

# ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

## Hukuk Fakültesi Dergisi



---

**CİLT: XXII SAYI: 3 – 4 ARALIK 2018**

---

**KAMU HUKUKU** ♦ YAŞAR, Alman Ceza Hukukunda Bir Emniyet Tedbiri Türü Olarak Güvenlik Amaçlı Müşahede Altında Tutma ♦ KAYA, Bazı Kamu Hukuku İşlem ve Kararlarının Bireysel Başvuru Konusu Açısından İncelenmesi ♦ BABAYİĞİT, İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda Kazf Suçu ♦ ÇELİK, Geçmişten Günümüze Egemenlik Kavramı ve Değişen Egemenlik Anlayışı.

**ÖZEL HUKUK** ♦ YILDIZ/ÖZBAY/ÖZBEK, Limited Şirketler Hukukunda Ayrılma Akçesi Konusunda Tahkime Başvurulması ve Konu Hakkında Verilen Hakem Kararlarının İcrasına İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar ♦ ÖZER, İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Oluşturma Yükümlülüğü ♦ ALİHOCAGİL, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Raporunun Hazırlanması ve Bilirkişi Raporuna İtiraz.

**ERZİNCAN – 2018**



**ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

---

II

**ERZİNCAN BİNALİ  
YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**CİLT: XXII SAYI: 3-4 YIL: 2018**

**ARALIK – 2018  
ERZİNCAN**

**SAHİBİ**

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof. Dr. Cem BAYGIN

**SORUMLU MÜDÜR**

Yılmaz ÖZKER

**DİZGİ VE MİZANPAJ**

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR

<b>İLETİŞİM ADRESİ:</b>  ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ  24078 / ERZİNCAN	<b>TLF</b> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 <b>FAKS</b> : +90 446 225 17 45 <b>E-MAIL</b> : erchukuk@erzincan.edu.tr <b>WEB</b> : www.erzincan.edu.tr/hukuk
--	---

**Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**  
yılda iki kez yayımlanan ve TÜBİTAK ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ  
ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanına kabul edilmiş  
hakemli bir dergidir.

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

Derginin eski ismi, “Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”dir.

**Basım Yeri:** Doğu Cilttevi Dijital Baskı Merkezi, İnönü Mahallesi 14  
Sokak No: 8 / ERZİNCAN

**Basım Tarihi:** Aralık - 2018

## YAYIN İLKELERİ

---

1. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin Türkçe – İngilizce özetleri (50-150 kelime), anahtar kelimeleri ve kaynakçası bulunmalıdır. Makalenin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı iki hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden “düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir” şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

**DANIŞMA KURULU**

---

**Prof.Dr. Nihat BULUT**

İstanbul Őehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Murat DOĞAN**

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN**

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Celal GÖLE**

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Rona SEROZAN**

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## YAYIN KOMİSYONU

---

Prof. Dr. Cem BAYGIN  
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ  
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER  
Prof. Dr. Şafak NARBAY  
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR  
Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI

## EDİTÖRLER

---

Prof. Dr. Cem BAYGIN  
(e-mail: cembaygin@yahoo.de)  
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

## DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

---

Prof.Dr. Cem BAYGIN, Prof.Dr. Sururi AKTAŞ, Prof.Dr. Ayhan DÖNER, Prof.Dr. Şafak NARBAY, Prof.Dr. İbrahim ÖZBAY, Prof. Dr. M. Emin RUHL, Dr. Öğr. Üyesi Alpaslan AKARTEPE, Dr. Öğr. Üyesi Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR, Dr. Öğr. Üyesi Tuğba ÇİFTÇİ, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ, Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU, Dr. Öğr. Üyesi Şengül AL KILIÇ, Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI, Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR, Dr. Öğr. Üyesi Hatice Duygu ÖZER, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet SAYDAM, Dr. Öğr. Üyesi Melih SÖNMEZ, Dr. Öğr. Üyesi Eda ŞAHİN ŞENGÜL, Dr. Öğr. Üyesi Ayhan UÇAR, Dr. Öğr. Görevlisi Ercan YAŞAR, Dr. Öğr. Görevlisi Esra ÜSTÜN YILDIZ, Arş.Gör.Dr. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR, Arş.Gör.Dr. Nagehan OKUMUŞ, Arş.Gör.Dr. Emel TEKTEN, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Fuat ALTUNTAŞ, Arş.Gör. M. Necat ARTUKOĞLU, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Arş. Gör. Bedriye Tuğçe BALABAN, Arş. Gör. Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT, Arş. Gör. Fethiye Nur BAŞTÜRK, Arş. Gör. Meltem BULUT, Arş.Gör. Ayşe CEBECİOĞLU, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Yeşim ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Hasan ÇİFTÇİ, Arş. Gör. Zehra GÜNEY, Arş.Gör. Hasan İBA, Arş.Gör. Buğra KESİCİ, Arş.Gör. Erdoğan KESKİN, Arş.Gör. Elif KÖKÜSARI, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş. Gör. Damla Özden ÇELT, Arş. Gör. Nurten ÖZTÜRK, Arş. Gör. Mahmut POLAT, Arş.Gör. Vildan SEZİŞLİ, Arş. Gör. Nuray SÜMER, Arş.Gör. Münevver TEMİR, Arş.Gör. Sercan TOKDEMİR, Arş. Gör.Ogün USTA, Arş.Gör. Murat UYUMAZ, Arş.Gör. Gözde ÜLKER, Arş.Gör. Ömer ÜNLÜ, Arş.Gör. Elif Banu VARLI, Arş.Gör. Muhammet Enes YILDIZ, Arş.Gör. Arzu YILMAZ.



## İÇİNDEKİLER

### KAMU HUKUKU

**Öğr. Gör. Dr. Ercan YAŞAR**

Alman Ceza Hukukunda Bir Emniyet Tedbiri Türü Olarak Güvenlik Amaçlı Müşahede Altında Tutma ..... 263 – 288

**Öğr. Gör. Seyithan KAYA**

Bazı Kamu Hukuku İşlem ve Kararlarının Bireysel Başvuru Konusu Açısından İncelenmesi ..... 289 – 312

**Arş. Gör. Beşir BABAYİĞİT**

İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda Kazf Suçu ..... 313 – 392

**Arş. Gör. Yeşim ÇELİK**

Geçmişten Günümüze Egemenlik Kavramı ve Değişen Egemenlik Anlayışı ..... 393 – 441

### ÖZEL HUKUK

**Prof. Dr. Şükrü YILDIZ/Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY/Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK**

Limited Şirketler Hukukunda Ayrılma Akçesi Konusunda Tahkime Başvurulması ve Konu Hakkında Verilen Hakem Kararlarının İcrasına İlişkin Bazı Hukukî Sorunlar ..... 445 – 487

**Dr. Öğr. Üyesi Hatice Duygu ÖZER**

İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Oluşturma Yükümlülüğü ..... 489 – 546

**Arş. Gör. Ömer Buğra ALİHOCAGİL**

Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Raporunun Hazırlanması ve Bilirkişi Raporuna İtiraz ..... 547 – 588

## VIII

# CONTENTS

### **Lecturer Dr. Ercan YAŞAR**

Incapacitation Order as one of the Measures of Correction and Prevention  
in German Criminal Law ..... 263 – 288

### **Lecturer Seyithan KAYA**

Examination of Some Public Law Transactions and Decisions in Terms of  
individual Application ..... 289 – 312

### **Research Asst. Beşir BABAYİĞİT**

Kazf (False Accusation of Fornication Without Evidence) Crime in The  
Islamic and Ottoman Penal Law ..... 313 – 392

### **Research Asst. Yeşim ÇELİK**

Concept of Sovereignty from the Past to the Present and Evolution of the  
Sovereignty Understanding ..... 393 – 441

## **ÖZEL HUKUK**

### **Prof. Dr. Şükrü YILDIZ/Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY/Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK**

Appealing to Arbitration on the Matter of the Disconnection Payment in  
the Limited Company Law and Some Legal Issues Related to Execution  
of Arbitral Awards ..... 445 – 487

### **Asst. Prof. Dr. Hatice Duygu ÖZER**

Obligation of Employers' Formation of Occupational Health and Safety  
Committees ..... 489 – 546

### **Research Asst. Ömer Buğra ALİHOCAGİL**

Preparation of Expert Report and Appeal to Expert Report in Civil  
Procedure Law ..... 547 – 588

**Kamu Hukuku**

---



# ALMAN CEZA HUKUKUNDA BİR EMNİYET TEDBİRİ TÜRÜ OLARAK GÜVENLİK AMAÇLI MÜŞAHEDE ALTINDA TUTMA<sup>1</sup>

Öğr. Gör. Dr. Ercan YAŞAR\*

## Özet

Alman Ceza Kanunu da Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi yaptırım olarak cezaların yanı sıra güvenlik (emniyet) tedbirlerine de yer vermiştir.<sup>2</sup> Bu güvenlik tedbirlerinden biri de Türk Ceza Kanunu'nda benzeri olmayan güvenlik amaçlı müşahede altında tutma (Sicherungsverwahrung) tedbiridir. Bu çalışma ile söz konusu güvenlik tedbiri kurumunun ortaya çıkma sürecine değinilip şartlarının neler olduğu ortaya konulacaktır. Son olarak mevcut Alman ceza hukuku sisteminde izlenen suç teorileri ve suç politikaları ile bu kurumun ne derece bağdaştığı (meşruiyeti) ve en nihayetinde Türk ceza hukuku sistemi bağlamında böylesi bir güvenlik tedbirinin gerekli olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Güvenlik amaçlı müşahede altında tutma, Güvenlik tedbirleri, Sicherungsverwahrung, Alman ceza hukuku

---

<sup>1</sup> *Sicherungsverwahrung* kavramı daha önce *Temel* tarafından “Güvenlik amaçlı hürriyeti kısıtlayıcı emniyet tedbiri” olarak Türkçeye çevrilmiş. Bkz. *Rosenau*, *Jakobs*'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı, Çev. *Temel*, Erhan, in AÜHFD 2008, S. 391 vd. Keza *Kıyğı*, Almanca-Türkçe Sözlük'te de “Emniyet tedbiri olarak müşahede altında tutma” şeklinde Türkçeye çevirmiştir. *Sicherungsverwahrung* kavramını “güvenlik amaçlı hürriyeti kısıtlama” yahut “güvenlik amaçlı hürriyeti kısıtlayıcı emniyet tedbiri” olarak çevirmek mümkün. Ancak bu kavramların kullanımı durumunda bu kavramların CMK madde 90 ve devamında yer alan “yakalama”, “gözaltı” yahut “tutuklama” müesseseleri ile karışması muhtemeldir. Dolayısıyla *Sicherung* (güvenlik) ve *Verwahrung* (özenle muhafaza etme) kavramlarını da tam olarak karşılayan “güvenlik amaçlı müşahede altında tutma” kavramını kullanmak daha uygun olacaktır.

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Geliş Tarihi: 06/11/2018 / Makale Kabul Tarihi: 14/12/2018

<sup>2</sup> Alman Ceza Kanunu 61 ila 72. maddeleri arasında bu iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine yer vermiştir.

### Abstract

As the Turkish criminal law the German criminal law has also measures of correction and prevention (Maßregel der Besserung und Sicherung). But unlike the Turkish criminal law the German criminal law enacted the post-sentence preventive detention (Sicherungsverwahrung) as one of those measures of correction and prevention. The main goal of this article is firstly to illustrate the historical development of this law-institute and to describe the conditions of its applications for lawsuits and also whether the Turkish criminal law system needs such an institution in order to reach its preventive aim and preserve the public against habitual and/or dangerous offenders. Hereinafter the compatibility of a such institution with current German law system is going to be discussed, which is having a prevention policy to preserve but on the other hand the principles of sentencing, which requires adequate sentencing based of the guilt of the offenders.

**Keywords:** Incapacitation order, Measures of correction and prevention, German criminal law

### I. Giriş

Alman Ceza Kanunu da Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi yaptırım olarak cezaların yanı sıra güvenlik (emniyet) tedbirlerine yer vermiştir.<sup>3</sup> Bu güvenlik tedbirlerinden biri de Türk Ceza Kanunu'nda benzeri olmayan güvenlik amaçlı müşahede altında tutma (Sicherungsverwahrung) tedbidir.<sup>4</sup> Bu güvenlik tedbiri ceza hukukuna yüklenen “önleme / önleyici ceza hukuku” fonksiyonunun bir tezahürüdür.<sup>5</sup> Güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbiri kısaca *mükerrer suçlu (mükerrir)*<sup>6</sup>, kronik suçlu yahut tehlikeli suçlu diye nitelendirebileceğimiz kişilere uygulanan hürriyeti bağlayıcı bir

<sup>3</sup> Alman Ceza Kanunu 61 ila 72. maddeleri arasında bu iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine yer vermiştir.

<sup>4</sup> Benzer tedbirlere Fransız ve Çek Cumhuriyeti uygulamalarında rastlanılmaktadır. Bkz. *Dessecker*, *Geschichte und Symbolik der Sicherungsverwahrung*, S. 50.

<sup>5</sup> Krş. *Susamcı*, *Sicherungsverwahrung aus hegelianischer Perspektive*, S. 1.

<sup>6</sup> Alman hukukunda bu kavrama karşılık olarak *Gewohnheitsverbrecher* terimi kullanılmaktadır. Bu daha çok suç işlemeyi adet haline getirme olarak çevrilebilir. Ancak bunu *mükerrer suçlu* yahut *kronik suçlu* olarak çevirmek de mümkündür. *Liszt*, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882), S. 44.

tedbirdir.<sup>7</sup> Alman Ceza Kanunu (bundan sonra ACK diye kısaltılacaktır) madde 66'da bu güvenlik tedbirini düzenleme altına almıştır. Alman uygulamasında, bu tedbirin şartlarına ve uygulama bulduğu alanlara girmeden önce okuyucuya kolaylık sağlamak için bu güvenlik tedbirinin tarihçesine kısaca değinmemiz gerekmektedir.

## II. Tarihçe

Bilindiği üzere ceza kanunlarının ortaya çıktığı ilk dönemlerde daha çok işlediği haksız fiile kefarete olarak suç işleyen kişiyi cezalandırma, daha doğrusu faile fiiliyle eşdeğer (kısas vb.) bir karşılık verme amaçlanmıştır.<sup>8</sup> Mutlak ceza teorileri olarak bilinen adalet ve kefarete teorilerinde faile ceza vermek, faili ıslah etme vs. amaçlar taşıyan bir araç değil aksine başlı başına amaçtır.<sup>9</sup> Dolayısıyla cezanın infazından herhangi bir yarar yahut netice beklenmemelidir; zira, nihai amaç cezanın kendisidir.<sup>10</sup> Salt mutlak ceza teorilerinin kabulü halinde ceza yerine başkaca bir tedbire, yani güvenlik tedbirlerine hükmetmek mümkün olmayacaktır. Ancak daha sonra nisbi ceza teorileri sayesinde hümanizm ilkesinin de etkisiyle kısas usulleri terk edilmiş; bilhassa klasik görüşün 18. yüzyılın sonlarında yaygın kabul görmesiyle birlikte —akabinde gelen pozitivist görüşün de etkisiyle— ceza normlarına yeni

---

<sup>7</sup> Alman Ceza Kanunundaki bu düzenleme bizdeki TCK m. 58'de düzenlenen özel tehlikeli suçlara benziyor gibi görünse de aslında bizdeki özel tehlikeli suçlar kavramı ACK'daki bu kavrama karşılık gelmiyor. Zira bizdeki özel tehlikeli suçlu her ne kadar kendi içinde itiyadi suçlu (kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişi TCK m. 6), Suçu meslek edinen kişi (kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya çalışan kişi TCK m. 6) ve örgüt mensubu suçlu (örgüt adına hareket edip suç işleyen kişi TCK m. 6), diye ayrılrsa da ACK'da ne itiyadi suçludaki gibi bir yıl içinde işlenmesi şartı, ne de gelirini oradan elde etme yahut örgüt adına hareket etme şartı bulunmaktadır. Ancak daha çok bizdeki tekerür haline benzemekte olup mahkûmiyet aranmaktadır. Krş. *Özbek/Bacaksız*, TCK İzmir Şerhi, madde 58, S. 915 vd.

<sup>8</sup> *Heinrich*, Ceza Hukuku GK I, Editör Yener Ünver, 1. Bası, S. 10 vd.

<sup>9</sup> *Artuk/Gökçen*, Ceza Hukuku, S. 767.; *Özgenç* kefarete kavramını Türk ceza hukuku doktrininde kabul gören anlamının dışında bir anlayışla tanımlamakta ve kefareti kişinin işlediği suçtan dolayı kusurunun örtülmesi, daha doğru bir ifadeyle kişinin resosyalize edilmesi olarak nitelendirmektedir. Bkz. *Özgenç*, Türk Ceza Hukuku GH, 13. Bası, S. 34.

<sup>10</sup> *Artuk/Gökçen*, Ceza Hukuku, S. 767.

amaçlar yüklenmiştir.<sup>11</sup> Artık faile verilen cezada geçmiş fiiline karşılık vermek tek amaç olmaktan çıkıp ceza bireyin ve/veya toplumun ıslahına hizmet eden bir araca dönüşmüştür.<sup>12</sup> Böylece faile işlediği fiilin karşılığında bir yaptırım uygulamanın yanı sıra suçlulukla mücadele de ceza hukukunun amaçları arasında yer almaya başlamıştır. Bu suçlulukla mücadelede aydınlanma çağından bu yana genel önleme (*Feuerbach*), özel önleme (v. *Liszt*) ve karma (bugün baskın olan görüş) teorileriyle şekillenmeye başlamıştır.<sup>13</sup> İşte tüm bu gelişmeler ışığında ceza kanunlarında suçlulukla mücadele, suç işlemiş olanların tekrardan topluma kazandırılması ve güvenli bir toplum oluşturma düşünceleriyle güvenlik tedbirlerine yer verilmeye başlanmıştır.

Bazı durumlarda kişi hürriyetini kısıtlamaya kadar gidebilen güvenlik tedbirlerinde, her ne kadar şahıs için bir acı yahut ıstırap söz konusu olsa da özde güvenlik tedbirlerinin amacı bireye bir şeyi ödetirme (kefaret) yahut acı çektirme değildir, bu acı ve ıstırap olsa olsa güvenlik tedbirinin kaçınılmaz bir etkisidir.<sup>14</sup> İşte bu güvenlik tedbirlerinden biri olan güvenlik amaçlı müşahede altında tutma ise Alman hukukunda ilk olarak Nazi Almanya'sı döneminde kanunlaşmıştır.<sup>15</sup> “*Tehlikeli Mükerrer suçlulara Karşı Kanun ve İyileştirme ve Güvenlik Tedbirleri Hakkında Kanun*” adıyla 24 Kasım 1933 yılında yayınlanıp Ocak 1934 itibarıyla yürürlüğe girmiştir.<sup>16</sup> Söz konusu kanunun 42. maddesinin e bendine göre “*bir kimse hakkında 20a maddesine göre tehlikeli mükerrer suçlu hükmüne varılırsa, bu durumda — eğer kamu güvenliği de bunu zorunlu kılıyorsa — mahkeme cezanın yanı sıra güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine de hükmeder*”. Politik amaçlar doğrultusunda keyfi kullanılmaya müsait bu ceza hukuku kurumu da Nazi Almanya'sı döneminden payına düşeni

<sup>11</sup> Artuk/Gökçen, Ceza Hukuku, S. 10, 28 vd., 36 vd., 69.

<sup>12</sup> Artuk/Gökçen, Ceza Hukuku, S. 769.; Bu konu için *Maden'in* bütüncül teori diye nitelendirdiği karma teori hakkındaki bilgilere aydınlatıcı olacaktır. Bkz. *Maden, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar*, S. 6, 57 vd.

<sup>13</sup> *Heinrich*, Ceza Hukuku GK I, Editör Yener Ünver, 1. Bası, S. 10 vd.

<sup>14</sup> Artuk, Güvenlik Tedbirleri, s. 473.

<sup>15</sup> *Susamcı*, Sicherungsverwahrung aus hegelianischer Perspektive, S. 1; RGBI I. S. 995 (Reichsgesetzblatt/Resmi Gazete).

<sup>16</sup> RGBI I. S. 995 (Reichsgesetzblatt/Resmi Gazete).



almıştır.<sup>17</sup> Bu dönem Alman uygulaması aydınlanma dönemi düşüncelerinden uzaklaşıp aydınlanma dönemi kazanımlarından olan liberal ve bireyin özgürlüklerini savunan düşünceleri terk edip onun yerine bireyi yok sayan, sadece toplumu ve devleti kutsayan düşünceyi ceza hukukuna dayatmıştır.<sup>18</sup> Bu doğrultuda Nazi Almanya'sı o günlerde güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirini mükerrer suçlulara uygulamaktan kaçınmamış ve fiile değil faile, daha doğrusu failin kötü/tehlikeli karakterine yaptırım uygulamıştır.<sup>19</sup> Böylece bireyin özgürlüklerini toplum ve devlet menfaatleri karşısında daha az korumaya değer görmüş ve toplum ve devlet için bireyin bu özgürlüklerini kimi zaman meşru sınırı aşacak derecede kısıtlama yolunu seçmiştir. Ancak vurgulamak gerekir ki bu güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbiri fikri, Nazi Almanya'sına has bir düşünce değildir.<sup>20</sup> Aksine 17. Yüzyıldan beri doktrinde dile getirilen ve tartışılan bir konu olup Nazi Almanya'sı sonrasında da Batı Almanya'da yürürlükte kalmış ve bugün de hâlâ yürürlükte kalmaya devam etmektedir.<sup>21</sup>

### III. Mükerrer Suçlular ile Mücadelede Uygulama Bulan Yöntemler

Mükerrer suçluların tekrardan suç işlemelerini önlemek ve toplumu bu potansiyel suçlu görünen suçlulara karşı korumak için hukuk düzenleri çeşitli yöntemler belirlemişlerdir. Bunlardan en çok uygulananları şu üç kategoride sıralayabiliriz:

- Mükerrer suçluya karşı verilecek cezada artırımı gitme

---

17 Ayrıntılı bilgi için bkz. *Dessecker, Geschichte und Symbolik der Sicherungsverwahrung*, S. 50.

18 *Yaşar, Das Gesetzlichkeitsprinzip*, S. 27 vd.

19 *Susamcı, Sicherungsverwahrung aus hegelianischer Perspektive*, S. 2.

20 *Krahl, Sicherungsverwahrung*, S. 310.

21 İkinci Dünya Savaşı'nın akabinde kurulan Doğu Almanya'da (Demokratik Alman Cumhuriyeti) bu tedbire şu gerekçeyle yer verilmemiştir: Faşist düzene düşüncesi neticesinde ortaya çıkmış bir suçlu tiplemesine artık bu yeni ceza hukuku düzeninde ihtiyaç kalmamıştır. Nitekim doğu-batı Almanya birleşmesi sürecine kadar da bu müesseseye yer verilmemiştir. Ancak kimi yazarlar haklı olarak Doğu-Almanya'daki katı cezalandırmanın ve yüksek cezaların bu suçlulara zaten yeterince uygulandığını dolayısıyla ayrıca bir müşahede altında tutma gibi bir tedbire imkân kalmadığını belirtmektedirler. Bkz. *Dessecker, Geschichte und Symbolik der Sicherungsverwahrung*, S. 51.

- Cezaya ek olarak yahut hiç ceza vermeden ceza yerine, suç işlenmesinin önlenmesi için tedbirler alma ve mükerrer suçluyu rehabilite etme

- Bu durumu cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate almayıp yalnızca infaz aşamasında mükerrer suçluyu özel bir infaz rejimine tabi tutma.<sup>22</sup>

Mükerrer suçluya verilecek cezada artırımı gitme usulü 765 sayılı mülga Ceza Kanunumuzun 81. maddesinde düzenlenmişti. Buna göre “Bir kimse beş seneden ziyade müddetle bir mahkûmiyete uğradıktan sonra cezasını çektiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren on sene ve diğer cezalarda beş sene içinde başka bir suç daha işlerse yeni suçta verilecek ceza altıda bire kadar artırılır.

Yeni suç evvelki mahkûmiyete sebep olan suç cinsinden ise hükmedilecek ceza altıda birden üçte bire kadar artırılır.

İkinci suç için tayin edilecek cezaya tekerrürden dolayı zammı lazım gelen miktar, hiç bir suretle evvelki suç için hükmedilmiş olan cezaların en ağırından ziyade olarak tayin olunamaz.

Evvelki veya sonraki suçlardan biri para cezası veya sürgün ve diğeri başka bir ceza olduğu takdirde tekerrürden dolayı yapılacak zam miktarının tayininde 19’uncu veya 40’inci maddelerde yazılı nisbet kaideleri tatbik olunur.“

Benzer bir düzenleme Alman Ceza Kanununda da 1986 yılında yürürlükten kaldırılana kadar uygulama bulmuştur. Buna göre: “Herkim bu kanunun uygulama alanı sınırları içinde en az iki kez kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm olmuş ve bunlardan birinden veya birçoğundan en az üç aylık bir hapis cezasına uğramışsa bunları takip eden yeni kasıtlı bir suç işlemesi halinde, eğer ona suçların türüne ve koşullarına göre onun eski mahkûmiyetlerinin kendisine bir etki etmediği isnat edilebiliyorsa, bu durumda verilecek ceza en az altı ay olmalıdır, meğerki işlenen bu yeni suç altı aydan daha yüksek bir asgari ceza öngörmüş olsun. Kanunda o suç için öngörülmüş olan üst sınır bu durumdan varestedir.

(...)

Daha önce işlenmiş olan suç ile yenisi arasından beş yıl geçmişse artık bu eski suç (cezanın belirlenmesinde) dikkate alınmaz. Failin resmi

<sup>22</sup> Krş. Kinzig, Preventive Measures for Dangerous Recidivists, S. 27.

*makamların kararıyla içeride geçirdiği süre bu beş yıllık sürenin hesaplanmasında dikkate alınmaz.*'<sup>23</sup>

Mükerrer suçluya verilecek cezada tekerrür dolayısıyla artırıma gitme usulü yüzyıllar boyunca uygulama bulmuş<sup>24</sup> ancak artık modern ceza kanunlarında yer almamaktadır.<sup>25</sup> Zira burada tekerrür sebebiyle cezada artırıma gitme failin o suçu işlediği sıradaki kusuru ile bağlantılı olmayıp failin tehlikeliliği ile ilişkili olarak yapılan artırımdır. Oysa ceza hukukunda uygulanacak yaptırımın belirlenmesinde, failin suç esnasındaki kusuru dikkate alınır ve uygulanacak yaptırım kusuru dahilinde belirlenir.<sup>26</sup> Tekerrür halindeki artırımda bu koşul yerine getirilemediğinden ve failin sadece tehlikeliliği dikkate alınıp ceza artırıldığından doktrinde bu artırımın hukuki yerindeliği tartışılmaktaydı.<sup>27</sup> Zikredilen bu sebeplerden dolayı tekerrür dolayısıyla artırım yönteminden bize göre de haklı olarak vazgeçilmeye başlanmıştır.<sup>28</sup> Ancak bir dönem azımsanmayacak sayıda yazar, bu artırımın sebebi failin tehlikeliliği değil aksine *Lebensführungsschuld* dediğimiz failin *yaşamını sürdürmedeki kusurlu halidir*, görüşünü savunmuştur; söz konusu görüşe halen doktrinde rastlamak

23 ACK (eski) madde 48 için bkz. <https://lexetius.com/StGB/48,2> (07.06.18); Krş. Eski TCK m. 81 vd. bilhassa madde 85.

24 *Janssen*, Probleme der Strafzumessung bei Rückfalltätern, in ZRP 1991, Sayı 2, S. 52.

25 Günümüzde tekerrürü cezada artırım sebebi olarak gören hukuk sistemleri için bkz. *Maden*, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, S. 39.

26 *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Türk Ceza Hukuku, GH, 9. B., S. 485.; *Maden*, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, S. 62 vd.; "Die Strafe darf das Mass der Tatschuld nicht überschreiten/ Ceza, fiil esnasındaki kusurun ağırlığını aşamaz" *Stratenwerth*, Der Schuld begriff, S. 223.

27 *Janssen*, Probleme der Strafzumessung bei Rückfalltätern, in ZRP 1991, Sayı 2, S. 52.; *Artuk/Gökçen* de "Tekerrür işlenen suçtan dolayı kusurluluk bakımından bir fark oluşturmaz" diyerek tekerrürün failin kusurluluğunu arttırmayacağını savunmaktadır. Bkz. *Artuk/Gökçen*, Ceza Hukuku, S. 938.; *Üzülmüş* ise şu görüşü savunmaktadır: Tekerrür işlenen son suçun ağırlaştırıcı sebebi olmamakla birlikte (eski TCK'ya binaen) suçlunun cezasını arttırma sebebidir. Tekerrür sonucunda cezada yapılan artırım gerçek kusur cezasıdır, demektedir. Bkz. *Üzülmüş*, Türk Hukukunda Tekerrür, S. 166 vd.

28 Krş. *Hanack*, in Leipziger Kommentar, 11. Bası., § 66, Rn. 4.

mümkündür.<sup>29</sup> Buna göre failin süreklilik arz eden ve onu suç işlemeye iten kusurlu davranışı bu artırım için baz alınmakta ve buradaki kusurlu hali ile orantılı şekilde cezasında artırımı gidilmektedir. İlga teorisini savunanlar ise bu görüşe tamamen zıt bir fikri ileri sürmüşlerdi. Bu bağlamda tekerrür iddia edilenin aksine olsa olsa cezada indirim sebebi olabilirdi, zira tekerrür failde itiyadı doğurur, itiyat ise failde haksızlık bilincini/iradesini zayıflatır bu ise failin irade serbestisini zayıflattığından failin kusur derecesini de indirmektedir.<sup>30</sup> Dolayısıyla kusur azaldıkça ceza da azaltılmalıdır. Nitekim bu teoriye göre tekerrürü ağırlaştırıcı sebep yapmak failin daha önceki fiilini —yahut kötü yaşantısını— dolaylı yoldan da olsa yeniden cezalandırmaktır ki bu da “non bis in idem” kuralına aykırılık teşkil edecektir.<sup>31</sup>

Cezaya ek olarak yahut hiç ceza vermeden ceza yerine, suç işlenmesinin önlenmesi için tedbirler alma ve mükerrer suçluyu rehabilite etme hallerinde failin cezasında herhangi bir artırımı gidilmeden ancak ceza yerine yahut cezanın yanı sıra faili iyileştirici yahut toplumu koruyucu tedbirler alma söz konusudur. Modern ceza kanunlarının hemen hemen hepsinde güvenlik tedbirleri ile ulaşılmak istenen amaç bu olduğu için, söz konusu amaca hizmet eden birçok güvenlik tedbirine yer verilmektedir.

Son olarak bizim de Ceza Kanunumuzda 2005 sonrasındaki düzenleme ile gelen metot olan ve tekerrürü cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate almayı, yalnızca infaz aşamasında mükerrer suçluyu özel bir infaz rejimine tabi tutma usulü, modern ceza hukuk sistemi uygulamalarında karşımıza çıkmaktadır. Dikkat edilecek olursa, gerek Alman kanun koyucusunun tekerrüre bakışı gerekse Türk hukuk gelişimi aynı yönde ilerlemiş olup tekerrürü mükerrer suçlunun cezasını arttıran bir kurum olmaktan çıkarmış ve daha çok cezanın infazı aşamasında yahut sonrasında alınacak tedbirlerde belirleyici olan bir faktöre dönüştürmüştür.<sup>32</sup> Yine belirtmek gerekir ki, ceza kanunumuzun öngördüğü sistemde failin geleceğe dönük olarak toplum için tehlike arz

<sup>29</sup> Bu görüşü savunanlar ve detaylı bilgi için bkz. *Hanack*, in *Leipziger Kommentar*, 11. Bası., § 66, Rn. 8 vd.

<sup>30</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Üzülmez*, *Türk Hukukunda Tekerrür*, S. 171.; *Artuk/Gökçen*, *Ceza Hukuku*, S. 941.

<sup>31</sup> *Üzülmez*, *Türk Hukukunda Tekerrür*, S. 171 vd.

<sup>32</sup> TCK m. 58; ACK m. 61, 66, 66a, 66b, 66c.

ediyor olması, kısacası failin tehlikeliliği bazı yazarlarca savunulmasının aksine cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaz.<sup>33</sup> Cezanın alt ve üst sınırlarının geniş tutulması ve hâkime takdir yetkisinin verilmiş olması kanaatimizce yalnızca faile kusuru ile orantılı ceza verilmesini olanaklı kılmak içindir.<sup>34</sup> Tehlikeli suçluların tehlikeliliğini dikkate alıp ceza vermenin hukuki bir zemini olmadığından (kusur ilkesi ile bağdaşmadığından) Alman ceza hukuku bu kişilerin tehlikeliliği halinde onlar hakkında güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine başvurmaktadır. Bu tedbirin adı her ne kadar güvenlik tedbiri olsa da, doğurduğu sonuçlar fail için cezaya tekabül ettiği için (ceza ile aynı sonuçlar doğurduğunda) hukuki niteliği ve kusur ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmadığı tartışmalıdır. Bu kısım aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

#### IV. Güvenlik Amaçlı Müşahede Altında Tutma Tedbiri

##### A. Güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirinin amacı

Alman ceza hukukunda güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine gitmek en son çare olarak düşünülmüş olup, ancak başkaca ıslah edici tedbirin ve güvenlik tedbirinin yanıt vermeyecek olması halinde başvurulabilmektedir.<sup>35</sup> Faile başkaca ceza hukuku mekanizmasının etki etmeyeceği ve failin toplum için oluşturduğu tehlikenin başkaca bir yöntemle bertaraf edilemeyeceği konusunda ikna olan hâkim yahut mahkeme bu güvenlik tedbirine başvuracaktır. Burada amaçlanan failin bu tehlikeli halinin topluma daha çok zarar vermesinin önüne geçmektir.<sup>36</sup> Mahkûmun hakkında hükmedilen ceza infaz edilmekteyken, mahkûmun davranış ve ruh hali onun kasıtlı fiiller işleyeceği kanaatini oluşturmuşsa mahkeme bu kişinin topluma verebileceği zararları da dikkate alarak bu tedbire hükmetmektedir. Bu şekilde hükümlü bir yandan ıslah edilmeye çalışılmakta ve en nihayetinde onun lehine olan bir çalışma yapılmakta, diğer yandan

33 “Cezaların alt ve üst sınırlarının geniş tutulması cezanın bireyselleştirilmesini ve failin tehlike haline uygun bir ceza verilmesini (teorik olarak) mümkün kılmaktadır.” Bkz. *Centel/Zafer/Çakmut*, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, S. 542.; *Maden*, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, S. 52 vd., 56.

34 Krş. *Maden*, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, S. 52 vd.

35 *Hanack*, in *Leipziger Kommentar*, 11. Bası., § 66, Rn. 1.

36 *Dessecker*, *Geschichte und Symbolik der Sicherungsverwahrung*, S. 50.

mahkûm infaz bitiminde müşahede altında tutularak, onun topluma tekrar girmesi ve suç işlemesi engellenerek toplumun korunması hedeflenmektedir. Bu tedbirin amacı, tehlikeli olan failin yahut hükümlünün toplumdan uzak tutulması olduğundan failin müşahede altında iken artık toplum için tehlike arz etmediği andan itibaren derhal serbest bırakılması gerekecektir. Zira failin özgürlüğünü kısıtlama sebebi artık ortadan kalkmış olacaktır.

Diğer yandan bu tedbirin amacı, kusur yeteneği olmayan kişilerin değil aksine kusur yeteneği olan ve işlediği fiile binaen uzun bir süre hapis yatmış yahut yatacak olan kişilerin toplumdan uzak tutulmasıdır.<sup>37</sup>

### **B. Güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirinin şartları**

Alman ceza kanununda öngörülen güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmedilme şartları failin işlediği suç tiplerine göre ve toplamda hükmedilen sonuç cezaya bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Aşağıda her birini ayrı ayrı inceleyeceğiz. Ancak 1 Ocak 2011 tarihinde yapılan değişiklikten önce<sup>38</sup> aşağıda ele alacağımız ACK m. 66/1 numara 1'deki durumda güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmedilememekteydi. Bu değişiklikte birlikte failin daha önce en az iki ayrı suçtan ceza almış olması şartı kaldırılmış oldu. Böylece daha önce herhangi bir mahkûmiyeti olmayan failin kanunda öngörülen suçlardan birini işlemiş olması ve bunun en az iki yıl veya daha fazla cezayı gerektirmesi güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirime hükmetmek için yeterli hale geldi. Bu demektir ki güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirinin uygulanabileceği alan böylece (kişi ve suçlar bakımından) genişletilmiş oldu. Böylece yukarıda zikredilen kanun değişikliği ile birlikte güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbiri daha önce suç işlemiş olanlara özgü bir tedbir olmaktan çıkmıştır. Daha önce mükerrirlere uygulanan bu tedbir artık ilk kez suç işleyen tehlikeli suçlulara da uygulanabilir hale gelmiştir.<sup>39</sup>

2011 yılından bu yana bu güvenlik tedbirine ilişkin kanun hükümleri birçok değişikliğe uğramıştır. Bunlardan en önemlisi aşağıda ele

<sup>37</sup> *Dessecker, Geschichte und Symbolik der Sicherungsverwahrung, S. 50.*

<sup>38</sup> Ocak 2011 öncesi metin ve bugüne kadar yapılmış değişiklikler için bkz. <https://lexetius.com/StGB/66,5> (27.10.2018).

<sup>39</sup> *Dessecker, Geschichte und Symbolik der Sicherungsverwahrung, S. 49.*

alacağımız ve AHİM'in de Almanya'yı haksız bulduğu tedbirin aleyhe geriye yürütüldüğü değişikliktir.

### **1. ACK madde 66'nın birinci fıkrasının 1 numaralı bendine göre güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmetme**

“Bir kimse hakkında yaşam hakkına (hayata), vücut dokunulmazlığına, kişi hürriyetine veya cinsel dokunulmazlığa (şahsi cinsel tercihlere) karşı kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilecek olursa, mahkeme fail hakkında cezasının yanı sıra güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmedebilir.”<sup>40</sup>

“Aynı şekilde bu suçlardan olmamakla birlikte, Alman ceza kanununun özel hükümlere ilişkin kitabının birinci<sup>41</sup>, yedinci<sup>42</sup>, yirminci<sup>43</sup> ve yirmi sekizinci<sup>44</sup> kısımlarında yer alan bir suçtan veya (Alman ulusal uluslararası ceza kanununda<sup>45</sup> yer alan yahut uyuşturucu maddelere ilişkin kanunda<sup>46</sup> yer alan bir suçtan yargılanan kimse hakkında söz konusu suç üst sınırı on yıl ve üzeri hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren bir suç olması halinde fail hakkında —iki yıldan az olmayacak hürriyeti bağlayıcı— cezanın yanı sıra güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine de hükümlenabilir.”<sup>47</sup> Fail hakkında zikredilen suçlardan dolayı iki yıldan aşağı bir cezaya hükmedilecekse bu durumda ayrıca güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmedilemeyecektir.

“Fail ACK m. 66/1 numara 1-a ve numara 1-b'ye giren suçlardan birini işlemiş ve bu suçlardan dolayı almış olduğu cezanın yanı sıra hakkında denetimli serbestlik kararı verilmiş ve bu denetim sürecinde denetimli serbestlik şartlarına aykırı davrandı diye hakkında ACK m. 145a'dan yargılama yapılır ve iki yıldan az olmayan bir cezaya mahkûm

---

40 Bkz. ACK m. 66/1 numara 1-a.

41 Barışa yahut vatana ihanet suçları ve demokratik hukuk devletine karşı suçlar.

42 Kamu düzenine karşı suçlar.

43 Yağma ve şantaj suçları.

44 Kamusal tehlike yaratan suçlar.

45 Völkerstrafgesetzbuch.

46 Betäubungsmittelgesetz.

47 Bkz. ACK m. 66/1 numara 1-b.

edilirse hakkında ayrıca güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine de hükmedilebilir”<sup>48</sup>.

Yahut “{f}ail ACK 66/1 numara 1-a ve numara 1-b’ye giren suçlardan birini işlediği esnada kendisini kasten yahut taksirle uyuşturucu bir maddenin tesiri altına soktuğundan dolayı ACK 323a’dan yargılanırsa ve hakkında iki yılda az olmayan bir cezaya hükmedilecekse, mahkeme fail hakkında bunun yanı sıra güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmedebilir”<sup>49</sup>.

Ancak bu fıkrada yer alan şartların sağlanmış olması fail hakkında her halükârda güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine başvurulacağı anlamına gelmez. “Mahkemece failin işlediği suçlar ve kişiliği onun bu psikolojik ve ruhsal yönden mağdurlara ağır derecede zararlar vermiş (veren) suçları bir bağımlılık neticesinde (kronik suç işleme güdüsü) işlediği kanaatinin oluşması ve failin hüküm verilen esnadaki halinin toplum için tehlike arz ettiği düşüncesinin varlığı gerekmektedir”<sup>50</sup>. Mahkeme failde bu bağımlılık düzeyindeki (kronik) suç işleme güdüsünün varlığına ikna olmazsa güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmedemez.

Görüldüğü üzere bu fıkrada öngörülen hallerde güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmedebilmek için failin daha önce bir suç işlemesi şartı ortadan kalkmıştır. Ortaya çıktığı ilk zamanlarda mükerrir failer için hayata geçirilmiş bu güvenlik tedbiri, zamanla kapsamına daha önce suç işlememiş ancak toplum için tehlike arz eden ve dolayısıyla yeniden suç işlemeye meyilli kimseleri de almaya başlamıştır. Bu durum keyfi kullanıma müsait bu normun uygulanabilirlik-alanını genişlettiğinden hukuk devleti ve öngörülebilirlik anlamında hoş karşılanamayacak düzeyde bir gelişmedir.

## **2. ACK madde 66’nın birinci fıkrasının 2 numaralı bendine göre güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmetme**

Bu fıkra kapsamında güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmedebilmek için şüpheli yahut sanığın daha önce işlemiş

---

48 Bkz. ACK 66/1 numara 1-c cümle 1.

49 Bkz. ACK 66/1 numara 1-c cümle 2.

50 ACK m. 66/1 numara 4



olduğu ve suç teşkil eden birden çok fiilinin varlığını aramaktadır.<sup>51</sup> Demek ki, bir kimse hakkında bu güvenlik tedbirine başvurulabilmesi için bu şahsın toplum için tehlike arz ettiğini gösteren ve suç teşkil eden fiillerinin dış dünyada vuku bulması gerekmektedir. Sırf şahsın kişiliği veyahut dış görünüş emareleri bu şahsa bu güvenlik tedbirinin uygulanması için yetmemektedir. Bireyin bizzat birden çok suç işlemiş olması da aranmaktadır. Failin işlediği bu suç veya suçların bu kimsenin toplum için tehlike arz ettiğine kanaat getirecek düzeyde olması ve failin kişiliğinin ve ruhsal (psikolojik) durumunun da bu veyahut benzer suçları yeniden işleyebilecek düzeyde bozuk olması gerekmektedir.<sup>52</sup> Failin bu son işlediği suçtan önce ACK m. 66 fıkra 1 numara 1'de yer alan suçlardan olmak şartıyla en az iki suç işlemiş olması gerekir ve bunlardan her biri için en az bir yıl yahut daha fazla bir cezaya mahkûm edilmiş olması gerekir. Bu suçlardan dolayı verilmiş olan cezanın teşebbüs dolayısıyla mı yahut iştirak dolayısıyla mı yahut hazırlık hareketlerini cezalandıran bir suç dolayısıyla mı verildiğinin bir önemi yoktur; verilmiş cezaların bir yıldan fazla olması yeterlidir.<sup>53</sup> Daha önce işlenen bu suçlardan biri için adli para cezasına hükmedilmiş ancak, para cezası zamanında ödenmediği için, tekrardan hapis cezasına çevrilmişse, çevrilmiş ceza, güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirinin uygulama bulması için yeterli olmaz. Bireyin daha önce işlemiş olduğu iki suçtan doğrudan en az birer yıllık hapis cezasına mahkûm edilmiş olması gerekmektedir. Nitekim bu iki suça ilişkin mahkûmiyet hükmü kesinleşmiş olmalıdır. Demek ki, bu iki suç hakkındaki yargılama devam ederken (daha kesinleşmiş bir karar ortada yokken) yeni bir suç işlenirse, faile bu fıkraya dayanılarak güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbiri cezaya ek olarak verilemeyecektir. Zira bu fıkraya göre söz konusu tedbirin uygulanabilmesinin ön koşulu daha önce kesinleşmiş iki adet bir yılı aşkın mahkûmiyetlerdir.<sup>54</sup>

27 Ağustos 2002 tarihindeki kanun değişikliğinden önce bu şartların yanı sıra faile verilecek cezanın da süreli bir ceza olması şartı vardı.<sup>55</sup> Kanun koyucu o zamana kadar müebbet hapis cezaları için güvenlik

51 *Gropp*, Ceza Hukuku Genel Hükümler, S. 555.

52 Krş. *Gropp*, Ceza Hukuku Genel Hükümler, S. 555.

53 *Hanack*, in *Leipziger Kommentar*, 11. Bası., § 66, Rn. 29.

54 *Hanack*, in *Leipziger Kommentar*, 11. Bası., § 66, Rn. 30.

55 BGH, 2 StR 178/16, 28.06.2017, Rn. 13.

amaçlı müşahede altında tutma tedbirini uygulama gereği duymamıştı. Bunun arkasında yatan sebep bireyin bu uzun süreli hapis sürecinde zaten ıslah edilmiş olacağı düşüncesi yatıyor olabileceği gibi, birçok kararında yansıtıldığı gibi yaşla birlikte bu şahsın suç işleme konusundaki dürtülerinin azalacağı fikriydi.<sup>56</sup>

Ancak uygulamada şartlı salıverilme, yargılamanın yenilenmesi gibi müebbet hapis cezasını süreli hale dönüştüren müesseselerin söz konusu olduğu durumlar ve müebbet hapis cezalarının illa nihai infaz edilmiyor olmaları dolayısıyla bu düzenleme eleştiri almaktaydı. Bunun üzerine “süreli bir ceza olma şartı” 27 Ağustos 2002 tarihinde geçerli olmak üzere kanun metninden çıkarıldı.<sup>57</sup> Güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine müebbet hapis cezalarının yanı sıra da hükmedilebileceğinin kanunla mümkün kılınması üzerine böyle bir tedbire müebbet hapis cezasıyla birlikte karar vermenin ne derece uygulanabilir ve orantılı olduğu tartışma konusu olmuştur.<sup>58</sup> Müebbet hapis cezasına mahkûm edilen hükümlünün toplum için tehlike arz ettiği sürece serbest bırakılmayacağı bariz iken, bu tedbirin hükümlüye, hükümlünün tehlikeli hali sürdükçe uygulanamayacağı gerçektir/ortadadır.

Hükümlü hakkında toplum için tehlike arz etmediği gerekçesiyle koşullu salıverilmesine karar verilecekse, bu durumda tehlike arz etmeyen ve o yüzden koşullu salıverilmesine müsaade edilen hükümlüye (tehlikeli failler için düşünülmüş olan) güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirini uygulamak ne derece kabul edilebilir, sorusu yöneltilebilir. Kendi içinde çelişki barındırıyor gibi görünse de bu çelişki hali dışsal/yüzeysel bir çelişkidir. Zira birçok durumda güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine cezanın yanı sıra hükmedilir ve koşullu salıverilme halinde bireyin tehlikeliliği, cezanın infazını gerektirecek düzeyde değildir, ancak bireyin tamamen denetimden bağışık tutulacak düzeyde tehlikesiz olduğu da vaki değildir. Bu sebeple kanaatimizce birey koşullu salıverilirken, diğer yandan hakkında tehlikeliliğinden dolayı güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmedilmesi çelişkili bir durum teşkil etmemektedir. Bir güvenlik tedbiri türü olan güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine müebbet hapis cezaları

---

<sup>56</sup> BGH, 2 StR 178/16, 28.06.2017, Rn. 13.

<sup>57</sup> BGBl I S. 3344, 21 Ağustos 2002 tarihli Alman Resmi Gazetesi.

<sup>58</sup> BGH, 2 StR 178/16, 28.06.2017, Rn. 18 vd.

ile birlikte pekâlâ hükmedilebileceği kabul edilmelidir. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkeme'sinin de görüşü bu yöndedir.<sup>59</sup> Her ne kadar güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirinin müebbet cezalarla uygulanma ihtimali görece düşük olsa da, bu durum müebbet hapis cezalarıyla birlikte güvenlik amaçlı hürriyeti kısıtlama tedbirine hükmedilmesini gereksiz yahut orantısız bırakacak vahamette değildir.<sup>60</sup>

Güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine ancak dosyaya bakan bağımsız mahkeme/hâkim yahut maddi gerçeğin ortaya çıkmasına aracılık eden savcılar hükmedilebilir.<sup>61</sup>

Bu tedbir ancak münhasıran kanunda düzenlenen durumlar için uygulanabilir ve kıyas yoluyla başka benzer durumlara uygulanması mümkün değildir. Kısaca kanunilik ilkesine riayet aranmaktadır.<sup>62</sup>

### **3. ACK madde 66'nın birinci fıkrasının 3 numaralı bendine göre güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmetme**

Fail daha önce —yukarıda belirtilen— bir veya birden fazla suçtan dolayı mahkûm olmuş ve sonuç ceza olarak toplamda iki yılı aşan ceza almış ve bu cezasını yatmış olduktan yahut bu cezanın hürriyeti bağlayıcı bir güvenlik tedbirine dönüşmüş halini yerine getirdikten sonra yeni bir suç işlemişse hakkında ACK m. 66 fıkra 1 numara 4'teki halin varlığı halinde cezanın yanı sıra güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmedilir. ACK m. 66/1 dördüncü numarası bu fıkra altındaki diğer numaralara da uygulanmaktadır. Buna göre mahkemede, failin işlediği suçlar ve kişiliği onun bu psikolojik ve ruhsal yönden mağdurlara ağır derecede zararlar veren suçları bir bağımlılık neticesinde (kronik suç işleme güdüsü) işlediği kanaatinin oluşması gerekmektedir ve mahkeme failin hüküm verilen esnadaki halinin toplum için tehlike arz ettiği düşüncesine varmalıdır. Mahkeme failde kronik suç işleme güdüsünün varlığına ikna olmazsa güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmedemez.

---

<sup>59</sup> BGH, 2 StR 178/16, 28.06.2017, Rn. 30; BGH StR 8/17, 28.06.2017 Rn. 11.

<sup>60</sup> BGH StR 8/17, 28.06.2017 Rn. 13.

<sup>61</sup> Hanack, in Leipziger Kommentar, 11. Bası., Vor § 61 vd, Rn. 38.

<sup>62</sup> Hanack, in Leipziger Kommentar, 11. Bası., Vor § 61 vd, Rn. 38.

#### 4. ACK madde 66'nın ikinci fıkrasına göre güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmetme

Her kim birinci fıkranın (birinci cümlesinin) 1 numaralı bendinde yer alan suçlardan üç tanesini, her birinden en az bir yıl ceza alacak şekilde, işlemiş ve bu suçlardan biri veya birkaçından dolayı en az üç yıllık bir hapis cezasına çarptırılıyorsa, mahkeme birinci fıkranın 4 numaralı bendinde yer alan koşulların varlığı halinde cezanın yanı sıra güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine de —daha önceden verilmiş mahkumiyet şartını veya hürriyetin kısıtlanmasını aramadan (66 fıkra 1'in 2 ve 3 numaralı bentleri)— hükmedebilir.<sup>63</sup>

#### 5. ACK madde 66'nın üçüncü fıkrasına göre güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmetme

Bir kimse birinci fıkranın (birinci cümle) 1 numaralı bendinin a ve b seçeneklerinde yer alan suçlardan birinden dolayı veya madde 89a/1-3, 89c/1-3, 129b/1 ile de bağlantılı olarak 129a/5 cümle 1 alternatif 1, 174'ten 174c ye kadar, 176, 177/2 numara 1, 177/3, 177/6, 180, 182, 224, 225/1-2, sarhoş iken işlenmiş suçun yukarıda yer alan haksız fiillerden olması şartıyla 323a'nın kasten olan hali, suçlarından birinden dolayı en az iki yıllık hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılıyorsa, mahkeme cezanın yanı sıra güvenlik amaçlı hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedebilir. Bunun için failin yeni suçu işlemeyen önce işlediği, bir kez bu suçlardan birinden veya birkaçından dolayı önceden en az üç yıllık bir cezaya mahkûm edilmiş olması ve birinci fıkranın 3 ve 4 numaralı bentlerindeki şartların da gerçekleşmiş olması gereklidir. Bir kimse birinci cümledeki suçlardan iki adet işlemişse ve bunlardan her biri için en az iki yıllık cezalara hükmedilecekse (her biri için iki yıllık ceza alacak fiiller gerçekleştirmişse) ve bu kişi bu suçlardan biri veya birkaçından toplamda en az üç yıllık ceza alacaksa, mahkeme birinci fıkranın 4 numaralı bendindeki koşulların varlığı halinde cezanın yanı sıra —daha önceden verilmiş mahkumiyet şartını veya hürriyetin kısıtlanmasını aramadan da (66 fıkra 1'in 2 ve 3 numaralı bentleri)— güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmedebilir. Burada birinci ve ikinci fıkra hükümleri saklıdır.

Bu fıkranın hükümlerinin devreye girebilmesi için Alman Ceza Kanununun 66. maddesinin birinci veya ikinci fıkralarına göre, faile

<sup>63</sup> Bkz. ACK m. 66/2.

cezanın yanı sıra güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirinin verilemiyor olması gerekmektedir. Eğer onlardan birine göre bu tedbire hükmediliyorsa artık bu fıkraya gitmeye gerek kalmayacaktır.

### **6. ACK madde 66'nın dördüncü fıkrasına göre güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmetme**

ACK m. 66'nın birinci fıkrasının 2 numaralı bendi çerçevesinde toplam cezaya ilişkin tek bir hüküm verilmiş ve hapis cezasından tutuklama süreleri yahut başkaca bir hürriyetin kısıtlanması mahsup edilmişse, mahsup edilen bu süreler birinci fıkranın 3 numaralı bendi bağlamında infaz edilmiş ceza kabul edilir. Önceki suç teşkil eden fiil ile sonraki suç teşkil eden fiil arasında 5 yıldan fazla bir süre geçmişse artık önceki fiil dikkate alınmaz; cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların varlığı halinde bu süre 15 yıldır.

Ancak burada şunu belirtmekte fayda vardır. Önceki suç cinsel dokunulmazlığa (bireyin özgürce cinsel davranışını belirlemesine) karşı işlenmiş ancak sonraki suç cinsel dokunulmazlık ile alakasız bir suç ise bu halde süre beş yıldır. Keza Alman Federal Yüksek Mahkemesi de 15 yıllık sürenin devreye girebilmesi için önceki ve sonraki suçun, yani her iki suçun, da cinsel dokunulmazlığa karşı olması gerektiği fikrini savunmaktadır.<sup>64</sup> Yüksek mahkemeye göre kanun koyucu aksi yönde bir yorumu dilemiş olsaydı onu açıkça belirlerdi, demektir.<sup>65</sup> O halde, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen bir suçtan 14 yıl sonra yeniden cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç işlenirse, eski fiil/suç dikkate alınacaktır. Ancak cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen bir suçtan 6 yıl sonra yeniden başkaca bir suç (cinsel dokunulmazlıkla ilgili olmayan) işlenirse o halde artık eski fiil/suç dikkate alınmayacaktır. Bu demektir ki failin cinsel suçlarda 15 yıl diğer suçlarda 5 yıl önce işlemiş olduğu fiiller, yukarıdaki fıkralar bağlamında önceki suç kabul edilmeyeceklerdir.

Sürenin hesaplanmasında failin (ilgili) kurum kararıyla gözlem altında geçirdiği süre dikkate alınmaz. Bu (Alman) kanunun yer bakımından uygulama alanının dışında hükme bağlanmış bir fiil, —bu fiilin Alman Ceza Kanununa göre birinci fıkranın 1 numaralı bendi kapsamında bir suç teşkil ediyor olması, üçüncü fıkraya ilişkin fiil

<sup>64</sup> BGH Beschluss v. 28.08.2018, 2 StR 142/18, Rn. 7.

<sup>65</sup> BGH Beschluss v. 28.08.2018, 2 StR 142/18, Rn. 8.

olması halinde ise fiilin üçüncü fıkranın birinci cümlesinde yer alan türden olması koşulu ile— de bu anlamda önceden işlenmiş fiil kabul edilir.

### C. Güvenlik amaçlı müşahede altında tutmanın doğurduğu hukuki sorunlar ve uygulama güçlükleri

Güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirinin uygulanacağı fail yahut hükümlünün tespitinde aranan koşullardan olan “suç işlemeye meyilli olma” daha doğrusu suç işleme anlamında bağımlı olma kavramından ne anlaşılması gerektiği ne teoride ne de uygulamada netlik kazanmıştır.<sup>66</sup> Bu nedenle uygulamada keyfiyete kaçma konusunda büyük tehlike arz etmekte olup, kanunilik ilkesi ve onun alt ilkesi olan belirlilik ilkesine en nihayetinde de hukuki güvenilirlik (hukuk güvenliği) ilkesine de ters düşmektedir.

Güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine ilişkin kanuni düzenlemede yer verilen tehlike arz eden kişilerden ne anlaşılması gerektiği ve hangi niteliklere sahip olmaları gerektiği hususu şimdide dek net bir cevap bulamamıştır. Bu güvenlik tedbirine ilişkin kanun değişikliklerinde yer alan madde gerekçelerinde söz konusu tedbirin suç genel teorisi içindeki yeri ve yasal temellerinin tartışılmayıp, failerin tehlikeli hallerine rağmen ceza kanununda boşluk var diye serbest bırakılmaları gerektiği gibi pratiğe ilişkin gerekçelere yer verilmesi de gösteriyor ki, burada esasında hukuki kaygılar yerini uygulamadaki güvenlik (Sicherheitslücken = güvenlik boşluğu) kaygılarına bırakmıştır.<sup>67</sup> Böylece failin tehlikeliliğinin ne demek olduğu, hukuki zeminin ne olması gerektiği, faile tehlikeliliği ile orantılı verilen bu hürriyeti bağlayıcı tedbirin ne derece ceza hukuku sistem ve ilkeleriyle bağdaştığı görmezden gelinmiştir.

Keza güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirinin insan onuruyla bağdaşmadığı da yöneltelen eleştiriler arasındadır.<sup>68</sup> Failin cezasını çektikten sonra sırf toplumu koruma gerekçesiyle müşahede altında tutulması ve müşahede altında geçecek sürenin on yıllar boyunca sürebilecek olması, hakkında bu tedbire hükmedilenler için onur kırıcı bir hal almaktadır. 2011 yılında yapılan değişikliklerle birlikte failin

<sup>66</sup> Hanack, in Leipziger Kommentar, 11. Bası., § 66, Rn. 2, Rn. 65.

<sup>67</sup> Dessecker, Geschichte und Symbolik der Sicherungsverwahrung, S. 55.

<sup>68</sup> Dessecker, Geschichte und Symbolik der Sicherungsverwahrung, S. 57.

toplum için tehlike arz ettiği kanaati var olduğu sürece fail ömrünün sonuna kadar bu tedbire mahkûm edilebilecektir. Müebbet hapis cezalarının infazı bile bu denli uzun tutulamıyorken, söz konusu güvenlik tedbiri halinde failin bir daha özgürlüğüne kavuşamayacak olması insan onuruyla bağdaşmayan cezaların verilemeyeceği ilkesi ile de ters düşmektedir. Aynı şekilde, birey bu durumda bedenen ve ruhen yıpranmaktadır. Nitekim böyle bir netice bedensel ve ruhsal eziyeti yasaklayan anayasaların ve hümanist ceza kanunlarının uygulandığı hukuk sistemlerinde kabul edilemez bir muamele derecesindedir.<sup>69</sup>

Kaldı ki daha önce bu güvenlik tedbiri için ileri sürülen “birey hukuk düzenince iki kez ceza verilmiş olmasına rağmen birey bu uyarı sinyallerine uymayarak tehlikeliliğini ve suç işlemekdeki ısrarını göstermiş olmaktadır”<sup>70</sup> savı, artık ACK 66/1 numara 1 için ileri sürülebilecektir.

Güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirinin doğurduğu bir diğer sorun failin bu tedbire ilişkin psikolojik durumudur. Bu durum failin kusur yeteneğinin varlığı ve yokluğunun tespiti ile ilgilidir. Şayet failin ruhsal durumu onun kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldıracak aşamaya gelmişse artık faile ceza verilemeyeceği için bu tedbire de hükmetmek için şartlar oluşmamış olacak. Ancak failin kusur yeteneğinin varlığı kabul edilecekse bu halde failin ruhsal durumunun suç işlemeye meyilli oluşunun tespiti neye göre yapılacaktır. Zira failin ruhsal/psikolojik durumu, onun kusur yeteneğini ortadan kaldıracak aşamaya varmışsa, failin cezalandırılması mümkün olmayacak yahut yeteneğinin zayıflaması oranında cezasında indirimde gidilecek ve bu halde yine şartları varsa hakkında müşahede altında tutulma tedbirine hükmedilecektir. Ancak uygulamada bu sınırın tespiti kolay olmamaktadır. Mahkeme, bir yandan failin suç-bağımlılığının onun kusur yeteneğini ortadan kaldırmadığını farz edecek, daha doğrusu yeterli düzeyde gerekçelendirecek, diğer yandan —hakkında güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine hükmedebilmek için— failin kendini suç işlemekten alıkoyamayacak düzeyde suç-bağımlısı (Hangtäter: kronik suç işlemeye meyilli olma durumu) olduğunu gerekçelendirecektir.<sup>71</sup> Burada mahkeme failin bir yandan özgür iradesi

---

69 Krş. *Hanack*, in *Leipziger Kommentar*, 11. Bası., § 66, Rn. 20.

70 *Hanack*, in *Leipziger Kommentar*, 11. Bası., § 66, Rn. 30.

71 *Hoffmann*, *Gefährlicher Straftäter*, S. 1 vd.

ile hareket ettiğini, dolayısıyla bu davranışlarından sorumlu olması gerektiğini söyleyecek. Diğer yandan failin suç işlemeye meyilli ve kanuni tabir ile kronik suçlu olduğunu ve onun kendi özgür iradesine hükmedemediğini söyleyecek ve hakkında söz konusu tedbire hükmedecektir.

Güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirinin doğurduğu bir diğer problem ise ceza hukuku dogmatikğine ilişkindir. Buna göre Alman hukuk düzeni (yüksek mahkemeler ve doktrindeki baskın görüş) bu tedbire ceza vasfı vermediği için bunu *nulla poena sine lege praevia* (önceden yürürlüğe girmiş bir kanunda belirtilmedikçe ceza verilemez = Kanunsuz ceza olmaz + aleyhe geriye yürümezlik ilkesi) ilkesinden bağışık tutup ona göre değerlendirme yapmaktaydı ve bu tedbire kanunilik ilkesi ve onun yan ilkelerinin uygulanamayacağını ifade etmekteydi.<sup>72</sup> Çünkü Alman Anayasası (Madde 103/2) ve Alman Ceza Kanunu (Madde 1) güvenlik tedbirlerine ilişkin bir güvenceye açıkça yer vermemiştir. Aksine sadece bir fiilin cezalandırılabilirliğinin (Strafbarkeit) önceden kanunla belirlenmiş olmasını aramaktadır.<sup>73</sup> Bu durumda suç teşkil eden fiilin (nullum crimen sine lege) ve buna ilişkin cezanın (nulla poena sine lege) önceden kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Diğer yandan ceza bir kimseye fiili işlediği esnadaki kusuru oranında belirlenen ve uygulanan yaptırımdır. Oysa güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirinde öngörülen süre tespitinde failin fiili işlediği esnadaki kusuru dikkate alınmaz, aksine fiili işlemeyle birlikte gün yüzüne çıkan tehlikeliliği esas alınır<sup>74</sup>; ve tehlikeliliği ortadan kalkınca tedbire artık gerek kalmadığından son verilir. O halde kusura göre ve kusurla orantılı verilmeyen bu yaptırıma ceza denemez.<sup>75</sup> Alman yüksek mahkeme içtihatlarında ve doktrinde savunulan bu görüşe rağmen AİHM bu konuda kendi içtihadını oluşturarak şu pozisyonu aldı:<sup>76</sup>

<sup>72</sup> BVerfGE 25, 269 (286 vd.); 71, 108 (114); 105, 135; 126, 170; 126, 194.; Doktrindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Ullenbruch, Verschärfung der Sicherungsverwahrung*, NSTZ 1998, S. 328.

<sup>73</sup> *Yaşar, Das Gesetzlichkeitsprinzip*, S. 126.

<sup>74</sup> BVerfGE 109, 133 (174.); 128, 326 (374).

<sup>75</sup> BVerfGE 109, 133 (174.); 128, 326 (374).

<sup>76</sup> AİHM 17792/07, Kallweit – Almanya 13.01.2011.



*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal hukukun bir yaptırım ceza yahut güvenlik tedbiri olarak nitelendirmesi bizim için bağlayıcı değildir. Bize göre, eğer failin bir fiilinin akabinde kendisine bir yaptırım uygulanıyorsa ve failin bu fiili olmasaydı bu yaptırım kendisine uygulanamayacak idiyse biz bu yaptırımı fiile bağlı verilmiş bir yaptırım/ceza olarak algılarız. Buna göre her ne kadar müşahede altında tutma tedbiri Alman ulusal hukukuna göre tedbir olarak nitelendirilmişse de müşahede altında tutmanın hürriyeti bağlayıcı cezadan pek de farklı sonuçlar doğurmuyor olması ve failin fiilinin akabinde kendisine bu tedbirin uygulanıyor olması gösteriyor ki, bu nulla poena sine lege praevia ilkesi (AİHS m. 7) kapsamında olması gereken ceza niteliğinde bir yaptırımdır.<sup>77</sup> O halde bu tedbire ilişkin düzenlemeler de kanunilik ilkesine bağlı kalınarak düzenlenmeli ve/veya değiştirilmelidirler. Kaldı ki, faile müşahede altında tutma tedbirinin uygulanabilmesinin önkoşulu onun daha önce bir suç işlemesi olup onun sırf tehlikeliliği (hiçbir suç işlememiş ise) kendisine bu tedbirin uygulanmasına imkân sağlamamaktadır.<sup>78</sup> Dolayısıyla kendisine bu tedbir daha önceki fiillerine binaen uygulanıyor. O halde buna kusurundan mücerret demek ve fiilinden mücerret demek, tek başına onu önceki fiillerinden ayırmaya yetmiyor. Keza failler ceza infaz kurumlarında tutuluyorlar ki bu da bir nevi hapis cezası gibi sonuçlar doğuruyor.<sup>79</sup>*

AİHM'nin bu yöndeki görüşü ve Almanya'yı bu konuda AİHS'i ihlal ettiği gerekçesiyle mahkûm etmesi sonucu Federal Alman Anayasa Mahkemesi görüşünde revizyona gitti.<sup>80</sup> Buna göre Alman hukukunda güvenlik amaçlı müşahede altında tutma bir tedbir olmaya devam edecektir. Ancak bu tedbirin cezadan ayrı olarak nitelendirilmesi ve pratikte hapis cezasından ayırt edilebilmesi için Federal Alman Devleti çalışmalar yapmalı ve bunları hapis cezalarının infaz şeklerinden uzaklaştırmalıdır (Abstandsgebot).<sup>81</sup> Bu yaptırım bir güvenlik tedbiri

<sup>77</sup> Tümü için bkz. AİHM 19359/04 M / Almanya 17.12.2009.; AİHM 17792/07, Kallweit – Almanya 13.01.2011.

<sup>78</sup> AİHM 19359/04 M / Almanya 17.12.2009.

<sup>79</sup> Tümü için bkz. AİHM 19359/04 M / Almanya 17.12.2009.; AİHM 17792/07, Kallweit – Almanya 13.01.2011.; AİHM 19359/04 M / Almanya 17.12.2009.

<sup>80</sup> BVerfGE 128, 326 (236 vd.).

<sup>81</sup> BVerfGE 128, 326 (236 vd.).

olduğundan fail aleyhine geriye yürütülme söz konusu olduğunda yukarıda ileri sürülen gerekçelerle bu geriye etkili kanunu geriye yürümezlik ilkesine aykırı bulup iptal etmek (Rückwirkungsverbot) şeklen mümkün değildir. Ancak hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak vatandaşın kurulu hukuk düzenine olan güvenini korumak (Vertrauensschutzgebot) gerekmektedir. Tüm bu sebeplerden dolayı güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine ilişkin norm iptal edilmese de geçmişte suç işlemiş failere uygulanmaya çalışılırken bu tedbirin bireyin hürriyetine yaptığı etki de dikkate alınarak titizlikle ve orantılı olarak uygulanmalıdır.<sup>82</sup> Böylece, Fed. Alm. Anayasa Mahkemesi bir yandan daha önceki kararından ayrılıp AİHM'nin öngördüğü çizgide yol almaya çalışıp birkaç normu Anayasa'ya aykırı bulup iptal ederken, diğer yandan kendi sistemi içinde öngördüğü geriye etkili aleyhe değişiklikleri yasal zemine oturtmaya çalışmıştır. En nihayetinde AİHM'nin dediğini kısmen yerine getirmemiş ve faillerin aleyhine olan değişiklikleri bu sefer biraz daha titizlikle uygulanmak şartıyla yine Anayasa'ya uygun görmüştür. Ancak son değişikliklere rağmen Alman kanun koyucusunun AİHM'in aldığı pozisyon dâhilinde hareket ettiği söylenemez. Zira AİHM'in yorumu çerçevesinde artık geriye etkili olacak şekilde kanun değişiklikleri yapılamaz yahut bir kimse hakkında cezası infaz edilmekte iken hal ve tavrı onun tehlikeli olacağını gösteriyorsa sonradan bu güvenlik tedbirine hükmedilemez. Ama bunu düzenleyen ACK madde 66b AİHS'e açık bir aykırılık teşkil etmektedir.<sup>83</sup>

## V. Sonuç

Türk ceza hukuku sisteminde güvenlik tedbirleri adı altında düzenlenen tedbirler Alman hukukunda iki ayrı kavram ile tasnif edilmektedir. Tedbirlerin bir kısmı iyileştirici tedbirler (Maßregeln der Besserung) bir kısmı ise güvenlik tedbirleri (Maßregeln der Sicherung) olarak tasnif edilmektedirler. İyileştirici tedbirler olarak adlandırılan tedbirlerle suç işleyen kişinin iyileştirilmesi/ıslahı amaçlanmaktadır. Buna karşılık güvenlik tedbiri olarak nitelendirilenler de ise amaç, toplumun bu suçluya karşı korunması olup, suçlu kimseyi toplumdan uzak tutmaya yöneliktir. Güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirinde ağır basan amaç suçlunun topluma yeniden zarar vermesini

<sup>82</sup> BVerfGE 128, 326 (236 vd.).

<sup>83</sup> *Dessecker*, *Geschichte und Symbolik der Sicherungsverwahrung*, S. 55.

önlemektir dolayısıyla güvenlik ve iyileştirme değerlendirmesinde daha çok güvenlik tedbiri olarak görülmekte ve suçlu kimse toplumdaki uzak tutulmaktadır.

Yukarıda da değinildiği üzere Alman yasa koyucu, bu tedbire ilişkin olarak yüksek mahkemelerin de etkisiyle iyileştirme niyetiyle birçok kanun değişikliğine gitmiştir. Ancak bu değişikliklerin amacı her ne kadar söz konusu tedbirin uygulama alanı ve sınırlarını daha net çizgilerle belirlemek olsa da, en nihayetinde bu tedbirin kapsamı ve sınırları gittikçe daha muğlak bir hal almaya başlamıştır.<sup>84</sup> Çünkü neredeyse her kanun değişikliği ile birlikte yeni bir uygulama formu ortaya çıkmış ve uygulanacak fiil daha doğrusu uygulanacak fail alanı genişletilmiştir. Son olarak, geriye etkili olacak şekilde müşahede altında tutma tedbirine hükmetmenin kanunlaşmasıyla birlikte, daha önce suç işlemiş olanlara da bu değişiklikleri uygulama imkânı doğmuştur. Böylece birçok kimseye geriye etkili olarak bu tedbirler uygulanmış yahut kendilerine uygulanmakta olan tedbir süresinin azami sınırı (eskiden 10 yıl ile sınırlıydı) geçmiş olmasına rağmen kendilerine yeniden müşahede altında tutma tedbiri uygulanmıştır.

Ceza hukuku tabiidir ki toplumda güvenliğin sağlanması için başvurulabilecek en temel hukuk alanlarındandır. Ancak toplumsal güvenliği sağlamak ve güvenlik boşluklarını doldurmak (Sicherheitslücken) için yine hukuk devletinin öngördüğü ve izin verdiği yöntemlerle ceza hukukunu devreye sokmak gerekir. Salt güvenlik gerekçesiyle modern ceza hukuku sistemlerimizin ve bu ceza hukukuna dayanak teşkil eden ceza hukuku ilkelerini (kusursuz sorumluluk/ceza olmaz; kusur ile orantılı ceza şartı; hukuki güvenlik; hukuki öngörülebilirlik; kanunilik vs.) yok sayan tedbirleri ceza hukukuna koymak kabul edilemez.<sup>85</sup> Böyle bir güvenlik tedbiri, güvenliğin ceza hukuku bağlamında hukuk güvenliği, hukuki güvenlik ve diğer ceza hukuku ilkelerine riayet edilmeme pahasına yeğlendiğini gösterir ki, hukuk devletlerinde bu durum arzulanan bir netice olamaz.

Son olarak denilebilir ki, her ne kadar bu tedbirin çerçevesi yeterince net olarak çizilmemiş olsa da ve her ne kadar ceza hukukundaki temellendirmesi tartışmalı/sıkıntılı olsa da, hakkında tedbire hükmedilen kişi sayısına bakıldığında çok vahim neticeler doğuran bir müessese

<sup>84</sup> *Dessecker, Geschichte und Symbolik der Sicherungsverwahrung, S. 49.*

<sup>85</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Naucke, Die robuste Tradition des Sicherheitsstrafrechts, S. 134 vd.*

olarak görülemez. Çünkü İkinci Dünya Savaşından bu yana yıllık bazda bakıldığında haklarında bu tedbire hükmedilen kişi sayısı hiçbir zaman 500 kişiyi aşmamıştır. Federal istatistik kurumunun 2018 yılına ait verilerine bakıldığında yaklaşık 50 000 hükümlünün olduğu Almanya’da toplamda yaklaşık 500 kişinin bu tedbir ile müşahede altında tutuluyor olması çok fazla değildir.<sup>86</sup> Ancak birey özgürlüğü üzerinde doğurduğu ağır etkiden dolayı kişi sayısı az olsa bile hukuki zemini ve uygulama alanı daha keskin biçimde belirlenmelidir. Keza her ne kadar iç hukukta ceza olarak nitelendirilmese de doğurduğu etki ve AİHM’in<sup>87</sup> istikrarlı olarak vurguladığı üzere, cezaya eşdeğer bir yaptırım olması hasebiyle kanunilik ilkesi ve onun tamamlayıcı ilkeleriyle çatışmayacak şekilde düzenlenmesi daha yerinde olacaktır.<sup>88</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Abstandsgebot (müşahede altında tutulanları tutuklu ve veya mahkûmlardan ayrı bir yerde ve ayrı bir rejimle tutma ilkesi) ilkesi ile uygulamaya çalıştığı sisteme rağmen bugün müşahede altında tutulan birçok kişi, mahkûmların kaldığı infaz kurumlarında kalmaya devam etmektedir.<sup>89</sup> Bu da kendilerine uygulanan bu tedbirin cezaya eşdeğer olduğuna bir delil teşkil eder.

Yukarıda bir makale olma hasebiyle sınırlı olarak ele alınan problem boyutlarından da anlaşıldığı üzere güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbiri şu ana kadar yasal zeminine kavuşmuş değildir. Bu nedenle, her ne kadar güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirinin kanun normu olarak ortaya çıkışı 20. yüzyılın başlarına denk geliyor olsa da, 21. yüzyılda ortaya çıkan ve modern ceza hukuku teorileri ile uyumlanmayan *düşman ceza hukuku teorisi* müesseseleriyle benzerlik taşıyan bir müessese olan güvenlik amaçlı müşahede altında tutma tedbirine Türk ceza hukukunun ihtiyaç duymadığı/duymayacağı kanaatindeyim.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> [https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/BestandGefangeneVerwahrtePDF\\_5243201.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/BestandGefangeneVerwahrtePDF_5243201.pdf?__blob=publicationFile) (02.11.2018).

<sup>87</sup> AİHM 19359/04 sayılı kararı (5. Daire), 17.12.2009, (M. v. Germany - Almanca Versiyonu).

<sup>88</sup> *Dessecker*, Geschichte und Symbolik der Sicherungsverwahrung, S. 53.

<sup>89</sup> *Dessecker*, Geschichte und Symbolik der Sicherungsverwahrung, S. 53.

<sup>90</sup> Bu tedbirin geç-dönem-modern suç politikasının bir ürünü olup olmadığına ilişkin fikirler için bkz. *Dessecker*, Geschichte und Symbolik der Sicherungsverwahrung, S. 58.

### KAYNAKÇA

**Artuk, Mehmet Emin**, Güvenlik Tedbirleri, in Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. XII, 2008, s. 461 – 492

**Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Adalet Yayınevi Ankara 2018

**Centel, Nur/ Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2008

**Dessecker, Axel**, Geschichte und Symbolik der Sicherungsverwahrung, in Sozialwissenschaften und Berufspraxis (SuB), 38/2015, Cilt 1, S. 49-62

**Gropp, Walter**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Springer Yayınları, Berlin 2005

**Hanack, Ernst-Walter**, in StGB Leipziger Kommentar, 11. Auflage. Hrsg. von Jähne/Laufhütte/Odersky: Alman Ceza Kanunu Leipzig Şerhi, 11. Bası. De Gruyter, Berlin 2006

**Heinrich, Bernd**, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Editör Yener Ünver, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2014

**Hoffmann, Miriam**, Gefährliche Straftäter zwischen Schuld(un)fähigkeit und psychischer Störung, in 2012 Freilaw, Freiburg Law Students J. 1 (2012), S. 1-2

**Janssen, Bernhard**, Probleme der Strafzumessung bei Rückfalltätern, in Zeitschrift für Rechtspolitik 1991, (Heft) Sayı 2, S. 52 - 54

**Kinzig, Jörg**, Preventive Measures for Dangerous Recidivists, in European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 5, 1997, S. 27 — 57

**Krahl, Matthias**, Zum Verhältnis von Strafrecht und Maßregelrecht am Beispiel der Sicherungsverwahrung, in KritV, Vol 92, No 3(2009), S. 310—322

**v. Liszt, Franz**, Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882), in Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Erster Band, 1875 – 1891, von Dr. Franz von Liszt, S. 19 – 53

**Maden, Mehmet**, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2012

**Naucke, Wolfgang** Die robuste Tradition des Sicherheitsstrafrechts, *KritV*, vol 93, no 2 (2010), S. 129—136

**Özbek, Veli Özer/Bacaksız, Pınar**, TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanununun Anlamı, 4. Bası, Cilt 1, Ankara 2010

**Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018

**Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2017

**Rosenau, Henning** *Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı, Çev. Temel, Erhan, in AÜHFD 2008, Cilt 57, Sayı 4, S. 391 — 402*

**Stratenwerth, Günter**, Der Schuldbegriff und das Schuldprinzip / Willensfreiheit – eine staatnotwendige Fiktion? in *Beitraege zu Grundfragen eines zietgemaessen Strafrechts*, 2017, S. 211—238

**Susamcı, Emre**, Sicherungsverwahrung aus hegelianischer Perspektive, in *Freilaw 2013 / 1*, S. 1 – 4

**Ullenbruch, Thomas**, Verschaerfung der Sicherungsverwahrung auch rückwirkend – populaer aber verfassungswidrig? in *NStZ 1998*, 326 - 330

**Üzülmez, İlhan**, Türk Hukukunda Tekerrür, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, Sayı 1-2, Yıl 2002, S. 165—186

**Yaşar, Ercan**, Das Gesetzlichkeitsprinzip, Eine rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und türkischen Rechts, *Kovaç Yayınevi*, Hamburg 2018

# BAZI KAMU HUKUKU İŞLEM VE KARARLARININ BİREYSEL BAŞVURU KONUSU AÇISINDAN İNCELENMESİ\*

*Öğr. Gör. Seyithan KAYA\*\**

## Özet

Bireysel başvurunun konusunu kamu gücü işlem, eylem ve ihmallerinden kaynaklanan bireysel hak ihlalleri oluşturmaktadır. Ancak bütün kamu gücü işlem, eylem ve ihmallerinden dolayı bireysel başvuru yapılamaz. Örneğin yasama işlemleri, düzenleyici idari işlemler ile Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamaz. Biz de bu çalışmada yasama, yürütme ve yargı organlarının bazı işlem ve kararları bireysel başvuru açısından özet olarak inceledik

**Anahtar kelimeler:** Düzenleyici idari işlemler, bireysel başvuru, kamu hukuku işlemleri.

## Abstract

The subject of the individual application is the violation of individual rights arising from public power transactions, actions and omissions. However, due to all public power transactions, actions and omissions, individual applications cannot be made. For example, no direct application can be made against legislative proceedings, regulatory administrative acts and decisions of the Constitutional Court. In this study, some procedures and decisions of legislative, executive and judicial bodies are examined in terms of individual application.

**Keywords:** Regulatory administrative acts, individual application, public law acts.

---

\* Bu çalışma, Prof. Dr. M. Tevfik Gülsoy'un danışmanlığında Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde, savunulmuş olan "Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru" adlı yüksek lisans tez çalışmasındaki ilgili bölümün özeti olarak hazırlanmış, güncelleştirilmiş ve geliştirilmiştir.

\*\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Adalet MYO Öğretim Görevlisi, EBYÜ SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.  
Makale Geliş Tarihi:08/11/2018 / Makale Kabul Tarihi:17/12/2018

## I. GİRİŞ

Bireysel başvuru, kamu gücü işlem, eylem ve ihmallerine (eylemsizliklerine) karşı yapılabilir. Bu husus Anayasa m. 148/3'te şöyle düzenlenmiştir; “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*” Bireysel başvuru hakkı, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un<sup>1</sup> 45. maddesinin birinci fıkrasında da; “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>2</sup> ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre bireysel başvuruda bulunabilmek için; temel hak ihlalin kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmallerinden kaynaklanması ve başvuru konusu temel hakkın Anayasa, AİHS ve Sözleşmeye Ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamında olması gerekir.

Bireysel başvuruya konu edilecek haklar meselesi, ülkeden ülkeye farklılık arz etmekle beraber, genel olarak başvuruyu kabul eden ülkelerin tamamı, bireysel başvuru kurumunu kamu gücü işlem, eylem ve ihmallerine karşı kabul etmişlerdir. Örneğin Almanya Anayasasına göre, bireyin anayasa şikâyetinde bulunabilmesi için, güvence kapsamındaki temel haklarından birinin bir kamu gücü tarafından ihlal<sup>3</sup> edilmiş olması gerekir.<sup>4</sup> Bu durum Almanya Anayasa Mahkemesi Kanununda da; “*şikâyetin gerekçesinde ihlal edildiği iddia edilen temel hakla birlikte, eylem ya da ihmaliyle hakkı ihlal eden organ ya da*

1 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, çalışmamızda 6216 sayılı Kanun olarak kısaltılmıştır.

2 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, çalışmamızda AİHS olarak kısaltılmıştır.

3 İhlal “*bozma, zarar verme; yasa ve düzene uymama; ihlal etmek, bozmak, zarara uğratmak*” anlamlarında kullanılan bir kavramdır. TDK Türkçe Sözlük, Ankara 2005, s. 941.

4 Zafer Gören, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, SÜHFD, C. 5, S. 1-2, Konya 1996, s. 316.



"makamın" gösterilmesi gerektiği şeklinde ifade edilmiştir.<sup>5</sup> Diğer bir ifadeyle bireysel başvuruda bulunabilmek için ihlalin bir kamu gücünden kaynaklanması gerekir.<sup>6</sup> Kamu gücünden ise yasama, yürütme ve yargı organlarının anlaşılması gerektiği konusu öğretide tartışmasızdır.<sup>7</sup> Ancak yasama, yürütme ve yargı organlarının bütün işlemlerine karşı bireysel başvuru yolu açık değildir. Bireysel başvuruya konu yapılamayacak kamu gücü işlemleri de vardır.

Anayasanın 148. maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkra ile 6216 sayılı Kanunun 45.-51. maddelerindeki düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, diğer ülke uygulamalarında olduğu gibi, bizde de bireysel başvurunun konusunu kamu gücü işlem, eylem ve ihmalleri oluşturmaktadır.

Bireysel başvurunun konusunu kamu gücünün işlem, eylem ve hatta ihmalleri oluşturabilir. Yapılması gereken bir işlem ya da eylemin yapılmaması durumunda, başvuruya konu haklardan birinin ihlal edilmesi neticesinde de AYM'ye bireysel başvuru yapılabilir. Bu doğrultuda kanuni garantörün ihmalleri de bu kapsamda değerlendirilebilir.<sup>8</sup> Diğer bir ifade ile kamu gücünün ihmali niteliğindeki işlemlerinin, bireysel başvuruya konu edilebilmesi için kamu organlarının bir işlem veya davranışta bulunma mecburiyetinin

<sup>5</sup> **Ece Göztepe**, *Anayasa Şikâyeti*, AÜHF Yayınları No: 530 – AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45, Ankara 1998, s. 42.

<sup>6</sup> **Ece Göztepe**, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru" (Anayasa Şikâyeti / Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar), Tartışma Paneli, (Av. Özdemir Özok anısına) *TBB Yayınları*, Ankara, Ekim 2011, s. 35.

<sup>7</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz.; **Yavuz Sabuncu/ Selin Esen Arnwine**, "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", *Anayasa Yargısı*, C. 21, Y. 2004, s. 229-246; **Göztepe**, *Anayasa Şikâyeti*, s. 42-43; **Göztepe**, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi", s. 27; **Bahadır Kılıç**, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 25, Ankara 2008, s. 24; **Rudolf Mellinshof**, "Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikâyeti", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 26, Yıl: 2009, s. 36; **İbrahim Şahbaz**, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar", Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar), Tartışma Paneli, (Av. Özdemir Özok anısına), *TBB Yayınları*, Ankara Ekim 2011, s. 81.

<sup>8</sup> Doktrinde ölüm neticesinin meydana gelmesini engelleme bakımından kanuni olarak belli bir yükümlülük altında olan kimseler "*kanuni garantör*" olarak ifade edilmektedir. Bunlara örnek olarak; küçük çocuk açısından anne-babası, polis, infaz koruma memuru gösterilebilir. Kanuni garantör hakkında detaylı bilgi için bkz.; **Hakan Hakeri**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. Bası), Ankara 2012, s. 142-146.

olması gerekir.<sup>9</sup> Şunu da ifade etmeliyiz ki, kamu gücünün işlem, eylem veya ihmalleri, kişiler bakımından bağlayıcı ve emredici nitelikte olan kamu gücü işlem ve eylem veya ihmalleridir. Bu nedenle bağlayıcı nitelikte olmayan işlemler (ara kararlar<sup>10</sup>, genel direktifler, kurum içi görüş bildirimleri, bilirkişi raporları, öneri ya da tavsiye niteliğindeki işlemler) tek başına bireysel başvuruya konu edilemez.<sup>11</sup> Nihai olarak hukuk hayatındaki her türlü işlem veya eylem değil, yalnızca kamu gücüne dayalı olarak gerçekleştirilen işlem, eylem ve ihmaller bireysel başvurunun konusu edilebilir. Biz de bu çalışmada, yasama, yürütme ve yargı işlemleri çerçevesinde bireysel başvuruyu inceleyeceğiz.

## II. MAHKEME KARARLARININ GENEL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Federal Almanya ve Meksika bireysel başvuru kurumunu, tüm kamu gücü işlemlerine karşı yani kanunlara ve diğer düzenleyici işlemlere, idari kararlara ve kesinleşmiş tüm mahkeme kararlarına karşı kabul etmişler.<sup>12</sup> Ancak Avusturya’da mahkeme kararlarına karşı bireysel başvuru yolu açık değildir. Avusturya’da bir mahkeme kararına veya idari karara ihtiyaç duyulmaksızın uygulanabilecek nitelikte olan ve doğrudan bir temel hak ve hürriyeti ihlal eden kanunlara, idarenin düzenleyici işlemlerine ve idari kararlara karşı bireysel başvuru yapılabilmektedir.<sup>13</sup> Güney Kore’de mahkeme kararlarına karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamaz. Ancak dolaylı olarak mahkeme

<sup>9</sup> **Hüseyin Ekinci**, “Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü”, Musa Sağlam (Edt.), Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, HUKAB Sempozyum Serisi, *HUKAB Yayınları*, Ankara 2011, s. 141-142.

<sup>10</sup> Almanya’da bazı ara kararlara karşı anayasa şikâyetinde bulunulabilmek mümkündür. Bireysel başvuruya konu edilebilecek ara kararlar; hukuk âleminden kaldırılamayan, kısmen kaldırılabilen ve ilgili aleyhine sürekli bir hukukî durum oluşturan ara kararlardır. Ayrıca ara karar, davanın ileriki aşamaları için önemli bir hukukî sorun oluşturuyor ve bu aşamalarda denetlenebilme ve düzeltilebilme imkânı yoksa bu durumlarda da ara kararlara karşı anayasa şikâyetinde bulunulabilecektir. Daha fazla bilgi için bkz., **Göztepe**, *Anayasa Şikayeti*, s. 49; **Öykü Didem Aydın**, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XV(4), Ankara, 2011, s. 147.

<sup>11</sup> **Ekinci-Sağlam**, s. 14.

<sup>12</sup> **Gören**, s. 315.

<sup>13</sup> **Gerhart Holzinger**, “Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, C. 26, Y. 2009, s. 62.

kararlarına karşı bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) yolu açıktır. Bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunan bir kanunu uygulaması halinde, mahkeme kararına karşı bireysel başvuruda bulunmak mümkündür.<sup>14</sup> İspanya’da ise kanunlara karşı bireysel başvurunun yapılması mümkün değildir. Ancak diğer kamu gücü işlemlerine yani idari kararlara ve mahkeme kararlarına karşı bireysel başvuru yolu açıktır.<sup>15</sup> Meksika bireysel başvuruyu, anayasaya aykırı kanunlara, yargı kararlarına, federal makamların ve bazı durumlarda eyalet makamlarının eylem ve işlemlerine ve de toplumsal ve tarımsal konulardaki eylem ve işlemlere karşı kabul etmiştir.<sup>16</sup>

Türk Hukukunda bireysel başvuruya konu edilecek kararlar Anayasa m. 148/3’te, “herkes, temel hak ve hürriyetlerden, (...) herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir” şeklinde düzenlenmiştir. Anayasanın bu hükmünden de anlaşılacağı üzere bireysel başvuru yargı kararları açısından da kabul edilmiştir. Aslında Anayasa bireysel başvuruyu, tüm kamusal işlem, eylem ve kararlar bakımından kabul etmiştir. Anayasal hükmün sınırları çok geniş tutulmuştur. Anayasa hükmüne uygun olarak 6216 sayılı Kanunda bireysel başvuru, ayrı bir bölüm olarak, 45 ile 51. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 1. geçici maddesinin 8. bendinde, Anayasa Mahkemesi’nin 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceleyeceği belirtilmiştir.<sup>17</sup>

6216 sayılı Kanun m. 45/2’ye göre; “ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.” Bu düzenlemeden kamu gücünün işlem, eylem veya ihmalinden dolayı doğrudan Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmanın mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bunun için de öncelikli olarak kanunlarla öngörülmüş olan idari

14 **Yang-Kyun Kim**, “Kore’de Anayasal Başvuru Sistemi”, *AYD*, AYM Yayınları, C. 9, Ankara 1992, s. 147.

15 **Maria Emilia Casas Baamonde**, “Amparo Başvurusu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 26, Yıl: 2009, s. 103.

16 **Genaro David Gongora Pimentel**, “Amparo Ne İçindir?”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 26, Yıl: 2009, 163-220, s. 164.

17 6216 sayılı Kanun geçici madde 1/8; “Mahkeme, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler.”

ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi şarttır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise hangi işlem ve kararların bireysel başvurunun kapsamının dışında tutulduğu açıkça belirtilmiştir.<sup>18</sup>

Bu hususta 6216 sayılı Kanununun 47. maddesinin beşinci fıkrasında “*Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması...*” gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre bir karar, işlem, eylem veya ihmal hakkında bireysel başvuruda bulunabilmek için, öngörülen olağan başvuru yollarının tüketilmesi gerekir.<sup>19</sup> Bu düzenlemelerden hareketle, olağan kanun yolları tüketilmeyen mahkeme kararları bakımından bireysel başvurunun yapılması mümkün değildir.<sup>20</sup> Ancak olağanüstü (fevkâlede) kanun yolları tüketilmeden bireysel başvurunun yapılması mümkündür.<sup>21</sup> Ayrıca bireysel başvuru hakkı sadece kanun yollarından geçerek kesinleşmiş kararlar için değil, kanun yolundan geçip geçmediğine bakılmaksızın kesinleşmiş tüm yargı kararları için mümkündür. Zira eğer sadece kanun yollarından geçerek kesinleşmiş kararlar için bireysel başvuru kabul edilecek olursa, tüketilecek kanun yolu olmayan veya verildiğinde kesin olan kararlar bakımından bireysel

<sup>18</sup> 6216 sayılı Kanun madde 45/3; “*Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.*”

<sup>19</sup> **Yeşim Çelik**, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması*, Ankara 2016, s. 79 vd.

<sup>20</sup> AYM, B. No: 2014/5324, 16/4/2014, §§§, 83,84,85. Aynı yönde bkz., AYM, B. No: 2015/6974, 10/4/2015; B. No: 2015/5693, 30/3/2015; B. No: 2014/6431, 2014/6431.

<sup>21</sup> Olağan kanun yollarından Bölge Adliye Mahkemeleri (B.A.M) ile Bölge İdare Mahkemelerine (B.İ.M) yapılan istinaf başvuruları; Yargıtay ve Danıştay’a yapılan temyiz başvuruları anlaşılmaktadır. Bireysel başvurudan evvel olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekir. Ancak olağanüstü kanun yolu olan *yargılamanın yenilenmesi* yolunun tüketilmesine gerek yoktur. Medeni usul hukuku açısından kanun yolları hakkında detaylı bilgi için bkz.; **Muhammet Özkes**, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, C. III, 15. Bs, İstanbul 2017, s. 2150 vd.; **Baki Kuru**, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, 2017, s. 478 vd.; **İbrahim Özbay**, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Neler Getirdi?*, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 417 vd. İdari yargılama hukuku bakımından kanun yolları hakkında bk.; **Ramazan Çağlayan**, *İdari Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2017, s. 765 vd. Ceza Muhakemesi Kanuna göre olağan kanun yolları şunlardır; itiraz (CMK m.267-271), istinaf (CMK m.272-285) ve temyiz (CMK m. 286-307). Olağanüstü kanun yolları ise; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı (CMK m.308). Kanun yararına bozma (CMK m. 309-310) ve Yargılamanın yenilenmesidir (CMK m. 311-323).

başvuru mümkün olmayacaktır. Hâlbuki Anayasadaki düzenlemeye göre bireysel başvurunun kabul edilmesini temel amacı temel hak ve hürriyetlere yönelik ihlallerin giderilmesi ve önlenmesidir.<sup>22</sup>

Özetle ihlalin bir yargı organı kararı ya da ihmalden kaynaklanması durumunda bireysel başvuruda bulunmak mümkündür. Diğer bir ifadeyle adli, idari ve uyuşmazlık yargısının kesinleşmiş tüm kararlarına karşı bu yola başvurmak mümkündür.<sup>23</sup>

### III. BİREYSEL BAŞVURUYA KONU EDİLEMİYECEK İŞLEM VE KARARLAR

#### A. Genel Olarak

Bireysel başvurunun konusu ile ilgili olarak Anayasa m. 148/3'e göre; *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir."* Bu husus Anayasaya uygun olarak 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinde de *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir."* Şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca Kanunun aynı maddesinin ikinci fıkrasında da *"İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir."* denilmek suretiyle bireysel başvurunun konusunun kamu gücünden kaynaklanan eylem, işlem ve ihmallerin oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Ancak kamu gücünden kaynaklanan bütün eylem, işlem ve ihmellere karşı başvuru yolunu açık olmadığını ifade etmeliyiz. Zira Anayasa m. 148/3'te *"başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır"* denilerek başvuruya ilişkin ilk koşul belirtilmiştir. Devamında ikinci fıkrada da; *"bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz"* denilmek sureti ile bireysel başvurunun kapsamı somutlaştırılmıştır. Kanunun 45.

<sup>22</sup> Şahbaz, s. 83.

<sup>23</sup> Sabuncu/Esen Arnwine, s. 229-246.

maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında hangi işlem ve kararlardan dolayı bireysel başvurunun yapılamayacağı belirtilmiştir.<sup>24</sup>

6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin ikinci fıkrasında, Anayasadaki düzenlemeye uygun olarak, bireysel başvuruda bulunabilmek için ilk olarak “ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş...” olması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla bir idari eylem, işlem veya ihmâlden dolayı ilk önce öngörülmüş olan bütün idari veya yargısal başvuru yollarının tüketilmesi gerekir. Bu başvurunun ikincil olma niteliği ile uyum içindedir.

Üçüncü fıkrada ise “yasama işlemleri<sup>25</sup> ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz” denilerek hangi işlem ve kararlara bireysel başvuru yolunun kapalı olduğu belirtilmiştir. Çalışmamızın bu kısmında bireysel başvuruya konu edilemeyecek mezkûr karar ve işlemleri inceleyeceğiz.

## B. Yasama Organı İşlemleri

Yasama organının, yasamanın görev ve yetkilerine uygun olarak yaptığı işlemler yasama organı işlemleridir. Hangi işlemlerin yasama organı işlemi olduğuna yönelik Anayasada açık bir hüküm yoktur. Ancak yasama organının görev ve yetkilerinin neler olduğu Anayasanın Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri kenar başlıklı 87. maddesinde belirtilmiştir.<sup>26</sup> Anayasanın 87. maddesinden hareketle

<sup>24</sup> 6216 sayılı Kanun m. 45/3, “Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.”

<sup>25</sup> **Gözler**, yasama işlemlerini, yasama organı tarafından yapılan işlemler şeklinde tanımlamaktadır. Yasama işlemi kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Temmuz 2018, s. 615 vd.

<sup>26</sup> TBMM’nin görev ve yetkileri AY m. 87’de şu şekilde belirtilmiştir; “Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; bütçe ve kesinhesap kanun tekliflerini görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek; milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir.”

yasama organının, yasama görev ve yetkilerine dayanarak, belli bir hukuki sonuç doğurmak üzere yaptığı irade açıklamaları yasama organı işlemi olarak tanımlanmaktadır.<sup>27</sup> Yasama organı işlemleri düzenleyici işlem niteliğinde yapılan kanun ile bireysel işlem niteliğinde yapılan parlamento kararları<sup>28</sup> şeklinde tasnif edilir.<sup>29</sup> Parlamento kararlarına örnek olarak da; TBMM İçtüzüğü (m. 95), Yasama dokunulmazlığının kaldırılması (m. 83), milletvekilliğinin düşmesi (m. 84), açık-gizli oylama kararları (İçtüzük m. 143, 147), Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna<sup>30</sup> dair kararı (m. 105), savaş ilanı kararı (m. 92) verilebilir.

Yasama organı işlemlerine karşı bireysel başvuruda bulunulamayacağına ilişkin Anayasada herhangi bir hüküm yoktur. Ancak 6216 sayılı Kanun, m. 45/3'te açık bir biçimde “*yasama işlemleri... ..bireysel başvurunun konusu olamaz*” denilerek yasama organı işlemlerini başvurunun kapsamı dışında bırakılmıştır. Fakat yasama organı işlemlerinin kişilere uygulanması ile bir hak ihlali vukuu bulursa bu durumda yasama organı işlemi aleyhine bireysel başvurunun yapılması mümkündür.<sup>31</sup> Bu durumda da doğrudan yasama organı işlemine karşı değil, sadece o işlemde kaynaklanan hak ihlalinin giderilmesi amacı ile başvuru yapılabilir.<sup>32</sup> Dolayısı ile yasama organı işlemine karşı doğrudan bireysel başvurunun yapılması mümkün değildir. Bu husus AYM'nin denetimine tabi olan ve olmayan normlara ilişkindir.<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> **Gözler**, s. 619.

<sup>28</sup> “*Meclis kararlarına karşı, bunların kişilerin haklarını ihlal etmeleri söz konusu olamayacağına göre, anayasa şikâyeti yolu kuşkusuz kapalı olacaktır*”, **Sabuncu/Esen Arnwine**, s. 229-246.

<sup>29</sup> **Gözler**, s. 623.

<sup>30</sup> AY m. 105/1, “*Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir.*”

<sup>31</sup> **Ekinci-Sağlam**, s. 13

<sup>32</sup> AYM, 2013 tarihli kararlarında bu hususu şöyle izah etmiştir; “*... Bir yasama işleminin, bir temel hak ve hürriyetin ihlaline neden olması durumunda, doğrudan yasama işlemi aleyhine değil, ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmellere karşı bireysel başvuru yapılabilir.*” AYM, B. No: 2013/469, 16/04/2013, §§,5,17; B. No: 2013/4061, 30/09/2013, §, 13. AYM kararları için bkz., **Çelik**, s. 144.

<sup>33</sup> AYM'nin denetim yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., **Gözler**, s. 1030 vd.

Anayasa m. 148/3 ve 6216 sayılı Kanun m. 45/1'e göre, Anayasa, AİHS ve AİHS'e Ek Protokollerinin ortak güvencesinde olarak temel hak ve hürriyetlerden herhangi birinin "kamu gücü tarafından" ihlal edilmesi durumunda, AYM'ye bireysel başvuru yapılabilir. Kamu gücü kavramından ise yasama, yürütme ve yargı organı işlemlerinin tamamı anlaşılmalıdır. Anayasada "kamu gücü kavramı" kullanıldığından yasama işlemleri de kamu gücünden kaynaklanan işlemler olduğu için, aslında yasama organı işlemlerinden dolayı bireysel başvurunun yapılabilmesi gerekir. Ancak Anayasanın bu hükmüne rağmen 6216 sayılı Kanunun 45/3. maddesi ile "...yasama işlemleri..."ın bireysel başvuru dışında bırakılması, başvurunun bütün kamu gücü işlemleri bakımından kullanılamayacağını göstermektedir. Kanaatimizce 6216 sayılı Kanundaki bu düzenleme, Anayasadaki düzenlemeye aykırı olarak anayasal hükmün kapsamını daraltmıştır. Anayasada yer alan, "herkes, temel hak ve hürriyetlerden, (...) herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir" düzenlemesi, bireysel başvurunun sadece yargı kararları bakımından kabul edilmediğini göstermektedir. Diğer bir ifadeyle Anayasanın tüm kamusal işlemler bakımından kabul ettiği bireysel başvuru hakkının 6216 sayılı Kanun (6216, m.45/3) ile yargı kararları dışında kullanılamaz hale getirilmesi Anayasaya aykırı<sup>34</sup> olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle bireysel başvuru konusuna dahil olan ve olmayan normlar hususunun, 6216 sayılı Kanun yerine Anayasa ile düzenlenmesi aykırılığın oluşmaması bakımından daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Yasama organının işlemlerine karşı doğrudan başvuru yolu kapalıdır. Acaba yasama organının ihmallerine karşı başvuru yapılabilir mi? Emredici bir düzenlemenin varlığına rağmen, yapılması gerekenin yapılmaması ihmal olarak ifade edebiliriz. Yasama organın yapması gerektiği bir kanunu yapmaması ihmal olarak görülebilir mi ve buna karşı bireysel başvuru yapılabilir mi? Kanaatimizce yasa koyucunun ihmalden kaynaklanan eksik bir kanuni düzenleme dolayısı ile meydana gelen temel hak ihlallerinden dolayı bireysel başvuruda bulunmak mümkündür. Öncelikli olarak bir ihmalin var olup olmadığını belirlemek gerekir. Bunun için, kural olarak, Alman hukukunda olduğu gibi, bireysel başvuruya konu edilebilecek temel hak ve hürriyetlere ilişkin yasama organının düzenleme yapması için açık bir anayasa hükmünün bulunması koşulu aranmalıdır.<sup>35</sup> Çünkü yasama organının

<sup>34</sup> Şahbaz, s. 80-83; Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi", s. 28.

<sup>35</sup> Sabuncu/Esen Arnwine, s. 229-246.



ihmali,<sup>36</sup> genel olarak yapmama değil, anayasanın yapılmasını istediği, beklediği bir düzenlemeyi yapmaması olarak ifade edilir.<sup>37</sup>

Örneğin ailenin korunması, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının çocuklarının eğitimi, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, düzeltme ve cevap hakkı, hak arama özgürlüğü, mülkiyet hakkı vb. gibi haklarla ilgili olarak Anayasada “*kanunla düzenlenir*”, “*gerekli tedbirleri alır*”, “*teşkilatı kurar*”, “*devletin ödevidir*” gibi ifadeleri kullanılmıştır. Bu konuda yasama organına takdir hakkı bırakılmıştır. Bu haklar için kesin bir anayasa emrine işaret etmemektedir. Ancak yurt dışında bulunan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının seçme hakkı, ispat hakkı, devletin işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme yükümlülüğü gibi haklarla ilgili olarak ise Anayasa’nın kanun koyucuya açıkça kanuni düzenleme yapmasını emrettiği durumlarda, yasama organı gerekli kanuni düzenlemeleri yapmaz ve ilgilinin bir menfaati/hakkı ihlal olursa (başvuru yolu belirtilmediği için kanun yoluna başvuramazsa), bu durumda yasama organının ihmali söz konusu olur.<sup>38</sup> Böyle bir durumda başvurusunun, kişisel bir menfaatinin ihlal edildiğini ispatlaması durumunda, bireysel başvuru yapabileceği kanaatindeyiz. Bu düzenlemelerle ilgili olarak hangi ihmalin anayasal hak ihlali oluşturacağı Anayasa Mahkemesince her tekil olayda ayrıca araştırılmalıdır.<sup>39</sup>

### C. Düzenleyici İdari İşlemler

Yürütme organının belli bir sonuç doğurmaya yönelik, soyut, genel ve herkese yönelik irade açıklamaları idarenin düzenleyici işlemleri olarak tanımlanmaktadır.<sup>40</sup> İdarenin düzenleyici işlemleri 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliklerinden sonra Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (olağan/olağanüstü dönem), yönetmelik

---

<sup>36</sup> Yasama ihmalleri ve ihmal kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz., **Tolga Şirin**, *Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru)*, İstanbul 2013, s. 365-383.

<sup>37</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz., **Sabuncu/Esen Arnwine**, s. 229-246.

<sup>38</sup> **Sabuncu/Esen Arnwine**, s. 229-246.

<sup>39</sup> **Sabuncu/Esen Arnwine**, s. 229-246.

<sup>40</sup> Bu konuda daha fazla bilgi için bkz., **Kemal Gözler**, *İdare Hukuku*, C. I, 2. Baskı, Bursa 2009, s. 1153 vd.; **Ergun Özbudun**, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Baskı, Ankara 2011, s. 245-264; **Ramazan Çağlayan**, *İdare Hukuk Dersleri*, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 308.

ve diğer adsız düzenleyici işlemler olarak düzenlendi. Bu Anayasa değişikliğiyle KHK ve tüzük uygulamasına son verildi.

Yasama organı işlemlerinde olduğu gibi 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin üçüncü fıkra ile, Anayasanın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “*kamu gücü*” kavramı somutlaştırılarak, düzenleyici idari işlemler de bireysel başvurunun kapsamına alınmamıştır. Oysa Anayasadaki “*kamu gücü*” kavramı herhangi bir kısıtlama olmaksızın düzenlenmiştir. Bu kavramın yasama, yürütme ve yargı organlarını kapsadığı kuşkusuzdur. Ancak 6216 sayılı Kanunun 45. maddesini üçüncü fıkrasına göre, düzenleyici idari işlemlere karşı doğrudan bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle bir yönetmeliğin iptali için doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir.<sup>41</sup> Ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de iptali için doğrudan bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir.<sup>42</sup> Aynı durumun olağanüstü yönetim dönemlerinde (olağanüstü hallerde) çıkarılan CBK’ler<sup>43</sup> bakımından da geçerli olduğunu belirtmeliyiz. Zira Anayasa’nın 148. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, olağanüstü ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz. Diğer bir ifadeyle bu dönemlerde çıkarılan CBK’lere karşı soyut ve somut norm denetimi yolu kapalıdır. Olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri<sup>44</sup>, Anayasa m. 148/1 uyarınca, soyut ve somut norm denetiminin istisnalarını oluşturmaktadır. Ancak biz bu düzenlemelere karşı bireysel başvuru yolunun kapatılmamış olduğu kanaatindeyiz. Zira Anayasanın 13. maddesinin birinci fıkrası<sup>45</sup> ile 119. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler bakımından, ilgili kanunda

41 Göztepe, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi”, s. 28.

42 “Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.” (6216 sayılı Kanun m. 45/3).

43 Çalışmamızda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri CBK olarak kısaltılmıştır.

44 Olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çalışmamızda OHAL CBK’leri şeklinde kısaltılmıştır.

45 AY m. 13; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

(Olağanüstü Hal Kanunu) yer alan sınırlamalardan daha fazla bir sınırlamanın getirilmesi mümkün değildir. Aksi halde Anayasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrası<sup>46</sup> çerçevesinde, sınırlı olarak AY m. 15/2'de<sup>47</sup> belirtilen durumlardan birinin ihlali iddiası ile bireysel başvurunun yapılması mümkün olabilecektir.

Ancak düzenleyici bir idari işlemin kişilere uygulanması durumunda, Anayasa (m. 125) ve İYUK'a uygun olarak bu işleme karşı idari yargıda dava açmak mümkündür. Zira Anayasaya (m. 125) göre idarenin bütün işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açıktır. İdari yargının nihai kararlarına karşı, olağan kanun yolları<sup>48</sup> tüketildikten sonra, bireysel başvuru yolunun açık olduğunu özellikle belirtmeliyiz. Diğer bir ifadeyle idarenin düzenleyici işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuruda bulunmak mümkün olmamakla beraber dolaylı olarak işlemin kişiselleştirilmesi ve bu şekilde bir hak ihlalinin oluşması durumunda bireysel başvuruda bulunmak mümkündür.

#### D. Cumhurbaşkanlığı İşlemleri

21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile yapılan Anayasa değişiklikleri 9 Temmuz 2018'de yürürlüğe girdi.<sup>49</sup> 2017

<sup>46</sup> Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması başlıklı 15. maddesinin birinci fıkrası; “Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasında kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” şeklindedir.

<sup>47</sup> Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması başlıklı 15. maddesinin birinci fıkrası; “Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

<sup>48</sup> Anayasa m. 148/3: “Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”; 6216 sayılı Kanun m. 45/2: “İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmali için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.”

<sup>49</sup> Anayasa değişikliğine ilişkin hükümlerin yürürlük tarihi ayrıca belirlenmiştir. Hangi düzenlemelerin ne zaman yürürlüğe gireceği 6771 sayılı Kanun m. 18/b'ye göre; “..101'inci maddelerinde yapılan değişiklikler, birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarihte” yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir.

Anayasa değişikliklerinden önce Anayasanın “*yargı yolu*” kenar başlıklı 125. maddesinin ikinci fıkrası, “*Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler... ..yargı denetimi dışındadır*” şeklindeydi. Buna göre Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler yargı denetimi dışında bırakılmıştı. Ancak 6771 sayılı Kanunun 16’ncı maddesiyle, Anayasa’nın 125. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır. Ancak,*” ibaresi madde metninden çıkarıldı. Yeni düzenlemeyle Cumhurbaşkanının yürütme adına işlem yapma yetkileri artırıldı. Cumhurbaşkanının yapabileceği işlemler; düzenleyici işlem niteliğinde olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri,<sup>50</sup> Cumhurbaşkanı yönetmelikleri ve diğer düzenleyici idari işlemler (genelge,<sup>51</sup> tebliğ, yönerge, sirküler vb.) ile bireysel işlem niteliğinde olan Cumhurbaşkanı kararlarından<sup>52</sup> oluşur. Cumhurbaşkanı bu işlemlerin tamamını tek başına yapar.

Danıştay Kanunu m. 24/1-a’ya göre; bireysel nitelikte olan Cumhurbaşkanı kararlarına karşı doğrudan Danıştay’da iptal davası açmak mümkündür. Danıştay bu davaya ilk derece mahkemesi olarak bakar. Danıştay’ın kesinleşen kararlarına karşı bireysel başvuru yolu açıktır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı kararı ile bir hak ihlalinin oluşması durumunda, başvuru yolları tüketildikten sonra, AYM’ye bireysel başvuru yapmak mümkündür.

AYM m. 148/1’e göre; “*Anayasa mahkemesi, ....Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin.... ....Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler...*” 6216 sayılı Kanun m. 45/3’te de; “*...düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı...*” açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığının düzenleyici işlemleri olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, Cumhurbaşkanı yönetmeliklerine ve diğer düzenleyici idari işlemlerine (genelge, tebliğ, yönerge, sirküler vb.) karşı doğrudan bireysel başvuru yapmak mümkün değildir. Cumhurbaşkanlığı

50 AY m. 104/17, “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.*” Örnek: Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum Ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Sayısı: 4 Yayımlandığı Resmî Gazetenin Tarihi - Sayısı: 15/7/2018 - 30479)

51 Örnek: Cumhurbaşkanlığının 2018/13 sayılı, 11 Ekim 2018 tarihli Genelgesi.

52 Örnek: Cumhurbaşkanlığının Karar: 2018/202 sayılı, 26 Ekim 2018 tarihli atama kararları.

kararnemelerini doğrudan denetleme yetkisi AYM'ye aittir. AYM kararları da kesin olduğundan, doğrudan ya da dolaylı olarak, CBK'lere karşı bireysel başvuru yapmak mümkün değildir.

Cumhurbaşkanının yönetmelikleri ve diğer düzenleyici idari işlemlerine karşı idari yargıya başvurmak mümkündür. Danıştay Kanunu m. 24/1-b'ye göre; Danıştay, "Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnemeleri dışındaki düzenleyici işlemlere..." karşı açılan davalara ilk derece mahkemesi olarak bakar. Mahkemelerin kesinleşmiş kararlarına karşı bireysel başvuru yapmak mümkündür. Bu nedenle doğrudan olmasa bile dolaylı olarak, ortak korumada olan temel haklardan birinin ihlali durumunda,<sup>53</sup> Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan yönetmelik ile diğer düzenleyici işlemlerine (genelge, tebliğ, yönerge, sirküler vb.) karşı bireysel başvuru yapmak mümkündür. Diğer bir ifadeyle idari yargının kesinleşen herhangi bir kararı ile, ortak korumada olan temel haklardan birinin ihlal edilmesi durumunda, AYM'ye bireysel başvuru yapmak mümkündür. Bu nedenle dolaylı olarak Cumhurbaşkanı yönetmelikleri ile Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan diğer düzenleyici idari işlemlerine karşı bireysel başvuru yapmak mümkündür.

AY m. 119/4; "Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur." Bu düzenlemeye göre olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnemelerini çıkarabilir. AY m. 148/1'e göre OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnemelerine karşı Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz. Bu düzenleme ile OHAL CBK'lerinin denetim dışı bırakıldığı açıktır. Dolayısıyla OHAL CBK'lerine karşı doğrudan ya da dolaylı olarak bireysel başvurunun yapılması mümkün değildir.

### **E. Anayasanın Denetim Dışı Bıraktığı Diğer İşlem ve Kararlar**

6216 sayılı Kanunun (m. 45/3) "Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz" hükmünden hareketle, Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere karşı

<sup>53</sup> Çalışmamızda tercihen kullandığımız "ortak koruma" kavramı AYM tarafından da kullanılmaktadır. Bu hususta bkz., AYM, B. No: 2017/22108, 10/10/2018, §§, 91,96.

bireysel başvurunun yapılamayacağı açıktır. Burada Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlem ve kararları ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

### 1. Yüksek Askerî Şûra Kararları

21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanununun 16'ncı maddesiyle, Anayasa'nın 125. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır. Ancak,*" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Anayasa m. 125/2'nin değişiklikten sonraki hali şu şekildedir; "*Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.*" Buna göre Yüksek Askerî Şûra'nın kararlarına karşı kural olarak yargı yolunun açık olduğunu belirtmeliyiz. Diğer bir ifadeyle YAŞ'ın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma dışındaki her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır. YAŞ'ın sadece terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma kararlarına karşı yargı yolu kapalıdır. Bu iki istisna dışında YAŞ'ın kararlarına karşı yargı yolu açıktır. Bu düzenlemelerden hareketle YAŞ'ın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma dışındaki her türlü ilişik kesme kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunmak da artık mümkün hale gelmiştir. YAŞ'ın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma dışındaki her türlü ilişik kesme kararlarına karşı, bütün başvuru yolları tüketildikten sonra, son bir çare olarak bireysel başvuruda bulunmak mümkündür. 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan bu değişiklik, hukuk devleti ilkesi bakımından olumlu bir değişikliktir. Aynı zamanda bireysel başvuru kapsamının da genişlemesine katkı sağlamaktadır.

### 2. Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kararları

21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanununun 14 üncü maddesiyle, Kurul'un isminde yer alan "*Yüksek*" ibaresi madde metninden çıkarılmış ve Kurul ile ilgili de önemli değişiklikler yapılmıştır. Kural olarak Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun kararlarına karşı, bir istisna dışında, yargı yolu kapalıdır. HSK'nın kararlarının yargı denetimine ilişkin Anayasa m. 159'da "*meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz*" şeklinde açık bir düzenleme mevcuttur. Aslında 12 Eylül 2010 tarihli halkoylaması ile onaylanan 5982 sayılı Anayasa değişikliği Kanununun kabul edilmesinden önce HSK'nın bütün kararlarına karşı yargı yolu

kapalıydı. Haklı olarak bu durum AİHM tarafından AİHS'nin 13. maddesinde düzenlenen “*etkili başvuru hakkına*” aykırı görülüp eleştirilmekteydi.<sup>54</sup>

Bu husus 11/12/2010 tarih ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu m. 33/5'te “*Genel Kurulun veya dairelerin, meslekten çıkarma cezasına ilişkin kesinleşmiş kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulabilir; diğer kararları yargı denetimi dışındadır. Meslekten çıkarma kararlarına karşı açılan iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür. Bu davalar, acele işlerden sayılır*” şeklinde Anayasaya uygun olarak yeniden düzenlendi. Anayasa, 6216 sayılı Kanun ve HSKK'da, Kurulun meslekten çıkarma cezalarının bireysel başvurunun kapsamının dışında bırakıldığına dair özel bir hüküm bulunmadığından hareketle,<sup>55</sup> HSK'nın meslekten çıkarma cezalarına ilişkin kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunmak mümkün olmalıdır. Bunun için de öncelikli olarak iç hukuk yollarının tüketilmesi şarttır. Diğer bir ifadeyle meslekten çıkarma kararına karşı öncelikli olarak Genel Kurula yeniden inceleme talebinde bulunur. Genel Kurulun bu talebi reddetmesi durumunda, Danıştay'da meslekten çıkarma cezasının iptali için iptal davası açılır.<sup>56</sup> Bu davadan da olumlu bir neticenin alınamaması üzerine son bir çare olarak AYM'ye bireysel başvuruda bulunmak mümkündür. Ancak Kurul'un meslekten ihraç kararı dışındaki kararlarına karşı yargı yolu kapalı olduğundan bireysel başvuru yolunun da kapalı olduğunu ifade etmeliyiz. Aksi bir uygulama konusunda Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yorumu beklenilmelidir. Ancak HSK kararlarına karşı bir istisna dışında yargı yolunun kapalı olması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Zira verildiğinde kesin olan kararlara karşı bireysel başvuru yolunun açık olması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu nedenle Kurulun bütün kararlarına karşı yargı yolunun ve dolayısıyla bireysel başvuru yolunun tamamen açık olması gerektiği kanaatindeyiz.

---

54 AİHM'nin Sacit Kayasu/Türkiye kararı, <http://www.kararara.com/aihm/turkce/aihm/10195.htm>, (E.T. 18.10.2018).

55 **Selami Turabi**, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, Ankara 2013, s. 113.

56 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu m. 33/5: “*Genel Kurulun veya dairelerin, meslekten çıkarma cezasına ilişkin kesinleşmiş kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulabilir; diğer kararları yargı denetimi dışındadır. Meslekten çıkarma kararlarına karşı açılan iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür. Bu davalar, acele işlerden sayılır.*”

### 3. Yüksek Seçim Kurulu Kararları

Bireysel başvurular açısından Anayasa'nın 79. maddesinde düzenlenen Yüksek Seçim Kurulu'nun (YSK) kararları özel bir önem arz etmektedir.<sup>57</sup> Çünkü Anayasanın 79. maddesinin ikinci fıkrasında “...Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağı” belirtilmektedir. Malum olduğu üzere YSK seçimle ilgili bütün konuları karara bağlama, itirazları inceleme mercii olarak, seçilme hakkının ve siyasal partilerin varlıklarını sürdürmeleri açısından önemli kurumlarından birisidir. Bu nedenle Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun açık olması gerekir.<sup>58</sup> Aksi durumda YSK'nın kararlarına karşı bireysel başvurunun yapılamaması, siyasal katılım haklarıyla ilgili çok önemli kamu gücü işlemlerinin temel hak ve hürriyetlere uygunluk bakımından denetlenememesine neden olabilecektir.<sup>59</sup>

6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin ikinci fıkrasında “İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir” denilmektedir. Anayasaya göre Yüksek Seçim Kurulu seçim yargısının en üst mercii olarak bu yöndeki şikâyet ve itirazları kesin olarak inceler ve karara bağlar (AY m. 79). Anayasa ile 6216 sayılı Kanunun bu hükümlerinden hareketle YSK kararlarına karşı, öngörölen bütün idari ve yargısal yollar tüketilmiş olduğundan, bireysel başvuruda bulunmak mümkün olmalıdır. Ancak yine Anayasanın 79. maddesinin “...Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz” hükmü ile 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin 3. fıkrasının “...Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz” hükmü ve YSK kararlarının kesin olmasından hareketle; YSK kararlarına karşı yargı yolu kapalıdır.<sup>60</sup> Dolayısı ile mevcut Anayasa ve Kanun hükümlerine göre YSK kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir.<sup>61</sup> Ancak Anayasa Mahkemesi, bireysel

<sup>57</sup> Şahbaz, s. 84-85.

<sup>58</sup> Sabuncu/Esen Arnwine, s. 229-246.

<sup>59</sup> Göztepe, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi”, s. 28.

<sup>60</sup> Musa Sağlam, “YSK Kararları Bireysel Başvuru Konusu Olabilir mi?”, HUKAB, Sayı: 2, Temmuz-Eylül 2012, s. 38-39.

<sup>61</sup> YSK kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunmakla ilgili daha fazla bilgi için bkz.; Sağlam, “YSK Kararları”, s. 38-39.



başvuru kurumunun etkili ve başarılı olması için, YSK kararlarının uygulanması ile ortak koruma alanında olan temel haklardan birinin ihlal edilmesi durumunda, sırf bu hak ihlalini gidermek üzere sınırlı olarak inceleme yapabilmelidir. Ayrıca Anayasanın 79. maddesinin değiştirilmesi yönündeki görüşe<sup>62</sup> de iştirak ettiğimizi belirtmeliyiz. Konuya ilişkin olarak Yüksek Mahkemesinin 2013 yılında verdiği karar,<sup>63</sup> YSK kararlarının bireysel başvuru yolu ile denetlenmesi bakımından önemli bir ilk adım olarak değerlendirilmektedir.

#### 4. Sayıştay Kararları

Anayasa (m. 148/3) ve 6216 sayılı Kanuna (m. 45/1) göre ortak koruma alanında olan temel haklarından herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi durumunda kişi, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilecektir. Bu ihlalin yargı kararından veya idarenin (kamu gücünün) işlem, eylem ve ihmalden kaynaklanması bireysel başvuru açısından önemli değildir. Önemli olan kamu gücünden kaynaklanan bir hak ihlalinin olmasıdır. Bu durumda bireysel başvuru yolu söz konusu olacaktır. Aslında bu ihlal adli veya idari yargının kesinleşmiş bütün kararlarından kaynaklı olabilir. Diğer bir ifadeyle bireysel başvuru, anayasa yargısı hariç olmak üzere bütün yargı kararlarından kaynaklanan hak ihlallerini kapsar.<sup>64</sup>

Anayasada, Sayıştay kararlarına ilişkin olarak sadece “*idari yargıya başvurulamayacağı*” (AY. m. 160) hükmü vardır. Salt bu ifadeden hareketle Sayıştay kararlarına karşı Anayasa Yargısı yolunun açık olduğunu ifade edebiliriz. Zira Anayasada, Sayıştay kararlarına karşı idari yargıya başvurulamayacağı ifade edilmiştir. 6216 sayılı Kanunun 45/3. maddesinde de yalnızca Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun kapalı olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle Anayasa ve 6216 sayılı Kanunda aksine bir hüküm olmadığından hareketle, Anayasa Mahkemesi'nin Sayıştay'ın yargısal nitelikli kararlarına karşı bireysel başvuruları kabul etmesinde bir engel olmadığı

---

<sup>62</sup> Sağlam, “YSK Kararları”, s. 39.

<sup>63</sup> AYM, 2013/3912 (İsmail Taşpınar), kararında AİHS kapsamında İlçe Seçim Kurullarının mahkeme olarak kabul edilmesine karara vermiştir. Kesinleşmiş yargı kararlarına karşı bireysel başvuru yolu açıktır. Bu nedenle il ve ilçe seçim kurulu kararlarına karşı, YSK'ye yapılan itirazdan sonra, AYM'ye bireysel başvurunun yapılabilmesi mümkün kılınmalıdır.

<sup>64</sup> Sabuncu/Esen Arnwine, s. 229-246.

kanaatindeyiz.<sup>65</sup> Yüksek Mahkeme de baktığı başvurularda Sayıştay kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunulabileceğine dair kararlar verdi.<sup>66</sup> Yüksek Mahkeme'nin bu hususa ilişkin kararlarından, Sayıştay kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunmanın mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Sayıştay'ın yargısal nitelikteki kararlarına karşı bireysel başvurunun yapılabilmesi hukuk devleti ilkesi açısından önem arz etmektedir.

### 5. Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasaya (m. 153/1) göre “Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir.” Yine 153/son’a göre “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.” Anayasanın bu hükmünden hareketle Anayasa Mahkemesinin kararları bütün organları, makamları ve kişileri bağlar. Yasama organının bilhassa iptal kararlarına ve gerekçelerine aykırı kanun çıkarmak da mümkün değildir.<sup>67</sup> Aynı şekilde m. 152/son fıkrada “Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmününün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz” denilmekle kararlarının bağlayıcılığı açıkça düzenlenmiştir.

Anayasaya uygun olarak 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin 3. fıkrasında açık bir biçimde, Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun kapalı olduğu ifade edilmiştir. Bu hükümlerden hareketle Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı bireysel başvurunun yapılmasının mümkün olmadığını belirtmeliyiz. Diğer bir ifade ile yargı organının kararlarının bireysel başvuru konusu olmasının en temel ve hatta tek istisnası Anayasa Mahkemesi kararlarıdır. Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma ve siyasi partilerin mali denetimine ilişkin kararları da dahil olmak üzere bütün kararlarına karşı bireysel başvuru yolu kapalıdır.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Esen, s. 50.

<sup>66</sup> AYM, Genel Kurul, B. No: 2013/3228, 10/12/2015, R.G. Tarih ve Sayı: 14/1/2016-29593; AYM, B. No: 2012/615, 21/11/2013 (E. T. 18.08.2018).

<sup>67</sup> Bu konuda daha fazla bilgi için bkz.; Özbudun, s. 341-342; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 436 vd.

<sup>68</sup> Sabuncu/Esen Arnwine, s. 229-246; aynı yönde bkz., Şirin, s. 341-343.

## SONUÇ

Devletin temel organları olan yasama, yürütme ve yargı kamu gücünü kullanarak işlem yapma yetkisine sahiptirler. Kamu gücü kullanılarak yapılan bütün işlemlerden dolayı bireysel başvurunun yapılması mümkün değildir. Anayasaya göre; “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir (148/3).*” Bu husus 6216 sayılı Kanunda da, “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Anayasa ve Kanundaki bu düzenlemelerden, ancak kamu gücü kullanılarak yapılan işlemlere karşı, başvuru yolları tüketildikten sonra, bireysel başvuru yapılabilir. Fakat kamu gücü kullanılarak yapılan bütün işlemlere karşı bireysel başvuru yapılamaz. Bireysel başvurunun konusu dışında bırakılmış işlem ve kararları aşağıdaki gibi sıralamamız mümkündür:

1. Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı milletlerarası andlaşmalara (AY m. 90), inkılap kanunlarına (AY m. 174), kanun hükmünde olan olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine (AY m. 148), meslekten çıkarma cezası dışındaki HSK (AY m. 159) kararları ve YAŞ’ın terfi işlemleriyle kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma (AY m. 125/2) kararlarına karşı bireysel başvuru yapılamaz.

2. Yasama organı işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılmaz. Zira 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “*Yasama işlemleri... bireysel başvurunun konusu olamaz.*”

3. Yargı kararları açısından, 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin üçüncü fıkrasında, sadece Anayasa Mahkemesi kararları bireysel başvurunun kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle AYM kararları dışında adli ve idari yargının kesinleşmiş bütün kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun açık olduğunun kabulü gerekir.

4. Anayasa Mahkemesi tarafından mahkeme oldukları tespit edildiği takdirde, YSK ve Sayıştay’ın yargısal nitelikli kararlarına karşı da bireysel başvuru yolu açık olmalıdır.

5. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine karşı bireysel başvuru yolu kapalıdır. 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin üçüncü fıkrasında,

“düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı” açıkça belirtilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan ve düzenleyici nitelikte idari işlemlerdir. Anayasa m. 148/1’e göre AYM, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini şekil ve esas bakımından denetler. Bu nedenle CBK’ler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapmak mümkün olmamakla beraber, CBK’lerin uygulanmasından dolayı bireysel bir hak ihlalinin olması durumunda, başvuru yolları tüketildikten sonra bireysel başvuru yapılabilmelidir.

6. Yürütme organının diğer düzenleyici idari işlemlerine (yönetmelikler, tebliğler, genelgeler vs.) karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamaz. Ancak bu işlemlerin kişilere uygulanması durumunda, Anayasa (m. 125) ve İYUK’a uygun olarak, olağan kanun yolları tüketildikten sonra, bireysel başvuru yolunun açık olduğunu ifade etmeliyiz. Diğer bir ifadeyle idarenin düzenleyici işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuruda bulunmak mümkün olmamakla beraber dolaylı olarak işlemin kişiselleştirilmesi ve bu şekilde bir hak ihlalinin oluşması durumunda bireysel başvuruda bulunmak mümkündür.

7. Bireysel işlem niteliğinde olan Cumhurbaşkanı kararlarına karşı, başvuru yolları tüketildikten sonra, bireysel başvurunun yapılabileceği kanaatindeyiz. Zira bireysel idari işlemlere karşı başvurunun yapılamayacağına dair herhangi bir düzenleme yoktur. Ayrıca Danıştay Kanunu m. 24/1-a’ya göre; bireysel nitelikte olan Cumhurbaşkanı kararlarına karşı doğrudan Danıştay’da iptal davası açmak mümkündür. Danıştay’ın kesinleşen kararlarına karşı bireysel başvuru açıktır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı kararı ile bir hak ihlalinin oluşması durumunda, başvuru yolları tüketildikten sonra, AYM’ye bireysel başvuru yapmak mümkündür.

## KAYNAKÇA

- Aydın, Öykü Didem**, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XV (4), Ankara, 2011.
- Baamonde, Maria Emilia Casas**, “Amparo Başvurusu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 26, Yıl: 2009, s. 101-110.
- Çağlayan, Ramazan**, *İdare Hukuk Dersleri*, 5. Baskı, Ankara 2017.
- Çağlayan, Ramazan**, *İdari Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2017.
- Çelik, Yeşim**, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması*, Ankara 2016.
- Ekinci, Hüseyin**, “Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü”, Musa Sağlam (Edt.), *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru “Anayasa Şikâyeti”*, HUKAB Sempozyum Serisi, *HUKAB Yayınları*, Ankara 2011, s. 137-159, (Ekinci, “Anayasa Mahkemesi Kanunu”).
- Ekinci, Hüseyin/Sağlam, Musa**, *66 Soruda Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, www.anayasa.gov.tr, (3.5.2018).
- Esen, Selin**, “Türkiye’de Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)*, Tartışma Paneli, (Av. Özdemir Özok anısına) *TBB Yayınları*, Ankara, Ekim 2011, s. 44-55.
- Göztepe, Ece**, *Anayasa Şikâyeti*, AÜHF Yayınları No: 530 – AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45, Ankara 1998, (Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*).
- Göztepe, Ece**, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, Cilt: 95, Ankara 2011, s. 13-40, (Göztepe, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi”).
- Gözler, Kemal**, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Bursa, Temmuz 2018.
- Gözler, Kemal**, *İdare Hukuku*, C. I, 2. Baskı, Bursa 2009.
- Gören, Zafer**, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, *SÜHFD*, C. 5, S. 1-2, Konya 1996, s. 299-340.
- Hakeri, Hakan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. Bası), Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Hassemer, Winfried**, “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 21, Yıl : 2004, 1-13.
- Holzinger, Gerhart**, “Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, C. 26, Y. 2009, 61-79.

**Kuru, Baki**, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, 2017.

**Kim, Yang-Kyun**, “Kore’de Anayasal Başvuru Sistemi”, *AYD, AYM Yayınları*, C. 9, Ankara 1992, 347-355.

**Kılıncı, Bahadır**, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 25, Ankara 2008, s. 19-59.

**Mellinghof, Rudolf**, “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikayeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 26, Yıl: 2009, 31-44.

**Özbay, İbrahim**, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Neler Getirdi?*, 2. Baskı, Ankara 2013.

**Özbudun, Ergun**, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Baskı, Ankara 2011.

**Özekes, Muhammet**, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, C. III, 15. Bs, İstanbul 2017.

**Pimentel, Genaro David Gongora**, “Amparo Ne İçindir?”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 26, Yıl: 2009, 163-220.

**Sabuncu, Yavuz/Arnwine Esen, Selin**, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, *Anayasa Yargısı*, C. 21, Y. 2004, 229-246.

**Sağlam, Musa**, “YSK Kararları Bireysel Başvuru Konusu Olabilir mi?”, *HUKAB*, Sayı: 2, Temmuz-Eylül 2012, s. 38-39.

**Şahbaz, İbrahim**, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar”, *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti / Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)*, Tartışma Paneli, (Av. Özdemir Özok anısına) *TBB Yayınları*, Ankara, Ekim 2011, 71-129.

**Şirin, Tolga**, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)*, İstanbul 2013.

**Turabi, Selami**, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, Ankara 2013.

# İSLAM VE OSMANLI CEZA HUKUKUNDA KAZF SUÇU

*Arş. Gör. Beşir BABAYİĞİT\**

## Özet

Çalışmanın konusu günümüzden dört bin yıl öncesindeki hukuk metinlerinde bile yer alan kazf suçudur. Kazf, bir kişiye onun zina ettiği isnadında bulunmak veya kişinin nesebini inkâr etmektir. Kur'an'da yer alan suçlardan biri olan kazf, çalışmamızda İslam ve Osmanlı ceza hukuku bakımından ayrıntılı olarak ele alınmaya çalışılmıştır. Çalışmaya günümüz ceza hukuku açısından da şekil verilmeye gayret gösterilmiştir. Ayrıca kazfın günümüzde ayrı bir suç olarak yer alıp almamasının gerekliliği çalışmada sorgulanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kazf, iffete iftira, zina iftirası, hakaret, iftira

## Abstract

The subject of the study is kazf crime, which takes place in law texts that are four thousand years ago. Kazf means to accuse that he/she fornicated or to blame him/her as illegitimate. Kazf, one of the crimes in the Quran, has been discussed in detail on our study in terms of Islamic and Ottoman' penal law. It has been showed maximum effort to shape this study from the point of today's penal law. Additionally, the necessity has been examined whether kazf should be taken place as a separate crime today or not.

**Key Words:** Kazf, slander of pudicity, slander of fornication, defamation, slander

## GİRİŞ

Bir kimsenin zina ettiği veya zina sonucu dünyaya geldiği iftirasını atmaya kazf denir. Bu sebeple, kazf suçu; zina fiili, hakaret ve iftira

---

\* Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Geliş Tarihi: 22/09/2018 / Makale Kabul Tarihi: 21/10/2018

suçlarıyla bağlantılı bir suçtur. Kazfetmek, bir iftira olsa da özü itibarıyla hakarettir. Hakaret olmasının sebebi, kişinin iffetine karşı sövme niteliğine sahip olmasıdır. Kişinin zina yaptığını veya zina sonucu dünyaya geldiğini iddia etmek kişinin iffetine saldırı olduğu kadar onun toplumsal yaşamında da küçük düşmesine sebep olan bir nitelik arz etmektedir.

Kazf suçu, İslam ceza hukuku açısından had suçları arasında yer alması itibarıyla önemli bir hukuki değer ihlalini içermektedir. Nitekim bu suç Kur'an'da yaptırımını öngörülen bir had suçudur. Ancak belirtmek gerekir ki, kazf suçuna İslamiyet'ten önce de rastlanılmaktadır.

Kazf suçu tarihimiz içinde en son Osmanlı zamanında kabul edilmiş bir suçtur. Bu sebeple suç, İslam ceza hukukunun yanı sıra Osmanlı ceza hukuku açısından da çalışmamızda irdelenecektir. Osmanlı'nın resmi mezhebi Hanefi mezhebi olduğundan<sup>1</sup> çalışmada Hanefi mezhebinin görüşlerine ağırlık verilmeye çalışılacaktır.

Çalışmada günümüz ceza hukuku anlayışına uygun olarak sistematik inceleme yapılacak olup ağırlıklı olarak gai (final) suç teorisi<sup>2</sup> kapsamında suç ele alınmaya çalışılacaktır. Bu sebeple, vakia temelli İslam hukuku anlayışından ziyade günümüz suç genel teorisine uygun bir çalışma yapma yoluna gidilecektir<sup>3</sup>. Bunun sonucunda da örneğin “kazf suçunu veya kazf cezasını ortadan kaldıran haller” gibi genel bir başlık oluşturulmayacak, bu hallere suç teorisinin uygun düşen ilgili

<sup>1</sup> **Kılınç, Ahmet** (2014) Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihinde Teşhir Cezası, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 53, 278, 315; **Akgündüz, Ahmed** (1999) “Kanunnâmelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer’i Tahlili” İslâmi Araştırmalar Dergisi, C. 12, S. 1, s. 14; **Akgündüz, Ahmed** (1990) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 1. Kitap Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, s. 131.

<sup>2</sup> Gai (final) suç teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özgenç, İzzet** (2017) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 154-157; **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2017) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 92-94; **Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim** (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 201-202, 243-248, 251-253; **Akbulut, Berrin** (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 221-223.

<sup>3</sup> Günümüz genel hukuk tasnifi ile İslam hukuku anlayışına göre genel hukuk tasnifi hakkında karşılaştırma için bkz. **Uslu, Rifat** (2015) “Beşeri Hukukla Karşılaştırmalı Olarak Ceza Hukukunun İslam Hukukundaki Yeri” Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 8, S. 38, s. 1049-1055.



bölümlerinde ayrı ayrı yer verilecektir. Zira İslam hukukunda kazf suçu için geçmişte hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen bazı hallere kusurluluğu kaldıran haller içerisinde yer verilecektir.

Çalışmada öncelikle kazf kavramına değinilecek, sonra suçun yapısı suçun maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurları açısından değerlendirilecektir. Devamında kusurluluk ile cezasızlık sebepleri incelenecektir. Sonrasında suçun özel görünüş halleri ile suçun takibati açısından muhakeme ve muhakeme sonucu uygulanacak yaptırım ile bu suç için öngörülen cezanın infazı konuları ele alınacaktır.

Çalışmada kazf suçuyla ilgili hususların günümüz ceza hukukuyla ilişkisine yeri geldiğince değinilmeye çalışılacaktır. Ayrıca kazfin alenen işlenen bir suç olup olmadığı, şikâyet hakkının kimlere ait olduğu ile şikâyetin hukuki niteliği, fail ve mağdurun kimler olabileceği gibi başlıca tartışmalı konulara değinilmiş ve bir çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Kazfin günümüze genel olarak etkisi, günümüz ceza hukukundan kazf suçuna genel bir bakış ve günümüzdeki mevzuatta kazf fiiline ayrı bir yer verilmesinin gerekliliği tartışılarak çalışma sonuçlandırılacaktır.

## 1. GENEL OLARAK KAZF KAVRAMI

Osmanlı ceza hukukunda suça “*cerime*” veya “*cürm*” denilmektedir. Bununla kastedilen şey ise Allah’ın yasaklaması dolayısıyla hukuka aykırı nitelikte olan ve karşılığında yaptırım öngördüğü icrai ve ihmali fiiller anlaşılmaktadır<sup>4</sup>. İslam ceza hukukunda cezaya “*ukûbe*”<sup>5</sup>, ceza hukukuna ise “*ukûbât*” denilmektedir<sup>6</sup>.

4 **Udeh, Abdülkadir** (1976) İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk, 1. Cilt, İstanbul, Özdemir Basımevi (Çev.: Nuri, Akif), s. 89, 90; **Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2014) Türk Hukuk Tarihi, 5. (İlave) Baskı, Konya, Sayram Yayıncılık, s. 228; **Cin, Halil/Akgündüz, Ahmet** (1990) Türk-İslam Hukuk Tarihi, 1. Cilt Kamu Hukuku, İstanbul, Timaş Yayınları, s. 302; **Aydın, M. Âkif** (2009) Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 158; **Zeydan, Abdulkerim** (1976) İslâm Hukukuna Giriş, İstanbul, Sırdaş Yayınları (Çev.: Şafak, Ali), s. 586; **Akgündüz, Ahmed** (2011) İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku, 1. Cilt, Ankara, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, s. 513.

5 **Koçak, Muhsin/Dalgın, Nihat/Şahin, Osman** (2013) İslâm Hukuku, İstanbul, Ensar Yayıncılık, s. 511; **Çolak, Abdullah** (2017) İslâm Hukuku (Ceza ve Borçlar), 2. Baskı, Ankara, Öncü Yayınevi, s. 72. **Akgündüz**, “*ceza*” anlamında “*ukûbe*” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. **Akgündüz**, 1. Kitap, s. 107; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 521.

6 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 90; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 513; **Karaman, Hayrettin** (1978) Mukayeseli İslâm Hukuku, İstanbul, İrfan Yayınevi, s.

Kur'an'da Allah hakkı olmak üzere adı konularak düzenlenen suç ve cezalara had suçu<sup>7</sup> ve cezası denilmektedir<sup>8, 9</sup>. Had suçlarının cezaları sabittir; alt ve üst sınırları yoktur ve değiştirilemezler<sup>10</sup>. Had suçlarının Kur'an'da belirtilmiş olmasına nas denir. Had suçlarında, naslar

---

121; **Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal** (2011) Türk Hukuk Tarihi, 15. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 91; **Demir, Abdullah** (2011) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Yitik Hazine Yayınları, s. 83; **Cin/Akgündüz**, s. 301; **Aydın**, s. 157; **Ekinci, Ekrem Buğra** (2016) Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, 4. Baskı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, s. 327.

<sup>7</sup> “*Hadd*” olarak da ifade edilmektedir. Bkz. **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 95.

<sup>8</sup> **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 106-107; **Akgündüz**, 1. Kitap, s. 107; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 523; **Serahsî** (2011) Mebsût, 9. Cilt, İstanbul, Gümüşev Yayıncılık, s. 59; **Udeh, Abdülkadir** (1978) İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk, 3. Cilt, İstanbul, Özdemir Basımevi (Çev.: Nuri, Akif), s. 209; **Udeh, Abdülkadir** (2012) Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul, Kayıhan Yayınları (Çev.: Şafak, Ali), s. 646; **Yiğit, Yaşar** (2012) İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlüğü, Ankara, Sistem Ofset Yayıncılık, s. 37.

**Serahsî**, C. 9, s. 185: “*Had cezası adı verilenler ise Allahu Teala'nın hakkıdır. Bu adlandırma, caydırıcılık anlamını çağrıştırmaktadır*”.

**Cezîrî, Abdurrahman** (1993) Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı, 7. Cilt, 3. Baskı, İstanbul, Çağrı Yayınları (Çev.: Keskin, Mehmet), s. 3159: “*Şer'i cezalara had adı verildi. Çünkü had kelimesi lügatte menetmek demektir. Hadler mü'mini günah işlemekten menederler*”.

**Zeydan**, s. 591: “*... had cezaları bizzat Allah Teâlâ tarafından konulmuş, tayin ve tespit işi başkalarına bırakılmamıştır. Allah'ın hakkı olarak konulmuştur*”.

Bu suç ve cezalara “*hudûd*” da denirdi. Bkz. **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 523.

<sup>9</sup> İslam hukukunun ve dolayısıyla had suçları ve cezalarının Allah tarafından belirlenmesinin iki sonucunu **Udeh** şu şekilde sıralamıştır: 1. Bu kaideler hiçbir zaman değişikliğe uğramaz. 2. Bu kaidelere herkes tarafından saygı gösterilir. Bkz. **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 97-100.

<sup>10</sup> **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 515; **Aydın**, s. 159; **Karaman**, s. 129; **Udeh**, Genel Hükümler, s. 655; **Akman, Mehmet** (2004) Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul, Eren Yayıncılık, s. 25; **Zehra, Muhammed Ebu** (1981) İslâm Hukuku Metodolojisi, 3. Baskı, Ankara, Fon Matbaası, s. 135; **Yiğit, Yaşar** (2004) “*İnsanlık Onur ve Şerefinin Korunması Açısından Kazf Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi*” Diyanet İlmî Dergi, S. 4, s. 140.

Bu belirlemeyi Hanefiler, “*mefhûm-i muhâlefet*” değil, “*mefhûm-i aded*” olarak kabul etmektedir. Bkz. **Zehra**, s. 135.

vasıtasıyla aynı zamanda yaptırımın türü ve miktarı da belirtilmektedir<sup>11</sup>. Sonuç olarak kazf de had suçlarından biridir<sup>12</sup>.

Kazf (kazif), sözlükte “*atma, fırlatma*” anlamına gelip Osmanlı ceza hukukunda “*iftira; namuslu bir kadını zina suçuyla itham etme*” anlamında kullanılmaktadır<sup>13</sup>. “*Kazf*” anlamında kaynaklarda ve sicillerde “*iftira, ifk, bühtan, şetm, sebb*” ifadeleri de kullanılmaktadır<sup>14</sup>. Kazf suçu için “*zina iftirası*” ifadesi kullanılmamıştır<sup>15</sup>. Kazf suçu, “*iffete iftira*” ve “*hadd-i kazf*” olarak da tabir edilmektedir<sup>16, 17</sup>.

11 **Avcı, Mustafa** (2010) Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya, Mimoza Yayınları, s. 36.

12 **Udeh, Abdulkadir** (2012) Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul, Kayıhan Yayınları (Çev.: Şafak, Ali), s. 519.

Had suçları; hadd-i zina (zina), hadd-i kazf (kazf, zina iftirası, iffete iftira), hadd-i şirb (içki içme), hadd-i sirkat (hırsızlık), hırabe (yol kesme, kat’-ı tarık), bağı (işyan), irtidat (ridde, dinden çıkma) olmak üzere yedi tanedir. Bkz. **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 106; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 211; **Udeh**, Genel Hükümler, s. 646; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 524; **Yiğit**, İslam Ceza, s. 38.

Malikiler ve Zahiriler dışındakiler için had suçlarının altı tane olduğu, riddenin had suçu sayılmadığı belirtilmektedir. Bkz. **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 515. Ridde had suçu sayılmakla birlikte bağı suçunun had suçu olmadığı hususunun tartışmalı olduğu da belirtilmektedir. Bkz. **Karaman**, s. 125; **Yiğit**, İslam Ceza, s. 38. **Zeydan**, had suçlarını sayarken bağı suçuna yer vermemiştir. Bkz. **Zeydan**, s. 591.

13 **İbn-i Abidin** (1983) Redd’ül-Muhtar Ale’-d-Dürri’l-Muhtar, 8. Cilt, İstanbul, Şamil Yayınevi (Çev.: Davudoğlu, Ahmed), s. 245; **Cezîrî**, C. 7, s. 3166; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 348; **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 91; **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 545; **Yiğit**, İslam Ceza, s. 60; **Yiğit**, Kazf Suçu, s. 134.

Kazfin İngilizce karşılığı sözlükte “*throwing; an accusing of incontinence*” olarak yer almaktadır. Bkz. **Tuğlacı, Pars** (1971) 20. Yüzyıl Ansiklopedik Türkçe Sözlük, 2. Cilt, İstanbul, Pars Yayınevi, s. 1474. **Avcı**, kazfin İngilizce karşılığının “*diffamation; false accusation of fornication*” olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Avcı, Mustafa** (2014) Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler, Konya, Mimoza Yayınları, s. 273.

14 Bu kavramların açıklaması için bkz. **Doğan, Hasan** (2008) İslâm Hukukunda İftira Suçu ve Cezası, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 9-15.

15 **Serahsî**, C. 9, s. 178; **Cezîrî**, C. 7, s. 3159; **Zeydan**, s. 594; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 271; **Demirbaş, Timur** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 86.

16 **Karaman**, s. 129; **Cin/Akgündüz**, s. 319; **Akgündüz**, 1. Kitap, s. 110; **Demirbaş**, s. 86.

Kur'an'da kazfden muhtelif yerlerde bahsedilmektedir. Bunlar Nur<sup>18</sup> ve Mümtehine<sup>19</sup> sureleridir. Suçta ve cezada kanunilik (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”) ilkesinin<sup>20</sup>, <sup>21</sup> gereğini Nur Suresi karşılamaktadır<sup>22</sup>. Nur Suresi'ne göre kazf suçu şu şekilde açıklanmıştır:

17 “*Hadd-i kazf*” tabiri, kazf suçunun cezası anlamında da kullanılmaktadır: “(...) mahallesinde sâkin Mehmed b. Mustafa Zernişâncı demekle ma'rûf (...) babası merkûm Mustafa zinâ iftirâ edip, beyâna kâdir olmamağla, mezbûr Mehmed'e hadd-i kazfurulmuşdur.” **İstanbul Kadı Sicilleri**, BAB54, C. 20, s. 440, Hüküm No. 537, <http://www.kadisicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=15468> s.e.t. 26.07.2017.

18 Nur Suresi, 4. Ayet: “*Namuslu kadınlara zina isnat edip sonra da dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun. Artık onların şahitliğini asla kabul etmeyin. İşte bunlar fâsık kimselerdir.*” <http://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf#/kuran-meal-2/nur-suresi-24/ayet-4/diyaret-isleri-baskanligi-meali-1> s.e.t. 27.03.2017.

Nur Suresi, 11-12. Ayet: “*Bu iftirayı işittiğiniz zaman, iman eden erkek ve kadınlar, kendi (din kardeş)leri hakkında iyi zan besleyip de, "Bu apaçık bir iftiradır" deselerdi ya! Onlar (iftiracılar) bu iddialarına dair dört şahit getirserlerdi ya! Madem ki şahit getirmediler; işte onlar Allah yanında yalancılardan ta kendileridir.*” <http://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf#/kuran-meal-2/nur-suresi-12/ayet-4/diyaret-isleri-baskanligi-meali-1> s.e.t. 27.03.2017.

Nur Suresi, 23-24. Ayet: “*Namuslu, kötülüklerden habersiz mümin kadınlara zina isnadında bulunanlar, dünya ve ahirette lânetlenmişlerdir. Yapmış olduklarına, dilleri, elleri ve ayaklarının, aleyhlerinde şahitlik edeceği gün onlar için çok büyük bir azap vardır.*” <http://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf#/kuran-meal-2/nur-suresi-24/ayet-4/diyaret-isleri-baskanligi-meali-1> s.e.t. 27.03.2017.

19 Mümtehine Suresi, 12. Ayet: “*Ey Peygamber! Mü'min kadınlar, Allah'a hiçbir şeyi ortak koşmamak, hırsızlık yapmamak, zina etmemek, çocuklarını öldürmemek, elleriyle ayakları arasında bir iftira uydurup getirmemek, hiçbir iyi işte sana karşı gelmemek konusunda sana biat etmek üzere geldikleri zaman, biatlarını kabul et ve onlar için Allah'tan bağışlama dile. Şüphesiz Allah, çok bağışlayandır, çok merhamet edendir.*” <http://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf#/kuran-meal-2/mumtehine-suresi-60/ayet-12/diyaret-isleri-baskanligi-meali-1> s.e.t. 27.03.2017.

20 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 514, 515.

21 Belirtmek gerekir ki, kanunilik ilkesi İslam ceza hukukunun genel kaidelerinden biridir ve Kur'an ile birlikte uygulanagelmıştır. Bkz. **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 156.

22 Ayrıca bazı hadislerde de kazf açıkça yasaklanmıştır: “*Helak edici yedi şeyden sakının' buyurmuştur. Sahabiler, 'Nedir onlar, ey Allah'ın Rasülü?' diye sorunca, o şöyle cevap vermiştir: 'Allah'a şirk koşmak, sihir yapmak, Allah'ın katlini haram kıldığı insanı öldürmek, faiz yemek, yetim malı yemek, düşman ile savaş yapılırken kaçmak, evli ve hiçbir şeyden haberi olmayan namuslu, mümin bir kadına zina isnadıyla iftirada bulunmak'”. Bkz. **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 545; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 370; **Yiğit**, Kazf Suçu, s. 134; **Vehbe, Tefik Ali** (1974) “*İslâm Hukukunda ve Mısır Hukukunda Kazif Suçu*” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

“*Namuslu kadınlara zina isnat edip sonra da dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun.*”

Kazf suçunu, muhsan (iffetli<sup>23</sup>) bir insana<sup>24</sup> açık bir şekilde<sup>25</sup> zina isnat etmek veyahut nesebinin evlilik içinde gerçekleşmediği (karşıdaki kişinin bilinen anne veya babasından dünyaya gelmediği, zina mahsulü olduğu<sup>26</sup>) hususunda iftira atmak olarak tanımlayabiliriz<sup>27</sup>. Yer bakımından suç, İslam diyarında işlenmiş olmalıdır<sup>28</sup>. Zaman bakımından ise kişi, Müslüman olduktan veya İslam diyarına geldikten sonraki zamanda işlediği suçlardan sorumlu tutulur<sup>29</sup>.

Belirtmek gerekir ki; hakaret, iftira ve iftira özelinde zina iftirası çok eski zamanlardan beri diğer toplumlarda da suç olarak kabul edilmiştir. Yani zina iftirası suç, İslam ile birlikte ortaya çıkmış bir suç değildir. Söz gelimi şu örnekler bahsettiğimiz hususu açıklığa kavuşturacaktır:

1. Kazf suçuna yazılı metinlerden anlaşıldığı üzere ilk olarak Sümerler zamanına ait Ur-<sup>d</sup>Nammu Kanunları'nda rastlanmaktadır. Bu kanunu yürürlüğe koyan III. Ur sülalesinin ilk hükümdarı olan Ur-

---

Mecmuası, Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar Hatıra Sayısı, C. 39, S. 1-4 (Çev.: Armağan, Servet), s. 420.

- 23 *Ebu Hanife*'ye göre “*iffetli*” şu anlama gelmektedir: “*İftira edilen kişinin ömründe cariyesi veya nikâhlı karısı dışında hiçbir kimse ile haram temasta bulunmamış olmasıdır. Hatta üzerinde icma vaki olan fasit nikâhla nikâhlandığı karısı dışında kimseyle temas etmemiş olması gerekir.*” **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 391.
- 24 Kazfedilen kişi kadın olabildiği gibi erkek de olabilir. Bkz. **Cin/Akyılmaz**, s. 256; **Aydın**, s. 191; **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 547; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 59; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 348; **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 92.
- 25 Kullanılan ifadenin hangi dilde olursa olsun zina iftirası olduğu açık (sarih) olmalıdır. Bkz. **Serahsî**, C. 9, s. 192, 216; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 374; **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 92.
- 26 **Karaman**, s. 129.
- 27 **Udeh**, Özel Hükümler, s. 519; **Aydın**, s. 191; **Cin/Akyılmaz**, s. 256; **Akgündüz**, 1. Kitap, s. 110; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 272, 273; **Demirbaş**, s. 86; **Türcan, Talip** (2015) İslâm Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Grafiker Yayınları, s. 529; 58; **Şeyh Bedreddin** (2012) Fıkıh Ekolleri Arasındaki Tartışmalı Konuların İncelikleri (Letâifu'l-İşârât fi Beyâni'l-Mesâili'l-Hilâfiyyât), Ankara, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları (Editör: Apaydın, Yunus Hacı), s. 557.
- 28 **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 248; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 384; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 535; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 330.
- 29 Mefhumu muhalifi için bkz. **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 330. Hâkim, suçun işlendiği yeri ve zamanı sorar. Bkz. **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 247.

<sup>d</sup>Nammu M.Ö. 2130’larda yaşamıştır. Kazf suçu da bu kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, suçu işleyen kişinin yargılamasında nehrin adaletine başvurulur ve kişi nehirden kurtulursa suçsuz olduğu ortaya çıkar; çıkmazsa suçludur ve böylece cezasını çeker. Ur-<sup>d</sup>Nammu Kanunları’nın kazf suçu ile ilgili 11. maddesi şu şekildedir<sup>30</sup>:

“*Madde 11: 281) Eğer  
282) bir adam eşini  
283-284) zina ile (kucakta yatmakla)  
285) bir (başka) adam itham ederse  
286) nehre gidiş  
287) temize çıkarsa  
288) Onu itham eden adam  
289) 1/3 mana gümüştür  
290) tartacaktır.*”

2. M. Ö. 1793-1750 yılları arasında yaşamış olan Hammurabi Babil’i yönetirken çıkardığı Hammurabi Kanunnamesi’nde (M. Ö. 1783’ler) iftirayı bir suç olarak düzenlemiştir<sup>31</sup>. Ancak daha özeldir kazfın de (zina iftirası olarak) Hammurabi Kanunnamesi’nde düzenlendiğini görmekteyiz. Buna göre, kadına kazfeden kişi onun kocası ise, yemin etmesi öngörülmüştür ve bu durum İslam ceza hukukundaki “*mülaane*” ile benzerlik göstermesi açısından dikkat çekicidir. Nitekim yemin tanrı üzerine edilmektedir. Eğer kadına kocası değil de başkası kazfederse o zaman nehrin adaletine başvurulmuştur<sup>32</sup>. Hammurabi Kanunnamesi’nin 131 ve 132. maddeleri şu şekildedir<sup>33</sup>:

“*Madde 131: Eğer bir adamın karısını, kocası yanlış olarak itham ederse, ve bir başka erkekle yatarken yakalanmazsa (kadın) tanrı yemini edecek ve evine dönecektir.*

*Madde 132: Eğer bir adamın karısına, diğer bir erkek için parmak uzatırlarsa (suçlarılarsa), fakat ikinci (başka) bir erkekle yatarken yakalanmazsa, kocası için nehre dalacaktır.”*

3. Babillerden sonra Asurlularda M. Ö. 1450-1250 yılları arasında “*Orta Asur Kanunları*” yürürlüğe konulmuş ve bu kanunlarda özel

30 **Tosun, Mebrure/Yalvaç, Kadriye** (1989) Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, s. 40, 41.

31 **Kozak, İbrahim Erol** (2011) Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 103, 104.

32 Yemin ve nehrin adaleti hususunda bkz. **Tosun/Yalvaç**, s. 278; **Ekinci, Ekrem Buğra** (2011) Hukukun Serüveni, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, s. 45.

33 **Tosun/Yalvaç**, s. 198.

olarak zina iftirası da düzenlenmiştir<sup>34</sup>. Buna göre, kazfeden kişi; nehrin adaletine başvurulması, sopa, kralın boyunduruğunda ücretsiz çalışma, saç sakal kesme, para cezası gibi cezalarla karşı karşıya gelirdi. Sopa cezasının uygulanıyor olması İslam ve Osmanlı ceza hukukuyla benzerlik göstermesi açısından dikkat çekicidir. Orta Asur Kanunu'nun Tablet A'da yer alan 17, 18 ve 19. maddeleri şu şekildedir<sup>35</sup>:

*“Madde 17: Eğer bir adam, bir adama şöyle derse: ‘Senin karınla (bir çokları) tekrar tekrar yattılar, şahitlik yoktur.’; anlaşma yapacaklar ve (iddiayı yapanla, suçlu kadın) nehre gideceklerdir.*

*Madde 18: Eğer bir adam, arkadaşına ister gizli olarak, ister kavga sırasında şöyle derse: ‘Senin karınla bir çok defalar yattılar, ben bu iddiayı ispat edeceğim.’, fakat ispatı yapamazsa ve yapmazsa o adama sopayla 40 defa vuracaklar ve bir bütün ay kralın işini (hizmetini) yapacak, saçını (veya sakalını) kesecekler ve bir biltu (talent) kalay ödeyecektir.*

*Madde 19: Eğer bir adam gizli olarak arkadaşı hakkında söz korsa (dedikodu yaparsa) şöyle diyerek: ‘Onunla devamlı olarak yattılar.’ veya kavga esnasında başka insanların önünde şöyle söylerse: ‘Seninle birçok defa yattılar, seni suçlayacağım.’ (fakat) delil (göstermeğe) muktedir değilse, ispatlayamazsa, o adama sopayla 50 defa vuracaklar, bir bütün ay kralın işini yapacak, saçını (veya sakalını) kesecekler ve bir talent kalay ödeyecektir.”*

4. M. Ö. 4. ve 3. yüzyıllarda Hintlilerde Manu adındaki kanuni metinlerde (Manusmriti) geçen suç ve ceza düzenlemelerine göre; hakaret suçlarının karşılığında dudak ve dil kesme, ağzın kızgın demirle dağlanması, el kesme, para ve hapis cezaları öngörülmekteydi. Yajnavalkiya adındaki kanuni düzenlemede ise hakaret suçları için para cezası öngörülmekteydi. Pançanatra Masalları'na göre kocasına hakaret ve iftira eden bir kadına kulak kesme cezası uygulanırdı<sup>36</sup>.

Osmanlı'da had ve kısas suçları için ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmamıştır<sup>37</sup> ve yasal metinlerde sadece ta'zir niteliğinde suçlar

34 **Kozak**, s. 144, 145.

35 **Tosun/Yalvaç**, s. 248.

36 **Kozak**, s. 482,483.

37 Nitekim Osmanlı'da ve diğer Müslüman Türk devletlerinde “*fıkıh kitapları sadece madde numaraları eksik olan birer kanun hükmündedir*”. Bu sebeple had ve kısas suç ve cezalarında kanunlaştırma yapılmamıştır. Bkz. **Akgündüz**, Kanunnâmelerdeki Ceza, s. 12.

düzenlenmiştir<sup>38</sup>. Ta'zir suçları; ya had suçlarının şartları oluşmadığında fiilin cezasız kalmaması için veya had suçunun cezasının had cezası olarak belirlenmediği hallerde cezanın belirlenmesi amacıyla düzenlenen suçlardır ya da tamamen siyasi bir karar olarak ihdas edilmiş suçlardır<sup>39</sup>. Düzenlenen kanunnamelerde Hanefî mezhebinin görüşü benimsenmiştir<sup>40</sup>. Osmanlı'daki yasal düzenlemelere baktığımızda şu metinleri görmekteyiz:

1453 tarihli Fatih Sultan Mehmed'in Kânûnnâme-i Âl-i Osmân (Teşkilat Kanunnamesi)'nin "*Ahvâl-i Cerâyim ve Ehl-i Mansıba Ta'yîn Olunan Mahsûlâtı ve Elkabları Beyânındandır*" başlıklı Bâb-ı Sâlis bölümünde 41. maddede "*Ve bir kişi bir kişiye fuhs ile söğse, şer'le ta'zir olunub, kırk akçe cerîme alına. Ve bir kişi bir kişinin haramîne nâzir olsa yirmi kaçe cerîme alına.*" ifadeleri yer almaktadır<sup>41</sup>.

Yine Fatih Sultan Mehmet'in Umumî Kanunnâmesi'nin (Kanun-ı Padişahî) 10. maddesinde kazf suçu düzenlenmiştir<sup>42</sup>: "*Eğer bir avret veya kız bana zinâ kıldun dese, er inkâr eylese, bu mezkurların sözüne i'tibar olunmaya. Ere and vereler; avrete kadı ta'zir ura. İki ağaca bir akçe cürüm alına.*"

*Eğer avrete er ben sana zinâ kıldım dese, avret münkire olsa, avret and içe. Ere kadı ta'zir ura. İki ağaca bir akçe cürm alına.*"

II. Bâyezid'e ait Umumî Osmanlı Kanunnamesi'nin 9. maddesinde kazf suçu şu şekilde düzenlenmiştir<sup>43</sup>: "*Ve eğer avret veya kız bana zinâ kıldın dese, bunların sözüne i'tibâr olmaya; ere and vereler; avreti kadı ta'zir ede; iki ağaca bir akçe cürm alına. Eğer avrete er bana zinâ kıldım dese, avret inkâr eylese, avrete and vere, eri kadı ta'zir ede, iki ağaca bir akçe cürm alına.*"

38 Akgündüz, Kanunnâmelerdeki Ceza, s. 1, 2, 12.

39 Akgündüz, Kanunnâmelerdeki Ceza, s. 9.

40 Akgündüz, Kanunnâmelerdeki Ceza, s. 14.

41 Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 229.

42 Akgündüz, 1. Kitap, s. 348. Akgündüz, Kanunnâmelerdeki Ceza, s. 12: "*Fatih, bildiğimiz kadarıyla, ta'zir cezaları alanında kanunname tanzim eden ilk Müslüman devlet adamıdır*".

43 Akgündüz, Ahmed (1990) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 2. Kitap II. Bâyezid Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, s. 41.



Yavuz Sultan Selim'in Umumî Kanunnâmesi'nin (Kanunnâme-i Sultan Selim Hân) 5. maddesinde kazf suçu şu şekilde düzenlenmiştir<sup>44</sup>: “Eğer avret veya kız **bana fûlan zinâ etdi dese, er inkâr eylese**, sözlerine i'tibâr etmeyüb şâhid süz **ere yem'in verüb avrete ve kıza ta'zîr edüb** iki ağaca bir akçe cürm alına. Eğer avrete ve kıza bir kişi **ben zinâ etdim dese anlar inkâr eylese**, yine **anlara yemin verilüb ere ta'zîr edüb** iki ağaç başına bir akçe cürm alına.”

Kanunî Sultân Süleyman tarafından Amasyalı Mehmed Bey ve Seydi Bey'e hazırlattırılan 1527 tarihli merkezi ve umumi kanunname niteliğindeki Kânûnnâme-i Osmânî'nin “*El-Fasl-ül-Evvel Fiz-Zinâ Vel-Livâta*” başlığı altında 9 ve 10. maddelerinde kazf suçu şu şekilde düzenlenmiştir<sup>45</sup>: “9. *Ve avret veya kız bir kimesneye **sen bana zinâ etdin dese, er inkâr eylese**, söz söylemeyeler ve sözüne i'timâd ve i'tibâr etmeyeler; şâhidler olmayacak ere yem'in vereler; avrete veya kıza ta'zîr edüb iki ağaca bir akçe cürm alına. Eğer bir avrete veya kıza **bir kimesne zinâ etdim dese, anlar inkâr eyleseler**, yemîn verüb, zinâ etdüm diyene ta'zîr edüb, iki ağaca bir akçe cürm alalar.*

10. *Ve dahi bir kimesne sen benim avretime veya cariyeme **zinâ etdin deyü da'vâ eylese, isbât edemese**, ta'zîr edeler, cürm alınmaya.”*

Kanunî döneminde merkezi ve umumi kanunnameler yanında eyalet kanunnamelerinde de kazfle ilgili düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Örneğin Dede Cöngi Efendi'nin Siyâset-i Şer'îye isimli Siyasetnamesi'nde yer alan “*El-Fasl'üs-Sâlis: Fil-Fark Beyne Nazar-il-Kâdi ve Nazar-i Vâli'l-Cerâyim Ya'ni Siyâset-i Âdileyi İzaha Dâir Fusûlden Fasl-ı Sâlis Ahkâm-ı Şer'îyye ile İlzâm-ı Hasma Me'mûr Olan Kuzât-ı Fazilet-Rehin ile Tenfîz-i Ahkâm-ı Siyâsiyye Birle Zecr-i Ashâb-ı Cerâyime Me'mûr Buyurulan Vülât-ı Mehâbet-Karîn Hazerâtının Meyân-ı Me'muriyetlerin Mufassalan Fark ve Temyîze Mütedâir*

44 **Akgündüz, Ahmed** (1991) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 3. Kitap Yavuz Sultan Selim Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, s. 89.

45 **Akgündüz, Ahmed** (1992) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 4. Kitap Kanunî Devri Kanunnâmeleri, I. Kısım Merkezî ve Umumî Kanunnâmeler, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, s. 298; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 236.

*Mebâhis Beyânındadır*<sup>46</sup> bölümünde kazf suçunun duyulması halinde ne yapılacağından bahsedilmektedir<sup>47</sup>.

Kanunî döneminde Rumeli Eyaleti'nde çıkarılan 1565 (Hicri 973) tarihli Bosna Sancağı Kanunnamesi'nde (Kanunnâme-ı Sarây Bosna) kazf ile ilgili düzenleme yer almaktadır. Kanunnamenin “*Fasl Der Beyân-ı Tedârüb ve Teşâtüm ve Katl-i Nefs*” bölümünde 88, 89 ve 110. maddede kazf suçu şu şekilde yer almaktadır<sup>48</sup>: “88. Avret ya kız bir kimesneye **bana zinâ ettin deseler er inkâr etse, sözlerine şahidsiz i'tibâr olunmaya, ere yemin verüb, avrete ve kıza ta'zîr edüb iki ağaç başına bir akçe cürm alına.**

*Eğer bir avrete veya bir kıza bir er zinâ ettim dese, yine anlara yemin verüb zinâ ettim diyen kişiye ta'zîr edüb iki ağaca bir akçe cürm alına.*

89. *Eğer bir kimesneye bir kişi, sen benim avretime veya kızıma zinâ ettin dese isbât edemezse ta'zîr edüb cürm alınmaya.*

110. *Eğer bir kimesne had veya ta'zîr olursa, kazf etse, had ise, üç ağaca bir, ta'zîr ise, iki ağaca bir akçe cürm alına.”*

Kanunî Sultân Süleyman tarafından hazırlanan Kanun-ı Osmânî, II. Selim zamanında da uygulanmıştır; ancak III. Murad tarafından bu kanunnameye değişiklik yapılarak yeni bir Kanun-ı Osmânî

46 Bu bölümde mülki amirler ile kadılar arasındaki farklar ve görev sınırları ile ilgili bilgiler yer almaktadır. Bkz. **Akgündüz**, 4. Kitap, s. 152; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 583.

47 El-Fasl'üs-Sâlis, 74. madde: “*Evvelkisi, Vâli-i cerâyim kazf isnâd olunan kimesne hakkında şâyân-ı i'tibâr olan da'vâ henüz tahakkuk etmeden zahîr-i emâreti olan zevâtan kazfî istimâ' ve kabul ya'ni töhmet'i kazfle ithâm olunan şahıs erbâb-ı kazfiden olub olmadığını tahkikde hemân zahîr-i emâreti istintâk birle haberlerine i'timâd eder. Eğer a'vân-ı emâret ol şahs-ı müttehemi azv olunan kazfiden tenzih ve istib'âd ederler ise, vâli-i cerâyim tahliye-i sebine ibtidâr eder. Ve eğerçi seng-i inzâr-ı kazf olmak üzere ithâm ederlerse, vâli-i cerâyim dahi liecl'il-istitlâ' müddet-i medîde mahbûs ve envâ'-ı âlâm ve ekdâr ile me'nûs eder ki, meslek-i kuzât bunun hilâfına mülâbisdir.*

*Mütercim-i fakir der ki, ez cümle tasvîr olunan mes'ele-i sâlifede da'vây-ı kazfe tasaddî eden kimesne, beri'üs-sâha olub da'vây-ı kazfî menhec-i müstakim-i şer'-i kavîm üzere isbât etmedikçe, kâdî, mücerred töhmet-i kazfle ittihâm ve takdim olunan şahsı teftiş ve tefahhusa ihtimâm etmez. İntehâ.”*

48 **Akgündüz**, **Ahmed** (1993) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 6. Kitap Kanunî Devri Kanunnâmeleri, II. Kısım Eyâlet Kanunnâmeleri (II), İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, s. 466, 468.

hazırlanmıştır<sup>49</sup>. Bu kanunnamenin 34 ve 35. maddelerinde kazf suçu şu şekilde düzenlenmiştir<sup>50</sup>: “34. *Ve eğer avret ve kız bana zinâ etdin dese, er inkâr etse, sözlerine şâhidsiz amel olunmaya. Ere yemîn verüb avrete ve kıza ta’zîr edüb iki ağaca bir akçe alına.*

35. *Ve eğer bir kimesne sen benim avretime zinâ etdin dese, isbât edemese, ta’zîr edeler, cerîme alınmaya.”*

I. Ahmed dönemine ait olan Kanun-ı Osmânî’nin 11, 13 ve 30. maddelerinde kazf suçu şu şekilde düzenlemiştir<sup>51</sup>: “11. *Ve eğer avret veya kız bir kimesneye sen bana zinâ etdin dese, sözlerine şahidsiz i’tibâr etmeyeler; illa yemin verüb ve avreti ve kıızı ta’zîr edüb iki ağaca bir akçe cerîme alına.*

13. *Ve dahi bir kişi âhar kimesneye sen benim avretime ve cariyeme zinâ etdin dese, isbât edemese, ta’zîr edeler, cerîme alınmaya.*

30. *Eğer had ve ta’zîr olan kazf etmişler olsalar, had ise üç ağaç başına bir akçe cürm alına. Eğer ta’zîr ise iki ağaca bir akçe cürm alına.”*

Dulkadiroğulları Ceza Kanunu’nda kazf ile ilgili şu düzenleme yer almaktaydı<sup>52</sup>: “Eğer muhsan ya *muhsana bühtan etse, zinâ gibidür seksen ağaç ve seksen akçe alına.*”

Kazf suçuna, Nur Suresi’nde geçen tarifi dışında Osmanlı ceza hukuku bakımından önem arz eden 1840, 1851 ve 1858 tarihli ceza kanunlarında da yer verilmiş; ancak suç hakaret suçu kapsamında düzenlenmiştir:

1840 (Hicri 1256) tarihli Kanun-ı Cezanın ve Bâlâsını Tevşih Buyuran Hatt-ı Hümayûnu’nun Üçüncü Fasl 1. maddesi şu şekildedir<sup>53</sup>: “*Irz ve namusu dahi kişinin canı gibi aziz ve muhterem olarak muhafaza*

49 **Akgündüz, Ahmed** (1994) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 8/I. Kitap III. Murad Devri Kanunnâmeleri, 8/II. Kitap III. Mehmed Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, s. 107.

50 **Akgündüz**, 8/I. Kitap, s. 113.

51 **Akgündüz, Ahmed** (1996) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 9/I. Kitap I. Ahmed Devri Kanunnâmeleri, 9/II. Kitap II. Osman Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, s. 495, 496, 498.

52 **Cin/Akgündüz**, s. 320; **Akgündüz**, 1. Kitap, s. 110; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 525; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 297.

53 **Gökçen, Ahmet** (1989) Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanundaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, s. 97.

ve vikayesi mukteza-yı hamiyet ve mübtega-yı insaniyetden olup faraza bir adamın itibarına dokunulacak söz söylemek ve bir adamı dövmek ve **bir şahsa sövmek onun namusunu hetkemek demek olduğundan** ve bundan böyle zabitân-ı askeriyye ve neferât ve kavas ve sair umûr-i zabtiye ve rabtiye memurları hod-be-hod kimseyi dövemeyip ve **kimseye bed lakırtı söyleyemeyip** ... beş günden yirmi beş güne kadar mahpus ola ve cünhası gayet hafif olduğu tebeyyün ettiği takdirde meclisçe kendisini tekdir ve tevbih ile iktifa oluna.”

1851 (Hicri 1267) tarihli Kanun-ı Cedid'in İkinci Fasıl 1. maddesi şu şekildedir<sup>54</sup>: “Kaffe-i tebea-i Devlet-i Aliyye emniyet-i can ve mal ve mahfuziyeti ırz ve namusu hukuku şer’iyyesine nâil olduklarından serbestiyet derecesine varmayarak ber-muktaza-i hürriyet-i şer’iyye küçük büyük herkes kendi hukukunu iddiaya muktedir olup **ırz ve namusu dahi kişinin canı gibi aziz ve muhterem olarak muhafaza ve vikayesi mukteza-i insaniyetden olmağla** faraza bir adamın itibarına dokunacak söz söylemek ve bilâmucip dövmek ve **sövmek anın namusunu hetk itmek olduğundan o makule hetk-i namusa mütecasir olan kesânın cünhası şer’an sabit olup hadd-i şer’i lazım geldiği halde hadd-i şer’isi<sup>55</sup> icra oluna.”**

1858 (Hicri 1274) tarihli Kânunname-i Humâyûnu’nun 214. maddesi şu şekildedir<sup>56</sup>: “Bir madde-i mahsusta isnadı olmayıp fakat meâyipden bir şey tahsisi ile veya diğer suretle bir kimse diğer kimse hakkında **muhill-i namus söz söyler veyahut şetim eyler ise yirmi dört saatten bir aya kadar hapis olunur. Veyahut buna bedel yarım mecidiye altınından üç mecidiye altınına kadar cezâ-i nakdî alınır.”**

Günümüze daha yakın zamanlardaki gelişmelere bakıldığında, 1982 tarihli Avrupa İslam Konseyi’nin hazırlamış olduğu İslam Anayasası’nın “Basın ve Yayın Organları” başlıklı On Üçüncü Bab’ında bulunan 81. maddesi şu şekildedir<sup>57</sup>: “Basın yayın organlarının görevleri şunlardır: ... c- Yalan, iftira, **iffete iftira** ve asılsız haberler uydurmaktan şiddetle kaçınmak ...”

54 Gökçen, s. 109.

55 “Hadd-i şer’isi” şeklinde ifade edilen ceza miktarı, Nur Suresi 24/4’te geçen seksen sopadır.

56 Gökçen, s. 154.

57 Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 491.

Görülmektedir ki, çok eski zamanlardan beri zina iftirasında bulunmak cezalandırılması gereken bir fiil olarak görülmüştür. Bu durum da kazfin toplumlar açısından çokça önem arz edip dikkate alındığını açıkça göstermektedir.

## 2. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Hukuki değerler, manevi içeriğe sahip ve doğrudan doğruya zarara veya tehlikeye uğratılamayan değerlerdir<sup>58</sup>. Suçun işlenmesiyle bu manevi varlık veya menfaat ihlal edilmiş olur<sup>59</sup>; ancak bu ihlal gerçek anlamda bir ihlal değildir<sup>60</sup>.

Bu suç ile korunan hukuki değer; insan onuru, iffeti (cinsel onuru)<sup>61</sup> ve kamu ahlakıdır<sup>62</sup>. İslam hukukunda had suçlarında Allah hakkı<sup>63</sup> söz konusudur<sup>64</sup>. Bu suçta ise hem Allah hakkı hem de kul hakkı<sup>65</sup>

58 **Özgenç**, s. 162.

59 **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 307, 308; **Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk** (2015) Ceza Hukuku Genel Kısım, 21. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 102; **Soyaslan, Doğan** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 234.

60 **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 117.

61 **Cezîrî**, C. 7, s. 3160: “*İrz ve nâmus konusunda yapılan isnat ve ithamlar; insanın başını önüne eğer, şerefini yıkar. Kıymetli İslâm Hukûku'nun amaçlarından biri de kişinin irz ve nâmusunu muhafaza etmek; şeref, onur ve değerini, izzeti nefisini korumaktır*”.

62 **Avcı**, Özel Hükümler, s. 275; **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 91.

63 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 167.

Allah hakkı, kamu hakkı olarak da tabir edilmektedir. Bkz. **Cin/Akgündüz**, s. 301; **Demir**, s. 84. *Âşûr*, Allah hakkı ile hem kamu haklarını hem de korumaktan aciz olan kişinin haklarını kastetmektedir. Bkz. **Âşûr, Muhammed Tâhir İbn** (2013) İslâm Hukuk Felsefesi Gaye Problemi, İstanbul, Rağbet Yayınları (Çev.: Akyüz, Vecdi/Erdoğan, Mehmet), s. 338.

Allah hakkı, dini tabir olarak “*Hakk Allah (Hakkullah okunuşu ile)*” ifade edilmektedir. Bkz. **Zeydan**, s. 586; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 91; **Akman**, s. 24; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 328; **Âşûr**, s. 337. Allah hakkı için “*Hakukullah*” ifadesinin kullanımı hakkında bkz. **Zehra**, s. 86.

64 **Cezîrî**, C. 7, s. 3159; **Serahsî**, C. 9, s. 185; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 328; **Karaman**, s. 125; **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 515; **Aydın**, s. 159; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 402-406; **Udeh**, Genel Hükümler, s. 646; **Zehra**, s. 87; **Yiğit**, İslam Ceza, s. 37.

65 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 167.

korunmaktadır<sup>66</sup>. Hanefilere göre Allah hakkının korunması daha baskındır<sup>67</sup>.

Korunan hukuki değerın insan onuru ve iffeti olduğu konusunda şüphe olmamakla birlikte, kamu ahlakının da korunduğunu düşündüren şey kişinin aile hayatını ve toplumdaki statüsü ile toplumu oluşturan bireylerin de bu durumdan etkilenecek olmasıdır<sup>68</sup>.

### 3. SUÇUN UNSURLARI

Suçun unsurları İslam ceza hukukunda üçe ayrılmaktadır<sup>69</sup>: 1. Suçu yasaklayan norm ve bu normun uygulanmasını mümkün kılan bir hükmün bulunması (kanunilik), 2. Fiil (suçun maddi unsuru), 3. Suçlunun mükellef olması, sorumlu tutulabilmesi (suçun edebi dayanağı).

---

Kul hakkı, dini tabir olarak “*Hakk Ademî (Hakk-i Ademî okunuşu ile)*” ifade edilmektedir. Bkz. **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 91; **Akman**, s. 24. Kul hakkı için “*Hukukulibâd*” ifadesinin kullanımı hakkında bkz. **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 328. Kul hakkı için “*hakku'l-ibâd*” ifadesinin kullanımı hakkında bkz. **Âşür**, s. 337.

<sup>66</sup> **Serahsî**, C. 9, s. 185; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 404; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 550; **Aydın**, s. 161; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 328; **Âşür**, s. 339.

<sup>67</sup> **Şeyh Bedreddin**, s. 557; **Serahsî**, C. 9, s. 178, 184; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 404; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 550; **Akman**, s. 29; **Cin/Akyılmaz**, s. 257; **Aydın**, s. 191; **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 549; **Zehra**, s. 278; **Yiğit**, Kazf Suçu, s. 140.

*Yiğit*, *Demir*, *Akgündüz* ve *Ekinci* kazf suçunda daha çok kul hakkının ihlal edildiği görüşündedir. Bkz. **Yiğit**, Kazf Suçu, s. 139; **Demir**, s. 84; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 525; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 328. Şafilere göre, bu suçta sadece kul hakkı vardır. Bkz. **Zehra**, s. 278.

*Udeh*'e göre, bu suçta kul hakkının Allah hakkından üstün tutulması halinde şu sonuçlar ortaya çıkar: 1. Mağdur lehine doğan haklar miras yoluyla geçer. 2. Mağdur, cezanın infazına kadar kazfedeni affedebilir. Birden fazla mağdur varsa cezanın infaz edilmemesi için tüm mağdurların affi gerekir. *Udeh*'e göre, bu suçta Allah hakkının kul hakkından üstün tutulması halinde şu sonuçlar ortaya çıkar: 1. Mağdurun dava hakkına mirasçılık söz konusu değildir. Çünkü bu hak Allah hakkıdır ve miras söz konusu olamaz. 2. Mağdurun kazfedeni affetme hakkı yoktur. Çünkü bu hak Allah hakkıdır ve bu sebeple mağdur kazfedeni affedemez. Bkz. **Udeh**, Özel Hükümler, s. 550, 551.

<sup>68</sup> **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 544; **Demirbaş**, s. 86.

<sup>69</sup> **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 146.

Kazf suçunun üç şartı (rükünü, esası) olduğu kabul edilmektedir. *Udeh* bunları şu şekilde sıralamıştır<sup>70</sup>:

1. Zina veya nesepsizlik isnat etmek.
2. Isnat edilen kişinin muhsan olması.
3. Cezai kast bulunması (kişinin kasten hareket etmesi).

Bu üç şarta bakıldığında; birinci şart ile maddi unsurlardan biri olan “fiil” unsuruna, ikinci şart ile yine maddi unsurlardan olan “mağdur” ve “konu” unsuruna, üçüncü şart ile ise suçun manevi unsuru olan “kast”a değinildiği görülmektedir.

Çağdaş ceza hukukunda suçun unsurları doktrinde farklı şekillerde tasnif edilmiştir. Kanaatimizce suçun üç unsuru bulunmaktadır<sup>71</sup> ve çalışmamızda bu üç unsura yer vermiştir. Bunlar suçun maddi unsurları, manevi unsurları ve hukuka aykırılık unsurudur.

### 3.1. Suçun Maddi Unsurları

Suçun maddi unsurları; fiil, fail, mağdur, konu, nedensellik bağı ve neticedir<sup>72</sup>. Nitelikli haller de maddi unsur bahsinde ele alınmaktadır<sup>73</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, nedensellik bağının tamamen doğal bir olgu olarak kabul edilmesi ve çalışma konusu suç açısından bir özellik arz etmemesi sebebiyle bu unsura çalışmamızda yer vermemekteyiz<sup>74</sup>.

#### 3.1.1. Fiil

Fiil, “kişinin iradesiyle hâkim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve harici dünyada cereyan eden bir davranıştır”<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 371; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 526. Aynı doğrultuda görüş için bkz. **Vehbe**, s. 421; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 525; **Yiğit**, İslam Ceza, s. 62; **Yiğit**, Kazf Suçu, s. 134.

<sup>71</sup> Tasnifimiz **Özgenç**'in tasnifi esas alınarak yapılmıştır. Bkz. **Özgenç**, s. 145 vd; **Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 209, 210. Diğer tasniflerin karşılaştırılması için bkz. **Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 205-220.

<sup>72</sup> **Özgenç**, s. 166 vd.; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 112 vd.

<sup>73</sup> **Özgenç**, s. 210; **Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 230, 312; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 140; **Akbulut**, s. 346.

<sup>74</sup> Nedensellik bağının doğal bir olgu olması hususunda bkz. **Özgenç**, s. 179 vd.; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 129.

<sup>75</sup> **Özgenç**, s. 166; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 100.

Kazf suçunda fiilin iki seçimli hareketinin olduğu kabul edilmektedir<sup>76</sup>:

1. Zina isnat etmek,
2. Nesebi inkâr etmek (kişinin zina sonucu dünyaya geldiği isnadında bulunmak).

Dilsiz kimsenin kazfı *Ebu Hanife*'ye göre geçersizdir<sup>77</sup>. Nitekim söz konusu suçun ancak sözle yani konuşma yolu ile işlenebildiği, yazı ve işaret yoluyla zina isnadı veya nesebin inkârının had suçu olan kazf suçu değil, tazir suçunu oluşturduğu savunulmaktadır<sup>78</sup>. Bunun sebebi ise yazı ile işlenebilen kazfte şüphe olduğu ve şüphenin suçu had suçu olmaktan çıkardığı yönündeki görüşten kaynaklanmaktadır<sup>79</sup>. Ancak günümüzde yazının şüphe oluşturmasından öte daha güçlü ve güvenilir bir delil olduğu aşıkardır. Bu sebeple, kazf suçunun yazıyla da işlenebileceği dikkate alınmalıdır.

Seçimli hareketlerden biri olan zina isnadı, karşıdaki kişinin zina yaptığını söyle<sup>80</sup> veya kabul edilmesi halinde yazıyla dile getirmektir.

---

Klasik suç teorisinin “*hareket, nedensellik bağı ve netice*”nin “*fiil*”i oluşturduğu görüşü için bkz. **Soyaslan**, Genel Hükümler, s. 199; **Demirbaş**, s. 220; **Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem** (2016) Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s. 232 vd.; **Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem** (2015) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık, s. 168; **İçel, Kayihan** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 254.

<sup>76</sup> **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 59; **Demir**, s. 99; **Cin/Akgündüz**, s. 319; **Akgündüz**, 1. Kitap, s. 110; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 277.

<sup>77</sup> **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 248; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 348.

**İbn-i Abidin**, C. 8, s. 248: “*Kazfeden dilsizse de had vurulmaz. Çünkü onun zinâ lâfzını açık olarak söylemesi mümkün değildir*”.

*Şahtî*'ye göre kişi dilsiz de olsa kazf suçu oluşur. Bkz. **Avcı**, Özel Hükümler, s. 278.

<sup>78</sup> **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 248; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 348.

*Ebu Hanife* suçun sadece söz ile işlenebileceği görüşündedir. Bu görüşün aksine yazı ve işaretle de kazf suçunun işlenebilmesi hakkında bkz. **Avcı**, Özel Hükümler, s. 278; **Doğan**, s. 16, 65.

<sup>79</sup> **Doğan**, s. 112; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 278, dn. 498, **Serahsî**, C. 9, s. 187.

**Akgündüz**, Kanunnâmelerdeki Ceza, s. 9: “*Bu konuda ‘Had cezalarını, şüpheler ile bertaraf ediniz, tatbik etmeyiniz.’ mealindeki hadis de unutulmamalıdır. Yani bu durumda şüpheden yararlanan sanığa had cezası uygulanmaz; ancak ta’zir ve siyâset cezalarından da kurtulamaz*”.

<sup>80</sup> **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 348.



Örneğin; “*kahpe*” veya “*fahişe*” diye sövmek kazf suçunu oluşturur. Aynı şekilde, birisinin zina ettiğini iddia etmelerine rağmen, dört tanık yerine üç tanık bunu iddia ediyorsa, kişiler bunu ispatlayamadıkları için kazf suçunu işlemiş olurlar<sup>81</sup>. Osmanlı’da zina suçunda tanıklık yapanların sözlerinin kazf suçunu oluşturmaması, sadece ayıplama ve sövme şeklinde edilen sözlerle olması halinde mümkün kabul edildiği şeklinde görüş ileri sürülmüştür<sup>82</sup>. “*Ey zani*” sözü zina isnadı olarak kabul edilmektedir<sup>83</sup>.

Seçimlik hareketlerden ikincisi nesebin inkârıdır. Burada karşıdaki kişinin evlilik içindeki bir ilişkiden değil, zina sonucu bir ilişkiden dünyaya geldiğine yönelik iftira söz konusudur. Esasen yine zina isnadı olmakla birlikte, burada zina sonucu bir çocuğun da dünyaya geldiği iddia edilmektedir. Dikkat edilmelidir ki, karşıdaki kişi zina sonucu dünyaya gelen kişidir; zina yapan kişi ise onun üstsoyudur<sup>84</sup>.

Böylece seçimlik hareketlerden biri olan nesebin inkârı fiili, aynı zamanda zina isnadını da içinde barındırmaktadır ve bu zina isnadı karşıdaki kişiye değil, onun üstsoyuna yöneliktir<sup>85</sup>. Sonuç olarak hem nesebi inkârı hem de üstsoya yönelik nesebin inkâr edilmesine sebep olan zina isnadı birlikte gerçekleştirilmiş olur. Nesebin inkârı, bu sebeple, tek fiille birden fazla kişiye karşı aynı suçun işlenmesi anlamına gelmektedir.

Nesebin inkarına örnek olarak; her ne kadar evlilik süresince dünyaya gelmiş olsa da kişinin babasının başkası olduğunu iddia etmeyi

81 **Avcı**, Özel Hükümler, s. 277, 278, 296; **Serahsî**, C. 9, s. 194; **Cezîrî**, C. 7, s. 3166. Diğer yandan *Cezîrî*, Hanefilerin, tanıkların dörtten az olması halinde had cezası verilmemesi gerektiği görüşünde olduklarını belirtmektedir. Bkz. **Cezîrî**, C. 7, s. 3177.

82 **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 246.

83 **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 251; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 371; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 348.

84 **Udeh**, “üstsoy” ifadesini tercih etmemekte, “*anasına veya ninesine zina isnadı*” olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 371. Ancak, çalışmamızın *Mağdur* bölümünde de değinildiği üzere, zina isnadı sadece kadına yönelik değil, erkeğe yönelik de olabildiğinden ve neseb olgusu sadece anneye atfedilememesi gerektiğinden çalışmada “üstsoy” ifadesi tercih edilmiştir.

85 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 371; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 526.

gösterebiliriz. “*Ey veled-i zina*” sözü ve bu anlama gelen diğer sözler de nesebin inkârı anlamına geleceğinden kazf suçunu oluşturur<sup>86, 87</sup>.

Bu isnatlar ispat edilemez olmalıdır<sup>88</sup> ve şarta bağlı olmamalıdır<sup>89</sup>. Örneğin, “*buradan gidersen sen zinakarsın.*” veya “*sen bu eve girersen zinakarsın.*” demek kazf suçunu oluşturmaz. Aynı şekilde bir vakte de bağlı olmamalıdır. Örneğin, “*sen yarın zinakarsın.*” demek de kazf suçunu oluşturmaz<sup>90</sup>. Fiilin, mağdurun birebir yüzüne karşı sözle işlenmesi gerekmemektedir; kişinin giyabında da kazfedilebilir<sup>91</sup>.

Cinsel olarak birleşme gerçekleşmediyse diğer cinsel fiiller zina suçunu oluşturmadığından bu kişiye karşı zina ettiğini söylemek kazf suçunu oluşturmaz<sup>92</sup>. *Udeh* de bu durumu şu genel kaide ile ifade etmektedir<sup>93</sup>: “*Failine zina haddini gerektiren her fiil, onu isnad eden kişiye de iftira haddini gerektirir. Failine zina haddini gerektirmeyen her fiil de, onu isnad eden kişiye iftira haddini gerektirmez. Binaenaleyh bir insanın fercin dışında bir nokta ile temas ettiğini söylemek veya şüpheli birleşimde bulunduğunu söylemek; haddi gerektirmez, taziri gerektirir.*”

Bu doğrultuda kazf suçunun oluşmadığı hallere şu örnekler verilebilir:

86 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 371; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 526.

87 Nitekim Üsküdar sicil kaydında bu duruma bir örnek bulunmaktadır: “*Sebeb-i tahrîr-i kitâb budur ki Semerci Yusuf b. Abdullah Pîr Ali b. Karagöz’e rosbu oğlu deyu şetm ettiği Mustafa b. Bahadır ve Katırcı Kemal b. Yakub şehâdetleri [ile] sâbit olduktan sonra mâ-hüve’l-vâki deftere sebt olundu. Tahrîren fî evâili Recebi’l-mürecceb sene işrîn ve tis’a mi’e.*

*Şuhûdü’l-hâl Şahbâli b. Ali Fakih ve Mehmed b. Süleyman ve Hızır b. Ramazan ve gayruhum” İstanbul Kadı Sicilleri, ÜSKÜDAR01, C. 1, s. 159, Hüküm No. 154, <http://www.kadısicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=154> s.e.t. 26.07.2017.*

88 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 371, **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 60; **Karaman**, s. 129; **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 547. Aksinin ispatlanmasının zor olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Demirbaş**, s. 86.

89 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 383; **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 547.

90 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 383.

91 **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 251, 252; **Çolak**, İslâm Hukuku, 92; **Avcı**, Genel Hükümler, s. 169.

92 **Serahsî**, C. 9, s. 199; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 59.

93 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 374.

1. Homoseksüellik (livata)<sup>94</sup> ve hayvanla cinsel ilişki isnadı *Ebu Hanife*'ye göre kazf suçunu oluşturmaz<sup>95</sup>. Çünkü *Ebu Hanife*, bu ilişkileri zina olarak kabul etmemektedir<sup>96</sup>.

2. Hanefilere göre tariz yoluyla (kinayeli, kapalı bir biçimde, ima yoluyla) iftira edilmesi halinde kazf suçu oluşmaz<sup>97</sup>. Çünkü kazf suçunun oluşabilmesi için kullanılan ifadenin hangi dilde olursa olsun zina isnadı olduğu açık (sarih) olması gerekir<sup>98</sup>.

3. Bir erkeğin başka bir erkeğe “*zaniye (zina eden kadın)*” ifadesini kullanmasının kazf suçunu oluşturmadığı ve had cezasını gerektirmediği;

94 *Cezîrî*, livata isnadının kazf suçunu oluşturduğu konusunda mezheplerin görüş birliğinde olduğunu aktarmaktadır. Bkz. *Cezîrî*, C. 7, s. 3168. Ancak diğer kaynaklardan da görülebildiği üzere, *Ebu Hanife* hem livata hem de hayvanla cinsel ilişki isnadını kazf olarak kabul etmemektedir. *Udeh* de eserinde livata isnadını kazf olarak kabul edenlerin *İmam Malik*, *Şafîi* ve *Hanbel* olduğunu ve devamında da *Ebu Hanife*'nin livata isnadını kazf olarak kabul etmediğini belirtmektedir. Bkz. *Udeh*, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 372. Bu sebeple, *Cezîrî*'nin tespitine katılmamaktayız. *Aydın* ve *Türcan*, hukukçuların büyük çoğunluğunun livata isnadının kazf suçunu oluşturduğu görüşünde olduklarını aktarmaktadır. Bkz. *Aydın*, s. 191; *Türcan*, s. 529.

95 *Serahsî*, C. 9, s. 212, 213; *İbn-i Abidin*, C. 8, s. 255; *Udeh*, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 372; *Udeh*, Özel Hükümler, s. 527; *Koçak/Dalgın/Şahin*, s. 546; *Avcı*, Özel Hükümler, s. 279; *Türcan*, s. 529; *Şeyh Bedreddin*, s. 560; *Yiğit*, Kazf Suçu, s. 135.

*Avcı*, eserinde (Avcı, Özel Hükümler, s. 279) bu doğrultuda açıklamalarda bulunmaktayken diğer iki eserinde livata ve hayvanla cinsel ilişki isnadının da zina isnadı gibi had cezasını gerektirdiğini belirtmektedir. Bkz. *Avcı*, Genel Hükümler, s. 306; *Avcı*, *Mustafa* (2012) Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Konya, Mimoza Yayınları, s. 211.

96 *Udeh*, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 372; *Udeh*, Özel Hükümler, s. 527; *İbn-i Abidin*, C. 8, s. 255.

97 *Udeh*, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 376; *Türcan*, s. 529; *Koçak/Dalgın/Şahin*, s. 546; *Çolak*, İslâm Hukuku, s. 92. Ancak kişi tazir ile cezalandırılabilir. Bkz. *Türcan*, s. 529; *Çolak*, İslâm Hukuku, s. 92.

*Yiğit*; kinaye, tariz gibi üstü kapalı ifadelerle de kazf suçunun işlenebileceğini belirttikten sonra bu konu hakkındaki görüşlere yer vermiştir. Bkz. *Yiğit*, Kazf Suçu, s. 135, 136.

98 *İbn-i Abidin*, C. 8, s. 251; *Serahsî*, C. 9, s. 192, 216; *Udeh*, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 374; *Çolak*, İslâm Hukuku, s. 92; *Yiğit*, İslam Ceza, s. 77.

ancak bir kadına “*zani (zina eden erkek)*” denirse kazf suçunun oluştuğu ve had cezasını gerektirdiği kabul edilmektedir<sup>99</sup>.

Zina isnadı ve nesebin inkârı dışındaki iftira ve hakaretler kazf suçunu oluşturmayacağından, ancak tazir suçu ve cezası gündeme gelebilir<sup>100</sup>.

Son olarak burada bir hususa değinmek gerekir: Uyurgezerlik ve hipnotik etki altında olma durumunda, bu husus zorunluluk hali ve akıl hastalığı kapsamında değerlendirilerek kusur yeteneğinin yokluğu sebebiyle ceza verilemeyeceği yönünde görüş bulunmaktadır<sup>101</sup>. Ancak uyurgezerlik ve hipnotik etki altında olma halinde kişinin kusur yeteneğinin yokluğunu değil, evleviyetle fiilin yokluğunu kabul etmek gerekir<sup>102</sup>. Bu sebeple, uyurgezerlik halinde ve hipnotik etki altında olan kişi ceza hukuku anlamında bir fiil gerçekleştirmediğinden suç hiç oluşmayacaktır ve kişinin cezalandırılması için gereken kusurluluk araştırması yapılmayacaktır.

### 3.1.1.1. Aleniyet Hususu

Kazf suçunun alenen işlenmesinin gerekip gerekmediği tartışmalı bir husustur. Kazf suçunun oluşması için aleniyetin şart olmadığı şeklindeki

<sup>99</sup> **Serahsî**, C. 9, s. 192; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 376, 382. Burada Arapça söyleyişten ve anlamdan kaynaklanan sonuçlar bulunmaktadır. Bu kelimelerin anlamları ve sonuçları hakkında açıklamalar için bkz. **Şeyh Bedreddin**, s. 559.

<sup>100</sup> **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 371, 372; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 280.

Nitekim Üsküdar sicil kaydında bu hususta şöyle bir örnek bulunmaktadır:

“*Sebeb-i tahrîr-i kitâb budur ki Atmaca b. Abdullah Memi b. Süleyman'a köpek deyu şetm ettiği yeminden nükülü ile sâbit oldukda ta'zir olunup deftere sebt olundu. Tahrîren fî 8 Rebi'ulâhir sene 925 Şehide bimâ fihî Kara Hacı b. Abdullah ve Demirhan b. Abdullah ve Kılağuz b. Aslıhan*” **İstanbul Kadı Sicilleri**, ÜSKÜDAR01, C. 1, s. 342, Hüküm No. 608, <http://www.kadısicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=608.s.e.t.26.07.2017>.

<sup>101</sup> **Udeh**, Genel Hükümler, s. 602-604.

<sup>102</sup> **Özgenç**, s. 406; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 102; **Artuk/Gökçen/Alşahin /Çakır**, Genel Hükümler, s. 238. **Akbulut**, uyku halindeki kişinin hareketlerini ceza hukuku anlamında fiil olarak kabul etmemekle birlikte, hipnotik etki altındaki kişinin hareketlerini fiil olarak değerlendirmektedir. Bkz. **Akbulut**, s. 230.

baskın görüşe<sup>103</sup> karşılık aleniyetin suçun unsuru olduğu ve aleniyet olmadan suçun oluşmayacağı yönünde de görüşler bulunmaktadır<sup>104</sup>.

Aleniyet suçun unsuru olarak kabul edildiği takdirde aleniyetten ne anlaşılması gerektiği konusunda da tartışma vardır. Günümüzde Yargıtay'ın kabul ettiği görüşe göre, aleniyet, suça belirsiz sayıda kişinin vakıf olabilmesi demektir. Bu sebeple, örneğin bir evin içinde veya sınıfta kişiler belirli ise ne kadar kalabalık olursa olsun aleniyet gerçekleşmez<sup>105</sup>. Aleniyet için “belirsiz sayıda kişinin” yeterli olacağı şeklinde görüşün<sup>106</sup> yanında, “kalabalık sayıda kimselerin” yeterli olacağı görüşü de bulunmaktadır<sup>107</sup>.

*Avcı*, aleniyetin suçun bir unsuru olduğuna taraftardır<sup>108</sup>. Yazara göre bu suç ancak alenen işlenebilir, alenen işlenmediği takdirde ancak tazir suçu oluşabilir<sup>109</sup>. Aleniyet, bir unsur olarak yer almayan suçlar için daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilebilmektedir<sup>110</sup>. Ancak *Avcı* aleniyeti hırsabe, kazf ve şübh suçlarında

<sup>103</sup> **Cin/Akgündüz**, s. 319; **Akgündüz**, 1. Kitap, s. 110; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 525; **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 93.

<sup>104</sup> **Avcı**, Özel Hükümler, s. 273, 286.

<sup>105</sup> **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 453; **Centel/Zafer/Çakmut**, Kişilere Karşı, s. 255; **Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/ Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim** (2017) Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 346.

<sup>106</sup> **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel, s. 473; **Hafizoğulları/Özen**, Özel Hükümler, s. 239; **Soyaslan, Doğan** (2016) Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 332.

<sup>107</sup> **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker** (2016) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 500.

<sup>108</sup> *Avcı*, suçun alenen işlenmesi gerektiği konusundaki atfını *Schacht*'a dayandırmaktadır. *Schacht*, eserinde “sadece açıkça zinâ isnadı veya söz konusu kadınsa çocuğunun meşruiyetini inkâr etmek kazf anlamına gelir.” ifadesini kullanmaktadır. Ancak buradaki “açıkça” ifadesini “alenen” olarak yorumlanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira kazf içeren sözlerin “açık, sarih” olması gerektiği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Bu sebeple *Schacht*'ın kullandığı “açıkça” ifadesinin “açık, sarih bir biçimde” anlamında kullanıldığı kanaatindeyiz. Bkz. **Avcı**, Özel Hükümler, s. 286, dn. 558; **Schacht, Joseph** (1986) İslâm Hukukuna Giriş, Ankara, Ankara İlahiyat Fakültesi Yayınları (Çev.: Dağ, Mehmet/Şener, Abdulkadir), s. 184. *Avcı*, aleniyetin suçun unsuru olduğu konusundaki görüşünü Şafilere görüşü doğrultusunda ifade etmektedir. Bkz. **Avcı**, Özel Hükümler, s. 286.

<sup>109</sup> **Avcı**, Özel Hükümler, s. 273, 275, 285, 286.

<sup>110</sup> **Avcı**, Genel Hükümler, s. 164, 165; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 286.

bir unsur olarak kabul etmektedir<sup>111</sup>. Bu durumda aleniyet, daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olmaktan çıkar.

*Udeh*, İslam hukuku ve beşerî hukuk ayrımında İslam hukuku açısından alenen işlenmiş olmasa da suçun oluşacağı görüşündedir<sup>112</sup>.

*İbn-i Abidin*, *Şafii*'nin görüşüne yaklaşan görüşünü şu şekilde ifade etmektedir<sup>113</sup>: “*Cem’ul-Cevamî şerhinde ‘halvet (kimsenin işitmediği yer)de kazf İmam Şâfiî (Rh.A.)’ye göre; küçük günâhdır’ diye zikredilmiştir. Biz Hanefîlerin kaidesi de bu sözden uzak değildir. Çünkü kazfteki illet kendisine zinâ isnad edilen kimseye ayıp yapışmasıdır. Kimsenin işitmediği yerde yapılan kazfte bu yoktur.*”

Kanaatimizce aleniyet kazf suçunun bir unsuru değildir. Aleniyet, suçun takibatını kolaylaştırır. Ancak ispat ve takibin kolaylığı ile suçun oluşumunu karıştırmamak gerekir. Kazf suçunun ispatı için iki tanık bulunamamış olması bu suçun gerçekleşmediği anlamına gelmez. Aleniyetin suçun unsuru olarak aranmamasının İslam hukuku mantığıyla da uygun düşeceği kanaatindeyiz. Zira İslam her türlü kötülüğün açık veya gizli olması fark etmeksizin bırakılmasını söyler<sup>114</sup>. Bu durumda alenen olmasa da örneğin sadece kazfeden ve kazfedilenin bulunduğu bir ortamda kazfedilmesi halinde de suç oluşacaktır. Suçun işlendiği esnada suça tanık olan birilerinin olmamasından dolayı somut gerçekliğin ortaya çıkarılamaması hali suçun meydana gelmemesi meselesi değildir. Bu durumda suç yine de işlenmiştir.

Aleniyet, günümüzdeki gibi bir suçun nitelikli hali olarak kabul edilebilirdi<sup>115</sup>. Ancak görülmektedir ki aleniyet suçun nitelikli hali

<sup>111</sup> **Avcı**, *Özel Hükümler*, s. 286.

<sup>112</sup> **Udeh**, *İslam Ceza Hukuku*, C. 3, s. 394-397; **Udeh**, *Özel Hükümler*, s. 542, 543. *Udeh*, beşerî kanunlarda aleniyetin arandığını ve hatta aleniyet olmayınca cezalandırılmadığını aktarmaktadır. Bkz. **Udeh**, *Özel Hükümler*, s. 542. Ancak yazarın eserinde görülmektedir ki, bu yöndeki görüşünün sebebinin Mısır’daki kanunlar oluşturmaktadır. Zira beşerî kanunlardan sayılan TCK’ya göre ülkemizde hakaret suçu için aleniyet aranmamaktadır. Aleniyet, hakaret suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır. Bkz. TCK m. 125/1, 4.

<sup>113</sup> **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 246.

<sup>114</sup> **Udeh**, *Özel Hükümler*, s. 542.

<sup>115</sup> Ülkemizde aleniyet, tüm suçlar için aranan bir unsur değildir. Bazı suçlar açısından daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ancak örneğin Mısır’da aleniyet suçun bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Vehbe**, s. 423, 424.

olarak da kabul edilmemiştir. Böyle bir durumda cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi kapsamında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak bir husus olarak değerlendirilebileceği savunulabilir<sup>116</sup>. Had suçlarında ceza miktarlarında değişiklik yapılamadığından kazf suçunun ceza miktarında da herhangi bir değişiklik yapılamaz. Ancak suçun tazir suçu niteliğinde olması halinde Osmanlı zamanında bu durum dikkate alınarak hakimlere cezanın belirlenmesinde yetki verilmiştir<sup>117</sup>.

### 3.1.2. Fail

Fail, suçun kanuni tanıtında yer alan fiili birlikte veya tek başına gerçekleştiren kişidir<sup>118</sup>. Herkes bu suçun faili olabilir<sup>119</sup>. Failin Müslüman ya da gayrimüslim (zimmi) olması arasında bir fark yoktur<sup>120</sup>. Müste'menler bu suçun faili olabilir ve onlara kul hakkı

116 **Yerdelen, Erdal** (2013) *Cezanın Belirlenmesi* (Türk ve Alman Uygulaması), Ankara, Adalet Yayınevi, s. 174-183, 191-193.

117 **Yerdelen**, s. 48-50; **Akgündüz**, *Kanunnâmelerdeki Ceza*, s. 12.

118 Bkz. TCK m. 37/1.

119 **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 247. Failin akıllı ve balığ olması gerektiği belirtmektedir. Bkz. **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 248; **Karaman**, s. 129; **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 547; **Çolak**, *İslâm Hukuku*, s. 92; **Avcı**, *Özel Hükümler*, s. 280; **Yiğit**, *Kazf Suçu*, s. 139.

Diğer yandan günümüz Türk ceza hukuku bakımından fail olabilmek için akıllı ve balığ olmak şart değildir. Zira akıllı ve balığ olmak fail için aranan bir unsur değildir. Akil ve balığ olmak failin cezalandırılabilmesi için kusurluluk bahsinde ele alınması gereken hususlardır.

120 **Serahsî**, C. 9, s. 200; **Avcı**, *Özel Hükümler*, s. 280; **Çolak**, *İslâm Hukuku*, s. 92; **Udeh**, *Genel Hükümler*, s. 354, 355; **Örsten Esirgen, Seda** (2015) "*İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Zimmiler*" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'a Armağan Özel Sayı, C. 21, S. 2, s. 193.

Konuyla ilgili 82 Numaralı Mühimme Defteri'nden bir örnek şu şekildedir:

"Bâ-hatt-ı Ulyâ.

*Mezistre kâdîsına hüküm ki:*

*Sen ki kâdîsin, Dergâh-ı Mu'allâm'a mektûb ve kazâ-i mezbûrun e'imme [vü] hutabâ vü a'yân [u] eşrâfi ve çavuş u zü'amâsı mahzar gönderüp; "kazâ-i mezbûr sâkinlerinden Süleymân oğlu Mesih nâm kimesne bundan akdem kazâ-i mezbûra tâbi' Rahova nâm karye sâkinlerinden Baba Dimo ve Yani ve diğer Yani ve Eflahor (?) ve Nikola ve Todori ve İstemed ve ( ) sâyirlerine ba'zı tekâlîf ve sâyir mühimmât-ı lâzîmeleri için müslimânlar huzûrında terahhumen yüz altmış bin akça karz virüp bir seneden sonra meblağ-ı mezbûrî mezkûrlardan taleb eyledükde inkâr idüp müccered celb ü ahz için şirrete sülûk idüp buna nice iftirâ vü bühtân u iftirâ ve ba'zı mevâdd isnâd itmekle zulm ü gadr eyleyüp ... " **Başbakanlık Devlet Arşivleri***

bakımından ceza uygulanabilir<sup>121</sup>. Diğer yandan failin sıfatı cezanın türünü değiştirebilmektedir. Örneğin, üstsoydan biri altsoyundan birine kazfederse had cezası değil, tazir cezası uygulanmaktadır<sup>122</sup>.

Kazf suçu sadece söz ile işlenebildiği kabul edildiğinde dilsiz kimsenin kazf suçunun faili olamayacağı sonucuna varılır<sup>123</sup>.

### 3.1.3. Mağdur

Mağdur, suçun konusuna sahip olan kişidir<sup>124</sup>. Çalışmamızda ele aldığımız suçta mağdur; iffet, şeref ve saygınlığına kazfedilen kişidir (makzuf)<sup>125</sup>.

Mağdurun belirli veya belirlenebilir olması gerekir<sup>126</sup>. Genel ifadeler kazf suçunu oluşturmaz<sup>127</sup>. Örneğin; “*içinizden birileri zina yapıyor.*” veya “*susup da konuşmayan hakkını aramayan zina çocuğudur.*” gibi ifadeler kazf suçunu oluşturmaz. Nitekim bu durumlarda mağdur belirsizdir. Yine kendilerinin zina yapma ihtimali düşük olan bir grup insana, topluluğa karşı “*hepsi zina yapıyor.*” gibi bir söz mağdurun belirsizliğinden dolayı kazf suçunu oluşturmaz<sup>128</sup>.

---

**Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı** (2000) 82 Numaralı Mühimme Defteri (1026-1027 / 1617-1618) Özet-Transkripsiyon-İndeks ve Tıpkıbasım, Ankara, s. 113.

121 **Serahsî**, C. 9, s. 184, 186; **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 265; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 329.

*Ebu Hanife*'ye göre müste'menlere sadece kazf suçunun cezası ile kısas suçlarının cezaları uygulanabilir. Bunun dışındaki suçlar için ceza uygulanmaz. Ancak Osmanlı'da cezanın uygulanması tüm suçlar için kabul edilmiştir. Bkz. **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 516; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 329.

122 **Avcı**, Özel Hükümler, s. 280.

123 **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 248; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 348.

*Ebu Hanife*'nin aksine *Şafii*'ye göre kişi dilsiz de olsa kazf suçunu işleyebilir. Bkz. **Avcı**, Özel Hükümler, s. 278; **Doğan**, s. 16, 65.

124 **Özgenç**, s. 206; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 303; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 114; **Akbulut**, s. 341.

125 **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 245; **Avcı**, Genel Hükümler, s. 171.

126 **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 547.

127 **Avcı**, Özel Hükümler, s. 281.

128 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 383; **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 547; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 281.



Önemle belirtmek gerekir ki, sadece muhsan (ihsanlı<sup>129</sup>) olan kadın<sup>130</sup> veya erkek bu suçun mağduru olabilir<sup>131</sup>. Gerçekten İslam hukukunda cinsiyeti belirsiz olanlar (müşkül hünsa) bu suçun mağduru olamaz ve bu sebeple, bu kişilere kazfedilmesi halinde had suçu olan kazf suçu oluşmaz<sup>132</sup>. “*Muhsan*” ifadesini suçun normatif unsuru olarak değerlendirmekteyiz<sup>133</sup>. Bir değerlendirmeye tabi tutulduğunda görülmektedir ki muhsan; akıllı, baliğ, hür, Müslüman ve iffetli (namuslu) kadın ve erkek demektir; sadece bu niteliklere sahip bir kişi bu suçun mağduru olabilir<sup>134</sup>. Bunlardan biri eksik olursa fiil, had suçu olmaktan çıkar<sup>135</sup>, tazir suçu ve cezası gündeme gelebilir<sup>136</sup>. Muhsanlık,

129 “*İhsan*” kelimesinin açıklaması için bkz. **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 388, 389; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 537-541.

130 **Cezîrî**, C. 7, s. 3166: “*‘Muhsan kadınlar’ dokunulamaz ve korunan kadınlardır. Sanki kendileri için koruyucu bir kale yapılmıştır. ‘Habersiz kadınlar’ ona yönelmek bir tarafa, kötülük düşüncesinin bile zihinlerinde yer almadığı kadınlardır*”.

131 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 388; **Serahsî**, C. 9, s. 184; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 59; **Demirbaş**, s. 86; **Türçan**, s. 529; **Avcı**, Genel Hükümler, s. 167; **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 547; **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 92; **Yiğit**, İslam Ceza, s. 64; **Yiğit**, Kazf Suçu, s. 135.

132 **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 250.

133 Suçun deskriptif ve normatif unsurları hakkında bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 227-229.

134 **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 246; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 538; **Cezîrî**, C. 7, s. 3166, 3167; **Karaman**, s. 129; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 96; **Cin/Akyılmaz**, s. 256; **Cin/Akgündüz**, s. 319; **Akgündüz**, 1. Kitap, s. 110; **Avcı**, Genel Hükümler, s. 167, 168; **Demir**, s. 99; **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 547; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 60; **Demirbaş**, s. 86; **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 92; **Yiğit**, Kazf Suçu, s. 137.

Zinadaki muhsanlıktan farkı; zinada evlilik içindeyken birleşmiş olma aranırken kazftaki muhsanlıkta kişinin iffetli yani namuslu olması aranmaktadır. Bkz. **Karaman**, s. 129; **Yiğit**, Kazf Suçu, s. 136, 137. Eğer kişi, biriyle evli veya cariyeyken geçici bir sebeple onunla haram cinsel ilişkiye girmişse bu muhsanlığı düşürmez. Bkz. **Serahsî**, C. 9, s. 196. Erkek için “*muhsan*”, kadın için “*muhsane*” ifadesinin kullanılması hakkında bkz. **Serahsî**, C. 9, s. 182, dn. 183. Çalışmamızda hem erkek hem de kadın için “*muhsan*” ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz.

135 Bu durumda ancak tazir cezası uygulanabilir. Bkz. **Cin/Akgündüz**, s. 320. **Avcı**, Özel Hükümler, s. 281.

136 **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 92.

Nitekim Üsküdar sicil kaydında bu duruma bir örnek yer almaktadır:

“*Kazıyye Vech-i tezkiretü’l-hurûf oldur ki Karye-i Darıca’da Kasım b. Abdullah Harsi bt. Nikefor’un vekilü’ş-şer’isi olup şer’-i şerif meclisine Todora bt. Yani[’yi]*”

ceza infaz edilinceye kadar aranan bir şarttır ve infaz anında da mevcut olmalıdır<sup>137</sup>. Belirtmek gerekir ki, aksi ispatlanmadıkça kural olarak her kişinin iffetli olduğu karinedir; yani kişinin iffetli olduğunun kabulü için özel bir araştırma yapılmasına gerek yoktur<sup>138</sup>.

*Ebu Hanife*'ye göre, temyiz kudretine sahip küçüklerin gerçekleştirdikleri fiil zina haddini gerektirmemektedir. Ayrıca bu kişi, yani çocuk, zaten muhsan değildir; bu sebeple de onlara karşı zina isnadı kazfî oluşturmaz, sadece hakaret suçunu oluşturur<sup>139</sup>. Buluş çağına yaklaşan çocuğa kazfedilmesi halinde çocuk buluş çağına erdiğini iddia etse bile onun sözüyle had suçu olan kazf suçunun oluştuğu kabul edilmez<sup>140</sup>. Aynı şekilde kazfedilen kişi akıl hastasıysa bu durumda da kazf suçu oluşmaz ve had cezası verilmez; zira akıl hastalığı muhsanlığı düşürür<sup>141</sup>. Bu durumda akıl hastası olan birine kazfedilmesi halinde had suçu olan kazf suçu oluşmaz.

Kişi eşine karşı da kazf suçunu işleyebilir<sup>142</sup>. *Ebu Hanife*'ye göre, zina mahsulü kişi de muhsandır ve ona karşı yapılan zina isnadı da kazf suçunu oluşturur<sup>143</sup>.

---

*ihzâr edip dedi ki sen benim kızkarındaşım Harsi bt. Nikefor'a rosbi dedin deyicek Todora mukâbele bi'l-inkâr edicek mezkûrdan beyine taleb olundu ba'de't-taleb udül-i müsliminden Davud b. Abdullah [ve] Nasuh b. Abdullah [ve] Mustafa b. Abdullah şehâdât edip dediler ki Todora Hâtun Harsi bt. Nikefor'a [o]rosbu dedi deyu şehâdât eyediklerinden sonra ta'zîr olunup deftere sebt olundu. Tahrîren fi evâhiri Muharrem min şuhûri sene [926].*

*Şuhûdü'l-hâl: Câbi Pîri Çelebi, Seydi b. İlyas, Kosta b. İsyali, Panayot Reis, İskender b. Yeniçeri" İstanbul Kadı Sicilleri, ÜSKÜDAR02, C. 2, s. 251, Hüküm No. 490, <http://www.kadısicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=1316> s.e.t. 26.07.2017.*

137 Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 393.

138 Çolak, İslâm Hukuku, s. 92.

139 Serahsî, C. 9, s. 199. Benzer açıklama için bkz. İbn-i Abidin, C. 8, s. 249; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 97. Avcı, Özel Hükümler, s. 281; Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 390.

140 İbn-i Abidin, C. 8, s. 249.

141 Serahsî, C. 9, s. 199; İbn-i Abidin, C. 8, s. 249.

142 Avcı, Özel Hükümler, s. 282.

*Serahsî*'ye göre, kişinin eşine “zorlanarak zina ettin”, “haram olan bir cinsel ilişkiye girdin”, “küçükken zina etmiştin” veya “sen ehl-i kitab iken veya cariyeye iken ben senin zina ettiğini söylemiştim” diye söylemesi kazf suçunu oluşturmaz ve had cezasını gerektirmez. Diğer yandan “Müslüman olmadan önce zina etmiştin” veya

Mağdurda aranan niteliklere baktığımız zaman ulaşabildiğimiz sonuca göre, gayrimüslimler (zimmiler) bu suçun mağduru olamazlar; bu sebeple, gayrimüslime kazfedene had cezası uygulanmaz. Zira bu suçun oluşumu için mağdurun muhsan olması aranmaktadır<sup>144</sup>. Hem fail hem de mağdur gayrimüslimse tazir cezası uygulanmaktadır; nitekim belirttiğimiz gibi, had cezası için mağdurun muhsan olması gerekmektedir. Ancak “*her kim bir zimmiye kazfe bulunursa kıyamet gününde kendisine ateşten kamçılarla had vurulur.*” şeklinde bir hadis aktarılmaktadır<sup>145</sup>.

Eğer kişinin muhsanlık sıfatı ortadan kalkarsa (dinden çıkması gibi<sup>146</sup>) kazf suçunun mağduru olamayacağından dolayı bu durum failin cezasını ortadan kaldırır. Örneğin; kişinin kazf suçunu işlediği sübuta erip cezaya hükmedilmesinden sonra ve cezanın infazına başlamadan önce, bu kişi bir zina suçundan mahkûm olsa, muhsanlık sıfatı sona ereceğinden dolayı kazf suçundan dolayı hükmedilen ceza infaz edilmez<sup>147</sup>.

Dilsiz kazfedilmesi had cezasını gerektirmez; çünkü dilsiz konuşup anlatamadığı için suçun sabit olması konusunda şüphe vardır ve şüphe olursa had cezası uygulanamaz. Yine cinsel münasebet yapmaya elverişli olmayan birine kazfedilirse had cezası uygulanmaz<sup>148</sup>. Belirtmek gerekir ki köleye kazfedilmesi de kazf suçunu oluşturmaz, tazir cezası uygulanabilir<sup>149</sup>. Nitekim köle kişi, muhsan değildir<sup>150</sup>.

*Yiğit*; hür ile köle, Müslüman ile gayrimüslim arasında fark gözetmeksizin iffet sahibi her hür, köle, Müslüman veya gayrimüslim

---

“*cariye iken zina etmişin*” diye söylemesi kazf suçunu oluşturur ve had cezasını gerektirir. Bkz. **Serahsî**, C. 9, s. 188.

143 **Serahsî**, C. 9, s. 215; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 282.

144 **Serahsî**, C. 9, s. 187, 200; **Örsten Esirgen**, s. 193; **Yiğit**, Kazf Suçu, s. 137.

145 **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 246.

146 **Serahsî**, C. 9, s. 215; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 540.

147 **Udeh**, Özel Hükümler, s. 540; **Serahsî**, C. 9, s. 215; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 283.

148 **Serahsî**, C. 9, s. 200.

149 **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 247, 248; **Demirbaş**, s. 86.

150 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 393.

kadın ve erkeğin bu suçun mağduru olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir<sup>151</sup>.

Kazf edilenin ölü olması suçun oluşması için engel değildir, ölüye de kazfedilebilir<sup>152</sup>. Bu durumda şikâyet hakkı ölünün üstsoy ve altsoyuna aittir<sup>153</sup>.

### 3.1.4. Konu

Genel anlamda suçun konusu, doktrinde maddi muhtevaya sahip eşya veya kişi olarak kabul edilmektedir<sup>154</sup>. Söz konusu eşya veya kişi, suçun etkilerini üzerinde gösterdiği<sup>155</sup>, suçun üzerinde gerçekleştiği<sup>156</sup> veya fiilin yöneldiği<sup>157</sup> eşya veya kişi olarak kabul edildiği gibi, suçun bizatihi cismini teşkil eden<sup>158</sup> eşya veya kişi olarak da tanımlanmaktadır. Suçun konusu, insanın maddi varlığı olabildiği gibi manevi varlığı da olabilir<sup>159</sup>.

Kazf suçunun konusu muhsan kadın veya erkeğin onuru, iffeti, şerefi ve saygınlığıdır<sup>160</sup>. Bu kişi ölü veya canlı olabilir; kazf suçu açısından

<sup>151</sup> Yiğit, Kazf Suçu, s. 137-139.

<sup>152</sup> Serahsî, C. 9, s. 188; Şeyh Bedreddin, s. 557; Çolak, İslâm Hukuku, s. 92; İbn-i Abidin, C. 8, s. 258.

<sup>153</sup> İbn-i Abidin, C. 8, s. 258; Şeyh Bedreddin, s. 557; Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 400; Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 581; Udeh, Özel Hükümler, s. 546; Avcı, Özel Hükümler, s. 283.

<sup>154</sup> Özgenç, s. 203; Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 209; Toroslu/Toroslu, s. 103, 415; Demirbaş, s. 54; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 116, 117; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza, s. 226; Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir (1985) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. 1, 9. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 320; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan (2016) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 174.

<sup>155</sup> Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 209.

<sup>156</sup> Erem, s. 243; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 116; Toroslu/Toroslu, s. 103; Demirbaş, s. 547; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza, s. 226; Zafer, s. 155; Öztürk/Erdem, s. 174; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 307.

<sup>157</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 307; Akbulut, s. 342.

<sup>158</sup> Dönmezer/Erman, s. 320.

<sup>159</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 307.

<sup>160</sup> Günümüzde hakaret suçu açısından krş. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 432; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 307.

konunun varlığını sürdürdüğü kabul edilmektedir<sup>161</sup>. Kazf suçu, konunun bir zarar tehlikesine uğratılması ve bu tehlikenin somut olarak gerçekleşmesinin araştırılmaması sebebiyle soyut tehlike suçudur<sup>162</sup>.

Kişi iffetli değilse veya zina suçunu işlemiş, ancak sonradan düzgün bir yaşam biçimi benimsemişse bile, bu durumda kişi muhsan kabul edilmez ve bu sebeple, faile had cezası değil, tazir cezası uygulanabilir<sup>163</sup>. Nitekim burada had suçu olan kazf suçu açısından konu yokluğu ve işlenemez suç söz konusu olurken, tazir suçu gerçekleşebilmektedir.

### 3.1.5. Netice

Netice, suçun gerçekleştirilmesiyle suçun sonucu olarak dış dünyada meydana gelen değişikliktir<sup>164</sup>. Görülmektedir ki, kazf suçunun tanımında bir neticeye yer verilmemiştir. Bu sebeple kazf suçu, sırf hareket suçudur<sup>165</sup>. Sonuç olarak, fiilin gerçekleştirilmiş olması suçun tamamlanması için yeterlidir; ayrıca bir netice aranmaz.

### 3.1.6. Suçun Nitelikli Halleri

Suçun nitelikli halleri, daha az veya fazla cezayı gerektiren hallerdir<sup>166</sup>.

#### 3.1.6.1. Daha az cezayı gerektiren nitelikli haller

Daha az cezayı gerektiren nitelikli haller kazf suçu için öngörülmemiştir.

*Avcı*, kazf suçu için bu suçta daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak suçun karşılıklı olarak işlenmesini kabul etmektedir<sup>167</sup>. Ancak bu

<sup>161</sup> **Serahsî**, C. 9, s. 188.

<sup>162</sup> Günümüzde hakaret suçu açısından krş. **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 432.

<sup>163</sup> **Avcı**, Genel Hükümler, s. 168; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 284.

<sup>164</sup> **Özgenç**, s. 178; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 269; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 127; **Akbulut**, s. 278.

<sup>165</sup> 5237 Sayılı TCK sisteminde “*neticesi harekete bitişik veya ayrı suç*” ayrımına son verilmiştir ve neticesi olmayan suçlara “*sırf hareket suçları*” denilmektedir. Bkz. **Özgenç**, s. 177, 178.

<sup>166</sup> “*Ağırlaştırıcı veya hafifletici sebepler*” tabiri artık kullanılmamaktadır. Bkz. **Özgenç**, s. 210.

<sup>167</sup> **Avcı**, Özel Hükümler, s. 292, 293.

durum kusurluluk bahsinde incelenmesi gereken bir konu olduğundan, karşılıklı kazfetmenin kazf suçunda nitelikli hal olduğu görüşüne katılmamaktayız.

### 3.1.6.2. Daha fazla cezayı gerektiren nitelikli haller

Daha fazla cezayı gerektiren nitelikli haller kazf suçu için öngörülmemiştir.

*Avcı*, “*mağdurun sıfatı*”nın daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak Hz. Peygamber döneminde uygulandığını belirtmektedir. Hz. Aişe’ye kazfedilmesi hadisesinde başı çeken Abdullah b. Übey’e yüz altmış sopa ceza verildiğine dair rivayet vardır<sup>168</sup>. Hz. Peygamber’in eşlerinden birine veya ehli beytinden birine kazfedilmesi de daha fazla ceza verilmesine sebep olmuştur<sup>169</sup>.

Bu rivayetlerin doğru kabul edilmesi halinde dahi, daha fazla ceza verilmesinin sebebinin iki kazf suçuna ayrı ayrı ceza verilmesi olduğunu düşünmekteyiz. Yani aslında bir kişiye kazfedilmesi dolayısıyla ceza artırılmamaktadır. Zira o kişiye kazfedilmesi halinde Hz. Peygamber’e de kazfedildiği kabul edildiğinden iki kazf suçunun oluştuğu ve iki cezanın uygulanması gerektiği düşünülmüştür. Sonuç olarak bu mevzu, içtima bahsinde ele alınması gereken bir durumdur. Burada tek fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi söz konusudur. Ancak aynı neviden fikri içtima hükümleri yerine gerçek içtimain uygulandığı görülmektedir.

## 3.2. Suçun Manevi Unsuru

Manevi unsur, fiil ile kişi arasındaki manevi bağı ifade etmektedir ve bunlar kast, taksir, amaç ve saiktir<sup>170</sup>.

<sup>168</sup> *Avcı*, Genel Hükümler, s. 160; *Avcı*, Özel Hükümler, s. 292.

Yüz altmış sopa cezasıyla cezalandırılması rivayeti dışında, şahit bulunamadığından dolayı Abdullah b. Übey’in cezalandırılmadığı şekilde de rivayet bulunmaktadır. Bkz. *Aksu, Ali* (2004) “*İfk Olayı Üzerine Bir Değerlendirme (Sebepler ve Sonuçları Açısından)*” Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. VIII/1, s. 17, 18; *Fayda, Mustafa* “*Hz. Aişe’ye zina iftirası atılması olayı*”, İslam Ansiklopedisi, C. 21, s. 508, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c21/c210344.pdf> s.e.t. 31.07.2017. “*İfk olayı*” hakkında detaylı bilgi için bkz. *Aksu*, s. 1-21; *Erkocaaslan, Recep* (2015) “*Benî Müstakil Gazvesi Esnasında Ortaya Çıkan Nifak Hareketleri ve İfk Olayı*” Diyanet İlmî Dergi, C. 51, S. 1, s. 129-158.

<sup>169</sup> *Avcı*, Özel Hükümler, s. 292.

<sup>170</sup> *Özgenç*, s. 225; *Koca/Üzülmez*, Genel Hükümler, s. 144, 145; *Akbulut*, s. 350-354.

Kazf suçunun işlenebilmesi için gereken manevi unsur kasttır<sup>171</sup>. Kast, genel kabule göre, suçun bilerek ve istenerek işlenmesidir<sup>172</sup>. Had suçları ancak kasten işlenebilir<sup>173</sup>. Bu sebeple, kazf suçu taksirle işlenemez. İslam ceza hukukunda kazfeden kişi söylediğinin doğruluğunu ispat edemediği sürece, kişinin söylediğinin doğru olmadığını bildiği ve kasten hareket ettiği faraziyesi geçerlidir<sup>174</sup>.

### 3.3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suçun hukuka aykırılık unsurunu, diğer suçlarda da olduğu gibi, fiilin kanuni düzenlemelere ön gelen davranış normlarına aykırı olması ve bu davranışların bütün hukuk düzenince uygun görülmemesi oluşturmaktadır<sup>175</sup>.

İslam hukukuna göre hukukun kaynağı İlahi'dir ve dini kurallar hukukun çerçevesini çizer<sup>176</sup>. İslam hukuku ahlakı korumakta ve - toplumsal düzene etki etmese bile- ahlaka aykırı fiilleri cezalandırmaktadır<sup>177</sup>. Buradan İslam hukukunda ahlaka aykırı olan

171 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 371, 393; **Yiğit**, Kazf Suçu, s. 139.

172 **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 153; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 334, 335; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s Genel Hükümler, s. 323.

Kast için "bilme" unsurunun yeterli olduğu ve "isteme"nin kastın bir unsuru olmadığı yönündeki görüş için bkz. **Özgenç**, s. 236; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 156; **Akbulut**, s. 355. **Çolak** da kast için sadece "bilme" unsurundan bahsetmektedir. Bkz. **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 92. Çalışma kapsamını aşması sebebiyle bu hususu ayrıntılandırmamaktayız.

173 **Demir**, s. 90.

174 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 393; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 541; **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 92.

175 **Özgenç**, s. 294; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 403; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 262; **Akbulut**, s. 417; **Zeydan**, s. 587.

176 **Udeh, Abdulkadir** (1992) İslam ve Beşeri Kanunlar, 3. Baskı, İstanbul, Ravza Yayınları (Çev.: Nuhoglu, Mustafa), s. 44: "İslam her Müslümana ahlakın adetlerini, geleneklerini, adabını, muamelatını başkalarıyla birlikte kıldığı namazını ve kendinden sadır olan her söz veya fiilini İslam dininin getirdiği esaslara göre şekillendirmesi yükümlülüğünü getirmektedir. İslam şeriatı İslam dininin getirdiği emirler, yasaklar ve diğer yönlendirmelerin toplamı olunca bunun manası şu demektir: İslam şeriatının naslarından her nass dine dayanır, ona döner ve fertlerin inançlarına ve imanlarına bağlanır. Onların kalplerine ve gönüllerine tesir eder".

177 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 94 vd.

İslam'ın ahlaka aykırı fiilleri cezalandırması hakkında **Udeh** şu ifadeleri kullanmaktadır: "İslam, güzel ahlakı toplumun dayandığı birinci temel olarak kabul

fiillerin aynı zamanda hukuka da aykırı olduğu sonucu çıkarılabilir. Ancak çağdaş hukuk açısından, kanaatimizce, ahlak ile hukuk ortak bir zemine sahip olsa da tamamen aynı değildir. Buna göre, ahlaka aykırı davranış ancak toplumsal düzeni bozucu bir boyuta ulaşması halinde hukukun müdahale alanı başlamaktadır<sup>178</sup>.

Kur'an; hayat ve ahiret düzeni için birincil kaynaktır. Kur'an'da düzenlenmiş bu hususlara aykırı davranış, hukuk düzenine de aykırılık teşkil eder. Kur'an'da yapma veya yapmama şeklinde düzenlenmiş fiiller karşılığı ceza öngörülmesi halinde bu fiilin sırf yapılması veya yapılmaması bunun hukuka aykırılık teşkil ettiğine karinedir. Ancak hukuka aykırılığın varlığı için hukuka uygunluk sebeplerinin de olayda bulunmaması gerekir.

Hukuka uygunluk sebepleri; hakkın kullanılması, ilgilinin rızası, meşru savunma, kanun hükmünü yerine getirme (görevin ifası) olarak sayılabilir<sup>179</sup>. Kazf için meşru savunma ve kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebeplerinin suçun niteliği gereği uygulanmasının zor olduğu düşünülmektedir. Bu suç açısından hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmekle birlikte ilgilinin rızası tartışmalı bir husustur.

---

*eder. Bundan dolayı ahlaki himaye etmeye büyük özen gösterir. Bu himayede o kadar titizlik gösterir ki, neredeyse ahlakla ilgili bütün fiillerde cezai müeyyideler uygular. Beşerî kanunlar ise ahlakla ilgili bütün meseleleri tam anlamıyla ihmal eder. Ahlakla ilgili meselelere kulak asmaz. Ancak ondan dolayı doğacak zarar fertlere veya güvenliğe veya düzene dokunursa o zaman ilgilenir. Mesela beşerî kanunlar zinayı cezalandırmaz. Ancak taraflardan biri diğerini zorlar veya zina taraflardan birisinin tam rızası ile olmazsa o zaman müdahale eder. Çünkü bu ikinci durumda zinadan dolayı zararı fertlere ve genel güvenliğe dokunur. Ama İslam şeriati her hal ve her surette zinaya ceza verir. Çünkü o zinayı ahlaka dokunan bir suç kabul eder.” Udeh, Beşerî Kanunlar, s. 45.*

<sup>178</sup> Özgenç, s. 31; Garofalo, Baron Raffaele (1957) Criminologia «Suç, Suçlu ve Ceza», İstanbul, Nurgök Yayıncılık (Çev.: Göklü, Muhittin), s. 28.

Ahlak ile hukukun tamamen aynı kapsamda olmasının gerekliliği hakkında bkz. Erem, Faruk (1971) Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 13. Ahlak ile hukukun tamamen ayrı zeminde oldukları görüşü için bkz. Dönmezer/Erman, s. 143; Alacakaptan, Uğur (1961) Suçun Unsurları, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, s. 12.

<sup>179</sup> Bkz. TCK m. 24 vd.



### 3.3.1. Hakkın Kullanılması

Hakkın kullanılması bir hukuka uygunluk sebebidir<sup>180</sup>. Hakkını kullanan kişinin gerçekleştirdiği fiil hukuka aykırılık teşkil etmez.

Örneğin bir suçun ihbar edilmesi veya bir suç kapsamında tanık olunması hakkın kullanılması kapsamındadır. Söz gelimi, nikahsız bir kadınla erkeğin zina ettiğini dört kişi görse ve bunu ihbar edip tanık olsa burada hakkın kullanımı söz konusu olduğundan kazf suçu oluşmaz<sup>181</sup>.

Yine örneğin, hakkın kullanılması nesebin reddi davalarında söz konusu olmaktadır. Nesebin reddi davasının içeriği gereği çocuğun evlilik ilişkisine dayalı olarak dünyaya gelmediği iddia edilir ve ispat edilir. Böyle bir durumda dava etmek ve bu kapsamda iddiada bulunmak kazf suçunu oluşturmaz<sup>182</sup>.

### 3.3.2. İsnadın İspatı ve Mağdurun İkrarı

İsnadın ispatı müessesesi, iddia edilen suçun varlığının kanıtlanması sebebiyle isnadın hukuka aykırılığını ortadan kaldırdığından bir hukuka uygunluk halidir<sup>183</sup>. Kişi isnadını ispat eder veya isnat edilen kişi bu isnadın gerçek olduğunu kabul ederse had cezası düşer<sup>184</sup>. Görüldüğü

180 **Özgenç**, s. 304.

181 **Avcı**, *Özel Hükümler*, s. 285.

182 **Avcı**, dava sonucu çocuğun evlilik dışı ilişkiden meydana geldiği kanıtlanırsa bile bu sonuca binaen kişinin bunu alenen dile getirmesinin ve isnat etmesinin kazf suçunu meydana getireceğini belirtmektedir. Bkz. **Avcı**, *Özel Hükümler*, s. 285. Oysa geçmişte zina ettiği kanıtlanan bir Müslüman'ın muhsanlık sıfatı düştüğünden artık kazf suçunun oluşmayacağı kanaatindeyiz.

183 **Udeh**, *Genel Hükümler*, s. 655.

İsnadın ispatı günümüzde “suç isnat edilmesi suretiyle işlenen hakaret suçu”nda (TCK m. 127) hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Özgenç**, s. 304. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *Özel Hükümler*, s. 361-363; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, *Özel Hükümler*, s. 511-513; **Soyaslan**, *Özel Hükümler*, s. 324-330; **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2017) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 447-451; **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat** (2010) *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 476-479; **Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem** (2016) *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s. 258-261; **Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem** (2016) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 5. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık, s. 240-243.

184 **Avcı**, *Özel Hükümler*, s. 295.

üzere isnadın ispatı ve ikrar esasen hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin bir görünümüdür. Nitekim kişi isnadını ispat etme ve isnat edilenin gerçek olduğunu kabul etme hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasıyla isnadın ispat edilmesi veya isnadın gerçek olduğunun kabul edilmesi halinde söz konusu isnat fiili de hukuka aykırı olmaktan çıkacaktır.

### 3.3.3. İlgilinin Rızası

İlgilinin rızası kapsamında şikâyetten vazgeçme müessesesi doktrinde tartışılmaktadır<sup>185</sup>. Halbuki şikâyetten vazgeçme bir rıza açıklaması olmamakla birlikte muhakemeyi ilgilendiren bir husustur<sup>186</sup>. Şikâyet hakkının var olması ve buna rağmen şikâyet hakkının kullanılmaması fiili hukuka uygun hale getirmez.

İslam ceza hukukuna göre, kural olarak, rıza suçu hukuka uygun hale getirmez. Rıza, suçun bir unsuru olarak rızanın yokluğuna yer verilmesi hallerinde söz konusu olmaktadır. Bu durumda, örneğin hırsızlık suçunda, malın zilyedinin rızası dışında alınması söz konusu olduğundan buradaki rıza suçun oluşmamasına sebep verir. Yani hukuka uygunluk sebebi olan ilgilinin rızasına değer atfedilmemektedir. Eğer rızanın yokluğu suçun bir unsuru olarak aranmaktaysa ve rıza var ise, suçun kanuni tanımında aranan unsurlar gerçekleşmediğinden dolayı suç meydana gelmez ve ayrıca bir hukuka aykırılık araştırması yapılmaz<sup>187</sup>.

## 4. KUSURLULUK

Kusurluluk, kişinin suçu işlediğinin tespitinden sonra, yani suçun maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurlarının yerine gelmesinden sonra, kişinin bu davranışından dolayı kınanıp kınanamamasıdır. Eğer kişiyi kınayabiliyorsak, kusurun varlığından; kınayamıyorsak, kusurun yokluğundan bahsedebiliriz. Kusurun azalması (irade yeteneğinin azalması) da söz konusu olabilmekte ve bu durumda cezada indirim

<sup>185</sup> Bu tartışma için bkz. **Avcı**, *Özel Hükümler*, s. 286.

<sup>186</sup> **Özgenç**, s. 675, 676, 937-940; **Şahin**, *Cumhuriyet* (2015) Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 74-79.

<sup>187</sup> **Udeh**, *İslam Ceza Hukuku*, C. 1, s. 634; **Akgündüz**, *Kamu Hukuku*, s. 519.

yapılabilmektedir. Suçun oluşumu bakımından kusur aranmazken, kişinin cezalandırılabilmesi için kişinin kusurlu olması gerekir<sup>188</sup>.

#### 4.1. İrade ve Algılama Yeteneği

Bir kişinin kusur yeteneğine sahip olabilmesi irade ve algılama yeteneğinin gelişmiş olmasına bağlıdır<sup>189</sup>.

İslam hukukunda akıllı, ergen (baliğ) ve iradi olarak hareketlerini yönlendirebilen bir kişinin kusur yeteneğinin varlığından bahsedilebilir<sup>190</sup>. Yani kişinin gerçekleştirdiği fiilin ne anlama geldiği ve kendisine yüklenen sorumluluğu kavramaya gücünün yetip yetmediğine bakılır<sup>191</sup>. Bu özelliklere sahip bir kişi ceza ehliyetine sahiptir ve cezalandırılabilir.

#### 4.2. Kusurluluğu Etkileyen Haller

Kusurluluğu kaldıran bir hal olduğunda fiil suç olma vasfını korumakla birlikte failde kusur yeteneği bulunmadığından cezalandırma yoluna gidilememektedir<sup>192</sup>.

Kusurluluğu kaldıran veya azaltan haller; yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir, zorunluluk hali, hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması, haksız tahrik, tehdit ve cebirdir<sup>193</sup>.

Cebir, tehdit, sarhoşluk, akıl hastalığı ve yaş küçüklüğünün isnat yeteneğini kaldırdığı ve bu hallerde fiilin suç olmaya devam ettiği, ancak kural olarak faile ceza verilemediği İslam ve Osmanlı hukukunda da kabul edilmiştir<sup>194</sup>. Bu bakımdan, çalışmada yoğunlukla ele aldığımız suç teorisiyle uyumlu bir uygulamanın var olduğu görülmektedir.

---

188 Kusurluluk hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Özgenç**, s. 383 vd.; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 492 vd.; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 306 vd.; **Akbulut**, s. 484 vd.

189 **Özgenç**, s. 386 vd.; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 309.

190 **Avcı**, Özel Hükümler, s. 284.

191 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 153.

192 **Özgenç**, s. 383. Ayrıca bkz. CMK m. 223/3, 4.

193 Bkz. TCK m. 24 vd.

194 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 520, 521.

Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir ve hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması kusurluluğu kaldıran sebeplerinin kazf suçunun doğası gereği uygulanabilmesinin zor olduğu düşünülmektedir.

İslam ceza hukukunda akıl hastalığının gerçekleştirilen fiilin suç olmaya devam etmesi ve fakat failin kusurluluğunu ortadan kaldıran bir etkiye sahip olması konusundaki görüşün gai suç teorisi ile uyumlu olduğu görülmektedir<sup>195</sup>. Kişinin akıl hastası olması hallerinde kusur yeteneğinden bahsedemeyiz<sup>196</sup>. Bu hallerde kişinin irade ve algılama yeteneği yoktur; bu sebeple, ceza ehliyeti ve dolayısıyla ceza sorumlulukları yoktur<sup>197</sup>. Ancak dikkat edilmelidir ki, akıl hastalığı fiilin gerçekleştirildiği anda bulunması gerekir ve kişi akıl hastalığının etkisinde kalarak bu suçu işlemelidir<sup>198</sup>. Suçun işlenmesinden sonra akıl hastalığının ortaya çıkması kusurluluk üzerinde etkili olmayıp muhakeme ve infaz açısından önem taşımaktadır<sup>199</sup>. Akıl hastalığı halinde kişiler dinen “*yükümlü, mükellef*” değildirler<sup>200</sup>.

Yaş küçüklüğü, Osmanlı ceza hukukunda 2 bölümde incelenmektedir<sup>201</sup>:

1. Buluğa (ergenliğe) erene kadar çocukların cezai sorumlulukları yoktur<sup>202</sup>.

<sup>195</sup> Bkz. Udeh, Genel Hükümler, s. 606; Özgenç, s. 405; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 320, 321; Akbulut, s. 508. Ayrıca bkz. CMK m. 223/3-a.

<sup>196</sup> Avcı, Özel Hükümler, s. 284.

<sup>197</sup> İbn-i Abidin, C. 8, s. 248; Udeh, Genel Hükümler, s. 606; Artuk/Gökçen /Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 59, 549.

<sup>198</sup> Özgenç, s. 407-409; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 321; Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 333.

<sup>199</sup> Udeh, Genel Hükümler, s. 608-610.

<sup>200</sup> Udeh, Genel Hükümler, s. 597.

<sup>201</sup> Çolak, Mücahit (2011) “İslâm Hukukunda Ceza Ehliyeti Açısından Yaş Küçüklüğü” Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 35, s. 111-119; Yiğit, İslam Ceza, s. 268, 269.

*Akgündüz* çocukluğu üç bölümde ele alsa da cezai sorumluluk bakımından iki dönemi kabul ettiği görülmektedir. Bkz. *Akgündüz*, Kamu Hukuku, s. 521.

<sup>202</sup> Çolak, Yaş Küçüklüğü, s. 116.

İbn-i Abidin, C. 8, s. 248: “*Kazfeden çocuğa had lazım gelmezse de tazir edilir*”. İbn-i Abidin’in belirttiği “*tazir edilir*” ifadesinin çocuğun terbiyesine yönelik yaptırımlar olarak anlamak gerektiği kanaatindeyiz. Yaş küçüklüğü ve çocuğun terbiyesi arasındaki ilişki hakkında bkz. Çolak, Yaş Küçüklüğü, s. 114.

2. Buluğa erdikten (baliğ<sup>203</sup> olduktan) sonra kişi her ne kadar yaşı itibarıyla çocuk olsa da ergen bir yetişkin olarak cezai sorumluluğa sahiptir.

Buluğa erene kadar çocukların işledikleri suçlardan dolayı ceza hukuku bakımından bir sorumluluğu yoktur. Ancak tazmin sorumlulukları devam etmektedir<sup>204</sup>. Belirtmek gerekir ki, temyiz kudretine sahip olmasına karşın buluğa ermemiş çocuklar hakkında terbiye amacıyla tazir (güvenlik tedbirleri) öngörülebilir<sup>205</sup>. Yaş küçüklüğü, suçun işlendiği anda aranmaktadır ve suçun işlendiği anda yaş küçüklüğü söz konusuysa buluğa erdikten sonraki ikrar halinde dahi kişiye ceza verilmez<sup>206</sup>.

Sağır ve dilsizlik, günümüzde belli yaş aralıklarında kusurluluğu kaldıran bir hal olarak kabul edilmekte ve yaş küçüklüğüne ilişkin hükümler uygulanmaktadır<sup>207</sup>. Kazf suçunun sadece sözel olarak gerçekleştirilebildiği kabul edildiğinde sağır ve dilsizin bu suç işleyemediği sonucuna ulaşılır. Ancak suç söz ile işlenmek zorunda olunmasaydı bile Hanefilere göre sağır ve dilsizlik suç üzerindeki şüpheyi gideremediğinden had suçu ve cezası kalkardı. Sadece tazir cezası uygulanabilirdi<sup>208</sup>.

Bilerek, haram yolla sarhoş olunması durumunda her ne kadar kişinin irade ve algılama yeteneği zayıflamış veya ortadan kalkmış olsa da kişi davranışlarından sorumludur ve cezalandırılabilir<sup>209</sup>. Nitekim

<sup>203</sup> Çolak, Yaş Küçüklüğü, s. 116-118.

Osmanlı hukukunda baliğ (ergenlik) için gereken yaş şartı alt sınırı kızlarda dokuz, erkeklerde on iki ve üst yaş sınırı ise ikisinde de on beştir. Bkz. **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 333. Ancak *Ebu Hanife*'ye göre bu yaş âdet görmemiş kız için on yedi, ihtilam olmamış erkek için on sekizdir. Bkz. **Avcı**, Genel Hükümler, s. 118.

<sup>204</sup> Çolak, Yaş Küçüklüğü, s. 112.

<sup>205</sup> Çolak, Yaş Küçüklüğü, s. 114.

<sup>206</sup> Çolak, Yaş Küçüklüğü, s. 115.

<sup>207</sup> Bkz. TCK m. 33.

<sup>208</sup> **Udeh**, Genel Hükümler, s. 602.

*Malik*, *Şafii* ve *Ahmed* ise bu görüşün aksine sağır ve dilsizin işaretinde şüphe bulunmadığında sağır ve dilsizin ikrarının kabul edileceği görüşündedir. Bkz. **Udeh**, Genel Hükümler, s. 602.

<sup>209</sup> **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 248; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 521; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 284; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 334.

günümüzde de bu kural kabul edilmektedir<sup>210</sup>. Ancak kişi isteği dışında bilmeden sarhoş olduysa veya zorla sarhoş edildiyse bu hallerde sarhoşluktan dolayı cezalandırılmaz<sup>211</sup>.

Zorunluluk halinin sarhoşlukla birleşmesi halinde cezalandırmama yoluna gidilmektedir. Şöyle ki, kişi eğer bir zorunluluk halinden kaynaklı olarak sarhoş olduysa ve bu haldeyken bir suç işlediyse cezalandırılmaz<sup>212</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, zorunluluk halinin kazf suçu için müstakil olarak uygulanabilmesi konusunda olumlu kanaatte değiliz. Nitekim kazfedilmesi zorunluluk halinden ileri gelmemektedir. Zorunluluk hali kişinin sarhoş olmasına sebep olmaktadır. Dolayısıyla kişinin cezalandırılmaması kişinin bizatihi zorunluluk hali içerisinde olması değildir.

Eğer kişi tehdit veya cebire maruz kalarak bu suçu işlemişse kişinin iradesinden bahsedilemediğinden kişiyi kusurlu addedemeyiz. Bu sebeple de cezalandırma yoluna gidilememelidir<sup>213</sup>. Yoğunlukla ele aldığımız suç teorisine benzer şekilde İslam ve Osmanlı hukukunda da tehdit ve cebir hallerinde fiilin suç olmaya devam etmesi, ancak failin cezalandırılmaması görüşü kabul edilmekle birlikte; öldürme fiillerinde tehdit ve cebirin cezada indirim yapılmasını gerektiren bir sebep olmadığı ve “ağır” tehdit ve cebir hallerinde kişinin sarhoş edilmesi durumunda sarhoş olma fiilinin suç teşkil etmediği kabul edilmektedir. Kazf suçu bakımından ise; “ağır” cebir ve tehdit halinde fiilin suç olmaya devam ettiği, ancak buna rağmen failin kusurluluğunun söz konusu olmaması sebebiyle cezalandırılmaması kabul edilmiştir<sup>214</sup>. *İbn-i Abidin*, “ağır” olması gerektiği değerlendirmesi yapmaksızın cebir halinde kişiye ceza uygulanmayacağı görüşündedir<sup>215</sup>.

Haksız tahrik, kazf suçu için cezada bir indirim sebebi olarak görülmemektedir. Her ne kadar haksız tahrik halinde kişinin kusurunda

---

210 Bkz. TCK m. 34/2.

211 Udeh, Genel Hükümler, s. 594.

212 Udeh, Genel Hükümler, s. 595.

213 Koçak/Dalgın/Şahin, s. 547.

214 Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 520; Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 334; Udeh, Genel Hükümler, s. 585.

215 İbn-i Abidin, C. 8, s. 247, 248.

azalma olsa da kazf suçu işlenmiş ise kişiye yine had cezası uygulanmaktadır<sup>216</sup>.

Karşılıklı hakaret olabildiği gibi, karşılıklı kazf de söz konusu olabilir. Karşılıklı hakaret günümüzde bir haksız tahrik şekli olduğu ve kişilerin kusurluluğunu etkilediği kabul edilmektedir; bu doğrultuda karşılıklı hakaret hallerinde kişilere ceza verilmez veya indirim yapılır<sup>217</sup>. Ancak kazf suçu açısından karşılıklı kazf halinde ceza verilmemesi veya cezada indirim yapılması söz konusu değildir; had cezası tam olarak uygulanır<sup>218</sup>. Karşılıklı olarak birbirine kazfedenlerin ikisine de had cezasına hükmedilmesi gerekmektedir<sup>219</sup>. Karşılıklı kazf halinde suçun tazir suçuna dönüşeceği görüşüne katılmamaktadır<sup>220</sup>.

<sup>216</sup> **Avcı**, Özel Hükümler, s. 293.

Tophane 2 numaralı Şer'iyye Sicili'nde yer alan bir kayıta hakarete karşılık olarak kazfedildiğinin bir örneği bulunmaktadır:

“Oldur ki Hüseyin bin Şa'bân nâm kimesne işbu bâ., isü”s-sicill Abdi bin Abdullah nâm kimesne-i mahfil-i kazâda ihzâr ve takrîr-i da'vâ idüp, “mezbûr Abdi benim boğazımdan boğup ve bana “be hey anasını zinâ itdüğüm!” deyü zinâ lafzı kazf eyledi hakkım taleb iderin” didikde gıbbe“s-su“âl mezbûr Abdi cevâb virüp, “boğazımdan tutdum fe-ammâ ol beni sögdü, ben de sögdüm” deyüp i'tirâf eylemeğın mâ-vaka' gıbbe't-taleb kayd olundu. Şühûdü'l-hâl: İbrâhîm bin Hamza ve Mustafa bin Hamza, Kadri Çelebi bin Hızır.” **Daştan, Eda** (2014) Tophane 2 Numaralı Şeriye Sicili Defteri H. 966-967/1558-1560 (İnceleme-Metin), Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, s. 167.

<sup>217</sup> **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 456; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 516; **Soyaslan**, Özel Hükümler, s. 323, 324; **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel, s. 479-481; **Centel/Zafer/Çakmut**, Kişilere Karşı, s. 257, 258; **Hafizoğulları/Özen**, Özel Hükümler, s. 246, 247. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, bu hal için “kişisel cezasızlık veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir neden” ifadelerini kullanmaktadır. Bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 359.

<sup>218</sup> **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 379; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 348. Ancak 1519 tarihinde iki zimmi kadının birbirine “orospu” diyerek sövmeleri halinde tazir cezasının uygulandığından bahsedilmektedir. Bkz. **Avcı**, Özel Hükümler, s. 293.

<sup>219</sup> **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 379; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 281; **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 264.

<sup>220</sup> **Avcı**, eserinde karşılıklı kazf halinde suçun tazir suçuna dönüşeceğini söyleyerek Üsküdar siciline atf yapmaktadır. Bkz. **Avcı**, Özel Hükümler, s. 293. Söz konusu sicil kaydı şu şekildedir:

“Tafsîl oldur ki Manol b. Vartala ve Andranikoz b. Kanci şehâdetleriyle Trani bt. Dimitri ve diğer Trani bt. Solak nâm avretler birbirine orosbu deyip döğüşüklerisâbit olup ta'zîre emr olunup sicillâta kayd olundu. Fî evâili Şa'bân sene 925.

## 5. TEŞEBBÜS

Kişinin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasına teşebbüs denir<sup>221</sup>. Teşebbüse İslam hukukunda “*cerimeye şûrû*” denilmektedir<sup>222</sup>. Had suçlarında teşebbüsün mümkün olduğu durumlarda kişiye suçun tam cezası verilmez<sup>223</sup>.

Kazfın sırf hareket suçu olduğu yukarıda dile getirilmişti. Yani bu suçta bir unsur olarak netice aranmamaktadır. Fiil gerçekleştirildiği an suç tamamlanmış olur. Bu sebeple, sözel olarak kazfeden kişi için teşebbüs mümkün değildir<sup>224</sup>.

Eğer kazf suçunun sadece söz ile değil, yazı ile de işlenebildiği kabul edilirse; örneğin, kazf içeren bir mektubun muhatabına gönderilmesi durumunda kazfe teşebbüs mümkün olabilir. Çünkü sırf hareket suçlarında hareket eğer bölünebiliyorsa teşebbüs mümkün hale gelir<sup>225</sup>.

Kazf suçunun sadece söz ile işlenebildiğinin kabul edilmesi halinde, suç gönüllü vazgeçmeye uygun görünmemektedir. Ancak eğer yazı yolu

*Şuhûdü'l-hâl: Ahmed b. Abdullah, Veli b. Mürüvvet, Timurhan b. İsmail ve gayruhum*” **İstanbul Kadı Sicilleri**, ÜSKÜDAR02, C. 2, s. 151, Hüküm No. 245, <http://www.kadisicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=1071> s.e.t. 26.07.2017.

Tarafların isimlerinden dolayı Müslüman olmadığı yorumu yapılabilir. Had suçu olan kazfın oluşabilmesi için mağdurun Müslüman olması gerekmektedir. Eğer taraflar Müslüman değilse had suçu olan kazf suçu oluşmamaktadır. Tazir suçu meydana gelmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu ihtimalde had suçunun oluşmamasının sebebi karşılıklı kazfedilmesi değildir. Tazir suçunun oluşmasının sebebi, eğer mağdur muhsan değil ise, mağdurun Müslüman (yani muhsan) olmamasıdır.

221 Bkz. TCK m. 35/1.

222 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 517.

Teşebbüs için “*cürme şürû*” ifadesinin kullanımı hakkında bkz. **Ekinçi**, Osmanlı Hukuku, s. 331. “*Cerime(ye)*” veya “*cürm(e)*” ifadeleri değişse de bu kelimelerin “*suç(a)*” anlamında kullanıldığı açıktır. Ortak olan “*şürû*” kelimesi ise teşebbüs anlamına gelmektedir. Bu açıdan, ifadelerin kullanımlarında bir çelişki bulunmamaktadır.

223 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 518.

224 **Avcı**, Özel Hükümler, s. 273, 286, 287.

225 Bu durumun günümüzde hakaret suçu bakımından da geçerli olması açısından bkz. **Koca/Üzülmüş**, Özel Hükümler, s. 458; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 353; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 517; **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel, s. 469; **Centel/Zafer/Çakmut**, Kişilere Karşı, s. 264; **Hafizoğulları/Özen**, Özel Hükümler, s. 248.



ile kazf suçunun işlenebilmesi kabul edilirse gönüllü vazgeçme de mümkün hale gelir. Örneğin, kazf içeren bir mektubun muhatabına gönderilmesi durumunda kazf içeren sözleri yazan kişi posta şirketine giderek mektubun gönderilmesine engel olabilir. Bu durumda her ne kadar kişi suçun icra hareketlerine başlamış olsa da suçun tamamlanmasına kendi çabalarıyla engel olduğundan gönüllü vazgeçme gündeme gelir.

## 6. İŞTİRAK

Suçlar tek bir kişi tarafından işlenebildiği gibi birden fazla kişinin suçun gerçekleştirilmesinde suça belli katkılarıyla da işlenebilir. Bu haller suça iştirak halleridir<sup>226</sup>. İştirak bahsinde faillik ve şeriklik sorumlulukları gündeme gelmektedir<sup>227</sup>.

Kazf suçunda müstakil faillik (doğrudan-mübâşir fâil<sup>228</sup>) söz konusu olabilir. Ancak eğer yazı yolu ile kazf suçunun işlenebilmesi kabul edilirse müşterek faillik de mümkün hale gelebilir. Örneğin, birden fazla kişi kazf içeren aynı metne imza atarak kendi beyanları olduğunu ortaya koyabilir ve böylece bu kişiler kazf suçundan müşterek fail olarak sorumlu tutulabilir. Somut olarak söylemek gerekirse, A ve B beraber kaleme aldıkları yazıda C için “*zinakar*” ifadesini kullanmış olabilir. Bu durumda A ve B, C’ye karşı işlenen kazf suçunda müşterek fail olarak sorumlu tutulabilir<sup>229</sup>. Müşterek faile, suçu tek başına işlemiş gibi yani cezada indirim yapılmadan ceza verilir<sup>230</sup>.

Kazf suçunda dolaylı faillik söz konusu olabilir<sup>231</sup>. Belirtmeliyiz ki, dolaylı faillikte fiili gerçekleştiren kişi araç konumunda olduğundan, fiili bizzat gerçekleştiren kişinin, yani doğrudan failin cezalandırılmaması düşünülmektedir. Zira örneğin kazfi araç konumuna gelerek

<sup>226</sup> Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 517; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 439; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 641; Akbulut, s. 603; Toroslu/Toroslu, s. 301.

<sup>227</sup> Özgenç, s. 512 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 647; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 441.

<sup>228</sup> Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 518.

<sup>229</sup> Günümüzde hakaret suçu açısından krş. Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 249.

<sup>230</sup> İkinci, Osmanlı Hukuku, s. 331.

<sup>231</sup> Günümüzde hakaret suçu açısından krş. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 459.

nakletmekten başka bir eylemde bulunmayan kişi için had cezası gerekmemektedir<sup>232</sup>.

Kazf suçunda, azmettirme mümkündür. Bir kişinin kazf etmesi için karar verdirilmesi halinde azmettirme gerçekleşmiş olur. Bu durumda azmettiren tazir cezası<sup>233</sup>, fiili gerçekleştirene ise had cezası uygulanır<sup>234</sup>.

Kazf suçunun sadece söz ile işlenebildiğinin kabul edilmesi halinde, suç maddi yardım etmeye uygun görünmemektedir. Ancak teşebbüs bahsinde de değindiğimiz üzere, yazı yolu ile kazf suçunun işlenebilmesinin kabul edilmesi halinde, günümüz koşullarında maddi yardım etme söz konusu olabilir. Örneğin, kazf içeren bir mektubun yayınlanması için televizyon kanalına gönderilmesi durumunda, mektubun içeriğinin kazf suçunu işlemeye elverişli bir metin olduğunu bilerek mektubu ulaştıran kişinin yardım etmeden sorumluluğu söz konusu olabilir<sup>235</sup>. Aynı şekilde kişinin bu mektubu yazabilmesi için kâğıt ve mürekkep sağlanması halinde de kazf suçunun işlenmesinde yardım eden olarak sorumluluk doğabilir. Kazf suçu ister söz ile ister - kabul edilmesi halinde- yazı ile gerçekleştirilsin bu suçta manevi yardım etme mümkündür. Örneğin, kişi kazfetmeye teşvik edilebilir veya kazfetme kararı kuvvetlendirilebilir.

Osmanlı'da azmettirme ve yardım etme hallerinde bu kişiler 17. yy.'a kadar failden farklı olarak bedel ve tazir cezalarıyla cezalandırılıyor iken, 17. yy.'dan sonra şeriklerin de failer gibi cezalandırılması kabul edilmiştir<sup>236</sup>.

## 7. İÇTİMA

*Ebu Hanife*'ye göre kişi, kazf haddi cezasının infazı tamamen bitinceye kadar, ister bir kişiye karşı birden fazla defa, ister birden fazla

232 Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 383, 384; Udeh, Özel Hükümler, s. 534; Avcı, Özel Hükümler, s. 288.

233 Tazir cezasının uygulanması 17. yy.'a kadar kabul edilmiştir. Bkz. Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 518, Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 331.

234 Avcı, Özel Hükümler, s. 288.

235 Mefhumu muhalifi için bkz. Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 249.

236 Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 518; Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 331.

17. yy.'dan sonraki bu uygulama Maliki mezhebinin uygulamasıdır. Bkz. Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 331.

kişiyeye karşı tek bir söz ile veya birden fazla söz ile, isterse de farklı günlerde bu fiilleri gerçekleştirmiş olsun bu kişi hakkında tek bir kazf haddi cezasına hükmedilmelidir. Ancak kişinin kazf haddi cezası infaz edildikten sonra işlediği kazf suçlarında yeni bir had cezası verilebilir<sup>237</sup>. Buradan da anlaşılıyor ki, gerçek içtimanın uygulanması mümkün değildir; meğerki her cezanın infazından sonra yeni bir kazf suçu işlenmiş olsun.

Bu durum İslam ceza hukukunda uygulanan genel içtima kuralıdır; buna göre, aynı suçun işlenmesi halinde tek bir ceza verilir ve buna da “*tedâhül nazariyesi*” denilir<sup>238</sup>. Farklı suçlar arasında ise gerçek içtima uygulanır<sup>239</sup>.

Yine genel kuralla uyumlu olarak, kazf suçunda zincirleme suç ve aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilmekle birlikte<sup>240</sup>; günümüzdeki gibi ceza artırılarak verilmez, aynı miktarda tek bir had cezası verilir<sup>241</sup>. Örneğin; eğer kişi, zina isnadında bulunurken iki kişinin zina ettiğini söylemişse esasen iki ayrı kişiye karşı kazf suçu işlemiş olur; ancak tek hareketle, yani tek söz ile bu yapıldığından burada bir had cezası uygulanır<sup>242</sup>. Nitekim “*ey zani oğlu zani.*” veya “*ey zani kızı zani.*” sözlerinin söylenmesi halinde hem karşıdaki kişiye hem de onun üstsoyuna karşı zina isnat edildiğinden tek fiille birden fazla kişiye karşı kazf suçu işlenmiş olur<sup>243</sup>. Topluluğa veya birkaç kişiye birden aynı anda kazfedilmiş olabilir. Bu durumda da tek bir had cezası verilir<sup>244</sup>.

Nesebin inkârının, tek fiille birden fazla kişiye karşı aynı suçun işlenmesi anlamına geldiğini belirtmiştik. Örneğin, “*ey zani kızı.*”, “*ey*

<sup>237</sup> **Serahsî**, C. 9, s. 187; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 413; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 556; **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 94; **Udeh**, Genel Hükümler, s. 750. Diğer yandan *Şafii*, ayrı sözlerle kazfedilmesi halinde ayrı cezaların uygulanması gerektiği görüşündedir. Bkz. **Serahsî**, C. 9, s. 187.

<sup>238</sup> **Şeyh Bedreddin**, s. 557; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 522.

<sup>239</sup> **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 522.

<sup>240</sup> Aynı neviden fikri içtima hükümleri, bir fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi durumunda uygulanmaktadır (TCK m. 43/2). Ayrıca bkz. **Özgenç**, s. 610.

<sup>241</sup> **Serahsî**, C. 9, s. 187, 212; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 289.

<sup>242</sup> Örnekler için bkz. **Avcı**, Özel Hükümler, s. 288-290.

<sup>243</sup> **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 383.

<sup>244</sup> **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 94.

*zani oğlu.*” demek nesebin inkârı suretiyle kazfetmektir. Bu durumda da esasen aynı neviden fikri içtima halinin oluştuğu düşünülmektedir. Ancak yine belirttiğimiz üzere aynı neviden fikri içtimam söz konusu olduğu hallerde cezada bir artırım uygulanmaz ve tek bir had cezası verilir.

Daha önce nitelikli haller bahsinde ele alındığı üzere Hz. Ayşe’ye ve Hz. Peygamber’in eşlerine kazfedilmesi hadiselerinde tek fiille birden fazla kazf suçunun oluştuğunun kabul edildiği belirtilmişti. Bu hallerde her ne kadar aynı neviden fikri içtima söz konusu olsa da gerçek içtima uygulandığı görülmektedir. Bu durum bir nitelikli hal arz etmemektedir. Burada söz konusu olan durum içtima hususunda istisnai bir uygulamaya gidilmesidir. Yani özel içtima hali söz konusudur ve bu sebeple, gerçek içtimamın uygulanması kabul edilmektedir.

Öyleyse şöyle bir soruna dikkat çekmek gerekir:

1. C kişinin annesi olan A’ya veya C’ye tek başına zina isnat edilmesi fiili,

2. C kişinin nesebinin inkâr edilmesi fiili (bu fiil dolayısıyla hem C’nin nesebinin sarıh olmadığı hem de annesi A’nın zina ettiğinin isnat edilmesi),

3. “*Ey zani kıızı zani*” denilmesi halinde hem C’ye hem de A’ye tek bir fiille kazf edilmesi,

4. Bir topluluğa (birden fazla kişiye) tek fiille kazf edilmesi hallerinde, tek bir had cezası uygulanır. Bu durumlarda tek bir cezaya hükmedilmesi ve bu cezada bir artırım öngörülmemesinin hakkaniyetli olmadığı düşünülebilir. Zira günümüz ceza hukukunda bu hallerde cezada artırım öngörülmektedir<sup>245</sup>.

*Malik*, içki içme suçu ile beraber kazf suçunun işlenmesi halinde tek bir had cezasının uygulanması gerektiği görüşünde olmakla birlikte, *Ebu Hanife* gerçek içtimamın uygulanması gerektiğini düşünmektedir<sup>246</sup>. Bu durumda kazf suçu ile diğer suçlar arasında farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Kazf suçu ile diğer suçlar arasında *Ebu Hanife*’nin görüşü doğrultusunda gerçek içtima söz konusudur.

<sup>245</sup> Bkz. TCK m. 43/2.

<sup>246</sup> **Udeh**, Genel Hükümler, s. 751, 752; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 415; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 559; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 343.

## 8. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ VE CEZAYI KALDIRAN VEYA AZALTAN ŞAHSİ SEBEPLER

### 8.1. Şahsi Cezasızlık Sebepleri ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler

Şahsi cezasızlık sebepleri, failin suçu işlemesi sırasında mevcut olan sebeplerdir; varlığı halinde faile ceza verilemez<sup>247</sup>. Ayrıca failin suçu işlemesi sırasında mevcut olan bir sebep cezada indirim yapılmasını da gerektirebilir<sup>248</sup>.

Kazfedenin (mağdur konumundaki kişinin, makzufun) zimmi olması şahsi cezasızlık sebebi olarak değerlendirilemez. Çünkü zimmiler kazf edilmesi halinde kazf suçu oluşmaz; zira suçun maddi unsuru olan mağdur unsurunun yokluğu söz konusudur. Nitekim bu suçun mağduru ancak muhsan bir kişi olabilir. Müslüman olmayan bir kişi muhsan olamayacağından dolayı, şahsi cezasızlık sebebinden değil, suçun hiç işlenmemesinden bahsetmek gerekir. Halbuki şahsi cezasızlık sebeplerinde suç işlenmektedir; ancak ceza verilememektedir<sup>249</sup>.

Kazf suçu açısından üstsoy olmak şahsi cezasızlık sebebidir<sup>250</sup>. Eğer fail üstsoy ise bu durumda had cezası verilmez. Ancak Hanefiler bu hallerde tazir cezasının verilmesi gerektiğini söylemektedir<sup>251</sup>.

Eğer kazfeden köle ise seksen sopa yerine kırk sopa cezası uygulanır<sup>252</sup>. Nitekim had suçlarının cezasının bölünebilir olması halinde köleler açısından cezanın yarısı uygulanır<sup>253</sup>.

---

<sup>247</sup> Özgenç, s. 648; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 583; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 371; Akbulut, s. 209.

<sup>248</sup> Akbulut, s. 209.

<sup>249</sup> Özgenç, s. 651.

<sup>250</sup> İbn-i Abidin, C. 8, s. 255; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 59; Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 374.

<sup>251</sup> İbn-i Abidin, C. 8, s. 255; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 97; Avcı, Özel Hükümler, s. 280; Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 374.

<sup>252</sup> Serahsî, C. 9, s. 186; Demir, s. 86; Avcı, Özel Hükümler, s. 296; Türcan, s. 529; Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 329.

<sup>253</sup> Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 329; Zehra, s. 87. Bu ceza köle hakkında tam bir had cezası teşkil eder. Bkz. Serahsî, C. 9, s. 220.

## 8.2. Cezayı Ortadan Kaldıran veya Azaltan Şahsi Sebepler

Cezayı ortadan kaldıran veya azaltan şahsi sebepler, failin suçu işlemeden sonra ortaya çıkan bazı şartların varlığı durumunda faile ceza verilmeyebildiği veya failin cezasında indirim yapılabildiği hallerdir<sup>254</sup>.

Cezayı ortadan kaldıran veya azaltan şahsi sebep olarak etkin pişmanlık kazf suçu için söz konusu değildir. Çünkü Nur Suresi'nde “*Namuslu kadınlara zina isnat edip sonra da dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun. Artık onların şahitliğini asla kabul etmeyin. İşte bunlar fâsık kimselerdir. Ancak bundan sora yaptığından ötürü tövbe edip kendini düzeltenler bu kısıtlamanın dışındadır.*” ifadesi yer alsada bu ifade sadece fasık olmak bakımından etki doğurur<sup>255</sup>; yani tövbe edilmesi halinde kazf suçunun cezasının ortadan kalkması ve tanıklık ehliyetinin kazanılması mümkün değildir<sup>256</sup>. Nitekim *Ebu Hanife*'ye göre hırsabe suçu hariç<sup>257</sup>, had suçlarında tövbe edilmesinde, yani etkin pişmanlık halinde cezanın düşmesi mümkün değildir<sup>258</sup>.

<sup>254</sup> Özgenç, s. 663; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 586; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 371.

<sup>255</sup> *Karaman*, tövbe edilmesi halinde sadece fasıklığın ortadan kalkacağını belirtmektedir. Bkz. *Karaman*, s. 129. Tövbenin fasıklıktan kurtaracağı görüşü Hanefilere aittir. Bkz. *Zehra*, s. 109; *Yiğit*, Kazf Suçu, s. 141. Şafii, Maliki ve Hanbeli mezheplerine göre ise tövbe edilmesi halinde tanıklık ehliyeti tekrar kazanılır. Bkz. *Yiğit*, Kazf Suçu, s. 141.

*Avcı*, etkin pişmanlık mevzuunu eserinde “*teşebbüs*” başlığı altında incelemektedir. Ayrıca yazar, tövbenin kazf suçunun cezasını ortadan kaldırmayacağını belirtirken fasıklık konusunda bilgiye yer vermemektedir. Bkz. *Avcı*, Özel Hükümler, s. 287. Yazar, tanıklık hususunu kişinin tövbesiyle ilişkilendirerek açıklamaktadır: “*Etkin pişmanlık, kazf suçunun cezasını düşürmez, örneğin bir hıristiyan bir Müslümana kazfedip had cezasına çarptırılrsa, dayak cezasının infazına başladığında Müslüman olsa, cezanın infazına son verilmez, ancak infazdan sonra tanıklık ehliyetini kazanır.*” *Avcı*, Özel Hükümler, s. 287. Oysa bu durum kişinin Müslüman olarak zaten hiç kaybetmemiş olduğu tanıklık ehliyetini, sırf Müslüman olmasından kaynaklı olarak elde etmesiyle alakalıdır. Bu konu hakkında bilgi için bkz. *Serahsî*, C. 9, s. 220.

<sup>256</sup> *Udeh*, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 411; *Aydın*, s. 192; *Karaman*, s. 129; *Türcan*, s. 529; *Çolak*, İslâm Hukuku, s. 93, 94; *Zehra*, s. 108.

<sup>257</sup> *Udeh*, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 513.

<sup>258</sup> *Aydın*, s. 171. Hanbeli mezhebi hariç, diğer mezheplere göre etkin pişmanlık (tövbe) sadece hırsabe suçunda etkili olmaktadır ve diğer had suçlarında bir etki doğurmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Özer, Salim* (2008) “*Günahların Affında*

Etkin pişmanlık hali açısından, örneğin, gayrimüslim kazfetse, kişi pişman olup Müslüman olsa bile bu durum cezanın infazına engel olmaz. Kişinin pişman olup Müslüman olması, sadece tanık olabilme ehliyetini kazanmasına yarar<sup>259</sup>.

## 9. MUHAKEME, YAPTIRIM VE İNFAZ

### 9.1. Muhakeme

Muhakeme bahsinde şikâyet, suçun ispatlanması ve suçun yokluğunun ispatlanmasına değinilecektir. Bu konulara geçmeden önce suçun işlenmesinden sonra failin akıl hastası olması hususunda şu bilgiyi vermek gerekir: Şafi ve Hanbelilere göre hükümden önceki akıl hastalığı yargılamaya engel değildir. Ancak Hanefi ve Malikilere göre hükümden önceki akıl hastalığı yargılamaya engel oluşturmaktadır<sup>260</sup>. Bu sebeple kişi, her ne kadar suç işlerken akıl hastası olmasa da eğer yargılama öncesi veya sırasında akıl hastası olduysa kişinin yargılamasının yapılabilmesi ve yargılamaya devam edilebilmesi için bu halinin ortadan kalkması gerekir.

#### 9.1.1. Şikâyet

*Ebu Hanife*'ye göre kazf, kamu hakkı (Allah hakkı) ağır basan bir suçtur<sup>261</sup>. Diğer mezhepler şahıs hakkının ağır bastığı görüşündedirler. Ancak yine de tüm mezheplere göre bu suçun takibi şikâyete bağlıdır<sup>262</sup>. Diğer had suçlarının takibatı için şikâyet şart değildir<sup>263</sup>; ancak kazf suçu bu durumun bir istisnasıdır<sup>264</sup>. Korunan hukuki değerın önemi itibarıyla şikâyet şartının arandığı düşünülebilir. Nitekim bu suç her ne

---

ve Cezaların Düşmesinde Tövbenin Etkisi" Bilimname, S. 14 (XIV), 2008/1, s. 99-102.

<sup>259</sup> **Avcı**, Özel Hükümler, s. 287.

<sup>260</sup> **Udeh**, Genel Hükümler, s. 608.

<sup>261</sup> **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 404; **Cin/Akyılmaz**, s. 257; **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 549.

<sup>262</sup> **Şeyh Bedreddin**, s. 557; **Serahsî**, C. 9, s. 184; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 397, 398; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 544; **Akman**, s. 25, 26, 29, 30; **Aydın**, s. 191, 192; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 293, 294; **Cin/Akyılmaz**, s. 230, 256; **Avcı**, Genel Hükümler, s. 183, 184.

<sup>263</sup> **Aydın**, s. 159; **Türcan**, s. 515; **Akman**, s. 25.

<sup>264</sup> **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 398.

kadar kamu hakkını ihtiva etse de suç ile kazfedilen kişinin şerefi, haysiyeti ve toplum içindeki yeri önemli ölçüde ihlal edilmektedir<sup>265</sup>.

Şikâyet hakkı, mağdur hayattaysa sadece ona aittir<sup>266</sup>; mağdur ölü ise ve ölüye kazfedildiyse üstsoy ve altsoyuna aittir<sup>267</sup>. Şikâyet hakkı kullanıldıktan sonra mağdur ölürse dava düşer<sup>268</sup> ve hatta kazfedenin cezasının bir kısmı infaz edilmişken mağdur ölse dahi cezanın geri kalanı infaz edilmez<sup>269</sup>. Kazfedilenin kazfi öğrenmesine rağmen şikâyet hakkını kullanamadan ölmesi halinde, şikâyet hakkı mirasçılara geçmez<sup>270</sup>; meğerki kişi ölmeden önce kendisine kazfedildiğini öğrenmemiş olsun<sup>271</sup>. Ancak eğer mağdurun ölümünden sonra kazfedildiği öğrenilmiş veya ölüsüne kazfedilmişse daha önce de belirttiğimiz gibi altsoy veya üstsoy şikâyet hakkını kullanabilir<sup>272</sup>.

Hanefilerin bu suçta kamu hakkının daha ağırlıkta olduğunu düşünmelerine rağmen suçun takibi için şikâyet şartını aramalarının sebebi, şikâyet aranmadan bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması halinde kazfın daha da alenileşebilmesi ve bu sebeple, kişinin daha çok mağdur olabilmesi ihtimalidir<sup>273</sup>. Öyle ki, başka bir dava esnasında hâkimin önünde biri kazfetse dahi şikâyet gerçekleşmedikçe hâkim kazf

<sup>265</sup> Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 398; Çolak, İslâm Hukuku, s. 91.

<sup>266</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 60; Cin/Akyılmaz, s. 257; Akgündüz, 1. Kitap, s. 110; Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 397; Udeh, Özel Hükümler, s. 544.

<sup>267</sup> Şeyh Bedreddin, s. 557; Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 400; Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 581; Udeh, Özel Hükümler, s. 545; Avcı, Özel Hükümler, s. 283.

Mağdurun ölü olması halinde şikâyet hakkının sadece çocuklarına ait olduğu yönündeki görüş için bkz. Akgündüz, 1. Kitap, s. 110; Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 525; Demir, s. 100; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 60.

<sup>268</sup> Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 399; Udeh, Özel Hükümler, s. 545; Cin/Akyılmaz, s. 257; Avcı, Genel Hükümler, s. 176.

<sup>269</sup> Serahsî, C. 9, s.192.

<sup>270</sup> İbn-i Abidin, C. 8, s. 250; Şeyh Bedreddin, s. 557.

Şafii'ye göre bu durumda şikâyet hakkı mirasçılara geçer. Bkz. İbn-i Abidin, C. 8, s. 263.

<sup>271</sup> Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 399; Udeh, Özel Hükümler, s. 545.

<sup>272</sup> Avcı, Genel Hükümler, s. 171.

<sup>273</sup> Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 398; Udeh, Özel Hükümler, s. 544; Akman, s. 30; Aydın, s. 159, 192; Cin/Akyılmaz, s. 256, 257.



suçu sebebiyle re'sen takibat yapamaz<sup>274</sup> ve kişiyi re'sen hapsedemez<sup>275</sup>.

Hanefilere göre şikâyet hakkından vazgeçme bir etki doğurmaz ve kişi cezalandırılır<sup>276</sup>. Nitekim had suçlarında şikâyetten vazgeçme mümkün değildir<sup>277</sup>. Buradan şunu anlamaktayız ki, şikâyet bir hak niteliğinde olsa da muhakeme açısından fonksiyonu, şikâyetin sadece muhakemenin başlatılması için gerekli bir şekli şart olmasıdır. Zira bir hak varsa, bu haktan vazgeçme de mümkün olabilmelidir; ancak burada kullanılan haktan vazgeçme imkânı ortadan kaldırılmıştır.

Şikâyet sonucunda 4 şekilde dava ilerleyebilir<sup>278</sup>:

1. Sanık, suçunu ikrar edebilir ve cezaya hükmedilebilir.
2. Kazfedilen mağdur, iki erkek veya bir erkek iki kadın tanık getirerek kazf olayını ispat edebilir ve cezaya hükmedilebilir.
3. Sanık, kazf olayını inkâr edebilir. Bu durumda sanık, sayı sınırlaması olmadan bu durumu tanıkla ispat edebilir.
4. Eğer mağdur kazfedildiğini ispatlarsa veya kazfeden sanık, kazf olayını kabul ederse bundan sonra kazfettiği kişinin zina ettiğini veya zina mahsulü olduğunu ispat etmek isteyebilir. Bu durumda ispat edilmesi gereken durum zina suçu olduğundan zina suçunun ispatı için gereken usul izlenir<sup>279</sup>.

### **9.1.2. Suçun İspatlanması: Sanığın Kazfi İkrarı veya Mağdurun Kazfi Tanıkla İspatı**

Kazf suçunun ispatı için zina suçunda aranan nitelikteki iki erkek<sup>280</sup> tanığın olması<sup>281, 282</sup> veya sanığın ikrarı<sup>283, 284</sup> gerekli ve yeterlidir<sup>285</sup>.

---

<sup>274</sup> **Avcı**, Özel Hükümler, s. 294.

<sup>275</sup> Oysa hakaret suçunda hâkim resen hapsedebilmektedir. Bkz. **Avcı**, Genel Hükümler, s. 226.

<sup>276</sup> **Avcı**, Özel Hükümler, s. 294.

<sup>277</sup> **Avcı**, Genel Hükümler, s. 30.

<sup>278</sup> **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 407.

<sup>279</sup> **Demirbaş**, s. 87; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 296; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 407.

<sup>280</sup> **Türcan**, s. 529; **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 548; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 551.

281 **Udeh**, Özel Hükümler, s. 551; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 295. *Demirbaş*, sadece iki tanığın yeterli olduğunu söylemekle beraber ikrara değinmemiştir. Bkz. **Demirbaş**, s. 87.

282 İki tanıkla kazf fiilinin kanıtlanmasına aşağıdaki sicil kaydı örnek oluşturmaktadır:  
 “Medîne-i Hazret-i Ebâ Eyyûb el-Ensârî’de İslâmbeý nâm mahallesinde sâkine Emine bt. Dervîş nâm hâtun mahfil-i kazâda câr-ı mülâsıkı ve zevcinin hemşiresi Râbia bt. Abdullah mahzarında da’vâ ve takrîr-i kelâm edip mezbûre Râbia câr-ı mülâsıkı olmağla dâimâ lisânıyla ezâ ve cefâdan hâli olmayıp hattâ dünkü gün bi gayri hakkın bana kahbe, bre fâhişe br[e] kızlksız deyü şetm etmeğın muhill-i âr lâhık olmağın suâl olunup mücebi icrâ olunmak matlûbumdur dedikde gibbe’s-suâl ve ’l-inkâr müdde’iye-i mezbûreden müdde’âsını mübeyyine beyyine taleb olundukda udûl-i ricâlden mahalle-i mezbûre imâmu es-Seyyid Abdurrahman Efendi ...? ve Mehmed b. Mahmud li eclî’ş-şehâde makâm-ı kazâya hâzırân olup isre’l-istişhâd fi’l-hakîka mezbûre Râbia müdde’iye-i mezbûreye dâimâ lisânıyla ezâ ve cefâdan hâli olmayıp hattâ dünkü gün huzûrumuzda mezbûre Emine’ye br[e] kahbe ve fâhişe ve bre kızlksız deyü şetm eylemişdir, biz bu husus üzerine şahidleriz, şehâdet dahi ederiz deyü her biri edâ-yı şehâdet-i şer’iyye ettiklerinde ba’de’t-ta’dil şehâdetleri makbûle olmağın mâ vaka’a kayd. Fî 22 min Zilka’de sene [10]81.  
 Şuhûdü’l-hâl: Mustafa b. İsmail, Hüseyin b. Hüseyin, Mehmed b. Mahmud, Ali b. Abdullah.” **İstanbul Kadı Sicilleri**, EYÜB82, C. 29, s. 131, Hüküm No. 146, <http://www.kadisicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=19249> s.e.t. 26.07.2017.

283 **Cezîrî**, C. 7, s. 3174; **Akgündüz**, 1. Kitap, s. 110; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 552, 553. *Koçak/Dalgın/Şahin*, ikrar (itiraf) için itiraf edenin baliğ olması ve dilsiz olmaması (dilsiz yazı ve işaretle itirafı da geçerli değildir) gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 548.

Her ne kadar kazf suçu söz ile işlenebilse de kişi suçu işledikten sonra dilsiz hale gelmiş olabilir. Bu sebeple, dilsizin ikrarının geçersiz olmadığını belirtmek yerindedir. Ancak kişinin baliğ olması gerektiğini belirtmeye gerek yoktur. Zira kazf suçundan dolayı cezaya mahkûm olunabilmesi için suçun kişi baliğ iken işlenmiş olması gerekmektedir. Bu sebeple suçu baliğ iken işleyen kişi, itiraf ederken evleviyette baliğdir. Bu sebeple, itiraf ederken kişinin baliğ olmasının gerektiğini ayrıca belirtmeye gerek olmadığı kanaatindeyiz.

284 İkrar halinde kazf suçunun ispatlanmış olmasına rağmen had cezasından değil “*tazir olun*” maktan bahsedilen bir örnek 16-25 Ocak 1629 (Hicri: 21-30 Cemaziyevvel 1038) tarihli Aksaray Şer’iyye Sicili’nde görülmektedir:

“Budur ki, kasaba-i Aksaray’da vaki mahalle-i Bölücek [Bölcek] sakinlerinden Mustafa bin İsmail mahfil-i kazada kayın atası İbrahim bin İsmail mahzarında bi’t-tav ve r-rıza la-bi’l-ikrah ve ’l-ceza ikrar-ı sahih-i şeri ve itiraf-ı sarîh-i meri kılub işbu mezbur İbrahim’in sulbiye kızı Cemile’yi Allahu Teala’nın emr-i şerifi üzere nikahla almış idim kızlksız deyü kizb edüb hata etmişim mezbure Cemile helalimdir geçmezın bi-hasebi’ş-şer sual olunub icra-yı şer olunmasını taleb ederim dedikde gibbe’s-sual mezbur İbrahim dahi şerin muktezası her ne ise razıyım deyü cevap vericek mezbur Mustafa şeran tazir olundukdan sonra hatununu zabt eyle deyü hükm birle ma-hüve’l-vaki bi’t-taleb ketb olunub yed-i talibe vaz olundu. Tahrîren fi-evahiri Cemaziyevvel li-sene semane ve selasin ve elf. Şudüdü’l-hâl: Kıdvetü’l-meşayih Mustafa, Fahrü’l-akran Hazı Hızır, Hacı Mustafalar Budak, Hasan bin

İkrardan geri dönme kazf suçu için kabul edilmemektedir<sup>286</sup>. İki erkek veya bir erkek ile iki kadın, zina ettiği söylenen kişinin zamanında zinayı ikrar ettiğine dair tanıklık ederlerse de ceza verilmez<sup>287</sup>. Ancak dikkat edilmelidir ki, sanığın kazf suçunu mahkeme dışında ikrar ettiğine dair tanıklık edilmesi kabul edilmemektedir<sup>288</sup>. Osmanlı'da kadının bakire olduğunun tespiti ile de kazf suçu ispat edilmiştir<sup>289</sup>.

---

*Hacı Hızır, Hacı Yusuf Hicabi.*” **Özdil, Orhan/Gül, Mustafa Fırat/Azap, Eralp Yaşar** (2014) Aksaray'ın Tek Şer'iyye Sicili, Ankara, TBB ve Aksaray Barosu Ortak Yayını, s. 100.

Şer'iyye sicilinde kullanılan “*tazir*” ifadesinin “*sopa cezası*” olarak algılanması gerektiği hususunda bkz. **Kılınç**, s. 251.

İkrar ile ilgili olarak sicillere şöyle bir ifade de geçmiştir:

“*Oldur ki*

*Fâtıma bt. Sinan nâm hâtun tarafından şer'an vekil olan Musli Çelebi b. Kasım nâm kimesne mahfil-i şer'de Hızır Çavuş b. Abdullah nâm kimesne mahzarında da'vâ kılıp mezbûr Hızır Çavuş benim müvekkilem Fâtıma'ya fâhişe dedi şer'le taleb eylerim dedikde inkâr etmem dediği kayd olundu. Hurrire fi't-târihi'l-mezbûr.*

*Şuhûdü'l-hâl: es-Sâbikûn*” **İstanbul Kadı Sicilleri**, ÜSKÜDAR84, C. 10, s. 107, Hüküm No. 37, <http://www.kadısicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=7329> s.e.t. 26.07.2017.

<sup>285</sup> **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 245, 246; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 408; **Demir**, s. 99; **Cin/Akgündüz**, s. 319; **Cin/Akyılmaz**, s. 257; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 525; **Türcan**, s. 529.

Hanefilere göre, tanıklık ve ikrar dışında hâkimin kendi şahsi bilgisiyle de kazf suçunun ispatlanabileceği belirtilmektedir. Bkz. **Türcan**, s. 529. İslam ceza muhakemesi hukukunda ikrar ve tanık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Beroje, Sahip** (2007) Ceza Muhâkemesi Hukuku Açısından İslâm İspat Hukuku, Ankara, FCR Yayınları, s. 175-191, 192-236.

<sup>286</sup> **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 263; **Cezîrî**, C. 7, s. 3174; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 409; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 553.

*Şeyh Bedreddin*, ikrardan dönmenin kabul edilmemesini bunun kul hakkı olmasına bağlamaktadır. Bkz. **Şeyh Bedreddin**, s. 557.

<sup>287</sup> **Serahsî**, C. 9, s. 195; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 551.

<sup>288</sup> **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 408, 409.

<sup>289</sup> Aşağıdaki sicilde kadının çevresine nasıl bir kişi olduğu sorulmuş ve bakire olduğu tespit edilerek kadının zina etmediği ortaya çıkarılmıştır:

“(...) (...) *Dergâh-ı mu'allâdan bu cânibe hükm-i hümayûn irâd olunup (...) (...) Umur ve Yusuf ve Ali ve Elif ve Hacı nâm kimesneler kızım Fatıma (...) (...) töhmeti vardır deyu bühtân ettiler. Görülmesin taleb ederim deyu bildirdikde (...) bu husûsu ihzâr-ı husamâ edip ber-müceb-i şer'-i kavîm ve örf-i müstakîm üzere tefahhus edip şer' ile kânûn ile her ne lâzım ve müteveccih olursa hükm edip yerine koyasın deyu ferman olunmasın ber-müceb-i emr-i hâkânî meclis-i şer'a ihzâr olunup tefîş ve*

Tanık beyanı, başkasının haberine dayanmamalıdır. Yani tanık olan kişi tarafından kazfe gerçekten şahit olunmalıdır. Ayrıca tanıklık için zamanaşımı söz konusu değildir<sup>290</sup>. Tanıklara kazfin hangi sözlerle edildiği hâkim tarafından sorulur<sup>291</sup>. Tanıklar, açık bir şekilde kişinin kazfettiğine tanıklık etmeleri halinde kişiye had cezası uygulanır. Zira böylece kişinin kazfetme fiili ortaya çıkmış olur. Eğer tanıkların adaletli olup olmadıkları hususunda hâkimde şüphe oluşursa, hâkim sanığı tutuklayarak tanıkları soruşturur<sup>292</sup>. Kazfin zamanı hususunda tanıklar arasında ihtilaf çıkması, tanıklardan birinin failin kazfettiği yönünde diğerinin failin kazfi ikrar ettiği yönünde beyanda bulunması, tanıkların kazfedilen sözde ihtilaf etmeleri hallerinde fail hakkında had cezasına hükmedilmez<sup>293</sup>.

Öyle haller vardır ki bunlar, muhakeme sürerken gerçekleşmesi halinde davanın düşmesine ve ceza verilmemesine sebep olur<sup>294</sup>:

1. Kazf suçunda mağdurun hükümden önce ölmesi davanın düşmesi sebebidir ve kazfedene ceza verilemez<sup>295</sup>,

---

*tefahhus olundukda mezkûrûn Umur ve Yusuf ve Ali ve Elif ve Hacı hâsâ biz bunun kızına bu vechile bühtân etmedik yaramazlığın dahi işitmedik deyu cevâb verip bunun üzerine yemîn billâh edip emânetlerine nice Müslümanlar kefil dahi olduklarından sonra mezkûr Halil'in kızı mezbûre Fatıma 'ya mu'teddün-bihâ sâliha ve müstakîme ve mütedeyyine hâtun kişiler gönderilip görüldükde gelip anasından nice doğduysa heman öyledir ve bâkire ve (...?) ve sâlime bulduk deyu haber verdikleri sebebeden ve mezkûre hem Fatıma mezbûr nefsânî cihetden alâkası ve münâsebeti yok idîğine yemîn billâh dahi eylediği ecilden ve hem (...) bi isrihim biz bu kızın bundan gayri evvelden âhura nâ-ma'kûl nefsânî evzâ'ın görmedik ve hem kimseyle (...) işitmedik deyu kefil dahi oldukları cihetden mezkûre Fatıma'nın bu husûsda berâatına hükm olunup sebt-i defter olundu. Fî evâili Cumâdelülâ sene hamse ve işrîn ve tis'a-mi'e.*

*Şühüdü'l-hâl: İsa b. İsmail, Bahşayış b. Hasan, İbrahim b. İsmail, İbrahim b. Ahmed, Çalabverdi b. Kudbeddin, Mahmud Çelebi b. Umur, Mahmud b. Abdullah, Ahmed b. Yakub, Fahrü'z-zu'amâ Mehmed Bey zaîni Gekvize ve gayruhum"*  
**İstanbul Kadı Sicilleri**, ÜSKÜDAR02, C. 2, s. 96, Hüküm No. 85, <http://www.kadısicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=911> s.e.t. 26.07.2017.

<sup>290</sup> Koçak/Dalgın/Şahin, s. 548.

*Serahsî*, zamanaşımına uğradıktan sonra da tanıklık halinde ceza verileceğini belirterek zamanaşımına dikkat çekmiştir. Bkz. *Serahsî*, C. 9, s. 186.

<sup>291</sup> *İbn-i Abidin*, C. 8, s. 245.

<sup>292</sup> *Serahsî*, C. 9, s. 179; *İbn-i Abidin*, C. 8, s. 245.

<sup>293</sup> *İbn-i Abidin*, C. 8, s. 246, 247.

<sup>294</sup> *Udeh*, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 415; *Udeh*, Özel Hükümler, s. 559, 560.

2. Tanıkların tanıklıktan çekilmesi,
3. Kazfedilen mağdurun, kendi tanıklarını yalanlaması,
4. Kazfedilen mağdurun muhsanlığının ortadan kalkması,
5. Hükümün infazından önce tanık ehliyetinin ortadan kalkması.

### 9.1.3. Suçun Yokluğunun İspatlanması: Sanığın İsnadını İspatlaması veya Mağdurun İsnadı İkrarı

Osmanlı'da bir kişinin kazfettiği iddiasıyla dava açıldığında mahkeme öncelikle bu kişiyi çevresine sorabilir ve nasıl bir kişi olduğu konusunda bilgi edinebilirdi<sup>296</sup>. Sonra eğer kazf suçunda kişi isnadını (itham ettiği kişinin zina ettiğini veya zina mahsulü olduğunu) ispatlarsa veya mağdur bu isnadı kabul ederse had cezasına hükmedilmez<sup>297</sup>. İsnadın ispat edilmesinin bir hukuka uygunluk hali olduğunu belirtmiştik.

<sup>295</sup> **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 250; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 374; **Avcı**, Genel Hükümler, s. 176.

<sup>296</sup> Bir sicilde bu durum açık bir şekilde görülmektedir. Mahkeme kazf iddiasıyla yargılanan kişiyi tanıyan aynı mahallede oturan on bir kişiye bu kişinin nasıl biri olarak tanıdığını sormuştur:

*“Mahrûse-i Üsküdar'da Kefçe mahallesi sâkinelerinden Hatice bt. Ahmed nâm hâtun meclis-i şer' de yine mahalle-i mezbûreden Derviş b. Mustafa mahzarında takrîr-i da'vâ kılıp mezbûr Derviş bana fâhişe ve kahbe dedi dâimâ beni rencide ettiğinden mâ'adâ cümle ahâlî elinden âcizlerdir dedikde gıbbe's-suâl ve akîbe'l-inkâr müdde'iyye-i mezbûrenin da'vâsına muvâfık beyyine taleb olundukda ikâmet-i beyyineden âcize olup merkûm Derviş'in keyfiyet-i hâlî ahâlî-i mahalleden suâl olundukda mahalle-i mezbûreden Ali b. Abdullah Mehmed Bey b. Abdullah ve topçular bölükbaşı Mehmed Bey ve Ahmed b. Ali ve Mahmud Halîfe b. İlyas ve Mehmed b. Karagöz ve Pîrî Bey el-cündî Mustafa Bey er-râcil ve İbrahim Çelebi b. Mehmed Bey ve Mehmed Bey ve Mehmed b. Mustafa ve Receb b. Durmuş ve sâir ahâlî-i mahalle-i mezbûre meclis-i şer' de fi'l-hakîka mezbûr Derviş kendi hâlinde mütedeyyin ve müstakim kimesnedir hayli müddetdir mahallemizdedir biz bunun kemliğin görmedik deyu lâ vechi'ş-şehâdet haber verdiklerinde mâ vaka'a kayd şud.*

*Şuhûdü'l-hâl: Mehmed b. Pîr, Mustafa b. Ali, Mustafa b. Mehmed, Mustafa b. Abdullah el-cündî, Mehmed b. Behrâm, Mustafa b. Mehmed ve gayruhüm” İstanbul Kadı Sicilleri, ÜSKÜDAR84, C. 10, s. 429, Hüküm No. 788, <http://www.kadisicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=8086> s.e.t. 26.07.2017.*

<sup>297</sup> **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 272; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 407-409; **Avcı**, Özel Hükümler, s. 295.

İsnadını ispatlamak isteyen sanık, zina suçunu ispatlaması gerektiğinden fasık olmayan dört erkek tanık getirmesi gerekir<sup>298</sup>. Eğer dört kişi olmalarına rağmen tanıklar zina suçunu ispat edemezlerse veya dörtten az sayıda tanık olursa bu tanıklar kazf suçunu işlemiş olur<sup>299</sup>. Nitekim Nur Suresi'nde ispat şu şekilde anlatılmaktadır: “*Namuslu kadınlara zina isnat edip sonra da dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun.*” (Nur, 24/4). Ayrıca kişi dört kere zina fiilini gerçekleştirdiğini itiraf ederse de zina suçu ispat edilmiş olur<sup>300</sup>. Kazfeden kişi, dört tanıktan birisi olarak, yani tanık olarak kabul edilemez; kazfeden kişi dışında üç tanık ve bir de kendisi ile birlikte dört tanık şartını sağlayamayacağından böyle bir durumda dördüne de kazf suçundan had cezasına hükmedilir<sup>301</sup>.

İspat aracı olarak yemin<sup>302</sup> de söz konusudur ve bu usulü uygulayan kişiye ceza verilmemektedir; zira isnadını ispat etmiş sayılır. Diğer yandan yemin kısıtlı olarak uygulama alanı bulur. Eşine karşı kazfeden kişi eğer dört tanık bulamadıysa, Nur Suresi'ndeki yemin usulünü uygularsa (lian yaparsa, lanetleirse) kişilere ceza verilmez<sup>303</sup>:

“*Kendi eşlerini zina etmekle suçlayıp da buna dair kendileri dışında şahit bulamayan kocalar ise, kendilerinin doğru söylediklerine dair ayrı ayrı dört kere Allah adına yemin eder, şahitlik eder, beşinci kere ise, yalancı olması halinde, Allah'ın lânetinin kendi üzerine gelmesini isterler.*

*Hanımının ise, kocasının bu suçlamasında yalancı olduğuna dair ayrı ayrı dört kere Allah adına yemin ve şahitlik etmesi, beşincide ise kocasının doğru söylemesi halinde, Allah'ın gazabının kendi üzerine çökmesini dilemesi, kendisinden cezayı kaldırır.*” (Nur, 24/6-10).

<sup>298</sup> Udeh, Özel Hükümler, s. 552; Cezîrî, C. 7, s. 3166; Serahsî, C. 9, s. 194; Avcı, Özel Hükümler, s. 296; Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 348.

<sup>299</sup> Cezîrî, C. 7, s. 3166; Serahsî, C. 9, s. 194; Avcı, Özel Hükümler, s. 296.

Diğer yandan Cezîrî, Hanefilerin tanıkların dörtten az olması halinde had cezasının verilmeyeceği görüşünde olduklarını belirtmektedir. Bkz. Cezîrî, C. 7, s. 3177.

<sup>300</sup> Koçak/Dalgın/Şahin, s. 549.

<sup>301</sup> Serahsî, C. 9, s. 195; Udeh, Özel Hükümler, s. 552.

<sup>302</sup> İslam ceza muhakemesi hukukunda yemin hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Beroje, s. 236-250.

<sup>303</sup> Çolak, İslâm Hukuku, s. 92; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 59.

Eğer koca yeminden kaçınırsa genel kabule göre kazf suçundan mahkûm edilip ceza alması yönünde görüş benimsenmesine karşın Hanefilere göre bu durumda koca mülaane yapana ve söylediklerini yalanlayana kadar hapsedilir. Eğer yalanlarsa kazf suçundan cezalandırılır. Koca yemin eder, ancak karısı ikrar ederse bu durumda, Maliki ve Şafilerin aksine Hanefi ve Hanbeliler, had cezasının verilmesinin sübuta ermediği görüşündedirler. Kadın, kocasının yeminini kabul edinceye veya kendisi yemin edinceye kadar hapsedilir. Kabul etme veya yemin etme halinde serbest bırakılır<sup>304</sup>.

Bu yemin usulü dışında sanığa yemin verdirilmesi hususunda Hanefi mezhebinde görüş birliği bulunmamaktadır<sup>305</sup>. Şafii yemini kabul ederken, *Malik* ve *Hanbel* kabul etmemektedir<sup>306</sup>. Osmanlı'da ise yemin teklifinin yapıldığı görülmektedir<sup>307</sup>.

## 9.2. Yaptırım

İslam ceza hukukunda cezanın bizatihi kendisinin bir kötülük olduğu; ancak cezanın topluma fayda sağladığı, toplumun korunması ve

<sup>304</sup> **Beroje**, s. 252. Lian hakkında bilgi için bkz. **Beroje**, s. 252-255.

<sup>305</sup> *İbn-i Abidin*, kazf üzerine yemin verdirilemediği görüşündedir. Bkz. **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 246.

<sup>306</sup> **Serahsî**, C. 9, s. 178; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 409, 410; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 553, 554. Bu görüşlerin mukayesesi için bkz. **Beroje**, s. 239-246.

<sup>307</sup> Aşağıdaki sicil örneğinde yemin teklifinin yapıldığı ve sanığın yemini kabul etmediği görülmektedir:

“Mahmiye-i Galata hâricinde Müeyyedzâde mahallesinde sâkine bâ'isetü hâzihi'l-vesika Hatice bt. Abdullah nâm hâtun mahfil-i kazâda Musli Beşe b. Abdullah nâm kimesne mahzarında üzerine da'vâ ve takrîr-i kelâm edip târih-i kitâb günü mezbûr Musli Beşe bi gayr-ı vech-i şer'î bana kahpe fâhişe deyü şetm eylemişdir suâl olunup müceb-i şer'îsi icrâ olunmak matlûbundur dedikde gibbe's-suâl ve akibe'l-inkâr müdde'îye-i mezbûreden müdde'âsını mübeyyine beyyine taleb olundukda ityân-ı beyyineden izhâr-ı acz ile istihlâf eyledikde fi'l-vâki' müdde'î-i mezbûreye târih-i merkûmda minvâl-i muharrer üze kahpe ve fâhişe deyü şetm etmediğine mezbûr Musli Beşe'ye yemin teklif olundukda ol dahi yeminden nükûl etmeğin mâ hüve'l-vâki' bi't-taleb ketb olundu. Fi'l-yevmi'l-ısrîn min Şevvâli'l-mükerrerem li sene selâse ve seb'in ve elf.

Şuhûdü'l-hâl: Mustafa Çelebi b. Receb, Muharrem b. Receb, Mehmed Çelebi b. el-Kâtib, Ramazan Çelebi b. Mehmed, Ahmed Yazıcı b. Mehmed ve gayruhüm mine'l-huzzâr.” **İstanbul Kadı Sicilleri**, GALATA90, C. 40, s. 217, Hüküm No. 253, <http://www.kadisicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=23128> s.e.t. 26.07.2017.

kamu düzeni<sup>308</sup> için var olduğu dile getirilmekte ve hatta cezaların insan tabiatına ilaç olduğu benzetmesi<sup>309</sup> yapılmaktadır. Ceza ile insanların durumlarının düzeltilmesi, insanların kötülöklere karşı korunması ve onlardan uzak tutulması, cahillikten ve sapıklıklardan kurtulması amaçlanır<sup>310</sup>. Nihayetinde İslam ceza hukukunda cezanın genel önleme fonksiyonunun ağır bastığı görölmektedir<sup>311</sup>. Günümüzde cezanın genel ve özel önleme fonksiyonu beraber kabul edilmekle birlikte<sup>312</sup>, genel önleme fonksiyonunun daha ağır bastığı düşüncesinin<sup>313</sup> yanı sıra, cezanın özel önleme fonksiyonunun, yani suç işleyen kişinin ıslah edilerek yeniden topluma kazandırılmasının ve böylece toplum açısından zararsız ve güvenilir bir kişi olmasının daha önemli olduğu görüşü de bulunmaktadır<sup>314, 315</sup>.

308 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 518; **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 72; **Âşûr**, s. 489; **Ünsal, Ahmet** (2008) İslâm Ceza Hukukunda İnfaz Yetkisi, İstanbul, Mizan Yayınevi, s. 63.

309 **Zeydan**, s. 589, 590; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 93; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 342.

310 **Udeh**, Genel Hükümler, s. 623.

311 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 92-94; **Zeydan**, s. 588, 589; **Soyaslan**, Genel Hükümler, s. 73.

312 **Demirbaş**, s. 562; **Koca/Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 552; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 752; **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza, s. 551; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 624; **Yerdelen**, s. 112; **Öztürk/Erdem**, s. 428; **Zafer, Hamide** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 6.

313 **Toroslu/Toroslu**, s. 415; **İçel**, s. 45; **Hakeri, Hakan** (2010) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 30.

**Beccaria, Cesare** (2004) Suçlar ve Cezalar Hakkında, Ankara, İmge Kitabevi, s. 69, 70: “O halde, cezaların amacı, suçlunun kendi yurttaşlarına karşı zarar vermelerini engellemekten ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını önlemekten başka bir şey değildir. Bu nedenlerle söz konusu cezaların oranları ve onların uygulanma yöntemleri öyle seçilmelidir ki, bunlar insanların ruhları, zihinleri üzerinde pek çok kalıcı, ama suçlunun bedeni üzerinde en az üzücü iz bırakacak biçimde olsunlar”.

**Koca/Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 552: “Belirtelim ki, günümüzde karma teorinin prensipleri ceza hukuklarına yön vermekteyse de genel önleme düşüncesinin yeniden güçlendiği görölmektedir”.

314 **Özgenç**, s. 686, 823; **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 72. Ayrıca **Zeydan**, kişinin ıslahı ve bozuk yönlerinin düzeltilmesinin cezaların ikinci amacı olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Zeydan**, s. 589.



*Ekinci*, cezalandırmaya hâkim ilkeleri şu şekilde sıralamıştır<sup>316</sup>: 1. Ceza, suçü önleyici olmalıdır. 2. Ceza, verilen zararı giderici olmalıdır. 3. Ceza, kişiyi ıslah edici olmalıdır. 4. Ceza, suç ile dengeli olmalıdır. 5. Ceza, işkence değildir. 6. Ceza, aynı suçü işleyen kişiler için aynı olmalıdır. 7. Ceza keyfi olarak değil, hukuk kaynaklarında belirlendiğı şekilde ve miktarda uygulanmalıdır. 8. Ceza, insan haysiyetine uygun şekilde infaz edilmelidir. *Udeh* ise cezalandırmaya hâkim ilkeleri sıralarken suçun genel önleme fonksiyonuna, cezanın miktarının toplumun ihtiyaç ve yararına uygun olduğuna, suçludan toplumun korunması adına gerekirse kişinin öldürölmesi gerektiğine, aynı zamanda cezaların bireyi düzelterceğine, cezanın intikam almak anlamına gelmediğı ve suçlunun topluma kazandırılmasına yarayacağına değinmiştir<sup>317</sup>.

Kazf suçunda yaptırımın temel amacı kazfedilenin utancını gidermektir<sup>318</sup>. Bu durumda, bu suçun yaptırımı bakımından özel önlemenin daha önemli olduğü sonucu çıkarılabilirse de aşğıda ele alınacağı üzere, bu cezanın infazının teşhir edilerek uygulanması cezanın genel önleme fonksiyonu açısından önem arz etmektedir<sup>319</sup>.

Bu suç için öngörölün ceza, sopa (değnek) cezasıdır<sup>320</sup>. Kazf suçunun yaptırımı, başkalarının bu suçü işlemekten caydırmaya yetecek ölçüde<sup>321</sup> olan seksen sopadır<sup>322, 323, 324</sup>.

---

**Akbulut**, s. 63: “Özel önleme amacı bazen yaptırımı mahkûm olmakla da gerçekleştirilebilir. Bu durumda uyarı fonksiyonuyla özel önleme gerçekleştirilmiş olabilir”.

*Âşür*'a göre, cezaların 3 amacı vardır ve amaç sırası şu şekildedir: 1. Suçlunun uslandırılması (ıslah, tedip). 2. Mağduru tatmin ve razı etme. 3. Suç işlenmesini önleme (genel önleme, caydırıcılık). Bkz. *Âşür*, s. 491 vd.

<sup>315</sup> Genel önleme ve özel önleme fonksiyonlarının çatışması hakkında bkz. **Yerdelen**, s. 107 vd.

<sup>316</sup> **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 335-337.

<sup>317</sup> **Udeh**, Genel Hükümler, s. 624.

<sup>318</sup> **Serahsî**, C. 9, s. 187; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 384.

<sup>319</sup> Kazf suçunun cezasının genel önleme ve özel önleme fonksiyonu hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Büyükbş, Nazım** (2013) “İslam Ceza Hukukunda Hadlerin Caydırıcılığı” Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Faköltesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2013/II, s. 113-116.

<sup>320</sup> **Demir**, s. 93; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 411; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 555; **Udeh**, Genel Hükümler, s. 655; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 338.

Osmanlı ve İslam hukuku anlayışında tebei (tebai) ceza anlayışı kabul edilmektedir<sup>325</sup>. Ancak günümüz ceza hukuku anlayışına göre kazf suçunda tanıklık ehliyetinin kaybedilmesi<sup>326</sup> ve kişinin fasık olarak nitelendirilmesi<sup>327, 328</sup> mahkumiyetin<sup>329</sup> kanuni<sup>330</sup> bir sonucu olan belli

- 
- 321 **Cezîrî**, C. 7, s. 3160, 3161.
- 322 Nur Suresi 4. ayet: “*Namuslu kadınlara zina isnat edip sonra da dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun.*”.
- 323 **Zeydan**, s. 594; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 158; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 411; **Vehbe**, s. 421; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 525; **Çolak**, İslam Hukuku, s. 93; **Zehra**, s. 81, 135; **Şahin, İskender** (2013) “*Dünya Hayatı Çerçevesinde Kur’an’da Yer Alan Fıilî Cezalar*” Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, s. 94, 95.
- 324 **Bayındır, Abdülaziz** (1984) Şer’iyye Sicilleri Işığında Osmanlılarda Muhakeme Usulleri, Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 43, 44: “*Davutpaşa kurbunda Bayezid-i cedid mahallesinde sakin, züemadan mütezim Ahmed Aga b. Abdullah, meclis-i şer’i şerife ihzar ettirdiği konşusu sipahi el-Hac Mustafa b. Ahmet mahzarında ‘Mezbur Mustafa bir gece mukaddem kubeyl-i işada menzili kapusu önünde bana bi’l-müvacehe “kafir ve kızılbaş ve zani ve avret kapatırsun” deyu şetm ve kazf edüb ve bana ar İahik olmağla müceb-i şer’isini talebederim’ deyu ba’de’d-dava ve’l-inkar müddei-yi mezbur müddeasına mahalle-i mezbûrede sakin el-Hac Bekir b. Ahmed ve Ahmed b. Mehmed nam kimesneleri ikame anlar dahi eda-yı şehadet etmeleriyle mahallerinden. tezkiye için kûbel-i şerden Muhammed Emin Efendi irsal, ol dahi mahalle-i mezbûreye varub tezkiye etikte, yirmidokuz nefer mazbûtü’l-esâmî müslimîn, şahidan-ı mezbûrânun kizb ile maruf olmayub udûlden olduklarını ihbar etmeleriyle şehadetleri şer’an makbule olduktan sonra mahall-i mezbûre ahalisinden İmam Süleyman Efendi ve Kasab İlyas (camii) vaizi Şeyh Hasan Efendi ve Hailipaşa Camii vaizi diğer eş-Şeyh Hasan ve Bayezid-i Cedid Camii hatibi es-Seyyid Musa b. Abdurrahman Efendi ve el-Hac Ahmed ve el-Hac Suleyman ve el-Hac İbrahim ve yemişçi es-Seyyid Musa ve Sipahi el-Hac Ömer ve kayyim el-Hac Mehmed ve Ömer Ağa nam onbir nefer sikattan muslimin meclis-i şer’i şerife hâzirün olub mezbur Ahmed Ağa için muhsen ve zinadan afif olduğunu alâ tariki’s-şehade haber vermeleriyle mücebiyle mezbûr sipahi el-Hac Mustafa’ya mezbur Ahmed Ağa’nın talebiyle şer’an hadd-i kazif olan seksen değnek darbu lazım geldiği huzuru âlilerine ilâm olundu Fî 24 Rebiulevvel 1180*”.
- 325 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 411; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 555. Tâbi (ek) ceza ifadesi için bkz. **Yiğit**, İslam Ceza, s. 41; **Yiğit**, Kazf Suçu, s. 139.
- 326 Kazf suçundan dolayı tanik ehliyetini kaybetmiş kişi, evlenme esnasında kişilerin şahitliğini yapabilir. Kişinin evliliğin şahitliğini yapmasında bir engel yoktur. Bkz. **Şeyh Bedreddin**, s. 407.
- 327 **Serahsî**, C. 9, s. 186; **Cezîrî**, C. 7, s. 3162; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 1, s. 158; **Udeh**, Özel Hükümler, s. 555; **Cin/Akgündüz**, s. 320; **Cin/Akyılmaz**, s. 257; **Avcı**, Hukuk Tarihi, s. 211; **Karaman**, s. 129; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 839; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 341, 348; **Zehra**, s. 108. **Akgündüz** ve **Çolak**, eserlerinde fasık

hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri olarak nitelendirilebilir<sup>331</sup>. Yani mahkeme tarafından ayrıca bir karar almaya gerek yoktur<sup>332</sup> ve bu bir ceza değil, günümüz anlayışıyla güvenlik tedbiridir. Nitekim belirtmek gerekir ki, günümüzde 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 53. maddesinde kazf suçuna uygulanacak tanıklık kaybı ve fasık olma güvenlik tedbirine benzeyen belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri vardır. Ancak TCK m. 53/2 gereği mahkumiyetin kanuni bir sonucu olan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri cezanın infazı boyunca sürmekte ve infazdan sonra ortadan kalkmaktadır<sup>333</sup>. Oysa İslam hukukunca kazf suçunda tanıklık kaybı ve fasık olma hali kişi tövbe etse de ömür boyu sürmektedir<sup>334</sup>. Yine köle hakkında kırk sopa had cezası

---

olmaktan bahsetmeksizin sadece tanıklık ehliyetinin kaybına değinmektedir. Bkz. **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 525; **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 93.

328 Nur Suresi 4. ayet: “*Namuslu kadınlara zina isnat edip sonra da dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun. Artık onların şahitliğini asla kabul etmeyin. İşte bunlar fâsık kimselerdir.*”.

329 Tanıklık ehliyetinin ortadan kalkabilmesi için kişinin kazfettiğinin bilinmesi yeterli değildir. Kişinin mahkûm edilerek suçunun sabit görülmesi gerekir. Bkz. **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 412.

330 “*Kanuni*” ifadesiyle Nur suresindeki hüküm kastedilmektedir.

331 **Avcı**, Özel Hükümler, s. 297; **Özgenç**, s. 828; **Yiğit**, İslam Ceza, s. 38.

332 **Özgenç**, s. 830.

333 **Özgenç**, s. 832.

334 **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 411; **Aydın**, s. 192; **Karaman**, s. 129; **Türcan**, s. 529; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 341, 348; **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 93, 94; **Zehra**, s. 108; **Yiğit**, İslam Ceza, s. 67.

Hanefilere göre tövbe edilmesi halinde de tanıklık ehliyeti geri kazanılamaz. Bkz. **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 411; **Aydın**, s. 192; **Karaman**, s. 129; **Türcan**, s. 529; **Çolak**, İslâm Hukuku, s. 93, 94; **Zehra**, s. 108. Diğer yandan Hanefilere göre tövbe edilmesi halinde kişi fasıklıktan kurtulur. Bkz. **Zehra**, s. 109; **Kahraman**, s. 129.

*Demir*, *Koçak/Dalgın/Şahin* ve *Ekinci* de tanıklığın ömür boyu kaybedileceği görüşündedir. Bkz. **Demir**, s. 100; **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 549; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 341, 348.

Dikkat edilmelidir ki, tanıklık ehliyetinin ömür boyu (ebediyen) kaybedileceği belirtildiğinden bu hükmün neshedilmesi (başka hükümle ortadan kaldırılması) de mümkün değildir. Bkz. **Zehra**, s. 164. Ancak Şafî mezhebine göre tövbe edilmesi halinde tanıklık ehliyeti geri kazanılabilmektedir. Bkz. **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 341, 348; **Zehra**, s. 108, 109. *Vehbe* de tövbe edilmesi ve kazf suçunun bir daha işlenmemesi halinde tanıklık ehliyetinin kazanıldığı görüşündedir. Bkz. **Vehbe**, s.

uygulanması halinde köle özgür kılınsa bile tanıklık ehliyetini ömür boyu kaybeder<sup>335</sup>. Ancak Müslüman olmayan birisi kazften ceza alsın ve sonra Müslüman olsa Müslüman değilken zaten tanıklık ehliyetine sahip olmadığından ve bu sebeple, kazf suçu dolayısıyla tanıklık ehliyetini kaybetmiş olmadığından, daha önce olmayan tanıklık ehliyetini sırf Müslüman olmasından kaynaklı olarak kazanmış olur<sup>336</sup>.

Osmanlı’da *Ebusuud*’a ait bazı fetvalarda kazf suçuna karşılık tazir gerektiği yönünde fetvalar bulunmaktadır<sup>337</sup>:

“*Zeyd, zevcesi Hind’e: ‘Rosbi, kahbe!’* dise, *Zeyd’e şer’an ne lâzım gelir?*”

*el-Cevâb: Ta’zîre müstahak olur.*

*Zeyd, Amr’a: ‘Sana livata ve avretin Hind’e zinâ itdim!’* dise, *Amr ehl-i irz ve Hind muhsana olduğu takdirce şer’an Zeyd’e ne lâzım olur?*”

*el-Cevâb: Ta’zir ve habs-i medîd lâzımdır.”*

Ancak burada sözü geçen “*ta’zir*”in sopa cezası anlamında kullanıldığı kanaatindeyiz<sup>338</sup>.

### 9.3. İnfaz

#### 9.3.1. Cezanın İnfazı

Esasen had suçlarında Kur’an’ın lafzı gereği suçun işlenmemesinden herkes sorumlu olduğu gibi bu suçların işlenmesi halinde kişilerin cezalandırılmasından da herkes sorumludur. Ancak İslamiyet’in gelişimiyle uygulanan bu had cezaları o zamanlardan beri devlet tarafından yerine getirilmektedir. Nitekim şahsi uygulamalar hem mahkûma uygulanması gereken cezadan daha fazlası ve şiddetlisine sebep olabilir hem de pratik açıdan herkesin cezalandırabilmesi mümkün değildir. Böylece had cezalarının infazı yetkisi devlet başkanına ve onun yetkili kılacağı

---

422. *Çolak*; Maliki ve Hanbelilerin de tövbe edilmesi halinde tanıklık ehliyetinin geri kazanıldığı görüşünde olduğunu aktarmaktadır. Bkz. **Çolak**, *İslâm Hukuku*, s. 94.

<sup>335</sup> **Serahsî**, C. 9, s. 220.

<sup>336</sup> **Serahsî**, C. 9, s. 220.

<sup>337</sup> **Demirtaş, H. Necâti** (2011) *Açıklamalı Osmanlı Fetvâları*, İstanbul, Kubbealtı Yayınevi, s. 385.

<sup>338</sup> “*Tazir*” ifadesinin “*sopa cezası*” olarak kabul edilebileceği hususunda bkz. **Kılıncı**, s. 251.

kişilere verilmiştir<sup>339</sup>. Önemle belirtmek gerekir ki, kişi kendi cezasını kendisi infaz edemez ve ancak bir yargılama sonucunda ceza infaz edilmelidir<sup>340</sup>.

Osmanlı'da da had cezaları devlet tarafından uygulanmıştır. Had suçlarının cezasının infazına hükümet<sup>341</sup> yani padişah veya padişahın vekili olan sadrazam yetkilidir. Ceza, özel memurlara infaz ettirilir<sup>342</sup>.

Kazf suçunda hükmedilen ceza, çok ince veya çok kalın olmayan (serçe parmağı kalınlığında<sup>343</sup>), kenarsız ve normal vasıflarda bir sopa ile vücudu yaralamadan acı vermek suretiyle infaz edilir<sup>344</sup>. Sopa budaksız ve düz bir sopa olmalıdır<sup>345</sup>. Sopanın dalları varsa dalları adedince vurulduğu kabul edilir<sup>346</sup>. Mahkûmun göğsü ve karnı<sup>347</sup> ile

339 Ünsal, s. 64; Udeh, Genel Hükümler, s. 756; Yiğit, İslam Ceza, s. 127.

Eğer devlet otoritesi suçlunun bulunduğu yere ulaşamıyorsa veya devlet yetkilileri infaz görevini yerine getirmiyorsa toplumdaki her bir kişinin de cezayı infaz edebileceği yönünde görüşler bulunmaktadır. Bkz. Ünsal, s. 65. Hatta kazf suçunda kul hakkının daha ağırlıkta olduğu görüşündeki düşünürlerden bazılarının, suçlunun devletin otoritesinden uzakta olması halinde kazf suçu mağdurunun infazı gerçekleştirilebileceği görüşünde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Ünsal, s. 90. Ancak Udeh, bu konuda açık bir şekilde kazf suçunda toplumdaki kişilerin cezayı infaz etmesinin mümkün olmadığı ve eğer infaz ederlerse gerçekleştirdikleri fiilden sorumlu tutulacağını belirtmektedir. Örneğin, bu kişiler yaralama suçundan sorumlu tutulabilecektir. Bkz. Udeh, Genel Hükümler, s. 757.

Bir diğer tartışılmalı husus ise, devlet başkanının had suçu işleyince cezasının infaz edilip edilemeyeceği konusundadır. Hanefilere göre, devlet başkanı had suçu işlerse cezasını infaza yetkili daha üst bir merci bulunmadığından ve söz konusu ceza had cezası olduğundan, bu sebeple de kendi cezasını kendisi infaz edemeyeceğinden ceza infaz edilemez. Diğer mezhepler ise hukuk önünde eşitlik gereği devlet başkanı da işlese cezasının infaz edilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Ünsal, s. 66-67.

340 Ünsal, s. 65.

341 Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 342.

342 Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 522. Tazir suçlarının cezalarının infazında da aynı durum söz konusudur. Bkz. Akgündüz, Kanunnâmelerdeki Ceza, s. 11.

343 Demir, s. 93; Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 338.

344 Gökçen, s. 79; Kılınç, s. 252.

345 Avcı, Hukuk Tarihi, s. 188; Demir, s. 93; Kılınç, s. 252; Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 338.

346 Gökçen, s. 79.

347 Avcı, Hukuk Tarihi, s. 188.

başı, yüzü ve cinsel organı dışındaki yerlere ve her defasında aynı yere olmamak üzere vurulur<sup>348</sup>. Sırt, omuzlar, kollar, baldırlar ve pazılara eşit olarak dağıtılarak vurulur. Cellat (infaz memuru) elini baş hizasından daha yukarı kaldırmadan vurmalıdır<sup>349</sup>. Sopanın vurulma şiddeti en şiddetli olarak zina suçunda, sonra içki içme suçunda ve daha sonra daha hafif olacak şekilde kazf suçunda uygulanır. Zina suçunda celde<sup>350</sup> olarak vurma söz konusuysen kazf suçu için kalın giysilerin çıkarılması yeterli olur<sup>351</sup>. Erkeklerin infaz süresince ayakta durmaları istenirken kadınların oturmaları istenir<sup>352</sup>. Nihayet bu ceza insanların huzurunda yani teşhir edilerek infaz edilir<sup>353</sup>.

Hamilelik ile lohusalık dönemi arası ceza infaz edilmez ve bu durum sadece infazı erteleyen bir haldir; yani cezayı ortadan kaldırmaz<sup>354</sup>. Yine

348 **Şeyh Bedreddin**, s. 557; **Demir**, s. 93; **Kılınç**, s. 252; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 338; **Ünsal**, s. 64.

349 **Avcı**, Hukuk Tarihi, s. 188.

**Kılınç**, s. 252: "... vururken kolunu omuz hizasına kadar kaldıracak, kolu omuz hizasını aşmayacaktır". **Ekinci** de kolun omuz hizasına kadar kaldırılabilceği görüşündedir. Bkz. **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 338.

350 Celde ve celd, bir kimsenin derisine dokunmak veya (kamçı, sopa ile) vurmak anlamına gelir. Ancak **Ünsal**, celd ile kazf suçunda uygulanan sopa cezasını ayırmamakta ve "celd" in had suçlarında uygulanmasının genel adı olduğunu ve hatta tazir cezalarındaki uygulamasına da "darb" denildiğini aktarmaktadır. Bkz. **Ünsal**, s. 34.

351 **Şeyh Bedreddin**, s. 557; **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 254; **Kılınç**, s. 252.

**Şeyh Bedreddin**, mahkûmun tüm kıyafetlerinin çıkarılmamasının sebebini kazfedenin doğru söylemiş olması ihtimaline binaen olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Şeyh Bedreddin**, s. 557. Aynı doğrultuda **İbn-i Abidin** de kazfedenin doğru söylemiş olması ihtimaline binaen sopanın hafif bir tarzda vurulması gerektiğini ve mahkûmun üzerindeki kalın kıyafetleri dışındaki kıyafetlerinin çıkarılmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 254. Diğer yandan **Avcı**, zina ve kazf suçlarında cezanın "celde" olarak ifade edildiğini belirtmektedir. Bkz. **Avcı**, Genel Hükümler, s. 215; **Avcı**, Hukuk Tarihi, s. 188.

352 **Gökçen**, s. 79.

353 **Kılınç**, s. 251; **Udeh**, Genel Hükümler, s. 763; **Yiğit**, İslam Ceza, s. 60.

**Kılınç**, cezanın infazının teşhir edilerek yerine getirilmesinde iki yarar belirtmektedir: 1. Cezanın ibret olması ve suç işlemeyi düşünenler üzerinde caydırıcı etki bırakması. 2. Cezanın infazının işkenceye dönüşmesinin önüne geçilecek olması. Bkz. **Kılınç**, s. 159, 252.

354 **Gökçen**, s. 79; **Udeh**, Genel Hükümler, s. 762, 763; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 356; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 522, 523; **Yiğit**, İslam Ceza, s. 302.

etkisi geçene kadar sarhoşluk, iyileşene kadar hastalık ve zayıflık cezanın infazını erteleyen hallerdir<sup>355</sup>. *İbn-i Abidin*'in aktarımına göre, kazfeden kişi kendisinin hür değil köle olduğunu söylese bu kabul edilir ve köleler için uygulanan kırk sopa cezası infaz edilir<sup>356</sup>.

Her ceza ayrı ayrı infaz edilir<sup>357</sup>. Öyle ki, öldürme cezasının infazının gerçekleştirilmesinin gerektiği bir durumda kazf haddi cezası da gerçekleştirilmesi gerekiyorsa önce kazf haddinin cezası olan seksen sopa cezası infaz edilir, ondan sonra ölüm cezasının infazı yerine getirilir<sup>358</sup>. Birden fazla had cezasının infazında diğer infazın öncekinden en az bir gün sonra gerçekleştirilmesi gerekir<sup>359</sup>. Nitekim birden fazla had cezasının infazı gündeme geldiğinde aynı cins cezalar söz konusuysa bir kez infaz edilir; ancak farklı cins cezalar söz konusuysa, önce kazf suçunun cezası infaz edilir<sup>360</sup>, ardından diğer cins cezaya geçilmeden önce kişinin çektiği acı ve kişi üzerindeki etki geçinceye kadar mahkûm hapsedilir. Nihayet diğer cezalar da infaz edilir<sup>361</sup>.

### 9.3.2. Cezanın İnfazını Ortadan Kaldıran Sebepler

Kazf suçunun cezasının infazını ortadan kaldıran kazfedene dair ilk sebep failin ölümüdür<sup>362</sup>. Failin ölümü halinde cezanın infaz edilme imkânı kalmamaktadır. Öyle ki failin ölümü halinde *Ebu Hanife*'ye göre mali nitelikteki cezalar da düşer<sup>363</sup>. İkinci sebep ise failin dayanıksızlığıdır. Cezanın bir işkenceye dönüşmemesi gerektiğinden eğer kişi sopa cezasına dayanamayacak zayıflıktaysa cezası ertelenir ve yine ceza bu sebepten ileride de infaz edilemezse ceza hiç infaz

<sup>355</sup> Udeh, Genel Hükümler, s. 762; Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 522, 523.

<sup>356</sup> İbn-i Abidin, C. 8, s. 249.

<sup>357</sup> Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 522; Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 415; Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 343.

<sup>358</sup> Udeh, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 415.

<sup>359</sup> İbn-i Abidin, C. 8, s. 259.

<sup>360</sup> İbn-i Abidin, C. 8, s. 260.

<sup>361</sup> İbn-i Abidin, C. 8, s. 259, 260.

<sup>362</sup> Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 343; Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 523; Udeh, Genel Hükümler, s. 769-770.

<sup>363</sup> Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 523.

edilmeyebilir<sup>364</sup>. Nitekim diğer had cezalarında da olduğu gibi kazf suçunun cezasının infazında da yaralayıcı ve sert olmayan şekilde vurulmalıdır. Bu ceza her ne kadar acı veren bir ceza olsa da kişinin “telef” olmasına sebep olmamalıdır<sup>365</sup>. Tövbe (etkin pişmanlık), af<sup>366</sup>, sulh<sup>367</sup> ve -diğer suçların aksine<sup>368</sup>- zamanaşımı<sup>369</sup> kazf suçunun

<sup>364</sup> **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 338.

<sup>365</sup> **Serahsî**, C. 9, s. 188.

<sup>366</sup> **Şeyh Bedreddin**, s. 557; **Serahsî**, C. 9, s. 184; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 406; **Udeh**, Genel Hükümler, s. 773; **Karaman**, s. 129; **Cin/Akyılmaz**, s. 257; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 525; **Serahsî**, C. 9, s. 184; **Yiğit**, İslam Ceza, s. 37; **Yiğit**, Kazf Suçu, s. 140.

Had suçlarının hiçbirinde af yetkisi kişilere ve devlet başkanına tanınmamıştır. Bkz. **Akman**, s. 25; **Cin/Akyılmaz**, s. 230; **Aydın**, s. 160; **Türcan**, s. 516; **Yiğit**, Kazf Suçu, s. 140. Yine de kazf suçunu sadece kul hakkını ihlal eden bir suç olarak gören hukukçuların affın kazf için geçerli olduğu görüşünde oldukları belirtilmektedir. Bkz. **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 406; **Türcan**, s. 516.

**Serahsî**, C. 9, s. 186: “*Had cezası onun affetmesiyle düşmez ama o, affettikten sonra oradan ayrıldığında devlet yetkilisi, cezayı uygulamaz. ... Ancak, geri dönüp, cezalandırma isteğinde bulunursa o zaman ceza uygulanır. ... Ona söylediğinde doğrulasa veya ‘Tanıklarım yalan ifade verdiler’ dese artık hiçbir konuda ondan davacı olamaz*”.

<sup>367</sup> **Şeyh Bedreddin**, s. 557; **Avcı**, Genel Hükümler, s. 189; **Yiğit**, İslam Ceza, s. 37.

Diğer yandan 9 Eylül 1687 tarihli Bolu Şer’iyye Sicili’nde karşılıklı anlaşarak iftira ve iddiadan vazgeçilebildiği görülmektedir:

“*Medine-i Bolu Kazası karyelerinden Banaz nam karye sakinelerinden Havva bint-i Osman nam bikr-i balıga meclis-i şer’-i hatürü’l-lazımı’t-tekvirde iş bu raflı’ü’l-vesika Mustafa bin Sefer nam şabb-ı emred mahzarında ikrar ve takrir-i kelam idub bundan akdem mezbur Mustafa Karadere nam mevzi’de bana zuru bekaretimi izale eyledi deyu i’la-yı kitab muvakki’-i hakim-i hasim huzurunda mezburdan taleb ve da’va itmiş idim lakin mezburda ücrete müte’allika hakkım olub virmede te’allül itmeğin husus-ı mezburu mezbur Mustafa’ya ifk-i iftira’ eyledim da’va-yı mezkurundan kazibeyim husus-ı mezbure müte’allika mezbur Mustafa ile da’va ve niza’ım yokdur fima-ba’d şudür ve zuhur dahi iderse lede’l-hükkamü’l-kiram mesmu’a ve makbule olmasun didikte gibbe’t-tasdiki’ş-şer’i ma-hüve’l-vaki’ 9- min zi’l-ka’de li-sene seman ve tis’in ve elf. Şuhudü’l- hal el-Hac Hamza Beğ bin Mehmed Çavuş, Mehmed Aga bin el-Hac Muslu, Bazar oğlu Mehmed, ‘Abdullah Musa, Ya’kub bin Ahmed, Muhzır Mustafa, Muhzır Mehmed ve gayrihim.” **Çöpoğlu, Binnaz** (2008) Bolu Şer’iyye Sicili, Bolu, Bolu Halk Kültürünü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, s. 148, 149.*

<sup>368</sup> Kazf hariç diğer had suçlarında zamanaşımı geçerlidir. Bkz. **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 247; **Akman**, s. 25; **Aydın**, s. 160; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 522; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 344. Hanefiler dışındaki mezheplerde hiçbir had suçunda zamanaşımının geçerli olmadığı görüşü de belirtilmektedir. Bkz. **Karaman**, s. 516.



cezasını ortadan kaldırmadığı gibi infazına da engel olmaz<sup>370</sup>. Zamanaşımı açısından şikâyete tabi diğer suçlarda bir aylık<sup>371</sup>, bazı suçlarda altı aylık ve bazılarında tamamen yasama organına bırakılan sürelerce<sup>372</sup> şikâyet süresi öngörülmüştür; ancak bu süreler kazf suçu için uygulanmaz<sup>373</sup>.

Cezanın infazına engel olan hallerden mağdura ilişkin olanlara baktığımızda şu durumlar karşımıza çıkar: Mağdurun ölmesi halinde ceza infaz edilmez; hatta kazfedenin cezasının bir kısmı infaz edilirken mağdur ölse, cezanın geri kalanı infaz edilmez<sup>374</sup>. Mağdurun aklını yitirmesi veya dilsiz hale gelmesi<sup>375</sup>, muhsanlık sıfatının ortadan kalkması<sup>376</sup>, infaz sürerken infaz mahallini terk etmesi<sup>377</sup> hallerinde de cezanın infazı ortadan kalkar. Bu durumlarda infaz halihazırda yerine getiriliyorsa infaza son verilir. Ayrıca hükmün infazından önce tanıkların tanık ehliyetinin ortadan kalkması da infazı ortadan kaldırır<sup>378</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, hükümden sonra ortaya çıkan faildeki akıl hastalığı infaza etki eder. *Şafii* ve *Ahmed*'e göre, sadece ikrar ile suçun ispat edilmesi hali dışında, failin akıl hastası olması infaza engel oluşturmaz. Malikilere göre böyle bir durum cezanın infazına engeldir.

369 **Udeh**, Genel Hükümler, s. 777; **Cin/Akılmaz**, s. 231; **Avcı**, Genel Hükümler, s. 178; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 523, 851; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 344; **Yiğit**, İslam Ceza, s. 144; **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 247.

370 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 523.

*İbn-i Abidin*, mağdurun faili affetmesi halinde had cezasının infaz edilemediğini, ancak bu durumun affin geçerli olması anlamına gelmediğini belirterek mağdurun sonradan cezanın infazını talep etmesi halinde infazın gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 263, 264.

371 **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 344; **Avcı**, Genel Hükümler, s. 179.

372 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 523.

373 **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 344; **Avcı**, Genel Hükümler, s. 179.

374 **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 250; **Serahsî**, C. 9, s. 192; **Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3, s. 374, 375; **Avcı**, Genel Hükümler, s. 176.

375 **Serahsî**, C. 9, s. 215.

376 **Serahsî**, C. 9, s. 215.

377 **Serahsî**, C. 9, s. 186. Nitekim bu cezanın infazı ancak mağdurun huzurunda gerçekleştirilir. Bkz. **İbn-i Abidin**, C. 8, s. 264. Üstelik mağdur geri dönüp mahkûmun cezalandırılmasını isterse infaza devam edilir. Bkz. **Serahsî**, C. 9, s. 186.

378 **Serahsî**, C. 9, s. 192: “Görmez misin ki cezanın bir bölümü vurulduktan sonra tanıklar kör veya günahkâr olsalar cezanın geri kalanı düşürülür”.

Hanefilere göre de bu durum cezanın infazına engel olsa da eğer cezanın infazına başlanmışsa bu aşamadan sonra ortaya çıkan akıl hastalığı cezanın infazına engel olmaz<sup>379</sup>.

## 10. KAZF SUÇUNUN BUGÜNÜ VE YARINI

Günümüzde kazf suçu özel bir düzenlemeyle mevzuatımızda yer almamaktadır. Eğer zina suç olmaya devam etseydi, kazf fiilinin TCK m. 267'deki iftira suçuna vücut vereceğini söyleyebilirdik. Ancak zina suç olmaktan çıkarılmıştır.

765 Sayılı TCK m. 440 ve 441'de zina suçu düzenlenmekteydi. “Kocanın zinası”nı düzenleyen 441. madde Anayasa’ya aykırı olması iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne götürülmüş ve Anayasa Mahkemesi “*Yasakoyucu kuşkusuz, toplumsal gelişme ve özellikleri gözönünde bulundurarak zinayı suç olmaktan çıkarabileceği gibi onun gerçekleşmesini belli koşullara da bağlayabilir. Ancak, bunu yaparken evlilik birliğinin tarafları olarak aynı konumda bulunan karı, koca arasında ayırım yaratacak bir düzenlemeyi gerçekleştirmez. Açıklanan nedenlerle, Türk Ceza Yasası'nın 441. maddesi, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.*” gerekçeleriyle Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmek üzere 23.09.1996 tarihinde madde hakkında iptal kararı vermiştir<sup>380</sup>. “*Karının zinası*”nı düzenleyen 440. madde de Anayasa’ya aykırı olması iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne götürülmüş ve Anayasa Mahkemesi “*Türk Ceza Kanunu'nun 440. maddesinde, karının zinasının suç oluşturacağı öngörülmüş, kocanın zinasını suç sayan 441. maddesi ise Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Böylece, kocanın zinası suç olmaktan çıkmıştır. Evlilik birliğinin tarafları olarak karı ile aynı hukuksal konumda olması gereken koca için zinanın suç olmaktan çıkmasına karşın, karı için suç sayılmaya devam etmesi Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Maddenin iptali gerekir.*” gerekçeleriyle Resmî Gazete'de yayımlandığı gün sonuç doğuracak şekilde 23.06.1998 tarihinde madde hakkında iptal kararı

<sup>379</sup> Udeh, Genel Hükümler, s. 609.

<sup>380</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 1996/15, K. 1996/34, KT. 23.09.1996, RG T. 27.12.1996, RG S. 22860.

vermiştir<sup>381</sup>. 765 Sayılı TCK'dan sonra yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK'da ise zina suçu düzenlenmemiştir.

Zina, suç olarak düzenlenmese de hukuka aykırı haksız bir fiil olmaya devam etmektedir. Nitekim hukuk düzenine aykırı bir fiil tüm hukuk açısından hukuka aykırıdır<sup>382</sup>. Zina, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 161'de boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda, kazf fiili her ne kadar TCK m. 267'deki iftira suçuna vücut veremese de TCK m. 125/1'deki hakaret suçuna vücut verebilir. Çünkü TMK m. 161'de düzenlenen zinayı isnat etmek, TCK m. 125 kapsamında somut veya soyut fiil veya olgu isnadına vücut verebilir.

Somut fiil veya olgu isnadı için isnadın belirli (somut), mümkün, algılanabilir ve inanılabilir olması gerekir<sup>383</sup>. Örneğin; “*menfaat sağlamak için geçen gece karısından habersiz komşusu A ile yattı.*” sözleri somut fiil isnadı teşkil ederken “*o, kocasından gizli fahişelik yapıyor.*” sözü somut olgu isnadı olur.

Soyut fiil veya olgu isnadı ise sövmektir. Nitekim aslında kanıtlanabilir ve inanılabilir bir durum olmamasına rağmen karşıdaki kişinin onur, şeref ve saygınlığına sövmek suretiyle bir saldırı olmaktadır<sup>384</sup>. Örneğin; “*fahişe!*” sözü sövmek suretiyle gerçekleştirilen hakarettir<sup>385</sup>.

Bir fiilin hukuka aykırılık muhtevasını hukuka ön gelen davranış normları belirler. Suçlar da temelde haksız fiil teşkil eder. Her suç hukuka aykırıdır fakat her hukuka aykırı fiil suç teşkil etmez<sup>386</sup>. Örneğin zina, suç olarak tanımlanmamış olsa da TMK gereği hukuka aykırı bir haksız fiildir<sup>387</sup>. Hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzeni karşısındaki vasfı iken, haksızlık hukuka aykırı fiilin bizatihi kendisidir. Hukuka aykırılık, derecelendirilemez; ancak haksızlık, derecelendirilebilir. Bu durumda

381 Anayasa Mahkemesi, E. 1998/3, K. 1998/28, KT. 23.06.1998, RG T. 13.03.1999, RG S. 23638.

382 **Özgenç**, s. 294; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 403; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 262; **Akbulut**, s. 417.

383 **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 435.

384 **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 436.

385 Bkz. TCK m. 125 gerekçesi.

386 **Özgenç**, s. 296-298.

387 **Özgenç**, s. 371.

hukuka aykırı bir fiilin haksızlık içeriğinin azlığından veya fazlalığından söz edilebilir<sup>388</sup>.

Kazf fiilinin hukuka aykırı olduğunda şüphe yoktur. Nitekim TCK m. 125/1 gereği kazf fiili hakaret suçunu meydana getirebilir. Bu sebeple, kanaatimizce, günümüzde kazf fiilinin hakaret suçu açısından daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmesinin tartışılması gerekir. Nitekim kazf fiiline toplumumuzun gerçekleri ve toplumumuzda çoğunlukta olan dini inanç çerçevesinde bakıldığında bu hususun hassas ve önemli bir konu olduğu görülmektedir. Ayrıca dikkat edilmelidir ki, kazf fiilinin davranış normlarına aykırılık teşkil etmesi hususunda bir tereddüt yoktur. Medeniyetlerin erken zamanlarından beri hemen her toplumda zina ve zina iftirası cezalandırılan bir fiil olarak günümüze gelmiştir<sup>389</sup>. Eski çağlardan sonra İslamiyet açısından da kazf fiilinin önem arz etmesi had suçu olarak Kur'an'da düzenlenmiş olmasından anlaşılmaktadır. Cinsel dokunulmazlık ve iffet her zaman her medeniyette çokça önem atfedilen hukuki değerler olmuştur. Geçmişten

388 Özgenç, s. 298.

389 Kazfin eski çağlarda cezalandırılmasına dair düzenlemelere çalışmanın başında değinilmişti. Zina ve iftira ile ilgili diğer toplumlara ait eski düzenlemelere baktığımızda aşağıdaki örneklerle karşılaşmaktayız:

**İbn-i Abidin**, C. 8, s. 248: “Galiba bunun sebebi zinânın her millette haram olmasıdır. Binaenaleyh zinâ ile kazfte bulunmak da haramdır”.

**Haviland, William A./Prins, Harald E. L./Walrath, Dana/McBride, Bunny** (2008) Kültürel Antropoloji, İstanbul, Kaknüs Yayınları (Çev.: Sarioğlu, Erguvan/Deniz, İnan), s. 468: “Çoğumuz sömürge toplumunu (17 ve 18. yy. Kuzey Amerika sömürgelerini) cinsel etkinliği denetleyen gayet katı kurallarla ilişkilendirir. Gerçekten de bütün sömürgelerde evlilik dışı ilişki ve zinaya karşı yasalar vardı. Zina, (özellikle evli bir kadının bir erkekle olan ilişkisi) ciddi olarak cezalandırılıyor, suçlular, herkesin önünde kırbaçlanıyor ya da öldürülüyordu”.

Antik Çağ'da Mısır'da iftira ve zina suçlarına karşılık cezalar şu şekildeydi: “Verdiği sözden, akitten dönmek ve iftira idamla cezalandırılır. ... Zinada erkeğin cinsî uzvu, kadının burnu kesilir.” **Ekinci**, Hukukun Serüveni, s. 39. Antik Çağ'da Hititlerde zinaya ölüm cezası verilmiştir. Bkz. **Ekinci**, Hukukun Serüveni, s. 63. Antik Çağ'da Hindistan'da zina eğer aynı “kası”lar arasında yapılmışsa cezalandırılmıyordu. Ancak üst sınıftan biriyle zinada erkek yakılmakta, kadın ise köpeklerle parçatılmaktaydı. Bkz. **Ekinci**, Hukukun Serüveni, s. 87. Antik Çağ'da Türkistan'da evli kadınla zina yapanlar idamla cezalandırılıyordu. Bkz. **Ekinci**, Hukukun Serüveni, s. 95. Antik Çağ'da Yunanistan'da Atina Hukuku'na göre zina suçunda erkek idam edilirken kadın için boşanma ve çeyizin kocaya bırakılması söz konusuydu. Bkz. **Ekinci**, Hukukun Serüveni, s. 132.

gelen insanlığın ortak değerlerinin dikkate alınması<sup>390</sup> ve günümüzde de bu doğrultuda kazf fiilinin, hakaret suçunun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenebilirliğinin tartışılması gerektiği kanaatindeyiz.

## SONUÇ

Kazf suçuna insanlığın hemen her çağında ve her toplumunda rastlamak mümkündür. Böylesi evrensel nitelikte bir haksız fiilin İslam dini açısından dikkate alınmaması düşünülemezdi. Nitekim Kur'an'da bu fiil bir had suçu olarak düzenlenmektedir.

Osmanlı Devleti, yönetiminde ve toplumun yaşayışında temel aldığı din İslam olmuş ve buna göre, bir düzen kurmaya çalışmıştır. İrksal ve dinsel kökenler toplumsal değerleri ve idari yönetimi köklü olarak etkiler. Bu sebeptir ki, kazf suçu Osmanlı zamanında da suç olarak kabul edilmiş ve had cezası uygulanmıştır.

Kazf suçu, çalışmamızda günümüz ceza hukuku anlayışına göre tasnif edilmeye çalışılarak bölümlenmesi sağlanmış ve geçmişten günümüze bir bakış açısı yakalanmaya çalışılmıştır. İslam hukuku vakıfalar hukuku olduğundan genel hükümlere ulaşmak ve genel hükümleri özel durumlara uygulamak çok zor olmaktadır. Yine de çalışmanın amacı doğrultusunda böyle genel bir kalıptan kazf suçuna bakıldığında şu sonuçlara ulaşılmaktadır:

1. Kazf suçu, had suçlarından biridir ve bu sebeple, cezası sabittir. Eğer cezada indirim yapılan bir hal varsa, bu durumda kazf had suçu olmaktan ve ceza da had cezası olmaktan çıkmaktadır. Örneğin, suçun köleye karşı işlenmesinde cezada indirim yapılmaktadır; ancak bu ceza tazir cezası olmaktadır.

2. Kazf suçunda hem kamu (Allah) hakkı hem de kul hakkı bulunmakla birlikte kamu hakkı ağırlıktadır.

3. Kazf suçu, seçimlik hareketli bir suçtur. Bu hareketler, zina isnadında bulunmak veya nesebin inkâr edilmesidir.

4. Kazf suçunun söz ile işlenebilmesi hususunda bir ihtilaf bulunmazken yazı ile işlenebilmesi hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu ihtilafın sebebi ise yazının eskiden güvenilir bir araç

---

<sup>390</sup> **Avcı, Mustafa** (2006) “İslâm'ın Ceza Hukukuna Katkısı” İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 8, s. 145: “Böylece tarihi seyir içinde devam ede gelen ilahi dinler, insani değerler ve toplumlar arasında bütünlük kurmuş ve bütünlüğü olmuştur”.

kabul edilmemesi dolayısıyla suçun işlenmesinde şüphe oluşacağı ve şüphenin had suçu ve cezasını ortadan kaldıracığıdır.

5. Kazf suçunda herkes fail olabilir. Müste'menler de fail olabilir.

6. Kazf suçunda mağdur unsurunun ayrıntılı olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Bu da söz konusu suçun alanını daraltan bir etki yapmaktadır. Bakıldığında suçun mağduru sadece akıllı, baliğ, hür, Müslüman ve iffetli (namuslu) kadın ve erkek olabilmektedir. Bu şartlar tek bir kelimeyle "muhsan" olarak ifade edilmektedir.

7. Kazf suçunun konusu kişinin onur, iffet, şeref ve saygınlığıdır. Kazf suçu soyut tehlike suçudur.

8. Kazf suçu, fiilin gerçekleştirilmesiyle tamamlandığından sırf hareket suçudur. Yani bu suçun tamamlanması için netice aranmamaktadır.

9. Kazf suçunda daha az veya daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal bulunmamaktadır.

10. Kazf suçu ancak kasten işlenebilir. Zira had suçları sadece kasten işlenebilir.

11. Kazf suçunda hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk sebebi olarak uygulanmasının mümkün olduğu, ancak diğer hukuka uygunluk sebeplerinin uygulanmasının suçun niteliği gereği zor olduğu kanaatindeyiz.

12. Kazf suçunda suçu işleyen kişi eğer o an akıl hastasıysa ve akıl hastalığı etkili olarak suçu işliyorsa, baliğ değilse, sarhoşluğa bilerek kendisi sebep olmamışsa veya "ağır" cebir ve tehdide maruz kalmışsa kişinin kusurluluğunda azalma olduğu kabul edilmektedir. Önemle belirtmeliyiz ki, İslam ceza hukuku açısından bu suçta haksız tahrikin kusurluluk halini azalttığı kabul edilmemekte ve bu sebeple, kişinin cezasında indirimle gidilmemektedir. Diğer kusurluluğu kaldıran hallerin uygulanması bakımından suçun niteliğinin uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir olduğu kanaatindeyiz.

13. Sırf hareket suçlarına kural olarak teşebbüs mümkün değildir. Ama hareket eğer bölünebiliyorsa teşebbüs mümkün hale gelir. Kazf suçu sadece sözel olarak gerçekleştirilebildiği kabul edildiğinde bu suç için teşebbüs mümkün olmamaktadır.

14. Kazf suçunda azmettirme, dolaylı faillik ve manevi yardım etme mümkündür. Ancak bu suçun sadece sözel olarak gerçekleştirilebildiği kabul edildiğinde müşterek faillik ve maddi yardım etme mümkün olmamaktadır.

15. Kazf suçunda bir kazf suçunun cezası infaz edilinceye kadar ister aynı konu üzerinde, ister farklı konular üzerinde gerçekleşsin, ister tek fiille ister birden fazla fiille gerçekleşsin, tek bir suçun cezasıyla

cezalandırma yoluna gidilmektedir. Ancak infazdan sonra yeni bir cezaya hükmedilebilmektedir. İnfaza kadar birden fazla kazf suçunun işlenmesine tek ceza verilmesinin istisnasını Hz. Ayşe'ye ve Hz. Peygamber'in eşlerine kazfedilmesi halleri oluşturmaktadır. Bu hallerde iki kazf suçuna karşılık iki ceza öngörülerek gerçek içtima kabul edilmiştir.

16. Kazf suçu açısından üstsoy olmak şahsi cezasızlık sebebidir. Failin köle olması halinde ise ceza yarı oranında indirilir.

17. Kazf suçunda etkin pişmanlık kabul edilmemektedir. Nitekim tövbenin ceza miktarında bir etkisi bulunmamaktadır.

18. Kazf suçunda kamu hakkı ağır basmasına karşın suçun takibi için şikâyet şartı aranmaktadır. Bunun sebebi de kişinin bu suçla birlikte toplumdaki yeri, onuru ve şerefine önemli ölçüde zedelenmiş olmasıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, bir kez şikâyet hakkı kullanıldıktan sonra şikâyetten vazgeçmek mümkün değildir.

19. Şikâyet hakkı mağdur hayattaysa ona, hayatta değilse onun üstsoy ve altsoyuna aittir.

20. Kazf suçunun ispatı için zina suçunda aranan nitelikteki iki erkek tanığın olması veya sanığın ikrarı gerekli ve yeterlidir. İkrardan dönme kabul edilmemiştir.

21. Sanık eğer isnadını ispatlamak isterse, zina suçunu ispatlaması gerektiğinden zinayı fasık olmayan dört erkek tanıkla ispatlaması gerekir.

22. Kazf suçunun yaptırımı, seksen sopadır. Mahkumiyete bağlı olarak tanıklık ehliyeti sonsuza dek kaybedilir ve kişi fasık ilan edilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; kadim dönemlere ve toplumlara uzanan bu suç dikkate alınmalı ve koruduğu değerler vasıtasıyla suçun neden düzenlendiği anlaşılmaya çalışılmalıdır. Muhakkak ki, binlerce yıl boyunca kabul edilen değerler ve bu değerlerin ihlali halinde yaptırımların öngörülmesi dikkate değer bir olgudur. Elbette günümüzde hakaret suçu ile kazf fiiline karşı koruma sağlanmaya çalışılmaktadır. Ancak suçlar, suçların nitelikli halleri ve bunlara karşı öngörülen yaptırımlarda, başka kıstaslar da etkili olmakla birlikte, fiilin haksızlık içeriği önemli derecede etkilidir. Bu bağlamda, kazf fiilinin hakaret suçunda daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmesinde kültürel geçmiş ve yaşadığımız toplumun değerleri bakımından tartışılmaya değer bir yön olduğu kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin** (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Akgündüz, Ahmed** (2011) İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku, 1. Cilt, Ankara, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları (**Akgündüz**, Kamu Hukuku).
- Akgündüz, Ahmed** (1999) “*Kanunnâmelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer’î Tahlili*” İslâmi Araştırmalar Dergisi, C. 12, S. 1, s. 1-16 (**Akgündüz**, Kanunnâmelerdeki Ceza).
- Akgündüz, Ahmed** (1990) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 1. Kitap Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları (**Akgündüz**, 1. Kitap).
- Akgündüz, Ahmed** (1990) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 2. Kitap II. Bâyezid Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları (**Akgündüz**, 2. Kitap).
- Akgündüz, Ahmed** (1991) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 3. Kitap Yavuz Sultan Selim Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları (**Akgündüz**, 3. Kitap).
- Akgündüz, Ahmed** (1992) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 4. Kitap Kanunî Devri Kanunnâmeleri, I. Kısım Merkezî ve Umumî Kanunnâmeler, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları (**Akgündüz**, 4. Kitap).
- Akgündüz, Ahmed** (1993) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 6. Kitap Kanunî Devri Kanunnâmeleri, II. Kısım Eyâlet Kanunnâmeleri (II), İstanbul, Fey Vakfı Yayınları (**Akgündüz**, 6. Kitap).
- Akgündüz, Ahmed** (1994) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 8/I. Kitap III. Murad Devri Kanunnâmeleri, 8/II. Kitap III. Mehmed Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları (**Akgündüz**, 8/I. Kitap).
- Akgündüz, Ahmed** (1996) Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 9/I. Kitap I. Ahmed Devri Kanunnâmeleri, 9/II. Kitap II. Osman Devri Kanunnâmeleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları (**Akgündüz**, 9/II. Kitap).
- Akman, Mehmet** (2004) Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, İstanbul, Eren Yayıncılık.
- Aksu, Ali** (2004) “*İfk Olayı Üzerine Bir Değerlendirme (Sebepler ve Sonuçları Açısından)*” Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. VIII/1, s. 1-21.
- Alacakaptan, Uğur** (1961) Suçun Unsurları, Ankara, Ajans-Türk Matbaası.



**Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim** (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi (**Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler).

**Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/ Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim** (2017) Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi (**Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler).

**Âşûr, Muhammed Tâhir İbn** (2013) İslâm Hukuk Felsefesi Gaye Problemi, İstanbul, Rağbet Yayınları (Çev.: Akyüz, Vecdi/Erdoğan, Mehmet).

**Avcı, Mustafa** (2006) “İslâm’ın Ceza Hukukuna Katkısı” İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 8, s. 113-147 (**Avcı**, İslâm’ın Ceza).

**Avcı, Mustafa** (2010) Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya, Mimoza Yayınları (**Avcı**, Genel Hükümler).

**Avcı, Mustafa** (2014) Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler, Konya, Mimoza Yayınları (**Avcı**, Özel Hükümler).

**Avcı, Mustafa** (2012) Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Konya, Mimoza Yayınları (**Avcı**, Türk Hukuk).

**Aydın, M. Âkif** (2009) Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.

**Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı** (2000) 82 Numaralı Mühimme Defteri (1026-1027 / 1617-1618) Özet-Transkripsiyon-İndeks ve Tıpkıbasım, Ankara.

**Bayındır, Abdülaziz** (1984) Şer’iyye Sicilleri Işığında Osmanlılarda Muhakeme Usulleri, Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

**Beccaria, Cesare** (2004) Suçlar ve Cezalar Hakkında, Ankara, İmge Kitabevi.

**Beroje, Sahip** (2007) Ceza Muhâkemesi Hukuku Açısından İslâm İspat Hukuku, Ankara, FCR Yayınları.

**Büyükbaş, Nazım** (2013) “İslam Ceza Hukukunda Hadlerin Caydırıcılığı” Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2013/II, s. 97-126.

**Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem** (2016) Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Bası, İstanbul, Beta Yayınları (**Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza).

**Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem** (2016) Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayınları (**Centel/Zafer/Çakmut**, Kişilere Karşı).

**Cezîrî, Abdurrahman** (1993) Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı, 7. Cilt, 3. Baskı, İstanbul, Çağrı Yayınları (Çev.: Keskin, Mehmet).

**Cin, Halil/Akgündüz, Ahmet** (1990) Türk-İslam Hukuk Tarihi, 1. Cilt Kamu Hukuku, İstanbul, Timaş Yayınları.

**Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2014) Türk Hukuk Tarihi, 5. (İlave) Baskı, Konya, Sayram Yayıncılık.

**Çolak, Abdullah** (2017) İslâm Hukuku (Ceza ve Borçlar), 2. Baskı, Ankara, Öncü Yayınevi (**Çolak, İslâm Hukuku**).

**Çolak, Mücahit** (2011) “İslâm Hukukunda Ceza Ehliyeti Açısından Yaş Küçüklüğü” Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 35, s. 103-124 (**Çolak, Yaş Küçüklüğü**).

**Çöpoğlu, Binnaz** (2008) Bolu Şer’iye Sicili, Bolu, Bolu Halk Kültürünü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları.

**Daştan, Eda** (2014) Tophane 2 Numaralı Şeriye Sicili Defteri H. 966-967/1558-1560 (İnceleme-Metin), Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü.

**Demir, Abdullah** (2011) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Yitik Hazine Yayınları.

**Demirbaş, Timur** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

**Demirtaş, H. Necâti** (2011) Açıklamalı Osmanlı Fetvâları, İstanbul, Kubbealtı Yayınevi.

**Doğan, Hasan** (2008) İslâm Hukukunda İftira Suçu ve Cezası, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

**Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir** (1985) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. 1, 9. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.

**Ekinci, Ekrem Buğra** (2011) Hukukun Serüveni, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi (**Ekinci, Hukukun Serüveni**).

**Ekinci, Ekrem Buğra** (2016) Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, 4. Baskı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul (**Ekinci, Osmanlı Hukuku**).

**Erem, Faruk** (1971) Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası.

**Erkocaaslan, Recep** (2015) “Benî Müstakil Gazvesi Esnasında Ortaya Çıkan Nifak Hareketleri ve İfk Olayı” Diyanet İlmî Dergi, C. 51, S. 1, s. 129-158.

**Garofalo, Baron Raffaele** (1957) Criminologia «Suç, Suçlu ve Ceza», İstanbul, Nurgök Yayıncılık (Çev.: Göklü, Muhittin).

**Gökçen, Ahmet** (1989) Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanundaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul.

**Hakeri, Hakan** (2010) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

**Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem** (2015) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık (**Hafizoğulları/Özen**, Genel Hükümler).

**Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem** (2016) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık (**Hafizoğulları/Özen**, Özel Hükümler).

**Haviland, William A./Prins, Harald E. L./Walrath, Dana/McBride, Bunny** (2008) Kültürel Antropoloji, İstanbul, Kaknüs Yayınları (Çev.: Sarıoğlu, Erguvan/Deniz, İnan).

**İbn-i Abidin** (1983) Redd'ül-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar, 8. Cilt, İstanbul, Şamil Yayınevi (Çev.: Davudoğlu, Ahmed).

**İçel, Kayıhan** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık.

**Karaman, Hayrettin** (1978) Mukayeseli İslâm Hukuku, İstanbul, İrfan Yayınevi.

**Kılınc, Ahmet** (2014) Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihinde Teşhir Cezası, Ankara, Adalet Yayınevi.

**Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2017) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi (**Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler).

**Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2017) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi (**Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler).

**Koçak, Muhsin/Dalgın, Nihat/Şahin, Osman** (2013) İslâm Hukuku, İstanbul, Ensar Yayıncılık.

**Kozak, İbrahim Erol** (2011) Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Ankara, Adalet Yayınevi.

**Örsten Esirgen, Seda** (2015) “*İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Zimmiler*” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın’a Armağan Özel Sayı, C. 21, S. 2, s. 187-213.

**Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi (**Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler).

**Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker** (2016) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi (**Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler).

**Özgül, Orhan/Gül, Mustafa Fırat/Azap, Eralp Yaşar** (2014) Aksaray’ın Tek Şer’iyye Sicili, Ankara, TBB ve Aksaray Barosu Ortak Yayını.

**Özgenç, İzzet** (2017) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi.

**Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan** (2016) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

**Özer, Salim** (2008) “Günahların Affında ve Cezaların Düşmesinde Tövbenin Etkisi” Bilimname, S. 14 (XIV), 2008/1, s. 79-107.

**Schacht, Joseph** (1986) İslâm Hukukuna Giriş, Ankara, Ankara İlahiyat Fakültesi Yayınları (Çev.: Dağ, Mehmet/Şener, Abdulkadir).

**Serahsî** (2011) Mebsût, 9. Cilt, İstanbul, Gümüşev Yayınçılık.

**Soyaslan, Doğan** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları (**Soyaslan**, Genel Hükümler).

**Soyaslan, Doğan** (2016) Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları (**Soyaslan**, Özel Hükümler).

**Şahin, Cumhur** (2015) Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi.

**Şahin, İskender** (2013) “Dünya Hayatı Çerçevesinde Kur’an’da Yer Alan Fiilî Cezalar” Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, s. 61-110.

**Şeyh Bedreddin** (2012) Fıkıh Ekolleri Arasındaki Tartışmalı Konuların İncelikleri (Letâifu'l-İşârât fi Beyâni'l-Mesâili'l-Hilâfiyyât), Ankara, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları (Editör: Apaydın, Yunus Hacı).

**Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat** (2010) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

**Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk** (2015) Ceza Hukuku Genel Kısım, 21. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.

**Tosun, Mebrure/Yalvaç, Kadriye** (1989) Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi.

**Tuğlacı, Pars** (1971) 20. Yüzyıl Ansiklopedik Türkçe Sözlük, 2. Cilt, İstanbul, Pars Yayınevi.

**Türcan, Talip** (2015) İslâm Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Grafiker Yayınlar.

**Udeh, Abdülkadir** (1976) İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk, 1. Cilt, İstanbul, Özdemir Basımevi (Çev.: Nuri, Akif) (**Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 1).

**Udeh, Abdülkadir** (1978) İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk, 3. Cilt, İstanbul, Özdemir Basımevi (Çev.: Nuri, Akif) (**Udeh**, İslam Ceza Hukuku, C. 3).

**Udeh, Abdülkadir** (1979) *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, 4. Cilt, İstanbul, Özdemir Basımevi (Çev.: Nuri, Akif) (**Udeh**, *İslam Ceza Hukuku*, C. 4).

**Udeh, Abdülkadir** (1992) *İslam ve Beşeri Kanunlar*, 3. Baskı, İstanbul, Ravza Yayınları (Çev.: Nuhoğlu, Mustafa) (**Udeh**, *İslam ve Beşeri*).

**Udeh, Abdülkadir** (2012) *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, İstanbul, Kayıhan Yayınları (Çev.: Şafak, Ali) (**Udeh**, *Genel Hükümler*).

**Udeh, Abdülkadir** (2012) *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, İstanbul, Kayıhan Yayınları (Çev.: Şafak, Ali) (**Udeh**, *Özel Hükümler*).

**Uslu, Rifat** (2015) “*Beşeri Hukukla Karşılaştırmalı Olarak Ceza Hukukunun İslam Hukukundaki Yeri*” *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 8, S. 38, s. 1049-1055.

**Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal** (2011) *Türk Hukuk Tarihi*, 15. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.

**Ünsal, Ahmet** (2008) *İslâm Ceza Hukukunda İnfaz Yetkisi*, İstanbul, Mizan Yayınevi.

**Vehbe, Tefik Ali** (1974) “*İslâm Hukukunda ve Mısır Hukukunda Kazif Suçu*” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar Hatıra Sayısı, C. 39, S. 1-4, s. 417-425 (Çev.: Armağan, Servet).

**Yiğit, Yaşar** (2004) “*İnsanlık Onur ve Şerefının Korunması Açısından Kazf Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi*” *Diyanet İlmî Dergi*, S. 4, s. 131-144 (**Yiğit**, *Kazf Suçu*).

**Yiğit, Yaşar** (2012) *İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlüğü*, Ankara, Sistem Ofset Yayıncılık (**Yiğit**, *İslam Ceza*).

**Zafer, Hamide** (2016) *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.

**Zehra, Muhammed Ebu** (1981) *İslâm Hukuku Metodolojisi*, 3. Baskı, Ankara, Fon Matbaası.

**Zeydan, Abdülkerim** (1976) *İslâm Hukukuna Giriş*, İstanbul, Sırdaş Yayınları (Çev.: Şafak, Ali).

### **İnternet Kaynakları**

<http://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf#/kuran-meal-2/nur-suresi-24/ayet-4/diyaret-isleri-baskanligi-meali-1> s.e.t. 27.03.2017.

<http://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf#/kuran-meal-2/nur-suresi-12/ayet-4/diyaret-isleri-baskanligi-meali-1> s.e.t. 27.03.2017.

<http://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf#/kuran-meal-2/nur-suresi-24/ayet-4/diyaret-isleri-baskanligi-meali-1> s.e.t. 27.03.2017.

<http://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf#/kuran-meal-2/mumtehine-suresi-60/ayet-12/diyaret-isleri-baskanligi-meali-1> s.e.t. 27.03.2017.

**İstanbul Kadı Sicilleri**, BAB54, C. 20, s. 440, Hüküm No. 537, <http://www.kadısicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=15468> s.e.t. 26.07.2017.

**İstanbul Kadı Sicilleri**, EYÜB82, C. 29, s. 131, Hüküm No. 146, <http://www.kadısicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=19249> s.e.t. 26.07.2017.

**İstanbul Kadı Sicilleri**, GALATA90, C. 40, s. 217, Hüküm No. 253, <http://www.kadısicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=23128> s.e.t. 26.07.2017.

**İstanbul Kadı Sicilleri**, ÜSKÜDAR01, C. 1, s. 159, Hüküm No. 154, <http://www.kadısicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=154> s.e.t. 26.07.2017.

**İstanbul Kadı Sicilleri**, ÜSKÜDAR01, C. 1, s. 342, Hüküm No. 608, <http://www.kadısicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=608> s.e.t. 26.07.2017.

**İstanbul Kadı Sicilleri**, ÜSKÜDAR02, C. 2, s. 96, Hüküm No. 85, <http://www.kadısicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=911> s.e.t. 26.07.2017.

**İstanbul Kadı Sicilleri**, ÜSKÜDAR02, C. 2, s. 251, Hüküm No. 490, <http://www.kadısicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=1316> s.e.t. 26.07.2017.

**İstanbul Kadı Sicilleri**, ÜSKÜDAR84, C. 10, s. 107, Hüküm No. 37, <http://www.kadısicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=7329> s.e.t. 26.07.2017.

**İstanbul Kadı Sicilleri**, ÜSKÜDAR84, C. 10, s. 429, Hüküm No. 788, <http://www.kadısicilleri.org/arascl/ayrmetin.php?idno=8086> s.e.t. 26.07.2017.

**Fayda, Mustafa** “Hz. Aişe’ye zina iftirası atılması olayı”, İslam Ansiklopedisi, C. 21, s. 508, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c21/c210344.pdf> s.e.t. 31.07.2017.

# GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE EGEMENLİK KAVRAMI VE DEĞİŞEN EGEMENLİK ANLAYIŞI

*Arş. Gör. Yeşim ÇELİK\**

## Özet

Egemenlik geçmişten günümüze üzerinde konuşulan bir kavramdır. Felsefi temelleri Machiavelli, Bodin, Hobbes ve Rousseau ile atılan egemenlik Fransız ihtilaliyle eyleme geçmiştir. 1789 Devrimiyle klasik egemenlik anlayışı son aşamasına ulaşmış bundan sonra egemenlik artık anayasal ilke olarak yerini almıştır. Vazgeçilmez, devredilmez egemenlik artık halka verilmiştir. Halk, egemenliğin bir parçasına, yönetimde söze sahip olmuş ve geline aşamada monarşiden alınan miras ulusa teslim edilmek zorunda kalmıştır. Klasik egemenlik anlayışına göre, egemenlik; üstün, sınırsız, mutlak güçtür. Özellikle son yüzyıllarda ortaya çıkan, anayasacılık düşüncesi, hukuk devleti, küreselleşme, insan hakları vb. alanlardaki gelişmeler, klasik egemenlik anlayışında önemli dönüşümlerin yaşanmasına neden olmuştur. Günümüzde artık bir devletin, sınırsız ve mutlak bir egemenliğe sahip olduğunu aynı zamanda da demokratik hukuk devleti olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir.

**Anahtar Kelimeler:** Egemenlik, klasik egemenlik, demokratik hukuk devleti.

## Abstract

Sovereignty is a concept spoken from the past to the present. With the philosophical foundations Machiavelli, Bodin, Hobbes and Rousseau, sovereignty came into action with the French Revolution. With the Revolution of 1789, classical sovereignty reached its final stage and then sovereignty became a constitutional principle. Indispensable, non-transferable sovereignty is now given to the public. The people had a part of the sovereignty, the word in the administration and the

---

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Geliş Tarihi: 02/10/2018 / Makale Kabul Tarihi: 20/11/2018

inheritance from the monarchy had to be delivered to the nation. According to classical sovereignty, sovereignty; superior, unlimited, absolute power. Especially in the last centuries, the idea of constitutionalism, the rule of law, globalization, human rights and so on. The developments in the fields caused significant transformations in the classical sovereignty. Today, it is not possible to say that a state has an unlimited and absolute sovereignty and that it is a democratic state of law.

**Key Words:** Sovereignty, classical sovereignty, democratic state of law.

## I. GİRİŞ

Hem hukukçuları hem de siyaset bilimcilerin üzerinde en çok tartıştığı ve yazılar yazıldığı konuların başında egemenlik gelir. Hukukçular ve siyaset bilimcileri uzun bir süre bir toplumda en üstün ve en son sözü söyleyecek bir otoritenin olması gereği üzerinde durmuşlardır. Kısaca bir ülkedeki en üstün buyurma gücü olarak tanımlanan egemenlik devletle birlikte ele alınan ve incelenen bir kavramdır. Çünkü devlet ve egemenlik kavramları birlikte ortaya çıkmıştır. Egemenlik devletin temel bir özelliği olarak düşünülmüş; devletin üstün ve sınırsız bir otoriteye sahip olduğu varsayılmıştır. Çağımızda egemen devletlerden söz etmekteyiz. Egemenlik geçmişte uluslararası toplumun bir özelliği değildi; günümüzde uluslararası alanla egemenlik birbiriyle ilişkilendirilmek zorunda olsa da, egemenlik uluslararası alanda temel bir faktör olma özelliğine her zaman sahip olmayabilecektir. Ancak egemenlik geçmişten günümüze, tarihiyle siyaset bilimin temel faktörü olmaya devam edecektir.

Çalışmamız da egemenliği kavram olarak ele alacağız. Ortaya çıkma sürecini oligusal dönemden ele alarak, kavramsallaşması ve zamanla egemenlik kavramının değişen ve gelişen nitelikleriyle modern egemenliği ortaya koymaya çalışacağız. Egemenliğin günümüze gelene kadar ki teorik kökenlerinin değişen sürecini ele alacağız. Değişen egemenlik süreciyle önceleri iç egemenlik olarak algılanan egemenliğin artık gelişen uluslararası toplumla devletleri ayrı tutamayacağımızdan diğer bir yönü olan dış egemenliğin boyutunu anlatmaya çalışacağız. İlk bölümde egemenliğin terminolojik olarak nasıl ortaya çıktığı, sırasıyla olgunlaşma, kavramsallaşma ile olgunlaşıp eyleme geçme aşamaları ve demokratik boyutu ele alınacaktır. İkinci bölümde kavramsallaştırılan egemenliğin kaynağı hakkındaki teoriler incelenecek; önceleri tanrıdan olan egemenliğin kaynağının zamanla tanrıdan alınıp en sonunda



topluma verilmesiyle noktalanın sürecini değerlendireceğiz. Üçüncü bölümde ise artık klasik egemenlik anlayışının modern egemenlikte kabul edilemez yönlerini belirleyip, gelişen uluslararası toplumda mutlak sınırsız egemenlik kabul edilemez olduğundan devletlerin uluslararası hukuk kurallarıyla bağlı olmalarının egemenliğe engel teşkil etmeyecektir. Bu manada egemenliği iç ve dış egemenlik olarak ikiye ayırarak inceledik.

## II. EGEMENLİK

### A. EGEMENLİK KAVRAMI TANIMI AÇIKLAMASI

#### 1. TERİM VE TERMİNOLOJİ

Egemenlik kavramının dilimizdeki diğer karşılığı “hâkimiyet”tir. Hâkimiyet kelimesi de Arapçadan dilimize geçmiştir. Hâkimiyet kelimesinin ailesine baktığımızda hepsinin “hüküm”den türediğini görürüz. Bu açıdan hâkimiyet; “hâkimlik” yani; emir verme, yasa koyma, yasaklama iktidarı olarak görülebilir. Ancak Avrupa kökenli olan egemenlik dilimize Batı dillerinden gelmiştir<sup>1</sup>. Fransızca karşılığı “souveraineté” ve İngilizcesi “sovereignty”dir. Kökü Latince “superanus” sözcüğüdür ve “en üstün iktidar” anlamına gelir<sup>2</sup>.

Jean Bodin “Devletlerin Altı Kitabı” (1576) eserinde bu üstün güce Latinlerin *Maiestatem*, Yunanlıların *Akran exuosian* (en üstün iktidar), *Kurian arkho*(en üstün yönetim) ve *Kurion politeuma* (en üstün hükümet), İtalyanların *Segnorìa*, İsrailoğullarının Mukaddes Kitabı’nda *Tomah Şevet* (en büyük buyurma gücü) dendiğine dikkat çeker. Bu da eskiden beri bu tür egemenlikle ilgili kelimelerin bulunduğunu gösterir<sup>3</sup>. Bodin, egemenlik kavramını Latince en yüksek, en üstün iktidar anlamına gelen “superanus” teriminden türetmiş ve bu terimden yola çıkarak “bir devletin mutlak ve sürekli gücü”nü anlatmak için “souverainete” (egemenlik) kavramını ortaya atmıştır. Bodin, eserini Fransızca’dan Latinceye çevirirken “egemenlik” terimine karşılık olmak üzere “maiestas” ve “potestas” terimlerini kullanmıştır. Hobbes,

1 Yusuf Şevki Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Ankara 2004, s. 51-52.

2 Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 17. Basım, İstanbul 2005, s. 56.

3 Mustafa Koçak, *Batı’da ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik*, 1. Basım, Ankara 2006, s. 65.

Leviathan’da tüm bu kavramları “egemenlik (sovereignty)” nitelendirmesiyle teke indirmiştir<sup>4</sup>.

Egemenlik konusu bundan 300 yıl önce ortaya atılmış ve ondan beri üzerinde bitmek tükenmek bilmeyen tartışmalar yapılmıştır<sup>5</sup>. Tartışıldıkça, aydınlatılmaya çalışıldıkça aydınlanmak yerine daha da karmaşık hale getirilen konuların başında yer almıştır. Bu kargaşa terim sorununda da yaşanmaktadır<sup>6</sup>. Devletin üstün gücünü ifade hususunda kullanılan terim yönünden yazarlar arasında yeknesaklığa rastlanmamaktadır. Kamu hukukçuları tarafından “hâkimiyet”, “emretme gücü”, “amme kudreti”, “amme iktidarı”, “devlet gücü”, “devlet iktidarı”, “otorite”, “siyasi güç” gibi terimlerin kullanıldığını görürüz<sup>7</sup>. Özellikle Alman hukukçuları “egemenlik” teriminin kullanılmasından kaçmakta ve bunun yerine “emretme gücü”, “amme kudreti”, “amme iktidarı” gibi terimleri kullanmayı tercih etmektedirler<sup>8</sup>.

Leon Duguit; kamusal güçle egemenliği birbirinden ayıran özellikle Alman hukukçularının terminolojisini reddetmekte, diğer kamu hukukçularının kullandığı tüm terimleri eş anlamlı kabul etmekte ve “egemenlik” terimini kullanmaktadır. Duguit “*Egemenlik, kamusal güç, devlet gücü, siyasi otorite, bütün bu deyimleri eş anlamlı kabul ediyor ve egemenlik sözcüğünü kullanıyorum, çünkü bu sözcük en kısa ve en kullanışlı olanıdır.*” der<sup>9</sup>.

## 2. EGEMENLİK KAVRAMI

Egemenlik ortaya çıkışından beri tartışılmış ve üzerinde fikir birliğine varılmamış bir kavramdır. Aydınlatılmak istenirken bir o kadar da karmaşık kalmıştır. Egemenlik uzun süreden beri üzerinde durulan ve geniş tartışmalara yol açan ve kendisine değişik anlamlar verilen bir

4 Hamit Emrah Beriş, *Küreselleşme Çağında Egemenlik*, Ankara 2006, s. 32-33.

5 Kapani, s. 54.

6 Koçak, s. 66.

7 Recai Galip Okandan, *Umumi Amme Hukuku, İstanbul 1976*, s. 747

8 Zabunoğlu’da hâkimiyet ve egemenlik terimlerinin kullanılmasını isabetli görmemektedir. Bu kavramların iktidarın sınırsızlığı ve mutlaklığını ifade ettiğini söyler. Bknz. Yahya Kazım Zabunoğlu, *Kamu Hukukuna Giriş*, Ankara 1973, s. 112.

9 Koçak, s. 67, Leon Duguit, “Egemenlik ve Özgürlük”, *Devlet Kuramı* (Derleyen: Cemal Bali Akal) 2. Basım, Ankara 2005 s. 379.

kavramdır<sup>10</sup>. Egemenlik sadece anayasa hukukunun değil genel kamu hukuku, devletler hukuku, siyaset felsefesi ve siyaset biliminin temel konusunu oluşturan kavramlardan biridir. Buna rağmen egemenlik teriminin tam bir açıklığa kavuşturulduğu ve üzerindeki tartışmaların sona erdiği söylenemez. Her ne kadar egemenlik teriminin terk edilmesi gerektiği yolunda düşünceler olsa ve bunlar güçlenip taraftar kazansa da terimin ve kavramın yaygın kullanımı hala devam etmektedir<sup>11</sup>.

Blackwell'in Siyasal Düşünceler Ansiklopedisi'ne göre egemenlik "*siyasal hiyerarşide tepe noktasına yakın bir yerde, karar verme ve anlaşmazlıkları noktalama yetkisine sahip asal yargıç konumundaki bir tarafın niteliklerine denk düşen erk ya da yetki*"dir<sup>12</sup>.

Jean Bodin'e göre egemenlik: "*Yurttaşlar ve uyruklar üstünde yasayla kısıtlanmamış en üstün iktidar*"dır. Bodin'e göre egemenlik sınırsız, devredilmez, yasaları koyar, koyduğu bu yasalarla dahi kendini bağlı tutmaz. Bodin'e göre egemenlik mutlak<sup>13</sup>.

Leon Duguit'in tanımıyla egemenlik öyle bir iradedir ki başka hiçbir iradede bulunmayan kendine özgü niteliği olan, iradeyi harekete geçirecek tek nedeni kendinde barındıran üstün bir iradedir<sup>14</sup>.

Grotius, egemenliği "*eylemleri bir başkasının denetimine bağlı(olmayan), yaptıkları bir başkasının iradesiyle geçersiz kılınama(yan)*" bir güç olarak tanımlıyor<sup>15</sup>.

Esmein'e göre egemenlik; tabiatı gereği kendisine üstün ya da rakip herhangi bir güç tanımayan otoritedir<sup>16</sup>.

Modern çağda egemenlik, devletlerin içte ve dışta bağımsız, uluslararası alanda eşit, içişlerine karışılmayan; asli, en üstün, sınırsız, bölünmez ve devredilmez bir iktidar olarak tanımlanır<sup>17</sup>.

---

10 Kapani, s. 54.

11 Koçak, s. 70, Kapani, s. 54.

12 Hakyemez, s. 56.

13 Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol/Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, 13. Basım, İstanbul 2017, s. 102; Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 13. Basım, Ankara 2017, s. 352.

14 Cemal Bali Akal, "Devlet, Yasa, Hâkimiyet", *İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet'in 75. yıl Armağanı*, İstanbul 1999, s. 28.

15 Koçak, s. 71.

16 Hakyemez, s. 57; Duguit, s. 384.

Kubalı'ya göre “*Muayyen bir ülke üzerinde ve ülkede oturan gerçek ve tüzel kişiler üzerinde kullanılan ve Devlet kişiliğine bağlı olan, ondan ayrılmayan asli en yüksek hukuki iktidar veya kuvvet*”tir. Gene başka bir deyişle “asli ve en yüksek emir ve kumanda ehliyet ve yetkisi” biçiminde de tanımlamıştır.<sup>18</sup>

Ağaoğullarına göre “Devlete için üstün bir gücü, devletin içinde egemenliğin ilkesi ve kullanımını (plenitudo potestatis) gerçekleştirmesi” olarak tanımlamaktadır.<sup>19</sup>

Alman hukukçuları Laband ve Jellinek'e göre ise egemenlik “en üstün bir emir ve kumanda kuvvetidir fakat nispidir.”.Alman telakkisine göre devlet kişiliğine bağlı olan egemenlik mutlak bir karakter taşımamaktadır. Sınırlarının dar veya geniş olması fark etmez önemli olan “özü”dür. Bu özünde “selahiyetin selahiyetidir” tabiriyle ifade ederler. Yani; devlet kendi yetki sınırlarını, hak ve yükümlülüklerini kendi tayin etme serbestliğine sahiptir. Bu serbestliğe sahip olan devlet egemenliğe de sahip demektir.<sup>20</sup>

Tüm bu tanımlara bakıldığında egemenliğin devletin fiili ve hukuki varlığında ayrı düşünülemeyen ve devletin devamlılığı için şart olan bir unsur, bir güç olduğu konusunda hukukçular arasında bir mutabakat sağlandığı açıktır. Farklı açıklamalar yapılmış farklı terimler kullanılsa da egemenliği devletin oluşması için lüzumlu bir unsur olarak kabul etmişlerdir.<sup>21</sup>

### 3. EGEMENLİK NEDİR?

Egemenlik kuramı tarihi sahnede Fransa'da 1789'da son evreye ulaştı. İşte 1789 öğretisine göre “Egemenlik, bir iradedir.” Peki irade nedir sorusunun yanıtı ise iradenin “ideo motris” bir enerji olduğu şeklinde cevaplandırılabilir<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 9. Basım, Bursa 2018, s. 79-85.

<sup>18</sup> Koçak, s. 71, Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, İstanbul 1969, s. 40.

<sup>19</sup> Mehmet Ali Ağaoğulları, “Halk ya da Ulus Egemenliği'nin Kuramsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce”, *AÜSBFD*, C. XLI, sayı 1-4, Ocak-Mart 1986, s. 151.

<sup>20</sup> Kubalı, s. 41.

<sup>21</sup> Okandan, s. 754.

<sup>22</sup> Duguit, s. 380.

Egemenliğin ideo motris bir enerji olduğu olgusunun psikolojik çözümlenmesine bakacak olursak; öncelikle enerji belli bir kuvvet tarafından açığa çıkarılmadığı müddetçe potansiyel durumdadır. Bu potansiyel durumun harekete geçebilmesi için bir etkene, nedene ihtiyacı vardır. Böylece, başta potansiyel olan enerji bir hareketin nedenin devreye girmesiyle, eylemsel duruma geçer<sup>23</sup>.

İradeye bakacak olursak; her irade potansiyel durumda bir enerjidir. İşte potansiyel enerji durumundaki iradeyi eylemsel hale getirebilmek için içsel bir nedene, harekete gereksinim duyulur. Bu hareket ideo motris bir enerjidir. Şöyle ki; ulaşılabilecek belli bir hedef fikrinin, özneyi bir iradi eyleme gerçekleştirmeye, öznenin etkinliğinin harekete geçirmeye yönlendirdiği ana kadar, potansiyel durumda kalan enerjidir<sup>24</sup>.

Bu kısa çözümlenme gösteriyor ki; irade, ilk nedenini yani hareket etkenini kendi içinde barındırır. Yani; ilk neden olan iradi enerji kendi öznesinin düşüncesinde belirir ve her iradi eylemin ulaşmayı istediği bir hedef vardır. İşte özneyi hareketi yapmaya yönelten tek şey “bu ulaşılabilecek hedef düşüncesi” ise ortada iradi bir eylem vardır. Buradan çıkaracağımız temel sonuç; iradenin özgül niteliğini ulaşılabilecek hedeflerin mahiyeti oluşturur. İradi eylemin değerini belirleyen, gene hedefdir<sup>25</sup>.

En başta egemenliğin bir irade olduğunu söylemiştik. Yaptığımız analizler ışığında her iradenin bir olmadığını onu iten neden, hareketlere göre ve hedefe göre kendine özgü niteliğinin ortaya çıktığını gördük. İşte egemenliğin de, yeryüzünde başka bir irade de olmayan kendine özgü nitelikleri olan bir irade olduğu sonucuna vardık. Bu niteliklerin neler olduğunun ilerleyen kısımlarda inceleyeceğiz.

## **B. EGEMENLİĞİN FELSEFİ TEMELLERİ**

Kavramlar, belirli bir tarihsel süreç içinde farklı koşulların birbirinden etkilenmesi veya da bu koşulların bir araya gelmesiyle, bu kavramları ortaya çıkarmak için sarf edilen düşünsel çabaların sonucunda meydana gelir. Bu açıdan her kavramın bir hikâyesi vardır<sup>26</sup>. Şöyle ki; her kavram önce doğar, sonra bir değişim safhası ve en

---

23 Duguit, s. 381.

24 Duguit, s. 382.

25 Duguit, s. 382.

26 Beriş, s. 29.

sonunda olgunlaşma safhası geçirir. Her kavram önce olgusal olarak doğar, gelişir ve sonra kavramlaşır. İşte egemenliğinde kavramsallaşmadan önce, düşünce olarak var olduğu bir evre vardır. Bu olgusal evreden sonra egemenlik değişmiş olgunlaşmış ve en sonunda kavramsallaşmıştır<sup>27</sup>.

## 1. OLGUSAL OLARAK EGEMENLİK: NİCCOLO MACHIAVELLİ

Batı’da “devlet”, “laiklik” “egemenlik” düşüncelerinin ilk kez Machiavelli(1469–1527) tarafından dile getirildiği kabul edilmektedir. Machiavelli Orta Çağ ile bağlantıyı keser ve Orta Çağın ahlak ve din yerine, politikayı benimseyen yeni bir sistem<sup>28</sup> oluşturur. Ancak bahsettiğimiz gibi Machiavelli bir kavramcı değildir<sup>29</sup>, onun oluşturduğu sistem sadece kavramın doğmasından önceki düşünsel evredir. Her kavram gibi egemenlik kavramının da bir tarihsel süreci vardır ve Machiavelli’de bu sürecin olgusal kısmını görüyoruz. O’nun en temel özelliklerinden biri budur. Kavramsallaşma çabasına girmeden, kendi amacı için çalışır. İşte modern egemenlik ve devlet olgularını pratikte kendi amacını geliştirmek için ilk kez O kullanmıştır<sup>30</sup>. Machiavelli’nin, egemenliğe bir tanım kazandırmadan yani kavramsallaştırmadan, egemenliği modern bir olgu olarak belirlemeye çalıştığını görürüz<sup>31</sup>.

Machiavelli’nin kurduğu sistem güce ve zora dayalı bir sistemdi<sup>32</sup>. Bunun nedeni ve gerekçesi ise siyasi birlikten yoksun İtalya’nın siyasi birliğe kavuşturulmasıdır. Machavelli yaşadığı dönemde İtalya zaman zaman istilaya uğruyordu. Bu dönemlerde Fransa ve Almanya’ya yaşadığı küçük krallığın elçisi olarak gitti. Burada özellikle Fransa’nın monarşik yapısını inceledi. Kral’ın sağlam yönetimini gördü. İtalya’da böyle bir yönetimin olmaması İtalya’nın irili ufaklı krallıklara bölünmesine ve zaman zaman istilalara uğramasına yol açıyordu. Siyasi birliğin gerçekleşmesini arzulamış ve bunun üzerine istikrarlı ve düzenli

<sup>27</sup> Koçak, s. 72.

<sup>28</sup> Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, 3. Basım, İstanbul 2017, s. 187.

<sup>29</sup> Hakyemez, s. 27; Akad/Dinçkol/Bulut, s. 91-92.

<sup>30</sup> Hakyemez, s. 27; Koçak, s. 73; Meltem Dikmen Caniklioğlu, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Ankara 2010, s. 17.

<sup>31</sup> Hakyemez, s. 28.

<sup>32</sup> Akad/Dinçkol/Bulut, s. 92.

bir devlet için krala ne yapması gerektiği hakkında öğütler veren bir eser yazmış. Machaivelli'ye göre "Amaç aracı haklı kılar." Yani başarıya varmada hiçbir koşul yoktur<sup>33</sup>.

Ahlaki ve dini olgulardan ancak siyasi amaçlar için yararlanılabileceğini savunmuştur. Ona göre, devletle ilgili işlerde bu değerler sınırlayıcı bir rol oynamaz ona göre<sup>34</sup>. Machaivelli'yi en çok kızdıran Papalığın iktidarda pay sahibi olabilmek için her yola başvurmasıdır. Fransa gibi düzenli bir devletin kurulamamış olmasından kiliseyi mesul tutuyor. Buradan dini tamamen dışladığı anlamı çıkarılmamalı. Machaivelli dini hem dayanışma unsuru olarak tutuyor, hem de eksikliği belirtiyor. Aslında amacı dini kiliseye karşı korumaktır. Böylece devleti laikleştiriyor ve dini siyasal iktidarın bir aracı olarak görüyor<sup>35</sup>. Toplumsal olayları realist bir düşünceyle ve siyaseti dinden soyut olarak ele almıştır ve gerçekten siyaseti laik bir temel üzerine oturtmuştur. Bu bağlamda Orta Çağ'ın Skolâstik düşüncesinden gerçek anlamda bir kopuştur<sup>36</sup>.

Machaivelli devletin çeşitlerini prenslik(monarşi) ile cumhuriyet olarak ikiye ayırmaktadır<sup>37</sup>. Aslında cumhuriyet hayranı olarak bilirse de bulunduğu ortamda şartların bu hayranlığı sürdüremeyeceğini görmüş<sup>38</sup>, siyasi birliğin sağlanmasındaki en iyi yönetimin prenslik olduğunu belirtmiştir. Amaç hükümdarın otoritesi sayesinde siyasal birliğin sağlanmasıdır. Prenslikleri de çeşitli kısımlara ayırmıştır<sup>39</sup>.

---

33 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 92; Okandan, s. 517-518.

34 Okandan, s. 518;Dikmen Caniklioğlu, s. 172-173.

35 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 92.

36 Hakyemez, s. 28.

37 Okandan, s. 519.

38 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 93-94.

39 Prenslikleri irsi ve Yeni Prenslikler(irsî olmayan) diye ikiye ayırmıştır. İrsî olanlarda halkın teamülen alışkanlıktan dolayı boyun eğmesi nedeniyle prensliklerin varlıklarını koruyup devam ettirmeleri daha kolaydır. Yeni prenslikler ise devamlılıkları açısından bazı güçlükleri vardır. İşte bu yüzden düşünür eserlerinde bu prensliklerin varlıklarını nasıl koruyup devam ettirmeleri gerektiği üzerinde durur. Gene yönetim şekli açısından prenslikleri de ayrımlara tabi tutmuş devleti tek bir hükümdar yönettiği yada hükümdarın yanında bir senatonunda olduğu yönetim şekli olarak ayırmıştır. Hükümdarında irsi olarak yönetime gelmesini savunur (Bk. Okandan, s. 519).

Özellikle yeni prensliklerin silah, politik kurnazlık veya eşkıyalık eylemleriyle kurulduğunu bu yüzden hükümdarın çok önemli bir yere sahip olduğunu söyler. Hükümdar “en üstün emretme gücü”yle hâkimiyeti sağlar. İşte hükümdardaki bu güç modern egemenlik kavramının olmazsa olmaz unsurudur. Asıl amacın bu gücün artırılması olduğunu savunur; öyle ki dine ve inanca bile bu gücü koruduğu ölçüde önem atfetmiştir<sup>40</sup>.

Diğer ayırımdan tek kişinin devlet işlerini görmesi olan mutlak monarşiyi, hükümdarın sınırsız yetkiye sahip olduğu sistemi benimsemiştir. Böyle olmazsa hükümdarın kendini başa getirenlere borçlu hissetme ihtimali bulunur<sup>41</sup>. Ancak veraset usulünden başka usullere de yer vermiştir. Halk ve soylular arasında soylulardansa hükümdarı halka daha yakın bulmuş<sup>42</sup> ve hükümdarın halkın yardımıyla iktidara gelmesini daha kolay görmüştür. Halkın yardımıyla gelen hükümdarın da halkın sevgisini kazanması ve bu sevgiyi devam ettirecek şekilde hareket etmesi gerektiğini söyler. Ancak hükümdar sadece sevilen değil aynı zamanda korkulan bir kimse olmalıdır. İktidarı korumak anarşiyi önlemek amacıyla kötülük yapabilir. Amaç vasıtaları meşru kılar. İktidarı korumak isteyen hükümdar iyi olmasını bildiği kadar kötü olmasını da bilmelidir. Çünkü yaradılışı gereği kötü olan insan ancak baskı gördüğü, korkutulduğu zaman kendini iyiye yöneltecektir<sup>43</sup>.

Laiklik ve temellerine laikliği oturttuğu egemenlik olgularını; Orta çağın skolâstik düşüncesinin artık yok olmaya yüz tuttuğu, ancak yeniçağa henüz geçilmediği bir dönemde göstermiştir. Machiavelli egemenlik ve laiklik bağlantısını ilk defa ortaya koymuştur.<sup>44</sup> Düşünür bunu St. Paul’un “Tüm güç, Tanrı’nın gücüdür.”sözüyle iktidarın kaynağını teke indiren vecizesini kullanarak yapmıştır. Ancak düşünürün asıl başarısı din temelli bu siyasal örgüyü yeniden yorumlayıp “tek” iktidara laik bir içerik atmaktır<sup>45</sup>. Kiliseyi kendi silahlarıyla vurmuştur.

---

40 Koçak, s. 75.

41 Okandan, s. 520.

42 Hakyemez, s. 29.

43 Okandan, s. 522–523.

44 Koçak, s. 76.

45 Beriş, s. 88.



Ancak düşünürde egemenliğin sürekliliği düşüncesi, bulunduğu dönem itibarıyla de oluşmamıştır. Onun düşüncesinde egemen fiziken ortadan kalktığında güçte zaafa uğrama mecburiyetinde kalacaktır. Bu yönüyle eksiktir<sup>46</sup>.

## 2. KAVRAM OLARAK EGEMENLİK: JEAN BODİN

Modern egemenliği olgusal olarak ilk defa ortaya koyan ve onun farkında olduğunu gösteren Machiavelli'dir. Ancak onu kavramlaştırıp ilk kez tanımlayıp kullanan Jean Bodin (1530–1596)'dir<sup>47</sup>. Bodin'e göre egemenlik "yurttaşlar üstünde en mutlak ve en sürekli güç"tür. Devlet ise "birçok ailelerin ve onların ortaklaşa sahip oldukları şeylerin hâkim güç tarafından hukuka uygun olarak yönetimidir". Devlet bu hâkim güce dayanmakta ve böyle bir hâkim gücün varlığıyla meydana gelmektedir. Devlet hâkim gücü ifade etmektedir<sup>48</sup>. Egemenliğin içte insanlar üzerinde sınırsız ve üstün, dışta bağımsız bir güç olduğunu açıklamıştır. Sınırsız hükümdarlığı savunan Bodin egemenliği sınırsız ve sürekli güce, hükümdara vermiştir. Buna rağmen egemenliğin ilahi ve doğal kanunlara ve Tanrıya karşı daha üstün olduğu düşünülemez. Bunlara aykırı olmamak zorundadır. Ancak bu egemenliğin sınırsız olma özelliğini değiştirmez çünkü egemenin bu üstün hâkim gücü kullanırken onu zorlayacak sınırlayacak dünyevi bir kuvvet, bir müeyyide yoktur<sup>49</sup>.

Bodin'nin egemenliğinin en önemli özelliği "sürekliliği"dir<sup>50</sup>. Machiavelli zamanında böyle bir kavram olmadığından egemenlik süreklilikten yoksundu. Ancak Bodin egemenlik hükümdarın fiziki varlığından ayrılmıştır ve egemenliğin sürekliliği sağlanmıştır. Bodin bunu şöyle ifade etmiştir: "*Eğer güce sadece belirli bir zaman için(bunun uzunluğu önemli değildir) sahip olunursa, bu egemen bir güç değildir ve bu gücü elinde bulunduran her kimse, o da egemen prens değildir; gerçek prens (ya da halk) tarafından geri alınıncaya kadar iktidarın korunmasıdır.*"<sup>51</sup>.

---

46 Koçak, s. 77.

47 Uygun, Devlet, s. 195.

48 Okandan, s. 527.

49 Okandan, s. 528-529; Erdoğan, s. 353.

50 Uygun, Devlet, s. 202.

51 Koçak, s. 81.

Düşünüre göre sınırlandırılmış ya da istenildiğinde geri alınabilen bir iktidar egemenlik olamaz, olsa olsa bu bir yetkidir. Dolayısıyla yetkiyi kullanan bir egemen değil yöneticidir<sup>52</sup>. Bodin'e göre; “*egemenliğe ne güç, ne ödev, ne de zaman bakımından herhangi bir kesin sınır konmuştur.*”<sup>53</sup>.

İşte Bodin'nin ortaya koyduğu egemenliğin ilkesi olan “*süreklilik*”, modern devlet kuramına getirdiği en büyük katkı olmuştur. Bu sayede egemenlik sadece iktidarın kullanımıyla değil ilkesiyle birleştirilmiş ve egemenlik veya devlet erki kişilerden soyutlanmıştır. Böylece siyasal iktidar onu kullanan kişilerden bağımsızlaşmakta ve kişiler gitse de egemenlik(devlet) kalmaktadır. Devletin, onu oluşturan bireylerden ayrı, hakları ve ödevleri olan kamu tüzel kişisi olarak düşünülmesini sağlayan, işte onun *sürekliliğidir*<sup>54</sup>.

Bodin'in egemenliği *bölünmezdir* aynı zamanda. Monarşiyi savunan Bodin, buna egemenliğin bölünmezliğini temel gösteriyor. Zaten Bodin egemenlik kavramını salt krallığa hizmet için öngörüyor. Egemenlik kavramıyla salt monarşiye güçlü bir düşünsel dayanak oluşturmuştur<sup>55</sup>. Eğer egemenlik salt, bölünmez ve sürekli olacaksa, egemenliği tek kişiye bırakmak gerekir<sup>56</sup>. Egemenlik “bir” olmayı gerektirir. Eğer egemenlik kral, halk ve soylular arasında bölünürse, feodalite ya da “karma yönetim” biçimindeki karışıklıklara yol açar<sup>57</sup>. Düzensizlik ve kargaşanın kaynağı egemenliğin parçalanmasıdır. Onun parçalanıp bölünmesi egemenliğin yok olmasına neden olur<sup>58</sup>.

Bodin'in egemenliğinin diğer bir özelliği *mutlak* olmasıdır. Bu özellik diğerleri kadar tutarlı değildir haliyle. Yukarıda da açıkladığımız gibi Bodin'in egemeninin sınırı tanrı ve doğal yasalardır. Egemenin yasaları bu kurallara riayet eder şekilde olmalıdır. Yani egemen doğal hukukla bağlıdır<sup>59</sup>.

---

52 Hakyemez, s. 30.

53 Koçak, s. 81.

54 Koçak, s. 82.

55 Hakyemez, s. 30.

56 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 105.

57 Hakyemez, s. 31.

58 Koçak, s. 86.

59 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 102.

### 3. EGEMENLİK KAVRAMININ OLGUNLAŞMASI: THOMAS HOBBS

Egemenlik anlayışı, Bodin'in egemenliğin eksik unsurunu (sürekliliğini) tamamladıktan sonra sosyal sözleşme kurgusuyla tamamlanmıştır. Hobbes'a göre insanlar başlangıçta doğal yaşam halindeydiler. Bu doğal yaşam hali tamamen Hobbes'un bir varsayımdır. Bu varsayıma göre doğal yaşam halinde insanlar eşit haklara sahip olduklarından, aralarında çekemezlik, çatışma, korku ve dolayısıyla savaş hüküm sürüyordu<sup>60</sup>. Sürekli savaş içinde olan insan, insanın kurdu olmuştur. İnsanın bu ortamda kendini güvenlik içinde hissedip, koruma davranışına Hobbes "doğal hak" der. İnsanın diğer varlıklarla arasındaki fark akıl olduğuna göre, aklını kullanan her insan güvenlik içinde olmayı ister. İşte doğal hak; "insanın kendini korumak için gücünün yettiği her şeyi yapabilme hürriyetidir"<sup>61</sup>. Hakların eşitliğinin insana getirdiği sıkıntılar, başıboşluk düşünüldüğünde bunların sona ermesi için güçlü bir iktidarın başa geçmesi gerektiği fikri daha kolay kabulleniliyor. Kişiler kendi istekleriyle, kendi aralarında yapacakları bir sözleşmeyle bir egemene bağlanmayı kabul ediyorlar. Hobbes bunu şöyle ifade ediyor; "Senin de hakkını ona bırakman, benim yaptığım gibi sende onu bütün hareketlerinde yetkili kılman şartıyla kendimi yönetmek hakkını bu kimseye ya da bu kurula bırakıyorum. Leviathan ya da, daha saygılı bir dil kullanmak gerekirse, ölümsüz tanrının buyruğu altında barış ve savunmamızı kendisine borçlu olduğumuz o ölümsüz tanrı işte böyle meydana gelir."<sup>62</sup> Herkesin herkesle yaptığı bir akitle, herkes tek bir kişilikte bütünleşir. Bu tek kişilik devlettir. Devlet ölümsüz tanrının gözetiminde huzur ve güvenliğimizi borçlu olduğumuz bir ölümlü tanrıdır<sup>63</sup>. Toplum üyeleri birbirleriyle yaptıkları sözleşmeyle huzur ve sükûnları için içlerinden birine ölümsüz tanrının uygun bulacağı şekilde hepsinin gücünü ve özgürlüklerini kullanabilecek şekilde devrederler. Hobbes bu kişiliği taşıyana "egemen", onun dışında kalanlara ise "uyruk" der. Böylece

60 İlhan F. Akın, *Kamu Hukuku*, 5. Basım, İstanbul 1987, s. 107-108.

61 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 106-107.

62 Akın, s. 108; Akad/Dinçkol/Bulut, s. 107.

63 Nihat Bulut, "Ölümüne Rekabetten Barış İçinde Yarışa: Hobbes'un Eşitlik Anlayışı", *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı*, C. 2, İstanbul 2002, s. 1389; Koçak, s. 93.

eşitsiz ilişkinin tarafları ortaya konmuş oluyor<sup>64</sup>. Bütün güç kudret tek bir kişide (egemende) toplanır, Sözleşme yapılırca insanlar yığınlıktan kurtulup bilinçli bir uyruk kişiliğine kavuşurlar<sup>65</sup>. Bu daha çok güvenlik içinde yaşamalarını sağlamak için yapılmıştır<sup>66</sup>. Tek bir sözleşmeyle hem toplum haline geçen insanlar hem de yönetimi devreden insanlar, aynı zamanda tüm hak ve özgürlüklerinden de vazgeçerler. Devletin amacı güvenliğin sağlanmasıdır<sup>67</sup>. Aksi takdirde kargaşa devam edecek ve düzen bir türlü sağlanamayacaktır<sup>68</sup>.

Toplum sözleşmesindeki taraflar dikkat çekilmesi gereken bir konudur. Sözleşmeyle haklarını egemene devreden kişiler, sözleşmeyi egemenle değil kendi aralarında yapmışlardır<sup>69</sup>. İnsanlar güven içinde yaşamak amacıyla haklarından egemen lehine vazgeçmişlerdir. Ancak görüldüğü gibi egemen sözleşmeye taraf değildir. Çünkü egemen zaten bir varsayımdır. Egemen taraf olmadığına göre herhangi bir yükümlülük altında da değildir. Sözleşme egemeni bağlamaz. Buradan Hobbes'un egemenliğin mutlak olduğu sonucuna varıyoruz. Madem iktidarı elinde tutan egemen kendi buyruğuna girenlerle bir anlaşma imzalamamıştır, egemenliğini sınırlaması için bir sebep yoktur. Halk egemenliğini bir kurul ya da kişiye aktardığı anda kendi kişiliğinden, egemenliğinden olacağına göre; egemenliğini yitiren bir halka karşı egemenin sorumluluk duyması, yükümlülükler yüklenmesi düşünülemez. Kökü, özü ne olursa olsun egemenliğin değişmez yönü “mutlak” oluşudur<sup>70</sup>.

Hobbes'un egemeni sözleşmeden sonra ortaya çıkmasına rağmen sözleşmeyle bağlı değildir. Egemenin özelliklerine baktığımızda “mutlak” ve “en üstün”, “sürekli” ve “bölünmez” olduğu görülür<sup>71</sup>. Egemen seçilmeden önce neyse gene odur. Tek farkı diğer kişilerin kendi aralarında anlaşarak seçilen egemene karşı gelmemek konusunda söz vermişlerdir. Kendisinin de doğal hakları olan egemen, kendisi

---

64 Bulut, Hobbes'un Eşitliği, s. 1389.

65 Akın, s. 110, Hakyemez, s. 32.

66 Hakyemez, s. 32.

67 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 107-108.

68 Hakyemez, s. 32.

69 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 107.

70 Akın, s. 111.

71 Hakyemez, s. 33.

sözleşmeye katılmadığından, kendi doğal haklarını hiçbir direnmeyle karşılaşmadan dilediği gibi kullanabilecektir<sup>72</sup>.

Egemenin en önemli özelliği de yasalar yapması ve koyduğu yasalarla bağlı olmamasıdır. Hobbes'a göre tek gerçek hukuk egemenin koyduğu hukuktur. Egemen ta ki kendi başka bir irade beyan edip önceki iradesini kaldırıp yeni bir yasa koyana kadar kendi koyduğu yasayla bağlı değildir<sup>73</sup>. Aslında bu egemenin bir sınırıdır. Egemen hem koyduğu yasalarla bağlı değil, hem onlara uymak zorundadır.

Hobbes egemeni fazla güçlü kıldığıının farkındadır. Bu yüzden egemene üstün yetkiler tanırken diğer taraftan da onun sınırlarını çizmiştir. Egemenliğin sınırlarını belirlerken ki temel etkeni ise egemenliğin amacıdır. Yani; egemenin uyruğunu içte ve dışta koruma görevi yani güvenlik ilkesidir. Bu ilkeye aykırı davranıldığında kişilerin isyan hakkı doğar, egemene boyun eğmeme hakları söz konusu olur. Yani uyrukların en temel ihtiyaçları olan yaşam haklarını egemen koruyabildiği ölçüde ona boyun eğmek gerekir, aksi halde uyrukların itaat yükümlülükleri ortadan kalkar<sup>74</sup>.

Hobbes'u özgün kılan şey Bodin'de eksik kalan süreklilik unsurunun artık sağlanmış olmasıdır. Yukarıda anlatıldığı gibi egemen onu oluşturanlardan ayrı bir kişiliğe sahiptir. Artık egemenler girse de sosyal sözleşme gereği devredilen haklar devletin kişiliğinde kalacaktır. Egemen ve devletin kişiliği birbirinden ayrılmıştır<sup>75</sup>.

Aynı şekilde laik temeller konusunda önemli gelişmeler kaydedilmiştir. Baktığımızda Hobbes devletin kökünü Tanrısal iradeye değil, sosyal sözleşmeye dayandırıyor<sup>76</sup>. Egemen meşruyetinin "rıza" ve "onay"dan almıştır, Tanrı'dan değil. Mutlak olan egemen iktidar, tanrısal bir hak olduğu için değil, huzur, sükûn ve güvenliğin sürmesi için en uygun iktidar olduğundan dolayı meşrudur<sup>77</sup>.

---

72 Akın, , s. 109.

73 Bulut, Hobbes'un Eşitliği, s. 1391–1392; Akad/Dinçkol/Bulut, s. 110.

74 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 111.

75 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 109; Akın, s. 109-111; Hakyemez, s. 33; Bulut, Hobbes'un Eşitliği, s. 1391–1392.

76 Akın, s. 105; Hakyemez, s. 35; Koçak, s. 92.

77 Koçak, s. 92–93.

Sonuç olarak Hobbes'un egemenliği bir amaç değil, barış, huzur, özgürlük ve güven için bir araçtır. O döneme baktığımızda güvenlik bakımından mutlak devlet gücü ve mutlak egemenlik vazgeçilmez olduğundan Hobbes'un egemenliği de bu yönde oluşmuştur. Bu nedenle klasik egemenlik anlayışı demokratik boyuta ulaşmasa da, Hobbes'ta en ileri düzeye ulaşmıştır ve mutlaklık niteliği sağlanmıştır<sup>78</sup>. Hobbes'un kuramı ile toplum bireylere ayrılmakta sonra bunlar sözleşmenin tarafı haline getirilmektedirler ve egemenin yararlılığını değerlendirmek katına yükselmişlerdir. Böylece Hobbes bunu ister isteyerek ister istemeden yapmış olsun sonuçta demokrasiye kadar uzanacak bir yol başlatmıştır<sup>79</sup>.

#### 4. KAVRAMIN DEMOKRATİK BOYUTA ÇEKİLME AŞAMASI: JEAN JACQUES ROUSSEAU

Rousseau egemenliği demokratik bir içeriğe kavuşturmuştur; şöyle ki devlet, bireylerin sözleşmeyle bir araya gelmesiyle oluşmuştur<sup>80</sup>. Önceki düşünürlerde egemenliğin toplumdan kaynaklandığı düşünülse de henüz o konuma gelinmemiştir. Egemenlik hala kralın şahsında somutlaşmaktadır<sup>81</sup>.

Rousseau'nun düşünce temellerinde doğal yaşam, sözleşme, egemenlik yatar. Onun doğal yaşamında ne Hobbes ne Locke gibi kargaşa ya da huzur vardır<sup>82</sup>. Sınırlı ihtiyaçları, az talebi olan insan vardır. İnsanın bu ihtiyaçları sınırlı olduğundan, bunları doğadan karşılamakta zorluk çekmez ve mutludur<sup>83</sup>. Dolayısıyla başkasına yani topluma ihtiyacı yoktur. Ne zaman ki özel mülkiyet çıktı, insanların mutluluğu bozuldu. Artık insanlar işbirliğine, birbirlerine ihtiyaç duyar hale gelmişlerdir. Toplum halinde yaşamak zorunluluğunda kalmışlardır. Bu toplum haline ne güç ne otoriteyle sadece sözleşme ile geçilebilir<sup>84</sup>.

---

78 Hakyemez, s. 36.

79 Koçak, s. 97.

80 Oktay Uygun, “ Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi”, *Cumhuriyetin 75.Yıl Armağanı*, İstanbul 1999, s.389; Hakyemez, Egemenlik Kavramı s. 36.

81 Nihat Bulut, *Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik Siyasal İktidar İlişkisi*”, Ankara 2003, s. 89; Hakyemez, s. 35.

82 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 149; Akın, s. 159; Hakyemez, s. 37.

83 Akın, s. 159; Akad/Dinçkol/Bulut, s. 149.

84 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 149.

Sözleşme, her bireyin tüm haklarıyla birlikte kendini topluma terk edip genel iradenin üstün iradesini kabul etmesiyle olur. Durum herkes için aynı olduğundan ortada bir eşitsizlik söz konusu yoktur. Herkes genel irade lehine haklarını terk etmektedir. Bireyler genel irade içinde kendilerini görürler. Bu durumda bireyler demokraside hem yönetici hem de yönetilendir. Yöneticinin iradesi bizzat kendi iradesidir. Böylece sözleşmeyle oluşan devlette bireyler role sahiptirler. Genel iradeye bağlı olarak aynı zamanda özgür yaşarlar<sup>85</sup>. Bu bakımdan genel irade bireylerin özel iradelerinin tek tek toplamı değil, topluluğun kendisidir<sup>86</sup>. Herkesin özel iradesi üzerindeki genel iradeyi tanıması, aslında egemeni tanımasıdır. Kişiler genel iradeye uyarken özgürlüklerinden bir şey kaybetmezler.

Rousseau'ya göre genel irade oylama sonucu ortaya çıkar. Eğer oybirliği olursa zaten sorun olmayacaktır. Ancak her konuda oybirliğinin sağlanması çok zordur. Bu durumda genel irade çoğunluğun oyuyla tecelli edecektir. Azınlıkta kalanlar hak ve özgürlüklerinden bir şey kaybetmiş değildirlere, aksine özgürleştirilmişlerdir. Çünkü bu oylama bir kabul ya da ret oylaması değil genel iradeye uygunluk oylamasıdır. Çoğunluk azınlığın iradesini kapsar<sup>87</sup>. Eğer ben azınlıkta kaldıysam yanılmışım demektir. Azınlık genel irade zannettiği şeyin yanlış olduğunu aslında genel irade olmadığını anlar. Çünkü genel irade yanılmaz<sup>88</sup>.

Rousseau'ya göre devlet vatandaşların özgür olarak birleşmesi esasına dayanır<sup>89</sup>. Egemenlik bu şekilde meşru olur. Bu şekildeki egemenliğin dört temel özelliği vardır: Devredilmez, yanılmaz, bölünmez ve mutlak oluşudur<sup>90</sup>.

İlk özelliği devredilmezliğidir. İktidarlar el değiştirebilir ama genel irade asla devredilmez ve terk edilemez<sup>91</sup>. İktidarın geçici de olsa başkasına bırakılması genel iradenin ortadan kalktığını gösterir.

---

85 Hakyemez, s. 37-38; Akad/Dinçkol/Bulut, s. 150.

86 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 151; Koçak, s. 101.

87 Koçak, s. 102.

88 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 152.

89 Hakyemez, s. 38.

90 Akın, s. 162-164; Akad/Dinçkol/Bulut, s. 152; Okandan, s. 584.

91 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 150.

Egemenliğin belirli bir süre de olsa terki ve devri imkânsızdır<sup>92</sup>. Halk kendi iradesini devrettiği anda halk olmaktan çıkar<sup>93</sup>. Doğal yaşam döneminden toplu yaşama geçiş kişisel iradelerin birleşmesiyle kolektif bir irade de toplanmıştır. Artık sosyal sözleşme münferit şahısların yerine kolektif kişiyi mümkün kılmaktadır<sup>94</sup>. Bu yüzden egemenlik temsil edilemez ve temsil yoluyla da kullanılamaz<sup>95</sup>. Egemenlik hangi nedenlerden dolayı devredilemezse aynı nedenlerden dolayı da temsil edilemez<sup>96</sup>. Bu bakımdan milletvekilleri halkın temsilcisi değil sadece görevlileridirler<sup>97</sup>. Kendi aralarında kesin kararlar alamazlar sadece halkın karar alabilmesi için hazırlık yaparlar<sup>98</sup>. Milletvekillerinin bütün işlemleri halkın onayına tabidir<sup>99</sup>.

Egemenliğin bölünmez oluşu da aynı nedenlerledir. Sözleşmeyle ortaya çıkan irade genel irade olduğuna göre bölünmesi düşünülemez. Eğer bölünürse genelliğini yitirir<sup>100</sup>. Egemenliği bölmek onu yok etmek demektir. Bu yüzden yasama ve yürütme diye bir ayırım yapılamaz, erklerin bir olması gerekir, Aksi halde uydurma bir egemenlik olur<sup>101</sup>. Yürütmenin halk tarafından seçilen belirli kimselere verilmesi egemenliğin bölündüğü anlamına gelmez. Egemenliğin gerçek sahibi halktır, egemenliğin kendinde olduğunu her zaman gösterebilecek hakları vardır<sup>102</sup>. Burada Rousseau'nun on bin yurttaştan oluşan bir devlette , “devletin her üyesinin payına egemen otoritenin on binde birinin düştüğü” açıklamasına bir açıklık getirmek gerekir. Yurttaş sayısı ne kadar artarsa egemenlik üzerinde sahip olunan pay o denli düşer. Rousseau'nun bu sözleri yapıtından soyutlandığı zaman egemenliğin

---

92 Okandan, Umumi Amme, s. 584.

93 Akın, s. 162; Akad/Dinçkol/Bulut, s. 152.

94 Okandan, s. 582.

95 Okandan, , s. 584; Akın, s. 162.

96 Mehmet Ali Ağaoğulları, *Ulus Devlet ya da Halkın Egemenliği*, Ankara 2006, s. 101.

97 Akın, s. 162; Akad/Dinçkol/Bulut, s. 152; Okandan, s. 584; Hakyemez, s. 38.

98 Akın, s. 162.

99 Akın, s. 162; Akad/Dinçkol/Bulut, s. 152.

100 Akın, s. 162.

101 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 152.

102 Akın, s.163; Okandan, s. 584.



bölündüğü hatta “birey iradelerinin ayrı ayrı ve kendiliğinden hukuki değer taşıdığı” şeklinde değerlendirilebilir. Fakat Rousseau’nun ifade ettiği şey öncelikle yurttaş oyunun değerini belirlemektir. İkinci olarakta bütün bireylerin, yurttaş ve uyruk, egemenle olan ilişkilerinin eşit olduğunu vurgulamak istemektedir<sup>103</sup>.

Egemenlik yanılmazdır. Genel irade yanılmaz. Çünkü kendini oluşturan özel iradelerin bir çeşit toplamıdır ve ortak yararlanmayı göz önünde bulundurduğundan ortak yarara aykırı bir karar veremez<sup>104</sup>. Halk tüm toplumun ve aynı zamanda her bireyin iyiliğini ister. Azınlıkta kalanlar genel iradenin oluşumuna katılamazlar, yanılmışlardır. Bu genel iradenin oluşumuna engel değildir<sup>105</sup>.

Rousseau’ya göre egemenliğin dördüncü özelliği mutlak oluşudur. İnsan doğanın kendisine verdiği emretme gücünü sosyal sözleşme ile topluma vermiştir ki toplum da bunu kendi üyelerine uygulayabilsin<sup>106</sup>. Egemen davranışlarını toplumun isteğine uydurabilmek için etkili bir kuvvete dayanmak ister. Devlet organlarını boyunduruğu altında tutma yetkisini doğrudan sözleşmeden almıştır<sup>107</sup>. Buradaki sorun bu mutlaklığın sınırlı olup olmadığı konusundadır. Burada Rousseau kendisiyle çelişkiye düşmek pahasına şu açıklamada bulunur: “Kişi yurttaş ve uyruk olarak iki kimliğe sahiptir. Yurttaş olarak haklarını egemene aktarmakta; ama insan olmasından doğan hakları ve özgürlükleri kendisinde kalmaktadır. İşte bu haklar ve özgürlükler listesidir ki iktidarın sınırını çizer.”<sup>108</sup>. Toplumda yaşayan insanın yurttaş olarak toplum üzerinde birtakım hakları ve topluma karşı bir takım görevleri vardır. Ancak bunun yanında bir kişi olarak insanlık onurunu koruyan bir takım doğal haklara da sahiptir. Toplum sözleşmesi bu doğal hakları değil, sadece kişinin toplumla ilişkisini belirleyen hakları egemene verir. Bun rağmen egemen, toplumu toplumun çıkarlarına aykırı bir yükümlülük altına sokamaz<sup>109</sup>.

---

103 Ağaoğulları, s. 103.

104 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 152; Akın, s. 163.

105 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 152.

106 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 153.

107 Akın, s. 164.

108 Akad/Dinçkol/Bulut, s. 153.

109 Akın, s. 164.

### C. DÜŞÜNCE DEN EYLEME GEÇİŞİ: 1789 FRANSIZ İHTİLALİ

1789 Devrimi Fransa'da<sup>110</sup> gerçekleşse de, sınırlarını aşmıştır ve o dönemde aynı sorunlara sahip diğer ülkeleri de etkilemiştir. Bu etkileşimin nedeni devrim için verilen mücadele sonucundaki getirilerdir. Demokratik egemenlik 1789 sonrası gerçekleşmeye başlamış, artık bireyler egemenliğin değişen tanımında kendilerine yer edinmeye başlamışlardır<sup>111</sup>.

Devrim öncesi Fransa'ya baktığımızda güçlü bir merkezi monarşi vardır. Kral iktidarın kaynağını Tanrı olarak görmekte ve Tanrı toplumu olduğu gibi iktidarı da yaratmış ve bunu kullanacak kişiyi de seçmiştir. Bu kraldır<sup>112</sup>. İktidarının kaynağını Tanrı'ya dayandıran Kral'ın iktidarı mutlaktır. Böylece Kral dünyevi herhangi bir sınırı olmadan devletin tek, asli ve birinci organıdır. Kralın iktidarının tek sınırı kendi vicdanıdır<sup>113</sup>. Bu dönemde toplum düzen ya da sınıf denilen bölümlerden oluşmaktadır. Bunlar soylular sınıfı, din adamları sınıfı ve Sieyes'in deyimiyle<sup>114</sup> üçüncü sınıf, yani geriye kalanların oluşturduğu sınıftır<sup>115</sup>. Bu ilk iki sınıf ayrıcalıklı sınıf, üçüncü sınıf ise ayrıcalığı olmayan halk ve burjuvaziden oluşan sınıftır<sup>116</sup>. Ancak devrim sürecinde burjuvazi etkin rol üstlenecektir. Çünkü soyluların ekonomik durumu giderek kötüleşirken burjuvazinin ekonomik durumu ise giderek güçleniyordu<sup>117</sup>. Ekonomik yönden güçlü olan üçüncü sınıfın temelini oluşturan burjuvazi karmaşık bir yapıya sahiptir. Bir tarafta büyük tüccarlar, bankerler, fabrika sahipleri, büyük çiftçinin içinde bulunduğu "yüksek burjuvazi", diğer yanda küçük tüccar, çiftçi, bankerlerin; doktor,

<sup>110</sup> Hagen Schulze, *Avrupa'da Ulus ve Devlet* (Çev: Timuçin Binder), İstanbul 2005, s. 9-30.

<sup>111</sup> Hakyemez, s. 41.

<sup>112</sup> M.Emin Ruhi, *1789 Fransız Devrimi Birinci Kitap, Fransa'da Liberal Devrim ve Sieyes*, İstanbul 2018, s. 15; Oktay Uygun, *Kamu Hukuku İncelemeleri İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik*, İstanbul 2011, s. 237-238.

<sup>113</sup> Ruhi, s. 16-17; Kubalı, s. 334; Uygun, *Kamu Hukuku İncelemeleri*, S. 238.

<sup>114</sup> Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 16. Basım, İstanbul 2016, s. 237; Ruhi, 24.

<sup>115</sup> Göze, s. 591; Hakyemez, s. 41.

<sup>116</sup> Ruhi, s. 24.

<sup>117</sup> Göze, s. 591-592; Hakyemez, s. 41.

avukat, noter gibi mesleklerin oluşturduğu “orta burjuvazi” ve bunlardan ayrı küçük esnaf ve zanaatkarlarından oluşan küçük burjuvazi” olarak yapılanıyordu<sup>118</sup>. Bunlar ortak bir görüşe ve felsefeye sahiptirler. Bu görüşün esasını modernitenin içerdiği özgürlük, bireyselleşme, rasyonelleşme ve ilerleme gibi kavramlar oluşturuyordu<sup>119</sup>. Burjuvazinin gelişen durumunu etkileyen bir etken de Rönesans’tır. Rönesans ile başlayan bireyin yüceltilmesi süreci 1789 burjuva devrimiyle doruğa ulaşmıştır<sup>120</sup>. Aydınlanma felsefesi düşünürlerinin etkisiyle Fransa’da evrensel bir özgürlük düşüncesi doğmuştur. Sadece Fransız vatandaşını değil, bütün insanlığı kapsayan bir özgürlük anlayışı olmuştur<sup>121</sup>.

1789 devriminin felsefi temellerini atan Locke<sup>122</sup> özellikle orta sınıfın mülkiyet hakkını korumayı amaçlıyordu. Bu durum burjuvazi siyasi iktidara karşı hareketlendirmeye itiyordu<sup>123</sup>. 1789 Bildirisi 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirisinden etkilense de; onun asıl esin kaynağı XVIII. yüzyıl düşünür ve filozoflarının mutlak monarşi rejimi altında canla başla savunmuş oldukları düşünceler olmuştur<sup>124</sup>. Mutlak monarşilerin kalıntıları üzerine kurulan ulus devletler genelde özgürlük ve eşitlik arayışının sonucu olmuştur<sup>125</sup>. İşte böyle bir ortamda burjuvazi siyasi iktidara karşı mücadeleye girer. Özellikle aristokraziye karşı eşitlik (vergide ve yasa önünde eşitlik) ve temek hak ve özgürlük isteklerini dile getirmişlerdir. 1789 Fransız Devrimi öncesinde Fransa büyük bir ekonomik buhran içindeydi. Krallığın gittikçe büyüyen gelir açığını kapatmak için vergide eşitlik sağlanarak açığın kapatılması amaçlanır. Vergide eşitlik sağlanabilirse yani tüm yurttaşlardan vergi alınabilmesi sağlanabilirse açık azalacaktı. Mücadele aslında tamda bu noktada başlar. O zamana kadar kilise ve soylular mali konularda

---

118 Göze, s. 592.

119 Bulut, *Feodaliteden Küreselleşmeye*, s. 107.

120 Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 3.Basım, İstanbul 2001, s. 30.

121 Akın, s. 292; Hakyemez, s. 41.

122 Gemalmaz, s. 42.

123 Hakyemez, s. 42; Gemalmaz, s. 44.

124 Mehmet Ali Ağaoğulları, “Fransız Devriminde Birey ve Devlet İlişkisi: 1789-1794”, *AÜSBFD*, C. 44, No. 3-4, Temmuz- Aralık 1989, s. 198.

125 Mustafa Kutlu, *Kuvvetler Ayrılığı Temelleri-Gelişimi Hukuk Devletinın Kökenleri*, Ankara, 2001, s. 97.

ayrıcılıkli yani vergiden muaftılar<sup>126</sup>. İşte vergiden muaf olan soyluların kendi imtiyazlarını korumak istemeleriyle direnmeye başlamışlardır. Burjuvazide soyluların isteklerine karşı direnmeye devam etmiş ve eşitlik isteğinde ısrar etmiştir. Soylular ve burjuva arasındaki mücadele 1789 Devrimine neden olmuştur. Ama neticede halk ve burjuvazi bu mücadeleyi kazanacak Ulusal Meclis toplanıp anayasa yapılacak ve İnsan ve Yurttaş Haklar Bildirgesi Ulusal Meclisçe kabul edilecektir<sup>127</sup>.

Ekonomik olarak güçlenince burjuvazi bütün gücü elinde toplayan kral ve kralın bu gücünü meşrulaştıran kral devlet anlayışına karşı çıkmıştır. Çünkü yasayı yapma ve uygulama erklerini elinde bulunduran kral, bütün hak ve özgürlükleri özellikle de mülkiyet hakkını tehdit etme potansiyeline sahipti. Bunu anlamak için Hobbes'un egemenini düşünmemiz gerekir. Toplum sözleşmesiyle yaratılmış bir güç olsa da egemen güç bütün hak ve özgürlükleri olduğu gibi mülkiyet hakkını da dilediği gibi düzenleme yetkisine sahiptir. Çünkü bireyler bütün haklarını sözleşmeyle egemen güce yani krala devrettiler. Burjuvazi, feodal düzenin yıkılması için önce krallarla işbirliği yapıp kazancını arttırdıktan sonra çıkarları gereği siyasal iktidardan pay almak ya da en azından sınırlamak amacıyla krallara karşı mücadeleye girişmiştir. Bunun yolu olarak da egemenliği ulusa vermekte bulacaktır<sup>128</sup>.

1789 devrimiyle klasik egemenlik anlayışı gelişiminin son aşamasına ulaşmıştır. 1789'dan sonra artık kuramsal düzeyden hayata iniş gerçekleşmiştir ve egemenliğin anayasal bir ilke olmasına imkan sağlanmıştır<sup>129</sup>. Bu yeni egemenlik anlayışı egemenliğin kaynağını topluma dayandırarak çok önemli bir değişikliği beraberinde getirmiştir. Vazgeçilmez, devredilmez egemenlik artık halka aittir ve her birey egemenliğin bir parçasına sahiptir<sup>130</sup>. Artık birey yönetimde söz sahibi olabilme imkânına sahiptir. Ancak egemenliğin monarktan ulusa geçmesi sadece tacın sahibinin değiştirilmesi olarak algılanmalı; egemenliğin özünde bir değişim olarak kabul edilmemeli. Egemenliğin mutlak, sürekli, devredilmezliği gibi nitelikleri aynen devam etmektedir. İhtilalin başardığı en büyük şey kral ile devletin kişiliğini birbirinden

---

126 Göze, s. 593-594.

127 Hakyemez, s. 42; Göze, s. 572-573.

128 Bulut, s. 105.

129 Duguit, s. 380.

130 Okandan, s. 763.

ayırarak ve kralın yerine ulusu oturtmaktadır. Egemenliğin sahibi artık değişmiştir, demokratik meşruluk bakımından çok önemli bir adımdır<sup>131</sup>. Geline aşamada monarşiden alınan miras ulusa teslim edilmek zorunda kalınmıştır<sup>132</sup>.

Fransız devrimiyle karşımıza ulus diye yeni bir kavram ortaya çıkmaktadır. Ulus bireysel bilinç ve iradelerden farklı ulusal bir ruhtur ve bireylerin sayısal toplamlarından ayrı bir kişiliktir<sup>133</sup>. Ulus-devlet bir toprak parçası üzerindeki insanları, kendilerini onlardan kaynaklandığı ve kendilerini ifade ettiği inancını taşıdıkları egemen güce bağlı kabul etmelerini sağlayan siyasal bir tasarımdır. 1690 İngiliz devrimiyle ortaya çıkmış ardından Amerikan ve Fransız Devrimiyle iyice yerleşmiştir<sup>134</sup>.

Devrimle egemenlik kraldan alınıp ulusa verilince artık ulusal egemenlik anlayışıyla karşılaşırız. Bu durum pozitif güvenceye kavuşturulmaya çalışılır. 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde egemenliğin kaynağının millette olduğu; hiçbir kurul, kişi milletten gelmeyen hiçbir otoriteyi kullanamayacağını açıkça belirler. Böylece meşruiyetin kaynağı da değişmiş olur<sup>135</sup>. Artık devlet meşruiyetini kendinden değil modern yasa koyucu olan ulustan almaktadır<sup>136</sup>.

Demokratik egemenlik düşüncesine gelinceye kadar, iktidarı elinde bulunduran kral her ne kadar somut kişiliğini aşan bir boyutta kavransa da, somut bir bedene sahipti ve ölümlüydü. Sürekli ve bölünmez özellikteki ulus kavramı, artık giderek soyutlaşan siyasal iktidar karşısında monarktan daha kusursuz ve çok daha soyut bir temsilci olarak ortaya çıkmıştır. Böylece, devlet iyice soyut hale gelmiştir<sup>137</sup>.

---

131 Ağaoğulları, s. 212.

132 Akal, s. 27.

133 Duguit, s. 391; Hakyemez, s. 44.

134 Ağaoğulları, s. 139.

135 Hakyemez, s. 45.

136 Akal, s. 27.

137 Ozan Ersözden, *Ulus Devlet*, 2. Basım, İstanbul 2008, s. 52.

### III. EGEMENLİĞİN KAYNAKLARI

#### A. TEOKRATİK EGEMENLİK TEORİLERİ

Egemenliğin kaynakları önceleri gökyüzünde, tanrıda ve kutsal kaynaklarda aranmıştır<sup>138</sup>. Devletin kaynağını açıklamak için ileri sürülen teorilerin en eskisi ilahi kaynaklı olanlarıdır<sup>139</sup>. Egemenliğin kaynağı konusundaki teokratik teoriler farklı açıklamalar yapsa, farklı sonuçlara varılsa da aynı esasta birleşirler. İktidarın kaynağı, dünyayı yaratan tanrıdır. İktidar açısından insanlara karşı ancak Tanrı üstünlük kurabilir. Baktığımızda yeryüzünde bazılarının insanların iradeleri üzerinde üstün gücü varsa eğer bu kimseleri bu üstün güce muktedir kılan Tanrı'dır<sup>140</sup>.

Okandan'a göre<sup>141</sup> kaynağını dini görüşlerden alan teoriler, aralarında sıkı ilişkiler bulunsa dahi, beş grupta toplanabilir.

İlk gruba göre egemenliğin kaynağı Tanrı'dadır; ancak bu üstün güç tek kişi ya da birden fazla kişilere Tanrı tarafından halk aracılığıyla verilmiştir. Egemen bu gücünü toplum vasıtasıyla Tanrı'dan almaktadır.

İkinci gruba göre egemenliğin kaynağı gene Tanrı'dır; ancak egemen üstün gücünü Tanrı'dan Kilise aracılığıyla Papalık yoluyla kazanmıştır. Bu görüş Hükümdarın Tanrı'nın temsilcisi olan Papalığa, bağlılığını ve insanları koruma yetkisini verdiğini ileri sürer. Hükümdarların din adamlarınca tasdik olunması ve aynı şekilde Hükümdarlara din adamları tarafından taç giydirilmesi şeklinde uygulamalar bundandır. Takdis ve taç giydirme kaynağı Tanrı olan iktidarın, Kilise aracılığıyla hükümdara verildiğinin göstergesidir. Sonuç olarak Hükümdarın Kilise'ye bağlılığını ifade eder.

Üçüncü gruba göre Kaynağı Tanrı olan egemenin, egemenlik gücünü ne Kiliseden ne halktan almıştır. Egemen gücünü doğrudan Tanrıdan almıştır. Bu görüş Papalığın üstünlük iddialarına karşı ileri sürülüp savunmuştur. Kral'ın egemenliğini Tanrıdan ve onun kılıcından aldığı vecizesi bundandır.

---

138 Kapani, s. 68.

139 Zabunoğlu, s. 49.

140 Okandan, s. 755.

141 Okandan, s. 756-758.

Dördüncü görüşe göre egemenlik gene Tanrı'dadır. Burada egemeni halk seçmekte; ancak egemene egemenlik gücünü sağlayan toplum değildir. Toplum ancak kendisine Tanrı tarafından üstün güç verilecek kimseleri egemen olarak tespit eder. Bu kişilere üstün egemenlik gücünü sağlayan doğrudan doğruya Tanrı'dır.

Son gruba göre egemenliğin kaynağı Tanrı'dır. Ancak egemenliği kullanacak kişileri doğrudan Tanrı belirlemez. Egemenlik beşeri usul ve vasıtalarla sağlanır. Her şey Tanrı'nın yüksek iradesi tarafından yönetilmektedir.

Devlet gücünün kaynağı ve sahibi hakkındaki teokratik görüşlerin sayısı aslında fazladır. Nitekim Okandan bunlardan beş tanesini ele alıp açıklamıştır. Bunlardan önemli görülüp konuyu ana hatlarıyla açıklaması babında Okandan'ın bu beşli ayrımı günümüz hukukçuları tarafından ilk dördü için Doğaüstü İlahi Hukuk doktrini ve beşinci grupta Providansiyel Hukuk Doktrini olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>142</sup>.

## 1. DOĞAÜSTÜ İLAHİ HUKUK DOKTRİNİ

Egemenliğin kaynağı ilahidir. Tüm iktidarların Tanrı'dan geldiği yönünde bir şüphe yoktur. Bunu kullananlar açısından ayırım yapılmıştır. Egemenliği kullanacak olanları da Tanrı bizzat, doğrudan doğruya seçer. Tanrı toplumu ve onu koruması amacıyla egemenliği yaratırken aynı zamanda egemenliği kullanacak olanı da belirlemiştir. Yani egemenlik bir ülkede Tanrı'nın seçtiği hükümdara ya da hanedana verilmiştir<sup>143</sup>. Bu durumda krallar, feodal beylere ya da halka karşı değil doğrudan Tanrı'ya karşı sorumludurlar<sup>144</sup>. Hükümdara itaat, Tanrıya itaattir<sup>145</sup>. XIV. yüzyıldan sonra Fransa hukukçuları monarşiyi güçlendirmek onu Papalığa karşı korumak için savunmuşlardır. Bunun anlamı; ister adil ister zalim olsun; ister yararlı ister zararlı olsun her iktidarın kaynağı ilahidir. Başlangıçta dünyevi iktidarla çatışmak istemeyen Hıristiyanlık, bu teoriyle dünyevi iktidarı güçlendirmek istemiştir<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 21. Tıpkı Basım, İstanbul 2017, s. 104; Gözler, s. 88; Koçak, Egemenlik, s. 108.

<sup>143</sup> Teziç, s. 104.

<sup>144</sup> Gözler, s. 88.

<sup>145</sup> Teziç, s. 104.

<sup>146</sup> Koçak, s. 109.

## 2. PROVIDANSİYEL İLAHİ HUKUK DOKTRİNİ

Bu görüş ilahi hukuk doktrininden farklı olarak egemenliğin kaynağı ve kullanımı konusunda topluma da belli ölçüde yer vermeye çalışmıştır. Egemenliğin kaynağı ilahidir. Buna göre; egemenlik yetkisi Tanrı'ya ait olmakla birlikte, Tanrı sahip olduğu yetkiyi topluma vermekte ve yönetenler halkın aracılığıyla egemenlik yetkisine sahip olmaktadır<sup>147</sup>. Egemenliğin kaynağı Tanrı'dır ama yöneticileri (kral, hükümdar, hanedan..) Tanrı doğrudan seçmemiştir<sup>148</sup>. Tanrı bir düzen ve otorite kurulmasını ve o otoriteye uyulmasını emretmiş, ancak bunun uygulamasını insani, beşeri hukuka bırakmıştır. Tanrı egemenliği halka verir halkta yöneticileri görevlendirir<sup>149</sup>. XIII. yüzyılda Thomas d'Aquine göre egemenliğin kaynağını ilahi görüşe dayandırır, Tanrıdan gelmeyen hiçbir iktidar yoktur. Ona göre kaynağı ilahi olan egemenliği kullanacakları toplum kendisi seçer. Böylece toplum yönetimin niteliğini belirleme yetkisine sahip olur<sup>150</sup>.

Teokratik kuramlara göre; Tanrı egemenliği ister doğrudan kişi ya da kişilere versin; ister egemenliği kullananlar Tanrı'nın görünmez yön vermesiyle halk tarafından seçilsin; sonuçta egemen üstün gücünü insanüstü nitelikte ilahi bir kaynaktan, Tanrı'dan alır<sup>151</sup>.

## 3. TEOKRATİK KURAMLARIN ELEŞTİRİSİ

Egemenliğin kaynağını ilahi gören ve sahibini de Tanrı olarak kabul eden teokratik düşüncelerin vardıkları ya da varabilecekleri sonuçlar farklı da olsa, geçmişte ve hatta yakın zamanlara kadar önem kazanmışlardır. Buna rağmen bugün için bilimsel değerleri yoktur. Bunların doğruluğunun objektif olarak ispatlanması mümkün değildir. İlk, orta ve modern çağda birçok devlet egemenliğinin kaynağını dini esaslara dayandırsalar ve teori bazında da savunsalar da, bu düşünceleri

<sup>147</sup> Hakyemez, s. 21-22; Okandan, s. 762.

<sup>148</sup> Teziç, s. 105.

<sup>149</sup> Koçak, s. 110.

<sup>150</sup> Göze, s. 94; Teziç, s. 105; Akad/Dinçkol, s. 57; Akın, s. 57; Mehmet Ali Ağaoğulları/Levent Köker, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, 6. Basım, İstanbul 2006.

<sup>151</sup> Koçak, s. 110; Zabunoğlu, s. 50.



bilimsel olarak açıklayıp üzerinde tartışmalar yapmaya ve bilimsel değer vermeye imkan yoktur<sup>152</sup>.

Teokratik teoriler, XVII. ve XVIII. yüzyıllarda gelişmiştir. Ancak yeni felsefi, siyasi ve hukuki görüşler karşısında önemini kaybetmişlerdir. Uygulama açısından da değeri kalmayan bu teoriler devrini yaşamış ve yerini artık yeni görüşlere bırakmışlardır<sup>153</sup>.

## **B. DEMOKRATİK EGEMENLİK TEORİLERİ**

İlahi kaynaklı teoriler egemenliğin halka ait olduğu görüşleri güç kazanmaya başlayınca artık geçerliliğini yitirmişlerdir ve meşruluk anlayışları da artık laik karaktere bürünür olmuştur. Tanrısal egemenlik anlayışları yerini demokratik anlayışlara bırakmıştır<sup>154</sup>. Demokratik düşünceye göre egemenliğin kaynağı halktır. Hükümet edenlere egemenliği veren Tanrı değil, toplumun kendisidir<sup>155</sup>. İktidarın meşruluk kaynağı gökyüzünde ve Tanrı' da değil artık toplumda ve yeryüzündedir. Egemenliğin kaynağı gökten yere inmiş ilahi ve metafizik olmaktan çıkmış ve beşeri ve akli olmuştur. Bireyler bir şahsın veya zümrenin, kuvvete, ilahi hukuka ya da ikisine birden dayanan, gücü karşısında devlet egemenliğine şahıs ve zümre egemenliği dışında güçlü olduğu kadar meşru bir dayanak bulmak istemiş, bunun halk veya millet iradesi olduğunu, gerçek ve meşru egemenliğin halk veya millet iradesi ile gerçekleşeceği teorisini savunmuştur<sup>156</sup>. Özellikle Rousseau tarafından öne sürülen bu düşünceler 1789 Fransız İhtilali'ini büyük ölçüde etkilemiştir. Demokratik teoriler: Halk Egemenliği Teorisi ve Millet Egemenliği Teorisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Halk Egemenliği'nin de Millet Egemenliği'nin de fikir babaları Rousseau'dur. Rousseau egemenliğin kaynağı bakımından milli egemenlik anlayışını savunduğu halde, egemenliğin kullanılması yönünden halk egemenliği anlayışını savunur<sup>157</sup>.

---

152 Okandan, s. 759.

153 Okandan, s. 759.

154 Koçak, s. 110.

155 Kubalı, s. 97

156 Kubalı, s. 197.

157 Kubalı, s. 203; Kapani, s. 73.

## 1. MİLLET EGEMENLİĞİ TEORİSİ

Rousseau iktidarın kaynağını gökte değil yeryüzünde aramak gerektiğini vurgulamıştır. Fransız ihtilali bu düşüncelerden etkilenmiştir ve ihtilalin temel taşlarından biri olarak milli egemenlik doktrini anayasal bir ilke olarak Fransız hukukunda ve bunlardan etkilenen diğer pek çok ülkede de yayılmıştır<sup>158</sup>.

Teorinin ana fikir örgüsü Rousseau'nun toplum sözleşmesinde kendini gösterir. Doğal yaşam halinden düzenli toplum hayatına geçiş insanların aralarında anlaşarak yaptıkları toplum sözleşmesiyle olur. Bireyler bu sözleşme ile iradelerini birleştirmişler ve kendilerini tüm hak ve yetkilerle birlikte topluluğa devretmişlerdir. Böylece kişilerin iradelerinin birleşip kaynaşması sonucu “genel irade” ortaya çıkar. Genel irade sadece onu oluşturan iradelerin tek tek toplamından ibaret değil; onlardan ayrı, onların üstünde, kendine özgü varlığı olan kolektif bir iradedir. İşte egemenlikte bu üstün iradeye aittir. Genel irade her zaman iyiye yönelmiş, hiçbir zaman yanılmayan ve hep doğruyu bulan üstün bir iradedir<sup>159</sup>.

Felsefi temellerini Rousseau'dan alan milli egemenlik düşüncesi Fransız Devrimi'nden sonra Kurucu Meclis için yapılacak seçimlerde seçim hakkını sınırlamak için burjuvazi tarafından savunulmuştur<sup>160</sup>. Bu tamamen “Fransız malı” denilebilecek bir kuramdır. Çünkü egemenlik kavramı gibi milli egemenlik kuramı da Fransa'da doğmuştur. Başta İngiltere olmak üzere Anglo-Sakson ülkelerinde bu kurama yer verilmemiştir<sup>161</sup>. Devrim arifesinde Sieyes, ayrıcalıkları herkese ait olan yurttaş hakları alanına bir darbe olarak nitelendirmektedir. Sieyes milleti “ortak bir yasaya göre yönetilen ve aynı yasa koyucu tarafından temsil edilen bireyler topluluğu” olarak tanımlar<sup>162</sup>. Milli egemenlik prensibine göre millet onu oluşturan bireylerin üstünde onlardan ayrı soyut bir varlıktır. Halk sadece somut bir varlık olduğu halde millet soyut bir varlıktır. Başka bir deyişle millet kendisini meydana getiren gerçek kişilerden ayrı, onların üstünde manevi ve hukuki kişidir. Buna göre

---

<sup>158</sup> Koçak, s. 111.

<sup>159</sup> Kapani, s. 71.

<sup>160</sup> Koçak, s. 111.

<sup>161</sup> Kapani, s. 80.

<sup>162</sup> Erözden, s. 140.

millet kişiliğinin iradesi, milleti meydana getiren gerçek kişilerin bir toplamı değil, onların bir sentezidir<sup>163</sup>.

Milli egemenlik teorisine göre egemenliğin kaynağı ile kullanıcı birbirinden ayrılmıştır. Bu anlayışa göre temsilci milletten vekâlet alacak ve onun adına egemenliği kullanacaktır. Toplum kendi denetimi altında egemenliğin kullanılmasını başkalarına verebilmekte ancak bu egemenliğin niteliğinde bir değişiklik yapmamakta hâkim güç gene toplumda kalmaktadır. Bu temsili organların iradeleri ancak toplumun iradesine, yani genel iradeye uygun oldukları, onu ifade ettikleri ölçüde değer kazanabilmektedir<sup>164</sup>.

1789 Devrimi sonrası egemenlik kavramı; tek kişinin yani karalın kişisel gücü olmaktan çıkarılmış ve topluma mal edilmiştir.<sup>165</sup> Millet yani milletin temsilcileri yasayı yapacak, Kral onu uygulamakla görevli ve yükümlü olacaktır<sup>166</sup>. Kaynağı millete dayanan milli egemenlik teorisine göre egemenliğin niteliğinde bir değişim olmamıştır. Egemenlik Krala ait olduğunda nasıl mutlak, sınırsız, özerk, devredilmez ve ferağ edilmez özelliklere sahipse millete geçtikten sonra da aynı niteliklerini korumuştur.

Mutlak monarşilerde monarka ait olan egemenlik artık kraldan millete geçmiştir. Fransız İhtilali'nin yeniliği kralın elindeki egemenliği yasaya aktarmasıdır. Egemenliğin tek sahibi millet, kullanımı milli iradeyi temsil eden temsil organlarındadır. Özetle, milli egemenlik kuramıyla klasik egemenlik anlayışında esaslı bir değişim olmamış<sup>167</sup>, egemenlik niteliksel bir değişime uğramamıştır.

## 2. HALK EGEMENLİĞİ

Halk egemenliği teorisinin fikir babası da Rousseau'dur. Rousseau Toplum Sözleşmesi'nde devletin on bin vatandaştan meydana geldiğini farz etsek, bu durumda devletin her bir vatandaşı egemenliğin on binde birine sahip olacağını, söyler. Böylece egemenlik vatandaşlar arasında bölüştürülmekte ve her vatandaş bölüştürülen parçaların

---

<sup>163</sup> Kubalı, s. 198.

<sup>164</sup> Okandan, s. 766-767.

<sup>165</sup> Okandan, s. 786; Koçak, s. 113.

<sup>166</sup> Erözden, s. 52.

<sup>167</sup> Koçak, s. 114.

birleştirilmesinden oluşan egemenliğin bütününe tabi olmaktadır. Aynı zamanda egemenliğin kendi payına düşen parçacığına da sahip olmaktadır<sup>168</sup>.

Bu teoriye göre egemenlik milli egemenlik anlayışından farklı olarak halkı meydana getiren bireylerden ayrı, onlardan üstün bir kolektif kişiliğe yani millete ait bir hak değil; yaşamakta olan somut bireylerin her birine ait bir haktır. Ferdi iradelerin her birinin ayrı ayrı hukuki değeri vardır. Böyle olunca fertlerden her birinin egemenlik üzerinde birer hissesi mevcuttur. Egemenlik bu hisselerin toplamıdır. Halk egemenliği teorisi Amerika başta olmak üzere Anglo-Sakson ülkelerde uygulanıp yerleşen bir prensip olmuştur<sup>169</sup>.

Rousseau'nun düşüncesiyle siyasal temsil bağdaşmaz. Rousseau da bunun farkındadır ve bunu Toplum Sözleşmesi'nde şöyle ifade eder: "Egemenlik hangi nedenlerden ötürü başkasına aktarılamazsa, aynı nedenlerden temsil de edilemez. Egemenlik başlıca genel iradeye dayanır, genel irade ise temsil olunamaz; ya genel istemdir, ya değildir, ikisinin ortası olamaz. Buna göre milletvekilleri milletin temsilcileri değildirler ve olamazlar. Olsa olsa geçici işlerinin görevlileri olabilirler; hiçbir kesin karara da varamazlar. Halkın onamadığı hiçbir yasa geçerli değildir, yasa sayılamaz." Duguit'in ifadesiyle özetlersek eğer; egemenlik temsil edilmiştir demek devredilmiş, kaldırılmış demektir; halk artık egemen olmaktan çıkmış demektir. Bu da egemenliğin temel niteliklerinden devredilmezliğe aykırıdır. Egemenlik devredildiği anda artık egemen olduğundan bahsedilemez<sup>170</sup>.

### 3. MİLLET VE HALK EGEMENLİĞİNİN TEORİLERİ AYRIMININ PRATİK SONUÇLARI

Millet ve halk egemenliği teorileri arasındaki fark sadece millet egemenliğinin soyut bir varlık olan millete, halk egemenliğinin ise somut bir gerçek olan halka ait olması değildir. Bu farkları şöyle sıralayabilir<sup>171</sup>:

<sup>168</sup> Kapani, s. 73.

<sup>169</sup> Kubalı, s. 202.

<sup>170</sup> Koçak, s. 115-116.

<sup>171</sup> Kubalı, s. 208-211; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C.1, Bursa 2011, s. 443-444.

1. Millet egemenliği teorisine göre soyut bir varlık olan milletin, temsilcileri aracılığıyla temsili zorunludur. Demokrasinin temsili, pratik açıdan değil aynı zamanda teorinin mahiyetinden doğan kaçınılmaz bir sonuçtur.

Halk egemenliği teorisine göre egemenlik somut bir gerçek olan halka ait olduğu için halkın bu egemenliği, özellikle yasama hakkını, bizzat kullanması gereklidir. Ancak milyonlarca nüfusu olan bir ülkede bunun pratik imkânsızlığından dolayı halkın müdahale hakkı saklı kalmak koşuluyla, halkın temsilcileri aracılığıyla kullanılması gerekir. Halk egemenliği teorisine göre temsili demokrasi teorik bir zorunluluk değil, sadece pratik bir zarurettir.

2. Milli egemenlik teorisine göre, milletin temsilcileri milletin iradesini kullandıklarına göre onların iradesi milletin iradesiyle birdir. Halk temsilcilerin ne tasarrufları ne de şahısları üzerinde herhangi bir müdahale ve tesir hakkına sahiptir. Milletın egemenliği ve iradesi mutlak olduğu gibi milletin kendisi demek olan temsilcilerin iradesi de mutlaktır. Temsilciler bir defa seçildikten sonra artık kendilerini seçenlerden ayırırlar. Seçenlerin ve seçtikleri bölgenin değil milletin temsilcidirler. Bu nedenle seçmenler temsilcilere emir ve talimat veremezler, onları azledemezler. Halk temsilcilerin yasama tasarrufuna da herhangi bir müdahalede bulunamaz. Referandum, kanun teklifi ve veto gibi yarı doğrudan demokrasi araçlarıyla yasama tasarrufuna katılıp müdahalede bulunamazlar. Millet egemenliği yarı doğrudan demokrasiyle bağdaşmaz.

Halk egemenliği teorisinde egemenliğin sahibi olan halk, onu doğrudan doğruya kullanma hakkına sahip olduğu için, temsilcilerin şahısları ve tasarrufları üzerinde tesir ve müdahalede bulunma hakkına sahiptir. Halk temsilcileri azledebileceği gibi, halk her türlü yarı doğrudan demokrasi araçlarını kullanma hakkına da sahiptir.

3. Milli egemenlik teorisine göre seçmenler egemenliğin bir parçasına sahip olmadıklarına göre temsilcileri seçerken bir egemenlik hakkı kullanmamaktadırlar. Egemenliği kullanacak olanları ayırmaya yarayan bir görevi yerine getirirler. Yani seçim yetkisi hak değil, bir fonksiyondur. Nitekim Fransız ihtilalinden sonra hazırlanan 1791 Fransız Anayasası'nda bu anlayış hakim olmuştur ve herkese oy hakkı tanınmamıştır yani genel oy ilkesi benimsenmemiştir. Oy hakkı sadece

bu fonksiyonu yerine getirebilecek en yetenekli görülenlere verilmiş sınırlı oy hakkı tercih edilmiştir<sup>172</sup>.

#### 4. MİLLET VE HALK EGEMENLİĞİNİN ELEŞTİRİSİ

##### a. Millet Egemenliği Teorisinin Eleştirisi

Bu teoriyi eleştirenler öncelikle millet kavramı üzerinde dururlar. Milleti, kendini oluşturan kişilerden ayrı bir kişiliği olan geçmişte yaşamış, günümüzde halen yaşayan ve gelecek kuşakları da içine alan soyut bir varlık olarak ele alır. İrade ancak akıl ve sinir sistemine sahip gerçek kişilerde bulunur. Fiziki varlığı olmayan, sadece şuan yaşamakta olanları değil, ama ölmüş kişileri ve henüz doğmamış çocukları da kapsayan soyut bir kavramın iradesi diye bir şeyden söz edilemez. Bu bakımdan millet ve milli irade anlamsız bir fiksiyondan ibarettir<sup>173</sup>.

Milletin iradesi diye bir şey olamayacağına göre bir seçim ya da halkoylaması sonucu ortaya çıkan şey milletin bugün yaşamakta olan kısmının “halkın” iradesi olduğundan bahsedilemez. Çünkü halk topluluğunu getiren kişilerin, oybirliğine yakın bir noktada birleştikleri farz edilse de sonuçta ortaya çıkan kişisel iradelerin toplamıdır. Bu kişisel iradelerin toplamı dışında ve üstünde Rousseau’nun ifade ettiği gibi kolektif bir iradenin oluştuğu ileri sürülemez<sup>174</sup>. Böyle kolektif bir kişilik ve genel iradenin ispatının imkansız olduğu belirtilmiştir. Duguit’e göre toplum için kendisini teşkil eden bireylerden ayrı bir kişilik söz konusu olamayacağına göre, bu kişiliğe dayandırılan ve genel irade denilen şeyin ne fiilen ve ne hukuken varlığından söz edilemez. Toplum oluşturulan fertlerin iradelerinin bir araya gelmesi sonucu genel adı altında bir iradenin oluşumundan söz edilemez. Böyle bir iradeyi kabul etsek bile bunun bireylerin iradesine üstünlüğü hukuken açıklanamaz. Genel iradenin üstün olabilmesi için bir birey iradesinin diğer bir bireyin iradesine üstün olabileceğinin ispatlanması gerekir. Bu da bu zamana kadar ispat edilebilmiş değildir, ispat da edilmesine imkân yoktur<sup>175</sup>. Milli egemenlik anlayışıyla egemenliğin aktif süjesi olan

---

<sup>172</sup> Kapani, s. 74.

<sup>173</sup> Kapani, s. 76.

<sup>174</sup> Kapani, s. 77.

<sup>175</sup> Okandan, s. 769.

toplum aynı iktidarın pasif süjesine dönüşür. Hem üstün güce sahip, hem bu güce tabi olması gibi bir durum yaratılmış olur<sup>176</sup>.

### **b. Halk Egemenliği Teorisinin Eleştirisi**

Halk egemenliği teorisi yurttaşlara egemenliğin bir parselini vererek egemenliği parçalara böler. Egemenliğin parçalara bölünmesini eleştirenler bu düşüncenin çocukça, garip, hukuka ve ahlaka aykırı olduğunu söylerler. Halk egemenliği anlayışı çoğunluğa istediği her şeyi gerçekleştirme imkânı verir. Hak ve hakikat, iyi ve fazilet gibi şeylerin, ifadelerini, oyların bir fazlası ile alınacak kararlarda bulduğunu söylerler. Böyle bir durum yurttaşların çoğunluğa bağlılığı gibi bir durum yaratır<sup>177</sup>. Halk egemenliğini en çok eleştirenlerden biri de Duguit'tir. Duguit'e göre halk egemenliğiyle ilahi kaynaklı egemenlik teorilerinin temelde farklı olmadıklarını söyler. Her ikisinin de özünde bir şeye inanmak fikri yatar. Halkın egemen olduğunu söylemekte bir inanıştır. Bu kuramlarla değişen tek şeyin "kralın Tanrısal hakkı" ile "milletin Tanrısal hakkı"nın yer değiştirmesidir<sup>178</sup>. Burada halk sözünün de kullanılması doğru sayılmaz. Halk vatandaş kitlesinin tümünü karşılar; bu kitleye çocuklar, kısıtlılar dâhildir. Bakıldığında seçimlerde fiili iradesini açıklayan halk değildir. Bu durumda ortaya çıkan irade açıklaması sadece seçmen niteliğine sahip vatandaşların iradesidir. Neticede bakıldığında seçimler sonunda beliren irade ne mili irade, ne genel irade ne de halk iradesidir. Sadece seçime oy kullanmış seçmen çoğunluğunun siyasal tercihidir. Kabul etmek gerekir ki milli irade ile seçmen çoğunluğunun iradesi aynı şey değildir<sup>179</sup>.

Egemenlik kavramı klasik anlamıyla mutlak, sınırsızdır. Fransız Devrimiyle bu kavramın özünde bir değişiklik yapılmamış, sadece sahibi değiştirilmiş ve egemenlik Kral'dan alınıp Millete verilmiştir. Eskiden kral egemenliğin meşru sahibi olarak onu sınırsız ve mutlak kullanabiliyorsa şimdi de millet egemenliğin meşru sahibi olarak onu sınırsız ve mutlak kullanabilecektir. Ancak gördük ki milli irade denilen şey aslında çoğunluğun iradesidir. Dolayısıyla bu kurgu tamamen "sayı

---

<sup>176</sup> Hakyemez, s. 66; Okandan, s. 760-761.

<sup>177</sup> Okandan, s. 772.

<sup>178</sup> Koçak, s. 115.

<sup>179</sup> Kapani, s. 77.

üstünlüğü rejimine”, başka bir ifadeyle çoğunluğun diktatörlüğüne yol açar<sup>180</sup>.

#### IV. EGEMENLİĞİN DEĞİŞİK GÖRÜNÜMLERİ

Klasik egemenlik anlayışında egemenlik genellikle iç ve dış egemenlik olmak üzere ikiye ayrılır. Dış egemenlik devletin dışarıda hiçbir devlete bağlı olmaması demektir. Dış egemenlik devletin uluslararası alanda hiçbir devlete bağlı olmaması yani bağımsız olmasıdır. Bağımsızlık günümüzde devletlerarası ilişkilerin hukuki eşitlik statüsüne dayanması demektir. Egemenliğin bu anlamı üzerinde görüş birliği mevcuttur. İç egemenlik anlayışı ise bu kadar açık değildir. Egemenlik denildiği zaman çoğunlukla devlet gücünün en üstün, sınırsız, mutlak, bölünmez ve devredilmez nitelikte olduğu kastedilir. Bir ülke üzerinde sadece tek bir egemen güç olabilir. Üstün ve sınırsız olan bu egemen güç bölünemez ve devredilemez. Demek ki egemenlik devlet kudretinin bir yandan hiçbir iktidara bağımlı olmaması yani bağımsız olması diğer taraftan kendi ülkesi içinde son sözü söyleyebilmesidir<sup>181</sup>.

#### A. DIŞ EGEMENLİK

Dış egemenlikten kısaca devletin dışarıda başka hiçbir devlete bağlı olmaması ve herhangi bir şekilde başka devlete tabi bulunmaması, dış ilişkilerinde diğer devletlerle eşit olması anlaşılır<sup>182</sup>. Dış egemenlikte kastedilen yukarıda belirttiğimiz gibi bağımsızlıktır. Diğer bir ifade ile uluslararası bakımından egemenlik kavramı bağımsızlık kavramıyla aynı anlama gelmektedir<sup>183</sup>. Dış egemenlik devletlerin uluslararası sistem içinde eşit özneler olarak, birbirlerinin iç işlerine karışmayarak, böylece fiili bir özerliğe sahip olmalarıdır. Ancak aynı bağımsızlığa sistem içindeki tüm devletler ayrı ayrı sahiptir<sup>184</sup>.

Uluslararası hukukta egemenlik ya da bağımsızlık kavramı “devletin hukuksal açıdan başka bir dış ya da üstün iktidara bağlı olmadan ve

<sup>180</sup> Kapani, s. 78-79.

<sup>181</sup> Mehmet Turhan, *Anayasal Devlet*, 3. Basım, Ankara, 2004, s. 38; Attila Özer, *Anayasa Hukuku*, 5. Basım, Ankara 2015, s. 53; Reyhan Sunay, *Tartışılan Egemenlik*, Ankara 2007, s. 103.

<sup>182</sup> Kapani, s. 57

<sup>183</sup> Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, 9. Basım, Ankara 2013, s. 18.

<sup>184</sup> Beriş, Küreselleşme, s. 41



yalnızca uluslararası hukuk kuralları ya da kendi kabul ettiği bağlantılarıyla sınırlanan serbestçe karar verme yetkisi” olarak tanımlanır. Devletin egemenlik yetkisini hiçbir otoriteye bağlı olmadan hiçbir otoriteden buyruk almadan veya izin istemeden kullanabilir. Tek sınırı uluslararası hukukun öngördüğü sınırlardır<sup>185</sup>.

Devletin bağımsızlığı ilkesinden kaynaklanan iki ilke vardır: Devletlerin egemen eşitliği ve iç işlerine karışmama ilkesi.

## 1. DEVLETLERİN EGEMEN EŞİTLİĞİ

Uluslararası alanda egemenlik, devletlerin karşılıklı olarak bağımsız olmalarını ve milletler arası ilişkiler alanında eşit haklara sahip bir özne olarak yer almalarını gerektirir. Bu açıdan dış egemenlik devletlerin eşitliliği anlamı taşır<sup>186</sup>. Eşitlik devletlerin egemen sıfatını taşıyarak sahip oldukları eşitlik olarak kabul edilmelidir. Devletlerin hukuki eşitliğine dayanan dış egemenlik devletlerin egemen devletlerarasında hukuken hiçbir hiyerarşik üstünlüğü kabul etmez ve her devlet kendi bağımsızlığını ifade eden bir güce sahiptir<sup>187</sup>.

Egemenliğin biri olumlu biri olumsuz olmak üzere iki yönü vardır. Koşulsuz olarak emir verebilme gücü olumlu yönü; başka hiçbir iradeden emir alamaması olumsuz yönüdür<sup>188</sup>. Bu klasik egemenlik anlayışına göre mutlak egemenlik uluslararası hukuk bakımından uygulanabilir kabiliyette olması düşünülemez. Mutlak egemenlik anlayışı artık zaman içerisinde değişime uğramıştır. Bir devlet hem gelişen uluslararası hukukun bir öznesi olmasıyla diğer yandan devletin mutlak egemenliğinin bir arada düşünülmesi imkânsızdır. Uluslararası hukukun süjesi olan egemen devlet aynı nitelikte egemenliğe sahip diğer devletlerle uluslararası alanda karşı karşıya gelecek ve bu egemen devletler sürekli bir savaş durumunda olacaktır. Egemenliğin mutlak sınırsız bir biçimde olması için uluslararası toplumun dışında yaşayan bir devlet olması gerekiyor. Ancak hiçbir devletin milletler arası toplumun dışında kalamayacağı ve devletlerin egemen eşitliği kabul edildiğinde mutlak egemenliğin sınırlı egemenliğe<sup>189</sup> dönüşmesi kaçınılmazdır. Bu

---

185 Pazarıcı, s. 20; Gözler, s. 79.

186 Zabunoğlu, s. 113; Hakyemez, s. 93.

187 Hakyemez, s. 94; Okandan, s. 788.

188 Koçak, s. 126; Edip Çelik, *Milletlerarası Hukuk*, C. 1, İstanbul, 1980, s. 324.

189 Oktay Uygun, *Federal Devlet*, 3. Basım, İstanbul 2007, s. 96.

anlayışa göre egemenlik içte anayasanın, dışta ise uluslararası hukukun çizdiği sınırlarla daraltılmıştır<sup>190</sup>. Her biri kendi alanında egemen olan devletlerin ekonomik, askeri, siyasi v.b. hususların gerçekliğini göz önüne aldığımızda dış ilişkiler bakımından milletlerarası hukukta “görelî ve oranlı” bir bağımsızlık söz konusudur<sup>191</sup>. Devletler uluslararası antlaşmalar yaparak ve uluslararası örgütlere taraf olarak dış ilişkilerde bulunurlar. Teorik olarak kendi iradeleriyle dâhil oldukları bu oluşumlardan gerekli şartlar oluştuğu takdirde teorik olarak ayrılma hakları vardır. Ancak pratikte bu pek mümkün görülmemektedir. Devletler kurallarını kendileri belirlemedikleri uluslararası hukukun sükûteridirler<sup>192</sup>. Bu konuda özgün şu örneği ele alalım.

Danimarka, İsveç, Norveç ve Hollanda Yunanistan’da darbeyle iş başına gelen hükümetin aldığı önlemlerle AİHS’nde düzenlenen insan haklarının çiğnendiği iddiasıyla AİHK’a başvurmuştur. Araştırmalar sonucu ihlaller tespit edilmiştir. Karar açıklanırken Yunanistan hem Avrupa Konseyi üyeliğinden çekilmiş hem de AİHS’i feshetmiştir. Fakat sonra Yunanistan yayımlanan ihlal raporuna rağmen Konsey üyeliğine geri dönmüştür. Olayı değerlendirdiğimiz de kendi iradesiyle Konseye ve AİHS üye olarak Yunanistan egemenliğini insan hakları lehinde sınırlandırmıştır. Yine egemenlik hakkına dayanarak Konseyden ve AİHS’inden ayrılmıştır. Fakat uluslararası hukuk ona sözleşmeden çekilme hakkını tanımamasına rağmen, uluslararası toplumun gelişmişlik düzeyi hiçbir devlete tek başına yaşam imkanı tanımadığı için Yunanistan yayınlanan rapora rağmen tekrar Avrupa Konseyine üye olmak ve AİHS’ine taraf olmak zorunda kalmıştır<sup>193</sup>.

Her devletin egemen olmasının doğal sonucu, egemen olan bu devletlerin eşitliğidir. Bu ilke uluslararası hukuk bakımından bütün devletlerin eşit hukuksal statüye sahip olmaları demektir. Devletlerin kendi iradeleriyle kural dışılıklar kabul edebilmeleri haricinde, bütün devletler uluslararası hukukta aynı haklardan yararlanır ve aynı yükümlülöklere tabi bulunur<sup>194</sup>.

---

190 Koçak, s. 127; Çelik, s. 324-327.

191 Zabuboğlu, s. 118; Hakyemez, s. 98.

192 Ayhan Döner, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Ankara, 2003, s. 31.

193 Döner, s. 31-32.

194 Pazarıcı, s. 22; Zabunoğlu, s. 118.

Başta Birleşmiş Milletler Sözleşmesi olmak üzere birçok uluslararası sözleşmeyle devletlerin egemen eşitliği ilkesi kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 2. madde 1. fıkrada üye devletlerin egemen eşitliğine sahip olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu ilke uluslararası hukukta barış ve güvenliğin sağlanması için gereklidir<sup>195</sup>. Artık gelişmiş-az gelişmiş; zengin-fakir; kalabalık-az kalabalık ayrımları olmadan egemen devletler hukuken eşittir<sup>196</sup>.

## 2. İÇİŞLERİNE KARIŞMAMA İLKESİ

Devletlerin egemenlik hakkının ve devletlerin egemen eşitliğinin uluslararası hukuk bakımından başka bir doğal sonucu da devletlerin birbirlerinin içişlerine karışmamasıdır. Bu ilke Milletler Cemiyeti sözleşmesinin 15. maddesi 8. fıkrası ile uluslararası hukuk kuralı biçimine dönüşmüştür. Keza Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 21 Aralık 1965 tarih ve 2131 sayılı kararı ile de kabul edilmiştir<sup>197</sup>. İçişlerine karışmama ilkesinin kapsamını belirlemek gerekir. Bir devletin yalnızca ulusal yetkisine giren işlere başka devletlerce karışılması kesin olarak yasaktır. Bu kapsama özellikle bir devletin siyasal ve ekonomik düzeni, bazı toplumsal ve kültürel işler girebilmektedir. Bu ilkenin kapsamı dönemlere ve ideolojilere göre farklılık gösterebilir<sup>198</sup>. Her devlet kendi siyasal, ekonomik, sosyal sistemini kendisinin belirleme hakkı vardır. Bir ülke, kendi ülkesinde kapitalist bir düzen kurabileceği gibi sosyalist bir sistemde kurabilir. İster demokratik bir sistem kuras, ister diktatörlük. Bu o devletin kendi iç sorunudur. Bir devlette demokrasi yıkıldı diktatörlük kuruldu diye başka devletlerin bu devlete müdahale hakkı doğmaz. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 24 Ekim 1970 tarih ve 2625 sayılı kararıyla “her devletin bir başka devletin müdahalesi olmaksızın, kendi politik, ekonomik, kültürel ve sosyal sistemini seçmeye hakkı olduğunu” açıklamıştır<sup>199</sup>.

---

195 Hakyemez, s. 94; Pazarıcı, s. 22.

196 Pazarıcı, s. 25-26; Hakyemez, s. 94.

197 Gözler, s. 80; Pazarıcı, s. 24.

198 Pazarıcı, s. 23.

199 Gözler, s. 80.

## B. İÇ EGEMENLİK

İç egemenlik devletin belirli bir coğrafi alan ve o alanda yaşayan halk üzerinde mutlak hükmetme yetkisidir. Siyasi toplumda bulunan nihai ve mutlak otoritedir. İç egemenlik devlet iktidarının başka hiçbir güce bağlı olmadığı, bundan dolayı başka hiçbir güçle sınırlandırılmayacağı, kendi sınırları içinde son sözü söyleme yetkisinin devlete ait olduğu varsayımdır<sup>200</sup>. İç egemenliğin iki boyutu vardır. Birinci boyutunda devlet iktidarının en üstün, sınırsız, bölünmezlik gibi nitelikleridir İkinci boyutu ise egemenliğin sahip olduğu yetkilidir. Bunlar egemenliğin kullanımından kaynaklanan yetkililerdir. Kanun yapmak, para basmak, vergi koymak, cezalandırma gibi hususlardır<sup>201</sup>.

### 1. DEVLET İKTİDARININ NİTELİKLERİ ANLAMINDA EGEMENLİK

Egemenliğin ilk orijinal anlamı devlet iktidarının asli<sup>202</sup>, en üstün, sınırsız, mutlak ve devredilmez-bölünemez olması gibi; devlet iktidarının kendisini değil, birtakım belirli karakteristik niteliklerini ifade eder<sup>203</sup>. Bodin ilk kez egemenliği tanımlarken bu gücün niteliklerini ifade etmiştir. Egemenin en üstün, mutlak olma, devredilmez ve bölünmez nitelikte olduğunu söyler<sup>204</sup>.

#### a. Egemenlik Asli İktidardır

Egemen iktidar bir başka iktidardan türememiştir, bir başka iktidar tarafından kurulmamıştır<sup>205</sup>. Ülke içindeki tüm kurum, dernek, kuruluşlar gibi yetkilerini devletten alırken devletin iktidarı aslidir. Bunlar yetkilerini devletten alırlar ancak devlet, devlet bu yetkilerini başka bir otoriteden başka bir egemenden almamıştır<sup>206</sup>.

---

200 Beriş, s. 40.

201 Hakyemez, s. 79.

202 Gözler, s. 82; Koçak, s. 125.

203 Kapani, s. 58; Gözler, s. 82; Koçak, s. 124

204 Okandan, s. 526; Kapani, s. 58.

205 Gözler, s. 82; Koçak, s. 125.

206 Koçak, s. 125.

### **b. Egemenlik En Üstün İktidardır**

Egemen irade, devlet içinde üstün emretme gücüne sahip otoritedir. Devletin ülkesi üzerindeki birey ve gruplara karşı en üstün otoriteye sahip olmasıdır. Egemen güç yetkilerini kullanırken kendisine üstün bir güç kabul etmediği gibi kendisine eşit bir başka otoriteye de imkân tanımaz<sup>207</sup>. Egemen irade ülke içindeki en üstün otorite olarak kendi eylemini belirleme tekeline sahiptir. Egemen iradeyi hiçbir irade kendi istediği yönde harekete geçiremez. Bu yönden egemen irade buyurucu, hiçbir yükümlülüğü olmayan, sadece hakları olan bir iradedir<sup>208</sup>.

### **c. Egemenlik Mutlaktır**

Klasik egemenlik anlayışında mutlaklıkla sınırsızlık aynı anlamdadır. XX. yüzyıl başlarına kadar mutlaklık katı bir biçimde anlaşılmış ve uygulanmıştır. Hem iç, Hem dış alanda devlet mutlak anlamda sınırsız egemen olmuştur. İç ilişkiler bakımından halen devlet hukuk devleti çerçevesinde mutlak egemendir. Sınırlandığı anda egemenlik yok olmuş demektir. Ancak devletlerin dış ilişkiler bakımından egemenliğinin mutlak olması ciddi sakıncalar oluşturur. Hiçbir devlet uluslararası alanda tek başına yaşayamaz, ilişkiler içinde bulunmak zorundadır. Bu bakımdan göreceli bir sınırlı egemenlik söz konusudur.

### **d. Egemenlik Bölünemezdir**

Egemenliğin toplumda belli bir zümreye, kişiye veya sınıfa ait olmaması egemenliğin bölünmez oluşundandır. Devletin egemen olarak belirebilmesi için egemenliğin kullanımı ve ilkesinin “bir” olması gerekir<sup>209</sup>. Egemenliğin bölünmez olması aynı toprak parçası üzerinde, aynı fertlere yönelmiş, sadece tek bir egemen gücün hâkim olmasıdır. Toprak parçası üzerindeki otoritesini başkasıyla paylaşmaz. Üstün olmasından dolayı da ülke sınırlarında başka bir otoriteyi kesinlikle dışlar<sup>210</sup>.

Bölünmezlik konusunda önemli olan husus devletin kanun koyma, vergi salma, para basma, yaptırım uygulama, ceza koyma gibi değişik yetkilerin ayrı ayrı bir araya gelmeleri sonucu egemenliğin oluştuğu

---

<sup>207</sup> Hakyemez, s. 86; Zabunoğlu, s. 117.

<sup>208</sup> Duguit, s. 383-385; Hakyemez, s. 86.

<sup>209</sup> Ağaoğulları, Halk ya da Ulus Egemenliği, s. 134; Hakyemez, s. 81.

<sup>210</sup> Hakyemez, s. 81.

düşünülmemelidir. Bunlar bütün olarak devletin yetkilerinin birer parçalarıdır. Devlet bunların kullanımına başkalarına bırakabilir. Ancak her halükarda bu yetkiler devletten kaynaklandığı için bu bir görev ayrımı olabilir egemenliğin bölündüğü anlamına gelmez<sup>211</sup>.

### e. Egemenlik Devredilmezdir

Egemenlik geçici de olsa başkasına bırakılamaz, bırakıldığı anada artık egemen olunmaz. Devlet kişiliğinin sürekliliğinin gereği olarak egemenlik devredilmez. Egemenlik devredildiği anda devlet yok olmuş demektir. Devredilmezlik konusunda önemli olan husus şudur ki, egemenliğin bölünmez oluşu egemenliğin temsilciler aracılığıyla kullanılamayacağı anlamına gelmez. Önemli olan egemenliğin sahibi olan toplumun egemenliğinden başkası lehine vazgeçememesidir. Temsilciler aracılığıyla kullanılabilir. Temsilde egemenlikten vazgeçme söz konusu değildir, belli bir süreliğine egemenliğinin sahibinden aldığı yetkiyi onun adına kullanma söz konusudur<sup>212</sup>.

## 2. DEVLET İKTİDARININ KENDİSİ ANLAMINDA EGEMENLİK

İç egemenliğin bu anlamına göre egemenlik, devlet iktidarının niteliğini değil doğrudan doğruya kendini, içeriğini ve kapsamını ifade etmektedir. Bu tanım için de Bodin'e kadar geri gittiğimizde görüyoruz ki Bodin egemenliği devletin kanun yapmak, savaş ve barışa karar vermek, para basmak, vergi toplamak, cezalandırmak, affetmek gibi iktidarlara olarak tanımlar. Burada söz konusu olan iktidarın belirli nitelikleri değil, onun somut içeriğidir<sup>213</sup>. Devlet iktidarının içeriği olan yetkiler zamanla değişmekte azalıp çoğalmaktadır. Devletin kamu hizmetlerini yürüttüğünü düşünürsek daha çok çoğaldığını söyleyebiliriz. Bakıldığında bu yetkiler yasama, yürütme ve yargı yetkisi olarak üç grupta toplayabiliriz. Egemenlik bu üç iktidarın toplamından oluşan bir şey, bu iktidarlar egemenliğin ayrılmış bir parçası değildir. Egemenlik bölünemez olduğuna göre bu yetki parçaları ana iktidarın kaynağından

---

<sup>211</sup> Zabunoğlu, s. 119.

<sup>212</sup> Hakyemez, s. 85.

<sup>213</sup> Kapani, s. 58.

kopup ayrılmış değiller sadece onun yerine kullanılmaktadırlar. Aslında bir çeşit görev ayrımdırlar<sup>214</sup>.

## V. DEĞİŞEN EGEMENLİK ANLAYIŞI

Modern manada devletin ilk ortaya çıktığı dönemlerden bu günlere gelinceye kadar egemenlik ve siyasi iktidar “merkezileşme, tek eldenlik” konuma sahip olmuştur. Egemenliğin dönem içerisinde İlahî temelden beşeri temele dayanan çeşitli türleri ortaya çıkmıştır. Yukarıda bahsettiğimiz gibi beşerî egemenlik teorileri içerisinde öne çıkan iki tür mevcuttur; bunlar: halk egemenliği ve millî egemenlik teorileridir. Bu iki egemenlik teorisinin, ilk ortaya çıktığı dönemlerle günümüzde taşıdığı anlam ve uygulamaların artık büyük ölçüde farklılık gösterdiği görülmektedir. Klasik egemenlik anlayışı yalnızca iç egemenlik yönünden değil, dış egemenlik bakımından da büyük bir dönüşüm geçirmiştir. Devletler, birbirlerinden yalıtılmış halde varolmazlar. Çeşitli nedenlerle ilişkiler geliştirir, ittifaklar yapar, antlaşmalar imzalarlar. Her devletin diğerleri ile az ya da çok ilişkiye girmesi zorunluluğu, devletlerarası ilişkileri düzenleyen bazı kuralların ortaya çıkmasına yol açtı. Uluslararası hukuk, devletin dış egemenliğini sınırlayan bir alan olarak gelişti<sup>215</sup>. Özellikle son yüzyıllarda ortaya çıkan, anayasacılık düşüncesi, hukuk devleti, küreselleşme, insan hakları vb. alanlardaki gelişmeler, millet ve halk egemenlik teorilerinde önemli dönüşümlerin yaşanmasına neden olmuştur. Günümüzde artık bir devletin, sınırsız ve mutlak bir egemenliğe sahip olduğunu aynı zamanda da demokratik hukuk devleti olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Artık aynı zamanda hukuk devleti olan bir demokratik devlet, sınırlı bir devlettir; azınlıkların hakları çoğunluk iradesi karşısında teminat altındadır<sup>216</sup>.

Kuvvetler ayrılığı ile egemenliğin bölünmezliği; hukuk devleti ve insan haklarının korunması gereksinimi ile de egemenliğin mutlaklığı, diğer bir deyişle sınırlanmazlığı ortadan kalkmıştır. Uluslararası andlaşmalara taraf olma ve Ulusüstü örgütlere üyelikler ise hem

---

214 Zabunoğlu, s. 119.

215 Uygun, Küreselleşme, s. 253.

216 Oktay Uygun, “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 20, Y. 2003, s. 251; Adnan Küçük, “Egemenlik (Hâkimiyet), Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 6, Y. 2015.

egemenliğin bölünmezliği hem de mutlaklığını etkileyebilmektedir<sup>217</sup>. Kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve insan hakları kuramlarında temel düşünce yönetilenler lehine siyasi iktidarın sınırlandırılarak iktidarın kötüye kullanılmasının engellenmesidir. Uluslararası andlaşmalara taraf olma ve ulusüstü örgütlere üyelik açısından bakıldığında egemenliğin sınırlanması ya da bir kısmının ulusüstü bir örgüte devrinin temelinde de bu düşüncenin yattığı çoğunlukla kabul edilmektedir<sup>218</sup>.

Federal devlete baktığımızda, bu devlet biçimi egemenliğin mutlak ve bölünmez olmasıyla çelişiyordu<sup>219</sup>. Çünkü birden çok egemenin bulunduğu yerde, düzenin anarşik ortama dönüşmesinin önlenmesi mümkün görülmesi de federal sistem, zaman içinde istikrarlı bir model olduğunu kanıtlamıştır<sup>220</sup>. Şöyleki federal devlet; siyasal iktidarın biri ulusal ve diğerleri ulusaltı ölçekte olan birden fazla iktidar merkezi arasında güvenceli şekilde bölündüğü ve en önemli noktası da deferal devlette ulusaltı birimlerin ulusal karar alma sürecine “etkili biçimde katılma” hakkının olmasıdır<sup>221</sup>.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsenmesi, klasik egemenlik anlayışıyla bağdaşmayan diğer bir gelişmedir. Mutlak, sınırsız ve bölünmez özelliklerle ifade edilen egemenlik kavramı, feodal dönemden devlet yetkilerinin tek bir merkezde toplandığı mutlak monarşilere geçişin hukuki ve siyasi temellerini oluştururken, kuvvetler ayrılığı da, mutlak monarşilerin baskıcı düzeninden kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı liberal demokratik rejimlere geçişin bir simgesi olmuştur<sup>222</sup>.

Mutlak, sınırsız egemenlik anlayışını, demokratik olsun veya olmasın “hukuk devleti” ile bağdaştırmak kolay değildir. İnsanlar üzerinde hukuki bir otorite sahibi olduğunu iddia eden herhangi bir yönetici, aynı zamanda yönetimini meşrulaştıracak, iktidarının kaynağına

---

217 Uygun, Küreselleşme, s. 393-396.

218 Sibel İnceoğlu, “Türkiye: AB’nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı”, *Anayasa Yargısı*, C. 22, Y. 2005, s. 231.

219 Mehmet Turhan, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 20, Y. 2003, s. 224.

220 Uygun Küreselleşme, s. 251-252; Turhan, Değişen Egemenlik, s. 224-225.

221 Uygun, Devlet, s. 260.

222 Uygun Küreselleşme, s. 252.



esas oluşturacak bazı hukuki dayanakları olduğunu kabul ediyor demektir hukuki bir otoritenin sınırsız, mutlak nitelikte olması kendi içinde çelişen bir önermedir. Ancak keyfi bir otorite sınırsız ve mutlak olduğunu ileri sürebilir<sup>223</sup>.

II. Dünya Savaşı'nın sonunda gözler önüne serilen inanılması güç boyuttaki insan hakları ihlalleri, hak ihlallerinin devletlerin "karışılmaz" içişleri sorunu olarak görülemeyeceği görüşünü yaygınlaştırdı<sup>224</sup>. Günümüzde insan hakları alanında ortaya çıkan en önemli gelişme, bireyin, uluslararası hukukun bir öznesi haline gelmesidir. II. Dünya Savaşı öncesinde Almanya ve İtalya'da ortaya çıkan Nazizm ve Faşizm neticesinde her iki ülkede egemen devletin totaliter bir rejim kurularak insanları en acımasızca ezebilecek düzeyde yüceltilmesi ve yine II. Dünya Savaşının ortaya çıkardığı dayanılmaz acı sonuçlar, insan haklarına dayalı bir düzenin gerekliliğini gözler önüne sermiştir. Bu zorunluluk neticesinde mutlak egemenlik ve baskıcı emretme iktidarı değişen ölçülerde sınırlandırılmıştır<sup>225</sup>.

1980'lerden itibaren bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelerle toplumsal, siyasal ve ekonomik yapılanmada birtakım değişimler gözlenmiştir. Küreselleşme<sup>226</sup>, devletlerin, insan hakları ve diğer ilişkiler bağlamında egemenlik anlayışı konusunda önemli değişimlere sebep olmuştur<sup>227</sup>. Küreselleşme kavramı, hem terminoloji, hem de mana itibarıyla, klasik egemenlik anlayışını esaslı bir şekilde etkilemiştir. Küreselleşme ile ulus devlet değişip dönüşmüş, bir takım işlevlerinde azalmalar meydana gelmiştir. Küreselleşme, devletleri bölgesel iktisadî ve siyasî oluşumlar içerisinde yer almaya itmekte,

223 Uygun, Küreselleşme, s. 252-253.

224 Cem Eroğul, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri", *Anayasa Yargısı*, C. 20, Y. 2003, s. 196.

225 Mithat Sancar, "Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen", *Anayasa Yargısı*, C. 20, Y. 2003, s. 165; Küçük, s. 333.

226 Devletlerin sınırlarının aşıldığı, ekonomik ve siyasal alanda yeni ilişki ve kurumların ortaya çıktığı, buna paralel olarak yeni birtakım değerlerin gündeme geldiği bu gelişmeler ile neden olduğu etkilere küreselleşme adı verilmektedir. Küreselleşme, kişilerin ve toplumların yaşam koşullarını şekillendiren, toplumsal sınırlarının önemini azaltan bir dizi ekonomik, kültürel ve teknolojik süreci ifade etmektedir. Murat Yıldırım, "Küreselleşme Sürecinde Egemenlik", *Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler D.*, C. 28, No. 1, Mayıs 2004, s. 43.

227 Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I*, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 21; Hakyemez, s. 200 vd.; Küçük, s. 332.

devletler kendi rızaları ile çeşitli devletlerle ve uluslararası/üstü kuruluşlarla uluslararası taahhütlere girmekte, dolayısıyla devletler yetkilerinin bir kısmını bu kuruluşlara bırakmaktadır. Bu durum da, devletlerin egemenliğine, uluslararası anlamda yeni bazı sınırlamalar getirmekte, gelinen bu noktada egemenlik mutlak niteliğini kaybetmiş olmakta ve klasik egemenlik anlayışı zedelenmektedir<sup>228</sup>.

## VI. SONUÇ

Egemenlik Latince en üstün anlamına gelen “superanus” kelimesinden türemiştir ve devletin mutlak ve sürekli gücünü anlatmak için “souverainete (egemenlik)” kavramı ortaya çıkmıştır. Egemenliği ifade etmek için çeşitli kavramlar kullanılsa da en sonunda Thomas Hobbes tüm bu kavramlar teke indirmiştir ve “egemenlik-souverainete” ile nitelendirmiştir.

Egemenliği olgusal olarak ilk Machiavelli onu tanımlamadan kavramlaştırmadan belirlemeye çalışır. Onun egemenliği mutlak ve sınırsızdı. Ancak Machiavelli'nin egemenliği sürekli değildi. Bodin, egemenliğin kavramsal olarak ortaya koymuş, onun eksik olan “süreklilik” unsurunu tamamlamış ve egemenlik ile hükümdarın fiziki varlığını birbirinden ayırmıştır. Bodin'in egemenliği mutlak, bölünmez ve sürekli olarak tanımlanmıştır. Thomas Hobbes egemenliği sosyal sözleşme kurgusuyla tamamlamıştır. Doğal yaşam halindeki insanlar güvenlik içinde olmak kendilerini korumak için kendi aralarında bir sözleşme yaparak egemenliklerinden egemen lehine vazgeçerler. Hobbes'un egemenliği mutlak, en üstün, sürekli ve bölünmezdir. Egemenlik Rousseau ile demokratik boyuta ulaşır. Bireyler tek tek özel iradelerini sözleşmeyle genel iradeye devrederek toplum haline geçtiler. Özel mülkiyetin çıkmasıyla insanlar birbirlerine muhtaç oldular ve toplum halinde yaşamak zorunda kaldılar. Herkes genel irade lehine haklarından vazgeçti. Egemenliğin dört temel özelliği vardır: Devredilmez, yanılmaz, bölünmez ve mutlaktır.

Felsefi temelleri Machiavelli, Bodin, Hobbes ve Rousseau ile atılan egemenlik<sup>229</sup> Fransız ihtilaliyle eyleme geçmiştir. 1789 Devrimiyle klasik egemenlik anlayışı son aşamasına ulaşmış bundan sonra egemenlik artık anayasal ilke olarak yerini almıştır. Vazgeçilmez,

<sup>228</sup> Küçük, s. 232-233; Aksar, s. 21.

<sup>229</sup> Tanju Tosun, “Devlet: Nereden Nereye?”, *Uluslararası Politikaları Anlamak-Ulus Devleten Küreselleşmeye*, Der: Zeynep Dağı, İstanbul 2007, s. 1-21.

devredilmez egemenlik artık halka verildi. Halk, egemenliğin bir parçasına, yönetimde söze sahip oldu. Gelinen aşamada monarşiden alınan miras ulusa teslim edilmek zorunda kaldı.

Egemenliğin kaynağı konusuna baktığımızda önceleri gökte olan egemenlik tanrıda ve kutsal kaynaklarda aranmıştır. Bu konuda farklı teoriler olsa da iktidarın kaynağının dünyayı yaratan tanrıda olduğu hususunda birleşmişlerdir. Teokratik kuramlar çok yakın zamana kadar önemini korumuş olsalar da metafizik öğeler içerdiği objektif olarak ispatlanması mümkün olmadığı için bilimsel değer vermenin mümkün olmadığı açısından eleştirilmiştir. Tanrısal egemenlik anlayışları yerini demokratik egemenlik anlayışlarına bırakmışlardır. Demokratik teorilerde millet ve hak egemenliği olarak ikiye ayrılırlar. Milli egemenlik prensibine göre millet kendisini meydana getiren gerçek kişilerden ayrı, onların üstünde manevi ve hukuki kişidir. Kaynağı millet olan egemenliği genel iradeye uygun olarak temsilciler kullanır. Milli egemenlik kuramıyla klasik egemenlik anlayışında bir değişim olmamış, egemenlik niteliksel bir değişime uğramıştır. İkinci demokratik teoriye göre ise egemenlik milli egemenlikten farklı olarak halkı meydana getiren bireylerden ayrı, onlardan üstün kolektif kişiliğe yani millete ait bir hak değil; halka yani yaşamakta olan somut bireylere ait bir haktır. Halk egemenliğiyle temsil bağdaşmaz. Bu anlayışa göre temsil egemenliğin devri demektir. Devredilen egemenlik, egemeni egemen olmaktan çıkarır.

Tarihsel sürece baktığımızda ilk başlarda egemenlik daha çok iç hukuk açısından ele alınmaktadır. Ancak birçok egemen devletin bulunduğu uluslararası alanda egemenlik söz konusu olunca egemenliğin mutlaklığıyla bağdaşmamaktadır. İşte burada doktrinde uluslararası hukukun göreceli bir kavram olduğu kabul edilmektedir ve egemenlik iç ve dış egemenlik olarak ikiye ayrılmaktadır. İç egemenlik, devletin ülkesi üzerinde yetkili olması ve kendi kural ve kurumlarını dilediği gibi düzenleyebilmesidir. Dış egemenlik ise devletin bağımsızlığıdır. Devletin hukuki bakımından hiçbir dış veya üstün iktidara tabi olmadan sadece uluslararası hukuk kuralları veya kendi kabul ettiği bağlantılarıyla sınırlanan serbestçe karar verme yetkisidir. Sonuç olarak her devletin egemen olmasının sonucu egemen devletlerin birbiriyle eşit olması ve diğer devlet ya da uluslararası hukuk süjelerinin diğer devletlerin içişlerine karışmaması gibi ilkelerin kabulünü gerektirir.

Klâsik egemenlik anlayışı, devletlerarası ilişkilerin yoğun olmadığı, mutlakiyetçi rejimlerin hüküm sürdüğü 17. yy.'da kısmen bir anlam ifade ediyordu. Ancak, artık bir devletin egemenliği hem içte hem dışta

klasik anlayışa uygun olarak mutlak, bölünmez, sınırsız bir güç olarak kullanması görüşü gerçeklere uygun düşmüyordu. İç egemenlik bakımından, zamanla ortaya çıkan federalizm, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti insan hakları, küreselleşme gibi etkenler, devletin egemenliğini önemli ölçüde sınırlamıştır. Dış egemenlik bakımından da artık devletler, birbirlerinden yalıtılmış halde varolmazlar. Çeşitli nedenlerle ilişkiler geliştirir, ittifaklar yapar, antlaşmalar imzalarlar. Her devletin diğerleri ile az ya da çok ilişkiye girmesi zorunluluğu, devletlerarası ilişkileri düzenleyen bazı kuralların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Böylece klasik egemenlik anlayışı dönüşmüştür. Günümüzde artık bir devletin, sınırsız ve mutlak bir egemenliğe sahip olduğunu aynı zamanda da demokratik hukuk devleti olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Artık aynı zamanda hukuk devleti olan bir demokratik devlet, sınırlı bir devlettir.

## KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali/KÖKER, Levent, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, 6. Basım, İstanbul, Ekim 2006.
- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, “Fransız Devriminde Birey ve Devlet İlişkisi: 1789-1794”, *AÜSBFD*, C. 44, No. 3-4, Temmuz- Aralık 1989.
- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, *Ulus Devlet ya da Halkın Egemenliği*, Ankara 2006.
- AKAD, Mehmet/DİNÇKOL, Bihterin Vural/BULUT, Nihat, *Genel Kamu Hukuku*, 13. Basım, İstanbul 2017.
- AKAL, Cemal Bali, “Devlet, Yasa, Hâkimiyet”, *İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet’in 75.yıl Armağanı*, İstanbul 1999.
- AKIN, İlhan F., *Kamu Hukuku*, 5. Basım, İstanbul 1987.
- AKSAR, Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I*, 2. Baskı, Ankara 2013.
- BERİŞ, Hamit Emrah, *Küreselleşme Çağında Egemenlik*, Ankara 2006.
- BULUT, Nihat, “Ölümüne Rekabetten Barış İçinde Yarışa: Hobes’un Eşitlik Anlayışı”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55.Yaş Günü Armağanı*, C. 2, İstanbul 2002. (Buşut, Eşitlik)
- BULUT, Nihat, *Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik Siyasal İktidar İlişkisi*, Ankara 2003. (Bulut, Küreselleşme)
- ÇELİK, Edip, *Milletlerarası Hukuk*, C. 1, İstanbul 1980.
- DİKMEN CANIKLIOĞLU, Meltem, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Ankara 2010.
- DÖNER, Ayhan, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Ankara 2003.
- DUGUİT, Leon, “Egemenlik ve Özgürlük”, *Devlet Kuramı* (Derleyen: Cemal Bali Akal) 2. Basım, Ankara 2005.
- ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 13. Basım, Ankara 2017.
- EROĞUL, Cem, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, C. 20, Y. 2003, s. 196-213.
- ERSÖZDEN, Ozan, *Ulus Devlet*, 2. Basım, İstanbul 2008.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 3. Basım, İstanbul 2001.

GÖZE, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 16. Basım, İstanbul 2016.

GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. 1, Bursa 2011. (Gözler, Genel Teori)

GÖZLER, Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, 9. Basım, Bursa 2018. (Gözler, Devlet Teorisi)

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Ankara 2004.

İNCEOĞLU, Sibel, “Türkiye: AB’nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı”, *Anayasa Yargısı*, C. 22, Y. 2005, s. 231-251.

KAPANİ, Münci, *Politika Bilimine Giriş*, 17. Basım, İstanbul 2005.

KAZGAN, Gülten, *Küreselleşme ve Ulus Devlet*, 5. Baskı, İstanbul 2009.

KOÇAK, Mustafa, *Batı’da ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik*, 1. Basım, Ankara 2006.

KUTLU, Mustafa, *Kuvvetler Ayrılığı Temelleri-Gelişimi Hukuk Devletin Kökenleri*, Ankara 2001.

KÜÇÜK, Adnan, “Egemenlik (Hâkimiyet), Halk Egemenliği ve Millî Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 6, Y. 2015, s. 311-361.

OKANDAN, Recai Galip, *Umumi Amme Hukuku*, İstanbul 1976.

ÖZER, Attila, *Anayasa Hukuku*, 5. Basım, Ankara 2015.

PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, 9. Basım, Ankara 2013.

PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 12. Basım, Ankara 2013.

RUHİ, M. Emin, *1789 Fransız Devrimi Birinci Kitap, Fransa’da Liberal Devrim ve Sieyes*, İstanbul 2018.

SANCAR Mithat, “Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen”, *Anayasa Yargısı*, C. 20, Y. 2003, s. 158-169.

SCHULZE, Hagen, *Avrupa’da Ulus ve Devlet* (Çev: Timuçin Binder), İstanbul 2005.

SUNAY, Reyhan, *Tartışılan Egemenlik*, Ankara 2007.

TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 21. Tıpkı Basım, İstanbul 2017.

TOSUN, Tanju, “Devlet: Nereden Nereye?”, *Uluslararası Politikaları Anlamak-Ulus Devleten Küreselleşmeye*, Der: Zeynep Dağı, İstanbul 2007.

TURHAN, Mehmet, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 20, Y. 2003, s. 215-248. (Turhan, Değişen Egemenlik)

TURHAN, Mehmet, *Anayasal Devlet*, 3. Basım, Ankara 2004.

UYGUN, Oktay , “Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi”, *Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı*, İstanbul 1999. (Uygun, Bölünmezlik)

UYGUN, Oktay, “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 20, Y. 2003, s. 250-284.

UYGUN, Oktay, *Devlet Teorisi*, 3. Basım, İstanbul 2017. (Uygun, Devlet)

UYGUN, Oktay, *Federal Devlet*, 3. Basım, İstanbul 2007. (Uygun, Federal)

UYGUN, Oktay, *Kamu Hukuku İncelemeleri İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik*, İstanbul 2011. (Uygun, Kamu Hukuku İncelemeleri))

YILDIRIM, Murat, “Küreselleşme Sürecinde Egemenlik”, *Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler D.*, C. 28, No. 1, Mayıs 2004, s. 35-48.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, *Kamu Hukukuna Giriş*, Ankara 1973.





**Özel Hukuk**

---



# LİMİTED ŞİRKETLER HUKUKUNDA AYRILMA AKÇESİ KONUSUNDA TAHKİME BAŞVURULMASI VE KONU HAKKINDA VERİLEN HAKEM KARARLARININ İCRASINA İLİŞKİN BAZI HUKUKÎ SORUNLAR

*Prof. Dr. Şükrü YILDIZ\**

*Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY\*\**

*Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK\*\*\**

## Özet

6102 sayılı TTK m. 642 hükmünde yer alan ayrılma akçesiyle ilgili olarak birçok uyuşmazlık ortaya çıkmaktadır. Bu konuda dava veya tahkim yoluna başvurulmakta, limited şirketin, ayrılma akçesinin ödenmesi konusundaki hakem kararı ilâmlı icraya konu edilmektedir. Ayrıca TTK m. 642'deki şartlar gerçekleşmediği için, borçlu şirket tarafından alacaklı ortak aleyhine menfî tespit davası açılmakta; takas ve mahsup talebinde bulunmaktadır. Bu çalışmada, TTK ve İİK bakımından önem taşıyan çeşitli ihtimaller incelenmiş ve sorunlara çözüm önerisi getirilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Ayrılma akçesi, tahkim, hakem kararı.

## Abstract

The issue of the disconnection payment, regulated in the article 642 of the Turkish Commercial Code no. 6102, causes many legal disputes. Litigation and arbitration are mostly preferred; arbitral awards concerning the disconnection payment of the limited companies are also

---

\* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl, İcra ve İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

\*\*\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl, İcra ve İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Makale Geliş Tarihi: 19/11/2018 / Makale Kabul Tarihi: 17/12/2018

being executed. Besides, for the requirements of the article 642 of the Turkish Commercial Code no. 6102 are not met, the debtor company may bring a negative declaratory action against the creditor shareholders, demanding an offset and a barter. In this work, variety of possibilities are of crucial importance to Turkish Commercial Code no. 6102 and to Turkish Execution and Bankruptcy Code no. 6100 are analyzed and solutions to the mentioned issues are provided.

**Key Words:** Disconnection payment, arbitration, arbitral awards.

## A- GENEL OLARAK

6762 sayılı eski TTK'da m. 551'de tek maddede düzenlenen limited şirkette ortağın şirketten çıkması ve çıkarılması konusu, 6102 sayılı yeni TTK'da 638 ilâ 642'nci maddeler arasında oldukça ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yeni TTK'nın çıkma ve çıkarılmaya ilişkin hükümlerinde öngörülen önemli yeniliklerden birisi de, çıkan veya çıkarılan ortağın ayrılma akçesinin hesaplanma yöntemi ile ödenme biçiminin ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmasıdır.

Konuya ilişkin olarak öncelikle yeni TTK'nın limited şirketlerde ayrılma akçesiyle ilgili hükümleri şunlardır:

*“IV - Ayrılma akçesi*

*1. İstem ve tutar*

**MADDE 641-** (1) *Ortak şirketten ayrıldığı takdirde, esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma akçesini istem hakkını haizdir.*

(2) *Şirket sözleşmesinde öngörülen ayrılma hakkı dolayısıyla, şirket sözleşmeleri ayrılma akçesini farklı bir şekilde düzenleyebilirler.*

*2. Ödeme:*

**MADDE 642-** (1) *Ayrılma akçesi;*

*a) Şirket kullanılabilir bir özkaynak üzerinde tasarruf ediyorsa,*

*b) Ayrılan kişinin esas sermaye payları devredilebiliyorsa,*

*c) Esas sermaye, ilgili hükümlere göre azaltılmışsa,*

*ayrılma ile muaccel olur.*

(2) *(Mülga: 26/6/2012-6335/42 md.)*

(3) *Ayrılan ortağın ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı, şirkete karşı, bütün alacaklılardan sonra gelen bir alacak oluşturur. Bu husus yıllık raporda kullanılabilir özkaynak tutarının tespiti ile muaccel hâle gelir”.*

6102 sayılı TTK m. 642 hükmünde yer alan ayrılma akçesiyle ilgili olarak uygulamada birçok uyuşmazlığın ortaya çıktığı<sup>1</sup>, bu konuda dava veya tahkim yoluna başvurulduğu, limited şirketin ayrılma akçesinin ödenmesi konusundaki hakem kararının ilâmlı icraya konu edildiği, bazen borçlu şirketin bu icra takip işlemine karşı şikâyet yoluna gittiği, TTK m. 642'deki şartlar gerçekleşmediği için alacaklı ortak aleyhine borçlu şirket tarafından menfi tespit davası açıldığı veya takas ve mahsup talebinde bulunulduğu, bazen de ayrılma akçesinin ödenmesi yönündeki hakem kararının ihtiyatî haciz kararına dayanak gösterildiği<sup>2</sup> görülmektedir. İşte çalışmamızda, gerek TTK gerek İİK bakımından önem taşıyan bu ihtimaller Ticaret Hukuku ile İcra ve İflâs Hukuku bakımından irdelenecek ve sorunlara sözüm önerisi getirilmeye çalışılacaktır.

## **B- 6102 SAYILI TTK m. 642'de DÜZENLENEN AYRILMA AKÇESİ**

Limited şirketlerde ayrılma akçesine ilişkin önemli bir düzenleme olan TTK m. 642 hükmü; ayrılma akçesinin, ancak, a) Şirketin

---

<sup>1</sup> Örnek olarak bkz. Yarg. 11. HD'nin 4.10.2017 tarih ve E. 2016/ 2571, K. 2017/5023 sayılı kararı: "Dava, limited şirket ortaklığından çıkma ve çıkma payının tahsili istemine ilişkindir. ..Ortaklıktan çıkma payının, şirketin karar tarihine en yakın tarihteki mal varlığının gerçek değeri saptanarak buna göre belirlenmesi gerekirken, şirketin defter kayıtlarına göre bilanço esas değeri üzerinden davacı hissesine isabet eden miktarı belirleyen bilirkişi raporuna itibar edilerek hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir ..." (KİBB); Yarg. 11.HD'nin 3.6.2014 tarih ve E. 2013/18146, K. 2014/10333 sayılı kararı: "Dava; şirket ortaklığından çıkarma istemine ilişkindir. Davacı şirket ortaklarından birinin ölümünden sonra davalının bir süre müdürlük görevini sürdürüp daha sonra davacı şirketten ayrıldığı, davacı şirketin çalıştığı firmaların bir kısmının ortağın ölümünden sonra davacı şirketle sözleşmelerini feshederek davalının babasının ortağı olduğu dava dışı şirkete yönlendiği, davalının da bu şirkette çalışmakta olduğu, davacı şirketin diğer ortakları ile davalı arasında ortaklığın sürdürülmesinin geline aşama itibariyle artık mümkün olmadığı, davalının şirket ortaklığından çıkarılma talebinin yerinde görüldüğü, 6102 sayılı TTK'nun 641. maddesi de nazara alınarak bu aşamada ayrılma akçesi ile ilgili olarak bir değerlendirme yapılmadığı gerekçesiyle, davanın kabulü ile davalının davacı şirket ortaklığından çıkarılmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik olmadığından onanması gerekmektedir..." (KİBB). Benzer kararlar için bkz. Yarg. 11.HD. 5.4.2018, E.2016/8334, K. 2018/2458 (KİBB); Yarg. 11. HD. 10.1.2018, E. 2017/4945, K. 2018/167 (KİBB); Yarg. 11. HD., 15.5.2017, E. 2015/15797 K. 2017/2896 (Lexpera); Yarg. 11. HD., E. 2016/2571, 4.10.2017, K. 2017/5023 (Lexpera).

<sup>2</sup> Örneğin bkz. 11. HD. 12.03.2015 T. E. 1027, K: 3429 (KİBB). Kararın değerlendirilmesi için bkz. aşa. E-4.

kullanılabilir bir özkaynak üzerinde tasarruf ediyor olması, b) Ayrılan kişinin esas sermaye payları devredilebiliyor olması, c) Esas sermayenin, ilgili hükümlere göre azaltılmış olması hallerinden birinin varlığı hâlinde, ayrılma ile muaccel olacağını öngörmektedir<sup>3</sup>. Aynı maddenin 3 üncü fıkrası hükmü ise, “*Ayrılan ortağın ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı, şirkete karşı, bütün alacaklılardan sonra gelen bir alacak oluşturur. Bu husus yıllık raporda kullanılabilir özkaynak tutarının tespiti ile muaccel hâle gelir*” şeklindedir.

TTK m. 642’nin amacı, ayrılan ortakla ortaklık (şirket) arasındaki menfaatin dengelenmesi olarak ifade edilmiştir. Bu suretle, ayrılan ortağa bir alacak hakkı verilerek, şirkete ise öz kaynağı oluşuncaya kadar bu alacağa faiz ödeme yükümü getirilmeyerek, karşılıklı koruma sağlanmıştır<sup>4</sup>. Ayrıca şirketten çıkan veya çıkartılan ortağın, sahip olduğu esas sermaye payına karşılık gelen ayrılma akçesini talep etme hakkı düzenlenmiş olmakla, ortağın şirketten çıkartılması durumunda, onu cezalandırıcı ve payına el koyucu bir yaklaşımın önüne geçilmesinin amaçlandığı söylenebilir<sup>5</sup>.

Ayrılma akçesine ilişkin TTK m. 641 hükmünün amacının ise, özellikle hem şirketin alacaklılarının hem de ortağın korunması olduğu belirtilmektedir. Çünkü bu düzenlemeyle bir taraftan, gerçek değerden daha fazla ödeme yaparak şirket alacaklılarının şirket malvarlığından tatminini engellemenin önüne geçilmek istenmektedir. Diğer taraftan da ortağın gerçek değere uygun ayrılma akçesi talebi güvence altına alınmaktadır<sup>6</sup>.

3 Bkz. TTK m. 641, f. 1’e İlişkin Gerekçe: “6762 sayılı Kanun, ayrılan ortağın ayrılma payını açıkça düzenlememiştir. 641 inci madde bu konudaki kanun boşluğunu bir hüküm ile doldurarak hem tartışmalara son vermeyi hem de adalete uygun bir çözüm getirmeyi amaçlamıştır. Ayrılma her çeşidi ile çıkma ve çıkarılma ile doğal çıkma hali olan ölümü de kapsar. Ayrılma özellikle çıkarma, elkoyucu (müsadere edici) ve cezalandırıcı bir yaklaşıma olanak vermemelidir. Tasarının kuralı ayrılan ortağa esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma akçesinin ödenmesidir. ‘Gerçek değerine uyan’ ibaresini kanun tanımlamamıştır. Bu ibarenin yorumu öğretici ve yargı kararlarının yapılacaktır, ancak ibarenin en azından ‘bilanço değerini’ ifade ettiği şüphesizdir.”

4 Yıldız, Şükrü, TTK Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007, s. 163. Ayrıca bkz. TTK m. 642’nin Hükümet Gerekçesi.

5 Yıldız, s. 160.

6 Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 775; Şener, Oruç Hami, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2017,

Görüldüğü gibi, TTK'nın 642'nci maddesi ile açıkça düzenlenen ayrılma akçesinin ayrılma ile muaccel olma şartları, üç bent halinde sayılmıştır. Bir başka deyişle gerçek değere uygun olarak hesaplanması gereken ayrılma akçesinin ne zaman muaccel olacağı ve ayrılan ortağa ödeneceğine ilişkin olarak TTK m. 642'deki hüküm düzenlenmiştir.

Bu hükme göre, ayrılma akçesi, Kanun'da öngörülen üç durumdan birisinin varlığı halinde ortağın ayrılmasıyla birlikte muaccel olacaktır<sup>7</sup>.

a) *Şirket kullanılabilir bir öz kaynak üzerinde tasarruf ediyorsa*: Şirketin yeterince (kullanılabilir) bir özkaynağa sahip olması gerekmektedir. Bu ise, ortaklığın esas sermayeyi, blokeli yedek akçeleri ve TTK m. 610 gereğince limited şirketlerde de uygulanan TTK m. 520'de öngörülen değerleri aşan bir malvarlığına sahip olması demektir<sup>8</sup>.

b) *Ayrılan kişinin esas sermaye payları devredilebiliyorsa*, bu halde de ortağın ayrılma akçesi, ayrılmayla muaccel hale gelir. Bu durumda ise alacak, payların devredilebilir olduğu andan itibaren muaccel hale gelecektir<sup>9</sup>.

c) *Esas sermaye kanuna uygun şekilde azaltılmışsa*; yani, kullanılabilir özkaynak tutarı, ayrılma akçesini karşılamaya yetmiyorsa, ödeme için sermayenin azaltılması gerekir. Bu durumda ise ayrılma akçesi, esas sermaye ilgili hükümlere göre azaltılmışsa, ayrılma ile muaccel olacaktır. Sermaye azaltılması kararı, ticaret siciline tescil edildiği andan itibaren muaccel hale gelecektir<sup>10</sup>.

6102 sayılı TTK m. 642'deki ayrılma akçesinin ödenmesi konusundaki, özel düzenlemeye göre, şirketin çıkan veya çıkartılan ortağın ayrılma akçesini ödeyebilmesi için başvurabileceği üç farklı yol bulunmaktadır. Bu hükme göre ayrılma akçesi, a) şirketin kullanılabilir öz kaynakları varsa, b) ayrılan kişinin esas sermaye payları devredilebiliyorsa, c) esas sermaye, ilgili hükümlere göre azaltılmışsa,

---

s. 930-931; **Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 930.

<sup>7</sup> **Yıldız**, s. 162; **Şahin, Ayşe**, Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması, MÜ. Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, Sa. 2, Yıl. 2012, s. 856; **Şener**, s. 2795-2796.

<sup>8</sup> **Şener**, s. 731.

<sup>9</sup> **Şahin**, s. 857.

<sup>10</sup> **Yıldız**, s. 162; **Develi, Bilge**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi, Gazi ÜHFD, C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2, s. 483- 484; **Şahin**, s. 857; **Şener**, s. 731.

başkaca bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden muaccel olacaktır<sup>11</sup>. Diğer bir ifade ile TTK m. 642/f.1 deki şartların oluşmadığı durumlarda, mahkeme veya hakem kararıyla hükme bağlanmış olsa dahi ayrılma payının tamamının yahut bir kısmının elde edilmemesi ihtimal dâhilinde bulunmaktadır<sup>12</sup>. Anılan nedenle bu üç kaynaktan herhangi biri ayrılma tarihinde mevcutsa, bu takdirde muacceliyet ayrılma tarihinde gerçekleşecek, mevcut değilse, muacceliyet bu kaynakların sağlandığı tarihte başlayacaktır<sup>13</sup>. TTK m. 642 fıkra 1’de anılan kullanılabilir kaynaklar ortağın ayrılma akçesinin tamamını karşılamıyorsa, bu takdirde ayrılma akçesinin bakiye kısmı, niteliksiz alacak olarak kalır. Bu alacak tüm alacaklardan sonra gelen bir âdi alacak hâline gelecektir<sup>14</sup>. Sonuç olarak TTK m. 642/1’e göre, çıkan veya çıkarılan ortağın ayrılma akçesi maddede belirtilen üç şarttan birisinin gerçekleşmesi hâlinde muaccel olacak ve ortağa ayrılma akçesi ödenebilecektir. Kanun ayrılma akçesinin bu üç varsayımda derhal ödenmesini öngörmekte, bu kaynaklar ayrılma tarihinde mevcutsa, muacceliyet ayrılma tarihi ile örtüşmekte, mevcut değilse muacceliyet bu kaynakların sağlandığı tarihte başlamaktadır<sup>15</sup>.

TTK m. 642/ f. 2 hükmünün 6335 sayılı Kanunu’nun 43’üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılmasından önce, işlem denetçisi, kullanılabilir öz kaynak tutarını belirliyor ve bu tutarın ayrılma akçesinin ödenmesine yetmemesi durumunda, esas sermayeden ne miktarda indirim yapılması gerektiğini de gösteriyordu. İşlem denetçisi kaldırıldığı için bu tespitlerin mahkemece atanacak bilirkişi<sup>16</sup> veya şirket tarafından görevlendirecek bilirkişi tarafından yapılması mümkün

11 **Kendigelen, Abuzer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Baskı, İstanbul 2016, s. 557; **Bilgili/Demirkapı**, s. 776.

12 **Bahtiyar, Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, 11. Baskı İstanbul 2016, s. 452; **Kaya, Ali**, Limited Şirketten Ayrılmanın Hukuki Sonuçları ve Ayrılma Akçesi Bağlamında Yeni Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:2 Aralık 2013, s. 135.

13 **Çamoğlu, Ersin/Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal**, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, II, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul 2017, s. 448, N. 1680h.

14 **Çamoğlu**, s. 448, N.1680i.

15 **Çamoğlu, Ersin**, Limited Ortaklıktan Çıkarılma, Batider, C. XXX, S. 3, Eylül 2014, s. 19; **Bilgili/Demirkapı**, s. 776.

16 **Bahtiyar**, s. 452; **Kaya**, s. 136.



görülmektedir<sup>17</sup>. Ayrıca şu hususu vurgulamak gerekir ki, çıkartılan ortağın payının başka bir ortak veya üçüncü kişi tarafından devralınmaması yahut öz kaynak tutarının ayrılma akçesinin ödenmesine yetmemesi durumunda, çıkarılan ortağın ayrılma akçesinin şirket sermayesinden ödenmesi ve bunun sonucu olarak şirket sermayesinin azaltılması yoluna gidilmesi zorunluluğu bulunmaktadır<sup>18</sup>. Bu durumda sermaye azaltımına dair formaliteler tamamlanmadan, yani sermaye azaltımı işleminin tescil ve ilanı yapılmadan çıkartılan ortağa bir ödeme yapılamaz<sup>19</sup>.

TTK m. 642/ f.1 hükmünün şartları gerçekleşmemiş, yani ayrılma akçesi tamamen muaccel olmamışsa, çıkan veya çıkarılan ortağa ayrılma akçesi ödenemez. TTK m. 642/1 hükmünde sayılan kullanılabilir kaynaklar, çıkan veya çıkarılan ortağın ayrılma akçesinin bir kısmını karşılıyorsa, karşılanmayan kısım niteliksiz alacak halini alacaktır. Bu durumda, çıkarılan ortak ayrılma akçesi ödeninceye kadar şirkete karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkına sahiptir. Şirket, çıkarılan ortağa ödeyemediği ayrılma akçesi tutarı kadar borçlu kalacak ve bu borç ileride şirket kârları ile oluşacak özkaynaktan ödenecektir<sup>20</sup>. Alacak için faiz ödenebilmesi için alacağın muaccel olması zorunludur. Alacak muaccel hale gelmiş olmasına rağmen ödenmiyorsa, bu durumda temerrüt faizi talep edilebilecek, muaccel olmamışsa faiz talep edilemeyecektir<sup>21</sup>.

Öte yandan, doktrinde, mahkemenin çıkarmaya karar verebilmesi için ayrılma akçesinin TTK m. 642’de öngörülen kaynaklardan birisi ile karşılanabilir olduğunun saptanması gerektiği görüşü savunulmuştur<sup>22</sup>. Buna karşılık, *Çamoğlu* tarafından savunulan ve bizim de katıldığımız

- 
- 17 **Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı Ankara 2017, s. 824, N. 109.
  - 18 **Kaya**, s. 137; **Tekinalp, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası İstanbul 2015, s. 500 N. 21-58.
  - 19 **Baştuğ, İrfan**, Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkartılması, İzmir 1966, s. 99-100.
  - 20 **Çamoğlu**, s. 19; **Kaya**, s.139; **Tekinalp**, s. 50-51, N. 21-58.
  - 21 **Yıldız**, s. 163; **Bilgili/Demirkapı**, s. 776-777; **Çamoğlu**, s. 19, dn. 32; **Kendigelen**, s. 558.
  - 22 **Öztürk Dirikkan, Hanife**, Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı, Ankara 2005, s. 158; **Şahin Ayşe**, Yeni Türk Ticaret Kanununun Limited Ortaklıkta Ortağının Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Ersin Çamoğlu’na Armağan İstanbul 2013, s. 204.

görüŖe göre, mahkemenin (veya hakemin) çıkma kararı vermesi ile ayrılma akçesinin TTK m. 642’de gösterilen kaynaklardan karşılanması arasında zorunlu bir bağlantı yoktur. Yasa koyucu ayrılma akçesinin muaccel olmasını ve ödenmesini, öz kaynak tutarının ayrılma payını karşılayabilir olmasına kadar ertelemiştir. Bu süre zarfında ayrılma akçesi niteliksiz alacak olarak varlığını sürdürür. Bu nedenle hâkim (veya hakem) çıkarma yetkisini davacının rızası olmadan kullanmamalıdır. Öyleyse, çıkarılmaya rıza gösteren davacı, ayrılma akçesinin bir kısmını, hattâ tamamını özkaynakların bunu karşılamaya yeterli olduğu tarihte almaya razı ise çıkarma kararı verilmesine bir engel yoktur<sup>23</sup>.

## C- AYRILMA AKÇESİNE İLİŖKİN UYUŖMAZLIKLARIN TAHKİME ELVERİŖLİLİĐİ

### 1- Genel Olarak

Tahkim, tarafların aralarındaki mevcut veya muhtemel bir uyuŖmazlıđın hakemlerce çözüme kavuŖturulması için yaptıkları bir anlaşmadır. Devlet tarafından denetlenen, kararları kesin hüküm teşkil eden ve mahkeme kararları gibi icra edilebilen özel bir yargı faaliyetidir<sup>24</sup>. İsviçre’de tahkim, taraflar arasındaki bir anlaşmayı (tahkim

23 Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, s. 449, N. 1680i.

24 Brown, Henry/Marriott, Arthur, ADR Principles and Practice, London 1999, s. 49; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/ Erdönmez, Güray/Akkan, Mine/YeŖilirmak, Ali/TaŖ Korkmaz, Hülya, Medenî Usûl Hukuku, C. 1, 2, 3, Ankara 2017, § 22. I. A. Tahkime iliŖkin çeŖitli tanımlar için bkz. Alangoya Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren- Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 6. Bası, İstanbul 2006, s. 595; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/ TaŖpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 780; Dayınlarlı, Kemal Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri, Prof. Dr. Ernst Hirsch’in Anısına Armağan, Ankara 1986, s. 775; Huysal, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime ElveriŖlilik, İstanbul 2010, s. 7; KaradaŖ, İzzet, 6100 sayılı HMK’da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara 2013, s. 21; Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 722; Lew, Julian M./Mistelis, Loukas A./Kröll, Stefan Michael, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 2003, s. 11-13; Nevhis Deren Yıldırım, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, ABD., S. 60, Y. 2002/ 4, s. 37; Sanders, Pieter, Arbitration, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 12, Tübingen 1996, s. 5; Söğüt, İpek Sevdâ, Roma Hukukunda Tahkim, İstanbul 2011, s. 5; Tanrıver, Süha, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim”, Makalelerim I (1985-2005), Ankara 2005, s. 125- 150, s. 132; Yeğengil, Rasih, Tahkim (L’arbitrage),

anlaşması) esas alan, uyuşmazlığı çözenin bir metodu olarak tanımlanmaktadır<sup>25</sup>. Fransa’da ise tahkim, “iki veya daha fazla kişiyi ilgilendiren bir uyuşmazlığın halledilmesinin, yetkilerini devlet makamlarından değil, özel bir anlaşmadan alan ve yargılamayı bu anlaşmayı esas alarak yürüten bir ya da birden fazla kişiye (hakem veya hakemlere) bırakılması” olarak tanımlanmaktadır<sup>26</sup>. Şu hâlde, hukuk sistemleri arasında “tahkim” kavramı bakımından ciddi bir farklılığın olmadığı söylenebilir.

Zira hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde tahkimin iki unsuru göze çarpmaktadır. *Birincisi*, hakemlerin uyuşmazlığı çözüme kavuşturmakla görevli olması; *ikincisi* ise, hakemlerin yapmış oldukları yargısal faaliyetin taraflar arasındaki bir sözleşmeye dayanmasıdır<sup>27</sup>. Ayrıca buna üçüncü bir unsur olarak tahkimin “özel bir yargılama usulü olması” eklenebilir<sup>28</sup>.

---

İstanbul 1974, s. 95; **Yeşilirmak, Ali**, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011, s. 58.

- 25 **Fouchard, Philippe/ Gaillard, Emmanuel/ Goldman, Berthold**, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague- London- Boston, 1999, s. 10.
- 26 **Gill, W. H.**, The Law Arbitration, Edi. A. Marshall, 3 th Edition, London 1983, s. 1; **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 10. Ortak Hukuk (Common Law) sistemindeki yazarlar tarafından ise tahkim “kendilerinin çözemeyecekleri bir uyuşmazlıkla karşı karşıya kalan iki ya da daha fazla tarafın, bazı özel kişilerle uyuşmazlığın çözülmesi konusunda anlaşmaları şeklinde tanımlanmaktadır. Bu anlamda uyuşmazlık tahkimde uzlaşma ile değil, bir kararın verilmesi suretiyle çözülür. Bu ise tahkimi diğer ADR yöntemlerinden ayırmaktadır (**Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 10).
- 27 **Crowter, Harold**, Introduction to Arbitration, London 1998, s. 1; **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 10. Milletlerarası tahkimde tahkimi tanımlamak ve onu benzer kurumlardan ayırmak, iç tahkime nazaran daha karmaşıktır. Çünkü öncelikle her hukuk sisteminin tahkim tanımlamasına ilişkin olarak yorumu farklılık gösterir. İkinci olarak, uyuşmazlığı çözmeye ilişkin yeni usulleri bulma konusunda milletlerarası alandaki değişimler iç hukuktakine nazaran daha hızlıdır (Bkz. **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 10).
- 28 **Adams, George W./Bussin, Naomi L.**, Alternative dispute resolution and the Canadian courts: a time for change (ADRLJ 1995, Vol. 4, s. 243-262), s. 249; **Alangoya, Yavuz**, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s. 20 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 566 vd.; **Arslan, Ramazan/Tanrıver, Süha**, Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001, s. 214; **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2018,

## 2- Ayrılma Akçesine İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği

### a) Genel Olarak Tahkime Elverişlilik

Tahkime elverişlilik kavramı, bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmeye elverişli olup olmadığını ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Bu anlamda tahkime elverişlilik, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları tahkime taşıma konusundaki irade serbestliğinin bittiği ve hassas kamusal çıkarların başladığı alanı ifade etmektedir<sup>29</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 408'e göre, "*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir*". Tahkime elverişlilik tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartlarından olmakla

---

XXXVI. A; **Bishop, Doak/Miles, Craig, S.**, Arbitration (Alternative Dispute Resolution Handbook, Alternative Dispute Resolution Section of the State Bar of Texas, Dallas 2003, s. 59-86), s. 59; **Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol**, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2018§ 23. I; **Dayımlarlı-Hakem Kararları**, s. 775; **Deren Yıldırım-Tahkim**, s. 37; **Ertekin, Erol/Karataş, İzzet**, Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara 1997, s. 28-30; **Karadaş**, s. 21; **Konuralp, Cengiz Serhat**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İÜSBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. 126; **Koral, Rabi**, İç Hukukumuzda Tahkim, İÜHFM., C. XIII, S. 3, İstanbul 1947, s. 1039; **Kuru, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI İstanbul 2001, s. 5875 vd.; **Kuru-Medenî Usul Hukuku**, § 88. A. I; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 3; **Moses, Margaret L.**, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University 2012, s. 1; **Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/Öztekin Gelgel, Günseli**, Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, 4.bs., İstanbul, Mart 2013, s. 1; **Özbay, İbrahim**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, Ankara 2013, s. 509; **Özbay, İbrahim/Korucu, Yavuz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Ankara 2016, s. 4-5; **Pekcanitez/Yeşilirmak-Pekcanitez-Usûl** § 22. I. A; **Sanders** s. 5; **Sarisözen, M. Serhat**, Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, İstanbul 2005, s. 5; **Şanlı, Cemal**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 19; **Tanrıver-Tahkim**, s. 132; **Üstündağ, Saim**, Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000, s. 935 vd.; **Welser, Irene**, Alternative Dispute Resolution-A Wide Choice of Varieties (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, 2016/2, C. 3, İstanbul 2016, s. 757-774), s. 760; **Yeğenil**, s. 95; **Yeşilirmak-Doğrudan Görüşme**, s. 58; **Yeşilova, Bilgehan**, Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/ I), Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, İzmir 2010, DEÜHFD., C. 11, Özel Sayı 2009, s. 739- 818, s. 739.

<sup>29</sup> **Karadaş**, s. 75; **Huysal**, s. 13;

birlikte<sup>30</sup>, tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkim yargılaması yürütülmüş ve hakem kararı verilmiş ise bu karara karşı iptal davası açılabileceği hükme bağlanmıştır. Böylece kanun koyucu tahkime elverişli olmayan halleri belirtmiş, bunlar dışında kalan hususların tahkime elverişli olduğunu ifade etmiştir (HMK m. 439/ 2, g). Ayrıca tahkime elverişlilik, tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartlarının en başında gelmektedir<sup>31</sup>.

Türk hukukunda tahkime elverişlilik konusunda objektif ve sübjektif tahkime elverişlilik olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaktadır.

**(i) Objektif tahkime elverişlilik;** bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için bulunması gereken şartlardan birisi olup, bir uyuşmazlığın **konusu** itibariyle tahkim yoluyla çözülmeye elverişli olması anlamına gelir<sup>32</sup>. Objektif tahkime elverişlilik bakımından HMK m. 408 hükmü incelendiğinde, **ilk olarak**, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı görülmektedir<sup>33</sup>. Yalnızca taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi mümkün olmayıp, taşınmazın aynına ilişkin olmayan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi

---

30 Geniş bilgi için bkz. **Aydemir, Fatih**, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017, s. 218 vd.; **Deren Yıldırım, Nevhis**, Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik, Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 47-61, s. 51.

31 **Deren Yıldırım**-Tahkime Elverişlilik, s. 41.

32 **Huysal**, s. 15.

33 Alman hukukunda ZPO m. 1030/f. 1'e göre, "Malvarlığı haklarına ilişkin her talep tahkim sözleşmesinin konusu olabilir. Malvarlığı hakları dışındaki talepler hakkındaki bir tahkim sözleşmesi ise ancak tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde sulh olma yetkisine sahip olmaları halinde hukuki bir etkiye sahiptir." Bu hükme göre, ister taşınır isterse taşınmaz olsun malvarlığına ilişkin her talep tahkime elverişlidir (Konuya ilişkin olarak bkz. **Aydemir**, s. 224). Ayrıca bkz. Yarg.15.HD., 10.10.2011 tarih, E. 2011/4411, K. 2011/5792 sayılı kararına göre, "... Davada öncelikli talep tapu iptali ve tescil istemidir. Tapu iptal ve tescil davalarında hakemlerin karar vermesi mümkün olmayıp bu husus kamu düzenine dair olduğundan görevi gereği mahkemeler, hakemler ve temyiz aşamasında Yargıtayca dahi kendiliğinden göz önünde tutulur... Bu sebeple sözleşmenin 7. maddesindeki tahkim şartı tapu iptal ve tescil istemli bu davada uygulanamayacağı, hakem kurulunca açılan davanın genel mahkemede görülmesi gerekçesiyle görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken bu husus üzerinde durulmadan işin esası hakkında karar verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur." (**Ziya Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2013, s. 264- 265).

mümkündür<sup>34</sup>. Bir başka deyişle, taşınmazlarla ilgili uyuşmazlık, aynı haklara ilişkin değilse (taşınmaz üzerindeki kişisel haklarla ilgiliyse) tahkime başvurulabilir<sup>35</sup>. Meselâ, taşınmazın satımından doğan alacağın tahsili için tahkim yoluna başvurulması mümkündür<sup>36</sup>.

Objektif tahkime elverişlilik bakımından *ikinci olarak*, iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime

34 **Eksi, Nuray**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul 2013, s. 76; **Özbay/Korucu** s. 8; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası-Usul**, s. 783; **Akıncı**, s. 261; **Huysal**, s. 213; **Kuru- Usul**, s. 662; **Kuru- Usul**, C. VI, s. 5946; **Postacioğlu, İlhan E.**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, B. 6, İstanbul 1975, s. 787-788; **Umar, Bilge**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 1141; **Yılmaz, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.III, Ankara 2017, s. 3621-3622; **Karlı, Abdurrahim**, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 907. Yargıtay'ın HUMK dönemine ait vermiş olduğu birçok kararında taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar hakkında tahkim yoluna başvurulamayacağına karar vermektedir. Bkz. Yarg. 15. HD, E. 5406, K. 6251, T. 8. 11. 1995 (KİBB); Yarg. 15. HD, E. 4321, K. 4067, T. 23. 9. 2002 (KİBB); Yarg. 15. HD, E. 3919, K. 1044, T. 18. 3. 1986 (KİBB); Yarg. 1. HD, E. 10234, K. 10658, T. 6. 10. 2004 (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 3. HD, E. 13018, K. 13409, T. 2. 12. 2004 (KİBB). Yargıtay'ın aksine doktrinde bir görüş, taşınmaz davalarında, tarafların dava konusu üzerinde sulh ve kabul yolu ile serbestçe tasarruf edebileceklerini ve tarafların arzusuna tabi olan davalardan olmaları sebebiyle tahkim yoluna başvurulabileceğini kabul etmekteydi (**Kuru- Usul**, C. VI, s. 5947; aynı yönde bkz. **Üstündağ-Usul**, s. 142; **Alangoya-Tahkim**, s. 84).

35 **Yılmaz- Şerh-C. III**, s. 3622; **Görgün, L. Şanal/ Börü, Levent/ Toraman,Barış/ Kodakoğlu, Mehmet**, Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2018, s. 767; benzer yönde bkz. **Kuru- Usul**, s. 662. “Gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet hakları tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri yani sulh olabilecekleri bir husustur. Bu sebeple de tahkime elverişlidir. Mülkiyet odaklı çağı geçmiş zihniyet terk edilmeli ve gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümü de olanaklı olmalıdır. Bu tip uyuşmazlıkların özellikle ticari alanda yapılan gayrimenkul geliştirme projelerinden doğacağı düşünülmektedir” (**Yeşilirmak- Doğrudan Görüşme**, s. 128).

36 **Eksi- Tahkim**, s.76. Yargıtay'a göre, taşınmaz malların aynen taksimi yoluyla paydaşlar arasında yapılan tahkim sözleşmesi geçersizdir. Bkz. 4. HD 14. 5. 1974, 2094/ 2496 (YKD 1975/ 6, s. 64- 67). Yargıtay'ın başka bir benzer kararına göre; “... bir taşınmaz mal payının geri verilmesi ve bu maksat altında tapu sicilinde lüzumlu olan düzeltme işlemlerinin yaptırılması tarafların serbestçe gerçekleştirebilecekleri muamelelerdendir. Bu biçim tasarruflar tarafların arzusuna tabi olan mesailden sayılmalıdır. Uyuşmazlığın hakemler eliyle karara bağlanmasında kanuna aykırı bir yön yoktur. Kamu düzeni ile ilgili değildir. Bkz. 15. HD. 31. 5. 1979, 1195/ 1330 (**Kuru- Usul VI**, s. 5948).

elverişli olmadığı görülmektedir<sup>37</sup> (HMK m. 408). Bu hükümde yer alan “iki tarafın iradelerine tabi olmayan işler” ifadesi, hangi uyuşmazlıklarda tahkime başvurulamayacağı konusunda kesin bir bilgi vermemektedir. Doktrinde, bu uyuşmazlıkların genellikle kamu düzeni ile ilgili olarak kabul edilen hususlara ilişkin olduğu ifade edilmiştir<sup>38</sup>. Ayrıca doktrinde tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde sulh olabilecekleri veya davayı kabul edebilecekleri konular iki tarafın iradesine tâbi konular olarak kabul edilmektedir<sup>39</sup>. Örneğin, alacak davaları, taşınır mal davaları gibi davalar tahkim sözleşmesine konu olabilir<sup>40</sup>. Buna karşılık boşanma davaları, soybağı davaları ve iflas davaları gibi kamu düzenine ilişkin olan davalar tahkim sözleşmesine konu olamazlar<sup>41</sup>. Çekişmesiz yargı işlerinde, ceza yargısında ve idari yargıda tahkim yoluna başvurulması mümkün değildir<sup>42</sup>.

- 
- 37 **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 1453. İtalyan hukukunda da taraflarca serbestçe tasarruf edilecek uyuşmazlıkların tahkime konu olabileceği hükmü bağlanmıştır (**Bernardini, Piero**, *The Italian Law on Arbitration: Text and Notes*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1998, s. 7, dn. 3). Amerikan hukukunda tahkime elverişlilik için ayrıca bkz. **O’Neill, Philip D.**, *Recent Developments in Internaitonal Commercial Arbitration: an American Perspective*, *Journal International Arbitration*, Vo. 4, No. 1, 1987 (s. 7-26), s. 8 vd.
- 38 **Yılmaz-Şerh**, C. III, s. 3621.
- 39 Bkz. **Aydemir**, s. 238; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-Usul** s. 783; **Kuru-Usul**, C. VI, s. 5946; **Kuru-** Usul, s. 662; **Üstündağ-** Usul, s. 942; **Karşı-Usul**, s. 907; **Özbay/ Korucu**, s. 9- 10. Keza Alman hukuku bakımından ZPO m. 1030/ 1’e göre malvarlığına ilişkin olmayan, yani şahıs varlığına ilişkin olan bir talep ise ancak o uyuşmazlık hakkında tarafların sulh olma yetkileri bulunması halinde tahkime elverişli kabul edilecektir (Bkz. **Aydemir**, s. 224-225).
- 40 **Kuru-Usul**, C. VI, s. 5946-5947; **Karşı- Usul**, s. 907.
- 41 **Kuru-Usul**, C. VI, s. 5951; **Yılmaz-Şerh**, C. III, s. 3621; **Pekcanitez/Yeşilirmak**, *Pekcanitez Usul*, s. 2772; **Karşı- Usul**, s. 907; **Ertekin/Karataş**, s. 76; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-Usul**, s. 783; **Özbay/Korucu**, s. 10; **Aydemir**, s. 239; **Postacıoğlu**, s. 787; **Deren Yıldırım- Tahkime Elverişlilik**, s. 53; **Akancı**, s. 267.
- 42 **Aydemir**, s. 241; **Özbay/Korucu**, s. 10; **Üstündağ-Usul**, s. 945; **Deren Yıldırım- Tahkime Elverişlilik**, s. 53; **Sarisözen**, s. 12; **Yeşilirmak-Doğrudan Görüşme**, s. 85; **Tanrıver-Tahkim**, s. 134; Y.11.HD., 05.12.2012 tarih, E. 2011/13485, K. 2012/19915 sayılı kararına göre, “Dava, ortaklar kurulu kararının iptali istemine ilişkindir. Tahkimin, yalnız tarafların arzularına tabi olan, yani davalı ile davacının mahkeme kararına gerek olmaksızın aralarında anlaşarak sonuçlandırabilecekleri uyuşmazlıklar konusunda geçerli olduğu, bir genel kurul kararının iptaline dair

Takip hukukundan doğan uyuşmazlıklar bakımından tahkim sözleşmesinin yapılması mümkün değildir. Örneğin, itirazın kaldırılması talebi veya hacizli mal için istihkak iddiası hakkında hakeme başvurulamaz. Buna karşılık, İcra İflas Kanunu'nda düzenlenmiş maddi hukuka ilişkin olan davalar hakkında ise (örneğin istirdat davasında veya itirazın iptali davasında) tahkim yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir<sup>43</sup>.

*(ii) Sübjektif tahkime elverişlilik* ise, bir gerçek veya tüzel kişinin tahkim anlaşması veya yargılamasının tarafı olup olamayacağı ile ilgilidir<sup>44</sup>. Sübjektif tahkime elverişlilik, tahkim yargılamasına taraf olma ehliyeti olarak da ifade edilmektedir<sup>45</sup>. Genel bir hukuk kuralı olarak, her gerçek ve tüzel kişinin, sözleşmeye taraf olabilmesi için gerekli ehliyete sahip olmaları gerekmektedir<sup>46</sup>.

Tahkim sözleşmesi yapacak olan tarafların tacir olması veya uyuşmazlığın ticari olması gibi bir zorunluluk var mıdır?

Konu doktrinde tartışmalıdır. Kanun koyucu, yetki sözleşmeleri hakkında, zayıf durumda olan tarafı korumaya yönelik olarak HMK m. 17'yi düzenlemiştir. Bu hükme göre, sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılacak yetki sözleşmeleri geçerli olup, tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanlar ile yapılan sözleşmelerde yer alan yetki

---

uyuşmazlığın taraflar arasında yapılacak anlaşma ile sonuçlandırılmasının mümkün olmadığı gözetilmelidir.” (KİBB).

43 **Deren Yıldırım**-Tahkime Elverişlilik, s. 53; **Karadaş**, s. 79; **Sarisözen**, s. 12; **Üstündağ**-Usul, s. 945. “Tahkim anlaşmasına rağmen, bu anlaşmanın kapsamına giren bir uyuşmazlığa ilişkin olarak genel haciz yoluyla takibe başvurulması halinde, tahkim itirazı yoluyla bu uyuşmazlığın nihai olarak ve hakemde görülmesini sağlayacak bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Böyle bir düzenleme irade serbestisine anlam kazandıracak ve tahkim kurumunun niteliğine ve amacına uygun şekilde kullanılmasını sağlayacaktır. Böyle bir düzenlemenin yokluğunda tahkim anlaşmasına rağmen genel haciz yoluyla takibin yapılabileceği, ancak bu durumda, alacaklının itirazın icra mahkemesinde kaldırılması talebinde bulunması veya genel mahkemelerde iptal davası açması halinde, borçlunun tahkim itirazı üzerine, itirazın kaldırılması veya iptal davasının usulî bir hükümlerle reddedilmesi ve itirazın iptalinin hakemde görülmesi gerektiği kabul edilmelidir” (**Yeşilirmak, Ali**, Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?, TBB, S. 96, 2011, s. 224- 225).

44 **Huysal**, s. 18.

45 **Aydemir**, s. 251.

46 **Huysal**, s. 18.



sözleşmeleri geçerli değildir. HMK, tahkim sözleşmesi bakımından benzer bir sınırlamaya yer vermemiştir<sup>47</sup>.

Doktrindeki bir görüş, tahkim sözleşmesi konusunda böyle bir sınırlama getirilmemesinin isabetli olmadığını belirtirken<sup>48</sup>; diğer bir görüş, tarafları tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan bütün tahkim sözleşmelerinin hükümsüz olduğunu kabul etmenin doğru olmayacağını; buna karşılık kanunun amacı dikkate alındığında HMK m. 17 hükmünün tüketicilerin taraf olduğu tahkim sözleşmelerine de uygulanması gerektiğini ve tacir olmayan tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerde yer alan tahkim şartının hükümsüz olduğunu kabul etmek gerektiğini belirtmektedir. Bu ikinci görüş, buna ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nun "yetkili mahkeme ve tahkim" başlığını taşıyan 262'inci maddesinin kısmi olarak bir düzenleme getirdiğini, bu hüküm gereğince yerleşim yeri Türkiye'de olan alıcının, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim sözleşmesi yapamayacağını belirtmektedir<sup>49</sup>.

Kanımızca, tahkim sözleşmesinde tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olması yahut uyuşmazlığın ticarî olması gibi bir zorunluluk yoktur. Zira tahkimin konusu (objektif tahkime elverişlilik) tahkime elverişliyse ve ayrıca tahkim yargılamasına taraf olma ehliyeti varsa (sübjektif tahkime elverişlilik), ister tacir olsun ister olmasın herkesin tahkim sözleşmesi yapabileceğini kabul etmek gerekir.

### **b) Ayrılma Akçesine İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği**

Daha önce de belirtildiği gibi, tahkime gidileceği kararlaştırılan konular hakkında tarafların iradeleri önemlidir. Tarafların dava konusu üzerinde sulh ve kabul yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde tahkime gidilemez. Tahkim sözleşmesine alacak davaları, taşınır mal davaları gibi davalar konu olabilir<sup>50</sup>. Bir sözleşmenin iki tarafın

---

47 **Budak, Ali Cem**, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C.I, Sa. I, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 38.

48 **Budak/Karaaslan**, § 23. III.

49 Konuya ilişkin olarak bkz. **Budak**, s. 39; **Budak/Karaaslan**, § 23. III.

50 **Karsh**-Usul, s. 907; **Kuru**- Usul, s. 662; **Deren Yıldırım**- Tahkime Elverişlilik, s. 53; **Yeşilirmak**-Doğrudan Görüşme, s. 85; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 599; **Tanrıver**-Tahkim, s. 134.

iradesine tabi olması ise, hiçbir kayıt ve şartla o konu üzerinde tarafların iradesine sınırlama getirilmemiş olunması anlamına gelir. Şayet taraflar arasında boşanma, ayrılık, soybağı ile ilgili uyuşmazlıklar var ise bu tür davalar tarafların iradesine tabi olmadıklarından tahkime konu olamazlar.

Limited şirketlerde ayrılma akçesine ilişkin uyuşmazlıklar da, tarafların dava konusu üzerinde sulh ve kabul yolu ile serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklardandır<sup>51</sup>. Bu nedenle limited şirketten çıkma ve çıkma payının tahsiline ilişkin bu tür uyuşmazlıklar tahkim sözleşmesine konu olabilir<sup>52, 53</sup>.

Bu çerçevede tahkim sözleşmesinin taraflarından biri olan limited şirket tacir niteliğine sahiptir. Buna karşılık, ayrılan ortak ile limited şirket arasında tahkim sözleşmesinin yapılmasına, gerek objektif gerekse sübjektif tahkime elverişlilik bakımından hukuki bir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki, yukarıda da belirtildiği gibi, kanımızca, tahkim sözleşmesi yapma bakımından, tahkim sözleşmesinin taraflarının

51 Alman Medeni Usul Kanunu'na göre, malvarlığına ilişkin her türlü talep, başka bir deyişle ekonomik menfaat içeren her türlü iddia, tahkim anlaşmasının konusunu oluşturabilir (dZPO § 1030/ I). Ancak dZPO § 1030/ I, ikinci cümlede, “tarafların serbestçe sulh yapma yetkisine sahip olmaları koşuluyla, malvarlığına ilişkin olmayan uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olduğu” şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir (dZPO § 1030/1, c. 1). Bu düzenlemenin, eski düzenlemeyi karşılayan hükümden (eski dZPO § 1025) daha liberal olduğu belirtilmektedir. Çünkü eski düzenlemeye göre, yalnızca kanunun taraflara uyuşmazlığı sulh ile sona erdirmeye yetkisinin verilmiş olduğu durumlarda, tahkime gitmek mümkündü. Böylece yeni dZPO bakımından tahkime götürülebilecek konuların kapsamı genişletilmiştir (Bkz. **Lörcher, Gino**, Towards a Reform of German Rules Governing Arbitration, *Arb Int. Vol. 11, No. 4, 1995, s. 393*; **Bühler, Michael**, The German Arbitration Act 1997: Text and Notes, Kluwer Law International, New York and Paris, 1998, s. 17, dn. 20; ayrıca bkz. **Berger, Klaus P.**, Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht, *DZWIR* 1998, s. 48). Alman hukuku bakımından, davacının iddiasının özel ya da kamu hukukuna ait olup olmadığına bakılmaksızın, ister doğrudan ister dolaylı olsun, ekonomik menfaat içermesi yeterlidir. Ayrıca bu menfaatin parasal değerlerle ifade edilmesi de gerekmez (**Berger, Klaus P.**, Drafting History and Principal Features of the New German Arbitration Law (The New German Arbitration Law, Köln, 1998, s. 49).

52 Hakemin veya hakem kurulunun önüne getirilen uyuşmazlık Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı halde, hakemlerce o konunun incelenerek esası hakkında karar verilmiş olması, HMK m. 439/2-g hükmü gereğince hakem kararının iptali sebebidir.

53 Alman Hukukunda da, şirketler hukuku veya ticaret hukuku ile ilgili bir takım önemli uyuşmazlıkların tahkim sözleşmesine konu olabileceği belirtilmektedir (Bkz. **Lörcher**, s. 88). Aynı şekilde, patentin geçersizliğine ve genel işlem şartlarına ilişkin uyuşmazlıklar için de tahkim yolu açıktır (Bkz. **Lörcher**, s. 49).

taçir veya kamu tüzel kişisi olması ya da uyuşmazlığın ticari olması gibi bir zorunluluk zaten bulunmamaktadır.

## **D- AYRILMA AKÇESİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM YOLUNA BAŞVURULMASI HALİNDE HAKEM VEYA HAKEM KURULUNCA UYGULANACAK HUKUK**

### **1- Hakem veya Hakem Kurulunun Hakkaniyet ve Nasafet Kurallarına Göre veya Dostane Çözüm Yoluyla Karar Vermeleri Durumunda**

“Dostane aracılık” (*amiable composition*) kavramı Fransızca kökenlidir. Günümüzde dostane aracılık daha çok kıta Avrupası hukukuna ait bir kavram olup Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde bilinmemektedir. Milletlerarası tahkim kuralları<sup>54</sup> ve tahkim kurumlarının<sup>55</sup> çoğu dostane aracılığı düzenlemektedir. Örneğin Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonunun (UNCITRAL), Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Tahkim Kurallarının “Uygulanacak hukuk ve dostane aracı” (*Applicable law, amiable compositeur*) başlıklı 35. maddesinde<sup>56</sup> ve UNCITRAL Model Kanunu’nun aynı yönde hüküm içeren 28, 3. maddesinde dostane aracılığa yer verilmiştir.

“Dostane aracılık” (*amiable composition*), genellikle hakkaniyet ve nasafet (*ex aequo et bono, in fair dealing and good faith*) kurallarına göre karar verme yetkisiyle birlikte kullanılır. Dostane aracılıkta çoğu zaman, çözümü özel ve teknik bilgi gerektiren uyuşmazlıklarda hukukçu olmayan hakem, maddî hukuk kurallarına sıkı sıkıya bağlı kalmadan, hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre ve görev belgesiyle bağlı olarak karar vermektedir. Bazı hukuk sistemleri her iki kavramı eş anlamlı kullanırken, diğerleri bunların arasında ayırım yapmaktadır<sup>57</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Hakem kurulunun karar vermesi” başlıklı 433 üncü maddesinin 3. fıkrasında; “*Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılması şartıyla*

<sup>54</sup> Örneğin bkz. UNCITRAL Arbitration Rules a. 35.

<sup>55</sup> Örneğin bkz. 1.1.2012 tarihli ICC Tahkim Kuralları m. 21, 3.

<sup>56</sup> **United Nations Commission on International Trade Law**, UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010), New York 2011, s. 23.

<sup>57</sup> **Brown/Marriott** s. 60; **Narçin Tosun, Zelâl**, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi, Ankara 2009, s. 86; **Sanders** s. 34-35.

*hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar verebilir*” denilmiştir. Dolayısıyla taraflar, hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet<sup>58</sup> ve nasafet<sup>59</sup> kurallarına göre karar vermesini açık veya zımnî bir şekilde istedikleri halde, hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar vermesi gerekir. Aksi halde hakemin maddî hukuk hükümlerini uygulaması gerekir<sup>60</sup>.

Hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar vermelerinden maksat ise, pozitif hukukta olaya uygulanacak belli bir kural mevcut olmasına rağmen, hakem veya hakem kurulunun onu uygulamayıp uyuşmazlığı hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre çözmeleri demektir. Diğer bir ifadeyle taraflar hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar vermesini açık veya zımnî bir şekilde istedikleri hâlde bu yola gidilebilir<sup>61</sup>. Ayrıca hak

58 Hakkaniyet terimi, özellikle pozitif hukuktaki boşlukların doldurulmasıyla ilgili yöntemlerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bu yöntem, boşluk durumlarında hâkimi, hakkaniyete (equity) göre hüküm vermeye çağırın yaklaşımıdır. Buna da, 1987 tarihinde kabul edilen ve 1988 tarihinde yürürlüğe giren Louisiana Medeni Kanunu örnek verilmektedir. Bu Kanunun 4. maddesi (Article 4) boşluk durumlarında yargıcın ne yapması gerektiğini şöyle düzenlemektedir: “Belirli bir durum için yasamadan (yazılı hukuktan) veya örf ve âdetten bir kural bulunamıyorsa, mahkeme, hakkaniyete göre davayı görmek zorundadır. Hakkaniyete göre karar vermek, adalete, akla ve yaygın uygulamalara müracaat etmektir” (Bkz. **Aktaş, Sururi**, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, No.1-2, 2010, s. 25).

59 Nasafet terimi, bir bakıma adalet ile eş anlamlıdır. Kısa olarak nasafet, somut ve belirgin olayların adaletidir. Kurallarda kesinlik ve katılığın yarattığı adaletsiz durumlar, hukuk yargılamasında nasafete başvurma zorunluluğu doğurur. Bu nedenle nasafet, hukukun aksayan ve hakları yerine getiremeyen yanlarını onarmak için gereklidir. Bu yönüyle, nasafet, kanunların genelliğini düzelten bir kavram olarak, yasal adaletten daha üstün bir adalet türü olarak da tanımlanabilir. Nasafet, hukuku durağanlıktan kurtarır, değişen toplum şartlarına uymasını sağlar (Bkz. **Çeçen, Anıl**, Adalet Kavramı, 2. Baskı, İstanbul Ekim 1993, Gündoğan Yayınları, s. 51- 55). Özellikle adalet ve nasafet arasındaki ilişki ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. **Çeçen**, s. 51- 55. Ayrıca bkz. “Nasafet insafıllığı, hakkaniyeti ifade eder. Zahiren kanunların şümülünde görünmese bile hakları temin ve ifasına zorlayan fitri adalet sezisine nasafet veya nasafet duygusu diyoruz” (Bkz. **Özdenören, Rasim**, Hukukçunun ahlakı ya da adalet ve nasafet; Yeni Şafak Gazetesi, 16.02.2012

60 Bkz. **Karayalçın, Yaşar**, Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü, BATİDER, C. XIX, Sa. 3, Ankara Haziran 1998, s. 9; **Bilge, Necip**, Hakem Yargılamasında Uygulanacak Hukuk, Kaideleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler- Tartışmalar, 29 Kasım- 4 Aralık 1965, s. 106; **Özbay/Korucu**, s. 171.

61 Karş. **Balcı, Muharrem**, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999, s. 219; **Bilge**, s. 106; **Karayalçın**, s. 9; **Sarisözen**, s. 50.

ve nasafet ölçülerinin sınırları kesin bir şekilde belli değildir. Tarafların sırf tahkim yolunu seçmeleri ile böyle kesin olmayan ve esneklik arz eden bir ölçüyü de kendiliğinden kabullenmiş oldukları farz edilemez<sup>62</sup>.

Nitekim Türk Hukuk doktrininde bu konuda ifade edilen isabetli bir yorum şöyledir: “Hakem veya hakemler ancak açıkça yetkili kılınmış buldukları takdirde hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar verebileceklerdir. Bu yola gidilmemesinin karşı-seçeneği nedir? İki tane karşı-seçenek vardır: 1- Hakkaniyet ve nasafet bunu gerektiriyor gerekçesine sığınmadan, konuya ilişkin maddî hukuk kurallarının istediği hükümü vermek; 2- Bu yola dahi gitmeden Karakuşî bir hüküm vermek yâni akla esen çözümü hüküm diye vermek, maddenin aradığı özel yetki verilmemişse, ikinci yola gitmekte hakemlerin özgür olmasını yasa koyucu istemiş olabilir mi, yâni hakemler maddî hukuk kurallarının gereğine uygun hüküm vermeyebilirler ama hiç olmazsa hakkaniyet ve nasafet ölçütüne göre karara versinler demeyip, hakkaniyet ve nasafete dahi aldırış etmeyerek hüküm verseler câizdir demek istemiş olabilirler mi? MK m. 1’deki, hukuk kurallarının yorumunda izlenecek temel ilke, yâni bir hukuk kuralının uygulanmasında onun sözü yanında özüne (=gütmüş olması gereken amaca) bakarak kuralın yorumunu yapmak ve kuralı bu yoruma göre uygulamak gerektiği ilkesi, asla bu soruya evet yanıtı verilmesine olanak tanımaz. *Demek ki hakem/hakemler, kendilerine ‘Hakkaniyet ve nasafet ölçütüne dayanarak hüküm verebilirsiniz’ diye özel yetki verilmiş değilse yahut o yetki verilmiş olduğu halde onu kullanmak istemiyorlarsa, önlerinde bir tek seçenek vardır: Maddî hukukun istediği çözüme hükmetmek*”<sup>63</sup>.

Konuya **ayrılma akçesi bakımından** bakmak gerekirse; taraflar (limited şirket ve ayrılma akçesi alacaklısı olan ortak) tahkim sözleşmesinde, hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar vermesini açıkça istemişlerse (kararlaştırmışlarsa), hakem/ hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar vermesi gerekir.

Bu durumda ise şöyle bir sorun ortaya çıkacaktır: Acaba, hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar vermesi hâlinde, TTK m. 642/ f.1’deki ayrılma akçesine ilişkin şartlar tahkim yargılamasında aranacak mıdır? Bir başka deyişle, hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar vermesi

---

62 Karadaş, s. 207.

63 Umar, s. 1188.

hâlinde, TTK m. 642/ f. 1’de yer alan ayrılma akçesinin muaccel olması şartları aranacak mıdır?

Bu ihtimalde hakem ve hakem kurulu kararı hüküm fıkrası genelde “*ayrılan ortağa ayrılma akçesi tutarının (...TL) ödenmesine*” şeklinde olmaktadır. Bu durumda iki şekilde yorum yapmak mümkündür:

İlk yorum; hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar vermesi hâlinde, TTK m. 642/ f.1’deki ayrılma akçesinin ilişkin şartların tahkim yargılamasında aranacağı ve hakem veya hakem kurulunun karar vermesiyle ayrılma akçesinin, limited şirketten ayrılacak olan ortak için muaccel hâle geleceği şeklinde olabilir.

İkinci ve kanımızca daha isabetli bir yorum ise, bu ihtimalde bile TTK m. 642/f.1’deki şartların aranması gerektiğidir. Hakem (veya mahkeme) kararıyla hükme bağlanmış olsa dahi, ayrılma payının tamamının yahut bir kısmının elde edilmemesi ihtimal dâhilinde bulunduğu<sup>64</sup>, eğer TTK m. 642/f.1’de düzenlenen üç kaynaktan herhangi biri ayrılma tarihinde mevcutsa, muacceliyet ayrılma tarihinde gerçekleşecek, mevcut değilse, muacceliyet bu kaynakların sağlandığı tarihte başlayacaktır<sup>65</sup>. Nitekim ayrılan ortak için bir alacak teşkil eden ayrılma akçesinin özünde TTK m. 642/ f.1’deki şartlar çerçevesinde ortaya çıkan bir alacak bulunmakta olup, başka türlü bir yorum yapmak hukuken mümkün değildir.

Örneğin hakem kararında “...*TL’nin ayrılma akçesinin Şirket’ten alınarak ayrılan ortağa verilmesine...*” şeklinde hüküm kurulduğu takdirde kanımızca hakem hükmünü, **borcun karar anında muaccel olduğu bir eda hükmü olarak değerlendirmek mümkün değildir**. Zira ayrılma akçesi, Türk Ticaret Kanunu’na özgü bir alacaktır ve bu kurumu TTK m. 641-642 hükümlerinden bağımsız düşünmek hukuken mümkün değildir. Eğer öyle olsaydı, örnek olarak verdiğimiz hakem kararında sadece ayrılan ortak için *ayrılma akçesi* değil, herhangi bir başka alacak haktan söz edilebilirdi. Kaldı ki, ayrılma akçesi muaccel olmaksızın ayrılan ortağa bunun ödenmesi yasal düzenlemenin (TTK m. 642) ruhuna da aykırı olabilecek, ortakla şirket arasındaki denge bozulabilecektir. Zira daha önce de belirtildiği üzere, ayrılma akçesine ilişkin düzenlemenin amacı, özellikle hem şirketin alacaklılarının hem de ortağın korunmasıdır. Çünkü bu düzenlemeyle bir taraftan, gerçek değerden daha fazla ödeme yaparak şirket alacaklılarının şirket

<sup>64</sup> Bahtiyar, s. 452; Kaya, s. 135.

<sup>65</sup> Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, s. 448, N. 1680h.

malvarlığından tatminini engellemenin önüne geçilmek istenmekte; diğer taraftan da ayrılan ortağın gerçek değere uygun ayrılma akçesi talebi güvence altına alınmaktadır<sup>66</sup>. Limited şirketten çıkma ve çıkma payının tahsili istemine ilişkin davalarda, çıkma kararı inşaî nitelikte bir karar olduğundan, bu karara göre hesap ve tahakkuk eden çıkma payı hakem kararının verilmesiyle değil, ancak kesinleşmesi ile icrası mümkün hâle gelir<sup>67</sup>.

## **2- Hakem veya Hakem Kurulunun Maddî Hukuk Hükümlerine Göre Karar Vermeleri Durumunda**

Yukarıda da belirtildiği üzere, HMK m. 433/3 gereğince, taraflar, hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar vermesini açıkça istedikleri takdirde, hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar vermesi gerekir; aksi hâlde, yâni açıkça bu yönde bir irade ortaya koymamışlarsa hakem veya hakem kurulunun maddî hukuk hükümlerini uygulaması gerekir. Elbette taraflar tahkim sözleşmesinde, açıkça hakem veya hakem kurulunun maddî hukuk hükümlerine (örneğin TTK'ya) göre karar vereceklerini kararlaştırmışlarsa, maddî hukuk hükümlerinin uygulanması gerekeceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Aksi durum kanımızca hakem kararının iptalini (HMK m. 439) dahi gerektirebilecektir. Çünkü hakemlerin taraflarca özel olarak yetkilendirilmemiş olmalarına rağmen, dostane aracı (*amiable compositeur*) olarak veya hakkaniyet ve nasafet (*ex aequo et bono*) kurallarına göre karar vermesi, hakem kararın esasını etkileyebilecek şekilde tahkim yargılamasının usûle aykırı yürütülmesi anlamına gelir. Tahkim yargılaması, usûl açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, HMK'nın tahkime ilişkin onbirinci kısmında yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmezse ve bu durum (usûle aykırılık) kararın esasına etkiliyse hakem kararı iptal edilir (HMK m. 439, 2/e).

Görüldüğü üzere tahkim sözleşmesinde hakem veya hakem kurulunun, uyuşmazlığı maddî hukuk kurallarına göre çözümlemeleri kararlaştırılmışsa, hakem veya hakem kurulu bu maddî hukuk kurallarına göre karar vermek zorundadır. Taraflar, maddî hukuk kurallarının

---

<sup>66</sup> Bkz. Şener, s. 929-931.

<sup>67</sup> Bkz. Yarg.11. HD 12.03.2015 1027/3429 (KİBB).

uygulanmasını kararlaştırmamışlarsa maddî hukuk kurallarını uygulamak zorunlu değildir<sup>68</sup>.

Türk tahkim hukukunda, gerek eski Kanun (mülga HUMK) gerek yeni Kanun (HMK) döneminde, hakem/ hakem kurulunun karar verirken maddî hukuk kurallarıyla bağlı olup olmadıkları konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrindeki bir görüşe göre, hakem veya hakem kurulu kural olarak maddî hukuk kurallarına göre karar verecektir<sup>69</sup>. Doktrindeki ikinci bir görüşe göre kural, hakem veya hakem kurulunun maddî hukuk ile bağlıdır. Ancak, tahkimin taraf iradesine dayanması özelliği dikkate alındığında, taraflar tahkim yargılamasında emredici nitelikte olmayan maddî hukuk kurallarını da uygulamayabilirler<sup>70</sup>. Ancak taraflar aksini kararlaştırmışsa (yâni emredici olmayan maddî hukuk kurallarının hakemlerce uygulanacağı yönünde anlaşmışlarsa), maddî hukuku uygulamaları gerekir, aksi durumda hakem kararı iptal edilir<sup>71</sup>. Doktrindeki üçüncü görüşe göre ise, taraflar aralarında anlaşmış olsa bile hakemler, uyuşmazlığı maddî hukuk kurallarına göre çözümlenmek zorunda değildir<sup>72</sup>.

Taraflar, maddî hukukun kamu düzenini veya genel ahlâkı ve adabı ilgilendiren emredici kaidelerini özel anlaşma ile bertaraf edemeyeceklerine göre bu türlü hükümler, hakem veya hakem kurulu tarafından da uygulanacak demektir. Pozitif hukuk kurallarına aykırı

68 **Sebük, Tahir**, Hakem, Hakem Bilirkişi ve Kanuni Hakem Kararlarının Mukayesesi ve Tahkim Şartı, Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler-Tartışmalar, 29 Kasım- 4 Aralık 1965, s. 65- 66; **Deren Yıldırım**- Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, s. 41; **Sarisözen**, s. 48. Yargıtay İçtihadı Birleştirme HGK'nun, 28.01.1994 tarih, E. 1993/ 4, K. 1994/ 1 sayılı kararına göre, bir uyuşmazlığın tarafları, tahkim sözleşmesi veya tahkim şartında, uyuşmazlığın maddî hukuk kurallarına göre çözümlenmelerini kararlaştırmışlarsa, hakemlerin bu kurallar çerçevesinde karar vermeleri gerekir. Hakemlerin buna uymamaları ise iptal nedeni teşkil edecektir (YKD, 1994/ 4).

69 **Umar**, s. 1188; **Üstündağ, Saim**, Hakemlerin Israr Hakkı Var mıdır?, Yasal Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C. XV, S. 171/2, Mart 1996, s. 218.

70 **Alangoya**-Tahkim, s. 153 vd.; **Alangoya, Yavuz**, Bir Tebliğ Dolayısı ile Hakem Mahkemesinin Direnmesi Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 3; **Balcı**, s. 217; **Dayınlı-İç** Tahkim, s. 62; **Karayalçın**, s. 9; **Konuralp**, s. 206; **Kurt Konca, Nesibe**, Sigorta Uyuşmazlıklarında Tahkim Yoluyla Çözümü, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 1362; **Sarisözen**, s. 47.

71 **Alangıya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 624.

72 **Bilge**, s. 107.



karar verilmesi iptal sebebi sayılmalıdır. Bu durumun aksi hâlinde pozitif hukuka uyulması gerektiğinin bir anlamı kalmaz<sup>73</sup>.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, hakem veya hakem kurulu tarafların açıkça anlaşmaları hâlinde hakkaniyet ve nasafet kurallarına veya dostane çözüm yoluna uygun olması şartıyla kanuna aykırı da karar verebilir. Taraflar bu konuda açıkça yetkili kılmamışlarsa, hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafetle karar verebilmesi mümkün olmayıp<sup>74</sup>, bu durumda maddî hukuk kurallarına göre karar vermeleri zorunludur.

Buna karşılık, acaba maddî hukuk kurallarının yanlış uygulanması, hakem kararına karşı açılacak iptal davasında (HMK m. 439) usûl hukukuna aykırılık olarak değerlendirilebilir mi? Öncelikle belirtmek gerekir ki, iptal davasının konusu ve amacı hakemlerin maddî hukuk kurallarını doğru uygulayıp uygulamadığının denetimi değildir<sup>75</sup>. İptal sebepleri genellikle şekli hukuka aykırılıklardan ibarettir. Hakemin takdirinin değerlendirilmesi; yâni maddî hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı (maddî hukuka aykırılık, hakem kararının kanuna aykırı olması) meselesi Kanunda (HMK m. 439) iptal sebepleri arasında sayılmamıştır<sup>76</sup>. Bunun nedeni, tahkimin sözleşmeye dayanan bir

73 **Alangoya-** Tahkim, s. 183; **Bilge**, s. 107; **Sarisözen**, s. 48.

74 **Pekcanitez/Yeşilirmak-Pekcanitez-Usûl** § 22. IV. B. 1; **Yılmaz-Şerh**, C. III, s. 3675; **Özbay/Korucu**, s. 173.

75 **Akıncı**, s. 308. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD., E. 2016/ 4931; K. 2016/ 6886, T. 22. 06. 2016 (KİBB).

76 “Hakem sözleşmesinin tarafları, **hakem sözleşmesi veya şartında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde maddî hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini öngörmüşlerse, artık hakemler bu kurallar uyarınca karar vermelidirler**. Maddî hukuk kurallarının uygulanmasında, başta Anayasa olmak üzere kamu düzenine ilişkin kurallar ile öğretilen bilimsel görüşler ve bu konudaki Yargıtay uygulaması da gözönüne alınmalıdır. Hakemlerin öngörülen bu maddî hukuk kurallarına uymadığı hususu tarafların herhangi biri tarafından ileri sürülerek bir temyiz nedeni yapılabilir. Ve bu temyiz isteminin de Yargıtay’ca mahkeme kararları gibi temyizen incelenmesi gerekir... Yukarıda açıklanan nedenlerle, taraflar, tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin, uyuşmazlığı maddî hukuk kurallarına göre çözümlenmelerini öngördükleri taktirde, **hakemlerin bu kurallar çerçevesinde karar vermek zorunda olduklarına**, aykırı karar vermenin **temyiz sebebi oluşturacağına**, 28.1.1994 gününde yapılan ilk toplantıda üçte ikiyi geçen çoğunlukla Yargıtay Kanunu’nun 45. maddesi uyarınca karar verildi” (İBK 28.01.1994, 04/01: RG 13.04.1994, Sa. 21904, s. 5-20). Doktrinde ise, haklı olarak, Yargıtay’ın 28.01.1994 tarih ve 4/1 sayılı İBK’daki bu görüşün HMK yürürlüğe girdikten sonra gözden geçirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Çünkü taraflar, tahkim sözleşmesi veya şartında uyuşmazlığın maddî hukuk kurallarına göre

alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olması ve tarafların iradî olarak bu yola başvurmalarıdır. Böyle bir riskin varlığını düşünen taraflar, tahkim yolunu tercih etmez. Hakemlerin seçim usûlü de taraf iradesine dayandığından, taraflar alanında uzman kişileri hakem olarak atayarak bu tehlikeyi asgariye indirebilirler<sup>77</sup>.

Netice itibariyle iptal davasında, usûle aykırılığın kararın esasına etkili olması hakkında inceleme yapılırken, maddî hukuka ilişkin aykırılık incelenmez ve değerlendirilemez<sup>78</sup>. Ancak kanaatimizce, hükümde iptal sebebi olabilmesi için açıkça usûl açısından sözleşmede yer alan hükümlere aykırılıktan söz edilmekle birlikte, buradaki usûl kavramını geniş yorumlamak ve hukuk seçimine ilişkin usûlün de bu hükmün kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir. Aksi hâlde taraflarca seçilen hukuku dikkate almaksızın verilen bir hakem kararına karşı sırf bu sebeple herhangi bir yola başvurulamaz<sup>79</sup>. Kaldı ki, usûlî bir eksikliğin kararın esasına etkili olup olmadığını tespit için de zaten uyuşmazlığın esasına girmek gerekir<sup>80</sup>.

## E- AYRILMA AKÇESİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN HAKEM KARARLARININ İLÂMLI İCRAYA KONULMASI HÂLİNDE ORTAYA ÇIKABİLECEK HUKUKÎ SORUNLAR

### 1- İlamlı İcra Prosedüründe Hakem Kararının Kesinleşmeden İcra Konulabilmesi

Bilindiği üzere hakem kararları verildikleri anda icra edilebilir hâle gelir<sup>81</sup>. Bunun için herhangi bir makamın tasdikine ihtiyaç yoktur.

---

çözümlemesini kararlaştırmışlarsa, hakemlerin kanunu yanlış uygulamalarını yetki aşımı olarak görmek ve iptal sebebi saymak, zorlama bir yorum olacaktır (**Budak/Karaaslan** § 23. XI).

<sup>77</sup> **Budak/Karaaslan** § 23. XI; **Konuralp** s. 215; **Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel** s. 31; **Özbay-HMK** s. 543; **Özbay/Korucu** s. 220. Ayrıca bkz. HMK m. 439'a ilişkin Hükümet Gerekçesi (**Budak, Ali Cem**, Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Medeni Usul Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2018, s. 625-626).

<sup>78</sup> **Pekcantez/ Yeşilirmak**, Pekcantez Usul, s. 2759; **Süral**, s. 1399.

<sup>79</sup> Aynı yönde görüş için bkz. **Ekşi-Milletlerarası Tahkim**, s. 200.

<sup>80</sup> Benzer şekilde bkz. **Kalpsüz-Temyiz**, s. 138.

<sup>81</sup> **Konuralp**, s. 215; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 790; **Karşı-Usul**, s. 940.

Bunun amacı tahkimin hızlı bir biçimde sonuçlandırılmasıdır. Öyle ki hakem kararlarına karşı açılacak iptal davası da kural olarak hakem kararının icrasını durdurmaz. Aynı şekilde iptal kararının temyize götürülmesi hâlinde de hakem kararının icrasını durdurmaz<sup>82</sup>(HMK m. 439/ 6). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, hakem kararları hakkında devlet mahkemelerinden "icra edilebilirlik belgesi" alınmasına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ayrıca, HMK'da hakem kararlarına kesinleşme şerhi verilmesini öngören bir düzenleme de yoktur<sup>83</sup>.

Kesinleşen hakem kararı, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder<sup>84</sup>. Hakem kararlarının taraflar arasında tahkime konu olan uyuşmazlıkla ilgili olarak kesin hüküm oluşturması, hakem kararlarının yargısal

82 **Alangoya-Tahkim** s. 200, 203; **Konuralp**, s. 218; **Özbek, Mustafa Serdar.**, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlämlü İcranın Etkinliği, C. 1, 2, Ankara 2018, s. 878; **Özbek, Mustafa Serdar.**, Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlämların Kesinleşmeden Önce İcraya Konulması (BÜHFD 2016/1, s. 37-78), s. 51; **Pekcanitez/Yeşilirmak-Pekcanitez-Usül** § 22. VII. K. Buna karşılık, teminat karşılığında hakem kararının icrası durdurulabilir (HMK m. 439/4); Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi hakkındaki 1958 tarihli New-York Sözleşmesinin m. 5/1- e hükmüne göre ise, yabancı bir hakem kararının tenfizi için sadece tarafları bağlayıcı (*obligatoire, binding*) olmasını yeterli saymıştır (**Kalpsüz-** Kavram, s. 36); "Tahkime, taraflar arasında ihtilâfi halleden hakem kararının, onların rızası ile icra edilmesi halinde devletin müdahale etmesini gerektiren hiçbir sebep yoktur" (**Kalpsüz-Temyiz**, s. 134).

83 Bununla karşılık doktrinde, HMK'ya göre verilen hakem kararları içinde mahkemeden icra edilebilirlik belgesi ve kesinleşme şerhi talep edilmesinin mümkün olacağı görüşünü savunan yazarlar da vardır (Bkz. **Budak**, s. 57- 58).

84 **Lew/Mistelis/Kröll** s. 627; **Alangoya-Tahkim** s. 26; **Atalı/Ermenek/Erdoğan XXXVI. F. 7; Koral.**, s. 60; **Özbay, İbrahim**, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 282; **Özbay-Temyiz** s. 343; **Özbay/Korucu** s. 178; **Pekcanitez/Yeşilirmak-Pekcanitez-Usül** § 22. VI. B. 1; **Sarisözen-Hakem Yargılaması** s. 94; **Üstündağ-Usul** s. 915. Yarg. 1.HD., 16.01.2002, E. 13877, K. 228 sayılı kararına göre, "Hakem kararlarının da HUMK 237. maddesi uyarınca maddi anlamda kesin hüküm oluşturacağı ve tarafları bağlayacağı kuşkusuzdur. Kesin hüküm niteliği kazanan hakem kararlarıyla mer'a olmadığı sabit olan taşınmazın artık mer'a olduğunu iddia ve ispat etmeye yasal olanak yoktur. Taraflar arasında görülen 1977/131-164 sayılı hakem dosyasında, dava konusu taşınmazın ham toprak niteliğinde yerleşim alanı olarak kabul edildiği ve mülkiyetinin Belediyeye aidiyetinin tespitine karar verildiği anlaşılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, hakem kararlarının da HUMK 237. maddesi uyarınca maddi anlamda kesin hüküm oluşturacağı ve tarafları bağlayacağı kuşkusuzdur... Hal böyle olunca da davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, anılan hakem kararı gözardı edilmek suretiyle yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir. Davacının temyiz itirazı yerindedir. Kabulüyle, hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK 428. maddesi uyarınca BOZULMASINA..." (**Sarisözen**, s. 94).

niteliğinin doğal bir sonucudur. Çünkü hakem kararları da, mahkeme kararları gibi ancak kanun yolları ile düzeltilebilir<sup>85</sup>. Ayrıca hakem kararı, aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı sebeple açılan yeni bir davada kesin delil teşkil eder<sup>86</sup>.

Ayrılma akçesiyle ilgili olarak hakem/hakem kurulu bir karar vermişse, bu karar da kesinleşmeden icra edilebilecek, gerek iptal davası açılması gerek iptal davasına ilişkin olarak verilen kararlara karşı temyize başvurulması, hakem kararının icrasını durdurmayacaktır.

Buna karşılık, olması gereken hukuk bakımından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda değişiklik yapılarak iptal davasının açılmasının kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurması gerektiği, iptal davası için öngörülen sürenin geçmesi, tarafların iptal davası açmaktan feragat etmeleri gibi hakem kararının denetimden geçmediği durumlarda, özellikle tahkime elverişli olmayan bir konuda verilen veya kamu düzenine aykırı olan hakem kararının icrasının önlenmesi bakımından, mahkemedeki hakem kararının icrasına ilişkin belge alınmasının daha doğru olacağı da ileri sürülmektedir<sup>87</sup>. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 15/B'ye göre, hakem kararı, iptal davası açılmadığı için kesinleşse bile hemen icra edilememekte, bunun için asliye hukuk mahkemesinin hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge vermesi gerekmektedir<sup>88</sup>. Hakem kararı ancak mahkemenin, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge vermesinden sonra icra edilebilmektedir. İptal davası için öngörülen sürenin geçtiği veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hallerde mahkeme, icra edilebilirlik belgesini vermeden önce, hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığı ile kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığı hususlarını re'sen incelemekte, böyle bir durumun varlığını tespit ederse hakem kararını iptal edebilmektedir<sup>89</sup>.

85 **Özbay**- Kesin Hüküm, s. 282; **Özbay**- Temyiz, s. 343; **Sarısözen**, s. 94.

86 **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**- Usul, s. 792.

87 Bkz. **Özbek, Mustafa Serdar**, Yeni İcra ve İflas Kanunu İçin Öneriler Işığında İlamlı İcrada İcranın Ertelenmesi, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sa. 1, Y. 5, Ankara 2018, s. 71.

88 **Hakan Pekcanitez/ Cemil Simil**, İcra- İflas Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 198.

89 **Özbek**-İcranın Ertelenmesi, s. 68-69.

## 2- Ayrılma Akçesine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hakem Kararına Dayılanarak İlamlı İcra Takibi Yapılması Durumunda Şikâyet Yoluna Başvurulması

Ayrılma akçesinin borçlusunu olan limited şirket aleyhine ayrılma akçesinin ödenmesine ilişkin hakem kararına dayanarak ilamlı icra takibi yapılmışsa, bunun üzerine alacaklı ortak tarafından şikâyet yoluna (İİK m. 16 vd) gidebilir mi?

Bu konuda özellikle ayrılma akçesi borçlusunu olan limited şirketin, hakem kararının ilamlı icraya konu edilmesi halinde, aleyhine yapılan ilamlı icra takibine ilişkin olarak takip talebinin kabul edilmemesi gerektiğini ve TTK m. 642 hükmünü aykırı olarak kabul edilmesi nedeniyle başvurulduğu uygulamada görülmektedir. Kanaatimizce icra müdürünün bu haliyle hakem kararını incelemesi ve TTK m. 642 inci madde hükümlerini dikkate alması kendisinden beklenemez. Bu halde icra mahkemesi büyük ihtimalle borçlu şirketin şikâyet talebini reddetmelidir. Ancak burada şikâyet üzerine verilecek icra mahkemesi kararlarının niteliği üzerinde durmak gerekecektir.

Hukukumuzda icra mahkemesinin takip hukukuna ilişkin kararlarının (şikâyet, icra takibinin iptali ve taliki, itirazın kaldırılması gibi) maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği; sadece takip hukuku bakımından, yani verilmiş oldukları icra takibinde veya aynı alacak için daha sonra yapılacak icra takiplerinde kesin hüküm teşkil edecekleri konusunda doktrinde görüş birliği söz konusudur<sup>90</sup>. Dolayısıyla, gerek “*icra mahkemesinin şikâyet talebine ilişkin kararları*” gerek “*takibin iptali ve taliki hakkında verilen kararları*” takip hukukuna ilişkin kararlar olup, bu aşamadan sonra genel mahkemelerde dava açılmasına engel bir durum yoktur.

Buna karşılık, şikâyet hakkında verilen kararın dayandığı olay ve şartların sonradan değişmemesi halinde; aynı konuda aynı taraflar

<sup>90</sup> Bkz. Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 65-66; Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1988, C. 1, s. 34; Karlı, Abdurrahim, İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2010, s. 161; Muşul, Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, C. I, Ankara 2013, s. 67; Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin Özkan, Meral / Özekes, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 2. Bası, Ankara 2015, s. 93; Pekcanitez/ Simil, s. 508; Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 66; Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt I - Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s. 863-864; Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2017, s. 347; Ahmet Cahit İyilikli, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Ankara 2016, s. 71.

arasında ve aynı sebebe dayanılarak tekrar şikâyet ileri sürülemez<sup>91</sup>. Yargıtay da, aynı takip dosyası nedeniyle aynı taraflar arasında ve aynı konuda dahi önce verilen icra mahkemesi kararının kesinleşmesi durumunda sonraki şikâyetler bakımından kesin hüküm teşkil edeceğini kabul etmektedir. Nitekim özellikle şikâyetle ilgili olarak, Yargıtay 12. HD'nin 18.06.2012 tarih ve E. 2012/5327/, K. 2012/20888 sayılı kararında “... *İcra mahkemesince verilen kararlar, kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemekle birlikte, aynı takip dosyası nedeniyle, aynı taraflar arasında ve aynı konuda daha önce verilen icra mahkemesi kararı kesinleşmesi koşuluyla sonraki şikâyet yönünden kesin hüküm teşkil eder...*” ifadelerine yer verilmiştir<sup>92</sup>.

Şu hâlde, icra mahkemesince şikâyet üzerine verilen karara rağmen, aynı konuda ve aynı sebebe dayanılarak genel mahkemelerde dava (örneğin alacaklı açısından alacak davası, borçlu açısından ise örneğin menfi tespit davası gibi bir dava) açılmasına hukuken bir engel yoktur<sup>93</sup>. Ayrıca ayrılma akçesi borçlusu olan limited şirketin de, alacaklı aleyhine örneğin menfi tespit davası, tazminat ve istirdat davası açmasına engel bulunmadığı gibi,, takas ve mahsup talebinin kabulü talebine yönelik bir alacak davası açmasına hukuken bir engel bulunmamaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, Türk hukuk doktrininde icra mahkemesinin kararlarının (şikâyet gibi) maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği konusunda görüş birliği vardır. Ayrıca Yargıtay kararlarında da aynı yönde görüşlere rastlanmaktadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27. 10. 1982 tarih ve E. 1979/11-1915, K. 1982/865 karar sayılı kararında; “... dar ( sınırlı ) yetkili icra tetkiki mercii (icra mahkemesi) kararlarının, konusunu teşkil eden olay yönünden kesin hüküm oluşturması söz konusu olamaz. Bu nedenle olayda kesin hüküm bulunduğuna ilişkin direnme nedeninde isabet bulunmamaktadır...” denilmiştir. Bunun nedeni ise, icra mahkemelerinin yetkisinin genel mahkemelere oranla sınırlı olması ve verdiği kararın etkisinin sadece yapılan takip açısından geçerli olmasıdır<sup>94</sup>.

---

91 **Pekcantez/Simil**, s. 509.

92 Karar için bkz. KİBB

93 **Pekcantez Simil**, s. 508.

94 **Gürdoğan, Burhan**, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, s. 39; **Pekcantez/Simil**, s. 508; **İyilikli**, s. 72.

### 3- Limited Şirketin Borcunun Muaccel Olmaması Durumunda Ayrılma Akçesinin Borçlusu Olan Limited Şirketin Hangi Hukukî İmkânları Kullanabileceği Sorunu

a) Bu tartışma hukukumuzda, ilk olarak menfi tespit davası ile ilgili olarak yapılmaktadır. Bu durumda, yapılan (ilamlı) icra takibinde, borçlu borcun (alacağın) muaccel olmaması durumunda menfi tespit davası açabilir mi?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, alacak TTK m. 642’de belirtilen şartlar gerçekleşmediği için muaccel olmadığı hâlde, ödenmesi cebrî icra tehdidi altında istenir veya icra takibine girilirse, borçlu şirket alacağın (borcunun; ayrılma akçesi borcunun) muaccel olmadığı def’ini ileri sürebilir. Borçlunun hukukî yararı varsa, bu def’i hakkına dayanarak da menfi tespit davası açabilir<sup>95</sup>.

Kaldı ki sadece borcun bulunmadığı durumunda değil, borcun (alacağın) muaccel olmadığı şeklinde açılacak bir davanın da İİK m. 72 anlamında bir menfi tespit davası niteliğinde olduğu hukukumuzda kabul edilmektedir<sup>96</sup>. Çünkü alacağın muaccel olmadığına tespiti talebi de İİK m. 72/1 anlamında, halen istenebilecek (ödenmesi gereken) bir borcun bulunmadığının tespiti talebi olarak nitelendirilebilir<sup>97</sup>. Nitekim Yargıtay 19. HD’nin 31. 3. 1995 tarih ve E. 94/9552, K. 95/3059 sayılı kararında şu ifadelerle yer verilmiştir: “*Davacının davadaki talebinin borcun muaccel olmadığına tespitine yönelik bir menfi tespit davası bulunmasına ... dava İİK’nun 72. maddesine temas eden bir menfi tespit davası niteliğinde olup, mahkemece İİK’nun 72/ 4. maddesindeki koşullar da gözetilerek davalı alacaklı yararına tazminata mahkum hükmedilmesi gerekir*”<sup>98</sup>.

Şu halde; kesinleşmiş olan hakem kararının (ilamının) icraya konulması halinde de özellikle borcun **muaccel olmaması** ve TTK m. 642’deki şartların gerçekleşmemesi halinde, borçlu şirketin örneğin menfi tespit davası açması mümkündür. Ancak burada menfi tespit

95 Bkz. ve karşı. **Türk, Ahmet**, Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası (Yargıtay Kararları Işığında, Özellikle Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Menfi Tespit Davası, Kambiyo Senedi Borçlusunun Defileri, Kambiyo Senedinin Bedelsizliği ve Hükümsüzlüğü), Ankara 2006, s. 102; **Kuru, Baki**, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003, s. 22

96 **Kuru**-Menfi Tespit, s. 23.

97 **Kuru**- Menfi Tespit, s. 22- 23.

98 Karar metninin özeti için bkz. **Kuru**-Menfi Tespit, s. 23, dn. 38.

davasının konusu **borcun mevcut olmaması değildir**. Zira borcun mevcut olduğu kesinleşmiş bir hakem kararına (ilamina) bağlanmış ise, olsa olsa **borcun vadesinin gelmediği** (muaccel olmadığı; TTK m. 642'deki şartların gerçekleşmediği) **yönünde bir talepten/davadan söz edilebilir**.

b) İlâmlı icra prosedüründe borçlu şirket, ayrıca, **icra emrinin tebliğinden sonraki dönemde** İİK m. 33 uyarınca itfa, imhal veya zamanasını iddiasına dayalı olarak icra emrine karşı icranın geri bırakılmasını istememiş veya istemi (belli belgelere dayalı olarak inceleme yaptığı için) icra mahkemesince reddedilmişse, borçlu şirket, alacaklıya (ayrılma akçesi isteyen ortağa) karşı menfi tespit davası açabilir<sup>99</sup>. İİK m. 33/4 uyarınca “*Borçlu olmadığı parayı ödemek mecburiyetinde kalan borçlunun 72 nci madde mucibince istirdat davası açarak paranın geriye verilmesini istemek hakkı saklıdır*”. Bu hükme istinaden, icra mahkemesince icranın geri bırakılması istemi reddedilen veya icranın geri bırakılması yoluna hiç başvurmamış olan borçlu, ilâmlı icrada borcunu icra dairesine ödemediği önce, hükmün verildiği tarihten sonraki dönemde borcun itfa edilmiş, zamanasına uğramış veya **özel kanun hükmü (TTK m. 642/1) sebebiyle henüz muaccel olmamış olduğunu ileri sürerek** alacaklıya karşı menfi tespit davası açabilir. İcra mahkemesi kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden<sup>100</sup>, bu davada icra mahkemesinin önceden verdiği icranın geri bırakılmasının talebinin reddi kararına istinaden kesin hüküm itirazında bulunulamaz.

Borçlu, hükmün verildiği tarihten sonraki döneme ilişkin iddialarla açtığı menfi tespit davasını kazanırsa, kaşı alacağını ilâmla tespit ettirmiş olacağından, icra mahkemesinde takas itirazında da bulunabilir<sup>101</sup>. Takas için ileri sürülen karşılık alacak menfi tespit ilâmıyla tespit edilmiş olacağından borçlu, karşılık alacağını bu ilâm ile ispat etmiş olur. HGK'nun 12.10.1994 tarih ve 1994/251-593 sayılı kararında<sup>102</sup> da benimsendiği üzere, icra mahkemesinde takas ve mahsup iddiası kural olarak;

1- Takasa konu alacağın İİK'nun 68. maddesindeki belgelere dayalı bulunması,

<sup>99</sup> Bkz. ve karşı. **Kuru, Baki**, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, 1993, C. III, s. 2304.

<sup>100</sup> Bkz. yuk. E-2.

<sup>101</sup> **Kuru, Baki**, İcra ve İflas Hukuku, 1997, C. IV, s. 2287.

<sup>102</sup> Bkz. HGK'nın 12.10.1994 tarih ve 1994/251-593 sayılı kararı (KİBB).



2- Bu alacakla ilgili olarak icra takibinin yapılmış ve takibin kesinleşmiş olması,

3- Alacağın ilama bağlanması hallerinde nazara alınabilir. Ayrıca takas ve mahsup talebi süreye tâbi değildir<sup>103</sup>.

Ayrıca şu hususu vurgulamak gerekir ki, limited şirketten ayrılma sebebini oluşturan husus aynı zamanda ortaktan tazminat istemesine imkân sağlayan, rekabet yasağı ve bağlılık yükümlülüğüne aykırılık gibi hâllerden biri ise, istenebilecek tazminatın ayrılma akçesi alacak takasa da konu edilebilir. Böyle bir durumda ise, zararın ayrılma akçesinden düşülmesi şeklinde bir mahsup işlemi yapılmayıp, takas hükümleri işletilir. Çünkü muaccel alacaklardan biri çekişmeli olsa bile takas ileri sürülebilir (TBK m. 139, 2). Bu takasın gerçekleşmesi için şirketin tazminat alacağının usulüne uygun belirlenmesi ve talep edilebilir hâle gelmesi gerekir<sup>104</sup>.

#### **4- Ayrılma Akçesinin Ödenmesine İlişkin Hakem Kararının İhtiyati Haciz Kararına Dayanak Gösterilmesi**

Bu konuda Yargıtay 11. HD.'nin 12.03.2015 tarih ve E. 1027, K: 3429 sayılı kararı önem arz etmektedir. Nitekim karara göre;

*“Bakırköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi’nce verilen 28/05/2014 tarih ve 2014/90-2014/90 D. İş sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi hacze itiraz eden vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava, 6100 sayılı Kanun’un geçici 3/2. maddesi delaletiyle uygulanması gereken HUMK’nın 3156 sayılı Kanun ile değişik 438/1 maddesi hükmü gereğince miktar veya değer söz konusu olmaksızın duruşmalı olarak incelenmesi gereken dava ve işlerin dışında bulunduğundan duruşma isteğinin reddiyle incelemenin dosya üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:*

*İhtiyati hacze itiraz eden vekili, hakem kararlarının kesinleşmeden uygulanamayacağını, ihtiyati haczin dayanağı olan hakem kararının yok hükmünde ayrıca kamu düzenine aykırı olduğunu, ayrılma akçesinin de muaccel olmadığını savunarak, aleyhine verilen ihtiyati haciz kararının kaldırılmasını talep etmiştir.*

<sup>103</sup> Bkz. Yarg. 12. HD’nin 8.7.2013 tarih ve 17451/25576 sayılı kararı (KİBB).

<sup>104</sup> Bilgili/Demirkapı, s. 776.

*İhtiyati haciz talep eden vekili, itirazın reddini istemiştir. Mahkemece, itiraz nedenlerinin yerinde görülmediği gerekçesiyle, itirazın reddine karar verilmiştir.*

*Kararı, ihtiyati hacze itiraz eden vekili temyiz etmiştir.*

*İstem, ihtiyati haciz kararının kaldırılması talebine ilişkin olup, mahkemece hakem kararlarının kesinleşmesine gerek olmadığı gerekçesiyle itiraz reddedilmiştir. Ancak, ihtiyati haciz kararına dayanak gösterilen hakem kararı limited şirketten çıkma ve çıkma payının tahsili istemine ilişkindir. Çıkma kararı ise inşai nitelikte bir karar olup bu karara göre hesap ve tahakkuk eden çıkma payı ancak bu kararın kesinleşmesi ile infazı mümkün alacaklardandır. Bu durumda, **ihtiyati haczin istem tarihi itibarıyla muaccel bir para alacağından söz edilemez.** Nitekim, alacaklı tarafça girişilen icra takiplerinin de bu gerekçeyle yetkili mahkemece iptal edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda alacaklının İİK'nın 257. maddesinde öngörülen koşulların varlığını iddia ve ispat etmemiş olması da gözetilerek borçlunun 265. madde çerçevesindeki itirazının kabulüne karar vermek gerekirken aksi düşünceyle reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, ihtiyati hacze itiraz eden vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın ihtiyati hacze itiraz eden yararına BOZULMASINA... oybirliğiyle karar verildi”.*

Görüldüğü gibi burada özetle ve kanımızca isabetli bir şekilde, ihtiyati haciz kararına dayanak gösterilen hakem kararının limited şirketten çıkma ve çıkma payının tahsili istemine ilişkin olup, çıkma kararının ise **inşai** nitelikte bir karar olduğu, bu karara göre hesap ve tahakkuk eden **çıkma payının ancak kararın kesinleşmesi ile infazı mümkün alacaklardan olduğu-** İhtiyati haczin istem tarihi itibarıyla **muaccel bir para alacağından söz edilemeyeceğinden**, alacaklının İİK'nın 257. maddesinde öngörülen koşulların varlığını iddia ve ispat etmemiş olması da gözetilerek, borçlunun, "İİK. 265. madde çerçevesindeki itirazın kabulüne" karar verilmesi gerekeceğine vurgu yapılmıştır.

## F- SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Limited şirketlerde ayrılma akçesine ilişkin olarak, TTK m. 642 hükmü; ayrılma akçesinin, ancak,

a) Şirketin kullanılabilir bir özkaynak üzerinde tasarruf ediyor olması,

b) Ayrılan kişinin esas sermaye payları devredilebiliyor olması,

c) Esas sermayenin, ilgili hükümlere göre azaltılmış olması hallerinden birinin varlığı hâlinde, ayrılma ile muaccel olacağını düzenlemektedir. Aynı maddenin 3 üncü fıkrası hükmü ise, “*Ayrılan ortağın ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı, şirkete karşı, bütün alacaklılardan sonra gelen bir alacak oluşturur. Bu husus yıllık raporda kullanılabilir özkaynak tutarının tespiti ile muaccel hâle gelir*” şeklindedir.

TTK m. 642 hükmünde yer alan ayrılma akçesiyle ilgili olarak uygulamada birçok uyuşmazlığın ortaya çıkmaktadır. Özellikle, bu konuda dava veya tahkim yoluna başvurulduğu, limited şirketin ayrılma akçesinin ödenmesi konusundaki hakem kararının ilâmlı icraya konu edildiği, bazen borçlu şirketin bu icra takip işlemine karşı şikâyet yoluna gittiği görülmektedir. Ayrıca, TTK m. 642’deki şartlar gerçekleşmediği için alacaklı ortak aleyhine, borçlu şirket tarafından menfi tespit davası açıldığı veya takas ve mahsup talebinde bulunduğu, bazen ise ayrılma akçesinin ödenmesi hakkındaki hakem/hakem kurulu kararının ihtiyatî haciz kararına dayanak gösterildiği görülmektedir.

İşte çalışmamızda, Türk Ticaret Kanunu ile İcra ve İflas Kanunu bakımından önem taşıyan söz konusu ihtimaller çerçevesinde, birçok hukuki sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır. Vardığımız bu sonuçlar ana hatları ile aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

**1-** TTK m. 642/f.1’deki şartların oluşmadığı durumlarda, mahkeme veya hakem/hakem kurulu kararıyla hükme bağlanmış olsa dahi ayrılma payının tamamının yahut bir kısmının elde edilmemesi ihtimal dâhilindedir. TTK m. 642/1’e göre, çıkan veya çıkarılan ortağın ayrılma akçesi maddede belirtilen bu üç şarttan birisinin gerçekleşmesi hâlinde muaccel hale gelir ve ortağa ayrılma akçesi ödenebilir. Kanun ayrılma akçesinin bu üç varsayımda derhal ödenmesini öngörmekte; bu kaynaklar ayrılma tarihinde mevcutsa, muacceliyet ayrılma tarihi ile örtüşmekte, mevcut değilse muacceliyet bu kaynakların sağlandığı tarihte başlamaktadır.

**2-** Limited şirketlerde şirketten çıkma ve çıkma payının tahsiline ilişkin uyuşmazlıklar, tarafların dava konusu üzerinde sulh ve kabul yolu ile serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklardan olduğu için, tahkim sözleşmesine konu olabilir. Ayrılma akçesi bakımından; taraflar (limited şirket ve ayrılma akçesi alacaklısı olan ortak) tahkim sözleşmesinde, hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar vermesini açıkça istemişlerse (kararlaştırmışlarsa), hakem/ hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar vermesi gerekir. Bu durumda ise, hakem veya hakem kurulunun

hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar vermesi hâlinde, TTK m. 642/ f.1'deki ayrılma akçesine ilişkin şartların tahkim yargılamasında aranması gerekip gerekmediği önemli bir sorundur. Burada kanımızca TTK m. 642/f.1'deki şartların bu ihtimalde de aranması gerektiridir. Hakem (veya mahkeme) kararıyla hükme bağlanmış olsa dahi, ayrılma payının tamamının yahut bir kısmının elde edilmemesi ihtimal dâhilinde bulunduğundan, eğer TTK m. 642/f.1'de düzenlenen üç kaynaktan herhangi biri ayrılma tarihinde mevcutsa, muacceliyet ayrılma tarihinde gerçekleşir; mevcut değilse, muacceliyet bu kaynakların sağlandığı tarihte başlar.

**3-** HMK m. 433/3 gereğince, taraflar, hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar vermesini açıkça istedikleri takdirde, hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar vermesi gerekir; aksi hâlde, yâni açıkça bu yönde bir irade ortaya koymamışlarsa hakem veya hakem kurulunun maddî hukuk hükümlerini uygulaması gerekir. Elbette taraflar tahkim sözleşmesinde, açıkça hakem veya hakem kurulunun maddî hukuk hükümlerine (örneğin TTK'ya) göre karar vereceklerini kararlaştırmışlarsa, maddî hukuk hükümlerinin uygulanması gerekeceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Aksi durum kanımızca hakem kararının iptalini (HMK m. 439) dahi gerektirebilecektir. Ayrılma akçesiyle ilgili olarak hakem/hakem kurulu bir karar vermişse, bu karar da kesinleşmeden icra edilebilir ve gerek iptal davası açılması gerek iptal davasına ilişkin olarak verilen kararlara karşı temyize başvurulması, hakem kararının icrasını durdurmaz. Buna karşılık, olması gereken hukuk bakımından, HMK'da değişiklik yapılarak iptal davasının açılmasının kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurması gerektiği, iptal davası için öngörülen sürenin geçmesi, tarafların iptal davası açmaktan feragat etmeleri gibi hakem kararının denetimden geçmediği durumlarda, özellikle tahkime elverişli olmayan bir konuda verilen veya kamu düzenine aykırı olan hakem kararının icrasının önlenmesi bakımından, mahkemeden hakem kararının icrasına ilişkin belge alınmasının daha doğru olacağını belirtmek gerekir.

**4-** Ayrılma akçesinin borçlusu olan limited şirket aleyhine ayrılma akçesinin ödenmesine ilişkin hakem kararına dayanarak ilamlı icra takibi yapılmışsa, bunun üzerine alacaklı ortak tarafından şikâyet yoluna (İİK m. 16 vd) başvurabilir. Bu konuda özellikle ayrılma akçesi borçlusu olan limited şirketin, hakem kararının ilamlı icraya konu edilmesi halinde, aleyhine yapılan ilamlı icra takibine ilişkin olarak takip talebinin kabul edilmemesi gerektiğini ve TTK'nın 642'nci maddesine aykırı olarak

kabul edilmesi nedeniyle başvurulduğu uygulamada görülmektedir. Kanaatimizce icra müdürünün bu haliyle hakem kararını incelemesi ve TTK m. 642 inci madde hükümlerini dikkate alması kendisinden beklenemez. Bu halde icra mahkemesi büyük ihtimalle borçlu şirketin şikâyet talebini reddetmelidir. Ancak burada şikâyet üzerine verilecek icra mahkemesi kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez.

**5-** Bu konuda özellikle önemli bir sorun, limited şirketin borcunun muaccel olmaması halinde, ayrılma akçesinin borçlusu olan limited şirketin, ayrılma akçesi alacaklısı ortağa karşı hangi hukukî imkânları kullanabileceğidir. Şu halde;

**a)** Alacak TTK m. 642’de belirtilen şartlar gerçekleşmediği için muaccel olmadığı hâlde, ödenmesi cebri icra tehdidi altında istenir veya icra takibine girilirse, borçlu şirket alacağın (yani ayrılma akçesi borcunun) muaccel olmadığı def’ini ileri sürebilir. Borçlunun hukukî yararı varsa, bu def’i hakkına dayanarak da menfi tespit davası da açabilir. Bir başka ifadeyle; kesinleşmiş olan hakem kararının (ilamının) icraya konulması halinde de özellikle borcun muaccel olmaması ve TTK m. 642’deki şartların gerçekleşmemesi halinde, borçlu şirketin örneğin menfi tespit davası açması mümkündür. Ancak burada menfi tespit davasının konusu borcun mevcut olmaması değil, borcun vadesinin gelmediğidir (muaccel olmadığı; yani TTK m. 642’deki şartların gerçekleşmediği).

**b)** İlâmlı icra prosedüründe borçlu şirket, ayrıca, icra emrinin tebliğinden sonraki dönemde İİK m. 33 uyarınca itfa, imhal veya zamanaşımı iddiasına dayalı olarak icra emrine karşı icranın geri bırakılmasını istememiş veya istemi (belli belgelere dayalı olarak inceleme yaptığı için) icra mahkemesince reddedilmişse, borçlu şirket, alacaklıya (ayrılma akçesi isteyen ortağa) karşı menfi tespit davası açabilir. İcra mahkemesince icranın geri bırakılması istemi reddedilen veya icranın geri bırakılması yoluna hiç başvurmamış olan borçlu, ilâmlı icrada borcunu icra dairesine ödmeden önce, hükmün verildiği tarihten sonraki dönemde borcun itfa edilmiş, zamanaşımına uğramış veya özel kanun hükmü (TTK m. 642/1) sebebiyle henüz muaccel olmamış olduğunu ileri sürerek alacaklıya karşı menfi tespit davası açabilir.

**6-** Borçlu, hükmün verildiği tarihten sonraki döneme ilişkin iddialarla açtığı menfi tespit davasını kazanırsa, kaşı alacağını ilâmla tespit ettirmiş olacağından, icra mahkemesinde takas itirazında da bulunabilir. Takas için ileri sürülen karşılık alacak menfi tespit ilâmıyla tespit edilmiş olacağından borçlu, karşılık alacağını bu ilâm ile ispat etmiş olur. Ayrıca, limited şirketten ayrılma sebebini oluşturan husus

aynı zamanda ortaktan tazminat istemesine imkân sağlayan, rekabet yasağı ve bağıllık yükümlülüğüne aykırılık gibi hâllerden biri ise, istenebilecek tazminatın ayrılma akçesi alacak takasa da konu edilmesi mümkündür. Böyle bir durumda ise, zararın ayrılma akçesinden düşülmesi şeklinde bir mahsup işlemi yapılmayıp, takas hükümleri işletilir. Çünkü muaccel alacaklardan biri çekişmeli olsa bile takas ileri sürülebilir (TBK m. 139, 2).

7- Son olarak, limited şirketten çıkma ve çıkma payının tahsili istemine ilişkin hakem veya hakem kurulu kararının (ilâm olarak) ihtiyati haciz kararına dayanak gösterilmesi de mümkündür. Bu durumda ise, Yargıtay'ın isabetli olarak, çıkma kararının ise inşai nitelikte bir karar olduğu, bu karara göre hesap ve tahakkuk eden çıkma payının ancak kararın kesinleşmesi ile icrası mümkün alacaklardan olduğu ve ihtiyati haczin talep tarihi itibarıyla muaccel bir para alacağından söz edilemeyeceğine ilişkin görüşüne biz de katılmaktayız.

**KAYNAKÇA \***

**Adams, George W./Bussin, Naomi L.**, Alternative dispute resolution and the Canadian courts: a time for change (ADRLJ 1995, Vol. 4, s. 243-262)

**Akıncı, Ziya**, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2013.

**Aktaş, Sururi**, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, No.1-2, s.1-28, 2010.

**Alangoya, Yavuz**; Bir Tebliğ Dolayısı ile Hakem Mahkemesinin Direnmesi Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999 (s. 1- 15) (**Alangoya- Direnme**).

**Alangoya Yavuz / Yıldırım, Kamil / Deren- Yıldırım, Nevhis**, Medeni Usul Hukuku Esasları, 6. Bası, İstanbul 2006.

**Alangoya Yavuz**, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973 (**Alangoya- Tahkim**).

**Anıl Çeçen**, Adalet Kavramı, 2. Baskı, İstanbul Ekim 1993.

**Arslan, Ramazan**, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977.

**Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Ankara 2018 (**Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası- İcra**)

**Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel**, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018 (**Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası- Usul**).

**Arslan, Ramazan/Tanrıver, Süha**, Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001.

**Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin**, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2018.

**Aydemir, Fatih**, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017.

**Bahtiyar, Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, 11. Baskı İstanbul 2016.

**Balçı, Muharrem**, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999.

---

\* Çalışmada bir yazarın birden fazla eserinin olması durumunda, eserin kısaltması parantez içinde gösterilmiştir.

**Baştuğ, İrfan**, Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkartılması, İzmir 1966.

**Berger- Klaus P.**, Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht, (DZWir 1998, s. 45-55). (**Berger-** DZWir 1998).

**Berger- Klaus P.**, Drafting History and Principal Features of the New German Arbitration Law (The New German Arbitration Law, Köln, 1998), s. 39-52 (**Berger-** Arbitration)

**Bernardini, Piero**, The Italian Law on Arbitration: Text and Notes, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1998.

**Bilge, Necip**, Hakem Yargılamasında Uygulanacak Hukuk, Kaideleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler- Tartışmalar, 29 Kasım- 4 Aralık 1965.

**Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan**, Şirketler Hukuku, Bursa 2013.

**Bishop, Doak/Miles, Craig, S.**, Arbitration (Alternative Dispute Resolution Handbook, Alternative Dispute Resolution Section of the State Bar of Texas, Dallas 2003, s. 59-86)

**Brown, Henry/Marriott, Arthur**, ADR Principles and Practice, London 1999.

**Budak, Ali Cem**, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C.I, S. I, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012

**Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol**, Medeni Usul Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2018.

**Bühler, Michael**, The German Arbitration Act 1997: Text and Notes, Kluwer Law International, New York and Paris, 1998.

**Crowter, Harold**, Introduction to Arbitration, London 1998.

**Çamoğlu, Ersin /Poroy, Reh /Tekinalp, Ünal**, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, II, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul 2017.

**Çamoğlu, Ersin**, Limited Ortaklıktan Çıkarılma, Batider, C.XXX, S.3, Eylül 2014

**Dayınlarlı, Kemal** Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri, Prof. Dr. Ernst Hirsch'in Anısına Armağan, Ankara 1986 (**Dayınlarlı-Hakem Kararları**).

**Dayınlarlı, Kemal**, HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997 (**Dayınlarlı-İç Tahkim**).



**Deren Yıldırım, Nevhis**, Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik, Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007.

**Deren Yıldırım, Nevhis**, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, ABD., S. 60, Y. 2002/ 4.

**Develi, Bilge**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi, Gazi ÜHFD, C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2.

**Ekşi, Nuray**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul 2013.

**Ertekin, Erol/Karataş, İzzet**, Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara 1997.

**Fouchard, Philippe/Gaillard, Emmanuel/Goldman, Berthold**, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague- London- Boston, 1999.

**Gill, W. H.**, The Law Arbitration, Edi. A. Marshall, 3 th Edition, London 1983.

**Görgün, L. Şanal/ Börü, Levent/ Toraman, Barış/ Kodakoğlu, Mehmet**, Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2018.

**Gürdoğan, Burhan**, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.

**Pekcanitez, Hakan / Atala, Oğuz / Sungurtekin Özkan, Meral / Özekes, Muhammet**, İcra ve İflas Hukuku, 2. Bası, Ankara 2015.

**Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, Ankara 2018.

**Huysal, Burak**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010.

**İyilikli, Ahmet Cahit**, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Ankara 2016.

**Kalpsüz, Turgut**, “Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri”, Batider, C. 19, Sa. 1, 1997 (**Kalpsüz-** Temyiz).

**Kalpsüz, Turgut**, “Türk Hakem Kararı Kavramı” Bildiriler-Tartışmalar, Batider, II. Tahkim Haftası, Ankara, 25- 26 Kasım 1983 (**Kalpsüz-** Kavram).

**Karadaş, İzzet**, 6100 sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara 2013.

**Karayalçın, Yaşar**, Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü, BATİDER, C. XIX, S. 3, Ankara Haziran 1998.

**Karşlı Abdürrahim**, İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2010 (**Karşlı-İcra**).

**Karşlı, Abdurrahim**, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012 (**Karşlı-Usul**).

**Kaya, Ali**, Limited Şirketten Ayrılmanın Hukuki Sonuçları ve Ayrılma Akçesi Bağlamında Yeni Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:2 Aralık 2013.

**Kendigelen, Abuzer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Baskı, İstanbul 2016.

**Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.

**Konuralp, Cengiz Serhat**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi İstanbul 2011.

**Koral, Rabi**, İç Hukukumuzda Tahkim, İÜHFM.,C. XIII, S. 3, İstanbul 1947 (s. 1038- 1081).

**Kurt Konca, Nesibe**, Sigorta Uyuşmazlıklarında Tahkim Yoluyla Çözümü, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I, Ankara 2010, (s. 1343-1365).

**Kuru, Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C. I, Ankara 1988 (**Kuru- İcra I**)

**Kuru, Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C. IV, İstanbul 1997 (**Kuru- İcra IV**).

**Kuru, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, İstanbul 2001 (**Kuru-Usul VI**)

**Kuru, Baki**, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, C. III, İstanbul 1993 (**Kuru-Usul III**).

**Kuru, Baki**, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003 (**Kuru- Menfi Tespit**).

**Kuru, Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Ankara 2017 (**Kuru-Usul**)

**Kuru, Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2017 (**Kuru-İcra**)

**Lew, Julian M./Mistelis, Loukas A./Kröll, Stefan Michael**, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, New York and Paris, 2003.

**Lörcher, Gino**, Towards a Reform of German Rules Governing Arbitration, Arb Int. Vol. 11, No. 4, 1995, s. 391- 396.

- Muşul, Timuçin**, İcra ve İflas Hukuku, C. I, Ankara 2013.
- Narçin Tosun, Zelâl**, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi, Ankara 2009.
- Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/Öztekin Gelgel, Günseli**, Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, 4.bs., İstanbul, Mart 2013.
- O'Neill, Philip D.**, Recent Developments in Internaitonal Commercial Arbitration: an American Perspective, Journal International Arbitration, Vo. 4, No. 1, 1987 (s. 7- 26).
- Özbay, İbrahi/ Korucu, Yavuz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Ankara 2016.
- Özbay, İbrahim**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, Ankara 2013 (**Özbay-HMK**).
- Özbay, İbrahim**, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 281-304 (**Özbay-Kesin Hüküm**).
- Özbay, İbrahim**, Hakem Kararlarının Temyizi, Yetkin Yayınları, Ankara 2004 (**Özbay- Temyiz**).
- Özbek, Mustafa S.**, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği, C. 1, 2, Ankara 2018 (**Özbek- İlâmlı İcranın Etkinliği**).
- Özbek, Mustafa Serdar**, Yeni İcra ve İflas Kanunu İçin Öneriler Işığında İlâmlı İcrada İcranın Ertelemesi, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sa. 1, Y. 5, Ankara 2018, s. 9-124 (**Özbek- İcranın Ertelemesi**).
- Özbek, Mustafa Serdar**, Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlâmların Kesinleşmeden Önce İcraya Konulması (BÜHFD 2016/1, s. 37-78).
- Özdenören, Rasim**, Hukukçunun ahlakı ya da adalet ve nasafet; Yeni Şafak Gazetesi (16.02.2012 tarihli)
- Öztürk Dirikkan, Hanife**, Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı, Ankara 2005
- Pekcanitez, Hakan/Simil, Cemil**, İcra- İflas Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 198.
- Pekcanitez, Hakan/Yeşilirmak, Ali**, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul, Mart 2017.
- Postacıoğlu, İlhan E.**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, B. 6, İstanbul 1975, s. 787-788;
- Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı Ankara 2017.

**Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, 3. Baskı, Ankara 2018.

**Sanders, Pieter**, Arbitration, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 12, Tübingen 1996.

**Sarisözen, M. Serhat**, Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, İstanbul 2005.

**Sebük, Tahir**, Hakem, Hakem Bilirkişi ve Kanuni Hakem Kararlarının Mukayesesi ve Tahkim Şartı, Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler- Tartışmalar, 29 Kasım- 4 Aralık 1965.

**Sögüt, İpek Sevda**, Roma Hukukunda Tahkim, İstanbul 2011.

**Şahin, Ayşe**, Yeni Türk Ticaret Kanununun Limited Ortaklıkta Ortağının Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Ersin Çamoğlu'na Armağan İstanbul 2013, s.175-210.

**Şahin, Ayşe**, Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması, MÜ. Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, Yıl. 2012.

**Şanlı, Cemal**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986.

**Şener, Oruç Hami**, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2017.

**Tanrıver, Süha**, Medeni Usul Hukuku, Cilt I - Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016 (**Tanrıver**-Usul).

**Tanrıver, Süha**; Makalelerim I (1985-2005), "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim", 1.bs., 2005, (s. 125- 150) (**Tanrıver**-Tahkim).

**Tekinalp, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası İstanbul 2015.

**Türk, Ahmet**, Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası (Yargıtay Kararları Işığında, Özellikle Kambyo Senedi Borçlusunu Tarafından Açılan Menfi Tespit Davası, Kambyo Senedi Borçlusunun Defileri, Kambyo Senedinin Bedelsizliği ve Hükümsüzlüğü), Ankara 2006.

**Umar, Bilge**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

**United Nations Commission on International Trade Law**, UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010), New York 2011.

**Üstündağ, Saim;** Hakemlerin Israr Hakkı Var mıdır? Yasal Hukuk içtihat ve Mevzuat Dergisi, C. XV, S. 171/2, Mart 1996, (s. 217- 223) (**Üstündağ-** Israr Hakkı).

**Üstündağ, Saim,** Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000 (**Üstündağ-** Usul).

**Welser, Irene,** Alternative Dispute Resolution-A Wide Choice of Varieties (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, 2016/2, C. 3, İstanbul 2016.

**Yeğengil, Rasih,** Tahkim (L'arbitrage), İstanbul 1974.

**Yeşilirmak, Ali,** Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?, TBBD, S. 96, 2011, (s. 205-228) (**Yeşilirmak-** Genel Haciz Yolu).

**Yeşilirmak, Ali,** Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem- Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011 (**Yeşilirmak-** Doğrudan Görüşme).

**Yeşilova, Bilgehan,** Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/I) (Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan I İzmir 2010, DEÜHFD., C. 11, Özel Sayı 2009, s. 739- 818).

**Yıldız, Şükrü,** TTK Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007.

**Yılmaz, Ejder,** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 1-2- 3, Ankara 2017.



# İŞVERENLERİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KURULU OLUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

*Dr. Öğr. Üyesi Hatice Duygu ÖZER\**

## Özet

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili temel yükümlülüklerinden biri de 6331 sayılı Kanun'un 22. maddesinde düzenlenen "iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma" yükümlülüğüdür. Sadece işverence hazırlanan ve denetlenen bir iş sağlığı ve güvenliği anlayışının yerine çalışanların da karar alma ve uygulama sürecine dâhil olmasını sağlayan iş sağlığı ve güvenliği kurulu, tehlike sınıfı ayırımına gidilmeksizin elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde oluşturulacaktır. Çalışmamızda mevzuatımızda daha önce de yer alan kurullarla ilgili yeni düzenlemeler ve uygulama sorunları ortaya konularak, işveren ve çalışanlar açısından kurulların önemine değinilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** İş sağlığı ve güvenliği, iş sağlığı ve güvenliği kurulu, işveren yükümlülükleri.

## Abstract

One of the basic obligations of the employer regarding occupational health and safety is the obligation of de establishing an occupational health and safety committee as set out in Article 22 of Law No. 6331. The occupational health and safety committee, which ensures that the employees are included in the decision making and implementation process instead of an occupational health and safety understanding prepared and supervised by the employer, will be created in all workplaces with more than fifty employees without distinction of danger class. In our study, the new regulations and implementation problems related to the committees previously mentioned in our legislation will be put forth and the importance of the committees in terms of employers and employees will be mentioned.

---

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Makale Geliş Tarihi: 14/11/2018 / Makale Kabul Tarihi:18/12/2018

**Key Words:** Occupational health and safety, Occupational health and safety committees, employer obligations.

### **Giriş**

6331 sayılı Kanun önleyici yaklaşım anlayışından yola çıkarak işveren merkezli bir yükümlülük tespiti ile yeni düzenlemeler getirmiştir. Pek çok hüküm ise daha önceki İş Kanun'larının ilgili hükümlerinde yer almasına rağmen 6331 sayılı Kanunda daha detaylı bir biçimde düzenlenmiştir. Bu nitelikteki işveren yükümlülüklerinden biri de işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğüdür. İşveren her ne kadar 6331 sayılı Kanun açısından en fazla yükümlülüğü üstlenen aktör olarak ifade edilse de, en verimli iş sağlığı ve güvenliği çalışmaları elbette işveren, çalışan ve devlet işbirliği içinde gerçekleşecektir. İşverenden beklenen, üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirirken bir “işyeri organizasyonu” oluşturup, bazı hak ve yükümlülüklerini bu organizasyon içinde yer alan çalışanlarına devretmesidir. Anılan işyeri organizasyonunun bir parçası da iş sağlığı ve güvenliği kurullarıdır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda iş sağlığı ve güvenliği kurulunun tanımına yer verilmemiş ancak anılan kanunun 22. maddesinin ilk fıkrasında, “Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygular.” hükmüne yer verilerek, hangi işverenlerin bu yükümlülüğü yerine getirmesi gerektiğine ilişkin belirlemeler yapılmıştır. Maddenin devamında ise alt işveren ilişkisinde kurulun oluşum esasları ile aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaştığı işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kuruluyla ilgili hususlar ele alınmıştır.

Çalışmamızda ilk olarak kurulun oluşum amacı ve oluşum esasları üzerinde durulacaktır. Kurul üyelerinin belirlenmesi ve çalışma esasları konusu, daha önce İş Kanunları içinde sadece işçi işveren ilişkileri amaçlanarak hazırlanmış olduğundan, özellikle kamu kurumlarında ortaya çıkabilecek uygulama sorunları ele alınacaktır.

Çalışmamızda ikinci olarak, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ilişkin yükümlülükler ve sorumluluklar ele alınacaktır. Kurul üyelerinin, işverenin ve çalışanların kurulla ilgili yükümlülükleri birbirinden ayırt edilerek incelenecektir. Anılan yükümlülüklerini yerine getirmeyenler açısından ortaya çıkacak sorumluluk ise, İş Kanunu, İş Sağlığı ve



Güvenliği Kanunu (İSGK) ve Devlet Memurları Kanunu (DMK) açısından ele alınacaktır.

## **I. Genel Olarak Kurul Oluşturma Yükümlülüğü**

### **A. Kurul Oluşturma Yükümlülüğünün Amacı**

Yukarıda belirtildiği gibi 6331 sayılı Kanun iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ilişkin herhangi bir tanım yapmamıştır. Öğretide bir yazar, kurulu “işletmede iş kazaları ve meslek hastalıklarını önlemek ve çalışma ortamını iyileştirmek, bu amaçla risklerin tespiti ve alınabilecek tedbirler konusunda yönetime katkıda bulunmak, işletmenin İSG faaliyetlerini denetlemek, örgüt içi demokrasiyi geliştirerek çalışma barışını sağlamak gibi amaçlarla, her seviyedeki çalışan temsilcilerinden oluşturulmuş, dâhili bir danışma–denetim ve yürütme organı” şeklinde tanımlayarak, kurulun görevleri ve amaçlarının neler olduğunu vurgulayan bir tanım yapmıştır<sup>1</sup>. Kanımızca iş sağlığı ve güvenliği kurulu; işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda, bu alanda yetkin olan işyeri çalışanlarından oluşan bir grupla işyerine ilişkin iş sağlığı ve güvenliği kararlarının alındığı ve uygulanan tedbirlerin incelendiği bir işyeri organizasyonudur.

Kurul oluşumu iki temel amaca hizmet etmektedir. Bunlardan ilki, çalışanların yönetime katılımının somut bir örneğinin oluşumunun sağlanmasıdır<sup>2</sup>. Zira işyerindeki çalışanlardan oluşturulan kurul, işverenin otoritesinden bağımsız bir şekilde ve işvereni alınan kurul kararlarını uygulamaya zorlayacak biçimde, konusunda bilgi ve tecrübe sahibi kişilerle almış olduğu kararlarla, çalışanları iş sağlığı ve güvenliği alanında yönetime dâhil edecektir<sup>3</sup>. Bu durum, işveren ve çalışanlar arasında iş sağlığı ve güvenliği alanında istişare ve işbirliğinin gerçekleşmesine de hizmet edecektir<sup>4</sup>. Bu konuda ILO’nun 187 sayılı İş

---

1 Fatih Yılmaz, “Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği: Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Etkinlik Düzeyinin Ölçülmesi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009, s.156, (Kurullar).

2 Sarper Süzek, “İş Hukukunda Katılım”, Coşkun Kırca’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayını, 1996, s.166, (Katılım).

3 Erdem Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2014, s.312, (Kitap).

4 İster işyeri düzeyinde isterse ulusal düzeyde olsun, önleme ilkesi erken farkındalığın ve eylemin en etkili yaklaşım olduğu öncülüne dayanır. Bu da mümkün olan en erken aşamada çalışan ve işverenlerin istişare etmeleriyle gerçekleşecektir (İş Sağlığı ve Güvenliği ILO Standartları, Sağlıklı ve Güvenli Bir Çalışma Ortamının

Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirme Çerçeve Sözleşmesi'ne değinmekte fayda vardır<sup>5</sup>. Üye ülkelerde oluşturulacak ulusal politikaların genel olarak düzenlendiği sözleşmenin 4/d maddesinde, “İşletme seviyesinde, işyerinde önleyici tedbirlerin esas unsuru olarak yönetim, işçiler ve bunların temsilcileri arasındaki işbirliğini geliştirmeye yönelik düzenlemeler” yapması gerektiği ifade edilmiştir.” İş sağlığı ve güvenliği kurulları da işletme seviyesinde uygulanacak işbirliğini gerçekleştirmek açısından önemli bir yere sahiptir.

Kurulun ikinci amacı ise, kurulun işyerleri açısından bir iç denetim mekanizması niteliğinde olması ve böylece iş sağlığı ve güvenliği alanında işyeri örgütlenmesini güçlendirmesidir<sup>6</sup>. Resmi dış denetim konusunda kaynakların yetersiz olduğu durumlarda, bu eksikliği gidermek adına işyeri içi bir mekanizma ile işvereni denetlemenin bir yolu olarak faaliyet gösterecektir<sup>7</sup>.

### B. Kurul Oluşturma Yükümlülüğünde Tarihsel Gelişim Süreci

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğünün uluslararası yasal dayanağı olarak 89/391 sayılı AB Direktifi'ni göstermek mümkündür<sup>8</sup>. Anılan direktifte yer alan “Koruyucu ve Önleyici Hizmetler” başlıklı 7/1. maddesinde, “işveren bir veya daha fazla işçiyi mesleki tehlikelerden korunma ve önleme konusunda işyerinde çalışmalar yapmak üzere tayin edecektir.” kuralına yer

---

Geliştirilmesi, ÇASGEM 2018, s.21. Bu içeriğin orijinal baskısı ILO Standards On Occupational Safety And Health. Promoting A Safe And Healthy Working Environment. Report III (Part 1B), International Labour Conference, 98th Session, 2009 başlığı altında Uluslararası Çalışma Ofisi, Cenevre tarafından yayınlanmıştır. <http://www2.csgb.gov.tr/dosyalar/yayinlar/582/dosya-582-4752.pdf>, erişim tarihi 25.10.2018.

<sup>5</sup> ILO Kabul Tarihi: 15.06.2006, Kanun Tarih ve Sayısı: 15.05.2013/6485, Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 29.05.2013/28661, Bakanlar Kurulu Kararı Tarih ve Sayısı: 23.08.2013/5356Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 08.10.2013/28789, Türkiye’de Yürürlüğe Girdiği Tarih: 16 Ocak 2014. Sözleşme metni için bkz. [www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377312/lang--tr/index.htm](http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377312/lang--tr/index.htm), erişim tarihi 25.10.2018

<sup>6</sup> Ömer **Ekmekçi**, 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul 2005, s.65.

<sup>7</sup> Serkan **Odaman**, Fransa’da ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Yapıları ve İşlevleri, A.Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s.599, (Kurul)

<sup>8</sup> 89/391 sayılı AB Direktifi, 12.06.1989, OJ L 183, 29.6.1989, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1989/391/oj>, erişim tarihi 21.09.2018.

verilmiştir. Bu nedenle yurt dışında da bu amaca hizmet eden benzer oluşumlara zorunlu olarak yer verildiği görülmektedir. Örneğin Almanya, Fransa, İsviçre, Hollanda, Belçika’da kurul oluşumu zorunlu tutulmuştur<sup>9</sup>. Söz konusu oluşumların iş sağlığı ve güvenliği kurullarından başka, iş konseyleri, iş sağlığı ve güvenliği işçi ombudsmanlığı, iş sağlığı ve güvenliği işçi temsilciliği, sağlık ve güvenlik komitesi adları altında farklı şekillerde de düzenlenmiş olduğu görülmektedir<sup>10</sup>.

İş sağlığı ve güvenliğinin etkinliğini sağlamak adına işyerinde oluşturulacak işyeri örgütlenmesinin tipik bir örneği olan iş sağlığı ve güvenliği kurulları kurulması yükümlülüğüne Ülkemizde ise, ilk kez 1475 sayılı Kanun döneminde yer verilmiştir. O dönemden günümüze yükümlülük bazı farklılıklarla birlikte mevzuatımızda yer almaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, kurullara ilişkin düzenlemeler daha önce İş Kanun’larında işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin

---

9 Kıta Avrupa’sı mevzuatlarının dışında, Yeni Zelanda “Health and Safety at Work Act 2015” yasasının 3.6. kısmında da, benzer bir örgütlenme olan Sağlık ve Güvenlik Komiteleri (HSC)’lerin kurulması öngörülmüştür. Bkz. “Introduction to the Health and Safety at Work Act 2015”, <https://worksafe.govt.nz/managing-health-and-safety/getting-started/introduction-hswa-special-guide/#lf-doc-43716>, erişim tarihi 25.07.2018. Can **Tuncay**, “Avrupa Birliği’ne Üyelik Sürecinde İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatının Uyumu ve Yeni Yönetmelikler”, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri, TİSK-Peryön Müşterek Semineri, İstanbul 2004, s. 41. Tarihsel gelişim süreci içinde ilk İSG Kurulu, 1892 yılında İngiltere’de “South Metropolitan Gas Company” şirketinde gönüllü bir jüri şeklinde kurulmuş, ancak bu ülkede İSG kurulları konusunda ilk yasal düzenleme 1977 yılında yapılabilmektedir. 1912’de İsveç’te, 1921’de Çekoslovakya’da, 1931’de Meksika’da, 1934’te Almanya’da, 1937’de Hollanda’da, 1946’da Belçika’da ve 1947’de Fransa’da İSG kurulları iş mevzuatına dahil edilmiştir, Fatih **Yılmaz**, “Avrupa Birliği Ülkeleri ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları: Türkiye’de Kurulların Etkinliği Konusunda Bir Araştırma”, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, C.7, S.1, Y.2010, s.154, (Araştırma). Güney Afrika’da da İş Sağlığı ve güvenliği kurullarının kuruluşlar bazında görev yaptıkları görülmektedir. Nancy **Coulson**, "The Role of Workplace Health and Safety Representatives and the Creeping Responsibilisation of OHS on South African Mines", Resources Policy 56, 2018, <https://www.journals.elsevier.com/resources-policy>, erişim tarihi 28.10.2018.

10 **Yılmaz**, Kurullar, s.165. Fransa’da ise “güvenlik, hijyen ve çalışma koşulları kurulu” olarak düzenlenmiştir. Çalışanlar için sağlık riskleri kavramı, işyerinde temizlik ve sağlıklı koşullar anlayışından, çalışma çevresi, iş yükü gibi faktörlerini içeren daha geniş bir kapsamda düşünölmeye başlandığında, Fransa’da “hijyen” teriminin yerini “sağlık” terimi almaktadır, (Avrupa Birliğinde İş Sağlığı ve Güvenliği, Editör: Fazıl **Aydın**, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayın No:12, Ankara 2014, s.111).Mısır’da ise, sağlık ve güvenlik komiteleri aynı amaca hizmet etmektedir. İş Sağlığı ve Güvenliği ILO Standartları, s.86.

yükümlülüklerini düzenleyen maddelerde yer almışken, 6331 sayılı Kanunla birlikte ilk kez müstakil olarak bir Kanunda düzenlenmiştir. Bu da kurul oluşturma yükümlülüğünün sadece İş Kanunu kapsamındaki işçilerin işverenleriyle sınırlı kalmaması anlamına gelmektedir.

1475 sayılı Kanun'un 76. maddesinde, "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kurulu" başlığı altında şu şekilde düzenlenmişti; "Çalışma Bakanlığı'nca lüzum görülecek işyerlerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere birer "İşçi sağlığı ve İş Güvenliği Kurulu" kurulur. Bu kurulların hangi işyerlerinde kurulacağı, teşekkül tarzları, çalışma usulleri, ödev ve yetkileri Çalışma Bakanlığı'nca çıkarılacak bir tüzükte tespit edilir."

Anılan tüzük, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kurulları Hakkında Tüzüktür<sup>11</sup>. Günümüzdeki düzenlemeye genel esaslar bakımından benzerlik gösteren tüzükte, daha sonra bazı değişiklikler yapılmış ve nihayet 4857 sayılı Kanun'un çıkarılışı ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

1475 sayılı Kanun dönemindeki düzenleme ile günümüzdeki düzenleme arasındaki en temel farklılıklardan biri olarak, 1475 sayılı Kanun döneminde kurulların kararlarının hukuki niteliklerinin "danışma" vasfında olmasına karşın, 4857 sayılı Kanun ve nihayet 6331 sayılı Kanun dönemindeki kurul kararlarının ise, "bağlayıcı" nitelikte kararlar olduğu ve işverenlerin kurullarda alınan kararları yerine getirmek zorunda oldukları söylenebilir<sup>12</sup>. Bu durum 6331 sayılı Kanun'un 22. maddesinde, "İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygular." denilmek suretiyle hükmün zorunluluk yanı sıra ortaya konulmuştur. Bir başka dayanak olarak ise, aşağıda da açıklanacağı üzere işverenin kurulla ilgili yükümlülükleri arasında sayılan, "kurul raporlarını işyerine denetime gelen yetkililere sunmak üzere saklama

<sup>11</sup> Tüzüğün ilk hali, 19.02.1973 tarih ve 14453 sayılı RG'de yayımlanmıştır. Daha sonra Tüzük, 07.04.2006 tarih ve 2006/1033 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlükten kaldırıldı.

<sup>12</sup> Bu yönde, A.Murat **Demircioğlu**/Hasan Ali **Kaplan**, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası Çerçevesinde İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2013, S.30, s.10; Sarper **Süzek**, "İşçi Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s.313, (Öneriler); Öner **Eyrenci**/Savaş **Taşkent**/Devrim **Ulucan**, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004; Erdem **Özdemir**, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Temel Esasları", Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 20. Toplantısı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2015 Yılı Toplantıları, İstanbul 2016, s.19, (Toplantı).

yükümlülüğü” dür. Böyle bir durum ancak bu kararların zorunlu-bağlayıcı olmasının bir neticesi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>13</sup>. 1475 sayılı Kanun döneminde danışma organı niteliğinde olan işçi sağlığı ve iş güvenliği kurulları bazı işyerlerinde ya hiç kurulmamış ya da beklenen etkiyi gösterememiştir<sup>14</sup>.

4857 sayılı Kanun döneminde ise, 80. maddede yer alan düzenlemeye göre, kurul şu şekilde düzenlenmiştir; “Bu Kanuna göre sanayiden sayılan, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla süreli işlerin yapıldığı işyerlerinde her işveren bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmakla yükümlüdür. İşverenler iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olarak verilen kararları uygulamakla yükümlüdürler. İş sağlığı ve güvenliği kurullarının oluşumu, çalışma yöntemleri, ödev, yetki ve yükümlülükleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir.”

Söz konusu yönetmelik, İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkındaki Yönetmeliktir<sup>15</sup>. Yönetmelikte, kurul oluşturulacak işyerleri konusunda 1475 sayılı Kanun’a göre düzenlenen Tüzükle paralellik olduğu görülmektedir.

Nihayet yukarıda sayılan mevzuat hükümlerini yürürlükten kaldıran 6331 sayılı Kanunla birlikte, Kurul, 22. madde hükmü ve buna dayanılarak çıkarılan, İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik’le düzenlenmiştir<sup>16</sup>. 6331 sayılı kanunda, “Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren süreli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygular.” ifadelerine yer verilerek düzenleme yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki, ILO-OSH 2001<sup>17</sup>, (İş

---

13 Levent Akın, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2005, C.54, S.1, s.12, (Örgütlenme).

14 Odaman, Kurul, s.599.

15 RG., 07.04.2004, tarih ve S.25426.

16 RG., 18.01.2013 tarih ve S.28532.

17 ILO’nun İSG Yönetim Sistemleri Rehberi (ILO, 2001), üç taraflılık gibi ILO değerleri ile ilgili uluslararası standartları yansıtan ancak yasal bağlayıcılığı olmayan düzenlemeler içerir. Bu konuda bkz. Avrupa Birliği’nin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemleri İyi Uygulamaları, ÇSGB, İş sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü yayını, [http://www.isgum.gov.tr/rsm/file/isgdoc/isgip/isgip\\_ iyi\\_ uygulamalar.pdf](http://www.isgum.gov.tr/rsm/file/isgdoc/isgip/isgip_ iyi_ uygulamalar.pdf), s.9, erişim tarihi 26.20.2018.

sağlığı ve Güvenliği Yönetim sistemi)’de de, işverenlerin ulusal mevzuat ve uygulamalara uygun olacak şekilde, işçilerce tanınan ve verimli şekilde çalışacak bir güvenlik ve sağlık kurulu oluşturulması gerektiği ifade edilmiştir<sup>18</sup>.

## C. Kurul Oluşturulacak İşyerleri

### 1. Genel Olarak

İş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğü işveren için ekstra bir maddi külfet niteliği taşıdığından, kanun koyucu, 6331 sayılı Kanun kapsamına giren tüm işyerleri için değil, sadece “büyük” işyerleri olarak ifade edilebilecek işyerlerinin işverenlerine böyle bir yükümlülük getirmiştir. Bu büyüklük ölçütü de işyerindeki çalışan sayısına göre belirlenmektedir. AB uygulamaları incelendiğinde de, kurul oluşturulması gereken işyerlerinin tespitinde ülkelerin genellikle 20 ila 50 çalışan arasında değişen sayı sınırlaması getirmiş oldukları görülmektedir<sup>19</sup>.

Öte yandan, bu yükümlülük sınırları çizilirken işin tehlike sınıfı dikkate alınmadığı gibi sektörel bir ayırım da söz konusu edilmemiştir<sup>20</sup>. 4857 sayılı Kanun’un 83. maddesinde işin “sanayiye ait<sup>21</sup>” olması

18 Guidelines On Occupational Safety And Health Management Systems ILO-OSH 2001, International Labour Office. Geneva, 2009, s.7, bölüm, 3.2.4, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms\\_107727.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_107727.pdf), erişim tarihi 26.10.2018.

19 Tülay **Alpman**, “KOBİ’lerde İSG ve Küresel Gelişmeler–KOBİ Tanımını Etkileyen Faktörler ve KOBİ’lerin Önemi”, İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayını, Sayı: 36, Yıl: 7 Ekim–Kasım–Aralık 2007, s. 44.

20 Örneğin Kanada İş Kanununa göre, gemi işyerleri açısından işverenlerin kurul kurma zorunluluğu bulunmamaktadır (Sec.135/2, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/L-2/page-27.html#h-58>, erişim tarihi 25.07.2018).

21 Sanayiye ait iş kavramı, İş K.m.111’de düzenlenmiş olup, şu şekilde belirlenmiştir; “Sanayiden sayılacak işlerin esasları şunlardır:

- Her türlü madenleri arama ve topraktan çıkarma, taş, kum ve kireç ocakları.
- Ham, yarı ve tam yapılmış maddelerin işlenmesi, temizlenmesi, şeklinin değiştirilmesi, süslenmesi, satış için hazırlanması.
- Her türlü kurma, onarma, sökmeye, dağıtma ve yıkma.
- Bina yapılması ve onarımı, değiştirilmesi, bozulması, yıkılması ve bunlara yardımcı her türlü inşaat işi.

gerektiği koşuluna da yer verilmişken, 6331 sayılı Kanun'da isabetli bir şekilde bu esasa yer verilmediğinin altını çizmek gerekir. Bu değişikliğin nedeni olarak, 6331 sayılı Kanun'un eski mevzuata göre daha geniş çalışma alanlarına uygulanabilmesi çabasını söylemek mümkündür. Kamu işverenlerinin sanayiden ziyade hizmet sektöründe faaliyet göstermesine karşın, 6331 sayılı Kanunla kurul oluşturma yükümlülüğü kapsamına alındıkları söylenebilir. Ancak kurul oluşturma yükümlülüğü, sayılan koşulları gerçekleştiren tüm işyerleri için söz konusu olsa da, işyerinin girdiği tehlike sınıfına göre toplanma sıklığında farklılık oluşturulacak biçimde düzenlenmiştir.

6331 sayılı Kanun'un 22. maddesinde hangi işyerlerinde kurul oluşturulması gerektiği ile ilgili olarak, "elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerleri" kuralı kabul edilmiştir.

Kanunun ifadesine bakıldığında, belirlenen kriterleri taşıyan işyerlerinin kurul oluşturması, bir zorunluluk olarak görülmektedir. Bu nitelikte olmayan işyerlerinin ihtiyari olarak kurul oluşturmaları durumunda, işverenin veya çalışanların kurul kararlarına uyma yükümlülüğü olup olmadığı veya ihtiyari olarak oluşturulmuş kurulun yükümlülüğü ve sorumluluğu noktasında, zorunlu olarak oluşturulan kuruldaki farkının olup olmayacağı üzerinde durulmalıdır. Bu konuda öğretide Demircioğlu/Kaplan'a göre, işverenlerin ihtiyari olarak oluşturdukları kurulların dahi kurulla ilgili yasada belirlenen yetkileri kullanabileceği kabul edilmelidir<sup>22</sup>. Ancak yasada dayanağı olmadığından, yazarlara göre işverenin oluşturduğu bu kurulu işverenin gerçekleştirmiş olduğu bir "işyeri uygulaması" olarak kabul etmek gerekeceği görüşü de akla gelebilir<sup>23</sup>. Bu kabulün ardından, işverenin

---

e) Yol, demiryolu, tramvay yolu, liman, kanal, baraj, havaalanı, dalgakıran, tünel, köprü, lağım ve kuyuların yapılması ve onarımı, batıkların çıkarılması ve bataklık kurutma.

f) Elektrik ve her çeşit muharrik kuvvetlerin elde edilmesi, değiştirilmesi, taşınması, kurma ve dağıtma.

g) Su ve gaz tesisatı kurma ve işletmesi.

h) Telefon, telgraf, telsiz, radyo ve televizyon kurma.

i) Gemi ve vapur yapımı, onarımı, değiştirilmesi ve bozup dağıtma.

j) Eşyanın istasyon, antrepo, iskele, limanlar ve havaalanlarında yükletilmesi, boşaltılması."

22 **Demircioğlu/Kaplan**, s.10.

23 Ancak işyeri uygulamasının tanımında, işverenin yasal bir zorunluluk olmaksızın bir menfaatin tek tarafı olarak işçilere sağlanması ifadelerine yer verildiğinden, İSG

ihtiyari olarak oluşturduğu kurulu tek taraflı iradesi ile ortadan kaldırmamasının da mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır. Zira işyeri uygulamaları nitelikleri gereği iş şartı haline geldiklerinde işverence tek taraflı olarak ortadan kaldırılamaz<sup>24</sup>. Aynı şekilde, kurul oluşturma yükümlülüğüne dâhil olmayan işyerlerinde toplu iş sözleşmesi hükmü ile bu yükümlülüğün getirilmesi de mümkün olabilecektir.

Öte yandan, ihtiyari kurul oluşturma olasılığının özel sektör işverenince değil de kamu sektörü işverenince gerçekleşmesi durumunda, kamu işverenininkini bunu kendi iç yönetimini düzenleyen yönetmelik türünde bir hukuk kaynağıyla yapabilmesi mümkün müdür? Yoksa kanunda olmayan bir hükmün ikincil mevzuatla gerçekleştirmenin mümkün olmadığı genel kuralının mı geçerli olacağı da ayrı bir tartışma konusudur. Kanaatimizce, kamu işverenlerinin idare hukukundan etkilenen yapısı gereği, ihtiyari olarak kurul oluşturmalarının mümkün olamayacağını kabul etmek daha isabetli olacaktır.

## 2. Elli ve Daha Fazla Çalışan Bulunması

Konuyu düzenleyen 22. maddede ifade edilen ilk koşul, işverenin işyerinde elli veya daha fazla çalışanın bulunması gerektiğidir. Ülkemizde olduğu gibi diğer pek çok ülkede de kurullar belli sayının üzerinde çalışanın bulunduğu işyerleri için gerekli kılınmıştır<sup>25</sup>.

Elli sayısı 4857 sayılı Kanun döneminde de aynen kabul edilmişti ancak orada ifade edilen “elli işçi” ibaresi, 6331 sayılı Kanun’un

---

kurulu oluşturmanın, işçiye ikramiye, yakacak yardımı türünde verilen parasal yardımlar gibi somut ve belirgin bir menfaat sağlamış olduğunu söylemek güçtür.

24 Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018, s.252-256.

25 Bu sayı, Kolombiya, Kosta Rika, Honduras ve Bolivarçı Venezuela Cumhuriyeti’nde 10 ve Kanada, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, El Salvador, Finlandiya, Almanya, Yunanistan ve İrlanda’da 20 ve Peru’da 25’tir. Avusturya’da, bu eşik sayısı, görevlerin dörtte üçünün ofis ortamına eşdeğer risk oluşturduğu durumlarda, 100 veya 250’dir. İş Sağlığı ve Güvenliği ILO Standartları, s.89. Fransa gibi bazı Avrupa ülkelerinde bu sayının 20 olarak tespit edilmiş olduğu görülmektedir, (Yılmaz, Kurullar, s.299); April Weber, Case Study: Denmark: Worker Participation in Health and Safety, <http://www.iloencyclopaedia.org/part-iii/labor-relations-and-human-resource-management/item/1231>, erişim tarihi, 28.09.2018; ayrıca Kanada İş Kanununda da bu sayının yirmi olarak belirlenmiş olduğu görülmektedir (Part II, Section 135/1, <http://laws.justice.gc.ca/PDF/L-2.pdf>, erişim tarihi, 10.05.2018. Belçika hukukunda ise, en az elli işçinin bulunduğu işyerleri sağlık ve güvenlik komitesi adı altında bir yapı oluşturmalıdır, (Aydm, s.55).



yapısına uygun bir biçimde “elli çalışan” olarak değiştirilmiştir<sup>26</sup>. Böylece işyerinde bu kanun kapsamına girecek biçimde çalışmakta olan tüm çalışanlar (Kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişiler) sayıya dâhil edilecektir. İş sözleşmesiyle çalışanlar bakımından da sözleşmenin türüne bakılmaksızın kişiler sayıya dâhil edilmektedir<sup>27</sup>.

Elli çalışan sayısının ülkemiz çalışma hayatı açısından değerlendirildiğinde yüksek bir sınır olduğu söylenebilir. Zira ülkemizdeki işyerlerinin büyük bir kısmı 50’den az çalışana sahiptir<sup>28</sup>. Bu durum da kurul oluşturma yükümlülüğünün sınırlı sayıda işyeri için uygulama alanı bulacağı sonucunu ortaya çıkarmaktadır<sup>29</sup>.

Sayının hesabına çırak ve stajyerin de dâhil olduğu kuşkusuzdur. Atipik istihdam biçimlerinden olan uzaktan çalışmayla çalışmakta olup, fiilen işyeri sınırları içinde olmayan ancak işyeri organizasyonuna dâhil olan bu nitelikteki çalışanların da sayıya dâhil edilmeleri gerekir. Zira uzaktan çalışmayı düzenleyen İş K. m.14’de yer alan “Uzaktan çalışmada işçiler, esaslı neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin niteliğinden ötürü emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz.” hükmü bu sonuca ulaşmayı kolaylaştırmaktadır.

---

26 1475 sayılı Kanun döneminde çıkarılan “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kurulları Hakkında Tüzük”ün 2. maddesinde de, elli işçi sayısı aranmaktadır.

27 Alman hukukunda, kısmi süreli çalışanların sayıya dâhil edilmesiyle ilgili olarak, haftalık çalışma süresi 20 saatin altına olanlar 0.5 ile çarpılarak çalışan sayısına dâhil edilmesi gerektiği kuralı bulunmaktadır. (Mesleki Doktorlar, Güvenlik Mühendisleri ve Diğer Güvenlik Uzmanları Hakkındaki Yasa), Act On Occupational Physicians, Safety Engineers and Other Occupational Safety Specialists, 12.12.1973, section 11, [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_asig/englisch\\_asig.html#p0085](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_asig/englisch_asig.html#p0085), erişim tarihi, 21.09.2018.

28 Nisan 2018 SGK sigortalı verilerine göre, ülkemizde toplam 1.843.263 işyerinde 50’den az sigortalı çalışmaktayken, 50’nin üzerinde çalışanı olan işyeri sayısı sadece 37.538’dir. Bu rakamlar da gösteriyor ki, ülkemizde 50’nin üzerinde çalışanı olan işyeri sayısı oranı yaklaşık %2 iken, %98’lik bir kısım elli çalışanın altındamışçiyemsahtir.Kaynak,[http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/kurumsal/i-statistik/aylik\\_istatistik\\_bilgileri](http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/kurumsal/i-statistik/aylik_istatistik_bilgileri), erişim tarihi 20.07.2018.

29 Elli çalışan sayısının tespitinde kullanılan ölçütün belirsiz olması nedeniyle eleştirildiği görülmektedir (Murat **Demircioğlu**, “İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu”, Prof Dr. Sarper Süzek’e Armağan C.2, İstanbul 2011, s.1827).

O işyerinde bulunmalarına rağmen başka işverenin işçisi olan alt işveren işçileri<sup>30</sup> ile geçici işçilerin<sup>31</sup> ise hesaba dâhil edilmemesi gerekmektedir<sup>32</sup>.

4857 sayılı Kanun'daki düzenlemede “devamlı” olarak çalışma ifadesi bulunmaktaydı. Bununla anlatılmak istenen Kanun'un gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, işyerindeki işçi sayısının hiçbir zaman 50'nin altına düşmemesi gerektiğidir<sup>33</sup>. 6331 sayılı Kanunda bu koşula yer verilmemiş olması, kanaatimizce yılın büyük bir bölümünde çalışan sayısının 50'nin üzerinde olmasının yeterli olacağı, kısa süreli

<sup>30</sup> Kanunda alt işveren işçilerinin kurul oluşturma yükümlülüğü açısından ne anlam ifade ettiği açıkça düzenlenmiştir. Bu konuda ilgili bölümde açıklama yapılacağından, burada sadece asıl işverenin işyerindeki işçi sayısına dâhil edilmemesi gerektiğini ifade edelim. Bu yönde ayrıca bkz. İbrahim **Aydınlı**, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı'nda ve/veya Kanunu'nda Alt İşveren-“...Başka İşyerlerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar Kavramının Anlamı Üzerine Değerlendirme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.26, Haziran 2012, s.22, (Alt işveren) ; Cihan **Selek**, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları”, Tühis Dergisi, C.19, Kasım-Ağustos 2004, s.97.

<sup>31</sup> Geçici işçilerin sayıya dâhil edilmesi yönündeki görüşü savunan **Akyiğit**'e göre ise, anılan işçilerin ödünç esnasında fiilen ödünç alanın işyerinde çalıştıkları ve fiilen oradaki risklerle karşı karşıya buldukları ve eğitimlerinin ödünç alanca sağlanacağı kuralı dikkate alındığında, bu çalışanların, ödünç alanın işyerindeki sayıya dahil edilmesi uygun olacaktır.

<sup>32</sup> Alt işveren işçilerinin sayıya dâhil edilmemesi ve eleştirisi için bkz. Levent **Akn**, İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik, Ankara 2013, s.132.Yazara göre alt işveren işçilerinin sayıya dâhil edilip edilemeyeceği alt işveren işçilerinin asıl işverenin işini yürüttüğü işyerinde bulunup bulunmamasına göre değişmelidir. Asıl işverenin işyerinde fiilen bulunan işçiler sayıya dahil edilmelidir. Her iki çalışan grubunun da sayıya dahil edilmemesi gerektiği yönünde, İlknur **Kılıç**, İş Sağlığı ve Güvenliği, Bursa 2018, s.133. Alt işveren işçilerinin sayıya dahil edilememesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. Hande Bahar **Aykaç**, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, s.234. Geçici işçilerin ödünç buldukları işyerindeki sayıya dahil edilememeleri gerektiği yönünde, Haluk Hadi **Sümer**, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ankara 2017, s.152.

<sup>33</sup> Ekmekçi, yılın belli dönemlerinde sayı ellinin altına düşüyorsa bu işyerinin kurul oluşturma yükümlülüğü olmayacağını ifade etmiştir. s.67. Bir başka görüş ise, kurul oluşturma yükümlülüğünün olup olmayacağını belirlemek için sayının ellinin altına düşürülmesinde muvazaa olup olmadığına göre hareket etmek gerektiğini ileri sürmektedir (Özgür **Oğuz**, AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, İstanbul 2011, s.120)

50'nin altına düşülen sürelerde dahi kurul oluşturma yükümlülüğünün devam edeceği şeklinde yorumlanabilir<sup>34</sup>.

Elli sayısı belirlenirken, tespitin işveren açısından mı yoksa işyeri açısından mı yapılacağı da bir diğer önemli konudur. Şayet işverenin birden çok işyeri varsa yükümlülük her bir işyeri için ayrı mı değerlendirilecek yoksa çalışan sayısı toplanacak mıdır? Yönetmeliğin 5. maddesindeki 'İşverene bağlı, fabrika, müessese, işletme veya işletmeler grubu gibi birden çok işyeri bulunduğu hallerde elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu her bir işyerinde ayrı ayrı kurul kurulur.' ifadesi, her işyeri için ayrı bir kurul oluşturulacağı ve sayının toplanmasına gerek olmadığı yönündedir. Ancak bu düzenleme işyerlerinin her birinde çalışan sayının ellinin altında olması fakat toplamda ellinin çok üzerinde çalışanı bulunan işvereni bu yükümlülükten kurtaracaktır ki, bu durum işverenlerce kötüye kullanmaya elverişli olabilir. Bu nedenle kanaatimizce aynı işverene ait farklı işyerleri şayet aynı tehlike sınıfında veya aynı işkolunda hizmet veriyorsa burada çalışanlar toplanarak ortak bir kurul oluşturma yöntemi belirlenebilir.

Yönetmelikte bahsi geçen "işletmeler grubu" kavramını da yakından ele almak gerekir. Bu kavramla anlatılmak istenen şayet holding gibi şirketlerin bir araya gelmesiyle oluşan kuruluş ise, bunları oluşturan şirketlerin zaten tek başlarına tüzel kişilikleri bulunduğundan, her birinin ayrı işveren olarak değerlendirilmesi gerekir<sup>35</sup>. Zira TTK'ya göre tüzel

---

34 Aynı yönde **Akın**, s.134.Belirleme yapılırken yıl esasının kriter alınması da yukarıda da ifade edildiği gibi yükümlülüğün nitelik itibariyle uzun vadeli olmasına uygun düşmektedir. Öte yandan, yükümlülüğe aykırılığın yaptırımını düzenleyen maddeye de bakıldığında örneğin risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğüne aykırılığı düzenleyen maddede olduğu gibi aykırılığın sürdüğü her bir ay için ayrı ayrı cezaya hükmedileceği de yazmadığından, yükümlülüğün belirlenmesi de kanaatimizce aylık gibi kısa süreli olarak dikkate alınmamalıdır.

35 Aynı sonuca iş güvencesi kapsamının belirlenmesinde aranan otuz işçi kriterinin tespitinde de Yargıtay tarafından ulaşıldığı ve "aynı gruba girseler de farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayılarının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulamayacağı" sonucuna ulaşılmıştır, (Nuri **Çelik**, "Grup Şirketlerinde İşçilerden Bir Kısımının Aynı Anda Birden Fazla İşverene Hizmet Vermesinden Doğan Sorun", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.15, Özel S., 2013, Basım Yılı: 2014, s.27); Süzek'e göre de, "Her ne kadar bir holding, orada çalışanların aidiyet duygusu bakımından ve personel organizasyonunda, insan kaynaklarında vb. konularda ortaya çıkan ilkeler ve uygulamalar açısından bir bütünlük arz etse de, bu holdinge ya da şirket gruplarına bağlı her şirket hukuki yapıları bakımından ayrı ayrı birer işveren niteliği taşır.", (Sarper **Süzek**, "Türk İş Hukukunda İşveren", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17,Y.5, Mart 2010, s.21, (işveren)).

kişiliği olmayan tek şirket adı şirket olup, bunun dışındakiler tüzel kişiliği olan şirketlerdir<sup>36</sup>. Şayet bu, TTK.m.195’de geçen hakim teşebbüs şeklinde değerlendirilirse, tüzel kişiliği bulunmayan müesseselerin hatta gerçek kişilerin hakim teşebbüs olabileceği kabul edilebilir. Bu durumda hakim teşebbüs olarak anılan işletmeler grubu da ayrı bir işyeri sayılabilir<sup>37</sup>.

Yukarıda bahsedilen durumları kapsayacak biçimde aynı işverenin birden fazla işyerinin bulunduğu durumlarda yönetmeliğin 5/2. maddesinde işverene bu kurullar arasında işbirliği ve koordinasyon sağlama yükümlülüğü de getirilmiştir. Ayrıca işverene bu kurullarla ilgili “çalışma usullerini düzenlemek, iş ve görüş birliğini sağlamak amacıyla bu işyerlerine ait iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili raporların, en az üç ayda bir, ilgili teknik eleman ve uzmanlarca incelenmesini” sağlama yükümlülüğü getirilmiştir<sup>38</sup> (Yön.m.5/2). Maddede ifade edilen “teknik eleman” ile kimin kastedildiği açık değildir. 2004 tarihli yönetmelikte de bu husus aynı şekilde ifade edilmiş olsa da, o yönetmeliğe göre kurul üyeleri arasında, “iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik eleman” açıkça sayılmıştı. Oysa yürürlükteki yönetmelikte “teknik eleman” kavramına yer verilmediği gibi bunu diğer kurul üyeleri biçiminde de anlamak mümkün olmayacağından, kanaatimizce bu kavramın yönetmelikte yer almasına gerek kalmamıştır.

### 3. Altı Aydan Fazla Süren Sürekli İşlerin Yapılması

1475 sayılı Kanun’daki düzenlemeden günümüze kadar gelen mevzuatta kurul oluşturma yükümlülüğü ile ilgili olarak işin altı aydan fazla sürmesi koşulu varlığını korumaktadır. Kurulun yapmakla yükümlü olduğu işler genellikle uzun vadeli olduğundan, kısa süreli işler için kurul oluşturulmasına gerek duyulmamıştır. Konunun düzenlendiği İSGK m.22’de bahsi geçen işlerin aynı zamanda sürekli iş olması koşulu da hükme eklenmiştir. İş K. m.10’da, “nitelikleri bakımından otuz iş gününde fazla devam eden işler sürekli iş olarak tanımlanmıştır.

<sup>36</sup> Şirketlerin tüzel kişilikleri hakkında bkz. Oruç Hami Şener, Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015, s.105-106.

<sup>37</sup> Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/Füsun Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s.266-267.

<sup>38</sup> 2004 tarihli yönetmelikte de yer alan bu hükümde yürürlükteki yönetmelikten farklı olarak, hazırlanacak raporların altı ayda bir incelenmesini sağlama görevi verilmişti.(Yön.m.4-10).

Anılan 22. maddede yer alan altı aydan fazla sürme koşulunun bulunması esasen “sürekli iş” olma koşulunu da beraberinde sağladığından, bu ifadeye gerek olmadığı söylenebilir. Kurul oluşturma yükümlülüğü bulunan işyerlerinin belirlenmesiyle ilgili olarak Kanada mevzuatında ise, çalışanın da belirli süre o işyerinde çalışmış olmasına dikkat edilerek, işyerinde en az oniki hafta çalışan kişilerin kurul oluşturulması için aranan çalışan sayısına dâhil edilmesi gerektiği düzenlenmiştir<sup>39</sup>.

#### **4. Kurul Oluşturma Yükümlülüğü Bulunmayan İşyerlerinde Kurulun Oluşturulması**

Gerek ülkemizde gerekse yabancı ülkelerde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kurul oluşturma zorunluluğunu tüm işyerleri açısından getirmemiştir. Bazı yabancı hukuk sistemlerinde kurulların veya diğer işbirliği mekanizmalarının işveren, işçi ve işçi temsilcileri tarafından gönüllü olarak oluşturulduğu bunun da toplu pazarlık anlaşmaları marifetiyle yapıldığı görülmektedir<sup>40</sup>.

Yukarıda açıklanan koşulları taşıyan işyerlerinin işverenleri bu yükümlülük altında olsalar da, bunların dışında kalan işverenlerin de ihtiyari olarak kurul oluşturmalarına herhangi bir engel bulunmamaktadır. İhtiyari olarak kurul oluşturma yükümlülüğünün özellikle toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle gerçekleştirilmesi mümkündür. Hatta söz konusu kurul oluşturma yükümlülüğünü, STİSK.m.33’de düzenlenen “çerçeve sözleşme” ye konu etmek de mümkün olacaktır<sup>41</sup>. Çerçeve sözleşme dışında kalan diğer toplu iş sözleşmelerine konulacak bir hükümle işvereni elliden az çalışanı dahi

---

39 Guide to Workplace Health & Safety Committees, [http://www.wcb.pe.ca/DocumentManagement/Document/pub\\_guidetoworkplacehealthandsafetycommittee.s.pdf](http://www.wcb.pe.ca/DocumentManagement/Document/pub_guidetoworkplacehealthandsafetycommittee.s.pdf), s.1, erişim tarihi, 14.09.2018.

40 Pakistan ve Çin ‘i örnek göstermek mümkündür, (İş Sağlığı ve Güvenliği ILO Standartları, s.90).

41 Zira çerçeve sözleşmelerle ilgili m.33/3’de şu hükme yer verilmiştir; ” ...sözleşmenin tarafı olan işçi ve işveren sendikasının üyeleri hakkında uygulanır ve ..... iş sağlığı ve güvenliği,...konularına ilişkin düzenlemeleri içerebilir.”. Çerçeve sözleşmede düzenlenebilecek olan kurula ilişkin hükümler, işyerinin çalışma düzenine ilişkin olup, işyerinde çalışanların sendikalı olup olmadıklarına bakılmaksızın, tüm işçilere uygulanacak nitelikte olmalıdır, (Öner Eyrenci, “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.15, Özel S., 2013, Basım Yılı: 2014, s.122; Ömer Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018, s.190-191, (Toplu İş Hukuku).

olsa iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü altına sokacak bir düzenlemenin niteliği gereği, toplu iş sözleşmesinin hangi kısmını oluşturacağı tespit edilmelidir. Kanaatimizce bu nitelikte bir hüküm toplu iş sözleşmesinin normatif kısmında yer almalıdır. Bu kısımda yer alan ve iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümler, öğretide iki ayrı başlık altında incelenirler. Bunlar; doğrudan doğruya iş sözleşmesine ilişkin hükümler ve işyerinin çalışma düzeniyle ilgili hükümlerdir. İncelemekte olduğumuz husus, işyerinin çalışma düzeniyle ilgili kısma dâhil olacaktır. Zira bu hükümler, işyeri organizasyonunu ilgilendiren hükümler olarak anılmakta ve bunlara örnek olarak iş güvenliğiyle ilgili mevzuattaki hükümlerden daha fazla işçiyi koruyucu nitelikte önlemler alınması, kapı kontrolü, kreş yapılması gibi sosyal amaçlı olabilecekleri gibi sendika üyelerinin izin, disiplin kurulu gibi kurullar vasıtasıyla yönetime katılmalarını sağlayan hükümler gösterilebilmektedir<sup>42</sup>.

Bu nitelikteki normlar, işvereni sendikaya değil de, işyerindeki işçi topluluğuna karşı yükümlülük altına soktuklarından, toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu kısmında yer alamayacakları sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>43</sup>. Ayrıca bu nitelikte hükümlerin bir başka özelliği de bireysel çıkarların üstünde işçilerin ortak çıkarları için düzenlenmekte olmaları ve işyerinde çalışan tüm işçilere uygulanan nitelikte olmalarıdır<sup>44</sup>.

İşverenlerin 6331 sayılı Kanun'dan doğan bir kurul oluşturma yükümlülüğü olmamasına karşın, toplu iş sözleşmesiyle bu yükümlülük altına girdiklerinde, kurul kararlarının niteliği veya kurulun işleyişi açısından kanundakinden farklı esasların tespitinin mümkün olup olmayacağı da yukarıda da değinildiği gibi bir başka sorundur. Kanaatimizce bu hüküm çalışan lehine nispi emredici bir hüküm olduğundan, düzenlemeye ilişkin esasların belirlenmesi konusunda da tarafların serbest iradesi ön planda olmalıdır<sup>45</sup>.

---

42 Can **Tuncay/Burcu Savaş Kutsal**, *Toplu İş Hukuku*, İstanbul 2016, s.191-192.

43 Fevzi **Şahlanan**, *Toplu İş Sözleşmeleri*, İstanbul 1992, s.12.

44 **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.193.

45 Belçika hukukunda, kurul oluşturma yükümlülüğü olmayan işverenin ihtiyari olarak oluşturduğu kurulların aldıkları kararların bağlayıcı nitelikte olmadığı kabul edilmektedir. Veronique **De Broeck**, *Worker participation - Belgium*, [https://oshwiki.eu/wiki/Worker\\_participation\\_-Belgium#cite\\_note-30](https://oshwiki.eu/wiki/Worker_participation_-Belgium#cite_note-30), erişim tarihi 28.10.2018.

## D. Kurul Oluşumuna İlişkin Özel Durumlar

### 1. Alt İşveren İlişkisinde

Konunun alt işveren ilişkisi açısından özel olarak düzenlenme sebebi ilgili maddenin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir; “Ülkemizde meydana gelen iş kazalarının önemli bir bölümü alt işverenlere yaptırılan işlerde meydana gelmektedir. Çoğunlukla bir işyerinde toplam çalışan sayısı elliden fazla olmasına rağmen işin alt işverenlere devredilmiş olması nedeniyle asıl işveren ve alt işverenin her birinin çalışan sayısı elliden az tutularak kurul teşekkül ettirilmemektedir. İş kazaları bakımından önemli bir yekûn teşkil eden bu işyerlerinde de asıl işveren ve alt işverene birlikte kurul oluşturma mecburiyeti getirilerek bir kontrol mekanizmasının kurulması sağlanmıştır. Bu nedenle söz konusu işyerlerinde kurul oluşturma mecburiyetinin ortadan kaldırılmasına yönelik uygulamaların önüne geçilmesi hedeflenmiştir<sup>46</sup>.”

6331 sayılı Kanun’un 22/2. maddesi asıl işveren-alt işveren ilişkisinde kurul oluşturma yükümlülüğüne ilişkin detaylara yer vermiştir. Buna göre; aranan ilk temel koşul, öncelikle iki işveren arasında İş Kanunu’nun 2. maddesinde belirlenen esaslara uygun bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunması gerektiğidir<sup>47</sup>. İkinci önemli koşul ise, söz konusu ilişkinin altı aydan fazla sürmüş olması gerektiğidir. Alt işveren ilişkisinin düzenlendiği İş K. m.2 ve ilgili mevzuatta süreye ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Söz konusu altı aylık sınır 6331 sayılı K.m.22/1’de yer alan koşulun alt işverenlik ilişkisine de yansıtılmasından ibarettir. Öğretide bu süre sınırının isabetli olmadığını savunanlar bulunduğu kadar<sup>48</sup>, bu ölçütün kurul oluşturma yükümlülüğünde diğer tüm işverenler için aranan altı

46 6331 sayılı kanun madde gerekçeleri, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss277.pdf>, s.19, erişim tarihi 23.07.2018.

47 Alt işveren ilişkisinin tanımı ve unsurları ile ilgili bkz. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s.97-132; Sarper **Süzek**, İş Hukuku, İstanbul 2018, s.162-186, (İş Hukuku); İbrahim **Aydınlı**, Türk İş hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2015, s.176-212.

48 Şükran **Ertürk**, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.7, S.27, Eylül 2012, s.23; Gizem **Sarıbay Öztürk**, İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları, İstanbul 2015, s.37.

aylık çalışma kriterine uygun olduğunu savunanlar da vardır<sup>49</sup>. Kanaatimizce de alt işveren ilişkisinde de altı aydan fazla sürmüş olma koşulunu aramak İSGK.m.22/1'deki koşulun bir gereği olduğundan isabetlidir. Ancak işyerinde sık aralıklarla alt işverenin değiştiği ancak bu durumun muvazaa olarak kabul edilmediği olasılıklarda kanaatimizce, asıl işveren yönünden işbirliği, koordinasyon ve temsilci atama yükümlülükleri devam etmeli, yükümlülük sadece alt işverenler açısından ortadan kalkmalıdır.

Öte yandan, bilindiği üzere muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisinin tespit edildiği durumlarda İş K. m.2/7'ye göre, "alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler." Bu şekilde bir yaptırım uygulanması iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğünü nasıl etkileyecektir? Ortaya çıkan bu muvazaa durumunda, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağından, asıl işverenin işçi sayısında artış meydana gelecek ve tek başına kurul oluşturma yükümlülüğü olmayan bir asıl işveren geriye yönelik olarak bu yükümlülük altına girecektir<sup>50</sup>. Böyle bir durumda asıl işveren alt işverenle birlikte bir kurul oluşturmuşsa veya alt işverenin oluşturmuş olduğu kurula temsilci göndermiş ise, yine de geriye yönelik olarak "kurul oluşturmama" yaptırımına tabi olacak mıdır? Şayet bu soruya olumlu yanıt verecek olursak, muvazaalı ilişkide sadece asıl işveren tarafını cezalandırmış olma sonucu ortaya çıkacaktır<sup>51</sup>. Bu durumda, kanaatimizce çalışan sayısı elliden az olduğu için kurul oluşturması gerekmeyen ancak alt işverenle ortak kurul oluşturan ve alt işverenin oluşturduğu kurula temsilci göndermiş olan asıl işverene muvazaa durumu tespit edildikten sonra geriye yönelik bir kurul

49 Tankut **Centel**, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş ve İşleyişi", Y.8, S.29, Mart 2013, s.14; Demet **Belverenli**, "Alt İşveren İlişkisinde Doğan İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.2016, C.74, s.191-192, (İş Sağlığı); altı aylık sürenin isabetli olduğu yönündeki görüşte olmakla birlikte bu altı ayın bir yıllık süre içinde altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapılmış olması gerektiğinin aranması kanaatinde, **Özdemir**, Kitap, s.316.

50 **Aydınlı**, (Alt İşveren), s.347-348. Yazar muvazaalı alt işveren ilişkisinde kesin hükümsüzlük uygulamasının işçi sayısında (doğrudan iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ilişkin yükümlülükten bahsetmede de) işveren aleyhinde değişikliğe yol açacağına işaret etmiştir.

51 Bu durumun eleştirisi ve alt işverenin de işçinin hakları bakımından birlikte sorumlu tutulması gerektiği yönünde, Ercan **Akyiğit**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik (Taşeronluk İlişkisi), Ankara 2011, s.119.



oluşturmama yaptırımı uygulanmamalıdır. Fakat gelinen bu noktada her ne kadar yukarıda elli çalışan sayısının tespitinde alt işverenin işçilerinin sayıya dâhil edilmemesi gerektiği sonucunu kabul etmiş olsak da, muvazaa nedeniyle ortaya çıkan bu sonucun, aksi yöndeki görüş kabul edildiğinde ortadan kalkmış olacağı da itiraf etmek gerekir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda alt işverenlik ilişkisi açısından yapılan düzenlemeyi tekrar ele alacak olursak, kanun koyucunun dört farklı olasılığı ayrıntılı bir biçimde ele almış olduğu görülmektedir. İlkinde söz konusu yükümlülük, asıl işveren ve alt işverenin farklı işverenler olmaları nedeniyle kural olarak kurul oluşturma yükümlülüğü konusunda ve çalışan sayılarının hesabında ayrı ayrı değerlendirilmeleri gerektiği kabul edilerek şu şekilde ifade edilmiştir; “Asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise, faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda işbirliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanır (m.22/2-a). Aynı husus, ilgili yönetmeliğin 4/2-a maddesinde de tekrarlanmıştır. Asıl işverene yükletilen işbirliği ve koordinasyon görevinin nasıl olacağı konusunda ise yönetmelikte herhangi bir açıklık bulunmamaktadır<sup>52</sup>. Ancak işbirliği ve koordinasyon yükümlülüğü ile kurul oluşturma yükümlülüğünün 6331 sayılı K.m.26/i'de aynı miktar idari para cezası yaptırımına tabi tutulması, kanun koyucunun her iki yükümlülüğü de birbiriyle eşit nitelikte gördüğü sonucunu ortaya koymaktadır<sup>53</sup>. Hukuki sorumluluk açısından bakıldığında ise, söz konusu koordinasyonu yerine getirmeyen asıl işverenin, alt işveren işçisinin bu yüzden sakatlanması ya da hastalanması durumunda alt işverenle birlikte sorumlu olacağı ileri sürülerek, müteselsil sorumluluğa işaret edilmiştir<sup>54</sup>. Ancak

---

52 Benzer bir düzeleme, işverenin risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğünde de söz konusudur. Bu konuda bkz. İbrahim **Aydınlı**, 6331 Sayılı Kanunda Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2013, S.30, s.42.(Sorumluluk)

53 6331 sayılı K.m.26/(i); “22 nci maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene her bir aykırılık için ayrı ayrı ikibin Türk Lirası, idari para cezası verilir.”

54 **Aydınlı**, Sorumluluk, s.39. Aynı yönde Engin'e göre, bu sorumluluk beraberinde alt işvereni alman iş sağlığı güvenliği ile ilgili konularda yönlendirmeyi, önlem alınıp alınmadığını denetlemeyi ve nihayet alınmayan önlemi bizzat alma sorumluluğunu da getirdiği kanaatindedir (Murat **Engin**, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağına Göre İstihdamında Zorunluluk Bulunan Personelin Hukuki Durumu”, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu, 8 Aralık 2007, İstanbul Barosu Yayınları 2008, s.98).

kanaatimizce işbirliği ve koordinasyondan sorumlu olmak kanunda sadece “faaliyetin yürütülmesi ve kararların uygulanması” konularıyla sınırlandırıldığından, asıl işvereni kurul kararlarının dışında kalan tüm iş sağlığı ve güvenliği konularında da birlikte sorumlu tutmak biçiminde genişletilmemelidir. Şayet kanun koyucunun bu yönde bir iradesi olsaydı alt işveren ilişkisinin bulunduğu işyerlerinde kurul oluşturma yükümlülüğünü sadece asıl işverene yükletirdi<sup>55</sup>.

İkinci olasılıkta ise, asıl işverenin çalışan sayısının ellinin üzerinde olmasından dolayı kurul oluşturmuş olduğu durumda, alt işverenin koordinasyonu sağlamak adına bu kurula yetkili bir temsilci ataması ele alınmıştır. “Asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren, koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar” (m.22/2-b). Maddede bahsedilen koordinasyonun kurul tarafından alınan kararların uygulanması ile ilgili olacağı bahsi geçen yönetmeliğin 4/2-b bendinde ifade edilmiştir.

Üçüncü durumda ise, bir önceki olasılığın tam tersi şu şekilde düzenlenmiştir; “İşyerinde kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren, alt işverenin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar”(m.22/2-c). Görüldüğü üzere, kurul oluşturması gerekmeyen işverenin kurul oluşturması gereken işverenin kurulu ile koordinasyonunu sağlamak üzere vekâleten bir yetkili temsilci ataması hükmü her iki olasılık için düzenlenmiştir. Ancak bu temsilcinin kim olacağı veya hukuki statüsünün ne olacağı konusunda herhangi bir detaya yer verilmediğinden, işverenin işyerindeki çalışanlarından herhangi birini ataması mümkün görünmektedir<sup>56</sup>. Ancak kanaatimizce kurula gönderilecek temsilci, kurul üyesi olabilecek kişiler arasından atanmalı ve hatta kurul üyesi gibi eğitime de tabi tutulmuş olmalıdır. Böylece kurulda alınacak kararlarla ilgili olarak söz konusu temsilcinin de görüş bildirme ve hatta oy kullanma hakkı ortaya çıkacaktır. Öte yandan, maddede ifade edilen temsilcinin İş Kanunu’nda tanımlanan işveren vekili niteliğinde olup olmayacağı da tartışılması gereken bir

55 Nitekim öğretilerde bu durumda sadece asıl işverence oluşturulacak bir kurulun daha isabetli olacağı ifade edilmiştir, ( Aydın **Başbuğ**, İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, İstanbul 2013, s.88).

56 Öğretilerde temsilcinin nasıl bir koordinasyon sağlayacağını açıklamak üzere verilen örneklerle bakıldığında çoğunluğunun işçilerin görüş ve isteklerini asıl işverene duyurma amacına hizmet ettikleri anlaşılmaktadır. Bu da söz konusu temsilcinin “çalışan temsilcisi” olabileceği olasılığını doğurmaktadır. Bu görüşler için bkz. **Belvereni**, (İş Sağlığı), s.195.

diğer ayrıntıdır. Maddenin ifade ediliş biçimi anılan temsilcinin işveren vekili olmasını destekler nitelikte görünmektedir. Ancak kurulda koordinasyonu sağlamak üzere işvereni temsil etmek, 6331 sayılı Kanun m.3/son da düzenlenen, “işin ve işyerinin yönetiminde görev almak” gibi kabul edilebilir mi? Kaldı ki bu kanun anlamında işveren vekili olanların işveren sayılacakları kuralını da dikkate aldığımızda, bu temsilcinin işveren vekili olmaması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız. Zira 6331 sayılı Kanun anlamında işveren vekili olabilmek için sadece işverenin temsil edilmesi değil yeterli değil, ayrıca işin ve işyerinin yönetiminde görev alınması da gerekmektedir<sup>57</sup>. Oysa bu temsilcinin yaptığı “kurul kararlarıyla ilgili koordinasyonu sağlamak” görevi, “işin yönetimi” olarak yorumlanacak kadar geniş bir yönetim faaliyeti değildir.

Alt işverenlik ilişkisi ile ilgili son olasılık ise, “kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla ise, koordinasyonu asıl işverence yapılmak kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulması” durumudur<sup>58</sup>. (m.22/2-ç) Yapılan bu düzenleme ile işverenlerin muvazaalı alt işverenlik ilişkileri kurarak kurul oluşturma yükümlülüğünü bertaraf etmeleri önlenmiştir<sup>59</sup>. Yönetmeliğe göre, Kurulun oluşumunda üyeler her iki işverenin ortak kararı ile atanır<sup>60</sup>.(Y.m.4/2-ç) Bu olasılıkla işverenlerin ayrıca bir de vekâleten temsilci atamalarına da gerek görülmemiştir.

Her iki işverenin birlikte oluşturmakla yükümlü olduğu kurulun işleyişi ile ilgili bir sorun ortaya çıktığında, işverenlerin yükümlülük ve sorumlulukları ise birlikte sorumluluk olarak kabul edilebilir. Ancak,

---

57 Lütfü **Alpsoy/Recep Güner**, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Kapsamında İşveren Vekili Kavramı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.10, S.108, Ağustos 2015, s.44-45.

58 155 sayılı ILO Sözleşmesinin 17. maddesinde, iki işletmenin aynı yerde faaliyette bulunduğu durumlarda işveren için getirilen yükümlülükler konusunda her iki işverenin de işbirliği içinde olması gerektiği ifade edilmiştir.

59 Aynı yönde, **Kılıç**, s.142; Cem **Baloğlu**, “İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri ve Aykırılık Hallerinde Uygulanacak Yaptırımlar”, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C.13, S.2, s.116.

60 Oysa İSG Kurul yönetmeliğinin 6/5 hükmü gereği, kurul üyelerinden “formen, ustabaşı veya usta” seçim yöntemiyle belirlenmektedir. Bu durumda, asıl işveren ve alt işverenin ortak kuracakları kurullarda seçim yapılamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

ortak oluşturulacak kurulun işlerlik seviyesi ve uygulamada ne tür sorunlar ortaya çıkarabileceği de göz ardı edilmemelidir.

Nihayet kamuda uygulanmakta olan alt işverenlik ilişkisi kapsamında bazı taşeron işçilerinin kadroya geçirildiği durumda mevcut kurulların durumuna da değinmek gerekir<sup>61</sup>. İlgili Tebliğ’de<sup>62</sup> konuya ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak kadroya geçişle birlikte gelinen nokta şudur ki, daha evvel asıl işveren durumunda olan kamu kurumlarının sadece kurulla ilgili koordinasyon veya temsilci gönderme yükümlülüğü olmasına karşın, bundan böyle kadroya geçen işçilerin işvereni sıfatıyla kurul oluşturma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekecektir. İşveren sıfatı değişmiş olduğundan, mevcut kurulların da yeniden oluşturulması gerekmektedir.

## 2. Aynı Çalışma Alanında Birden Fazla İşveren Bulunması Durumunda

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 22/3. maddesinde, “Aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması hâlinde işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirir.” hükmü yer almaktadır.

Burada bahsi geçen “aynı çalışma alanında birlikte çalışma” durumuna örnek olarak alt işveren niteliğinde olmayan müteahhit işverenler gösterilmiştir<sup>63</sup>. Bunlardan başka, “İki veya daha fazla işletmenin aynı işyerinde aynı anda faaliyette bulunduğu haller” de, bu hükme örnek olarak gösterilebilir. Bahsi geçen ifadeye ülkemizin de onaylamış olduğu 155 No’lu İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin ILO Sözleşmesi<sup>64</sup>,nin 17. Maddesinde yer almaktadır.

61 Kamuda hizmet alımı sözleşmeleri kapsamında çalıştırılmakta olan işçilerin, sürekli işçi kadrolarına veya mahalli idare şirketlerinde işçi statüsüne geçirilmesine ilişkin 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 23. ve 24. maddeleri ile gerçekleştirilmiştir. RG. 01.01.2018, 30288.

62 Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımı Sözleşmeleri Kapsamında Çalıştırılmakta Olan İşçilerin Sürekli İşçi Kadrolarına veya Mahalli İdare Şirketlerinde İşçi Statüsüne Geçirilmesine İlişkin 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 23 ve Geçici 24. Maddelerinin Uygulanmasına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, RG. 30288, 01.01.2018.

63 Akın, s.140.

64 ILO Kabul Tarihi: 3 Haziran 1981,Kanun Tarih ve Sayısı: 07.01.2004 / 5038, Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 13.01.2004 / 25345.

Anılan maddeye göre; “İki veya daha fazla işletmenin aynı işyerinde aynı anda faaliyette bulunduğu hallerde, söz konusu işletmeler, bu Sözleşmenin gereklerini yerine getirmek için işbirliği yapacaklardır.”

Bu sözleşmeye ve 89/391 sayılı Çerçeve Yönerge’ye<sup>65</sup> göre düzenlenen 6331 sayılı Kanun’un 23. maddesinde konu şu şekilde somutlaştırılmıştır; “ Aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda işverenler; iş hijyeni ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulanmasında iş birliği yapar, yapılan işin yapısı göz önüne alınarak mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulması çalışmalarını koordinasyon içinde yapar, birbirlerini ve çalışan temsilcilerini bu riskler konusunda bilgilendirir.” Ancak anılan maddenin kanunda yer alması, 22/son’da ifade edilen düzenlemeye gerek olmadığı kanaatini de uyandırmaktadır. Zira genel nitelikteki 23. madde, aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaştığı durumdaki tüm iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinde işverenlerin birbirlerini bilgilendirme yükümlülüğünü içermektedir.

“Aynı çalışma alanında birlikte çalışma”yla ilgili olarak, “birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri”ni de örnek göstermek mümkündür. Bu hususla ilgili olarak da 23. maddenin devamında; “Birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki koordinasyon yönetim tarafından sağlanır. Yönetim, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hususunda gerekli tedbirleri almaları için işverenleri uyarır. Bu uyarılara uymayan işverenleri Bakanlığa bildirir.” ifadeleri yer almaktadır.

Konunun düzenlendiği 22. maddede bu nitelikteki işverenlerle ilgili getirilen tek yükümlülüğün “birbirlerini bilgilendirme” olduğu ifade edilse de, yönetmelikte belirtilen işbirliği ve koordinasyon olmaksızın yapılan bilgilendirmenin yetersiz olacağı kanaatindeyiz<sup>66</sup>. Bu noktada koordinasyon sağlama görevinin hangi işverene ait olacağı konusunda

---

65 12/6/1989 tarihli ve 89/391/EEC sayılı Avrupa Birliği Konsey Direktifi. Yönerge doğrultusunda ulusal düzenleme yapan İspanya’da da aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunduğu işyerlerinde, bu işverenlerin iş güvenliği kurulları arasında işbirliğini sağlamakla yükümlü oldukları ifade edilmiştir ([https://oshwiki.eu/wiki/Worker\\_participation\\_-\\_Spain#cite\\_note-ley31-9](https://oshwiki.eu/wiki/Worker_participation_-_Spain#cite_note-ley31-9), erişim tarihi 27.10.2018).

66 Kurulların birbirleriyle bilgi ve tecrübelerini paylaşmalarının yararlı olacağı yönünde, **Ekmekçi**, s.208.

ilgili maddelerde bir düzenleme bulunmamasından dolayı aynı işyerini paylaşan tüm işverenlerin bu konuda sorumlu oldukları sonucuna ulaşan bir öğreti görüşü bulunmaktadır<sup>67</sup>. Ancak bu konuya ilişkin olarak ilgili yönetmeliklerde koordinasyondan kimin sorumlu olduğunu gösteren bazı özel düzenlemelere rastlamak mümkündür.

Bu konuda somut bir örnek vermek gerekirse, Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği<sup>68</sup>'nde düzenlenen “sağlık ve güvenlik koordinatörlerine<sup>69</sup>”, işverenler arasında koordinasyonu sağlama görevi şu şekilde verilmiştir; “Aynı yapı alanında, işe sonradan katılanlarda dâhil olmak üzere, işveren veya alt işverenler arasında organizasyonu sağlar, iş kazaları ve meslek hastalıklarından çalışanları korumak üzere işverenlerce yapılan çalışmaları koordine eder, Kanun’un 23. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen işverenler arası bilgi alış verişinin sağlanmasına katkıda bulunur ve gerekli hallerde kendi nam ve hesabına çalışan kişilerin de bu çalışmalarda yer almasını sağlar.”(Y.m.11/ç)

Bir başka örneğe ise, Çalışanların Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Korunması Hakkında Yönetmelik<sup>70</sup>'te şu şekilde rastlamak mümkündür; “Birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde, işyerlerinin bu Yönetmeliğin uygulanması ile ilgili koordinasyon yönetim tarafından sağlanır. Yönetim, işyerlerinde patlayıcı ortamlarla ilgili diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hususunda gerekli tedbirleri almaları için işverenleri uyarır. Bu uyarılara uymayan işverenleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na<sup>71</sup> bildirir.(Y.m.8/3)”

---

67 Akın, s.141.

68 R.G. 05.10.2013, S. 28786.

69 Sağlık ve güvenlik koordinatörü: Projenin hazırlık ve uygulama aşamalarında, işveren veya proje sorumlusu tarafından sorumluluk verilen ve bu Yönetmeliğin 10 uncu ve 11 inci maddelerinde belirtilen sağlık ve güvenlikle ilgili görevleri yapan gerçek veya tüzel kişilerdir (Yapı İş. İSG Y.m.4/g).

70 R.G., 30.04.2013, S. 28633.

71 Bakanlık adı, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı olarak değiştirilmiştir. RG., 10.07.2018, S. 30474

## II. Kurulun Oluşumu

### A. Kurul Üyeleri

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, mevzuatımızda kabul edilen sistem tek bir kurul oluşumu yükümlülüğü yönündedir. Oysa yurt dışı uygulamalarda asıl kuruldun başka görev konularına göre alt kurulların da var olduğu görülmektedir.<sup>72</sup>

Kurulun kimlerden oluştuğu hususuna değinecek olursak; kurul işyerinde yönetime katılımın bir göstergesi olacak biçimde işveren veya vekili ile birlikte işyerinin bazı çalışanlarından oluşmaktadır. Kurulun başarıya ulaşabilmesi için ise üyeler yeterli eğitim ve donanıma sahip kişiler arasından belirlenmelidir.

Yurt dışındaki uygulamalarda olduğu gibi kurula işyeri personeli dışındaki kişilerin de dâhil edilmesi esası ise bizim sistemimizde kabul edilmemiştir<sup>73</sup>. Kurul üyelerinin en az yarısının yönetici niteliğinde olmayan işçilerden oluşması gerektiği gibi bizde olmayan türde bazı sınırlamaların olduğu ülke uygulamalarına rastlamak da mümkündür<sup>74</sup>.

Tarihsel gelişim süreci içinde bakıldığında, kurul üyeleri konusunda mevzuatımızda önemli bir değişiklik olmadığı dikkati çekmektedir. Söz konusu üyeler ilgili yönetmelikte şu şekilde sayılmıştır; işveren veya işveren vekili, iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi, insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişi, bulunması halinde sivil savunma uzmanı, bulunması halinde formen,

---

72 Örneğin ABD sisteminde gerek duyulduğunda bazı özel konuların düzenlenmesi için alt kurullar kurulabilmektedir. Örnek olarak da çalışanların eğitimiyle ilgili özel kurulları göstermek mümkündür. (Yusuf **Alper**/Günnur **Demir**, “Dünya’da ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları: Kanada, ABD ve İngiltere Uygulaması”, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 2006, s.10). Örnekleri çoğaltmak gerekirse, Brezilya’da işletme büyüklüğüne bağlı olarak, iç kaza önleme komitelerinin kurulması da gerekmektedir. Limanlar, maden çıkarma işleri ve tarım gibi bazı ekonomik faaliyetler için de özel komiteler mevcuttur, İş Sağlığı ve Güvenliği ILO Standartları, s.89.

73 Fransız ve Belçika hukukunda kurul toplantılarına “iş güvenliği müfettişlerinin” de katılmakta olduğuna ve bunun yararlı olacağına dikkat çekilmiştir, **Akın**, s.128. Kanaatimizce de yararlı olacağını düşündüğümüz bu uygulamayı ülkemizdeki iş müfettişi sayısının yetersiz olması nedeniyle hayata geçirmek mümkün görünmemektedir.

74 Guide to Workplace Health & Safety Committees, Canada Worker Compensation Board of PEI, [www.wcb.pe.ca/.../pub\\_guidetoworkplacehealthandsafetyco.](http://www.wcb.pe.ca/.../pub_guidetoworkplacehealthandsafetyco.), s.2, erişim tarihi 20.09.2018.

ustabaşı veya usta, çalışan temsilcisi, işyerinde birden çok çalışan temsilcisi olması halinde baş temsilci<sup>75</sup>.

Yönetmelikte sayılanlar dışında kurula üye dâhil etmenin mümkün olup olamayacağı hususuna gelecek olursak, bir görüş kurul üyelerinin yönetmelikte tek tek sayılmış olmasından dolayı, işverence bu oluşum biçimini genişletmenin mümkün olmaması gerektiği yönündedir<sup>76</sup>. Ancak kanaatimizce kurul temelde çalışanların yönetime katılım modeli olduğundan, çalışan sayısının artırılması bu kişilerin lehine olacaktır. Bu nedenle bu düzenlemeyi de mutlak emredici nitelikte saymamak gerekir. Böylece işveren yönetim hakkı çerçevesinde işyeri iç yönetmeliğine bu yönde hüküm koyabileceği gibi toplu iş sözleşmeleriyle de üye sayısı artırılabilir<sup>77</sup>. Ancak yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, kurul üye sayısının yönetmelikte belirlenenin altına indirmek elbette mümkün olmamalıdır.

### 1. İşveren veya Vekili

Tarihsel gelişim süreci içinde 1475 sayılı Kanun'dan günümüze her üç düzenlemede de işveren veya vekilinin kurulun üyesi olacağı ifade edilmiştir. İşveren veya vekili kavramlarından ne anlaşılması gerektiği konusunda yönetmeliğin 3. maddesinde yapılan atfa göre 6331 sayılı Kanun'daki tanımlar geçerli olacaktır. 6331 sayılı Kanun'a göre, işveren, "Çalışan istihdam eden gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlardır." (m.3/ğ). İşveren vekili ise, "işveren

<sup>75</sup> Benzer bir düzenleme Alman hukukunda yapılmıştır. Kurul üyelerinin işveren (veya bir temsilci), İSG uzmanları, meslek hekimleri, İSG delegeleri, iki işçi temsilcisi (çalışma konseyi tarafından aday gösterilmektedir) olarak tespit edildiği görülmektedir. (§11 ASiG).Bkz. Deutscher Bundestag, Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit (Arbeitssicherheitsgesetz, ASiG), Bonn, 1973, latest amendment 2013, [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_asig/englisch\\_asig.html#p0085](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_asig/englisch_asig.html#p0085) erişim tarihi 28.10.2018.

<sup>76</sup> Özdemir, Kitap, s.319.

<sup>77</sup> Bizdeki uygulamadan farklı olarak Alman Hukukunda, engelli çalışanların temsilcileri, yangın güvenliği yetkilileri, hat yöneticileri veya proje yöneticileri gibi diğer uzman ve (yönetim) temsilcilerinin bazı toplantılara katılmasının istenebileceği ile bazı durumlarda tüm kurul üyelerinin de her toplantıda yer alması söz konusu olabilmektedir. Carsten Brück, Kooperationsstelle Hamburg IFE GmbH., [https://oshwiki.eu/wiki/Worker\\_participation\\_-\\_Germany#cite\\_note-DGUV-43](https://oshwiki.eu/wiki/Worker_participation_-_Germany#cite_note-DGUV-43), erişim tarihi 28.10.2018.



adına hareket eden, işin ve işyerinin yönetiminde görev alan kimseler” olarak tanımlanmıştır (m.3/2).

Kurulda işveren veya vekili başkan olarak görev yapmaktadır (Y.m.6/2)<sup>78</sup>. Bu nitelik işveren veya vekiline aşağıda belirtilecek bazı görev ve yükümlülükler getirmiş olduğu gibi kurul kararları oylanırken oyların eşit olması durumunda başkanın oyuna üstünlük sağlanması imkânını da sağlamaktadır (Y.m.9/1-d).

## 2. İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi

İş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi, kanunun uygulamasına ilişkin tüm konularda işverene rehberlik etmekle görevli iş sağlığı ve güvenliği profesyonelleridir.<sup>79</sup> Bu nedenle kurulda yer almaları da bu niteliklerinin bir sonucudur. Önceki mevzuat döneminde, iş güvenliği uzmanının yerine, “işyeri güvenlik şefi, yoksa işyerinde işçi sağlığı ve güvenliği konularında görevli teknik bir kişi”(İş Sağ. ve Güv.kur.Hak.Tüzük.3/b) ve “...iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik eleman”(4857 SK’na göre Yön.m.5/b) görev almaktaydı. İşyeri hekimi ise her üç düzenlemede de yer almaktadır.

Kurul sekretarya işlerine ilgili yönetmelikte ifade edildiği üzere iş güvenliği uzmanı bakacaktır. Ancak aşağıda da belirtileceği gibi iş güvenliği uzmanı bulunmayan işyeri açısından, sekretarya işlemleri, insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişi tarafından yürütülür (Y.m.6/2).

İşverenler çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi görevlendirirler. Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebilir. Ancak belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması hâlinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu hizmetin yerine getirilmesini kendisi de üstlenebilir. (Ek cümle: 10/9/2014-6552/16 md.) Belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olmayan ancak 50’den az çalışanı bulunan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyeri işverenleri veya işveren vekilleri Bakanlıkça ilan edilen eğitimleri tamamlamak şartıyla işe giriş

78 Almanya'daki aynı yönde uygulama için bkz. **Brück**, [https://oshwiki.eu/wiki/Worker\\_participation\\_-\\_Germany#cite\\_note-DGUV-43](https://oshwiki.eu/wiki/Worker_participation_-_Germany#cite_note-DGUV-43), erişim tarihi 27.10. 2018).

79 Konuya ilişkin ayrıntılar, İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev Yetki Sorumluluk ve Eğitimleri hakkında Yönetmelik (RG.20.07.2013, S.28713) ile İş Güvenliği Uzmanlarının Görev Yetki Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik’le (RG. 29.12.2012, S. 28512) düzenlenmiştir.

ve periyodik muayeneler ve tetkikler hariç iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütebilirler (6331 SK.m.6/a).

Görüldüğü üzere her işyerinde iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi görevlendirme zorunluluğu bulunmadığı gibi bu zorunluluğun bulunduğu işyeri açısından ise, işyerinin girdiği tehlike sınıfı ve çalışan sayısına göre tam zamanlı olarak çalıştırma yükümlülüğü olmayabilmektedir<sup>80</sup>. Diğer ifade ile anılan profesyoneller bazı işyerlerinde oluşturulacak kurullarda yer almayabilmektedir. Kurulda aynı kişinin iki vasfı nedeniyle yer alması ise mümkün değildir<sup>81</sup>.

### 3. İnsan Kaynakları, Personel, Sosyal İşler veya İdari ve Mali İşleri Yürütmekle Görevli Bir Kişi

İlgili yönetmeliğin 6/1-ç bendinde, insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişinin de kurul üyesi olması gerektiği düzenlenmiştir. Önceki dönemlerde, ilgili tüzükte, buna benzer bir kavram olarak, “sosyal işler danışmanı yoksa personel veya sosyal işleri yürütmekle görevli bir kişi” ifadesine yer verilmişti. Daha sonra çıkarılan yönetmelik ise, eskine benzer nitelikte ve bugün yürürlükte olan biçimiyle, “insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişi” ifadesini kabul etmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu düzenlemenin çok geniş içerikli olarak yapılmış olması, işyerlerinde kimin bu başlık altında görevlendirileceğinin tespitini güçleştirebilecektir.

### 4. Bulunması Halinde Sivil Savunma Uzmanı

Sivil savunma; Sivil Savunma Uzmanlarının İdari Statüleri, Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları İle Eğitimleri Hakkında Yönetmelik<sup>82</sup>'e göre, “Düşman saldırılarına karşı halkın can ve mal kaybının en az seviyeye indirilmesi, hayati önem taşıyan her türlü resmi ve özel tesis ve kuruluşların korunması ve faaliyetlerinin devamını sağlayacak iyileştirmenin yapılması, savunma gayretlerinin halk

80 6331 sayılı Kanun'un yürürlük maddesi olan 38/1-a-1'e göre, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüğü, “4857 sayılı İş Kanunu'nun mülga 81 inci maddesi kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 1/7/2020 tarihinden itibaren başlayacaktır.”

81 Aynı yönde, Özdemir, Kitap, s.318.

82 RG., 05.08.2010, S. 27663.

tarafından en yüksek seviyede desteklenmesi ve halkın moralini yüksek tutmak için alınacak her türlü silahsız koruyucu ve kurtarıcı tedbir ve faaliyetler” olarak tanımlanmaktadır.(Y.m.4/f). Anılan yönetmelik, kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapacak sivil savunma uzmanlarına ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Yönetmelik incelendiğinde, sivil savunma uzmanlarının her kamu kurum ve kuruluşunda görev yapmadıkları anlaşılmaktadır<sup>83</sup>. Sivil savunma uzmanı kadrosu bulunmayan kamu kurum ve kuruluşlarında kurumun üst yöneticisi tarafından ilgili personel 05.06.1964 tarihli ve 6/3150 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Sivil Savunma ile İlgili Şahsi Mükellefiyet, Tahliye ve Seyrekleştirme, Planlama ve Diğer Hizmetler Tüzüğü’nün 67’nci maddesi gereğince sivil savunma amiri olarak görevlendirilmektedir<sup>84</sup>. Özel sektöre ait işyerlerinde ise, Sivil Savunma ile İlgili Teşkil ve Tedbirler Tüzüğü<sup>85</sup>’nün resmi ve hususi müesseselerin sivil savunma teşkilleri başlıklı 56. maddesinde, bir takım servisler kurulması ve “sivil savunma amirlerinin görevlendirilmesi gerektiği öngörülmektedir<sup>86</sup> öngörülmektedir<sup>87</sup>. Bu servislerde görev

---

83 İlgili yönetmeliğin 7. maddesine göre, Sivil savunma uzmanları, kamu kurum ve kuruluşun üst yöneticisinin de uygun görüşü alınarak Başkanlıkça, Başkanlıkta ve illerde; afet, acil durum ve sivil savunma hizmetlerinde geçici olarak görevlendirilebilir. İllerde görev yapan sivil savunma uzmanları afet, acil durum, sivil savunma ve seferberlik hizmetlerinde vali tarafından İl Afet ve Acil Durum Müdürlüklerinde geçici olarak görevlendirilebilir.

84 Siv. Sav. Uz. Derneği, Sivil Savunma Uzman ve Amirleri Memnuniyet ve Beklenti Araştırması Raporu, 10-15 Mayıs 2015, 9. Afet ve Acil Durum Eğitim Semineri, Antalya, s.2.

85 Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi:5.6.1964, No: 6/3150 Dayandığı Kanunun Tarihi: 9.6.1958, No: 7126 Yayımlandığı R. Gazetenin Tarihi: 18.7.1964, No: 11757 Yayımlandığı Düsturun Tertibi: 5, Cildi: 3, S. 2614.

86 “Hassas bölgelerdeki yıllık ortalama personel mevcudu 200 den fazla olan resmi ve hususi daire, müessese, fabrika ve teşekküllerde aşağıda yazılı sivil savunma teşkilleri kurulur. 1) Kontrol Merkezi ve Karargah Servisi; 2) Emniyet ve Kılavuz Servisi; 3) İtfaiye Servisi; 4) Kurtarma Servisi; 5) İlk Yardım Servisi; 6) Sosyal Yardım Servisi; 7) Teknik Onarım Servisi. Madde 57 – Hassas bölgelerdeki mevcudu 200 den aşağı planlamaya tabi resmi ve hususi müesseselerde itfaiye, kurtarma ve ilk yardım servislerinin, hassas bölgeler dışındaki mevcudu 100 den fazla olan müesseselerde de itfaiye ve ilkyardım servislerinin kurulması mecburidir. Diğer servislerden lüzum görülecek olanlar kurulabilir.”

87 “Hassas bölgelerdeki yıllık ortalama personel mevcudu 200 den fazla olan resmi ve hususi daire, müessese, fabrika ve teşekküllerde aşağıda yazılı sivil savunma teşkilleri kurulur. 1) Kontrol Merkezi ve Karargâh Servisi; 2) Emniyet ve Kılavuz Servisi; 3) İtfaiye Servisi; 4) Kurtarma Servisi; 5) İlk Yardım Servisi; 6) Sosyal

yapmak üzere, “sivil savunma amirlerinin görevlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Daire ve Müesseseler İçin Sivil Savunma İşleri Kılavuzu<sup>88</sup>’nun 12. maddesine göre, “Müesseselerde, müessese amiri tarafından kendi adına sivil savunma teşkilat, hizmet ve faaliyetlerini düzenlemek ve yürütmek üzere görevlendirilen bir "Sivil Savunma Amiri" bulunur. Sivil savunma uzmanı bulunan müesseselerde bu görev sivil savunma uzmanları tarafından yapılır.” denilmek suretiyle bazı özel sektör işyerinde de sivil savunma uzmanı bulunduğunu, bulunmayan yerlerde ise onun yerine “sivil savunma amiri”nin görev yapacağı düzenlenmiştir. Bu durumda cevaplanması gereken soru, sivil savunma uzmanının bulunmadığı özel sektör işyerlerinde, onun yerine sivil savunma amiri kurul üyesi olarak görev yapabilecek midir? Kanaatimizce, bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Ancak sivil savunma uzmanı ya da sivil savunma amirinin tüm kurul toplantılarında bulunmasının gerekli olup olmayacağı ise tartışmaya açıktır.

### 5. Bulunması Halinde Formen Ustabaşı veya Usta

Özellikle fabrika, şantiye türü üretim yapılan işyerleri açısından bu nitelikte çalışanların bulunması muhtemel olduğundan anılan nitelikteki işyerlerinde söz konusu kişilerden biri kurul üyesi olarak görev yapacaktır. Yönetmelikte geçen formen, aslında teknik açıdan bir iş hukuku kavramı olmayıp, işçilerin düzenli ve verimli çalışmasını sağlayan ve işçiler üzerinde otoritesi olan işçidir<sup>89</sup>. Bu tanımları itibarıyla formen, işin yönetiminde görev alan işveren vekili statüsünde olabilir<sup>90</sup>.

Ustabaşı veya usta kavramları da teknik anlamda iş hukuku kavramları olmayıp, Mesleki Eğitim Kanunu<sup>91</sup>’nda yapılan tanıma göre,

---

Yardımcı Servisi; 7) Teknik Onarım Servisi. Madde 57 – Hassas bölgelerdeki mevcudu 200 den aşağı planlamaya tabi resmi ve hususi müesseselerde itfaiye, kurtarma ve ilk yardım servislerinin, hassas bölgeler dışındaki mevcudu 100 den fazla olan müesseselerde de itfaiye ve ilkyardım servislerinin kurulması mecburidir. Diğer servislerden lüzum görülecek olanlar kurulabilir.”

88 İçişleri Bakanlığı Sivil Savunma Genel Müdürlüğü, <https://istanbul.afad.gov.tr/upload/Node/10184/files/Kilavuz.doc>, 2012, erişim tarihi 12.08.2018.

89 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59bbc0e3134913.47576864](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59bbc0e3134913.47576864), erişim tarihi 15.09. 2017.

90 Recep Güner, İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanuna Göre İşveren Vekili Kimdir? İşveren Vekilinin Sorumlulukları Nelerdir?, Mali Çözüm Dergisi, Mayıs-Haziran 2015, s.175.

91 RG. 19.06.1986, S.19139.

Usta, “bir mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını kazanmış ve bunları mal ve hizmet üretiminde iş hayatınca kabul edilebilecek standartlarda uygulayabilen; üretimi planlayabilen; üretim sırasında karşılaşılabilecek problemleri çözümlenebilen; düşüncelerini yazılı, sözlü ve resim ile açıklayabilen; üretimle ilgili pratik hesaplamaları yapabilen kişidir.” (MEK.m.3/f).

## **6. Çalışan Temsilcisi, İşyerinde Birden Çok Çalışan Temsilcisi Olması Halinde Baştemsilci**

Çalışan temsilcisi, 6331 sayılı Kanun’un 3/c maddesinde, “İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalara katılma, çalışmalarını izleme, tedbir alınmasını isteme, tekliflerde bulunma ve benzeri konularda çalışanları temsil etmeye yetkili çalışan” olarak tanımlanmıştır<sup>92</sup>. Çalışan temsilcileri işyerinde bulunan çalışanlar arasında yapılacak seçimle, işyerindeki çalışan sayısına göre en fazla 6 adet olmak suretiyle seçilir<sup>93</sup>. Böylece çalışanların iş sağlığı ve güvenliği kurulunda kendi seçecekleri kişilerce temsil edilmeleri suretiyle katılım ve işyeri içi demokrasiyi gerçekleştirmek hedeflenmiştir. Bu düşünceyi pekiştirici bir diğer hükme göre de, işyerinde yetkili sendika varsa, bu sendikanın “işyeri sendika temsilcileri” çalışan temsilcisi olarak da görev yapabilecektir (m.20/5). Anılan düzenleme özellikle sendikaların iş sağlığı ve güvenliği konusunda işyerindeki etkinliğini de artıracak niteliktedir<sup>94</sup>. Ancak işyeri sendika temsilcisinin çalışan temsilcisi olarak kabul edilmesi kuralını uygularken, söz konusu sendika temsilcisinin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili donanımına sahip olması gerekmektedir. Bu donanım ise sadece işverence kurul üyelerine verilecek eğitimle sağlanamayacağından,

---

92 Çalışan temsilcileri ile ilgili detaylı bir düzenleme olarak, İş Sağlığı ve Güvenliği İle ilgili Çalışan Temsilcisinin Nitelikleri ve Seçilme Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ çıkarılmıştır. RG. 29.08.2013, 28750.

93 6631 sayılı K.m.20’ye göre, “İşveren; işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayılarını göz önünde bulundurarak dengeli dağılıma özen göstermek kaydıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla, ...çalışan temsilcisini görevlendirir”.

94 Yapılan bir araştırmada kurullarda yer alan çalışan temsilcilerinin sendika tarafından atandığı işyerlerinde iş kazası oranının daha düşük olduğu görülmüştür, Benjamin O. **Alli**, *Fundamental Principles of Occupational Health and Safety*, ILO Geneva 2008, s.49.

sendikanın da bu konuda üzerine düşeni yerine getirmesi gerekmektedir<sup>95</sup>.

### B. Kurul Üyelerinin Belirlenmesi

Kurul üyelerinin belirlenme yöntemi, ilgili yönetmeliğin 6/3 vd. maddesinde düzenlenmiştir. Kurul üyelerinin kim olacağını işveren yönetim hakkı çerçevesinde atama yöntemiyle belirler<sup>96</sup>. Kuşkusuz işveren bu atamayı yaparken söz konusu işe uygun olduğunu düşündüğü çalışanları tercih etmelidir. Bu noktada akla gelen soru, çalışanların işverenin yaptığı bu atamaya itiraz haklarının bulunup bulunmadığıdır. Şayet işverenin bu atama yetkisini yönetim hakkının bir parçası olarak görebilsek, işçinin genel nitelikli bir itiraz hakkının olmayacağını söyleyebiliriz. Ancak yönetim hakkının içeriğiyle ilgili doğrudan bir hüküm bulunmadığından, bu konuda genel nitelikli hüküm olan TBK.m.399'a bakmak gerekmektedir. Maddede, “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.” ifadelerine yer verilerek, işverenin işçilere özel talimatlar verebileceğine işaret edilmiştir<sup>97</sup>. Kanaatimizce işçiyi kurul üyesi olarak belirlemek bu nitelikte bir talimat olarak kabul edilebileceğinden, işçinin buna itirazı ancak işverenin dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde işçinin atanması durumunda ortaya çıkabilecektir. Örneğin sübjektif nitelikleri bakımından hasta, yaşlı, gebe olup da sağlık durumu bu göreve uygun olmayanların atanması veya işyerinde yeni işe girmiş ve kurulda görüş beyan edecek kadar işyerini ve

95 Bu konuda öğretilde, AB Adalet Divanı önüne gelen bir uyuşmazlıkta işçi temsilcisinin gerekli becerilere sahip olması gerektiğinin altı çizilirken, bu becerilere kavuşması için nelerin gerektiğinin ulusal mevzuatta açıkça düzenlenmemiş olduğu durumdaki İsveç aleyhine karar verildiği ifade edilmiştir (Levent Akın, “Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasına Katkısı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2012/3, S.34, s.118, (Sendika)).

96 “Bu maddenin birinci fıkrasının (b), (c), (ç) ve (d) bentlerinde gösterilen üyeler işveren veya işveren vekili tarafından atanırlar.” (Yön.m.6/3).

97 İş güvenliğinin sağlanmasına yönelik bireysel talimatlar bu nitelikte özel talimat olarak kabul edilebilir. Benzer yönde, Savaş Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, s.69. Ayrıca işçinin kurula üye olarak seçimiyle doğrudan ilgili bir görüş beyan etmese de, öğretilde bir görüş de, işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğünün yönetim hakkının bir parçasını oluşturduğunu ifade etmektedir (Aymelek Erdemir, İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Ankara 2015, s.158-160).

buradaki iş sağlığı ve güvenliğini tehdit edecek durumları bilmesi mümkün olmayan tecrübesiz kişilerin atanması gibi durumların dışında bir gerekçeyle kurul üyeliğine itiraz eden işçinin dürüstlük kuralına uygun davranmadığı somut olay da dikkate alınmak suretiyle söylenebilir.

Öte yandan, işçilerin kurul üyeliği görevine atanmalarını “çalışma koşulunda esaslı bir değişiklik” olarak kabul etmek de güç görünmektedir. Zira işverence çalışma koşullarında yapılmış olan bir değişiklik şayet işverenin yönetim hakkı sınırlarına dâhil ise esaslı bir değişiklik olarak kabul edilemeyecektir<sup>98</sup>. Zira çalışma koşulunda esaslı değişiklikten bahsedebilmek için, değişikliğin iş sözleşmesinin esaslı unsurlarına müdahale oluşturan ve bu sözleşme ile kurulan denge ve düzen ilişkisini bozan bir durumun ortaya çıkması gerekmektedir<sup>99</sup>. Böyle bir durum da genellikle işçi ücretinde düşüş yapılması, çalışma saatlerinin işçi aleyhine değiştirilmesi, işyeri değişikliği ve nihayet yapılan işin niteliğinde değişiklik yapılması biçiminde karşımıza çıkmaktadır.

Kamu personeli olan çalışanlar açısından işverence yapılan atamaya itiraz haklarının bulunup bulunmadığı konusunda ise, Devlet Memurları Kanunu’nda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak söz konusu memur, kanaatimizce devlet memurunun görevlerini düzenleyen 11. maddede yer alan genel nitelikli bir hüküm olan, “..amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlüdür.” ifadesi gereği amir tarafından kendisine verilen kurul üyeliği görevini haklı neden olmadıkça reddedemeyecektir.

Kurul üyelerinin bir kısmı ise seçim esasına göre belirlenmektedir. Bunlar; çalışan temsilcisi ile işyerinde bulunması halinde “formen, ustabaşı veya usta”dır. Çalışan temsilcisi konuya ilişkin Tebliğ’de belirtildiği üzere çalışanlar arasından seçilmektedir<sup>100</sup>. Formen ustabaşı veya ustanın seçimine ilişkin olarak ise, yönetmeliğin 6/5. maddesinde, “Bu maddenin birinci fıkrasının (e) bendinde belirtilen üye o işyerindeki formen, ustabaşı veya ustaların yarısından fazlasının katılacağı toplantıda açık oyla seçilir. Seçimle belirlenememesi halinde işveren tarafından

---

98 Sarper **Süzek**, *İş Hukuku*, İstanbul 2018, s.662; Hamdi **Mollamahmutoglu**/Muhittin **Astarlı**/Ulaş **Baysal**, *İş Hukuku*, Ankara 2014, s.390.

99 **Süzek**, s.662.

100 *İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Çalışan Temsilcisinin Nitelikleri ve Seçilme Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ*, RG. 28750, 29.08.2013.

atanır.” ifadelerine yer verilerek, seçimine ilişkin esaslar ortaya konulmuştur. Seçilme belirlenmemesi olasılığı olarak akla ilk gelen kimsenin aday olmamasıdır. Bu hususta çıkacak sorunu gidermek için de işverenin atama usulü ile belirleme yapması akla gelen en pratik çözümdür.

### C. Kurul Üyelerinin Eğitimi

Kurul üyelerinin belirlenmesinin ardından, kurulda çalışmaya başlamadan önce üyelerin eğitime tabi tutulmaları gerekmektedir. Bu eğitimin içeriğiyle ilgili olarak kurul yönetmeliğinde sadece eğitim konuları<sup>101</sup> sayılmakla yetinilmiş olup, eğitim süresi, eğitim usulü, kim tarafından verileceği konusunda bilgi verilmemiştir. Eğitimin kim tarafından verileceği ile ilgili olarak, bir görüş, eğitimin kurulda görev alan yeterli bilgi ve tecrübeye sahip üyelerce dahi verilebileceğini savunurken<sup>102</sup>, diğer bir görüş ise, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin usul ve esasları hakkında yönetmeliği<sup>103</sup> dikkate alarak, bu yönetmelikte belirlenen kişi ve kuruluşlarca verilebileceğini belirtmektedir<sup>104</sup>. Eğitim konularına bakıldığında, kanaatimizce de bu eğitimin bu yönetmelikte belirlenen kişi ve kuruluşlarca verilmesi daha yararlı olacaktır. Kurul üyelerine verilecek eğitimle ilgili olarak, temel iş sağlığı ve güvenliği eğitimi almış kişilere “ilave eğitim” olarak verilebileceği kabul edilmektedir<sup>105</sup>.

Eğitim süresi ise, temel iş sağlığı ve güvenliği eğitiminde olduğu gibi tehlike sınıfına göre farklılık arz edecek biçimde planlanmalıdır. Anılan yönetmelikte yapılan değişikliğe göre, bu eğitim uzaktan eğitim biçiminde de verilebilmelidir.

101 Eğitim konuları; a)Kurulun görev ve yetkileri, b) İş sağlığı ve güvenliği konularında ulusal mevzuat ve standartlar, c) Sıkça rastlanan iş kazaları ve tehlikeli vakaların nedenleri, ç) İş hijyeninin temel ilkeleri, d) İletişim teknikleri, e) Acil durum önlemleri, f) Meslek hastalıkları, g) İşyerlerine ait özel riskler, ğ) Risk değerlendirmesi. (Yön.m.7).

102 **Ekmekçi**, s.69.

103 RG. 28648, 15.05.2013.

104 **Özdemir**, Kitap, s.327.

105 **Kılkaş, İlknur/Demir**, Seçil: "İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğü Üzerine Bir İnceleme", ÇalışmaİşkileriDergisi, C.3,S.1, Mart2012, s.38, <<http://dergipark.gov.tr/cider/issue/29525/316928>>; erişim tarihi 02.11.2018.



Alt işveren ilişkisinin bulunduğu işyerlerinde kurul üyelerinin eğitiminden her iki işverenin birlikte sorumlu olacağı esası kabul edilmiştir (Yön. m.7/2).

### **III. Kurulun Çalışma Esasları**

#### **A. Kurulun Görev ve Yetkileri**

Yönetmeliğin 8. maddesinde kurulun görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Ancak maddeye bakıldığında 1.fıkra da on bent halinde görevleri sayılırken, yetki olarak nitelendirilebilecek hüküm sadece 2. fıkra da, “Kurul üyeleri bu Yönetmelikle kendilerine verilen görevleri yapmalarından dolayı hakları kısıtlanamaz, kötü davranış ve muameleye maruz kalmazlar.” düzenlemesidir. Benzer bir düzenleme 164 sayılı ILO Tavsiye kararının 12/d bendinde şu şekilde yer almaktadır; “iş sağlığı ve güvenliği kurulu üyeleri yapmakta oldukları iş nedeniyle işten çıkarılma veya diğer zararlı etkilere karşı korunmalıdırlar.” Anılan düzenleme, kurul üyelerinin işverene karşı güvencesi olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak söz konusu kötü muamelelere maruz kalan çalışanlar için iş güvencesi veya özel bir tazminat gibi bir hak tanınmamış olduğundan, yönetmeliğin bu hükmünün uygulanabilirliğinin kuvvetli olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>106</sup>. Bu nedenle, bu tür davranışlara maruz kalan kurul üyeleri için özel bir tazminat hükmü getirilmiş olması daha isabetli olurdu. Mevcut düzenlemeye göre, kurul çalışanları anılan nedenden dolayı şayet 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında iseler, kanaatimizce 5. maddede belirtilen eşit davranma borcuna aykırılıktan dolayı ayrımcılık tazminatına ve yoksun kaldıkları haklara da hak kazanamayacaklardır. Zira maddede ayrımcılık sebepleri olarak, cinsiyet dil, din, siyasal düşünce gibi kişinin sübjektif nitelikleri kabul edilmiştir. İş Kanunu kapsamında olmayan diğer işçi nitelikli çalışanlar ile kamu görevlileri açısından da açık bir hüküm yer olmadığından, geriye sadece kurul üyelerinin işverene karşı genel hükümlere göre maddi ve manevi tazminat davası açabilme hakkı kalmaktadır ki, bu durum kurul üyesi olduğu için olumsuz muameleye maruz kalan kişinin zararını telafi etmek için oldukça uzun bir çözüm yolu olacaktır.

---

<sup>106</sup> Kurul üyelerinin iş güvencesine sahip olmamalarının eleştirisi için bkz. Sarper **Süzek**, “İş Hukukunda Katılım”, Coşkun Kırca’ya Armağan, İstanbul 1995, s.167, (Katılım); aynı yönde olmak üzere ve 66331 sayılı kanunun yürürlüğünden önceki eleştiri için bkz. **Akın**, Örgütlenme, s.9.

## 1. Görevleri

### a. İç yönerge taslağı hazırlamak

Kurulun görevleri daha önceki yönetmelik hükümleriyle hemen hemen aynı ifadeleri içerecek bir biçimde düzenlenmiştir. Kurulun görevlerinden ilki, “İşyerinin niteliğine uygun bir iş sağlığı ve güvenliği iç yönerge taslağı hazırlamak, işverenin veya işveren vekilinin onayına sunmak ve yönergenin uygulanmasını izlemek, izleme sonuçlarını rapor haline getirip alınması gereken tedbirleri belirlemek ve kurul gündemine almak” olarak düzenlenmiştir. Bu iç yönerge maddede sayılan diğer görevleri yerine getirirken kurula yardımcı olacaktır. İç yönergenin hukuki nitelik itibarıyla “işyeri iç yönetmeliğı” niteliğinde olup, genel işlem koşulu olarak değerlendirilmesi ve bağlayıcılık kazanması açısından çalışanın onayının alınması gerekliliğini eleştiren görüşe katılmaktayız. Bu noktada ayrıca iş sağlığı ve güvenliği iç yönergelerinin çalışanın bilgisine sunulmasının yeterli olacağını düşünüyoruz<sup>107</sup>.

Aynı yönergenin kamu görevlisi istihdam edilen işyerlerinde hazırlanması zorunluluğı hatırlandığında, memur hukukunda “işyeri iç yönetmeliğı” kavramı bulunmadığından, normlar hiyerarşisinde bu yönergenin kamu görevlisi çalışanlar için hukuki niteliğı ve bağlayıcılık kazanma gücü de işçilerindekinden farklı olabilecektir. Bu karmaşık sonucu bertaraf edebilmek adına kalite sistemlerinden faydalanmak mümkün olabilecektir. Kamu işyerlerinde özellikle kullanılan kalite yönetim sistemlerine benzer bir “işyeri iş sağlığı ve güvenliği kalite sistemi” oluşturulabilir. Özellikle hastaneler, okullar ve kamu kurumlarının farklı illerdeki şubeleri aslında aynı işin farklı mekânlarda yapıldığı kamu hizmetleri olduğundan, mekânsal özel farklılıklar dışında, ilgili bakanlık veya üst oluşum tarafından tüm alt birimler için ortak olarak hazırlanmış iç yönergeler kullanılması ülke çapında standardı yakalamaya da yardımcı olacaktır<sup>108</sup>.

Yönergenin içeriğinde yer alacak düzenlemelere örnek olarak ise, işyerindeki risk unsurları, acil durumlarda alınacak önlemler, koruyucu

<sup>107</sup> İç yönergelerin hukuki nitelikleri ve bağlayıcılık kazanma koşulları hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. **Özdemir**, Kitap, s.38-44.

<sup>108</sup> Örneğin YÖK tarafından tüm üniversitelerdeki kurullarda ortak olarak kullanılacak tip iç yönergeler hazırlanabilir. Kurulun görevi sadece bu standart kurallara ilave olarak işyeri kaynaklı iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri içeren iç yönerge hükümleri hazırlamak olacaktır.

donanımların kullanımı, çalışanların eğitimi gibi hususlar sayılabilir<sup>109</sup>. Özetle yönergenin içeriğini, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili işveren ve çalışan yükümlülüklerinin işyerine özgülenerak açıklandığı hükümler oluşturmaktadır.

### **b. Çalışanlara rehberlik etmek**

Yönetmelikte, “İş sağlığı ve güvenliği konularında o işyerinde çalışanlara yol göstermek”, biçiminde ifade edilen bu görev, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili genel nitelikte bir yükümlülük olarak ifade edilmiş olup, hangi konuda ve şekilde yol gösterilmesi gerektiğine ilişkin detaylara ise iç yönergede yer vermenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

### **c. Tehlikeleri ve kontrol yöntemlerini değerlendirme**

Yönetmelikte sayılan pek çok görevi bu başlık altında değerlendirmek mümkündür. Bunlar arasında; işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlikeleri ve önlemleri değerlendirmek, tedbirleri belirlemek, işveren veya işveren vekiline bildirimde bulunmak (m.8/c), işyerinde meydana gelen her iş kazası ve işyerinde meydana gelen ancak iş kazası olarak değerlendirilmeyen işyeri ya da iş ekipmanının zarara uğratma potansiyeli olan olayları veya meslek hastalığında yahut iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili bir tehlike halinde gerekli araştırma ve incelemeyi yapmak, alınması gereken tedbirleri bir raporla tespit ederek işveren veya işveren vekiline vermek (m.8/ç), işyerinde yapılacak bakım ve onarım çalışmalarında gerekli güvenlik tedbirlerini planlamak (m.8/e), işyerinde yangın, doğal afet, sabotaj ve benzeri tehlikeler için alınan tedbirlerin yeterliliğini ve ekiplerin çalışmalarını izlemek (8/f), işyerinde teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmeye yönelik çalışmalar yapmak (m.8/h) bentleri sayılabilir. Tüm bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kurulun işyerine mahsus mesleki riskleri belirleyip, bu riskleri ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte tedbirler almaya yönelik çalışmalar yapma görevi olduğunu söylemek mümkündür<sup>110</sup>.

---

109 **Özdemir**, Kitap, s.328.

110 Fransız hukukunda, kurulun görev alanına giren işlerle ilgili belirlemede klasik mesleki risklerin yanı sıra, çevre koruma, akıl sağlığı ve stres ve taciz sorunlarının da sayılmış olduğu görülmektedir. Klaus **Kuhl**, Ellen **Schmitz-Felten**, *Workers Participaiton--France*, [https://oshwiki.eu/wiki/Worker\\_participation\\_-\\_France#Health\\_and\\_safety\\_committees](https://oshwiki.eu/wiki/Worker_participation_-_France#Health_and_safety_committees), erişim tarihi, 28.10.2018.

#### **d. İş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini planlamak**

Eğitimle ilgili yönetmelikteki esaslar doğrultusunda kurul üyeleri işyeri için gerekli eğitimlerle ilgili programlar hazırlamakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük yönetmelikte; işyerinde iş sağlığı ve güvenliği eğitim ve öğretimini planlamak, bu konu ve kurullarla ilgili programları hazırlamak, işveren veya işveren vekilinin onayına sunmak ve bu programların uygulanmasını izlemek ve eksiklik görülmesi halinde geri bildirimde bulunmak şeklinde ifade edilmiştir (m.8/d).

#### **e. Yıllık rapor hazırlamak**

Kurul, “İşyerinin iş sağlığı ve güvenliği durumuyla ilgili yıllık bir rapor hazırlamak, o yılki çalışmalarını değerlendirmek, elde edilen tecrübeye göre ertesi yılın çalışma programında yer alacak hususları değerlendirerek belirlemek ve işverene teklifte bulunmak”la da yükümlüdür (m.8/g).

#### **f. Çalışmaktan kaçınma hakkı ile ilgili karar vermek**

Kurulun en dikkat çeken ve somut görevinin yönetmeliğin 8/ğ bendinde belirtilen bu görev olduğunu söyleyebiliriz. “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 13. maddesinde belirtilen çalışmaktan kaçınma hakkı talepleri ile ilgili acilen toplanarak karar vermek”. Çalışmaktan kaçınma hakkı, çalışanların işyerinde “ciddi ve yakın tehlikeye” maruz kalmaları olasılığında ortaya çıkabilecek bir durumdur<sup>111</sup>. Uygulamada hangi durumların bu nitelikte olduğu somut olay incelenerek belirlenebilecektir<sup>112</sup>.

<sup>111</sup> 155 sayılı ILO Sözleşmesinin 19/son maddesinde, “İşçi, hayatı ve sağlığı için ciddi bir tehlike oluşturduğuna ve yakında vaki bulacağına haklı gerekçelerle inandığı herhangi bir durumu, derhal bir üstüne rapor eder ve işveren bu durumun giderilmesi için gerekli önlemleri alıncaya kadar yaşam ve sağlık için ciddi tehlike oluşturmaya devam eden çalışma alanına işçilerin dönmesini isteyemez.” hükmüne yer verilmiştir. İş sağlığı ve güvenliği mevzuatımızda ise, “bir üstüne rapor etme” yerine iş sağlığı ve güvenliği kuruluna durumu bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

<sup>112</sup> Çalışanın bedensel zarara uğrama tehlikesi kadar, son dönemde psikolojik tacize uğraması da bu kapsamda değerlendirilmeye başlanmış ve bu duruma maruz kalan çalışanların kurula çalışmaktan kaçınmak için başvurularının mümkün olduğu kabul edilmiştir (Ertuğrul Yuvalı, “Mobbingin Psiko-Sosyal Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbingin Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:2, Yıl 2015, s.734). Psiko-sosyal risklerin bazı ülkelerini iş sağlığı ve güvenliği sistemlerinde

Çalışmaktan kaçınma hakkı,155 sayılı ILO Sözleşmesinin 13 vd. maddelerinde yer alan ve pek çok ülkede uygulanan bir haktır. Ancak bu hakkın kullanılması, ciddi ve yakın bir tehlike ortaya çıktığında bazı ülkelerde doğrudan çalışan tarafından verilen bir kararla mümkün iken, pek çok ülkede ise, bir iş güvenliği sorumlusunun veya yönetim pozisyonunda olan başka bir kişinin onayına bağlanmıştır<sup>113</sup>.

İfade etmek gerekir ki, İSGK.m.13/3'de, "Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider." denilmek suretiyle kurulun bazı acil durumlarda kaçınma hakkı taleplerini karara bağlamasına gerek olmadığı, bunun çalışanın kendi aldığı kararlar da mümkün olduğu düzenlenmiştir<sup>114</sup>.

## B. Çalışma Usulleri

### 1. Kurulun Toplanma Esasları

İş sağlığı ve güvenliği kurullarında gerektiği zamanlarda toplantı yapmak biçiminde bir çalışma esası uygulanmaktadır. Ancak kurul toplantı dışında işyerini inceleme biçiminde de çalışma esası uygulanmalıdır.<sup>115</sup>

İşyerinin girdiği tehlike sınıfına göre farklı aralıklarla kurul toplantıları yapılmaktadır. Yönetmeliğe göre, Kurullar ayda en az bir

---

düzenlenişi ile ilgili olarak bkz. Murat **Kandemir**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler, İstanbul 2017, s.93-102.

113 Arnavutluk, Cezayir, Arjantin, Belize, Kamerun, Orta Afrika Cumhuriyeti, Kongo, Kosta Rika, Mısır, Etiyopya, Grenada, Guatemala, İsrail, Japonya, Lesoto, Malavi, Malezya, Fas, Mozambik, Namibya, Nikaragua, Filipinler, Katar, Suudi Arabistan, Seyşel Adaları, Singapur, Güney Afrika, Sri Lanka, Surinam, İsviçre, Suriye Arap Cumhuriyeti, Tayland, Türkiye ve Uruguay. Kamerun'da da tehlikeli bir durumda işverenine veya güvenlik ve sağlık komitesine haber vermeden çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçilerin, iş sözleşmelerini ihlal ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır. (İş Sağlığı ve Güvenliği ILO Standartları, s.67, <http://www2.csgb.gov.tr/dosyalar/yayinlar/582/dosya-582-4752.pdf>, erişim tarihi 26.10.2018).

114 **Sarıbay Öztürk**, s.99 vd.; Gaye **Baycık**, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler", Ankara Barosu Dergisi, Y.2013, S.3.s.121.

115 **Alli**, s.49. Örneğin İspanya İş Sağlığı ve Güvenliği mevzuatında, kurul üyelerine işyerlerinin çeşitli birimlerini ziyaret edip, buralarda inceleme yapma görevi de verilmiştir ([https://oshwiki.eu/wiki/Worker\\_participation\\_-\\_Spain#Health\\_and\\_safety\\_committees](https://oshwiki.eu/wiki/Worker_participation_-_Spain#Health_and_safety_committees), erişim tarihi 27.10.2018).

kere toplanır<sup>116</sup>. Ancak kurul, işyerinin tehlike sınıfını dikkate alarak, tehlikeli işyerlerinde bu sürenin iki ay, az tehlikeli işyerlerinde ise üç ay olarak belirlenmesine karar verebilir (Yön. m.9/1-a). Dikkat edilirse tehlikeli ve az tehlikeli sınıftaki işyerlerindeki kurulların toplantı sıklığının bir ayın üzerine çıkabilmesi için de kurulun ayrı bir karar almasından bahsedilmektedir. Oysa uygulamada kurulların doğrudan iki-üç aylık sıklıkla toplantı yaptıkları görülmektedir.

Toplantının belirlenen sıklıkla yapılmaması veya hiç yapılmaması durumunda nasıl bir sonuç ortaya çıkacağı konusunda yönetmelikte bir hüküm yer almamaktadır. Ancak aşağıda ele alınacağı gibi bu durum somut olaya göre işverene ve kurul üyelerine sorumluluk getirecektir. Toplantının gündemi, yeri, günü ve saati toplantıdan en az kırk sekiz saat önce kurul üyelerine bildirilir. Gündem, sorunların ve varsa iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin projelerin önem sırasına göre belirlenir. Kurul üyeleri gündemde değişiklik isteyebilirler. Bu istek kurulca uygun görüldüğünde gündem buna göre değiştirilir (m.9/1-b). Ölümlü, uzuv kayıplı veya ağır iş kazası halleri veya özel bir tedbiri gerektiren önemli hallerde kurul üyelerinden herhangi biri kurulu olağanüstü toplantıya çağırabilir. Bu konudaki tekliflerin kurul başkanına veya sekreterine yapılması gerekir. Toplantı zamanı, konunun ivedilik ve önemine göre tespit olunur (m.9/1-c).

Kurul üyeleri aynı zamanda işyerinde başka görevleri olan çalışanlardır. Ancak yine de, yönetmeliğin 9/1-ç bendinde “Kurul toplantılarının günlük çalışma saatleri içinde yapılması asıldır. Kurulun toplantılarında geçecek süreler günlük çalışma süresinden sayılır.” denilmek suretiyle bu çalışmaların çalışanlar için ek bir iş yüküne dönüşmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Önceki yönetmelikte kurulun olağan toplantılarının ayda toplam yirmidört saati geçemeyeceği açıkça belirlenmiş olmasına karşın, yürürlükteki yönetmelikte bu yönde bir sınırlama getirilmemiştir<sup>117</sup>. Şayet yapılan kurul çalışmaları nedeniyle

<sup>116</sup> Belçika’da da kurulların ayda bir kez toplanmaları gerekmektedir. **De Broeck**, [oshwiki.eu/wiki/Worker\\_participation\\_Belgium#Occupational\\_committee\\_for\\_prevention\\_and\\_protection\\_at\\_work](https://oshwiki.eu/wiki/Worker_participation_Belgium#Occupational_committee_for_prevention_and_protection_at_work), erişim tarihi, 28.10.2018. Almanya’da ise, kurulların toplanma sıklığının yılda dört kez olduğu görülmektedir, (Carsten **Brück**, Worker Participations in Germany, [https://oshwiki.eu/wiki/Worker\\_participation\\_Germany#The\\_safety\\_committee\\_28.E2.80.98Arbeitsschutzausschuss.E2.80.99.2\\_C\\_ASA.29](https://oshwiki.eu/wiki/Worker_participation_Germany#The_safety_committee_28.E2.80.98Arbeitsschutzausschuss.E2.80.99.2_C_ASA.29), erişim tarihi 28.10.2018).

<sup>117</sup> (Eski Yön.m.8/1-d). Bu yönetmelikten önceki tüzükte de aynı ifade yer almaktaydı. Bkz. İşçi Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Tüzük m.5/c.Bu düzenleme,

haftalık 45 saatlik sürenin üzerine çıkılırsa, işyerindeki haftalık çalışma süresine göre fazla çalışma veya işverence belirlenen haftalık çalışma süresinin üzerine çıkılırsa da fazla sürelerle çalışma esasları uygulanmalı ve buna uygun zamlı ücrete hak kazanılabilmelidir.

Yukarıda belirtilen toplantı esasları olağan toplantılara ilişkindir. Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen çalışanın kurula başvurusunun değerlendirileceği kurul toplantısı ise olağanüstü toplantı niteliğinde olup, kurul böyle bir durumda acilen toplantı yapmak zorunda olacaktır. Toplantıda verilen kararın çalışana ve çalışan temsilcisine tebliğ edilmesi gerektiği de yönetmeliğin 9/3. maddesinde ifade edilmiştir.

## **2. Karar Alma Esasları**

Kurul, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile işveren veya işveren vekili başkanlığında toplanır ve katılanların salt çoğunluğu ile karar alır. Çekimser oy kullanılmaz. Oyların eşitliği halinde başkanın oyu kararı belirler. Çoğunluğun sağlanamadığı veya başka bir nedenle toplantının yapılmadığı hallerde durumu belirten bir tutanak düzenlenir (m.9/1-d).

Her toplantıda, görüşülen konularla ilgili alınan kararları içeren bir tutanak düzenlenir. Tutanak, toplantıya katılan başkan ve üyeler tarafından imzalanır. İmza altına alınan kararlar herhangi bir işleme gerek kalmaksızın işverene bildirilmiş sayılır. İmzalı tutanak ve kararlar sırasıyla özel dosyasında saklanır (m.9/1-e).

Toplantıda alınan kararlar gereği yapılmak üzere ilgililere duyurulur. Ayrıca çalışanlara duyurulması faydalı görülen konular işyerinde ilân edilir (m.9/1-f).

Maddenin devamında kurul kararlarının niteliğini ifade etmek üzere şu hükme yer verilmiştir; “Kurulca işyerinde ilân edilen kararlar işverenleri ve çalışanları bağlar” (m.9/2). Bu konuda öğretide kurul kararlarının hukuken icrai nitelikte olmadığı, yerine getirilebilmesi için mutlaka işverenin bir işlemine ihtiyaç olduğu ifade edilmiştir<sup>118</sup>. İş kazası veya meslek hastalığı sonrasında kusur tespit edilirken, kurulun iş güvenliğine aykırı olarak bir karar aldığı veya görevini gerektiği gibi yerine getirmediği durumlarda söz konusu kurul kararları doğrudan etki edecek ve işveren kurulun kararlarından sorumlu tutulacaktır.

---

yürürlükte bulunduğu dönemde gereksiz ve denetiminin zor olması gerekçeleriyle haklı olarak eleştirilmiştir. Bu eleştiriler için bkz. **Ekmekçi**, s.77.

## IV. Kurula İlişkin Yükümlülükler ve Sorumluluklar

### A. Kurulun Yükümlülükleri

#### 1. Yönetmelikte belirlenen yükümlülükleri

Konuyu düzenleyen yönetmeliğin 11. maddesinde üç genel yükümlülükten bahsedilmektedir. Bu yükümlülüklerden ilki, kurulların “...yapacakları tekliflerde, bulunacakları tavsiyelerde ve verecekleri kararlarda işyerinin durumunu ve işverenin olanaklarını göz önünde bulundurma” yükümlülüğüdür. İşçi çalışanlar bakımından bu yükümlülüğün sadakat borcunun özel bir görünümü olduğunu söyleyebiliriz. Zira sadakat borcu, işçi bakımından, işverenin çıkarlarını korumayı öngörmektedir. Kamu personeli açısından ise, aynı yükümlülüğün 657 sayılı Kanun’un 6. maddesinde sadakat yükümlülüğü olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir.

Yönetmelikte belirtilen yükümlülüğü somutlaştırmak adına, kurul üyelerinin özellikle iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hususlarda işvereni maddi açıdan katlanamayacağı tutardaki tedbirler almaya zorlamaması önem taşımaktadır. Kanun’un 22. maddesinde de “İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygular.” ifadesiyle kastedilen de kanaatimizce budur<sup>119</sup>. Diğer bir ifade ile işverenden yerine getirmesi dürüstlük ilkesi gereği mümkün olabilecek iş sağlığı ve güvenliği kararlarını uygulamasını beklemek gerekir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, işverenin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili her türlü önlemi alma yükümlülüğü de olduğundan, yukarıdaki ifadeler hiçbir şekilde işverenin sadece maddi olanakları ölçüsünde iş güvenliği önlemleri alabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır.

İkinci yükümlülük olarak, yine sadakat borcunun özel bir görünümü olan sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiş ve “Kurul üyeleri, görevleri nedeniyle işyerlerinin yapım ve üretim teknikleri, ticari sırları ve ekonomik durumları hakkında gördükleri ve öğrendiklerini gizli tutmak zorundadırlar.” ifadesine yer verilmiştir (Yön.m.11/2). Esasen bu yükümlülük yönetmelikte açıkça yer almasa da, sadakat borcunun bir sonucu olarak, kurul üyelerinden yine de sır saklamalarını beklemek gerekecekti. Zira TBK.m.396/4 de de, “İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği,

<sup>119</sup> Centel ise, maddede kastedilenin, “, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun görevi dâhilindeki aldığı kararların işverence uygulanması” olduğunun altını çizmektedir, (s.20).



özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz.” denilerek aynı esas kabul edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer detay ise, farklı nitelikteki kurul üyelerinin hepsinin aynı seviyede sır saklama yükümlülüğü altında olup olmayacağıdır<sup>120</sup>. Ayrıca sır saklama yükümlülüğünün iş sadece iş sözleşmesinin devamı sırasında mı geçerli olacaktır. TBK.m.396/4’de, yükümlülüğün iş sözleşmesi sona erdikten sonra da devam edebileceği şu şekilde dile getirilmiştir; “İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.” Öğretide genel olarak kabul edilen görüş, iş sırrının korunması ile rekabet etmeme borçlarının birbirlerinden farklı değerlendirilerek, iş sözleşmesi sonrası sır saklama yükümlülüğünün devam etmesi için bu hususun ayrıca bir sözleşmeyle belirlenmesine gerek olmadığı yönündedir<sup>121</sup>. Ancak maddede ifade edilen “işverenin haklı menfaati” kavramı genel ve soyut nitelikte olduğundan, kanaatimizce, kurul üyelerinin iş sözleşmesi sonrasında da sır saklama borcu altında olduklarından haberdar edilmeleri gerekir. Bunu yapmak için mutlaka bir sır saklama sözleşmesine gerek olmasa da, kurul hazırlayacağı iç yönerge taslağına açıkça bu yönde bir hüküm ekleyebileceği gibi her kurul toplantısı sonrasında hazırlanacak tutanağa bu husus açıkça yazılarak, kurul üyelerinin sır saklama borcu ve ne kadar süreceği konusu netleştirilebilir<sup>122</sup>. Ancak bu yönde bir düzeltme yapılmamış olsa da, TBK.m.396/4 hükmü ve incelediğimiz yönetmelik hükmü gereği iş sözleşmesi devamında ve sonrasında kurul üyelerinin sır saklama borcunun olduğunu kabul etmek gerekecektir<sup>123</sup>.

---

120 Zira genellikle kabul edilen, vasıfsız elamanın vasıflıya göre daha dar bir sır saklama borcu altında olduğudur, (Fatih Uşan, İş Sırrının Korunması, Ankara 2003, s.110).

121 **Süzek**, İş Hukuku, s.349; Kübra **Doğan Yenisey**, “Hizmet Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler- Tebliğler, İstanbul 2012, s.308.

122 Borcun süre sınırlamasının iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmelikleriyle yapılabileceği hususunda bkz. Demet **Belverenli**, “İşçinin Sır Saklama Borcu-Karar İncelemesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.50, C.13, Y.2016, s.1012, (Sır Saklama). Kanaatimizce, belirlenecek bu süre, rekabet yasağı sözleşmesinde belirlenen azami iki yıllık süreyi geçmemelidir.

123 6098 sayılı Kanun öncesinde Kurulla ilgili yönetmelik hükmüne dayanılarak iş sözleşmesi sonrasında kurul üyelerinin sır saklama borcu olduğu görüşü için bkz. Kübra **Doğan Yenisey/Özgür Öztürk**, “İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü”, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, s.436-437, (399-457).

Kurulun yönetmelikte belirlenen son yükümlülüğü ise, diğerlerinden farklı olarak işverene karşı değil, işyerini teftişle görevli olanlara karşıdır. Yönetmeliğin 11/3. maddesine göre, “Kurullar, iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş yapmaya yetkili Bakanlık iş müfettişlerine işyerlerinde yapacakları teftiş ve incelemelerde kolaylık sağlamak ve yardımcı olmakla yükümlüdür.” Bu hükme benzer nitelikteki düzenlemelere İş Kanunu’nun “çalışma hayatının denetimi ve teftişi” başlıklı kısmında rastlamak mümkündür. Yetkili makam ve memurlar başlıklı 92. maddenin 2. fıkrasında, “Teftiş, denetleme ve incelemeler sırasında işverenler, işçiler ve bu işle ilgili görülen başka kişiler izleme, denetleme ve teftişle görevli iş müfettişleri (...) tarafından çağrıldıkları zaman gelmek, ifade ve bilgi vermek, gerekli olan belge ve delilleri getirip göstermek ve vermek; iş müfettişlerinin birinci fıkrada yazılı görevlerini yapmaları için kendilerine her çeşit kolaylığı göstermek, bu yoldaki isteklerini geciktirmeksizin yerine getirmekle yükümlüdürler.” Ayrıca “işçi ve işverenin sorumluluğu” başlıklı 96. maddenin 2. fıkrasında da, “İşçilerin çalıştıkları veya ayrıldıkları işyerleriyle işverenleri hakkında gerçeğe uygun olmayan haberler vererek gereksiz işlemlerle uğraştırılmaları veya işverenleri haksız yere kötü duruma düşürmeye kalkışmaları ve iş müfettişlerince kendilerinden sorulan hususlar için doğru olmayan cevaplar vererek denetim ve teftişin yapılmasını güçleştirmek veya yanlış bir sonuca vardırarak gibi kötü niyetli davranışlarda bulunmaları yasaktır.” ifadesine yer verilerek işçilerin teftişle ilgili genel yükümlülükleri ortaya konulmuştur. Bu nedenle yönetmelik hükmü olmasaydı dahi, İş Kanunu kapsamındaki işçilerin bu yönde yükümlülükleri bulunmaktaydı. Hatta yönetmelikten farklı olarak İş K. m. 107/b’de, 96.maddeye yapılan atıfla bu yükümlülüğün yaptırımının da düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Anılan hükme göre, “İş müfettişlerinin bu Kanundan veya diğer kanunlardan doğan her çeşit teftiş, denetleme yetki ve görevleri gereğince görevlerinin yerine getirilmesi sırasında, görevlerini yapma ve sonuçlandırmaya engel olan kimselere, fiil suç oluşturmadığı takdirde, sekizbin Türk Lirası idarî para cezası verilir.” Buna göre müfettişlerin teftişle ilgili görevlerini yerine getirirken kurul üyesi çalışanların bu kişilere engel olması durumunda idari para cezası düzenlenmiştir<sup>124</sup>. Dikkati çekmek gerekir ki, bu madde ile teftiş esnasında yükümlülüğünü yerine getirmeyen kurul üyelerine yaptırım olarak idari para cezası

---

<sup>124</sup> 2018 yılı için bu cezanın güncel miktarı 16.829 TL’dir.

uygulamak İş Kanunu'nda nadiren rastlanan işveren veya vekili dışındaki kişilere idari yaptırım uygulamasına örnek oluşturmaktadır.

İş Kanunu kapsamında olmayanlar bakımından ise, bu hükmün açıkça ifade edilmiş olması ise kanaatimizce yerinde bir düzenleme olmuştur.

## **2. Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları**

### **a. Kurul üyeliğine son verme**

Kurul üyelerinin yönetmelikle belirlenen ve yukarıda incelediğimiz yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda nasıl bir sonuç ortaya çıkacağı yönetmelikte açıkça belirlenmemiştir. Bu konuda akla gelen ilk sonuç, işverence yükümlülüklerine aykırı davranan kurul üyesinin üyeliğine son verilmesidir. Kurul üyelerinin bir kısmının işverence değil de, çalışanlarca seçilmiş olduğu durumlarda ise, işverenin kurul üyeliğine son verme uygulamasını yapabileceğini kolaylıkla söylemek mümkün olamayacaktır. Yönetime katılmanın somut örneklerinden olan Alman hukukunda yer alan “İşyeri Kurulları”nı düzenleyen İşyeri Teşkilatı Kanun’unda özel bir düzenlemeye gidilmiş ve kurul üyelerinin iş mahkemesince üyeliklerinin son verileceğine dair açık ve detaylı bir düzenleme yapılmıştır<sup>125</sup>. Yapılması gereken bizim hukukumuzda da bu yönde bir açık hükme yer vermek olmalıdır. Yürürlükteki mevzuata göre işçinin iş sağlığı ve güvenliği kurulunda görevlendirilmesini işverenin yönetim hakkının bir sonucu olarak kabul edecek olursak, bu kurulda çalışanları görevden alma hakkının da yönetim hakkının bir diğer sonucu olarak görülmesi mümkün olacaktır. Kurul üyelerinin ne kadar süre için seçtikleriyle ilgili bir sınırlamanın getirilmemiş olması ve seçimle getirilen üyelerin yedeklerinin de belirlenmek zorunda olması bu görüşümüzü destekleyici niteliktedir.

### **b. Disiplin yaptırımı uygulanması**

Kurulun yönetmelikte belirlenmiş olan yükümlülüklerine aykırı davranmasının bir diğer sonucu da, işverenin kurul üyesi olan çalışana disiplin yaptırımı uygulamasıdır. Ancak bunun için disiplin yaptırımının taşınması gereken koşulların var olması gerekmektedir. Anılan koşullara mevzuatta açıkça yer verilmemiş olsa da, öğretilde kabul gören belli başlı

---

<sup>125</sup> Cevat Gökhan **Erbaş**, Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Yönetime Katılması, Ankara 2013, s.75.

koşullar şunlardır; ilk olarak verilecek disiplin cezasının hukuki bir dayanağa ihtiyacı bulunmaktadır<sup>126</sup>. İnceleme konumuz açısından açık bir yasal düzenleme bulunmamasıyla beraber, işveren bu hususu toplu iş sözleşmesi (özellikle iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hazırlanacak çerçeve sözleşmeye konu edilmesi daha isabetli olur), işyeri iç yönetmeliği veya yine kurulca hazırlanacak iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin işyeri iç yönergesinde düzenleyebilir. Böylece kurul üyelerinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda maruz kalacakları disiplin yaptırımları da hukuki bir dayanağa kavuşmuş olacaktır. İkinci koşul olarak, verilen cezanın amacı ile sınırlı olması gerekmektedir. Bu noktada işverenin sırf kurula ilişkin görevini yerine getirmemesinden dolayı çalışana bu şekilde bir disiplin cezası vermesi mümkün iken, verilecek cezanın uyarı, kınama, ücretten kesme cezası gibi daha hafif nitelikte cezalar uygulanmadan, doğrudan iş sözleşmesini feshetme gibi bir cezanın uygulanması amaca aykırılık teşkil edebilecektir. Nihayet çalışanın kusurunun bulunması da bir diğer koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. Elbette uygulanacak disiplin cezası da çalışanın kusuru ile orantılı bir biçimde olmalıdır<sup>127</sup>.

Öte yandan kurul üyelerinin sırf yönetmelikteki yükümlülükleri yerine getirmemesi durumu değil, görevlerini de gerektiği gibi yerine getirmemeleri hatta kurul toplantılarına katılmamaları durumunda da disiplin yaptırımına maruz kalmaları mümkün olacaktır. Kamu personeli kurul üyeleri bakımından da, memur hukuku esaslarına uygun olarak yükümlülüklerin ve görevlerin yerine getirilmemesi durumunda disiplin yaptırımı uygulanacaktır. Devlet Memurları Kanunu'nda disiplin yaptırımlarının açıkça sayılmış olması bu açıdan işi kolaylaştırmaktadır. Sayılan bu yaptırımlardan hangisinin uygulanacağına karar verilirken, disiplin cezasının tanımında yer verilen, “kurumun düzenini bozan fiillere uygulanan yaptırımdır” ifadesinden hareket edilmelidir<sup>128</sup>. Kurul üyesi memurun davranışının kurumun düzenini bozma seviyesine göre ve davranışın tekrar edilip edilmediğine göre değişmek kaydıyla uyarı, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezaları verilebilir.

<sup>126</sup> Sarper Süzek, “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2011, S.1, s.10, (Disiplin).

<sup>127</sup> Süzek, Disiplin, s.11.

<sup>128</sup> Boz, Selman Sacit, “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.2, 2017, s.18.

Ancak kurul üyesi işçi statüsündeki çalışanlarla, kamu personeli statüsündeki çalışanların bir arada bulunduğu kamu kurumlarında, her iki çalışan için farklı disiplin cezası verilmeyecek biçimde disiplin yaptırımı uygulamasına gidilmelidir. Belirtmek gerekir ki, detaylı bir şekilde düzenlenen memur disiplin cezalarına ilişkin esaslar, iş hukukundakilerle farklılık gösterebilecektir<sup>129</sup>. Örneğin, memur hukukunda savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilmeyeceği ilkesi mevcutken, iş hukuku açısından bazı durumlar hariç bu yönde bir açık zorunluluk bulunmamaktadır<sup>130</sup>.

### c. İşten çıkarma

Çalışanın kurulla ilgili görevlerini ve yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemesi olasılığında, varılacak son nokta çalışanın işten çıkarılmasıdır. İşçi statüsündeki kurul üyesi çalışanlar açısından fesih söz konusu olsa da, kamu personeli açısından bu sonuca varmak yine güçlükle teşkil etmektedir.

İşçi statüsünde olan kurul üyeleri bakımından tabi oldukları kanun hükmüne uygun olacak biçimde işverence haklı nedenle sözleşmenin feshedilmesi mümkün olabilecektir. Örneğin 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranan kurul üyesinin m.25/II'-(e)'de düzenlenen doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışı dolayısıyla işverence iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir. Bir başka fesih sebebi olarak da, m.25/II-h'de düzenlenen, "yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" durumu sayılabilir.

Bunların dışında, kurul üyelerinin davranışlarının geçerli nedenle feshe konu olup olamayacağını da tartışmak gerekir. İş K. m.18'de, işçinin yeterliliğine, davranışına ve işletmesel gerekçelere dayalı sebeplerin geçerli neden olabileceği düzenlenmiş, bunların neler olabileceği ise, madde gerekçesinde örnek verilmek suretiyle belirlenmiştir. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler ve işletmesel sebepler ayrı tutulursa, kurul üyesinin Yönetmelikte sayılan görevleri yerine getirmemesi durumunu, "işçinin davranışlarından

---

<sup>129</sup> DMK.m.125'de düzenlenen disiplin cezası türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turan **Yıldırım**/Melikşah **Yasin**/Nur **Kaman**/Eyüp **Özdemir**/Gül **Üstün**/Özge **Okay Tekinsoy**, İdare Hukuku, İstanbul 2016, s.266-271.

<sup>130</sup> Memur disiplin hukukuna egemen olan ilkeler hakkında bkz. **Boz**, s.25; **Süzek**, Disiplin, s.13.

kaynaklanan geçerli fesih nedeni” olarak kabul etmek kanaatimizde mümkün olacaktır. Ancak bunun için söz konusu davranışın işyerinde olumsuzluklara neden olması, işyerinde iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyecek nitelikte olması<sup>131</sup> ve nihayet işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkilemesi gerekmektedir<sup>132</sup>. Ayrıca geçerli nedenin haklı nedenle feshe götürecektir kadar ağır olmaması da aranan bir diğer koşul olmalıdır<sup>133</sup>. Örneğin mevzuata uygun olacak bir şekilde iş sağlığı ve güvenliği eğitimi planlamayan veya yıllık rapor hazırlamayan kurul üyeleri için işverence işyerini zarara uğratmış olduğu gerekçesiyle geçerli sebeple fesih gerçekleştirilebilir<sup>134</sup>. Belirtmek gerekir ki, aynı durum nedeniyle işyerinde çalışanın 30 günlük ücretiyle karşılayamadığı bir iş kazası sonucu zarar ortaya çıkmışsa, işveren m.25/II-I bendi gereği haklı nedenle fesih hakkını da kullanabilmelidir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, kurul üyeleri arasında işveren de

131 İş sözleşmesine aykırı davranmayı sadece sözleşmenin sadece asli edimlerine özgülemek gerektiğinden, kanundan, dürüstlük ilkesinden ya da işverenin yönetim hakkından kaynaklanan yan edimlerde de sözleşmeye aykırı davranış söz konusu olup, eksik ifa gündeme gelebilecektir, (Mahmut **Kabakcı**, Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, İstanbul 2012, s.196). Kurul üyesi sıfatıyla yapılması gereken yükümlülükleri de iş sözleşmesinin asli edimi olmasa da, yan edim yükümlülüğü olarak kabul etmek mümkündür.

132 Hamdi **Mollamahmutoğlu**/Muhittin **Astarlı**/Ulaş **Baysal**, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt:1 Bireysel İş Hukuku, Ankara 2018, s.286; Hakan **Keser**, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara 2012, s.113. İşçinin davranışından kaynaklanan fesihlerde asıl amaç, iş sözleşmesini kusurlu şekilde ihlal eden davranışların yaptırıma tabi tutulması değil, işverenin gelecekte bu şekilde olası ihlaller nedeniyle maruz kalacağı sorunlardan kendini korumasıdır, (**Kabakcı**, s.251).

133 Bu durum pek çok Yargıtay kararında da açıkça ifade edilmiştir. Örneğin, Y.9. H.D., 23.06.2008, E.2007/42735, K.2008/17111; Yargıtay 9. HD 17.03.2008 gün ve 2007/27680Esas, 2008/5302, <http://ismahkemesi.com/2015/02/is-sozlesmesinin-hakli-nedenle-feshi-ile-gecerli-nedenle-feshi-arasindaki-fark-nedir/>, erişim tarihi, 19.09.2018.Haklı-geçerli fesih ayırımında ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiği yönünde, Süzek, s.577, ayrıca Y.9.HD., 21.11.2017, 16220/18738, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2015-16220-k-2017-18738-t-21-11-2017>, erişim tarihi, 17.12.2018.

134 Doğrudan iş sağlığı ve güvenliği kurul üyeliğiyle ilgili olmasa da, Yargıtay bir kararında, “kendisine eğitim verme görevi verilen işçinin bu ek görevi yerine getirmemek için rapor alması olayında, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebebinin oluştuğuna hükmedilmiştir, (Y. 9.HD.,04.03.2004/1389/4190, karar metni için bkz. [lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), erişim tarihi 17.12.2018) Ayrıca bkz. Etem **Kara**, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi ve Sonuçları, Ankara 2011, s.69.

bulunabildiğinden, işveren kurul yükümlülüklerini yerine getirmekle görevli bir diğer kişi olacağından, geçerli nedenle fesihle temkinli davranması ve geçerli sebeple yapılacak fesihle aranan son çare ilkesine işlerlik kazandırılması, işçinin savunmasının alınması ve fesihle önce ihtarda bulunulması gibi önlemlere de başvurusu gerekecektir<sup>135</sup>.

## **B. İşverenin Yükümlülükleri**

### **1. Kanunda Yer Alan Yükümlülükleri**

İSGK.m.22'de işverenlere kurula ilişkin üç temel yükümlülük getirilmiş olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, kurul oluşturmak, ikincisi mevzuata uygun kurul kararlarını uygulamak, üçüncüsü ise asıl işveren alt işveren ilişkisi içinde kurulla ilgili gerekli koordinasyon ve işbirliği yükümlülüklerini yerine getirmektir. Bu genel açıklamalardan başka işverenin kurula ilişkin diğer somut yükümlülükleri ise yönetmelikte açıklanmıştır.

Bunlar dışında 164 sayılı ILO Tavsiye kararında, yürürlükteki mevzuatımızda yer verilmeyen bazı işveren yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bunlardan başlıcaları arasında; işverenin kurul üyelerinin işyerinin tüm bölümlerine ve çalışanlara özgürce erişebilmelerine olanak sağlaması (m.12/2-f), kurul üyelerinin yetkili makamlar (iş müfettişleri) ile iletişime geçebilmesini sağlaması (m.12/2-g) ve Kurul üyelerine görevlerini yerine getirmek için mesai saatleri

---

135 9. HD., E. 2018/3730 K. 2018/16452 T. 24.9.2018, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2018-3730-k-2018-16452-t-24-9-2018>, erişim tarihi 17.12.2018, Anılan karar doğrudan iş güvenliği kuruluna ilişkin olmasa da, iş güvenliğine aykırı davranışı nedeniyle bir işçinin bu konuda uyarılmasının aynı davranışı sergileyen bir diğer işçinin de uyarılmasına ihtiyaç bırakmadığı ve geçerli nedenle fesih sonucuna ulaşıldığını göstermesi bakımından önem arz etmektedir. İhtarla ilgili olarak ise, Yargıtay 9. HD., E. 2017/27771 K. 2018/14406 T. 2.7.2018 sayılı kararına değinmek gerekir. Anılan kararda, "İş sözleşmesinin işçinin davranışı nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, işçinin kendisine verilen ihtardan sonra bir defa daha yükümlülüğünü ihlal teşkil eden davranışta bulunması gerekir. İşçiye verilen ihtardan sonra yeni bir yükümlülük ihlali meydana gelmemişse, sırf ihtarla konu olan davranışa dayanılarak iş sözleşmesi geçerli bir şekilde feshedilemez. Çünkü ihtarın verilmesiyle işveren, ihtarla konu olan davranış nedeniyle iş sözleşmesini feshetme hakkından örtülü olarak feragat etmiş bulunmaktadır." İfadelerine yer verilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, kurula ilişkin yükümlülüğün yapılan ihtarla rağmen tekrar edilmesi sonucunda geçerli feshi gerçekleştirmek güç bir olasılık gibi gözükmektedir. Karar metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2017-27771-k-2018-14406-t-2-7-2018>, erişim tarihi, 17.12.2018.

içerisinde ücret kesintisi yaşatmadan, görevlerini yerine getirmeleri ve bu konuda eğitim alabilmeleri için makul bir süre tanınması sayılabilir (m.12/2-i). İş sağlığı ve güvenliği mevzuatımızda iş güvenliği uzmanları ve işyeri hekimleri için getirilmiş olan bu benzer nitelikteki haktan kurul üyelerinin de yararlanmalarını sağlayacak yasal düzenleme yapılmasının yararlı olacağı şüphesizdir.

## 2. Yönetmelikte Yer Alan Yükümlülükleri

İşveren veya vekilinin kurul oluşturma yükümlülüğünden başka yönetmeliğin 10. maddesinde iki farklı özel yükümlülüğü daha düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, “İşveren veya işveren vekilinin, kurul için gerekli toplantı yeri, araç ve gereçleri sağlamasıdır.” (Yön.m.10/1). Bu yükümlülük İSGK.m.4/1-a’da yer alan “...organizasyon yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması...” biçiminde genel yükümlülükleri arasında sayılan hususun özel bir görünümüdür.

İkinci yükümlülük ise, “kurulca hazırlanan toplantı tutanaklarını, kaza ve diğer vakaların inceleme raporlarını ve kurulca işyerinde yapılan denetim sonuçlarına ait kurul raporlarını, iş müfettişlerinin incelemesini sağlamak amacıyla, işyerinde bulundurma” olarak belirlenmiştir. İş teftişine yönelik olarak, İSGK.m.24’de yapılan atıfla, İş K. m.92/2 gereği işverenlerin yerine getirmesi gereken yükümlülük anılan yönetmelikte benzer şekilde tekrarlanmıştır<sup>136</sup>. Yönetmelikte ayrıca bilgi ve belge vb. gibi dokümanlarını saklama yükümlülüğüne de işaret edilmiştir.

## 3. Yükümlülüklere Aykırılığın Sonuçları

İşverenin kanunda yer alan kurula ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesinin farklı sonuçları olacaktır. İlk olarak, İSGK.m.26/i’de yer alan hüküm çerçevesinde, bu yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene her bir aykırılık için idari para cezası verilebilecektir. Tehlike sınıfı ve çalışan sayısına bağlı olarak 2018 yılı için ceza miktarları 4638TL ile 9276 TL arasında değişmektedir. Görüldüğü gibi işverene idari para cezası verilmesi hükmü sadece yukarıda belirtilen üç yükümlülükle sınırlı olup, yönetmelikte belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmeyen

<sup>136</sup> “Teftiş, denetleme ve incelemeler sırasında işverenler, ... kişiler izleme, denetleme ve teftişle görevli iş müfettişleri (...) tarafından çağrıldıkları zaman gelmek, ifade ve bilgi vermek, gerekli olan belge ve delilleri getirip göstermek ve vermek; iş müfettişlerinin birinci fıkrada yazılı görevlerini yapmaları için kendilerine her çeşit kolaylığı göstermek, bu yoldaki isteklerini geciktirmeksizin yerine getirmekle yükümlüdürler.”



işveren açısından kanunda ve yönetmelikte doğrudan herhangi bir idari yaptırım öngörülmemiştir.

İşveren açısından asıl önemli olan ise, kurula ilişkin yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi nedeniyle ortaya çıkacak iş kazası veya meslek hastalığından dolayı oluşacak zararı tazmin etmek zorunda olmasıdır.

### **C. Çalışanın Yükümlükleri ve Yükümlülüklere Aykırılığın Sonuçları**

İş sağlığı ve güvenliği kurullarının etkin bir biçimde çalışabilmesi için kurul üyeleri ve işverenin göstereceği hassasiyet kadar çalışanların da kurulun aldığı kararlara uymaları ve kurula çalışmalarında yardımcı olmaları önem taşımaktadır. Bunu sağlamak adına yönetmelikte, çalışanların yükümlülüğü üç başlık altında toplanmıştır. Bunlardan ilki; “Çalışanlar sağlık ve güvenliğinin korunması ve geliştirilmesi amacıyla iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca konulan kurallar, yasaklar ile alınan karar ve tedbirlere uymak zorundadırlar.” (Yön.m.12/1). Bu düzenleme gereği çalışanlar da, İSGK.m.22’de belirtildiği üzere, “iş sağlığı ve güvenliğine uygun kurul kararları”na göre davranmak zorundadır. Aksi halde, söz konusu kararlara uygun davranmayan çalışanla ilgili olarak iş hukuku disiplin yaptırımları sırasıyla uygulanabilecektir. Bunlar; işverence işçiye uygulanacak disiplin cezaları (ihtar, kınama, ücret kesintisi vb.) olabileceği gibi davranışın ağırlığına göre iş sözleşmesinin feshine kadar gidebilecek yaptırımlar da olabilecektir<sup>137</sup>.

Bu yükümlülükle ilgili akla gelen ilk soru, çalışanların kurul tarafından alınan kararlara karşı itiraz haklarının bulunup bulunmadığı, şayet bu yönde bir hakları varsa nereye başvurmaları gerektiğidir. Bu konuda kanunda veya yönetmelikte açık bir hüküm bulunmadığından yapılması gereken, çalışanın itiraz etmek istediği kurul kararının somut özelliği dikkate alınarak çözüme gidilmesidir. Örneğin kurula yapılan bir çalışmaktan kaçınma hakkının reddedilmesi ya da çalışanın başvurmasına rağmen kurulun acilen toplanmamış olması üzerine bu karara veya duruma itiraz etmek isteyen çalışanla ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden biri, özellikle 6331 sayılı

<sup>137</sup> Örneğin Fransız yargı kararları arasında, işçinin işverence verilen eğitimi izlememesi, işçinin davranışından kaynaklanan fesih sebebi olarak kabul edilmiştir (Serkan **Odaman**, “Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayrımı”, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2003, c.17, s.3, s.13, (Haklı Sebep)).

Kanun'dan önce TBK.m.408'e dayanılarak iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması yönündeydi<sup>138</sup>. Ancak 6331 sayılı Kanun'un 13/3. maddesinin varlığı TBK'daki bu genel hükme gitmeye gerek bırakmamıştır<sup>139</sup>. Diğer bir ifade ile çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin itirazda bulunmak isteyen çalışan, "...ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz." Ancak maddede ifade edildiği gibi çalışanın kendiliğinden bu hakkı kullanabilmesi için ciddi ve yakın tehlikenin "önlenemez" nitelikte olması gerekecektir. Dolayısıyla çalışan bu kararı tek başına alırken oldukça dikkatli olmalı, önlenemezlik kriterini doğru yorumlamalıdır. Çalışanın başvuracağı itiraz mercii ile ilgili olarak ise, işyerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu'nu göstermek mümkündür.

Çalışanın "iş görmekten kaçınma hakkı" dışındaki kurul kararlarına itirazı ile ilgili olarak ise, itiraz mercii olarak Çalışma ve İş Kurumu akl gelmektedir. Bunun dışında çalışanın doğrudan iş mahkemesine başvurarak, "kurul kararının kaldırılması" yönünde bir eda davası açması kanaatimizce söz konusu olamayacağı gibi "kurul kararının iş sağlığı ve güvenliğine uygun olmadığına tespitine karar verilmesi"nde de çalışan açısından pratik bir yarar bulunmayabilir. Bunun yerine İSGK.m.13/3 kapsamına girmeyecek nitelikte "önlenemez nitelikte ciddi ve yakın bir tehlike"nin bulunmadığı durumlarda, alternatif bir çözüm olarak, genel hüküm niteliğindeki TBK.m.408'i uygulayarak işveren temerrüdü hükümleri uygulanabilmelidir. Ayrıca çalışan Çalışma ve İş Kurumu'na başvuruda bulunma hakkını da kullanabilir.

Yönetmelikte çalışanlar için getirilen ikinci yükümlülük ise, kurulla işbirliği yapma yükümlülüğüdür<sup>140</sup>. Bu husus yönetmeliğin 12/2. maddesinde, "İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin belirlenmesi,

138 Polat **Soyer**, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler,, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, 2003, s.36. Belirtmek gerekir ki; TBK.m.408'e göre, "işveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez."

139 **Sarıbay Öztürk**, s.100; **Özdemir**, Kitap, s.420-421.

140 Çalışanın iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri hakkında bkz. Hatice Duygu **Özer**, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre Çalışanların Yükümlülükleri", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.3-4, Aralık 2013, s.218.

uygulanması ve alınan tedbirlere uyulması hususunda çalışanlar kurullarla işbirliği yaparlar.” şeklinde düzenlenmiştir. Esasen aynı yükümlülük, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği<sup>141</sup>’nin 8/3-c maddesinde de aşağıdaki şekilde ifade edilmiş olduğundan, bu hüküm yönetmelikte yer almamış olsaydı da çalışanların kurulla işbirliği yapma yükümlülüğü söz konusu olacaktı; “İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yerine getirmek üzere işveren tarafından görevlendirilen kişi veya OSGB’lerin yapacağı çalışmalarda işbirliği yapar.” Bu işbirliği yükümlülüğünün içeriğinde ise kanaatimizce 12. maddede sayılan kurul kararlarına uyma ve kurula bilgi verme yükümlülüklerinin ötesinde farklı bir işbirliğinden söz etmek de zordur. Bu nedenle, daha önceki yönetmelikte de yer verilmiş olan bu yükümlülüğü farklı bir yükümlülük olarak tekrar ifade etmeye kanaatimizce gerek yoktur. Kaldı ki işbirliği yapma kavramı soyut nitelikte olduğundan, çalışanın işbirliği yapmadığının tespiti de somut verilere dayanılması güç bir durumdur.

Nihayet son yükümlülük olarak, kurula bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiş ve çalışanlardan, “Kurullar tarafından alınan kararlar veya uygulamada karşılaştıkları güçlükler hakkında çalışan temsilcileri aracılığı ile kurula bilgi vermeleri” beklenmiştir (Yön.m.12/3). Böylece çalışan temsilcisi her kurul toplantısında çalışanlardan gelecek bu bilgileri gündeme getirebilecek ve kurulun çalışanların görüşlerini dikkate alma fırsatı ortaya çıkacaktır<sup>142</sup>. Bu durum da çalışan ile kurul arasında işbirliğinin bir başka görünümü olacaktır<sup>143</sup>.

## SONUÇ

6331 sayılı Kanunda işveren yükümlülüklerine yer verilerek iş sağlığı ve güvenliğinde önleyici yaklaşım uygulamasına gidilmiştir. Bu yükümlülüklerden biri de “iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma ve kurul kararlarını uygulama” yükümlülüğüdür. Daha önceki mevzuatlarda da benzer bir şekilde düzenlenmiş olan kurul oluşturma yükümlülüğünde, elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu işyerlerinde altı aydan daha uzun süren sürekli işlerde kurulması koşulları aynı iken,

---

141 RG. 28512, 29.12.2012.

142 Önceki yönetmelikte ise, çalışan temsilcisi vasıtasıyla değil de, çalışanın doğrudan kurula bilgi verme yükümlülüğü yer almaktaydı. Özellikle büyük işyerleri açısından, çalışan temsilcisi vasıtasıyla bilgi vermek hem daha kolay hem de çalışan temsilcisine işlerlik sağlamak bakımından olumlu bir düzenleme olmuştur.

143 Kılkaş, s.165.

“sanayiden sayılan işlerde” kurul oluşturma koşulu 6331 sayılı Kanun'da yer almamıştır. Kurul oluşturulacak işyerlerinde tehlike sınıfı ayrımı da gözetilmemiş olması, kanun koyucunun iş sağlığı ve güvenliği kurulunu mümkün olduğunca geniş kesimlere yaymayı hedeflediğinin bir göstergesidir.

Kurul, çoğunluğu işyeri çalışanlarından oluşan bir yapıya sahiptir. Bu özelliği nedeniyle öncelikle çalışanların yönetime katılımını sağlayan bir araç niteliğindedir. İşyerinde uygulanmak istenen iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili tedbirlerin alınması ve uygulanması sürecinde işverenin kararlarına yön verecek güçte bir kurul oluşumunun var olduğu görülmektedir. Öte yandan, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili konularda denetim işlevine de sahip olduğunun altı çizilmelidir. Bu işlevini daha iyi yerine getirebilmesi için, bazı ülkelerde olduğu gibi iş müfettişlerinin de kurul üyesi olarak görev yapması daha isabetli olurdu.

Tüm bu amaçların gerçekleştirilebilmesi için kurul üyelerinin ilgili yönetmelikte belirlenen görevlerini yerine getirmesi ve yine yönetmelikte sayılan yükümlülüklerine uygun davranması gerekmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, kurul üyelerinin kendilerine yüklenen bu sorumlulukları istenen şekilde yerine getirebilmeleri için somut bir biçimde düzenlenecek iş güvencesine ihtiyaçları vardır.

Nihayet, kurulun beklenen verime ulaşabilmesi için gerek işverenlerin gerekse çalışanların yönetmelikte belirlenen ek yükümlülükleri yerine getirmek suretiyle kurula destek olmaları gerekmektedir. Aksi taktirde işverenler ve çalışanlar mevzuatta belirlenen yaptırımlara maruz kalabileceklerdir.

### KAYNAKÇA

**Alpsoy, Lütfi/Güner, Recep:** “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Kapsamında İşveren Vekili Kavramı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.10, S.108, Ağustos 2015.

**Akın, Levent:** *İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik*, Ankara 2013, (Alt işveren).

**Akın, Levent:** “Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasına Katkısı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Y.2012/3, S.34, (Sendika).

**Akın, Levent:** “İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2005, C.54, S.1, s.9, (Örgütlenme).

**Akyiğit, Ercan:** *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik (Taşeronluk İlişkisi)*, Ankara 2011.

**Alli, Benjamin O.:** *Fundamental Principles of Occupational Health and Safety*, ILO Geneva 2008.

**Alpman, Tülay:** “KOBİ’lerde İSG ve Küresel Gelişmeler–KOBİ Tanımını Etkileyen Faktörler ve KOBİ’lerin Önemi”, *İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi*, *Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayını*, Sayı: 36, Yıl: 7 Ekim–Kasım–Aralık 2007.

**Aydın, Fazıl:** (Editör) *Avrupa Birliğinde İş Sağlığı ve Güvenliği*, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayın No:12, Ankara 2014.

**Aydınlı, İbrahim:** “6331 Sayılı Kanunda Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.2013, S.30, (Sorumluluk).

**Aydınlı, İbrahim:** “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı’nda ve/veya Kanunu’nda Alt İşveren-“...Başka İşyerlerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar Kavramının Anlamı Üzerine Değerlendirme”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.26, Haziran 2012, (Alt işveren).

**Baloğlu, Cem:** “İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri ve Aykırılık Hallerinde Uygulanacak Yaptırımlar”, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C.13, S.2.

**Başbuğ, Aydın:** *İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği*, İstanbul 2013.

**Baycık, Gaye:** “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y.2013, S.3.

**Belverenli, Demet:** “İşçinin Sır Saklama Borcu-Karar İncelemesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S.50, C.13, Y.2016, (Sır Saklama).

**Belverenli, Demet:** “Alt İşveren İlişkisinden Doğan İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y.2016, C.74. (İş Sağlığı).

**Boz, Selman S.:** “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.2, Y.2017.

**Centel, Tankut:** “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş ve İşleyişi” Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2013, S.29.

**Coulson, Nancy:** "The Role of Workplace Health and Safety Representatives and the Creeping Responsibilisation of OHS on South African Mines", Resources Policy 56, 2018, <https://www.journals.elsevier.com/resources-policy>, erişim tarihi 28.10.2018.

**Çelik, Nuri:** “Grup Şirketlerinde İşçilerden Bir Kısımının Aynı Anda Birden Fazla İşverene Hizmet Vermesinden Doğan Sorun”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.15, Özel S., 2013, Basım Yılı: 2014.

**Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat:** İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018.

**Demircioğlu, Murat:** “İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu”, Prof Dr. Sarper Süzek’e Armağan C.2, İstanbul 2011.

**Demircioğlu, Murat/Kaplan, Hasan A.:** “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası Çerçevesinde İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2013, S.30.

**Doğan Yenisey, Kübra:** “Hizmet Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler- Tebliğler, İstanbul 2012.

**Doğan Yenisey, Kübra/Öztürk, Özgür:** “İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü”, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008.

**Ekmekçi, Ömer:** Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018, (Toplu İş Hukuku).

**Ekmekçi, Ömer:** 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İşyerinin İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Örgütlenmesi, İstanbul 2005.

**Engin, Murat :**“İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağına Göre İstihdamında Zorunluluk Bulunan Personelin Hukuki Durumu”, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu, 8 Aralık 2007, İstanbul Barosu Yayınları 2008.

**Erbaş, Cevat Gökhan:** Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Yönetime Katılması, Ankara 2013.

**Erdemir, Aymelek:** İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Ankara 2015.

**Eyrenci, Öner:** “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.15, Özel S., 2013, Basım Yılı: 2014.

Öner **Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan,** Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004.

**Güner, Recep:** “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanuna Göre İşveren Vekili Kimdir? İşveren Vekilinin Sorumlulukları Nelerdir?”, Mali Çözüm Dergisi, Mayıs-Haziran 2015.

**Kabakcı**, Mahmut: Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, İstanbul 2012.

**Kandemir**, Murat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler, İstanbul 2017.

**Kara**, Etem: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi ve Sonuçları, Ankara 2011.

**Keser**, Hakan: 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara 2012.

**Kılış**, İlknur: İş Sağlığı ve Güvenliği, Bursa 2018.

**Kılış**, İlknur/**Demir**, Seçil: "İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğü Üzerine Bir İnceleme", Çalışma İlişkileri Dergisi, C.3, S.1, Mart 2012, <<http://dergipark.gov.tr/cider/issue/29525/316928>>., erişim tarihi 02.11.2018.

**Kuhl**, Klaus/**Schmitz-Felten**, Ellen: Workers Participaiton--France, [https://oshwiki.eu/wiki/Worker\\_participation\\_\\_France#Health\\_and\\_safety\\_committees](https://oshwiki.eu/wiki/Worker_participation__France#Health_and_safety_committees), erişim tarihi, 28.10.2018.

**Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, Ankara 2014.

**Odaman**, Serkan: "Fransa'da ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Yapıları ve İşlevleri", A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, (Kurul).

**Odaman**, Serkan: "Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayrımı", Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2003, C.17, S.3, (Haklı Sebep).

**Oğuz**, Özgür: AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, İstanbul 2011.

**Özdemir**, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2014, (Kitap).

**Özdemir**, Erdem: "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Temel Esasları", Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 20. Toplantısı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2015 Yılı Toplantıları, İstanbul 2016, (Toplantı).

**Özer**, Hatice Duygu: "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre Çalışanların Yükümlülükleri", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.3-4, Aralık 2013.

**Sarıbay Öztürk**, Gizem: İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları, İstanbul 2015.

**Selek**, Cihan: "İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları", Tühis Dergisi, C.19, Kasım-Ağustos 2004.

**Soyer**, Polat: 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler,, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, 2003.

**Sümer**, Haluk H.: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ankara 2017.

**Süzek**, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2018, (İş Hukuku).

**Süzek**, Sarper: “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2011, S.1, (Disiplin).

**Süzek**, Sarper: “Türk İş Hukukunda İşveren”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17,Y.5, Mart 2010, (İşveren).

**Süzek**, Sarper: “İşçi Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, (Öneriler).

**Süzek**, Sarper: “İş Hukukunda Katılım”, Coşkun Kırca’ya Armağan, İstanbul 1995, (Katılım).

**Şahlanan**, Fevzi: Toplu İş Sözleşmeleri, İstanbul 1992.

**Şener**, Oruç Hami: Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015.

**Taşkent**, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981.

**Tuncay**, Can/Savaş Kutsal, Burcu: Toplu İş Hukuku, İstanbul 2016.

**Tuncay**, Can: “Avrupa Birliği’ne Üyelik Sürecinde İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatının Uyumu ve Yeni Yönetmelikler”, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri, TİSK-Peryön Müşterek Semineri, İstanbul 2004.

**Uşan**, Fatih: İş Sırrının Korunması, Ankara 2003.

**Ülgen**, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Fusun: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.

**Yıldırım**, Turan/Yasin, Melikşah/Kaman, Nur/Özdemir, Eyüp/Üstün, Gül/Okay Tekinsoy, Özge: İdare Hukuku, İstanbul 2016.

**Yılmaz**, Fatih: “Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı Ve Güvenliği: Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Etkinlik Düzeyinin Ölçülmesi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009, (Kurullar).

**Yılmaz**, Fatih: “Avrupa Birliği Ülkeleri ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları: Türkiye’de Kurulların Etkinliği Konusunda Bir Araştırma”, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, C.7, S.1, Y.2010, (Araştırma).

**Yuvalı**, Ertuğrul: “Mobbingin Psiko-Sosyal Sağlık Ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları Ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:2, Yıl 2015, (s.723-738).

**Weber**, April: Case Study: Denmark: Worker Participation in Health and Safety, <http://www.iloencyclopaedia.org/part-iii/labor-relations-and-human-resource-management/item/1231>, erişim tarihi, 28.09.2018.

### **İnternet Kaynakları**

İş Sağlığı ve Güvenliği ILO Standartları, Sağlıklı ve Güvenli Bir Çalışma Ortamının Geliştirilmesi, ÇASGEM 2018, <http://www2.csgb.gov.tr/dosyalar/yayinlar/582/dosya-582-4752.pdf>, 2009 Yılı Uluslararası İş Konferansı, 98. Oturum Raporu.



# MEDENİ USUL HUKUKUNDA BİLİRKİŞİ RAPORUNUN HAZIRLANMASI VE BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ

*Arş. Gör. Ömer Buğra ALİHOCAGİL\**

## Özet

Bilirkişi incelemesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, ispat ve deliller başlığı altında düzenlenmektedir. Bu müessese; bilirkişi raporunun hazırlanması, verilmesi ve bilirkişi raporuna itiraz konuları ile sınırlandırılarak incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Bilirkişi, bilirkişi raporunun hazırlanması, bilirkişi raporunun verilmesi, bilirkişi raporuna itiraz.

## Abstract

Expert review is regulated under the section of proof and evidences of Turkish Civil Procedural Rules no. 6100. In this work, the issue related to the preparation of the expert opinion, submission of the expert opinion to the court and objection to the expert opinion are analyzed.

**Keywords:** Expert, Preparation of expert report, File of expert report, Appeal to the expert report.

## GİRİŞ

Son yıllarda meydana gelen teknolojik gelişmelerin günlük hayata entegre edilmesiyle birlikte özel ve teknik bilgi daha da önemli hale gelmiştir. Bu doğrultuda mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıkların çözümünde hukuk alanı dışında kalan farklı alanlara ilişkin bilgiye duyulan ihtiyaç da bir kat daha artmıştır. Hal böyle olunca hukuk alanının bilirkişisi konumundaki hâkimden diğer alanlara ilişkin özel veya teknik bilgiye sahip olmasını beklemek mümkün değildir. Tam da bu noktada devreye bilirkişi girer. Bilirkişi, sahip olduğu özel veya teknik bilgiyi aktararak ilgili uyuşmazlığın çözümünde önemli bir rol

---

\* Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Geliş Tarihi:11/10/2018 / Makale Kabul Tarihi:21/11/2018

oynar. Ancak bunun için bilirkişinin raporunu hukuka uygun bir şekilde hazırlaması gerekir. Aksi takdirde bilirkişiden beklenen fayda sağlanamaz ve uyuşmazlıkların çözümü sekteye uğrar.

Bilirkişi raporunun arz ettiği bu önemden ötürü üzerine özel olarak eğilme ihtiyacı duyulmuş ve bu çalışma yapılmıştır. Çalışmada bilirkişilik müessesesi her yönüyle incelenmemiş olup, çalışma bilirkişi raporunun hazırlanması ve rapora itirazla sınırlandırılmıştır. Bu kapsamda çalışmamız bilirkişinin tanımı, bilirkişinin ve bilirkişi raporunun hukuki niteliği, bilirkişi raporunun hazırlanması, bilirkişi raporunun verilmesi ve bilirkişi raporuna itiraz ana başlık ve alt başlıklarından oluşturulmuş ve sonuç kısmı ile tamamlanmıştır. Ele alınan konuların uygulamadaki karşılığını görebilmek amacıyla Yargıtay kararlarına da değinilmiş ve bu kararlar değerlendirilerek olması gereken hukuk açısından önerilerde bulunulmuştur.

## I. BİLİRKİŞİNİN TANIMI, BİLİRKİŞİNİN ve BİLİRKİŞİ RAPORUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. Bilirkişinin Tanımı

Bilirkişi incelemesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK)<sup>1</sup> 266 ile 287'inci maddeler arasında düzenlenmiştir. Ancak bu maddelerin hiçbirinde doğrudan bilirkişinin tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte HMK m. 266/f. 1, c. 1'den çıkartılır, bilirkişi, bir davada özel veya teknik bilgi gerektiren, hâkim tarafından çözümü bilinmeyen konularda oy ve görüşüne başvurulmuş üçüncü kişi olarak tanımlanabilir<sup>2</sup>. Nitekim bilirkişilerin nitelikleri, eğitimi, seçimi ve

<sup>1</sup> RG: 04.02.2011, S: 27836.

<sup>2</sup> **Baki Kuru**, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, 2017, s. 301. Doktrindeki diğer bilirkişi tanımları için bkz. **Mustafa Reşit Belgesay**, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler*, bs. 3, C. 3, İstanbul, 1950, s. 80; **Sabri Şakir Ansay**, *Hukuk Yargılama Usulleri*, bs. 7, Ankara, 1960, s. 275 ; **İlhan Postacıoğlu**, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, bs. 6, İstanbul, 1975, s. 652; **Necip Bilge/Ergün Önen**, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, bs. 3, Ankara, 1978, s. 538; **Necmeddin Berkin**, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, bs. 3, Ankara, 1981, s. 839; **Baki Kuru**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 3, bs. 6, İstanbul, 2001, s. 2621-2622; **Saim Üstündağ**, *Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II*, bs. 7, İstanbul, 2000, s. 740; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, C. 1, bs. 2, Ankara, 2018, s. 899; **Oğuz Atalay**, “Bilirkişi”, ed. Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, C. 2, bs. 15, İstanbul, 2017, s. 1915; **Ejder Yılmaz**, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 3, bs. 3, Ankara, 2017, s. 2741; **İlhan Postacıoğlu/Sümer Altay**, *Medeni*

denetimine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ile bilirkişilik için etkin ve verimli bir kurumsal yapı oluşturulması amacıyla hazırlanmış olan 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu (Bil. K.)<sup>3</sup> m. 2/f. 1-b'de de “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvurulacak gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi” şeklinde doktrindekine benzer bir bilirkişi tanımı yapılmıştır.

## B. Bilirkişinin ve Bilirkişi Raporunun Hukuki Niteliği

### 1. Bilirkişinin Hukuki Niteliği

Davada özel veya teknik bilgi<sup>4</sup> gerektiren, hâkim tarafından çözümü bilinmeyen konularda oy ve görüşüne başvurulacak bilirkişinin, hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşler, bilirkişinin delil mi, yoksa hâkimin yardımcısı mı olduğu

---

*Usul Hukuku Dersleri*, bs. 7, İstanbul, 2015, s. 734; **İbrahim Özbay**, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?*, bs. 2, Ankara, 2013, s. 323-324; **Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası**, *Medeni Usul Hukuku*, bs. 4, Ankara, 2018, s. 444; **Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan**, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, 2018, s. 525; **Timuçin Muşul**, *Medeni Usul Hukuku*, bs. 3, Ankara, 2012, s. 400; **Ali Cem Budak/Varol Karaaslan**, *Medeni Usul Hukuku*, bs. 2, Ankara, 2018, s. 260; **Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım**, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, bs. 7, İstanbul, 2009, s. 358; **Meral Sungurtekin Özkan**, *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, İzmir, 2013, s. 293; **Seyithan Deliduman**, “Türk ve Alman Hukukunda Bilirkişilik”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, 3-5 Ekim 2003/1-2 Ekim 2004*, Ankara, 2007, s. 263-264; **Abdurrahim Karlı**, *Medeni Muhakeme Hukuku*, bs. 3, İstanbul, 2012, s. 630; **(Barış Toraman)/Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu**, *Medeni Usul Hukuku*, bs. 6, Ankara, 2017, s. 581-582; **Yahya Deryal**, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, bs. 5, Ankara, 2015, s. 27; **Cenk Akil**, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Hakim Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Verdiği 24.12.2008 Gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararının Tahlili”, *AÜHFD*, C. 60, S. 3, 2011, s. 699-700; **Filiz Berberoğlu Yenipınar**, *Hukuk Mahkemelerinde Bilirkişilik*, Ankara, 2016, s. 25; **İlker Hasan Duman**, “Hukuk Mahkemesinde Bilirkişilik”, *ABD*, S. 5, 1984, s. 741.

3 RG: 03.11.2016, S: 29898.

4 Özel bilgi, hukuk bilimi haricinde herhangi bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgidir. Teknik bilgi ise fizik, kimya, matematik gibi kanıtlanmış bilimleri uygulamaya yarayan bilgidir, (bkz. **Ramazan Arslan**, “Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi”, *Yargıtay Dergisi*, C. 15, S. 1-4 (Özel Sayı), 1989, s. 162-163).

hususlu ile ilgilidir<sup>5</sup>. Bilirkişi, hâkimin sahip olmadığı ancak kendisinin sahip olduğu özel veya teknik bilgi sayesinde dava ile ilgili karar alınmasına yardım ettiği için hâkimin yardımcısı<sup>6</sup> olarak adlandırılabilir<sup>7</sup>. Ayrıca bilirkişi incelemesi HMK’da ispat ve deliller başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak burada delil niteliği taşıyan bilirkişinin kendisi değil, hazırlamış olduğu rapordur. Dolayısıyla bilirkişiyi hâkime yardımcı olan kişi, bilirkişi raporunu da delil olarak nitelendirmek kanaatimizce daha doğru olacaktır<sup>8</sup>.

Bilirkişi olacak kişiler Bil. K. m. 10’da yer alan şartları taşımak kaydıyla yerleşim yerlerinin veya mesleki faaliyetlerini yürüttükleri yerin bağlı olduğu bilirkişi bölge kuruluna ya da adli veya idari yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonuna yazılı olarak başvuru yaparlar (Bil K. m. 11). Bil. K. m. 10 ve Bil. K. m. 11 hükümlerinden yola çıkarak bilirkişi olacak kişilerin farklı meslek gruplarına mensup olabileceği ifade edilebilir. Ancak mesleği ne olursa olsun HMK m. 284 hükmü gereği bilirkişi, (5237 sayılı) Türk Ceza Kanunu (TCK)<sup>9</sup>

5 **Atalay**, *Pekcanitez Usul*, s. 1916; **Ejder Yılmaz**, “Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları”, *Makaleler (1973-2013)*, C. 1, Ankara, 2014, s. 813; **Kamil Yıldırım**, “Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu”, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara, TBB Yayınları, 2004, s. 834; **Arslan**, s. 164.

6 Doktrinde ön hâkim, yardımcı hâkim, hâkim benzeri, hâkim ortağı gibi nitelendirmelerin yapıldığı da görülmektedir, (bkz. **Süha Tanrıver**, “Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları”, *DEÜHFD*, C. 11, 2009, s. 577). Bilirkişiye başvurulmasının gerekip gerekmediğini, o davaya bakmakta olan hakim belirleyeceğinden, bilirkişinin hakim yardımcısı olarak değil hakime yardım eden kişi olarak nitelendirilmesi gerektiğine dair bkz. **Çetin Aşçıoğlu**, “Bilirkişilik Sorunu”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 12-16 Ocak 2000*, Ankara, 2000, s. 83; **Ömer Ulukapı**, “Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri”, *SÜHFD*, C. 9, S. 3-4, 2001, s. 192.

7 **Kuru**- Usul, s. 2622; Süha Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik*, Ankara, 2017, s. 26; **Ali Cem Budak**, “Anglo Amerikan Medeni Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Uzman Tanıklar)”, *İBD*, C. 65, S. 10-11-12, 1991, s. 827-828; **Oğuz Atalay**, “Delil Kavramı Üzerine”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara, 2009, s. 135; **Oliver Leclerc**, “Bilirkişiliğe İlişkin Reformlar Sınırlı Gelişmeler ve Kaçırılan Fırsatlar”, çev. Barış Toraman, *DEÜHFD*, C. 11, 2009, s. 317; **Fulya Teomete Yalabık**, “Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış”, *DEÜHFD*, C. 16, 2014, s. 2119-2120.

8 Aynı yönde bkz. **Sema Taşpınar**, “Bilirkişi Ücreti”, *Samsun Barosu Bilirkişilik Sempozyumu 9-10 Kasım 2001*, Ankara, 2001, s. 356-357.

9 RG: 12.10.2004, S: 25611.

anlamında kamu görevlisidir. Kamu görevlisi sıfatı bilirkişilik görevinin icra edildiği süre ile sınırlıdır<sup>10</sup>.

## 2. Bilirkişi Raporunun Hukuki Niteliği

Bilirkişi raporu doktrinde takdiri delil olarak kabul edilmektedir<sup>11</sup>. Takdiri deliller hâkimin serbestçe değerlendireceği delillerdir<sup>12</sup>. HMK m. 282’de “*Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir.*” hükmü ile de bu durum ayrıca bilirkişi incelemesi bakımından vurgulanmıştır. Dolayısıyla bilirkişi raporunun delil niteliği taşıdığı, ancak hâkimin bilirkişi raporuyla doğrudan bağlı olmadığı ifade edilebilir.

Hâkimin bilirkişi raporunu diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirmesi oldukça hassas bir konudur. Zira hâkimin önünde özel ve teknik bilgi içeren, kendisinin bilgi sahibi olmadığı bir bilirkişi raporu bulunmaktadır. Dolayısıyla hâkim raporu keyfi bir şekilde görmezden gelemez. Bununla birlikte bilirkişi raporuna karşı gösterilecek olan tam bağlılık da Anayasa (AY)<sup>13</sup> m. 138 “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.*” hükmünü ihlal edici nitelikte olacaktır<sup>14</sup>. Dolayısıyla hâkim bilirkişi raporunu değerlendirirken ne tamamen rapordan bağımsız hareket etmeli ne de tamamen rapora bağımlı kalmalıdır.

10 **Atalay**, *Pekcanitez Usul*, s. 1946. Aynı yönde bkz. ve karşı. **Tanrıver-** Bilirkişilik, s. 72; **Cenk Akil**, “Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı”, *ABD*, S. 2, 2011, s. 180.

11 **Atal/Ermenek/Erdoğan**, s. 513; **(Toraman)/Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 495. Bununla birlikte doktrinde, *Belgesay* bilirkişi görüşünü delil olarak kabul etmeyip hâkimin kişisel kanaatini tamamlayan bir vasıta olarak kabul etmektedir, (bkz. **Belgesay- Şerh**, s. 80). *Atalay* ise bilirkişiyi nitelik yönünden delil, fonksiyonel yönden de hâkim yardımcısı olarak nitelendirmektedirken bu görüşünden dönmüş ve bilirkişi raporunun delil olarak nitelendirilemeyeceğini, vakıayı aydınlatan yardımcı bilgi olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir, (bkz. ve karşı. **Oğuz Atalay**, “Hukuk Yargılamaında Bilirkişilik Uygulamasına İlişkin Bazı Sorunlar”, *Manisa Barosu Dergisi*, S. 53-54 (70. Yıl Özel Sayısı), 1995, s. 134 ve **Atalay-** Delil, s. 135).

12 **Kuru-** Ders Kitabı, s. 292.

13 RG: 09.11.1982, S: 17863.

14 Ayrıca bkz. **Mustafa Reşit Belgesay**, “Ehli Vukuf Mütaleasının İlmi Değeri ve Kanuni İspat Kuvveti”, *İÜHF*, C. 10, S. 3-4, 1945, s. 547.

Hâkim yapmış olduğu değerlendirme sonucu bilirkişi raporunu yeteri derecede tatmin edici bulmamışsa ek rapor isteyebilir ya da yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabilir<sup>15</sup>. Ancak bu bir zorunluluk değildir<sup>16</sup>. Şayet hâkim, bilirkişi raporundaki özel veya teknik açıklamalardan yola çıkarak, bilirkişi raporunda varılan sonucun yanlış olduğunu takdir edebilecek derecede bilgi sahibi olmuşsa yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmadan, bilirkişi raporunun aksine de karar verebilir<sup>17</sup>. Çünkü hâkime HMK m. 282 hükmü uyarınca bilirkişi raporunu serbestçe değerlendirme yetkisi verilmiştir. Ancak bu yetki sınırsız değildir ve keyfi olarak kullanılamaz<sup>18</sup>. Hukukçu olma vasfının ya da gündelik bilgi birikiminin hiçbir şekilde olayın çözümlenmesinde yeterli olmadığı salt özel veya teknik bilgi gerektiren konularda bilirkişi raporu bir kenara bırakılmaz<sup>19</sup>. Yargıtay kararlarında<sup>20</sup> ve doktrindeki bazı yazarlarca

15 **Kuru-** Ders Kitabı, s. 313; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 455; **Alangoya/Yıldırım /Deren Yıldırım**, s. 367-368; **Akil-** Karar Tahlili, s. 704-705. Ayrıntılı bilgi için bkz., aşa., IV, D, 2 ve IV, D, 3.

16 **Özbay**, s. 297-298; **Bahattin Aras**, “Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısının Getirdiği Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi*, S. 65, 2008, s. 1645.

17 **Üstündağ**, s. 754; **Kuru-** Usul, s. 2770; **Yılmaz-** Uygulamada Bilirkişilik, s. 826-827; **Atalay**, *Pekcanutez Usul*, s. 1943; **Lütfi Musluoğlu**, “Ehli-vukufların Rey Beyan Etmeleri ve Rapor”, *ABD*, S. 2-3, 1957, s. 75-76; **Atalay-** Bilirkişilik Uygulaması, s. 141; **Deliduman**, s. 308; **Deryal**, s. 512; **Aras**, s. 1645. Bilirkişi raporunun aksine karar veren hâkim bunun gerekçesini kararında mutlaka göstermek zorundadır. Bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 455; **Özbay**, s. 297; **Akil-** Karar Tahlili, s. 705. Ayrıca bkz. HMK m. 282 gerekçesi “...hakim, bilirkişi raporunu yeterli görmemekle beraber, raporda yazılı olan özel ve teknik bilgilerden hareketle, bilirkişinin raporunda varmış olduğu sonucun yanlış olduğu kanısına ulaşacak olursa, bunun gerekçelerini açıkça ortaya koymak suretiyle, bilirkişi raporunun aksine de karar verebilecektir. Tersine bir anlayış bir anlayış, hakimi, bilirkişi raporuyla, hüküm arasında bir aracı haline getirir...Öte yandan, bu kural, hakim, bilirkişi raporunu yeterli görmezse, bilirkişiden ek rapor almak yahut yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmak zorundadır şeklinde de anlaşılabilir.” **Mustafa Kılıçoğlu**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul, 2012, s. 1155.

18 **Deliduman**, s. 312; **Deryal**, s. 507-508; **Akil-** Karar Tahlili, s. 706.

19 Örneğin Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporlar kararın belirlenmesinde ana unsur olmaktadır, (bkz. **Oğuz Polat/ Taner Güven**, “İngiliz Amerikan ve Türk Hukukunda Bilirkişilik Uygulamalarının Karşılaştırılması”, *TBBD*, S. 119, 2015, s. 102. Aynı yönde bkz. **Sungurtekin Özkan**, s. 297). Ayrıca bkz. “Yukarıda sözü edilen ilkelerin, yasa maddelerinin ışığı altında olaya yaklaşıldığında; bir kimsenin ehliyetinin tespitinin şahıs ve mamelek hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar itibariyle ne kadar büyük önem taşıdığı kendiliğinden ortaya çıkar. Bu durumda,

ise<sup>21</sup> daha katı bir yorum yapılmakta ve hâkimin sunulan bilirkişi raporunu yeteri derecede tatmin edici bulmaması durumunda kendiliğinden karar veremeyeceği böyle bir durumda ya aynı bilirkişiden ek rapor alması ya da yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiği ifade edilmektedir.

## II. BİLİRKİŞİ RAPORUNUN HAZIRLANMASI

### A. Bilirkişi Sayısının ve Bilirkişinin Görev Alanının Belirlenmesi

Uyuşmazlığın çözümü için hukuk dışında, özel veya teknik bilgi gerektiren hallerde gerek talep üzerine gerekse re'sen bilirkişi incelemesi yapılmasına hâkim tarafından<sup>22</sup> karar verilir<sup>23</sup> (HMK m. 266). Özel veya teknik bilginin gerekli olup olmadığı konusunda takdir yetkisi hâkimde

---

*tarafların gösterecekleri tüm delillerin toplanılması tanıklardan bu yönde açıklayıcı, doyurucu, somut bilgiler alınması, varsa ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait doktor raporları, hasta müşahade kağıtları film grafiplerinin eksiksiz getirilmesi zorunludur. Bunun yanında, her ne kadar, HMK'nun 282.maddesinde (HUMK. 286.maddelerinde) belirtildiği gibi bilirkişilerin "rey ve mütealası" hakimi bağlamaz ise de, temyiz kudretinin yokluğu, akıl zayıflığı gibi psikolojik nedenlerin belirlenmesi çok zaman hakimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir." Yarg. 3. HD 10.06.2015 tarih ve E. 2014/17651, K. 2015/10716 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası –KİBB-, ET: 31.05.2018).*

- 20 *“Raporu serbestçe değerlendirme yetkisi, hakimin, bilirkişinin yerine geçerek hakimlik mesleği dışında özel ve teknik bilgi gerektiren bir durumda şahsi bilgisi ile karar verebileceği anlamına gelmez. HGK'nun 04.02.2009 tarihli 2008/4-823 Esas 2009/50 Karar sayılı kararında da hakimin kendisini bilirkişi veya bilirkişi kurulu yerine koyamayacağı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda şahsi bilgisi ile sonuca gidemeyeceği, o konuda bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiği belirtilmiştir.”* Yarg. 15. HD 30.01.2018 tarih ve E. 2016/5328, K. 2018/269 sayılı kararı (KİBB, ET: 06.06.2018). Benzer Yargıtay kararları için bkz. **Selçuk Özbek**, “Bilirkişi Raporunun Hakimi Bağlamaması”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*, C. 2, Ankara, 2014, s. 1609-1611.
- 21 **Bilge/Önen**, s. 550; **Oral Mavioğlu**, “Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu ve Bilirkişi Raporları Karşısında Yargıcın Durumu”, *İÜHFİM*, C. 36, S. 1-4, 1970, s. 384.
- 22 Türk hukukunda bilirkişinin göreve gelmesi hâkimin ataması ile ortaya çıkar, (bkz. **Haluk Konuralp**, “Fransız Hukukunda Bilirkişilik”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, 3-5 Ekim 2003/1-2 Ekim 2004*, Ankara, 2007, s. 320-321).
- 23 **Mustafa Serdar Özbek**, “Uzman Görüşünün Yargılamada Değerlendirilmesi”, *TNBHD*, C. 4, S. 1, 2017, s. 76. Hâkimin re'sen delil araştırması yapabileceği istisnai hallerden biri de bilirkişi incelemesidir. Diğer iki durum ise keşif ve isticvaptır, (bkz. **Muşul**, s. 402).

olsa da, bazı durumlarda kanunlar bilirkişiye başvurulmasını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla bu istisnai durumlarda hâkim bilirkişiye başvurmak zorundadır, takdir hakkı bulunmamaktadır<sup>24</sup>. Bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verildikten sonra bilirkişi sayısının ve bilirkişinin görev alanının belirlenmesi gerekir.

### 1. Bilirkişi Sayısının Belirlenmesi

Bilirkişi sayısının belirlenmesinde genel kural sadece bir kişinin bilirkişi olarak görevlendirilmesidir (HMK m. 267). Ancak istisnai olarak bu sayı arttırılabilir. Bu istisnalardan ilki HMK m. 267 “...tek sayıda, birden fazla kişiden oluşacak bir kurulun bilirkişi olarak görevlendirilmesi de mümkündür.” hükmüdür. Şayet uyuşmazlığın çözümü için gereken özel veya teknik bilginin tek bilirkişiden elde edilemeyeceği, ancak birden fazla uzmanlık alanının bir araya getirilmesi ve birleştirilmesi gereken durumlar söz konusu olursa, tek sayıda birden fazla bilirkişi görevlendirilebilir<sup>25</sup>. Böyle durumlarda birden fazla bilirkişi görevlendirilmesinin gerekçesi açıkça gösterilmek zorundadır (HMK m. 267 ve Bilirkişilik Yönetmeliği -Bil. Yön.<sup>26</sup>- m. 50/f. 2). Bununla birlikte birden fazla sayıda görevlendirilecek olan bilirkişiler tek sayıda olmalıdır<sup>27</sup>. Bunun sebebi bilirkişi heyetinin karar almasını mümkün kılmaktır<sup>28</sup>. HMK m. 267 hükmünde açıkça tek sayıda bilirkişi seçilmesi gerektiği düzenlendiğinden, bilirkişiler karar alabilmiş olsa

24 **Kuru-** Ders Kitabı, s. 302; **Yılmaz-** Uygulamada Bilirkişilik, s. 815; **Deliduman,** s. 267. Örnek olarak bkz. HMK m. 234/f. 2, TMK m. 165.

25 **Yılmaz-** Şerh, s. 2769; **M. Kılıçoğlu,** s. 1116.

26 RG: 03.08.2017, S: 30143.

27 Bilirkişilerin tek sayıda olma zorunluluğu HMK ile getirilmiştir. HUMK döneminde bu şekilde bir hüküm bulunmadığından bilirkişi sayısının iki olabileceği savunulmaktaydı, (bkz. **Kuru-** Usul, s. 2698; **Yavuz Alangoya,** *Medeni Usul Hukuku Esasları I*, İstanbul, 2000, s. 319). Aynı yönde örneğin; “HUMK 276/III. maddesi hükmüne göre, bir kişi bilirkişi seçilebilir, ancak üçten fazla bilirkişi seçilemez. Görülüyor ki, bu sınır içinde miktarın tayini, taraflar arasında ittifak bulunmadıkça hâkime aittir; diğer bir ifade ile, bir ya da üç kişi dışında iki kişilik bir bilirkişi kurulunun oluşturulması da mümkündür ve bilimsel görüşlere paralel olarak, uygulama da bu doğrultudadır. İki kişilik bilirkişi kurulu seçilmesinin bazı sakıncalar doğurduğunun gözlenmesi, sonucu etkilemez. O halde, özel dairesinin, “iki kişilik bilirkişi seçilemeyeceği” yolundaki bozma nedenine karşı vaki direnme kararı yerindedir.” Yarg. HGK 04.11.1981 tarih ve E. 1981/12-201, K. 1981/714 sayılı kararı (KİBB, ET: 31.05.2018).

28 Bkz. HMK m. 267 gerekçesi, **M. Kılıçoğlu,** s. 1116.



dahi, çift sayıda atanmaları hukuka aykırılık teşkil edecektir<sup>29</sup>. Bilirkişilerin sayısı belirlenirken tek sayıda olma şartından başka bir sınırlama bulunmamaktadır. Örneğin, görevlendirilecek olan bilirkişi sayısı için herhangi bir üst sınır yoktur<sup>30</sup>.

Sadece bir bilirkişi belirlenmesi kuralının ikinci istisnası ise diğer kanunlarda açıkça birden fazla bilirkişi seçilmesi gerektiğine dair düzenlemelerin bulunduğu durumlardır. Bu duruma örnek olarak, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu (KK)<sup>31</sup> m. 15/f. 2 “*Kamulaştırmaya konu olan yerin cins ve niteliğine göre en az üç kişilik bilirkişi kurulunun oluşturulması zorunludur.*” hükmü verilebilir. KK ile açıkça üçten aşağı bilirkişi görevlendirilemeyeceği düzenleme altına alınmış ve böylece HMK’daki sadece bir bilirkişi belirlenmesi kuralına bir başka Kanun ile

29 Bilirkişiler oy birliğine varmışsa, çift sayıda bilirkişi görevlendirilmesinin HMK’ya aykırı olmakla birlikte tek başına istinaf veya bozma sebebi oluşturmayacağı savunulmaktadır, (bkz. **Atalay**, *Pekcanitez Usul*, s. 1932-1933; (**Toraman**)/**Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 593). Yargıtay’ın da iki bilirkişinin oybirliği ile almış olduğu raporları kabul ettiği, bir başka ifade ile çift sayıda bilirkişi görevlendirilmesi durumunu HUMK m. 276/f. 3 hükmünü göz önünde bulundurarak doğrudan bozma sebebi olarak kabul etmediği kararları mevcuttur, (bkz., yuk., dn. 27). Bununla birlikte HMK m. 267 yürürlüğe girdikten sonra alınmış olan bir kararda bozma sebepleri arasında görevlendirilen bilirkişilerin çift sayıda olması da sayılmıştır. Örneğin “...*Eldeki davada, makine ve maden mühendisi olmak üzere 2 kişiden oluşun iş güvenliği uzmanlarınca hazırlanan 26.09.2011 tarihli bilirkişi raporunda... belirtildiği, mahkemece, anılan rapora dayanılarak hüküm kurulduğu anlaşılmakta ise de... bilirkişi raporunu hazırlayan bilirkişi sayısının HMK 267. maddesine aykırılık teşkil ettiği anlaşılmaktadır... işçi sağlığı ve iş güvenliği alanında uzman ve sayıca yukarıda belirtilen bilgiler ışığında oluşturulacak bilirkişilerden kusur raporu alınarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.*” Yarg. 10. HD 19.04.2013 tarih ve E. 2012/9510, K. 2013/8405 sayılı kararı (KİBB, ET: 27.05.2018).

30 HUMK m. 279/f. 3 gereği üçten fazla bilirkişi seçilememekteydi ve bu durum o dönemde doktrinde eleştiri konusu olmaktaydı, (bkz. **Yılmaz**- Uygulamada Bilirkişilik, s. 817). Üçten fazla bilirkişi seçilmesini yasaklayan HUMK m. 279/f. 3 hükmünün HMK’ya alınmaması ile bilirkişi seçimini herhangi bir sayıya bağlı kalınması durumu da ortadan kalkmıştır, (bkz. **Özbay**, s. 325; **Postacıoğlu/Altay**, s. 740; **Ejder Yılmaz**, “Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri”, *ABD*, S. 2, 2011, s. 243; **Mustafa Göksu**, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İspat ve Deliller Konusunda Yapılan Değişiklikler”, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu 24-25 Mart 2011*, Ankara, 2011, s. 60).

31 RG: 08.11.1983, S: 18215.

istisna getirilmiştir<sup>32</sup>. KK m. 15/f. 2 lafzından da anlaşılacağı üzere belirlenecek olan bilirkişilerin sayısında tıpkı HMK’da olduğu gibi bir üst sınır bulunmamaktadır. HMK ve diğer kanunlarda bilirkişi atanması konusunda bir üst sınırdan bahsedilmemiş olmasından hâkimin sınırsız sayıda bilirkişi görevlendirme yetkisine sahip olduğu sonucu çıkarılamaz. Hâkim, çözümü uzmanlığı gerektiren konunun niteliğine göre gerekçelendirerek atanacak bilirkişilerin sayısını belirlemelidir<sup>33</sup>. Belirlenecek olan bilirkişilerin tek sayıda olması gerektiğine dair KK’da bir hüküm bulunmasa da HMK m. 267 gereği ve kanunkoyucunun bilirkişi heyetinin karar almasını mümkün kılma amacı göz önünde bulundurulduğunda atanacak bilirkişilerin tek sayıda olması gerektiği ifade edilebilir.

## 2. Bilirkişinin Görev Alanının Belirlenmesi

Bilirkişinin görevlendirilmesine karar veren mahkeme bu kararında HMK m. 273 uyarınca bilirkişinin inceleme yapacağı konuların kapsamını ve sınırlarını açıkça belirlemek, bilirkişinin cevaplaması gereken soruları tespit etmek, raporun verilme süresini kararlaştırmak zorundadır. Kararda ayrıca takdir edilen bilirkişi ücreti ve bilirkişinin gerçeğe aykırı görüş bildirmesi halinde TCK’nın ilgili hükümleri gereği cezalandırılacağı da belirtilmelidir (Bil. K. m. 51).

Bilirkişinin görev alanının belirlenmesi yargılamanın sağlıklı yürütülmesi açısından önem arz etmektedir. Zira görev alanı belirlenen bilirkişi sadece bu alana odaklanacak ve böylelikle uyuşmazlığın çözümü

---

<sup>32</sup> 04/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 15’inci maddesi uyarınca görev yapacak bilirkişilerin niteliklerini ve çalışma esaslarını düzenleyen Kamulaştırma Davalarında Bilirkişi Olarak Görev Yapacakların Nitelikleri ve Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik (RG: 24.11.2006, S. 26356) m. 8/f. 1 “*Bilirkişi Kurulu, mahkeme tarafından... ihtisas odaları tarafından bildirilen listede yer alanlardan üç kişi il/ilçe idare kurulunca bildirilen listede yer alan... iki kişi olmak üzere toplam beş kişiden oluşturulur.*” şeklinde sayı bakımından Kamulaştırma Kanunu’na aykırı bir hüküm barındırsa da, Kamulaştırma Kanunu’nun ilgili maddesinin 2016 yılında değiştirildiği, ilgili yönetmeliğin ise 2006 tarihli olduğu hususu göz önünde bulundurulduğunda Kamulaştırma Kanunu’ndaki sayıya itibar edilmesi gerektiği ortadadır. Nitekim Yargıtay da bu görüştedir. Bkz. “*O halde; öncelikle 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 15. maddesinde belirtilen yönteme göre oluşturulacak 3 kişilik bilirkişi kurulu aracılığıyla yeniden keşif yapılmalı...*” Yarg. 20. HD 06.04.2017 tarih ve E. 2015/13074, K. 2017/2924 sayılı kararı (KİBB, ET: 27.05.2018).

<sup>33</sup> Aynı yönde bkz. **Atalay**, *Pekcanitez Usul*, s. 1932-1933; **(Toraman)/Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 593.

için gerekli olan özel veya teknik bilgi olaya en verimli şekilde uygulanabilecektir. Ayrıca görev alanı belirli olan bilirkişi genel yorumlamalarda bulunamayacak, diğer bir ifadeyle hâkim yerine geçemeyecektir<sup>34</sup>.

Hâkimin bilirkişinin görev alanını belirleyebilmesi ve ona sorular yöneltebilmesi için dava dosyasını detaylı bir şekilde incelemiş ve bilirkişiye başvurulması gereken hususları iyice belirlemiş olması gerekir<sup>35</sup>. Bilirkişiye yöneltilecek olan soruları belirleme yetkisi her ne kadar hâkimde olsa da, bu konuda tarafların da görüşü alınmalı ve tarafların sorulmasını istedikleri sorulara da uygun düştüğü ölçüde yer verilmelidir<sup>36</sup>. Böylece, hazırlanacak olan bilirkişi raporunun, tarafların beklentilerini karşılama ihtimali yükselecek ve belki de bu sayede olası bir bilirkişi raporuna itirazın önüne geçilerek usul ekonomisi ilkesi (HMK m. 30) doğrultusunda hareket edilmiş olacaktır<sup>37</sup>.

Uygulamada, bilirkişinin görev alanının ve bilirkişiye sorulacak soruların belirlenmesinde gerekli hassasiyetin gösterilmediği, bunun yerine dosyanın bilirkişiye tevdiine, havalesine gibi genel ifadeler kullanıldığı görülmektedir<sup>38</sup>. Bu durum, açıkça HMK m. 273 hükmünü ihlal etmektedir. Çünkü madde metninde hâkimin bilirkişinin görev alanını belirlerken inceleme konusunun sınırlarını ve bilirkişinin cevaplanması gereken soruları belirlemesinin bir zorunluluk olduğu açıkça ifade edilmiştir. Nitekim Yargıtay'ın da bilirkişinin görev alanı belirlenirken gerekli özenin gösterilmemesini bozma sebebi olarak kabul ettiği kararları mevcuttur<sup>39</sup>.

34 **Atalay**, *Pekcanitez Usul*, s. 1936; **Tanrıver-** Problemler ve Çözüm Arayışları, s. 585; **Arslan**, s. 173; **M. Kılıçoğlu**, s. 1131.

35 **Kuru-** Usul, s. 2731; **Arslan**, s. 174; **Yılmaz-** Şerh, s. 2789.

36 **Deryal**, s. 398; (**Toraman**)/**Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 587.

37 **Tanrıver-** Problemler ve Çözüm Arayışları, s. 584.

38 **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz/Hanağası**, s. 450; **Deryal**, s. 398; **Ahmet Kılıçoğlu**, "Yargıda Bilirkişilik Çıkmazı", *ABD*, S. 5, 1986, s. 646.

39 "Somut olayda mahkeme tarafından Ankara Nöbetçi İcra Hukuk Mahkemesine gönderilen 8.10.2010 tarihli talimatta, bilirkişinin görev alanı bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmediğinden, sadece imza incelemesi yapılarak dosya gönderilmiştir... O halde mahkemece yukarıda anlatılan ilkeler dikkate alınarak, raporun sağlıklı ve eksiksiz olmasının teminiyle muhtemel itirazların daha işin başında bertaraf edilmesi ve dolayısıyla usul ekonomisine uygunluğunun sağlanması açısından, inceleme konusuyla bilirkişiye yöneltilecek sorular açık ve net bir şekilde tayin edilerek, dosyanın yeniden bilirkişiye tevdiyle senedin rakam ve yazı kısımlarında

### B. Bilirkişi Raporunun Hazırlanma Süresi

Bilirkişinin görev alanın belirlenmesine ilişkin tutanakta raporun verilme süresi de özel olarak gösterilir. Bilirkişi raporu da verilen bu süre içerisinde hazırlanmalıdır. Bilirkişiye raporu hazırlayıp vermesi için tanınacak olan sürenin takdiri, hâkime aittir. Hâkim süreyi belirlerken, bilirkişiden istenilen özel veya teknik bilginin ve sorulan soruların yoğunluğunu göz önünde bulundurmalıdır. Ancak istenilen özel veya teknik bilgi ve soruların yoğunluğu ne ölçüde olursa olsun bilirkişiye raporunu hazırlaması için verilecek olan süre üç ayı geçemez (HMK m. 274). Bununla birlikte bilirkişinin talebi ile bir defaya mahsus olmak ve yine üç ayı geçmemek üzere süre uzatılabilir<sup>40</sup>.

Bilirkişi raporunun hazırlanması gereken sürenin düzenlenmiş olduğu HMK m. 274 hükmü, diğer kanunlardaki istisnalar saklı olmak kaydıyla, genel olarak tüm hukuk davalarında uygulanır. HMK m. 274'ün uygulama alanı bulmadığı diğer kanunlardaki istisnalara bir örnek olarak KK verilebilir. KK m. 15/f. 4 "*Bilirkişi kurulu, taşınmaz malın değerini 11 inci ve 12 nci maddelerde yer alan hükümlere göre tayin ve takdir ederek gerekçeli raporunu on beş gün içinde mahkemeye verir.*" hükmü gereği KK kapsamında olan bir davada bilirkişinin raporunu hazırlaması gereken süre, HMK'nın aksine, on beş gündür.

Bilirkişi kendisine verilen süre içinde raporu hazırlamamışsa mahkeme iki farklı karar verebilir. Bunlardan ilki kendisinden rapor hazırlanması istenilen bilirkişinin görevden alınıp, onun yerine bir başka bilirkişinin görevlendirilmesidir. Böyle bir durumda görevden alınmış olan bilirkişi, görevden alındığı ana kadar yapmış olduğu işlemler hakkında mahkemeye açıklama yapmalı ve kendisine teslim edilmiş olan dosyayı ekleri ile birlikte derhal mahkemeye tevdi etmelidir<sup>41</sup>. Mahkeme

---

*tahrifat yapıp yapılmadığının tespit edilip oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde sonuca gidilmesi doğru görülmemiştir.*" Yarg. 12. HD 17.11.2011 tarih ve E. 2011/7352, K. 2011/22602 sayılı kararı (KİBB, ET: 28.05.2018).

40 HUMK döneminde bilirkişiye ek süre tanınmasına ilişkin bir düzenleme mevcut değildi. Ek süre tanınmasına ilişkin düzenleme HMK ile getirilen bir yeniliktir, (Mehmet Akif Tutumlu, *Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu*, bs. 2, Ankara, 2012, s. 241).

41 Bil. Yön. m. 51/f. 2 gereği dosyanın ve eklerinin UYAP vasıtasıyla gönderilebildiği durumlarda dosya ve ekleri fiziki olarak teslim edilmez. Bunun yerine bilirkişiye UYAP üzerinden dosyayı inceleme yetkisi verilir. Dolayısıyla böyle bir durumda görevden alınan bilirkişiden dosyanın ve eklerinin iadesini bekleme olanağı

görevden alınan bilirkişiye ücret ödenmemesine ve yaptığı masrafların karşılanmamasına karar verebilir. Ayrıca görevden alınan bilirkişi hakkında gerekli müeyyidelerin uygulanması bilirkişilik bölge kurulundan talep edilmelidir (HMK m. 274/f. 2; Bil. Yön. m. 52/f. 2 ve m. 52/f. 4).

Kendisine verilen süre içerisinde raporu hazırlamayan bilirkişi hakkında uygulanabilecek diğer bir yaptırımsa; bilirkişiyi görevden almamakla birlikte, raporu hazırlayınca kadar o bilirkişiye yeni bir bilirkişilik görevi verilmemesidir. Ayrıca yine bu durumda da görevlendirmeyi yapan mahkeme durumu bilirkişilik bölge kuruluna bildirmelidir. Bu yaptırımların uygulanabilmesi için bilirkişinin kendisine verilen süre içerisinde raporu hazırlamamasında kusurunun bulunması gerekir (Bil. Yön. m. 52/f. 3).

Bilirkişilik bölge kurulu<sup>42</sup>, kendisinden istenilen raporu süresi içerisinde ve kusurlu olarak hazırlamayan bilirkişinin, bilirkişilik sicilinden ve bilirkişilik listesinden çıkarılmasına karar verebileceği gibi ilgili bilirkişinin uyarılmasına veya bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarılmasına da karar verebilir (Bil. K. m. 13/f. 1 ve m. 13/f. 2, Bil. Yön. m. 48/f. 1-b ve m. 48/f. 2).

### **C. Bilirkişi Görüşünün Bildirilme Şekli**

Bilirkişi görüşünün bildirilme şekline karar verme konusunda HMK m. 279/f. 1 hükmünde hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Bu doğrultuda hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünün, yazılı veya sözlü olarak bildirilmesine karar verebilir. Hâkim bilirkişi görüşünün bildirilme şeklini, kural olarak, HMK m. 273 hükmü kapsamında bilirkişinin görev alanını belirlerken açıklar<sup>43</sup>.

Bilirkişi görüşünün sözlü olarak bildirilmesine karar verilirse, HMK m. 279/f. 3 hükmü gereği, bilirkişinin sözlü beyanı tutanağa geçirilir ve tutanağın altı bilirkişiye imzalatılır. Şayet bilirkişi olarak birden fazla kişi belirlenmişse, aralarında yapacakları müzakere sonucunda açıklanan

---

bulunmamaktadır. Yapılması gereken ilgili dosyayı inceleme yetkisinin kaldırılmasıdır.

42 Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Samsun olmak üzere dokuz bilirkişilik bölge kurulu mevcuttur, (bkz. <http://bilirkisilik.adalet.gov.tr/sayfalar/bolgekurullari.html> (ET: 29.05.2018)).

43 **Yılmaz-** Şerh, s. 2800.

görüş tutanağa geçirilir ve ardından tutanak bilirkişilere imzalatılır<sup>44</sup>. Ayrıca her ne kadar HMK m. 279/f. 3 hükmünde yer almasa da sözlü olarak bildirilen görüşler de gerekçeli olmalıdır<sup>45</sup>. Özellikle seçilen bilirkişinin okuma yazma bilmemesi veya rapor yazacak ölçüde dile hakim olmaması durumunda, görüşünü sözlü açıklamasına karar vermekten başka imkân bulunmamaktadır<sup>46</sup>. Bilirkişi, görüşünü açıklarken önceden almış olduğu küçük notlardan faydalanabilir<sup>47</sup>.

Bilirkişi görüşünün sözlü olarak bildirilmesi, bilirkişiye doğrudan ulaşma ve güvenilirliğini test etme imkânı sağlamakla birlikte bilirkişi görüşünde aydınlatılmaya muhtaç yerlerin bulunması durumunda hâkim veya tarafların duruma anında müdahale edebilme imkânını da sağlamakta, böylelikle yargılamanın hızlandırılmasını mümkün kılmaktadır<sup>48</sup>. Bilirkişi görüşünün sözlü olarak bildirilmesi tüm bu açıklanan yönleriyle medeni usul hukukunda yargılamaya hakim olan ilkelere usul ekonomisi ilkesine de uygun düşmektedir.

Görüşünü sözlü olarak bildirecek olan bilirkişi, başka bir yerde bulursa dahi ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma salonuna bağlanarak dinlenilebilir (HMK m. 149/f. 2)<sup>49</sup>. Ancak bunun için tarafların rızasının bulunması şarttır (HMK m. 149/f. 2). Şayet taraflar bu duruma rıza göstermezse, bilirkişi ya davanın görüldüğü mahkemede ya da istinabe yoluyla başka bir mahkemede doğrudan dinlenilebilir<sup>50</sup>. Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bilirkişinin dinlenilmesi halinde, bilirkişi haliyle asıl yargılamayı yapan mahkemedeki tutanağı imzalamayacaktır. Oysa HMK m. 297/f. 3 hükmü gereği sözlü olarak

---

44 Kurulda yer alan bilirkişilerin kendi aralarında müzakere edebilmelerine olanak sağlanması bir zorunluluktur, (bkz. **Özbay**, s. 342). Bu zorunluluğun nedeni birden fazla kişinin bir araya getirilerek aralarında görüşüp, tartışmalarını sağlamaktır, (bkz. **Ejder Yılmaz**, “Hukukumuzda Bilirkişilik Kurumu”, *Makaleler (1973-2013)*, C. 1, Ankara 2014, s. 806).

45 **Bilge Umar**, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, bs. 2, Ankara, 2014, s. 818.

46 **Kuru**- Usul, s. 2744.

47 **Tanrıver**- Usul, s. 968.

48 **Tanrıver**- Bilirkişilik, s. 111-112.

49 Dinleme, SEGBİS veya benzeri sistemler vasıtasıyla ses ve görüntü olarak aynı anda duruşma salonuna nakledilir (Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik –Y. İş. Yön.- m. 200).

50 **Özbay**, s. 201.

dinlenen bilirkişinin beyanlarının tutanağa geçirilmesi ve ardından tutanağın bilirkişiye imzalatırılması gerekir. Bu sorun asıl yargılamayı yapan mahkemenin bilirkişinin beyanlarını geçirmiş olduğu tutanağın çıktısının, bilirkişinin bulunduğu mahkemeye alınması ve bu tutanağın bilirkişiye imzalatırılarak tekrardan elektronik ortamdan asıl yargılamayı yapan mahkemeye gönderilmesi ile çözülebilir<sup>51</sup>.

Bilirkişi görüşünün yazılı olarak bildirilmesine karar verilmesi durumunda ise, bilirkişi görüşü rapor halinde mahkemeye verilir. Kural olarak tek bir rapor hazırlanır ve mahkemeye sunulur. Birden fazla bilirkişinin aynı konu için heyet halinde görevlendirildiği durumda da bu zorunluluk devam etmektedir. Ancak heyet halinde görevlendirilen bilirkişilerin inceleme konuları farklıysa bu durumda her biri ayrı ayrı rapor hazırlayarak mahkemeye sunabilir<sup>52</sup>.

Tek bir raporun hazırlanıp mahkemeye sunulması kuralının diğer istisnası ise aynı konuda heyet halinde görevlendirilen bilirkişilerin görüş birliğine varamaması sonucu, azınlıkta kalan bilirkişinin ayrı bir rapor hazırlayabilmesidir (HMK m. 279/f. 2, c. 2)<sup>53</sup>.

#### D. Bilirkişi Raporunda Yer Alması Gereken Hususlar

Bilirkişi görüşünün hâkim tarafından yazılı olarak açıklamasına karar verilmesi üzerine bilirkişi, görüşünü rapor haline getirir ve o raporda açıklar. Bilirkişi raporunda yer alması gereken hususlar HMK m. 279/f. 2 hükmünde “...*Tarafların ad ve soyadları, bilirkişinin görevlendirildiği hususlar, gözlem ve inceleme konusu yapılan maddi vakıalar, gerekçe ve varılan sonuçlarla...düzenlenme tarihi ve bilirkişi ya da bilirkişilerin*

51 Bkz. Y. İŞ. Yön. m. 218/f. 7 “*SEGBİS veya benzeri sistemlerle duruşmaya katılan tarafların beyanlarının imzalanması gerektiğinde, dinlemenin yapıldığı yer mahkemesince talepte bulunan mahkemeye tutulan tutanağın bir çıktısı alınarak imzalatılır, imzalanan tutanak tekrar elektronik ortama aktarılır ve tutanağın aslı mahkemesine gönderilir.*”

52 “*Aynı konuda rapor vermekle görevli bilirkişilerin, konuları farklı değilse, işi aralarında görüşüp birlikte rapor vermeleri gerekir. Ancak aynı kurul içinde görevlendirilmiş, fakat konuları değişik olanların ayrı rapor vermeleri mümkün olduğu gibi, azınlıkta kalan bilirkişi de ayrı bir rapor verebilir. Somut olayda bu kurallara uyulmadan aynı konuda uzman olan bilirkişilerin ayrı ayrı rapor verdikleri ve birbirlerinin görüşünden haberdar olmadıkları anlaşılmaktadır. Usule aykırı olarak alınan ve yeterli olmayan bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*” Yarg. 19. HD 15.04.2005 tarih ve E. 2004/8061, K. 2005/4139 sayılı kararı (KİBB, ET: 31.05.2018).

53 Azınlıkta kalan bilirkişi görüşü hakkında detaylı bilgi için bkz. aşa., II, F.

*imzalarının bulunması gerekir.*” şeklinde sayılmıştır. Bunlara ek olarak Bil. Yön. m. 55/f. 1’de ise görevlendirmeyi yapan merci, dosya numarası, görevlendirme tarihi ve süresi gibi hususların da bilirkişi raporunda yer alması gerektiği düzenlenmiştir.

Bilirkişi raporu hâkimin belirlemiş olduğu sınırlar içerisinde ve yöneltmiş olduğu sorulara cevap verecek şekilde hazırlanmalıdır. Raporda yer alan görüşler akla ve bilime uygun aynı zamanda kendi içerisinde tutarlı olmalıdır<sup>54</sup>. Raporun yazıldığı alana ilişkin terminolojinin kullanılması kaçınılmaz olsa da, bu durum, raporun anlaşılabilirliğini ve denetlenebilirliğini ortadan kaldıracak boyuta ulaşmamalı diğer bir ifadeyle raporda olabildiğince sade bir dil kullanmaya özen gösterilmelidir<sup>55</sup>. Rapor kısa ve yüzeysel olmamalı, kapsamlı ve gerekçeli hazırlanmalıdır<sup>56</sup>. Nihayetinde raporun sonuç kısmı açık ve net bir biçimde kaleme alınmalı<sup>57</sup> ve bilirkişi tarafından imzalanmalıdır<sup>58</sup>. Bilirkişi raporunun imzasız olması veya heyet halinde görev yapan bilirkişilerden bir veya birkaçının imzasının eksik bulunması durumunda o rapor hükme esas alınamaz<sup>59</sup>.

---

54 **Alangoya**, s. 322. Ayrıca bkz. “Orman bilirkişisinin davaya konu alanda toprak kaymasını önlemek amacı ile ağaç türleri yetiştirildiği açıklamasının somut olaya uygun düşmediği anlaşılmaktadır. Denetlemeye uygun olmayan eksik ve çelişkili bilirkişi raporu ve eksik inceleme ile hüküm kurulamaz.” Yarg. 20. HD 20.09.2017 tarih ve E. 2016/667, K. 2017/6558 sayılı kararı (KİBB, ET: 30.05.2018).

55 **Yılmaz**- Uygulamada Bilirkişilik, s. 824; (**Toraman**)/**Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 602; **Deliduman**, s. 288. Ayrıca bkz. Bil. Yön. m. 7/f. 2 “*Bilirkişi, oy ve görüşünü oluştururken uzmanlık alanına ait teknik terim ve ifadeleri, mümkün olduğu ölçüde, görevlendirmeyi yapan merci ve tarafların anlayabileceği bir dil ile açıklar.*”

56 **Ansay**, s. 284; **Yılmaz**- Uygulamada Bilirkişilik, s. 823. Ayrıca bkz. “*Mahkemece, davaya konu kaza sebebiyle araçtaki hasarın giderilmesi için gereken onarım süresi içinde emsal nitelikteki bir aracın (davacı tarafından kaza olmasaydı dahi yapılması gereken yakıt vs gibi zorunlu giderler indirildikten sonra) araç mahrumiyeti bedelinin tespiti hususunda da rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken hiçbir açıklama olmayan gerekçesiz bilirkişi raporuna göre yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*” Yarg. 17. HD 15.05.2017 tarih ve E. 2016/11181, K. 2017/5464 sayılı kararı (KİBB, ET: 30.05.2018).

57 **Yılmaz**- Uygulamada Bilirkişilik, s. 824-825; **Deryal**, s. 442.

58 **Alangoya**, s. 321.

59 “*Bilirkişilerin raporda imzalarının bulunması zorunludur. Somut olayda; bilirkişiler tarafından hazırlanan ve mahkemece hükme esas alınan raporda, bilirkişilerden birinin (hakimlik mesleğine geçmiş olması nedeniyle) imza atmayan çekindiği anlaşılmaktadır. Esasen, bu husus mahkemenin de kabulindedir. Bu durumda, mahkemece; yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulundan tazminat hususunda rapor*



Bilirkişilerin hazırlayacağı raporların standartlarını ve bilirkişilik temel eğitimine ilişkin usul ve esasları belirlemek Bilirkişilik Daire Başkanlığının görevidir (Bil. K. m. 6/f. 2, ç bendi ve m. 6/f. 2, d bendi)<sup>60</sup>. Bilirkişilik temel eğitimini Bilirkişilik Daire Başkanlığınca kendisine izin verilen kuruluşlar gerçekleştirir<sup>61</sup>. Verilecek olan temel eğitim, teorik eğitim ve uygulama eğitimi olmak üzere iki tür eğitimden oluşur. Bu kapsamda, bilirkişi raporunun yazım usulü ve tekniği teorik eğitim içerisinde öğretilir (Bil. Yön. m. 30/f. 2, m. 30/f. 4 ve m. 30/f. 5).

Bilirkişiler, ayrıca hazırlamış oldukları raporların mevzuata uygunluğu açısından, bilirkişilik bölge kurulları tarafından re'sen veya talep üzerine denetlenirler. Bu denetim, sadece hazırlanan raporun mevzuata uygunluğu açısından olup, rapordaki özel veya teknik bilgi yönünden herhangi bir denetim yapılamaz veya denetim yapılması yönünde başvuruda bulunulamaz (Bil. K. m. 14/f. 3 ve m. 14/f. 4). Denetim sonucuna göre ilgili bilirkişinin sicilinden çıkarılmasına, uyarılmasına, bir yıla kadar geçici olarak listeden çıkarılmasına karar verilebilir<sup>62</sup>. Bilirkişi bölge kurulunca verilebilecek bu kararlara karşı itiraz edilebilir<sup>63</sup>.

### **E. Bilirkişinin Hukuki Nitelendirme ve Değerlendirmede Bulunma Yasağı**

Bilirkişi, raporunu hazırlarken hukuki nitelendirmeler ve değerlendirmelerde bulunmaktan kaçınmalıdır<sup>64</sup>. Bu husus, HMK m.

---

*aldırılması ve ulaşılabacak sonuca göre uyumsuzluğun esası hakkında karar verilmesi gerekirken, bilirkişilerden bir üyenin imzasını içermeyen raporun esas alınması suretiyle karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.”* Yarg. 3. HD 20.06.2017 tarih ve E. 2016/19919, K. 2017/10515 sayılı kararı (KİBB, ET: 31.05.2018).

60 Bilirkişilik Daire Başkanlığı, bilirkişilik hizmetlerinin etkin, düzenli ve verimli bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla Bil. K. ile verilen görevleri yerine getirmek üzere Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulan bir birimdir.

61 İzin verilen eğitim kuruluşlarının listesine ulaşmak için bkz. <http://bilirkisilik.adalet.gov.tr/dokumanlar/egitimkuruluslarilistesi/Bilirki%C5%9Filik%20E%C4%9Fitim%20Kurulu%C5%9Flar%C4%B1%20Listesi.pdf> (ET: 30.05.2018).

62 Ayrıntılı bilgi için bkz. Bil. Yön. m. 62.

63 Ayrıntılı bilgi için bkz. Bil. K. m. 15.

64 Hukuki nitelendirme, hüküm için yargılama aşamasına gelmiş olan olguların, belirlenen hukuk normunun soyut unsurlarını karşılayıp karşılamadığını belirlemedir, (bkz. **Çetin Aşçıoğlu**, “Yargılama Çalışmalarında Bilirkişi Sorunu ve

279/f. 4 hükmünde “*Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hâkim tarafından yapılması gereken hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz.*”; Bil. K. m. 3/f. 2 ve Bil. Yön. m. 5/f. 2 hükmünde de “*Bilirkişi, raporunda çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz.*” şeklinde ayrı ayrı ve açıkça vurgulanmıştır<sup>65</sup>. Bu düzenleme hukuki konularda bilirkişiye başvurulamaması kuralı ile de bir bütünlük arz etmektedir<sup>66</sup>. Dolayısıyla öncelikli olarak hukuki konularda bilirkişiye başvurulamaması konusu üzerinde durmakta fayda vardır.

Hukuki konularda bilirkişiye başvurulamaması, hem HMK m. 266/c. 2 hem de Bil. K. m. 3/f. 3’te “*Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.*” hükümleri ile açıkça yasaklanmıştır<sup>67</sup>. Bu yasağın altında yatan temel neden, hukuk kurallarının re’sen araştırılıp bulunması ve olaya uygulanmasının hâkimin işi olması, yani bir başka ifadeyle hukuki sorunlarda en yetkin bilirkişinin hâkimin kendisi olmasıdır<sup>68</sup>. Bu sebeplerden dolayı hukuk

---

(Hukuk Davalarında) Nitelendirmede Bilirkişinin Görevi”, *TBBD*, S. 3, 1992, s. 359).

65 HMK’dan sonra Bil. K. ve Bil. Yön.’de de aynı hükme yer verilmesinin amacı hukuki sorunlarda bilirkişiye başvurma yasağına vurgu yapmak ve bu yasağı iyice kuvvetlendirmektir, (aynı yönde bkz. ve karşı. **Süha Tanrıver**, “Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, *TBBD*, S. 119, 2015, s. 233).

66 **Özbay**, s. 343; **Yılmaz- Şerh**, s. 2806; **Tutumlu**- HMK Yorumu, s. 245.

67 Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye gidilmesini önlemek için başkaca önlemler alınması gerektiği sadece yasaklama ile bu durumun önüne geçilemediği yönündeki görüş ve alınabilecek önlemler için bkz. **Recep Akcan**, “Bilirkişilik Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Tespitler”, *InÜHFD*, C. 2, 2015, s. 658-659.

68 Bkz. HMK m. 266 gerekçesi, **M. Kılıçoğlu**, s. 1107. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgi kavramının hâkimin önüne gelen uyuşmazlıklardaki gerekli olan her hukuki bilgiyi bildiği anlamına gelen çok genel bir ifade olduğu, hakimin her hukuki bilgiyi bilmesinin -özellikle de fikri ve sınai haklar gibi özel alanların da ortaya çıkması göz önünde bulundurulduğunda- mümkün olamayacağı, dolayısıyla hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurma yasağının her zaman uygulanma imkânı bulmasının pek mümkün olmadığı yönündeki görüş için bkz. **Budak/Karaaslan**, s. 263. Aynı

alanı dışında başkaca bir uzmanlığı bulunmayan kişilerin bilirkişi olması da yasaklanmıştır<sup>69</sup>.

Uygulamada hukuki konularda bilirkişiden görüş alınması konusunda istikrarlı kararların alınmadığı, bazı kararlarda hukuki konularda bilirkişiden görüş alınmasının hukuka aykırı olarak kabul edildiği<sup>70</sup>, bazı kararlarda ise uyuşmazlığın çözümü için hukukçu bilirkişi atanması gerektiğinin kabul edildiği görülmektedir<sup>71, 72</sup>.

Bilirkişinin raporunda hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunma yasağının altında da benzer sebepler yatmaktadır<sup>73</sup>. Bilirkişinin asıl görevi hukuki değerlendirmelerde bulunmadan özel veya teknik bilgisini mahkemeye iletmek ya da sahip olduğu özel veya teknik bilgiyi

---

yönde bkz. **Şafak Narbay/İbrahim Özbay**, “Türk Hukukunda Hukuki Mütalaanın Önemi ve Niteliği”, *Batider*, C. 23, S. 2, 2005, s. 124-125.

69 Bkz. Bil. K. m. 10/f. 4. Hukuk alanı dışında uzmanlığı bulunan kişiler ise bilirkişi olabilirler. Yarg. HGK 18.01.2017 tarih ve E. 2014/13-2465, K. 2017/10 sayılı kararına da konu olduğu üzere avukatın takip ettiği davalar ile işlerin yasal ve mesleki mevzuat kurallarına göre yürütülüp yürütülmediği, dolayısıyla ücrete hak kazanılıp kazanılmadığı hususu için bir avukat bilirkişi olarak belirlenebilir. Çünkü bu hukuk alanı dışı ve uzmanlığı gerektiren, dolayısıyla da avukatın uzmanlığına giren bir konudur (HGK kararı ve kararın değerlendirmesi için bkz. **Mehmet Akif Tutumlu**, “Hukuki Konularda Hukukçu Bilirkişi Atanması Sorunu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 131, 2017, s. 120-129).

70 “Hükme esas alınan kâr kaybı hesabı ile ilgili hukukçu bilirkişiden 20.09.2014 tarihli rapor alınmış ise de; 6100 Sayılı HMK'nın 266/1. maddesi hükmü gereğince çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verileceği ve bilirkişinin konusunda uzman olması gerektiği, somut olayda çözüm hukuk dışında özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden hukukçu bilirkişinin meslek ve sıfatı itibarıyla bu konuda özel ve teknik bilgiye haiz olduğunun kabulü ve raporunun hükme esas alınması mümkün değildir.” Yarg. 15. HD 26.12.2017 tarih ve E. 2017/1913, K. 2017/4553 sayılı kararı (KİBB, ET: 31.05.2018).

71 “Asıl-alt işveren uygulamasının ister asıl iş ister yardımcı iş olsun, alt işverene verilmesinde, unsurları veya muvazaa yönünde denetiminin yapılmasında Dairemiz uygulaması kararlılıkla “İşverenler arasındaki sözleşmenin getirilerek işyerinde teknik ve hukukçu bilirkişi marifeti ile keşif yapılması ve rapor alınarak sonuca gidilmesi gerektiği yönündedir.” Yarg. 9. HD 27.09.2017 tarih ve E. 2016/21250, K. 2017/14318 sayılı kararı (KİBB, ET: 31.05.2018).

72 Uygulamadaki tutarsızlıklara ilişkin diğer kararlar için bkz. **Acun Papakçı**, “Hukuki Bilirkişilik”, *MÜHFHAD*, C. 22, S. 1, 2016, s. 440-444.

73 Bilirkişilik görevinin yerine getirilebilmesi için hukuki değerlendirme yapmak zorunluysa bu değerlendirmenin yapılabilmesi gerektiği HMK m. 279/f. 4'ün bu duruma engel olmadığına dair görüş için bkz. **Umar**, s. 818.

vakıalara uygulayarak varmış olduğu sonuçları ifade etmek ya da özel veya teknik bilgisinin yardımı ile maddi vakıaları tespit etmektir<sup>74</sup>. Hukuki değerlendirmeyi ise hâkim yapar<sup>75</sup>.

### F. Azınlıkta Kalan Bilirkişi Görüşü

Azınlıkta kalan bilirkişi görüşü, birden fazla bilirkişinin heyet halinde görevlendirildiği durumlarda oybirliğine varılamaması sonucu çoğunluğun karşısında kalan bilirkişi görüşüdür<sup>76</sup>. Burada birden fazla bilirkişinin aynı konu hakkında görevlendirilmeleri gerekir. Birden fazla bilirkişinin farklı farklı konular için görevlendirildiği hallerde, her bilirkişi kendi alanında görüş beyan edeceğinden, bu durumda, azınlıkta kalan bilirkişi görüşünden bahsedilemez.

Azınlıkta kalan bilirkişi görüşü, çoğunluğun hazırladığı raporun içerisinde muhalefet sebepleri ayrı ayrı belirtilerek gösterilebilir<sup>77</sup>. Ancak böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Zira HMK m. 279/f. 3 hükmü uyarınca azınlıkta kalan bilirkişi, kendi görüşünü ayrı bir rapor halinde de mahkemeye sunabilir. Azınlıkta kalan bilirkişiye tanınan bu hak, aynı konuda görevlendirilen bilirkişi heyetinin tek rapor sunma zorunluluğunun bir istisnasıdır<sup>78</sup>.

Hâkim, HMK m. 282 hükmü gereği bilirkişi görüşünü serbestçe takdir eder. Dolayısıyla hâkimin çoğunlukta olan bilirkişi görüşüne göre hüküm kurma zorunluluğunun bulunmadığı<sup>79</sup>, azınlıkta kalan bilirkişi

74 Bkz. HMK m. 279/f. 4 gerekçesi, **M. Kılıçoğlu**, s. 1148.

75 Hukuki konularda bilirkişiye başvurulması yasağının Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi örf adet hukukuna veya eski hukuka ilişkin konuları kapsamaması ve bu konularda bilirkişiye başvurulabilmesi gerektiğine dair görüş için bkz. **İbrahim Gül**, “Hukuksal Sorunlar Hakkında Bilirkişiye Başvurulması”, *HKÜHFD*, C. 5, S. 10, 2015, s. 157-180. Aynı yönde bkz. **Atalay**- Bilirkişilik Uygulaması, s. 136.

76 **Tanrıver**- Bilirkişilik, s. 115.

77 **Kuru**- Usul, s. 2740.

78 Aynı konuda görevlendirilen bilirkişi heyetinin tek rapor sunma zorunluluğu hakkında bkz. Yarg. 19. HD 15.04.2005 tarih ve E. 2004/8061, K. 2005/4139 sayılı kararı (KİBB, ET: 31.05.2018). Karar için bkz. yuk., dn. 52.

79 Çoğunlukta olan bilirkişi görüşüne göre hüküm kurulmuş olsa bile azınlıkta kalan bilirkişi görüşü de değerlendirilmek zorundadır. Örneğin; “*Mahkemeye hükmeye dayanak kılınan bilirkişi raporlarında; müteveffanın % 100 oranında kusurlu olduğu, davalı işverenin ise kusursuz olduğu belirtilmişse de; 20.04.2009 tarihli ceza dosyasındaki maddi olgular, 02.10.2012 tarihli bilirkişi raporundaki azınlık görüşü ve 20.10.2011 tarihli kusur raporundaki görüşler hiç değerlendirilmemiştir.*”

görüşüne göre de hüküm kurabileceği ifade edilebilir<sup>80</sup>. Böyle bir durumda hâkim, azınlıkta kalan bilirkişi görüşüne göre hüküm kurulmasının ve çoğunlukta olan bilirkişi görüşüne göre hüküm kurulmamasının gerekçelerini göstermelidir<sup>81</sup>.

Azınlıkta kalan bilirkişi görüşüne göre hiçbir şekilde hüküm kurulamayacağı şeklinde aksi yönde kabul, AY m. 9 ve AY m. 138/f. 1 hükümlerine<sup>82</sup> aykırılık teşkil edecek, ayrıca yargılamanın bilirkişinin görüşüne göre yapıldığı yönünde olumsuz izlenim bırakarak yargıya olan güvenin azalmasına yol açabilecektir. Bu bakımdan Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında azınlıkta kalan bilirkişi görüşüne göre hüküm kurulamayacağı şeklindeki görüşü, kanaatimizce doğru değildir<sup>83</sup>.

---

*Şu durumda, mahkemenin hükme esas aldığı kusur raporlarının, 4857 Sayılı Kanun'un 77. maddesinin öngördüğü koşulları içerdiğinden ve hükme dayanak alınacak nitelikte olduğundan söz edilemez.*” Yarg. HGK 15.03.2017 tarih ve E. 2014/21-2104, K. 2017/454 sayılı kararı (KİBB, ET: 01.06.2018).

- 80 **Arslan**, s. 177; **Akil**- Karar Değerlendirme, s. 707-708. Azınlıkta kalan bilirkişi görüşüne göre hüküm kuran ilk derece mahkemesinin kararı, Yargıtay tarafından azınlıkta kalan bilirkişi görüşünün bilimsel temele dayanmadığı iddiasıyla bozulmuştur. Yani Yargıtay azınlıkta kalan bilirkişi görüşünün hükme esas alınması gerekçesiyle değil, hükme esas alınacak nitelikte hazırlanmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur. Buradan yola çıkarak Yargıtay'ın azınlıkta kalan bilirkişi görüşüne göre de hüküm kurulabileceğini kabul ettiği sonucu çıkarılabilir. Örneğin; *“Bilimsel temele dayalı olmayan azınlık bilirkişi raporuna göre karar verilmesi doğru görülmemiş ve hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir.”* Yarg. 11.HD 23.01.2017 tarih ve E. 2015/12576, K. 2017/420 sayılı kararı (KİBB, ET: 02.06.2018). Aynı yönde bkz. yuk., dn. 79.
- 81 *“Mahkemece, üç kişilik bilirkişi kurulu oluşturulmuş, farklı tespitler içeren bilirkişi raporunda sunulan azınlık görüşüne itibar edilerek yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Ancak, uyuşmazlığın özel ve teknik bilgi gerektirdiğinden bahisle bilirkişi kurulu görüşüne başvurulmasına rağmen, hiç bir gerekçe gösterilmeden ayrık görüşe itibar edilmesi, çoğunluk görüşünün benimsenmemesi nedenlerinin açıklanmaması doğru görülmemiştir.”* Yarg. 11. HD 25.03.2014 tarih ve E. 2012/19060, K. 2014/5829 sayılı kararı (KİBB, ET: 02.06.2018).
- 82 AY m. 9 *“Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.”* AY m. 138/f. 1 *“Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.”*
- 83 *“Bilirkişilerin birbirlerine aykırı beyanları karşısında çoğunluğun mütalaasına itibar olunmak, çoğunluk mütalaası kanaatbahş bulunmadığı takdirde yeniden seçilecek bilirkişilere başvurmak... gerekir.”* Yarg. HGK 06.04.1968 tarih ve E. 1967/3-187, K. 231 sayılı kararı (ABD, S. 3, 1968, s. 511). *“Bilirkişilerin beyanları arasında değer bakımından uyuşmazlık çıkması halinde hakim, çoğunluğun görüşüne katılabilir. Fakat azınlıkta kalanın görüşünü esas alarak hüküm veremez.”* Yarg. 2. HD 19.02.1971 tarih ve E. 1971/658, K. 1971/1082 sayılı kararı (**Kuru-**

Yargıtay'ın daha yeni tarihli kararlarında ise artık azınlıkta kalan bilirkişi görüşünün hükme esas alınabileceğinin kabul edildiği ifade edilebilir<sup>84</sup>.

### III. BİLİRKİŞİ RAPORUNUN VERİLMESİ

#### A. Bilirkişi Raporunun Mahkemeye Verilmesi

Bilirkişi, HMK m. 280 hükmü uyarınca raporunu hazırladıktan sonra, raporu ve kendisine raporu hazırlaması için verilen diğer ekleri mahkemeye verir. Raporun mahkemeye verildiği tarihten rapora yazılır. Bilirkişi raporunun verildiği tarihin rapora yazılması raporun süresi içerisinde verilip verilmediğinin tespiti için önemli bir husustur<sup>85</sup>.

Her ne kadar HMK m. 280 lafzından<sup>86</sup> bilirkişi raporunun mahkemeye fiziki olarak verilmesi gerektiği yönünde bir anlam çıkarılabilirse de, bu şekilde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Yargı alanında ortaya çıkan teknolojik gelişmeler sonucu, elektronik ortamda<sup>87</sup> bilirkişinin görevlendirilmesi, dosyanın ve gerekli eklerinin bilirkişinin erişimine açılması, bilirkişinin hazırlamış olduğu raporu e-imza ile imzalayarak mahkemeye göndermesi mümkündür. Ancak bunun için ilgili bilirkişinin güvenli e-imza sahibi olması ve bilirkişi listesinde yer

---

Usul, s. 2775). “Mahkemece üç kişilik bilirkişi heyeti oluşturularak rapor alınmış, ancak 29.9.2011 tarihli bilirkişi heyeti tarafından düzenlenen raporda bilirkişi...’un raporu muhalefet şerhi ile imzalandığına dair beyanı ile imzalandığı, 23.9.2011 tarihli muhalefet şerhine dair ayrı rapor düzenlendiği dosya içeriğinden anlaşılmıştır. Bilirkişi raporundaki çoğunluk görüşü ile azınlık görüşü arasında farklı bir yorum bulunduğu halde mahkemece azınlık raporuna göre hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, raporun çoğunluk görüşünün uygun görülmemesi halinde yeni bir bilirkişi heyetinden iddia ve savunma çerçevesinde ayrıntılı ve Yargıtay denetimine uygun rapor alınarak varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesinden ibaret olunmalıdır.” Yarg. 19. HD 10.10.2013 tarih ve E. 2013/11204, K. 2013/15852 sayılı kararı (Karara doğrudan erişilememekle birlikte Yarg. 19. HD 01.12.2015 tarih ve E. 2015/8072, K. 2015/15893 sayılı kararın içerisinde künyesi belirtilerek özetlenmiş olması sayesinde erişim sağlanmıştır, KİBB, ET: 02.06.2018).

84 Bkz. yuk. dn. 79 ve 80.

85 M. Kılıçoğlu, s. 1151; Deryal, s. 456.

86 HMK m. 280: “Bilirkişi, raporunu, varsa kendisine incelenmek üzere teslim edilen şeylerle birlikte bir dizi pusulasına bağlı olarak mahkemeye verir; verildiği tarihten rapora yazılır ve duruşma gününden önce birer örneği taraflara tebliğ edilir.”

87 Bu elektronik ortam, bilirkişilerin internet üzerinden UYAP’a erişim sağlayarak elektronik ortamda işlem yapabilmelerini sağlayan UYAP Bilirkişi Bilgi Sistemidir.

alması eğer listede yer almıyorsa mahkeme huzurunda önce yemin etmesi gerekir<sup>88</sup>.

Bilirkişi, raporu mahkemeye fiziki olarak teslim ettikten veya elektronik ortam üzerinden sunduktan sonra, rapordaki görüşünü değiştirme, raporun verilmemiş sayılmasını talep etme veya herhangi bir şekilde raporda değişiklik yapma hakkına sahip değildir<sup>89</sup>. Doktrinde bu kuralın katı şekilde uygulanmaması gerektiği, bilirkişinin kendisinden kaynaklanmayan sebeplerden dolayı raporun hatalı hazırladığını öğrenmesi durumunda, hata giderildikten sonra yeniden hazırlayacağı ikinci raporu mahkemeye verebilmesi ve bu ikinci raporun da değerlendirmeye alınması gerektiği savunulmaktadır<sup>90</sup>. Kanaatimizce de bilirkişi kendisinden kaynaklanmayan nedenlerden dolayı raporu hatalı hazırlamışsa ve durumu fark ettikten sonra ikinci bir rapor hazırlayıp bunu mahkemeye sunmuşsa, bu raporun değerlendirmeye alınması yerinde olur.

### **B. Bilirkişi Raporunun Taraplara Tebliğ Edilmesi**

Bilirkişi raporu mahkemeye verildikten sonra raporun örnekleri davanın taraflarına tebliğ edilir (HMK m. 280). Şayet dava, vekil aracılığıyla takip ediliyorsa tebligat vekile yapılır (7201 sayılı Tebligat Kanunu –Teb. K.<sup>91</sup>- m. 11/f. 1). Bilirkişi raporunun taraflara tebliğ edilmesinin amacı, tarafların bilirkişi raporunu incelemesine fırsat tanıyarak rapora ilişkin eksikliklerin tamamlanması veya belirsizliklerin giderilmesi ya da yeni bilirkişi atanmasını talep edebilmeleri için rapora karşı itiraz haklarının kullanılabilmesinin sağlanmasıdır (HMK m. 281/f. 1). Bu sebeple tarafların bilirkişi raporuna karşı itiraz hakları, bilirkişi raporu kendilerine tebliğ edildiği tarihte doğar<sup>92</sup>.

---

88 Bkz. Y. İŞ. Yön. m. 220/f. 1 ve m. 220/f. 2.

89 **Bilge/Önen**, s. 550; **Kuru-** Usul, s. 2743; **Deryal**, s. 456.

90 **Umar**, s. 819. Yazar, görüşüne örnek olarak kan tahlili sonucuna göre değerlendirme yapacak olan bilirkişiye hataya düşülerek dava ile alakası olmayan kişilere ait tahlil sonuçlarının getirilmesi ve raporun da buna göre hazırlanıp mahkemeye verilmesini göstermiştir. Böyle bir durumda, hata fark edildikten sonra dava taraflarına ait tahlil sonuçlarına göre hazırlanan ikinci raporun mahkemeye verilebileceğini ve bu raporun değerlendirmeye alınması gerektiğini ifade etmiştir.

91 RG: 19.02.1959, S: 10139.

92 01.01.2019 tarihinden sonra vekile yapılacak olan tebligatlar zorunlu olarak elektronik ortam üzerinden yapılacaktır. Dolayısıyla tebliğ tarihi de tebligatın vekilin elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonu olarak kabul

Bilirkişi raporunun taraflara tebliğ edilmesinin medeni usul hukukunda yargılamaya hakim ilkelerden hukuki dinlenilme hakkının doğal bir sonucu olduğu söylenebilir. Dolayısıyla bilirkişi raporu taraflara tebliğ edilmeden dosya hakkında karar verilmesi, hukuki dinlenilme hakkını ağır bir şekilde ihlal edecektir<sup>93</sup>.

Bilirkişi raporu mahkemeye verildikten sonra, raporun taraflara ne kadar süre içerisinde tebliğ edilmesi gerektiği hususunda, hukukumuzda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Yalnızca HMK m. 280 hükmünde “...verildiği tarih rapora yazılır ve duruşma gününden önce birer örneği taraflara tebliğ edilir” ibaresine yer verilerek duruşma gününden önce tebliğ edilmesi gerektiği hususu düzenleme altına alınmıştır. Maddenin lafzından raporun duruşma gününden önce tebliğ edilmesinin yeterli olduğu anlaşılrsa da bilirkişi tarafından rapor verildikten sonra usul ekonomisi ilkesi gereği bir an önce taraflara tebliğ edilmelidir. Özellikle rapor verilme tarihi ile duruşma günü arasında az bir zamanın kaldığı durumlarda, raporun taraflara geç tebliğ edilmesi yargılamanın gereksiz uzamasına sebep olabilir. Zira taraflar raporu inceleyip duruma göre rapora itiraz edeceklerdir. Dolayısıyla taraflar rapora ne kadar erken ulaşırsa itiraz süreleri de bir o kadar erken başlar ve sona erer. Böylelikle sadece itiraz süresi sona ermediği gerekçesi ile duruşmanın ileri bir tarihe ertelenmesinin önüne geçilir ve yargılamanın daha kısa sürede sonuçlanma ihtimali artar.

#### IV. BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ

##### A. Bilirkişi Raporuna İtiraz Edebilecek Kişiler

Bilirkişi raporuna sadece davanın tarafları itiraz edebilir (HMK m. 281/f. 1). Dolayısıyla hem davacı hem de davalı bilirkişi raporunda yer

---

edilecektir, (bkz. Teb. K. m. 7/a’da değişiklik yapan 7101 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 48).

93 “Mahkemece, bilirkişi raporunun davalı vekiline tebliğ edilmeksizin, dava konusu alacaklar hakkında karar verilmesi, Anayasa ve Kanuna aykırıdır. Bu halde, mahkemenin davalı tarafın hukuki dinlenilme hakkını kullanmasına imkân tanıdığı ve adil bir yargılama yaparak sonuca ulaştığı söylenemez. Anılan sebeple, davalı vekiline bilirkişi raporu tebliğ edilerek itirazlarını sunması için imkân tanınmalı; itirazlarını sunması halinde bu itirazlar doğrultusunda değerlendirme yapılmalı ve sonuca göre bir karar verilmelidir.” Yarg. 22. HD 18.04.2017 tarih ve E. 2017/971, K. 2017/8905 sayılı kararı (KİBB, ET: 03.06.2018). Aynı yönde bkz. Yarg. 17. HD 03.04.2017 tarih ve E. 2014/19056, K. 2017/3513 sayılı kararı (KİBB, ET: 03.06.2018).



alan eksikliklerin tamamlanması veya belirsizliklerin giderilmesi için rapora karşı itiraz edebilir ya da yeni bilirkişi atanmasını talep edebilir. Taraflardan biri veya her ikisi de davada vekil ile temsil olunuyorsa bu durumda vekil de bilirkişi raporuna karşı itiraz edebilir. Bunun için vekile özel yetki verilmesine gerek yoktur. Zira vekile özel yetki verilmesini gerektiren hallerin sayıldığı HMK m. 74'te bilirkişi raporuna itiraz edilmesi hususuna yer verilmemiştir. Hatta HMK m. 77/f. 1 şartları oluşursa vekâletnamesi o an için bulunmayan vekil dahi bilirkişi raporuna itiraz edebilir<sup>94</sup>.

## B. Bilirkişi Raporuna İtirazın Şekli ve Süresi

### 1. Bilirkişi Raporuna İtirazın Şekli

Bilirkişi raporuna itiraz edecek olan taraflar bu itirazlarını yazılı olarak veya duruşmada sözlü olarak yapabilirler. Çünkü bilirkişi raporuna itirazın düzenlendiği HMK m. 281/f. 1 "*Taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler.*" şeklindeki hükmünde, rapora itiraz edilebilmesi için, özel bir şekil şartı aranmamıştır. Ancak mahkeme dışında hazırlanacak olan dilekçenin duruşmadaki sözlü itiraza göre daha detaylı, kapsamlı ve tutarlı olacağı göz önünde bulundurulduğunda yazılı olarak rapora itiraz etmek itiraz edenin daha lehine olacaktır.

Bilirkişi raporuna itiraz, ister dilekçe ile isterse sözlü yapılsın, açık, anlaşılır şekilde yapılmalı ve itiraz sebepleri gösterilmelidir. Aksi takdirde ileri sürülen beyanlar bilirkişi raporuna itiraz olarak kabul edilmeyecektir<sup>95</sup>. Nitekim Yargıtay kararlarında da bilirkişi raporuna

<sup>94</sup> HMK m. 77/f. 1 "*Vekâletnamesinin aslını veya onaylı örneğini vermeyen avukat, dava açamaz ve yargılamayla ilgili hiçbir işlem yapamaz. Şu kadar ki, gecikmesinde zarar doğabilecek hâllerde mahkeme, vereceği kesin süre içinde vekâletnamesini getirmek koşuluyla avukatın dava açmasına veya usul işlemlerini yapmasına izin verebilir. Bu süre içinde vekâletname verilmez veya asıl taraf yapılan işlemleri kabul ettiğini dilekçeyle mahkemeye bildirmez ise dava açılmamış veya gerçekleştirilen işlemler yapılmamış sayılır.*" Aynı yönde bkz. **Kuru-** Usul, s. 2747.

<sup>95</sup> **Kuru-** Usul, s. 2745; **Tutumlu-** HMK Yorumu, s. 247; **Umar,** s. 823; (**Toraman**)/**Görgün/Börü/ Kodakoğlu,** s. 603; **Deliduman,** s. 291.

itiraz edilirken “itiraz sebeplerinin belirtilmesi” hususu vurgulanmaktadır<sup>96</sup>.

## 2. Bilirkişi Raporuna İtirazın Süresi

Taraflar bilirkişi raporu kendilerine tebliğ edildikten sonra iki hafta içerisinde rapora karşı itiraz edebilirler<sup>97</sup>. Bu iki haftalık sürenin niteliğine ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, bilirkişi raporuna karşı itiraz süresi, hak düşürücü niteliktedir<sup>98</sup>. Bu süre içerisinde rapora itiraz edilmemesi durumunda artık o rapor taraflar için kesinleşir, doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, bilirkişi raporuna itiraz süresi hak düşürücü nitelikte değildir. Dolayısıyla tarafların hüküm verilinceye kadar rapora itiraz edebilmeleri mümkündür<sup>99</sup>. Kanaatimizce bilirkişi raporuna karşı Kanunda belirtilen

<sup>96</sup> “HMK'nun 281. maddesinde, tarafların bilirkişi raporunda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişi raporuna itiraz sebepleri belirtilerek bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını, ayrıca yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilecekleri açıktır.” Yarg. 3. HD 10.10.2013 tarih ve E. 2013/10960, K. 2013/14302 sayılı kararı (KİBB, ET: 05.06.2018). Aynı yönde bkz. “...bilirkişi raporuna itiraz sebeplerini göstererek itiraz etmiştir.” Yarg. 19. HD 10.11.2014 tarih ve E. 2014/11097, K. 2014/15981 sayılı kararı (KİBB, ET: 05.06.2018). Hatta Yargıtay eski tarihli bir kararında bilirkişi raporuna açıkça itiraz edilmesi ve itiraz sebeplerinin de gösterilmesi gerektiği, aksi takdirde rapora itiraz edilmemiş sayılacağına hükmetmiştir. Bkz. Yarg. 3. HD 19.09.1985 tarih ve 4376/5834 sayılı kararı (**Tutumlu-** HMK Yorumu, s. 247).

<sup>97</sup> HUMK döneminde bir hafta olan süre (HUMK m. 283/f. 1), HMK ile iki haftaya çıkarılmıştır, (bkz. **Özbay**, s. 344).

<sup>98</sup> **Bilge/Önen**, s. 548; **Kuru-** Ders Kitabı, s. 312; **Özbay**, s. 344; **Tanrıver-** Usul, s. 975; **Yılmaz- Şerh**, s. 2809; (**Toraman**)/**Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 603; **M. Kılıçoğlu**, s. 1154; **Aras**, s. 1644.

<sup>99</sup> **Üstündağ**, s. 750; **İlhan Postacıoğlu**, s. 654; **Muşul**, 416; **Umar**, s. 823. Bu görüşü destekleyici nitelikte eski tarihli Yargıtay kararları mevcuttur. Örneğin; “HUMK m. 283'üncü maddesi gereğince, taraflar bir hafta içinde bilirkişiden eksiklik ve kapalılığın giderilmesi için açıklamada bulunmasını isteyebilirler. Tarafların bu süre içinde itiraz etmemeleri bilirkişi raporunun kesinleşmesi sonucu doğurmaz. O halde taraflar hüküm verilinceye kadar itiraz haklarını kullanabilirler.” Yarg. HGK 06.03.1971 tarih ve E. 1968/4-785, K. 139 sayılı kararı (ABD, S. 4, 1972, s. 632-633). “Kural olarak tarafların herhangi bir süreye bağlı olmaksızın bilirkişi raporuna karşı itirazda bulunmak hakları vardır. Yasakoyucu sadece noksan ve müphem olan hususlar hakkında bilgi almak üzere tarafların bir hafta zarfında istemde bulunmalarını kabul etmiş, bunun dışında bilirkişi görüşüne karşı çıkılmasını engellemiştir.” Yarg. 15. HD 21.12.1989 tarih ve E. 1989/1806, K. 1989/5336 sayılı kararı (YKD, C. 16, S. 9, 1990, s. 1355).

iki haftalık süre hak düşürücü niteliktedir. Zira HMK m. 281/f. 1 hükmünde iki hafta içinde denilerek Kanun tarafından bir süre belirlenmiştir ve HMK m. 94/f. 1 gereği “*Kanunun belirlediği süreler kesindir.*” Kesin süre içerisinde o işlemi yapmayan tarafın o işlemi yapma hakkı da ortadan kalkar (HMK m. 94/f. 3)<sup>100</sup>. Nitekim HMK m. 281/f. 1 hükmünün gerekçesi<sup>101</sup> ve son Yargıtay kararları<sup>102</sup> da bu konudaki kanaatimizi destekleyici niteliktedir. Kanunda belirtilen iki haftalık süreyi kaçırın tarafın bilirkişi raporuna itiraz edebilmesi, ancak HMK m. 95-101 arasında düzenlenen eski hale getirme kurumu ile mümkündür.

Taraflara Kanunla tanınan bu iki haftalık sürenin mahkeme kararıyla kısaltılması mümkün değildir<sup>103</sup>. Tanınan sürenin uzatılması hususunda ise Kanunda bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte tarafların iki haftalık itiraz süresi içerisinde mahkemeye başvurmaları ve bilirkişi raporunun mahiyetinden iki haftalık süre içerisinde rapora itiraz etmenin mümkün olmadığına anlaşılması halinde taraflara ek süre verilebileceği kanaatindeyiz<sup>104</sup>. Nitekim HMK’da da süresi içerisinde rapora itiraz

100 Aynı yönde bkz. **Tanrıver-** Usul, s. 975. HUMK dönemindeki benzer görüş için bkz. **Kuru-** Usul, s. 2751.

101 “...burada rapora itiraz için taraflara tanınmış bulunan...süre kesin süredir, hak düşürücü nitelik taşır...” HMK m. 281/f. 1 gerekçesi, bkz., **M. Kılıçoğlu**, s. 1152.

102 “Yokluğunda tespit yapılan tarafın bir haftalık süre içinde tespit sonucu alınan bilirkişi raporuna itiraz hakkı bulunmaktadır. Bu süre 6100 Sayılı HMK’nun 281. maddesinde iki hafta olarak düzenlenmiştir. Bu rapora itiraz edilmez ya da itiraz süresi geçirilirse tespit bilirkişisi raporu taraflar bakımından kesinleşir.” Yarg. 6. HD 29.03.2016 tarih E. 2015/7014, K. 2016/2475 sayılı kararı (KİBB, ET: 04.06.2018).

103 “6100 Sayılı HMK’nun 281. maddesinde, bilirkişi raporuna itiraz süresi iki hafta olarak belirlenmiştir. Mahkemece bu itiraz süresinin kısaltılarak 5 gün olarak belirlenmesi belirtilen kanun hükümlerine ve aynı Kanun’un 27. maddesinde yer alan hukuki dinlenilme hakkına aykırı olup, kararın salt bu sebeple bozulması gerekmektedir.” Yarg. 9. HD 18.04.2016 tarih ve E. 2016/8293, K. 2016/9683 sayılı kararı (KİBB, ET: 05.06.2018).

104 Aynı yönde bkz. **Tutumlu-** HMK Yorumu, s. 247. Ayrıca örneğin; “Mahkemece, bilirkişi rapor ve ek görüşüne karşı davacı vekilince süresi içerisinde itiraz edilmediğinden benimsenen rapor itibarıyla yazılı şekilde karar verilmiş ise de, davacı tarafın raporun kabul edildiğine dair bir beyanı bulunmamaktadır. Davacı vekilinin 24.4.2014 tarihli dilekçesi ve takip eden celsedeki sözlü beyanında HMK’nun 281/2-3. maddeleri uyarınca rapora karşı beyanda bulunmak için süre talep ettiği, bilahare yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınmasını istediği halde mahkemece bu yöndeki talep dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi

edebilme durumunun zor olduğu hallerde taraflara iki haftayı geçmeyecek şekilde ek süre verilebilmesi yönünde bir değişiklik yapılması gündemdedir<sup>105</sup>.

### C. Bilirkişi Raporunda İtiraz Edilebilecek Hususlar

Davanın taraflarının bilirkişi raporunda itiraz edebilecekleri hususlar HMK m. 281/f. 1 hükmünde “*Taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler.*” şeklinde düzenleme altına alınmıştır. İlgili düzenleme gereği taraflar bilirkişi raporuna karşı itirazlarını üç sebebe dayandırabilir.

Bunlardan ilki rapordaki eksikliklerin tamamlattırılmasıdır. Eksiklikten anlaşılması gereken, rapor hazırlanırken dikkate alınması gerekirken alınmayan hususlar veya dikkate alınmasına rağmen raporda yer verilmeyen hususlardır<sup>106</sup>. Bilirkişi raporuna karşı itirazın dayandırılabilmesi ikinci sebep ise raporda belirsizlik gösteren hususlar hakkında açıklama yapılmasını talep etmektir<sup>107</sup>. Bu iki sebebin yanında

---

*doğru görülmemiştir.*” Yarg. 4. HD 04.02.2015 tarih ve E. 2014/19165, K. 2015/1260 sayılı kararı (KİBB, ET: 05.06.2018).

105 “...Talebin bu süre içinde hazırlanması çok zor ise, aynı süre zarfında mahkemeye başvuran tarafa, sürenin son gününden itibaren işlemeye başlamak, bir defaya mahsus olmak ve iki haftayı geçmemek üzere ek bir süre verilebilir.” metninin Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarı Taslağı ile HMK m. 281/f. 1’e eklenmesi gündemdedir, (bkz. **İbrahim Özbay/Taner Emre Yardımcı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu -Konuyla İlgili Mevzuat Açıklamalı-**, bs. 2, Ankara, 2018, s. 142, dn. 3).

106 Örnek olarak “*Davalı, davacıların yoksun kaldığı karın hesaplanması bakımından alınan bilirkişi raporuna itirazında maliyet tablolarında yer alan giderlerin ödendiğine dair fotokopi olarak sunulan faturaların davacıların ticari defter kayıtlarında yer alıp almadığının araştırılması gerektiği gerekçesi ile itiraz etmiş; ancak bu itiraz Mahkemeye dikkate alınmamıştır.*” Yarg. 13. HD 14.12.2017 tarih ve E. 2016/14959, K. 2017/12519 sayılı kararı (KİBB, ET: 05.06.2018). Ayrıca bkz. “*Somut olayda, davacı tarafından, toplu iş sözleşmesinde düzenlenen mazeret ve sendikal izinlerin, kullanılan yıllık izin sürelerinin içerisinde değerlendirildiği, bazı dönemlerde dosyaya sunulan yıllık izin formlarının mükerrer değerlendirmeye alındığı gibi gerekçelerle hükme esas alınan bilirkişi raporuna itiraz edilmiştir.*” Yarg. 22. HD 07.11.2016 tarih ve E. 2016/24472, K. 2016/24695 sayılı kararı (KİBB, ET: 05.06.2018).

107 Örnek olarak bkz. “*Burak Koca'nın 2012 yılı Mayıs ayı bordrosunda "ücreti: 7000", "brüt kazanç: 9166,41", "net ücret: 6066,49" şeklinde çelişik bilgiler yer almakta*

bilirkişi raporunu hazırlayan kişinin yeterliliği konusunda kendilerinde şüphe oluşan taraflar yeni bilirkişi incelemesi yapılmasını da isteyebilirler<sup>108</sup>.

Bilirkişi raporuna itiraz sadece bu sayılan sebeplerle sınırlı değildir. Başka nedenlere dayanılarak da bilirkişi raporuna itiraz edilebilir<sup>109</sup>. Örneğin, raporun yanlış yazıldığı konusunda itirazda bulunmak mümkündür. Her ne kadar çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren konularda işin ehli tarafından hazırlanan bir rapor mevcut olsa da neticesinde raporda hataya düşme ihtimali her zaman bulunmaktadır<sup>110</sup>. Dolayısıyla madde metnini dar yorumlayarak tarafların rapora karşı itiraz haklarının kısıtlanmaması gerekir. Aksi yönde bir kabul adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olacaktır.

## D. Bilirkişi Raporuna İtiraz Edilmesinin Sonuçları

### 1. İtirazın Haklı Bulunmaması

Hâkim, bilirkişi raporuna karşı yapılan itirazları haklı bulmaması halinde itiraz talebini reddedebilir. Bu durum, HMK m. 282 "*Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir.*" hükmünün doğal bir sonucudur. Ancak gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında aksi görüşlere rastlanmakta ve bilirkişi raporuna itiraz üzerine itirazın yerinde olup olmadığı hususu da özel

---

*olup bordroda bu rakamlara nasıl ulaşıldığı, bu rakamlardan hangisinin net ücreti hangisinin brüt ücreti olduğu ve bu rakamların birinden diğerine ne gibi bir aritmetik işlemle ulaşıldığı anlaşılamamaktadır. Mahkeme tarafından yapılacak iş, yeniden denetime elverişli, detaylı ve gerekçeli bilirkişi raporu alınarak...bordrosu bu bilirkişi raporunda irdelenerek...2012 yılı Mayıs ayındaki net ücreti tespit edilerek sonuca gitmektedir."* Yarg. 9. HD 18.01.2018 tarih ve E. 2017/23895, K. 2018/549 sayılı kararı (KİBB, ET: 05.06.2018).

<sup>108</sup> Yeni bilirkişi incelemesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. aşa., IV, D, 3.

<sup>109</sup> Aynı yönde bkz. **Kuru-** Usul, s. 2745.

<sup>110</sup> Rapora itirazın gerekçesi olarak bir uzman görüşünün sunulması itirazı daha nitelikli bir hale getirebilecektir. "*Davalı tarafça bilirkişi raporuna itiraz dilekçesi verilmiş ve ekinde uzman görüşüne dayanılmıştır. Bu durumda, mahkemece, uyuşmazlık konusu 1 ve 2 numaralı tasarımlar bakımından davalının rapora itirazlarının karşılanması ve bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi için 6100 Sayılı HMK'nun 293. maddesi hükümleri de nazara alınmak suretiyle inceleme ve değerlendirme yapılarak sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir."* Yarg. 11. HD 04.05.2016 tarih ve E. 2015/10467, K. 2016/5052 sayılı kararı (KİBB, ET: 05.06.2018).

veya teknik bilgi gerektirdiğinden mahkemenin bu itirazı kendiliğinden reddedemeyeceği, hâkimin ancak ek rapor alınmasına veya yeni bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verebileceği görüşü savunulmakta ve ifade edilmektedir<sup>111</sup>. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu şekilde genel bir tutum benimsemesi yerinde değildir<sup>112</sup>. HMK m. 282 hükmünde hâkimin bilirkişi raporunu serbestçe değerlendirebileceği açıkça düzenleme altına alınmıştır. Dolayısıyla raporu serbestçe değerlendirme hakkına sahip olan hâkim, rapora karşı olan itirazları da serbestçe değerlendirebilmelidir<sup>113</sup>. Burada göz önünde bulundurulması gereken husus, bilirkişi raporuna karşı yapılan itirazların red sebeplerinin gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğidir. Şayet hâkim, red sebeplerini mantığa ve bilime uygun şekilde gerekçelendirebiliyorsa, bilirkişi raporuna karşı yapılan itirazları reddedebilir<sup>114</sup>.

---

111 **Umar**, s. 822. Ayrıca örneğin; “*Hakim, bilirkişi raporunu yeterli görmezse bilirkişiden ek rapor alabileceği gibi, gerçeğin ortaya çıkması için yeni bir bilirkişi incelemesi de yaptırabilir. Bilirkişi raporuna itiraz edilmesi halinde, itirazların yerinde olup olmadığının değerlendirilmesi de özel ve teknik bir bilgiyi gerektireceğinden hakim itirazı kendisi değerlendiremez ve ek rapor almadan veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmadan hüküm veremez.*” Yarg. 3. HD 02.02.2016 tarih ve E. 2015/8913, K. 2016/1153 sayılı kararı (KİBB, ET: 06.06.2018). “*Bilirkişi raporuna itiraz edilmesi halinde, itirazların yerinde olup olmadığının değerlendirilmesi de özel ve teknik bir bilgiyi gerektireceğinden hakim itirazı kendisi değerlendiremez ve ek rapor almadan veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmadan hüküm veremez.*” Yarg. 7. HD 03.07.2014 tarih ve E. 2013/24587, K. 2014/15152 sayılı kararı (KİBB, ET: 06.06.2018). Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD 01.07.2014 tarih ve E. 2014/5440, K. 2014/10739; Yarg. 7. HD 13.03.2014 tarih ve E. 2012/9151, K. 2014/5938; Yarg. 7. HD 20.06.2013 tarih ve E. 2013/2821, K. 2013/11646 sayılı kararlar (KİBB, ET: 06.06.2018).

112 Aynı yönde bkz. **Kuru-** Usul, s. 2779 vd.; **Deliduman**, s. 299-300.

113 Hakimın bilirkişi raporunu serbestçe değerlendirme hakkına ve serbestçe değerlendirme hakkının sınırlarına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz., I, B, 2.

114 Aynı yönde bkz. “*Davacının bilirkişi raporuna itirazına rağmen mahkemeye bu itirazın hangi sebeplerle haklı görülmediği karar yerinde açıklanıp karşılanmamıştır.*” Yarg. 14. HD 28.05.2012 tarih ve E. 2012/6806, K. 2012/7521 sayılı kararı (KİBB, ET: 06.06.2018).

## 2. Bilirkişiden Ek Rapor veya Sözlü Açıklama Alınması

Bilirkişi raporu kendilerine tebliğ edilen taraflar raporda eksiklik veya belirsizlik görürlerse, HMK m. 281/f. 1 gereği aynı bilirkişiden<sup>115</sup> ek rapor alınması yönünde asıl bilirkişi raporuna itiraz edebilirler. Yapılan itirazları yerinde bulan hâkim, aynı bilirkişiden ek rapor alınmasına karar verebileceği gibi bilirkişinin duruşmada sözlü açıklamada bulunmasına da karar verebilir (HMK m. 281/f. 2)<sup>116</sup>.

Bilirkişi raporuna itiraz edilmesi durumunda, şayet itiraz konusu bilirkişinin şahsına, bilgisine veya uzmanlık alanına ilişkin değilse usul ekonomisi ilkesi gereği aynı bilirkişiden ek rapor alınması ya da aynı bilirkişinin duruşmada sözlü açıklamalarda bulunması daha yerinde bir karar olacaktır<sup>117</sup>.

İtiraz üzerine bilirkişiden ek rapor alınmasına karar verilmesi durumunda, hazırlanacak olan raporda yer alması gereken hususlar ile asıl bilirkişi raporunda yer alması gereken hususlar aynıdır<sup>118</sup>. Bunun yanında ek rapor alınmasına sebep olan eksiklik veya belirsizlik üzerine daha fazla yoğunlaşılmasında da fayda vardır. Şayet hâkim ek rapor hazırlanmasına değil de duruşmada sözlü açıklamalarda bulunulmasına karar vermişse, bu durumda da bilirkişinin görüşünü sözlü olarak bildirmesine ilişkin hüküm ve kurallara riayet edilmesi gerekir<sup>119</sup>.

Hazırlanacak olan ek rapor veya duruşmada ifade edilecek olan sözlü açıklamaların asıl raporda yer alan görüşleri tamamlayıcı ve belirsizlikleri giderici nitelikte olması gerekir<sup>120</sup>. Asıl bilirkişi raporu ile hazırlanan ek rapor veya duruşmada ifade edilen sözlü açıklamalar arasında tutarsızlık bulunmamalıdır<sup>121</sup>. Şayet asıl rapor ile ek rapor

115 Şayet bilirkişi raporu heyet tarafından hazırlanmışsa asıl raporu hazırlayan heyetteki kişiler ile ek raporu hazırlayan heyetteki kişiler aynı olmalıdır, (bkz. **Yılmaz-** Şerh, s. 2819).

116 HMK m. 281/f. 2 gereği taraflar bilirkişi raporuna itiraz etmeseler dahi hâkim re'sen bilirkişiden ek rapor alınmasına veya bilirkişinin duruşmada sözlü açıklamada bulunmasına karar verebilir.

117 **Atalay**, *Pekcanitez Usul*, s. 1942.

118 Bilirkişi raporunda yer alması gereken hususlar için bkz. yuk., II, D.

119 Bilirkişi görüşünün sözlü bildirilmesi hakkında bkz. yuk., II, C.

120 **Deryal**, s. 461.

121 "07.11.2013 havale tarihli ortak bilirkişi heyeti raporunda taşınmazların 1957 tarihli memleket haritasında ormanlık alan olarak sembolize edilen yeşil renkli alan

arasında tutarsızlık bulunursa, bu durumda yeni bir bilirkişi incelemesi yapılmasında fayda vardır. Yargıtay kararlarında, asıl rapor ile ek rapor arasında tutarsızlık bulunması halinde yeni bilirkişi incelemesi yapılması bir zorunluluk olarak görülse de<sup>122</sup>, gerek bilirkişi raporunun hukuki niteliği gerekse hâkimin bilirkişi raporunu serbestçe değerlendirebilmesi hususları göz önünde bulundurulduğunda Yargıtay kararlarındaki bu hususun HMK'ya aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz. Şayet hâkim, asıl rapor ve ek raporu inceledikten sonra bir kanaate varabiliyorsa ve bu kanaatini mantığa ve bilime uygun olacak şekilde gerekçelendirebiliyorsa, yeni bilirkişi incelemesi yapması yönünde zorlanmamalıdır<sup>123</sup>.

Bilirkişi raporuna sadece taraflardan biri itiraz etmiş ve bu itiraz üzerine bilirkişiden ek rapor alınmasına karar verilmişse, itiraz eden yönünden usuli kazanılmış hak<sup>124</sup> doğar. Dolayısıyla ek rapor, asıl

---

*dışında gözüktüğü belirtilmesine rağmen iade sonrası alınan ek rapor ekindeki 1954 tarihli hava fotoğrafına dair gösterimde taşınmazların tahdit içinde kalan kısımları koyu alanda gözükmektedir. Bilirkişi raporlarındaki bu çelişki giderilmediği gibi hava fotoğrafları üzerinde stereoskopik aletle inceleme yapılmadığından bu husus aydınlanmamıştır. Bu haliyle dosya kapsamı davaya konu edilen taşınmazların öncesinin orman sayılan yerlerden olup olmadığını belirleme noktasında yeterli değildir. Eksik inceleme ve araştırma ile yetersiz bilirkişi raporlarına dayanılarak hüküm kurulamaz.”* Yarg. 20. HD 22.01.2018 tarih ve E. 2017/8674, K. 2018/330 sayılı kararı (KİBB, ET: 06.06.2018).

122 “Mahkemece, alınan bilirkişi raporları ve ek raporlardaki enkaz kaldırma maliyetleri talebi yönünden yapılan farklı değerlendirmeleri tartışan ve çelişkiyi gideren...raporlardaki aykırılıkları açıklayan, tarafların ve fer'i müdahillerin itirazlarını karşılayan yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde noksan incelemeyle hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın taraflar ve fer'i müdahiller yararına bozulması gerekmiştir.” Yarg. 11. HD 26.12.2017 tarih ve E. 2016/6641, K. 2017/7582 sayılı kararı (KİBB, ET: 06.06.2018).

123 Aynı yönde bkz. **Özbay**, s. 345. Ayrıca bkz. yuk., I, B, 2.

124 Usuli kazanılmış hak, doktrinde ve Yargıtay kararlarında, mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine ve diğeri aleyhine doğmuş ve buna uyulması zorunlu olan hak olarak tanımlanmaktadır, (bkz. **Muhammet Özeker**, “Kanun Yolları”, edt. Hakan Pekcanitez/Muhammet Özeker/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, C. 3, bs. 15, İstanbul, 2017, s. 2187-2188; **Güzin Akgündüz/Saadetin Saltık**, “Usul Hukukunda Kazanılmış Hak”, *TBB*, S. 2, 1993, s. 165; Yarg. HGK 05.02.2003 tarih ve E. 2003/8-83, K. 2003/72 sayılı kararı; Yarg. 7. HD 16.09.2015 tarih ve E. 2014/19966, K. 2015/15301 sayılı kararı (KİBB, ET: 20.06.2018)). Usuli kazanılmış hakkın istisnaları için bkz. **Baki Kuru**, “Usuli Müktesep Hak”, *Makaleler*, İstanbul, 2006, s. 329-330. Usuli kazanılmış hak konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yaşar**



rapora göre itiraz edenin daha aleyhine bir sonuç ortaya çıkarırsa bu durumunda ek rapora göre değil asıl rapora göre karar verilmesi gerekir<sup>125</sup>.

### 3. Yeni Bilirkişi İncelemesi

Bilirkişi raporuna karşı yapılan itirazları yerinde bulan hâkimin verebileceği bir diğer karar ise yeni bilirkişi incelemesi yaptırmaktır. Özellikle itiraz bilirkişinin şahsına, bilgisine veya uzmanlık alanına ilişkin ise bu durumda hâkimin yeni bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar vermesi daha isabetli olacaktır<sup>126</sup>.

Yeni bilirkişi görüşünün bildirilme şekli ilk bilirkişi görüşünün bildirilmesinde olduğu gibi yazılı olarak rapor halinde olabileceği gibi, sözlü olarak duruşmada açıklamada bulunmak suretiyle de olabilir<sup>127</sup>. Şayet rapor halinde görüş bildirilecekse hazırlanacak olan yeni raporda yer alması gereken hususlar ile ilk bilirkişi raporunda yer alması gereken hususlar aynıdır<sup>128</sup>. HMK m. 281/f. 3 hükmünde aksi yönde bir ibare yer almamaktadır.

---

**Karayalçın**, “Adli Yargıda Usuli Müktesep Hak”, *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, Ankara, 2006, s. 143-169; **Murat Atalı**, “Usuli Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı”, *Yargıtay Dergisi*, C. 14, S. 3, 2018, s. 457-502. Ayrıca bkz. aşağıda, IV, E.

<sup>125</sup> **Kuru-** Usul, s. 2763. Aynı yönde örneğin; “13.05.2013 tarihli bilirkişi heyeti raporunda; davacının 141.035,85 TL komisyon alacağı bulunmuş olup, rapor taraflara tebliğ edilmiştir. Davacı vekili 27.05.2013 tarihli dilekçesi ile rapora hesaplama yönünden itiraz ederek ek rapor alınmasını istemiş, davalı yan ise rapora itiraz etmemiştir. Mahkemece davacının itirazları ve talebi doğrultusunda alınan 27.09.2013 tarihli ek heyet raporunda ise, davacının komisyon alacağı 53.251,72 TL olarak hesaplanmıştır. Bu durumda mahkemece 13.05.2013 tarihli bilirkişi raporundaki 141.035,85 TL miktar yönünden davacı yararına usuli kazanılmış hak oluşturulmuş ve davacının itirazı üzerine alınan ve komisyon alacağını 53.251,72 TL olarak saptayan 27.09.2013 tarihli ek bilirkişi raporuna göre yazılı şekilde hüküm kurulması usuli kazanılmış hak ihlali niteliğinde bulunduğu doğru görülmüştür.” Yarg. 19. HD 12.03.2014 tarih ve E. 2014/2664, K. 2014/5351 sayılı kararı (KİBB, ET: 06.06.2018).

<sup>126</sup> Hâkim ek rapor alınmasına veya sözlü açıklamalarda bulunulmasına karar vermede olduğu gibi yeni bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verirken de itirazlarla bağlı değildir. Yani itiraz olmasa bile hâkim, re’sen HMK m. 281/f. 3 uyarınca yeni bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verebilir.

<sup>127</sup> Bilirkişi görüşünün bildirilme şekli hakkında bkz. yuk., II, C.

<sup>128</sup> Bilirkişi raporunda yer alması gereken hususlar için bkz. yuk., II, D.

Yargıtay'ın mahkemeye sunulan ilk rapor ile yeni bilirkişi incelemesi sonucu sunulan ikinci rapor arasında çelişkiler bulunması halinde, hâkimin, ilk iki rapordaki çelişkileri giderecek şekilde üçüncü bir bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiğini ifade eden kararları mevcuttur<sup>129</sup>. Kanaatimizce Yargıtay'ın hâkime hiçbir şekilde takdir hakkı tanımayan bu tutumu yerinde değildir. Böyle bir durumda doğrudan üçüncü bir bilirkişi incelemesi yaptırılmasını zorunlu tutmak, gerek bilirkişi raporunun hukuki niteliğine gerekse hâkimin bilirkişi raporunu serbestçe değerlendirebilmesi ile ilgili HMK m. 282 ve Bil. Yön. m. 56 hükümlerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Kanaatimizce, ilk iki rapor arasında çelişki bulunması durumunda hâkimin izlemesi gereken yol, öncelikle raporlardaki özel veya teknik bilgileri irdelemektir. Bu irdeleme sonucu hâkim, kendisinde bir kanaat oluşturabiliyor ve bu kanaatini mantığa ve bilime uygun açıklamalar ile gerekçelendirebiliyorsa bu doğrultuda karar verebilir<sup>130</sup>. Şayet hâkim her iki raporda yer alan verilerden yola çıkarak bir değerlendirme yapamıyorsa, bu ihtimalde üçüncü bir bilirkişi incelemesi yaptırarak önceki iki rapordaki çelişkileri giderecek şekilde bir rapor hazırlanmasına karar vermelidir.

Hâkim üçüncü bir bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verirse, bu üçüncü rapora karşı da tarafların itiraz hakları bulunmaktadır ve bu itirazlar doğrultusunda gerekli görülmesi durumunda da yeniden bilirkişi incelemesi veya incelemeleri yaptırılabilir<sup>131</sup>.

---

129 “Kaza ile ilgili alınan kusur raporları arasında çelişki olmasına rağmen bu çelişki giderilmeden karar verilmiş olması isabetli değildir...Raporlar arasındaki çelişkiyi gideren, denetime elverişli, konusunda uzman yeni bilirkişi heyetinden oluşa uygun rapor alınmalı ve elde edilecek sonuç değerlendirilmek suretiyle hüküm kurulmalıdır.” Yarg. 10. HD 25.01.2018 tarih ve E. 2015/23418, K. 2018/423 sayılı kararı (KİBB, ET: 07.06.2018). “Bilirkişi raporları arasında çelişki olduğu ve bu çelişkinin giderilmesi teknik bilgiyi gerektirdiği takdirde, hakim bu çelişkiyi giderecek rapor veya ek rapor almalıdır. Bu şekilde çelişkiyi gideren rapor almaksızın raporlardan birini esas alarak karar verilmesi halinde hakim özel ve teknik bilgi gerektiren bir durumda şahsi bilgisiyyle karar verdiği gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır.” Yarg. 15. HD 15.10.2017 tarih ve E. 2016/4023, K. 2017/3511 sayılı kararı (KİBB, ET: 07.06.2018).

130 Aynı yönde bkz. **Kuru-** Usul, s. 2768-2769; **Yılmaz-** Şerh, s. 2820; **Özbay,** s. 345.

131 “Birbirini teyit eden ilk üç bilirkişi raporundan sonra, bu raporlara aykırı düşünceleri ve sonuçları ihtiva eden dördüncü bilirkişi raporunun alınmasıyla, bilirkişi raporları arasında çelişki yaratılmıştır. O halde; son bilirkişi raporu ile ilk üç bilirkişi raporları arasında içerikleri ve sonuçları itibarıyla aykırılık bulunduğuna göre, somut olayın özelliği itibarıyla, davalı yanın son rapora itirazı

Bilirkişi raporuna sadece taraflardan biri itiraz etmiş ve bu itiraz üzerine yeni bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilmişse, itiraz eden yönünden usuli kazanılmış hak söz konusu olur. Dolayısıyla alınan yeni rapor ilk rapora göre itiraz edenin daha aleyhine bir sonuç ortaya çıkarırsa, bu durumunda yeni rapora göre değil ilk rapora göre karar verilmesi gerekir<sup>132</sup>.

### E. Bilirkişi Raporuna İtiraz Edilmemesinin Sonuçları

Bilirkişi raporuna karşı taraflar iki hafta içerisinde itiraz edebilir (HMK m. 281/f. 1). Ancak rapora karşı itiraz süresinin kaçırılması veya bilerek ve isteyerek ilgili rapora karşı itiraz edilmemesi de mümkündür. Bilirkişi raporuna herhangi bir sebeple itiraz edilmemesi usul hukukunda bazı sonuçlar doğurur.

Taraflardan yalnızca birinin bilirkişi raporuna itiraz ettiği durumda hâkimin uygun görmesi halinde, somut olayın ve itirazın mahiyetine göre ek rapor alınabilir veya yeni bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Böyle bir durumda usuli kazanılmış hak kurumu ortaya çıkar. Doktrinde, bilirkişi raporunun her halükarda serbestçe değerlendirilmesi gerektiği ve bu sebeple rapora karşı itiraz edilmemesi veya başka bir fiil sonucu usuli kazanılmış hakkın doğumundan bahsedilmesinin doğru olmayacağı savunulduğu da görülmektedir<sup>133</sup>. İtiraz etmeyen taraf için bilirkişi raporu kesinleşmiş olduğundan, itiraz üzerine alınan ek raporda veya yapılan yeni bilirkişi incelemesinde itiraz eden tarafın aleyhine, itiraz etmeyen tarafın ise lehine bir durum ortaya çıkarsa usuli kazanılmış hak gereği, ikinci rapora göre değil ilk rapora göre hüküm kurulur. Bir başka

---

*da göz önünde tutularak, yeniden seçilecek bilirkişiler eliyle inceleme yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir.” Yarg. HGK 31.03.2010 tarih ve E. 2010/12-91, K. 2010/182 sayılı kararı (KİBB, ET: 07.06.2018).*

<sup>132</sup> “Mahkemece yargılama sırasında alınan 29.01.2014 tarihli ilk bilirkişi raporunda eksik ve ayıplı işler bedeli 16.305,39 TL, 04.06.2014 tarihi ikinci bilirkişi raporunda ise 18.400,00 TL olarak belirlenmiş, ancak her iki raporda da hangi yıl ve hangi fiyatlarla hesap yapıldığı belirtilmemiştir. Bununla birlikte, davacı vekili, 11.03.2014 havale tarihli dilekçesinde, 29.01.2014 tarihli raporu kabul ettiğini bildirmiştir. Bu durumda, mahkemece, uzman bilirkişi heyetinden rapor alınarak, belirlenen eksik ve kusurlu işlerin dava tarihindeki serbest piyasa fiyatlarıyla bedelinin hesap ettirilmesi ve davacı vekilinin ilk bilirkişi raporundaki miktarı kabul etmesinin davalı yararına usuli kazanılmış hak doğuracağı da dikkate alınarak, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekir.” Yarg. 23. HD 24.02.2016 tarih ve E. 2015/2540, K. 2016/1035 sayılı kararı (KİBB, ET: 07.06.2018).

<sup>133</sup> Umar, s. 822; (Toraman)/Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 603-604.

söylemle, bilirkişiden alınan rapora davalı itiraz etmez sadece davacı itiraz ederse bu rapor, davalı için kesinleşir. Davacının itirazı üzerine bilirkişiden ek rapor alınır veya yeni bilirkişi incelemesi yapılır ancak ek rapor veya ikinci rapor ilk rapora göre davacının aleyhine bir durum ortaya çıkarırsa bu durumda ek rapor veya ikinci rapor değil ilk rapor hükme esas alınmalıdır. Usuli kazanılmış hakkın göz ardı edilmesi Yargıtay tarafından hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir<sup>134</sup>.

Doktrinde usuli kazanılmış hakkın doğması için bir tarafın bilirkişi raporuna itiraz etmemesinin tek başına yeterli olmadığı ayrıca itiraz etmeyen tarafın o raporu kabul ettiği yönünde beyanda bulunması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>135</sup>. Doktrindeki bu görüşün altında bilirkişi raporuna karşı itirazın belirli bir hak düşürücü süreye tabi olmadığı yönündeki kabul yatmaktadır<sup>136</sup>. Ancak, kanaatimizce bilirkişi raporuna karşı itiraz belirli bir hak düşürücü süreye tabidir. Dolayısıyla usuli kazanılmış hakkın doğması için rapora karşı itiraz etmeyen tarafın ayrıca raporu kabul ettiğine dair bir beyanda bulunmasına gerek olduğu yönündeki görüşe katılmamaktayız<sup>137</sup>.

Her iki tarafın da bilirkişi raporuna karşı itiraz etmemesi durumunda ise, rapor taraflar için kesinleşir<sup>138</sup>. Ancak hâkim için böyle bir kesinleşme söz konusu değildir. Bilirkişi raporuna itirazın düzenlendiği HMK m. 281/f. 2 ve f. 3'te hâkimin taraflardan bağımsız olarak ve herhangi bir süreye tabi olmadan bilirkişiden ek rapor alabileceği veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verebileceği açıkça düzenlenmiştir. Mahkemenin re'sen bilirkişiden ek rapor alması veya yeni bilirkişi incelemesi yaptırması sonucu oluşan durumun her ne kadar usuli kazanılmış hak tanımına uygun düştüğü ileri sürülebilecekse de, kanaatimizce böyle bir durumda usuli kazanılmış haktan bahsedilemez.

---

134 “Davacı tarafça itiraza uğramayan 14.01.2016 tarihli bilirkişi raporu, itiraz eden davalı lehine usuli kazanılmış hak oluşturduğundan mahkemece bu rapordaki miktar üzerinden karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu biçimde, davalının aleyhine olan 23.03.2016 tarihli bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yarg. 17. HD 13.09.2017 tarih ve E. 2016/14455, K. 2017/7655 (KİBB, ET: 20.06.2018).

135 Üstündağ, s. 750-751; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 266; Muşul, s. 417; Deliduman, s. 297.

136 Deliduman, s. 297.

137 Bilirkişi raporuna itirazın süresi hakkındaki ayrıntılı bilgi ve doktrinde bizimle aynı görüşü paylaşan yazarlar için bkz. yuk., IV, B, 2.

138 Kuru- Usul, s. 2752; Deryal, s. 500.

Zira, mahkemenin ek rapor alınmasına veya yeni bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar vermesi üzerine alınacak olan yeni rapor elbet taraflardan birinin lehine diğerinin ise aleyhine olacaktır. Bu da her halükarda taraflardan biri için usuli kazanılmış hakkın doğumu anlamına gelecek ve her durumda alınan ilk raporun hükme esas alınması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla HMK m. 281/f. 2 ve f. 3'te hâkime tanınan haklar işlevsiz hale gelecektir. Bu sebeplerle hâkimin re'sen, bilirkişiden ek rapor alması veya yeni bilirkişi incelemesi yaptırması durumunda alınan yeni rapora karşı usuli kazanılmış hakkın doğumunun söz konusu olmayacağı ileri sürülebilir<sup>139</sup>.

## SONUÇ

Çalışma genelinde bilirkişi raporunun hazırlanması ve akabinde hazırlanan bu raporun mahkemeye verilmesi ile birlikte tarafların rapora itiraz etmesi sonucu meydana gelen durum ele alınmıştır. Tüm bu incelemeler sonucunda nitelikli ve Kanuna uygun bir bilirkişi raporu elde edebilme konusunda hâkimlere ciddi bir görev düştüğü ifade edilebilir. Çünkü hukuka uygun ve nitelikli bir bilirkişi raporu elde etmenin en kilit noktalarından biri, bilirkişinin görev alanının doğru bir şekilde belirlenmesinden geçmektedir. Bu da hâkimin görevidir. Bilirkişinin görev alanı ve cevabı istenilen soruların neler olduğu tam olarak belirlenirse; bilirkişi kendisinden tam olarak ne istenildiğini bilecek ve sahip olduğu özel veya teknik bilgiyi raporuna aktarabilecektir. Böylelikle nitelikli ve uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olan bilirkişi raporları elde edilmiş olacak, ayrıca bilirkişinin hukuki nitelendirme ve değerlendirmede bulunmasının da önüne geçilmiş olacaktır.

Bilirkişi raporu ile ilgili gerek HMK hükümleri gerekse Bil. K., Bil. Yön. ve ilgili diğer mevzuat hükümleri incelendiğinde herhangi bir eksiklik göze çarpmamaktadır. Ancak mevzuat hükümleri ve Yargıtay kararları arasında çelişkiler bulunduğu da bir gerçektir. Bu çelişkilerin en temel kaynağı, HMK m. 282'nin "*Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir.*" şeklindeki hükmüdür. Bu hüküm Yargıtay tarafından oldukça dar yorumlanmakta ve hâkimin bilirkişi raporunu serbestçe değerlendirme hakkını ciddi ölçüde kısıtlayacak kararlar verilmektedir. Yargıtay'ın bilirkişi raporunun serbestçe değerlendirilmesinden anladığı bilirkişi raporunu yeterli

<sup>139</sup> Hâkimin re'sen ek rapor alması veya yeni bilirkişi incelemesi yaptırması durumunda da ilk raporda taraflardan biri lehine oluşan usuli kazanılmış hakların ortadan kalkmayacağına dair aksi görüş için bkz. **Tutumlu-** HMK Yorumu, s. 248.

bulmayan hâkimin tekrar aynı bilirkişiden ek rapor alması veya yeni bilirkişi incelemesi yaptırmasıdır. Yani Yargıtay bilirkişi raporunun serbestçe değerlendirilmesindeki “serbestliği” raporun kimden alınacağını belirleme hususuyla sınırlı tutmaktadır. Kanaatimizce bu tutum doğru değildir ve Kanuna aykırılık teşkil etmektedir. Bu hususta HMK m. 282’ye “*Hâkim kendisinde mevcut olmayan özel veya teknik bilgi eksikliğini bilirkişiden aldığı rapor ile giderebiliyorsa, gerekçesini göstererek, bilirkişi raporunun aksine karar verebilir*” şeklinde bir fıkranın eklenmesinin ve Yargıtay kararlarının da bu maddeye göre şekillenmesinin işbu konudaki sorunu çözeceği kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

- AKCAN, Recep; "Bilirkişilik Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Tespitler", *İNÜHFD*, C. 2, 2015, s. 653-664.
- AKGÜNDÜZ, Güzin/SALTIK, Saadettin; "Usul Hukukunda Kazanılmış Hak", *TBBD*, S. 2, 1993, s. 165-177.
- AKİL, Cenk; "Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı", *ABD*, S. 2, 2011, s. 171-183.
- AKİL, Cenk; "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 Gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararının Tahlili", *AÜHFD*, C. 60, S. 3, 2011, s. 693-731 (Akil- Karar Tahlili).
- ALANGOYA, Yavuz; *Medeni Usul Hukuku Esasları I*, İstanbul 2000.
- ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, Kamil/DEREN YILDIRIM, Nevhis; *Medeni Usul Hukuku Esasları*, bs. 7, İstanbul 2009.
- ANSAY, Sabri Şakir; *Hukuk Yargılama Usulleri*, bs. 7, Ankara 1960.
- ARAS, Bahattin; "Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısının Getirdiği Düzenlemeler", *Legal Hukuk Dergisi*, S. 65, 2008, s. 1613-1652.
- ARSLAN, Ramazan; "Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi", *Yargıtay Dergisi*, C. 15, S. 1-4 (Özel Sayı), 1989, s. 156-183.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel; *Medeni Usul Hukuku*, bs. 4, Ankara 2018.
- AŞÇIOĞLU, Çetin; "Yargılama Çalışmalarında Bilirkişi Sorunu ve (Hukuk Davalarında) Nitelendirmede Bilirkişinin Görevi", *TBBD*, S. 3, 1992, s. 349-371.
- AŞÇIOĞLU, Çetin; "Bilirkişilik Sorunu", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 12-16 Ocak 2000*, Ankara, 2000, s. 83-94.
- ATALAY, Oğuz; "Hukuk Yargılamasında Bilirkişilik Uygulamasına İlişkin Bazı Sorunlar", *Manisa Barosu Dergisi*, S. 53-54 (70. Yıl Özel Sayısı), 1995, s. 133-142 (Atalay- Bilirkişilik Uygulaması).
- ATALAY, Oğuz; "Delil Kavramı Üzerine", *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 129-138 (Atalay- Delil).
- ATALI, Murat; "Usuli Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı", *Yargıtay Dergisi*, C. 44, S. 3, 2018, s. 457-502.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin; *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara 2018.
- BELGESAY, Mustafa Reşit; "Ehli Vukuf Mütaleasının İlmi Değeri ve Kanuni İspat Kuvveti", *İÜHF*, C. 10, S. 3-4, 1945, s. 543-548.

**586** Ömer Buğra ALİHOCAGİL EBYÜHFD, C. XXII, S. 3–4 (2018)

BELGESAY, Mustafa Reşit; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler, bs. 3, C. 3, İstanbul 1950 (Belgesay- Şerh).

BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz; *Hukuk Mahkemelerinde Bilirkişilik*. Ankara 2016.

BERKİN, Necmeddin; Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi. İstanbul 1981.

BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun; *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*. bs. 3, Ankara 1978.

BUDAK, Ali Cem; "Anglo Amerikan Medeni Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Uzman Tanıklar)", *İBD*, C. 65, S. 10-11-12, 1991, s. 827-841.

BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol; *Medeni Usul Hukuku*. bs. 2. Ankara 2018.

DELİDUMAN, Seyithan; "Türk ve Alman Hukukunda Bilirkişilik", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, 3-5 Ekim 2003/1-2 Ekim 2004*, Ankara 2007, s. 259-318.

DERYAL, Yahya; *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, bs. 5, Ankara 2015.

DUMAN, İlker Hasan; "Hukuk Mahkemesinde Bilirkişilik", *ABD*, S. 5, 1984, s. 741-761.

GÖKSU, Mustafa; "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İspat ve Deliller Konusunda Yapılan Değişiklikler", *Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu 24-25 Mart 2011*, Ankara, 2011.

GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet; *Medeni Usul Hukuku*, bs. 6, Ankara 2017.

GÜL, İbrahim; "Hukuksal Sorunlar Hakkında Bilirkişiye Başvurulması", *HKÜHFD*, C. 5, S. 10, 2015, s. 157-180.

KARAYALÇIN, Yaşar; "Adli Yargıda Usuli Müktesep Hak", *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, Ankara 2006, s. 143-169.

KARSLI, Abdurrahim; *Medeni Muhakeme Hukuku*, bs. 3, İstanbul 2012.

KILIÇOĞLU, Ahmet; "Yargıda Bilirkişilik Çıkmazı", *ABD*, S. 5, 1986, s. 643-648.

KILIÇOĞLU, Mustafa; *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi*, İstanbul 2012.

KONURALP, Haluk; "Fransız Hukukunda Bilirkişilik", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, 3-5 Ekim 2003/1-2 Ekim 2004*, Ankara 2007, s. 319-332.

KURU, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 3, bs. 6, İstanbul 2001 (Kuru-Usul).

KURU, Baki; "Usuli Müktesep Hak", *Makaleler*, İstanbul 2006, s. 329-342.

KURU, Baki; *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2017 (Kuru- Ders Kitabı).



- LECLERC, Oliver; "Bilirkişiliğe İlişkin Reformlar Sınırlı Gelişmeler ve Kaçırılan Fırsatlar", çev. Barış TORAMAN, *DEÜHFD*, C. 11, 2009, s. 309-324.
- MAVİOĞLU, Oral; "Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu ve Bilirkişi Raporları Karşısında Yargıcın Durumu", *İÜHFM*, C. 36, S. 1-4, 1970, s. 371-387.
- MUSLUOĞLU, Lütfi; "Ehli vakıfların Rey Beyan Etmeleri ve Rapor", *ABD*, S. 2-3, 1957, s. 71-76.
- MUŞUL, Timuçin; *Medeni Usul Hukuku*, bs. 3, Ankara 2012.
- NARBAY, Şafak/ÖZBAY, İbrahim; "Türk Hukukunda Hukuki Mütalaanın Önemi ve Niteliği", *Batider*, C. 23, S. 2, 2005, s. 115-146.
- ÖZBAY, İbrahim; *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?* bs. 2, Ankara 2013.
- ÖZBAY, İbrahim/YARDIMCI, Taner Emre; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu - Konuyla İlgili Mevzuat Açıklamalı-*, bs. 2, Ankara 2018.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar; "Uzman Görüşünün Yargılamada Değerlendirilmesi", *TNBHD*, C. 4, S. 1, 2017, s. 63-162.
- ÖZTEK, Selçuk; "Bilirkişi Raporunun Hâkimi Bağlamaması", *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*, C. 2, Ankara 2014, s. 1607-1625.
- PAPAKÇI, Acun; "Hukuki Bilirkişilik", *MÜHFHAD*, C. 22, S. 1, 2016, s. 433-456.
- PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya; *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, C. 2, bs. 15, İstanbul 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya; *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, C. 3, bs. 15, İstanbul 2017.
- POLAT, Oğuz/GÜVEN, Taner; "İngiliz Amerikan ve Türk Hukukunda Bilirkişilik Uygulamalarının Karşılaştırılması", *TBBD*, S. 119, 2015, s. 97-114.
- POSTACIOĞLU, İlhan; *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, bs. 6, İstanbul 1975.
- POSTACIOĞLU, İlhan/ALTAY, Sümer; *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, bs. 7, İstanbul 2015.
- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral; *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, İzmir 2013.
- TANRIVER, Süha; "Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları", *DEÜHFD*, C. 11, 2009, s. 575-594 (Tanrıver-Problemler ve Çözüm Arayışları).
- TANRIVER, Süha; "Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi", *TBBD*, S. 119, 2015, s. 227-240.
- TANRIVER, Süha; *Hukukumuzda Bilirkişilik*, Ankara 2017 (Tanrıver-Bilirkişilik).

TANRIVER, Süha; *Medeni Usul Hukuku*, C. 1, bs. 2, Ankara 2018 (Tanrıver-Usul).

TAŞPINAR, Sema; "Bilirkişi Ücreti", *Samsun Barosu Bilirkişilik Sempozyumu 9-10 Kasım 2001*, Ankara, 2001, s. 347-394.

TEOMETE YALABIK, Fulya; "Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış", *DEÜHFD*, C. 16, 2014, s. 2115-2162.

TUTUMLU, Mehmet Akif; *Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu*, bs. 2, Ankara 2012 (Tutumlu- HMK Yorumu).

TUTUMLU, Mehmet Akif; "Hukuki Konularda Hukukçu Bilirkişi Atanması Sorunu", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 131, 2017, s. 120-129.

ULUKAPI, Ömer; "Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri", *SÜHFD*, C. 9, S. 3-4, 2001, s. 191-208.

UMAR, Bilge; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, bs. 2, Ankara 2014.

ÜSTÜNDAĞ, Saim; *Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II*, bs. 7, İstanbul 2000.

YILDIRIM, Kamil; "Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu", *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara 2004, s. 833-842.

YILMAZ, Ejder; "Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri", *ABD*, S. 2, 2011, s. 213-253.

YILMAZ, Ejder; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 3, bs. 3, Ankara 2017 (Yılmaz- Şerh).

YILMAZ, Ejder; "Hukukumuzda Bilirkişilik Kurumu", *Makaleler (1973-2013)*, C. 1, Ankara 2014, s. 803-809 (Yılmaz- Hukukumuzda Bilirkişilik).

YILMAZ, Ejder; "Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları", *Makaleler (1973-2013)*, C. 1, Ankara 2014, s. 811-828 (Yılmaz- Uygulamada Bilirkişilik).