha çok bedene ve hayata yönelik yaptırımlar şeklinde olurken, aydınlanma çağı olarak kabul edilen dönemde ise ceza mefhumu, hürriyeti bağlayıcı olarak şekillenmeye başlamıştır.<sup>63</sup> Çağdaş ceza hukukunda suçlunun ıslah edilmesi amacına matuf olarak, hapis cezasına seçenek olarak bazı yaptırımlar belirlenmiş ve ceza infazına yönelik mevcut ceza adaleti sistemini iyileştirmek ve cezayı suçlunun durumuna uydurmak amacıyla bazı adımlar atılmıştır.<sup>64</sup>

Hürriyeti bağlayıcı ceza, yaşam hakkı dışında en temel haklardan olan insan özgürlüğünü kısıtlamaktır. Seyahat ve yerleşme özgürlüğünü kısıtlamak da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Dolayısıyla hürriyeti bağlayıcı cezalar şeklinde tezahür eden seçenek yaptırımlar cezalarda kanunilik ilkesinden hareketle kanunda gösterilen sebep ve sürelerle, zorunlu durumlarda uygulanan bir yaptırım olarak ortaya çıkmıştır.<sup>65</sup> Bu çerçevede Türk Ceza Kanunu'nda kanun koyucu hâkime bazı durumlarda cezanın infazında takdir hakkı tanımıştır.<sup>66</sup> Hâkim bu takdir yetkisini kısa süreli hapis cezasında seçenek yaptırımlardan yana kullanabilir. TCK 50. madde ile kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi, bir yıl ve daha az süreli hapis

---

<sup>61</sup> Osman Köse, *Osmanlı'dan Günümüze Eşkıyalık ve Terör* (Samsun: Kültür Yayınları, 2009), 255-258.

<sup>62</sup> Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1996), 142.

<sup>63</sup> Doğan Soyaslan, *Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfaz Rejimleri, İnfaz Hukukunun Sorunları*, Sempozyum, (Ankara: 24/25. 11. 2000), 162-191; Mustafa Ruhan Erdem, *Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler, İnfaz Hukukunun Sorunları* (Ankara: Sempozyum, 24/25.11. 2000), 192-213.

<sup>64</sup> Ezgi Aygün Eşitli, *Kısa Süreli Hapis Cezası ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65/1 (20216), 63-100.

<sup>65</sup> Klaus Günther, *Ceza İnfaz Hukukunun İnsan İmgesi, İnfaz Hukukunun Sorunları* (Ankara: Sempozyum, 24/25.11. 2000), 55-71.

<sup>66</sup> Eşitli, *Kısa Süreli Hapis Cezası ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar*, 63-100.

cezası olanlara veya basit taksirli suç işleyenlere hapis cezası vermemek için yapılan bir kanunî düzenlemedir. Bu uygulama mahkûmun topluma kazandırılması ve ıslahı hedeflenerek yapılmaktadır. Türk Ceza Kanunu kapsamına göre süreli hapis cezası, kanunda aksi tayin edilmediği durumlarda bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. Mahkemece hükmedilen bir yıl ve daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olarak değerlendirilmektedir.<sup>67</sup>

Kısa süreli hapis cezası veya uzun süreli olup da çeşitli yollarla bir yıl ve daha az uygulanırlığı kalmış hapis cezalarında suçlunun şahsiyetine, kişiliğine, sosyal ve ekonomik haline, yargılama esnasında duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki niteliklere göre seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Kişi daha önce hapis cezasına çarptırılmamış ise, mahkûm olunan otuz gün ve daha kısa süreli hapis cezası ile fiilen suçu işlediği dönemde onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların makûm edildiği bir sene veya daha kısa süreli hapis cezası kanunda belirtildiği şekliyle seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.<sup>68</sup>

Türk Ceza Kanunu'nun 50. Maddesinde belirtilen seçenek yaptırımlar geçmişte suç işlememiş ve işlediği suçtan pişmanlık göstermiş, kendisini yargılayan hakimde yeniden suç işlemeyeceği yönünde olumlu kanaat oluşturmuş kişilere yönelik uygulanır. Bu madde ile şahsın korunması ve daha büyük bir suça bulaşmaması hedeflenmektedir. Bu uygulama hükümlünün ıslahı, sosyalleşmesi ve topluma kazandırılması açısından önemli bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir. Böylelikle taksirli suçlarda ve netice cezası bir yıl ve bir yılın altına düşen suçlarda hâkim şahsın lehine seçenek yaptırımlar uygulayabilir. Kişi de bu şekilde diğer suçlularla bir araya gelmez ve ailesinden de uzak kalmaz. Özel hayatında da büyük değişimler yaşamamış olur. Ancak TCK madde 50 de seçenek yaptırımların uygulanabilmesi için hükümlüye uygulanması gereken cezasının bir yıl veya daha az olması veya suçun taksirli suç olması gerekir. Örneğin TCK'nın 86/2 maddesinde basit yaralama veya 125. Maddesinde ha-

---

<sup>67</sup> Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: US-A Yayıncılık, 2011, 490; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayınları, 2012, 641; Ahmet Çolak, Türk Ceza Hukukunda Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 50-52.

karet suçu olarak tanımlanan suçlarda hâkime ilk temel cezayı belirlerken tercih hakkı verilmiştir. Hâkim burda tercihini hapis cezası yönünde kullanmış ise artık bu hapis cezasını seçenek yaptırım olan para cesasına çeviremez. Ancak diğer seçenek yaptırımlara çevirmesinde herhangi bir engel yoktur. Çünkü hâkim burada zaten seçenekten birini tercih etmiştir.<sup>69</sup>

TCK madde 50/1, kısa süreli hapis cezasının çevrilebileceği seçenek yaptırımları maddeler halinde sıralamıştır. Seçenek yaptırımlar: Adli para cezası, mağdurun veya kamunun zararının giderilmesi, eğitim kurumlarına devam etme, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma veya kamuya yararlı bir işte çalışma olarak belirlenmiştir.<sup>70</sup> Dolayısıyla kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi halinde asıl mahkûmiyet hapis cezası olarak değil de seçenek yaptırım olarak değerlendirilir. Ancak cezanın ertelenmesi, tekerrürü, koşullu salıverilme ve belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbirine yönelik hükümler bu cezalarda uygulanamaz.<sup>71</sup>

#### **IV. TA'ZİR CEZASI, TANIMI VE TÜRLERİ**

Sözlükte “engellemek, te'dip etmek, desteklemek, saygı göstermek” manalarına gelmektedir.<sup>72</sup> Karşıt anlamlı kelimelerden (ezdâd) olan ta'zîr İslâm hukukunda had suçları ve cinayetlerdeki gibi belirli cezası olmayan suçlara verilecek; miktarı ve uygulanma yöntemi yöneticiye veya hâkime/kadıya bırakılmış cezaları kapsamaktadır.<sup>73</sup> Ta'zîr cezalarında takdir yetkisini kullanacak olan hâkimin İslâm hukukunun maksad ve gayelerini bilen ve naslardan şer'î hükümler istinbat etme yetkisine sahip olan bir müctehid olması ve bu yetkiyi

---

<sup>70</sup> Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2/781; Haluk Çolak - Uğurtan Altun, “Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenek Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri”, TBB Dergisi 67 (2006), 163- 176.

<sup>71</sup> Aygün Eşitli, Kısa Süreli Hapis Cezası ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, 63-100.

<sup>72</sup> Tuncay Başoğlu, “Ta'zîr”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (Ankara: TDV Yayınları, 2000), 16/198-202.

<sup>73</sup> İbn Âbidin, Reddül-muhtâr, 3/140; İbn Hazm, el-Muhallâ, 12/3; Cezeri, el-Fıkh ale'l-mezâhibi'l-erbaa', 5/12; Zerka, el-Medhal, 2/605; Abdukadir Udeh, et-Teşri'u'l-cinaî, 1/612; Karaman, İslâm Hukuku, 1/125.

kötüye kullanmaması gerekir. Bu hususa özen gösterildiği takdirde ta'zir öc almaktan ziyade maksad, maslahat ve adalet prensibine hizmet eden bir olguya dönüşmektedir. Ta'zir kökünden gelen fiiller, "desteklemek, saygı göstermek" anlamıyla Kur'an'da çeşitli ayetlerde yer almaktadır.<sup>74</sup> Hadislerde de terim manasıyla ta'zir geçmemektedir. Ancak ta'zir'in tatbikatına dair hadislerde çok sayıda örnek bulunmaktadır. Bu bakımdan ta'zir'in genel çerçevesinin çizilmesinde bu hadisler ve Kur'an'daki ayetler önemli rol oynamıştır.<sup>75</sup> Ta'zir cezasının uygulanması, İslâm hukukunca had ve kısas cezaları gibi din, akıl, can, ırz/namus ve malın korunmasına yönelik olarak meşru sayılmıştır. Fakat ayet ve hadislerde bu cezaların sınırları tam anlamıyla çizilmemiştir. Suç işleyen kimseye devlet başkanı ya da hâkim tarafından dönemin şartlarına uygun ve caydırıcı bazı cezalar verebilmek yetkisi olarak görülmüştür.<sup>76</sup> Ta'zir cezaları, işlenen suçlar, cezaî ehliyet, verilecek cezanın türü, miktarı, suçun ispatı, cezayı takdir edenler ve uygulayanlar açısından had ve kısastan ayrılır. Ta'zir cezaları, kişileri suçtan önleyici, uslandırıcı, caydırıcı ve terbiye edici mahiyettedir.<sup>77</sup> Örneğin ceza siyaseti açısından çocuklara ta'zir cezası verilmesi öngörülmüştür. Ta'zirin verilmesinde kişinin tövbe etmesi ve af dilemesi, halinin diğer cezalara müsait olmaması, toplumsal makamının gözetilmesi, ceza uygulandığı takdirde suçlunun ölmesi veya sakat kalması gibi durumlar etkili olmaktadır.

Maddi olmayan zararlar söz konusu olması durumunda da bazen hâkim tarafından kişilere ta'zir cezası verilebilir. Örneğin bir ibadetin terk edilmesi, sözlü saldırı, hakaret gibi suçlarda veya manevi zararın varlığı durumunda ta'zir cezası verilebilir.<sup>78</sup> Bazen de kişinin kendine verdiği zarardan (kişinin uyuşturucu kullanması) dolayı da ta'zir cezası şahsın kendisine verilebilir. İslâm Hukukçularının çoğunluğuna göre ta'zir cezasının miktarının had cezasını geçmemesi gerekir. Bu konuda Hanefî ve Şafîîler başta olmak üzere fakihlerin büyük bir kıs-

<sup>74</sup> el-Maide, 5/12; el-Araf, 7/157; el-Fetih, 48/ 9.

<sup>75</sup> Buhârî, "Muhâribîn", 12, 19, 26, 29; Müslim, "Hudûd", 40

<sup>76</sup> Çalışkan, "İslâm Hukukunda Ceza Kavramı", 31/374.

<sup>77</sup> Akşit, İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, 49; Başoğlu, "Ta'zir", 198.

<sup>78</sup> Ali şafak, "Bağy", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (Ankara: TDV Yayınları, 1991), 4/451-452.

mı ta'zîrin ölüm cezası olarak verilemeyeceği görüşündedir.<sup>79</sup> İslâm toplumu zamanla ta'zîr uygulanması ve takdir edilmesi ile ilgili olarak Kur'an ve sünneti de esas alarak bir takım düzenlemelere gitmiştir. Osmanlı döneminde ta'zîr cezalarının çoğunluğu kanunnâmeler yoluyla belirlenmiştir.<sup>80</sup> Böylece cezaların sanıklara kanunilik, şahsilik ve genellik ilkeleri çerçevesinde uygulanması istenmiştir. Bu kapsamda ta'zîr cezası, adli suçlar kapsamında ele alınan kız kaçırma, hırsızlık, rüşvet, sahtekârlık, iftira, yalan şahitlik, edebe aykırı mektuplar yazmak, eşkıyalık hareketlerine katılma, tehdit, küfür ve siyasi suçlar gibi suçlarda sürgün cezası olarak tatbik edilmiştir.<sup>81</sup> Bu suçlarda hâkimin sürgünü tercih etmesinin sebepleri arasında suçun unsurlarının tespitinde maddi gerçeğe tam olarak ulaşamaması da vardır.<sup>82</sup>

Ta'zîr cezasının adli suçlar için uygulanması ön görülmüş ise de bazı suçlarda mezhepler arası ihtilafın varlığı da bir gerçektir. Maliki-lerin çoğunluğu ve Hanbelî fakihleri casusluk, zındıklık, bid'atı yayma gibi suçlarda sanığa ta'zîren ölüm cezası verilebilir demişlerdir.<sup>83</sup> Hanefî âlimleri de herhangi bir şekilde ıslah olması mümkün olmayan kişiler suçu işlemeye devam ettiği takdirde, bu suçun önlenmesi de öngörülüyorsa suçluya ölüm cezası verilebilir şeklinde bir kanaat belirtmişlerdir.<sup>84</sup> Ancak ta'zîr cezasının uygulanması genellikle adli suçlarda, suçu işleyen kimsenin bir müddet ayakta bekletilmesi; suç eğer yalancı şahitlik ise suçlunun saç ve sakalının kazınıp yüzünün

---

<sup>79</sup> Başoğlu, "Ta'zir", 200.

<sup>80</sup> Ali Bardakoğlu, "Eşkîya", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (Ankara: TDV Yayınları, 1995), 11/466-469. Mehmet Akman, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması (İstanbul: Eren Yayınları, 2004), 5-14; Arslan, Hüseyin. 16. Yy. Osmanlı Toplumunda Yönetim, Nüfus, İskân, Göç ve Sürgün (İstanbul: Kaknüs Yayınları, 2001), 9-13; Mustafa Avcı, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar (İstanbul: Gök-kubbe, 2004), 3-7.

<sup>81</sup> Ali Şafak, "Bağy", 4/451-452.

<sup>82</sup> Talip Türcan, "Sürgün", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 38/167-169.

<sup>83</sup> İbn Âbidin, Reddül-muhtâr, 3/140; İbn Hazm, el-Muhallâ, 12/3; Cezeri, el-Fıkh ale'l-mezâhibi'erbâa', 5/12; Zerka, el-Medhal, 2/605; Udeh, et-Teşriu'l-Cinaî, 1/612; Karaman, İslâm Hukuku, 1/125; Nasır Ali Nasır Halifi, ez-Zurufü'l-müşeddede ve'l-muhaffefe fi ukubeti't-Ta'zir fi'l-fıkhî'l-İslâmî (Mısır: Dârü'l-Fikr 1993), 140.

<sup>84</sup> Serahsi, el-Mebûs, 9/36; Kâsânî, Bedai, 7/33; Mâverdi, el-Ahkâmü's-sultâniyye, 364.

siyaha boyanması gibi farklı şekillerde tezahür etmiştir.<sup>85</sup> Bu cezalar bazen de hürriyeti kısıtlayıcı cezalar, mali cezalar, kınama, teşhir, azar, tehdit, nasihat ve hak mahrumiyeti cezaları gibi cezalar olmuştur.<sup>86</sup> Ta'zîr cezalarında dinî ve ahlâkî esasların korunması, hukuk düzeninin ve ictimaî disiplinin ihlalinin önlenmesi hedeflenmiştir.

## V. SEÇENEK YAPTIRIMLAR İLE TA'ZİR CEZASININ KARŞILAŞTIRILMASI

Ceza Hukuku, hem normatif/kural koyan, hem de finalist/gayeci bir bilim olarak değerlendirilmektedir. Bu bakımdan ceza hukuku prensipleri bir maksadı gerçekleştirilmeye yöneliktir.<sup>87</sup> Teoride bir takım prensipler ortaya koyduğu gibi pratikte de bir gayesi, bir felsefesi bulunmaktadır. Pratikteki gayesi toplumsal güvenliği sağlamak, kamu vicdanını rahatlatmak, can ve malı korumaktır.<sup>88</sup> Herkese eşit şartlarla eşit muamele etmektedir.<sup>89</sup> Cezada insaf, suçluya suçunun ağırlığı ile mütenasip olmayan ceza vermemek, onun unuttuğu hafif kusurlardan, diğerinin günahından mes'ul tutmamaktır.<sup>90</sup> Bu bağlamda hukuk hem muhterem hem de mukavvemdîdir.<sup>91</sup> Toplum düzeninde tesis ettiği icracı fonksiyonu, saygınlığı ve üstünlüğü ile hakları tespit ve tevdi etmekte akıl, örf-adet ve çağın getirdiği ilimlerden istifade etmektedir. Hukuk makâsîd, adalet, ve maslahatı esas alarak hükümleri tevzi etmektedir. Hem bir ide, hem de bir vakıayı temsil ederek kökü insanlık ruhunun derinliklerinde olan, tezahürü de tarihi tecrübeden kaynaklı bir yönü bulunmaktadır.<sup>92</sup> Mizanı maslahattır ve maslahatlarda da adaleti tesis etmek gibi bir bakışı vardır.<sup>93</sup> Hukuk, "Zarar-ı âmî def için zarar-ı has ihtiyar olunur."<sup>94</sup> "Raiyye

<sup>85</sup> Erol Özbilgen, Osmanlı Hukukunun Yapısı (İstanbul: Güray Matbaacılık, 1986), 44-46.

<sup>86</sup> Akman, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, 52-53.

<sup>87</sup> Mehmet Emin Artuk - Ahmet Gökçen vd., Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Adalet Yayınevi, 2007), 857.

<sup>88</sup> Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 683.

<sup>89</sup> Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 54.

<sup>90</sup> Mustafa Reşit Belgesay, Kur'an Hikmetleri ve Modern Hukuk (İstanbul: Fakülte Matbaası, 1963), 126-141.

<sup>91</sup> Mûsâ Cârullah, Kavâid-i fıkhiyye, haz. Ferhat Koca, vd. (Ankara: Ankara Okulu, 2018), 256-257; Halil İnalıcık, Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet (İstanbul: Kronik Kitap, 2000), 2-7.

<sup>92</sup> Nurullah Kunter, Muhakeme Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (İstanbul: Kazancı Yayınları, 1986), 540-545.

<sup>93</sup> Halis Demir, "İbrahim Kâfi Dönmez Tarafından Kaleme alınan İslâm Ansiklopedisi Maslahat Maddesi Üzerine Bir Tahlil", Eskişehir İlahiyat Fakültesi Dergisi, 10/1 (2023), 352-376.

yani tebe'e üzerine tasarruf maslahata men'uttur."<sup>95</sup> şeklinde Mecellede bulunan kaidelerle devletin korunması ve bekası noktasında fert ve toplumun mesuliyetine vurgu yaparak onların haklarının ne kadar önemli olduğunu da ortaya koymaktadır. Bu çerçevede ceza hukuku muhakeme usulünde, suç, ceza ve infaz şeklinde bazı ayrımlara gitmiş ve ferdin lehine olacak bazı durumlar vaz etmiştir. Türk ceza hukukunda seçenek yaptırımları, İslâm ceza hukukunda ise tazir cezalarını bu kapsamda görebiliriz.

Pozitif Türk Ceza hukukunda hâkim bazı taksirli suçların infazında ve netice cezası belli bir sürenin altındaki cezalar için vicdani kanaatine dayanarak bir takım takdirlerde bulunmaktadır. Hâkime takdir yetkisini veren kanun koyucu olmuştur.<sup>96</sup> Kişinin pişman olması, konumu, diğer iyi halleri ve yeniden suç işlemeyeceğine yönelik mahkeme hakiminde oluşacak kananat bu konuda etkin rol oynamaktadır. Hâkim de cezanın infazında bu hususları göz önünde bulundurarak suçu işleyene onun ve işlediği suçun şartlarına uygun yasada tanımlanan yaptırımlardan birine çevirme hakkına sahiptir. Hâkim cezanın ıslah edici yönünü düşünerek bu olguya başvurmaktadır. Bu uygulamanın suç işleyen kişi üzerinde olumlu bir etkisi bulunmaktadır. Şahıs hem suçu işlediği için cezalandırılmakta hem de isteği üzerine kamuya faydalı işlerde çalıştırılarak ya da bazı haklardan mahrum edilerek psikolojik açıdan düşünmeye yönlendirilmektedir.<sup>97</sup>

İslâm hukuku açısından bu olguya bakıldığında ise ta'zîr cezası da hâkimin takdirine bırakılmıştır. Ancak ta'zir suçlarında hakimin takdir yetkisi suçun kendisinden kaynaklanmaktadır. Ta'zîr sanık yargılamasında maddi gerçeğe ulaşılmadığı zaman takdir edilmiş bir ceza türüdür ya da bu suç ve cezası nasla belirlenmemiştir.<sup>98</sup> Hz. Peygamber'in şüpheli durumlarda sanıklardan hadleri düşürün prensibi de bu cezanın takdirinde etkili olmuştur. Prensipde had cezasını geçmemesi gözetilmiştir. Çünkü had cezasında suçun kanunî, maddi ve

---

<sup>94</sup> Mecelle, mad. 26.

<sup>95</sup> Mecelle, mad. 58.

<sup>96</sup> Cengiz Topel Çifçioğlu, Türk Ceza Kanun'nda Taksir, Ankara Barosu Dergisi 3 (2003), 315-338.

<sup>97</sup> Sulhi Dönmezer - Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 265-268.

<sup>98</sup> Başoğlu, "Ta'zir", 16/198; Davut Yaylalı, "İslam Hukukunda Karine", İslâmî Araştırmalar Dergisi 2/6 (1988): 54 - 60.



manevi unsurları tam anlamıyla tespit edilmesi gerekmektedir. Bu husus da suçu tam anlamıyla ortaya koymayı ve sanığı bu suçtan dolayı cezalandırmayı zorlaştırmaktadır. Bundan dolayı da İslâm hukukunun ceza siyaseti gözetilerek sanık için genellikle muhakemeden sonra ta'zîr cezası hükmü verilmiştir.<sup>99</sup> Kanunî boşluk veya bilinçli boş bırakılan koridorlardan yararlanma denilebilecek bir nitelikte hakim takdir ve temkin hakkını kullanarak sanık hakkında ya bir hakkın kullanımından mahrum edilme ya da sürgün cezası vermiştir.<sup>100</sup> Bu yönüyle seçenek yaptırımında olduğu gibi tazirde de hakim bazı sebeplerle şahıs hakkında daha büyük bir müeyyide yönüne gitmeyecek, kişinin ıslahı, sosyalleşmesi ve topluma kazandırılması durumunu hedeflemiştir. Fakat Türk ceza kanununda İslâm hukukunda olduğu gibi kanunî boşluk bilinçli olarak bırakılmamıştır. Suçun kendisi bellidir. Hakim ise sanığın suçu işlediğine dair bütün unsurları tespit edip ortaya koyduktan sonra, cezanın infaz şeklinde takdir hakkını kullanmaktadır. Çünkü kanunsuz suç ve ceza bulunmamaktadır. Bu doğrultuda TCK daki seçenek yaptırım genel olarak netice ceza bakımından uygulanır. Kişinin suçu sabittir. Hakim suçun işlendiğine dair tam kanaat getirmiş ve bu hususta maddi gerçeğe ulaşmıştır. Çeşitli sebep ve yollarla suçun cezasının bir yıl ve daha kısa olması durumunda bu takdir hakkını kullanmıştır veya kullanabilmektedir. Bu yönüyle iki müessese birbirinden ayrılmakta ise de seçenek yaptırımın uygulanabildiği taksirli suçlar yönünden birbirine benzemektedir. Çünkü hâkim taksirli suçlar hususunda bilinçli taksir dışında bütün taksirli suçların hepsinde seçenek yaptırım yönüne gidebilir ve burada süre kısıtlaması yoktur. Bu bakımdan TCK'da cezanın infazında seçenekler de belli iken ve Hâkim seçenek yaptırım uygularken kanunda geçen bir yaptırımı tercih etmek zorunda iken ta'zîr cezasında Hâkim amaca matuf istediği bir uygulamayı ceza olarak belirleyebilir.

---

<sup>99</sup> Şamil Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller* (Ankara: DİB Yayınları, 1996), 31-37; Celal Erbay, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları* (İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fak. Vakfı Yayınları, 1999), 10-23; Suat Erdoğan, "İslam Muhakeme Hukukunda Delil Sistemleri ve Hâkimin Takdir Yetkisi", *Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2 (2007), 132-144.

<sup>100</sup> Muhammed Emin Kızılay, "Türk Pozitif Hukukuyla Mukayeseli olarak Modernleşme Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunda İctima: Hakaret Suçu Örneği", *Darulfunun İlahiyat*, 32/2 (2021), 457-481; Özbilgen, *Osmanlı Hukukunun Yapısı*, 44-46.

İslâm hukukundaki ta'zîr cezası dini boyutunun bulunması yönüyle Türk ceza hukukundaki seçenek yaptırımlar cezasından ayrılmaktadır. Türk ceza hukuku dini kaynaklara dayanmayıp, sadece kişinin dünyadaki yaşamını hedeflemektedir. İslâm hukukunda ise had, kısas ve ta'zîr cezalarının bir de diyanî boyutu bulunmaktadır<sup>101</sup>. Kişi her ne kadar ceza infazında dünyaya ait yasak bir fiilinden dolayı yaralanıp ceza alıyorsa da bu cezaların ve suçların diyanî boyutuyla ahi-ret hayatına taalluk eden yönü de vardır.<sup>102</sup>

## **SONUÇ**

Hukuk sistemleri dayandığı kaynaklar bakımından birbirinden farklı olsalar da toplumda icra ettikleri işlev bakımından birbirlerine benzer yönler gösterebilmektedir. Türk Ceza hukukunda seçenek yaptırımlar hâkimin kanunda kendisine verdiği takdir hakkı ile sanığın lehine takdir hakkını kullanarak onu yeniden toplumsal hayata kazandırma ve işlediği suçtan dolayı da toplum vicdanına zarar vermeyecek daha hafif bir şekilde cezayı infaz ettirmesine olanak tanımasıdır. Burada kanun koyucu hâkime, sanığın suçunun cezasının infaz edilme biçiminde bir takdir hakkı tanımıştır. Kişinin işlediği suç kanunda bellidir. Hakim şahsın bahse konu olan suçu işlediğine dair tam bir vicdani kanaate ve maddi gerçeğe ulaşmıştır. Sadece cezanın infaz şeklinde hâkim bir takdir hakkı kullanmaktadır. Pratik hayatta seçenek yaptırımların çok uygulanırlığı bulunmamakla birlikte bu husus Türk ceza kanununda belli suçların infazında yani bir senenin altında ya da bilinçli taksir suçların dışındaki taksirli suçlarda sanığın lehine olarak uygulanmaktadır. İslâm hukukunda ise suçun işlenmesinin önemli olması yanında suça karşılık verilen cezanın kişiyi ve toplumu ıslah etme boyutu da önem arz etmektedir. Hâkim suçun unsurlarını tam manasıyla tespit edemediği durumda ihtiyat ilkesine dayanarak kanun koyucunun bıraktığı bilinçli boşluklardan hareketle ta'zîr cezasına başvurmuştur. Bu bakımdan iki hukuk siteminde ceza-

---

<sup>101</sup> Sabri Erturhan, İslam Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar (İstanbul: Rağbet Yayınları, 2008), 3-9; İbn Kayyim, et-Turuk'ul- hukmiyye fi's- siyaseti's- Şer'iyye, 23.

<sup>102</sup> Davut Yaylalı, "İslâm Hukukunda Kazâî-Diyânî Hüküm Ayrımı", Dini Araştırmalar Dergisi 5/15 (2003), 29-36; Fahrettin Atar, İslâm Adliye Teşkilatı (Ankara: DİB Yayınları, 1991), 194, 205, 212, 218.

ların infaz ediliş biçiminde birbiriyle örtüşen ve ayrışan yönler bulunmaktadır. İslâm hukukunun kaynağının ilahî olması Türk Ceza Kanunu'nun kaynağının ise insana ve onun çabasına bağlı olması bu iki sistemi birbirinden ayırmaktadır. Zîra ilahi kaynaklı olan bir hukuk sisteminin nassa dayalı hükümleri tartışmaya kapalı iken insan çabasıyla oluşmuş hukukun ilke ve uygulamaları değişime ve tartışmaya açıktır. Türk hukukundaki ceza sadece dünyevî yönden sanığı ilgilendirmekte ta'zîr cezası ise kişinin dünyadaki yaşamına etki ettiği gibi diyânî olarak ahiret hayatına da etki etmektedir. Yine ta'zîr cezasının asli bir ceza mı yoksa tamamlayıcı bir ceza mı olduğu tartışmalıdır. Ayrıca ta'zîr cezasının takdiri konusunda ihtilaf olmakla birlikte prensipte had cezalarını geçmeme unsuru gözetilmiştir. Kimi zaman asli ceza olarak hâkimin takdirine bırakılmış kimi zaman da sanığın durumu gözetilerek bu ceza takdir edilebilmiştir.

Bu çalışma karşılaştırma yapılması bakımından önem arz etmektedir. Konunun ele alınmasında ilk olması ve ayrıca iki hukuk sisteminin yapı ve kaynaklarına değinerek hazırlanması hukuk sistemlerini anlama açısından alanda yapılacak çalışmalara kaynaklık edebilecektir. Bu bağlamda iki hukuk sistemi açısından suç ve cezanın nasıl algılandığı konusunun da ele alınması çalışmayı daha da anlaşılır kılma gayesine matuftur. İki hukuk sistemi de dayandıkları kaynak ve yapı bakımından her ne kadar birbirinden farklı olsalar da, İslâm hukukunda suç ve cezanın takdirinde hâkime bilinçli bir koridor yetkisi bırakılmış; ancak Türk ceza hukukunda ise hâkime kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesiyle sadece belli suçların infaz ediliş biçiminde bir koridor bırakılmıştır. İki hukukta da sanığın tekrar topluma kazandırılması ve kamuoyu vicdanının rahatlatılması anlayışı bulunmaktadır. Fakat İslâm hukuk sistemi kaynak itibarıyla ilahî, açılım itibarıyla beşerî oluşunu, inanç-eylem ve erdemleri ihata etmesini, gayeci özelliğini, İslâm toplumunun inşasını amaçlayan esnek ve evrensel/egemen bir ruha sahip olmasını, temkin ve ihtiyat ilkesine sahip olmasını suç ve cezada da esas almıştır. Dolayısıyla İslâm hukukunda hâkim ispat vasıtaları açısından tam olarak hükmüne mesnet bula-maması, bazen de delillerin karartılması veya maddi gerçeğe ulaşmada şüphe duymasıyla ta'zîr cezasına başvurmaktadır. Ancak Türk ceza hukukundaki seçenek yaptırımlar ise taksirli suçlar ile netice bir yıl

veya daha az hapis cezalarının infazı konusunda ilgili kişiye cezasının başka bir şekilde infaz edilme hakkını tanımaktır.

| <b>YAZAR BEYANI</b>                        |  |
|--|--|
| <b>Mali Destek/ Teşekkür Beyanı:</b>       | Bulunmamaktadır.   |
| <b>Yazarların Katkıları</b>                | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.                                  |
| <b>Çıkar Çatışması/ Ortak Çıkar Beyanı</b> | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| <b>Etik Kurul Onayı:</b>                   | Gerekmemektedir.   |

### **KAYNAKÇA**

Abdülbâkî, Muhammed Fuâd b. Abdilbâkî b. Sâlih el-Misrî. el-Mu'cemü'l-müfehres li-elfâzi'l-Kur'âni'l-Kerîm. Kahire: Dârü'l-Kütübî'l-Mısriyye, 1364/1945.

Akman, Mehmet. Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması. İstanbul: Eren Yayınları, 2004.

Akşit, Cevat. İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları. İstanbul: Gaye Vakfı Yayınları, 1980.

Ali Haydar Efendi, Hocaeminefendizade. Dürerü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017.

Arslan, Çetin. Türk Ceza Hukuku Mevzuatı. İstanbul: Bilge Yayınevi, 2024.

Arslan, Hüseyin. 16. Yy. Osmanlı Toplumunda Yönetim. Nüfus, İskân, Göç ve Sürgün. İstanbul: Kaknüs Yayınları, 2001.

Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet vd., Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.

Aslan, Nasi. İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri. Adana: Karahan Kitapevi, 2014.

Atar, Fahrettin. İslâm Adliye Teşkilatı. Ankara: DİB Yayınları, 1991.

Avcı, Mustafa. Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler. (Doktora Tezi). İstanbul: Sosyal Bilimle Enstitüsü, 1994.

Avcı, Mustafa. Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar. İstanbul: Gökkuş, 2004.

Aydın, Devrim. Ceza Muhakemesinde Deliller. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

Aydın, M. Akif. Türk Hukuk Tarihi. İstanbul: Beta Yayınları, 2010.

Bardakoğlu, Ali. " Fıkıh". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1996, 13/ 22-27.

Bardakoğlu, Ali. " Delil ". Türkiye DiyanetVakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1994, 9/138 - 141.

Bardakoğlu, Ali. "Berâet". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1992, 5/470-471.

Bardakoğlu, Ali. "Beyyine". Türkiye DiyanetVakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1992, 9/97- 98.

Bardakoğlu, Ali. "Ceza". Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 7/470-478.

Bardakoğlu, Ali. "Diyet". Türkiye DiyanetVakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1994, 9/473-479.

Bardakoğlu, Ali. "Eşkiya". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. Ankara: TDV Yayınları, 1995, 11/466-469.

Bardakoğlu, Ali. "Had". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, İstanbul 1996, 14/547-551.

Bardakoğlu, Ali. "İspat". Türkiye DiyanetVakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2000, 22/492-495.

Başoğlu, Tuncay. "Ta'zir". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. Ankara: TDV Yayınları, 2000, 16/198-202.

Bayındır, Abdülaziz. İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması). İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2015.

Behnesi, Ahmet Fethi. el-Mevsûatü'l-cinaiyye fi'l-fıkhi'l-İslâmî (Beyrut: Dâru'l-Nahdati'l-Arabiyye, 1991 .

Belgesay, Mustafa Reşit. Kur'an Hikmetleri ve Modern Hukuk. İstanbul: Fakülte Matbaası, 1963.

Bilmen, Ömer Nasuhi. Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhâtı Fıkhiyye Kâmusu. İstanbul: Bimen Yayınevi, ts.

Boynukalın, Mehmet. "Suç". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2009, 37/453-457.

Bozkurt, Nebi. "Sürgün". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. Ankara: TDV yayınları, 2010, 38/166.

Cârullah, Mûsâ. Kavâid-i fikhîyye. haz. Ferhat Koca, vd. Ankara: Ankara Okulu, 2018.

Cezeri. el-Fıkh ale'l-mezâhibi'l-erbaa'. Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1990.

Çalışkan, İsmail. "İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları". AÜİFD. 31/1-4 (1989): 367-397.

Çınar, Mahmut. "Zarûrât-ı Dîniyye". Türkiye DiyanetVakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2013, 44/138.

Çifçioğlu, Cengiz Topel. "Türk Ceza Kanun'nda Taksir". Ankar Barosu Dergisi 3 (2003): 315-338.

Çolak, Ahmet. Türk Ceza Hukukunda Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Çolak, Haluk - Altun, Uğurtan. "Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenek Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri". TBB Dergisi 67 (2006): 163- 176.

Dağcı, Şamil. "İhsan". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2002, 21/546-548.

Dağcı, Şamil. "İşkence". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2002, 13/429-433.

Dağcı, Şamil. "Kıyas". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2002, 25/488-495.

Dağcı, Şamil. İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller. Ankara: DİB Yayınları, 1996.

Demir, Halis. "İbrahim Kâfi Dönmez Tarafından Kaleme alınan İslâm Ansiklopedisi Maslahat Maddesi Üzerine Bir Tahlil". Eskişehir İlahiyat Fakültesi Dergisi. 10/1 (2023): 352-376.

Demirbaş, Timur. Kriminoloji. Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.

Dönmez, İbrahim Kâfi. "Müeyyide". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2020, 31/485-488.

Dönmezer, Sulhi - Sahir, Erman. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku "Genel Kısım", İstanbul: Beta Yayınları, 1994.

Ebu Zehra, Muhammed. İslam Hukukunda Suç ve Ceza. çev. İbrahim Tüfekçi İstanbul: Kitabevi, 1994.

Ebû Zehre, Muhammed. el-Cerîme ve'l-ukûbe fî'l-fıkhi'l-İslâmî el-ukube. Kahire: Dârü'l-fikri'l-Arabi, 2008.

Erbay, Celal. İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları. İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fak. Vakfı Yayınları, 1999.

Erdem, Mustafa Ruhan. Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler, İnfaz Hukukunun Sorunları. Ankara: Sempozyum, 24/25.11. 2000, 192-213.

Erdoğan, Mehmet. Fıkıh İlimine Giriş. İstanbul: Dem Yayınları, 2019.

Erdoğan, Suat. "İslam Muhakeme Hukukunda Delil Sistemleri ve Hâkimin Takdir Yetkisi". Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi. 2 (2007): 132-144.

Erturhan, Sabri. İslam Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar. İstanbul: Rağbet Yayınları, 2008.

Eşitli, Ezgi Aygün. Kısa Süreli Hapis Cezası ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65/1 20216, 63-100.

Feyzioğlu, Metin. Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat. Ankara: Işık Yayınları, 2002.

Günther, Klaus. Ceza İnfaz Hukukunun İnsan İmgesi, İnfaz Hukukunun Sorunları. Ankara: Sempozyum, 24/25.11. 2000, 55-71.

Hafizoğulları, Zeki. Ceza Normu. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1996.

Hafizoğulları, Zeki - Özen, Muharrem. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: US-A Yayıncılık, 2011.

Hakeri, Hakan. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.

Halifi, Nasır Ali Nasır. ez-Zurufü'l-müşeddede ve'l-muhaffefe fi ukubeti't-Ta'zir fi'l-fıkhi'l-İslâmî. Mısır: 1993.

Hamidullah, Muhammed. İslam'da Devlet İdâresi. İstanbul: Beyan Yayınları, 1998.

İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dimeşkî. Reddü'l-muhtâr. Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1987.

İbn Ebü'd- Dem, Ebû İshâk Şihâbüddîn İbrâhîm b. Abdillâh b. Abdilmün'im b. Alî el-Hemdânî el-Hamevî. Kitâbü edebî'l- kazâ, Bağdat: Matbaatu'l-İrşad, 1984.

İbn Hazm. Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd b. Hazm el-Endelüsî el- Kurtubî. el-Muhallâ. Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, ts.

İbn Kayyim, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr Eyyüb ez-Zürâî ed-Dımaşkî el-Hanbelî. et-Turuku'l- hukmiyye fi's-siyaseti's- şer'iyye. Beyrut: Dâru'l- Cil, 1418/1998.

İbn Manzûr, Ebü'l-Fazl Cemâlüddin Muhammed b. Mükerrrem b. Alî b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî. Lisânü'l-Arab. Beyrut: Dâru's-Sâdr, 1994.

İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî. Şerhü fethu'l-Kadîr. Beyrut, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, ts.

İnalçık, Halil, Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet. İstanbul: Kronik Kitap, 2000.

Kadri, Hüseyin Kazım. Türk Lügatı. İstanbul: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1946.

Karaman, Hayreddin. İslâm Hukuku. İstanbul: İz Yayıncılık, 1982.

Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed. Bedâîu'sanâî'. Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1986.

Kaya, Eyyüp Said - Hacak, Hasan. "Zimmet", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2013, 44/424.

Kızılay, Muhammed Emin. Türk Pozitif Hukukuyla Mukayeseli olarak Modernleşme Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunda İctima: Haka-ret Suçu Örneği", Darulfunun İlahiyat, 32/2, 2021, 457-481.

Köse, Saffet. İslam Hukukuna Giriş. İstanbul: Hikmetev, Yayınevi, 2012.

Köse, Osman. Osmanlı'dan Günümüze Eşkıyalık ve Terör. Samsun: Kültür Yayınları, 2009.

Kunter, Nurullah, Muhakeme Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. İstanbul: Kazancı Yayınları, 1986.

Maverdî, Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî. el-Ahkâmü's-sultâniyye. Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1990.

Nevevî, Ebû Zekeriyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref. el-Minhâc şerhi sahihi Müslim b. el-Haccac. Beyrut: Dâru İhyai't-Turasi'l-Arabi, 1392/1972.



Özbilgen, Erol. Osmanlı Hukukunun Yapısı. İstanbul: Güray Matbaacılık, 1986.

Özen, Mustafa. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

Özgenç, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayınları, 2012.

Pala, Ali İhsan. İslâm Hukukunda İhtiyat İlkesi. Ankara: Fecr Yayınları, 2009.

Sâfi, Lutfullah. et-Ta'zir envâuhu ve multekâtuhu (İran: Müessesetü'l-Neşrü'l-İslâmî, 2021.

Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. el-Mebsût. İstanbul: Gümüşevi Yayıncılık, 1983.

Soyaslan, Doğan. Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfaz Rejimleri, İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyum. Ankara: 24/25. 11. 2000, Ankara, 162-191;

Şafak, Ali. "Bağy", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. Ankara: TDV Yayınları, 1991, 4/451-452.

Şamil, Dağcı. "İhsan". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul 2002, 21/546-548.

Taner, Tahir. Ceza Hukuku. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1949.

Toroslu, Nezat – Feyzioğlu, Metin. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Savaş Yayınları, 2008.

Türcan, Talip. (ed.), İslam Hukuku El Kitabı. Ankara: Grafiker Yayınları, 2012.

Türcan, Talip. "Sürgün", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2010, 38/167-169.

Udeh, Abdulkadir. et-Teşrû'l-cinaî fi'l-İslâm. Beyrut: Dâru'l-Kütubi'l-İlmiyye, 1985.

Udeh, Abdulkadir. Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşerî Hukuk II, çev. Ali Şafak Ankara: Kayıhan Yayınevi, 1990.

Yaran, Rahmi. "Kefaret". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansilopedisi. Ankara: TDV Yayınları, 2022. 17/179-182.

Yaylalı, Davut. "İslam Hukukunda Karine". İslâmî Araştırmalar Dergisi 2/6 (1988): 54 – 60.

Yaylalı, Davut. İslam Hukukunda Adli Deliller. (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Bursa: Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1980.

Yaylalı, Davut. İslâm Hukukunda Kazâî-Diyânî Hüküm Ayrımı. *Di-ni Araştırmalar Dergisi* 5/15 (2003): 29-36.

Yenisey Feridun – Nuhoğlu, Ayşe. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Yılmaz, Ejder. Hukuk Sözlüğü. Ankara: Yetkin Yayınları, 1992.

Yiğit, Yaşar. İslam Ceza Hukuku. Ankara: Sistem Ofset Yayıncılık, 2012.

Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Medhalü'l-fikhi'l-Âmm*. Dımeşk: Dâru'l-Fikr, 1956.

Zeydân, Abdülkerîm. *el-Medhal li-dirâseti's-şerî'ati'l-İslâmiyye*. Bağdad: Müesseretür-Risale, 1976.

Zeydân, Abdülkerîm. *Nizamu'l- kaza fi's- şeriatî'l- İslâmiyye*. Bağdad: Müessesetu'r- Risale li't- Tıbaa ve'Neşr ve't- Tevzi, 1982.

Zuhaylî, Muhammed. *'Ukubeti'l-nefyi fi'l-fikhi'l-İslâmî*. Beyrut: Dâru'l-Mektebe, 1998.

<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim: 05.06. 2024).



## TEMEL YAPI DOKTRİNİNDEN DEĞİŞTİRİLEMEZ MADDELERE GEÇİŞ: BANGLADEŞ ÖRNEĞİ

*Transition from the Basic Structure Doctrine to  
Unamendable Articles: Bangladesh Example*

**Arş. Gör. Dr. Gizem GÜNER YAŞAR\***

### ÖZET

Son yıllarda anayasanın üstünlüğünü benimseyen bazı ülkelerin yargı organları tarafından ortaya konan “*temel yapı doktrini*”, anayasa hukuku gündeminde önemli bir yer bulmuştur. Bu doktrini kullanan mahkemeler, anayasa değişikliklerinin içeriğine bakarak denetim yapma konusunda kendilerine olağanüstü bir yetki tanımaktadırlar.

Bangladeş Yüksek Mahkemesi “*temel yapı doktrini*”ni ilk kez, 1989 yılında karara bağlanan *Anwar Hossain Chowdhurdy* davasında benimsemiştir. Bu tarihten sonra uzun bir zaman boyunca temel yapı doktrini, Bangladeş’te anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminde tek ölçü olarak kullanılmıştır. Bangladeş Anayasasında 2011 yılında

\* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: gizemguner48@gmail.com, ORCID: [0000-0001-9217-6801](https://orcid.org/0000-0001-9217-6801)

**Makale Geliş Tarihi:** 30.07.2024

**Makale Kabul Tarihi:** 26.09.2024

⇒ Atıf Şekli: Gizem GÜNER YAŞAR, “Temel Yapı Doktrininden Değiştirilemez Maddelere Geçiş: Bangladeş Örneği” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/II (2024), 1189-1222.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



yapılan On Beşinci Anayasa Değişikliği ile getirilen geniş kapsamlı 7B maddesi, Anayasanın önemli sayıda hükmünün değiştirilemeyeceğini açıkça ortaya koymuştur. Bu çalışmada, 7B hükmünün getirilmesiyle birlikte temel yapı doktrininin, Bangladeş Anayasasında gelecekte yapılacak olan anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminde en önemli ölçü olma özelliğini yitireceği ifade edilmeye çalışılmıştır. Yüksek Mahkeme yargıçlarının görevden alınmasına ilişkin parlamento mekanizmasının Anayasanın 7B maddesine dayanılarak anayasaya aykırı bulunduğu *Asaduzzaman Siddiqui* davası ise bu iddiayı kanıtlar niteliktedir.

**Anahtar Kelimeler:** Temel Yapı Doktrini, Değiştirilemez Madde-ler, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, Bangladeş Anayasası.

#### EXTENDED ARSTRACT

The 1972 Constitution of Bangladesh clearly regulates the jurisdiction of the Bangladesh Supreme Court. However, there is no provision in the Constitution for judicial review of constitutional amendments. There is also no one or more unamendable provisions in the first version of the Constitution. In Bangladesh, the issue of review of constitutional amendments was first raised in the Anwar Hossain Chowdhury case. In Anwar Hossain Chowdhury, the Bangladesh Supreme Court resolved the constitutionality of the Eighth Amendment by adopting a practice similar to that of the Supreme Court of India, known as the “basic structure doctrine”. It should be noted that most of the judges in the Anwar Hossain Chowdhury case drew heavily from the jurisprudence in the Indian jurisdiction in shaping their thinking on the basic structure doctrine in the judicial review of constitutional amendments. As a result, with this case, it has been accepted that the Constitution has implied limits and in this context, the so-called “basic structure doctrine” has been recognized by the judicial organs in the country. Thus, with this case, the basic structure doctrine has been introduced as a normative tool in determining the conformity of a constitutional amendment with the Constitution in terms of substance (content).

In recent years, the “basic structure doctrine”, which has been put forward by the judicial organs of some countries that embrace the supremacy of the constitution, has found an important place in the constitutional law agenda. Courts using this doctrine give themselves extraordinary power to review constitutional amendments based on their content. In some constitutions, there are clauses that prevent the amendment of certain provisions and principles of the constitution, “entrenching” them, so to speak. However, the constitutions of countries where the “basic structure doctrine” is applied do not have such clauses. Instead, courts have imposed “implied limits” on the legislature’s power to amend the constitution. The Bangladesh Constitution did not contain such a protective clause when it came into force. However, in 2011, the Fifteenth Amendment to the Constitution of Bangladesh introduced a comprehensive unamendable article (Article 7B).

Instead of making only the fundamental constitutional principles and the character of the Republic unamendable, Article 7B renders unamendable an unusually long series of provisions, totaling 52 articles, almost a third of the Constitution. Moreover, it is an extremely radical innovation to make “the provisions of the articles relating to the basic structures of the Constitution” unamendable without identifying the basic structures one by one.

In sum, in Anwar Hossain Chowdhury, the judges stated that amendments to constitutional provisions are permissible as long as they do not undermine the basic structures of the Constitution; they did not impose an absolute prohibition on amending any provision of the Constitution. In contrast, Article 7B identifies certain provisions of the Constitution as fundamental structures and provides that amendment of any of these protected provisions is absolutely prohibited in any manner whatsoever. In other words, Article 7B transposed the concept of fundamental structures into the text of the Constitution. In the doctrine, this practice is referred to as the “the basic provision doctrine”. The Supreme Court of Bangladesh has to take this article into account when it comes to reviewing the validity of constitutional amendments in the future. In other words, as long as Article

7B exists in the Constitution, it will continue to be important for the Court in determining the validity of constitutional amendments.

The Asaduzzaman Siddiqui case is the first case to apply Article 7B of the Constitution, i.e. the “the basic provision doctrine”. In this case, the Appellate Division (AD), as a consequence of Article 7B, adopted a different method of review and considered Article 7B instead of the “substantive compatibility test” in determining the validity of the sixteenth constitutional amendment. This is a clear evidence of the change in the constitutional judiciary of Bangladesh.

In this study, it will be argued that with the enactment of Article 7B of the Bangladesh Constitution, which was designed as an unamendable article, and its subsequent application in the Asaduzzaman Siddiqui case during the annulment of the Sixteenth Amendment, the doctrine of fundamental structure has lost its status as the most important normative tool for determining the validity of constitutional amendments. The paper will begin with a brief overview of the practice of judicial review of constitutional amendments in Bangladesh. It will then provide a theoretical explanation of the basic structure doctrine as set out in the Anwar Hossain Chowdhury case, which resulted in the nullification of the Eighth Constitutional Amendment in Bangladesh, and discuss how this doctrine was applied in the case. Briefly, this case introduced the so-called “substantive compatibility test” as a normative corollary of the Supreme Court's normative conclusion of the inviolability of the basic structures for determining the validity of constitutional amendments, which was relegated to the background with the enactment of Article 7B. Finally, the paper observes that the effect of Article 7B is unlikely to disappear even if the Appellate Division modifies or overturns its judgment in the Asaduzzaman Siddique case.

**Key Words:** Basic Structure Doctrine, Unamendable Articles, Unconstitutional Constitutional Amendments, Bangladesh Constitution

## GİRİŞ

Bir anayasa değişikliğinin, değişiklik kuralına usulen uygun olmasına rağmen anayasaya aykırı olabileceği kamu hukukunda yeni bir düşünce değildir. “Anayasaya aykırı anayasa değişikliği (*unconstitutional constitutional amendment*)”<sup>1</sup> olarak ifade edilen bu fikir, bir anayasanın belirli temel çekirdeklerden oluştuğu ve dolayısıyla bu temel çekirdeklerden bir veya daha fazlasını ortadan kaldıran bir değişikliğin anayasaya aykırı olduğu teorisine dayanmaktadır. Anayasaya aykırı anayasa değişikliği fikri Güney Asya'da “temel yapı doktrini (*the basic structure doctrine*)”<sup>2</sup> olarak bilinmektedir.<sup>3</sup>

Bazı anayasalarda, anayasanın belirli hükümlerinin ve ilkelerinin değiştirilmesini engelleyen, tabir yerindeyse “yerlerini sağlamlaştı-

<sup>1</sup> Anayasaya aykırı anayasa değişikliği (*unconstitutional constitutional amendment*) kavramı konusunda Türkçe yazılmış eser sayısı oldukça az olsa da yabancı literatür bu kavramla oldukça ilgilenmiştir. Bu konuda yazılmış Türkçe kaynaklardan bazıları için bkz. Mehmet Turhan, “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”. AÜHFD, 33/1-4(1976): 63-104; Ceren Doğru, Sınırdışı Anayasacılık Bağlamında Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi (Türkiye Çözümlemesi), (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022). Gizem Güner Yaşar, Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023). Bu konuda yazılmış içeriği oldukça doyurucu en temel İngilizce kaynaklar için bkz. Richard Albert, “Nonconstitutional Amendments”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 22/1(2009): 5-47; Aharon Barak, “Unconstitutional Constitutional Amendments”, *Israel Law Review*, 44/3(2011): 321-341; Gabor Halmai, “Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?” *Constellations*, 19/2(2012): 182-203; Otto Pfersman, “Unconstitutional Constitutional Amendments: A Normativist Approach”. *Zeitschrift für öffentliches Recht (ZÖR)*. 67(2012): 81-113. Rosalind Dixon and David Landau, “Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment”, *International Journal of Constitutional Law*, 13/3(2015): 606-638; Po Jen Yap, “Conundrum of Unconstitutional Constitutional Amendments”, *Global Constitutionalism*. 4/1(2015): 114-136; Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press, 2017).

<sup>2</sup> Bazı ülkelerde bu uygulama “*anayasal ikame doktrini (constitutional replacement doctrine)*” olarak ifade edilmektedir. Bernal Carlos, “Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine”, *International J of Constitutional Law*, 11/2(2013): 339-357.

<sup>3</sup> Bangladeş'te anayasaya aykırı anayasa değişikliklerine bakış açısını genel olarak ele alan bir makale için bkz. Ridwanul Hoque, “The Politics of Unconstitutional Amendments in Bangladesh”, İçinde *The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia*, eds. Rehan Abeyratne and Ngoc Son Bui, (Routledge), 210-228.



ran” bazı maddeler vardır.<sup>4</sup> Ancak temel yapı doktrininin uygulandığı ülkelerin anayasalarında bu tür maddeler yoktur.<sup>5</sup> Bunun yerine mahkemeler tarafından yasama organının anayasa değişikliği yapma yetkisine “zımni sınırlar” getirilmektedir.<sup>6</sup> Bangladeş Anayasası da yürürlüğe girdiğinde<sup>7</sup> böyle bir koruyucu madde içermekteydi. Bununla birlikte, 2011 yılında Bangladeş Anayasası’nda yapılan On Beşinci Değişiklik ile geniş kapsamlı bir değiştirilemez madde (7B maddesi) getirilmiştir. Söz konusu değiştirilemez maddenin yürürlüğe girmesinden çok önce ise, Bangladeş Yüksek Mahkemesi 1989 yılında verdiği ünlü *Anwar Hossain Chowdhury* kararında<sup>8</sup> “temel yapı doktrini” fikrini benimseyerek, Parlametonun Anayasayı temel yapısını bozacak şekilde değiştirme yetkisinin olmadığına hükmetmiştir.

<sup>4</sup> Örneğin 1949 tarihli Alman Anayasası, “Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya esasen katılmaları ilkesine veya 1. ve 20. maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir anayasa değişikliği yasaktır.” (79/3) hükmüyle, federalizmi, demokrasiyi ve Devletin sosyalist cumhuriyetçi karakterini değiştirilemez kılmaktadır. Bilindiği üzere 1982 tarihli Türk Anayasası’nın ilk üç maddesinde de değiştirilemez hükümler olarak adlandırılan bu tür hükümlere yer verilmiştir. Anayasa’nın söz konusu ilk üç maddesi; devletin demokratik, laik, sosyal ve de cumhuriyetçi yapısı, hukuk devleti oluşu ile teklifi, bayrağı, milli marşı ve başkentine ilişkin hükümler içeren geniş kapsamlı sayılabilecek bir yapıdadır.

<sup>5</sup> Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunda “temel yapı doktrini”ni benimseyen ülkelerin Anayasalarında bu doktrine ilişkin açık bir hüküm yoktur. Sadece şu an yürürlükte olmayan 1990 Nepal Anayasası’nda, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusu düzenlenirken, bu doktrine açıkça yer verildiği tespit edilmiştir. Söz konusu 116. maddeye göre “*Bu Anayasa’nın herhangi bir maddesi Başlangıç kısmının ruhuna aykırı olmamak koşuluyla değiştirilebilir*”. Richard Stith, “Unconstitutional Constitutional Amendments: The Extraordinary Power of Nepal’s Supreme Court”, *American University International Law Review*, 11/1(1996): 48. Ancak anayasaya aykırı anayasa değişikliği doktrininini benimsemiş ama bu uygulamaya temel yapı doktrini ismi vermeyen Almanya ve İtalya Anayasalarında değiştirilemez maddeler mevcuttur. Güner Yaşar, *Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi*, 157-163.

<sup>6</sup> Anayasa değişikliklerinin denetiminde bu tür bir uygulamaya yer veren ülkelere örnek olarak başta Hindistan olmak üzere Güney Afrika Cumhuriyeti, Kenya ve Kolombiya gösterilebilir. Güner Yaşar, *Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi*, 181-201.

<sup>7</sup> 4 Kasım 1972 tarihinde kabul edilen Bangladeş Anayasası, 16 Aralık 1972 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>8</sup> *Anwar Hossain Chowdhury and Others v Bangladesh* [1989] BLD (SPL) 1. (Anwar Hossain Chowdhury Davası). (Erişim Tarihi:12.07.2024), <https://betterjustice.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/03/1989-bld-spl-1-8th-amendment-judgment.pdf>.

Bu çalışmada, Bangladeş Anayasasında değiştirilemez madde olarak tasarlanan 7B maddesinin yürürlüğe girmesi ve sonrasında *Asaduzzaman Siddiqui* davasında<sup>9</sup> On Altıncı Değişikliğin iptali sırasında uygulamasıyla birlikte, temel yapı doktrininin Anayasa değişikliklerinin geçerliliğinin belirlenmesinde en önemli normatif araç olma özelliğini yitirdiği ifade edilmeye çalışılacaktır. Çalışma, Bangladeş Anayasasında yapılan anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi uygulamasına kısa bir bakış ile başlayacaktır. Ardından Bangladeş Anayasasında Sekizinci Anayasa Değişikliğinin iptali ile sonuçlanan *Anwar Hossain Chowdhury* davasında ortaya konan temel yapı doktrininin teorik bir açıklaması sunulacak ve davada bu doktrinin nasıl uygulandığı ele alınacaktır. Bu davada kısaca, Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerinin geçerliliğini belirlemek için temel yapıların değiştirilemezliğinin normatif bir sonucu olarak “*maddi uygunluk testi (substantive compatibility test)*” adı altında bir uygulama ortaya konulmuştur. Çalışmanın devamında bu uygulamanın 7B maddesinin yürürlüğe girmesi ile birlikte arka plana itildiği ifade edilecektir. Çalışmada son olarak, Temyiz Dairesinin *Asaduzzaman Siddiqui* davasında verdiği kararı değiştirmesi veya bozması halinde bile 7B maddesinin etkisinin ortadan kalkmasının muhtemel olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır.

## I. BANGLADEŞ'TE ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

1972 yılında yürürlüğe giren Bangladeş Anayasası, Bangladeş Yüksek Mahkemesinin<sup>10</sup> yargı yetkisini açıkça düzenlemiştir.<sup>11</sup> Ancak Anayasada anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin bir

<sup>9</sup> Bangladesh v Asaduzzaman Siddiqui (2017) CLR (AD) (Spl) 1, (Asaduzzaman Davası), (Erişim Tarihi:17.07.2024), [https://supremecourt.gov.bd/resources/documents/783957\\_WP9989of2014.pdf](https://supremecourt.gov.bd/resources/documents/783957_WP9989of2014.pdf).

<sup>10</sup> Bangladeş Yüksek Mahkemesi iki bölümden oluşmaktadır: Anayasa Yargısı Bölümü (High Court Division) (HCD) ve (Appellate Division) Temyiz Bölümü. Muzammel Hossain, “21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü: Bangladeş Perspektifi”, *Anayasa Yargısı*, 2(2012): 56. Temyiz Bölümü, asıl yargı yetkisine sahip olan Anayasa Yargısı Bölümü'nün herhangi bir emri, kararı veya kararnamesine yapılan itirazları inceler. Başkan, başyargıcı ve diğer yargıçları atar. (Bangladeş Anayasası, m.98).

<sup>11</sup> Bangladeş Anayasası 101 ve 103. maddelerinde Anayasa Yargısı Bölümü ve Temyiz Bölümünün yargı yetkisi düzenlenmiştir.

hüküm mevcut değildir. Anayasa'nın ilk halinde bir ya da birden fazla değiştirilemez hüküm de yoktur.

Bangladeş'te anayasa değişikliklerinin denetimi konusu ilk kez *Anwar Hossain Chowdhury* davasında gündeme gelmiştir. Bu dava ile, Anayasa'nın zımnî sınırlarının<sup>12</sup> olduğu kabul edilmiş ve bu kapsamda yargı organları tarafından "*temel yapı doktrini*" adı verilen uygulama Bangladeş'te de tanınmıştır. Bu davadan uzun zaman sonra, 2011 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Bangladeş Anayasasına 7B maddesi eklenmiş; böylece anayasanın değiştirilemez olduğu düşünülen ilkeleri normatif bir hükme bağlanmıştır.

*Anwar Hossain Chowdhury* davasında, Anayasa değişikliklerinin geçerliliğini ele alma konusunda yargıçların çoğu Yüksek Mahkemenin zımnî yetkisi olduğunu kabul etmiştir. Bu görüşü savunanlardan Yargıç Ahmed, Yüksek Mahkeme'nin Bangladeş Anayasasının 7. maddesi<sup>13</sup> gibi bir hüküm olmasa dahi Bangladeş Anayasasının üstünlüğünü kabul ettiğini ve buna göre yargılama yaptığını belirterek ifade etmiştir.<sup>14</sup> Yargıç Rahman ise, Mahkemenin anayasa değişikliklerinin geçerliliğine karar verme yetkisinin artık yerleşmiş bir konu olduğunu söyleyerek bu uygulamayı doğrulamıştır.<sup>15</sup>

Zımnî yetkisine dayanarak yargılama yapan Bangladeş Yüksek Mahkemesi, anayasa değişikliklerini<sup>16</sup> üç gerekçeye dayanılarak iptal etmektedir. Birincisi yasama organı dışında bir organın anayasa değişikliği yapması, ikincisi değişikliğin anayasada belirtilen usule aykırı

<sup>12</sup> Anayasa değişikliklerinin zımnî sınırlarının (implicit limitations) olduğu fikri kısaca, anayasa değiştirme yetkisinin, değiştirilemez maddelerin yokluğunda bile anayasanın temel ilkelerine dayanan bazı sınırlarının olduğudur. Bu tür sınırlara genellikle "*zımnî*" veya "*örtülü*" sınırlar denmektedir. Bu konuya ilişkin görüş ve tartışmalara yer veren önemli bir çalışma için bkz. Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press, 2017), 39–49.

<sup>13</sup> Bangladeş Anayasası, madde 7: "(1) Cumhuriyetteki bütün yetkiler halka aittir ve halk adına kullanılması yalnızca bu Anayasanın yetkisi ve yetkisiyle gerçekleştirilir. (2) Bu Anayasa, halkın iradesinin kutsal ifadesi olarak, Cumhuriyetin en üstün yasa-sıdır ve eğer herhangi bir başka yasa bu Anayasa ile çelişirse, o yasa, çelişmenin ölçüsünde geçersizdir."

<sup>14</sup> *Anwar Hossain Chowdhury Davası*, par. 340.

<sup>15</sup> *Anwar Hossain Chowdhury Davası*, par. 409.

<sup>16</sup> Bangladeş Anayasası bugüne kadar ilki 1973'te, sonuncusu ise 2019'da olmak üzere 17 kez değiştirilmiştir.

olarak yapılması, üçüncüsü ise yapılan anayasa değişikliğinin içeriğe (esasa) aykırı olarak yapılmasıdır.<sup>17</sup> Bangladeş'in mevcut anayasal düzeninde anayasa değişikliği konusunda yasama organı yetkili olmasına rağmen, başka bir organ ya da makamın anayasa değişikliği yapması ya da buna yönelik bir girişimde bulunması durumuna örnek olarak, Cumhurbaşkanı'nun Anayasayı değiştirmeyi amaçlayan bir kararname çıkarması verilebilir.<sup>18</sup> Bir anayasa değişikliği teklifinin Parlamento üyelerinin salt çoğunluğuyla kabul edilmesi de usule aykırılığa örnek olarak gösterilebilir. Zira Bangladeş'te bir anayasa değişikliği teklifinin kabul edilebilmesi için Parlamento üye sayısının en az üçte ikisinin çoğunluğu aranmaktadır (m.142).<sup>19</sup> Bir anayasa değişikliği, anayasanın içeriği ile çelişiyorsa veya anayasanın çoğunda değişiklik getiriyorsa, burada da esas bakımından anayasaya aykırılık söz konusu olduğu ifade edilmektedir.<sup>20</sup>

Anayasa değişikliklerinin iptaline neden olan söz konusu gerekçeler, Bangladeş Yüksek Mahkemesinin önüne gelen çeşitli başvurularda dile getirilmiştir. Örneğin Yüksek Mahkeme Beşinci<sup>21</sup> ve Yedinci<sup>22</sup> anayasa değişikliklerini yasama organı dışında bir başka organın anayasa değişikliği yapması ve usule aykırılık gerekçeleri ile iptal

<sup>17</sup> Kawser Ahmed, "Revisiting Judicial Review of Constitutional Amendments in Bangladesh: Article 7B, the Asaduzzaman Case, and the Fall of the Basic Structure Doctrine", *Israel Law Review*, 56(2023): 266.

<sup>18</sup> Ahmed, "Judicial Review", 266.

<sup>19</sup> Bangladeş Anayasası'nın "Anayasa'nın herhangi bir hükmünü değiştirme" başlıklı 142. maddesi ülkedeki anayasayı değiştirme prosedürünü düzenlemektedir: "Anayasa'nın herhangi bir hükmü ile ilgili olarak Parlamento tarafından ekleme, değiştirme, ikame veya yürürlükten kaldırma yoluyla değişiklik yapılabilir (m.142/a). Ancak bir Anayasa hükmünü değiştirmeye yönelik bu tür girişimlerde bulunabilmesi için iki şart getirilmiştir. Birincisi Anayasa'nın bir hükmünün değiştirileceği Anayasa değişikliği kanun tasarısında açıkça belirtilmelidir (m.142/a-1). İkincisi ise bu teklif Parlamento'nun üye sayısının en az üçte iki çoğunluğu ile kabul edilmelidir. Aksi takdirde Anayasa değişikliği teklifi Cumhurbaşkanı'nın onayına sunulamaz (142/a-2). Bu şartlar altında kabul edilen kanun teklifi onaylanması için Cumhurbaşkanı'na sunulur. Cumhurbaşkanı yedi günlük süre içerisinde teklifi onaylar; bunu yapmazsa bu sürenin bitiminde teklif onaylanmış sayılır (m.142/b)."

<sup>20</sup> Ahmed, "Judicial Review", 266.

<sup>21</sup> Bangladesh Italian Marble Works Ltd v Bangladesh [2010] 62 DLR (HCD), 70. (Bangladesh Italian Marble Works Ltd. Davası)

<sup>22</sup> Siddique Ahmed v Bangladesh [2011] 63 DLR (HCD) 565. (Siddique Ahmed Davası).

etmiştir. Benzer şekilde Sekizinci<sup>23</sup> ve On Üçüncü<sup>24</sup> anayasa değişiklikleri ise esas (içerik) bakımından anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Söz konusu iptal sebepleri arasında, bir anayasa değişikliğinin esas bakımından anayasaya aykırı olduğuna karar vermek diğer iptal sebeplerine göre nispeten daha zordur. En başta içeriğe aykırılığın sebebi olarak Anayasada gösterilecek somut bir hüküm yoktur. Bu sebeple, bir anayasa değişikliğinin esas bakımından anayasaya uygun olup olmadığını belirlemek için daha spesifik bir yöntem gerekmektedir. Bangladeş Yüksek Mahkemesi *Anwar Hossai Chowdhury* davasında Sekizinci Değişikliğin anayasaya uygunluğunu, Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin “*temel yapı doktrini*” olarak bilinen uygulamasının<sup>25</sup> bir benzerini benimseyerek çözmüştür<sup>26</sup>.

## II. BANGLADEŞ'TE TEMEL YAPI DOKTRİNİN ORTAYA KONULMASI: ANWAR HOSSAIN CHOWDHURY DAVASI

### A. “Temel Yapı Doktrini” Kavramı ve Gelişimi

Anayasayı değiştirme yetkisine kısıtlamalar getirme fikri Güney Asya hukuk kültüründe yaygın olarak “temel yapı doktrini” olarak anılmaktadır. Bu coğrafyada filizlenen söz konusu doktrin, şu an dünya çapında kabul gören bir fikirdir.<sup>27</sup> Zaman içerisinde birçok hukuk

<sup>23</sup> Anwar Hossain Chowdhury Davası.

<sup>24</sup> Abdul Mannan Khan v Bangladesh [2012] 64 DLR (AD) 169 (Abdul Mannan Davası).

<sup>25</sup> “*Temel yapı doktrini*”, Hindistan'da yapılan yargı yorumu ile ortaya çıkmış iddialı bir uygulamadır. Bu uygulamaya ilişkin açıklamalara çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer verilecektir.

<sup>26</sup> *Anwar Hossain Chowdhury* davasındaki yargıçların çoğunun, anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminde temel yapı doktrinine ilişkin düşüncelerini şekillendirirken büyük ölçüde Hindistan yargı alanındaki içtihatlardan yararlandıkları belirtilmelidir. Örnek içtihatlar için bkz. *Golak Nath v. State of Punjab*, 1967 AIR 1643, 1967 SCR (2), *Kesavananda Bharti Sripadagalvaru v State of Kerala* (1973) SCR 0001, *Minerva Mills v Union of India* 1980 AIR 1789, 1981 SCR (1) 206.

<sup>27</sup> Yaniv Roznai, “Unconstitutional Constitutional Amendments—the Migration and Success of a Constitutional Idea”, *American Journal of Comparative Law*, 61 (2013): 713. Doktrin dünya çapında bu kadar yaygınlaşmasına rağmen, bazı ülkeler ısrarla bu doktrini uygulamayı reddetmiştir. Örneğin Macaristan'da Anayasa Mahkemesi, yapılan değişiklikleri sadece usul hükümleri bakımından gözden geçirebileceğini ifade ederek bu doktrini uygulamayı reddetmiştir. Gerekçede ise değişiklik yetkisinin maddi bir sınırının olmadığını ve Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir inceleme için yargı yetkisinin bulunmadığı ifade edilmiştir. David Landau, “Abusive Constitutionalism”. *University of California, Davis Law Review*, 47(2013): 208.

sistemi bu fikri benimsemiş ve farklı kültürler arasında bu fikre “temel yapı doktrini (*the basic structure doctrine*)” ve “anayasaya aykırı anayasa değişikliği (*unconstitutional constitutional amendment*)” terimleri de dahil olmak üzere farklı isimler vermişlerdir.<sup>28</sup>

Bu alanda en çok eser veren yazarlardan biri olan Yaniv Roznai, anayasa değişikliklerine ilişkin sınırları zımni (örtük, örtülü) sınırlamalar (*implicit limitations*) ve açık sınırlamalar (*explicit limitations*) olmak üzere ikiye ayırmaktadır.<sup>29</sup> Kısaca açık sınırlamalar, anayasal hükümler aracılığıyla açıkça getirilen sınırlamalardır. Zımni sınırlamalar ise anayasada açıkça düzenlenmeyen, daha ziyade çoğunlukla yargısal yorumlarla getirilen sınırlamalardır.

Anayasada açıkça belirtilmediği halde, anayasanın bazı hükümlerinin ya da ilkelerinin yasama organı tarafından değiştirilemeyeceği fikri bir diğer ifadeyle “zımni sınırlar teorisi” yeni bir fikir değildir. Örneğin Alman akademisyen Carl Schmitt, Weimar Anayasası'nın “temel siyasi kararların soyut bir çekirdeğini” barındırdığını düşündüğü için, yasama organının anayasa değişikliği yapma yetkisinin mutlaka sınırlandırılması gerektiğini savunmaktaydı.<sup>30</sup> Weimar Anayasası'nın metninde Parlatentonun anayasa değişikliği yapma yetkisine herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Schmitt ise anayasal yasaları anayasa metniyle sınırlı değil, somut bir toplumsal düzen olarak kabul etmektedir. Bu kapsamda yazar ilk anayasayı hazırlayanların kararlarını halkın iradesi olarak görme eğilimindedir.<sup>31</sup> Dolayısıyla Schmitt'in

<sup>28</sup> Temel mantık aynı olsa da anayasaya aykırı anayasa doktrini her ülkede farklı şekillerde uygulama bulabilmektedir. Örneğin Hindistan'da anayasaya aykırı anayasa değişikliğinin uygulama biçimi “temel yapı doktrini (*the basic structure doctrine*)”dir. Ancak Anayasaya aykırı anayasa değişikliği doktrinini savunan her ülke, önüne gelen her başvuruda temel yapı doktrinini uygulamaya koymamaktadır. Örneğin Malezya, Singapur ve Sri-Lanka'da Mahkemeler, önüne gelen başvurularda bu doktrinin Hindistan'daki uygulaması olan temel yapı doktrinin ülkeler arasındaki tarihsel farklılıklar başta olmak üzere birçok sebep dolayısıyla geçerli olmayacağını savunmuşlardır. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 699-701.

<sup>29</sup> Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 713. Güner Yaşar, tezinde bu ayrımı anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminde göz önünde bulundurulmuş maddi sınırların anayasa metinlerinde yer alıp almadığına göre yapmış; açık maddi sınırlar (değiştirilemez maddeler) ve zımni maddi sınırlar şeklinde bir başlıklandırma yapmayı tercih etmiştir. Güner Yaşar, *Esas Bakımından Denetim*, s. 91-129.

<sup>30</sup> Lars Vinx, *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. (Cambridge University Press, 1995), 10.

<sup>31</sup> Vinx, Hans Kelsen and Carl Schmitt, 10.

düşünce yapısı aslında yargısal denetimi desteklemese de günümüzdeki yaygın olarak karşımıza çıkan temel yapı doktrini ile benzerlik taşımaktadır. Schmitt, yasama organına bir anayasanın temel yapısını değiştirme yetkisinin verilmesinin, kurucu iktidarı gasp etmek anlamına geleceğini savunmuştur.<sup>32</sup> Schmitt'in düşüncesine paralel olarak karşılaştırmalı Anayasa hukuku uzmanı Jaclyn L. Neo, bir anayasayı değiştirme yetkisine sınır getirilmemesinin, o anayasanın temel değerlerinin yok edilmesine izin verebileceğini düşünmektedir.<sup>33</sup>

Albert'e göre bir anayasa değişikliği, anayasanın mevcut bir hatasını düzeltmeye ya da mevcut çerçeveyi daha iyi hale getirmeye çalışır.<sup>34</sup> Yazara göre, anayasanın temel niteliklerini değiştiren bir anayasa değişikliği anayasal temeli değiştirir ve bu tür anayasa değişiklikleri "*anayasal parçalanma (constitutional dismemberment)*" olarak adlandırılmalıdır. Bu kavram bir anayasayı temel hak ve özgürlüklere, devletin yapısına ve özüne yönelik olan ve basitçe bir değişiklik olarak nitelendirilemeyecek derecede esaslı değişikliklere tabi tutmak ve hatta ortaya yeni bir anayasa koymak anlamına gelmektedir.<sup>35</sup>

Walter F. Murphy, yasama organının anayasa değişikliği yapma yetkisinin zımni olarak sınırlandırılmasını desteklemiş ve değişiklik kelimesinin Latince "emendare" kelimesinden geldiğini, "*düzeltilmek veya iyileştirmek*" anlamına geldiğini, "*bozmak ve yeniden oluşturmak*" anlamına gelmediğini belirtmiştir.<sup>36</sup> Murphy, anayasa değişikliklerinin yalnızca mevcut siyasi sistem içinde işlerliği olduğu zaman geçerli olduklarını savunmuştur. Yazara göre, anayasa değişiklikleri yoluyla devletin yönetim şekli bozulamaz ya da yeniden oluşturulamaz.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> Lars Vinx, "Carl Schmitt and the Problem of Constitutional Guardianship". İçinde The Contemporary Relevance of Carl Schmitt, eds. Matilda Arvidsson, Leila Brännström and Panu Minkkinen, (Routledge, 1995), 34.

<sup>33</sup> Jaclyn L. Neo, "A Contextual Approach to Unconstitutional Constitutional Amendments: Judicial Power and the Basic Structure Doctrine in Malaysia". Asian Journal of Comparative Law, 15/1(2020): 69-71.

<sup>34</sup> Richard Albert, "Constitutional Amendment and Dismemberment". Yale Journal of International Law. 43/1(2018): 1-3.

<sup>35</sup> Albert, Constitutional Amendment, 4.

<sup>36</sup> Walter F. Murphy, "Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Policy", İçinde Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment, ed. Sanford Levinson, (Princeton University Press, 1995), 117. Benzer yönde Yap "Unconstitutional Constitutional Amendments", 114.

<sup>37</sup> Murphy, "Merlin's Memory", 117.

Jacobsohn'a göre ise bir anayasa değişikliği, ilgili hukuk sisteminin anayasacılık temellerine ters düşecek kadar aşırı bir uyumsuzluk içindeyse reddedilmelidir.<sup>38</sup> Jacobsohn'un bu düşüncesi mahkemelere aşırı takdir yetkisi vermesi bakımından eleştirilebilir. Çünkü farklı yargıçlar anayasa değişikliğinin anayasallığını farklı şekilde yorumlayabilirler. Buradaki uzlaşma eksikliği ise temel yapı doktrininin belirsizlik özelliğini göstermektedir.<sup>39</sup>

Temel yapı doktrini esasında sınırsız yasama yetkisine karşı geliştiren bir yöntemdir. Yukarıdaki yazarların fikirlerinin ortak noktası da aslında bir anayasanın ona eşsiz bir kimlik kazandıran bazı temel özelliklerinin olduğu ve temel yapı doktrininin yasama organının bu özellikleri değiştirme yetkisine zımni sınırlar getirdiği şeklinde özetlenebilir.

Bu doktrinin pozitif bir temeli yoktur.<sup>40</sup> Diğer bir deyişle kavramın ortaya çıktığı Hindistan Anayasası'nda bu anayasanın temel bir yapısının olduğu ve bu yapının değiştirilemez niteliğe sahip olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun karşısında Mahkeme kararları, temel yapı doktrininin içeriğinin anlaşılması konusunda yol gösterici olmuştur. Şu ana kadar verdiği kararlarda Hindistan Yüksek Mahkemesi, yaklaşık yirmi ilkeyi anayasanın temel unsurları arasında saymıştır:

*“Anayasanın üstünlüğü; hukukun üstünlüğü;<sup>41</sup> Anayasaların başlangıcında belirlenen ilkeler, yargısal denetim;<sup>42</sup> federalizm, laiklik, egemen, demokratik ve cumhuriyetçi devlet yapısı, yargı bağımsızlığı;<sup>43</sup>*

---

<sup>38</sup> Gary Jeffrey Jacobsohn, “An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective”, International Journal Of Constitutional Law, 4/3(2006): 485.

<sup>39</sup> Temel yapı doktrininin hukuk sistemlerine belirsizlik getirdiğini ve özünde muğlak bir doktrin olduğunu savunan bir çalışma için bkz. Nafiz Ahmed, “The Intrinsic Uncertain Doctrine of Basic Structure”, Washington University Jurisprudence Review, 14/2(2022): 307-340.

<sup>40</sup> Kemal Gözler, Judicial Review of Constitutional Amendments, (Bursa: Ekin Press, 2008), 95.

<sup>41</sup> Hindistan Yüksek Mahkemesi. Union of India v. K. M. Shankarappa, (2001) 4 LRI 903, par. 7.

<sup>42</sup> Hindistan Yüksek Mahkemesi. Election Commission of India v. Ashok Kumar, (2000) 3 LRI 1042, par. 17.

<sup>43</sup> Hindistan Yüksek Mahkemesi. State of Bihar v. Bal Mukund Sah, (2000) 2 LRI 471, par. 33.



*kuvvetler ayrılığı ilkesi, bireyin özgürlüğü, insan onuru ve diğer temel hak ve özgürlüklerin özü<sup>44</sup> (ölüm cezasından kurtulma özgürlüğü hariç<sup>45</sup>); ulusun birliği ve bütünlüğü;<sup>46</sup> eşitlik ilkesi;<sup>47</sup> sosyal ve ekonomik adalet kavramı, temel haklar ve Yönlendirici İlkeler (Directive Principles) arasındaki denge; parlamenter hükümet sistemi; özgür ve adil seçimler.<sup>48</sup>*

Görüldüğü üzere Hindistan Yüksek Mahkemesinin temel yapı doktrinin unsurları olarak saydıkları aslında demokrasinin genel özelliklerini içermektedir. Ancak temel yapıyı oluşturduğu ifade edilen bu özelliklerin değiştirilemez olduğuna ilişkin Hindistan Anayasası'nda bir hüküm bulunmamaktadır.

Bir anayasa değiştirilemez madde içermese dahi, anayasayı değiştirme iktidarının anayasanın temel ilke ve kuralları değiştirmesinin mümkün olmaması gerekir. Çünkü açık değiştirilmezlik (değiştirilemez maddeler) ile örtülü değiştirilmezlik (zımnî sınırlar) birbirini karşılıklı olarak destekleyen ve pekiştiren sınırlardır. Esasında değiştirilemez maddeleri, değişiklik yetkisinin sınırlı olduğunu "*onaylayan bir gösterge*" olarak ifade etmek mümkündür. Ancak yine de bu maddeleri anayasa için kapsamlı bir sınırlama listesi olarak da algılamak gerekir. Bu savı desteklemek için ülkemizde verilen kararlar örnek gösterilebilir. Bilindiği üzere 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Türkiye devletinin bir cumhuriyet olduğunu düzenleyen 1. maddesi, değiştirilemez hüküm olarak belirlenmiştir (m.9). Ancak buna rağmen Anayasa Mahkemesi, 1965 tarihli kararında, 9. maddeyi geniş yorumlayarak, devlet biçiminin değiştirilemez oluşunun zımnen cumhuriyetin niteliklerini (m. 2) ve 1961 Anayasasının özünü de kapsadığına karar vermiştir.<sup>49</sup> Sonraki kararlarında yine Mahkeme, anayasanın ruhunu ve felsefesini oluşturan belirli ilkelerin bulunduğunu ve anayasa değişikliklerinin denetimi sırasında anayasanın sistemine ve

---

<sup>44</sup> Golak Nath v. State of Punjab, 1967 AIR 1643, 1967 SCR (2).

<sup>45</sup> Mohd Chaman v. State (N.C.T. of Delhi), (2000)11 LRIU 1, par. 10.

<sup>46</sup> Kesavananda Bharti Sripadagalvaru v State of Kerala (1973) SCR 000.

<sup>47</sup> Raghunathrao Ganpatrao Etc. Etc vs Union Of India on 4 February, 1993.

<sup>48</sup> Special Reference No. 1 of 2002 (Regarding Holding of General Elections After Premature Dissolution of a State Legislative Assembly), par. 77.

<sup>49</sup> Türk Anayasa Mahkemesi. E. 1963/173, K. 1965/40, K.T. 26.09.1965.

tutarlılığına zarar verilip verilmediğini inceleme yetkisi olduğunu tekrarlamıştır.

Temel yapı doktrininin bir hukuk sisteminde uygulanması, anayasa değişikliği yapma yetkisini sınırlandıracaktır. Ancak şunu da belirtmekte fayda vardır ki, bu teorinin desteklenmesi birçok belirsizliği de beraberinde getirecektir. Bu doktrinin uygulanması ile birlikte, anayasanın temel özelliklerinin neler olduğunu belirleme yetkisi yargıya devredilmektedir. Yukarıda bahsi geçen akademisyenler tarafından sunulan ya da yargı kararlarından çıkarılan bu özelliklerin tam bir listesi yoktur. Dolayısıyla yargı organlarının hangi hüküm ya da ilkeleri “temel” kabul edeceği belli değildir ve yargıçlar her zaman temel yapı listesine ekleme yapmaya devam edebilir.

### **B. Anwar Hossain Chowdhury Davası ile Temel Yapı Doktrininin Ortaya Konulması**

*Anwar Hossain Chowdhury* davası Bangladeş anayasacılık tarihinin en önemli davası olarak nitelendirilebilir. Bunun en önemli nedenlerinden biri, söz konusu davanın Bangladeş'teki anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin başlangıcını temsil etmesidir.<sup>50</sup>

Yargıç Chowdhury bu davada, anayasa değişikliği de dahil olmak üzere herhangi bir kanunun anayasaya uygunluğu konusunda karar verme yetkisinin Anayasa'nın 7(2). maddesi uyarınca Yüksek Mahkeme'ye ait olduğunu savunmuştur.<sup>51</sup> Yargıç Chowdhury'nin bu savı daha sonra Yüksek Mahkeme'nin anayasa değişikliklerini iptal ettiği bir dizi davada dayanak bulmuştur.<sup>52</sup>

*Anwar Hossain Chowdhury* davasının tarihi arka planı ise şöyledir: Bangladeş'teki İkinci Sıkıyönetim rejimi sırasında (1982-1986) Bangladeş Yüksek Mahkemesi'nin Anayasa Yargısı Bölümü (HCD), çeşitli sıkıyönetim düzenlemeleri ile yedi daimi daireye bölünmüştür. Bu yedi dairenin altısı başkent dışında yer almıştır. Bu dağılım daha

---

<sup>50</sup> Kawser Ahmed, “Misreading or Leapfrogging? SC’s Power to Review Constitutional Amendment”, *The Daily Star* (Dhaka), 22 August 2017. (Erişim Tarihi:13.07.2024). <https://www.thedailystar.net/law-our-rights/scs-power-review-constitutional-amendment-1452340>.

<sup>51</sup> Anwar Hossain Chowdhury Davası, par. 150.

<sup>52</sup> Bangladesh Italian Marble Works Davası, par.135; Siddique Ahmed Davası, par. 242–243; Abdul Mannan Davası, par.614–615; Asaduzzaman Siddiqui Davası, par. 77.

sonra 1988 tarihli Anayasa Değişikliği Yasası (Sekizinci Değişiklik) kapsamında Anayasa'nın 100. maddesinin değiştirilmesiyle resmîyet kazanmıştır.<sup>53</sup> Sonuç olarak, bu düzenlemeyle Bangladeş Yüksek Mahkemesinin "birleşik" Yüksek Mahkeme Bölümü yerine yedi daimi daire kurulmuştur. Her dairenin ayrı bir bölgesel yargı yetkisi olmuş ve bu nedenle, bekleyen tüm davalar ilgili bölgesel dairelere aktarılmıştır.<sup>54</sup> Ardından 1988 tarihli Değişiklik Yasasına (Sekizinci Değişiklik) ve bu yasa uyarınca çıkarılan kurallara itiraz eden iki dava dilekçesi sunulmuştur.<sup>55</sup> Bu itirazların temel gerekçesi ise, cumhuriyet üzerinde tam yargı yetkisine sahip olan Bangladeş Yüksek Mahkemesi'nin "birleşik" Anayasa Yargısı Bölümünün, herhangi bir anayasa değişikliği ile değiştirilemeyecek veya zarar verilemeyecek olan Anayasa'nın temel bir yapısını oluşturmasıdır.<sup>56</sup>

İtiraz karara bağlanırken yargıçlarının çoğu, Anayasa'nın 100. maddesinde yapılan itiraz konusu değişikliğin geçerliliğini belirlemek için açıkça temel yapı doktrinine dayanmış olsalar da doktrinin ayrıntılı teorik bir açıklamasını yapmamışlardır. Ancak bu haliyle bile yargıçların ifadelerinden doktrinin dayandığı kavramsal öncülleri ortaya çıkarmak mümkün görünmektedir. Örneğin kararda yasama organının, değiştirme yetkisini kullanırken değiştirilemeyecek bazı temel yapıları göz önünde bulundurduğuna dikkat çekilmektedir. Örneğin kararın gerekçesinde Yargıç Ahmed, "Bunlar Anayasa'nın yapısal sütunlarıdır (temel yapılarıdır) ve değişiklik süreciyle değiştirilemezler."<sup>57</sup> ifadelerini kullanmıştır. Yine Yargıç Ahmed'e göre "Anayasal değişiklik temel yapıların korunmasına tabidir. Bu nedenle Mahkeme, bir değişikliğin sınırını aşması ve Anayasa'nın temel yapısını değiştirmesi halinde o değişikliği geri alma yetkisine sahiptir".<sup>58</sup> Yargıç Chowdhury ise "Yukarıda belirtilen özelliklerden bazıları Anayasanın temel özellikleridir

---

<sup>53</sup> Mustafa Kamal, Bangladesh Constitutions: Trends and Issues (University of Dhaka, 1994), 92-94.

<sup>54</sup> Ridwanul Hoque, "The Evolution of the Basic Structure Doctrine in Bangladesh: Reflections on Dr. Kamal Hossain's Unique Contribution." Indian Journal. Constitutional Law 10 (2023): 10.

<sup>55</sup> Writ Petition Nos 1252 and 1176 of 1988.

<sup>56</sup> Kamal, Bangladesh Constitutions, 95.

<sup>57</sup> Anwar Hossain Chowdhury Davası, par. 377.

<sup>58</sup> Anwar Hossain Chowdhury Davası, par. 378.

ve *Parlamentonun değiştirme yetkisi ile değiştirilemezler.*<sup>59</sup> şeklindeki sözleriyle bu kanıyı desteklemiştir. Yargıçların görüşleri bir arada değerlendirildiğinde Anayasa'da yapılan bir değişikliğin, Anayasa'nın temel yapılarının muhafaza edilmesi koşuluyla geçerli olduğu ve buna aykırı olduğuna karar verilmesi halinde geçersiz ilan edilebileceği sonuçları çıkarılabilir. Diğer bir deyişle Bangladeş Anayasasının temel yapılarına aykırı olmadıkları sürece anayasa değişikliklerinin yapılabileceği ifade edilmektedir. Böylece kararda Parlamentonun Bangladeş Anayasasını değiştirme yetkisi, Anayasada herhangi bir değiştirilemez madde bulunmasa dahi zımnen sınırlandırılmış olmaktadır.<sup>60</sup>

*Anwar Hossain Chowdhury* davasındaki yargıçların bir kısmı, temel yapı doktrinine ilişkin görüşlerini bazı benzetmeler yaparak açıklamışlardır. Örneğin, Yargıç Ahmed Anayasasının temel yapılarını bir binanın sütunlarına benzetirken,<sup>61</sup> Yargıç Chowdhury temel yapılarından Anayasa'nın değiştirilemez dokusu olarak bahsetmiştir.<sup>62</sup> Bu benzetmelere bakıldığında temel yapılar Anayasa'nın temel ideolojik kavramları olarak görülsede<sup>63</sup> kanaatimizce bu yapılar Anayasa'nın olmazsa olmazıdır ve Anayasaya içkin bir durumdadır. Dolayısıyla temel yapılarda yapılacak *"uygunsuz"* bir değişiklik, anayasanın normatif sisteminin tamamen bozulmasına yol açabilecektir.

*Anwar Hossain Chowdhury* davasındaki yargıçlar, temel yapı doktrininin parti çıkarları uğruna ve demokrasiyi çiğnemek pahasına yapılan anayasa değişiklikleri için etkili bir önlem olduğunu ileri sürmüşlerdir.<sup>64</sup> Anayasa değişikliklerinin ya Anayasa'daki kusurları gi-

<sup>59</sup> Anwar Hossain Chowdhury Davası, par. 225.

<sup>60</sup> Barak'a göre, *"temel yapı doktrini"*, Anayasa'nın temel yapısını koruyan zımni bir değiştirilemez maddedir. Barak, "Unconstitutional Constitutional Amendments", 336-338.

<sup>61</sup> Anwar Hossain Chowdhury Davası, par.376.

<sup>62</sup> Anwar Hossain Chowdhury Davası, par.152, 166, 195.

<sup>63</sup> Ahmed, "What is Actually the Basic Feature Doctrine?", The Daily Star (Dhaka), 5 June 2018, 15. (Erişim Tarihi:14.07.2024), <https://www.thedailystar.net/law-our-rights/what-actually-the-basic-feature-doctrine-1586476>. Ridwanul Hoque bu temel yapıları Anayasasının temel çekirdekleri ve/veya temel anayasal çekirdekler olarak adlandırmıştır. Ridwanul Hoque, "Eternal Provisions in the Constitution of Bangladesh: A Constitution Once and for All" içinde An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies, eds. Richard Albert and Bertil Emrah Oder, (Springer, 2018), 195.

<sup>64</sup> Anwar Hossain Chowdhury Davası, par.377.

dermek ya da birtakım iyileştirmeler yapmaya yönelik olması gerektiğini belirtmişlerdir.<sup>65</sup> Yargıçların bu düşünceleri, bir anayasa değişikliğinin anayasaya uygunluğu konusunda karar verirken aslında “niteliği” göz önünde bulundurduklarının bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

Bu davada yargıçlar Anayasa ve temel yapıların birbiriyle nasıl bir ilişki içinde olduğunu da sorgulamışlardır. Çoğunluk, temel yapıların Anayasaya gömülü olduğunu, bu nedenle de Anayasa'nın ayrılmaz bir parçası olduklarını ifade etmiştir. Buna göre, anayasa değişiklikleri ile temel yapılar arasında herhangi bir uyumsuzluk, Anayasa ile uyumsuzluk olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla anayasa değişiklikleri temel yapılarla tutarlı olmadıkları takdirde geçersiz sayılabilecektir.<sup>66</sup> Aksi düşünce, yani Anayasanın sonradan temel yapılarla uyumlu hale getirilmesi fikri, Anayasayı ve temel yapıları iki ayrı kavram olarak düşünmek anlamına gelir. Bu düşünceye paralel olarak, ister anayasanın herhangi bir maddesi isterse de bir değişiklik hükmü olsun görünüşte temel yapıyla uyumlu görünmüyorsa, bir uyumsuzluk ortaya çıkacaktır. Böyle bir olasılık, Anayasanın orijinal anayasal hükümlerinin incelenmesini bile gerektirecektir. İşte bu durumda Anayasa ülkenin en üstün yasası olmaktan çıkacaktır.<sup>67</sup> Dolayısıyla yargıçlarının çoğu bu ihtimalin farkında olarak Bangladeş Anayasasının temel yapılarının herhangi bir anayasa üstü veya evrensel değer veya ilkedden değil Anayasanın kendisinden türetildiği yönündeki görüşü benimsemişlerdir.<sup>68</sup>

Anayasa'nın temel yapılarının tanımı meselesi tıpkı Hindistan yargılamasında olduğu gibi bu davada da netleşmemiştir. *Anwar Hossain Chowdhury* davasındaki yargıçların çoğu, temel yapıların Anayasanın herhangi bir hükmünde olmadığını; bunun yerine, temel yapıların Anayasa metninden çıkarılması gerektiği görüşündedirler. Yargıç Ahmed'e göre<sup>69</sup> “*Anayasanın, yapısal sütunlar olarak kabul edilen bazı temel ilkeler üzerinde durduğu ve bu sütunların yıkılması veya zarar*

---

<sup>65</sup> Anwar Hossain Chowdhury Davası, par.378.

<sup>66</sup> Anwar Hossain Chowdhury Davası, par.254.

<sup>67</sup> Ahmed, Basic Feature Doctrine, 15.

<sup>68</sup> Anwar Hossain Chowdhury Davası, par.376.

<sup>69</sup> Anwar Hossain Chowdhury Davası, par.254.

*görmesi halinde tüm anayasal yapının yıkılacağı konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Bu sütunlar, anayasal hükümlerin yorumlanması yoluyla tespit edilecektir.*” Bu düşünceden yola çıkılırsa örneğin, temel yapı 1. maddenin metni değil, 1. maddede somutlaştırılan üniter cumhuriyet kavramıdır<sup>70</sup>. Buna da 1. madde metninin Anayasanın bütünü bağlamında yorumlanmasıyla ulaşılması gerekecektir. Bu düşünceye göre, 1. madde metni değiştirilebilir; ancak Bangladeş'in üniter bir cumhuriyet olduğu fikri değiştirilemez. Temel yapılar Anayasa metninden çıkarılacağı için, bunların Anayasada belirtildiği şekilde anlaşılması, açıklanması ve uygulanması gerekmektedir.<sup>71</sup>

*Anwar Hossain Chowdhury* davasındaki temel yapıların tanımı yapılsa da yine tıpkı Hindistan'da olduğu gibi Anayasadaki bazı ilke ve kavramlar temel yapılar olarak kabul edilmiştir. Örneğin Yargıç Ahmed, demokrasi, cumhuriyet, üniter devlet, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, temel haklar ve benzerlerini temel yapılar olarak kabul etmiş ve Anayasa'da bu yönde açık bir engel olmamasına rağmen Anayasa'nın cumhuriyeti monarşiye dönüştürmek, demokrasiyi oligarşiyle değiştirmek veya yargıyı ortadan kaldırmak için değiştiremeyeceğini ifade etmiştir.<sup>72</sup> Yargıç Chowdhury ise, Anayasanın Parlamento'ya yasama yetkisi ile donattığını ve kendisinin bu yetkilerden kaçınmak için anayasayı değiştiremeyeceğini ifade etmiştir.<sup>73</sup>

Özetle, *Anwar Hossain Chowdhury* davasında iki yönlü bir temel yapı doktrini karşımıza çıkmaktadır. Bir taraftan temel yapılar Anayasanın değişmez ideolojik çekirdeği olarak tanımlanmakta; diğer taraftan herhangi bir anayasa değişikliğinin bu temel yapılarla esas (içerik) olarak uyumlu olup olmadığının belirlenmesi için yargısal denetim yapılmaktadır. İşte “*maddi uygunluk testi*” denilen uygulamada iki aşamalı bu inceleme yapılmaktadır. İlk önce Anayasa'nın temel yapıları tespit edilmekte, ardından söz konusu anayasa değişikliğinin bu temel yapılarla uyumlu olup olmadığı denetlenmektedir. Bir benzetme yapılmak istenirse, *Anwar Hossain Chowdhury* davasında uygula-

---

<sup>70</sup> Bangladeş Anayasa, madde 1: “*Bangladeş, Bangladeş Halk Cumhuriyeti olarak bilinecek üniter, bağımsız, egemen bir Cumhuriyettir*”.

<sup>71</sup> Ahmed, Basic Feature Doctrine, 15.

<sup>72</sup> Anwar Hossain Chowdhury Davası, par. 377.

<sup>73</sup> Anwar Hossain Chowdhury Davası, par. 255.

nan inceleme yöntemi bir yapboz yapmak gibidir. Anayasanın tamamı bir yapboz olarak düşünülürse, her bir hükmü bir yapboz parçasına benzetilebilir. Mevcut bir yapboz parçasını değiştirmek için, yeni parçanın resme sadece tam olarak değil, aynı zamanda tatmin edici bir şekilde uyması gerekir. Eğer yeni yapboz parçaları eklenecekse, bunlar mevcut yapboz resminde herhangi bir anormallik yaratmamalı, aksine onu tamamlamalıdır.<sup>74</sup>

*Anwar Hossain Chowdhury* davasında uygulanmaya başlanan temel yapı doktrini, daha sonra başka yargılamalarda da karşımıza çıkmaktadır. Örneğin 2012 tarihli *Abdul Mannan* davasında<sup>75</sup> yargıçlar, demokrasi ve parlamenter hükümet sistemini Anayasanın temel yapıları olarak kabul etmiş; Anayasa'daki geçici hükümete ilişkin hükümlerin bu temel yapılara olumsuz etkisini tartışmıştır. Özellikle Yargıç Sinha itiraz edilen On Üçüncü Değişikliğin Anayasa'nın temel yapılarıyla hem teorik hem de işlevsel olarak uyumsuz olduğunu ayrıntılı bir biçimde açıklamıştır.<sup>76</sup> On Üçüncü Değişik ile Anayasa'ya dahil edilen geçici hükümet sisteminin, parlamenter hükümet sisteminin aksine bir tür başkanlık sistemi getirdiğini öne sürmüştür. Bu dava da *Anwar Hossain Chowdhury* davası gibi temel yapı doktrininin uygulanmasına iyi bir örnek olarak gösterilebilir.

### III. TEMEL YAPI DOKTRİNİNDEN TEMEL HÜKÜMLERE GEÇİŞ UYGULAMASI: 7B MADDESİNİN GETİRİLMESİ

Anayasalarda somut olarak yazan değiştirilemez maddeler,<sup>77</sup> anayasanın değiştirilmesi aşamasında türev kurucu iktidara getirilen “maddi sınırlar”, “içerik sınırları” ya da “değişikliğin içeriğine (konusuna) dair sınırlar” olarak da ifade edilebilir.<sup>78</sup> Bu şekilde adlandırılan

<sup>74</sup> Jacobsohn, bir anayasa değişikliğini bir hikâyeye eklenen yeni bir bölüm olarak görmektedir. Yazar yapılan değişikliğin mevcut hikâyeye olan uyumluluğunun, hikâyenin niteliği ve kalitesinin belirlenmesinde önemli bir faktör olduğunu düşünmektedir. Jaconsohn, *Unconstitutional Constitution*, 460.

<sup>75</sup> *Abdul Mannan Khan v Bangladesh* [2012] 64 DLR (AD) 169.

<sup>76</sup> *Abdul Mannan Khan Davası*, par. 1223-1231.

<sup>77</sup> Daha önce de ifade edildiği gibi Anayasalarda “somut” olarak yazan değiştirilemez maddelerin yanında açıkça yazılı olmayan bazı ilkeler de zımni (örtülü) maddi sınır kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. dipnot 12.

<sup>78</sup> Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*. 2. Baskı. (Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2016), 145-150; Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 6. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 217-218.

değiştirilemez maddeler, anayasanın çekirdeğini sağlamlaştıran; insan onuru, hukukun üstünlüğü, anayasanın üstünlüğü, bireysel özgürlükler ve kuvvetler ayrılığı gibi anayasacılığın temel ilkelerini korumayı da amaç edinen hükümlerdir.<sup>79</sup>

Değiştirilemez maddeler Anayasa hukuku literatüründe, “*değişmez hükümler*”,<sup>80</sup> “*değiştirilemez hükümler*” (*unamendable provisions*), “*sonsuzluk hükmü*” (*eternity-eternal clause*),<sup>81</sup> “*taşlaşmış hükümler*” (*cláusulas pétreas*)<sup>82</sup> ve “sağlam, kalıcı, *yerleşik, yerleşmiş hükümler*” (*entrenchment clauses*)<sup>83</sup> gibi nitelendirmelerle de ifade edilmektedir.

<sup>79</sup> Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 657.

<sup>80</sup> Köybaşı, “Anayasalarda Değişmezlik, Değişmez Maddelerin Teorisi ve Pratiği” adlı doktora tezinde, “*değişmez madde*” ifadesini kullanmayı uygun görmüştür. Serkan Köybaşı, “Anayasalarda Değişmezlik Değişmez Maddelerin Teorisi ve Pratiği”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013). Bu ifadeyi aynı şekilde kullanan bir diğer yazar için bkz. Süheyl Batur, *Anayasa ve İnsan. 99 Soruda Çağdaş Anayasa*. 3. Baskı. (İstanbul: Cumhuriyet Kitapları, 2011), 169 vd.

<sup>81</sup> Bazı yazarlar değiştirilemez maddeleri ifade ederken “*sonsuzluk hükmü*” (*eternity-eternal clause*)” ifadesini kullanmaktadır. Bangladeş Anayasası’ndaki değiştirilemez maddelerden bahsederken de bu ifade kullanılmaktadır. Bu ifadeyi kullanan yazarlara göre bir anayasaya sonsuzluk hükmünün getirilmesi ile bir ulusun kimliğinin ve kurucu amaçlarının, çoğunluğun isteklerine göre değiştirilmesi “*sonsuzluk*” engellenmiş olmaktadır. Hoque, *Eternal Provisions*, 195-229; Andrew Friedman, “Dead Hand Constitutionalism: Honduras and the Danger of Eternity Clauses in New Democracies”, *Mexican Law Review*. 4/1(2011): 77-96; Ulrich K. Preuss, “The Implications of Eternity Clauses: The German Experience”, *Israel Law Review* 44/3(2011): 429-448; Joel Colón-Ríos, “Beyond Parliamentary Sovereignty and Judicial Supremacy: The Doctrine of Implicit Limits to Constitutional Reform in Latin America”. *Victoria University Wellington Law Review*. 44(2013): 521-534.

<sup>82</sup> Brezilya’da bu hükümlerin katılıklarını ifade etmek için kendi terminolojilerinde “*cláusulas pétreas*” ifadesi kullanılmaktadır. Hubner Mendes, “Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court”. *Florida Journal of International Law*. 17/3(2005):451. Ülkede terim İngilizce ifade edilmek istendiğinde “*stone clauses*” ya da “*petrous clauses*” ifadeleri tercih edilmektedir. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 129. Brezilya’da, değiştirme yetkisine ilişkin açık maddi sınırlar yaygın olarak “*taşlaşmış maddeler*” olarak adlandırılır, çünkü yazarlara göre “*taşlaşmış*” ifadesi bu hükümlerin karşılığı olabilecek en iyi sözcüktür. Jairo Lima and Celemín, Andrea. “Unconstitutional Constitutional Amendments: A Comparative Analysis Between Brazil and Colombia”. *Aspectos Políticos e Históricos do Constitucionalismo*. 3(2019):129.

<sup>83</sup> Bu terim, değiştirilemez maddeler için kullanılan en yeni terimlerden biridir. Mazzone, Jason Mazzone, “Unamendments”. *Iowa Law Review*. 90/5(2005):1818; Richard Albert, “Constitutional Handcuffs”. *Arizona State Law Journal*. 42(2010):666; Michael Hein, “The Least Dangerous Branch? Constitutional Re-



Bangladeş Anayasasının ilk hali değiştirilemez hüküm içermiyordu. 2011'te yapılan On Beşinci Değişiklikle Bangladeş Anayasasına oldukça kapsamlı bir “sonsuzluk hükmü (7B maddesi)” getirildi.<sup>84</sup> Yukarıda ayrıntılı bir şekilde ifade edildiği gibi, bu hüküm getirilmeden uzun zaman önce, 1989'da Bangladeş Yüksek Mahkemesi *Anwar Hossain Chowdhury* davasında “temel yapı doktrini” fikrini ortaya atarak, Parlamento'nun Anayasa'nın temel yapısını bozacak şekilde bir değiştirme yetkisi kullanamayacağına hükmetmiştir.

Doktrinde açık değiştirilemezlik (explicit unamendability)<sup>85</sup> olarak adlandırılan “Anayasanın Temel Hükümleri Değiştirilemez” başlıklı 7B maddesi şöyledir:

*“Anayasa'nın 142. maddesinde yer alan herhangi bir hükme bakılmaksızın, Başlangıç, I. Kısımın tüm maddeleri, II. Kısımın tüm maddeleri, IXA Kısımının hükümlerine tabi olarak III. Kısımın tüm maddeleri ve XI. Kısımın 150. maddesi de dahil olmak üzere Anayasa'nın temel yapılarına ilişkin maddelerin hükümleri ekleme, değiştirme, ikame, yürürlükten kaldırma veya başka herhangi bir yolla değiştirilemez.”*

7B maddesi, Başlangıç, I, II. ve III. Kısımlar, 150. madde ve Anayasa'nın temel yapılarına ilişkin diğer tüm hükümlerin ekleme, değiştirme, ikame, yürürlükten kaldırma veya başka herhangi bir yolla değiştirilemeyeceğini öngörmektedir.<sup>86</sup> Değiştirilemez hükümlere sahip diğer anayasaların aksine Bangladeş Anayasası, değişiklik kurallarından etkilenmeyen herhangi bir ilke veya çekirdek bir hak belirtmek yerine, “sonsuzluk hükmü”nde uzun bir liste sıralamaktadır. Buna göre Anayasa'nın 7B maddesi devletin dört yüksek idealini içermektedir: Başlangıç hükmü, devlet politikasının tüm ilkeleri, temel hak ve özgürlüklerin tümü ve anayasanın temel yapısına ilişkin tüm maddeler.

---

view of Constitutional Amendments in Europe”. İçinde Court, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and the Judiciary, Ed. Martin Belov (Routledge, 2019):226-242; Michael Hein, “Do Constitutional Entrenchment Clauses Matter? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe”. *International Journal of Constitutional Law*. 18/1(2020):78-110.

<sup>84</sup> Bangladeş'te olduğu gibi, Belçika, Kamboçya, Kolombiya, Fransa, Guatemala, Endonezya, Peru ve Romanya'da da “sonsuzluk hükümleri” anayasa değişiklikleri yoluyla kabul edilmiştir.

<sup>85</sup> Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 713.

<sup>86</sup> Hoque, *Eternal Provisions*, 215-216.

Görüldüğü üzere 7B maddesi bir yandan Anayasa'nın büyük bir bölümünü değiştirilemez ilan ederek türev kurucu iktidarın yetkisini oldukça sınırlandırmış; bir yandan da yargısal yorum yoluyla getirilen zımni sınırların bir kısmını düzenleme altına almıştır.<sup>87</sup> Bangladeş Anayasasında yapılan On Beşinci Değişiklik, temel normları anayasa-da güvence altında alması bakımından oldukça faydalı görünse de söz konusu maddenin kötüye kullanılması ihtimali Bangladeş hukuk sistemini despotik bir rejime dönüştüreceği endişesi yaratmaktadır.<sup>88</sup> Dolayısıyla Anayasa değişikliği yetkisine sınır getirme fikri esasen dünya genelinde kabul gören ve başarılı olarak da gösterilen bir fikir olsa da,<sup>89</sup> bu denli geniş kısıtlama getirilmesi Bangladeş'te anayasacılık açısından bir tehdit olarak algılanmaktadır.<sup>90</sup>

7B maddesi, yalnızca temel anayasal ilkeleri ve Cumhuriyetin karakterini değiştirilemez kılmak yerine, Anayasanın neredeyse üçte birini oluşturan, toplamda 52 maddeden oluşan alışılmadık derecede uzun bir dizi hükmü değiştirilemez hale getirmektedir. Ayrıca, temel yapılar tek tek belirlenmeden maddede "*Anayasanın temel yapılarına ilişkin madde hükümlerinin*" değiştirilemez hale getirilmesi fazlasıyla radikal bir yeniliktir. Temel yapılara ilişkin bu aşırı esnek ve geniş düzenleme, fikir birliğine dayanmayan herhangi bir anayasa değişikliğinin geçerliliği konusunda siyasi çıkmaza yol açabilir. Portekiz Anayasasının neredeyse benzer bir örneği dışında<sup>91</sup>, dünyada başka hiçbir anayasa bu kadar geniş bir değiştirilemez maddeye yer vermemiştir.

<sup>87</sup> Hoque, *Eternal Provisions*, 215-216.

<sup>88</sup> Isfar Tehami "A Critical Analysis of the Impacts of Article 7B of the Constitution Over Constitutionalism in Bangladesh", (5 July 2023), 29, (Erişim Tarihi: 15.07.2024), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4656048](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4656048).

<sup>89</sup> Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 719.

<sup>90</sup> Tehami, "The Impacts of Article 7B", 1.

<sup>91</sup> Portekiz Anayasası'nın 288. maddesine göre Anayasa'da değişiklik yapan kanunlar şu konularla sınırlandırılmıştır (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 seçikle gelen görevlerine genel, gizli ve periyodik seçikle atamalar; ve nispi temsil sistemi; i) Siyasi parti-*

Söz konusu hükmün tasarımı, genellikle federalizm, cumhuriyetçilik, resmi din gibi devletlerin kimliğine ilişkin ilkeleri korumayı amaçlayan değiştirilemez maddelere ilişkin küresel uygulamalardan keskin bir sapma olarak değerlendirilebilir.<sup>92</sup> Zira söz konusu “*sonsuzluk hükmü*”, Anayasa’nın neredeyse tamamını değiştirilemez hale getirmektedir. Bunun yanında 7B maddesi, değiştirilemez maddelerin “*temel anayasal değerleri ifade etmek*” ve “*sağlamlaştırmak*” gibi işlevlerini<sup>93</sup> gerçekleştiremeyen bir yapıdadır. Değiştirilemez maddelere ilişkin faydalı bir ayırım yapan Friedman, bu işlevlerin gerçekleşmesi için var olması gerektiğini düşündüğü üç içerikten bahsetmektedir: Birinci tip, Türk ve Alman anayasalarında olduğu gibi “*hükümetin karakteri*”ne ilişkin bir cümle, ikinci tip “*Anayasanın ruhu ve ilkelerine ilişkin*” bir cümle, üçüncü tip ise “*ülkenin karakterine ilişkin*” bir cümledir.<sup>94</sup> 7B maddesi bu üç türün hepsini karşılıyor gibi görünse de aslında bunların hiçbirisiyle tam olarak ilgili değildir. Aksine, meşruiyet kaybı barındıran, *sui generis* bir sonsuzluk maddesidir.<sup>95</sup>

Özetle *Anwar Hossain Chowdhury* davasında yargıçlar, Anayasa'nın temel yapılarına zarar vermedikleri sürece anayasal hükümlerde değişiklik yapılmasına izin verilebileceğini belirtmişler; Anayasa'nın herhangi bir hükmünün değiştirilmesi konusunda mutlak bir yasak getirmemişlerdir. Buna karşılık 7B maddesinde Anayasanın belirli hükümlerini temel yapılar olarak tanımlamakta ve korunan bu hükümlerden herhangi birinde değişiklik yapılmasının her ne şekilde olursa olsun kesinlikle yasak olduğu öngörülmüştür. Diğer bir deyişle 7B maddesi

---

*ler 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”.*

Bunun yanında 289. madde (Değişikliğin sınırlandığı durumlar) Sıkıyönetim veya olağanüstü hal sırasında Anayasayla ilgili hiçbir değişiklik yapılamayacağını öngörmektedir.

<sup>92</sup> Devletlerin Anayasal kimlik oluşumuna ilişkin bir değerlendirme için bkz. Gary J. Jacobsohn, “The Formation of Constitutional Identities”, İçinde *Comparative Constitutional Law*, eds. Ginsburg Tom, Dixon Rosalind, (Edward Elgar Publishing, 2011), 129-142.

<sup>93</sup> Richard Albert “The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules”, *McGill Law Journal*, 59/2(2013): 225.

<sup>94</sup> Friedman, “Dead Hand Constitutionalism”, 77-79.

<sup>95</sup> Hoque, *Eternal Provisions*, 215.

temel yapılar kavramını Anayasa metnine aktarmıştır. Doktrinde bu uygulama “temel hüküm doktrini” olarak adlandırılmaktadır.<sup>96</sup>

Görünen o ki 7B maddesi, Bangladeş Anayasasında gelecekte yapılacak değişikliklerin denetim yönteminde önemli değişiklikler getirmiştir. Daha önce ifade edildiği üzere, *Anwar Hossain Chowdhury* davasında temel yapı doktrini adı altında anayasa değişikliklerinin geçerliliğinin belirlenmesi için bir “*maddi uygunluk testi*” ortaya konmuştur. 7B maddesinin getirilmesiyle ise, Bölüm I, II ve III, Madde 150 ve Anayasa'nın temel yapılarına ilişkin hükümlerde yapılacak her türlü değişiklik, Parlamento'nun bu tür değişiklikleri kabul etmesi halinde yetkisini aşacağı gerekçesiyle geçersiz olacaktır. Sonuç olarak, Mahkeme'nin görevi, söz konusu değişikliğin 7B maddesinin koruması altında bulunan anayasal hükümlerden herhangi birini değiştirip değiştirmediğini tespit etmek olmuştur. Temel yapı doktrininin aksine, 7B maddesi bu nedenle kendi kapsamına giren bir anayasa değişikliğinin herhangi bir “*maddi uygunluk testi*”ne tabi tutulması ihtiyacını ortadan kaldırmış görünmektedir. Esasında 7B maddesi içerik olarak temel yapı doktrine yasal bir dayanak gibi görünse de anayasa değişikliklerinin denetiminde yıllardır hâkim temel yapı doktrini uygulamasının gücünü azaltmış durumdadır.

#### IV. 15. DEĞİŞİKLİK SONRASI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLENİN DENETİMİ: ASADUZZAMAN SIDDIQUI DAVASI

*Asaduzzaman Siddiqui* davası,<sup>97</sup> Anayasanın 7B maddesi, bir diğer ifade şekliyle “temel hüküm doktrini” uygulanarak görülen ilk davadır. Bu davada on altıncı anayasa değişikliğinin geçerliliği denetlenirken “*maddi uygunluk testi*” yerine 7B maddesini ölçü alınarak farklı bir inceleme yöntemi benimsemiştir. Bu yöntemi incelemeye geçmeden önce davanın arka planındaki süreci özetlemenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

1972 Bangladeş Anayasasının ilk halinde, Yüksek Mahkeme yargıçlarının görevden alınmasına ilişkin parlamenter bir mekanizma öngörülmekteydi. Buna göre Yüksek Mahkeme yargıçlarından birinin kanıtlanan kötü davranışı veya yetersizlik gibi gerekçelerle görevden

<sup>96</sup> Ahmed, *Judicial Review*, s. 276.

<sup>97</sup> *Bangladesh v Asaduzzaman Siddiqui* (2017) CLR (AD) (Spl) 1, (Erişim Tarihi: 17.07.2024), [https://supremecourt.gov.bd/resources/documents/783957\\_WP\\_9989of2014.pdf](https://supremecourt.gov.bd/resources/documents/783957_WP_9989of2014.pdf).

alınabilmesi için Parlamento üye tamsayısının en az üçte ikisinin onayı gerekiyordu (m.96/2). 1975 yılında yapılan dördüncü anayasa değişikliği (Dördüncü Değişiklik) ile bu tür sebeplerle yargıçları görevden alma yetkisi Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. “Yüksek Yargı Kurulu” ise ilk olarak İkinci Sıkı Yönetim İlanı (Onuncu Değişiklik) (1977) ile hakimlerin görevden alınmasına yönelik bir mekanizma olarak Anayasa'ya dahil edilmiştir. 1979 yılında yapılan “Beşinci Değişiklik” ise, İkinci Sıkıyönetim İlanının geçerli olduğunu onaylamak ve yeniden teyit etmek üzere kabul edilmiştir. 2010 yılında ise, *Bangladesh Italian Marble Works Ltd.* davasında Bangladeş Yüksek Mahkemesi'nin Anayasa Yargısı Bölümü (HCD) tarafından 1979 tarihli Anayasa Değişikliği Yasası'nın (Beşinci Değişiklik) Anayasaya aykırı olduğuna karar verilmiştir. Ancak Temyiz Bölümü (AD), Meclis'in herhangi bir hukuki sonuçla karşılaşmaması ve Anayasada gerekli değişiklikleri yapabilmesini için, Yüksek Yargı Kuruluna ilişkin hükümleri 31 Aralık 2012 tarihine kadar geçici olarak askıya almıştır.<sup>98</sup> Kısa bir süre sonra, 2011 tarihli Anayasa Değişikliği Yasası (On Beşinci Değişiklik) ile diğer hususların yanı sıra, Yüksek Yargı Kurulu yeniden kurulmuştur. Aynı değişiklikte Meclis, Anayasa'nın çok sayıda hükmünde değişiklik yapılmasını açıkça yasaklayan 7B maddesini de kabul etmiştir. 2014 yılında Parlamento, Yüksek Yargı Kurulu yerine Yüksek Mahkeme yargıçlarının görevden alınmasına ilişkin parlamenter mekanizmayı yeniden tesis eden 2014 Anayasa Değişikliği Yasasını (On Altıncı Değişiklik) kabul etmiştir. Aynı yıl, avukat Asaduzzaman Siddiqui, söz konusu anayasa değişikliğinin anayasaya aykırı olduğuna ilişkin bir başvuru yapmıştır. Bu başvuru sonucunda Bangladeş Yüksek Mahkemesi'nin Anayasa Yargısı Bölümü, Yüksek Yargı Kurulu'nun yeniden kurulması sonucunu doğuran ihtilafli On Altıncı Değişikliği iptal etmiştir.<sup>99</sup> Bangladeş Hükümeti tarafından Anayasa Yargısı Bölümünün kararına karşı yapılan temyiz başvurusu reddedilmiştir. Temyiz kararına verilen itiraz dilekçesi halen Temyiz Dairesi önünde beklemektedir.<sup>100</sup> Temyiz Dairesi'nden Baş Yargıç Singa'nın görüşleri Mahkeme'nin bu konudaki yaklaşımını yansıtmaktadır.

---

<sup>98</sup> *Bangladesh v Bangladesh Italian Marble Works Ltd and Others*, Civil Review Petition Nos. 17–18 of 2011.

<sup>99</sup> [2016] 8 ALR (HCD) 161, Writ Petition No. 9989 of 2014, Judgment delivered on 5 May 2016.

<sup>100</sup> Civil Review Petition No. 751 of 2017.

Baş Yargıç Sinha'ya göre yargının bağımsızlığı Anayasa'nın temel bir yapısıdır ve Yüksek Yargı Kurulu'nu somutlaştıran 96. madde yargının bağımsızlığı kavramını güçlendirmektedir. Yargıç'a göre 7B maddesi Anayasa'nın temel yapılarına ilişkin hükümlerin değiştirilmesini yasakladığı, On Altıncı Değişiklik de 7B maddesini ihlal ederek Anayasa'nın temel bir yapısını somutlaştıran 96. maddeyi (Yüksek Yargı Kurulunu düzenleyen madde) değiştirdiği için anayasaya aykırıdır.

Burada dikkat çeken bir başka husus ise, 2012 tarihli *Abdul Mannan* davasından farklı olarak, *Asaduzzaman Siddiqui* davasında temel yapı doktrininin bir uzantısı olarak “*maddi uygunluk testini*” uygulanmamış olmasıdır<sup>101</sup>. Bunun yerine Mahkeme Anayasanın 7B maddesinin lafzi yorumuna dayanmıştır. Halbuki *Abdul Mannan* davası görüldüğü dönemde de 7B maddesi yürürlükte; ancak Mahkeme *Asaduzzaman Siddiqui* davasında somut anayasa hükmünü göz önünde bulundurmaya tercih etmiştir. Bu durum Mahkemenin anayasa değişikliklerinin denetim yöntemini değiştirmesinin ilk örneği olarak gösterilebilir.

## SONUÇ

Anayasayı değiştirme yetkisine sınır getirilmesi, Anayasanın varlığını korumak için oldukça iyi bir fikirdir. Dünya çapında da ilgi gören bu fikir, anayasa değişikliklerinin yargısal denetime tabi tutulmasında etkili olmuştur. Diğer ülkelerde olduğu gibi Bangladeş'te de anayasa değişikliklerine sınır getirme ve yargısal denetim hukuk sisteminin temel normlarını korumak amacıyla benimsenen uygulamalardır. Ancak Bangladeş'in diğer ülke uygulamalarından farkı, öncelikle zımni sınırlar fikrinin benimsenip temel yapı doktrininin uygulanması, yıllar sonra ise geniş kapsamlı bir değiştirilemez madde getirilerek bir önceki uygulamanın saf dışı bırakılmasıdır.

Bangladeş'te görülen *Anwar Hossain Chowdhury* davası, temel yapı doktrininin, bir anayasa değişikliğinin Anayasaya esas (içerik) bakımından uygunluğunun belirlenmesinde normatif bir araç olarak

---

<sup>101</sup> Ahmed, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, 12.

ortaya koymuştur. Bu dava içtihadı açıdan Bangladeş Anayasasındaki anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi tarihinde bir doruk noktasına işaret etmektedir.

*Anwar Hossain Chowdhury* davası ile ortaya konulan temel yapı doktrininin Anayasa metninde yer almayışı, bu uygulamanın ilgili hukuk sistemlerinde belirsizlik yaratmaktadır. Bununla birlikte temel yapı doktrininin bir anayasayı sık sık yapılacak değişikliklerden koruyarak istikrar sağlayacağı da düşünülebilir. Ancak bu doktrini kullanarak karar veren mahkemeler, kendi anayasalarının temel yapısını hangi kural ve/veya ilkelerin oluşturduğunu tam olarak belirtmemiştir. Anayasaların temel yapılarına ilişkin kapsamlı bir listenin bulunmaması nedeniyle, hangi hüküm ve ilkelerin temel yapının bir parçası olduğu belirsizliğini korumaktadır. Kapsamlı bir listenin olmaması, vatandaşların ve yasama organı üyelerinin temel yapı doktrini kullanarak hangi anayasa değişikliklerinin mahkemeler tarafından iptal edileceğini tahmin etmelerini imkânsız hale getirmektedir. Temel yapı doktrininin getirmiş olduğu belirsizlik, kuvvetler ayrılığı ilkesini çevreleyen mevcut belirsizliğin yükünü de artırmaktadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi doğası gereği muğlaktır ve bu nedenle en çok tartışılan anayasal ilkedir. Yargı, yasama organı tarafından yapılan bir anayasa değişikliğini anayasada açıkça belirtilmeyen bir doktrine dayanarak iptal ettiğinde, kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlal edilip edilmediği sorusu ortaya çıkacaktır.

Bangladeş Anayasasında yapılan On Beşinci Değişikle getirilen ve içerik bakımından son derece geniş olan 7B maddesi, Anayasa'nın çok büyük bir bölümünü fiilen değiştirilemez hale getirmiştir. İlk etapta ülkede anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminde temel yapı doktrini ile yaşanan belirsizliğin kalktığı düşünülebilir. Ancak bu yeni düzenleme ülkenin anayasasını yaşayan bir anayasa olmaktan çıkarıp neredeyse kalıcı hale getirmiştir. Bangladeş'te yasama organının gelecek nesillerin elini kolunu bağlayacak nitelikte böylesine geniş içerikli bir maddeyi oluşturma konusundaki düşüncesini anlamak güçtür. Çoğu ülkede olan ülkenin ulusal kimliğini koruma için atılan bu adım, Bangladeş'te aşırı bir noktaya ulaşmıştır. Bu denli geniş içerikli bir değiştirilemez maddenin demokratik değerleri pekiştirmeyi mi amaçladığı yoksa kendisinin başlı başına anti-demokratik bir nitelik taşıdığı konusu cevabını bulamadığımız sorulardandır.

7B maddesi Parlatentonun Anayasayı değiştirme yetkisini büyük ölçüde kısıtladığı için ciddi şekilde sorgulanabilir. Bu durum, genel olarak Parlamento'nun Anayasa'nın "temel yapılarını korumak kaydıyla" değişiklik yapma yetkisini onaylayan *Anwar Hossain Chowdhury* davasına ters düşmektedir. Çünkü 7B maddesi, gelecekte yapılacak değişikliklerin geçerliliğini belirlemeye yönelik yargısal denetim yöntemini değiştirmiş ve temel yapı doktrininin uzantısı olan "maddi uygunluk testi"nden vazgeçmesine zemin hazırlamıştır. Asaduzzaman *Siddiqui* davasında 7B maddesinin göz önünde bulundurularak yargılama yapılması ise, bu değişimi kanıtlamaktadır. *Asaduzzaman Siddiqui* davasının özünde ise Yüksek Mahkeme yargıçlarının görevden alınması için anayasal olarak geçerli bir mekanizma seçilmesi yatsa da karar bunun ötesine geçen ve toplum genelinde hareketli hukuki ve siyasi tartışmalara yol açan bir etki bırakmıştır.

7B maddesinin Anayasaya eklenmesiyle, Bangladeş Anayasa yargısının adeta "yaratıcılığını" kullanmasının engellendiği söylenebilir. Ancak 7B maddesinde yer alan "Anayasanın temel yapılarına ilişkin madde hükümlerinin değiştirilemez olduğu" ifadesi ile temel yapı doktrininin "muğlaklık" özelliğini tamamen ortadan kalkmadığı görülmektedir. Hatta bu ifade dolayısıyla 7B maddesi geniş yorumlandığında tüm Anayasa'nın değiştirilemez hale gelme tehlikesi her zaman olacaktır.

Sonuç olarak 7B maddesi ile Bangladeş Anayasası'na açıkça bir değiştirilemezlik hükmü getirilmiştir. Bangladeş Yüksek Mahkemesi, ileride anayasa değişikliklerinin geçerliliğinin denetimi söz konusu olduğunda bu maddeyi dikkate almak zorundadır. Başka bir deyişle, 7B maddesi Anayasa'da var olduğu sürece anayasa değişikliklerinin geçerliliğinin belirlenmesinde Mahkeme için önem arz etmeye devam edecektir.

| YAZAR BEYANI                       |  |
|------------------------------------|--|
| Mali Destek/ Teşekkür Beyanı:      | Bulunmamaktadır.   |
| Yazarların Katkıları               | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.                                  |
| Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| Etik Kurul Onayı:                  | Gerekmemektedir.   |



## KAYNAKÇA

Ahmed, Kawser. "Misreading or Leapfrogging? SC's Power to Review Constitutional Amendment", *The Daily Star (Dhaka)*, 22 August 2017. (Erişim Tarihi:13.07.2024). <https://www.thedailystar.net/law-our-rights/scs-power-review-constitutional-amendment-1452340>.

Ahmed, Kawser. "What is Actually the Basic Feature Doctrine?". *The Daily Star (Dhaka)*. 5 June 2018. 15. (Erişim Tarihi:14.07.2024). <https://www.thedailystar.net/law-our-rights/what-actually-the-basic-feature-doctrine-1586476>.

Ahmed, Kawser. "Revisiting Judicial Review of Constitutional Amendments in Bangladesh: Article 7B, the Asaduzzaman Case, and the Fall of the Basic Structure Doctrine". *Israel Law Review*. 56(2023): 263-287.

Ahmed, Nafiz. "The Intrinsically Uncertain Doctrine of Basic Structure". *Washington University Jurisprudence Review*. 14/2(2022):307-340.

Albert, Richard. "Nonconstitutional Amendments". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 22/1(2009): 5-47.

Albert, Richard. "Constitutional Handcuffs". *Arizona State Law Journal*. 42(2010): 664-715.

Albert, Richard. "The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules". *McGill Law Journal*. 59/2(2013): 225-281.

Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım*. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Barak, Aharon. "Unconstitutional Constitutional Amendments". *Israel Law Review*. 44/3(2011): 321-341.

Batum, Süheyl. *Anayasa ve İnsan*. 99 Soruda Çağdaş Anayasa. 3. Baskı. İstanbul: Cumhuriyet Kitapları, 2011.

Carlos, Bernal. "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine". *International J of Constitutional Law*. 11/2(2013): 339-357.

Colón-Ríos, Joel. "Beyond Parliamentary Sovereignty and Judicial Supremacy: The Doctrine of Implicit Limits to Constitutional Reform in Latin America". *Victoria University Wellington Law Review*. 44(2013): 521-534.

Dixon, Rosalind and Landau, David. "Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment". *International Journal of Constitutional Law*. 13/3(2015): 606-638.

Doğru, Ceren. *Sınırötesi Anayasacılık Bağlamında Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi (Türkiye Çözümü)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

Friedman, Andrew. "Dead Hand Constitutionalism: Honduras and the Danger of Eternity Clauses in New Democracies". *Mexican Law Review*. 4/1(2011): 77-96.

Gözler, Kemal. *Judicial Review of Constitutional Amendments*. Bursa: Ekin Press, 2008.

Gözler, Kemal. *Kurucu İktidar*. 2. Baskı. Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2016.

Güner Yaşar, Gizem. *Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

Halmai, Gabor. "Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?". *Constellations*. 19/2(2012): 182-203.

Hein, Michael. "The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe". *İçinde Court, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and the Judiciary*, Ed. Martin Belov. Routledge, 2019.

Hein, Michael. "Do Constitutional Entrenchment Clauses Matter? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe". *International Journal of Constitutional Law*. 18/1(2020): 78-110.

Hoque, Ridwanul. "Eternal Provisions in the Constitution of Bangladesh: A Constitution Once and for All" *İçinde An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*. Eds. Richard Albert and Bertil Emrah Oder, Springer, 2018.

Hoque, Ridwanul. "The Politics of Unconstitutional Amendments in Bangladesh", *İçinde The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia*. Eds. Rehan Abeyratne and Ngoc Son Bui. Routledge, 2022.

Hossain, Muzammel. "21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü: Bangladeş Perspektifi". *Anayasa Yargısı*. 2(2012): 53-72.

Jacobsohn, Gary Jeffrey. "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective", *International Journal Of Constitutional Law*. 4/3(2006): 460-487.

Jacobsohn, Gary Jeffrey. "The Formation of Constitutional Identities", *Çinde Comparative Constitutional Law*. Eds. Ginsburg Tom, Dixon Rosalind, Edward Elgar Publishing, 2011.

Kamal, Mustafa. *Bangladesh Constitutions: Trends and Issues*. University of Dhaka, 1994.

Köybaşı, Serkan. "Anayasalarda Değişmezlik Değişmez Maddele-  
rin Teorisi ve Pratiği", *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Galatasaray Üni-  
versitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013.

Landau, David. "Abusive Constitutionalism". *University of Cali-  
fornia. Davis Law Review*. 47(2013): 189-260.

Lima, Jairo and Andrea Celemín, "Unconstitutional Constitutional  
Amendments: A Comparative Analysis Between Brazil and Colombia".  
*Aspectos Políticos e Históricos do Constitucionalismo*. 3(2019): 123-133.

Mazzone, Jason. "Unamendments". *Iowa Law Review*. 90/5(2005):  
1747-1855.

Mendes, Hubner. "Judicial Review of Constitutional Amendments  
in the Brazilian Supreme Court". *Florida Journal of International Law*.  
17/3(2005): 449-462.

Murphy, Walter, F. "Merlin's Memory: The Past and Future Im-  
perfect of the Once and Future Policy", *Çinde Responding to Imper-  
fection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Ed.  
Sanford Levinson, (Princeton University Press, 1995).

Neo, Jaclyn L. "A Contextual Approach to Unconstitutional Consti-  
tutional Amendments: Judicial Power and the Basic Structure Doctri-  
ne in Malaysia". *Asian Journal of Comparative Law*. 15/1(2020): 69-  
94.

Pfersman, Otto. "Unconstitutional Constitutional Amendments: A  
Normativist Approach". *Zeitschrift für öffentliches Recht (ZÖR)*.  
67(2012): 81-113.

Preuss, Ulrich K. "The Implications of Eternity Clauses: The Ger-  
man Experience". *Israel Law Review*. 44/3(2011): 429-448.

Roznai, Yaniv. “Unconstitutional Constitutional Amendments— the Migration and Success of a Constitutional Idea”. *American Journal of Comparative Law*. 61 (2013): 657-719.

Roznai, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. Oxford University Press, 2017.

Stith, Richard. “Unconstitutional Constitutional Amendments: The Extraordinary Power of Nepal’s Supreme Court”. *American University International Law Review*. 11/1(1996): 47-77.

Tehami, Isfar. “A Critical Analysis of the Impacts of Article 7B of the Constitution Over Constitutionalism in Bangladesh”. (5 July 2023). 29. (Erişim Tarihi: 15.07.2024), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4656048](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4656048).

Turhan, Mehmet. “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”. *AÜHFD*. 33/1-4(1976): 63-104.

Vinx, Lars. “Carl Schmitt and the Problem of Constitutional Guardianship”. İçinde *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt*. eds. Matilda Arvidsson, Leila Brännström and Panu Minkkinen. Routledge, 1995.

Vinx, Lars. *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge University Press, 1995.

Yap, Po Jen. “Conundrum of Unconstitutional Constitutional Amendments”. *Global Constitutionalism*. 4/1(2015): 114-136.

### **Mahkeme Kararları**

Bangladeş Yüksek Mahkemesi, Abdul Mannan Khan v Bangladesh [2012] 64 DLR (AD) 169.

Bangladeş Yüksek Mahkemesi, Anwar Hossain Chowdhury and Others v Bangladesh [1989] BLD (SPL) 1. (Anwar Hossain Chowdhury Davası). (Erişim Tarihi:12.07.2024), <https://betterjustice.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/03/1989-bld-spl-1-8th-amendment-judgment.pdf>.

Bangladeş Yüksek Mahkemesi, Bangladesh v Asaduzzaman Siddiqui (2017) CLR (AD) (Spl) 1, (Asaduzzaman Davası), (Erişim Tarihi: 17.07.2024), [https://supremecourt.gov.bd/resources/documents/783957\\_WP9989of2014.pdf](https://supremecourt.gov.bd/resources/documents/783957_WP9989of2014.pdf).

Bangladeş Yüksek Mahkemesi, Bangladesh Italian Marble Works Ltd v Bangladesh [2010] 62 DLR (HCD), 70.

Bangladeş Yüksek Mahkemesi, Siddique Ahmed v Bangladesh [2011] 63 DLR (HCD) 565.

Hindistan Yüksek Mahkemesi, Golak Nath v. State of Punjab, 1967 AIR 1643, 1967 SCR (2).

Hindistan Yüksek Mahkemesi, Kesavananda Bharti Sripadagalvaru v State of Kerala (1973) SCR 000.

Hindistan Yüksek Mahkemesi, Minerva Mills v Union of India 1980 AIR 1789, 1981 SCR (1) 206.

Hindistan Yüksek Mahkemesi. Union of India v. K. M. Shankarappa, (2001) 4 LRI 903.

Hindistan Yüksek Mahkemesi. Election Commission of India v. Ashok Kumar, (2000) 3 LRI 1042.

Hindistan Yüksek Mahkemesi. State of Bihar v. Bal Mukund Sah, (2000) 2 LRI 471.

Hindistan Yüksek Mahkemesi. Mohd Chaman v. State (N.C.T. of Delhi), (2000)11 LRIU 1.

Hindistan Yüksek Mahkemesi. Raghunathrao Ganpatrao Etc. Etc vs Union Of India on 4 February, 1993.

Türk Anayasa Mahkemesi. E. 1963/173, K. 1965/40, K.T. 26.09.1965.